

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมสถานประกอบการที่เปิดให้บริการ
ในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ

นายนิรันดร พลภักดี

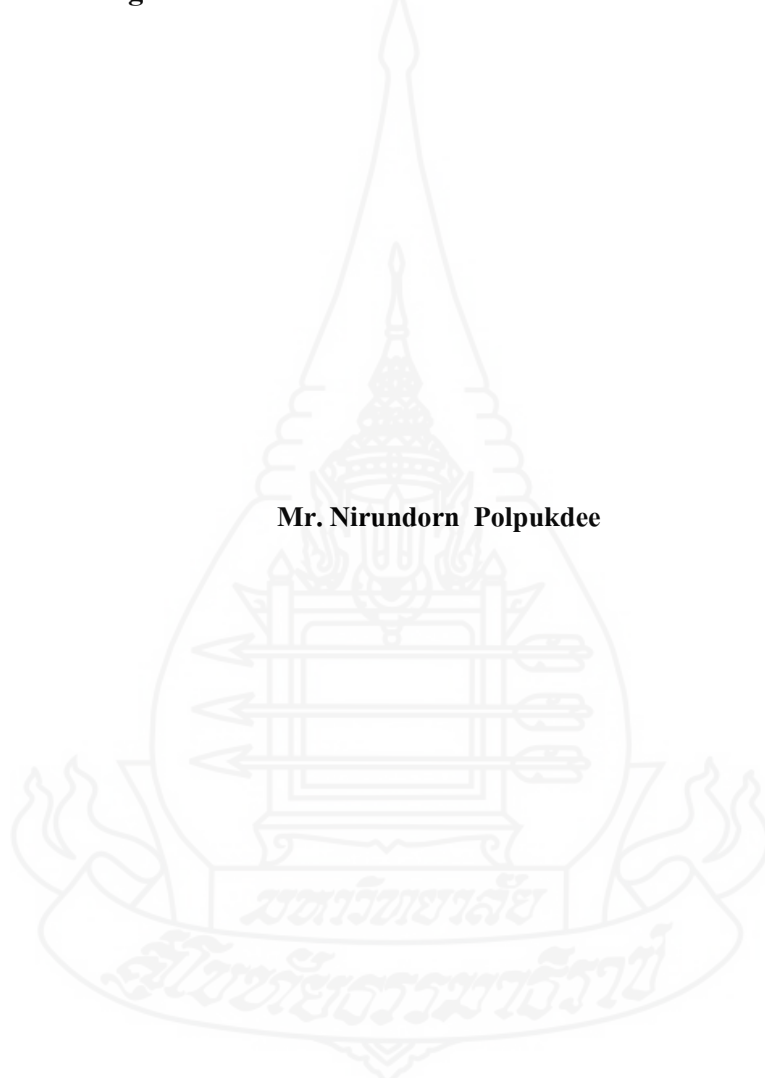


การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
วิชาเอกกฎหมายมหาชน สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

พ.ศ. 2563

**Legal Problems Regarding the Control and Supervision of Establishments
Providing Services in a Similar Manner as Entertainment Place**

Mr. Nirundorn Polpukdee



An Independent Study Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for
the Degree of Master of Laws in Public Law

School of Law

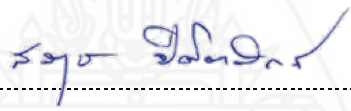
Sukhothai Thammathirat Open University


2020

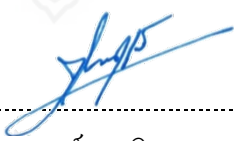
หัวข้อการศึกษาค้นคว้าอิสระ ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมสถานประกอบการที่เปิดให้บริการ
ในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ
ชื่อและนามสกุล นายนิรันดร พลภักดิ์
วิชาเอก กฎหมายมหาชน
สาขาวิชาเอก นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช
อาจารย์ที่ปรึกษา รองศาสตราจารย์ ดร.สรารุช ปิตียาศักดิ์

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้ ได้รับความเห็นชอบให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา
ตามหลักสูตรระดับปริญญาโท เมื่อวันที่ 21 สิงหาคม 2564

คณะกรรมการสอบการศึกษาค้นคว้าอิสระ


.....ประธานกรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร.สรารุช ปิตียาศักดิ์)


.....กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วารารุณ วนาพิทักษ์)


.....
(รองศาสตราจารย์ วรวัณ เทพทอง)
ประธานกรรมการประจำสาขาวิชานิติศาสตร์

ข้อการศึกษาค้นคว้าอิสระ ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ

ผู้ศึกษา นายนิรันดร พลภักดี **รหัสนักศึกษา** 2584002881 **ปริญญา** นิติศาสตรมหาบัณฑิต

อาจารย์ที่ปรึกษา ศาสตราจารย์ ดร.สรารุช ปิตยาศักดิ์ **ปีการศึกษา** 2563

บทคัดย่อ

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อ (1) ศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมกำกับสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ (2) ศึกษามาตรการทางกฎหมายในการควบคุมกำกับสถานประกอบการที่จัดตั้งคล้ายสถานบริการของประเทศไทย สหรัฐอเมริกา และเกาหลี (3) ศึกษาปัญหามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมสถานประกอบการที่จัดตั้งคล้ายสถานบริการ (4) เสนอแนวทางในการปัญหามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมสถานประกอบการที่จัดตั้งคล้ายสถานบริการ

การศึกษานี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ ด้วยวิธีวิจัยเอกสารจากตำรา หนังสือ และตัวบทกฎหมายของไทย และต่างประเทศ บทความ วิทยานิพนธ์ สารนิพนธ์ รายงานการวิจัย วารสารเอกสารต่าง ๆ บทบัญญัติของประมวลกฎหมาย ตลอดจนคำพิพากษาของศาลและความเห็นของนักนิติศาสตร์ทั้งในประเทศไทย และต่างประเทศ เพื่อรวบรวมข้อมูลให้เป็นระบบ นำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบและหาข้อสรุปเพื่อเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาต่อไป

ผลการศึกษา พบว่า (1) การดำเนินกิจการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการต้องจดทะเบียนพาณิชย์ เพื่อขอใบอนุญาตในการประกอบกิจการตามที่กระทรวงพาณิชย์กำหนด (2) มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องในประเทศไทย พบว่า เพื่อขยับยั้งพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมของผู้มีอายุต่ำกว่า 20 ปี บริบูรณ์ และการเปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายสถานบริการ เป็นการปฏิรูป และจัดระเบียบสังคม เพื่อระงับและป้องกันการกระทำอันเป็นผลต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม ตลอดจนการนำผู้ประกอบการที่ฝ่าฝืนกฎหมายมาลงโทษ สำหรับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวข้อง พบว่า เพื่อบรรเทาปัญหาทางสังคมที่เกิดขึ้นกับธุรกิจบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่ และการออกกฎระเบียบในการจัดการกับผลกระทบของธุรกิจบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่ ตลอดจนปัญหาสุขภาพที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจ ส่วนกฎหมายของประเทศเกาหลีที่เกี่ยวข้อง พบว่า เพื่อรักษาศีลธรรม และขนบธรรมเนียมทางสังคม และเป็นการปกป้องเด็ก และเยาวชนจากสภาพแวดล้อมที่เป็นอันตราย (3) ปัญหามาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยที่พบ ได้แก่ 1) การกำหนดคำนิยาม และการบังคับใช้พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มีเนื้อหาที่ล้าสมัย ไม่สอดคล้องกับรูปแบบหรือลักษณะของสถานประกอบการในปัจจุบัน 2) การกำหนดเขตพื้นที่ตั้ง และระยะเวลาเปิด - ปิดของสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะคล้ายกับสถานบริการไม่สามารถบังคับใช้ได้ตรงตามวัตถุประสงค์ และเจตนารมณ์ของกฎหมาย 3) พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มิได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์ ขั้นตอน และวิธีการเกี่ยวกับกระบวนการตรวจตราสถานบริการไว้โดยเฉพาะ และไม่มีสถานะทางกฎหมาย 4) พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 ไม่ได้กำหนดมาตรการ หรือบทลงโทษทางอาญาและโทษทางปกครองแก่ผู้ที่ทำให้การสนับสนุนหรือช่วยเหลือผู้กระทำความผิดภายใต้การดำเนินกิจการของสถานบริการได้ (4) ข้อเสนอแนะทางที่สำคัญ ได้แก่ 1) ควรนิยามความหมายของคำว่าสถานบริการให้ครอบคลุมรูปแบบและลักษณะความบันเทิงที่จัดขึ้นของสถานประกอบการให้สอดคล้องกับสถานการณ์ในปัจจุบัน 2) ควรมีการกำหนดใบอนุญาตและการพัก เพิกถอนใบอนุญาต เพื่อเป็นการควบคุม และกำหนดเขตพื้นที่ตั้ง วันเวลาเปิด - ปิด สถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ 3) ควรมีการตรากฎหมายและกำหนดกระบวนการตรวจสอบ เพื่อเป็นการควบคุมสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการให้มีอยู่ในฉบับเดียวกัน 4) ควรกำหนดโทษทางอาญา และโทษทางปกครองแก่ผู้ที่ทำให้การสนับสนุน หรือช่วยเหลือผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509

คำสำคัญ สถานบริการ การควบคุม สถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ

Independent Study title: Legal Problems Regarding the Control and Supervision of Establishments Providing Services in a Similar Manner as Entertainment Place

Author: Mr. Nirundom Polpukdee; **ID:** 2584002881; **Degree:** Master of Laws;

Independent Study advisor: Dr. Saravuth Pitiyasak, Professor; **Acedemic year:** 2020

Abstract

The objectives of this independent study are: (1) to study the concept regarding the control and supervision of establishments operating in manners similar to entertainment places; (2) to study the legal measures for controlling and supervising the establishments operating in manners similar to entertainment places in Thailand, United States, and Korea; (3) to study the problems with legal measures relating to the control and supervision of the establishments operating in manners similar to entertainment places; (4) to recommend approaches to solving the the problems with legal measures relating to the control and supervision of the establishments

This study is the qualitative research, by a method of literature review on the textbooks, books and laws of Thailand and foreign countries, articles, thesis, independent studies, research reports, journals, provisions of Codes, as well as court judgments and opinions of jurists in Thailand and foreign countries, in order to systematically collect information and data for analysis and comparison, and then seeking drawing conclusions to further propose the problem solutions.

The results revealed that: (1) business operations in manners similar to entertainment places are required by the Ministry of Commerce to apply for business license registration, in order to operate the business; (2) the relevant legal measures in Thailand are found that, in order to deter the inappropriate behaviors of individuals under fully 20 years of age and operate the services similar to those of entertainment places as reformation and organization of the society, for stopping and preventing actions affecting the public order, as well as punishing the entrepreneurs, who violate the law; the relevant laws of the United States are found to alleviate the social problems arising in the adult entertainment business and provide with rules for dealing with the impact from the adult entertainment business as well as the health problems related to such business; and the relevant laws of Korea are found to maintain morality and social customs and protect children and youth from harmful environments; (3) the problems found in Thailand's legal measures include: 1) definitions and enforcement of the Entertainment Place Act, B.E. 2509 (1966) are obsolete, as the provisions are inconsistent with the style or nature of the current establishment place; 2) the zoning and business hours of the establishment providing services in manners similar to entertainment places cannot be enforced according to the intended purpose and the intent of the law; 3) the Entertainment Place Act, B.E. 2509 (1966) does not specifically prescribe the rules, procedures and methods with respect to the inspection process of entertainment place and is not in the legal status; 4) the Entertainment Place Act, B.E. 2509 (1966) does not stipulate any measure or criminal penalty and administrative penalty for those who support or assist offenders under the operation of entertainment place; (4) the recommendations on key approaches comprise of: 1) the definition of entertainment place should cover the style and nature of entertainment services provided by establishments in compliance with the current situations; 2) the licensing and suspension and revocation of the licenses should be prescribed for, in order to control and determine the zoning, business hours and days for establishments providing services in manners similar to entertainment places; 3) a law and inspection processes should be stipulated to control the establishment providing services in manners similar to entertainment places, as a single legislation; 4) the criminal punishments and administrative penalties should be prescribed against those who support or assist the offenders under the Entertainment Place Act, B.E. 2509 (1966).

Keywords: Entertainment Place, Control, Establishment providing services in a similar manner as entertainment place.

กิตติกรรมประกาศ

ความสำเร็จของการศึกษาค้นคว้าอิสระในครั้งนี้ ทางผู้เขียนขอขอบพระคุณเป็นอย่างสูง สำหรับศาสตราจารย์ ดร.สรารุช ปิตียาศักดิ์ และ ดร.วราภรณ์ วนาพิทักษ์ ที่ให้คำแนะนำ ข้อคิดเห็น และวิจารณ์ในการปรับปรุงให้เกิดประโยชน์ ทำให้ผู้เขียนมีความรู้ ความเข้าใจในตัวบทกฎหมาย และสิ่งต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการทำงานวิจัยเพิ่มพูนขึ้นเป็นอย่างมาก

ขอขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร.สรารุช ปิตียาศักดิ์ เป็นอย่างสูง ที่อาจารย์กรุณา ให้คำแนะนำปรึกษา ให้ข้อเสนอแนะ และความคิดเห็นในการเขียนงานวิจัยการศึกษาค้นคว้าอิสระ ในครั้งนี้ ตลอดจนปรับปรุงแก้ไขข้อบกพร่องต่าง ๆ ด้วยความเอาใจใส่อย่างดียิ่ง นับแต่ต้น จนประสบความสำเร็จ

ผู้เขียนหวังว่างานวิจัยการศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้จะมีประโยชน์ต่อทางราชการ หรือ สาธารณะ จึงขอมอบส่วนดีทั้งหมดนี้ ต่อสถาบันการศึกษาและคณาจารย์ ที่ได้ประสิทธิประสาทวิชา จนทำให้ผลงานวิจัยเป็นประโยชน์ต่อผู้ที่เกี่ยวข้อง สำหรับข้อบกพร่องต่าง ๆ ที่อาจจะเกิดขึ้นนั้น ผู้เขียน ขอน้อมรับผิดเพียงผู้เดียว และยินดีที่จะรับฟังคำแนะนำจากทุกท่านที่ได้เข้ามาศึกษา เพื่อประโยชน์ ในการพัฒนางานวิจัยต่อไป

นิรันดร พลภักดี

กรกฎาคม 2564

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
บทที่ 1 บทนำ 1.....	1
1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	5
3. สมมติฐานของการศึกษา.....	8
4. วิธีดำเนินการศึกษา.....	8
5. ขอบเขตของการศึกษา.....	8
6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	9
บทที่ 2 แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมกำกับสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้าย กับสถานบริการ.....	10
1. หลักนิติรัฐ.....	10
2. ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตย.....	12
3. ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจ.....	17
4. ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง.....	31
5. การบังคับทางปกครอง.....	33
6. ทฤษฎีการลงโทษทางอาญา.....	38
7. แนวคิดเกี่ยวกับการป้องกันอาชญากรรม.....	52
8. ทฤษฎีประโยชน์นิยม.....	55
9. การควบคุมกำกับสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับ สถานบริการ.....	55

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บทที่ 3	
มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมกำกับสถานประกอบการที่เปิดให้บริการ ในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการของไทยและต่างประเทศ.....	59
1. มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมกำกับสถานประกอบการที่เปิดให้บริการ ในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการของไทย.....	59
2. มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมกำกับสถานประกอบการที่เปิดให้บริการ ในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการของต่างประเทศ.....	76
2.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	76
2.2 ประเทศเกาหลีใต้.....	81
บทที่ 4	
ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายการควบคุมสถานประกอบการ ที่จัดตั้งคล้ายสถานบริการ.....	86
1. ปัญหาเกี่ยวกับความไม่ชัดเจนของนิยามของสถานประกอบการที่เปิดให้บริการใน ลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการตามคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบ แห่งชาติที่ 22/2558 และคำสั่งที่ 46/2559.....	86
2. ปัญหาเกี่ยวกับการควบคุมการจัดตั้งสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะ ที่คล้ายกับสถานบริการ.....	94
3. ปัญหาเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้จัดตั้งสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะ ที่คล้ายกับสถานบริการรวมทั้งบุคลากร.....	100
4. วิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายการควบคุมสถานประกอบการ ที่จัดตั้งคล้ายสถานบริการในต่างประเทศ.....	106
บทที่ 5	
บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	118
5.1 บทสรุป.....	118
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	122
บรรณานุกรม.....	127
ประวัติผู้ศึกษา.....	132

บทที่ 1

บทนำ

1. ความสำคัญและความเป็นมาของปัญหา

ในปัจจุบัน ได้มีการจัดตั้งสถานประกอบการที่มีลักษณะคล้ายกับสถานบริการ ในหลายรูปแบบและมีแนวโน้มเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง ได้แก่ แพคเกจจิ้ง แคลราโอเคะ สปา ร้านอาหารไทย ร้านจำหน่ายสุราที่มีการแสดงดนตรี ลานเบียร์ ร้านข้าวต้มไฮเทค เทศกาลคอนเสิร์ต เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อหลีกเลี่ยงในการจัดตั้งเป็น “สถานบริการ” ตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509¹ ซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นการอาศัยช่องว่างของกฎหมายดังกล่าว ทำให้หน่วยงานรัฐไม่สามารถเข้าไปควบคุมกำกับได้ตามกฎหมายดังกล่าว เช่น ตามมาตรา 3(4) สถานที่ที่มีอาหาร สุราหรือเครื่องดื่ม อย่างอื่นจำหน่ายหรือให้บริการโดยมีรูปแบบอย่างหนึ่งอย่างใด (ก) มีดนตรีการแสดงดนตรีหรือการแสดงอื่นใดเพื่อการบันเทิงและยินยอมหรือปล่อยให้พนักงานนักแสดงหรือพนักงานอื่นใด นั่งกับลูกค้า (ข) มีการจัดอุปกรณ์การร้องเพลงประกอบดนตรีให้แก่ลูกค้า โดยจัดให้มีผู้บริการ ขับร้องเพลงกับลูกค้า หรือยินยอมหรือปล่อยให้พนักงานอื่นใดนั่งกับลูกค้า ซึ่งทั้ง 2 กรณี จะเข้าข่ายเป็นสถานบริการแต่ผู้ประกอบการจะเลี่ยงโดยไม่ขออนุญาตตั้งเป็นสถานบริการโดยอ้างว่า ไม่มีนักร้อง นักแสดงหรือพนักงานอื่นใดนั่งกับลูกค้าหรือไม่มีผู้ให้บริการขับร้องเพลงกับลูกค้า แล้วหลบเลี่ยงไปขออนุญาตตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 เป็นการประกอบกิจการร้านอาหารโอเคะและหากมีอาหารจำหน่ายก็ต้องไปขออนุญาตเจ้าพนักงานท้องถิ่นเป็นสถานจำหน่ายอาหาร (สะสมอาหาร) ตามพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2560) ขออนุญาตจำหน่ายสุราตามพระราชบัญญัติสรรพสามิต พ.ศ.2560 เพื่อไม่ให้เข้าข่ายเป็นสถานบริการ ตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 หรือในกรณีตามมาตรา 3(5) กำหนดว่าสถานที่ที่มีอาหาร สุรา หรือเครื่องดื่มอย่างอื่นจำหน่าย โดยจัดให้มีการแสดงดนตรีหรือการแสดงอื่นใดเพื่อการบันเทิง ซึ่งปิดทำการหลังเวลา 24.00 นาฬิกา จึงจะถือว่าเป็นสถานบริการตามกฎหมาย ซึ่งหากสถานบริการ ประกอบการในลักษณะดังกล่าวแต่ปิดก่อนเวลา 24.00 ก็ย่อมไม่เป็นสถานบริการตามพระราชบัญญัติ สถานบริการ พ.ศ. 2509

¹ “สถานบริการ” หมายถึง สถานบริการที่มีลักษณะตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมจนถึง (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2560 ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน

นอกจากนี้ สถานประกอบการกิจการที่มีลักษณะคล้ายกับสถานบริการยังเป็นแหล่งของปัญหาการมั่วสุมกันเสพยาเสพติดของวัยรุ่น ปัญหาการฉกชิงวิ่งราวเพื่อนำเงินมาใช้ในการเที่ยวเตร่ ปัญหาการทะเลาะวิวาทตามสถานบริการที่นับวันจะมีความรุนแรงมากขึ้นเสียชีวิต แต่ยังมีปัญหาอีกมากมายที่มีบ่อเกิดมาจากสถานบริการในลักษณะดังกล่าว เช่น สถานบริการบางแห่งยังเป็นแหล่งของการมั่วสุมทั้งในเรื่องของการก่อให้เกิดการละเมิดทางเพศ การมั่วสุมของสารเสพติด ทั้งในเรื่องของสุรา บุหรี่ และยาเสพติด รวมทั้งทำให้เกิดปัญหาก่อความเดือดร้อนรำคาญให้แก่ประชาชนทั่วไปอีกด้วย²

อย่างไรก็ดี พลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา ในฐานะหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ได้อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ออกคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 22/2558 เรื่อง มาตรการในการป้องกันและแก้ไขปัญหาการแข่งรถยนต์และรถจักรยานยนต์ในทางและการควบคุมสถานบริการหรือสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 46/2559 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อยับยั้งพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมของผู้มีอายุต่ำกว่ายี่สิบปีบริบูรณ์ที่เข้าไปในสถานบริการหรือสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการและแก้ไขปัญหาการจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่อยู่ในบริเวณใกล้เคียงสถานศึกษาหรือหอพักในบริเวณใกล้เคียงสถานศึกษา และลงโทษผู้ประกอบการที่กระทำการฝ่าฝืนกฎหมาย ซึ่งถือว่าเป็นการดำเนินการเพื่อปฏิรูปและจัดระเบียบในสังคม รวมทั้งเพื่อระงับและป้องกันการกระทำอันเป็นผลต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม³

ทั้งนี้ แม้ว่าคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 22/2558 ดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ที่ดีในการปกป้องเยาวชนที่มีอายุต่ำกว่ายี่สิบปีบริบูรณ์ก็ตาม แต่โดยคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 22/2558 มีสถานะเป็นกฎหมายและกำหนดโทษทางอาญาและโทษทางปกครอง รวมทั้งยังกำหนดมาตรการทางกฎหมาย ดังนี้

²จากรัฐมนตรีวสยะ และอภาศิริสุวรรณานนท์. “มาตรการที่มีประสิทธิภาพในการจัดระเบียบสังคมด้านสถานบริการของกองบัญชาการตำรวจนครบาล”.วารสารการเมือง การบริหาร และกฎหมาย ปีที่ 4 ฉบับที่ 3, หน้า 255-256.

³สรสิข เหลืองรุ่งเกียรติ.เอกสารทางวิชาการเรื่อง ข้อเสนอจัดการดำเนินงานกับสถานบริการ หรือสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการตามคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 22/2558. สำนักงานสุขาภิบาลสิ่งแวดล้อม สำนักก่อนามัย กรุงเทพมหานคร, หน้า 3.

1.1 กำหนดห้ามผู้ประกอบกิจการสถานบริการหรือสถานประกอบการใดที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

1.1.1 ยินยอมหรือปล่อยให้พลละเลยให้ผู้มีอายุต่ำกว่ายี่สิบปีบริบูรณ์เข้าไปใช้บริการ

1.1.2 ขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์แก่ผู้มีอายุต่ำกว่ายี่สิบปีบริบูรณ์

1.1.3 เปิดทำการเกินกว่าเวลาตามที่มีกฎหมายบัญญัติ

1.1.4 ขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เกินกว่ากำหนดเวลาตามที่มีกฎหมายบัญญัติ

1.1.5 ยินยอมหรือปล่อยให้พลละเลยให้มีการพกพาอาวุธวัตถุระเบิดหรือยาเสพติดเข้าไปในสถานที่ของตน

1.2 กำหนดห้ามตั้งในบริเวณใกล้เคียงสถานศึกษาหรือหอพักในบริเวณใกล้เคียงสถานศึกษา

1.3 กำหนดห้ามก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญทางเสียงแก่ผู้อยู่อาศัยในบริเวณใกล้เคียงสถานบริการหรือสถานประกอบการ ดังกล่าว

หากพิจารณาคำสั่งหัวหน้าคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติที่ 22/2558 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยคำสั่งหัวหน้าคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 46/2559 ยังมีข้อบกพร่องและก่อให้เกิดปัญหากฎหมายหลายประการ ดังต่อไปนี้

ประการแรก ปัญหาขอบเขตของคำว่า “สถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ”

ในคำสั่งหัวหน้าคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติที่ 22/2558 มิได้กำหนดนิยามของคำว่า “สถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ” จึงไม่สามารถเข้าใจได้อย่างชัดเจนว่าสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการมีลักษณะอย่างไร ดังเช่นคำว่า “สถานบริการ” ตามมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509

ซึ่งตามมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 หมายถึง สถานที่จัดตั้งขึ้นเพื่อให้บริการโดยหวังประโยชน์ในทางการค้าโดยมีบริการในด้านต่างๆ ได้แก่ สถานเต้นรำ สถานที่อาบน้ำ นวดหรืออบตัวโดยมีผู้ให้บริการ สถานที่ที่มีอาหาร สุรา หรือเครื่องดื่มอย่างอื่นจำหน่ายหรือให้บริการโดยมีผู้ปรนนิบัติลูกค้า หรือมีดนตรี การแสดง การเต้น หรืออุปกรณ์การร้องเพลงหรือสถานที่ที่มีอาหาร สุรา เครื่องดื่มอย่างอื่นจำหน่ายโดยจัดให้มีการแสดงดนตรีหรือการแสดงอย่างอื่นเพื่อการบันเทิงซึ่งปิดทำการหลังเวลา 24.00 นาฬิกา โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้ มีความมุ่งหมายเพื่อที่จะควบคุมสถานบริการที่อาจดำเนินการไปในทางกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนอันเป็นสถานที่ที่ไม่ควรที่จะให้เยาวชนหรือเด็กเข้าไปใช้บริการ หรือใช้เป็นที่มั่วสุมกัน อีกทั้งคำสั่งหัวหน้าคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติ

ที่ 22/2558 ก็มีวัตถุประสงค์ในการยับยั้งพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมของผู้มีอายุต่ำกว่า 20 ปี บริบูรณ์ ที่เข้าไปในสถานบริการหรือสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายสถานบริการ ปฏิรูปและจัดระเบียบสังคม ระวังและป้องกันการกระทำอันเป็นผลต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมตลอดจนลงโทษผู้ประกอบการที่ฝ่าฝืนกฎหมายเช่นกัน

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายทั้ง 2 ฉบับนี้ มีความมุ่งหมาย เป็นอย่างเดียวกัน เพียงแต่คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 22/2558 จะมีขอบเขต ในการใช้บังคับกว้างกว่ากิจการสถานบริการตามบทนิยามคำว่า “สถานบริการ” ตามมาตรา 3 แห่ง พระราชบัญญัติสถานบริการ ทั้งนี้ เนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่กำหนดขึ้นเพื่อควบคุมทั้งสถานบริการ และสถานบริการบางประเภทที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการด้วย ดังนั้น สถานประกอบการที่ไม่เข้าข่ายการเป็นสถานบริการที่อยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 แต่หากมีการให้บริการในลักษณะที่กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยหรือ ศีลธรรมอันดีของประชาชนและจำเป็นต้องควบคุมการให้บริการของสถานประกอบการดังกล่าว ในลักษณะเดียวกับสถานบริการเพื่อยับยั้งพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมของเยาวชน การให้บริการของ สถานประกอบการนั้นก็ย่อมมีลักษณะคล้ายกับสถานบริการ โดยไม่ต้องคำนึงว่าจะมีสถานที่ตั้งที่ แน่นนอนเหมือนกรณีสถานบริการตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 แต่ประการใด

ประกอบกับมาตรา 3(5) ของพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509⁴ ที่บัญญัติว่า สถานที่ที่มีอาหาร สุรา หรือเครื่องดื่มอย่างอื่นจำหน่าย โดยจัดให้มีการแสดงดนตรีหรือ การแสดงอื่นใด เพื่อการบันเทิง ซึ่งปิดทำการหลังเวลา 24.00 นาฬิกา โดยในปัจจุบันมีสถานประกอบการที่เปิด ให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการตาม มาตรา 3(5) เป็นจำนวนมาก เช่น สถานประกอบ กิจการที่มีการจำหน่ายอาหาร สุรา หรือเครื่องดื่มอย่างอื่น โดยมีการแสดงดนตรีหรือการแสดงอื่น แต่ปิดทำการก่อนเวลา 24.00 นาฬิกา หรือสถานประกอบกิจการที่มีการจำหน่ายอาหาร สุรา หรือ เครื่องดื่มอย่างอื่น มีการเปิดเพลงภายในร้านแต่ปิดทำการก่อนเวลา 24.00 นาฬิกา จึงไม่เข้าลักษณะ ของสถานบริการมาตรา 3 (5) เป็นการหลีกเลี่ยงไม่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 ทั้งที่ความจริงมีการเปิดเป็นสถานบริการ ซึ่งหากต้องเปิดเป็นสถานบริการจะต้องมีการขออนุญาต ตั้งสถานบริการซึ่งมีขั้นตอนและหลักเกณฑ์การขออนุญาต ตามกฎหมายให้ต้องปฏิบัติจำนวนมาก ทำให้มีการประกอบกิจการที่คล้ายสถานบริการเกิดขึ้นเป็นจำนวนค่อนข้างมาก ซึ่งเป็นการหลีกเลี่ยง เพื่อไม่ให้มีการดำเนินกิจการที่ไม่ต้องขออนุญาตตามกฎหมายสถานบริการ อันทำให้เกิดปัญหา การบังคับใช้กฎหมายกับสถานบริการที่ประกอบกิจการคล้ายสถานบริการเนื่องจากปัจจุบันยังไม่มี

⁴ พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. ๒๕๐๙ (๕) สถานที่ที่มีอาหาร สุรา หรือเครื่องดื่มอย่างอื่นจำหน่าย โดยจัดให้มีการแสดงดนตรี หรือการแสดงอื่นใดเพื่อการบันเทิง ซึ่งปิดทำการหลังเวลา ๒๔.๐๐ นาฬิกา

การให้คำนิยามของคำว่า “สถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ” ไว้ในกฎหมายฉบับใด จึงทำให้ต้องมีการตีความในการบังคับใช้กฎหมายซึ่งเกิดเป็นข้อต่อสู้ของสถานประกอบการที่คล้ายสถานบริการได้

อีกทั้ง ความคล้ายของคำนิยามยังมีความคล้ายหลังอยู่เป็นอันมาก แม้พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 จะมีการแก้ไขครั้งล่าสุดเมื่อเมื่อปี พ.ศ. 2546 แต่ก็เป็นระยะเวลาล่วงเลยมาเป็นเวลาเกินกว่า 10 ปี แล้ว ทำให้สถานบริการบางประเภทซึ่งในสมัยก่อนได้รับความนิยม แต่ในปัจจุบันแทบไม่มีผู้ประกอบการสถานบริการดังกล่าวแล้ว กรณีจึงทำให้คำนิยามดังกล่าวไม่มีความเหมาะสมกับยุคสมัย

ประการที่สอง ปัญหาเกี่ยวกับการควบคุมการจัดตั้งสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการได้แก่ หลักเกณฑ์และวิธีการขออนุญาตและการอนุญาตและหลักเกณฑ์ เกี่ยวกับประวัติการกระทำความผิดต่อกฎหมายของผู้ขออนุญาตตั้ง รวมทั้งการขอต่ออายุใบอนุญาตและการอนุญาตให้ต่ออายุใบอนุญาต ซึ่งผู้รับอนุญาตตั้งมีหน้าที่ต้องควบคุมการแสดงมิให้เป็นไปในทางลามกหรืออนาจาร และมีให้มีสัตว์ร้ายเข้าร่วมการแสดง ในสภาพที่อาจก่อให้เกิดอันตรายแก่ผู้ชม เป็นต้น แต่คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 22/2558 มิได้กำหนดไว้

เมื่อพิจารณาถึงการขออนุญาตตั้งสถานบริการและเพิกถอนใบอนุญาตตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 ได้ให้อำนาจแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ในการพิจารณาอนุญาตให้จัดตั้งสถานบริการและสั่งเพิกถอนใบอนุญาตตามมาตรา 4 “ห้ามมิให้ผู้ใดตั้งสถานบริการ เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ในการพิจารณาอนุญาต ให้พนักงานเจ้าหน้าที่คำนึงถึงประวัติการกระทำความผิดต่อกฎหมายของผู้ขออนุญาตตั้งสถานบริการประกอบด้วย หลักเกณฑ์และวิธีการขออนุญาตและการอนุญาตตามวรรคหนึ่งและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับประวัติการกระทำความผิดต่อกฎหมายของผู้ขออนุญาตตั้งสถานบริการตามวรรคสอง รวมทั้งการขอต่ออายุใบอนุญาตและการอนุญาตให้ต่ออายุใบอนุญาต ให้เป็นไปตามที่ในการยื่นขอใบอนุญาตเพื่อจัดตั้งสถานบริการจะต้องเป็นไปตามกำหนดระเบียบวิธีการแห่งกฎกระทรวง

ทั้งนี้ กลับพบว่าอำนาจในการอนุมัติใบอนุญาตจัดตั้งสถานบริการนั้น เป็นสิทธิขาดของกำหนดในกฎกระทรวง” โดยพนักงานเจ้าหน้าที่ คือ ผู้บัญชาการตำรวจนครบาล สำหรับกรุงเทพมหานคร และผู้ว่าราชการจังหวัด สำหรับในจังหวัดอื่น ซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัตินี้ ทั้งนี้

พนักงานเจ้าหน้าที่เพียงแค่มุคคตเดียว เนื่องด้วยเหตุนี้ จึงส่งผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือและอาจเกิดความเสียหายแก่ประชาชนจากการใช้อำนาจดังกล่าว ซึ่งในทางหลักความเป็นจริงแล้ว การปฏิบัติงานในส่วนราชการจะดำเนินการให้มีผลสัมฤทธิ์ และมีประสิทธิภาพได้นั้น ผู้ที่มีอำนาจหน้าที่ในด้านนั้น ๆ จะต้องกระทำอย่างระมัดระวัง เกรงครัดและรอบคอบ เพราะหากใช้อำนาจไม่ถูกวิธีและขั้นตอน ผลกระทบก็ย่อมจะเกิดขึ้นได้เสมอเช่นกัน ดังนั้น การประกอบสถานบริการจึงมีความจำเป็นที่จะต้องมียุคคตที่มีความรู้หลาย ๆ ด้าน หลากหลายอาชีพเพื่อเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในให้อำนาจการตัดสินใจพิจารณาทั้งประเด็นการขอใบอนุญาตการจัดตั้งสถานบริการ และการสั่งเพิกถอนใบอนุญาตดังกล่าว

ประกอบกับในการตรวจตราสถานบริการเพื่อให้การประกอบกิจการสถานบริการเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด จะพบว่า ฝ่ายปกครองจะอาศัยขั้นตอนและกระบวนการตรวจตราตามคู่มือการตรวจตราสถานบริการและสถานประกอบการตามนโยบายการจัดระเบียบสังคม ซึ่งคู่มือที่กำหนดขั้นตอนและกระบวนการในการตรวจตราประกอบการดังกล่าว ไม่มีสถานะทางกฎหมาย เป็นเพียงคู่มือที่ใช้ในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่รัฐเท่านั้น การที่ฝ่ายปกครองอาศัยเพียงคู่มือที่ไม่มีสถานะทางกฎหมายเป็นแนวทางปฏิบัติ ย่อมส่งผลทำให้เกิดปัญหาการคุ้มครองสิทธิต่อเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติว่าในการปฏิบัติอาจจะไปกระทบสิทธิของประชาชน และเมื่อกระทบแล้วเกิดการฟ้องร้อง เจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติอาจจะไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย⁵

ประการที่สาม ปัญหาเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้จัดตั้งสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการรวมทั้งบุคลากรที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ พนักงานในสถานประกอบการ เป็นต้น

คุณสมบัติ คือ กฎ ข้อกำหนดรูปแบบ แบบแผน หรือตัวกำหนดมาตรฐานเพื่อให้การปฏิบัติงานนั้น ๆ เป็นไปในทิศทางเดียวกัน โดยที่มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 ได้บัญญัติถึงคุณสมบัติของผู้ขอใบอนุญาตจัดตั้งสถานบริการไว้อย่างชัดเจน ดังนี้

- (1) อายุไม่ต่ำกว่ายี่สิบปีบริบูรณ์
- (2) ไม่เป็นผู้มีความประพฤติเสื่อมเสียหรือบกพร่องในศีลธรรม
- (3) ไม่เป็นผู้วิกลจริต หรือจิตฟั่นเฟือน ไม่สมประกอบ
- (4) ไม่เป็นผู้เจ็บป่วยด้วยโรคติดต่ออันเป็นที่รังเกียจแก่สังคม โรคพิษสุราเรื้อรัง หรือ

โรคนาเสพติดให้โทษอย่างร้ายแรง

⁵ กฤษณ์ วสินนท์. (2547). มาตรการบังคับทางปกครอง: ศึกษากรณีการแยกการปรับทางปกครองออกจากโทษปรับทางอาญาของประเทศฝรั่งเศส. ใน รายงานการวิจัยเพื่อเสนอสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

(5) ไม่เป็นผู้เคยต้องรับโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา ในความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการค้าหญิงและเด็กหญิง ตามกฎหมายว่าด้วยการปรามการทำให้ แพร่หลายและการค้าวัตถุอันลามก หรือตามกฎหมายว่าด้วยการปรามการค้าประเวณี

ในกรณีที่นิติบุคคลเป็นผู้ขออนุญาตตั้งสถานบริการ ผู้แทนของนิติบุคคลนั้นต้องมี คุณสมบัติตามความในวรรคก่อน

แต่ทั้งนี้ จากมาตราดังกล่าวไม่ได้ระบุถึงการขอจัดตั้งสถานบริการใหม่ ซึ่งหมายถึง การขอจัดตั้งสถานบริการอีกครั้งของบุคคลเดิมที่เคยมีการขอจัดตั้งไปแล้ว (การขอใบอนุญาตซ้ำ) อันเนื่องมาจากบุคคลดังกล่าวได้ถูกเพิกถอนใบอนุญาตมาก่อน โดยมีคำสั่งถึงที่สุดตามมาตรา 22 วรรคสอง ทั้งนี้อาจเป็นช่องโหว่ให้ผู้กระทำผิดสามารถกลับมาขอใบอนุญาตใหม่ได้อีกครั้ง

จากสภาพปัญหาข้างที่ได้กล่าวมา ทำให้ผู้ศึกษามีความสนใจที่จะศึกษาปัญหากฎหมาย เกี่ยวกับการควบคุมสถานประกอบการที่เปิดให้บริการลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ โดยการศึกษา เปรียบเทียบกับกฎหมายสถานบริการในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้แก่ Adult Entertainment Law และประเทศเกาหลีใต้ ได้แก่ Act On The Regulation Of Amusement Business Affecting Public Morals เพื่อนำผลการศึกษามาใช้แก้ไขเพิ่มเติมคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 22/2558 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม โดยคำสั่งที่ 46/2559 ให้มีความเป็นธรรมและสอดคล้องกับบริบทของสังคมไทย รวมทั้งการจัดระเบียบสังคมที่มีประสิทธิภาพต่อไปในอนาคต

2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา

2.1 เพื่อศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมกำกับสถานประกอบการที่เปิดให้บริการ ในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ

2.2 เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายของไทยในการควบคุมกำกับสถานประกอบการ ที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ ได้แก่ คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบ แห่งชาติที่ 22/2558 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม โดยคำสั่งที่ 46/2559 พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองพ.ศ. 2539 และมาตรการทางกฎหมายของ ต่างประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา และเกาหลีใต้

2.3 เพื่อศึกษาปัญหากฎหมายเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายการควบคุมสถาน ประกอบการที่จัดตั้งคล้ายสถานบริการ

2.4 เพื่อให้ได้แนวทางในการยกเลิกคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 22/2558 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยคำสั่งที่ 46/2559 และแก้ไขเพิ่มเติม พรบ.สถานบริการ พ.ศ. 2509 และกฎกระทรวง ที่ออกตาม พรบ.สถานบริการ พ.ศ.2509 ให้มีความเป็นธรรมและสอดคล้องกับบริบทของสังคมไทย

3. สมมุติฐานของการศึกษา

แม้ว่าคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 22/2558 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยคำสั่งที่ 46/2559 จะได้ประกาศใช้โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อยับยั้งพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมของผู้มีอายุต่ำกว่า ยี่สิบปีบริบูรณ์ที่เข้าไปในสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการก็ตาม แต่ยังมีปัญหากฎหมายหลายประการ ได้แก่ ปัญหาขอบเขตของคำว่า“สถานประกอบการที่เปิด ให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ” ปัญหาเกี่ยวกับการควบคุมการจัดตั้งสถานประกอบการ ที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ ปัญหาเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้จัดตั้งสถาน ประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการรวมทั้งบุคลากรที่เกี่ยวข้อง เป็นต้น จึงจำเป็นต้องศึกษาเพื่อยกเลิกคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติและแก้ไขเพิ่มเติม พรบ. สถานบริการ พ.ศ.2509 และกฎกระทรวงที่ออกตาม พรบ.สถานบริการ พ.ศ.2509 ดังกล่าวต่อไป

4. วิธีการศึกษา

ในการศึกษาอิสระครั้งนี้ เป็นการศึกษาวิจัยทางเอกสาร (Documentary research) โดยศึกษาค้นคว้าจากหนังสือ คำบรรยาย ตัวอย่างกฎหมาย วิทยานิพนธ์ บทความที่เกี่ยวข้องตลอดจนคำพิพากษา ของศาลและความเห็นของนักนิติศาสตร์ต่างๆทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ทั้งนี้ เพื่อรวบรวมข้อมูลให้เป็นระบบในอันที่จะนำมาประกอบการศึกษาในการทำความเข้าใจแล้วนำมา วิเคราะห์เปรียบเทียบหาข้อสรุปเป็นข้อเสนอแนะต่อไป

5. ขอบเขตการศึกษา

ในการศึกษาครั้งนี้ มีขอบเขตเฉพาะการควบคุมกำกับสถานประกอบการที่เปิดให้บริการ ในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 22/2558 ซึ่งแก้ไข เพิ่มเติมโดยคำสั่งที่ 46/2559 โดยจะนำมาวิเคราะห์และเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา และเกาหลีใต้

6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

6.1 ทำให้เข้าใจแนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมกำกับสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ

6.2 ทำให้ทราบเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายของไทยในการควบคุมกำกับสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ ได้แก่ คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 22/2558 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยคำสั่งที่ 46/2559 พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองพ.ศ.2539 และมาตรการทางกฎหมาย

6.3 ทำให้ทราบปัญหากฎหมายเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายการควบคุมสถานประกอบการที่จัดตั้งคล้ายสถานบริการ

6.4 ทำให้ได้แนวทางในการยกเลิกคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 22/2558 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยคำสั่งที่ 46/2559 และแก้ไขเพิ่มเติม พรบ.สถานบริการ พ.ศ.2509 และกฎกระทรวงที่ออกตาม พรบ.สถานบริการ พ.ศ.2509 ให้มีความเป็นธรรมและสอดคล้องกับบริบทของสังคมไทย



บทที่ 2

แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมกำกับสถานประกอบการที่เปิดให้บริการ ในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ

ในบทที่ 2 จะเป็นการศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมกำกับสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ ได้แก่ หลักนิติรัฐ ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตย ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจ การบริการสาธารณะ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หลักการบังคับทางปกครองและทฤษฎีการลงโทษทางอาญา ดังจะได้พิจารณาโดยลำดับ

1. หลักนิติรัฐ

คำว่า “นิติรัฐ” เป็นคำที่แปลมาจากภาษาเยอรมันว่า Rechtsstaat โดยประกอบขึ้นจากคำสองคำ คือ คำว่า Recht ที่แปลว่า กฎหมาย และคำว่า Staat ที่แปลว่า รัฐ⁶ ซึ่งในระบบกฎหมายอังกฤษ แปลคำว่า Rechtsstaat ว่า rule of law หรือ state-under-law⁷ ระบบกฎหมายฝรั่งเศส แปลว่า état constitutional หรือ état de droit และระบบกฎหมายอิตาลีแปลว่า Stato di diritto ซึ่งนิติรัฐนั้นเป็นคำที่ใช้เรียกรัฐหรือระบบการปกครองซึ่งเรียกร้องให้การใช้อำนาจของรัฐนั้น จะต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายและความยุติธรรม

“นิติรัฐ” หมายถึง รัฐซึ่งยอมรับรอง และให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎร ทั้งนี้ เพื่อที่ราษฎรจะได้ใช้สิทธิเสรีภาพเช่นว่านั้นพัฒนาบุคลิกภาพของตนได้ตามที่แต่ละคนจะเห็นสมควร ดังนั้น รัฐประเภทนี้จึงเป็นรัฐที่มีอำนาจจำกัด โดยยอมอยู่ภายใต้กฎหมายของตนเอง เพื่อประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน เพราะถือว่าสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ซึ่งมีคุณค่าสูงสุด⁸

⁶วรเจตน์ ภาคีรัตน์. คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน. โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2557. หน้า 144.

⁷“เรื่องเดียวกัน”.

⁸สมยศ เชื้อไทย. กฎหมายมหาชนเบื้องต้น. (พิมพ์ครั้งที่ 12). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2560. หน้า 174.

ทั้งนี้ ในประเทศที่ใช้หลักนิติรัฐในการปกครองประเทศไม่ได้กำหนดให้องค์กรของรัฐใช้อำนาจให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่กำหนดหน้าที่ให้องค์กรของรัฐต้องใช้อำนาจที่ได้รับมาด้วยความยุติธรรมปรากฏขึ้นเป็นจริงด้วย⁹ อย่างไรก็ตาม หลักการอันเป็นสาระสำคัญของหลักนิติรัฐ คือ การปกครองในนิติรัฐนั้นกฎหมายจะต้องไม่เปิดโอกาสให้ผู้ปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจ แต่จะอยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ และกฎหมายต้องให้ความคุ้มครองบุคคลทุกคนอย่างเสมอภาคกัน นอกจากนี้ บุคคลจะต้องสามารถทราบล่วงหน้าว่ากฎหมายที่มุ่งประสงค์จะบังคับให้ตนทำอะไรหรือไม่ให้ตนทำอะไร ผลร้ายอันเกิดจากการฝ่าฝืนคืออะไร ทั้งนี้ เพื่อที่บุคคลจะได้ปฏิบัติตนให้ถูกต้องสอดคล้องกับกฎหมาย โดยทั่วไปแล้วการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐในนิติรัฐจะมีลักษณะสำคัญ 2 ประการ คือ¹⁰

ประการแรก องค์กรของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐตลอดจนบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจรัฐจะต้องผูกพันกับกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย

ประการที่สอง รัฐจะประกันสิทธิขั้นพื้นฐานให้แก่พลเมืองของรัฐ

จากลักษณะเบื้องต้น 2 ประการ ดังกล่าวข้างต้น หลักนิติรัฐ จึงมีองค์ประกอบสำคัญ 2 ประการ คือ องค์ประกอบในทางรูปแบบ และองค์ประกอบในทางเนื้อหา¹¹

1.1 องค์ประกอบในทางรูปแบบของหลักนิติรัฐ คือ การที่รัฐยอมผูกพันตนเองไว้กับกฎหมายที่องค์กรของรัฐตราขึ้นตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดขึ้นหรือที่รัฐธรรมนูญมอบอำนาจไว้ ทั้งนี้ เพื่อจำกัดอำนาจของรัฐลง หากพิจารณาในทางรูปแบบ หลักนิติรัฐยังประกอบไปด้วยหลักการย่อย ๆ หลายประการที่สำคัญ ได้แก่ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี และหลักประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม

1.2 องค์ประกอบในทางเนื้อหาของหลักนิติรัฐ คือ การที่รัฐประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนโดยมีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด อันเป็นการเรียกร้องว่าในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับกับราษฎรนั้นกฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นจะต้องมีความชัดเจนและแน่นอนเพียงพอที่ราษฎรจะเข้าใจได้ ยิ่งไปกว่านั้น ระบบกฎหมายจะต้องคุ้มครองความเชื่อถือ และไว้วางใจที่บุคคลมีต่อกฎหมาย ทั้งนี้ องค์ประกอบในแง่เนื้อหาของนิติรัฐต้องถูกต้องและยุติธรรม

⁹ “เรื่องเดียวกัน”. หน้า 143.

¹⁰ วรเจตน์ ภาศิริตัน. “เรื่องเดียวกัน”. หน้า 143.

¹¹ “เรื่องเดียวกัน”. หน้า 148.

กล่าวโดยสรุป การปกครองโดยหลักนิติรัฐ คือ การปกครองที่รัฐยอมผูกพันตนอยู่ภายใต้กฎหมาย (State under the rule of law) โดยประชาชนในรัฐนั้นจะได้รับการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพไว้ในรัฐธรรมนูญ มีองค์กรตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญคือ องค์กรตุลาการ หรือ ศาลรัฐธรรมนูญ โดยรัฐหรือองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจตามอำเภอใจมิได้

2. ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตย

2.1 ความหมายของอำนาจอธิปไตย คำว่า “อำนาจ” หมายถึงความสามารถที่จะปฏิบัติการอย่างใดอย่างหนึ่ง อย่างไรก็ดี ตามพจนานุกรมกฎหมาย Black’ s Law แยกอธิบายคำว่าอำนาจออกเป็นสองคำ ได้แก่ “Power” และ “Authority” โดยถือว่า Power คือสิทธิหรือความสามารถที่จะทำการหรืองดเว้นทำการใดได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ส่วน Authority คืออำนาจที่ได้รับมอบหมายมา แต่ความแตกต่างระหว่างคำสองคำนี้ปรากฏชัดในกฎหมายเอกชนและกฎหมายระหว่างประเทศมากกว่าในกฎหมายมหาชน เพราะเมื่อพูดถึงอำนาจนิติบัญญัติในระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย ก็ควรถือว่าเป็นอำนาจที่ได้รับมอบหมายจากประชาชนจึงเป็น Authority มากกว่า Power

อย่างไรก็ดี อำนาจเป็นสิ่งสำคัญในทางการเมือง ดังที่กล่าวกันในทางรัฐศาสตร์ว่า “การเมืองมิใช่สิ่งใดแต่เป็นการต่อสู้ เพื่ออำนาจ” เมื่อกฎหมายมหาชนรับเอาคำว่าอำนาจมาใช้ ก็ให้ความหมายสำคัญแก่คำนี้เป็นพิเศษ และถือว่าเป็นสิทธิหรือความสามารถอันยิ่งใหญ่ที่จะบังคับเอาแก่ผู้อื่น ได้ดังที่กล่าวกันว่ากฎหมายมหาชนเป็นเรื่องของการใช้อำนาจรัฐบังคับเอาแก่ราษฎร จนกระทั่งในระยะหลังนับแต่ศตวรรษที่ 12 - 13 เป็นต้นมา เมื่อมีการรื้อฟื้นแนวความคิดกฎหมายมหาชนใหม่ในยุโรป และถือว่าราษฎรก็มีอำนาจตามกฎหมายมหาชนที่จะเรียกร้องหรือบังคับเอาแก่รัฐได้ คำว่าอำนาจก็มีหน้าที่ความรับผิดชอบกำกับด้วยคือแม้รัฐจะมีอำนาจบังคับเอาแก่ราษฎร แต่ก็ยังเป็นอำนาจที่มีหน้าที่ควบคู่ด้วย ดังจะเห็นได้ว่าเมื่อมีการพูดถึงการแบ่งแยกอำนาจก็มักจะพูดถึงการแบ่งแยกหน้าที่ควบคู่ไปด้วย¹²

ส่วนคำว่าอำนาจอธิปไตยนั้น ในทางกฎหมายมหาชนถือว่าเป็นอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ หรืออำนาจที่แสดงความเป็นเจ้าของประเทศนั่นเอง และถือว่าเป็นองค์ประกอบอย่างหนึ่งของรัฐ การมีแต่เพียงดินแดนและประชากรนั้นยังไม่เป็นรัฐแต่เป็นได้เพียงอาณานิคม ก็เพราะขาดอำนาจสูงสุดในการปกครองตนเอง แนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตย

¹²มานิตย์ จุมปา. คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550). กรุงเทพมหานคร: วิ.พรินท์. 2555. หน้า 15.

น่าจะพัฒนามาพร้อมกับแนวความคิดในกฎหมายเอกชนเรื่องกรรมสิทธิ์ (Ownership)¹³ เช่น การพูดกันว่า นายดำเป็นเจ้าของปากกา นายเขียวเป็นเจ้าของบ้าน นายฟ้าเป็นเจ้าของรถยนต์ ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินใดย่อมมีสิทธิจำหน่ายโอน ใต้ดอกผลของทรัพย์สินนั้น ใ้สอยติดตามเอาคืนจากผู้ไม่มีสิทธิ หรือขาดวางไม่ให้ผู้ใดสอดเข้าเกี่ยวข้อง แต่พอพูดถึงประเทศหรือดินแดนทั้งหมดของรัฐ เราจะพูดถึงเจ้าของคนใดคนหนึ่งไม่ได้เสียแล้ว แม้จะหาตัวผู้เป็นเจ้าของที่ดินทั่วประเทศได้ เช่น ประเทศ ก. มีเนื้อที่ 3,000 ไร่ นายดำ นายขาวและนายฟ้า เป็นเจ้าของที่ดินคนละ 1,000 ไร่ เพราะในประเทศนี้ นอกจากเนื้อที่ 3,000 ไร่แล้ว ยังประกอบด้วยประชาชนและวิถีชีวิตของประชาชนมากหน้าหลายตา เหล่านี้ อีกด้วย ปัญหาต่อไปจึงมีว่าใครเป็นเจ้าของรัฐหรือประเทศซึ่งสามารถใช้อำนาจความเป็นเจ้าของนี้ “กระทำการหรืองดเว้นกระทำการได้โดยชอบ” คือบังคับเอาแก่ดินแดน ประชาชน และกระทำการใดให้มีผลกระทบต่อวิถีชีวิตของประชาชนได้อย่างกับผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายเอกชน ซึ่งในทางกฎหมายมหาชนเรียกอำนาจในทำนองกรรมสิทธิ์นี้ว่า “อำนาจอธิปไตย” (Sovereignty) อย่างไรก็ตาม คำว่า อำนาจอธิปไตยนี้ เพิ่งจะเรียกกันในสมัย ศตวรรษที่ 16 นี้เอง แต่เดิมเคยเรียกกันว่า “อำนาจอสูงสุด” (Supremacy) มาก่อน เช่น มีการกล่าวถึงความมีอำนาจอสูงสุดของพระเจ้าผู้เป็นเจ้าของความมีอำนาจอสูงสุดของพระสันตปาปา ความมีอำนาจอสูงสุดของกษัตริย์¹⁴

2.2 ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตย นักวิชาการได้แบ่งแยกอำนาจอธิปไตยตามทฤษฎีดังนี้

2.2.1 ทฤษฎีว่าด้วยความมีอำนาจอสูงสุดของพระเจ้าผู้เป็นเจ้าของ

ปรัชญาเมธี ฝ่ายกฎหมายธรรมชาติได้อ้างทฤษฎีว่าด้วยความมีอำนาจอสูงสุดของพระเจ้า (The Supremacy of God) มาตั้งแต่นักบุญออกัสติน โดยอ้างว่า บรรดาสรรพสิ่งทั้งปวงย่อมอยู่ใต้คำบัญชาของพระเจ้า ข้อนี้เห็นจะเทียบได้กับเรื่อง “พรหมลิขิต” ตามคตินิยมแบบฮินดู หรืออาจจะเรียกตามภาษาสมัยใหม่ว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของพระเจ้าผู้เป็นเจ้าของก็ได้

อย่างไรก็ตาม นักเทววิทยาอ้างว่า ทฤษฎีเช่นว่านี้ มีรากฐานความเชื่อมาตั้งแต่สมัยโบราณแล้ว เมื่อมนุษย์เริ่มรู้จักการนับถือผีสาวเทวดา (theism) โดยมนุษย์รู้จักกันว่าจะต้องมีสิ่งสูงสุดสิ่งหนึ่งคอยคลบ้นคาลปรากฏการณ์ต่าง ๆ ทางธรรมชาติ และลิขิตความเป็นไปของชีวิตมนุษย์ กล่าวอีกนัยหนึ่ง มนุษย์เกิดจากลิขิตของสิ่งนั้น มนุษย์อยู่ใต้ลิขิตของสิ่งนั้น และมนุษย์จะต้องกลับไปหาสิ่งที่ลิขิตชีวิตคนในบั้นปลาย ต่อมาเมื่อมนุษย์รู้จักการอยู่เป็นหมู่เหล่า มีผู้ปกครอง และผู้อยู่ใต้

¹³ วรวิทย์ กนิษฐะเสน. *กฎหมายมหาชนเบื้องต้น ภาคทฤษฎีพื้นฐานทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: เจริญวิทย์การพิมพ์. 2521. หน้า 1-4.

¹⁴ โภคิน พลกุลและชาญชัย แสวงศักดิ์. *หลักกฎหมายมหาชน เล่ม 1*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. 2541. หน้า 138.

ปกครอง ความรู้สึกก็เปลี่ยนไปเป็นผู้ปกครองได้อำนาจบังคับบัญชามาจากสิ่งสูงสุดนั้น เช่น พระเจ้าฟาโรห์แห่งอียิปต์ และพระเจ้าจักรพรรดิแห่งญี่ปุ่นได้อำนาจปกครองมาจากพระสุริยเทพ เป็นต้น ต่อมาเมื่อศาสนาคริสต์ นิกายโรมันคาทอลิกเจริญรุ่งเรืองขึ้นในตอนต้นสมัยกลาง ศาสนาจักรเรื่องอำนาจมากเหนืออาณาจักรทั้งปวงในยุโรป และมีการอ้างอิงว่า กฎหมายธรรมชาติเป็นอันเนื่องอันเดียวกับกฎของพระผู้เป็นเจ้า โดยเฉพาะอย่างยิ่ง “ธรรมชาติ” (nature) ที่ว่านั้น คือ พระผู้เป็นเจ้าในคริสต์ศาสนา (God) นั่นเอง ลัทธิอำนาจสูงสุดของพระผู้เป็นเจ้าก็เริ่มเป็นที่กล่าวอ้างกันทั่วไปอย่างกว้างขวาง จนลบล้างทฤษฎีอื่นใดในขณะนั้น โดยสิ้นเชิง จนกล่าวได้ว่า เมื่อพูดถึงทฤษฎีนี้ก็ต้อง หมายถึงทฤษฎีว่าด้วยความมีอำนาจสูงสุดของพระผู้เป็นเจ้าในทางคริสต์ศาสนาเท่านั้น หากใช้พระผู้เป็นเจ้าองค์อื่นไม่

2.2.2 ทฤษฎีว่าด้วยความมีอำนาจสูงสุดของพระสันตปาปา

ในขณะที่นักบุญออกัสติน พระสันตปาปาเกรกอรีที่ 7 และปรีชญาเมธิในเวลาต่อมา เช่น จอห์นแห่งซอลสเบอรีและนักบุญโธมัส อควีนาส กล่าวอ้างทฤษฎีว่าด้วยความมีอำนาจสูงสุดของพระผู้เป็นเจ้านั่นเอง ปรีชญาเมธิเหล่านี้ ต่างก็ได้วางรากฐานทฤษฎีว่าด้วยความมีอำนาจสูงสุดของพระสันตปาปา (The Supremacy of the Pope) เคียงคู่กันตลอดมาด้วยความมุ่งหมายว่าจะสร้างฐานแห่งอำนาจของฝ่ายศาสนจักรเหนือฝ่ายอาณาจักรโดยเด็ดขาด นักปรีชญาฝ่ายคริสต์ศาสนาในสมัยกลางได้อ้างว่า ในทุกเวลาและในทุกสถานที่ จึงได้เลือกให้พระบุตร หรือพระเยซู (Jesus Christ) มาไถ่บาปมนุษย์แทน เพื่อต่อจากนั้นไปมนุษย์จะได้ปฏิบัติตามเจตนารมณ์อิสระ (free will) ของตนได้ ต่อมาพระบุตรได้เลือกสาวกคนสำคัญ คือ นักบุญปีเตอร์ (Saint Peter) ให้เป็นผู้ปกครองดูแลคริสต์ศาสนิกชนทั้งหลายในโลกสืบต่อจากพระองค์ ซึ่งในที่สุด นักบุญปีเตอร์ได้มอบอำนาจให้พระสันตปาปาองค์ต่อ ๆ มา รับภาระนี้สืบต่อไปอย่างไม่ขาดสาย ฉะนั้น พระสันตปาปา จึงเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดทางฝ่ายศาสนจักร และโดยเหตุที่ศาสนจักรเป็นใหญ่เหนือฝ่ายอาณาจักรพระสันตปาปา จึงเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจเหนือสิ่งทั้งปวง จะเป็นรองก็แต่พระผู้เป็นเจ้าเท่านั้น แม้แต่สมณสาสน์หรือพระบัญชาของพระสันตปาปา ก็จัดว่าเป็นกฎหมายศักดิ์สิทธิ์ (Lex divina) และมีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายของกษัตริย์ทั้งหลาย (Lx humana) ข้อที่น่าสังเกต คือ ทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีแรกที่ระบุให้รัฐอธิปไตย (Sovereign) หรือผู้ใช้อำนาจอธิปไตยเป็นคนธรรมดา¹⁵

2.2.3 ทฤษฎีว่าด้วยความมีอำนาจสูงสุดของกษัตริย์

นับแต่ปลายสมัยกลางเป็นต้นมา ทฤษฎีว่าด้วยความมีอำนาจสูงสุดของพระสันตปาปาก็เสื่อมความนิยมลง เพราะทางฝ่ายอาณาจักรแข็งแกร่งขึ้นมาก จนสามารถตั้งตนเป็นอิสระ ไม่ขึ้นแก่สำนักพระสันตปาปาอีกต่อไป ทฤษฎีใหม่ที่นิยมกันในขณะนั้นคือ ทฤษฎีว่าด้วย

¹⁵วิษณุ เครืองาม. “เรื่องเดิม”. หน้า 212-213.

ความมีอำนาจสูงสุดของกษัตริย์ (The Supremacy of the King) โดยถือว่ากษัตริย์เป็นรัฐอธิปไตย (Sovereign) หรือผู้ที่มีอำนาจสูงสุดในรัฐ

บุคคลแรกที่ใช้คำว่า “อำนาจอธิปไตย” ในความหมายทางการเมืองดังที่เข้าใจในปัจจุบัน คือ นักปรัชญาการเมืองชาวฝรั่งเศส ชื่อ โบแดง (Jean Bodin) สาเหตุที่มีการใช้คำนี้ ก็คือในสมัยนั้นพระมหากษัตริย์ฝรั่งเศสได้ต่อสู้กับเกี่ยวกับศาสนจักรอย่างดุเดือดและได้พยายามทุกวิถีทางที่จะลดอำนาจของพระสันตปาปา โบแดงเป็นฝ่ายของพระมหากษัตริย์ จึงได้คิดทฤษฎีใหม่ขึ้นเพื่อลดอำนาจของพระสันตปาปา และเชิดชูอำนาจของพระมหากษัตริย์ขึ้นแทนที่ ทฤษฎีนั้นเดิมที่รู้จักกันว่า “ทฤษฎีว่าด้วยความมีอำนาจสูงสุดของกษัตริย์” แต่โบแดงกลับเรียกเสียใหม่ว่า “ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตย” (Theory of sovereignty) โดยใช้คำเรียกเป็นภาษาฝรั่งเศสว่า “souverainete” ซึ่งมีรากศัพท์มาจากคำในภาษาละตินว่า “superanus” ใน พ. ศ. 2119 โบแดง ได้เรียบเรียงวรรณกรรมสำคัญชื่อ “วรรณกรรม 6 เล่ม ว่าด้วยรัฐ” (Six Books Concerning the State) ซึ่งอธิบายทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยไว้อย่างละเอียดชัดเจน พอสรุปได้ดังนี้¹⁶

1) *อำนาจอธิปไตย* คือ อำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ ตามความหมายข้อนี้ แสดงว่า โบแดงต้องการจะลบล้างแนวความคิดดั้งเดิมเกี่ยวกับทฤษฎีว่าด้วยความมีอำนาจสูงสุด (The Supremacy) เพราะตามทฤษฎีนั้น ผู้ใช้อำนาจสูงสุดมีอำนาจสิ้นพันเกินไปจนไม่มีขอบเขตจำกัด เช่น พระผู้เป็นเจ้า ย่อมมีอำนาจทั่วสากลโลก พระสันตปาปาย่อมมีอำนาจทั่วอาณาจักรทั้งปวง แต่โบแดงต้องการจะจำกัดอำนาจสูงสุดลงเพียงแก่การปกครองในประเทศนั้นๆ เท่านั้น ที่โบแดงอธิบายเช่นนี้ เพราะโบแดงเข้าใจความหมายของคำว่า “รัฐ” เป็นอย่างดี และต้องการจะสร้างความสัมพันธ์ระหว่าง “รัฐ” กับ “รัฐอธิปไตย” ของรัฐนั้นเท่านั้น โดยไม่เกี่ยวกับรัฐอื่น

2) *อำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐ (Sovereignty belongs to the State)* โบแดงได้คำอธิบายข้อนี้มาจากองค์ประกอบข้อหนึ่งของรัฐที่ว่า รัฐต้องมีอำนาจอธิปไตย ฉะนั้นโบแดงจึงสรุปว่า อำนาจอธิปไตยย่อมเป็นของรัฐมิใช่ของราษฎร

3) *ผู้ใช้อำนาจอธิปไตยควรเป็นพระมหากษัตริย์* ซึ่งทรงเป็นรัฐอธิปไตย (Sovereign) เพราะพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขของรัฐ และผู้นำราษฎรทั้งหลาย

4) *รัฐอธิปไตย* คือ ผู้มีอำนาจสูงสุดในแผ่นดิน สามารถออกคำสั่งให้ราษฎรปฏิบัติตามได้โดยไม่อยู่ใต้คำสั่งของผู้ใด (majestas est summa in cives ac sives ac subditos legibusque solute potestas) นอกจากนั้น โบแดงยังได้อธิบายอีกด้วยว่า “ย่อมเป็นที่ประจักษ์ชัดแล้วว่าสาระสำคัญของรัฐอธิปไตยของกษัตริย์... คือ การมีอำนาจตรากฎหมายบังคับใช้แก่พสกนิกรทั้งหลาย

¹⁶บรรศักดิ์ อูวรรณ โฉม. *กฎหมายมหาชน เล่ม 1: วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ*. (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2550. หน้า 30-31.

โดยไม่คำนึงว่าพสกนิกรเหล่านั้นยินยอมหรือไม่... ถ้าจะให้รัฐอธิปไตยปกครองรัฐได้อย่างถูกต้อง
ดีงามแล้ว จำต้องจัดให้รัฐอธิปไตยอยู่เหนือกฎหมาย”

บุคคลต่อมาที่สนับสนุนทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐ คือ
โทมัส ฮอบส์ (Thomas Hobbes) นักปรัชญาการเมืองชาวอังกฤษในสมัยกลาง ซึ่งอธิบายว่า อำนาจ
อธิปไตยเป็นของรัฐ แต่แสดงออกทางรัฐอธิปไตยหรือกษัตริย์ โองการของกษัตริย์หรือรัฐอธิปไตย
ย่อมเป็นกฎหมายและอยู่เหนือทั้งปวง ทั้งไม่อาจถูกจำกัดด้วยอำนาจใดๆ ไม่ว่าอำนาจทางการเมือง
หรืออำนาจทางศีลธรรมจรรยาก็ตาม

2.2.4 ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ

รูสโซ (Rousseau) ปรัชญาเมธีผู้หนึ่งได้อธิบายว่า อำนาจอธิปไตยนั้นมิได้อยู่
ในตัวของมนุษย์ทุกรูปทุกนาม ต่อมาเมื่อมนุษย์มาอยู่รวมกันเป็นหมู่เหล่าจนเกิดเป็นสังคมขึ้นมนุษย์
ก็ได้ทำสัญญาหรือก่อพันธะผูกพันกัน โดยชัดแจ้งหรือปริยายว่าจะโอนอำนาจอธิปไตยที่ตนมีอยู่
ให้แก่สังคมสัญญาเช่นนี้รู้จักในยุโรปตั้งแต่ก่อนสมัยรูสโซแล้วว่า “สัญญาประชาคม” (Social contract)

ผู้ร่างรัฐธรรมนูญในเวลาต่อมาได้อ้างว่า สังคมที่ว่านี้ ก็คือ “ชาติ” (Nation)
นั่นเอง แนวความคิดนี้เป็นที่นิยมมากในบรรดาผู้ต่อต้านระบบกษัตริย์อธิปไตย ซึ่งถือว่า อำนาจ
อธิปไตยเป็นของกษัตริย์ เมื่อกำหนดให้อำนาจอธิปไตยเป็นของชาติแล้ว ทฤษฎีนี้ได้กำหนดต่อไป
ให้ผู้แทนราษฎรซึ่งได้รับเลือกตั้งจากราษฎรทั้งหลายให้ทำการแทนชาติ จดว่าเป็นผู้แทนนิติบุคคล
ทำการแทนนิติบุคคลในกฎหมายเอกชน และโดยที่การกระทำของผู้แทนราษฎร เป็นการกระทำในนาม
ของชาติผู้แทนราษฎรจึงไม่ต้องฟังคำสั่งจากใครและไม่อยู่ในอาณัติของผู้ใด รัฐธรรมนูญของ
ประเทศที่ยอมรับทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ คือ รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส รัฐธรรมนูญ
เบลเยียม รัฐธรรมนูญไวมาร์ของเยอรมัน รัฐธรรมนูญเซโกสโลวะเกีย พ.ศ. 2463 รัฐธรรมนูญโปแลนด์
พ.ศ. 2464 รัฐธรรมนูญกรีซ พ.ศ. 2467 และรัฐธรรมนูญรามาเนีย พ.ศ. 2481¹⁷

2.2.5 ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน

ในขณะที่รูสโซเป็นเจ้าของทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ นักทฤษฎี
ฝ่ายที่ถือว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ต่างก็ถือว่ารูสโซเป็นเจ้าของทฤษฎีฝ่ายของตนด้วยโดยถือว่า
รูสโซได้ชี้แนวทางไว้ในเรื่องกรรมเรื่อง “สัญญาประชาคม” เล่มสามว่า อำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจ
ศักดิ์สิทธิ์ซึ่งมีอยู่ในตัวมนุษย์ทุกคน สมมุติว่าในรัฐหนึ่งมีประชาชน 10,000 คน อำนาจอธิปไตยก็มีอยู่
ในตัวประชาชนทั้ง 10,000 คนนั้น ราษฎรแต่ละคนมีส่วนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย 1 ใน 10,000 ส่วน
อันประกอบกันเป็นชาติหรือรัฐ ตามความคิดของรูสโซ ประชาชนจะต้องได้รับประโยชน์จาก

¹⁷วิชญ์ เครื่องงาม. “เรื่องเดิม”. หน้า 214.

ความเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยตามส่วนของตน และไม่มีใครสามารถอ้างความเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยทั้งหมดได้ อรรถาธิบายเช่นนี้เองที่ทำให้เกิดทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ และทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน เพราะฝ่ายหนึ่งถือว่าประชาชน 10,000 คน ต่างเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยทัดเทียมกัน เมื่อประชาชน 10,000 คน ประกอบกันเป็นชาติอำนาจอธิปไตยก็ต้องเป็นของชาติ ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งถือว่าเมื่ออำนาจอธิปไตยมีอยู่ในตัวมนุษย์แต่ละคน ก็ต้องถือว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนนั่นเอง¹⁸

ทฤษฎีนี้ต่างกับทฤษฎีที่ว่าอำนาจอธิปไตยหรืออำนาจสูงสุดเป็นของบุคคลเพียงคนเดียว เช่น พระสันตปาปาหรือพระมหากษัตริย์ เพราะเมื่ออำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนทุกคนเท่าๆ กันเสียแล้ว ก็มีปัญหาว่าใครมีสิทธิใช้อำนาจอธิปไตย และจะใช้อย่างไร คำตอบข้อนี้คือ ทฤษฎีนี้สนับสนุนให้จัดรูปแบบการปกครองแบบใดแบบหนึ่งดังนี้

1) การปกครองแบบประชาธิปไตยโดยตรง ซึ่งจัดให้ประชาชนทุกคนใช้อำนาจอธิปไตยได้โดยตรงในกิจการทั้งปวง

2) การปกครองแบบประชาธิปไตยโดยอ้อม ซึ่งจัดให้ประชาชนเป็นผู้เลือกตั้งผู้ขึ้นขึ้นทำหน้าที่แทนตน

สำหรับประเทศไทย ได้กำหนดให้พระมหากษัตริย์ซึ่งเป็นประมุขของรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตย และทรงใช้อำนาจนี้ทางองค์กรต่างๆ กัน ประชาชนอาจควบคุมองค์กรเหล่านั้น ซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยตามความเป็นจริงได้โดยไม่ต้องควบคุม พระมหากษัตริย์ซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยตามแบบพิธี วิธีการเช่นนี้ นิยมกันในบรรดาประเทศทั้งหลายที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขและต้องการพระเกียรติยศให้พระมหากษัตริย์เป็นสำคัญ

3. ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจ

หลักการแบ่งแยกอำนาจ ถือเป็นหลักการพื้นฐานของนิติรัฐเคียงคู่กับหลักสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งเป็นหลักการในเชิงเนื้อหาของนิติรัฐ ซึ่งหลักแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักการในการจัดวางโครงสร้างขององค์กรของรัฐไม่ให้มีอำนาจเด็ดขาด เพื่อประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจ เนื่องจากอำนาจเด็ดขาดนั้นทำให้ผู้ปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจ

หลักแบ่งแยกอำนาจ จึงเป็นหลักประกันสิทธิในแง่การจัดองค์กรซึ่งเป็นหลักการในเชิงรูปแบบของนิติรัฐ เพราะหลักการสำคัญๆ ของนิติรัฐที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าว

¹⁸“เรื่องเดิม”. หน้า 215.

ข้างต้นจะปรากฏเป็นจริงขึ้นมาในทางปฏิบัติได้ยากหรือไม่ได้เลย ถ้าหากว่าอำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมายหรืออำนาจบริหาร และอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาตรวจสอบความถูกต้องตามกฎหมายของการกระทำขององค์กร เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจตุลาการ รวมศูนย์อยู่ในบุคคลหรือคณะบุคคลเดียวกัน ถึงแม้ว่าบุคคลหรือคณะบุคคลนั้นจะได้รับการเลือกตั้งมาจากราษฎรตามวิถีทางประชาธิปไตยก็ตาม ก็มิอาจไว้วางใจผู้ปกครองที่มีอำนาจได้

มองเตสกีเออ (Montesquieu) กล่าวไว้ว่า ประวัติศาสตร์แห่งการเมืองการปกครองของมนุษยชาติให้บทเรียนว่า บุคคลทุกคนเมื่อมีอำนาจ มีแนวโน้มที่จะมัวเมาในอำนาจและใช้อำนาจเกินเลยอยู่เสมอๆ การใช้อำนาจอย่างพอเหมาะพอควรจะเป็นไปได้ก็แต่โดยการจัดองค์กรของรัฐในลักษณะที่ให้ “อำนาจหนึ่งหยุดยั้งอีกอำนาจหนึ่ง” การแบ่งแยกอำนาจในความหมายของการจัดให้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการมีองค์กรผู้ใช้ต่างองค์กรกัน (checks and balances) กลไกดังกล่าวเป็นกลไกที่สำคัญยิ่งในการสถาปนานิติรัฐ

ด้วยเหตุนี้ หลักการแบ่งแยกอำนาจ จึงเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของหลักนิติรัฐ ถือได้ว่าเป็นหลักการพื้นฐานในการจัดองค์กรของรัฐในระบอบประชาธิปไตย ทั้งนี้ เพื่อมิให้รัฐมีอำนาจเด็ดขาดนั่นเอง

หลักการแบ่งแยกอำนาจ เป็นหลักการสำคัญในการจัดโครงสร้างและภารกิจในรัฐที่ปกครองโดยถือกฎหมายและความยุติธรรมเป็นใหญ่ ถึงแม้ว่าในปัจจุบันนี้จะถือว่าหลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นองค์ประกอบของความเป็นนิติรัฐทั้งนี้ เมื่อก้าวถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจมิได้หมายถึง การที่จะนำเอาอำนาจรัฐมาแบ่งแยกเป็นส่วนๆ เนื่องจากตามหลักในทางทฤษฎีอำนาจรัฐย่อมมีความเป็นเอกภาพไม่สามารถตัดแบ่งออกเป็นส่วนๆ ได้แต่หมายถึงการแบ่งแยกการใช้อำนาจของรัฐ โดยกระจายอำนาจของรัฐไปให้องค์กรของรัฐหลายๆ องค์กรเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐดังกล่าว การแบ่งแยกอำนาจรัฐตามหลักการนี้เกิดขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์หลายประการ กล่าวคือ

3.1 การแบ่งแยกอำนาจรัฐไปให้องค์กรแต่ละองค์กรที่แตกต่างกันเป็นผู้ใช้อำนาจย่อมจะทำให้ไม่มีองค์กรใดมีอำนาจรัฐแต่เพียงองค์กรเดียว ผลจากการนี้ ย่อมทำให้เกิดการดุลและคานอำนาจกันระหว่างองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐต่างๆ การที่ไม่มีองค์กรใดองค์กรหนึ่งมีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดแต่เพียงองค์กรเดียว ย่อมจะช่วยให้การประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

อนึ่ง พึงเข้าใจว่าการแบ่งแยกการใช้อำนาจรัฐในที่นี้ หมายความว่ารวมถึง การจำกัดอำนาจขององค์กรของรัฐ ตลอดจนการให้องค์กรของรัฐแต่ละองค์กรมีอำนาจยับยั้งอำนาจขององค์กรอื่น ตลอดจนควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรอื่นด้วย

3.2 การแบ่งแยกอำนาจรัฐไปให้องค์กรของรัฐแต่ละองค์กรเป็นผู้ใช้ย่อมมีผลเป็นการส่งเสริมการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เนื่องจากเปิดโอกาสให้บุคคลต่าง ๆ ในสังคมเข้ามามีส่วนร่วมในการใช้อำนาจรัฐในองค์กรต่าง ๆ ทำให้เกิดความชอบธรรมในการปกครอง

ประการที่สาม การแบ่งแยกอำนาจรัฐไปให้องค์กรของรัฐแต่ละองค์กรเป็นผู้ใช้ย่อมช่วยส่งเสริมให้เกิดความเชี่ยวชาญในการกิจของรัฐแต่ละด้านเพราะบุคคลที่ทำหน้าที่ในองค์กรของรัฐแต่ละองค์กรนั้นย่อมมีความเชี่ยวชาญในงานของตนซึ่งจะทำให้การกิจของรัฐสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

ในปัจจุบันนี้ รัฐเสรีประชาธิปไตยได้ใช้หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นเกณฑ์ในการจัดโครงสร้างของรัฐและจัดรูปแบบการปกครอง

1. เสรีภาพในการประกอบอาชีพ การจำกัดสิทธิเสรีภาพ และหลักความได้สัดส่วน

1.1 เสรีภาพในการประกอบอาชีพ¹⁹ สิทธิอันเป็นมาตรฐานในการดำรงชีวิตเป็นปัจจัยที่มีความจำเป็นขั้นพื้นฐานในการมีชีวิตของมนุษย์ หากปราศจากสิทธิเหล่านี้ชีวิตของมนุษย์ก็อาจจะดำรงอยู่ได้ อันประกอบด้วย อาหาร เสื้อผ้า ที่อยู่อาศัย การศึกษา และสุขภาพ ซึ่งโดยแท้จริงสิทธิที่ได้รับมาตรฐานการดำรงชีวิตเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ประชาชนทุกคนสมควรได้รับจากรัฐและสังคมเพื่อสนองตอบความจำเป็นขั้นพื้นฐาน เพื่อที่จะให้ประชาชนทุกคนสามารถดำรงชีวิตอยู่ได้อย่างสมคุณค่าความเป็นมนุษย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในการประกอบอาชีพถือเป็นสิทธิอย่างหนึ่ง เพื่อให้การดำรงชีวิตนั้นอยู่รอดต่อไป อันเป็นสิทธิโดยธรรมชาติของมนุษย์ตั้งแต่ถือกำเนิด เนื่องจากมนุษย์เป็นสัตว์ประเภทหนึ่งที่ต้องการอาหารเพื่อการอยู่รอด ต้องการน้ำ ต้องการหายใจ และต้องมีชีวิตอยู่เพื่อหลีกเลี่ยงให้พ้นจากภัยที่เกิดจากมนุษย์ด้วยกัน หรือสัตว์ร้ายที่อันตราย และจากโรคภัยไข้เจ็บ แต่สิทธิธรรมชาติในเบื้องต้นก็คือ สิทธิที่จะต้องรักษาไว้ซึ่งชีวิตเพื่อตอบสนองต่อความจำเป็นทางชีวภาพดังกล่าวมาเบื้องต้น²⁰ หากการประกอบอาชีพเพื่อเลี้ยงชีวิตให้อยู่รอดโดยสุจริตไม่สามารถกระทำได้แล้ว ย่อมเป็นการละเมิดสิทธิในการประกอบอาชีพอันถือเป็นสิทธิตามธรรมชาติ และเป็นสิทธิขั้นมูลฐานที่สำคัญของมนุษย์²¹

¹⁹ หลุยส์เปียมสุข นาคทอง. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิของผู้เคยต้องโทษจำคุกในการรับราชการ: ศึกษากรณีข้าราชการพลเรือนสามัญ. (วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. 2556.

²⁰ ศูนย์ศึกษาและพัฒนาสันติวิธีมหาวิทยาลัยมหิดล. (2549). รายงานการศึกษาสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามกรอบรัฐธรรมนูญในบริบทของสังคมไทยและมาตรฐานสากลระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน. หน้า 99.

²¹ ลิจิต ธีรเวคิน. สิทธิในการประกอบอาชีพ. สืบค้นเมื่อ 5 กันยายน 2555.

ทั้งนี้ สิทธิในการประกอบอาชีพเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ในการที่จะมีโอกาสในการหาเลี้ยงชีพของตนเอง สิทธิในการทำงานประกอบด้วย สิทธิของบุคคลที่จะได้รับการว่าจ้างทำงาน หมายถึง การได้รับโอกาสอย่างเท่าเทียมกัน โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติและสิทธิของบุคคลที่จะไม่ถูกกลั่นแกล้งจากการว่าจ้างโดยพลการ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในการประกอบอาชีพไว้ มาตรา 27 ซึ่งกำหนดให้ “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ...การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้” จะเห็นได้ว่าเป็นเรื่องความเสมอภาคเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดเพื่อคุ้มครองสิทธิของกลุ่มบุคคลที่มีความแตกต่างในด้านต่างๆ อย่างเท่าเทียมกับบุคคลอื่นๆ ในสังคม ทั้งนี้ การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนด โดยรัฐธรรมนูญมาตรา 40 กำหนดให้ “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกัน หรือจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพียงเท่าที่จำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น”

2. การจำกัดสิทธิและเสรีภาพ George Burdeau²² กล่าวว่า เสรีภาพถ้าไม่มีขอบเขตจำกัด สภาวะอนาธิปไตย (Anarchie) จะเกิดขึ้นดังเช่นเมื่อในอดีตที่มนุษย์ยังอยู่ในสังคมป่าเถื่อน เนื่องจากทุกคนจะใช้เสรีภาพอย่างเต็มที่และกระทบต่อชีวิต ทรัพย์สิน ร่างกายผู้อื่น จนทำให้ผู้แข็งแรงเท่านั้นที่จะอยู่ในสังคมได้ ผู้ที่อ่อนแอจะต้องตกเป็นทาส และถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพจนหมด การมีเสรีภาพ โดยไม่มีขอบเขตจึงเป็นเหตุใหญ่ ให้เกิดการไร้เสรีภาพ การเข้ามารวมกันเป็นสังคมยอมรับอำนาจการเมืองเหนือตน เป็นรูปแบบการปกครองต่าง ๆ ก็เพื่อให้อำนาจสูงสุดนั้นสูงเหนือทุกคน เป็นกรรมการคอยรักษากติกาไม่ให้ผู้ที่เข้มแข็งกว่าใช้เสรีภาพโดยไม่มีขอบเขตรังแกผู้อ่อนแอกว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยรัฐ

²² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (กันยายน – ธันวาคม 2544). “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพ.” *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ*.

จึงเป็นสิ่งจำเป็นและมีอาจหลีกเลี่ยงได้ เพราะเป็นการปกป้องคุ้มครองไม่ให้รัฐและผู้อื่นมาล่วงละเมิด สิทธิและเสรีภาพของเรา

Karl August Bettermann ได้อธิบายว่า การที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้สิทธิและเสรีภาพบางเรื่องอยู่ภายใต้เงื้อมมือของกฎหมาย หรือมิได้กำหนดขอบเขตในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเอาไว้อย่างชัดเจนก็ดี กรณีย่อมมิได้หมายความว่า สิทธิและเสรีภาพนั้นไม่อาจจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ เนื่องจากตามหลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip) แล้ว ไม่มีเสรีภาพใดที่ได้รับการรับรอง โดยปราศจากขอบเขต เพราะสาระแห่งเสรีภาพก็คือพฤติกรรมระหว่างมนุษย์ด้วยกัน เพราะขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพมีทั้งการจำกัดขอบเขตในลักษณะที่เป็นลายลักษณ์อักษร และในลักษณะที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ตัวอย่างของขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพ เช่น สิทธิของบุคคลอื่น ศีลธรรมอันดีของประชาชน ข้อห้ามในการใช้สิทธิในทางไม่ชอบความมั่นคงปลอดภัยของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะ หลักพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ และการดำรงอยู่ของรัฐ เป็นต้น

สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญกำหนดเป็นกรอบรับรอง มีหลักการที่สำคัญอยู่ว่าจะจำกัดสิทธิมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้ได้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้น มิได้ แต่ก็มิได้หมายความว่ารัฐธรรมนูญจะมุ่งให้ความคุ้มครองสารัตถะแห่งสิทธิและเสรีภาพอย่างสมบูรณ์ (Absolute) แต่ได้มุ่งคุ้มครองอย่างสัมพัทธ์ (Relative) มากกว่า ซึ่งการพิจารณาว่ากฎหมายที่ตราขึ้นจะมีผลทำให้สารัตถะของสิทธิได้รับความกระทบกระเทือนหรือไม่ จึงต้องพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไป ซึ่งเมื่อได้ชี้แจงน้ำหนักของประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของเอกชนแล้ว จึงอาจตอบได้ว่า กฎหมายนั้นกระทบกระเทือนสารัตถะแห่งสิทธิและเสรีภาพหรือไม่ หรืออาจกล่าวได้ว่า แม้ว่าองค์กรของรัฐจะตรากฎหมายอันมีผลกระทบกระเทือนแก่นของสิทธิก็ตาม แต่ถ้าการกระทบกระเทือนแก่นของสิทธินั้นยังสอดคล้องกับหลักความพอสมควรเหตุอยู่ และกฎหมายนั้นมีความสำคัญอย่างยิ่งยวดต่อประโยชน์ของส่วนรวมย่อมไม่อาจถือได้ว่ากฎหมายนั้นกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติดังกล่าว และการตรากฎหมายในลักษณะใด จะถึงขนาดที่เรียกได้ว่ากระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ ก็จะต้องพิจารณาเป็นรายสิทธิและเสรีภาพไป ไม่อาจที่จะให้คำนิยามเพื่อใช้กับสิทธิและเสรีภาพทุกประเภทได้ อนึ่ง หากกฎหมายใดแม้ตามรูปแบบแล้วจะเป็นกฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนก็ตาม แต่หากในความเป็นจริงเนื้อหากฎหมายที่ตราขึ้นนั้น กฎหมายใดเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพที่มีลักษณะเป็นการล่วงล้ำเข้าไปกระทบ “แก่น” (Core) หรือ “สารัตถะ” (Essence) ของสิทธิหรือเสรีภาพแล้ว กฎหมายนั้น ย่อมมีผลเช่นเดียวกันกับกฎหมาย

ที่ตัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชน²³ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญอาจบัญญัติโดยชัดแจ้ง ยกเว้นมาตรการที่อาจถือได้ว่ากระทบกระเทือนสภารัดละแห่งสิทธิให้เป็นมาตรการที่ใช้บังคับได้ เพื่อเป็นการตัดปัญหาการตีความ

3. หลักความได้สัดส่วน²⁴ หลักนิติธรรมหรือ The rule of law เป็นหลักการสำคัญในการปกครองในประเทศของตน ที่หากจะนิยามหลักนิติธรรมในความหมายอย่างแคบที่มีความหมายเพียงการใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการปกครองโดยไม่มีข้อจำกัดใด ๆ ในแง่กระบวนการและเนื้อหาของกฎหมาย หรืออาจเป็นความหมายอย่างกว้างที่รวมเอาหลักการประชาธิปไตยและหลักสิทธิมนุษยชนเข้าไว้ด้วยกัน และสิ่งที่สำคัญสำหรับหลักนิติธรรม คือ ความแน่นอนทางกฎหมาย หลักประกันความคาดหวังทางกฎหมาย ความปลอดภัยจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจ และเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องใช้อำนาจตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมาย

Thomas Bingham ได้อธิบาย ความหมายและองค์ประกอบของหลักนิติธรรมที่เมื่อได้นำมาปรับใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสรุปลักษณะได้ดังต่อไปนี้

1) การใช้อำนาจของหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมต้องกระทำอย่างเป็นธรรม และอยู่ในขอบเขตของกฎหมาย และกฎหมายนั้นต้องตราขึ้น โดยกระบวนการประชาธิปไตย ประชาชนสามารถเข้าใจได้ง่าย เข้าถึงได้ ชัดเจน และคาดหมายได้

2) กฎหมายที่ให้อำนาจแก่หน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมต้องรับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของประชาชน ได้แก่ สิทธิที่จะมีชีวิต สิทธิที่จะไม่ถูกรังแกหรือได้รับการปฏิบัติหรือลงโทษที่ไร้มนุษยธรรมหรือหมิ่นศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิที่จะไม่ถูกบังคับใช้แรงงาน สิทธิที่จะไม่ถูกลงโทษหากไม่มีกฎหมายกำหนดโทษไว้ล่วงหน้า สิทธิที่จะได้รับการเคารพความเป็นส่วนตัวและชีวิตครอบครัวเสรีภาพในความคิด การนับถือศาสนา เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพในการรวมกลุ่มและสมาคม เสรีภาพในการสมรส และสิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติ

3) การพิจารณาคดีอาญาต้องกระทำด้วยความเป็นธรรม โดยมีหลักการพื้นฐาน คือ คู่ความ ทั้งสองฝ่ายต้องได้รับความเป็นธรรมอย่างเท่าเทียมกัน และความหมายของความเป็นธรรมในการพิจารณาคดีจะพัฒนาไปตามยุคสมัย สิ่งที่เป็นธรรมในวันนี้อาจไม่เป็นธรรมในวันหน้าได้

²³ กฤษณ์ วสินนท์. (2547). “เสรีภาพในทางการค้าและอุตสาหกรรมในระบบกฎหมายไทย: การจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมโดยฝ่ายนิติบัญญัติตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540”. *วารสารกฎหมาย*, 1(23), หน้า 72

²⁴ กิติมา แก้วนะรา. *หลักความได้สัดส่วนกับบทกำหนดโทษที่เหมาะสมสำหรับผู้กระทำความผิดในคดียาเสพติดให้โทษ : ศึกษากรณีแอมเฟตามีน*. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. 2559.

และต้องมีผู้พิพากษาที่มีความเป็นอิสระ กล่าวคืออิสระจากฝ่ายบริหารหรือรัฐบาล อิสระจากสายการบังคับบัญชาผลประโยชน์ส่วนตัว พรรคการเมืองและกลุ่มผลประโยชน์ต่าง ๆ สิ่งที่มีผลต่อการตัดสินใจมีแต่ข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องและข้อเท็จจริงในคดีเท่านั้น นอกจากนี้ความเป็นอิสระแล้วผู้พิพากษาต้องมีความเป็นกลาง (impartial) และปราศจากอคติ การพิจารณาคดีต้องกระทำโดยเปิดเผย จำเลยต้องได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ จำเลยต้องเข้าใจข้อกล่าวหา มีเวลาและทรัพยากรที่เพียงพอในการต่อสู้คดี มีสิทธิที่จะมีทนายความให้ความช่วยเหลือ มีสิทธิทราบและตรวจสอบพยานหลักฐานของโจทก์ หากไม่เข้าใจภาษาที่ใช้ในกระบวนการพิจารณาต้องมีล่าม

4) การตัดสินใจใด ๆ ของหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมต้องอ้างอิงจากกฎหมายเป็นหลัก การใช้ดุลพินิจเป็นข้อยกเว้น

5) หน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมต้องบังคับใช้กฎหมายกับประชาชนอย่างเท่าเทียมกัน

6) การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของประชาชนต้องมีค่าใช้จ่ายน้อยและไม่ล่าช้า

7) กระบวนการยุติธรรมภายในประเทศต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศด้วย

ในประเทศไทยบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เมื่อปี พ.ศ. 2550 ซึ่งหลักการสำคัญประการหนึ่งกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไม่ควรอย่างยิ่งที่จะมองข้ามไป คือ หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) เนื่องจากสาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการขั้นพื้นฐานสำคัญของกฎหมายที่ได้กำหนดขอบเขตการใช้อำนาจรัฐโดยมีเจตนารมณ์เพื่อเป็นการให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพแก่ประชาชน จึงอาจกล่าวได้ว่าหลักความได้สัดส่วนนั้นเป็นหลักการที่คุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนและสร้างสมดุลระหว่างการใช้อำนาจรัฐและสิทธิเสรีภาพของบุคคล การที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายจำกัดสิทธิ เสรีภาพของบุคคลจะต้องพิจารณาอย่างรอบคอบว่า การที่จะใช้มาตรการเช่นว่านั้นจำกัดสิทธิ เสรีภาพของบุคคล มาตรการดังกล่าวต้องเป็นที่แน่นอนหรือคาด เห็นได้ว่าการตรากฎหมายลักษณะนี้สามารถที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ได้กำหนดไว้ได้จริง โดยมาตรการนั้นต้องวางอยู่บนสมมติฐานที่ได้รับการยอมรับหรือเป็นมาตรการที่ได้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่ามีความเป็นไปได้ที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว ต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักว่าประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นแก่สาธารณะจากการใช้มาตรการนั้น มีความคุ้มค่ามากกว่าผลกระทบที่เกิดขึ้นกับการไปละเมิดสิทธิของบุคคล ถึงขนาดจำเป็นต้องใช้มาตรการดังกล่าว

การใช้หลักความได้สัดส่วนซึ่งมีความมุ่งหมายเพื่อความยุติธรรมนั้นเป็นกฎหมายที่บัญญัติตั้งแต่สมัยกฎหมายของโรมันแล้ว ทั้งในกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง และกฎหมายอาญา ต่อมาในหลายประเทศในทุกระบบกฎหมาย เช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน สาธารณรัฐฝรั่งเศส สาธารณรัฐเกาหลี ประเทศญี่ปุ่น ประเทศไทย เป็นต้น ได้นำหลักความได้สัดส่วนเข้ามาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณากรณีที่มีการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ซึ่งได้มีการพัฒนาเป็นระยะเวลายาวนาน เงื่อนไขที่สำคัญของหลักนี้อยู่ที่สิทธิและเสรีภาพของบุคคลอาจถูกจำกัดได้ในขอบเขตที่เหมาะสมและจำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ถูกต้องตามกฎหมายโดยมาตรฐานดังกล่าวจำเป็นต้องมีทางเลือกต่าง ๆ สำหรับการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพื่อให้บรรลุเป้าหมายที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งควรใช้ทางเลือกที่ล่วงล้ำสิทธิพื้นฐานของบุคคลให้น้อยที่สุด แนวคิดของหลักความได้สัดส่วนจึงเป็นหลักพื้นฐานสำหรับศาลที่จะต้องพิจารณาอย่างถ่วงเท้เช่นกัน

ในส่วนของความมีอยู่ของหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายไทยนั้น เป็นหลักกฎหมายที่มีอยู่และควบคู่มากระบบกฎหมายไทยมาเป็นระยะเวลานาน นับแต่เมื่อประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ มาเป็นระบอบประชาธิปไตย อันเป็นการปกครองภายใต้หลักนิติรัฐหรือรัฐภายใต้กฎหมาย โดยมีเจตนารมณ์มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ติดตัวมาตั้งแต่กำเนิด รัฐจะเข้ามารบกวนในสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้แต่ต้องเป็นไปอย่างจำกัดตามเงื่อนไขของกฎหมาย จึงได้มีการวางหลักประกันการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในรัฐธรรมนูญประเทศไทยเรื่อยมา จนกระทั่งเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้บัญญัติหลักการใหม่ๆ เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ให้เป็นรูปธรรมและชัดเจน โดยสิ่งทีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้ให้ความสำคัญเป็นพิเศษคือการควบคุมการใช้อำนาจของรัฐในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน บทบัญญัติที่ให้อำนาจฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จึงบัญญัติให้ใช้อำนาจนี้ได้เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้โดยบทบัญญัติในมาตรานี้ยังกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติ จะต้องระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย จนกระทั่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 แม้จะไม่มีบัญญัติเน้นย้ำไว้เป็นลายลักษณ์อักษรชัดเจน แต่หัวใจสำคัญของการให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพก็ยังคงมีอยู่ หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐทั้งหลายอันมีสาระสำคัญอยู่ 3 ประการ คือ

1) เป็นหลักความเหมาะสมของมาตรการหรือวิธีการอันใดอันหนึ่ง กล่าวคือ มาตรการที่อาจทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้ มาตรการอันใดอันหนึ่งจะเป็นมาตรการที่ไม่เหมาะสมหากมาตรการนั้นไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายได้หรือการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวนั้นเป็นไปได้ด้วยความยากลำบาก หรือสภาพการณ์ซึ่งรัฐได้ทำการแทรกแซงและภายในสภาพการณ์นั้นรัฐจะต้องคำนึงถึงการทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้โดยมาตรการนั้นวางอยู่บนสมมติฐานที่ได้รับการยอมรับ หรือเป็นมาตรการที่ได้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่ามีความเป็นไปได้ที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว ในกรณีนี้จึงถือได้ว่ามาตรการนี้เป็นมาตรการที่เหมาะสม ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ เป็นหลักที่บังคับให้ผู้ใช้อำนาจรัฐในการออกกฎหมายต้องมีความเหมาะสมกับการดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น กฎ คำสั่ง และข้อบังคับใดที่ใช้ดุลพินิจไม่เหมาะสมในการดำเนินการตามที่บัญญัติไว้ย่อมถือว่าเป็นคำสั่งที่ไม่เหมาะสมซึ่งศาลอาจก้าวล่วงใช้อำนาจเพิกถอนได้

2) เป็นหลักที่พิจารณามาตรการหรือวิธีการที่เหมาะสมที่ก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุดเท่านั้นหรือความจำเป็นของมาตรการใดมาตรการหนึ่งนั้นไม่มีอยู่หากการบรรลุเป้าหมายเดียวกันนั้นหรือผลสำเร็จที่ดีกว่าสามารถจะกระทำได้โดยวิธีการหรือมาตรการอื่นที่แทรกแซงหรือก่อให้เกิดผลกระทบที่น้อยกว่า โดยในหลักความจำเป็นจะต้องคำนึงว่ามาตรการใด มาตรการหนึ่งจะมีความจำเป็น เมื่อไม่สามารถที่จะเลือกมาตรการอื่นใดที่มีผลเช่นเดียวกับมาตรการที่เลือกได้ และมาตรการนั้นเป็นมาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานน้อยที่สุด และอาจสรุปได้ว่าจะมีมาตรการเดียวเท่านั้นที่จะเป็นมาตรการที่จำเป็น

3) เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์และวิธีการ มีหลักการว่ามาตรการอันใดอันหนึ่ง จะต้องไม่อยู่นอกเหนือขอบเขตของความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการดังกล่าว กับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้หรือหากจะกล่าวในเชิงบอกเล่าอาจกล่าวได้ว่ามาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องอยู่ภายในขอบเขตของความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่างวิธีการกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานและหลักความได้สัดส่วน อาจกล่าวได้ว่าเป็นมาตรการในการชั่งน้ำหนักหาความได้สัดส่วน สมดุล ว่าการได้รับผลกระทบอันเกิดจากการแทรกแซงในเสรีภาพของปัจเจกบุคคลจะต้องไม่อยู่นอกเหนือจากขอบเขตความสัมพันธ์ของประโยชน์อันเป็นเป้าหมายของสาธารณะที่กำหนดไว้ประโยชน์ที่ได้จากการดำเนินการตามมาตรการนั้นจะต้องมีน้ำหนักมากกว่าผลเสียที่เกิดจากมาตรการ

เมื่อพิจารณาถึงมาตรการกำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้กระทำความผิด จำต้องมีการพิจารณาว่าอัตราโทษแต่ละฐานความผิดได้สัดส่วนหรือไม่อย่างไร เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการสองประการ คือ ความได้สัดส่วนในการลงโทษและหลักการลงโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละบุคคล²⁵

1) หลักความได้สัดส่วนในการลงโทษ

ซีซาร์ เบคคาเรีย (Cesare Beccaria) กล่าวว่า เพื่อให้การลงโทษทางอาญาใด ก็ตาม เป็นการกระทำขั้นรุนแรงโดยคนหนึ่ง หรือหลายคนต่อประชาชน โทษทางอาญาต้องเปิดเผย จำเป็น และรุนแรงน้อยที่สุด โดยอาจกล่าวได้ว่าประโยคดังกล่าวกลายมาเป็นแนวความคิดแห่งการลงโทษที่ได้สัดส่วนของกฎหมายอาญา

การพิจารณาว่าโทษที่ผู้กระทำความผิดกระทำได้รับสัดส่วนกับการกระทำความผิดหรือไม่ กล่าวคือ

(1) ความรุนแรงของการกระทำความผิด หมายถึง ให้ศาลพิจารณาว่าผู้กระทำได้กระทำความผิดที่รุนแรงหรือไม่ เพียงใด

(2) การเปรียบเทียบกับคดีอื่น หมายถึง ให้ศาลพิจารณากำหนดโทษเปรียบเทียบกับคดีอื่นว่าในคดีอื่นมีความรุนแรงกว่าคดีที่ตัดสินศาลลงโทษรุนแรงเพียงใด ศาลควรจะลงโทษไม่เกินกว่าคดีที่ตัดสิน

(3) การเปรียบเทียบกับศาลอื่น หมายถึง ให้ศาลพิจารณาว่าในคดีแบบเดียวกันในศาลอื่นมีการลงโทษเพียงใด โดยศาลควรลงโทษใกล้เคียงกับที่ศาลอื่นลงโทษในคดีลักษณะเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม นอกจากต้องพิจารณาหลักการได้สัดส่วนในการลงโทษแล้ว กรณีจะต้องพิจารณาความเสียหายต่อสังคมกับขนาดบทลงโทษประกอบด้วย อาชญากรที่สร้างความเสียหายต่อสังคมมากต้องรับโทษหนักมาก ส่วนอาชญากรที่สร้างความเสียหายต่อสังคมน้อยกว่าควรรับโทษน้อยกว่า โดยได้นำไปสู่การกำหนดโทษที่มีความรุนแรงเพื่อนำไปสู่ความชอบธรรมในการลงโทษผู้กระทำความผิด

²⁵ สัตดาวัลย์ สว่างการ ปัญหาการบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ศึกษากรณีผู้ใช้อำนาจปกครอง เหตุเพิ่มโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศ. ผู้ใช้อำนาจปกครอง. ผู้อยู่ในความปกครอง. ผู้สนับสนุนวิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต กลุ่มวิชากฎหมายอาญา และกระบวนการยุติธรรมทางอาญา นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม พ.ศ. 2560

2) แนวคิดของการลงโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละคน

หากผู้กระทำได้กระทำความผิดตามกฎหมายอาญา และการที่บุคคลต้องรับโทษต่างกันนั้น ทั้งที่ได้กระทำความผิดอย่างเดียวกัน เช่น ในเรื่องสถานที่เวลาที่กระทำอายุของผู้ถูกระทำความผิด เป็นต้น ปัจจัยเหล่านี้ได้นำมาสู่การกำหนดโทษและการลงโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำแต่ละคน โดยมีกรอบแบ่งออกเป็น 3 ช่วง คือ

(1) การกำหนดของขนาดอัตราการลงโทษในกฎหมายของผู้กระทำความผิดให้เหมาะสม เช่น การกำหนดให้ผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นเด็กหรือเยาวชนได้รับโทษต่างจากการกระทำความผิดของผู้ใหญ่

(2) การใช้ดุลพินิจของศาลในการลงโทษ แม้จะมีการกำหนดเหตุเพิ่มโทษ ลดโทษให้กับผู้กระทำความผิดที่มีมูลเหตุต่างกันก็ตาม แต่เวลาที่ศาลจะลงโทษศาลก็มีอำนาจในการใช้ดุลพินิจในการลงโทษให้เหมาะสมแต่ละคน ซึ่งมีลักษณะแตกต่างกัน

(3) หลักการลงโทษที่เหมาะสมซึ่งใช้ในเรือนจำโดยนักโทษแต่ละคนอาจถูกปรับตาม ระยะเวลา เงื่อนไขการจำคุกแตกต่างกันได้ เช่น การพักการลงโทษ การลดวันโทษ เป็นต้น

3) การพิจารณา “ความได้สัดส่วนในการลงโทษ” และการลงโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละคน ควรมีการนำมาตรการทั้งสองมาปรับใช้ให้เหมาะสมในการกำหนดบทลงโทษ

(1) สัดส่วนการลงโทษพิจารณาจากเหตุทางภาววิสัย จากแนวความคิดผู้กระทำควรได้รับโทษเท่ากับความเสียหายที่ได้ก่อให้เกิดขึ้นกับทางสังคม หากความเสียหายมากจะต้องได้รับโทษที่มากกว่าความเสียหายน้อยรับโทษน้อยกว่า

(2) การลงโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละคน โดยพิจารณาจากสัตวิสัยซึ่งเป็นแนวคิดพิจารณาจากเหตุผลส่วนตัวที่เป็นเหตุสัตวิสัยของผู้กระทำความผิดแต่ละคน ศาลอาจใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษให้ได้รับโทษต่างกัน แม้กระทำความผิดฐานเดียวกัน ทั้งนี้ มีการนำเหตุปัจจัยภายในและภายนอกของผู้กระทำความผิดมาประกอบการพิจารณา ทำให้การใช้กฎหมายอาญา และการลงโทษเกิดความเป็นธรรมแก่ผู้กระทำความผิด และเหมาะสมกับผู้กระทำความผิด ซึ่งจะนำไปสู่การฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิด

4) การออกใบอนุญาตและการกำหนดโซนนิ่ง

(1) การออกใบอนุญาต

คำนิยามของคณิต พูนผล “ผู้ประกอบการ คือ ผู้ที่ริเริ่มในการก่อตั้งธุรกิจ และดำเนินธุรกิจนั้น โดยใช้เงินของตนเองในการลงทุน บริหารงาน และมีการจ้างพนักงานเข้ามาดำเนินงานไปตามกระบวนการผลิต โดยเจ้าของกิจการนั้นจะต้องยอมรับความเสี่ยงต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น โดยจะมีการมุ่งหวังต่อผลกำไรที่ได้จากการดำเนินธุรกิจเป็นผลตอบแทน และมีเป้าหมายให้ธุรกิจดำเนินก้าวหน้าต่อไปเรื่อย ๆ”²⁶

ผู้ประกอบการหรือเจ้าของกิจการ (entrepreneurs) มีบทบาทอย่างสำคัญในทุกสังคมที่เป็นตลาดการค้าเสรี เจ้าของกิจการ (entrepreneurs) ตามความหมายใน oxford business english dictionary ได้ให้ความหมายว่า a person who makes money by starting or running businesses, especially when this involves taking financial risks.²⁷ (บุคคลที่หาเงินโดยการเริ่มหรือดำเนินธุรกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีการเกี่ยวข้องกับการรับความเสี่ยงทางการเงิน)

สรุปได้ว่า ผู้ประกอบการ หมายถึง ผู้ที่ดำเนินธุรกิจโดยได้รับผลตอบแทนเป็นกำไรที่ได้รับจากธุรกิจนั้น

ซึ่งผู้ประกอบการที่มีความต้องการดำเนินกิจการเกี่ยวกับสถานบริการ จำต้องได้รับใบอนุญาตจากหน่วยงานของรัฐ โดยจะต้องขอจดทะเบียนพาณิชย์ ผู้ที่มีหน้าที่จดทะเบียนพาณิชย์ ได้แก่ บุคคลธรรมดาคนเดียว (กิจการเจ้าของคนเดียว) ห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายต่างประเทศที่มาตั้งสำนักงานสาขาในประเทศไทย ห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือบริษัทจำกัด บริษัทมหาชนจำกัด โดยบุคคลดังกล่าวนี้ ต้องประกอบกิจการค้าซึ่งเป็นพาณิชย์กิจการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์กำหนด ซึ่งการเปิดร้านจำหน่ายอาหารและเครื่องดื่มสุราเป็นการที่ผู้ประกอบการขายสินค้าที่เป็นการประกอบกิจการพาณิชย์อย่างหนึ่ง หากดำเนินการในรูปแบบบุคคลธรรมดา ผู้ประกอบการจะต้องดำเนินการจดทะเบียนพาณิชย์ประเภทร้านจำหน่ายอาหารและเครื่องดื่ม โดยยื่นขออนุญาตได้ ณ ที่ว่าการอำเภอหรือสำนักงานเขตที่ร้านอาหารตั้งอยู่²⁸

²⁶ คณิต พูนผล. (2547). *คู่มือเจ้าของกิจการ*. กรุงเทพฯ: ซีเอ็ดดูเคชั่น.

²⁷ Parkinson, D., & Noble, J., supra note 17

²⁸ อรัชมน พิเชฐวรกุล นายพรพล เทศทอง. *รายงานฉบับสมบูรณ์ความรับผิดชอบของผู้ประกอบการธุรกิจ เครื่องดื่มแอลกอฮอล์ต่อสังคม* ศูนย์วิจัยปัญหาสุรา สำนักงานกองทุนสนับสนุนการส่งเสริมสุขภาพ (สสส.) กรกฎาคม 2563

หากผู้ประกอบการเป็นสถานบริการตามที่พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 กำหนดจะต้องได้รับใบอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ก่อน มิฉะนั้น จะไม่สามารถตั้งสถานบริการได้ ซึ่งสถานบริการตามความหมายที่กำหนดไว้ในกฎหมาย คือ สถานที่ที่สร้างขึ้นเพื่อให้บริการโดยหวังประโยชน์ในทางการค้า สถานบริการที่เกี่ยวข้องกับการจำหน่ายสุรา มีดังต่อไปนี้

1. สถานที่ที่มีอาหาร สุรา น้ำชา หรือเครื่องดื่มอย่างอื่นจำหน่ายและบริการ โดยผู้บ่าวหรือสำหรับปรนนิบัติลูกค้า

2. สถานที่ที่มีอาหาร สุรา หรือเครื่องดื่มอย่างอื่นจำหน่ายหรือให้บริการ โดยมีรูปแบบอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

2.1 มีดนตรี การแสดงดนตรี หรือการแสดงอื่นใดเพื่อการบันเทิง และยินยอมหรือปล่อยให้พลละละเลยให้พนักงานอื่นใดนั่งกับลูกค้า

2.2 มีการจัดอุปกรณ์การร้องเพลงประกอบดนตรีให้แก่ลูกค้า โดยจัดให้มีผู้บริการขับร้องเพลงกับลูกค้า หรือยินยอม หรือปล่อยให้พนักงานอื่นใดนั่งกับลูกค้า

2.3 มีการเต้นหรือยินยอมให้มีการเต้น หรือจัดให้มีการแสดงเต้น เช่น การเต้นบนเวทีหรือการเต้นบริเวณ โต๊ะอาหารหรือเครื่องดื่ม

2.4 มีลักษณะของสถานที่ การจัดแสง หรือเสียง หรืออุปกรณ์อื่นใดตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

3. สถานที่ที่มีอาหาร สุรา หรือเครื่องดื่ม อย่างอื่นจำหน่าย โดยจัดให้มีการแสดงดนตรีหรือการแสดงอื่นใดเพื่อการบันเทิง ซึ่งปิดทำการหลังเวลา 24.00 นาฬิกา

4. สถานที่อื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

โดยใบอนุญาตในการจัดตั้งสถานบริการดังที่กล่าวมาแล้วนั้น จะมีค่าธรรมเนียมแตกต่างกันไปในแต่ละประเภท โดยจะมีการเก็บค่าธรรมเนียมเป็นรายปี

(2) การกำหนดโซนนิ่ง²⁹

ความคิดในเรื่องการจัดโซนนิ่ง สืบเนื่องมาจากแนวคิดเรื่องการควบคุมอาชญากรรมจากสภาพแวดล้อม (crime control through environmental design) ซึ่งสภาพแวดล้อมทางกายภาพและทางสังคม ถือได้ว่าเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่มีผลต่อปัญหาอาชญากรรมในชุมชน โดยหลักการแล้วเป็นสิ่งที่สามารถวางแผน เปลี่ยนแปลง แก้ไข เพื่อใช้เป็นมาตรการในการป้องกันอาชญากรรม โดยปิดกั้นโอกาสมิให้อาชญากรเข้าถึงบุคคลหรือทรัพย์สิน หรือลดช่องโอกาสในการกระทำผิดของคนร้ายให้น้อยลงได้ ร.ต.อ.

²⁹ ปิยะพร ตันณีกุล, อภิวิชญ์ ภัทรกุล. โครงการการจัดการความรู้ด้านการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับสถานบริการ. (รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์). สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.)

ดร.ประชัย เปี่ยมสมบูรณ์ อธิบดีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ได้นำทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม จากสภาพแวดล้อม เข้ามาเผยแพร่ในประเทศไทย เพื่อนำหลักการวางผังเมืองมาประยุกต์ใช้ โดยคำนึงถึงความสำคัญของการป้องกันและควบคุมอาชญากรรมด้วยการออกแบบสภาพแวดล้อม

หัวใจสำคัญของการควบคุมอาชญากรรมจากสภาพแวดล้อม³⁰ คือ ปรับสภาพแวดล้อมและใช้ประโยชน์สภาพแวดล้อมในการลดโอกาสการก่ออาชญากรรม และช่วยทำให้สภาพแวดล้อมปลอดภัยไม่มีความน่ากลัว เช่น การเฝ้าระวังโดยธรรมชาติ (natural surveillance) ควบคุมการเข้าออกโดยธรรมชาติ (natural access control) แบ่งพื้นที่ให้ชัดเจน (territorial reinforcement) บริหารจัดการ และการบำรุงรักษา (maintenance & management) เป็นต้น

แนวคิดเรื่องการควบคุมอาชญากรรมจากสภาพแวดล้อม (crime control through environmental design) เป็นตัวจุดประกายให้เกิดการกำหนดเขตโซนนิ่งสำหรับสถานบริการขึ้นมา โดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อควบคุมให้สถานบริการที่มีอยู่อย่างกระจัดกระจายให้มารวมอยู่ในพื้นที่เดียวกัน เพื่อให้ง่ายต่อการควบคุม ป้องกัน และปราบปรามอาชญากรรมที่อาจเกิดขึ้นได้ ทำให้เกิดเขตโซนนิ่งในพื้นที่กรุงเทพมหานครขึ้น โดยมีพื้นที่ 3 แห่ง ที่ถูกจัดให้เป็นโซนนิ่งสถานบริการ คือ

1. โซนพัฒนพงษ์ ด้านเหนือเริ่มจากแนวกิ่งกลาง ถ.สุรวงศ์ ออกมาจดเส้นขนานที่ระยะ 100 เมตร ด้านใต้เริ่มจากแนวกิ่งกลาง ถ.สีลม ออกมาจดเส้นขนานระยะ 100 เมตร ด้านตะวันออกจด ถ.พระราม 4 ฟากตะวันตก ด้านตะวันตกจด ถ.สุรศักดิ์ ฟากตะวันออก, ถ.มเหล็กข์ ฟากตะวันออก และถนนเหนือ-ใต้ ฟากตะวันออก

2. โซนรัชดาภิเษก ด้านเหนือจด ถ.ลาดพร้าว ด้านใต้จด ถ.โอโศก-ดินแดง และ ถ.พระราม 9 ด้านตะวันออกจดเส้นขนานระยะ 300 เมตร กับแนวกิ่งกลาง ถ.รัชดาภิเษก ด้านตะวันตกจดเส้นขนานระยะ 300 เมตร กับแนวกิ่งกลาง ถ.รัชดาภิเษก

3. โซนเพชรบุรีตัดใหม่ หรือ อาร์ซีเอ ด้านเหนือเริ่มจากจุดลงทางด่วนพระราม 9 จดถนนใต้ทางด่วน ด้านใต้จดคลองแสนแสบฝั่งเหนือ ด้านตะวันออกจดคลองแสนแสบฝั่งตะวันตก ด้านตะวันตกจดสามแยก อ.ศ.ม.ท. ตัด ถ.เพชรบุรี

จากการที่สภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป คณะกรรมการจัดระเบียบสังคม ในส่วนของพื้นที่กรุงเทพมหานคร อันประกอบไปด้วยตัวแทนจากกระทรวงมหาดไทย กระทรวงวัฒนธรรม กระทรวงศึกษาธิการ กระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา รวมถึงตำรวจ ได้มีการประชุมร่วมกันถึงความเป็นไปได้ในการจัดเพิ่มพื้นที่โซนนิ่งสถานบริการในเขตกรุงเทพฯ เนื่องจากความเจริญทางเศรษฐกิจส่งผลให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในพื้นที่ต่างๆ จึงมีการเล็งพิจารณาขยาย

³⁰ กองวิจัยและพัฒนาสำนักงานตำรวจแห่งชาติ. *คู่มือการป้องกันอาชญากรรมโดยการออกแบบสภาพแวดล้อม*. กรุงเทพฯ: สำนักงานตำรวจแห่งชาติ. 2558.

พื้นที่โซนนิ่งเพิ่มเติม เพื่อให้มีความเหมาะสมกับสภาพความเป็นจริง และความเหมาะสมในการเอื้ออำนวยต่อการส่งเสริมการท่องเที่ยว โดยพื้นที่ที่เป็นเป้าหมาย ได้แก่ ย่านเกษตร-นวมินทร์ และย่านรัชดา-ท่าพระ

4. ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (Principle of the Legality of Administrative Act) มีความหมายว่า รัฐบาล หน่วยงาน และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบาลจะกระทำการใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของเอกชนคนใดคนหนึ่งได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และเฉพาะแต่ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น³¹

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองที่จำเป็นในการใช้และตีความกฎหมายปกครอง ตามหลักการนี้การกระทำทั้งหลายขององค์กรฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายซึ่งตราขึ้น โดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ หมายความว่า ในความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐกับราษฎรนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีอำนาจสั่งการให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ต่อเมื่อมีบทบัญญัติที่กฎหมายกำหนดไว้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่ง ตามหลักการนี้ทำให้ฝ่ายบริหารผูกพันต่อกฎหมายหรืออยู่ภายใต้กฎหมาย หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองประกอบด้วยหลักสำคัญ 2 ประการ คือ การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย และหลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ

4.1 หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย

“หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” กำหนดให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง การผูกพันตนต่อกฎหมายขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจมีได้ 2 ลักษณะ คือ กรณีกฎหมายกำหนดหน้าที่ให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่หากกฎหมายไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ กล่าวคือ เป็นกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตัดสินใจดำเนินการตามแผนการปกครองเพื่อให้ชีวิตความเป็นอยู่ของราษฎรดีขึ้น เช่น การสร้างสวนสาธารณะ หรือการดำเนินการจัดกิจกรรมเพื่อส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม ฯลฯ ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องละเว้น

³¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ”. วารสารกฎหมาย. 17(3). กันยายน 2540. หน้า 22.

ไม่กระทำการดังกล่าวนี้ให้ขัดต่อกฎหมายบ้านเมืองที่ใช้บังคับอยู่ เหตุผลพื้นฐานของการกำหนดให้การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย ก็เนื่องมาจากหลักความเป็นเอกภาพของอำนาจรัฐ และความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมาย เพราะหากยอมให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันขัดต่อกฎหมายได้ โดยไม่มีผลร้ายใด ๆ ตามมาแล้ว กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับในรัฐก็จะหาความหมายอันใดมิได้ ด้วยเหตุนี้้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายใดๆ ให้ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมืองได้ ภายใต้หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายมีสาระสำคัญ คือ ฝ่ายปกครองจะต้องเคารพต่อลำดับชั้นของกฎหมาย ดังนั้น องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็นนามธรรมและมีผลใช้บังคับทั่วไปให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ และกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ รวมตลอดถึงกฎหมายประเพณีทางปกครองและหลักกฎหมายทั่วไปได้ เช่นเดียวกับการใช้และตีความกฎหมายปกครองที่ผู้มีอำนาจตีความจะต้องเคารพหลักความชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้คือจะใช้หรือตีความกฎหมายเกินกว่าที่กฎหมายให้อำนาจไม่ได้ และจะใช้หรือตีความกฎหมายในกรณีที่กฎหมายให้ตนเองมีอำนาจในสิ่งที่กฎหมายไม่ให้ อำนาจไม่ได้เช่นกัน

การเคารพลำดับชั้นของกฎหมายนั้น กฎหมายในความหมายอย่างกว้าง คือ รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ กฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ กฎหมายลำดับรองทั้งหลายทั้งปวงที่ตนเองตราขึ้นบังคับ ตลอดจนกฎหมายประเพณีทางปกครอง และหลักกฎหมายทั่วไป คำว่า “กฎหมาย” ข้อมหมายถึง กฎเกณฑ์ทั้งปวงทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษรและไม่ใช่เป็นลายลักษณ์อักษรที่มีลำดับชั้นในทางกฎหมายที่สูงกว่ากฎ และเป็นมาตรฐานในการตรวจสอบว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ดำเนินการออกกฎโดยถูกต้องหรือไม่ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะป็นรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ (กรณีที่มีค่าบังคับสูงกว่ากฎ) และหลักกฎหมายทั่วไป

4.2 หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ”

หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” กำหนดว่า องค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้แก่องค์กรฝ่ายปกครองในการกระทำนั้น ในขณะที่หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายเรียกร้องแต่เพียงให้องค์กรฝ่ายปกครองกระทำ การอยู่ในกรอบของกฎหมายเท่านั้น หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” เรียกร้ององค์กรฝ่ายปกครอง ยิ่งไปกว่านั้น กล่าวคือ การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองซึ่งแสดงออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นจะต้องมีฐานทางกฎหมายรองรับ เหตุผลเบื้องหลังของหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” อาจอธิบายได้โดยหลักประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา หลักนิติรัฐ และหลักการประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

ดังนั้น กฎหมายจึงเป็นทั้งแหล่งที่มา (Source) และข้อจำกัด (Limitation) ของอำนาจกระทำต่างๆ ของฝ่ายปกครอง แต่กฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองกระทำการต่างๆ ได้นั้น ต้องเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น องค์กัรฝ่ายปกครองจะอ้างกฎหมายประเพณีมาเป็นฐานในการใช้อำนาจปกครองหาได้ไม่ หากกฎหมายประเพณีดังกล่าวดำรงอยู่จริง ย่อมเป็นหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติที่บัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรรับรองกฎหมายประเพณีนั้น หรือยกเลิกกฎหมายประเพณีนั้นเสียเพื่อความมั่นคงแน่นอนในระบบกฎหมาย

การยอมรับหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” เพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ ที่เรียกร้องให้มีการกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนในรูปของกฎหมายที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป ทั้งนี้เพื่อที่ประชาชนจะได้คาดหมายได้ล่วงหน้าก่อนที่จะกระทำการใดๆ ลงไปว่ากฎหมายต้องการให้ตนประพฤติปฏิบัติอย่างไร การกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีผลทั่วไปดังกล่าว จะกำหนดโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้ เว้นแต่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภาให้กำหนดกฎเกณฑ์ในรายละเอียดซึ่งอยู่ในกรอบที่องค์กรนิติบัญญัติได้ตราไว้ล่วงหน้าแล้วในรูปของกฎหมายหรือได้รับมอบอำนาจให้ออกคำสั่งเพื่อจะบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายที่ได้ประกาศให้รู้ล่วงหน้าแล้วนั้น

หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” นี้ มีบทบาทสำคัญในการใช้และตีความกฎหมายปกครอง เพราะในกรณีการใช้กฎหมายปกครองในลักษณะให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการอันกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน กฎหมายที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้นั้นจะต้องเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าเทียบเท่าพระราชบัญญัติเท่านั้น จะอ้างหลักกฎหมายทั่วไปหรือกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้เป็นฐานแห่งอำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการไม่ได้ และส่งผลในการตีความกฎหมายปกครองที่เป็นลายลักษณ์อักษรคือ จะตีความขยายอำนาจนอกเหนือที่กฎหมายบัญญัติไม่ได้

5. การบังคับทางปกครอง

การบังคับทางปกครองเป็นมาตรการที่องค์กรฝ่ายปกครองใช้เพื่อทำให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองยินยอมปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง ซึ่งจะมีผลทำให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมและความมั่นคงของประเทศได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นรูปธรรมและก่อให้เกิดผลได้จริง มาตรการบังคับทางปกครองจึงเป็นการมาตรการบังคับพฤติกรรมของผู้ที่อยู่ภายใต้คำสั่งทางปกครองในอนาคตนั่นเอง โดยทั่วไปคำสั่งทางปกครองตามกฎหมาย

มีหลายประเภท แต่เราสามารถจำแนกประเภทของคำสั่งทางปกครองที่ต้องมีการบังคับการทางปกครองออกเป็น 2 ประเภท คือ คำสั่งทางปกครองที่ให้ชำระเงิน และคำสั่งทางปกครองที่ให้กระทำการ หรือละเว้นกระทำการ โดยคำสั่งทางปกครองทั้งสองประเภทเมื่อออกคำสั่งทางปกครองแล้ว ถ้าหากผู้รับคำสั่งหรืออยู่ภายใต้คำสั่งไม่ปฏิบัติตาม ก็จะต้องมีมาตรการบังคับทางปกครอง เพื่อให้เป็นไปตามคำสั่ง โดยมาตรการบังคับการตามคำสั่งทางปกครองทั้งสองประเภทจะมีหลักการในการดำเนินการดังนี้

5.1 การบังคับทางปกครองตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน

เมื่อองค์กรฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองให้ผู้ชำระเงิน เมื่อหนี้เงินถึงกำหนดชำระแล้ว หากผู้รับคำสั่งทางปกครองเพิกเฉยหรือฝ่าฝืนไม่เป็นไปตามคำสั่ง องค์กรฝ่ายปกครองจะต้องแจ้งคำเตือนให้ผู้รับคำสั่งชำระเงินภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด หากระยะเวลาดังกล่าวล่วงพ้นไปโดยมิได้มีการปฏิบัติตามคำเตือน องค์กรฝ่ายปกครองสามารถใช้มาตรการยึดหรืออายัด และขายทอดตลาดทรัพย์สินเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ตามคำสั่งดังกล่าวได้ โดยองค์กรฝ่ายปกครองที่มีอำนาจดำเนินการยึดหรืออายัด และขายทอดตลาดทรัพย์สินเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ตามคำสั่งทางปกครองอาจเป็นหน่วยงานรัฐที่องค์กรฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งสังกัด หรือเป็นหน่วยงานกลางที่มีหน้าที่ในการดำเนินการบังคับทางปกครองเป็นการทั่วไป โดยกระบวนการในการยึดหรืออายัดและขายทอดตลาดย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ โดยสรุปการบังคับทางปกครองตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินจะต้องมีการปฏิบัติตามหลักการดำเนินงานและเงื่อนไขดังต่อไปนี้

- 1) ต้องมีคำสั่งทางปกครองที่เป็นฐานของการบังคับการทางปกครอง โดยคำสั่งทางปกครองดังกล่าว จะต้องเป็นคำสั่งที่จะต้องมีการบังคับทางปกครองให้ชำระเงิน
 - 2) คำสั่งทางปกครองจะต้องมีผลบังคับผูกพันในทางกฎหมายแล้ว
 - 3) จะต้องไม่มีการทูลเกล้าการบังคับตามคำสั่งทางปกครองไว้ก่อน
 - 4) ถึงกำหนดระยะเวลาชำระเงินตามที่ระบุในคำสั่งทางปกครองนั้นแล้ว
 - 5) ได้มีการออกหนังสือแจ้งเตือนให้ชำระเงินภายในระยะเวลาที่กำหนดแล้ว
 - 6) ผู้อยู่ภายใต้บังคับคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ยอมปฏิบัติตามหนังสือแจ้งเตือน
- ในส่วนของขั้นตอนในการบังคับให้ชำระเงินโดยการยึดหรือยึดทรัพย์สิน และการขายทอดตลาดจะเป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดได้แก่ กฎเกณฑ์ตามกฎหมายเฉพาะ เช่น ประมวลรัษฎากร หรือตามกฎหมายกลางเป็นกฎหมายทั่วไป คือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539

5.2 การบังคับทางปกครองตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำการ หรือละเว้น กระทำการ

เมื่อองค์กรฝ่ายปกครองออกคำสั่งให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองกระทำการ หรือละเว้น
กระทำการใด เช่น ให้รื้อถอนอาคาร ให้บำบัดน้ำเสีย ให้ออกจากที่สาธารณะ ห้ามใช้อาคาร เป็นต้น
แต่ผู้รับคำสั่งเพิกเฉยหรือฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตาม องค์กรฝ่ายปกครองจะต้องมีหนังสือแจ้งเตือนให้ผู้รับ
คำสั่งปฏิบัติตามคำสั่งภายในระยะกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสม โดยในหนังสือเตือนนั้นจะต้องระบุ
มาตรการบังคับที่องค์กรฝ่ายปกครองจะใช้บังคับในกรณีที่ผู้รับคำสั่งนั้นไม่ยินยอมปฏิบัติตามคำสั่ง
ไว้ด้วย ซึ่งอาจเป็นการเข้ากระทำการแทน การกำหนดค่าปรับทางปกครอง (ค่าปรับบังคับการ) หรือ
การบังคับทางปกครองโดยตรง แต่องค์กรฝ่ายปกครองจะกำหนดมาตรการบังคับทางปกครอง
มากกว่าหนึ่งมาตรการไม่ได้ ถ้าผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่ยินยอมปฏิบัติตามคำเตือนภายใน
ระยะเวลาที่กำหนดที่ระบุไว้ องค์กรฝ่ายปกครองจะต้องใช้มาตรการบังคับทางปกครองที่ระบุไว้
ในหนังสือเตือนโดยจะเลือกใช้มาตรการบังคับทางปกครองอื่นไม่ได้ อย่างไรก็ตาม หากมาตรการ
บังคับทางปกครองไม่สามารถทำให้วัตถุประสงค์ของการบังคับทางปกครองสัมฤทธิ์ผล องค์กรฝ่าย
ปกครองสามารถเปลี่ยนมาตรการบังคับทางปกครองเสียใหม่ได้ โดยจะต้องมีหนังสือแจ้งเตือน
ให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองอีกครั้งหนึ่งพร้อมทั้งระบุมาตรการบังคับ
ทางปกครองที่องค์กรฝ่ายปกครองจะนำมาใช้เสียใหม่มาตรการบังคับทางปกครองสำหรับคำสั่งทาง
ปกครองที่กำหนดให้กระทำการ หรือละเว้นกระทำการแบ่งได้ 3 ประเภท คือ การเข้ากระทำการแทน
การกำหนดค่าปรับบังคับการ และการบังคับทางปกครองโดยตรง

5.2.1 การเข้ากระทำการแทน

การใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยการเข้ากระทำการแทนนั้นองค์กร
ฝ่ายปกครอง มีอำนาจตัดสินใจว่าจะเข้ากระทำการแทนตนเองโดยตรงหรือมอบหมายให้บุคคลอื่น
เข้ากระทำการแทนโดยให้ผู้รับคำสั่งรับภาระค่าใช้จ่าย เช่น คำสั่งให้เจ้าของอาคารรื้อถอนอาคาร
ที่ปลูกสร้างผิดแบบ หากเจ้าของอาคารไม่รื้อถอนอาคาร เจ้าพนักงานท้องถิ่นก็อาจเข้าดำเนินการรื้อ
ถอนเองหรือจ้างให้บุคคลอื่นเข้าดำเนินการแทนได้ โดยผู้อยู่ใต้คำสั่งทางปกครองจะต้องชำระเงิน
ค่าใช้จ่ายให้แก่เจ้าพนักงานท้องถิ่น เป็นต้นมาตรการบังคับทางปกครองโดยเข้ากระทำการแทนจะ
ใช้ได้สำหรับคำสั่งทางปกครองให้กระทำการเท่านั้น ยกเว้น การกระทำตามคำสั่งนั้นเป็นเรื่องเฉพาะตัว
ของผู้รับคำสั่งทางปกครองที่อาศัยความรู้ ความสามารถความเชี่ยวชาญหรือคุณสมบัติเฉพาะตัวของ
ผู้รับคำสั่งนั้น (ทางแพ่งเรียกว่า "สภาพบังคับนี้เฉพาะเจาะจง" หรือ สภาพบังคับนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับคดี
ได้) ซึ่งจะต้องใช้มาตรการเรื่องค่าปรับทางปกครองหรือค่าปรับบังคับการเท่านั้น

สำหรับคำสั่งทางปกครองให้ละเว้นกระทำการยอมเป็นที่เห็นได้ชัดแจ้งว่าเป็นเรื่องผู้รับคำสั่งทางปกครองนิ่งเฉยหรือเพิกเฉยไม่กระทำการใด ๆ ตามที่กำหนดไว้ในคำสั่งทางปกครอง ถือเป็นเรื่องเฉพาะตัวของผู้รับคำสั่งทางปกครอง กรณีดังกล่าวองค์กรฝ่ายปกครองไม่อาจจะใช้มาตรการเข้ากระทำการแทนได้ องค์กรฝ่ายปกครองจะเลือกใช้มาตรการกำหนดค่าปรับทางปกครองก็ได้ หรือใช้การบังคับทางปกครองโดยตรง เช่น คำสั่งงดเว้นห้ามใช้อาคารที่ก่อสร้างผิดแบบ ถ้าผู้รับคำสั่งยังฝ่าฝืนเข้าใช้อาคารนั้น เจ้าพนักงานท้องถิ่นก็อาจเข้าไปบังคับกับเนื้อตัวผู้ฝ่าฝืน โดยจับกุมและกุมขังได้ เป็นต้น

เมื่อองค์กรฝ่ายปกครองเข้ากระทำการแทนแล้ว ไม่ว่าจะโดยตรงหรือมอบหมายให้บุคคลอื่นดำเนินการแทน และมีค่าใช้จ่ายจากการกระทำการแทนนั้น ผู้รับคำสั่งทางปกครองจะต้องรับภาระค่าใช้จ่ายนั้น หากผู้รับคำสั่งไม่ชำระเงินค่าใช้จ่ายนั้น องค์กรฝ่ายปกครองก็จะต้องใช้กระบวนการของมาตรการบังคับตามคำสั่งให้ชำระเงินมาดำเนินการ โดยมีหนังสือเตือนให้ชำระเงินภายในกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสม หากไม่ชำระเงินภายในกำหนดเวลาที่แจ้งเตือน องค์กรฝ่ายปกครองมีอำนาจยึดหรืออายัดทรัพย์สินและขาดตลาดทรัพย์สินเพื่อนำเงินมาชำระค่าใช้จ่ายในการเข้ากระทำการแทน นั้นได้

5.2.2 ค่าปรับทางปกครองหรือค่าปรับบังคับการ

ในกรณีที่ภาระหน้าที่ที่กำหนดในคำสั่งทางปกครองเป็นการที่ต้องกระทำเองเป็นการเฉพาะตัว และในกรณีคำสั่งทางปกครองให้ผู้อยู่ภายใต้บังคับของคำสั่งทางปกครองละเว้นกระทำการ หากผู้อยู่ภายใต้บังคับของคำสั่งทางปกครองเพิกเฉยหรือฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง องค์กรฝ่ายปกครองยอมไม่สามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยเข้ากระทำการแทนได้ องค์กรฝ่ายปกครองจึงสามารถเลือกใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้แต่เฉพาะเพียงการกำหนดค่าปรับทางปกครองหรือกำหนดค่าปรับบังคับการ เนื่องจากค่าปรับบังคับการเป็นมาตรการบังคับทางปกครองที่กำหนดขึ้นเพื่อบังคับการกระทำหรือละเว้นการกระทำของบุคคลในอนาคค เช่น กำหนดห้ามใช้อาคาร แต่เจ้าของอาคารฝ่าฝืนเข้าไปใช้ เจ้าพนักงานท้องถิ่นก็อาจจะกำหนดค่าปรับรายวันจนกว่าจะเลิกใช้อาคารก็ได้ เป็นต้น ดังนั้น หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้อยู่ภายใต้บังคับของคำสั่งทางปกครองยังเพิกเฉยหรือฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองอยู่ต่อไป องค์กรฝ่ายปกครองยอมสามารถกำหนดค่าปรับบังคับการซ้ำหรือเพิ่มจำนวนขึ้นได้ จนกว่าผู้อยู่ภายใต้คำสั่งทางปกครองยินยอมปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองที่ให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการ และเมื่อได้ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองไปแล้ว องค์กรฝ่ายปกครองจะกำหนดค่าปรับบังคับการอีกต่อไปไม่ได้

เมื่อองค์กรฝ่ายปกครองได้ใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยกำหนดค่าปรับบังคับการแล้วผู้อยู่ภายใต้คำสั่งทางปกครองยินยอมปฏิบัติไปแล้วก็ตาม หากผู้อยู่ภายใต้คำสั่งทางปกครองไม่ยอมชำระค่าปรับบังคับการในระยะเวลาที่ฝ่าฝืนนั้น องค์กรฝ่ายปกครองก็จะต้องใช้มาตรการบังคับทางปกครองให้ชำระเงินดั่งที่กล่าวมาแล้วต่อไป

5.3 การบังคับทางปกครองโดยตรงหรือการใช้กำลังบังคับทางกายภาพ

การบังคับทางปกครองโดยตรงเป็นมาตรการบังคับทางปกครองที่คล้ายคลึงกับการเข้าดำเนินการแทน แต่การบังคับทางปกครองโดยตรงเป็นกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองใช้กำลังทางกายภาพเข้าบังคับเอาตัว หรือทรัพย์สินของผู้อยู่ภายใต้คำสั่งทางปกครองในฐานะเจ้าหน้าที่รัฐโดยตรง โดยองค์กรฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะใช้อาวุธ หรือดำเนินการจับกุม กุมขัง หรือเครื่องมืออื่นใดเพื่อให้การดำเนินการได้บรรลุผลตามคำสั่งทางปกครอง เช่น มีคำสั่งให้สลายการชุมนุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ไม่เลิกชุมนุม เจ้าหน้าที่ก็อาจเข้าทำการกับกุม กุมขัง เพื่อให้มีการเลิกการชุมนุม หรือ มีคำสั่งให้ออกจากที่สาธารณะประโยชน์ แต่ไม่ยอมออกจากที่สาธารณะประโยชน์นั้น เจ้าหน้าที่ก็อาจจับกุม และกุมขัง เพื่อให้ออกจากที่สาธารณะประโยชน์ได้ เนื่องจากการบังคับทางปกครองโดยตรงหรือการใช้กำลังบังคับทางกายภาพกับผู้อยู่ภายใต้คำสั่งทางปกครอง จึงเป็นมาตรการบังคับทางปกครองที่มีผลกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของเอกชนมากที่สุด การเลือกใช้มาตรการจึงต้องเป็นทางเลือกสุดท้ายแล้วเท่านั้น และจะต้องใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยตรงที่มุ่งต่อประสิทธิภาพที่จะทำให้คำสั่งทางปกครองบรรลุผลเท่าที่จำเป็นและสมควร โดยพิจารณาให้ตามหลักความได้สัดส่วนหรือหลักพอสมควรแก่เหตุด้วย

5.4 การบังคับทางปกครองโดยเร่งด่วน

โดยทั่วไป การบังคับทางปกครองย่อมมีขึ้นเพื่อให้ข้อกำหนดบังคับให้ปฏิบัติ หรือห้ามปฏิบัติตามที่ระบุในคำสั่งทางปกครองได้รับการยินยอมปฏิบัติอย่างเป็นทางการ กล่าวคือ การบังคับทางปกครองจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อองค์กรฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครองที่เป็นฐานแห่งการบังคับขึ้นแล้วและคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับผูกพัน และไม่มีกรทุเลาการบังคับตามคำสั่ง ในกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนเพื่อป้องกันการกระทำที่เป็นความผิดทางอาญา หรือเพื่อป้องกันอันตรายที่จะเกิดแก่สาธารณะ ซึ่งองค์กรฝ่ายปกครองไม่สามารถที่จะดำเนินการตามขั้นตอนปกติได้ เนื่องจากการเน้นช้ำกินไปในการที่รอให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น ในกรณีดังกล่าว องค์กรฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจบังคับการทางปกครองได้ในทันที แต่ทั้งนี้ องค์กรฝ่ายปกครองที่จะบังคับทางปกครองโดยเร่งด่วนได้นั้น ต้องเป็นองค์กรฝ่ายปกครองที่มีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น และการบังคับทางปกครองต้องกระทำไปโดยพอสมควรแก่เหตุ

6. ทฤษฎีการลงโทษทางอาญา

แนวความคิดทางทฤษฎีและวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่สะท้อนให้เห็นอยู่ภายใต้วิธีการและมาตรการที่รัฐต่าง ๆ ใช้ในการจัดการกับผู้กระทำผิดในทางปฏิบัติว่า รัฐนั้นหรือสังคมนั้นมีเจตนาและวัตถุประสงค์อย่างไรในการจัดการกับผู้กระทำผิดกฎหมายตามแต่สถานการณ์ของสังคม ขณะที่มีการบังคับใช้วิธีการจัดการกับผู้กระทำผิดในแต่ละวิธีการนั้น ๆ การศึกษาถึงแนวความคิดทฤษฎีทางทัณฑวิทยาจึงมีความจำเป็นในการทำความเข้าใจถึงเจตนารมณ์ของรัฐและสังคมหนึ่ง ๆ ในการจัดการกับผู้กระทำผิดกฎหมายผ่านวิธีหรือมาตรการในการจัดการกับผู้กระทำผิดกฎหมายที่รัฐหรือสังคมนั้น เลือกลงโทษอันจะเป็นประโยชน์ต่อการศึกษาวิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายที่ประเทศไทยและต่างประเทศเลือกใช้ในการจัดการกับผู้กระทำผิดดังที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งนับแต่อดีตจนถึงปัจจุบันนี้นั้นปรากฏแนวความคิดทฤษฎีในการจัดการกับผู้กระทำผิดกฎหมายที่สำคัญจำนวน 4 ทฤษฎี คือ ทฤษฎีแก้แค้นทดแทน ทฤษฎีป้องปราม ทฤษฎีตัดโอกาสในการกระทำผิด และทฤษฎีแก้ไขฟื้นฟู ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

6.1 ทฤษฎีแก้แค้นทดแทน (Retribution Theory)

ทฤษฎีแก้แค้นทดแทนเป็นแนวความคิดดั้งเดิมตั้งแต่สมัยโบราณย้อนกลับไปได้ถึงสมัยที่มีการสร้างประมวลกฎหมายฮัมมูราบี (Code of Hammurabi) เมื่อประมาณ 1875 ปี ก่อนคริสต์ศักราช มีหลักการว่า การลงโทษผู้กระทำผิดจะต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่าผู้กระทำผิดสมควรได้รับความเจ็บปวด และความเจ็บปวดดังกล่าวก็ควรจะทำเทียบกับปริมาณความร้ายแรงของความเสียหายที่บุคคลดังกล่าวได้ก่อขึ้นหรือเท่ากับความร้ายแรงของการกระทำผิดของบุคคลดังกล่าว ซึ่งแนวความคิดเบื้องหลังการแก้แค้นทดแทนมีที่มาจากแนวความคิดที่ว่า อาชญากรรมหรือการกระทำผิดกฎหมายรบกวนความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม ดังนั้นอาชญากรหรือผู้กระทำผิดกฎหมายจึงสมควรได้รับการลงโทษเพื่อฟื้นฟูความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม³²

Ernest van den Haag กล่าวว่า “การแก้แค้นทดแทนไม่ได้ทำไปเพื่อทำให้บุคคลใดพอใจหรือเพื่อชดเชยให้กับบุคคลใดที่ได้รับความทุกข์ทรมานจากการสูญเสียหรือถูกทำร้าย อันเนื่องมาจากอาชญากรรม แม้ว่ามันอาจจะมีผลเช่นนั้นก็ตาม แต่การแก้แค้นทดแทนมีขึ้นเพื่อการบังคับใช้กฎหมายและเพื่อการอ้างสิทธิตามกฎหมาย”³³

³² Edwin H. Sutherland, Donald R. Cressey and David F. Luckenbill. *Principle of Criminology*. 11th ed. Dix Hills, New York: General Hall, 1993. p. 307.

³³ Ernest van den Haag. *Punishing Criminals*. New York: Basic Books, 1975. p. 11 quoted in Edwin H. Sutherland, Donald R. Cressey and David F. Luckenbill. op.cit.

Andrew von Hirsch อธิบายว่า ในเมื่อผู้กระทำผิดไม่สามารถควบคุมพฤติกรรมของตนเองในการแสวงหาประโยชน์จากบุคคลอื่น ๆ ที่ในทางตรงข้ามสามารถอดกลั้นไม่เข้าไปรบกวนสิทธิของผู้กระทำผิด ผู้กระทำผิดจึงได้รับประโยชน์อันไม่เป็นธรรมมากกว่าบุคคลอื่น ๆ ในสังคม การลงโทษจึงเป็นการแก้ไขความไม่เป็นธรรมดังกล่าวด้วยการกำหนดความเสียหายที่เท่าเทียมกันให้กับผู้กระทำผิด ทั้งนี้เพื่อเป็นการฟื้นฟูความสมดุลที่เสียไปอันเนื่องมาจากการกระทำของอาชญากร และเมื่อผู้กระทำผิดถูกลงโทษแล้วย่อมส่งผลให้ผู้กระทำผิดไม่อาจได้รับประโยชน์เหนือบุคคลได้อีกต่อไป³⁴

นอกจากนี้ ในการลงโทษผู้กระทำผิดยังมีหลักการทั่วไปว่า ระดับความรุนแรงในการลงโทษจะต้องเท่าเทียมกับความร้ายแรงของการกระทำผิดที่ได้กระทำลงไป โดย Von Hirsch กล่าวว่าหลักการลงโทษต้องได้สัดส่วนกับความผิดที่กระทำเป็นหลักการพื้นฐานของความยุติธรรม หลักการดังกล่าวเป็นเครื่องรับประกันว่าโทษที่ลงแก่ผู้กระทำผิดมีความเป็นธรรม ว่าสิทธิของผู้ที่ถูกลงโทษไม่ได้ถูกนำมาเป็นเครื่องสังเวยเพื่อประโยชน์ผู้อื่น และผู้กระทำผิดไม่ได้รับการปฏิบัติมากกว่าหรือน้อยกว่าที่ควรจะถูกกำหนดตามเนื้อหาแห่งการกระทำผิด³⁵

Sutherland จึงเห็นว่า การที่รัฐต่าง ๆ กำหนดบทลงโทษแก่ผู้กระทำผิดกฎหมายถือได้ว่าเป็นสิ่งที่คล้ายคลึงกันกับสัญชาตญาณของมนุษย์ในการแก้แค้นเอาคืนผู้กระทำผิดนั่นเอง ดังที่ Sir James Stephen ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายอาญาชาวอังกฤษตั้งข้อสังเกตว่า “กระบวนการยุติธรรมทางอาญามีขึ้นเพื่อแสดงความโกรธแค้นรุนแรงเชิงจิตใจ การสมรสมีขึ้นเพื่อแสดงความรัก” (Criminal Procedure is to Resentment What Marriage is to Affection)³⁶

ในขณะที่ John Dewey ได้แย้งว่า ความเป็นธรรมของการลงโทษจะต้องแสดงให้เห็นได้ถึงผลลัพธ์ในอนาคตที่จะเกิดขึ้นแก่ผู้กระทำผิดและต่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคมด้วย โดยมากแล้ว คนมักจะกล่าวว่า ถ้าอาชญากรไม่ถูกลงโทษตามที่สมควรถูกลงโทษเสียแล้ว เหตุจากการกระทำผิดก็ย่อมจะต้องหาทางแก้แค้นเอาคืนด้วยตนเอง ทำให้เหยื่อต้องหันไปพึ่งอำนาจศาลเดี่ยวหรือปฏิเสธที่จะร้องทุกข์หรือให้การเป็นพยาน ซึ่งอาจกลายเป็นการขัดขวางการจัดการกับอาชญากรของรัฐ จากแง่มุมดังกล่าวทำให้การลงโทษตามกฎหมายกลายเป็นวิธีการจัดการกับความรู้สึกโกรธแค้นอาฆาตส่วนตัว

³⁴Andrew von Hirsch. *Doing Justice*. New York: Hill and Wang. 1976. pp. 47.161 quoted in Edwin H. Sutherland, Donald R. Cressey and David F. Luckenbill. op.cit.

³⁵Andrew von Hirsch. op.cit.. pp. 69-71 quoted in Edwin H. Sutherland, Donald R. Cressey and David F. Luckenbill. op.cit.

³⁶Edwin H. Sutherland, Donald R. Cressey and David F. Luckenbill. op.cit.

ของเหยื่อและจึงนำเอาอาชญากรเข้ามาสู่กระบวนการยุติธรรม³⁷ ดังนั้น การลงโทษจึงเป็นการอ้างว่า กฎหมายอยู่เหนือสิ่งอื่นใด (Superiority of Moral Law)³⁸

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าทฤษฎีแก้แค้นทดแทนจะมีรากฐานความคิดมาแต่สมัยโบราณ และยังคงยึดถือกันมาในการกำหนดบทลงโทษแก่ผู้กระทำผิดจนกระทั่งถึงปัจจุบัน แต่ทฤษฎีนี้ ก็ยังมีข้อบกพร่องหลายประการที่ทำให้การลงโทษผู้กระทำผิดเพื่อแก้แค้นทดแทนเป็นสำคัญยังมี อุปสรรคหลายประการ กล่าวคือ

1) ทฤษฎีแก้แค้นทดแทนพิจารณาเพียงว่าสมควรจะลงโทษผู้กระทำผิดอย่างไร ให้เหมาะสมกับความผิดที่บุคคลนั้นได้กระทำลงไป โดยไม่ได้พิจารณาว่าโทษดังกล่าวจะช่วยป้องกันไม่ให้บุคคลดังกล่าวกลับไปกระทำผิดซ้ำได้อย่างไรหรือจะช่วยป้องปรามไม่ให้บุคคลทั่วไปไม่ให้เกิดการกระทำผิดเช่นเดียวกับผู้ที่ถูกลงโทษได้อย่างไร ทฤษฎีแก้แค้นทดแทนจึงเป็นการมองการกระทำที่เกิดขึ้นในอดีตแต่ไม่ได้พิจารณาไปถึงประโยชน์ในอนาคตที่จะได้จากการลงโทษ

2) ทฤษฎีแก้แค้นทดแทนมุ่งพิจารณาว่าโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดเหมาะสมกับความผิดที่บุคคลดังกล่าวได้กระทำแล้วหรือไม่ แต่ขาดการคำนึงถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อสังคมโดยรวม ดังนั้นถ้าผู้กระทำผิดได้รับโทษที่สาสมกับความผิดที่ตนเองกระทำแล้วก็ต้องปล่อยตัวไปโดยไม่คำนึงถึงว่าบุคคลดังกล่าวยังมีลักษณะเป็นอันตรายต่อสังคมหรือไม่ หรือถ้าลงโทษผู้กระทำผิดได้อย่างสาสมแล้ว ภายหลังผู้กระทำผิดจะสามารถทำมาหากินเพื่อเลี้ยงชีพได้หรือไม่หรือจะกลายเป็นภาระของสังคมที่ต้องเลี้ยงดูต่อไป เช่น การลงโทษโจรขโมยของด้วยการตัดมือ โจรก็ย่อมกลายเป็นคนพิการเป็นภาระของสังคมต่อไป

3) จนกระทั่งถึงปัจจุบันก็ยังไม่มียุติวิธีใดที่จะสามารถวัดได้ว่าโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดเหมาะสมกับความผิดที่กระทำลงแล้วหรือไม่ จึงเป็นการยากที่จะกำหนดลงโทษได้ว่าลงโทษอย่างไรหรือเท่าใดจึงจะเหมาะสมที่สุด การกำหนดโทษจึงขึ้นอยู่กับความรู้สึกและความคิดของแต่ละบุคคล ทำให้เกิดปัญหาว่าการกำหนดโทษแก่ผู้กระทำผิดเป็นธรรมแก่ผู้กระทำผิดและผู้เสียหายแล้วหรือไม่³⁹

³⁷John Dewey. Human Nature and Conduct (New York: Henry Holt. 1922).pp. 18-19 quoted in Edwin H. Sutherland. Donald R. Cressey and David F. Luckenbill.op.cit., pp. 307-308.

³⁸Urmilla Sharma and S. K. Sharma. Principles and Theory of Political Science (India: Nice Printing. 2007). p. 303.

³⁹นันทิ จิตสว่าง. หลักทฤษฎีอาชญาวิทยา : หลักการวิเคราะห์ระบบราชทัณฑ์. กรุงเทพฯ: มูลนิธิพิบูลสงเคราะห์ กรมราชทัณฑ์. มปท. หน้า 24-25.

4) ทฤษฎีแก้แค้นทดแทนในปัจจุบันให้ความสำคัญกับการลงโทษตามที่ผู้กระทำผิดสมควรได้รับ (Just Deserts) กล่าวคือ โทษต้องได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด ดังนั้นผู้ที่กระทำผิดอาญาในลักษณะเดียวกันก็ต้องถูกลงโทษเหมือนกันหรือเท่า ๆ กัน โดยคำนึงถึงปัจจัยทางสังคมหรือเศรษฐกิจเช่นความยากจน ทฤษฎีแก้แค้นทดแทนจึงไม่เปิดโอกาสให้นำปัญหาด้านความไม่เท่าเทียมกันภายในสังคมเข้ามาประกอบการพิจารณากำหนดโทษและจึงไม่เปิดโอกาสให้มีการบรรเทาโทษหรือลดโทษให้กับผู้กระทำผิดที่ตกอยู่ในสถานการณ์หรือในสภาพสังคมที่ทำให้บุคคลดังกล่าวยากที่จะปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างเคร่งครัด ทฤษฎีแก้แค้นทดแทนในปัจจุบันจึงขาดความตระหนักถึงภูมิหลังและสถานการณ์ของผู้กระทำผิด จึงอาจทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติต่อคนยากจน ชนกลุ่มน้อย ชนเผ่าต่าง ๆ สตรีและผู้กระทำผิดที่ยังมีอายุน้อยซึ่งเป็นประเด็นที่แฝงอยู่ในทฤษฎีแก้แค้นทดแทน

5) ทฤษฎีแก้แค้นทดแทนที่เคร่งครัดกับการกำหนดโทษที่ได้สัดส่วนกับความผิดอาจมีผลเป็นการละเลยสิทธิของผู้กระทำผิดบางประการ เช่น โทษประหารชีวิตอาจเป็นโทษที่เหมาะสมกับความผิดของผู้กระทำผิดในคดีฆาตกรรมแล้ว แต่ปัจจัยทางชีวภาพบางประการ เช่น อายุ และสุขภาพจิต ก็เป็นปัจจัยหนึ่งที่มีผลต่อการกำหนดโทษของผู้กระทำผิดให้เบาลง กระบวนการยุติธรรมที่มีความเคร่งครัดกับสัดส่วนของโทษมากจึงอาจมองว่าการกำหนดโทษโดยคำนึงถึงปัจจัยทางชีววิทยาดังกล่าว ย่อมเป็นการขัดขวางการกำหนดโทษให้ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด และอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิของผู้กระทำผิดได้

6) การพิจารณาโทษโดยพิจารณาจากความร้ายแรงของการกระทำผิดเป็นสิ่งที่ทำได้ยากในทางปฏิบัติ⁴⁰ เพราะยังไม่มีวิธีการใดที่สามารถวัดระดับความร้ายแรงของการกระทำผิดได้อย่างเป็นรูปธรรมและเที่ยงตรง การวัดความร้ายแรงของการกระทำผิด จึงยังคงเป็นปัญหาจนถึงทุกวันนี้ดังจะกล่าวถึงหลังจากนี้

6.2 ทฤษฎีป้องปรามการกระทำผิด (Deterrence Theories)

ทฤษฎีป้องปรามการกระทำผิดมีที่มาจากความเชื่อว่าคุณสมบัติเลือกที่จะปฏิบัติตามกฎหมายหรือฝ่าฝืนกฎหมายหลังจากคำนวณผลประโยชน์และผลเสียที่จะได้จากการกระทำของตนเองแล้วโทษตามกฎหมายจึงเป็นเครื่องมือที่ใช้ในการข่มขู่ให้ผู้ที่อาจจะกระทำความผิดกฎหมายเกิดความเกรงกลัวต่อผลเสียอันเกิดจากโทษตามกฎหมายและไม่คิดที่จะกระทำผิดอีกต่อไป⁴¹ ซึ่ง

⁴⁰ Alana Barton. "Just Deserts Theory." In Encyclopedia of Prisons & Correctional Facilities (. 2004). p. 506.

⁴¹ Ihekwoaba D. Onwudiwe. Jonathan Odo and Emmanuel C. Onyeozili. "Deterrence Theory."

In Encyclopedia of Prisons & Correctional Facilities. MaryBosworth. ed. (Thousand Oaks, CA: SAFE. 2005). p. 233.

ผู้ที่คาดว่าจะได้รับผลในทางป้องปรามการกระทำผิดตามทฤษฎีมี 2 ประเภท คือ ผู้กระทำผิดที่ได้รับโทษตามกฎหมายและประชาชนทั่วไป ทฤษฎีป้องปรามจึงแบ่งออกเป็น 2 ทฤษฎีย่อย คือ

6.2.1 ทฤษฎีป้องปรามทั่วไป (General Deterrence)

นับตั้งแต่ศตวรรษที่ 18 เป็นต้นมา วัตถุประสงค์ในการลงโทษผู้กระทำผิดกฎหมายค่อย ๆ เปลี่ยนจากการลงโทษผู้กระทำผิดสำหรับความผิดที่บุคคลดังกล่าวได้กระทำไปเพียงประการเดียวไปเป็นการลงโทษเพื่อการปรับปรุงพัฒนาพฤติกรรมทางสังคม นักวิชาการที่เชื่อว่าการลงโทษผู้กระทำผิดจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของสังคมด้วยเห็นว่าการลงโทษสามารถยับยั้งหรือป้องปรามไม่ให้ผู้อื่น ๆ กระทำผิดกฎหมายเพราะเห็นตัวอย่างผู้กระทำผิดที่ถูกลงโทษตามกฎหมาย โดยตั้งข้อสันนิษฐานว่าเมื่อผู้กระทำผิดถูกลงโทษ ประชาชนทั่วไปที่รับรู้ถึงการลงโทษดังกล่าวย่อมได้เรียนรู้ว่าการกระทำผิดกฎหมายดังกล่าวมีโทษตามกฎหมาย และผู้กระทำผิดที่ถูกลงโทษต้องได้รับความเจ็บปวดประการใดประการหนึ่งจากการถูกลงโทษทำให้ประชาชนทั่วไปละเว้นไม่กระทำผิดเช่นเดียวกับผู้กระทำผิดที่ถูกลงโทษดังกล่าวเพราะเกรงกลัวว่าจะต้องได้รับความเจ็บปวดจากการโทษตามกฎหมายในลักษณะเดียวกัน⁴² ดังนั้น การลงโทษผู้กระทำผิดตามกฎหมายจึงเป็นการแสดงตัวอย่างให้ประชาชนทั่วไปที่ยังไม่ได้กระทำความผิดกฎหมายให้ตระหนักได้ถึงความน่าสะพรึงกลัวของโทษตามกฎหมาย⁴³ ซึ่งข้อสันนิษฐานอันเกิดจากการเห็นผู้อื่นถูกลงโทษดังกล่าวเรียกว่า การป้องปรามทั่วไป หรือก็คือการป้องปรามที่มีผลต่อบุคคลทั่วไปนอกเหนือจากตัวผู้กระทำผิดเอง

ดังนั้น แนวความคิดหลักของทฤษฎีป้องปรามทั่วไปก็คือ การทำให้ผู้กระทำผิดได้รับความเจ็บปวดจากการถูกลงโทษเพราะกระทำความผิดกฎหมายเป็นการข่มขวัญบุคคลอื่น ๆ โทษตามกฎหมายจึงมีความสำคัญเพราะเหตุผลดังกล่าว แม้ว่าอาจจะไม่ทำให้เกิดความเกรงกลัวได้ทุกคน⁴⁴

หลักการของการป้องปรามทั่วไปตั้งอยู่บนสมมุติฐาน 2 ประการ คือ

(1) บังเจกบุคคลย่อมเห็นแก่ผลประโยชน์ของตนเองและจึงพยายามอย่างหนักเพื่อที่จะเพิ่มพูนผลประโยชน์หรือความพึงพอใจให้กับตนเอง

(2) บังเจกบุคคลใช้เหตุผลในการตัดสินใจและควบคุมพฤติกรรมของตนเองจากการคำนวณผลได้และผลเสียหรือความพึงพอใจและความเจ็บปวดอันเกิดจากการกระทำต่าง ๆ ของตนเอง

⁴²Edwin H. Sutherland, Donald R. Cressey and David F. Luckenbill, op.cit., p.308.

⁴³Ihekwoaba D. Onwudiwe, Jonathan Odo and Emmanuel C. Onyeozili, op.cit.

⁴⁴Edwin H. Sutherland, Donald R. Cressey and David F. Luckenbill, op.cit.

สมมติฐานทั้งสองประการ จึงเป็นการอธิบายถึงพฤติกรรมของมนุษย์ ดังนั้นไม่ว่าจะเป็นพฤติกรรมอาชญากรหรือพฤติกรรมที่ไม่เกี่ยวข้องกับกระทำผิดกฎหมายก็ล้วนเป็นผลผลิตอันเกิดจากการเลือกของมนุษย์ การตัดสินใจที่จะก่ออาชญากรรมมักจะเกิดขึ้นด้วยวิธีการเลือกและวิเคราะห์ระหว่างผลได้และผลเสียหรือความพึงพอใจกับความเจ็บปวดทรมานในทางที่เห็นแก่ตัว ซึ่งมนุษย์เลือกที่จะกระทำผิดกฎหมายเมื่อบุคคลเหล่านั้นประเมินความเป็นไปได้ทั้งหมดภายใต้ขอบเขตข้อมูลที่มีอยู่และเห็นว่า การก่ออาชญากรรมจะให้ผลดีมากกว่าผลเสีย หรือให้ความพึงพอใจมากกว่าความเจ็บปวดทรมานมากกว่าการกระทำอื่น ๆ และด้วยตรรกะเดียวกันมนุษย์ก็เลือกจะละเว้นจากการกระทำผิดกฎหมายเมื่อบุคคลเหล่านั้นเห็นว่า อาชญากรรมจะก่อให้เกิดผลเสียมากกว่าผลดี หรือ ได้รับความเจ็บปวดทรมานมากกว่าความพึงพอใจ

ผลเสียอันเกิดจากการกระทำผิดกฎหมายจึงมักจะได้รับการพิจารณาจากความร้ายแรง ความแน่นอนและความรวดเร็วในการถูกลงโทษอันเนื่องมาจากการกระทำผิดนั้น ดังนั้นถ้าโทษตามกฎหมายมีความร้ายแรง แน่แน่นอนและรวดเร็วมากขึ้นเท่าใด ก็ยิ่งเป็นการเพิ่มข้อเสียของการกระทำผิดกฎหมายและจึงส่งผลให้อัตราการกระทำผิดกฎหมายลดลง

6.2.2 ทฤษฎีป้องปรามเป็นการเฉพาะ (Specific Deterrence)

นักวิชาการที่เชื่อมั่นว่าโทษตามกฎหมายจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของสังคมยังมีความเห็นอีกว่า โทษตามกฎหมายสามารถเปลี่ยนแปลงผู้กระทำผิดได้ด้วยการทำให้ผู้ที่ถูกลงโทษตามกฎหมายเกิดความกลัวว่าถ้ากระทำผิดกฎหมายอีกอาจทำให้ต้องถูกลงโทษอีก ข้อสันนิษฐานถึงความเกรงกลัวของผู้กระทำผิดว่าจะถูกลงโทษซ้ำอีกถ้ากระทำผิดอีกเรียกว่า การป้องปรามเป็นการเฉพาะ

ทฤษฎีนี้กล่าวว่า โทษตามกฎหมายเป็นบทเรียนสำหรับผู้กระทำผิดเพราะโทษดังกล่าวช่วยสอนให้ผู้กระทำผิดได้เรียนรู้ถึงผลร้ายจากพฤติกรรมบางประการของผู้กระทำผิด และผลร้ายดังกล่าวจะเป็นแรงผลักดันให้มีการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมเพราะโทษตามกฎหมายทำให้ผู้กระทำผิดเกิดความเกรงกลัว จึงละเว้นไม่กระทำพฤติกรรมที่ทำให้ตนต้องถูกลงโทษเช่นนั้นอีกในอนาคต ดังนั้นผู้กระทำผิดที่ถูกลงโทษจึงเรียนรู้ที่จะหลีกเลี่ยงการกระทำผิดกฎหมายในลักษณะเดียวกันกับเด็กที่เคยจับเตาขณะที่กำลังร้อนแล้วถูกลงโทษทำให้เด็กเรียนรู้ว่าไม่ควรจับเตาในขณะที่ร้อน⁴⁵

ทั้งนี้ ความรุนแรง ความแน่นอนและความรวดเร็วในการลงโทษเพื่อการป้องปรามการกระทำผิดกฎหมายทฤษฎีป้องปรามมีที่มาจากแนวความคิดของนักปรัชญา 3 ท่าน คือ Thoms Hobbes, Cesare Beccaria และ Jeremy Bentham ที่มีความเห็นไปในทางเดียวกันว่า มนุษย์มักจะสนใจแต่ประโยชน์ของตนเอง เช่น ประโยชน์ในทางวัตถุ ความปลอดภัยของตนเองและชื่อเสียงทางสังคม ดังนั้นมนุษย์จะไม่กระทำผิดกฎหมายถ้าผลเสียจากการกระทำผิดกฎหมายมีมากกว่าผลประโยชน์ที่จะ

⁴⁵ Edwin H. Sutherland, Donald R. Cressey and David F. Luckenbill. op.cit., p.313.

ได้รับจากการกระทำดังกล่าว⁴⁶ ดังนั้น ถ้าโทษตามกฎหมายมีความรุนแรง แน่นนอนและรวดเร็วแล้วบุคคลที่ใช้เหตุผลในการกระทำต่าง ๆ ย่อมสามารถคำนวณผลดีผลเสียก่อนที่จะกระทำผิดกฎหมาย และจึงยับยั้งไม่กระทำผิดกฎหมายถ้าคำนวณแล้วเห็นว่าผลเสียมีมากกว่าผลดี อย่างไรก็ตามนักปรัชญาคลาสสิกยังเห็นว่าความแน่นอนในการลงโทษมีประสิทธิภาพในการป้องปรามการกระทำผิดกฎหมายมากกว่าความรุนแรงของโทษ และจึงปฏิเสธการทรมานผู้กระทำผิดเพื่อให้สารภาพและปฏิเสธโทษประหารชีวิตว่าไม่ใช่วิธีการที่มีประสิทธิภาพในการป้องปรามการกระทำผิดกฎหมาย⁴⁷ ซึ่งงานวิจัยของ Charles Tittle ในปี ค.ศ. 1969 ก็พบข้อมูลที่สนับสนุนแนวคิดของนักปรัชญาคลาสสิกดังกล่าว โดยสรุปว่าความแน่นอนในการลงโทษมีผลช่วยยับยั้งการกระทำผิดกฎหมายแต่ความร้ายแรงของโทษจะมีผลช่วยยับยั้งการกระทำผิดกฎหมายได้ก็ต่อเมื่อกระบวนการยุติธรรมสามารถรับประกันได้ถึงความแน่นอนในการลงโทษ⁴⁸

6.3 ทฤษฎีตัดโอกาสในการกระทำผิด (Incapacitation)

วิธีการป้องกันการกระทำผิดซ้ำในอนาคตที่ตรงเป้าหมายที่สุดวิธีการหนึ่งก็คือวิธีการตัดโอกาสในการกระทำผิดของผู้กระทำผิดด้วยการจำคุก ประหารชีวิตหรือด้วยวิธีการอื่นใดที่สามารถตัดความเป็นไปได้ในการกระทำผิดซ้ำของผู้กระทำผิด เช่น ด้วยการตอนหรือทำหมัน ผู้กระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือการตัดมือผู้ที่ขบถล้างกระเปาะเพื่อป้องกันไม่ให้กระทำผิดซ้ำอีก อย่างไรก็ตามประชาธิปไตยเสรีนิยมดังเช่นในปัจจุบันมีแนวโน้มในทางต่อต้านวิธีการลงโทษที่รุนแรงและโหดร้ายเว้นแต่โทษบางประเภทเช่น โทษประหารชีวิตที่ยังบังคับใช้กันอยู่ในหลาย ๆ ประเทศ ทำให้การลงโทษเพื่อตัดโอกาสในการกระทำผิดซ้ำที่ยังคงบังคับใช้กันอย่างแพร่หลายก็คือ การจำคุก (Incarceration)

ภายใต้หลักการตัดโอกาสในการกระทำผิดโดยแท้ ถ้าผู้กระทำผิดสองคนมีแนวโน้มที่จะเป็นอันตรายต่อสังคม (Dangerous) เหมือน ๆ กัน กล่าวคือ มีโอกาสที่จะกระทำผิดกฎหมายอย่างเดียวกันในช่วงระยะเวลาเดียวกันในอนาคต ระยะเวลาจำคุกของบุคคลสองคนดังกล่าวก็ควรจะมีระยะเวลาเท่า ๆ กัน ด้วยเหตุนี้ ถ้าพิจารณาถึงเฉพาะความเป็นอันตรายของบุคคลสองคนภายใต้หลักการตัดโอกาสในการกระทำผิดโดยแท้แล้ว ผู้กระทำผิดคนที่กระทำผิดถึงขั้นพยายามกระทำความผิดก็สมควรที่จะถูกลงโทษจำคุกเป็นระยะเวลาเท่ากับผู้ที่กระทำผิดสำเร็จแล้วเพราะผู้กระทำผิดทั้งสองคนมีลักษณะน่าจะเป็นอันตรายต่อสังคมเหมือน ๆ กันถ้าบุคคลทั้งสองกระทำความผิดสำเร็จเหมือน ๆ กัน

⁴⁶Thekwoaba D. Onwudiwe; Jonathan Odo and Emmanuel C. Onyeozili.op.cit.. p. 234.

⁴⁷Ibid.. p. 235.

⁴⁸Ibid.. p. 236.

นอกจากนี้ ถ้าการพิเคราะห์ถึงแต่ความเป็นอันตรายของผู้กระทำผิดและแนวโน้มนักที่บุคคลดังกล่าวจะกระทำผิดซ้ำอีกเป็นสำคัญแล้ว ก็ไม่จำเป็นที่จะต้องรอจนกระทั่งเกิดการกระทำผิดหรือกระทำผิดจนสำเร็จแล้วจึงจะลงโทษบุคคลดังกล่าวเพื่อตัดโอกาสในการกระทำผิด ถ้ากระบวนการยุติธรรมสามารถหาวิธีการในการคาดเดาว่าบุคคลหนึ่งบุคคลใดจะกระทำผิดซ้ำในอนาคตหรือไม่ได้อย่างแม่นยำและน่าเชื่อถือแล้ว กระบวนการยุติธรรมก็สามารถตัดโอกาสในการกระทำผิดของบุคคลดังกล่าวได้ล่วงหน้า อย่างไรก็ตาม ไร้ก็ดี สังคมมนุษย์ยังต้องคำนึงถึงเรื่องอื่น ๆ นอกเหนือจากการควบคุมอาชญากรรมด้วย ทำให้แนวความคิดเรื่องการตัดโอกาสในการกระทำผิดโดยเด็ดขาดอาจจะขัดแย้งกับผลประโยชน์ด้านอื่น ๆ ของสังคม และในทางกลับกัน กระบวนการยุติธรรมก็อาจจะปฏิเสธไม่ลงโทษใด ๆ แก่ผู้กระทำผิดเลยก็ได้ไม่ว่าความผิดที่บุคคลดังกล่าวได้กระทำลงไปจะร้ายแรงเพียงใด ถ้าปรากฏว่าผู้กระทำผิดไม่มีความเสี่ยงที่จะกลับไปกระทำผิดซ้ำอยู่เลย ตัวอย่างเช่น ถ้าสามีฆ่าภรรยาที่แต่งงานกันมา 50 ปี เพราะเชื่อว่าภรรยาของเขากำลังจะเสียชีวิตด้วยโรคมะเร็งและสามีก็ต้องการจะตายพร้อมภรรยา คนทั่วไปก็ย่อมเล็งเห็นได้ว่าไม่มีทางที่ชายคนดังกล่าวจะมาผู้ใดซ้ำอีกในอนาคต ด้วยเหตุนี้ภายใต้หลักการตัดโอกาสในการกระทำผิดแล้วชายคนดังกล่าวก็ไม่สมควรถูกลงโทษแม้แต่น้อย⁴⁹

ดังนั้น ถ้าพิจารณาเฉพาะแต่หลักการตัดโอกาสในการกระทำผิดแล้ว เท่ากับว่ากระบวนการยุติธรรมจะลงโทษเฉพาะผู้ที่ยังมีความเสี่ยงว่าจะกลับไปกระทำผิดซ้ำอีกเพื่อที่จะจำกัดไม่ให้บุคคลดังกล่าวสามารถกลับไปกระทำผิดอีกได้ แต่จะไม่ลงโทษผู้ที่ไม่มีความเสี่ยงในการกระทำผิดซ้ำอีก การบังคับใช้แต่หลักการตัดโอกาสในการกระทำผิดเพียงหลักการเดียวโดยไม่คำนึงถึงหลักการแก้แค้นทดแทนหรือการป้องปรามการกระทำผิดในการกำหนดโทษแก่ผู้กระทำผิดจึงเป็นไปได้แม้แต่น้อยในการกำหนดโทษที่เหมาะสมแก่ผู้กระทำผิดแต่ละคน จึงจำเป็นที่จะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างหลักการแก้แค้นทดแทน การป้องปรามทั่วไป การป้องปรามเป็นการเฉพาะและการตัดโอกาสในการกระทำผิดและยังอาจจะต้องคำนึงถึงว่าการลงโทษตามกฎหมายดังกล่าวจะสามารถแก้ไขฟื้นฟูพฤติกรรมของผู้กระทำผิดได้หรือไม่อีกด้วยดังจะได้กล่าวถึงทฤษฎีการแก้ไขฟื้นฟูในหัวข้อต่อไป

6.4 ทฤษฎีแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด (Rehabilitation)

จนกระทั่งก่อนประมาณ 200 ปีก่อนหน้านี้ ทางเลือกในการตอบสนองต่อการกระทำผิดกฎหมายยังมีไม่มากนัก โดยเป็นที่กล่าวกันโดยทั่วไปว่าผู้กระทำผิดจะสามารถเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของตนเองได้ถ้าถูกลงโทษตามกฎหมาย นอกจากนี้ยังมีมักจะสรุปกันในการ

⁴⁹Paul H. Robinson. *Distributive Principles of Criminal Law: Who Should Be Punished How Much?*. (Oxford. n.p.. 2008). pp. 8-9.

วางนโยบายของรัฐอีกว่าการลงโทษผู้กระทำผิดสามารถยับยั้งผู้ที่มีแนวโน้มที่จะกระทำผิดกฎหมายได้ซึ่งจะช่วยลดอัตราการเกิดอาชญากรรมลงได้ เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงมักเลือกที่จะใช้วิธีการลงโทษหรือมิฉะนั้นก็ไม่ทำอะไรเลยในการเปลี่ยนแปลงผู้กระทำผิดหรือป้องกันอาชญากรรม อย่างไรก็ตามในช่วงหลายทศวรรษที่ผ่านมาแนวโน้มในการจัดการกับผู้กระทำผิดเป็นไปในแนวทางของการวางนโยบายและโปรแกรมต่าง ๆ ที่ออกแบบมาเพื่อช่วยเหลือมากกว่าลงโทษผู้กระทำผิดแต่เพียงประการเดียว⁵⁰ และด้วยเหตุที่การกระทำผิดกฎหมายถูกมองว่าเป็น “ความเจ็บป่วย” (Sickness) ดังนั้นวัตถุประสงค์ของการลงโทษจึงควรเป็นไปเพื่อรักษา (Cure) ผู้กระทำผิดเป็นสำคัญ⁵¹

Benjamin Karpman กล่าวว่า “...การจำคุกและการลงโทษไม่ใช่วิธีการจัดการกับผู้กระทำผิดที่เหมาะสมโดยตัวของมันเอง เราจำเป็นจะต้องแก้ไขผู้กระทำผิดเหล่านั้นอย่างคนที่เจ็บป่วยทางจิตใจ ซึ่งในความเป็นจริงแล้วผู้กระทำผิดเหล่านั้นก็เจ็บป่วยทางจิตใจในทุกแง่มุมจึงไม่มีเหตุผลใดที่จะต้องลงโทษคนเหล่านี้สำหรับพฤติกรรมที่พวกเขาไม่อาจควบคุมได้ไปมากกว่าการลงโทษคนที่ต้องหายใจทางปากเพราะป่วยเป็นโรคต่อมทอลซิลโต...จึงเป็นความหวังว่าความก้าวหน้าทางกระบวนการทางจิตวิทยาและอาชญาวิทยาจะช่วยแทนที่ผู้คุมและเจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัยด้วยพยาบาลและแทนที่ผู้พิพากษาด้วยนักจิตวิทยาที่พยายามด้วยจิตใจที่คิดจะแก้ไขและรักษาผู้กระทำผิดแทนที่จะเพียงแต่จะลงโทษผู้กระทำผิดตามกฎหมายเท่านั้น...”⁵²

ดังนั้น วัตถุประสงค์ของการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดจึงเพื่อรักษาผู้กระทำผิดมากกว่าที่จะลงโทษผู้กระทำผิดและเพื่อที่จะรักษาผู้กระทำผิดได้จึงจำเป็นต้องมีการทำความเข้าใจสภาพจิตใจของผู้กระทำผิดด้วยการศึกษากฎหมายอาญา พฤติกรรมอาชญากรรมและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในเชิงสังคมวิทยา ซึ่งสะท้อนกลับมาให้เห็นได้อย่างชัดเจนในปัจจุบัน ดังเช่น การเข้าไปแทรกแซงพฤติกรรมของเยาวชนในชั้นศาล และขยายไปสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในผู้ใหญ่อย่างรวดเร็วทั้งในระดับชั้นศาล เรือนจำและระบบการลงโทษและพักการลงโทษต่าง ๆ และโปรแกรมลดการกระทำผิดกฎหมายในผู้ติดสุราหรือยาเสพติด เป็นต้น⁵³

⁵⁰Edwin H. Sutherland, Donald R. Cressey and David F. Luckenbill. op.cit., p. 330.

⁵¹Kathryn M. Campbell. “Rehabilitation Theory.” In Encyclopedia of Prisons & Correctional Facilities. op.cit., p. 832.

⁵²Benjamin Karpman. “Criminality, Insanity and the Law.” Journal of Criminal Law and Criminology 39 (1949): 605 quoted in Edwin H. Sutherland, Donald R. Cressey and David F. Luckenbill. op.cit., p. 331.

⁵³Edwin H. Sutherland, Donald R. Cressey and David F. Luckenbill. op.cit., p.331.

สำหรับการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดด้วยกระบวนการยุติธรรมนั้น Maltz กล่าวว่า การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด (Rehabilitation) หมายถึงรูปแบบกระบวนการที่มีความหมายตามลำดับ ดังต่อไปนี้

- 1) ผู้กระทำผิดหรือผู้ต้องขังเป็นบุคคลที่มีปัญหา ซึ่งปัญหาดังกล่าวเป็นสาเหตุโดยตรงของพฤติกรรมอาชญากร
- 2) บุคลากรด้านการแก้ไขพฤติกรรมของทัณฑสถานสามารถวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวได้อย่างถูกต้องและทัณฑสถานก็มีวิธีการดูแลแก้ไขพฤติกรรมให้กับผู้ต้องขังหรือผู้กระทำผิด
- 3) จะมีการนำวิธีการดูแลแก้ไขพฤติกรรมมาปรับใช้กับผู้ต้องขังหรือผู้กระทำผิดอย่างเหมาะสมและ
- 4) ปัญหาของผู้ต้องขังหรือผู้กระทำผิดจะได้รับการแก้ไขหรือบรรเทาลงอันเป็นผลเนื่องมาจากการได้รับการดูแลแก้ไขพฤติกรรมด้วยวิธีการของทัณฑสถาน
- 5) ด้วยเหตุนี้ พฤติกรรมอาชญากรของผู้ต้องขังหรือผู้กระทำผิดจะเริ่มลดน้อยถอยลงอันเป็นผลมาจากการบรรเทาหรือแก้ไขปัญหาก็กับผู้ต้องขังหรือผู้กระทำผิด⁵⁴ จึงเห็นได้จากรูปแบบในการจัดการกับผู้กระทำผิดกฎหมายดังกล่าวข้างต้นว่ามีความแตกต่างไปจากรูปแบบเดิม ๆ ที่เน้นการลงโทษเป็นสำคัญเป็นอย่างมาก ทำให้รูปแบบทฤษฎีทางอาชญาวิทยาได้รับผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญอันเนื่องมาจากความเปลี่ยนแปลงดังกล่าว และส่งผลให้การตอบสนองต่อการกระทำผิดกฎหมายด้วยการเข้าไปแทรกแซงแก้ไขพฤติกรรมผู้กระทำผิดเริ่มเข้ามามีบทบาทเหนือการตอบสนองด้วยการลงโทษ และดูเหมือนว่ากระบวนการตอบสนองด้วยการแก้ไขผู้กระทำผิดจะประสบความสำเร็จตั้งแต่ช่วงแรก ๆ จึงมีการพัฒนาทฤษฎีทางอาชญาวิทยาขึ้นมาใหม่และนำไปสู่การปฏิบัติจริงเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดหลากหลายวิธีการ⁵⁵

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าแนวความคิดเรื่องการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดจะได้รับความนิยมเป็นอย่างมาก แต่การตอบสนองต่อการกระทำผิดกฎหมายด้วยการแก้ไขพฤติกรรมของผู้กระทำผิดก็มีความขัดแย้งกับทฤษฎีในเชิงแก้แค้นทดแทนและป้องปรามการกระทำผิดกฎหมาย โดยนักอาชญาวิทยามีความเห็นออกเป็น 2 ฝ่าย ฝ่ายหนึ่งสนับสนุนแนวคิดการลงโทษผู้กระทำผิด อีกฝ่ายคัดค้านการลงโทษผู้กระทำผิดแต่สนับสนุนการแก้ไขพฤติกรรมของผู้กระทำผิด ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

⁵⁴Michael D. Maltz. Recidivism (Orlando, Florida: Academic Press, 1984.2001). p. 8. Retrieved the internet edition July 1, 2015 from <http://www.uic.edu/depts/lib/forr/pdf/crimjust/recidivism.pdf>

⁵⁵Paul H. Robinson. op.cit., p. 9.

1) ฝ่ายที่สนับสนุนการลงโทษ

(1) การลงโทษผู้กระทำผิดเป็นวิธีการเดียวที่ช่วยป้องกันไม่ให้ประชาชนกระทำสิ่งชั่วร้ายเพราะเกรงกลัวว่าจะถูกลงโทษ ด้วยเหตุนี้ รัฐจึงต้องลงโทษผู้กระทำผิดกฎหมายอย่างต่อเนื่องเพื่อป้องกันการกระทำผิดกฎหมาย⁵⁶ งานวิจัยจำนวนมากแสดงให้เห็นว่าความหวาดกลัวต่อการถูกลงโทษได้ผลในทางปฏิบัติ โดยมีคนจำนวนหนึ่งที่ยังคงไม่กระทำผิดกฎหมายบางประเภทเพราะเกรงกลัวต่อโทษประเภทใดประเภทหนึ่ง⁵⁷ แม้ว่าจะมีงานวิจัยอีกส่วนหนึ่งที่ระบุว่าวิธีการทางเลือกอื่น ๆ มีผลช่วยป้องปรามการกระทำผิดมากกว่าการลงโทษผู้กระทำผิด⁵⁸

อย่างไรก็ดี นักวิชาการอีกส่วนหนึ่งเห็นว่า โทษตามกฎหมายไม่ได้มีผลช่วยป้องปรามการกระทำผิดเพราะความเกรงกลัวต่อการถูกลงโทษโดยตรง แต่เป็นเพราะโทษตามกฎหมายได้ทิ้งตราบาปบางประการไว้แก่ผู้ที่ถูกลงโทษตามกฎหมายแม้ว่ากระบวนการลงโทษจะยุติลงไปแล้วก็ตาม โทษตามกฎหมายจึงมีผลในด้านการสร้างความรู้สึกรังเกี้ยวรังกลัวว่าจะต้องสูญเสียสถานะทางสังคมหรือสถานะภายในกลุ่มพวกพ้องของตนเองมากกว่า หรืออาจเป็นความรู้สึกว่าการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นสิ่งที่ไม่สอดคล้องกับภาพลักษณ์ เป็นการลดคุณค่าทางสังคมหรือจิตใจ เป็นความรู้สึกไม่สบายใจถ้าจะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่ขัดต่อบรรทัดฐานของสังคมและอาจได้ผลตอบแทนที่ไม่เหมาะสมจากการกระทำผิดดังกล่าว อันเป็นผลมาจากกระบวนการควบคุมตนเองของปัจเจกบุคคลไม่ว่าการกระทำดังกล่าวจะมีผลเป็นการละเมิดต่อกฎหมายโดยตรงหรือไม่⁵⁹

(2) ถ้าผู้กระทำผิดไม่ถูกลงโทษ เขยื้อนหรือผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำผิดดังกล่าวอาจจะหาทางจัดการกับผู้กระทำผิดด้วยตนเองหรือที่เรียกกันว่าตั้งศาลเตี้ย โดยเหตุผลดังกล่าวนี้มีที่มาจากความเชื่อที่ว่ามนุษย์มีความปรารถนาที่จะแก้แค้น ซึ่งถ้าไม่สามารถดำเนินการได้ด้วยวิธีการที่ชอบด้วยกฎหมายก็ต้องดำเนินการด้วยวิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยผู้คนอาจแก้แค้นด้วยวิธีการที่หลากหลายตั้งแต่การตะโกนป่าวร้องเรียกชื่อ ใช้กำลังชกต่อย ทำร้ายร่างกาย ยิงกันด้วยอาวุธปืน การใส่ร้ายป้ายสีหมิ่นประมาทไปจนถึงวิธีการที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น การนำผู้กระทำผิดไปเข้ารับการไต่สวนหรือด้วยวิธีการที่ช่วยแก้ไขพฤติกรรมของผู้กระทำผิด

⁵⁶Edwin H. Sutherland, Donald R. Cressey and David F. Luckenbill, op.cit., p.335.

⁵⁷Charles R. Tittle, Sanctions and Social Deviance (New York: Praeger, 1980), p. 3-4 quoted in Edwin H. Sutherland, Donald R. Cressey and David F. Luckenbill, op.cit.

⁵⁸Edwin H. Sutherland, Donald R. Cressey and David F. Luckenbill, op.cit.

⁵⁹Edwin H. Sutherland, Donald R. Cressey and David F. Luckenbill, op.cit., pp.335-336.

(3) ฝ่ายที่สนับสนุนการลงโทษเชื่อว่าเหยื่อในการกระทำผิดจะไม่เต็มใจที่จะให้การเป็นพยานหรือร้องทุกข์เพื่อเอาโทษผู้กระทำผิด ถ้าเหยื่อมองไม่เห็นโอกาสที่ผู้กระทำผิดจะได้รับการลงโทษ เหยื่อเหล่านี้จะยอมรับเอาความเสียหายไว้ว่าเป็นเคราะห์กรรมของตนเองมากกว่าจะไปเสียเวลากับกระบวนการต่าง ๆ ที่ไม่มีผลเป็นการลงโทษผู้กระทำผิด แต่ถ้าเหยื่อในการกระทำผิดถูกกฎหมาย และครอบครัวหรือเพื่อนของเหยื่อมีเหตุผลเพียงพอที่จะเชื่อได้ว่าสังคมกำลังกังวลและเป็นห่วงเป็นใยเกี่ยวกับสวัสดิภาพของสมาชิกในสังคม เช่นเดียวกับผู้ที่มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนไปจากบรรทัดฐานของสังคมแล้ว ก็ย่อมมีแนวโน้มที่เหยื่อและครอบครัวจะให้ความร่วมมือกับการจัดการของสังคมมากขึ้น

(4) การโต้ตอบผู้กระทำผิดด้วยการลงโทษพัฒนาขึ้นมาและยังคงดำรงอยู่ในกลุ่มผู้ที่มีความเคารพต่อกฎหมายและมีความเป็นปึกแผ่นในสังคม ซึ่งความเคารพต่อกฎหมายและความเป็นปึกแผ่นของคนในสังคมจะไม่ลดน้อยถอยลงไปตราบเท่าที่ยังมีโทษตามกฎหมายอยู่ในสังคมความเป็นปึกแผ่นของสังคมสามารถพัฒนาได้ด้วยการลงโทษผู้กระทำผิดกฎหมาย เช่นเดียวกับการพยายามรักษาโรคร้าย การปกป้องสถานะแวดล้อม การแก้ไขความอยุติธรรมในสังคมและการพยายามทำความเข้าใจสาเหตุของอาชญากรรม รวมไปถึงการพยายามนำความรู้ที่ได้จากการทำความเข้าใจสาเหตุของอาชญากรรมมาปรับใช้เพื่อแก้ไขปัญหอาชญากรรม

อย่างไรก็ดี มีผู้โต้แย้งว่าอาชญากรรมไม่ได้มีผลกระทบต่อความเป็นปึกแผ่นของสังคม เพราะในสังคมไม่ได้มีความเป็นปึกแผ่นมากขนาดที่จะได้รับการกระทบ กระเทือนได้ เพราะอาชญากรรมนอกจากนี้การลงโทษผู้กระทำผิดก็แทบจะไม่ได้กินความสมดุลให้กับสังคมแต่อย่างใด เพราะความสมดุลของสังคมไม่ได้ถูกรบกวนกระเทือนจากอาชญากรรม อาชญากรรมเป็นเพียงเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเฉพาะบุคคลที่ไม่มีผลกระทบต่อส่วนรวม โดยตรง ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากอาชญากรรมแต่มีประกันภัยหรือประกันสุขภาพก็สามารถได้รับการชดใช้ความเสียหายจากบริษัทประกันภัยได้ เช่น ผู้ที่ถูกขโมยรถก็ได้รับค่าสินไหมทดแทนจากบริษัทประกันภัยรถยนต์ แม้แต่เหยื่อที่ไม่มีประกันภัยหรือประกันชีวิตก็สามารถยุดคิดได้ ถ้าได้รับการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่พอใจ ส่วนความสงบเรียบร้อยและสวัสดิภาพของสังคมมักจะได้รับความสนใจจากเหยื่อรองลงมา โดยทั่วไปแล้ว สังคมโดยรวมจึงแทบไม่ได้รับความกระทบกระเทือนจากอาชญากรรมส่วนบุคคลหรือแม้แต่อัตราการเกิดอาชญากรรม เว้นแต่ในเฉพาะบางฐานความผิด ด้วยเหตุนี้การลงโทษผู้กระทำผิดจึงมีผลกระทบต่อสังคมโดยรวมเพียงเล็กน้อยเท่านั้น⁶⁰

⁶⁰ Edwin H. Sutherland, Donald R. Cressey and David F. Luckenbill. op.cit., p.337.

2) ฝ่ายที่คัดค้านการลงโทษ ให้เหตุผลไว้หลายประการ

(1) การลงโทษ เป็นการแยกเอาบุคคลที่กำลังถูกลงโทษออกจากสังคม ทำให้บุคคลดังกล่าวกลายเป็นศัตรูกับสังคม ด้วยเหตุนี้ ถ้าสังคมตอบโต้ผู้กระทำผิดกฎหมายด้วยการลงโทษเพียงอย่างเดียว ผู้กระทำผิดก็ย่อมจะถูกแยกออกจากสังคมที่มีความผูกพันกับกฎหมายและไม่อาจทำความเข้าใจหรือได้รับความเข้าใจจากคนในสังคมได้ การถูกเกลียดชังจากสังคมย่อมส่งผลทำให้ผู้กระทำผิดเกิดความเกลียดชังสังคมไปด้วย ในสภาพเช่นนี้ เมื่อผู้กระทำผิดถูกประกาศว่าเป็นศัตรูของสังคมและถูกเนรเทศออกจากสังคมผู้กระทำผิด จึงมีทางเลือกเพียง 2 ทาง คือ ทางแรกผู้กระทำผิดต้องเลือกเข้าร่วมกลุ่มกับผู้กระทำผิดคนอื่น ๆ ที่ซึ่งตนเองได้รับการยอมรับ มีเกียรติและจึงดำรงชีพอย่างอาชญากรตามที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นคนเช่นนั้นไปจริง ๆ หรืออีกทางหนึ่ง ผู้กระทำผิดจะกลายเป็นคนไร้สังคม ขาดความมั่นคงในชีวิตหรือถูกแยกออกจากสังคมจนมีปัญหาทางจิต

ด้วยเหตุนี้ กระบวนการยุติธรรมในปัจจุบันที่ยินยอมให้ผู้กระทำผิดกลับคืนสู่สังคมได้ทางกายแต่แบ่งแยกผู้กระทำผิดออกจากสังคมด้วยการปฏิเสธไม่ให้งานทำหรืออื่น ๆ ย่อมส่งผลให้ผู้กระทำผิดต้องแยกออกจากกลุ่มผู้ที่มีพฤติกรรมสอดคล้องกับกฎหมายทางจิตใจ แต่ถ้าผู้กระทำผิดได้รับอนุญาตให้กลับไปมีปฏิสัมพันธ์กับกลุ่มคนที่มีพฤติกรรมสอดคล้องกับกฎหมาย ผู้กระทำผิดก็ย่อมต้องพยายามปรับตัวให้เข้ากับกลุ่มคนเหล่านั้นซึ่งหมายความว่า ผู้กระทำผิดจะต้องได้รับอนุญาตให้มีพื้นที่ให้ยืนในสังคมเช่นเดียวกับประชากรอื่น ๆ ของสังคม⁶¹

(2) การลงโทษ อาจกลายเป็นการเตือนผู้กระทำผิดให้ระมัดระวังมากขึ้นในการกระทำผิดคราวหน้าแทนที่จะเป็นการป้องปรามไม่ให้กระทำผิดซ้ำอีก กล่าวคือ การลงโทษผู้กระทำผิดที่เคยถูกลงโทษตามกฎหมายมาแล้วแต่ยังไม่สามารถปรับปรุงแก้ไขพฤติกรรมของตนเองได้ซ้ำแล้วซ้ำเล่าอาจกลายเป็นการพัฒนาผู้กระทำผิดด้านทักษะและเทคนิคในการกระทำผิดกฎหมายและการหลีกเลี่ยงการถูกจับกุม และในที่สุดอาจพัฒนาไปถึงขั้นเข้าร่วมองค์กรอาชญากรรมที่มีความซับซ้อนเพื่อที่จะลดความเสี่ยงและเพิ่มความสำเร็จในการกระทำผิดกฎหมายมากยิ่งขึ้น⁶²

⁶¹Donald R. Cressey. "Changing Criminals: The Application of the Theory of Differential Association." American Journal of Sociology 61 (1955): 116-120 and Robert Hogan. Theoretical Egocentrism and the Problem of Compliance. American Psychologist 30 (1975): 533-540 quoted in Edwin H. Sutherland, Donald R. Cressey and David F. Luckenbill. op.cit., pp. 337-338.

⁶²Edwin H. Sutherland, Donald R. Cressey and David F. Luckenbill. op.cit., p. 338.

(3) บางครั้ง การลงโทษ อาจกลายเป็นการเพิ่มสถานะของผู้กระทำผิดให้สูงขึ้น ในบางชุมชนการส่งนักเรียนชายที่อยู่ในวัยเรียนเข้าไปอยู่ในเรือนจำอาจเป็นการเพิ่มสัญลักษณ์ความเป็นลูกผู้ชาย ในบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีเรือนจำหลากหลายประเภททั้งเรือนจำที่มีความมั่นคงสูงและที่มีความมั่นคงลดน้อยลงมา พบว่ามีผู้กระทำผิดวัยรุ่นส่วนหนึ่งร้องขอให้ส่งตนเองไปจำคุกในเรือนจำที่มีความมั่นคงสูงสุดเพื่อเป็นการแสดงสถานะของตนเองว่าสูงกว่าเพื่อนผู้กระทำผิดด้วยกันเมื่อถูกปล่อยออกมาในภายหลัง⁶³

(4) โดยทั่วไปแล้ว การถูกลงโทษตามกฎหมาย ย่อมมีผลเป็นการยับยั้งความพยายามหรือความทะเยอทะยานในทางสร้างสรรค์ของมนุษย์ แต่การลงโทษเป็นการสร้างความรู้สึกลัวขึ้นภายในใจของผู้กระทำผิด ในขณะที่การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดเป็นกระบวนการที่ต้องอาศัยความสร้างสรรค์ในการปรับเปลี่ยนสภาวะและเงื่อนไขต่าง ๆ ที่เป็นตัวบ่มเพาะพฤติกรรมของผู้กระทำผิดมาตั้งแต่แรก ถ้าฟังก์ชันกำหนดว่าผู้กระทำผิดจะต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของตนเองยังไม่สามารถเปลี่ยนแปลงความเป็นจริงได้ ผู้กระทำผิดจะต้องมีโอกาสได้เรียนรู้รูปแบบพฤติกรรมอื่น ๆ สิ่งที่มีคุณค่าทางจิตใจและแบบอย่างที่ดี ได้เรียนรู้ที่จะชื่นชมคุณค่าของสิ่งต่าง ๆ ที่รักษาไว้ด้วยกฎหมาย ซึ่งเหล่านี้จะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อผู้กระทำผิดมีโอกาสได้ปรับตัวให้เข้ากับวัฒนธรรมของกลุ่มคนที่มีพฤติกรรมสอดคล้องกับกฎหมาย การขัดขวางพฤติกรรมบางประการของผู้กระทำผิด จึงยังไม่เพียงพอต่อการแก้ไขพฤติกรรมของผู้กระทำผิดเพราะวิธีการดังกล่าวไม่ช่วยให้ผู้กระทำผิดสามารถปรับตัวให้เข้ากับสังคมได้⁶⁴

(5) การลงโทษ ก่อให้เกิดทัศนคติอื่น ๆ ที่ไม่อาจคาดถึง การสร้างความหวาดกลัวต่อโทษตามกฎหมายอาจเป็นการสร้างทัศนคติและพฤติกรรมอื่น ๆ ขึ้นมาอีกด้วย การลงโทษผู้กระทำผิดจึงอาจมีผลช่วยป้องกันการกระทำผิดกฎหมายบางประเภท แต่ก็อาจเป็นการทำให้ผู้กระทำผิดขาดความเคารพในกฎหมาย ขาดความศรัทธาและขาดความเต็มใจที่จะทำเพื่อประโยชน์ของรัฐมาตรการที่มีประสิทธิภาพอย่างแท้จริงในการจัดการกับผู้กระทำผิดกฎหมายและอาชญากรจึงต้องเป็นมาตรการที่ช่วยยับยั้งการกระทำผิดกฎหมายในอนาคต ในขณะที่เดียวกันก็จะต้องไม่ทำให้เกิดความสูญเสียในคุณค่าทางสังคมอื่น ๆ ด้วย⁶⁵

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าทฤษฎีการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดเป็นทฤษฎีที่ค่อนข้างเป็นที่คุ้นหูและมีแนวโน้มได้รับความนิยมน้อยกว่าหลายครั้งที่เห็นได้จากความพยายามในการดูแลสิทธิและสวัสดิภาพของผู้ต้องขัง รวมไปถึงการคิดค้น โปรแกรมเพื่อแก้ไขฟื้นฟูพฤติกรรมของผู้กระทำ

⁶³Ibid.p.128

⁶⁴Ibid.

⁶⁵Ibid.

ผิดขึ้นมาเป็นจำนวนมากในปัจจุบัน แต่ในความเป็นจริงแล้วด้วยเหตุที่นักอาชญาวิทยายังคงมีความเห็นออกเป็น 2 แนวทาง ดังได้กล่าวข้างต้น ทำให้ทฤษฎีนี้ได้รับความนิยมและเชื่อถืออยู่เป็นบางช่วงเวลาเท่านั้น โดยบางช่วงเวลาก็ได้รับความนิยมเป็นอย่างมาก แต่บางช่วงเวลาเหล่านักอาชญาวิทยา ก็หันกลับไปหาทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนและทฤษฎีการป้องปรามดังที่เคยเป็นมา ดังตัวอย่างของกฎหมายหลาย ๆ รูปแบบที่มีอยู่ในปัจจุบันที่ถือได้ว่าเป็นกฎหมายที่มีความรุนแรงของโทษค่อนข้างสูงกว่าปกติ แม้จะไม่รุนแรงเท่ากับโทษประหารชีวิตก็ตาม

7. แนวคิดเกี่ยวกับการป้องกันอาชญากรรม⁶⁶

7.2 การป้องกันโดยการแก้ไขสภาพทางสังคม⁶⁷

การป้องกันแนวนี้เป็นการป้องกันมิให้เกิด “ตัวอาชญากร” เนื่องจากพฤติกรรมของคนที่ต้องเป็นอาชญากรนั้น ส่วนใหญ่จะเกิดจากสภาพปัญหาใหญ่ ๆ 3 ประการ คือ สภาพปัญหาทางเศรษฐกิจ สังคมและการเมือง โดยสภาพแวดล้อมต่าง ๆ รวมถึงสภาพจิตใจของผู้กระทำผิดที่เป็นตัวกดดันที่ก่อให้เกิดการกระทำผิดได้ตลอดเวลา โดยปัจจัยดังกล่าวนี้ที่มีการกล่าวอ้างถึงอยู่เสมอตามแต่ความเชื่อของนักอาชญาวิทยาต่าง ๆ เช่น โครงสร้างทางเศรษฐกิจ ของ Tyler, Walters, Young ทฤษฎีการคบหาสมาคมที่แตกต่าง ของ Sutherland, ทฤษฎีโอกาสทางสังคมของ Cloward-Ohlin ทฤษฎีเกี่ยวกับความบีบคั้นจากการไม่สามารถบรรลุถึงเป้าหมายของสังคมโดยวิธีการที่ถูกต้องตามกฎ ซึ่งเป็นทฤษฎีของ Merton ดังนั้น การปรับสภาพแวดล้อมและจิตใจจึงเป็นสิ่งจำเป็น

นักอาชญาวิทยาเชื่อว่าผู้ที่ประกอบอาชญากรรม คือ ผู้ที่ถูกสภาพแวดล้อมและปัจจัยต่าง ๆ บีบบังคับ (determinism) และมีการหล่อหลอมให้ต้องประกอบอาชญากรรม “อาชญากรเปรียบเสมือน ผู้ป่วย จำเป็นต้องได้รับการบำบัดรักษา” ดังนั้น การปรับสภาพแวดล้อมในระดับมหภาค ได้แก่ เศรษฐกิจ สังคม และการเมือง และระดับจุลภาค ได้แก่ ครอบครัว สถาบันการศึกษา การคบเพื่อน ที่อยู่อาศัย อาชีพ สื่อ อบรมมุข ศาสนา และจิตใจ เป็นต้น ให้มีความเหมาะสมต่อ

⁶⁶ นัทธิต จิตสว่าง. ความหมายและขอบเขตของการป้องกันอาชญากรรม. กรุงเทพฯ: มูลนิธิพิบูลสงเคราะห์ ธรรมราชทัณฑ์. (ม.ป.ป.).

⁶⁷ รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์โครงการ “การจัดการความรู้ด้านการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับสถานบริการ” โดยดร.ปิยะพร ดันฉีกุล หัวหน้าโครงการ พ.ต.อ.อภิวิชญ์ ภัทรกุล นักวิจัย คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏนครปฐม ชุดโครงการ กระบวนการยุติธรรมตำรวจสนับสนุนโดยสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.)

คนในสังคมที่จะไม่ให้สิ่งแวดล้อมเหล่านี้เป็นสิ่งที่บีบบังคับหรือกระตุ้นให้คนในสังคมต้องประกอบอาชญากรรม

แต่อย่างไรก็ตาม การป้องกันอาชญากรรมในกรณีดังกล่าวนี้ก็มีข้อจำกัดตรงที่การเข้าเปลี่ยนแปลงหรือจัดสภาพสังคมที่เป็นปัจจัยเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมนั้น เป็นเรื่องนามธรรมและอาจทำได้ยาก นอกจากนี้ แนวทางนี้ยังไม่คำนึงถึงปัจจัยในส่วนที่เกี่ยวกับการใช้กฎหมายเป็นเครื่องควบคุมพฤติกรรมของบุคคลอีกด้วย

7.3 แนวทางการใช้สิ่งป้องกันภัยหรือการป้องกันโดยการตัดช่องโอกาสในการกระทำผิด

แนวทางนี้มีได้เน้นที่การป้องกันมิให้เกิด “ตัวอาชญากร” ไม่สนใจว่ามีปัจจัยอะไรในสังคมบ้างที่ทำให้คนกระทำผิด แต่ความสนใจอยู่ที่ว่า ทำอย่างไรจึงจะสามารถหลีกเลี่ยงการเป็นเหยื่อของอาชญากรเหล่านั้นได้หรือทำอย่างไรจึงจะทำให้อาชญากรโจมตีเหยื่อได้ยากยิ่งขึ้น หรือทำไม่ได้เลย ดังนั้น จึงต้องคิดค้นหาวิธีตัดช่องโอกาสในการกระทำผิด มิให้ผู้กระทำความผิดสามารถประกอบอาชญากรรมได้โดยง่ายหรือไม่สามารถประกอบอาชญากรรมได้ หรือทำให้คนไม่คิดประกอบอาชญากรรม

การตัดช่องโอกาสในการกระทำผิดมีหลายประการ ดังนี้

7.3.1 การตัดช่องโอกาสด้วยการจัดสภาพแวดล้อมทางสังคม

การป้องกันอาชญากรรมโดยการออกแบบสภาพแวดล้อม (crime prevention through environmental design) เรียกสั้น ๆ ว่า “CPTED” เป็นอีกหนึ่งกลยุทธ์สำคัญในการป้องกันอาชญากรรม โดยมีหลักการพื้นฐานด้วยการออกแบบสภาพแวดล้อมให้เกิดความเหมาะสม และมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะสามารถลดอัตราการเกิดอาชญากรรมและลดความหวาดกลัวภัยของผู้อยู่อาศัยได้ ส่งผลต่อการปรับปรุงมาตรฐานชีวิตของประชาชนให้ดีขึ้น อันจะนำไปสู่การพัฒนาคุณภาพชีวิตของประชาชน

การป้องกันอาชญากรรมโดยการออกแบบสภาพแวดล้อม สามารถทำได้ 4 กรณี⁶⁸ คือ

1) การเฝ้าระวัง (surveillance) คือ ความสามารถในการสังเกตการณ์ และเฝ้าระวัง เป็นการเพิ่มความหวาดระแวงให้กับผู้ที่คิดจะกระทำความผิด โดยทำให้เกิดความรู้สึกว่ากำลังถูกเฝ้ามอง เช่น การจัดวางตำแหน่งของห้องที่มีกิจกรรมอยู่เสมอ ให้สามารถมองเห็นได้อย่างชัดเจน เช่น ห้องครัว ห้องพักผ่อน หรือห้องรับแขก ควรออกแบบให้อยู่ในตำแหน่งที่สามารถมองเห็นที่จอดรถ ถนน และพื้นที่สาธารณะได้ การติดตั้งกล้องโทรทัศน์วงจรปิดสำหรับสถานที่ที่ไม่สามารถมองเห็นได้อย่างชัดเจน

⁶⁸ กองวิจัยและพัฒนาสำนักงานตำรวจแห่งชาติ. การป้องกันอาชญากรรมโดยการออกแบบสภาพแวดล้อม

2) การแบ่งเขตพื้นที่ส่วนบุคคลและพื้นที่สาธารณะ (territorial reinforcement) คือ การเสริมสร้างความรู้สึกรับรู้ในการเป็นเจ้าของพื้นที่ โดยวิธีการแบ่งแยกอาณาเขตอย่างชัดเจน ระหว่างพื้นที่ส่วนบุคคล กับพื้นที่สาธารณะ เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดบุคคลภายนอกสามารถรุกคืบเข้ามาในพื้นที่ส่วนบุคคลได้ เช่น การติดป้ายห้ามเข้า การใช้ไฟส่องสว่างบริเวณรั้วบ้าน การสร้างรั้วล้อมรอบบ้าน เพื่อแบ่งแยกอาณาเขตอย่างชัดเจน เป็นต้น

3) การบำรุงรักษาและการจัดการ (maintenance and management) คือ การดูแลและบำรุงรักษาบ้านที่อยู่อาศัยให้มีสภาพที่เรียบร้อยอยู่เสมอ เพื่อแสดงให้เห็นว่ามีผู้อยู่อาศัยอยู่ในบ้านตลอดเวลา การซ่อมบำรุงบ้านให้มีสภาพที่เรียบร้อยอยู่เสมอเป็นข้อสังเกตประการหนึ่งที่มีผลต่อการลดปัญหาอาชญากรรม ดังนั้น จึงควรริบซ่อมแซมหน้าต่างที่ชำรุดเสียหายอย่างรวดเร็ว มิฉะนั้นแล้วจะทำให้ผู้ที่คิดจะกระทำความผิดคิดว่าบ้านหลังนี้ไม่มีคนอยู่ จึงจงใจให้เกิดการกระทำความผิด นอกจากนี้ การสร้างความเคลื่อนไหว หรือกิจกรรมให้เกิดขึ้นในบริเวณบ้านอยู่เสมอ จะทำให้บุคคลภายนอกคิดว่าบ้านหลังนี้มีคนพักอาศัยอยู่ตลอดเวลา และมีการระวังป้องกันเป็นอย่างดี

4) การควบคุมช่องทางเข้าออก (access control) คือ การกำหนดการใช้ทางเข้าออกได้เพียงทางเดียว ซึ่งเป็นการจำกัดบุคคลภายนอกเพื่อไม่ให้เข้าออกในพื้นที่ได้โดยง่าย เช่น การปลูกพุ่มไม้เตี้ยๆ ที่มีกิ่งแหลมบริเวณหน้าต่างด้านนอก การติดตั้งประตูที่สามารถล็อกได้จากบริเวณบ้าน ลู่วิวสวน

นอกจากนี้ ในการสร้างความสัมพันธ์และความร่วมมือที่ดีของสมาชิกในชุมชน จะทำให้สมาชิกแต่ละคนมีส่วนในการรับผิดชอบสังคมและการป้องกันอาชญากรรมอย่างแท้จริง ก็เป็นตัวเสริมให้การป้องกันอาชญากรรมมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น เช่น โครงการเพื่อนบ้านเตือนภัย โครงการสายตรวจประชาชน โครงการตำรวจชุมชนสัมพันธ์ โครงการวิทยุอาสาสมัครเตือนภัยอาชญากรรม โครงการแท็กซี่อาสาสมัครเตือนภัยอาชญากรรม โครงการฝากบ้านกับตำรวจ เป็นต้น

7.3.2 การตัดช่องโอกาสโดยใช้เทคโนโลยี

การป้องกันอาชญากรรมในระดับเมือง สามารถกระทำได้โดยการเริ่มตั้งแต่การวางผังเมืองเพื่อไม่ให้มีแหล่งที่เสี่ยงต่อการประกอบอาชญากรรม การติดโทรทัศน์วงจรปิดในบริเวณที่เสี่ยงต่อการประกอบอาชญากรรม เป็นต้น

การป้องกันอาชญากรรมในระดับอาคาร บ้านเรือน เช่น การใช้เหล็กคัตติดาอาคาร บ้านเรือน การติดโทรทัศน์วงจรปิด การติดสัญญาณกันขโมย และเทคโนโลยีอื่น ๆ ในการป้องกันอาชญากรรม เป็นต้น การป้องกันอาชญากรรมในระดับบุคคล สามารถกระทำได้โดยสมาชิกในสังคมมีการใช้อุปกรณ์ในการป้องกันอาชญากรรม เช่น กางเกงในป้องกันการข่มขืน อุปกรณ์เตือนภัย อุปกรณ์ป้องกันภัยรถยนต์ อุปกรณ์เครื่องช็อคไฟฟ้า สเปร์ย์พริกไทย การพกพาปืน เป็นต้น

8. ทฤษฎีประโยชน์นิยม (utilitarian)⁶⁹

เจอรามี เบ็นแธม (Jeremy Bentham) เชื่อว่าพฤติกรรมของมนุษย์ถูกควบคุมโดยหลักธรรมชาติ 2 ประการ คือ

8.1 ความพอใจ (pleasure) และ

8.2 ความเจ็บปวด (pain)

ดังนั้น ก่อนที่มนุษย์จะตัดสินใจกระทำการใด มนุษย์จะคำนวณเปรียบเทียบระหว่างความพอใจ และความเจ็บปวดทุกซ์ที่ตามมาอันเป็นผลจากการกระทำนั้น หากพิจารณาแล้วพบว่า การกระทำนั้นสร้างความพอใจมากกว่าความทุกข์ มนุษย์ก็จะกระทำการนั้น แต่ถ้าการกระทำนั้นสร้างความทุกข์ให้มากกว่า มนุษย์ก็จะตัดสินใจที่จะไม่ทำ การกระทำความผิดก็เช่นเดียวกัน ซึ่งถ้าผู้กระทำความผิดคิดว่าสิ่งที่ตนจะกระทำนั้นก่อให้เกิดความพอใจ เช่น ร่ำรวยในพริบตา ซึ่งคุ้มค่าต่อการเสี่ยงที่จะถูกจับ ผู้นั้นก็อาจตัดสินใจที่จะกระทำความผิดดังกล่าวนั้นได้

กฎหมายและการลงโทษ (law and punishment) เบ็นแธมได้มีความคิดเกี่ยวกับกฎหมายว่ากฎหมายมีไว้เพื่อสร้างและสนับสนุนความสุขของคนในสังคม กฎหมายที่ดีต้องสามารถป้องกันสังคมให้ปราศจากความชั่วร้าย

9. การควบคุมกำกับสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ

แนวทางในการแก้ไขปัญหาสถานบริการและสถานประกอบการ มีลักษณะคล้ายสถานบริการ รวมทั้งสถานประกอบการในลักษณะอื่น ๆ เพราะตระหนักในประเด็นปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น อาทิ การดัดแปลงที่อยู่อาศัยมาเป็นสถานประกอบการเพื่อความบันเทิง สร้างความเดือดร้อนรำคาญให้แก่ประชาชนที่อาศัยใกล้เคียง รวมทั้งเป็นแหล่งมั่วสุมในการเสพยาเสพติด รวมถึงเป็นสถานที่ที่อาจเกิดเหตุอาชญากรรม ด้วยเหตุนี้ทุกประเทศจึงได้กำหนดมาตรการในการควบคุมธุรกิจสถานบริการหรือและสถานประกอบการมีลักษณะคล้ายสถานบริการ ในลักษณะดังนี้

9.1 การกำหนดอายุใบอนุญาตในการประกอบการ

เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการและเหตุผลในการควบคุมสถานประกอบการที่คล้ายสถานบริการที่ไม่มีสถานี่แน่นอนและมีลักษณะการให้บริการชั่วคราวซึ่งชั่วคราวดังกล่าวมาแล้ว ซึ่งในการอนุมัติใบอนุญาตจัดตั้งสถานบริการนั้น เป็นสิทธิขาดของพนักงานเจ้าหน้าที่เพียงแค่มุบุคคลเดียว

⁶⁹ อัจฉริยา ชูตินันท์. *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. 2555. หน้า 69-71.

โดยพนักงานเจ้าหน้าที่ คือ ผู้บัญชาการตำรวจนครบาล สำหรับกรุงเทพมหานคร และผู้ว่าราชการจังหวัด สำหรับในจังหวัดอื่น ซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัตินี้ ทั้งนี้ ในการยื่นขอใบอนุญาตเพื่อจัดตั้งสถานบริการจะต้องเป็นไปตามกำหนดระเบียบวิธีการแห่งกฎกระทรวง เนื่องด้วยเหตุนี้ จึงส่งผลต่อความน่าเชื่อถือและอาจเกิดความเสียหายแก่ประชาชนจากการใช้อำนาจดังกล่าว

9.2 การกำหนดท้องที่เพื่อการอนุญาตและงดอนุญาตให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน (Zoning Review)

การกำหนดท้องที่ในลักษณะดังกล่าวนี้ จะไม่ทำให้ผู้ประกอบการนำมาเป็นข้ออ้างในการเปิดสถานประกอบการนอกเขต Zoning ที่จะทำให้เกิดปัญหาความเดือดร้อนรำคาญ⁷⁰

กรณีประเด็นปัญหานี้สืบเนื่องจากกฎกระทรวงกำหนดเวลาเปิด-ปิดของสถานบริการ พ.ศ. 2547 พบว่า กำหนดเวลาดังกล่าวไม่สอดคล้องกับสภาวะทางเศรษฐกิจและสังคมในปัจจุบัน ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อบรรยากาศการท่องเที่ยวและเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศโดยเฉพาะในจังหวัดที่มีรายได้หลักมาจากแหล่งท่องเที่ยวกลางคืน นอกจากนี้ ในกรณีควบคุมสถานบริการและสถานประกอบการอื่นที่คล้ายสถานบริการตามคำสั่งคณะกรรมการความสงบแห่งชาติ ที่ 22/2558 ก็พบว่า ยังขาดความชัดเจนในแนวปฏิบัติของการบังคับใช้กฎหมาย ทำให้การปฏิบัติที่ไม่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน

อีกทั้งปัจจุบัน การประกอบกิจการสถานบริการในบางพื้นที่มีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วและส่งผลกระทบต่อทั้งในเชิงบวกและลบ กระทรวงมหาดไทยในฐานะหน่วยงานที่รับผิดชอบเป็นหลักจึงควรกำหนดนโยบายในการสำรวจเพื่อทบทวนปรับปรุงกฎหมายตามระยะเวลาที่เหมาะสม เพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนโดยไม่ต้องรอกการสั่งการจากรัฐบาลซึ่งในการดำเนินการก่อนเสนอร่างพระราชกฤษฎีกาปรับปรุงการกำหนดโซนนิ่ง จะต้องมีการตั้งคณะกรรมการสำรวจการลงพื้นที่ตรวจสอบข้อเท็จจริง และการรับฟังความคิดเห็นจากทุกภาคส่วน เพื่อประสิทธิภาพในการควบคุมการประกอบกิจการที่ตอบสนองต่อภาวะเศรษฐกิจและตรงต่อความต้องการของประชาชน

9.3 การกำหนดเวลาเปิด - ปิด สถานบริการให้มีความเหมาะสม (Time Review)

การประกอบกิจการสถานบริการ ในแต่ละท้องที่ย่อมมีสภาพของการประกอบกิจการที่แตกต่างตามความเหมาะสม ดังนั้น ควรต้องมีการกำหนดเวลาเปิด-ปิด สถานบริการ โดยคำนึงถึงภาวะเศรษฐกิจในพื้นที่ที่มีสถานบริการเป็นแหล่งรายได้สำคัญ ซึ่งเรื่องกำหนดเวลาในการปิดสถานบริการให้ตรงกันคือเวลา 24.00 นาฬิกา อันเป็นเวลาที่เหมาะสมและไม่เป็นการรบกวนต่อประชาชนผู้อยู่ใกล้กับสถานบริการและเป็นการป้องกันกรณีการหลีกเลี่ยงกฎหมายโดยการปิดทำการ

⁷⁰ สุทธิ ทองแถม. รองผู้ว่าราชการจังหวัดอุดรธานีรักษาการในตำแหน่งที่ปรึกษาด้านการปกครองการป้องกันและแก้ไขปัญหาสถานบริการในอำนาจหน้าที่ของกระทรวงมหาดไทย วารสารดำรงราชานุภาพ. 18(57)

ก่อนเวลาที่กำหนดในสถานบริการบางประเภท ซึ่งจะเป็นข้ออ้างให้ไม่เป็นสถานบริการทั้ง ๆ ที่ปิดทำการ หลังจากเวลา 24.00 นาฬิกา⁷¹

9.4 การปรับปรุงอัตราโทษ (Penalty amendment)

เนื่องจากอัตราโทษอาญาในการเปิดสถานบริการโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือการฝ่าฝืนคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตหรือปิดสถานที่ให้บริการ

โดยโทษทางอาญาและโทษทางปกครองในปัจจุบันไม่เหมาะสมกับการกระทำผิด เช่น กรณีการพักใช้ใบอนุญาตที่มีระยะเวลาสั้นไป คือ สูงสุดเพียงเก้าสิบวัน ทำให้ผู้ประกอบการไม่เกรงกลัวกฎหมาย โดยยอมเสี่ยงที่จะทำผิดกฎหมายเนื่องจากเห็นว่าโทษน้อยและการประกอบการมีผลตอบแทนสูง และแม้จะมีคำสั่งคณะกรรมการความสงบแห่งชาติที่ 22/2558 ที่บัญญัติให้เพิกถอนใบอนุญาต หรือสั่งปิดและห้ามมิให้มีการเปิดสถานบริการหรือสถานประกอบการในสถานที่ดังกล่าวอีกเป็นเวลาห้าปี และหากอยู่ในระหว่างการขอต่ออายุใบอนุญาตก็ให้สั่งมิให้ต่ออายุใบอนุญาต และมิให้ออกใบอนุญาตให้แก่ผู้นั้นเป็นเวลาห้าปี จะเป็นมาตรการที่เข้ามาแก้ปัญหาสถานบริการก็ตาม แต่ผลตอบแทนที่ค่อนข้างสูงก็ยังเป็นเหตุผลที่ผู้ประกอบการยอมเสี่ยงที่จะกระทำผิดกฎหมาย

9.5 การบูรณาการการบังคับใช้กฎหมายและกำหนดมาตรการที่เกี่ยวข้องในรูปแบบของคณะกรรมการ (Committee to Integration of law enforcement and measures)

ตามความเป็นจริงในการปฏิบัติงานในส่วนราชการจะดำเนินการให้มีผลสัมฤทธิ์ และมีประสิทธิภาพได้นั้น ผู้ที่มีอำนาจหน้าที่ในด้านนั้น ๆ จะต้องกระทำอย่างระมัดระวัง เกร็งครัด และรอบคอบ เพราะหากใช้อำนาจไม่ถูกวิธีและขั้นตอน ผลกระทบที่ขม่อมจะเกิดขึ้นได้เสมอเช่นกัน ดังนั้น การประกอบสถานบริการจึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีความรู้หลาย ๆ ด้าน หลากหลาย อาชีพ เพื่อเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในให้อำนาจการตัดสินใจพิจารณา ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีการจัดตั้งให้มีคณะกรรมการการบูรณาการการบังคับใช้กฎหมายและกำหนดมาตรการที่เกี่ยวข้องตามรูปแบบและความเชี่ยวชาญของคณะกรรมการ⁷² และปัญหาการบังคับใช้กฎหมายที่มีเจ้าหน้าที่จากหลายหน่วยงานเกี่ยวข้องในการบังคับใช้กฎหมายที่ไม่เป็นไปในทิศทางหรือมาตรฐานเดียวกัน อันจะทำให้มีการตีความหรือการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่แตกต่างกันไป จึงควรให้มีคณะกรรมการกลางทั้งในระดับชาติ และในระดับจังหวัดเพื่อกำหนดนโยบาย และมาตรการการบังคับใช้กฎหมาย เพื่อควบคุมสถานบริการ สถานประกอบการที่คล้ายสถานบริการ และสถานประกอบการอื่นที่เกี่ยวข้อง

⁷¹ เกศนิญา ทองกร. ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสถานบริการ. (วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยรามคำแหง, กรุงเทพฯ. 2561

⁷² พรพิชชา ยศไพโรจน์. ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติสถานบริการ พ. ศ. 2509. (วิทยานิพนธ์หลักสูตรปริญญาโท ปริญญาโทนิติศาสตรมหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยรามคำแหง, กรุงเทพฯ. 2561.

ทั้งระบบ ให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน สามารถวางกรอบการทำงานของเจ้าหน้าที่ทุกหน่วยให้เป็นแนวทางเดียวกันและสามารถปรับปรุงมาตรการการทำงานของเจ้าหน้าที่ให้สอดคล้องกับสถานการณ์ และปัญหาของแต่ละพื้นที่ที่มีไม่เหมือนกัน ทั้งนี้ เพื่อให้การแก้ไขปัญหาดังกล่าวมีเอกภาพ และเกิดประสิทธิภาพในการทำงานอย่างแท้จริง



บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมกำกับสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการของไทยและต่างประเทศ

ในบทที่ 3 จะเป็นการศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมกำกับสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการของไทยและต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา และเกาหลีใต้ ดังจะได้พิจารณาโดยลำดับ

1. มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมกำกับสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการของไทย

1.1 มาตรการตามคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 22/2558 และคำสั่งที่ 46/2559 เรื่อง มาตรการในการป้องกันและแก้ไขปัญหาการแข่งรถยนต์และรถจักรยานยนต์ในทางและการควบคุมสถานบริการหรือสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ

1.1.1 ความหมายของสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ

หากพิจารณาความหมายของสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการตามมาตรการตามคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 22/2558 จะเห็นได้ว่าคำสั่งดังกล่าวมิได้กำหนดนิยามความหมายไว้ จึงต้องพิจารณาเทียบเคียงกับความหมายของสถานบริการตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 ตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 ได้กำหนดคำนิยามของคำว่า “สถานบริการ” ไว้ว่า “สถานบริการ” หมายความว่า สถานที่ที่สร้างขึ้นเพื่อให้บริการโดยหวังประโยชน์ในทางการค้า ดังต่อไปนี้ คือ

- 1) สถานเต้นรำ รำวง หรือรองเง็ง เป็นปกติธุระประเภทที่มีและประเภทที่ไม่มีคูบริการ
- 2) สถานที่ที่มีอาหาร สุรา น้ำชา หรือเครื่องดื่มอย่างอื่นจำหน่ายและบริการ โดยมีผู้บ้ำเรอสำหรับปรนนิบัติลูกค้า

3) สถานอาบน้ำ นวด หรืออบตัว ซึ่งมีผู้บริการให้แก่ลูกค้า แต่ไม่รวมถึงสถานพยาบาลตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาล สถานประกอบการเพื่อสุขภาพตามกฎหมายว่าด้วยสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ หรือสถานที่อื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวงหรือพนักงานอื่นใดนั่งกับลูกค้า มีการจัดอุปกรณ์การร้องเพลงประกอบดนตรีให้แก่ลูกค้า โดยจัดให้มีผู้บริการขับร้องเพลงกับลูกค้า หรือยินยอมหรือปล่อยให้พนักงานอื่นใดนั่งกับลูกค้า มีการเดินหรือยินยอมให้มีการเดินหรือจัดให้มีการแสดงเต้น เช่น การเต้นบนเวทีหรือการเต้นบริเวณโต๊ะอาหารหรือเครื่องดื่ม หรือมีลักษณะของสถานที่ การจัดแสงหรือเสียง หรืออุปกรณ์อื่นใดตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

4) สถานที่ที่มีอาหาร สุรา หรือเครื่องดื่มอย่างอื่นจำหน่าย โดยจัดให้มีการแสดงดนตรีหรือการแสดงอื่นใดเพื่อการบันเทิง ซึ่งปิดทำการหลังเวลา 24.00 นาฬิกา และ

(1) สถานที่อื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง เนื่องจากในปัจจุบัน จะเห็นได้ว่ามีสถานบริการและการประกอบกิจการที่มีลักษณะคล้ายกับสถานบริการรูปแบบใหม่ ๆ เกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก และมีแนวโน้มเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง เช่น แพคเกจ สปา ร้านนวด ร้านจำหน่ายสุรามีการแสดงดนตรี ลานเบียร์ ร้านข้าวต้มไฮเทค เทศกาลคอนเสิร์ต แต่ไม่เข้าข่ายเป็นสถานบริการ ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าตามคำนิยามสถานบริการ ไม่ครอบคลุมถึงสถานประกอบการรูปแบบใหม่ ๆ ตามยุคสมัย ก่อให้เกิดปัญหาการควบคุมโดยรัฐ เช่น มาตรา 3(4) สถานที่ที่มีอาหารสุรา หรือเครื่องดื่มอย่างอื่นจำหน่ายหรือให้บริการ โดยมีรูปแบบอย่างหนึ่งอย่างใด

(2) มีดนตรีการ แสดงดนตรีหรือการแสดงอื่นใดเพื่อการบันเทิงและยินยอมหรือปล่อยให้พนักงานอื่นใดนั่งกับลูกค้า

(3) มีการจัดอุปกรณ์การร้องเพลงประกอบดนตรีให้แก่ ลูกค้า โดยจัดให้มีผู้บริการขับร้องเพลงกับลูกค้า หรือยินยอมหรือปล่อยให้พนักงานอื่นใดนั่งกับลูกค้า

ในทั้ง 2 กรณีดังกล่าว จะเห็นได้ว่าเข้าข่ายเป็นสถานบริการแต่ผู้ประกอบการจะเลี่ยงโดยไม่ขออนุญาตตั้งเป็นสถานบริการ โดยอ้างว่าไม่มีนักร้อง นักแสดงหรือพนักงานอื่นใดนั่งกับลูกค้า หรือไม่มีผู้ให้บริการขับร้องเพลงกับลูกค้า แล้วหลบเลี่ยงไปขออนุญาตตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 เป็นการประกอบกิจการร้านคาราโอเกะและหากมีอาหารจำหน่ายก็ต้องไปขออนุญาตเจ้าพนักงานท้องถิ่นเป็นสถานจำหน่ายอาหาร (สะสมอาหาร) ตามพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 ขออนุญาตจำหน่ายสุราตามพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ.2551 เพื่อไม่ให้เข้าข่ายเป็นสถานบริการตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 หรือในกรณีตามมาตรา 3(5) กำหนดว่าสถานที่ที่มีอาหาร สุรา หรือเครื่องดื่มอย่างอื่นจำหน่าย โดยจัดให้มีการแสดงดนตรีหรือการแสดงอื่นใดเพื่อการบันเทิง ซึ่งปิดทำการหลังเวลา 24.00 นาฬิกา จึงจะถือว่าเป็นสถานบริการ

ตามกฎหมาย ซึ่งหากสถานบริการประกอบการในลักษณะดังกล่าวแต่ปิดก่อนเวลา 24.00 นาฬิกา จะไม่ถือว่าเป็นสถานบริการจึงไม่ต้องขออนุญาตตั้งสถานบริการ โดยอาศัยช่อง โหว่ของกฎหมายดังกล่าว ทำให้ไม่เข้าข่ายเป็นสถานบริการตามพระราชบัญญัติสถานบริการ

ดังนั้น สถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ ควรจะมีหมายอะไรและครอบคลุมเพียงใด ในประเด็นดังกล่าวนี้ได้มีบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาโดยคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 5)⁷³ ให้ความเห็นว่า คำสั่งหัวหน้าคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 22/2558 มีวัตถุประสงค์ในการแก้ไขปัญหาการให้บริการของสถานประกอบการที่มีลักษณะการให้บริการอาจไม่ครบองค์ประกอบของการเป็นสถานบริการ ตามบทนิยามคำว่า “สถานบริการ” ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติสถานบริการ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2546

แต่โดยคำสั่งหัวหน้าคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 22/2558 ดังกล่าวมิได้กำหนดความหมายของคำว่า “สถานประกอบการใดที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายสถานบริการ” ไว้เป็นการเฉพาะ การพิจารณาความหมายของคำดังกล่าวจึงอาจพิจารณาโดยเทียบเคียงจากบทนิยามคำว่า “สถานบริการ” ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการที่หมายรวมถึงสถานที่จัดตั้งขึ้นเพื่อให้บริการโดยหวังประโยชน์ในทางการค้าโดยมีบริการในด้านต่าง ๆ ได้แก่ สถานเต้นรำ สถานที่อาบน้ำ นวดหรืออบตัวโดยมีผู้ให้บริการ สถานที่มีอาหาร สุรา หรือเครื่องดื่มอย่างอื่นจำหน่ายหรือให้บริการโดยมีผู้ปรนนิบัติลูกค้าหรือมีดนตรี การแสดง การเต้น หรืออุปกรณ์การร้องเพลงหรือสถานที่ที่มีอาหาร สุรา เครื่องดื่มอย่างอื่นจำหน่ายโดยจัดให้มีการแสดงดนตรีหรือการแสดงอย่างอื่นเพื่อการบันเทิงซึ่งปิดทำการหลังเวลา 24.00 นาฬิกา ประกอบกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติสถานบริการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมสถานบริการที่อาจดำเนินการไปในทางกระทำความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนอันเป็นสถานที่ที่ไม่ควรให้เยาวชนเข้าไปใช้บริการ หรือใช้เป็นที่พักผ่อน รวมทั้งเจตนารมณ์ของคำสั่งหัวหน้าคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 22/2558 ที่มีวัตถุประสงค์ในการยับยั้งพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมของผู้มีอายุต่ำกว่า 20 ปีบริบูรณ์ที่เข้าไปในสถานบริการหรือสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายสถานบริการ ปฏิรูปและจัดระเบียบสังคม ระวังและป้องกันการกระทำอันเป็นผลต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม ตลอดจนลงโทษผู้ประกอบการที่ฝ่าฝืนกฎหมายประกอบกัน ซึ่งจะเห็นได้ว่า กฎหมายทั้งสองฉบับมีวัตถุประสงค์เดียวกัน

⁷³ เรื่องเสรีจที่ 92/2560

โดยคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 22/2558 มีขอบเขตการใช้บังคับกว้างกว่ากิจการสถานบริการ ตามบทนิยามคำว่า “สถานบริการ” ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ เนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่กำหนดขึ้นเพื่อควบคุมทั้งสถานบริการ และสถานบริการบางประเภทที่ให้บริการใน ลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการด้วย

ดังนั้น สถานประกอบการที่ไม่เข้าข่ายการเป็นสถานบริการที่อยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติสถานบริการฯ แต่หากมีการให้บริการในลักษณะที่กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและจำเป็นต้องควบคุมการให้บริการของสถานประกอบการดังกล่าวในทำนองเดียวกับสถานบริการเพื่อยับยั้งพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมของเยาวชน การให้บริการของสถานประกอบการนั้นย่อมมีลักษณะคล้ายกับสถานบริการโดยมีต้องคำนึงถึงว่าจะมีสถานที่ตั้งที่แน่นอนเหมือนกรณีสถานบริการตาม พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 ซึ่งแนวทางเช่นนี้มีความสอดคล้องกับมาตรการในการควบคุมสถานบริการตามข้อ 4 วรรคสองแห่งคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 22/2558 ที่กำหนดให้ผู้มีอำนาจตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องมีอำนาจในการเพิกถอนใบอนุญาตหรือสั่งปิดและห้ามมิให้เปิดสถานบริการในสถานที่ดังกล่าวเป็นเวลา 5 ปี ในกรณีที่มีการกระทำความผิดได้ การดำเนินการตามข้อ 4 วรรคสอง จึงมิได้จำกัด เฉพาะการเพิกถอนใบอนุญาตสำหรับสถานที่ที่มีที่ตั่งแน่นอนเท่านั้น ด้วยเหตุผลดังกล่าวสถานประกอบการใดที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการตามข้อ 4 แห่งคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 22/2558 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม โดยคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 46/2559 จึงหมายรวมถึงสถานประกอบการที่ไม่ครบองค์ประกอบเป็นสถานบริการตามพระราชบัญญัติสถานบริการ แต่มีลักษณะการให้บริการที่เห็นได้ว่าเป็นที่รวมกลุ่มหรือเป็นแหล่งมั่วสุมอันอาจจะก่อให้เกิดพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมของผู้มีอายุต่ำกว่า 20 ปีบริบูรณ์ด้วย

1.1.2 การขออนุญาตจัดตั้งสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ

หากกรณีเป็นการจัดตั้งสถานประกอบการจะต้องขออนุญาตตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 ทั้งนี้ หากเป็นการจัดตั้งในลักษณะที่มีการขายสุราก็ต้องขอใบอนุญาตกรมสรรพสามิต กล่าวคือ

1) การขออนุญาตจำหน่ายเครื่องดื่มสุรา

เครื่องดื่มสุรา เป็นเครื่องดื่มประเภทที่อยู่ในข่ายต้องขออนุญาตในการจำหน่าย หน่วยงานที่มีหน้าที่กำกับดูแลและออกใบอนุญาตจำหน่ายเครื่องดื่มสุรา คือ กรมสรรพสามิต ในท้องที่กรุงเทพมหานครขออนุญาตได้ที่กรมสรรพสามิต ส่วนในต่างจังหวัดขออนุญาตได้ที่

สำนักงานสรรพสามิตจังหวัด ใบอนุญาตจำหน่ายเครื่องดื่มสุรา แบ่งออกเป็นใบอนุญาตผู้ผลิตหรือผู้นำเข้า ผู้ค้าส่ง และผู้ค้าปลีก

(1) ใบอนุญาตเป็นผู้ผลิตหรือนำเข้าสุรา ใบอนุญาตประเภทนี้ การขออนุญาตจะมีขั้นตอนยุ่งยากมาก และเกี่ยวข้องกับกฎหมายหลายฉบับ ทั้งการจัดตั้งโรงงานผลิต การติดตั้งเครื่องจักร การแจ้งสูตรผสม การติดฉลาก อีกทั้งยังต้องทำสัญญากับกรมสรรพสามิต กำหนดราคาหน้าโรงงาน เพื่อการคิดคำนวณแถมปีและภาษีสรรพสามิตอีก บุคคลธรรมดาไม่สามารถขออนุญาตได้ ต้องจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลเท่านั้นจึงจะสามารถขออนุญาตได้

(2) ใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบการค้าส่งสุรา เป็นใบอนุญาตจำหน่ายส่งสุรา ที่ผลิตหรือนำเข้าที่ได้รับอนุญาตโดยถูกต้อง จำหน่ายในปริมาณครั้งละมาก ๆ และไม่ใช่เป็นผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าด้วยตัวเอง

(3) ใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบการค้าปลีกสุรา ใบอนุญาตสำหรับผู้ประกอบการขายปลีกสุรา ซึ่งผู้ทำกิจการร้านอาหารพร้อมจำหน่ายสุรา จะเข้าข่ายต้องขออนุญาตประเภทนี้ในกิจการร้านอาหาร จะอยู่ในประเภทผู้ค้าปลีก ต้องยื่นขออนุญาตเป็นผู้ค้าปลีกสุรา อย่างไรก็ตาม ร้านอาหารที่จะได้รับอนุญาตให้จำหน่ายเครื่องดื่มสุรา จะมีข้อกำหนดเรื่องโซนนิ่งอยู่ด้วย กล่าวคือจะต้องไม่เป็นร้านที่ตั้งอยู่ใกล้สถานศึกษา อยู่ใกล้ศาสนสถาน หรืออยู่ในสถานบริการ น้ำมันเชื้อเพลิง

2) การขออนุญาตจัดตั้งสถานที่จำหน่ายอาหารและสถานที่สะสมอาหาร
พื้นที่เกิน 200 ตารางเมตร

(1) หลักเกณฑ์วิธีการ

ผู้ประสงค์ขออนุญาตจัดตั้งสถานที่จำหน่ายอาหารหรือสถานที่สะสมอาหารพื้นที่เกิน 200 ตารางเมตรและมีใช้เป็นการขายของในตลาดต้องยื่นขออนุญาตต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบโดยยื่นคำขอตามแบบฟอร์มที่กฎหมายกำหนด พร้อมทั้งเอกสารประกอบการขออนุญาตตามข้อกำหนดของท้องถิ่น ณ กองสาธารณสุขและสิ่งแวดล้อม

(2) เงื่อนไขในการยื่นคำขอ (ตามที่ระบุไว้ในข้อกำหนดของท้องถิ่น)

ก. ผู้ประกอบการต้องยื่นเอกสารที่ถูกต้องและครบถ้วน

ข. สำเนาใบอนุญาตหรือเอกสารหลักฐานตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง

ค. สภาพสุขลักษณะของสถานประกอบการต้องถูกต้องตาม

หลักเกณฑ์ (ตามข้อกำหนดของท้องถิ่น)

(3) ใบอนุญาตจัดตั้งสถานที่จำหน่ายอาหารและสถานที่สะสมอาหาร พื้นที่เกิน 200 ตารางเมตร มีอายุ 1 ปี นับแต่วันออกใบอนุญาตและให้ใช้ได้เพียงในเขตอำนาจของราชการส่วนท้องถิ่นที่ปล่อยออกใบอนุญาตนั้น ผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการค้าที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ ต้องแสดงใบอนุญาตไว้โดยเปิดเผยและเห็นได้ง่าย ณ สถานที่ประกอบกิจการตลอดเวลาที่ประกอบกิจการ

(4) ในกรณีใบอนุญาตสูญหาย ถูกทำลาย หรือชำรุดในสาระสำคัญให้ผู้รับใบอนุญาตยื่นคำร้องรับใบแทนใบอนุญาตภายใน 15 วัน นับแต่วันได้ทราบถึงการสูญหาย ถูกทำลาย หรือชำรุด

(5) ผู้ใดประสงค์ขอจัดตั้งสถานที่จำหน่ายอาหารและสถานที่สะสมอาหาร พื้นที่เกิน 200 ตารางเมตร โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 10,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

3) ข้อกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการสถานบริการหรือสถานประกอบการใดที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ ห้ามกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(1) ยินยอมหรือปล่อยให้พลละเลยให้ผู้มีอายุต่ำกว่ายี่สิบปีบริบูรณ์เข้าไปใช้บริการ

(2) ขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์แก่ผู้มีอายุต่ำกว่ายี่สิบปีบริบูรณ์

(3) เปิดทำการเกินกว่าเวลาที่มิได้มีกฎหมายบัญญัติ

(4) ขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เกินกว่ากำหนดเวลาที่มิได้มีกฎหมายบัญญัติ

(5) ยินยอมหรือปล่อยให้พลละเลยให้มีการพกพาอาวุธ วัตถุระเบิด หรือยาเสพติดเข้าไปในสถานที่ของตน

ในกรณีที่สถานบริการหรือสถานประกอบการใดกระทำการดังกล่าวมาข้างต้น ให้ผู้มีอำนาจตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องมีอำนาจเพิกถอนใบอนุญาต หรือสั่งปิดและห้ามมิให้มีการเปิดสถานบริการ หรือสถานประกอบการในสถานที่ดังกล่าวอีกเป็นเวลาห้าปี และหากอยู่ในระหว่างการขอต่ออายุใบอนุญาตก็ให้สั่งมิให้ต่ออายุใบอนุญาต และมีให้ออกใบอนุญาตให้แก่ผู้นั้นเป็นเวลาห้าปี

กรณีเป็นสถานบริการหรือสถานประกอบการที่ตั้งอยู่ในบริเวณใกล้เคียงสถานศึกษาหรือหอพักในบริเวณใกล้เคียงสถานศึกษา ให้ผู้มีอำนาจตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องสั่งเพิกถอนใบอนุญาต หรือสั่งปิดสถานประกอบการ และห้ามมิให้มีการเปิดสถานบริการหรือสถานประกอบการในสถานที่ดังกล่าวอีก ในการสั่งเพิกถอน หรือสั่งปิดตาม หากสถานบริการหรือสถานประกอบการนั้น

ได้รับใบอนุญาตขายสุราให้ถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายว่าด้วยสุรา และให้เจ้าพนักงานสรรพสามิต เพิกถอนใบอนุญาตขายสุราด้วย แต่ถ้าเป็นสถานบริการหรือสถานประกอบการที่ตั้งอยู่ในบริเวณใกล้เคียง สถานศึกษาหรือหอพักในบริเวณใกล้เคียงสถานศึกษา ให้เพิกถอนใบอนุญาตขายสุรา และห้ามมิให้ออก ใบอนุญาตขายสุราให้อีก

คำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตหรือสั่งปิดหรือมิให้ต่ออายุใบอนุญาตให้ เป็นที่สุด ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐปล่อยปละละเลยให้มีการออกใบอนุญาตประกอบกิจการ สถานบริการ หรือใบอนุญาตขายสุราที่ไม่เป็นไปตามข้อกำหนดเกี่ยวกับการออกใบอนุญาตสถานบริการ หรือข้อกำหนด การออกใบอนุญาตขายสุรา และการขายสุรา ให้ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจ ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้นั้นดำเนินการทางแพ่ง ทางอาญา และทางปกครองกับเจ้าหน้าที่ผู้นั้น อย่างเฉียบขาดและรวดเร็ว

กรณี ที่หัวหน้าส่วนราชการ หรือผู้บังคับบัญชาปล่อยปละละเลย ไม่ดำเนินการตามวรรคหก ให้นำมาตรการที่กำหนดไว้ในคำสั่งคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 69/2557 เรื่อง มาตรการป้องกัน และแก้ไขปัญหาการทุจริตประพฤติมิชอบ ลงวันที่ 18 มิถุนายน พุทธศักราช 2557 มาใช้บังคับ

4) ในกรณีที่สถานบริการหรือสถานประกอบการใดที่เปิดให้บริการในลักษณะ ที่คล้ายกับสถานบริการก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญทางเสียงแก่ผู้อยู่อาศัยในบริเวณใกล้เคียง สถานบริการหรือสถานประกอบการดังกล่าว ให้เจ้าพนักงานสาธารณสุขตามกฎหมายว่าด้วย การสาธารณสุข เจ้าพนักงานตำรวจ และเจ้าพนักงานฝ่ายปกครอง สั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครอง สถานที่ดังกล่าวดำเนินการปรับปรุงแก้ไขเหตุเดือดร้อนรำคาญทางเสียงนั้นให้แล้วเสร็จภายในเวลา สามสิบวัน และในระหว่างระยะเวลาดังกล่าวให้หยุดการใช้เสียงที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญนั้น ในกรณีที่ครบกำหนดระยะเวลาดังกล่าวแล้ว หากเจ้าของหรือผู้ครอบครองสถานที่ดังกล่าว ยังไม่ได้ ทำการปรับปรุงแก้ไขให้ถูกต้องตามกฎหมาย ให้นำมาตรการดังที่กล่าวมาในข้อ 2.4 มาใช้บังคับ โดยอนุโลม

5) ห้ามมิให้มีสถานที่ขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ตั้งอยู่ในบริเวณ ใกล้เคียง สถานศึกษา หรือหอพักในบริเวณใกล้เคียงสถานศึกษา หากพบว่ามีผู้ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามที่ได้กล่าวมา ข้างต้น ให้พนักงานเจ้าหน้าที่หรือเจ้าพนักงานของรัฐ ซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น โดยเด็ดขาดและเคร่งครัด รวมทั้งให้มีอำนาจในการสั่งปิด สถานที่ดังกล่าวทันที ให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือเจ้าพนักงานตำรวจและพนักงานเจ้าหน้าที่ที่มี หน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยมีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับพนักงานเจ้าหน้าที่หรือเจ้าพนักงานของรัฐ ตามที่กล่าวมาข้างต้นด้วย ในกรณีที่เป็นสถานบริการหรือสถานประกอบการใดที่เปิดให้บริการ

ในลักษณะที่คล้ายกับสถานประกอบการซึ่งตั้งอยู่ในบริเวณใกล้เคียงกับสถานศึกษา หรือหอพัก ในบริเวณใกล้เคียงสถานศึกษา ห้ามมิให้ขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในสถานที่ตั้งกล่าวด้วย ให้ผู้มีอำนาจตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องสั่งเพิกถอนใบอนุญาตหรือสั่งปิดสถานประกอบการ และห้ามมิให้มีการเปิดสถานบริการหรือสถานประกอบการ ในสถานที่ตั้งกล่าวอีก

1.2 มาตรการตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539

1.2.1 วัตถุประสงค์

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ในการออกคำสั่งทางปกครองต่าง ๆ โดยผลของพระราชบัญญัติฉบับนี้ทำให้การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้ ในฐานะที่เป็นกฎหมายที่กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของการปฏิบัติราชการทางปกครอง ทั้งนี้ ตามที่มาตรา 3 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติเป็นหลักการว่า “วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตาม กฎหมายต่าง ๆ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายใด กำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ และมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมหรือมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้” ดังนั้น พระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นกฎหมายที่วางบรรทัดฐานในการปฏิบัติราชการทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง จึงให้เป็นไปตามมาตรฐานที่วางไว้เพื่อให้เกิดความมั่นใจได้ว่า เจ้าหน้าที่ได้ใช้อำนาจตามกฎหมายด้วยความถูกต้องเป็นธรรม อันจะก่อให้เกิดผลดีต่อประโยชน์ส่วนรวม และประโยชน์ต่าง ๆ ของเอกชนอย่างแท้จริง ทั้งนี้ เพื่อเป็นการสร้างประสิทธิภาพในการบริหารราชการแผ่นดิน และสร้างมาตรการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามหลักนิติธรรม (Rules of law)

1.2.2 หลักเกณฑ์สำคัญในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

พระราชบัญญัติฉบับนี้มุ่งเน้นที่กระบวนการการทำคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ซึ่งถือว่าเป็นมาตรการที่ฝ่ายปกครองใช้มากที่สุด และมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยที่คำสั่งทางปกครองคือ “การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ในการออกคำสั่ง กำหนดสิทธิหน้าที่อันเป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพและทรัพย์สินของประชาชน ในลักษณะต่าง ๆ เช่น คำสั่งให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรองและการรับจดทะเบียนซึ่งรวมไปถึงการปฏิเสธสิทธิต่าง ๆ ด้วย” ฉะนั้น เพื่อให้การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ในการทำคำสั่งทางปกครองเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย กฎหมายฉบับนี้จึงวางหลักเกณฑ์ ให้เจ้าหน้าที่ต้องถือปฏิบัติ ดังนี้

1) หลักการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำคำสั่งทางปกครอง เรื่องใดเรื่องหนึ่งจะต้องจัดทำโดยเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น (มาตรา 12) ซึ่งคำว่า “เจ้าหน้าที่” หมายถึง บุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม (มาตรา 5) จากนิยามศัพท์คำว่า “เจ้าหน้าที่” จะเห็นได้ว่ากฎหมายมุ่งประสงค์จะครอบคลุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ทุกฝ่ายอย่างกว้างขวาง ซึ่งรวมถึงผู้ที่ได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐ เช่น สภานายความ หรือแพทย์สภา เป็นต้น

2) หลักการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ที่มีความเป็นกลาง เจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาทำคำสั่งทางปกครองจะต้องมีความเป็นกลางไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องที่ตนเป็นผู้พิจารณา โดยกฎหมายได้กำหนดไม่ให้เจ้าหน้าที่ซึ่งมีส่วนได้เสียทำการพิจารณาทางปกครอง และกฎหมายยังจัดกระบวนการให้คู่กรณีได้มีโอกาสดำเนินการโต้แย้งความไม่เป็นกลางของเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาทางปกครอง (มาตรา 13 ถึงมาตรา 16)

3) หลักความเรียบง่าย รวดเร็ว และถูกต้อง กระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองจะต้องยึดหลักความเรียบง่าย รวดเร็ว และถูกต้อง โดยเจ้าหน้าที่จะต้องแจ้งสิทธิและหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองให้คู่กรณีทราบ ถ้าคำขอมีข้อบกพร่อง เจ้าหน้าที่มีหน้าที่แนะนำให้คู่กรณีแก้ไขเพิ่มเติมให้ถูกต้อง (มาตรา 27)

4) หลักการพิจารณาแบบได้สวน ในการพิจารณาทางปกครอง เจ้าหน้าที่อาจตรวจสอบข้อเท็จจริงได้ตามความเหมาะสมในเรื่องนั้น ๆ โดยไม่ถูกต้องผูกพันอยู่กับคำขอหรือพยานหลักฐานของคู่กรณี โดยเจ้าหน้าที่จะต้องพิจารณาหลักฐานที่ตนเห็นว่าจำเป็นแก่การพิสูจน์ข้อเท็จจริง เพื่อให้การพิจารณาของเจ้าหน้าที่อยู่บนพื้นฐานของพยานหลักฐานและข้อเท็จจริงที่ถูกต้อง ซึ่งจะส่งผลให้การพิจารณาของเจ้าหน้าที่เป็นไปอย่างถูกต้อง (มาตรา 28 และมาตรา 29)

5) หลักการรับฟังผู้ที่ถูกกระทบสิทธิในกรณีที่กำลังทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสดำเนินการโต้แย้งข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ และมีโอกาสโต้แย้งเพื่อแสดงพยานหลักฐานของตน (มาตรา 30)

6) หลักการเข้าถึงข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ คู่กรณีมีสิทธิขอตรวจดูเอกสารที่จำเป็นต้องรู้เพื่อการโต้แย้ง ชี้แจงหรือเพื่อป้องกันสิทธิของตนได้ เว้นแต่กรณีที่ต้องเก็บรักษาไว้ เป็นความลับ (มาตรา 31 และมาตรา 32)

7) หลักการให้เหตุผลของคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองจะต้องชัดเจนเพียงพอที่จะให้ผู้รับคำสั่งเข้าใจและปฏิบัติตาม ฉะนั้น คำสั่งทางปกครองที่เป็นหนังสือ นอกจากจะต้องลงวันที่ ลายมือชื่อผู้ออกคำสั่งทางปกครอง ระบุชื่อและตำแหน่งผู้ออกคำสั่งทางปกครอง

(มาตรา 36 แล้ว จะต้องประกอบด้วยข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ ข้อกฎหมายที่นำมาอ้างอิง ข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจ (มาตรา 37) และในกรณีที่นายกรัฐมนตรีประกาศ กำหนดให้คำสั่งทางปกครองใดที่ต้องให้เหตุผลในคำสั่ง ผู้ออกคำสั่งทางปกครองก็ต้องให้เหตุผล ของคำสั่งทางปกครองไว้ในคำสั่งดังกล่าวด้วย ซึ่งอาจส่งผลให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองทราบถึง เหตุผลของเจ้าหน้าที่ในการมีคำสั่งทางปกครองและจะเป็นประโยชน์แก่การโต้แย้งคำสั่งทาง ปกครองนั้นหากผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่เห็นด้วยกับคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่

8) หลักการแจ้งสิทธิในการอุทธรณ์ พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้บัญญัติให้ ฝ่ายปกครองต้องแจ้งสิทธิในการอุทธรณ์ให้แก่ผู้รับคำสั่งทราบว่า หากผู้รับคำสั่งไม่เห็นด้วยกับ คำสั่งดังกล่าว ผู้รับคำสั่งสามารถอุทธรณ์ต่อใคร ภายในระยะเวลาเท่าใด เพื่อที่ผู้รับคำสั่งทาง ปกครองจะได้ สามารถอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ได้อย่างถูกต้อง ทั้งนี้ การไม่แจ้ง สิทธิอุทธรณ์จะมีผลให้ระยะเวลาอุทธรณ์ตามที่กฎหมายกำหนดขยายไปเป็น 1 ปี หากไม่มีการแจ้ง สิทธิอุทธรณ์ใหม่ (มาตรา 40)

1.2.3 คู่กรณี

พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้วางหลักเกณฑ์สำคัญ ๆ หลายประการในการคุ้มครอง สิทธิของคู่กรณี โดยยอมรับหลักการที่ว่า ผู้ที่เข้ามามีนิติสัมพันธ์กับฝ่ายปกครองมิใช่ผู้อยู่ได้บังคับ ของฝ่ายปกครองแต่เป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมาย ซึ่งคำว่า “คู่กรณี” หมายถึง เอกชนผู้ที่เกี่ยวข้อง ในกระบวนการพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งได้แก่ ผู้ยื่นคำขอ ผู้คัดค้านคำขอ ผู้ที่สิทธิ ถูกกระทบกระเทือนหรืออาจถูกกระทบกระเทือนเนื่องจากการออกคำสั่งทางปกครอง (มาตรา 5)

1) สิทธิของคู่กรณี พระราชบัญญัตินี้ได้บัญญัติรับรองสิทธิของคู่กรณีเพื่อ เป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนไว้ในประเด็นสำคัญ ๆ ดังนี้

(1) สิทธิคัดค้านความไม่เป็นกลางของเจ้าหน้าที่ (มาตรา 13)

(2) สิทธิในการมีที่ปรึกษาหรือผู้ทำการแทนในการติดต่อกับเจ้าหน้าที่ คู่กรณีมีสิทธินำบุคคลใดบุคคลหนึ่งไปพร้อมกับตนได้เพื่อให้คำแนะนำหรือช่วยตนชี้แจงต่อ เจ้าหน้าที่ เช่น ทนายความ วิศวกร เกษัชกร หรือผู้เชี่ยวชาญในวิชาชีพใด ๆ (มาตรา 23) หรือแต่งตั้ง ตัวแทน กระทำการในกระบวนการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองแทนตนเองได้ (มาตรา 24)

(3) สิทธิที่จะได้รับคำแนะนำและแจ้งสิทธิหน้าที่ต่าง ๆ ในการติดต่อ เจ้าหน้าที่ กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่มีหน้าที่ต้องแจ้งสิทธิหน้าที่ต่าง ๆ ในกระบวนการพิจารณา ให้คู่กรณีทราบ และหากคำขอหรือคำแถลงมีข้อบกพร่องอันเกิดจากความไม่รู้ เจ้าหน้าที่ก็ต้อง แนะนำให้ทราบเพื่อแก้ไข (มาตรา 27)

(4) สิทธิได้รับการพิจารณาโดยสมบูรณ์ในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองเจ้าหน้าที่ต้องหยิบยกประเด็นต่าง ๆ ขึ้นมาพิจารณาทั้งหมด ทั้งสิ่งที่เป็นคุณและเป็นโทษต่อเอกชน โดยไม่ผูกมัดอยู่กับคำขอ หรือพยานหลักฐานที่คู่กรณีนำมาแสดงเพียงอย่างเดียว (มาตรา 28) แต่เจ้าหน้าที่ต้องศึกษารวบรวมพยานหลักฐานต่าง ๆ ทุกวิถีทางตามความจำเป็น (มาตรา 29) เพื่อให้การพิจารณาของตนได้ข้อเท็จจริงที่ครบถ้วน ชอบด้วยกฎหมายและเกิดผลดีต่อประโยชน์ของเอกชนและประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริง

(5) ทริรับทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวอับการทำคำสั่งทางปกครองที่กระทบหรืออาจกระทบสิทธิของตน และมีสิทธิโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนต่อเจ้าหน้าที่ (มาตรา 30)

(6) สิทธิในการขออุทธรณ์ที่จำเป็นคู่กรณีมีสิทธิขอตรวจเอกสารพยานหลักฐานที่เจ้าหน้าที่ใช้ในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองเพื่อการโต้แย้ง หรือชี้แจง หรือป้องกันสิทธิของตน เว้นแต่เป็นเอกสารอันเป็นต้นร่างคำวินิจฉัยหรือเป็นความลับ (มาตรา 31 และมาตรา 32) ซึ่งหลักเกณฑ์ขอตรวจเอกสารได้กำหนดไว้ในกฎกระทรวง (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2540

(7) สิทธิได้รับการพิจารณาโดยเร็ว คณะรัฐมนตรีได้วางระเบียบกำหนดหลักเกณฑ์ การปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่ไว้แล้วในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการปฏิบัติราชการ เพื่อประชาชนของหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2532 (มาตรา 33)

(8) สิทธิได้รับทราบเหตุผลของการวินิจฉัยสั่งการ คำสั่งทางปกครองจะต้องแสดงเหตุผล ของคำสั่งไว้ เพื่อความชัดเจนและเพื่อประโยชน์ในการโต้แย้งคำสั่ง (มาตรา 37) เว้นแต่คำสั่งทางปกครองบางประเภทที่กฎหมายยกเว้นไว้ เช่น เป็นกรณีที่มีผลตามคำขอเหตุผลเป็นที่รู้อยู่แล้ว เป็นกรณีที่ต้องรักษาความลับ หรือเป็นเรื่องเร่งด่วน (มาตรา 37) และมาตรา 38 ได้ให้อำนาจฝ่ายปกครองออกกฎกระทรวงยกเว้นคำสั่งทางปกครองบางประเภทที่ไม่ต้องให้เหตุผลในคำสั่ง

(9) สิทธิได้รับแจ้งวิธีการอุทธรณ์โต้แย้ง เนื่องจากกฎหมายได้กำหนดขั้นตอน การอุทธรณ์ไว้ในคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่จะต้องระบุถึงกรณีที่สามารถอุทธรณ์โต้แย้งขั้นตอน การยื่นอุทธรณ์ และระยะเวลาการอุทธรณ์ไว้ในคำสั่งทางปกครองนั้น (มาตรา 40)

อนึ่ง คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้มีคำแนะนำถึงหลักเกณฑ์ การแจ้งสิทธิในการอุทธรณ์ไว้ในคำแนะนำของคณะกรรมการฯ ที่ 1/2540 เพื่อให้หน่วยงานของรัฐถือปฏิบัติตามคำแนะนำดังกล่าวแล้ว

2) สถานภาพของคู่กรณี คู่กรณีจะเป็นนิติบุคคล คณะบุคคล หรือบุคคลธรรมดาก็ได้ (มาตรา 21) หากเป็นบุคคลธรรมดาจะต้องเป็นผู้บรรลุนิติภาวะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น (มาตรา 22)

1.2.4 แบบของคำสั่งทางปกครอง

โดยทั่วไปการออกคำสั่งทางปกครองจะทำได้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ในบางกรณี คำสั่งทางปกครองอาจทำเป็นวาจาหรือรูปแบบอื่นก็ได้ (มาตรา 34) ซึ่งกฎหมายได้กำหนดหลักการของแบบคำสั่งทางปกครองแต่ละประเภทไว้ ดังนี้

1) คำสั่งทางปกครองที่ทำโดยวาจา กรณีที่มีการทำคำสั่งทางปกครองด้วยวาจา อาจเกิดในกรณีเร่งด่วนหรือโดยสภาพของคำสั่งไม่อาจทำเป็นลายลักษณ์อักษรได้ เช่น คำสั่งของเจ้าพนักงานจราจรหรือเจ้าพนักงานดับเพลิง หากผู้กรณีเห็นว่าเป็นคำสั่งที่กระทบ กระทบสิทธิของตนและประสงค์จะทราบเหตุผลในคำสั่ง ก็สามารถขอให้ผู้ออกคำสั่งนั้นยืนยันคำสั่งเป็นหนังสือภายใน 7 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งนั้น (มาตรา 35)

2) คำสั่งทางปกครองที่เป็นหนังสือ คำสั่งทางปกครองที่เป็นหนังสือ ซึ่งอย่างน้อยต้องระบุ วัน เดือน ปี ที่ออกคำสั่ง ชื่อและตำแหน่งของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่ง พร้อมทั้งลายมือชื่อ ผู้เป็นเจ้าหน้าที่ (มาตรา 36) นอกจากนี้ กฎหมายกำหนดให้คำสั่งต้องมีเหตุผลประกอบ โดยจะต้องมีทั้งข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญ ข้อกฎหมายที่อ้างอิง ข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจ (มาตรา 37)

3) คำสั่งโดยวิธีอื่น ๆ ได้แก่ออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ข้างต้น เช่น สัญญาหรือป้ายประกาศต่าง ๆ

1.2.5 ผลของคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครอง มีผลเมื่อผู้กรณีได้รับแจ้ง และย่อมมีผลครบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอน หรือสิ้นผลลงโดยเงื่อนไขเวลา หรือโดยเหตุอื่น (มาตรา 42) พระราชบัญญัตินี้ได้บัญญัติหลักเกณฑ์การแจ้งคำสั่งทางปกครองไว้อย่างชัดเจน เพื่อแก้ไขปัญหาทางปฏิบัติ และข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการรับทราบคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นปัญหาในทางปฏิบัติ ดังนี้

1) ได้รับรู้ทางเสียงและแสงขณะกระทำการ เช่น สัญญาไฟจราจร สัญญาเดือนกัย ฯลฯ

2) ได้รับแจ้งเป็นวาจาขณะกระทำการ เช่น คำสั่งของเจ้าพนักงานจราจร คำสั่งด้วยวาจาของเจ้าหน้าที่

3) ได้รับแจ้งเป็นหนังสือ ซึ่งมีหลักเกณฑ์สำคัญ ดังนี้

(1) การสั่งให้แก่ผู้รับแจ้งโดยตรงจะมีผลทันทีเมื่อผู้รับสั่งรับทราบคำสั่งดังกล่าวด้วยตนเองหรือเมื่อคำสั่งนั้น ไปถึงภูมิลำเนาของผู้รับแม้ว่าจะเปิดอ่านภายหลัง (มาตรา 69 วรรคสอง)

(2) ประกาศ ณ ที่ทำการของเจ้าหน้าที่และที่ว่าการอำเภอ ใช้ได้ในกรณีที่กำลังทางปกครองในเรื่องนั้นมีผู้รับคำสั่งในเรื่องเดียวกันเกิน 50 คนขึ้นไป การแจ้งจะมีผลสมบูรณ์ เมื่อล่วงพ้นระยะเวลา 15 วันนับแต่วันที่ประกาศ (มาตรา 72)

(3) การประกาศทางหนังสือพิมพ์ใช้ได้กรณีเกี่ยวข้องกับผู้รับคำสั่งในเรื่องเดียวกัน เกินกว่า 100 คน โดยที่ไม่รู้ตัวและภูมิฐานะว่าผู้รับคำสั่งเป็นใคร การแจ้งคำสั่งดังกล่าวจะมีผล เมื่อพ้น 15 วันนับแต่วันประกาศในหนังสือพิมพ์ซึ่งแพร่หลายในท้องถิ่นนั้น (มาตรา 73)

1.2.6 การอุทธรณ์คำสั่ง

การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองเป็นขั้นตอนหลังจากที่มีการออกคำสั่งทางปกครองเพื่อให้มีผลเป็นการเพิกถอน หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองดังกล่าว จึงกล่าวได้ว่าการอุทธรณ์เป็นมาตรการเยียวยาทางปกครอง ซึ่งให้สิทธิประชาชนในการโต้แย้งคำสั่งที่ตนไม่เห็นด้วย ขณะเดียวกันก็เปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองมีโอกาสตรวจสอบคำสั่งที่เจ้าหน้าที่ได้ทำไปแล้วว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากฝ่ายปกครองเห็นว่าเจ้าหน้าที่ทำคำสั่งทางปกครองไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่สมเหตุสมผล ก็มีกระบวนการแก้ไขเปลี่ยนแปลงและเยียวยาความเสียหายได้ ทั้งนี้ เพื่อให้คดีที่ขึ้นสู่องค์กรวินิจฉัยคดีปกครองมีจำนวนลดน้อยลงและเป็นคดีที่มีลักษณะเด่นชัดอีกด้วย

1) ผู้ที่มีสิทธิอุทธรณ์

คู่กรณีที่ได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองทุกคน ไม่ว่าจะอยู่ในฐานะผู้ยื่นคำขอ ผู้คัดค้านคำขอ ผู้อยู่ในบังคับหรือจะอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง และผู้ที่ได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครองอื่น ๆ ย่อมมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองได้ หากเห็นว่าสิทธิของตนถูกระทบกระทบกระเทือนหรืออาจถูกระทบกระทบกระเทือนโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้

2) การอุทธรณ์

กฎหมายกำหนดไว้เป็นหลักการว่า การอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองให้ยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง หรือต่อบุคคลที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ แต่ถ้าคำสั่งทางปกครองเป็นคำสั่งของรัฐมนตรี หรือเป็นคำสั่งทางปกครองของคณะกรรมการ ไม่ว่าจะจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายหรือไม่ การโต้แย้งคำสั่งดังกล่าวสามารถทำได้โดยการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

3) กำหนดเวลาอุทธรณ์ ระยะเวลาอุทธรณ์ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายเฉพาะกำหนดไว้ ในกรณีที่กฎหมายเฉพาะไม่กำหนดระยะเวลาการอุทธรณ์ไว้ คู่กรณีจะต้องอุทธรณ์ภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ตนรับแจ้งคำสั่งนั้น (มาตรา 44 วรรคหนึ่ง)

4) *รูปแบบของคำอุทธรณ์* การอุทธรณ์จะต้องทำเป็นหนังสือโดยมีเนื้อหาสาระทั้งในข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายที่อ้างอิงประกอบ และระบุข้อโต้แย้งหรือข้อที่ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งทางปกครองไว้ให้ชัดเจน (มาตรา 44วรรคสอง)

5) *การพิจารณาอุทธรณ์* เจ้าหน้าที่จะต้องพิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครองไม่ว่าจะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย หรือความเหมาะสมของคำสั่งทางปกครอง (มาตรา 46) ทั้งนี้ จะต้องพิจารณาคำอุทธรณ์ และแจ้งให้ผู้อุทธรณ์ทราบโดยไม่ชักช้า แต่ต้องไม่เกิน 30 วัน นับแต่วันได้รับอุทธรณ์ (มาตรา 45)

6) *ผลของการพิจารณาอุทธรณ์* เจ้าหน้าที่ซึ่งพิจารณาอุทธรณ์อาจมีคำสั่งเพิกถอน คำสั่งเดิมหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้นไปในทางใดก็ได้ไม่ว่าจะเป็นการเพิ่มภาระ หรือลดภาระ หรือใช้ดุลพินิจในความเหมาะสมของคำสั่งทางปกครองได้ (มาตรา 46)

1.2.7 การเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เจ้าหน้าที่มีดุลพินิจที่จะเพิกถอนคำสั่งนั้นได้เสมอ พระราชบัญญัตินี้ได้บัญญัติหลักเกณฑ์การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองไว้ดังนี้

1) ผู้มีอำนาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง การพิจารณาเพิกถอนคำสั่ง เป็นอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งหรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้นั้น (มาตรา 49 วรรคหนึ่ง)

2) ระยะเวลาในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง การเพิกถอนจะกระทำเมื่อใดก็ได้ แม้จะพ้นกำหนดระยะเวลาการอุทธรณ์หรือมีการฟ้องร้องเป็นคดีความต่อศาลแล้วก็ตาม และการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ที่จะสามารถเพิกถอนได้เอง โดยไม่ต้องมีผู้ใคร่ขอ (มาตรา 49 วรรคหนึ่ง)

3) การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์ เจ้าหน้าที่จะต้องเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวภายใน 90 วัน นับแต่ได้รู้ถึงเหตุที่จะเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว แต่ถ้าเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะได้ทำขึ้นโดยแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือมีการปกปิดข้อเท็จจริง หรือเกิดจากการข่มขู่ หรือจูงใจโดยมิชอบ เจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่สามารถเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวได้โดยไม่จำกัดระยะเวลา (มาตรา 49 วรรคสอง) การเพิกถอนคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวเจ้าหน้าที่สามารถเพิกถอนได้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน และจะเพิกถอนโดยให้มีผลย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตในขณะเวลาใดเวลาหนึ่งก็ได้ (มาตรา 50)

4) ผลจากการเพิกถอนคำสั่ง ในกรณีที่การเพิกถอนคำสั่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง ฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาจ่ายค่าทดแทนความเสียหายตามที่กฎหมายกำหนด (มาตรา 52) ทั้งนี้ จะต้องคำนึงถึงประโยชน์และความสุจริตของผู้รับประโยชน์จาก

คำสั่งนั้นด้วย ในกรณีที่ผู้รับคำสั่งได้รับความเสียหายจากการเพิกถอนคำสั่ง ผู้รับคำสั่งย่อมมีสิทธิร้องขอต่อหน่วยงานของรัฐให้จ่ายค่าทดแทนความเสียหายได้ภายใน 180 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งการเพิกถอน

1.2.8 การขอให้พิจารณาใหม่

การขอให้พิจารณาคำสั่งทางปกครองใหม่เป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการเยียวยาภายในฝ่ายปกครองที่คู่กรณีผู้รับคำสั่งทางปกครองอาจร้องขอให้เจ้าหน้าที่พิจารณาจัดทำคำสั่งทางปกครองใหม่ อีกครั้งหนึ่งไม่ว่าจะอยู่ในระยะเวลาอุทธรณ์หรือพ้นกำหนดการอุทธรณ์แล้วก็ตาม การขอให้ เจ้าหน้าที่พิจารณาจัดทำคำสั่งทางปกครองใหม่ต้องอยู่ในหลักเกณฑ์ ดังนี้ (มาตรา 54)

- 1) มีพยานหลักฐานใหม่อันอาจทำให้ข้อเท็จจริงที่พึงยุติแล้วนั้นเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญ
- 2) คู่กรณีที่แท้จริงมิได้มีส่วนร่วมในการพิจารณาจัดทำคำสั่งทางปกครอง
- 3) เจ้าหน้าที่ที่ทำคำสั่งไม่มีอำนาจ
- 4) ข้อเท็จจริงที่เปลี่ยนแปลงไปเป็นประโยชน์แก่คู่กรณี
- 5) การยื่นคำขอให้พิจารณาใหม่ต้องกระทำภายใน 90 วัน นับแต่ผู้ขอได้รู้ถึงเหตุซึ่งอาจขอให้พิจารณาใหม่ได้ (มาตรา 54)

1.2.9 มาตรการบังคับทางปกครอง

เพื่อให้คู่กรณีปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยชอบด้วยกฎหมาย จึงได้มีการกำหนดมาตรการบังคับขึ้น ในกรณีที่ผู้รับคำสั่งไม่ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง โดยกำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองอาจใช้มาตรการบังคับ เพื่อให้มีการปฏิบัติตามคำสั่งได้ การใช้มาตรการบังคับทางปกครองของเจ้าหน้าที่มีหลักการสำคัญว่า การใช้มาตรการบังคับทางปกครอง จะต้องกระทำเท่าที่จำเป็น มีความชัดเจนแน่นอน เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครอง และมาตรการดังกล่าวจะต้องใช้โดยให้เกิดความเสียหายน้อยที่สุด คือ

- 1) กำหนดให้การบังคับทางปกครองไม่ใช่บังคับกับหน่วยงานของรัฐด้วยกัน เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น (มาตรา 63/1)
- 2) กำหนดในการใช้มาตรการบังคับทางปกครองแก่บุคคลใด หากบุคคลนั้นถึงแก่ความตายให้ดำเนินการบังคับทางปกครองต่อไปได้ ถ้าบุคคลนั้นมีทายาทผู้รับมรดกหรือผู้จัดการมรดก ให้ถือว่าทายาทผู้รับมรดกหรือผู้จัดการมรดกเป็นผู้อยู่ในบังคับของมาตรการบังคับทางปกครองนั้น (มาตรา 63/4)

3) กำหนดให้กรณีที่เจ้าหน้าที่มีคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน ถ้าถึงกำหนดแล้วไม่มีการชำระ โดยถูกต้องครบถ้วน ให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองมีหนังสือเตือนให้ผู้นั้นชำระภายในระยะเวลาที่กำหนดแต่ต้องไม่น้อยกว่า 7 วัน ถ้าไม่มีการปฏิบัติตามคำเตือน เจ้าหน้าที่มีอำนาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยยึดหรืออายัดทรัพย์สินของผู้นั้นและขายทอดตลาดเพื่อชำระเงินให้ครบถ้วนได้(มาตรา 63/1)

4) กำหนดให้หน่วยงานของรัฐที่ออกคำสั่งให้ชำระเงินต้องดำเนินการยึดหรืออายัดทรัพย์สินภายใน 10 ปี นับแต่วันที่คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินเป็นที่สุด (มาตรา 63/8)

5) กำหนดให้ในการสืบหาทรัพย์สินของผู้อยู่ในบังคับของมาตรการบังคับทางปกครอง หน่วยงานของรัฐที่ออกคำสั่งให้ชำระเงินอาจร้องขอให้สำนักงานอัยการสูงสุดหรือหน่วยงานอื่นดำเนินการสืบหาทรัพย์สินแทนได้ โดยให้หน่วยงานดังกล่าวมีอำนาจตามมาตรา 63/10 ด้วย (มาตรา 63/11)

6) กำหนดให้ในกรณีที่มีการบังคับให้ชำระเงินและคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินเป็นที่สุดแล้ว หากหน่วยงานของรัฐที่ออกคำสั่งให้ชำระเงินประสงค์ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีในสังกัดกรมบังคับคดี ดำเนินการบังคับให้ขึ้นไปตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ให้ยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่อศาลภายใน 10 ปี นับแต่วันที่คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินเป็นที่สุด (มาตรา 63/15)

1.2.10 ระยะเวลาและอายุความ

การนับอายุความในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง โดยหลักจะไม่นับรวมวันแรกแห่งระยะนั้น เว้นแต่จะได้เริ่มการในวันนั้นหรือเจ้าหน้าที่กำหนดไว้เป็นการอื่น โดยเฉพาะส่วนการสิ้นสุดของระยะเวลา หากเป็นวันหยุดทำการของเจ้าหน้าที่ให้นับวันหยุดนั้นเข้าไปด้วย หมายความว่า ถ้าครบกำหนดในวันนั้นแม้จะเป็นวันหยุดทำการ เจ้าหน้าที่จะต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จ จะเลื่อนไปดำเนินการในวันเปิดทำการตามปกติไม่ได้ แต่ถ้าเป็นกรณีที่ประชาชนต้องกระทำการไม่ว่าจะเป็นระยะเวลาที่กำหนดโดยกฎหมายหรือโดยคำสั่งของ เจ้าหน้าที่ถ้าวันสุดท้ายเป็นวันหยุดทำการของเจ้าหน้าที่ที่ดีหรือวันหยุดตามประเพณีของผู้รับคำสั่งก็ดี ให้ถือว่าระยะเวลานั้นสิ้นสุดในวันทำการปกตินับจากวันหยุดนั้น ทั้งนี้ เว้นแต่กฎหมาย หรือเจ้าหน้าที่ที่มีคำสั่งจะกำหนดเป็นอย่างอื่น (มาตรา 64)

ส่วนการขอขยายระยะเวลาสามารถกระทำได้โดยเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณา จะพิจารณาขยายระยะเวลาก่อนหรือหลังระยะเวลาสิ้นสุดก็ได้แต่ทั้งนี้ต้องยื่นคำขอภายใน 15 วัน นับแต่เหตุที่ไม่อาจกระทำได้สิ้นสุดลง ซึ่งเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาขยายระยะเวลาจะต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงความเป็นธรรมในแต่ละกรณี (มาตรา 65 และมาตรา 66) เมื่อมีการอุทธรณ์

หรือยื่นคำขอต่อคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทหรือคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ให้อายุความสะดุดหยุดอยู่จนกว่าการพิจารณาจะถึงที่สุดหรือเสร็จไปโดยประการอื่น แต่ถ้าเสร็จไปเพราะเหตุถอนคำขอหรือทิ้งคำขอให้ถือว่าอายุความเรียกร้องของผู้ยื่นคำขอไม่เคยมีการสะดุดหยุดอยู่เลย (มาตรา 67)

1.2.11 คณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครอง

ปัจจุบันนี้ มีกฎหมายเป็นจำนวนมากที่บัญญัติให้มีคณะกรรมการที่มีอำนาจในการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครอง กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองจึงได้บัญญัติหลักเกณฑ์เป็นการทั่วไป เพื่อให้การพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองของคณะกรรมการตามกฎหมายต่าง ๆ มีความชัดเจนและเป็นมาตรฐานเดียวกัน โดยกำหนดหลักเกณฑ์ที่สำคัญในการพิจารณาทางปกครองของคณะกรรมการต่าง ๆ ไว้ ดังนี้

- 1) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิต้องระบุตัวบุคคล (มาตรา 75)
- 2) กรณีพ้นจากตำแหน่งก่อนวาระ (มาตรา 76)
- 3) คณะกรรมการที่เข้ามาแทนหรือเพิ่มขึ้นระหว่างวาระของคณะกรรมการ
- 4) การให้กรรมการที่ทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทพ้นก่อนครบวาระ (มาตรา 78)
- 5) การกำหนดองค์ประชุมของคณะกรรมการ (มาตรา 79)
- 6) วิธีการประชุม (มาตรา 80)
- 7) อำนาจหน้าที่ของประธานกรรมการ (มาตรา 81)
- 8) การลงมติของคณะกรรมการ (มาตรา 82)
- 9) ต้องจัดทำรายงานการประชุมเป็นหนังสือ (มาตรา 83)
- 10) การจัดทำคำวินิจฉัยและความเห็นแย้ง (มาตรา 84)

2. มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมกำกับสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการของต่างประเทศ

2.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกา มีระบบการปกครองแบบสหพันธรัฐซึ่งแต่ละรัฐจะมีอำนาจบริหาร อำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจตุลาการของตนเองเว้นแต่ในกรณีที่เป็นกิจกรรมระดับสหพันธ์ สำหรับกฎหมายสถานบริการของสหรัฐอเมริกาก็ได้ศึกษากฎหมายสถานบริการของเมือง เคนส์ (Kent) ซึ่งอยู่ในรัฐวอชิงตัน (Washington) โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

2.1.1 ชื่อกฎหมาย “กฎหมายสถานบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่”

2.1.2 **วัตถุประสงค์ของกฎหมาย** กฎหมายนี้มี วัตถุประสงค์เพื่อควบคุมธุรกิจบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่และกิจกรรมที่เกี่ยวข้อง เพื่อส่งเสริมสุขภาพความปลอดภัยศีลธรรมและสวัสดิภาพทั่วไปของพลเมืองในเมืองเคนท์และเพื่อกำหนดกฎระเบียบที่เหมาะสมและสมำเสมอเพื่อป้องกันการจัดตั้งธุรกิจบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่ ในสถานที่ต่างๆภายในเมืองซึ่งจะส่งผลกระทบต่อผู้อยู่อาศัยในเมือง จุดประสงค์ของบทนี้คือเพื่อบรรเทาปัญหาทางสังคมที่ไม่พึงปรารถนาที่เกิดขึ้นกับธุรกิจบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่ และเพื่อออกกฎระเบียบที่เป็นกลางด้านเนื้อหาซึ่งจัดการกับผลกระทบรองของธุรกิจบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่ ตลอดจนปัญหาสุขภาพที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจดังกล่าวไม่ใช่เพื่อลดการแสดงออกของการแก้ไขครั้งแรก คือการเดินราหรือความบันเทิง บทบัญญัติของบทนี้ไม่มีจุดประสงค์หรือผลกระทบในการกำหนดข้อ จำกัด หรือข้อจำกัด เกี่ยวกับเนื้อหาของสื่อการสื่อสารใด ๆ รวมถึงเนื้อหาที่มุ่งเน้นเรื่องเพศ ในทำนองเดียวกันไม่ใช่เจตนาหรือผลกระทบของบทนี้ในการจำกัด หรือปฏิเสธการเข้าถึงโดยผู้ใหญ่เพื่อสื่อทางเพศที่ได้รับการคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญของรัฐหรือรัฐบาลกลางหรือเพื่อปฏิเสธการเข้าถึงโดยผู้จัดจำหน่ายและผู้จัดแสดงความบันเทิงทางเพศในตลาดที่พวกเขาต้องการ ทั้งเจตนาและผลของบทนี้ไม่ได้มีไว้เพื่อเอาผิดหรือทำให้ถูกต้องตามกฎหมายในการแจกจ่ายเนื้อหาลามกอนาจาร⁷⁴

2.1.3 ความหมายที่สำคัญในกฎหมาย

1) **ความบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่ (Adult entertainment)** หมายถึง การเดินรา การให้ความบันเทิง การแสดง การจัดแสดงสินค้าวัสดุ นิทรรศการ การสร้างแบบจำลอง หรือ

⁷⁴ Adult Entertainment Law Section 5.10.020 Purpose and intent.

การแสดงอื่นใดที่คล้ายคลึงกันสำหรับการใช้งานหรือประโยชน์ของสมาชิกหรือสมาชิกสาธารณะ หรือโฆษณาเพื่อการใช้งานหรือประโยชน์⁷⁵

2) ธุรกิจบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่ (Adult entertainment business) หมายถึง สถานประกอบการใด ๆ ที่ให้ความบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายนี้รวมถึง อาร์เคดสำหรับผู้ใหญ่ ร้านหนังสือสำหรับผู้ใหญ่ ร้านขายอุปกรณ์ทางเพศสำหรับผู้ใหญ่ ร้านวิดีโอสำหรับผู้ใหญ่ โรงภาพยนตร์สำหรับผู้ใหญ่และสตูดิโอเต้นรำ กล่าวคือ

(1) อาร์เคดสำหรับผู้ใหญ่ (Adult arcade) หมายถึง สถานประกอบการเชิงพาณิชย์ที่สำหรับการพิจารณาในรูปแบบใด ๆ เครื่องฉายภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวหนึ่ง (1) หรือมากกว่าเครื่องฉายสไลด์ สื่อมัลติมีเดียที่สร้างขึ้นด้วยคอมพิวเตอร์หรือปรับปรุงภาพพานอรามา การแอบดูหรืออุปกรณ์ที่คล้ายกันหรือภาพอื่น ๆ เช่น เครื่องผลิตสำหรับการรับชมส่วนบุคคลใช้ในการแสดง ภาพยนตร์ ภาพเคลื่อนไหว เทปวิดีโอ สไลด์หรือการทำสำเนาภาพถ่ายอื่น ๆ ซึ่งจัดหาวัสดุสำหรับการรับชมเป็นรายบุคคลโดยลูกค้าในสถานที่ของธุรกิจซึ่งมีลักษณะเฉพาะ โดยเน้นที่การพรรณนาภาพภาพจำลองคอมพิวเตอร์หรือกิจกรรมทางเพศ (specified sexual activities)

(2) โรงภาพยนตร์สำหรับผู้ใหญ่ หมายถึง สถานประกอบการเชิงพาณิชย์ที่มี ภาพยนตร์ภาพเคลื่อนไหว เทปวิดีโอ สไลด์ หรือการทำสำเนาภาพถ่ายที่คล้ายคลึงกัน โดยเน้นที่การพรรณนาคำอธิบายหรือภาพจำลองคอมพิวเตอร์หรือกิจกรรมทางเพศ (specified sexual activities)

(3) สถานประกอบการค้าปลีกสำหรับผู้ใหญ่ หมายถึง ร้านหนังสือ ร้านขายของแปลกใหม่สำหรับผู้ใหญ่ ร้านวิดีโอสำหรับผู้ใหญ่ หรือสถานประกอบการเชิงพาณิชย์ ธุรกิจบริการหรือส่วนอื่นที่คล้ายคลึงกันซึ่งสำหรับเงินหรือรูปแบบอื่น ๆ การขายแลกเปลี่ยนให้เช่ายืม แลกเปลี่ยนโอนและ/หรือจัดหาเพื่อการดูหรือใช้งานนอกสถานที่ของสื่อบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่ของธุรกิจ ตามที่กำหนดไว้ในส่วนนี้ สำหรับวัตถุประสงค์ของบทบัญญัตินี้จะเป็นข้อสันนิษฐานที่สามารถโต้แย้งได้ว่าการซื้อขายสินค้าในวัสดุค้าปลีกสำหรับผู้ใหญ่ของธุรกิจ โดยมีข้อกำหนดดังนี้

ก. ห้ามมิให้ผู้เยาว์เข้าถึงสถานที่ของสถานประกอบการ เนื่องจากลักษณะความบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่ของพื้นที่โฆษณา

ข. ไม่ว่าสถานประกอบการนั้น จะโฆษณาทำการตลาดหรือจัดให้เป็นสถานที่จำหน่ายสินค้าสำหรับผู้ใหญ่

ค. เนื้อหาความบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่เป็นวัตถุประสงค์หลักของสถานประกอบการหรือวัตถุประสงค์ทางธุรกิจประการหนึ่งของสถานประกอบการ หรือ

⁷⁵ Adult Entertainment Law Section 5.10.030 Definitions.

ง. ไม่ว่ารายได้ของสถานประกอบการนั้นจะได้รับสามสิบ (30) เปอร์เซ็นต์หรือมากกว่านั้นมาจากสื่อบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่

(4) **สตูดิโอเต้นรำที่เร้าอารมณ์ทางเพศหรือ "คาบารेटสำหรับผู้ใหญ่"** หมายถึง ในคลับ บาร์ร้านอาหารหรือสถานประกอบการเชิงพาณิชย์ที่คล้ายคลึงกันหรือสถานที่หรือสถานที่ใด ๆ ที่สมาชิกของสาธารณชนได้รับเชิญหรือเข้ารับการรักษาระหว่างและในกรณีที่มีผู้ให้ความบันเทิงจัดให้มีการแสดงสดแก่สมาชิกทุกคนในที่สาธารณะซึ่งการแสดงมีลักษณะโดยเน้นที่การพรรณนาคำอธิบายหรือภาพจำลองคอมพิวเตอร์หรือกิจกรรมทางเพศ(specified sexual activities) ที่เน้นและพยายามปลุกเร้าหรือปลุกเร้าลูกค้าผู้ใช้บริการเพื่อให้เกิดความต้องการทางเพศ

(5) **สื่อบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่** หมายถึง หนังสือ นิตยสาร การ์ตูนรูปภาพ วารสาร หรือสิ่งพิมพ์อื่น ๆ หรือภาพถ่ายภาพยนตร์ ภาพเคลื่อนไหว เทปวิดีโอ สไลด์ หรือการทำสำเนาภาพถ่ายอื่น ๆ หรือการแสดงภาพซีดีรอม ดีวีดี ดีเอสดี สื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือสื่อหรือเครื่องมืออุปกรณ์อื่น ๆ ดังกล่าว

2.1.4 การขออนุญาต

สถานบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่ต้องมีใบอนุญาตประกอบธุรกิจบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่ กล่าวคือ

1) ห้ามมิให้บุคคลหรือหน่วยงานใดใช้ทรัพย์สิน หรือสถานที่ใดสำหรับธุรกิจบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่ภายในเมืองเคนต์ในวันภายในพื้นที่ที่ได้รับอนุญาตให้ตั้งธุรกิจดังกล่าวตามที่ระบุไว้ใน KCC 15.08.270 และจะไม่มี การจัดตั้งธุรกิจบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่ ดำเนินการหรือบำรุงรักษาในเมืองเว้นแต่เจ้าของหรือผู้ดำเนินการดังกล่าวจะได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่จากผู้ให้อนุญาต และถือเป็นเรื่องผิดกฎหมายสำหรับผู้ให้ความบันเทิง พนักงานหรือผู้ดำเนินการใด ๆ ให้บริการใด ๆ ที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการดำเนินธุรกิจบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่ สาธารณะที่ไม่มีใบอนุญาต⁷⁶ โดย การฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายนี้จะถือเป็นการกระทำผิดตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายนี้

(1) ค่าธรรมเนียมรายปีสำหรับใบอนุญาตประกอบกิจการสตูดิโอเต้นรำอัตรา ห้าร้อยดอลลาร์ (\$ 500) เงินจำนวนนี้จะใช้เป็นค่าใช้จ่ายในการบริหารกฎหมายนี้

(2) ค่าธรรมเนียมใบอนุญาตรายปีสำหรับธุรกิจบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่อื่น ๆ ทั้งหมดภายใต้กฎหมายนี้มีอัตรา หนึ่งร้อยห้าสิบดอลลาร์ (150 ดอลลาร์) เงินจำนวนนี้จะใช้เป็นค่าใช้จ่ายในการบริหารกฎหมายนี้

⁷⁶ Adult Entertainment Law Section 5.10.050 License required.

(3) ใบอนุญาตที่อ้างถึงข้างต้นจะหมดอายุทุกปี ในวันที่ 31 ธันวาคมและจะต้องต่ออายุภายในวันที่ 1 มกราคม

(4) ผู้ขอมีใบอนุญาตต้องมีอายุสิบแปด (18) ปีขึ้นไป

2) ต้องมีใบอนุญาตสำหรับผู้จัดการและนักแสดง (*License for managers and entertainers required*) กล่าวคือ

(1) ห้ามมิให้บุคคลใดทำงานเป็นผู้ให้ความบันเทิงในธุรกิจบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ก่อน

(2) ห้ามมิให้บุคคลใดทำงานเป็นผู้จัดการสตูดิโอเต้นรำที่เร้าอารมณ์ทางเพศ อาร์เคตสำหรับผู้ใหญ่ โรงภาพยนตร์สำหรับผู้ใหญ่หรือธุรกิจบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่อื่น ๆ ที่ให้บริการความบันเทิงในสถานที่โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากเจ้าพนักงานก่อน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อต้องการผู้จัดการที่มีใบอนุญาตในธุรกิจบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่ สถานประกอบการเพื่อตรวจสอบพฤติกรรมลูกค้าที่เข้ามาใช้บริการในสถานบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่และตรวจสอบให้แน่ใจว่าสอดคล้องกับกฎหมายฉบับนี้

ผู้จัดการหรือผู้ให้ความบันเทิงในธุรกิจบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่โดยไม่มีใบอนุญาตที่ถูกต้องมีความผิดอาญาประเภทหุโทษ

(3) ค่าธรรมเนียมรายปีสำหรับใบอนุญาตดังกล่าวจะเป็นหนึ่งร้อยห้าสิบลดollar (150 ดอลลาร์) เงินจำนวนนี้จะใช้เป็นค่าใช้จ่ายในการบริหารกฎหมายฉบับนี้

(4) ใบอนุญาตนี้จะหมดอายุทุกปีในวันที่ 31 ธันวาคม และจะต้องต่ออายุภายในวันที่ 1 มกราคม

(5) ผู้สมัครต้องมีอายุสิบแปด (18) ปีขึ้นไป

2.1.5 ใบอนุญาตไม่สามารถโอนได้ ใบอนุญาตที่ออกตามกฎหมายฉบับนี้จะมอบหมายหรือโอนไม่ได้ รวมถึงการดำเนินการต่อไปนี้

1) การขายให้เช่าหรือให้เช่าช่วงของธุรกิจ หรือ
2) การโอนหลักทรัพย์ที่มีส่วนได้เสียในธุรกิจไม่ว่าจะโดยการขายแลกเปลี่ยนหรือวิธีการที่คล้ายคลึงกัน หรือ

3) การจัดตั้งกองทรัสต์ของขวัญหรือกฎหมายอื่นที่คล้ายคลึงกัน ซึ่งโอนความเป็นเจ้าของหรือการควบคุมของธุรกิจยกเว้นการโอนโดยพินัยกรรมหรือการดำเนินการอื่น ๆ ตามกฎหมาย

2.1.6 การแสดงใบอนุญาต⁷⁷

- 1) ใบอนุญาตประกอบธุรกิจบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่หากได้รับอนุญาตจะต้องระบุชื่อบุคคลหรือนิติบุคคลที่ออกให้ วันหมดอายุและที่อยู่ของธุรกิจบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่ที่ได้รับใบอนุญาต ใบอนุญาตจะต้องติดประกาศไว้ในที่ที่เห็นได้ชัดที่หรือใกล้กับทางเข้าสู่สถานที่ที่ได้รับอนุญาตเพื่อให้สามารถอ่านได้ง่ายตลอดเวลาที่เปิดธุรกิจ
- 2) ใบอนุญาตของผู้จัดการที่ปฏิบัติหน้าที่จะต้องติดประกาศไว้อย่างชัดเจนในช่วงเวลาทำการ
- 3) ไม่จำเป็นต้องแสดงใบอนุญาตผู้ให้ความบันเทิง แต่ต้องมีอยู่ในสถานที่เมื่อผู้ให้ความบันเทิงอยู่ในสถานที่เพื่อการตรวจสอบโดยเจ้าหน้าที่ของเมืองหรือหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายที่มีเขตอำนาจในทันที ใบอนุญาตของผู้จัดการและผู้ให้ความบันเทิงจะต้องได้รับการรับรองจากเสมียนสำหรับสถานที่ประกอบธุรกิจที่ผู้จัดการเป็นผู้บริหารและผู้ให้ความบันเทิง
- 4) ไม่ว่าในกรณีใด ๆ จะไม่สามารถยอมรับสำเนาถ่ายเอกสารหรือการทำสำเนารูปแบบอื่น ๆ เพื่อเป็นหลักฐานการออกใบอนุญาตใด ๆ ที่จำเป็นภายใต้กฎหมายนี้
- 5) การละเมิด/การลงโทษ การฝ่าฝืนบทบัญญัติของอนุมาตรานี้ถือเป็นการผิดตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายนี้
- 6) การตรวจสอบใบอนุญาต เมื่อได้รับการร้องขอจากเจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมายหรือผู้ตรวจสอบจะต้องจัดให้มีการตรวจสอบใบอนุญาตนักแสดงที่จำเป็นต้องมีในสถานที่

2.1.7 ข้อกำหนดเพิ่มเติม

- 1) การแยกพื้นที่การแสดงความบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่ ส่วนของสถานที่สตูดิโอเต้นรำเพื่อการเร้าอารมณ์ทางเพศ ซึ่งมีการเต้นรำและความบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่โดยผู้ให้ความบันเทิงจะต้องเป็นเวทีอย่างน้อยซึ่งมีความสูงเหนือระดับที่นั่งของผู้ชมอย่างน้อย 24 นิ้วและจะต้องตั้งอยู่เพื่อให้การเต้น การแสดงหรือโดยผู้ให้ความบันเทิงใด ๆ เกิดขึ้นใกล้กับผู้ชม เกินกว่าสิบ (10) ฟุต เวทีจะต้องมองเห็นได้จากพื้นที่ส่วนกลางของสถานที่และการดูแลของผู้จัดการอย่างน้อยหนึ่ง (1) คน
- 2) แสงสว่าง ต้องจัดให้มีแสงสว่างที่เพียงพอและกระจายอย่างเท่าเทียมกันในและส่วนต่าง ๆ ของสถานที่ซึ่งลูกค้าสามารถมองเห็นได้ชัดเจนตลอดเวลา
- 3) การมองเห็น ห้ามมิให้มีการแสดงความบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่นอกสถานที่ของธุรกิจบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่

⁷⁷ Adult Entertainment Law Section 5.10.050 (E).

4) การสร้างความบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่ ผู้แสดงต้อง

- (1) ไม่ได้รับอนุญาตให้มีส่วนร่วมในพฤติกรรมทางเพศทุกประเภท
- (2) ไม่อนุญาตให้เต้นรำหรือแสดงภาพเปลือยยกเว้นบนเวที
- (3) ไม่อนุญาตให้เรียกร้องหรือยอมรับโดยตรงหรือรับเงินบำเหน็จหรือ

เงินอื่นใดจากผู้สนับสนุน

2.2 ประเทศเกาหลีใต้

ประเทศเกาหลีใต้ ได้มีการตรากฎหมายธุรกิจให้ความบันเทิงที่กระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนปี 1991 (แก้ไขเพิ่มเติมปี 2016) โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

2.2.1 วัตถุประสงค์ของกฎหมาย

วัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้ คือ เพื่อรักษาศีลธรรมและขนบธรรมเนียมทางสังคมที่มีรากฐานมาอย่างดีและเพื่อปกป้องเด็กและเยาวชนจากสภาพแวดล้อมที่เป็นอันตราย โดยการควบคุมการกระทำ ฯลฯ ที่เป็นการละเมิดศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือเป็นอันตรายต่อการเลี้ยงดูที่ดีของเด็กและเยาวชน หรือประกอบกิจการการให้บริการที่ส่งผลกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน⁷⁸

2.2.2 ขอบเขตธุรกิจที่มีผลต่อศีลธรรมของประชาชน

คำว่า “ธุรกิจให้ความบันเทิงที่มีผลกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน” ในกฎหมายนี้ หมายถึง กิจการใด ๆ ดังต่อไปนี้⁷⁹

⁷⁸ Act on the regulation of amusement business affecting public morals 1991, Section 1.

The purpose of this Act is to preserve the well-founded social morals and customs and to protect juveniles from a harmful environment by regulating acts, etc. that are offensive to the good public morals or harmful to a sound upbringing of the juveniles, at any place carrying on an amusement business affecting the public morals.

⁷⁹ Act on the regulation of amusement business affecting public morals 1991, Section 2.

The term "amusement business affecting the public morals" in this Act means any of the following businesses:

1. A business of providing games under subparagraph 6 of Article 2 of the Game Industry Promotion Act and a business of providing multi-distribution games under subparagraph 8 of Article 2 of the same Act;
2. A business of running a video-viewing establishment under subparagraph 16 (a) of Article 2 of the Promotion of the Motion Pictures and Video Products Act;
3. A karaoke machine business under subparagraph 13 of Article 2 of the Music Industry Promotion Act;

- 1) ธุรกิจให้บริการเกมภายใต้อนุวรรค 6 ของมาตรา 2 ของกฎหมายส่งเสริมอุตสาหกรรมเกมและธุรกิจให้บริการเกมในลักษณะหลายรูปแบบทางภายใต้อนุวรรค 8 ของมาตรา 2 ของกฎหมายฉบับเดียวกัน
- 2) ธุรกิจประกอบกิจการสถานประกอบการรับชมวิดีโอภายใต้อนุวรรค 16 (ก) ของมาตรา 2 แห่งกฎหมายส่งเสริมภาพยนตร์และผลิตภัณฑ์วิดีโอ
- 3) กิจการเครื่องเล่นคาราโอเกะภายใต้อนุวรรค 13 ของมาตรา 2 แห่งกฎหมายส่งเสริมอุตสาหกรรมดนตรี
- 4) ธุรกิจที่กำหนดโดยคำสั่งประธานาธิบดีในธุรกิจที่פקธุรกิจห้องอาบน้ำสาธารณะและธุรกิจตัดผมภายใต้มาตรา 2 (1) 2 ถึง 4 ของกฎหมายการควบคุมสาธารณสุข
- 5) ธุรกิจที่กำหนดโดยคำสั่งประธานาธิบดีในบรรดาธุรกิจที่ให้บริการด้านอาหารภายใต้มาตรา 36(1)3 ของกฎหมายสุขาภิบาลอาหาร
- 6) ธุรกิจสถาบันนาฏศิลป์และกิจการห้องเต้นรำตามมาตรา 10 (1) 2 ของกฎหมายการติดตั้งและการใช้สิ่งอำนวยความสะดวกทางการกีฬา
- 7) ธุรกิจอื่น ๆ ที่กำหนดโดยคำสั่งประธานาธิบดี (Presidential Decree) ว่าเป็นการละเมิดศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือที่เป็นอันตรายต่อการเลี้ยงดูของเยาวชน

2.2.3 การควบคุมกำกับการประกอบธุรกิจ

บุคคลที่ประกอบธุรกิจให้ความบันเทิงที่มีผลกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน (รวมถึงผู้ที่ประกอบธุรกิจให้ความบันเทิงที่มีผลกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยไม่ได้รับอนุญาตหรืออนุญาตหรือจดทะเบียนหรือรายงานต่อไปนี้จะเรียกว่า “ผู้ประกอบธุรกิจให้ความบันเทิงที่มีผลกระทบต่อศีลธรรม”) และบุคคลที่มีส่วนร่วมในธุรกิจดังกล่าวซึ่งกำหนดโดยคำสั่งประธานาธิบดีจะต้องไม่กระทำการใด ๆ ต่อไปนี้ ในสถานที่ที่ดำเนินธุรกิจให้ความบันเทิงซึ่งมีผลกระทบต่อศีลธรรมของประชาชน

4. A business determined by Presidential Decree among the lodging business, public bath business, and barbering business under Article 2 (1) 2 through 4 of the Public Health Control Act;

5. A business determined by Presidential Decree among the business providing food services under Article 36 (1) 3 of the Food Sanitation Act;

6. A dance institute business and dance hall business under Article 10 (1) 2 of the Installation and Utilization of Sports Facilities Act;

7. Other businesses prescribed by Presidential Decree as offensive to the good public morals, or harmful to the sound upbringing of juveniles.

1) การจัดให้มีการบริการทางเพศบนถนนตามมาตรา 2(1)2 ของกฎหมายว่าด้วยการลงโทษการจัดให้มีเพศสัมพันธ์เชิงพาณิชย์เป็นต้น

2) กระทบการลามกหรือจัดหรือให้บริการใด ๆ

3) ดำเนินการใด ๆ ต่อไปนี้เกี่ยวกับเอกสารลามก รูปภาพ ภาพเคลื่อนไหว แผ่นเสียง ผลิตภัณฑ์วีดีโอหรืออื่น ๆ

(1) ให้เช่า ขายหรือให้ยืมหรืออนุญาตให้บุคคลอื่นดำเนินการดังกล่าว

(2) อนุญาตให้บุคคลอื่นดูหรือดูได้

(3) การแสดงหรือเก็บไว้เพื่อจุดประสงค์ในการให้เช่า ขาย ให้ยืมดูหรือดู

4) อนุญาตให้บุคคลอื่นมีส่วนร่วมในการพนันหรือการเก็งกำไรอื่น ๆ

2.2.4 การขออนุญาตการประกอบธุรกิจให้ความบันเทิงที่มีผลต่อศีลธรรมสาธารณะ⁸⁰

1) บุคคลที่อนุญาตให้ประกอบธุรกิจให้ความบันเทิงที่มีผลกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนภายใต้กฎหมายอื่น ๆ ให้แจ้งต่อผู้บังคับบัญชาของสถานีตำรวจที่มีเขตอำนาจในเรื่องที่ตั้งของสถานบันเทิงที่มีผลกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังต่อไปนี้

(1) ชื่อและที่อยู่ของบุคคลที่ดำเนินธุรกิจให้ความบันเทิงที่มีผลกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน (ในกรณีของ บริษัท รวมถึงชื่อและที่อยู่ของตัวแทน)

(2) ชื่อและที่อยู่ของสถานที่ประกอบธุรกิจให้ความบันเทิงที่ส่งผลกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

⁸⁰ Act on the regulation of amusement business affecting public morals 1991, Section 4

(1) A person who grants permission for an amusement business affecting the public morals under other Acts (including persons who grant authorization or receive registration or report; hereinafter referred to as "permission-granting agency") shall notify the superintendent of the police station having the jurisdiction over the location of the amusement place affecting the public morals (hereinafter referred to as "superintendent of the police station") of the following matters:

1. Name and address of the person carrying on the amusement business affecting the public morals (in the case of a corporation, including the name and address of its representative);

2. Title and address of the amusement business place affecting the public morals;

3. Type of the amusement business affecting the public morals.

(2) Where a person carrying on the amusement business affecting the public morals suspends or discontinues the business, the contents of the business are changed, or any ground prescribed by Presidential Decree arises, the permission-granting agency shall notify the superintendent of the police station thereof.

(3) ประเภทธุรกิจให้ความบันเทิงที่กระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

2) ในกรณีที่บุคคลที่ประกอบธุรกิจให้ความบันเทิงซึ่งมีผลกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนระดับหรือเล็กกิจการเนื้อหาของธุรกิจมีการเปลี่ยนแปลงหรือเหตุใด ๆ ที่กำหนดโดยคำสั่งประธานาธิบดีเกิดขึ้นหน่วยงานที่ได้รับอนุญาตจะต้องแจ้งผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ตำรวจ สถานีดังกล่าว

2.2.5 การเพิกถอนใบอนุญาต

1) หากผู้ประกอบธุรกิจให้ความบันเทิงที่มีผลกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือบุคคลที่ประกอบธุรกิจดังกล่าวซึ่งถูกกำหนดโดยประธานาธิบดีฝ่าฝืนมาตรา 3 ให้ผู้บังคับบัญชาของสถานีตำรวจแจ้งหน่วยงานที่อนุญาตและผู้บัญชาการ ของบริการภายในแห่งชาติ สำหรับการจับกุม

2) หน่วยงานที่ได้รับอนุญาตเมื่อได้รับแจ้งตามวรรค (1) แล้วให้ดำเนินการบริหารจัดการที่จำเป็นตามรายละเอียดของการแจ้งเช่นการเพิกถอนการอนุญาตการระงับกิจการการสั่งให้ปรับปรุงสิ่งอำนวยความสะดวกเป็นต้น แล้วแจ้งผลการดำเนินการดังกล่าวให้ผู้บังคับบัญชาของสถานีตำรวจทราบ

3) ผู้บัญชาการสำนักงานตำรวจแห่งชาติเกาหลีหรือผู้บริหารองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น ถ้าเป็นจังหวัด หัวหน้าฝ่ายบริหารจะเรียกว่าผู้ว่าราชการจังหวัด (Governor) หรือถ้าเป็นในระดับเมืองจะเรียกว่านายกเทศมนตรี (Mayor) เป็นต้น ทั้งนี้ จะต้องจัดตั้งและดำเนินการระบบแบ่งปันข้อมูลเพื่อแบ่งปันข้อมูลเกี่ยวกับสถานที่ประกอบธุรกิจให้ความบันเทิงที่มีผลกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งได้รับการบริหารจัดการตามวรรค (2)

2.2.6 อำนาจในการเข้าไปในสถานบันเทิง⁸¹

1) หากเห็นว่ามีความจำเป็นเป็นพิเศษผู้กำกับสถานีตำรวจอาจให้เจ้าหน้าที่ตำรวจแห่งชาติคนใดคนหนึ่งเข้าไปในสถานประกอบกิจการสวนสนุกที่มีผลกระทบต่อศีลธรรม

⁸¹ Act on the regulation of amusement business affecting public morals 1991, Section ๕

(1) If deemed extraordinarily necessary, the superintendent of the police station may have any national police official enter an amusement business place affecting the public morals to inspect as to whether a person carrying on the amusement business affecting the public morals and a person engaging such business who is prescribed by Presidential Decree comply with the matters to be observed under Article 3.

(2) The national police official who enters and inspects an amusement business place affecting the public morals pursuant to paragraph (1) shall carry a certificate indicating his/her authority, and produce it to persons concerned.

ของประชาชนเพื่อตรวจสอบว่าบุคคลที่ประกอบธุรกิจให้ความบันเทิงมีผลกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ บุคคลที่มีส่วนร่วมในธุรกิจดังกล่าวซึ่งกำหนดโดยคำสั่งประธานาธิบดีให้ปฏิบัติตามเรื่องที่ต้องปฏิบัติภายใต้มาตรา 3

2) เจ้าหน้าที่ตำรวจแห่งชาติที่เข้าไปตรวจสอบสถานที่ประกอบธุรกิจให้ความบันเทิงที่มีผลกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนตามวรรค (1) จะต้องมิไปรับรองที่ระบุถึงอำนาจของตนและแสดงให้บุคคลที่เกี่ยวข้อง

2.2.7 ความผิดอาญาที่ฝ่าฝืนกฎหมาย

1) ผู้กระทำการจัดให้มีการทางเพศ ฯลฯ ในสถานที่ประกอบธุรกิจให้ความบันเทิงที่มีผลกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยฝ่าฝืนอนุวรรค 1 ของข้อ 3 ต้องระวางโทษจำคุกด้วยการใช้แรงงานไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกิน 30 ล้านบาท

2) บุคคลที่ยินยอมให้บุคคลอื่นกระทำการอันลามกหรือไม่ปฏิบัติตามเรื่องอื่น ๆ ที่จะปฏิบัติในสถานที่ประกอบธุรกิจให้ความบันเทิงที่มีผลกระทบต่อศีลธรรมของประชาชนโดยฝ่าฝืนอนุวรรค 2 ถึง 4 ของมาตรา 3 ต้องระวางโทษจำคุก ด้วยแรงงานไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกิน 20 ล้านบาท

3) ถ้าผู้แทนของนิติบุคคลหรือตัวแทนผู้รับใช้หรือพนักงานอื่น ๆ ของนิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดากระทำความผิดตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 10 เกี่ยวกับกิจการของนิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดาให้ปรับตามที่กำหนดไว้ในมาตราเดียวกัน นอกจากนี้ยังต้องกำหนดโทษปรับต่อนิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดา นอกเหนือจากการลงโทษผู้กระทำความผิด

บทที่ 4

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายการควบคุมสถานประกอบกิจการที่จัดตั้งคล้ายสถานบริการ

1. ปัญหาเกี่ยวกับความไม่ชัดเจนของนิยามของสถานประกอบกิจการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการตามคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 22/2558 และคำสั่งที่ 46/2559

คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 22/2558 เรื่อง มาตรการในการป้องกันและแก้ไขปัญหาการแข่งรถยนต์และรถจักรยานยนต์ในทางและการควบคุมสถานบริการหรือสถานประกอบกิจการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ ลงวันที่ 22 กรกฎาคม 2558 เป็นคำสั่งที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 44 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดระเบียบสังคม โดยเฉพาะในด้านปัญหาการแข่งรถยนต์และรถจักรยานยนต์ในทาง และการควบคุมสถานบริการหรือสถานประกอบกิจการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ เนื่องจากในช่วงหลายปีที่ผ่านมากลุ่มวัยรุ่นซึ่งมีกลุ่มเด็กและเยาวชนรวมอยู่ด้วย มักมีการรวมตัวกันแข่งรถยนต์และรถจักรยานยนต์ในทางอันก่อให้เกิดปัญหาการจราจรและก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญต่อประชาชนที่พักอาศัยอยู่ใกล้เคียง และสถานบริการหลายแห่งตั้งอยู่กระจัดกระจายไม่เหมาะสม ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่ประชาชนผู้อยู่อาศัยในละแวกข้างเคียง นอกจากนี้ยังเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้เกิดปัญหาอาชญากรรมและปัญหาสังคมอื่นๆ ตามมา จึงได้ออกคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติดังกล่าวเพื่อควบคุมและกำกับ ดูแลปัญหาการแข่งรถยนต์และรถจักรยานยนต์ในทาง และการควบคุมสถานบริการ หรือสถานประกอบกิจการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ

ต่อมาหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติได้มีคำสั่ง ที่ 46/2559 เรื่อง แก้ไขเพิ่มเติมคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 22/2558 ลงวันที่ 29 กรกฎาคม พุทธศักราช 2559 เพื่อทำการขยายข้อห้ามมิให้มีการกระทำความผิดของผู้ประกอบกิจการสถานบริการหรือสถานประกอบกิจการใดที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการเพิ่มเติม

จากคำสั่งที่ 2 คำสั่งของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติดังกล่าวข้างต้น นั้น มีประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นจากความไม่ชัดเจนของนิยามของสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการหลายประการ ดังนี้

1.1 ด้วยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาโดยคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 5)⁸² ได้เคยให้ความเห็นตามเรื่องเสร็จที่ 92/2560 ว่า คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 22/2558 มีวัตถุประสงค์ในการแก้ไขปัญหาการให้บริการของสถานประกอบการที่มีลักษณะการให้บริการอาจไม่ครบองค์ประกอบของการเป็นสถานบริการตามบทนิยามคำว่า “สถานบริการ” ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติสถานบริการ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2546

แต่โดยคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 22/2558 ดังกล่าวนั้น มิได้กำหนดความหมายของคำว่า “สถานประกอบการใดที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายสถานบริการ” ไว้เป็นการเฉพาะการพิจารณาความหมายของคำดังกล่าวจึงอาจพิจารณาโดยเทียบเคียงได้จากบทนิยามของคำว่า “สถานบริการ” ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ที่ได้ให้ความหมายว่า หมายถึง สถานที่จัดตั้งขึ้นเพื่อให้บริการโดยหวังประโยชน์ในทางการค้าโดยมีบริการในด้านต่างๆ ได้แก่ สถานเต้นรำสถานอาบน้ำ นวด หรืออบตัวโดยมีผู้ให้บริการ สถานที่มีอาหาร สุรา หรือเครื่องดื่มอย่างอื่นจำหน่ายหรือให้บริการโดยมีผู้ปรนนิบัติลูกค้า หรือมีดนตรี การแสดง การเต้น หรืออุปกรณ์การร้องเพลงหรือสถานที่ที่มีอาหาร สุรา เครื่องดื่มอย่างอื่นจำหน่ายโดยจัดให้มีการแสดงดนตรีหรือการแสดงอย่างอื่นเพื่อการบันเทิงซึ่งปิดทำการหลังเวลา 24.00 นาฬิกา

ประกอบกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมสถานบริการที่อาจดำเนินการไปในทางกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนอันเป็นสถานที่ที่ไม่ควรให้เยาวชนเข้าไปใช้บริการหรือใช้เป็นที่พักผ่อน รวมทั้งเจตนารมณ์ของคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 22/2558 ที่มีวัตถุประสงค์ในการยับยั้งพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมของผู้มีอายุต่ำกว่าสิบปีบริบูรณ์

⁸² เรื่องเสร็จที่ 92/2560 ระบุว่า สถานประกอบการที่ไม่เข้าข่ายการเป็นสถานบริการที่อยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 แต่หากมีการให้บริการในลักษณะที่กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและจำเป็นต้องควบคุมการให้บริการของสถานประกอบการดังกล่าวในทำนองเดียวกับสถานบริการเพื่อยับยั้งพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมของเยาวชน การให้บริการของสถานประกอบการนั้นย่อมมีลักษณะคล้ายกับสถานบริการ โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าจะมีสถานที่ตั้งที่แน่นอนเหมือนกับกรณีสถานบริการตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509

ที่เข้าไปในสถานบริการหรือสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายสถานบริการ ปฏิรูปและจัดระเบียบสังคม ระวังและป้องกันการกระทำอันเป็นผลต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม ตลอดจนลงโทษผู้ประกอบการที่ฝ่าฝืนกฎหมายประกอบกัน

ดังนั้น ซึ่งจะเห็นได้ว่า กฎหมายทั้ง 2 ฉบับ ต่างก็มีวัตถุประสงค์เป็นอย่างเดียวกัน โดยคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 22/2558 จะมีขอบเขตของการใช้บังคับใช้ค่อนข้างที่จะกว้างกว่าสถานบริการตามคำนิยามว่า “สถานบริการ” ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติม เนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่กำหนดขึ้นเพื่อควบคุมทั้งสถานบริการ และสถานบริการบางประเภทที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการด้วย ดังนั้น สถานประกอบการที่ไม่เข้าข่ายการเป็นสถานบริการที่อยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติม แต่หากมีการให้บริการในลักษณะที่กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและจำเป็นต้องควบคุมการให้บริการของสถานประกอบการดังกล่าวในลักษณะทำนองเดียวกับสถานบริการเพื่อยับยั้งพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมของกลุ่มเยาวชน การให้บริการของสถานประกอบการนั้นย่อมมีลักษณะที่มีความคล้ายกับสถานบริการโดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงว่าจะมีสถานที่ตั้งที่แน่นอนเหมือนกรณีสถานบริการตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติม หรือไม่ อย่างไร โดยแนวทางดังกล่าวนี้เช่นว่านี้จะมี ความสอดคล้องกับมาตรการในการควบคุมสถานบริการตามข้อ 4 วรรคสอง⁸³ ของคำสั่งหัวหน้า

⁸³ คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 22/2558 ข้อ 4 ห้ามมิให้ผู้ประกอบกิจการสถานบริการ หรือสถานประกอบการใดที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

- (1) ยินยอมหรือปล่อยให้พลละละเลยให้ผู้มีอายุต่ำกว่ายี่สิบปีบริบูรณ์เข้าไปใช้บริการ
- (2) ขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์แก่ผู้มีอายุต่ำกว่ายี่สิบปีบริบูรณ์
- (3) เปิดทำการเกินกว่าเวลาที่กฎหมายบัญญัติ
- (4) ขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เกินกว่ากำหนดเวลาตามที่มีกฎหมายบัญญัติ
- (5) ยินยอมหรือปล่อยให้พลละละเลยให้มีการพกพาอาวุธติดหรือยาเสพติดเข้าไปในสถานที่ของตน
- (6) ยินยอมหรือปล่อยให้พลละละเลยให้มีการกระทำความผิดฐานค้ำนุชย์ตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้ำนุชย์ในสถานที่ของตน
- (7) ยินยอมหรือปล่อยให้พลละละเลยให้มีการเล่นการพนันอันเป็นความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการพนันในสถานที่ของตน

ในกรณีที่สถานบริการหรือสถานประกอบการใดกระทำการตามวรรคหนึ่งให้ผู้มีอำนาจตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องมีอำนาจเพิกถอนใบอนุญาตหรือสั่งปิดและห้ามมิให้มีการเปิดสถานบริการหรือสถานประกอบการในสถานที่ดังกล่าวอีกเป็นเวลาห้าปีและหากอยู่ในระหว่างการขอต่ออายุใบอนุญาตก็ให้สั่งมิให้ต่ออายุใบอนุญาตและมีให้ออกใบอนุญาตให้แก่ผู้นั้นเป็นเวลาห้าปี

คณะกรรมการความสงบแห่งชาติ ที่ 22/2558 ที่ได้กำหนดให้ผู้มีอำนาจตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องมีอำนาจในการเพิกถอนใบอนุญาตหรือสั่งปิดและห้ามมิให้เปิดสถานบริการในสถานที่ดังกล่าวเป็นเวลา 5 ปี ในกรณีที่มีการกระทำความผิดได้การดำเนินการตามข้อ 4 วรรคสอง จึงไม่ได้จำกัดเฉพาะการเพิกถอนใบอนุญาตสำหรับสถานที่ที่มีที่ตั่งแน่นอนเท่านั้น ด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้ สถานประกอบการแห่งใดที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการตามข้อ 4 ของคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 22/2558 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 46/2559 จึงหมายความว่ารวมถึงสถานประกอบการที่ไม่ครอบงำประกอบเป็นสถานบริการตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติม แต่มีลักษณะการให้บริการที่ทำให้เห็นได้ว่าเป็นที่รวมกลุ่มหรือเป็นแหล่งมั่วสุมอันอาจจะก่อให้เกิดพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมของผู้มีอายุต่ำกว่ายี่สิบปีบริบูรณ์ด้วย

1.2 เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของมาตรา 3 วรรคหนึ่ง (1) ของพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวครั้งล่าสุดได้มีการแก้ไขมาเป็นเวลาล่วงมา 10 กว่าปีแล้ว ที่บัญญัติว่า “สถานบริการ” หมายความว่า สถานที่ตั้งขึ้นเพื่อให้บริการโดยหวังประโยชน์ทางการค้า ดังต่อไปนี้ สถานเต็นรำ รำวง หรือรองเง็ง เป็นปกติธุระประเภทที่มีและประเภทที่ไม่มีคูบริการ การที่กฎหมายกำหนดให้สถานที่ซึ่งดำเนินธุรกิจสถานรำวงและสถานรองเง็งทั้งที่มีคูบริการและไม่มีคูบริการถือเป็นสถานบริการตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509

ภายใต้บังคับตามข้อ ๖ กรณีเป็นสถานบริการหรือสถานประกอบการที่ตั้งอยู่ในบริเวณใกล้เคียงสถานศึกษาหรือหอพักในบริเวณใกล้เคียงสถานศึกษาให้ผู้มีอำนาจตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องสั่งเพิกถอนใบอนุญาตหรือสั่งปิดสถานประกอบการและห้ามมิให้มีการเปิดสถานบริการหรือสถานประกอบการในสถานที่ดังกล่าวอีก

ในการสั่งเพิกถอนหรือสั่งปิดตามวรรคสองหากสถานบริการหรือสถานประกอบการนั้นได้รับใบอนุญาตขายสุราให้ถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายว่าด้วยสุราและให้เจ้าพนักงานสรรพสามิตเพิกถอนใบอนุญาตขายสุราด้วย แต่ถ้าเป็นสถานบริการหรือสถานประกอบการที่ตั้งอยู่ในบริเวณใกล้เคียงสถานศึกษาหรือหอพักในบริเวณใกล้เคียงสถานศึกษาให้เพิกถอนใบอนุญาตขายสุราและห้ามมิให้ออกใบอนุญาตขายสุราให้อีก

คำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตหรือสั่งปิดหรือมิให้ต่ออายุใบอนุญาตให้เป็นที่สุด

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐปล่อยปละละเลยให้มีการออกใบอนุญาตประกอบกิจการสถานบริการหรือใบอนุญาตขายสุราที่ไม่เป็นไปตามข้อกำหนดเกี่ยวกับการออกใบอนุญาตสถานบริการหรือข้อกำหนดการออกใบอนุญาตขายสุราและการขายสุราให้ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นดำเนินการทางแพ่งทางอาญาและทางปกครองกับเจ้าหน้าที่ผู้นั้นอย่างเฉียบขาดและรวดเร็ว

กรณีที่หัวหน้าส่วนราชการหรือผู้บังคับบัญชาปล่อยปละละเลยไม่ดำเนินการตามวรรคหกให้นำมาตรการที่กำหนดไว้ในคำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 69/2557 เรื่องมาตรการป้องกันและแก้ไขปัญหาการทุจริตประพฤติมิชอบลงวันที่ 18 มิถุนายน พุทธศักราช 2557 มาใช้บังคับ

และที่แก้ไขเพิ่มเติม นั้น เป็นการบัญญัติคำนิยามที่ไม่สอดคล้องกับสภาพสังคมปัจจุบัน เนื่องจากสถานบริการประเภทโรงหนังหรือโรงงิ้ว ไม่ได้ได้รับความนิยมเหมือนในสมัยก่อนซึ่งในปัจจุบันสถานบริการดังกล่าวเหล่านี้แทบจะสูญหายไปจากสังคมหรืออาจจะยังมีแต่พบได้น้อยมากโดยเฉพาะอย่างยิ่งการดำเนินการเพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้าโดยจัดเป็นปกติธุระ ในทางตรงกันข้ามการดำเนินการจัดโรงหนังและโรงงิ้วในปัจจุบันจะพบได้ในงานประเพณีหรือตามงานเทศกาลต่าง ๆ โดยมีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริม สนับสนุน และอนุรักษ์วัฒนธรรมประเพณีประจำชาติ

แต่หากเป็นสถานที่ขายอาหารที่มีการให้บริการในรูปแบบต่าง ๆ โดยในปัจจุบันสถานที่ที่กำหนดตามคำนิยามของกฎหมายสถานบริการถูกพัฒนาตามยุคตามสมัยและตามเทคโนโลยีที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน อันมีผลทำให้ผู้ประกอบการของสถานบริการในรูปแบบใหม่ ๆ จะอาศัยช่องว่างโดยไม่ต้องขอใบอนุญาต หรือขออนุญาตจากเจ้าหน้าที่ของรัฐให้สถานที่ของตนเป็นสถานบริการ ในบางกรณีการที่มีการกำหนดกฎหมายที่ตายตัวจะมีผลทำให้ภาคเอกชนหรือผู้ประกอบการอาศัยช่องว่างทางกฎหมายที่ไม่ทันยุคทันสมัยในการคิดและสร้างคำนิยามที่เกี่ยวกับความบันเทิงโดยไม่ยึดติดกับสถานที่ แต่เป็นการสร้างความบันเทิงหรือสิ่งบันเทิงในลักษณะหรือรูปแบบอื่น ๆ ซึ่งจะมีผลทำให้ไม่สามารถนำกฎหมายสถานบริการไปควบคุมการจัดความบันเทิงในรูปแบบเหล่านี้ได้ เช่น ในภาคอีสานของประเทศไทยในปัจจุบันนั้นจะเน้นการตัดแปลงรถเก๋งหรือรถบรรทุกสิบล้อให้เป็นเวทีการแสดงดนตรี และเน้นการติดตั้งเครื่องดนตรี และมีนักร้องบนเวทีเคลื่อนที่ไปแสดงหรือรวมกลุ่มคนทำการแสดงในหลาย ๆ กัน ในแต่ละที่เพื่อเก็บค่าบริการ โดยไม่ต้องขออนุญาตตามกฎหมายในลักษณะสถานบริการ (ซึ่งหากพิจารณาแล้วการขออนุญาตในกรณีนี้จะต้องขออนุญาตตามกฎหมายของกรมการขนส่งด้วยหรือไม่ อย่างไร)⁸⁴ แต่หากเมื่อพิจารณาองค์ประกอบของการจัดงานอย่างละเอียดจะเห็นได้ว่าการแสดงดังกล่าวมีลักษณะที่มีความใกล้เคียงกับการจัดสถานบริการ เพราะมีทั้งดนตรี มีการจำหน่ายสุรา อาหาร หรือการจัดสถานที่ที่เป็นสถานที่ที่มีดนตรี มีการละเล่น โดยจะจัดเฉพาะวันสำคัญ หรือวันหยุดเทศกาลตามปีปฏิทิน ซึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่สามารถที่จะเข้าไปควบคุมดูแลในสถานที่ที่จัดงานตามอาคารหรือสถานที่ต่าง ๆ ที่มีลักษณะใกล้เคียงกับสถานบริการดังกล่าวได้ เนื่องด้วยไม่ใช่สถานบริการในความหมายของคำนิยามตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติม เช่นเดียวกับแพะรถเคลื่อนที่ที่มีการเปิดเพลงให้นักท่องเที่ยวได้เต้นและมีอาหาร สุรา หรือเครื่องดื่มอื่น ๆ ให้บริการ แต่ไม่มีสถานที่แน่นอนใช้เรือลากจูงไปจากที่หนึ่งไปที่หนึ่งไม่ถือเป็นสถานบริการตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติม โดยความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาเมื่อปี พ.ศ. 2552

⁸⁴ <https://mgronline.com/local/detail/9640000001845> สืบค้นเมื่อวันที่ 11 มกราคม 2564

ก็ไม่ต้องขออนุญาตเป็นสถานบริการและไม่ต้องถูกควบคุมตามกฎหมายสถานบริการ⁸⁵ ซึ่งหากพิจารณาถึงองค์ประกอบไม่ว่าการจัดเพื่อประโยชน์หรือเพื่อการค้าจัดโดยให้บริการลักษณะบันเทิง มีสุรา อาหาร ให้บริการแก่ลูกค้า ก็มีรูปแบบเหมือนกับสถานบริการ โดยทั่วไป ทำให้เกิดปัญหาในการควบคุมกลายเป็นแหล่งมั่วสุม สร้างความเดือดร้อนรำคาญ เกิดผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมเป็นผลทำให้ไม่สอดคล้องกับทฤษฎีทางกฎหมายมหาชน คือ หลักนิติรัฐ นั่นเอง

หลายๆ สถานประกอบการจำนวนมากที่ได้มีการเปิดให้บริการใหม่พยายามที่จะอาศัยช่องว่างของกฎหมายและความไม่ชัดเจนในทางปฏิบัติพยายามไม่ให้สถานประกอบการของตนเองมีลักษณะครบองค์ประกอบ⁸⁶ ตามคำนิยามแห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ. ศ. 2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติม โดยผู้ประกอบการจะดำเนินการโดยมีการพยายามปรับองค์ประกอบของการประกอบกิจการให้เข้ากับช่องว่างของกฎหมาย เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้ถูกควบคุมโดยกฎหมายสถานบริการตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ. ศ. 2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติม รวมทั้งมีสถานประกอบการที่มีลักษณะคล้ายสถานบริการแต่ไม่ได้้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยสถานบริการ เนื่องจากขาดองค์ประกอบในการเป็นสถานบริการ อาทิเช่น เรือเชค แพเชค หรือบัสเชค ลานคอนเสิร์ต ลานเบียร์ หรือลานเต้น นอกจากนี้ยังมีสถานประกอบการที่เข้าลักษณะของกฎหมายอื่นเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายสถานบริการ เช่น สถานประกอบการที่มีการค้าประเวณีแอบแฝง แต่ได้เปิดเป็นสถานบริการเพื่อสุขภาพให้บริการนวดแผนโบราณบังหน้า จึงทำให้ได้รับการยกเว้นไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติม แต่จะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเฉพาะ เช่นกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาล และกฎหมายว่าด้วยสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ ซึ่งจะมิกระทบวงสาธารณสุขเป็นผู้รับผิดชอบดูแลในส่วนของกฎหมายที่เกี่ยวข้องดังกล่าว

นอกจากนี้ ในกรณีการควบคุมสถานบริการและสถานประกอบการอื่นที่คล้ายสถานบริการตามคำสั่งคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 22/2558 พบว่า ยังขาดความชัดเจนในแนวปฏิบัติของการบังคับใช้กฎหมาย ทำให้การปฏิบัติที่ไม่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน

ปัญหาความไม่ชัดเจนของคำนิยามของคำว่า “สถานบริการ” ที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ “สถานบริการ” ที่หมายถึง “สถานที่” เป็นถ้อยคำที่มีความหมายไม่ชัดเจน ซึ่งความไม่ชัดเจนดังกล่าวขึ้นอยู่กับกระตีความของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ที่บังคับใช้กฎหมายว่าจะตีความอย่างกว้าง

⁸⁵ สรรวย เกษกุล ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบกิจการสถานบริการ มหาวิทยาลัยปทุมธานีวารสารมหาจุฬานาครธรรมศน์, 6(10), (ธันวาคม 2562)

⁸⁶ การป้องกันและแก้ไขปัญหาสถานบริการในอำนาจหน้าที่ของกระทรวงมหาดไทย นายสุธี ทองแย้ม รองผู้ว่าราชการจังหวัดอุดรธานีรักษาการในตำแหน่งที่ปรึกษาด้านการปกครอง

หรือตีความอย่างแคบ ดังกรณีแพชเคเคลื่อนที่⁸⁷ ในจังหวัดกาญจนบุรี หน่วยงานที่เกี่ยวข้องของระดับจังหวัด กรมการปกครอง และกระทรวงมหาดไทยได้มีความเห็นเป็น 2 ฝ่าย ว่า กิจการดังกล่าวเป็นสถานบริการหรือไม่ ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นว่า⁸⁸ กิจการดังกล่าวไม่เป็นสถานบริการ เนื่องจากคำนิยามของคำว่า “สถานบริการ” ว่าเป็น “สถานที่” จะต้องอยู่กับที่ไม่สามารถเคลื่อนที่ได้ เมื่อแพชเคเคลื่อนที่ได้จึงไม่เป็นสถานบริการ อย่างไรก็ตามในการตีความคำว่า “สถานที่” ตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติม นั้น วัตถุประสงค์เพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อย โดยการควบคุมการประกอบกิจการสถานบริการของเอกชนมิให้ส่งผลกระทบต่อสังคม ดังนั้น หากจะทำการตีความอย่างแคบว่า สถานที่แห่งใดแห่งหนึ่งที่สามารถเคลื่อนที่ได้ เช่น รถยนต์ แพ เรือ ไม่เป็นสถานบริการตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติม สถานที่ดังกล่าวทั้งหลายนั้น ย่อมไม่ถูกควบคุมกำกับการประกอบกิจการ ทำให้กลายเป็นปัญหาเกิดขึ้นอันจะส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม อันไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายในการควบคุมกิจการที่มีลักษณะการดำเนินงานที่อาจส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม

แต่อย่างไรก็ดี หากเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศ เช่น กฎหมายของประเทศอังกฤษ ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยใบอนุญาต ค.ศ. 2003 (Licensing Act 2003) โดยทำการตราขึ้นเพื่อควบคุมการประกอบกิจการสถานบริการ บัญญัติให้ครอบคลุมถึงในกรณีของเรือ แพ หรืออุปกรณ์อื่น ๆ ซึ่งสร้างหรือดัดแปลงเพื่อให้ลอยอยู่บนน้ำ หรือยานพาหนะและโครงสร้างใด ๆ ที่สามารถเคลื่อนที่ได้ โดยหากวัตถุประสงค์ดังกล่าวมีเพื่อใช้จัดแสดงในลักษณะต่าง ๆ เหมือนดังสถานบริการที่ก่อสร้างเป็นการถาวร ก็จะต้องดำเนินการขอใบอนุญาตด้วยเช่นเดียวกัน

ปัญหาความไม่สอดคล้องกับสภาพสังคมในปัจจุบันของคำนิยาม อาจพิจารณาได้ว่าความไม่ครอบคลุมของคำนิยามเป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องเนื่องจากความไม่ชัดเจนของพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติม โดยมาตรา 3 วรรคหนึ่ง (5) ได้บัญญัติให้ “สถานบริการ” หมายความว่า สถานที่ที่มีอาหาร สุราหรือเครื่องดื่มอย่างอื่นจำหน่าย โดยจัดให้มีการแสดงดนตรีหรือการแสดงอื่นใดเพื่อการบันเทิง ซึ่งปิดทำการหลังเวลา 24.00 น. แต่จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏในปัจจุบัน พบว่ามีสถานประกอบการจำนวนมากที่มีลักษณะคล้ายกับสถานบริการตามลักษณะดังกล่าว คือ เป็นสถานที่ที่เปิดให้บริการโดยมีการจำหน่ายอาหาร สุรา หรือเครื่องดื่มอย่างอื่น แต่ทำการปิดการบริการ

⁸⁷ นันทวัฒน์ ทองช่วง ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดคำนิยามของสถานบริการตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยศรีปทุม วิทยาเขตชลบุรี ปีการศึกษา 2555

⁸⁸ เรื่องเสรีจที่ 0486/2555 เรื่อง แพชเคเคลื่อนที่ซึ่งให้บริการเดินรถแก่นักท่องเที่ยวเป็นสถานบริการหรือไม่

หรือปิดกิจการก่อนเวลา 24.00 น. จึงไม่เข้าข่ายสถานบริการตามนิยามของมาตรา 3 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ทั้งนี้ เนื่องจากผู้ประกอบการที่มีลักษณะคล้ายกับสถานบริการมีเจตนาที่จะจงใจหลีกเลี่ยงการบังคับใช้พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งจะต้องเสียค่าธรรมเนียมตามที่กฎหมายกำหนด และต้องดำเนินกิจการภายใต้กรอบวิธีการและเงื่อนไขต่าง ๆ ที่ทำให้เกิดการยุ่งยากและเพิ่มต้นทุนในการประกอบธุรกิจ อาทิ ข้อจำกัดตามพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตพื้นที่เพื่อการอนุญาตหรืองดอนุญาตให้จัดตั้งสถานบริการหรือที่เรียกว่า “กฎหมายโซนนิ่ง” และการเสียค่าธรรมเนียมใบอนุญาต เป็นต้น ทำให้ผู้ประกอบการจำนวนมากหลีกเลี่ยงข้อกำหนดดังกล่าว ทั้งที่กิจการนั้นส่งผลกระทบต่อสังคมเหมือนสถานบริการทุกประการ

1.3 การใช้ดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐเป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องจากความไม่ชัดเจนของนิยามคำว่า “สถานบริการ”

เนื่องจากการนิยามตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ไม่ระบุให้ชัดเจนหรือเฉพาะเจาะจง อีกทั้งมีความหมายที่กว้างจนเกินไป เจ้าหน้าที่รัฐจึงต้องใช้ดุลยพินิจในการตีความถ้อยคำดังกล่าว โดยการใช้อดุลยพินิจจำต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงและเจตนารมณ์ของกฎหมายด้วยเช่นกัน แต่อย่างไรก็ดี ในการตีความกรณีที่เกิดขึ้นกรณีการกฤษฎีกาตอบข้อหารือว่าแพะแคคเคิล่อนที่มีได้เป็นสถานบริการตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 โดยให้เหตุผลว่า “สถานที่” ต้องตั้งอยู่ที่ใดที่หนึ่งเป็นการแน่นอนเท่านั้น ดังนั้น แพะแคคเคิล่อนที่มีมีการเปิดเพลงให้นักท่องเที่ยวได้เต้น และมีอาหาร สุรา หรือเครื่องดื่มอื่นให้บริการ แต่ไม่มีสถานที่ตั้งแน่นอนจึงไม่ใช่สถานบริการที่อยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 ซึ่งการตีความดังกล่าวไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 ที่มุ่งประสงค์ให้มีการควบคุมสถานบริการที่อาจส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และยังอาจก่อให้เกิดการหลีกเลี่ยงการบังคับใช้พระราชบัญญัติดังกล่าวอันจะทำให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายไม่บรรลุผลสัมฤทธิ์อย่างป็นรูปธรรมและสมบูรณ์ได้

2. ปัญหาเกี่ยวกับการควบคุมการจัดตั้งสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ

เนื่องจากการควบคุมการจัดตั้งสถานประกอบการที่คล้ายสถานบริการในปัจจุบันเป็นไปตามคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 22/2558 และที่ 46/2559 นั้น เจ้าหน้าที่จะบังคับใช้กฎหมายได้ต่อเมื่อมีการฝ่าฝืนกฎหมายและมีผลความเสียหายเกิดขึ้นแล้ว ซึ่งปัญหาเกี่ยวกับการควบคุมเกิดขึ้นหลายประการ ดังนี้

2.1 การบังคับใช้กฎหมายในเรื่องของการอนุญาตในการดำเนินกิจการของสถานบริการกับการกำหนดเขตพื้นที่จัดตั้งและระยะเวลาเปิดปิดของสถานบริการเป็นปัญหาที่สำคัญประการหนึ่งของการจัดตั้งสถานประกอบการที่คล้ายสถานบริการ หากพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 17⁸⁹ ของพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติม จะพบว่า วัตถุประสงค์ของบทบัญญัติมาตรานี้เป็นเพียงการกำหนดให้ภาครัฐต้องตรากฎ ระเบียบ หลักเกณฑ์ขึ้นเพื่อจัดสถานบริการให้เกิดความเป็นระเบียบเรียบร้อย และเกิดความสะดวกในการเข้าไปควบคุมดูแลการดำเนินกิจการสถานบริการโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น ซึ่งโดยในเนื้อหาของบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวมิได้มุ่งเน้นที่จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่ภาคเอกชนหรือความต้องการของประชาชนในพื้นที่นั้น ๆ ซึ่งการกำหนดบทบัญญัติของกฎหมายทำให้เอกชนหรือผู้ประกอบการจะอาศัยช่องทางติดต่อกับเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีอำนาจ เพื่อทำการเสนอผลประโยชน์ให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ อันทำให้เกิดการทุจริตและคอร์รัปชันหรือผลประโยชน์ร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการกับเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อให้การประกอบกิจการของตนสามารถที่จะประกอบกิจการได้อยู่รอดปลอดภัย หรือมีกำไรมากขึ้นจากการฝ่าฝืนกฎหมายเนื่องจากในบางกรณีการประกอบกิจการและระยะเวลาในการกำหนดควบคุมเพื่อให้การประกอบกิจการไม่สอดคล้องกัน นอกจากนี้ ยังเกิดปัญหาเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ของรัฐจะอาศัยช่องว่างของกฎหมายในการกำหนดระยะเวลาเปิด - ปิด หรือกำหนดพื้นที่ในการเรียกรับผลประโยชน์จากผู้ประกอบการ เนื่องด้วยไม่มีกฎหมายควบคุมการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ เพราะการพิจารณาอนุญาตหรือไม่อนุญาตจะไปอิงกับเขตพื้นที่อนุญาตหรือไม่อนุญาตเพียงอย่างเดียว และไม่มีกระบวนการในการเข้าตรวจสอบควบคุมการใช้ดุลพินิจดังกล่าวของเจ้าหน้าที่ได้ ในปัจจุบันมีผู้ฝ่าฝืนกฎหมายโดยไม่สนใจการกำหนดเขตหรือระยะเวลาเปิด - ปิด เนื่องจากภาคเอกชนหรือผู้ประกอบการมักมุ่งเน้นแต่กำไรที่ได้มาจากการฝ่าฝืนกฎหมายเท่านั้น

⁸⁹ พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 17 การกำหนดวันเวลาเปิดปิดของสถานบริการ การจัดสถานที่ภายนอกและภายในเพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อย เพื่อความสะอาดหรือเพื่อความสะดวกในการตรวจตราของเจ้าหน้าที่ การใช้คอมพิวเตอร์หรือการให้พนักงานตีหมายเลขประจำตัวในสถานบริการ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

โดยไม่สนใจการบังคับใช้กฎหมาย อาจเนื่องด้วยผู้ประกอบการมองว่ากฎหมายไม่มีความศักดิ์สิทธิ์เพียงพอหรือไม่มีโทษเพียงพอต่อการไม่ฝ่าฝืน หรือในบางกรณีอาจเป็นเพราะเหตุที่เกิดจากเจ้าหน้าที่ของรัฐรู้เห็นเป็นใจโดยการอาศัยช่องว่างทางกฎหมายเพื่อฝ่าฝืนกฎหมาย เป็นผลทำให้การกำหนดเขตพื้นที่อนุญาตจัดตั้งสถานบริการและการกำหนดระยะเวลาเปิด - ปิดไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายได้ตรงตามวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการจัดระเบียบสถานบริการให้เกิดความเรียบร้อย รวมถึงการควบคุมตรวจสอบการดำเนินกิจการสถานบริการ โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ

ซึ่งในการบังคับใช้กฎหมายไม่ได้ผลหรือความไม่เหมาะสมในการบังคับใช้กฎหมายย่อมส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีต่อประชาชน และความสงบสุขของสังคม อันส่งผลทำให้ไม่สอดคล้องกับหลักความเหมาะสม ซึ่งเป็นหลักการที่มีพื้นฐานว่า องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะเลือกใช้มาตรการใดนั้น จะต้องเป็นมาตรการที่พิจารณาแล้วสามารถนำไปสู่ผลตามที่ฝ่ายปกครองต้องการได้⁹⁰ อีกทั้งยังไม่สอดคล้องกับหลักการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นหลักการที่กำหนดให้การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองตามที่กฎหมายบัญญัติเพื่อให้ฝ่ายปกครองได้มีทางเลือกในการตัดสินใจในการกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด เพื่อนำมาปรับใช้กฎหมายให้มีความสอดคล้องเหมาะสมกับข้อเท็จจริงตามยุคสมัยเพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ของกฎหมาย การใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองต้องเป็นไปอย่างอิสระปราศจากการแทรกแซงใด ๆ จะต้องมีความเป็นกลาง โปร่งใส เป็นธรรม และมีเหตุผลในการใช้อำนาจดุลพินิจที่เหมาะสมตรวจสอบได้ อันต่างกับการใช้อำนาจตามอำเภอใจเพราะการใช้อำนาจตามอำเภอใจไม่ใช่เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจ แต่หากเป็นการใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือใช้อำนาจดุลพินิจไปโดยไม่ชอบฝ่ายปกครองอาจถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครองหรือศาลปกครอง และอาจต้องรับผิดชอบทั้งในทางแพ่ง ทางอาญา และทางวินัยจากหน่วยงานของตนเองจากผลแห่งการกระทำนั้นๆ ได้

2.2 กรณีบทลงโทษทางปกครองตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ได้กำหนดวิธีการที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดหรือฝ่าฝืน โดยยึดแนวทางวิธีปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในการออกคำสั่งทางปกครอง โดยอาจไปกระทบสิทธิของผู้ที่ถูกคำสั่งทางการปกครอง และได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ และขั้นตอนที่เหมาะสมในการดำเนินการเพื่อประกันความเป็นธรรมหรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติ แต่หากพิจารณาโทษทางปกครองตามคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 22/2558 และ

⁹⁰ สํารวย เกษกุล ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบกิจการสถานบริการ มหาวิทยาลัยปทุมธานี วารสารมหาจุฬานาครธรรม์ ปีที่ 6 ฉบับที่ 10 (ธันวาคม 2562)

คำสั่งที่ 46/2559⁹¹ ที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดหรือผู้ฝ่าฝืน กลับไม่ได้กำหนดขั้นตอนหลักเกณฑ์วิธีดำเนินการทางปกครองไว้ จึงก่อให้เกิดปัญหาในการปฏิบัติกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทำให้มีการใช้ดุลพินิจในการดำเนินการที่แตกต่างกันและไม่มีมาตรฐานเดียวกัน

บทกำหนดโทษของกฎหมายดังกล่าวข้างต้นนั้นที่เกี่ยวกับการกำหนดโทษทางอาญา และโทษทางปกครองที่จะมุ่งเน้นเฉพาะตัวที่ระบุชื่อเป็นผู้ประกอบกิจการสถานบริการผู้ได้รับใบอนุญาตเท่านั้น สำหรับผู้ที่ให้การช่วยเหลือให้ผู้ประกอบกิจการหรือผู้ใดผู้หนึ่งฝ่าฝืนหรือกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติม และคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติไม่ได้มีการบัญญัติไว้โดยเฉพาะ จึงย่อมส่งผลทำให้เกิดช่องว่างทางกฎหมายในการบังคับใช้ควบคุมการจัดตั้งสถานประกอบการที่เปิดให้บริการ ในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการได้ เนื่องจากในทางปฏิบัติหากผู้ที่เป็นเจ้าของกิจการทำการหลีกเลี่ยงตนเองในการแสดงตนแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ประกอบกิจการ หรือผู้เป็นเจ้าของสถานบริการที่แท้จริง แต่ใช้ให้ตัวแทนหรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าอนิเป็นผู้ขอใบอนุญาต ส่วนเจ้าของที่เป็นผู้ประกอบกิจการ หรือเป็นเจ้าของกิจการจะทำหน้าที่เป็นแหล่งทุนในการประกอบกิจการ หรือทำหน้าที่บริหารงานทั่วไปอยู่เบื้องหลังโดยไม่เกี่ยวข้องกับขออนุญาตหรือการชี้แจงต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในบางกรณีเจ้าของกิจการที่แท้จริงอาจจะหลีกเลี่ยงกฎหมายโดยการทำหน้าที่เป็นเพียงผู้ถือหุ้นในนิติบุคคลที่เป็นผู้ประกอบกิจการของสถานบริการนั่นเอง ซึ่งในกรณีดังกล่าวทำให้เกิดปัญหาเนื่องจากหากเจ้าหน้าที่ของรัฐปิดสถานบริการที่ผิดกฎหมาย ทั้งกรณีไม่มีใบอนุญาตหรือประกอบกิจการสถานบริการแล้วประกอบกิจการไม่เป็นไปตามที่พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติม หรือที่กฎหมายอื่นกำหนด เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐปิดสถานประกอบการ หรือเพิกถอนใบอนุญาตประกอบการ เจ้าของกิจการตัวจริงหรือผู้ให้ความช่วยเหลือในการเปิดสถานบริการหรือดำเนินกิจการสถานบริการที่ผิดกฎหมายก็ยังสามารถดำเนินการประกอบกิจการ โดยการเปลี่ยนชื่อผู้ขออนุญาต และเปลี่ยนสถานที่ทำการใหม่ ทำให้สามารถประกอบกิจการต่อเนื่องไปได้โดยไม่เกรงกลัวต่อกฎหมายบ้านเมือง และในกรณีที่ถึงแม้เจ้าหน้าที่ของรัฐจะรู้ตัวหรือสืบทราบว่าเป็นเจ้าของหรือผู้ให้ความช่วยเหลือในการดำเนินกิจการสถานบริการที่กระทำความผิดต่อกฎหมาย หน่วยงาน

⁹¹ ข้อ 6/1 ผู้ใด

(1) เปิดสถานบริการหรือสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการภายในระยะเวลาห้าปีนับแต่วันที่คำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตหรือคำสั่งปิดตามข้อ 4 วรรคสอง หรือข้อ 5 วรรคสอง

(2) เปิดให้บริการสถานที่ขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์หรือสถานบริการหรือสถานประกอบการที่ตั้งอยู่ในบริเวณใกล้เคียงสถานศึกษาหรือหอพักในบริเวณใกล้เคียงสถานศึกษาอันเป็นการฝ่าฝืนคำสั่งตามข้อ 4 วรรคสาม หรือข้อ 6 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

ของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ไม่สามารถที่จะเข้าไปจับกุมการกระทำความผิดหรือการช่วยเหลือการกระทำความผิดนั้น ๆ ได้ เนื่องจากไม่มีกฎหมายใดให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐว่าการให้ความช่วยเหลือผู้ประกอบการตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ถือเป็นความผิดต่อกฎหมาย ข่มขู่ไม่สอดคล้องกับหลักการลงโทษทางปกครองและหลักการลงโทษทางอาญานั้นเอง

เรื่องความเหมาะสมของโทษในการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ.2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติม นั้น เนื่องจากโทษทางอาญาและโทษทางปกครองที่มีในปัจจุบันไม่เหมาะสมกับการกระทำความผิด เช่น การพักใช้ใบอนุญาตที่มีระยะเวลาสั้นไป คือ สูงสุดเพียง 90 วัน ทำให้ผู้ประกอบการไม่เกรงกลัวกฎหมาย โดยยอมเสี่ยงที่จะทำผิดกฎหมายเนื่องจากโทษน้อยและการประกอบการมีผลตอบแทนสูง และแม้จะมีคำสั่งคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติที่ 22/2558 ที่บัญญัติให้เพิกถอนใบอนุญาต หรือสั่งปิดและห้ามมิให้มีการเปิดสถานบริการหรือสถานประกอบการในสถานที่ดังกล่าวอีกเป็นเวลา 5 ปี และหากอยู่ในระหว่างการขอต่ออายุใบอนุญาตก็ให้สั่งมิให้ต่ออายุใบอนุญาต และมีให้ออกใบอนุญาตให้แก่ผู้นั้นเป็นเวลา 5 ปี จะเป็นการที่เข้ามาแก้ปัญหาสถานบริการก็ตาม แต่ผลตอบแทนที่สูงก็ยังเป็นเหตุผลที่ผู้ประกอบการยอมเสี่ยงที่จะกระทำความผิดกฎหมาย และการที่มีการบังคับใช้กฎหมายโดยการสั่งปิดสถานที่ตั้งของสถานบริการจะมีผลให้สถานที่ที่ถูกสั่งปิดไม่สามารถประกอบการเดิมได้ ต้องมีการประกอบกิจการที่ไม่เกี่ยวข้องกับกิจการเดิม จึงทำให้เจ้าของสถานที่ที่ได้รับผลกระทบเพราะส่วนใหญ่ผู้ประกอบการมักจะเช่าสถานที่ดำเนินการ จึงทำให้เจ้าของสถานที่ที่แท้จริงซึ่งไม่ได้ร่วมกระทำ ความผิดด้วย ต้องได้รับผลกระทบจากการถูกเจ้าหน้าที่ของรัฐสั่งปิด ต้องขาดรายได้ และต้องหาผู้มาเช่าสถานที่รายใหม่⁹²

2.3 ในปัจจุบันการตรวจตราสถานบริการเพื่อให้การประกอบกิจการสถานบริการเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด

เจ้าหน้าที่ของรัฐ (ฝ่ายปกครอง) จะอาศัยอำนาจตามกฎหมายต่าง ๆ เช่นพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติม คำสั่งคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติที่ 22/2558 และคำสั่งที่ 46/2559 ในการตรวจสอบการประกอบกิจการของภาคเอกชนผู้ประกอบการสถานบริการ ซึ่งเมื่อพิจารณากระบวนการในการตรวจตราสถานบริการตามขั้นตอนของกฎหมาย จะพบว่า ฝ่ายปกครองจะอาศัยขั้นตอนและกระบวนการในการตรวจตราและควบคุมตามกฎหมายการตรวจตราสถานบริการ และสถานประกอบการตามนโยบายการจัดระเบียบสังคม ซึ่งคู่มือที่กำหนดขั้นตอนและกระบวนการในการตรวจ

⁹² เกศนิญา ทองกร ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสถานบริการ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต วิทยาเขตบางนา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

ตราและควบคุมสถานประกอบการดังกล่าวไม่มีสถานะทางกฎหมาย เป็นเพียงคู่มือที่ใช้ในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น การที่ฝ่ายปกครองอาศัยเพียงคู่มือที่ไม่มีสถานะทางกฎหมาย เป็นแนวทางปฏิบัติ ส่งผลทำให้เกิดปัญหาการคุ้มครองสิทธิของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติว่า ในการปฏิบัติงานอาจจะไปกระทบสิทธิของประชาชนหรือผู้ประกอบการสถานบริการได้ และเมื่อกระทบแล้วหากเกิดการฟ้องร้องในชั้นศาลต่อมาได้ เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ปฏิบัติอาจจะไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย นอกจากนี้ ยังเกิดปัญหาเกี่ยวกับมาตรฐานของขั้นตอนว่าวิธีการและมาตรฐานตามที่คู่มือกำหนดไว้นั้น ได้มาตรฐานเพียงพอในการที่จะไปกระทบสิทธิของเอกชนหรือของประชาชนหรือไม่ อีกทั้ง

เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของคู่มือดังกล่าว จะพบว่า แนวทางปฏิบัติส่วนใหญ่จะต้องอาศัยแนวหนังสือสั่งการในทางปฏิบัติร่วมกับคู่มือในการปฏิบัติหน้าที่ เพราะเมื่อไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนเป็นการเฉพาะเอาไว้แล้ว ซึ่งมีเพียงคู่มือก็จะส่งผลทำให้ในบางกรณีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจอย่างกว้าง หรือใช้ดุลพินิจในการตีความอำนาจที่ตนมีเกินไปกว่าที่กฎหมายกำหนดเอาไว้หรือเกินกว่าที่ตนเองมีอำนาจตามกฎหมาย อันส่งผลทำให้มีการกระทบสิทธิต่อประชาชนหรือภาคเอกชน โดยไม่มีความจำเป็น เป็นผลทำให้ไม่เกิดความสอดคล้องกับหลักการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ที่มีหลักการพื้นฐานว่า ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองตามที่กฎหมายบัญญัติเพื่อให้ฝ่ายปกครองได้มีทางเลือกในการตัดสินใจกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดเพื่อปรับใช้กฎหมายให้มีความสอดคล้องเหมาะสมกับข้อเท็จจริงตามยุคตามสมัยเพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ตามกฎหมาย นอกจากนี้ การนำหนังสือสั่งการมาบังคับใช้ เพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจในการปฏิบัติงานตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติม จึงเป็นกรณีที่เป็นการกระทำที่ไม่สอดคล้องกับหลักการตรากฎ ซึ่งมีหลักการพื้นฐานว่าการที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะออกกฎหมายเพื่อนำมาใช้บังคับกับประชาชนทั่วไป จะต้องมีการบัญญัติในระดับพระราชบัญญัติให้อำนาจให้กระทำได้ หรือกฎที่อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายแม่บท และกฎหมายแม่บทกำหนดไว้ว่ากฎ สามารถมีเนื้อหาในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้

2.4 ปัญหาในการควบคุมดูแลสถานบริการอีกประการที่สำคัญ คือ กรณีมีการพักใบอนุญาตในความผิดฐานค่าประเวณี⁹³ พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ได้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถที่จะมีอำนาจพักใบอนุญาตได้ไม่เกินครั้งละ 60 วัน ทั้งนี้ ตามนัยมาตรา 21 ของพระราชบัญญัติดังกล่าวระบุว่า “ในกรณีที่ผู้รับอนุญาตตั้งสถาน

⁹³ พรพิชชา ยศไพโรจน์ ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติสถานบริการ พ. ศ. 2509
วิทยานิพนธ์ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต (วิทยาเขตบางนา) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

บริการของคุณสมบัติ หรือเมื่อสถานบริการใดดำเนินการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ยินยอมหรือปล่อยให้พลละเลยให้มีการมั่วสุม เพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดหรือมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดในสถานบริการ หรือดำเนินการโดยไม่ปฏิบัติตามหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ หรือกฎกระทรวงที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจไม่ต่ออายุใบอนุญาตหรือสั่งพักใช้ใบอนุญาต หรือสั่งเพิกถอนใบอนุญาตได้ โดยให้คำนึงถึงความร้ายแรงของการกระทำความผิด”

ซึ่งในการสั่งพักใช้ใบอนุญาตได้นั้นจะให้สั่งพักได้ตามกำหนดตาม (1) และ (2) ซึ่งทั้งใน 2 กรณีนี้ มิได้มีการบัญญัติคำจำกัดความ ว่า ความผิดซ้ำประเวณีไว้เหมือนกับพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบทั้งสองอย่างด้วยกันแล้วพบว่าการซ้ำประเวณีนั้นมีพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการซ้ำประเวณี ส่วนเรื่องยาเสพติดก็มีพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ ดังนั้น เมื่อคำจำกัดความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดได้บัญญัติเป็นลักษณะการกระทำความผิดดังกล่าวไว้ การพบความผิดฐานการซ้ำประเวณีในสถานบริการก็สมควรให้มีลักษณะของความผิดเช่นเดียวกัน

ทั้งนี้ ในการกำหนดการพักใบอนุญาตของผู้ประกอบกิจการสถานบริการในฐานความผิดเกี่ยวกับการซ้ำประเวณีสมควรให้เท่ากับความผิดในฐานที่พบยาเสพติด ก็เพื่อให้เป็นไปตามมาตรการในการป้องกันและการควบคุมสถานบริการหรือสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ ตามคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 22/2558 และหากปรากฏข้อเท็จจริงว่า ประชาชนต่างได้รับความเดือดร้อนหรือเกิดความรำคาญและได้รับอันตรายจากแหล่งประกอบสถานบริการ จึงจำเป็นต้องกำหนดมาตรการเพื่อป้องกันภัยสังคม อีกทั้งก็เพื่อระงับยับยั้งและแก้ไขปัญหาการรวมกลุ่มหรือมั่วสุมเพื่อก่อความเสียหายแก่ผู้อื่น นอกจากนี้ก็เพื่อสร้างจิตสำนึกรับผิดชอบให้แก่เด็กและเยาวชน ผู้ปกครอง รวมถึงผู้ที่เกี่ยวข้องในสังคมในทุกๆ ภาคส่วน ให้มีความตระหนักรู้ถึงความปลอดภัย การให้ความคุ้มครองกับชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน รวมตลอดทั้งเป็นการยับยั้งพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมของผู้มีอายุต่ำกว่า 20 ปีบริบูรณ์ที่เข้าไปในสถานบริการหรือสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ

3. ปัญหาเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้จัดตั้งสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการรวมทั้งบุคลากร

ในการขออนุญาตตั้งสถานบริการ ผู้ขออนุญาตจะต้องมีคุณสมบัติของผู้ขออนุญาตจัดตั้งสถานบริการซึ่งจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และกฎหมายที่เกี่ยวข้องที่สำคัญ ดังนี้

3.1 การขออนุญาตตั้งสถานบริการ

พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 4 บัญญัติว่า ห้ามมิให้ผู้ใดตั้งสถานบริการ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่

การขออนุญาตตั้งสถานบริการตามมาตรา 4 ในกรุงเทพมหานครให้ยื่นคำขอต่อผู้กำกับการหรือรองผู้กำกับการ ซึ่งเป็นหัวหน้าสถานีตำรวจนครบาลท้องที่ ในจังหวัดอื่นให้ยื่นคำขอต่อนายอำเภอหรือปลัดอำเภอผู้เป็นหัวหน้าประจำกิ่งอำเภอท้องที่ที่สถานบริการนั้นตั้งอยู่

3.1.1 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการขออนุญาตตั้งสถานบริการ

1) ด้านคุณสมบัติของผู้ขออนุญาต (ม.6)

- (1) มีอายุไม่ต่ำกว่า 20 ปีบริบูรณ์
- (2) ไม่มีความประพฤติเสื่อมเสียหรือบกพร่องในศีลธรรม
- (3) ไม่วิกลจริตหรือจิตฟั่นเฟือน
- (4) ไม่เป็นโรคติดต่อร้ายแรง
- (5) ไม่เคยต้องโทษความผิดเกี่ยวกับเพศ การค้าหญิงและเด็กหญิง การทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุอันลามก การปรามการค้าประเวณี
- (6) ไม่มีประวัติกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้จนถูกสั่งเพิกถอนใบอนุญาตภายในระยะเวลาสามปี และไม่เป็นผู้เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่ากระทำความผิดทางอาญาอันมีลักษณะที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น กฎหมายว่าด้วยยาเสพติดให้โทษ กฎหมายว่าด้วยวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการใช้สารระเหย หรือกฎหมายว่าด้วยมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด⁹⁴

⁹⁴ กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการขออนุญาตและการดำเนินกิจการสถานบริการ พ.ศ.2549 ข้อ 3 ในการพิจารณาอนุญาตให้ตั้งสถานบริการ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่คำนึงถึงประวัติการกระทำความผิดต่อกฎหมายของผู้ขออนุญาตตั้งสถานบริการ โดยผู้ขออนุญาตต้องไม่มีประวัติการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้จนถูกสั่งเพิกถอนใบอนุญาตภายในระยะเวลาสามปีและไม่เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่ากระทำความผิดทางอาญาอันมีลักษณะที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

2) หลักฐานและเอกสารที่ใช้ในการยื่นขออนุญาตตั้งสถานบริการ

(1) บุคคลธรรมดา

ก. สำเนาบัตรประจำตัวประชาชน

ข. สำเนาทะเบียนบ้าน

ค. ใบรับรองแพทย์แผนปัจจุบัน ชั้น 1 รับรองว่าผู้ขออนุญาตไม่วิกลจริต หรือจิตฟั่นเฟือนและไม่เป็นโรคติดต่อร้ายแรง

ง. แบบแปลนแผนผังแสดงพื้นที่การให้บริการของสถานบริการ และปริมาตรของสถานบริการ โดยใช้มาตราส่วนไม่เล็กกว่า 1 ใน 500

จ. แผนที่สังเขปแสดงบริเวณที่ตั้งสถานบริการ

ฉ. หลักฐานแสดงว่าอาคารที่ใช้ตั้งสถานบริการได้รับอนุญาตให้ใช้อาคารตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร หรือใบรับรองการตรวจสอบสภาพอาคาร โดยผู้ซึ่งได้รับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพวิศวกรรมควบคุม หรือผู้ซึ่งได้รับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพสถาปัตยกรรมควบคุม ตามกฎหมายว่าด้วยกรนั้น

ช. รูปถ่ายครึ่งตัว หน้าตรง ไม่สวมหมวก ขนาด 4x6 เซนติเมตรของผู้ขออนุญาตตั้งสถานบริการ ซึ่งถ่ายมาแล้วไม่เกินหกเดือน จำนวน 3 รูป

ซ. หลักฐานแสดงความเป็นเจ้าของอาคารหรือสถานที่ที่ใช้ตั้งสถานบริการหรือหนังสือแสดงความยินยอมให้ใช้อาคารหรือสถานที่ที่ขออนุญาตตั้งสถานบริการในกรณีที่อาคารหรือสถานที่นั้นเป็นของผู้อื่น

(2) นิติบุคคล

ก. สำเนาหนังสือรับรองหรือหลักฐานการเป็นนิติบุคคล ซึ่งแสดงรายการเกี่ยวกับชื่อ วัตถุประสงค์ ที่ตั้งสำนักงาน และผู้มีอำนาจลงนามผูกพันนิติบุคคลที่เป็นปัจจุบัน

ข. หนังสือแต่งตั้งผู้แทนนิติบุคคล ซึ่งต้องเป็นกรรมการหรือบุคคลผู้มีอำนาจลงนามผูกพันนิติบุคคล ส่วนหลักฐานอื่นๆ ให้ดำเนินการเช่นเดียวกันกับกรณีบุคคลธรรมดา ยื่นขออนุญาตตั้งสถานบริการ

กรณีพนักงานเจ้าหน้าที่ได้รับผลการตรวจสอบประวัติหลังจากที่ได้พิจารณาออกใบอนุญาต หากพบว่าผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการเป็นผู้ขาดคุณสมบัติ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่เพิกถอนใบอนุญาตดังกล่าว

กรณีที่ได้ประสงค์จะประกอบกิจการสถานบริการหลายประเภท อยู่ในสถานที่แห่งเดียวกันให้พนักงานเจ้าหน้าที่พิจารณาออกใบอนุญาตให้ตั้งสถานบริการหนึ่งประเภท สำหรับพื้นที่การให้บริการหนึ่งพื้นที่

3.2 การต่ออายุใบอนุญาตให้ตั้งสถานบริการ

พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 10 บัญญัติว่า “ใบอนุญาตให้ตั้งสถานบริการให้ใช้ได้จนถึงวันที่ 31 ธันวาคม ของปีที่ออกใบอนุญาต ผู้รับอนุญาต ผู้ใดประสงค์จะขอต่ออายุใบอนุญาต จะต้องยื่นคำขอเสียก่อนใบอนุญาตสิ้นอายุ เมื่อได้ยื่นคำขอ ดังกล่าวแล้ว จะประกอบกิจการต่อไปก็ได้จนกว่าพนักงานเจ้าหน้าที่จะสั่งไม่อนุญาตให้ต่ออายุ ใบอนุญาตนั้น”

3.2.1 หลักฐานในการยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาตให้ตั้งสถานบริการ

- 1) สำเนาใบอนุญาตให้ตั้งสถานบริการ
- 2) รูปถ่ายครึ่งตัว หน้าตรง ไม่สวมหมวก ขนาด 4 x 6 เซนติเมตร ของผู้ขอต่ออายุใบอนุญาตหรือผู้แทนนิติบุคคลที่ถ่ายมาแล้วไม่เกินหกเดือน จำนวน 2 รูป
- 3) ใบรับรองแพทย์แผนปัจจุบันชั้น 1 รับรองว่าผู้ขอต่ออายุใบอนุญาตหรือผู้แทนนิติบุคคล มีคุณสมบัติตามมาตรา 6 (3) และ (4)

(1) ในกรณีหลักฐานและเอกสารที่ยื่นไว้ในการขออนุญาตตั้งสถานบริการ มีการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลง ผู้ขอต่ออายุใบอนุญาตต้องยื่นหลักฐานและเอกสารที่มีการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงด้วย

ส่วนหลักเกณฑ์เกี่ยวกับประวัติการกระทำความผิดและสถานที่ตั้ง ให้ดำเนินการเช่นเดียวกันกับกรณีการขออนุญาตตั้งสถานบริการ⁹⁵

⁹⁵ กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการขออนุญาตและการดำเนินกิจการสถานบริการ พ.ศ.2549 ข้อ 6 ผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการผู้ใดประสงค์จะขอต่ออายุใบอนุญาต ให้ยื่นคำขอ ณ สถานที่และบุคคลตามที่กำหนดไว้ในข้อ 2 ก่อนวันที่ใบอนุญาตสิ้นอายุพร้อมด้วยหลักฐานและ เอกสารดังต่อไปนี้

- (1) สำเนาใบอนุญาตให้ตั้งสถานบริการ
- (2) รูปถ่ายครึ่งตัว หน้าตรง ไม่สวมหมวก ขนาด 4x6 เซนติเมตร ของผู้ขอต่ออายุใบอนุญาต หรือผู้แทนนิติบุคคลซึ่งถ่ายมาแล้วไม่เกินหกเดือน จำนวน 2 รูป
- (3) ใบรับรองแพทย์แผนปัจจุบันชั้น 1 รับรองว่าผู้ขอต่ออายุใบอนุญาตหรือผู้แทนนิติบุคคล มีคุณสมบัติตามมาตรา 6 (3) และ (4)

ในกรณีที่หลักฐานและเอกสารที่ยื่นไว้ในการขออนุญาตตามข้อ 1 มีการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงผู้ขอต่ออายุใบอนุญาตต้องยื่นหลักฐานและเอกสารที่มีการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงด้วย

3.3 การขอเปลี่ยนผู้รับอนุญาตหรือผู้ดำเนินกิจการ⁹⁶

การขอเปลี่ยนผู้รับอนุญาตถือเป็นการโอนใบอนุญาต ซึ่งตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ.2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติม มิได้กำหนดไว้ให้โอนใบอนุญาตแก่กันได้แต่อย่างใด (ใบอนุญาตเป็นการเฉพาะตัว) พนักงานเจ้าหน้าที่จึงไม่มีอำนาจที่จะอนุญาตให้เปลี่ยนผู้รับอนุญาตหรือโอนใบอนุญาตให้แก่กันได้ ยกเว้น การขอเปลี่ยนบุคคลซึ่งเป็นผู้ดำเนินกิจการแทนนิติบุคคลให้อยู่ในดุลพินิจของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามที่เห็นสมควร⁹⁷

3.4 การจัดทำ การเก็บรักษา และการแจ้งเปลี่ยนแปลงบัตรประวัติพนักงาน⁹⁸

3.4.1 การจัดทำบัตรประวัติ

ผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการต้องจัดทำบัตรประวัติของพนักงาน ลูกจ้าง คู่บริการ ผู้บำเรอ ผู้บริการอาบน้ำ นวด หรืออบตัว และคนรับใช้ของสถานบริการก่อนเริ่มเข้าทำงานในสถานบริการนั้น จำนวน 2 ชุด

3.4.2 การเก็บรักษาบัตรประวัติ

ข้อ 7 ให้นำหลักเกณฑ์ในข้อ 3 ข้อ 4 และข้อ 5 มาใช้บังคับกับการอนุญาตให้ต่ออายุใบอนุญาตให้ตั้งสถานบริการ โดยอนุโลม

⁹⁶ ร.ต.ต.หญิงสายสุณี ไหมทอง เจ้าพนักงานปกครอง 5 ส่วนการสอบสวนคดีอาญา สำนักงานสอบสวนและนิติการ กรมการปกครองคำอธิบายกฎหมายสถานบริการ

⁹⁷ คำสั่งกระทรวงมหาดไทยที่ 483/2521 ลงวันที่ 28 สิงหาคม 2521 ข้อ 8 ในกรณีสถานบริการบางแห่งร้องขอเปลี่ยนผู้รับอนุญาต หรือโอนกรณีนิติบุคคลซึ่งเป็นผู้รับอนุญาตขอเปลี่ยนบุคคลซึ่งเป็นผู้ดำเนินกิจการสถานบริการแทนนิติบุคคล การขอเปลี่ยนแปลงทั้งสองกรณีนี้ ให้ผู้บัญชาการตำรวจนครบาลหรือผู้ว่าราชการจังหวัด แล้วแต่กรณีถือปฏิบัติดังนี้

(1) กรณีที่มีการขอเปลี่ยนผู้รับอนุญาต กรณีเช่นนี้ถือได้ว่าเป็นการโอนใบอนุญาต ซึ่งตามกฎหมายว่าด้วยสถานบริการมิได้กำหนดไว้ให้โอนแก่กันได้แต่อย่างใด ฉะนั้นพนักงานเจ้าหน้าที่จึงไม่มีอำนาจที่จะอนุญาตให้เปลี่ยนผู้รับอนุญาต หรือโอนใบอนุญาตให้แก่กันได้

(2) กรณีที่นิติบุคคลซึ่งเป็นผู้รับอนุญาตขอเปลี่ยนบุคคลซึ่งเป็นผู้ดำเนินกิจการแทนนิติบุคคล ให้อยู่ในดุลพินิจของพนักงานเจ้าหน้าที่พิจารณาตามที่เห็นสมควร หากเห็นสมควร อนุญาตให้แก้ไขใบอนุญาตตามความประสงค์ของผู้ขอได้โดยไม่ต้องเรียกเก็บค่าธรรมเนียม และให้จัดแจ้งไว้ให้เป็นหลักฐานในใบอนุญาตให้ชัดเจนว่า ได้มีการเปลี่ยนผู้ดำเนินกิจการสถานบริการแทนนิติบุคคล และให้ปิดรูปถ่ายของผู้ดำเนินกิจการแทนไว้ด้วย

⁹⁸ กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการขออนุญาตและการดำเนินกิจการสถานบริการ พ.ศ.2549 ข้อ 9 -12

ให้เก็บรักษาบัตรประวัติพนักงานไว้ ณ สถานบริการ จำนวน 1 ชุด เพื่อให้สามารถตรวจสอบได้ตลอดเวลา และส่งไปเก็บรักษาไว้ ณ สถานที่ที่ยื่นขออนุญาตตั้งสถานบริการ (อำเภอ/กิ่งอำเภอ) จำนวน 1 ชุด

3.4.3 การแจ้งเปลี่ยนแปลงบัตรประวัติ

ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงรายการในบัตรประวัติพนักงาน ผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการต้องแจ้งการเปลี่ยนแปลงรายการภายในเจ็ดวัน นับแต่วันเปลี่ยนแปลง ณ สถานที่และบุคคลที่ยื่นขออนุญาตตั้งสถานบริการ (อำเภอ/กิ่งอำเภอ)

3.4.4 บัตรประวัติซึ่งเก็บรักษาไว้ ณ สถานบริการสูญหาย ถูกทำลาย หรือชำรุดในสาระสำคัญ

ผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการต้องจัดทำบัตรประวัติใหม่ ภายในกำหนดเจ็ดวัน นับแต่วันที่บัตรนั้นสูญหาย ถูกทำลายหรือชำรุดในสาระสำคัญ⁹⁹

3.5 การติดหมายเลขประจำตัวพนักงาน¹⁰⁰

3.5.1 ผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการต้องจัดให้พนักงาน ลูกจ้าง คู่บริการ ผู้บำเรอ ผู้บริการอาบน้ำ นวด หรืออบตัว และคนรับใช้ของสถานบริการติดหมายเลขประจำตัวซึ่งตรงกับหมายเลขประจำตัวในบัตรประวัติของบุคคลนั้น ไว้ที่อกเสื้อด้านขวามือในขณะปฏิบัติงานสถานบริการ

3.5.2 ป้ายหมายเลขประจำตัว ให้ทำเป็นรูปวงกลมขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางไม่น้อยกว่า 5 เซนติเมตร พื้นสีแดงสำหรับคู่บริการ ผู้บำเรอ และผู้บริการอาบน้ำ นวด หรืออบตัว และพื้นที่สีน้ำเงินสำหรับพนักงาน ลูกจ้างและคนรับใช้ โดยหมายเลขประจำตัวให้ใช้เลขอารบิกสีขาว และใต้ตัวเลขให้มีอักษรย่อหรือชื่อเต็มของสถานบริการขนาดพอสมควร

⁹⁹ พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 15 ในกรณีบัตรประวัติซึ่งเก็บรักษาไว้ ณ สถานบริการสูญหายถูกทำลายหรือชำรุดในสาระสำคัญ ผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการต้องจัดทำบัตรประวัติใหม่ ภายในกำหนดเจ็ดวันนับแต่วันที่บัตรนั้นสูญหาย ถูกทำลาย หรือชำรุดในสาระสำคัญ และให้นำความในมาตรา 14 บรรทัดแรก มาใช้บังคับโดยอนุโลม

¹⁰⁰ กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการขออนุญาตและการดำเนินกิจการสถานบริการ พ.ศ.2549 ข้อ 15 ผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการต้องจัดให้พนักงาน ลูกจ้าง คู่บริการ ผู้บำเรอ ผู้บริการอาบน้ำ นวด หรืออบตัว และคนรับใช้ของสถานบริการติดหมายเลขประจำตัวซึ่งตรงกับหมายเลขประจำตัวในบัตรประวัติของบุคคลนั้น ไว้ที่อกเสื้อด้านขวามือในขณะปฏิบัติงานในสถานบริการ

ป้ายหมายเลขประจำตัวตามวรรคหนึ่ง ให้ทำเป็นรูปวงกลมขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางไม่น้อยกว่า 5 เซนติเมตร พื้นสีแดงสำหรับคู่บริการ ผู้บำเรอ และผู้บริการอาบน้ำ นวด หรืออบตัว และพื้นที่สีน้ำเงินสำหรับพนักงาน ลูกจ้างและคนรับใช้ โดยหมายเลขประจำตัวให้ ใช้เลขอารบิกสีขาว และใต้ตัวเลขให้มีอักษรย่อหรือชื่อเต็มของสถานบริการขนาดพอสมควร

จากหลักเกณฑ์และกฎหมายที่เกี่ยวข้องข้างต้น เกิดปัญหาในทางปฏิบัติหลายประการ ดังนี้

1) การใช้อำนาจหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ในการอนุญาตและเพิกถอนใบอนุญาตตามมาตรา 3 มาตรา 4 และมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติมในการขออนุญาตตั้งสถานบริการและเพิกถอนใบอนุญาตตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ให้อำนาจแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ในการพิจารณาอนุญาตให้จัดตั้งสถานบริการและส่งเพิกถอนใบอนุญาตตามมาตรา 4 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดตั้งสถานบริการ เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ โดยในการพิจารณาอนุญาตพนักงานเจ้าหน้าที่จะต้องคำนึงถึงประวัติการกระทำ ความผิดต่อกฎหมายของผู้ขออนุญาตตั้งสถานบริการประกอบด้วย หลักเกณฑ์ และวิธีการขออนุญาตและการอนุญาตตามวรรคหนึ่งและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับประวัติการทำความผิดต่อกฎหมายของผู้ขออนุญาตตั้งสถานบริการตามวรรคสอง รวมทั้งการขอต่ออายุใบอนุญาตและการอนุญาตให้ต่ออายุใบอนุญาต ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง” โดยพนักงานเจ้าหน้าที่ในกรณีนี้คือ ผู้บัญชาการตำรวจนครบาล สำหรับในเขตกรุงเทพมหานคร และผู้ว่าราชการจังหวัดสำหรับในเขตจังหวัดอื่น ซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัตินี้ ทั้งนี้ ในการยื่นขอใบอนุญาตเพื่อจัดตั้งสถานบริการจะต้องเป็นไปตามกำหนดระเบียบวิธีการแห่งกฎกระทรวง

แต่ในทางปฏิบัติ กลับพบว่าอำนาจในการอนุมัติใบอนุญาตจัดตั้งสถานบริการเป็นสิทธิเด็ดขาดของพนักงานเจ้าหน้าที่เพียงแค่มุบุคคลเดียว กรณีจึงส่งผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือและอาจเกิดความเสียหายแก่ประชาชนและประเทศอันเกิดจากการใช้อำนาจดังกล่าว ซึ่งในทางหลักความเป็นจริงแล้วการปฏิบัติงานในส่วนราชการจะดำเนินการให้เกิดผลสัมฤทธิ์และมีประสิทธิภาพได้นั้น ผู้ที่มีอำนาจหน้าที่ดังกล่าวจะต้องคำนึงถึงการกระทำของตนเองอย่างระมัดระวัง เกรงครัดและรอบคอบ เพราะหากใช้อำนาจไม่ถูกวิธีและขั้นตอน ย่อมส่งผลกระทบต่อเกิดขึ้นหลายด้านได้เสมอเช่นกัน ดังนั้นในการประกอบสถานบริการจึงมีความจำเป็นที่จะต้องมียุคคลที่มีความรู้หลาย ๆ ด้าน หลากหลายอาชีพ เพื่อเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในการให้อำนาจในการตัดสินใจพิจารณาทั้งประเด็นการขออนุญาตการจัดตั้งสถานบริการ และการส่งเพิกถอนใบอนุญาตดังกล่าว

2) คุณสมบัติในการขอใบอนุญาตจัดตั้งสถานบริการใหม่ กรณีมีการเพิกถอนใบอนุญาตและมีคำสั่งเป็นที่สุดแล้วคุณสมบัติ คือ กฎ ข้อกำหนดรูปแบบ แบบแผน หรือตัวที่จะกำหนดมาตรฐาน เพื่อให้การปฏิบัตินั้น ๆ เป็นไปในทิศทางเดียวกัน ซึ่งตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ได้กำหนดถึงคุณสมบัติของผู้ขอใบอนุญาตจัดตั้งสถานบริการไว้อย่างชัดเจน ดังนี้

- (1) อายุไม่ต่ำกว่ายี่สิบปีบริบูรณ์
- (2) ไม่เป็นผู้มีความประพฤติเสื่อมเสียหรือบกพร่องในศีลธรรม
- (3) ไม่เป็นผู้วิกลจริต หรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ
- (4) ไม่เป็นผู้เจ็บป่วยด้วยโรคติดต่ออันเป็นที่รังเกียจแก่สังคม โรคพิษสุราเรื้อรัง หรือโรคยาเสพติดให้โทษอย่างร้ายแรง

(5) ไม่เป็นผู้เคยต้องรับโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญาในความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการค้าหญิงและเด็กหญิง ตามกฎหมายว่าด้วยการปรามการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุอันลามก หรือตามกฎหมายว่าด้วยการปรามการค้าประเวณี

ในกรณีที่ดินบุคคลเป็นผู้ขออนุญาตตั้งสถานบริการ ผู้แทนของนิติบุคคลนั้นต้องมีคุณสมบัติตามความในวรรคก่อน

จากกฎหมายมาตราดังกล่าวไม่ได้ระบุ หรือกำหนดถึงการขอจัดตั้งสถานบริการใหม่ อันหมายถึงการขอจัดตั้งสถานบริการอีกครั้งของบุคคลเดิมที่เคยมีการขอจัดตั้งไปแล้ว(การขอใบอนุญาตซ้ำ) อันสืบเนื่องมาจากบุคคลดังกล่าวได้ถูกเพิกถอนใบอนุญาตมาก่อน โดยมีคำสั่งถึงที่สุดตามมาตรา 22¹⁰¹ วรรคสอง ทั้งนี้ อาจทำให้เกิดเป็นช่องโหว่ให้ผู้กระทำความผิดสามารถกลับมาขอใบอนุญาตใหม่ได้อีกครั้ง

4. วิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายการควบคุมสถานประกอบการที่จัดตั้งคล้ายสถานบริการในต่างประเทศ

หากพิจารณาถึงกฎหมายการควบคุมสถานประกอบการที่จัดตั้งคล้ายสถานบริการในต่างประเทศ โดยเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกามีระบบการปกครองแบบสหพันธรัฐซึ่งแต่ละรัฐจะมีอำนาจบริหาร อำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจตุลาการของตนเอง เว้นแต่ในกรณีที่เป็นกิจกรรมระดับสหพันธ์ ดังนั้น การเปรียบเทียบเกี่ยวกับมาตรการของกฎหมายสถานบริการดังกล่าวในประเทศสหรัฐอเมริกา จึงจะได้ศึกษากฎหมายสถานบริการของเมืองเคนส์ (Kent) ซึ่งอยู่ในรัฐวอร์ชิงตัน (Washington) โดยทำการเปรียบเทียบกับประเทศเกาหลีใต้ มีสาระสำคัญ ดังนี้

¹⁰¹ พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 22 ในกรณีพนักงานเจ้าหน้าที่สั่งพักใช้หรือสั่งเพิกถอนใบอนุญาต ผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการในกรุงเทพมหานครมีสิทธิอุทธรณ์ต่ออธิบดีกรมตำรวจ ในจังหวัดอื่นผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการมีสิทธิอุทธรณ์ต่อปลัดกระทรวงมหาดไทย การอุทธรณ์ให้กระทำภายในกำหนดสิบห้าวัน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือพนักงานเจ้าหน้าที่แจ้งการสั่งพักใช้หรือสั่งเพิกถอนการอนุญาต

คำวินิจฉัยของอธิบดีกรมตำรวจหรือปลัดกระทรวงมหาดไทย แล้วแต่กรณี ให้เป็นที่สิ้นสุด

ตารางที่ 4.1 ตารางการเปรียบเทียบกฎหมายในสหรัฐอเมริกา เกาหลีใต้ และไทย

	สหรัฐอเมริกา	เกาหลีใต้	ไทย
ชื่อกฎหมาย	Adult Entertainment Law (Washington)	Act on the regulation of amusement business affecting public morals 1991 (แก้ไขเพิ่มเติมปี 2016)	- คำสั่งหัวหน้า คณะรักษาความสงบ แห่งชาติที่ 22/2558 - พระราชบัญญัติสถาน บริการ พ.ศ. 2509
วัตถุประสงค์	เพื่อควบคุมธุรกิจบันเทิง สำหรับผู้ใหญ่และกิจกรรม ที่เกี่ยวข้องเพื่อส่งเสริม สุขภาพความปลอดภัย ศีลธรรมและสวัสดิภาพ ทั่วไปของพลเมืองในเมือง เคนท์และเพื่อกำหนด กฎระเบียบที่เหมาะสม และสม่ำเสมอเพื่อป้องกัน การจัดตั้งธุรกิจบันเทิง สำหรับผู้ใหญ่ ในสถานที่ ต่าง ๆ ภายในเมืองซึ่งจะ ส่งผลร้ายต่อผู้อยู่อาศัยใน เมือง จุดประสงค์ของบทนี้ คือเพื่อบรรเทาปัญหาทาง สังคมที่ไม่พึงปรารถนาที่ เกิดขึ้นกับธุรกิจบันเทิง สำหรับผู้ใหญ่และเพื่อออก กฎระเบียบที่เป็นกลางด้าน เนื้อหาซึ่งจัดการกับ ผลกระทบของธุรกิจ บันเทิงสำหรับผู้ใหญ่ ตลอดจนปัญหาสุขภาพที่ เกี่ยวข้องกับธุรกิจดังกล่าว	เพื่อรักษาศีลธรรมและ ขนบธรรมเนียมทางสังคมที่ มีรากฐานมาอย่างดีและเพื่อ ปกป้องเด็กและเยาวชนจาก สภาพแวดล้อมที่เป็น อันตรายโดยการควบคุมการ กระทำ ฯลฯ ที่เป็นการ ละเมิดศีลธรรมอันดีของ ประชาชนหรือเป็นอันตราย ต่อการเลี้ยงดูที่ดีของเด็กและ เยาวชน หรือประกอบ กิจการการให้บริการที่ส่งผล กระทบต่อศีลธรรมอันดีของ ประชาชน	- เพื่อการยับยั้งพฤติกรรม ที่ไม่เหมาะสมของผู้มีอายุ ต่ำกว่า 20 ปี บริบูรณ์ที่ เข้าไปในสถานบริการ หรือสถานประกอบการ ที่เปิดให้บริการใน ลักษณะที่คล้ายสถาน บริการ ปฏิรูปและจัด ระเบียบสังคม ระเบียบและ ป้องกันการกระทำอัน เป็นผลต่อความสงบ เรียบร้อยของสังคม ตลอดจนลงโทษ ผู้ประกอบการที่ฝ่าฝืน กฎหมาย - เพื่อที่จะควบคุมสถาน บริการที่อาจดำเนินการ ไปในทาง กระทบกระเทือนต่อ ความสงบเรียบร้อยและ ศีลธรรมอันดีของ ประชาชนอันเป็นสถานที่ ที่ไม่ควรที่จะให้เยาวชน หรือเด็กเข้าไปใช้บริการ หรือใช้เป็นที่มั่วสุมกัน

ตารางที่ 4.1 (ต่อ)

	สหรัฐอเมริกา	เกาหลีใต้	ไทย
คำนิยาม	<p>- ความบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่ (Adult entertainment) หมายถึง การเต้นรำ การให้ความบันเทิง การแสดง การจัดแสดงสินค้าวัสดุ นิทรรศการ การสร้างแบบจำลอง หรือการแสดงอันใดที่คล้ายคลึงกันสำหรับการใช้งานหรือประโยชน์ของสมาชิกหรือสมาชิกสาธารณะหรือโฆษณาเพื่อการใช้งานหรือประโยชน์</p> <p>- ธุรกิจบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่ (Adult entertainment business) หมายถึง สถานที่ประกอบการใด ๆ ที่ให้ความบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายนี้รวมถึง อาร์เคดสำหรับผู้ใหญ่ ร้านหนังสือสำหรับผู้ใหญ่ ร้านขายอุปกรณ์ทางเพศสำหรับผู้ใหญ่ ร้านวิดีโอสำหรับผู้ใหญ่ โรงภาพยนตร์สำหรับผู้ใหญ่และสตูดิโอเต้นรำ</p>	<p>คำว่า "ธุรกิจให้ความบันเทิงที่มีผลกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน" ในกฎหมายฉบับนี้หมายถึงกิจการใด ๆ ดังต่อไปนี้</p> <p>1. ธุรกิจให้บริการเกมภายใต้อนุวรรค 6 ของมาตรา 2 ของกฎหมายส่งเสริมอุตสาหกรรมเกมและธุรกิจให้บริการเกมในลักษณะหลายรูปแบบทางภายใต้อนุวรรค 8 ของมาตรา 2 ของกฎหมายฉบับเดียวกัน</p> <p>2. ธุรกิจประกอบกิจการสถานประกอบการรับชมวิดีโอภายใต้อนุวรรค 16 (ก) ของมาตรา 2 แห่งกฎหมายส่งเสริมภาพยนตร์และผลิตภัณฑ์วิดีโอ</p> <p>3. ธุรกิจกิจการเครื่องเล่นคาราโอเกะภายใต้อนุวรรค 13 ของมาตรา 2 แห่งกฎหมายส่งเสริมอุตสาหกรรมดนตรี</p> <p>4. ธุรกิจที่กำหนดโดยคำสั่งประธานาธิบดีในธุรกิจที่พักธุรกิจห้องอาบน้ำสาธารณะและธุรกิจตัดผมภายใต้มาตรา 2 (1) 2 ถึง 4</p>	<p>- ไม่ได้กำหนดคำนิยามไว้</p> <p>- สถานที่จัดตั้งขึ้นเพื่อให้บริการโดยหวังประโยชน์ในทางการค้า โดยมีบริการในด้านต่าง ๆ ได้แก่ สถานเต้นรำ สถานที่อาบน้ำ นวดหรืออบตัวโดยมีผู้ให้บริการ สถานที่มีอาหาร สุรา หรือเครื่องดื่มอย่างอื่นจำหน่ายหรือให้บริการโดยมีผู้ปรนนิบัติลูกค้า หรือมิคนตรี การแสดง การเต้น หรืออุปกรณ์การร้องเพลงหรือสถานที่ที่มีอาหาร สุรา เครื่องดื่มอย่างอื่นจำหน่ายโดยจัดให้มีการแสดงดนตรีหรือการแสดงอย่างอื่นเพื่อการบันเทิงซึ่งปิดทำการหลังจากเวลา 24.00 นาฬิกา</p>

ตารางที่ 4.1 (ต่อ)

	สหรัฐอเมริกา	เกาหลีใต้	ไทย
		ของกฎหมายการควบคุม สาธารณสุข 5. ธุรกิจที่กำหนดโดยคำสั่ง ประธานาธิบดีในบรรดา ธุรกิจที่ให้บริการด้าน อาหารภายใต้มาตรา 36 (1) 3 ของกฎหมาย สุขภาพอาหาร 6. ธุรกิจสถาบันนาศิลป์ และกิจการห้องเดินร่าตาม มาตรา 10 (1) 2 ของ กฎหมายการติดตั้งและ การใช้สิ่งอำนวยความสะดวก สะดวกทางการกีฬา 7. ธุรกิจอื่น ๆ ที่กำหนดโดย คำสั่งประธานาธิบดี (Presidential Decree) ว่า เป็นการละเมิดศีลธรรม อันดีของประชาชนหรือที่ เป็นอันตรายต่อการเลี้ยงดู ของเยาวชน	
การขออนุญาต	ตามกฎหมายของ สหรัฐอเมริกานับ ตั้งกล่าวจะต้องมี ใบอนุญาตประกอบธุรกิจ บันเทิงสำหรับผู้ใหญ่ ห้ามมิให้บุคคลหรือ หน่วยงานใดใช้ทรัพย์สิน หรือสถานที่ใดสำหรับ	บุคคลที่อนุญาตให้ประกอบ ธุรกิจให้ความบันเทิงที่มี ผลกระทบต่อศีลธรรมอันดี ของประชาชนภายใต้ กฎหมายอื่น ๆ ให้แจ้งต่อ ผู้บังคับบัญชาของสถานี ตำรวจที่มีเขตอำนาจในเรื่อง ที่ตั้งของสถานบันเทิงที่มี	ให้อำนาจแก่พนักงาน เจ้าหน้าที่ในการพิจารณา อนุญาตให้จัดตั้งสถาน บริการและสั่งเพิกถอน ใบอนุญาตตามมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติสถาน บริการ พ.ศ. 2509

ตารางที่ 4.1 (ต่อ)

สหรัฐอเมริกา	เกาหลีใต้	ไทย
ธุรกิจบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่ ภายในเมืองเคนต์ชเวิน ภายในพื้นที่ที่ได้รับ อนุญาตให้ตั้งธุรกิจ ดังกล่าวตามที่ระบุไว้ใน KCC 15.08.270 และจะไม่ มีการจัดตั้งธุรกิจบันเทิง สำหรับผู้ใหญ่ ดำเนินการ หรือบำรุงรักษาในเมือง เวินแต่เจ้าของหรือ ผู้ดำเนินการดังกล่าวจะ ได้รับใบอนุญาตประกอบ ธุรกิจบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่ จากผู้ให้อนุญาต และถือ เป็นเรื่องผิดกฎหมาย สำหรับผู้ให้ความบันเทิง พนักงานหรือผู้ดำเนินการ ใด ๆ ให้บริการใด ๆ ที่ เกี่ยวข้องโดยตรงกับการ ดำเนินธุรกิจบันเทิง สำหรับผู้ใหญ่สาธารณะที่ ไม่มีใบอนุญาต ¹⁰² การมีการฝ่าฝืน บทบัญญัติของกฎหมาย ฉบับนี้จะถือเป็นการ กระทำผิดตามที่กำหนดไว้ ในกฎหมายนี้ โดย ค่าธรรมเนียมรายปีสำหรับ ใบอนุญาตประกอบกิจการ	ผลกระทบต่อศีลธรรมอันดี ของประชาชน ดังต่อไปนี้ 1. ชื่อและที่อยู่ของบุคคลที่ ดำเนินธุรกิจให้ความ บันเทิงที่มีผลกระทบต่อ ศีลธรรมอันดีของ ประชาชน (ในกรณีของ บริษัท รวมถึงชื่อและที่อยู่ ของตัวแทน) 2. ชื่อและที่อยู่ของสถานที่ ประกอบธุรกิจให้ความ บันเทิงที่ส่งผลกระทบต่อ ศีลธรรมอันดีของ ประชาชน 3. ประเภทธุรกิจให้ความ บันเทิงที่กระทบต่อ ศีลธรรมอันดีของ ประชาชนในกรณีที่ บุคคลที่ประกอบธุรกิจ ให้ความบันเทิงซึ่งมี ผลกระทบต่อศีลธรรม อันดีของประชาชนระงับ หรือเลิกกิจการเนื้อหา ของธุรกิจมีการ เปลี่ยนแปลงหรือเหตุใด ๆ ที่กำหนดโดยคำสั่ง ประธานาธิบดีเกิดขึ้น หน่วยงานที่ได้รับอนุญาต จะต้องแจ้งผู้บังคับบัญชา	ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ คำนึงถึงประวัติการกระทำ ความผิดต่อกฎหมายของ ผู้ขออนุญาตตั้งสถานบริการ ประกอบด้วย หลักเกณฑ์ และวิธีการขออนุญาตและ การอนุญาตตามวรรคหนึ่ง และหลักเกณฑ์เกี่ยวกับ ประวัติการกระทำความผิด ต่อกฎหมายของผู้ขอ อนุญาตตั้งสถานบริการตาม วรรคสอง รวมทั้งการขอต่อ อายุใบอนุญาตและการ อนุญาตให้ต่ออายุ ใบอนุญาต ให้เป็นไปตาม ที่กำหนดในกฎกระทรวง” โดยพนักงานเจ้าหน้าที่ คือ ผู้บัญชาการตำรวจนครบาล สำหรับกรุงเทพมหานคร และผู้ว่าราชการจังหวัด สำหรับในจังหวัดอื่น ซึ่ง กำหนดไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัตินี้

¹⁰² Adult Entertainment Law Section 5.10.050 License required.

ตารางที่ 4.1 (ต่อ)

สหรัฐอเมริกา	เกาหลีใต้	ไทย
<p>สตูดิโอเค็นรา กำหนด อัตรา ห้าร้อยดอลลาร์ (\$ 500) ค่าธรรมเนียม ใบอนุญาตรายปีสำหรับ ธุรกิจบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่ อื่น ๆ ทั้งหมดภายใต้ กฎหมายนี้มีกำหนดอัตรา หนึ่งร้อยห้าสิบดอลลาร์ (\$150) และใบอนุญาตจะ หมดอายุทุกปีในวันที่ 31 ธันวาคมและจะต้องต่อ อายุภายในวันที่ 1 มกราคม ซึ่งผู้ขอมิใบอนุญาตต้องมี อายุสิบแปด (18) ปีขึ้นไป ผู้จัดการและนักแสดง จะต้องมีใบอนุญาตสำหรับ ผู้จัดการและนักแสดง (License for managers and entertainers required) หาก ผู้จัดการหรือผู้ให้ความ บันเทิงในธุรกิจบันเทิง สำหรับผู้ใหญ่โดยไม่มี ใบอนุญาตที่ถูกต้องมี ความผิดอาญาประเภท ลหุโทษ</p>	<p>ของเจ้าหน้าที่ตำรวจ สถานี ดังกล่าว</p>	

ตารางที่ 4.1 (ต่อ)

	สหรัฐอเมริกา	เกาหลีใต้	ไทย
ใบอนุญาต	ใบอนุญาตประกอบธุรกิจ บันเทิงสำหรับผู้ใหญ่หาก ได้รับอนุญาตจะต้องระบุ ชื่อบุคคลหรือนิติบุคคลที่ ออกให้ วันหมดอายุและที่ อยู่ของธุรกิจบันเทิง สำหรับผู้ใหญ่ที่ได้รับ ใบอนุญาต ใบอนุญาต จะต้องติดประกาศไว้ในที่ ที่เห็นได้ชัดที่หรือใกล้กับ ทางเข้าสู่สถานที่ที่ได้รับ อนุญาตเพื่อให้สามารถ อ่านได้ง่ายตลอดเวลาที่ เปิดธุรกิจ ใบอนุญาตนั้น ไม่จำเป็นต้องแสดง ใบอนุญาตผู้ให้ความ บันเทิง แต่ต้องมีอยู่ใน สถานที่เมื่อผู้ให้ความ บันเทิงอยู่ในสถานที่เพื่อ การตรวจสอบโดย เจ้าหน้าที่ของเมืองหรือ หน่วยงานบังคับใช้ กฎหมายที่มีเขตอำนาจ ในพื้นที่ ใบอนุญาตของ ผู้จัดการและผู้ให้ความ บันเทิงจะต้องได้รับการ รับรองจากเสมียนสำหรับ สถานที่ประกอบธุรกิจที่ ผู้จัดการเป็นผู้บริหารและ ผู้ให้ความบันเทิง	หากผู้ประกอบการให้ ความบันเทิงที่มี ผลกระทบต่อศีลธรรม อันดีของประชาชน หรือ บุคคลที่ประกอบธุรกิจ ดังกล่าวซึ่งถูกกำหนด โดยประธานาธิบดีฝ่าย มาตรา 3 ให้ ผู้บังคับบัญชาของ สถานีตำรวจแจ้ง หน่วยงานที่อนุญาต และผู้บัญชาการของ บริการภาษีแห่งชาติ สำหรับการจัดเก็บภาษี หน่วยงานที่ได้รับ อนุญาตเมื่อได้รับแจ้งตาม วรรค (1) แล้วให้ ดำเนินการบริหารจัดการ ที่จำเป็นตามรายละเอียด ของการแจ้งเช่นการเพิก ถอนการอนุญาตการ ระงับกิจการการสั่งให้ ปรับปรุงสิ่งอำนวยความสะดวก สะดวกเป็นต้น แล้วแจ้ง ผลการดำเนินการดังกล่าว ให้ผู้บังคับบัญชาของ สถานีตำรวจทราบผู้ บัญชาการสำนักงาน ตำรวจแห่งชาติเกาหลี หรือผู้บริหารองค์กร ปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น	ในการพิจารณาอนุญาตให้ ตั้งสถานบริการ ให้พนักงาน เจ้าหน้าที่คำนึงถึงประวัติ การกระทำความผิดต่อ กฎหมายของผู้ขออนุญาตตั้ง สถานบริการ โดยผู้ขอ อนุญาตต้องไม่มีประวัติการ กระทำความผิดตาม พระราชบัญญัตินี้จนถูกสั่ง เพิกถอนใบอนุญาตภายใน ระยะเวลาสามปีและไม่เคย ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่า กระทำความผิดทางอาญา อันมีลักษณะที่ขัดต่อความ สงบเรียบร้อย หรือศีลธรรม อันดีของประชาชน

ตารางที่ 4.1 (ต่อ)

	สหรัฐอเมริกา	เกาหลีใต้	ไทย
		ถ้าเป็นจังหวัดหัวหน้าฝ่ายบริหารจะเรียกว่าผู้ว่าราชการจังหวัด (Governor) หรือถ้าเป็นในระดับเมืองจะเรียกว่านายกเทศมนตรี (Mayor) เป็นต้น ทั้งนี้ จะต้องจัดตั้งและดำเนินการระบบแบ่งปันข้อมูลเพื่อแบ่งปันข้อมูลเกี่ยวกับสถานที่ประกอบธุรกิจให้ความบันเทิงที่มีผลกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งได้รับการบริหารจัดการตามวรรค (2)	
คุณสมบัติผู้จัดตั้ง	ผู้ขอมีใบอนุญาตต้องมีอายุสิบแปด (18) ปีขึ้นไป	ไม่ปรากฏในกฎหมายฉบับดังกล่าวเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ขอจัดตั้ง	มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 ได้บัญญัติถึงคุณสมบัติของผู้ขอใบอนุญาตจัดตั้งสถานบริการ ไว้อย่างชัดเจน ดังนี้ (1) อายุไม่ต่ำกว่ายี่สิบปีบริบูรณ์ (2) ไม่เป็นผู้ที่มีความประพฤติเสื่อมเสียหรือบกพร่องในศีลธรรม (3) ไม่เป็นผู้วิกลจริต หรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ (4) ไม่เป็นผู้เจ็บป่วยด้วยโรคติดต่ออันเป็นที่

ตารางที่ 4.1 (ต่อ)

	สหรัฐอเมริกา	เกาหลีใต้	ไทย
			<p>รังเกียจแก่สังคม โรคพิษสุราเรื้อรัง หรือโรคยาเสพติดให้โทษอย่างร้ายแรง</p> <p>(5) ไม่เป็นผู้เคยต้องรับโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา ในความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการค้าหญิงและเด็กหญิง ตามกฎหมายว่าด้วยการปรามการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุอันลามก หรือตามกฎหมายว่าด้วยการปรามการค้าประเวณีในกรณีที่ดินบุคคลเป็นผู้ขออนุญาตตั้งสถานบริการ ผู้แทนของนิติบุคคลนั้นต้องมีคุณสมบัติตามความในวรรคก่อน</p>
การละเมิด/การลงโทษ	<p>การฝ่าฝืนบทบัญญัติของอนุमतรานี้ถือเป็นการผิดตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายนี้</p> <p>การสร้างความบันเทิงสำหรับผู้ใหญ่นี้ ผู้แสดงต้องไม่ได้รับอนุญาตให้มีส่วนร่วมในพฤติกรรมทางเพศทุกประเภท ใม่อนุญาต</p>	<p>1. หากผู้กระทำการจัดให้มีการทางเพศ ฯลฯ ในสถานที่ประกอบธุรกิจให้ ความบันเทิงที่มีผลกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยฝ่าฝืนอนุวรรค 1 ของข้อ</p> <p>3 ต้องระวางโทษจำคุกด้วยการใช้แรงงานไม่เกิน</p>	<p>- ตามคำสั่ง คสช. การเพิกถอน/ไม่ให้ต่ออายุใบอนุญาต/สั่งปิด สูงสุด 5 ปี จำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท</p> <p>- พักใบอนุญาตสูงสุดไม่เกิน 90 วัน</p>

ตารางที่ 4.1 (ต่อ)

สหรัฐอเมริกา	เกาหลีใต้	ไทย
ให้เดินร่าหรือแสดงภาพเปลือยยกเว้นบนเวที และ	สามปีหรือปรับไม่เกิน 30 ล้านวอน	
ไม่อนุญาตให้เรียกร้องหรือยอมรับโดยตรงหรือรับเงินบำเหน็จหรือเงินอื่นใดจากผู้สนับสนุน	2. บุคคลที่ยินยอมให้บุคคลอื่นกระทำการอันลามกหรือไม่ปฏิบัติตามเรื่องอื่น ๆ ที่จะปฏิบัติในสถานที่ประกอบธุรกิจ	
บุคคลใดก็ตามที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติใด ๆ ของบทนี้ที่ก่อให้เกิดความผิดทางอาญา เมื่อมีการพิพากษาลงโทษ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งพันดอลลาร์ (\$1,000) หรือจำคุกไม่เกินกว่าเก้าสิบ (90) วัน หรือทั้งค่าปรับและโทษจำคุก ¹⁰³	3. ถ้าผู้แทนของนิติบุคคลหรือตัวแทนผู้รับใช้หรือพนักงานอื่น ๆ ของนิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดากระทำความผิดตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 10 เกี่ยวกับกิจการของนิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดา ให้ปรับตามที่กำหนดไว้ในมาตราเดียวกัน นอกจากนี้ยังต้องกำหนดโทษปรับต่อนิติ	ให้ความบันเทิงที่มีผลกระทบต่อศีลธรรมของประชาชนโดยฝ่าฝืนอนุวรรค 2 ถึง 4 ของมาตรา 3 ต้องระวางโทษจำคุก ด้วยแรงงานไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกิน 20 ล้านวอน

¹⁰³ Adult Entertainment Law Section 5.10.230 Violation - Penalty - Misdemeanor

ตารางที่ 4.1 (ต่อ)

สหรัฐอเมริกา	เกาหลีใต้	ไทย
	บุคคลหรือบุคคลธรรมดา	
	นอกเหนือจากการลงโทษ	
	ผู้กระทำความผิด	

จากตารางเปรียบเทียบกฎหมายทั้ง 3 ประเทศดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า คำนิยามของสถานบริการมีความหมายที่ค่อนข้างชัดเจน ว่าสถานบริการหมายถึงสถานที่แบบใดบ้าง และแต่ละสถานที่ที่มีการควบคุม มีการขออนุญาตต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ชัดเจน และธุรกิจสถานบริการแบบใดที่ต้องห้ามในการขออนุญาต ดังนั้น หากพิจารณาคำนิยามของกฎหมายไทยตามมาตรา 3 วรรคหนึ่ง (1) ของพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติม “สถานบริการ” ยังไม่สอดคล้องกับสภาพสังคมปัจจุบัน ดังจะเห็นได้จากสถานบริการประเภทวางหรือรองเง็งในปัจจุบันแทบจะสูญหายไปจากสังคมไทยแล้ว แต่อาจจะพบได้แต่เฉพาะในงานประเพณีหรืองานเทศกาลของท้องถิ่นเท่านั้น กรณีจึงอาจกล่าวได้ว่า นิยามคำว่า “สถานบริการ” ตามกฎหมายไทยยังมีความล้าหลังหรือ ไม่มีความทันสมัยมากเท่าใดนัก เมื่อเทียบกับคำนิยามของกฎหมายของทั้ง 2 ประเทศดังกล่าวข้างต้น

หากพิจารณาเรื่องของวัตถุประสงค์ของกฎหมายทั้ง 3 ประเทศ จะเห็นว่า กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเกาหลีใต้จะมีพื้นฐานของกฎหมายในเรื่องของศีลธรรมอันดี และขนบธรรมเนียมประเพณีทางสังคมเป็นหลัก ซึ่งสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมสถานบริการที่อาจดำเนินการไปในทางกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน อันเป็นสถานที่ที่ไม่ควรให้เยาวชนเข้าไปใช้บริการหรือใช้เป็นที่มั่วสุม อีกทั้งเจตนารมณ์ของคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 22/2558 ที่มีวัตถุประสงค์ในการยับยั้งพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมของผู้มีอายุต่ำกว่ายี่สิบปีบริบูรณ์ที่เข้าไปในสถานบริการหรือสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายสถานบริการ ปฏิรูปและจัดระเบียบสังคม ระวังและป้องกันการกระทำอันเป็นผลต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม ตลอดจนลงโทษผู้ประกอบการที่ฝ่าฝืนกฎหมายประกอบกัน ซึ่งกฎหมายทั้ง 2 ฉบับ ต่างก็มีวัตถุประสงค์เป็นอย่างเดียวกัน โดยคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 22/2558 จะมีขอบเขตของการใช้บังคับใช้ค่อนข้างที่จะกว้างกว่าสถานบริการตามคำนิยามว่า “สถานบริการ” ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

การพิจารณาขออนุญาตในส่วนของการบริการของทั้ง 3 ประเทศ ระบุไว้ชัดเจนว่า จะต้องขออนุญาตจากเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องนั้นๆ ก่อน แต่สำหรับในเรื่องของการอนุญาตในการดำเนินกิจการของสถานบริการกับการกำหนดเขตพื้นที่จัดตั้งและระยะเวลาเปิดปิดของสถานบริการตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 17 มีวัตถุประสงค์เป็นเพียงการกำหนดให้ภาครัฐต้องตรากฎ ระเบียบ หลักเกณฑ์ขึ้นเพื่อจัดสถานบริการให้เกิดความเป็นระเบียบเรียบร้อยและเกิดความสะดวกในการเข้าไปควบคุมดูแลการดำเนินกิจการสถานบริการโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่านั้น ซึ่งปัญหาของการขออนุญาตอีกประการหนึ่ง คือ เจ้าหน้าที่ของรัฐจะอาศัยช่องว่างของกฎหมายในการกำหนดระยะเวลาเปิด - ปิด หรือกำหนดพื้นที่ในการเรียกรับผลประโยชน์จากผู้ประกอบการ เนื่องจากไม่มีกฎหมายควบคุมการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ เพราะการพิจารณาอนุญาตหรือไม่อนุญาต จะไปอิงกับเขตพื้นที่อนุญาตหรือไม่อนุญาตเพียงอย่างเดียว และไม่มีกระบวนการในการเข้าตรวจสอบควบคุมการใช้ดุลพินิจดังกล่าวของเจ้าหน้าที่ได้

ประการสุดท้าย บทกำหนดโทษที่ค่อนข้างรุนแรงหากมีการฝ่าฝืนกฎหมายสถานบริการของประเทศนั้นๆ เช่น โทษของประเทศเกาหลีใต้ มีการกำหนดโทษจำคุกด้วยการใช้แรงงานถึงสามปี และมีค่าปรับอีกต่างหาก โดยหากพิจารณาถึงโทษของประเทศเกาหลีใต้แล้วจะไม่เหมือนกับประเทศอื่นที่ไม่มีการจำคุกโดยใช้แรงงาน เมื่อเทียบการบทลงโทษตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ที่กำหนดการพักใช้ใบอนุญาตที่มีระยะเวลาสั้นๆ ไป คือ สูงสุดเพียง 90 วัน อีกทั้งคำสั่งคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติที่ 22/2558 ที่บัญญัติให้เพิกถอนใบอนุญาต หรือสั่งปิดและห้ามมิให้มีการเปิดสถานบริการหรือสถานประกอบการในสถานที่ดังกล่าวอีกเป็นเวลา 5 ปี และหากอยู่ในระหว่างการขอต่ออายุใบอนุญาตก็ให้สั่งมิให้ต่ออายุใบอนุญาต และมีให้ออกใบอนุญาตให้แก่ผู้นั้นเป็นเวลา 5 ปี ซึ่งไม่ได้มีผลกระทบต่อผู้ประกอบการที่ยังคงลักลอบเปิดสถานบริการในลักษณะดังกล่าวต่อไปอีก

แม้ว่าต่อมาจะมีประกาศคำสั่งที่ 46/2559 กำหนดบทลงโทษหากผู้ใดฝ่าฝืนเปิดสถานบริการที่ถูกปิดไปแล้วภายในห้าปี ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ ก็ยังถือว่ามilder โทษที่ค่อนข้างเบาเมื่อเทียบกับประเทศเกาหลีใต้ดังกล่าว

แต่อย่างไรก็ดี บทลงโทษตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ที่ใช้อยู่ยังไม่สามารถทำให้ผู้ประกอบการที่กระทำผิดกฎหมายเกิดความเกรงกลัวเนื่องจากโทษอัตราโทษที่เบามาก เมื่อเทียบกับผลประโยชน์ที่จะได้รับ แต่หากมีความจำเป็นต้องเพิ่มโทษให้สูงขึ้นควรบัญญัติกฎหมายเพิ่มโทษสูงขึ้น โดยที่คำนึงถึงลักษณะการเกิดขึ้นของคดี โดยเน้นไปที่การกระทำผิดที่แม้จะไม่มี ความชั่วร้ายในตัวเอง (mala prohibita) แต่ก็สามารถนำไปสู่การกระทำผิด

ที่ชั่วร้าย ผิดศีลธรรม (mala in se) ได้ เช่น เจ้าของสถานบริการที่รู้เห็นหรือเป็นผู้กระทำผิดเอง ด้านการค้าประเวณีที่นำไปสู่การค้ำมนุษย์ การจำหน่ายยาเสพติด การให้เยาวชนเข้าไปใช้บริการ เป็นต้น ซึ่งหากพิจารณาถึงผลเสียอันเกิดจากการกระทำผิดกฎหมายจึงมักจะได้รับการพิจารณาจากความร้ายแรง (ลักษณะการเกิดขึ้นของคดี) ความแน่นอนและความรวดเร็วในการถูกลงโทษอันเนื่องมาจากการกระทำผิดนั้น ดังนั้น ถ้าโทษตามกฎหมายมีความร้ายแรง แน่แน่นอนและรวดเร็วมากขึ้นเท่าใด ก็ยิ่งเป็นการเพิ่มข้อเสียของการกระทำผิดกฎหมาย และจึงส่งผลให้อัตราการกระทำผิดกฎหมาย ลดลง อันเป็นไปตามหลักการทฤษฎีป้องปรามทั่วไป (General Deterrence)



บทที่ 5

บทสรุป และข้อเสนอแนะ

1. บทสรุป

สถานบริการ เป็นแหล่งที่สร้างความบันเทิงให้แก่ผู้ที่เข้ามาใช้บริการ ซึ่งสถานบริการส่วนใหญ่จะตั้งอยู่ในแหล่งคมนาคมสะดวก แหล่งชุมชนที่มีคนอาศัยอยู่จำนวนมาก โดยเฉพาะในเขตตัวเมืองซึ่งเป็นแหล่งความเจริญรุ่งเรืองและมีการพัฒนาในด้านต่าง ๆ นอกจากนี้ กลุ่มผู้ใช้บริการสถานบริการส่วนใหญ่จะเป็นกลุ่มวัยรุ่นและวัยทำงาน การทำธุรกิจสถานบริการจึงทำรายได้ให้กับผู้ประกอบการอย่างมาก แต่ธุรกิจประเภทนี้มักจะมีการแอบแฝงและฝ่าฝืนกฎหมายที่นำปัญหาใหญ่มาสู่สังคม จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายสถานบริการที่มีการบังคับใช้ในสังคมไทย ได้แก่ พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าวมีวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์เพื่อควบคุมการประกอบกิจการสถานบริการเนื่องจากสถานการณ์ขณะนั้น ได้มีบุคคลประกอบกิจการสถานบริการบางประเภท ซึ่งอาจดำเนินการไปในทางกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมของประชาชน หรือจัดให้มีการแสดงเพื่อความบันเทิงในสถานบริการนั้นไม่เหมาะสม อันจะเป็นเหตุให้เยาวชนเอาเยี่ยงอย่างจนประพฤติชั่วเสื่อมทรามลง ทั้งนี้ เพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อย ศีลธรรม วัฒนธรรม และประเพณีอันดีของชาติ แต่อย่างไรก็ตาม หลังจากประกาศใช้พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาเป็นเวลานาน ก็ก่อให้เกิดปัญหาความหย่อนยานในการบังคับใช้ และสถานการณ์ของปัญหาสังคมประการหนึ่ง คือ การแพร่ระบาดของยาเสพติดซึ่งมีแนวโน้มสูงขึ้นมากและน่าเป็นห่วงมาก คือ ได้แพร่ระบาดไปยังกลุ่มเด็กและเยาวชน ซึ่งสถานที่ที่ล่อแหลมต่อการแพร่ระบาดของยาเสพติดแห่งหนึ่ง

ซึ่งต่อมาได้มีคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 22/2558 เรื่อง มาตรการในการป้องกันและแก้ไขปัญหาการแข่งรถยนต์และรถจักรยานยนต์ในทางและการควบคุมสถานบริการหรือสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ ลงวันที่ 22 กรกฎาคม 2558 โดยคำสั่งดังกล่าวเป็นกรณีการดำเนินงานกับสถานสถานบริการหรือสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการซึ่งตามคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 22/2558 เรื่อง มาตรการในการป้องกันและแก้ไขปัญหาการแข่งรถยนต์และรถจักรยานยนต์ในทางและการควบคุมสถานบริการหรือสถานประกอบการที่เปิดให้บริการใน

ลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการลงวันที่ 22 กรกฎาคม 2558 ฉบับนี้ จะเห็นได้ว่า มีกรณีเกิดปัญหาในทางปฏิบัติในการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ “การตีความกฎหมาย” ซึ่งมีหลายประเด็นต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมหรือควรที่จะยกเลิกคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 22/2558 และคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 46/2559 และแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 เพื่อให้กฎหมายว่าด้วยสถานบริการ มีผลบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ และมีประสิทธิผล สมดังเจตนารมณ์ กฎหมาย ที่ได้มีวัตถุประสงค์ในการยับยั้งพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมของผู้มีอายุต่ำกว่า 20 ปี บริบูรณ์ที่เข้าไปในสถานบริการหรือสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายสถานบริการ ปฏิรูปและจัดระเบียบสังคม ระเบียบและป้องกันการกระทำอันเป็นผลต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม ตลอดจนลงโทษผู้ประกอบการที่ฝ่าฝืนกฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพต่อไป กรณีจึงพอสรุปประเด็นปัญหาได้ดังนี้

1.1 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดค่านิยามและการบังคับใช้พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 ในกรณีการควบคุมตรวจสอบการดำเนินกิจการสถานบริการ โดยรัฐ ซึ่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 ได้ถูกตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของกฎหมายเพื่อใช้ในการควบคุมตรวจสอบตราสถานบริการ รวมทั้งการแสวงหาเพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อย ศีลธรรม วัฒนธรรม และประเพณีอันดีของชาติ แต่การที่เนื้อหาของกฎหมายในบางส่วนมีเนื้อหาที่ล้าสมัย ไม่มีการแก้ไขปรับปรุงเนื้อหาของบทบัญญัติกฎหมายให้มีความทันสมัย สอดคล้องกับรูปแบบหรือลักษณะของสถานบริการในปัจจุบัน ส่งผลทำให้เกิดช่องว่างทางกฎหมาย ทำให้ผู้ประกอบการอาศัยช่องว่างทางกฎหมายของค่านิยามของกฎหมาย เพื่อเปิดกิจการสถานบริการหรือประกอบกิจการสถานบริการในลักษณะหรือรูปแบบที่ไม่เข้าองค์ประกอบตามค่านิยามของสถานบริการตามกฎหมาย เพื่อให้สามารถประกอบกิจการได้โดยไม่ต้องขออนุญาตจากฝ่ายปกครอง ซึ่งการกระทำดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อประชาชนในสังคมที่ได้รับผลกระทบจากการประกอบกิจการสถานบริการ และจะทำให้กระทบต่อความสงบเรียบร้อยในศีลธรรมอันดีของประชาชนและสังคมในวงกว้างอีกด้วย

1.2 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดเขตพื้นที่อนุญาตตั้งสถานบริการ และการกำหนดระยะเวลาเปิด - ปิดของสถานบริการตามกฎหมาย การกำหนดเขตพื้นที่อนุญาตจัดตั้งสถานบริการและการกำหนดระยะเวลาเปิด - ปิด ที่ไม่สามารถบังคับใช้ได้ตรงตามวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการจัดระเบียบสถานบริการให้เกิดความเรียบร้อย ย่อมส่งผลกระทบต่อโดยตรงต่อการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ที่มีหน้าที่ควบคุมตรวจสอบตราทั้งฝ่ายปกครองและตำรวจ ในอันที่จะต้องร่วมมือกันในการตรวจสอบตราสถานบริการเพื่อให้เปิด - ปิดตามระยะเวลาที่กำหนด เป็นความยุ่งยากในการปฏิบัติงาน อันนำไปสู่การปล่อยปละละเลยของเจ้าหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบตรา รวมถึงการเรียกรับสินบนของเจ้าหน้าที่เพื่อแลกเปลี่ยนกับการเปิดเกินระยะเวลา

และยังส่งผลกระทบต่อทางอ้อมต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีต่อประชาชน และความสงบสุขของสังคมอีกด้วย

1.3 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการตรวจตราสถานบริการเพื่อให้การประกอบกิจการสถานบริการเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด การที่พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มิได้บัญญัติหลักเกณฑ์ ขั้นตอน และวิธีการเกี่ยวกับกระบวนการตรวจตราสถานบริการไว้โดยเฉพาะ อันเป็นเหตุให้ฝ่ายปกครองจะต้องอาศัยขั้นตอนและกระบวนการตรวจตราตามคู่มือการตรวจตราสถานบริการและสถานประกอบการตามนโยบายการจัดระเบียบสังคม ซึ่งคู่มือที่กำหนดขั้นตอนและกระบวนการในการตรวจตราสถานประกอบการดังกล่าวไม่มีสถานะทางกฎหมาย เป็นเพียงคู่มือที่ใช้ในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่รัฐเท่านั้น ส่งผลทำให้เกิดปัญหาการคุ้มครองสิทธิต่อเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติว่าในการปฏิบัติอาจจะไปกระทบสิทธิของประชาชน และเมื่อกระทบแล้วเกิดการฟ้องร้องเจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติอาจจะไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย นอกจากนี้ ยังเกิดปัญหาในเรื่องมาตรฐานขั้นตอนว่าวิธีการและมาตรฐานตามที่คู่มือกำหนดไว้ นั้น ได้มาตรฐานเพียงพอหรือไม่ ในการที่จะไปกระทบสิทธิของเอกชนหรือของประชาชน อีกทั้งยังเกิดปัญหาในเรื่องการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ที่อาจเกิดการใช้อุปินิจโดยมิชอบด้วยกฎหมายไปกระทบสิทธิต่อประชาชน โดยไม่มีความจำเป็น

1.4 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดโทษทางปกครองและทางอาญาในความผิดตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ.2509 และความผิดตามคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 22/2558 และคำสั่งที่ 46/2559 เรื่อง มาตรการควบคุมสถานบริการ การไม่กำหนดมาตรการหรือบทลงโทษทางอาญาและโทษทางปกครองแก่ผู้ที่ให้การสนับสนุนหรือช่วยเหลือผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 ซึ่งส่งผลทำให้เกิดช่องว่างทางกฎหมายที่ให้ผู้ประกอบการใช้ชื่อบุคคลอื่นในการยื่นขออนุญาตประกอบกิจการสถานบริการ ทำให้ไม่สามารถนำกฎหมายไปใช้บังคับแก่บุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดภายใต้การดำเนินกิจการของสถานบริการได้ และเมื่อรัฐไม่สามารถควบคุมหรือตรวจสอบการดำเนินกิจการของสถานบริการได้ ย่อมทำให้เกิดปัญหาทางสังคมที่เกิดจากการเปิดสถานบริการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่งผลกระทบต่อ การควบคุมตรวจสอบการดำเนินกิจการของสถานบริการ โดยรัฐให้เป็นไปตามหลักการและเหตุผลของกฎหมาย รวมทั้งยังส่งผลต่อปัญหาการบังคับใช้กฎหมายที่ไม่สามารถควบคุมผู้ประกอบการสถานบริการหรือผู้ที่ให้การช่วยเหลือสถานบริการได้จริง อันจะทำให้ปัญหาทางสังคมยังเกิดขึ้น และยังส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของสังคม ชุมชน และประเทศต่อไป

2. ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวมาแล้วนั้น ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะ ดังนี้

2.1 แก้ไขคำนิยามคำว่าสถานบริการ ตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ใน 2 ประเด็น คือ

2.1.1 แก้ไขความหมายของสถานบริการในมาตรา 3 วรรคหนึ่ง เป็น “สถานบริการ” หมายถึง สถานที่ไม่ว่าจะจัดตั้งขึ้นเป็นการถาวร หรือชั่วคราวรวมถึงยานพาหนะเพื่อให้บริการ โดยหวังประโยชน์ในทางการค้า”และตัดถ้อยความ “ปิดทำการหลังเวลา 24.00 นาฬิกา” ตามมาตรา 3 วรรคหนึ่ง (5) พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 รวมทั้งถ้อยคำ “รางวัลรองเง็ง” ตามมาตรา 3 วรรคหนึ่ง พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 ออก เพื่อให้คำนิยามนั้นสอดคล้องกับสภาพสังคมในปัจจุบัน

2.1.2 ตามมาตรา 3 วรรคหนึ่ง (6) สถานที่อื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวงเห็นควรเพิ่มเติมข้อความเนื้อหาของคำว่า สถานที่อื่น โดยกำหนดเป็นกฎกระทรวง ดังนี้

สถานที่ที่มีรูปแบบการประกอบกิจการที่มีลักษณะดังต่อไปนี้

1) สถานที่อันมีลักษณะของการใช้แสงสว่างในระดับต่ำหรือจัดไฟแสงสีอันเป็นกระตุ้นให้เกิดความเพลิดเพลินและ

2) สถานที่อันมีลักษณะของการบริการซึ่งแสดงให้เห็นว่าเป็นการบริการเพื่อจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เป็นหลัก และ

3) มีการจัดให้มีเสียงดนตรีหรือให้มีเสียงจากการแสดงดนตรีสดภายในสถานประกอบการ และ

4) มีสถานที่ซึ่งตกแต่งโดยใช้วัสดุที่มีสีฉูดฉาดตา หรือมีรูปแบบการจัดร้านที่จูงใจให้มาใช้บริการเพื่อความเพลิดเพลิน และ

5) สถานที่ซึ่งมีลักษณะการให้บริการที่เห็นได้ว่าเป็นที่รวมกลุ่มหรือเป็นแหล่งมั่วสุมอันอาจจะก่อให้เกิดพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมของผู้มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์

การแก้ไขคำนิยามในวรรคแรกจะส่งผลทำให้ควบคุมสถานประกอบการที่คล้ายสถานบริการที่มีลักษณะชั่วคราวหรือไม่มีสถานที่แน่นอน และรวมถึงที่เป็นยานพาหนะด้วยร่างคำนิยามนี้ จึงครอบคลุมสถานประกอบการอันได้แก่ แพคเกจ เรือเรค ลานเบียร์ ลานคอนเสิร์ตหรือลานเต้น และเพื่อไม่ให้เกิดผลกระทบต่อผู้ประกอบการजनกินสมควร จึงต้องมีการพิจารณา ทบทวนการกำหนดท้องที่เพื่อการอนุญาตหรือรองอนุญาต (Zoning) ให้เกิดความเหมาะสมด้วย

ส่วนกฎกระทรวงที่ออกตามความในมาตรา 3(6) จะทำให้เจ้าหน้าที่สามารถบังคับใช้กฎหมายในการควบคุมสถานประกอบการที่คล้ายสถานบริการที่ขาดองค์ประกอบของรูปแบบในการให้บริการ เช่น ไม่มีการเดิน ไม่มีการให้พนักงานนั่งกับลูกค้า หรือปิดทำการก่อน 24.00 น. อันได้แก่ ลานเบียร์ และสถานประกอบการที่คล้ายสถานบริการอื่นที่มีลักษณะกึ่งผับ หรือกึ่งบาร์ แต่อย่างไรก็ตาม การแก้ไขปรับปรุงดังกล่าวจะต้องคำนึงถึงผลกระทบต่อสถานประกอบการที่มีลักษณะใกล้เคียง เช่น ร้านอาหารที่มีการขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์และมีการเปิดดนตรีประกอบเพื่อความผ่อนคลาย จึงมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดข้อความที่มีความชัดเจนและแสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการควบคุมเฉพาะสถานประกอบการที่คล้ายสถานบริการ อันแตกต่างจากร้านอาหาร โดยทั่วไป กล่าวคือ สถานประกอบการที่คล้ายสถานบริการดังกล่าว มักจะมีการใช้แสงสว่างที่มีระดับค่อนข้างต่ำ ซึ่งมีผลต่อการจูงใจเยาวชนให้เข้ามาใช้บริการและง่ายที่จะปกปิดการกระทำความผิด และมักมีการจัดไฟแสงสีเพื่อความตื่นเต้นเร้าใจเพื่อดึงดูดให้ผู้ให้บริการเกิดความสนุกสนานเพลิดเพลินในการดื่ม โดยมีรูปแบบการประกอบกิจการที่เน้นการขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เป็นหลัก และมีการแสดงดนตรีสดหรือเปิดดนตรีประกอบบริการเพื่อความเพลิดเพลิน โดยสิ่งเหล่านี้เป็นปัจจัยหลักที่สำคัญที่จะส่งผลกระทบต่อชักนำเยาวชนให้มาใช้บริการ นอกจากนี้รูปแบบของการจัดร้านมักจะมีการตกแต่งโดยใช้สีสันฉูดฉาดสะดุดตา รวมถึงมีการจัดให้พนักงานสาวสวยให้นั่งต้อนรับอยู่บริเวณหน้าร้าน เป็นต้น

2.1.3 เห็นควรยกเลิกคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 22/2558 และคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 46/2559 และนำข้อความในคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ ๒ ฉบับดังกล่าว มาบูรณาเข้ากับพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ.2509 และกำหนดกฎกระทรวงที่ออกตามมาตรา 3 (6) แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ.2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติมต่อไป

2.2 การควบคุมการจัดตั้งสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการ

2.2.1 สำหรับสถานประกอบการที่คล้ายสถานบริการที่ขาดองค์ประกอบของรูปแบบในการให้บริการ เช่น ไม่มีการเดิน ไม่มีการให้พนักงานนั่งกับลูกค้า หรือปิดทำการก่อน 24.00 น. อันได้แก่ ลานเบียร์ และสถานประกอบการที่คล้ายสถานบริการอื่นที่มีลักษณะกึ่งผับ หรือกึ่งบาร์ ให้ดำเนินการแจ้งแทนการขอรับใบอนุญาตเพื่อเป็นการป้องกัน กรณีผู้ประกอบการหลีกเลี่ยงไม่ให้สถานประกอบการของตนเป็นสถานบริการตามมาตรา 3 จึงเห็นควรให้ผู้ประกอบการสถานประกอบการที่มีลักษณะไม่ครบองค์ประกอบตามมาตรา 3 ได้เข้าสู่ระบบการกำกับดูแลของรัฐซึ่งไม่ต้องมีขั้นตอนยุ่งยากอย่างสถานบริการที่ต้องขอรับใบอนุญาต แต่ให้ผู้ประกอบการต้องดำเนินการ

ตามมาตรการลดผลกระทบต่อชุมชนที่อยู่ข้างเคียง เช่น การควบคุมการใช้เสียง การป้องกันไม่ให้มีปัญหากีดขวางการจราจร โดยแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 4 จากเดิม เป็น “มาตรา 4 ห้ามมิให้ผู้ใดตั้งสถานบริการ เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่

กรณีสถานประกอบการที่มีลักษณะตามมาตรา 3 แต่ยังไม่ครบทุกองค์ประกอบ ตามคำนิยามสถานบริการให้ผู้ประกอบการมีหน้าที่แจ้งต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจและให้คำแนะนำและจัดทำทะเบียนคุมในการพิจารณาอนุญาต ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ คำนึงถึงประวัติการกระทำความผิดต่อกฎหมายของผู้ขออนุญาตตั้งสถานบริการประกอบด้วย หลักเกณฑ์และวิธีการขออนุญาตและการอนุญาตตามวรรคหนึ่ง หรือการแจ้งตามวรรคสอง และ หลักเกณฑ์เกี่ยวกับประวัติการกระทำความผิดต่อกฎหมายของผู้ขออนุญาตตั้งสถานบริการตามวรรคสาม รวมทั้งการขอต่ออายุใบอนุญาตและการอนุญาตให้ต่ออายุใบอนุญาต ให้เป็นไปตามที่กำหนด ในกฎกระทรวง”

2.2.2 กรณีความเหมาะสมของโทษในการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติ

สถานบริการ พ.ศ.2509

1) ควรปรับปรุงอัตราโทษของความผิดตามพระราชบัญญัติสถานบริการให้มีการอัตราโทษที่สูงขึ้น และควรมีโทษปรับทางปกครองในกรณีที่ยังฝ่าฝืนกระทำความผิดอยู่

เนื่องจากอัตราโทษอาญาในการเปิดสถานบริการโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือการฝ่าฝืนคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 22/2558 มีการกำหนดอัตราโทษ ในอัตราเดียวโดยไม่ได้คำนึงถึงต้นทุนของผู้ประกอบการแต่ละรายซึ่งอาจทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำได้ เนื่องจากผู้ที่มีการลงทุนที่มากกว่าย่อมได้รับผลตอบแทนที่มากกว่า มีการใช้บริการที่มากกว่า และ อาจส่งผลกระทบต่อไม่ทางใดก็ทางหนึ่งเช่นกัน โดยโทษที่จะส่งผลกระทบต่อตรง คือ โทษปรับ ซึ่งไม่ได้มีการกำหนดค่าปรับเป็นรายวัน ทำให้ผู้ประกอบการที่มีเงินลงทุนสูงเกิดแรงจูงใจ ในการกระทำความผิดได้ต่อไปและไม่เกรงกลัวต่อกฎหมายเนื่องจากผลตอบแทนของสถานประกอบการ ประเภทนี้มีมูลค่าสูงกว่าค่าปรับมาก จึงเห็นควรกำหนดค่าปรับเพิ่มเพื่อให้มีเพดานที่สูงซึ่งอาจ กำหนดให้มีโทษปรับเป็นหลักแสนและกำหนดให้มีการปรับเป็นรายวัน เพื่อให้เกิดผลในการปราบ ผู้ที่จะทำการฝ่าฝืนกฎหมาย โดยจะต้องดำเนินการแก้ไขพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 ในส่วนของบทกำหนดโทษ

2) ควรปรับปรุงแก้ไข กฎหมายโดยการกำหนดให้ตรวจสอบประวัติของผู้ประกอบการที่กระทำความผิดกฎหมายสถานบริการไม่ให้ได้รับการอนุญาตตั้งสถานบริการหรือ ประกอบกิจการที่คล้ายสถานบริการอีก โดยกำหนดระยะเวลาไว้ เช่น ภายใน 3 - 5 ปี นับแต่วันที่ได้กระทำความผิด

2.2.3 กรณีการควบคุมดูแลสถานบริการ: กรณีมีการพักใบอนุญาตในความผิดฐาน ค่าประเวณี

ควรมีการกำหนดการพักใบอนุญาตในสถานบริการในฐานะความผิดเกี่ยวกับการค้าประเวณีในสถานบริการให้เท่ากับหรือมากกว่าความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด โดยระยะเวลาในการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งพักใช้ใบอนุญาต ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์จะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่หน่วยงานที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ประจำอยู่ได้รับอุทธรณ์ระยะเวลาในการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งอื่นที่ไม่ใช่คำสั่งพักใช้ใบอนุญาตให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และที่สำคัญควรให้ผู้ที่เป็นเจ้าของกิจการสถานบริการ อาบ อบ นวด ที่ได้กระทำความผิดฐานค้าประเวณีนี้ได้รับโทษทางอาญาเช่นเดียวกับกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ที่เกี่ยวกับผู้ค้าประเวณีหรือผู้ที่เกี่ยวข้องในธุรกิจการค้าประเวณี ซึ่งระบุว่าผู้ค้าประเวณี พ่อเล้าแม่เล้าสถานกิจการค้าประเวณีดำเนินกิจการค้าประเวณีต้องรับโทษด้วย

2.3 กรณีคุณสมบัติของผู้จัดตั้งสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับ สถานบริการ

เห็นควรให้มีการควบคุมสถานประกอบการที่คล้ายสถานบริการด้วยระบบใบอนุญาต (Licence System) อันจะก่อให้เกิดประโยชน์แก่ภาครัฐในภาพรวมหลายประการ เช่น ภาครัฐสามารถควบคุมได้โดยง่าย เนื่องจากข้อมูลสถานประกอบการเหล่านี้ จะอยู่ในระบบฐานข้อมูลของภาครัฐ ผู้ประกอบการที่ได้รับอนุญาตให้ตั้งสถานประกอบการจะต้องปฏิบัติตามหน้าที่ตามกฎหมายกำหนดเช่นเดียวกับที่ผู้รับใบอนุญาตให้ตั้งสถานบริการ อีกทั้งภาครัฐยังมีรายได้จากค่าธรรมเนียมที่สามารถนำไปใช้เพื่อทดแทนความเสียหายทางเศรษฐกิจที่เป็นผลต่อเนื่องจากการใช้บริการสถานประกอบการดังกล่าวได้ และในขณะเดียวกันการเก็บค่าธรรมเนียมใบอนุญาตจะส่งผลกระทบต่อต้นทุนในการประกอบกิจการสถานประกอบการที่คล้ายสถานบริการ เนื่องจากจะทำให้ผู้ประกอบการต้องตั้งราคาโดยนำต้นทุนด้านค่าธรรมเนียมมาเพิ่มในราคาของสินค้าหรือบริการที่กำหนดในสถานประกอบการ ซึ่งเป็นการลดแรงจูงใจของผู้ที่จะมาใช้บริการในสถานประกอบการที่คล้ายสถานบริการ โดยเฉพาะกับเยาวชนหรือผู้ที่เพิ่งเริ่มต้นในการเป็นนักดื่ม

โดยที่คุณสมบัติของผู้ขอใบอนุญาตจัดตั้งสถานบริการที่บัญญัติไว้ในมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ไม่ได้มีการระบุไว้เกี่ยวกับการขอใบอนุญาตจัดตั้งสถานบริการใหม่ในกรณีที่ผู้จัดตั้งได้ถูกเพิกถอนใบอนุญาตไปแล้ว โดยคำสั่งถึงที่สุดตามมาตรา 22 วรรคสอง เพื่อเป็นการป้องกันการกระทำความผิดที่ซ้ำซากของผู้ขอรับใบอนุญาต จึงเห็นสมควรแก้ไขเพิ่มเติมในมาตรา 6(6) ดังกล่าว ให้ชัดเจนว่าไม่เป็นผู้เคยต้องถูกเพิกถอนใบอนุญาตประกอบกิจการ โดยมีคำสั่งถึงที่สุดตามมาตรา 22 มาก่อน หรือกลุ่มบุคคลนั้นเคยมีคำสั่ง

ถูกเพิกถอนใบอนุญาตถึงที่สุดตามมาตรา 22 มาแล้วไม่เกิน 10 ปี และตามความในมาตรานี้ให้หมายรวมถึงบริวารของบุคคลนั้นด้วย พร้อมทั้งควรระงับโทษที่ควรได้รับหากมีการฝ่าฝืนหรือลักลอบกระทำการอื่นใดที่เป็นการขัดต่อข้อห้ามนี้





บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

- กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย. (2509). พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509.
กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.
- กฤษฎี วัฒนศัพท์. (2547). มาตรการบังคับทางปกครอง: ศึกษากรณีการแยกการปรับทาง ปกครอง
ออกจากโทษปรับทางอาญาของประเทศฝรั่งเศส. ใน *รายงานการวิจัยเพื่อเสนอ
สำนักงานคณะกรรมการ*. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.
กฤษฎีกา. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. คณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเพื่อการพัฒนา
ประเทศ. (2547). รายงานการศึกษาและข้อเสนอแนะเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการ
กำหนดโทษอาญา. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.
- จารุวัฒน์ ไวกษะ และอาภาศิริ สุวรรณานนท์. “มาตรการที่มีประสิทธิภาพในการจัดระเบียบ
สังคมด้านสถานบริการของกองบัญชาการตำรวจนครบาล”. *วารสารการเมืองการ
บริหาร และกฎหมาย*, 4(3).
- ราชกิจจานุเบกษา. (2551). คำสั่งกระทรวงมหาดไทย ที่ 7/2551 เรื่อง การปฏิบัติตาม
พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509.
- ราชกิจจานุเบกษา. (2558). คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 22/2558 เรื่อง มาตรการใน
การป้องกันและแก้ไขปัญหาการแข่งรถยนต์และรถจักรยานยนต์ในทาง และการ
ควบคุมสถานบริการหรือสถานประกอบการที่เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับ
สถานบริการ.
- สรสิข เหลืองรุ่งเกียรติ. (2558). ข้อเสนอแนะการดำเนินงานกับสถานบริการ หรือสถานประกอบการที่
เปิดให้บริการในลักษณะที่คล้ายกับสถานบริการตามคำสั่งหัวหน้าคณะรักษา
ความสงบแห่งชาติที่ 22/2558. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานสุขาภิบาลสิ่งแวดล้อม
สำนักอนามัย .
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2531). *รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี คร.ปรีดี เกษมทรัพย์*.
กรุงเทพมหานคร: พี.เค พรินติ้งเฮาส์.
- วิมลสิทธิ์ หรยางกูร กัญญาภา อร่ามรักษ์ และสมรรถพล ตาณพันธุ์. (2549). *มาตรการทาง กฎหมาย
เพื่อพัฒนาสภาพแวดล้อมชุมชน และสถาปัตยกรรม*. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2557). *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพมหานคร :
โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน.
- สมยศ เชื้อไทย. (2560). *กฎหมายมหาชนเบื้องต้น* (พิมพ์ครั้งที่ 12). กรุงเทพมหานคร:
สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- มานิตย์ จุมปา. (2555). *คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550*. กรุงเทพมหานคร:
วี.พริ้นท์.
- วรวิทย์ กนิษฐะเสน. (2521). *กฎหมายมหาชนเบื้องต้น ภาคทฤษฎีพื้นฐานทางกฎหมาย
รัฐธรรมนูญ*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เจริญวิทย์การพิมพ์.
- โกคิน พลกุล และชาญชัย แสวงศักดิ์. (2541). *หลักกฎหมายมหาชน เล่ม 1*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2550). *กฎหมายมหาชน เล่ม 1: วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของ
กฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ* (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย.
- เปี่ยมสุข นาคทอง. (2556). *ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิของผู้เคียดแค้นโทษจำคุกใน
การรับราชการ: ศึกษากรณีข้าราชการพลเรือนสามัญ*. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตร
มหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- ศูนย์ศึกษาและพัฒนาสันติวิธีมหาวิทยาลัยมหิดล. (2549). *รายงานการศึกษาสิทธิเสรีภาพขั้น
พื้นฐานตามกรอบรัฐธรรมนูญในบริบทของสังคมไทยและมาตรฐานสากลระหว่าง
ประเทศด้านสิทธิมนุษยชน*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยมหิดล
- ลิขิต ธีรเวคิน. (2555). *สิทธิในการประกอบอาชีพ*. สืบค้นเมื่อ 5 กันยายน 2555.
จาก http://www.dhiravegin.com/detail.php?item_id=000431.
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2544). *การจำกัดสิทธิและเสรีภาพ*. *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ*, 3(9).
- กฤษณ์ วสินนท์ (2547). “เสรีภาพในทางการค้าและอุตสาหกรรมในระบบกฎหมายไทย: การจำกัด
เสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็น
ธรรมโดยฝ่ายนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540”.
วารสารกฎหมาย. 23(2).
- กิติมา แก้วนระา. (2559). *หลักความได้สัดส่วนกับบทกำหนดโทษที่เหมาะสมสำหรับผู้กระทำ
ความผิดในคดีอาชญากรรมให้โทษ: ศึกษากรณีแอมเฟตามีน*. (วิทยานิพนธ์ปริญญา
นิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, กรุงเทพฯ.

- ลัดดาวัลย์ สว่างการ. (2560). ปัญหาการบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ศีษษากรณี
ผู้ใช้อำนาจปกครองเหตุเพิ่มโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศ, ผู้ใช้อำนาจปกครอง, ผู้อยู่ใน
ความปกครอง, ผู้สนับสนุน. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยศรีปทุม, ไม่ได้ตีพิมพ์).
- คณิต พูนผล. (2547). คู่มือเจ้าของกิจการ. กรุงเทพฯ: ซีเอ็ดยูเคชั่น.
- อรัชมน พิเชฐวรกุล และพรพล เทศทอง. (2563). ความรับผิดชอบของผู้ประกอบการธุรกิจเครื่องดื่ม
แอลกอฮอล์ต่อสังคม.(รายงานฉบับสมบูรณ์). สำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้าง
เสริมสุขภาพ (สสส.), กรุงเทพฯ.
- ปิยะพร ตันณีกุล, อภิวิชญ์ ภัทรกุล. (2558). โครงการการจัดการความรู้ด้านการป้องกันและ
ปราบปราม อาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับสถานบริการ. (รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์).
สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), กรุงเทพฯ.
- กองวิจัยและพัฒนาสำนักงานตำรวจแห่งชาติ. (2558). คู่มือการป้องกันอาชญากรรมโดยการ
ออกแบบสภาพแวดล้อม. กรุงเทพฯ: สำนักงานตำรวจแห่งชาติ.
- Edwin H. Sutherland, Donald R. Cressey and David F. Luckenbill, Principle of Criminology. 11th
ed. (Dix Hills, New York: General Hall, 1993),
- Ernest van den Haag, Punishing Criminals (New York: Basic Books, 1975)
- Andrew von Hirsch, Doing Justice (New York: Hill and Wang, 1976)
- นัทธี จิตสว่าง. (ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์). หลักทฤษฎีอาชญาวิทยา : หลักการวิเคราะห์ระบบราชทัณฑ์.
กรุงเทพฯ: มูลนิธิพิบูลสงเคราะห์ กรมราชทัณฑ์.
- ปิยะพร ตันณีกุล และอภิวิชญ์ ภัทรกุล. (2558). โครงการการจัดการความรู้ด้านการป้องกันและ
ปราบปรามอาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับสถานบริการ (รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์).
มหาวิทยาลัยราชภัฏนครปฐม.
- อัจฉริยา ชูตินันท์. (2555). อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- สุธี ทองแย้ม. (2558). การปกครองการป้องกันและแก้ไขปัญหสถานบริการในอำนาจหน้าที่ของ
กระทรวงมหาดไทย. วารสารดำรงราชานุภาพ.18(57)
- เกศณิญา ทองกร. (2561). ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสถานบริการ. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตร์
มหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยรามคำแหง, กรุงเทพฯ.
- พรพิชชา ยศไพโรจน์. (2561). ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติสถานบริการ
พ. ศ. 2509. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตร์มหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์).
มหาวิทยาลัยรามคำแหง, กรุงเทพฯ

สำรวย เกษกุล. (2562). “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบกิจการสถานบริการ มหาวิทยาลัย
ปทุมธานี”. วารสารมหาจุฬานาครธรรม์, 6(10).

นันทวัฒน์ ทองช่วง. (2555). ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดค่านิยามของ
สถานบริการตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509. (วิทยานิพนธ์ปริญญา
นิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยศรีปทุม,ปทุมธานี.



ประวัติผู้ศึกษา

ชื่อสกุล	นายนิรันดร พลภักดี
วัน เดือน ปี เกิด	16 ตุลาคม 2525
ประวัติการศึกษา	นิติศาสตร์บัณฑิต มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช พ.ศ. 2557
สถานที่ทำงาน	องค์การบริหารส่วนจังหวัดบึงกาฬ จังหวัดบึงกาฬ
ตำแหน่ง	นิติกร

