

คำคัดค้านคำให้การผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1

คดีหมายเลขคดีที่ 671 / 2554 .

คดีหมายเลขแดงที่ ____ / ____ .

ศาลปกครองกลาง

วันที่ 2 เดือน กันยายน พุทธศักราช 2554

ระหว่าง { นายธัญญ์วาริน สุขะพิสิษฐ์ ผู้ฟ้องคดี
คณะกรรมการภาพยนตร์และวีดิทัศน์แห่งชาติ ที่ 1 กับพวกรวม 2 คน ผู้ถูกฟ้องคดี

ข้าพเจ้า นายยิ่งชีพ อัชฌานนท์ ในฐานะที่เป็น ผู้รับมอบอำนาจผู้ฟ้องคดี

เกิดวันที่ - เดือน - พ.ศ. - อายุ - ปี อาชีพ ทนายความ

อยู่ที่ 409 หมู่ที่ - ถนน ประชาราษฎร์บำเพ็ญ 5 ตรอก/ซอย โรหิตสุข

ตำบล/แขวง - อำเภอ/เขต ห้วยขวาง จังหวัด กรุงเทพมหานคร

รหัสไปรษณีย์ 10320 โทรศัพท์ 02-276-3676 ขอยื่น คำคัดค้านคำให้การผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีข้อความตามที่

จะกล่าวต่อไปนี้

ข้อ 1. คดีนี้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองยื่นคำให้การต่อศาลเมื่อวันที่ 17 มิถุนายน พ.ศ. 2554 และศาลได้มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดียื่นคำคัดค้านคำให้การภายใน 30 วันนับแต่วันที่รับคำสั่ง ผู้ฟ้องคดีได้รับคำสั่งศาลเมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม 2554 โดยผู้ฟ้องคดีได้ขอขยายระยะเวลายื่นคำคัดค้านคำให้การไปอีก 30 วัน ซึ่งศาลได้มีคำสั่งอนุญาต และระยะเวลายื่นคำคัดค้านคำให้การจะถึงกำหนดในวันที่ 3 กันยายน 2554 ผู้ฟ้องคดียังมีความประสงค์ที่จะดำเนินคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ต่อไป จึงขอทำคำคัดค้านคำให้การของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นข้อ ๆ ดังต่อไปนี้

ข้อ 2. ตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กล่าวถึงข้อเท็จจริงในกระบวนการยื่นขออนุญาตภาพยนตร์เรื่อง Insects in the Backyard ของผู้ฟ้องคดี มาในคำให้การ ข้อ 2. ผู้ฟ้องคดีขอคัดค้านแยกเป็นรายประเด็น ดังนี้

2.1 ตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กล่าวอ้างมาในข้อ 2.2 ว่าคณะกรรมการฯ สอบถามผู้ฟ้องคดีว่าจะยินยอมตัดเนื้อหาบางส่วนออกหรือไม่ ซึ่งผู้ฟ้องคดีแย้งว่าไม่ประสงค์จะตัดเนื้อหาออก เนื่องจากได้เพิ่มข้อความเขียนไว้ตอนต้นแล้ว

ผู้ฟ้องคดีขอคัดค้านว่า ทั้งการพิจารณาภาพยนตร์เรื่อง Insects in the Backyard ในชั้นต้นของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ตลอดจนชั้นคณะกรรมการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ผู้ฟ้องคดีไม่เคยได้รับทราบเหตุผลเลยว่าสาเหตุที่ไม่อนุญาตให้ฉายภาพยนตร์เรื่องนี้เป็นเพราะเหตุใด และเป็นเพราะเนื้อหาส่วนใดหรือฉากใดของภาพยนตร์ที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างไร แม้กระทั่งในชั้นคณะกรรมการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่ถามว่าจะยินยอมให้ตัดเนื้อหาบางส่วนออกหรือไม่ คณะกรรมการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ก็ไม่ได้อธิบายให้ผู้ฟ้องคดีเข้าใจได้ว่าต้องการจะให้ตัดเนื้อหาส่วนใดหรือฉากใดออก เพราะเหตุผลใด และหากยินยอมตัดแล้วจะอนุญาตให้ภาพยนตร์เรื่อง Insects in the Backyard ออกฉายได้หรือไม่ หรือหากไม่ยินยอมแล้วผลทางกฎหมายจะเป็นเช่นไร ทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถทราบสิทธิของตนได้เลย

ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีนี้ คณะกรรมการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เพียงแต่ปรึกษาหารือว่าผู้ฟ้องคดีมีความคิดเห็นเช่นไรกับประเด็นนี้เท่านั้น แต่ไม่ได้ออกเป็นคำสั่งที่ระบุรายละเอียดที่ชัดเจน มีเหตุผลที่เข้าใจได้ว่าต้องการให้ผู้ฟ้องคดีแก้ไขหรือตัดทอนเนื้อหาส่วนใดหรือฉากใดของภาพยนตร์ เพราะเหตุใด ดังนั้นการที่ผู้ฟ้องคดีตอบไปว่า ไม่ประสงค์จะให้ตัดออก ก็เป็นเพียงการแสดงความคิดเห็นในฐานะผู้สร้างภาพยนตร์ที่มุ่งจะสื่อสารประเด็นทางสังคม ซึ่งย่อมไม่ต้องการตัดทอนส่วนหนึ่งส่วนใดของภาพยนตร์โดยไม่มีเหตุผลตามสมควรอยู่แล้ว ไม่ได้หมายความว่าหากผู้ฟ้องคดีที่ 1 หรือที่ 2 ออกคำสั่งทางปกครองที่ระบุรายละเอียดที่ชัดเจนว่าต้องการให้แก้ไขตัดทอนส่วนใดหรือฉากใดของภาพยนตร์พร้อมเหตุผลประกอบที่เข้าใจได้แล้ว ผู้ฟ้องคดีจะไม่ยินยอมปฏิบัติตาม

2.2 ตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กล่าวอ้างมาในคำให้การข้อ 2.2 และข้อ 2.3 ว่าคณะกรรมการฯ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 พิจารณาภาพยนตร์เรื่อง *Insects in the Backyard* แล้วมีความเห็นว่า ภาพยนตร์เรื่องนี้มีเนื้อหาโดยรวมเป็นการถ่ายทอดลักษณะเนื้อหาเกี่ยวกับการร่วมเพศระหว่างชายกับชาย หญิงกับหญิง และชายกับหญิง มีการสูบบุหรี่ ดื่มสุราในขณะแต่งกายเครื่องแบบนักเรียนอยู่หลายตอน และยังมีการเสนอขายบริการทางเพศในขณะแต่งกายเครื่องแบบนักเรียน สารสำคัญของภาพยนตร์มีการแสดงออกไปในทางที่ไม่ถูกต้อง เช่น การที่ให้เด็กหญิงและชายประกอบอาชีพขายตัวหรือโสเภณี แทนที่จะแก้ปัญหาโดยหาทางออกด้วยวิธีการอื่น มีฉากให้เด็กขายบริการทางเพศในชุดนักเรียน มีการสอนให้เด็กสูบบุหรี่ ดื่มสุรา และสอนวิธีเล้าโลม รวมทั้งมีการนำเสนอการฆ่าพ่อซึ่งแม้จะเป็นความฝันแต่ก็ไม่สมควรจะมีฉากเหล่านี้ คณะกรรมการเห็นว่า เนื้อหาสาระสำคัญของภาพยนตร์เรื่องนี้เป็นการถ่ายทอดเกี่ยวกับการมีเพศสัมพันธ์ที่ไม่เหมาะสมกับสังคมไทย อาจทำให้สังคมและผู้ชมแม้จะมีอายุเกิน 20 ปีก็ตาม เกิดความเข้าใจผิดและเกิดการเลียนแบบในพฤติกรรมเบี่ยงเบนทางเพศหรือการขายบริการทางเพศ รวมทั้งพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมอื่นๆ จึงเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน นั้น

ผู้ฟ้องคดี ขอคัดค้านว่า การวินิจฉัยของคณะกรรมการฯ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 นั้นผิดไปจากข้อเท็จจริง ภาพยนตร์เรื่อง *Insects in the Backyard* ไม่ได้มีเนื้อหาขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในคำฟ้องข้อ 4.2 ทั้งนี้ ภาพยนตร์เรื่องนี้ไม่ได้มีเนื้อหาโดยรวมเป็นการถ่ายทอดลักษณะเนื้อหาเกี่ยวกับการร่วมเพศระหว่างชายกับชาย หญิงกับหญิง และชายกับหญิง แต่เป็นเรื่องความสัมพันธ์ภายในครอบครัวที่มีปัญหาจากการไม่ยอมรับความหลากหลายทางเพศ ฉากการสอนให้เด็กสูบบุหรี่ ดื่มสุรา หรือสอนวิธีเล้าโลม ก็เป็นการนำเสนอปัญหาของสังคมที่เด็กผู้ชายมักแสดงออกว่าตนเก่งกล้าในสิ่งที่ไม่ควร ฉากที่เด็กนักเรียนเสนอขายบริการทางเพศนั้นก็นำเสนอเรื่องการเรียนรู้เรื่องความหลากหลายทางเพศที่มีอยู่ในสังคมจริง และนำมาสู่การยอมรับความเป็นคนของคนที่มีความหลากหลายทางเพศมากขึ้น เนื่องจากภาพยนตร์ต้องการสื่อสารประเด็นนี้จึงไม่อาจสร้างภาพยนตร์ให้หาทางออกโดยวิธีอื่นได้ ฉากการฆ่าพ่อก็

เป็นเพียงความฝันซึ่งตัวละครรู้สึกเกี่ยวกับความฝันนั้น เป็นการบอกผู้ชมอยู่แล้วว่าการมาพอเป็นสิ่งที่ไม่ดี

นอกจากนี้การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เห็นว่า ภาพยนตร์เรื่องนี้อาจทำให้ผู้ชมแม้มีอายุเกิน 20 ปี เกิดความเข้าใจผิดและเลียนแบบพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมได้ ก็เป็นความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนต่อความเป็นจริง และทฤษฎีสื่อสารมวลชนอื่นเช่นกัน เพราะ มนุษย์ไม่ได้เป็นเพียงผู้รับสารที่ไร้ความคิดเท่านั้น ถึงแม้สื่อมวลชนจะมีอิทธิพลต่อความรู้สึกนึกคิดของมนุษย์ แต่ก็ไม่สามารถมีอิทธิพลครอบคลุมไปทุกด้าน เว้นแต่มนุษย์ผู้นั้นมิได้มีปฏิสัมพันธ์กับใครเลย เพราะในความเป็นจริงแล้ว มนุษย์ได้เรียนรู้จากบุคคลและสภาพแวดล้อมต่าง ๆ มากมาย ตามที่ได้กล่าวไปแล้วพร้อมกับหลักฐานทางวิชาการในคำฟ้องข้อ 4.2

ดังนั้น ความเห็นของคณะอนุกรรมการฯ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ดังที่กล่าวอ้างมานั้นจึงเป็นความคิดเห็นที่คลาดเคลื่อนต่อความเป็นจริงอย่างมาก อันเกิดจากการพิจารณาภาพยนตร์แยกเป็นฉากๆ โดยไม่พิจารณาภาพยนตร์แบบเป็นองค์รวมเชื่อมโยงกันตลอดทั้งเรื่อง ซึ่งเกิดจากการวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่ผิดพลาด ไม่อาจรับฟังได้ และที่สำคัญคือเหตุผลดังกล่าวเป็นเหตุผลที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กล่าวอ้างขึ้นมาอย่างเลื่อนลอย ไม่มีที่มาที่ไป เพราะไม่ใช่เหตุผลจริงๆ ที่เป็นประเด็นถกเถียงในการพิจารณาภาพยนตร์ในที่ประชุมของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ดังที่จะได้กล่าวต่อไปในข้อ 2.3

2.3 ตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กล่าวอ้างมาในคำให้การข้อ 2.3 ถึงการพิจารณาภาพยนตร์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และความคิดเห็นของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในการออกคำสั่งนั้น

ผู้ฟ้องคดี ขอคัดค้านว่า ข้อเท็จจริงที่ปรากฏตามบันทึกรายงานการประชุมของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ครั้งที่ 11/2553 เอกสารท้ายคำให้การหมายเลข 8 แสดงให้เห็นกระบวนการในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุผลหลายประการ และการวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่คลาดเคลื่อน ดังจะกล่าวต่อไปนี้

2.3.1 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ออกคำสั่งโดยขัดกับหลักความจำเป็น อันเป็นหลักการในเรื่องความพอ

สมควรแก่เหตุ ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 29 ซึ่ง กำหนดไว้ว่า

“มาตรา 29 การจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้”

ดังนั้น คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และ 2 ที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพจะต้องทำเท่าที่จำเป็นเท่านั้น แม้พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 กำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และ 2 มีอำนาจพิจารณาและออกคำสั่งกำหนดประเภท ภาพยนตร์ตามมาตรา 26 แต่ก็มีกฎกระทรวง กำหนดลักษณะประเภทภาพยนตร์ พ.ศ.2552 กำหนดรายละเอียดและเงื่อนไขในการออกคำสั่งไว้ชัดเจน ซึ่งหากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และ 2 จะออกคำสั่งให้ภาพยนตร์เรื่องใดจัดเป็นภาพยนตร์ที่ห้ามเผยแพร่ในราชอาณาจักร ภาพยนตร์เรื่องนั้นก็ต้องมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงฉบับดังกล่าว ซึ่งกำหนดไว้ว่า

“ข้อ 7. ภาพยนตร์ที่ห้ามเผยแพร่ในราชอาณาจักร มีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

- (1) เนื้อหาที่กระทบกระเทือนต่อสถาบันพระมหากษัตริย์ หรือการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข
- (2) สาระสำคัญของเรื่องเป็นการเหยียดหยามหรือนำความเสื่อมเสียมาสู่ศาสนา หรือไม่เคารพต่อปูชนียบุคคล ปูชนียสถาน หรือปูชนียวัตถุ
- (3) เนื้อหาที่ก่อให้เกิดการแตกความสามัคคีระหว่างคนในชาติ
- (4) เนื้อหาที่กระทบกระเทือนต่อสัมพันธไมตรีระหว่างประเทศ
- (5) สาระสำคัญของเรื่องเกี่ยวกับการมีเพศสัมพันธ์
- (6) เนื้อหาที่แสดงการมีเพศสัมพันธ์ที่เห็นอวัยวะเพศ”

แม้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะเห็นว่าภาพยนตร์เรื่อง *Insects in the Backyard* มีฉากการมีเพศสัมพันธ์ที่เห็นอวัยวะเพศซึ่งไม่ได้เป็นสาระสำคัญของเรื่อง และไม่ใช่นี้อาหาของภาพยนตร์ แต่เป็นภาพที่ปรากฏเพียง 3 วินาทีบนจอโทรทัศน์เก่าๆ ขนาดเล็กและเห็นภาพไม่ชัดในความฝันของตัวละครตัวหนึ่งเท่านั้น แต่กระนั้นกฎกระทรวงฉบับดังกล่าวข้อ 6. ก็ยังกำหนดไว้ด้วยว่า

“ข้อ 6. ภาพยนตร์ที่ห้ามผู้มีอายุต่ำกว่ายี่สิบปีดู มีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

เนื้อหาที่แสดงการมีเพศสัมพันธ์ที่เห็นอวัยวะเพศหรือการสำเร็จความใคร่ด้วยตนเองหรือผู้อื่น

เนื้อหาที่แสดงวิธีการก่ออาชญากรรมซึ่งอาจชักจูงหรือส่งเสริมให้เกิดพฤติกรรมเลียนแบบ

เนื้อหาที่แสดงวิธีการใช้สารเสพติด

(4) เนื้อหาที่เกี่ยวกับลัทธิหรือคำสั่งสอนที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย ศีลธรรมอันดี หรือขนบธรรมเนียมประเพณี ซึ่งอาจชักจูงให้ผู้ชมหลงเชื่อ”

ดังนั้นภาพยนตร์เรื่อง *Insects in the Backyard* แม้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะเห็นว่ามีการมีเพศสัมพันธ์ที่เห็นอวัยวะเพศ แต่ก็สามารถจัดให้อยู่ในประเภทภาพยนตร์ที่ห้ามผู้มีอายุต่ำกว่ายี่สิบปีดูได้เช่นกัน เมื่อมีมาตรการทางกฎหมายที่สามารถปฏิบัติเพื่อให้ได้ผลเหมือนกัน คือ การคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากสื่อที่ไม่เหมาะสม แต่มีผลจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยกว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จำเป็นต้องเลือกมาตรการนั้น คือการกำหนดให้ภาพยนตร์เรื่อง *Insects in the Backyard* เป็นภาพยนตร์ที่ห้ามผู้มีอายุต่ำกว่ายี่สิบปีดูและเป็นประเภทที่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าเหมาะสมกับภาพยนตร์เรื่องนี้ หากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะมีคำสั่งให้ภาพยนตร์เรื่อง *Insects in the Backyard* เป็นภาพยนตร์ที่ห้ามเผยแพร่ในราชอาณาจักรจึงต้องปรากฏว่าภาพยนตร์เรื่องนี้มีลักษณะอื่นใดของภาพยนตร์ประเภทที่ห้ามเผยแพร่ในราชอาณาจักร หรือมีเหตุผลพิเศษประกอบด้วยว่าเหตุใดจึงไม่จัดให้อยู่ในประเภทภาพยนตร์ที่ห้ามผู้มีอายุต่ำกว่ายี่สิบปีดู แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กลับไม่มีเหตุผลพิเศษอื่นใด ภาพยนตร์เรื่อง *Insects in the Backyard* จึงควรจัดเป็นภาพยนตร์ประเภทที่

ห้ามผู้มีอายุต่ำกว่ายี่สิบปีดู การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีคำสั่งไม่อนุญาตให้ฉายจึงขัดกับหลักความจำเป็นดังกล่าว

2.3.2 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ออกคำสั่งโดยใช้ดุลพินิจนอกเหนือไปจากที่กฎหมายให้อำนาจไว้ ข้อเท็จจริงปรากฏชัดว่ากรรมการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 อย่างน้อยสองท่าน คือ นายสมบัติ ภูภาณจน์ กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ และพลตรีเด่นดวง ทิมวัฒนา ผู้แทนกระทรวงกลาโหม ลงมติไม่อนุญาตให้ฉาย โดยใช้ดุลพินิจนอกเหนือจากที่กฎหมายให้อำนาจไว้ กล่าวคือ

นายสมบัติ ภูภาณจน์ กล่าวไว้ในบันทึกรายงานการประชุมของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ครั้งที่ 11/2553 เอกสารท้ายคำให้การหมายเลข 8 หน้า 5-6 ว่า “...ผมคิดว่าหนังเรื่องนี้ น่าจะอยู่ในเกณฑ์ ซึ่งเราอนุญาตให้อยู่ในเกณฑ์ 20+ ได้ ท่านกรุณาดูในนี้ด้วยว่าหนังที่มีการร่วมเพศ มันมีอยู่และได้รับอนุญาตตามกฎหมายกำหนดลักษณะภาพยนตร์ ข้อ 6. ภาพยนตร์ที่ห้ามผู้มีอายุต่ำกว่า 20 ปีดู มีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

1. เนื้อหาที่แสดงถึงการมีเพศสัมพันธ์ที่เห็นอวัยวะเพศหรือการสำเร็จความใคร่ด้วยตนเองหรือผู้อื่น ตรงนี้มีอยู่ เขามีสิทธิที่จะทำได้ตามกฎหมายของเราด้วย แต่เขาทำออกมายอมรับได้แค่ไหนมันอีกเรื่องหนึ่ง เพราะฉะนั้นเราจะห้ามเขาไม่ได้เลย แต่ผมคิดว่าขณะนี้สิ่งหนึ่งที่ขอร้องเขาคือ เราไม่สามารถจะปล่อยภาพบางภาพที่เราเห็นว่ามันเป็นการเผยแพร่ภาพลามกอนาจาร ภาพที่ดูวิดีโออยู่และเป็นภาพหนังเอ็กซ์ของชาย-ชาย ซึ่งเห็นอวัยวะเพศอย่างชัดๆ อันนั้นเป็นภาพลามกอนาจารอย่างแน่นอนตามประมวลกฎหมายอาญา ใครเผยแพร่ภาพนั้นถือว่าผิดกฎหมายอาญา เราคงให้ภาพเหล่านี้ออกไปไม่ได้ถ้าเราอนุญาต”

พลตรีเด่นดวง ทิมวัฒนา กล่าวไว้ในบันทึกรายงานการประชุมของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ครั้งที่ 11/2553 เอกสารท้ายคำให้การหมายเลข 8 หน้า 15 ว่า “ผมก็ได้ดูหนังมาตลอดเหมือนกันครับ และก็ดูแล้วก็รู้สึกว่ามันมีอะไร ยกเว้นฉากที่ปรากฏอยู่ในทีวีเช่นเดียวกัน ดังนั้น สิ่งที่ผมจะอนุญาตก็คือว่า คำขอให้ตัดที่เดิมเป็น

คำขอของอนุฯ แต่ถ้าหากว่าเป็นคำขอของกรรมการภาพยนตร์ฯ ก็คือฝ่ายเลขฯ หรือว่า ณ ตรงนี้ หรือว่าจะเชิญเขามาชี้แจงตอนนี้เลยก็ได้ จะตัดใหม่ในฉากที่ปรากฏอยู่ในทีวี ถ้าตัด ให้ผ่านแล้วก็จัดอยู่ในเรท 20 ผมก็เห็นวาก็ไม่มีอะไรครับ ผมดูแล้วก็ดูตลอดตั้งแต่ต้นจนจบก็ไม่มีรู้สึกว่ามันจะนอกเหนือไปจากวิจารณ์ญาณของคนที่ยู 20 ขึ้นไปแต่อย่างใดนะครับ ผมขอเรียนอย่างนี้ครับ” และในหน้า 16 ว่า “ความเห็นของผมถ้าจะให้ผ่านก็ต้องตัดในจอ นั่นออก” และ “ถ้าฉากนั้นยังอยู่ก็ไม่ผ่านครับ”

ซึ่งจะเห็นได้ว่ากรรมการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ทั้งสองท่านนี้ มีความเห็นว่า ภาพยนตร์เรื่อง Insects in the Backyard ควรจัดอยู่ในประเภทภาพยนตร์ที่ห้ามผู้มีอายุต่ำกว่ายี่สิบปีดู แต่เห็นว่าเนื่องจากในภาพยนตร์มีฉากที่อยู่ในความฝันของตัวละครและในจอโทรทัศน์มีภาพการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างชายกับชายและเห็นอวัยวะเพศปรากฏขึ้นมาเป็นเวลา 3 วินาที ซึ่งกรรมการทั้งสองเห็นว่าเป็นภาพลามกอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา การเผยแพร่ถือว่าผิดกฎหมาย จึงลงมติไม่อนุญาตให้ฉาย ซึ่งแท้จริงแล้ว พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์พ.ศ. 2551 มีเจตนารมณ์ที่จะให้อำนาจแก่คณะกรรมการภาพยนตร์และวีดิทัศน์แห่งชาติในการพิจารณาและกำหนดว่าภาพยนตร์เรื่องใดมีลักษณะเข้าองค์ประกอบข้อใดของกฎกระทรวง และควรจัดอยู่ในประเภทใดเท่านั้น ซึ่งภาพยนตร์เรื่อง Insects in the Backyard แม้มีภาพที่แสดงการมีเพศสัมพันธ์ที่เห็นอวัยวะเพศก็สามารถจัดให้เป็นภาพยนตร์ประเภทที่ห้ามผู้มีอายุต่ำกว่ายี่สิบปีดู ตามกฎกระทรวงข้อ 6. ได้ ส่วนการพิจารณาว่าภาพยนตร์เรื่องใดเป็นสื่อลามกอนาจารหรือไม่ และผิดกฎหมายอาญาหรือไม่นั้น เป็นอำนาจหน้าที่และดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่จะต้องพิจารณาและดำเนินการตามกฎหมายเช่นเดียวกับความผิดอื่นตามประมวลกฎหมายอาญา กรรมการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีอำนาจหน้าที่เพียงแต่ตามที่พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์พ.ศ. 2551 กำหนดภายใต้เงื่อนไขของกฎกระทรวงเท่านั้น ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่มีอำนาจหน้าที่พิจารณาว่าฉากหรือภาพใดในภาพยนตร์เรื่องใดเป็นสื่อลามกอนาจารหรือผิดกฎหมายอื่นหรือไม่ การที่นายสมบัติ ภูภาญจน์ และพลตรีเด่นดวง ทิมวัฒนา ออกความคิดเห็นและลงมติไปด้วยเหตุผลดังที่กล่าวมา จึงเป็นการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งที่โดยอาศัยเหตุอันเป็น

องค์ประกอบในการออกคำสั่งนอกเหนือไปจากที่กฎหมายให้อำนาจไว้ นอกเหนือไปจากเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์พ.ศ. 2551 และยังเป็นการก้าวล่วงเข้าไปใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหน่วยงานอื่นด้วย จึงเป็นการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การลงมติของกรรมการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 อย่างน้อยสองท่านนี้จึงไม่อาจรับฟังได้ หากนับคะแนนในการลงมติของสองท่านนี้เข้ามาในผลรวมการลงมติด้วย ย่อมทำให้เป็นผลการลงมติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม นอกจากกรรมการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะใช้ดุลพินิจพิจารณาให้เหตุผลในส่วนที่ตนไม่มีอำนาจแล้ว แต่กรรมการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ยังพิจารณาผิดพลาดในข้อกฎหมายอันเป็นสาระสำคัญของประเด็นที่พิจารณาด้วย เพราะในเรื่องกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจาร ก่อนหน้านี้นี้เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาวางแนวการวินิจฉัยเรื่อง ลักษณะของสื่อลามกอนาจารไว้ค่อนข้างชัดเจน ดังจะกล่าวต่อไปนี้

“คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6301/2553 ภาพพิมพ์ของกลางเป็นภาพหญิงสาว ซึ่งมีบางภาพเปิดเผยदनอย่างโจ่งแจ้ง ส่วนที่มีอวัยวะเพศแม้จะมีผ้าอาภรณ์ปกปิดไว้ แต่ก็ปกปิดไว้อย่างหั่นเหม ซึ่งนอกจากจะอยู่ในอิริยาบถที่ไม่เรียบร้อย ไม่น่าดู แล้ว ยังอยู่ในอิริยาบถที่น่าเกลียดน่าบัดสีอีกด้วย กล่าวคือ มีบางภาพอยู่ในอิริยาบถนอนก้นนอนหงายถ่างขาออกอย่างกว้าง ทำนองเจตนาเพื่ออวดอวัยวะเพศอย่างเด็ดชัด ส่วนภาพที่อยู่ในอิริยาบถที่นั่งก้นถ่างขาออก แม้จะมีผ้าปกปิดอวัยวะเพศก็เป็นผ้าบางใส ซึ่งแสดงว่าต้องการอวดอวัยวะเพศเช่นเดียวกัน จึงเป็นภาพที่มีเจตนาชั่วร้ายให้บังเกิดความโล่งทางกามารมณ์โดยตรง ถือเป็นภาพลามก”

“คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3510/2531 ภาพหญิงยืนเปลือยกายกอดชาย ภาพหญิงสวมกางเกงในโปรงตามีผู้ชายนอนกอดมือโอบบริเวณทรวงอก ภาพหญิงเปลือยกายท่อนบนใช้มือจับหูโทรศัพท์กดที่อวัยวะเพศ ภาพหญิงเปลือยกายมีແหล่ลุมตัวมือข้างหนึ่งกุมนม อีกข้างหนึ่งกุมอวัยวะเพศ ภาพหญิงเปิดเสื้อให้เห็นนม สว้งมือเข้าไปในกระโปรง ภาพหญิงเปลือยอกสวมกางเกงใน มือสว้งที่อวัยวะเพศ และภาพหญิงเปลือย

อกสวมกางเกงขาสั้น มือข้างหนึ่งล้วงไปจับที่อวัยวะเพศ ภาพดังกล่าวแม้ไม่เห็นอวัยวะเพศชัดเจน แต่ก็มีลักษณะสื่อไปในด้านช่วยกามารมณ์ และภาพหญิงเปลือยตลอดร่างซึ่งพอเห็นอวัยวะเพศได้บ้างถือได้ว่าเป็นภาพอันลามก ไม่ใช่ภาพศิลปะ ที่แสดงถึงสัดส่วนความสมบูรณ์ของร่างกาย ข้อความต่างๆ ที่ได้บรรยายถึงการร่วมประเวณีของชายและหญิงอย่างชัดเจนละเอียดลออ โดยบรรยายถึงอารมณ์ของชายและหญิงไปในทางช่วยกามารมณ์ แม้จะมีได้ใช้ถ้อยคำหยาบคาย ถือได้ว่าเป็นข้อความอันลามก”

จากคำพิพากษาศาลฎีกาทั้งสองฉบับนี้ จะเห็นได้ว่าศาลฎีกาได้วางแนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับสื่อลามก อนาคตไว้อย่างชัดเจนว่า การจะพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นสื่อลามกอนาจาร ไม่ได้พิจารณาแค่ว่าเป็นภาพที่เห็นอวัยวะเพศหรือไม่ แต่ต้องพิจารณาเจตนาของสื่อชนิดนั้นว่ามีเจตนาช่วยทำให้เกิดความใคร่ทางกามารมณ์หรือไม่ ซึ่งภาพที่มีการร่วมเพศเห็นอวัยวะเพศที่ปรากฏในภาพยนตร์เรื่อง *Insects in the Backyard* นั้นเป็นภาพที่ปรากฏเพียงแค่ 3 วินาทีบนจอโทรทัศน์เก่าๆ ขนาดเล็กและเห็นภาพไม่ชัดในความผันของตัวละครตัวหนึ่ง และไม่เห็นใบหน้าของผู้ที่กำลังร่วมเพศ การที่มีภาพดังกล่าวปรากฏอยู่ในภาพยนตร์ฉากนั้นก็เพื่อต้องการสื่อให้เห็นจุดเปลี่ยนทางอารมณ์ของจอห์นนี่ ลูกชายของัญญาซึ่งไม่พอใจอยู่แล้วที่พ่อของตนเป็นสาวประเภทสอง เมื่อจอห์นนี่พบเห็นว่าพ่อกำลังดูภาพการร่วมเพศระหว่างชายกับชายและพยายามสำเร็จความใคร่ด้วยตัวเองอยู่ ด้วยความไม่ยอมรับในความหลากหลายทางเพศจึงโกรธจนรู้สึกลอยๆ ฆ่าพ่อ ภาพดังกล่าวจึงมีเจตนาที่จะสื่อสารเนื้อหาที่เป็นจุดสำคัญ เนื่องจากปรากฏในฉากที่เดินเรื่องให้เห็นถึงความขัดแย้งทางอารมณ์ในตัวเองอย่างสูง และในฉากดังกล่าวมีการฝันว่าฆ่าพ่อซึ่งเป็นฉากที่แสดงอารมณ์เศร้าและหดหู่ ด้วยเวลาที่ภาพปรากฏเพียงแค่ 3 วินาทีประกอบกับองค์ประกอบอื่นๆ ในฉากนั้น แน่แน่นอนว่าผู้ชมที่พบเห็นฉากดังกล่าวย่อมไม่เกิดความใคร่ทางกามารมณ์ และ ภาพดังกล่าวก็ไม่ได้ปรากฏขึ้นมาโดยมีเจตนาเพื่อช่วยกามารมณ์แต่อย่างใด ภาพดังกล่าวจึงไม่ใช่สื่อลามกอนาจารตามความหมายของกฎหมาย และ การที่ปรากฏภาพการร่วมเพศเพียง 3 วินาทีในภาพยนตร์ขนาดยาว 93 นาที จะถือว่าภาพยนตร์เรื่องนี้มีลักษณะเป็นสื่อลามกอนาจารก็ย่อมไม่ถูกต้องเช่นกัน ดังนั้น การที่กรรมการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 บางท่าน

เห็นว่าภาพยนตร์เรื่องนี้เป็นสื่อลามกอนาจารและเป็นสิ่งผิดกฎหมายจึงออกความเห็นและลงมติไม่อนุญาตให้ฉายนั้น จึงเป็นการตีความกฎหมายที่ผิดและอ้างกฎหมายมาเป็นเหตุผลในการออกคำสั่งอย่างไม่ต้อง และเป็นการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งที่อาศัยเหตุองค์ประกอบในการออกคำสั่งนอกเหนือไปจากที่กฎหมายให้อำนาจไว้ด้วย

นอกจากนี้ เนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นองค์กรกลุ่มที่ประกอบด้วยกรรมการหลายท่านและต้องแลกเปลี่ยนความคิดเห็นกันก่อนลงมติออกคำสั่ง เนื่องจากข้อเท็จจริงปรากฏชัดว่ามีกรรมการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 อย่างน้อยสองท่านที่แสดงความคิดเห็นในการประชุมโดยให้เหตุผลที่นอกเหนือไปจากอำนาจที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีตามกฎหมาย และอ้างถึงการตีความกฎหมายที่ผิดมาเป็นเหตุผลในการออกคำสั่งอย่างไม่ต้อง ซึ่งความคิดเห็นที่ผิดพลาดนั้นอาจชักจูง หรือชี้นำให้กรรมการท่านอื่นในที่ประชุมเห็นคล้อยตามไปด้วย อาจทำให้มีกรรมการอีกหลายท่านที่ออกเสียงลงมติไม่อนุญาตให้ฉายภาพยนตร์เรื่อง *Insects in the Backyard* ด้วยเหตุผลเดียวกับกรรมการทั้งสองท่านดังที่กล่าวมา ซึ่งจะทำให้มติของการประชุมเป็นการออกคำสั่งไปโดยใช้ดุลพินิจและอาศัยเหตุผลโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ และอาศัยเหตุผลที่เกิดจากการตีความกฎหมายที่ไม่ถูกต้อง จึงเป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2.3.3 นายไตรรงค์ สุวรรณศิริ ซึ่งดำรงตำแหน่งรองนายกรัฐมนตรีในขณะนั้น มาเข้าร่วมประชุมแทนนายกรัฐมนตรีในตำแหน่งประธานกรรมการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้กล่าวในการประชุมก่อนการลงมติ โดยปรากฏรายละเอียดตามบันทึกรายงานการประชุมของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ครั้งที่ 11/2553 เอกสารท้ายคำให้การหมายเลข 8 หน้า 12 ว่า “เราต้องรับผิดชอบกรรมการในสิ่งที่ให้ผ่านไปแล้วผิดกฎหมาย เราต้องรับผิดชอบ คุณสมบัติบุคคลชัดเจนว่าเราต้องรับผิดชอบ เราเป็นผู้ใหญ่ไม่ได้ในประเทศนี้ ถ้ายอมให้คนทำผิดกฎหมายโดยผ่านมติของเราไป ผมยอมไม่ได้ในฐานะรัฐบาล ผมยอมไม่ได้ถ้าจะให้เอาของผิดกฎหมายไปโดยที่ผมเป็นนายไตรรงค์ สุวรรณศิริ ผมยอมไม่ได้” และ “เราเป็นผู้ใหญ่แล้วนะเอาสิ่งผิดกฎหมายผ่านพวกเราไป เราต้องรับผิดชอบนะ เราต้องรับผิดชอบในสิ่งที่เราทำ เรายอมทำสิ่งที่ผิดกฎหมายไม่ได้”

จะเห็นได้ว่านายไตรรงค์ สุวรรณศิริ เข้าใจว่าภาพยนตร์เรื่อง *Insects in the Backyard* ที่มีภาพการร่วมเพศเป็นเวลา 3 วินาทีนั้นเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย ซึ่งเป็นความเข้าใจอันเกิดจากการตีความกฎหมายเรื่องสื่อลามกอนาจารที่ผิด และเป็นการวินิจฉัยข้อเท็จจริงนอกเหนืออำนาจที่กฎหมายให้ไว้ ซึ่งถูกนำเสนอโดยนายสมบัติ ภูภาณจน์ ตามที่ได้เรียนไปแล้วข้อ 2.3.2 และนายไตรรงค์ สุวรรณศิริซึ่งเป็นถึงนายกรัฐมนตรีและเป็นนักกฎหมายและอยู่ในที่ประชุมก็เชื่อตามการตีความที่ผิคนั้นมาด้วย เป็นหลักฐานที่ชี้ให้เห็นอย่างชัดเจนว่าการแสดงความคิดเห็นของนายสมบัติ ภูภาณจน์นั้นสามารถชักจูงให้กรรมการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ท่านอื่นเห็นคล้อยตามได้และอาจลงมติไม่อนุญาตให้ฉายภาพยนตร์เรื่องนี้ไปเพราะเหตุผลที่ผิดต่อกฎหมายนั้นด้วย

นอกจากนี้การที่นายไตรรงค์ สุวรรณศิริกล่าวว่า “ผมขอมไม่ได้ถ้าจะให้เอาของผิดกฎหมายไป” เช่นนั้นเป็นการแสดงออกชัดเจนว่า นายไตรรงค์ สุวรรณศิริ ซึ่งแม้จะไม่ได้ออกเสียงในการลงมติ จริงๆ แล้วมีความคิดเห็นเช่นไรต่อการออกคำสั่งครั้งนี้ โดยเฉพาะการกล่าวว่า “เราต้องรับผิดชอบในสิ่งที่เราทำ เราขอมทำสิ่งที่ผิดกฎหมายไม่ได้” เมื่อบุคคลที่เป็นประธานกรรมการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และเป็นถึงรองนายกรัฐมนตรีกล่าวเช่นนั้น ย่อมมีอิทธิพลทางความคิดต่อกรรมการท่านอื่นของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่เข้าร่วมการประชุมด้วย เพราะหากกรรมการท่านใดลงมติให้ภาพยนตร์เรื่อง *Insects in the Backyard* ได้รับอนุญาตให้ฉาย ก็คงต้องกลัวว่าจะเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายและจะมีโทษตามกฎหมายหรือไม่ ในฐานะที่เป็นกรรมการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 อาจต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมายหรือไม่ ซึ่งแม้การตีความว่าภาพยนตร์เรื่อง *Insects in the Backyard* เป็นสื่อลามกอนาจารจะเป็นการตีความที่ผิด แต่กรรมการบางท่านอาจไม่รู้กฎหมาย หรือไม่รู้จักแนวคำพิพากษาศาลฎีกา ดังที่กล่าวมาในข้อ 2.3.2 และเมื่อประธานในที่ประชุมที่เป็นถึงรองนายกรัฐมนตรีและนักกฎหมายกล่าวเช่นนั้น ก็ย่อมมีอิทธิพลอย่างมากต่อความคิดเห็นของกรรมการท่านอื่นที่จะลงมติตัดสินใจไปในทางเดียวกับความคิดเห็นของนายไตรรงค์ สุวรรณศิริ คือการลงมติไม่อนุญาตให้ฉาย อย่างน้อยที่สุดก็เพื่อไม่ให้ตัวเองเสี่ยงต่อการกระทำผิดและมีโทษตาม

กฎหมาย ดังนั้นการออกเสียงลงมติเพื่อออกคำสั่งไม่อนุญาตให้นายภาพยนตร์เรื่อง *Insects in the Backyard* ของกรรมการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในครั้งนี้จึงเป็นการออกคำสั่งที่กรรมการทุกคนไม่ได้คิดหรือตัดสินใจโดยอิสระ แต่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลความกลัวบางอย่างที่เกิดจากการตีความกฎหมายที่ผิด และวินิจฉัยข้อเท็จจริงนอกเหนืออำนาจที่กฎหมายให้ไว้ จึงเป็นการออกเสียงลงมติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2.3.4 จากผลการออกเสียงลงมติในการทำคำสั่งไม่อนุญาตให้นายภาพยนตร์เรื่อง *Insects in the Backyard* ที่ปรากฏตามบันทึกการรายงานการประชุมของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ครั้งที่ 11/2553 เอกสารท้ายคำให้การหมายเลข 8 จะเห็นว่าผลการลงมติคือ ไม่อนุญาตให้นาย 13 เสียง อนุญาต 4 เสียง และงดออกเสียง 3 เสียง ซึ่งหากพิจารณาการให้ความเห็นและการลงมติรายบุคคลแล้วจะพบว่า กรรมการที่ลงมติว่าอนุญาตให้นาย ทั้ง 4 ท่าน ได้แก่ นายสุพล สิทธิธรรมพิชัย นายโชคชัย ชยวัฑฒ นายกิตติศักดิ์ สุวรรณโกสิน และนาย นพชัย ศรีสุวรรณนท์ ซึ่งทุกท่านล้วนเป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิและมาจากสายงานด้านภาพยนตร์และวิดิทัศน์ทั้งสิ้น กรรมการที่ลงมติว่างดออกเสียง ทั้ง 3 ท่าน ได้แก่ นายสรจักร เกษมสุวรรณ นางสุราทิพ รัชชพงษ์ และนายศิริศักดิ์ คชพัชรินทร์ ก็เป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิทั้ง 3 ท่านเช่นกัน ส่วนกรรมการที่ลงมติไม่อนุญาตให้นาย 12 ท่านล้วนแต่เป็นข้าราชการจากหน่วยงานต่างๆ ของรัฐทั้งสิ้นมีเพียงท่านเดียวคือ นายสมบัติ ภูภาณจน์ที่เป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิแต่ลงมติไม่อนุญาตให้นาย ซึ่งก็ปรากฏชัดเจนตามความคิดเห็นของนายสมบัติ ภูภาณจน์ที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อ 2.3.2 ว่านายสมบัติ ภูภาณจน์ เห็นว่าภาพยนตร์เรื่อง *Insects in the Backyard* สามารถจัดให้อยู่ในประเภทภาพยนตร์ที่ห้ามผู้มีอายุต่ำกว่ายี่สิบปีดู เพียงแต่นายสมบัติ ภูภาณจน์อาจจะลงมติไม่อนุญาตให้นายเพียงเพราะตีความกฎหมายและเข้าใจกฎหมายผิดไปเท่านั้นตามที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อ 2.3.2

ข้อเท็จจริงที่กล่าวมานี้ ทำให้เห็นได้ว่า หากพิจารณาภาพยนตร์เรื่อง *Insects in the Backyard* ในแง่ของสื่อชนิดหนึ่งที่มีความเป็นศิลปะ โดยผู้ที่มีความรู้เรื่องภาพยนตร์พอสมควรแล้วก็จะเห็นว่าภาพยนตร์เรื่องนี้ไม่ได้ขัดต่อศีลธรรมอันดีจนไม่สามารถอนุญาตให้เผยแพร่ในราชอาณาจักรได้ แต่เหตุที่กรรมการ

จำนวนเสียงมากลงมติไม่อนุญาตให้ฉายอาจเป็นเพราะความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนต่อความเป็นจริงในการดูภาพยนตร์ ตามที่ผู้ฟ้องคดีได้เรียนต่อศาลแล้วในคำฟ้องข้อ 4.2 หรือมีอคติกับประเด็นผู้มีความหลากหลายทางเพศ หรืออาจจะเป็นเพราะกรรมการบางท่านถูกชี้นำให้เข้าใจกฎหมายผิด ใช้ดุลพินิจวินิจฉัยข้อเท็จจริงนอกเหนืออำนาจที่กฎหมายให้ไว้ หรืออาจจะไม่มีอิสระถูกรอบงำโดยอิทธิพลทางความคิดที่เกิดจากการตีความกฎหมายที่ผิด ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อ 2.3.2-2.3.3 ซึ่งบันทึกรายงานการประชุมฉบับนี้เป็นหลักฐานที่ชี้ให้เห็นถึงความผิดพลาดคลาดเคลื่อนต่อข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในการทำคำสั่งทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้อย่างชัดเจน

ข้อ 3. ผู้ฟ้องคดีขอให้การคัดค้านคำให้การข้อ 3. ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 โดยขอให้การคัดค้านตามลำดับดังต่อไปนี้

3.1 ตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ให้การมาในข้อ 3.1 โดยกล่าวอ้างว่าคดีนี้เป็นกรณีที่ข้อเท็จจริงที่ผู้ฟ้องคดีให้ไว้ในคำขอ จึงเป็นข้อยกเว้นให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 30 และในชั้นพิจารณาของอนุกรรมการก็ได้เชิญผู้ฟ้องคดีเข้าชี้แจงแล้ว

ผู้ฟ้องคดีขอให้การคัดค้านคำให้การของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ว่า ข้อยกเว้นตามมาตรา 30 วรรคสอง (3) ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ในการไม่ต้องแจ้งข้อเท็จจริงและให้โอกาสได้แย้งแสดงพยานหลักฐาน ที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กล่าวอ้างนั้น ผู้ฟ้องคดีขอเรียนต่อศาลว่า ข้อยกเว้นดังกล่าว นั้นต้องเป็นกรณีคำสั่งทางปกครองที่มุ่งหมายจะออกนั้นไม่แตกต่างไปจากข้อเท็จจริงที่ได้ให้ไว้ในคำขออนุญาตและไม่เป็นไปในทางเสียหายต่อคู่กรณี เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะอนุญาตตามคำขอให้ออกคำสั่งทางปกครองของคู่กรณีโดยพิจารณาข้อเท็จจริงที่คู่กรณีให้มาในคำขออนุญาตแล้วเห็นว่าสามารถออกคำสั่งทางปกครองอนุญาตให้ตามคำขอได้และข้อเท็จจริงก็เพียงพอที่จะตัดสินใจออกคำสั่งทางปกครองได้ แต่ถ้าจะพิจารณาให้ผิดแผกแตกต่างออกไปจากข้อเท็จจริงที่มีอยู่ในคำขอให้เกิดความเสียหาย

ต่อผู้กรณี เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องจัดให้มีการรับฟังผู้กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครอง ข้อเท็จจริงที่ผู้ฟ้องคดี ได้ให้ไว้เพื่อยื่นขออนุญาตนั้นคือภาพยนตร์ และเรื่องย่อของภาพยนตร์ ซึ่งผู้ฟ้องคดี พิจารณาแล้ว เห็นว่าเป็นภาพยนตร์ที่ควรจัดอยู่ในประเภทห้ามผู้มีอายุต่ำกว่าสิบปีดู แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ใช้ข้อเท็จจริง นั้นออกคำสั่งไม่อนุญาต ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ฟ้องคดี โดยอ้างว่าเป็นกรณีที่ขัดต่อศีลธรรมอันดี อันเป็นข้อเท็จจริงที่คลาดเคลื่อน โดยมาจากการมีข้อมูลไม่เพียงพอ เนื่องจากภาพยนตร์ถือเป็นสิ่งประดิษฐ์ หรืองานศิลปะประเภทหนึ่ง ด้วยลักษณะดังกล่าวความคิดเห็นและข้อมูลของผู้สร้างสรรค์ผลงานจะเป็น ข้อมูลเพิ่มเติมประการสำคัญในการอธิบายความเป็นนามธรรม รูปธรรม ภาษาสัญลักษณ์ที่แฝงอยู่ และ วัตถุประสงค์ของภาพยนตร์ ที่จะทำให้อ่านข้อมูลที่ใช้ในการพิจารณาอนุญาตภาพยนตร์เป็นไปอย่างรอบด้าน มิได้มีเพียงเฉพาะกรอบความคิดของฝ่ายปกครองเพียงอย่างเดียว ดังนั้นผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จำเป็นต้องให้สิทธิ ในการรับทราบข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญของการทำคำสั่งทางปกครองและได้แย้งแสดงพยานหลักฐานแก่ผู้ฟ้องคดีก่อนการทำคำสั่ง กรณีนี้ไม่ใช่กรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีข้อเท็จจริงที่ผู้ฟ้องคดีให้ไว้ในคำขอ ครบถ้วนแล้วอันจะเข้าข้อยกเว้นตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 30

ทั้งนี้การรับฟังของคณะอนุกรรมการตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กล่าวอ้างนั้น ผู้ฟ้องคดีขอเรียนต่อศาล ว่า คณะอนุกรรมการ ไม่ได้แย้งข้อเท็จจริงว่าจะใช้ข้อเท็จจริงใดบ้างในการออกคำสั่งทางปกครองที่กระทบ ต่อสิทธิผู้ฟ้องคดีประกอบกับมิได้ให้เวลากับผู้ฟ้องคดีในการเตรียมพยานหลักฐานเพื่อได้แย้งอย่างเพียงพอ กล่าวคือ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 แจ้งให้ผู้ฟ้องคดีมาเข้าพบล่วงหน้าเพียง 3 วันก่อนวันนัดเท่านั้น ฉะนั้นการรับฟัง ดังกล่าวจึงยังมิได้เป็นการให้สิทธิผู้ฟ้องคดีตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทาง ปกครอง พ.ศ.2539 แต่อย่างใด คำให้การของผู้ถูกฟ้องคดีจึงฟังไม่ขึ้น

3.2 ตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ให้การมาในข้อ 3.2 โดยยอมรับว่ากรรมการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 บาง ส่วนไม่ได้รับชมภาพยนตร์จริง แต่การประชุมนั้นมีกรรมการมาประชุมครบองค์ประชุมแล้ว และการ พิจารณาภาพยนตร์เรื่องอื่นผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะรับชมภาพยนตร์ทุกเรื่องก่อนลงความเห็น

ผู้ฟ้องคดีขอให้การคัดค้านคำให้การของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ว่า แม้กรรมการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะเข้าร่วมประชุมครบองค์ประชุมคือเกินกึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมดก็ตาม แต่จำนวนองค์ประชุมเป็นเพียงหนึ่งในองค์ประกอบของการทำคำสั่งเท่านั้น แม้ว่ากรรมการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะเข้าร่วมประชุมครบองค์ประชุมแล้วก็ตาม แต่กรรมการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ผู้ร่วมประชุมแลกเปลี่ยนความคิดเห็นและออกเสียงลงมติยังจำเป็นต้องทราบข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญให้ครบถ้วนก่อนการออกความคิดเห็นหรือออกเสียงลงมติทุกครั้ง เพราะกรรมการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในฐานะผู้ทำคำสั่งทางปกครองไม่มีดุลพินิจในการเลือกที่จะรับทราบหรือไม่รับทราบข้อเท็จจริงใด แต่ต้องรับทราบข้อเท็จจริงทั้งหมดให้ครบถ้วนก่อนจึงจะมีอำนาจในการออกความคิดเห็นหรือทำคำสั่งทางปกครองได้ ซึ่งในคดีนี้อย่างน้อยที่สุด กรรมการผู้ออกเสียงจะต้องได้รับชมภาพยนตร์เรื่อง *Insects in the Backyard* ให้จบตลอดทั้งเรื่องก่อนการออกความคิดเห็นหรือออกเสียงลงมติ

แม้ข้อเท็จจริงยังไม่ปรากฏแน่ชัดว่ามีกรรมการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จำนวนทั้งหมดกี่ท่านที่ไม่ได้ชมภาพยนตร์ก่อนแต่เข้าร่วมการประชุมโดยออกความคิดเห็นหรือออกเสียงลงมติก็ตาม แต่เนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นองค์กรกลุ่มต้องแลกเปลี่ยนความคิดเห็นกันก่อนลงมติออกคำสั่งแม้มีกรรมการเพียงแค่คนเดียวที่ไม่ได้รับชมภาพยนตร์แต่ได้เข้าร่วมประชุมออกความคิดเห็น ก็อาจทำให้กรรมการท่านอื่นรับฟังและคล้อยตามความคิดเห็นที่เกิดจากการไม่ได้รับทราบข้อเท็จจริงที่ครบถ้วนนั้นไปได้ ซึ่งข้อเท็จจริงตามบันทึกรายงานการประชุมของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ครั้งที่ 11/2553 เอกสารท้ายคำให้การหมายเลข 8 ปรากฏว่ามีกรรมการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 อย่างน้อย 3 ท่านที่ยอมรับว่าไม่ได้ชมภาพยนตร์แต่ร่วมแสดงความคิดเห็นในการประชุม ได้แก่ นายศิริศักดิ์ คุชพัชรินทร์ กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ นางนนทิณี เพ็ชฌุไพศิษฐ์ ผู้ตรวจราชการกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ และ นางธัญญา เสวตศิลา มณีโชติ รองปลัดกระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง นางนนทิณี เพ็ชฌุไพศิษฐ์ และ นางธัญญา เสวตศิลา มณีโชติ ได้แสดงความคิดเห็นในที่ประชุมเพื่อสนับสนุนให้มีคำสั่งไม่อนุญาตให้นายภาพยนตร์เรื่องนี้และ

ยังออกเสียงลงมติไม่อนุญาตให้ฉายด้วย ทำให้การประชุมเพื่อออกเสียงลงมติในครั้งนี้เป็นการประชุม โดยที่กรรมการบางท่านไม่ได้รับทราบข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญครบถ้วนก่อนแสดงความคิดเห็นหรือลงมติทำคำสั่ง ทำให้การออกคำสั่งเป็นไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

นอกจากนี้เนื่องจากผลการลงมติปรากฏว่ามีกรรมการที่ออกเสียงว่าไม่อนุญาตให้ฉาย 13 เสียง อนุญาต 4 เสียง และงดออกเสียง 3 เสียง หากข้อเท็จจริงปรากฏว่ามีกรรมการนอกจากนางชนัญญา เสวตศิลา มณีโชติ และนางนนทิณี เพ็ชฌัญไชยสิทธิ์ อีกอย่างน้อย 3 ท่านรวมเป็น 5 ท่านที่ไม่ได้รับชมภาพยนตร์แต่ลงมติไม่อนุญาตให้ฉาย ซึ่งหากกรรมการเหล่านี้ได้รับชมภาพยนตร์ก่อนก็อาจลงมติเป็นอย่างอื่นซึ่งจะทำให้ผลรวมของการลงคะแนนกลายเป็นมีมติอนุญาตให้ฉายได้ ดังนั้นการออกคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ยืนยันตามมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 คือ ไม่อนุญาตให้ฉายภาพยนตร์เรื่อง *Insects in the Backyard* จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยที่ประเด็นองค์ประชุมของกรรมการที่มาเข้าร่วมประชุมหาที่มีความหมายหรือความเกี่ยวข้องแต่อย่างใดไม่

ผู้ฟ้องคดีขอเรียนต่อศาลว่า คำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” เป็นคำที่มีความหมายกว้าง ซึ่งเปิดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจในการทำคำสั่ง แต่หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะใช้ดุลพินิจไปในทางที่เป็นการจำกัดสิทธิของประชาชน เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงมีต้องใช้ดุลพินิจด้วยความระมัดระวัง หากเป็นกรณีผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะออกคำสั่งไม่อนุญาตให้ฉายภาพยนตร์เรื่องใด ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จำเป็นต้องหาข้อมูลเหตุผลประกอบการตัดสินใจให้ชัดเจน แม้คำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” จะหมายถึง ความประพฤติที่ชอบที่ติงามจริงดังที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กล่าวอ้างมา แต่ความประพฤติอย่างไรจึงชอบหรือดีงามนั้นประชาชนก็ยังสามารถเห็นแตกต่างกันได้หลากหลาย เช่น การนิยมนิยมนิยมนิยามกอนาจาร หรือความเห็นต่อการสูบบุหรี่หรือดื่มสุราก็ยังมีความเห็นที่แตกต่างในสังคม ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงควรพิจารณาคำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” ในฐานะหลักเกณฑ์ที่ขึ้นอยู่กับอัตวิสัยของปัจเจกบุคคล สามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามสภาพสังคม สิ่งแวดล้อมและกาลเวลา ไม่ใช่เพียงตัดสินใจเอาเองด้วยความคิดเห็นของตัวเองเท่านั้น แต่ข้อ

เท็จจริงในคดีนี้ไม่ปรากฏเลยว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้อภิปรายหรือถกเถียงกันหรือหาข้อมูลเพิ่มเติมเกี่ยวกับคำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” ก่อนการออกคำสั่ง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เพียงตัดสินใจด้วยอารมณ์ อคติ และฐานประสบการณ์ของตนเอง โดยไม่ตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในการตีความคำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เลยแม้แต่หน่อย

แม้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จะอ้างว่าทางปฏิบัติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะชมภาพยนตร์ทุกเรื่องตลอดก่อนลงความเห็น แต่ก็ไม่มีหลักฐานใดสามารถยืนยันหรืออ้างอิงได้

3.3 ตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ให้การมาในข้อ 3.3 โดยอ้างว่ากรณีนี้เป็นการใช้อำนาจสั่งไม่อนุญาตตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 มาตรา 29 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงมีอำนาจสั่งให้ตัดทอนก่อนหรือจะสั่งไม่อนุญาตเลยก็ได้ และกรณีนี้เป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองในการพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นเรื่องๆ ไป ไม่อาจวางหลักตายตัวได้

ผู้ฟ้องคดีขอให้การคัดค้านคำให้การของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ว่า กฎกระทรวงกำหนดลักษณะประเภทภาพยนตร์ พ.ศ.2552 ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 26 พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 นั้น ในข้อ 7 ได้กำหนดถึงลักษณะภาพยนตร์ที่เป็นลักษณะประเภทภาพยนตร์ประเภทที่ 7 ว่า

“ภาพยนตร์ที่ห้ามเผยแพร่ในราชอาณาจักร มีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) เนื้อหาที่กระทบกระเทือนต่อสถาบันพระมหากษัตริย์ หรือการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

(2) สาระสำคัญของเรื่องเป็นการเหยียดหยามหรือนำความเสื่อมเสียมาสู่ศาสนาหรือไม่เคารพต่อปูชนียบุคคล ปูชนียสถาน หรือปูชนียวัตถุ

(3) เนื้อหาที่ก่อให้เกิดการแตกความสามัคคีระหว่างคนในชาติ

(4) เนื้อหาที่กระทบกระเทือนต่อสัมพันธไมตรีระหว่างประเทศ

(5) สารสำคัญของเรื่องเกี่ยวกับการมีเพศสัมพันธ์

(6) เนื้อหาที่แสดงการมีเพศสัมพันธ์ที่เห็นอวัยวะเพศ”

และประกาศคณะกรรมการภาพยนตร์และวีดิทัศน์แห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์ในการตรวจพิจารณาภาพยนตร์และสื่อโฆษณา พ.ศ. 2552 ซึ่งออกตามความมาตรา 25 พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการตรวจภาพยนตร์ไว้ในข้อ 8 ว่า

“ข้อ 8 ในกรณีที่คณะกรรมการพิจารณาแล้วเห็นว่า ภาพยนตร์ที่ขออนุญาตมีลักษณะหรือเนื้อหาตามที่กำหนดไว้ในภาพยนตร์ประเภทที่ห้ามเผยแพร่ในราชอาณาจักร ให้คณะกรรมการแจ้งให้ผู้ยื่นคำขออนุญาตดำเนินการแก้ไขหรือตัดทอนเนื้อหาดังกล่าวออก หากผู้ยื่นคำขออนุญาตไม่ประสงค์จะแก้ไขหรือตัดทอน ให้คณะกรรมการกำหนดให้ภาพยนตร์ดังกล่าวเป็นภาพยนตร์ประเภทที่ห้ามเผยแพร่ในราชอาณาจักร

ในกรณีที่ผู้ยื่นคำขออนุญาตยินยอมแก้ไขหรือตัดทอนเนื้อหาตามที่คณะกรรมการแจ้งให้คณะกรรมการพิจารณาดำเนินการตามข้อ 7 ต่อไป”

เมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรา 29 ของพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 ว่า “ในการพิจารณาอนุญาตภาพยนตร์ตามมาตรา 25 ถ้าคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์เห็นว่า ภาพยนตร์ใดมีเนื้อหาที่เป็นการบ่อนทำลาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรืออาจกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของรัฐและเกียรติภูมิของประเทศไทย ให้คณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์มีอำนาจสั่งให้ผู้ขออนุญาตแก้ไขหรือตัดทอนก่อนอนุญาต หรือจะไม่อนุญาตก็ได้”

ผู้ฟ้องคดีขอเรียนต่อศาลว่าเมื่อพิจารณาทบบัญญัติที่ได้กล่าวมาข้างต้นจะพบว่าบทบัญญัติในกฎกระทรวงฯและประกาศคณะกรรมการภาพยนตร์และวีดิทัศน์แห่งชาติฯ เป็นการใช้หลักการที่บัญญัติโดยพิจารณาอย่างเป็นองค์รวมประกอบกันของมาตรา 25 มาตรา 26 และมาตรา 29 ของพระราชบัญญัติ

ภาพยนตร์และวิทัศน์ พ.ศ.2551 กล่าวคือ ภาพยนตร์ที่ห้ามเผยแพร่ในราชอาณาจักรซึ่งกำหนดไว้ในกฎกระทรวงข้อ 7. เป็นการอธิบายรายละเอียดตามมาตรา 29 ในประเด็นภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาที่เป็นการบ่อนทำลาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรืออาจกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของรัฐและเกียรติภูมิของประเทศไทยดังได้เรียนต่อศาลแล้ว การตรวจพิจารณาภาพยนตร์ตามมาตรา 25 มาตรา 26 และมาตรา 29 เป็นขั้นตอนเดียวกันที่พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวิทัศน์กำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ต้องปฏิบัติตาม

โดยมาตรา 29 นั้นเป็นมาตราที่กำหนดมาตรฐานแนวทางการพิจารณาภาพยนตร์ ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 พิจารณา ส่วนมาตรา 26 นั้นเป็นกฎหมายที่กำหนดหน้าที่ในทางปฏิบัติให้กับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ทั้งนี้เพราะมาตรา 26 เขียนไว้ชัดเจนว่า “ให้คณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวิทัศน์กำหนดด้วยว่าภาพยนตร์ดังกล่าวจัดอยู่ในภาพยนตร์ประเภทใด” การที่มีคำว่า “ด้วย” ปรากฏอยู่ แสดงให้เห็นว่านอกจากอำนาจหน้าที่ตามมาตรา 26 แล้วผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ยังมีอำนาจหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตามมาตราอื่นมาก่อน ซึ่งก็คือ การพิจารณาตามมาตรา 29 นั้นเอง และหลังจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 พิจารณาภาพยนตร์ตามมาตรฐานของมาตรา 29 แล้วจึงมีหน้าที่ที่จะต้องกำหนดว่าภาพยนตร์เรื่องใดจัดอยู่ในประเภทใดตามมาตรา 26 (1) - (7) ซึ่งหากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จะมีคำสั่งอนุญาตให้นายภาพยนตร์เรื่องใด ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ก็มีหน้าที่ต้องกำหนดด้วยว่าให้เป็นภาพยนตร์ประเภทใดประเภทหนึ่งในมาตรา 26 (1) – (6) และหากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะมีคำสั่งไม่อนุญาตให้นายภาพยนตร์เรื่องใด ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ก็ย่อมต้องกำหนดให้ภาพยนตร์เรื่องนั้นเป็นภาพยนตร์ประเภทที่ห้ามเผยแพร่ในราชอาณาจักรตามมาตรา 26(7) โดยที่การกำหนดประเภทในรายละเอียดยังมีกฎกระทรวงกำหนดลักษณะของประเภทภาพยนตร์ พ.ศ. 2552 กำกับไว้อีกชั้นหนึ่ง ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในคำฟ้องข้อ 4.1 หากตีความและบังคับใช้พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวิทัศน์เช่นนี้ ก็จะทำให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 พิจารณาภาพยนตร์ทุกเรื่องโดยอาศัยมาตรฐานและหลักเกณฑ์เพียงประการเดียว และออกคำสั่งภายใต้เงื่อนไขที่ชัดเจนแน่นอน เป็นประโยชน์ต่อทั้งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เองและประชาชนผู้ได้รับผลจากคำสั่ง

หรือ กล่าวอีกอย่างหนึ่งได้ว่า มาตรา 29 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดมาตรฐาน และแนวทางกว้างๆ ในการพิจารณาภาพยนตร์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และเป็นบทบัญญัติที่ก่อตั้งอำนาจของฝ่ายปกครองในการสั่งให้ตัดทอนภาพยนตร์หรือสั่งไม่อนุญาต ซึ่งเป็นเรื่องระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กับผู้ยื่นขออนุญาต ส่วน มาตรา 26 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดหน้าที่ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ปฏิบัติโดยการกำหนดประเภทภาพยนตร์ให้ชัดเจน เพื่อให้ประชาชนทั่วไปสามารถทราบได้ว่าภาพยนตร์ที่ผ่านการขออนุญาตแล้วนั้นจัดอยู่ในประเภทใดเพื่อจะได้เลือกรับชมได้ถูกต้อง หรือสามารถดูแลให้คำแนะนำแก่เด็กและเยาวชนได้ ซึ่งเป็นเรื่องระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กับประชาชนทั่วไปที่จะได้รับประโยชน์จากการพิจารณาภาพยนตร์

หากตีความตามที่ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ให้การไว้จะทำให้มาตรา 26(7) ของพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 ข้อ 7 ของกฎกระทรวงกำหนดลักษณะประเภทภาพยนตร์ พ.ศ.2552 และข้อ 8 ของประกาศคณะกรรมการภาพยนตร์และวีดิทัศน์แห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์ในการตรวจพิจารณาภาพยนตร์และสื่อโฆษณา พ.ศ. 2552 เป็นกฎหมายที่ไม่มีสภาพใช้บังคับ และไม่สามารถใช้กฎหมายได้ อย่างเป็นระบบ ซึ่งไม่ใช่เจตนารมณ์ในการบัญญัติกฎหมายต่างๆ เช่น ไม่อาจอธิบายถึงความแตกต่างของการใช้อำนาจในการออกคำสั่งไม่อนุญาตตามมาตรา 29 กับการใช้อำนาจตามมาตรา 26 กำหนดภาพยนตร์ประเภทห้ามเผยแพร่ในราชอาณาจักรได้ อีกทั้งยังเป็นการบังคับใช้กฎหมายฉบับเดียวกัน เพื่อให้ผู้ถูกฟ้องคดีมีอำนาจพิจารณาภาพยนตร์ภายใต้หลักเกณฑ์สองประการที่แตกต่างกันเพื่อที่จะออกคำสั่งทางปกครองด้วยชื่อเรียกที่แตกต่างกัน แต่มีผลจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนในลักษณะที่เหมือนกันได้ ซึ่งย่อมทำให้ประชาชนผู้ถูกบังคับใช้กฎหมายไม่สามารถทราบถึงสิทธิของตัวเองได้ ถือเป็นการตีความและบังคับใช้กฎหมายที่ไม่ถูกต้องตามตัวบทกฎหมาย และไม่ก่อให้เกิดประโยชน์กับฝ่ายใด

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น การพิจารณาอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามมาตรา 26 มาตรา 26 และมาตรา 29 ของพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 ต้องพิจารณาประกอบกับ กฎกระทรวงกำหนดลักษณะประเภทภาพยนตร์ พ.ศ.2552 และประกาศคณะกรรมการภาพยนตร์และวีดิทัศน์

แห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์ในการตรวจพิจารณาภาพยนตร์และสื่อโฆษณา พ.ศ. 2552 ซึ่งสรุปได้ว่าฝ่ายปกครองจะสามารถใช้ดุลพินิจได้ 3 อย่างคือ อนุญาต สั่งให้แก้ไขตัดทอน หรือไม่อนุญาต อีกทั้งการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองก็ยังคงผูกพันต่อหลักพอสมควรแก่เหตุ เมื่อฝ่ายปกครองมีเครื่องมือที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้น้อยกว่า โดยไม่กระทบต่อประโยชน์สาธารณะ และไม่กระทบต่อการจัดทำภารกิจของฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองก็จำต้องเลือกใช้เครื่องมือในกรณีนี้ คือ เลือกออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดี แก้ไขตัดทอนได้ แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กลับเลือกใช้อำนาจโดยไม่คำนึงถึงการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้ฟ้องคดีโดยไม่ปฏิบัติตามกฎกระทรวงฯ และประกาศคณะกรรมการภาพยนตร์และวีดิทัศน์แห่งชาติฯ รวมทั้งไม่คำนึงถึงหลักพอสมควรแก่เหตุ ออกคำสั่งไม่อนุญาตในทันที ทำให้การของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงฟังไม่ขึ้น

แม้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะกล่าวอ้างว่า มาตรา 29 เป็นกฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองในการพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องราว ไปไม่อาจวางหลักตายตัวได้ ซึ่งวิญญูชนทั่วไปที่มีจิตสำนึกในเรื่องนี้ย่อมทราบดีว่าศีลธรรม คือ ความประพฤติที่ชอบที่ดงามของประชาชน แต่ก็ไม่เป็นความจริงเช่นกัน เพราะแม้วิญญูชนจะทราบดีว่าศีลธรรม คือ ความประพฤติที่ชอบที่ดงามของประชาชน แต่ความประพฤติอย่างไรจึงจะเรียกว่าชอบและดีงามนั้นย่อมมีความคิดเห็นที่แตกต่างกันไป ตามแต่ละท้องถิ่น ขึ้นอยู่กับประเพณีวัฒนธรรมของท้องถิ่นนั้นๆ และประสบการณ์ของแต่ละคนที่จะคิดเห็นประเด็นนี้แตกต่างกัน และหลักเกณฑ์ในมาตรา 29 ก็ไม่ใช่หลักเกณฑ์ที่ไม่อาจวางหลักตายตัวได้ จนต้องให้องค์กรของรัฐพิจารณาเองเช่นนี้ เพราะปัจจุบันได้มีกฎกระทรวง กำหนดลักษณะประเภทภาพยนตร์ พ.ศ.2552 ออกมา กำหนดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนตายตัวไว้แล้ว ซึ่งหน่วยงานของรัฐโดยเฉพาะผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จำเป็นต้องปฏิบัติตาม

นอกจากนี้ หากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีแก้ไข หรือตัดทอนส่วนใดส่วนหนึ่งของภาพยนตร์ เพื่อปฏิบัติให้ถูกต้องตามขั้นตอนตามกฎหมาย อันจะมีผลให้หากผู้ฟ้องคดีไม่ยอมแก้ไขหรือตัด

ทอน ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงจะสามารถมีคำสั่งไม่อนุญาตให้ฉายได้นั้น ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ก็ต้องออกคำสั่งให้แก้ไขหรือตัดทอนในฐานะที่เป็นการออกคำสั่งทางปกครองฉบับหนึ่ง เช่นเดียวกับการออกคำสั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ฉายภาพยนตร์ โดยต้องมีความชัดเจน และมีองค์ประกอบในการออกคำสั่งเช่นเดียวกับการออกคำสั่งทางปกครองทั่วไปตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เช่น ต้องให้สิทธิแก่ผู้ฟ้องคดีในการรับทราบข้อเท็จจริงและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน ต้องให้เหตุผลให้ชัดเจน ต้องระบุว่าต้องการให้แก้ไขตัดทอนฉากใดหรือส่วนใดของภาพยนตร์ เพราะเหตุใด และต้องทำภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ เป็นต้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 โดยคณะกรรมการผู้รับมอบอำนาจของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เพียงแต่สอบถามผู้ฟ้องคดีเป็นลักษณะปรึกษาหารือว่าจะยินยอมตัดทอนภาพยนตร์หรือไม่โดยไม่ได้ออกเป็นคำสั่งว่าให้ตัดทอนฉากใดหรือส่วนใดของภาพยนตร์เพราะเหตุผลใดตามที่ได้กล่าวไปแล้วในข้อ 2.1 นั้น ย่อมไม่ใช่การสั่งให้แก้ไขหรือตัดทอนอันเป็นขั้นตอนที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย ทั้งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ก็ไม่ได้เสนอทางออกอื่นเช่นการแก้ไขภาพ หรือ เนื้อหาบางส่วนให้ผู้ฟ้องคดีทราบทางเลือกทั้งหมดได้ว่าผู้ฟ้องคดีมีสิทธิอย่างไรบ้าง หากผู้ฟ้องคดีให้ความเห็นไปว่าไม่ประสงค์ที่จะตัดทอน ก็เป็นเพียงการแสดงความคิดเห็นในฐานะผู้สร้างภาพยนตร์ที่มุ่งจะสื่อสารประเด็นทางสังคม ซึ่งย่อมไม่ต้องการตัดทอนส่วนหนึ่งส่วนใดของภาพยนตร์โดยไม่มีเหตุผลตามสมควรอยู่แล้ว กรณีนี้จึงไม่ใช่การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้สั่งให้แก้ไขหรือตัดทอนแล้ว แต่ผู้ฟ้องคดีปฏิเสธที่จะปฏิบัติตาม อันจะทำให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีอำนาจสั่งไม่อนุญาตในทันทีได้ อย่างไรก็ตามเสียผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ก็ต้องปฏิบัติตามขั้นตอนของกฎหมายคือการออกคำสั่งทางปกครองที่ถูกต้อง เพื่อให้ผู้ฟ้องคดีแก้ไขหรือตัดทอนก่อน จึงจะถือได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ปฏิบัติตามขั้นตอนที่ถูกต้องตามกฎหมายแล้ว

3.4 ตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ให้การมาในข้อ 3.3 โดยกล่าวอ้างว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้แสดงเหตุผลไว้ชัดเจน การพิจารณาเป็นไปด้วยความอิสระและตั้งอยู่บนพื้นฐานของพระโยชน์สาธารณะ และมีภาพยนตร์เรื่องอื่นที่เคยผ่านการพิจารณามาก่อนอย่างน้อย 5 เรื่องและผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เคยมีความเห็นแตกต่างไปจาก

คณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์

ผู้ฟ้องคดีขอให้การคัดค้านคำให้การของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 แยกเป็นประเด็นดังนี้

3.4.1 แม้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะได้ให้เหตุผลไว้ในคำสั่งแล้ว แต่เหตุผลนั้นกลับเป็นเหตุผลเดียวกันทุกประการกับที่ปรากฏในเอกสารของกระทรวงวัฒนธรรม เอกสารท้ายคำฟ้องหมายเลข 24 ที่จัดทำขึ้นก่อนการประชุมของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และยังเป็นเหตุผลเดียวกันทุกประการกับเหตุผลที่คณะอนุกรรมการพิจารณาและให้ความเห็นด้านกฎหมายและด้านวินิจัยอุทธรณ์คำสั่งตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ได้ให้ความเห็นไว้ รายละเอียดปรากฏตามความเห็นคณะอนุกรรมการ เอกสารท้ายคำให้การหมายเลข 4 หน้าที่ 6 จึงน่าสงสัยว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้พิจารณาออกคำสั่งทางปกครองไปโดยมีอิสระหรือผูกพันอยู่กับความคิดเห็นของบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลใดกลุ่มบุคคลหนึ่งหรือไม่ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กล่าวอ้างเพียงลอยๆ ว่าการพิจารณาเป็นไปด้วยความอิสระโดยไม่มีหลักฐานหรือเหตุผลใดมาอธิบายหักล้างเอกสารที่ปรากฏชัดเจนของผู้ฟ้องคดีได้เลย จึงไม่อาจฟังได้ว่าการพิจารณาของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นไปด้วยความอิสระจริง

3.4.2 แม้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะเคยพิจารณาภาพยนตร์อีกอย่างน้อย 5 เรื่องตามที่กล่าวอ้างมาในคำให้การข้อ 3.4 แต่ก็ไม่ใช่ข้อยืนยันได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะพิจารณาออกคำสั่งในกรณีอื่นหรือกรณีนี้โดยอิสระ ทั้งนี้การออกคำสั่งในการพิจารณาอุทธรณ์ของภาพยนตร์ทั้ง 5 เรื่องที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กล่าวอ้างมาเองนั้นกลับปรากฏว่า ทุกกรณีผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ล้วนมีคำสั่งไม่อนุญาตให้ออกเผยแพร่ ซึ่งเป็นการออกคำสั่งเห็นด้วยกับคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์ทั้งหมด โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่สามารถแสดงพยานหลักฐานให้ปรากฏต่อศาลได้เลยว่ามีกรณีอื่นใดอีกที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ใช้วิจรรย์ญาณโดยอิสระและออกคำสั่งในชั้นอุทธรณ์ ให้แตกต่างจากคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์ ดังนั้นการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กล่าวอ้างว่าที่ผ่านมาผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เคยมีความเห็นแตกต่างจากคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์ จึงไม่สามารถรับฟังได้

3.5 ตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ให้การมาในข้อ 3.5 โดยอ้างว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ออกคำสั่งโดยเห็นด้วยกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และได้จัดให้มีเหตุผลอย่างน้อยตามองค์ประกอบของมาตรา 37 แล้ว

ผู้ฟ้องคดีขอให้การคัดค้านคำให้การของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ดังนี้ เนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ให้เหตุผลในการออกคำสั่งไม่อนุญาตให้นายภาพยนตร์เรื่อง *Insects in the Backyard* เพียงคำว่า “เนื่องจากมีเนื้อหาขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน” ซึ่งไม่เพียงพอให้ผู้ฟ้องคดีเข้าใจเหตุผลในการออกคำสั่งได้ ทำให้ผู้ฟ้องคดีเสียสิทธิในการอุทธรณ์และอธิบายชี้แจงเหตุผลของผู้ฟ้องคดีในชั้นอุทธรณ์ ดังนั้นผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งเป็นผู้พิจารณาอุทธรณ์ต้องเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กลับมีคำสั่งยืนตามผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 37 แม้คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะเห็นด้วยกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และได้ให้เหตุผลไว้บ้างแล้วก็ตาม แต่การให้เหตุผลของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ดำเนินการภายหลังสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์แล้ว โดยการออกเป็นหนังสือแจ้งมายังผู้ฟ้องคดีเมื่อวันที่ 28 ธันวาคม พ.ศ. 2553 รายละเอียดปรากฏตามสำเนาหนังสือกระทรวงวัฒนธรรมที่ 0204.1/3680 ตามเอกสารท้ายคำฟ้องหมายเลข 20 ทำให้หลังจากรับทราบเหตุผลของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 แล้ว ผู้ฟ้องคดีไม่มีโอกาสได้โต้แย้งอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวโดยกระบวนการอุทธรณ์ในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอีก ผู้ฟ้องคดีทำได้เพียงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเท่านั้น ดังนั้นการให้เหตุผลของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงไม่ใช่การเยียวยาเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 41 วรรคท้าย ไม่อาจทำให้คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกลายเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นมาได้

ข้อ 4. ตามที่ผู้ฟ้องคดีเรียนต่อศาลในคำฟ้องข้อ 4. ว่า คำสั่งทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่ไม่อนุญาตให้นายภาพยนตร์เรื่อง *Insects in the Backyard* ตามเอกสารท้ายคำฟ้องหมายเลข 20 นั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ออกคำสั่งโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้เพราะ

ภาพยนตร์เรื่องนี้ไม่มีเนื้อหาที่เข้าหลักเกณฑ์ที่จะจัดเป็นภาพยนตร์ประเภทห้ามเผยแพร่ในราชอาณาจักรตามข้อ 7. กฎกระทรวง เรื่อง กำหนดลักษณะประเภทของภาพยนตร์ พ.ศ.2552 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เข้าใจข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของการทำคำสั่งผิดพลาด ใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจ ขัดต่อหลักกฎหมายหลายประการ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ให้การกล่าวอ้างข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายมาในคำให้การข้อ 3.6 ผู้ฟ้องคดีขอให้การคัดค้านคำให้การของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 แยกเป็นรายประเด็น ดังนี้

4.1 ตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กล่าวอ้างมาในคำให้การข้อ 3.6 ว่ากรณีนี้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ใช้อำนาจตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 จึงไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎกระทรวง เรื่อง กำหนดลักษณะประเภทของภาพยนตร์ พ.ศ.2552

ผู้ฟ้องคดีขอคัดค้านว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ตีความและบังคับใช้กฎหมายดังที่กล่าวมาในคำให้การนั้น เป็นการตีความและบังคับใช้ พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 25 มาตรา 26 และมาตรา 29 ที่ผิดไปจากเจตนารมณ์ของกฎหมาย เพื่อให้อำนาจแกตนเองมากเกินไปเกินสมควร ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อ 3.3 ซึ่งหากตีความและบังคับใช้กฎหมายให้ถูกต้องแล้ว คำสั่งไม่อนุญาตให้ฉายภาพยนตร์เรื่อง Insects in the Backyard ย่อมเป็นคำสั่งเดียวกับ คำสั่งจัดให้ภาพยนตร์เรื่องนี้อยู่ในประเภทภาพยนตร์ที่ห้ามเผยแพร่ในราชอาณาจักรตามมาตรา 26(7) และกฎกระทรวง เรื่อง กำหนดลักษณะประเภทของภาพยนตร์ พ.ศ.2552 ข้อ 7. ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในคำฟ้องข้อ 4.1 ซึ่งภาพยนตร์เรื่อง Insects in the Backyard ไม่มีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งตามข้อ 7. ของกฎกระทรวงฉบับดังกล่าวเลย ดังนั้นคำสั่งไม่อนุญาตให้ฉายภาพยนตร์เรื่อง Insects in the Backyard จึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเป็นการออกคำสั่งโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้

การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กล่าวอ้างว่า “...แม้จะมีกฎกระทรวง เรื่อง กำหนดลักษณะประเภทภาพยนตร์ พ.ศ.2552 กำหนดไว้เกี่ยวกับประเภทภาพยนตร์ลักษณะใดต่างๆ แต่เมื่อมิได้กำหนดลักษณะใดเป็นการเฉพาะกรณีของคำว่าขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ต้องนำบทบัญญัติในมาตรา 29 แห่งพระ

ราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 มาใช้บังคับ...” นั้นเป็นการกล่าวอ้างที่ไม่ถูกต้องตามหลักกฎหมาย และตามหลักการปกครองในระบบนิติรัฐ เพราะกฎกระทรวงดังกล่าวได้กำหนดลักษณะของภาพยนตร์ที่จะจัดเป็นประเภทต่างๆ ไว้อย่างชัดเจนให้ประชาชนสามารถเข้าใจได้แล้ว กรณีการจัดภาพยนตร์เรื่องใดให้อยู่ในประเภทห้ามเผยแพร่ในราชอาณาจักรก็มีกำหนดไว้ในข้อ 7. ของกฎกระทรวงฉบับดังกล่าวแล้ว จึงไม่ใช่กรณีที่กฎกระทรวงมิได้กำหนดลักษณะใดเป็นการเฉพาะไว้จนต้องกลับมาใช้หลักเกณฑ์ที่เป็นเพียงมาตรฐานกว้างๆ ตามมาตรา 29 แทน และการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ตีความกฎหมายโดยเอาถ้อยคำที่มีความหมายกว้างจนผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เองก็ยอมรับว่าไม่อาจวางหลักตายตัวได้มาบังคับใช้ในทางที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนทั้งที่มีกฎหมายที่กำหนดเงื่อนไขในการใช้อำนาจไว้ชัดเจนแล้ว ย่อมขัดต่อการปกครองในระบบหลักนิติรัฐ เพราะตามหลักนิติรัฐแล้ว กฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้จะต้องมีข้อความระบุไว้อย่างชัดเจนพอสมควรว่า ให้ฝ่ายปกครอง องค์กรใดมีอำนาจล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ในกรณีใดและภายในขอบเขตอย่างไร และกฎหมายดังกล่าวจะต้องไม่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นเพื่อธำรงรักษาผลประโยชน์สาธารณะ ทั้งนี้เพื่อให้ประชาชนสามารถทราบถึงขอบเขตของสิทธิเสรีภาพของตนเองได้

การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 อ้างว่าเป็นการทำให้ไปเพื่อควบคุมดูแลสื่อด้านภาพยนตร์มิให้เกิดผลกระทบต่อสังคม ก็เป็นคำกล่าวอ้างที่ฟังไม่ขึ้นเช่นกัน เพราะการทำให้ประโยชน์สาธารณะก็ยังคงอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่กระทบสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนให้น้อยที่สุด ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ก็สามารถอำนาจตามมาตรา 26 และตามกฎกระทรวงที่จะจัดประเภทภาพยนตร์เพื่อควบคุมดูแลสื่อด้านภาพยนตร์มิให้เกิดผลกระทบต่อสังคมได้สมดังเจตนารมณ์ของกฎหมายเช่นกัน แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กลับไม่ใช้อำนาจนี้ให้ถูกต้อง ซึ่งหากกำหนดให้ภาพยนตร์เรื่อง *Insects in the Backyard* เป็นภาพยนตร์ที่ห้ามผู้มีอายุต่ำกว่ายี่สิบปีดูตาม

มาตรา 26(6) และตามกฎหมายกระทรวงข้อ 6. ก็จะสามารถคุ้มครองเยาวชนในสังคมจากการเข้าถึงสื่อที่ไม่เหมาะสมกับช่วงวัยได้ แต่ละเมิดสิทธิของปัจเจกชนน้อยกว่า ดังนั้น การตีความและบังคับใช้พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงเป็นการตีความที่ไม่ถูกต้อง ไม่ชอบธรรม อันเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินสมควร ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลพิพากษาเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และวางบรรทัดฐานการปฏิบัติราชการทางปกครองให้ถูกต้องด้วยเหตุผลตามที่กล่าวมานี้ด้วย

4.2 ตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กล่าวอ้างมาในคำให้การข้อ 3.6 ว่า การกล่าวอ้างของผู้ฟ้องคดีเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของตนเองเท่านั้น มิได้คำนึงถึงผลเสียที่จะเกิดกับเด็กและเยาวชนและผลกระทบที่ตามมาของสังคมไทย

ผู้ฟ้องคดีขอให้การคัดค้านว่า ผู้ฟ้องคดีผลิตภาพยนตร์โดยคำนึงถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นต่อสังคมเสมอ ในฐานะที่อยู่ในวงการภาพยนตร์มากว่า 10 ปี และประกอบอาชีพผลิตภาพยนตร์ ผู้ถูกฟ้องคดีไม่เคยมีเจตนาร้ายที่จะผลิตภาพยนตร์ให้เกิดผลเสียหายต่อสังคมแต่อย่างใดเลย ถ้าหากข้อเท็จจริงเป็นดังที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กล่าวอ้าง ผู้ฟ้องคดีคงไม่สามารถประกอบอาชีพนี้มาได้ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา และผู้ฟ้องคดีคงไม่มีผลงานเป็นที่ยอมรับไปในต่างประเทศและได้รับรางวัลมากมายตามที่ได้กล่าวมาแล้วในคำฟ้องข้อ

1. ผู้ฟ้องคดีผลิตภาพยนตร์หลายเรื่องเพื่อประกอบอาชีพ ขณะเดียวกันในฐานะศิลปินก็เคยผลิตภาพยนตร์หลายเรื่องเพื่อแสดงออกทางความคิดเห็นที่ผู้ฟ้องคดีต้องการจะสื่อสารไปยังสังคม ตัวอย่างเช่น ภาพยนตร์สั้นเรื่อง “I’m fine สบายดีค่ะ” ที่ต้องการกระตุ้นให้ผู้คนในสังคมตั้งคำถามกับสิทธิเสรีภาพ ว่าเรามีเสรีภาพตามระบอบเสรีประชาธิปไตยจริงหรือไม่ ภาพยนตร์สั้นเรื่อง “เปลือก” ที่กระตุ้นให้ผู้คนตั้งคำถามกับความซื่อสัตย์ของบทบาทความเป็นตัวตนและหน้าที่ในสังคม เป็นต้น ซึ่งภาพยนตร์ของผู้ฟ้องคดีทุกเรื่องนั้นจะเน้นการสอนให้คนในสังคมเข้าใจความเป็นมนุษย์ของคนอื่นมากขึ้น เพราะผู้ฟ้องคดีเชื่อว่าไม่ว่าใครจะดีหรือเลวอย่างไรก็ไม่ควรมองกันแต่ภายนอกแต่ให้มองความเป็นมนุษย์ที่ทุกคนมีอยู่เหมือนกันและเท่าเทียม

กัน เป็นต้น ผู้ฟุ้งคดีผลิตภาพยนตร์เรื่อง *Insects in the Backyard* ขึ้นด้วยเจตนาที่ผิดต่อสังคม คือ ต้องการสื่อสารประเด็นปัญหาภายในครอบครัวอันเกิดจากการไม่ยอมรับความหลากหลายทางเพศ ซึ่งผู้ฟุ้งคดีมีเจตนาดีที่อยากให้ผู้ที่ได้ชมภาพยนตร์มองเห็นปัญหา และอยากเห็นคนทุกคนในสังคมไม่ว่ามีเพศใดอยู่ร่วมกันในสังคมได้อย่างมีสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่เท่าเทียมกัน ผู้ฟุ้งคดีผลิตภาพยนตร์เรื่องนี้ด้วยเงินทุนส่วนตัวและไม่ได้หวังที่จะจัดฉายเพื่อให้ได้กำไร เพียงแต่ต้องการสื่อสารประเด็นต่างๆ ที่เป็นเรื่องจริงในสังคมผ่านสื่อประเภทภาพยนตร์เท่านั้น และการที่ผู้ฟุ้งคดีนำคดีนี้ฟ้องต่อศาลก็เพราะเห็นว่านอกจากเป็นการเรียกร้องความเป็นธรรมให้กับตัวเองแล้ว คดีนี้ยังเป็นบรรทัดฐานสำหรับการปฏิบัติราชการทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และที่ 2 และเป็นคุณสมบัติที่ให้กับวงการภาพยนตร์ต่อไปในอนาคต ผู้ฟุ้งคดีมิได้กระทำการทุกอย่างไปเพื่อประโยชน์ของตัวเองเท่านั้น

ผู้ฟุ้งคดีขอยืนยันว่าผู้ฟุ้งคดีคำนึงถึงผลที่อาจจะเกิดขึ้นกับเด็กและเยาวชนเสมอ ผู้ฟุ้งคดีทราบว่าเนื้อหาบางส่วนหรือภาพบางภาพในภาพยนตร์เรื่อง *Insects in the Backyard* ที่ไม่เหมาะสมกับเด็กและเยาวชนที่อาจจะยังไม่มีวิจารณญาณเพียงพอ ดังนั้นในการยื่นขออนุญาตนำภาพยนตร์ออกฉายผู้ฟุ้งคดีจึงขออนุญาตให้จัดให้ภาพยนตร์เรื่องนี้เป็นภาพยนตร์ประเภทที่ห้ามผู้มีอายุต่ำกว่าสิบปีดู ประกอบกับผู้ฟุ้งคดีมิกำหนดจะฉายภาพยนตร์เรื่องนี้เพียงไม่กี่รอบเพื่อให้ผู้ที่สนใจในประเด็นนี้ซึ่งเป็น กลุ่มคนเฉพาะและมีจำนวนไม่มากเข้าชมเท่านั้น ถ้าหากผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองอนุญาตตั้งแต่ขั้นตอนการพิจารณาตามปกติ ภาพยนตร์เรื่องนี้ก็จะฉายจนครบโปรแกรมอย่างเจียบๆ และออกจากโรงภาพยนตร์ไปโดยไม่ได้ส่งผลเสียอย่างใดต่อสังคมเลย ในทางกลับกันการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กล่าวหาผู้ฟุ้งคดีเช่นนี้เป็นการแสดงให้เห็นถึงความไม่เข้าใจในศิลปะประเภทภาพยนตร์และเนื้อหาของภาพยนตร์เรื่อง *Insects in the Backyard* ตลอดจนไม่เข้าใจในเจตนาดีของผู้ฟุ้งคดีซึ่งเชื่อมั่นในวิธีการทำเพื่อสังคมในอีกรูปแบบหนึ่ง ไม่เปิดกว้างยอมรับความคิดเห็นที่แตกต่างกันในสังคม และมีอคติต่อผู้ฟุ้งคดีและภาพยนตร์เรื่อง *Insects in the Backyard* จนนำมาสู่การตีความและบังคับใช้กฎหมายที่ผิด เพื่อออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วย

กฎหมาย ขัดต่อหลักกฎหมาย และหลักการต่างๆ ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น อย่างไม่เป็นธรรมต่อผู้ฟ้องคดี

4.3 ตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กล่าวอ้างมาในคำให้การข้อ 3.6 ว่า การใช้ดุลพินิจของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงเป็นการใช้ดุลพินิจที่ปราศจากอคติ หรือกลั่นแกล้งผู้ฟ้องคดี

ผู้ฟ้องคดีขอให้การคัดค้านว่า ผู้ถูกฟ้องคดีเพียงแต่กล่าวอ้างเพียงลอยๆ ว่าปราศจากอคติ แต่ไม่ได้แสดงเหตุผลหรือพยานหลักฐานประกอบให้เห็นได้เลย ทั้งที่ผู้ฟ้องคดีมีเหตุผลที่สามารถเชื่อมโยงกันให้เห็นได้ว่าการให้เหตุผลและกระบวนการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 นั้น เห็นได้ชัดว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีอคติต่อผู้ฟ้องคดีดังที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อ 4.2 และการที่ภาพยนตร์เรื่องอื่นที่มีฉากทำนองเดียวกันกับฉากที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 อ้างว่าขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนผ่านการพิจารณาและออกฉายอย่างถูกต้องในฐานะเป็นภาพยนตร์ประเภทต่างๆ มากมายตามที่ได้กล่าวมาแล้วในคำฟ้องข้อ 4.4 จึงเป็นหลักฐานที่แสดงให้เห็นได้ว่า เหตุผลที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 อ้างมาในคำสั่งทางปกครอง ตามเอกสารท้ายคำฟ้องหมายเลข 20 นั้น ไม่ใช่เหตุผลที่มีน้ำหนักเพียงพอฟังได้เลยว่า ภาพยนตร์เรื่อง Insects in the Backyard มีเนื้อหาที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่เป็นเพราะผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีอคติกับผู้ฟ้องคดีและหรือภาพยนตร์เรื่อง Insects in the Backyard คำให้การส่วนนี้ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงรับฟังไม่ได้

4.4 ผู้ฟ้องคดีขอเรียนต่อศาลว่า หลังจากที่ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นคำฟ้องต่อศาล ได้ปรากฏข้อเท็จจริงเพิ่มเติมอันเป็นการเพิ่มข้อสนับสนุนให้กับข้อกล่าวอ้างของผู้ฟ้องคดี ดังนี้

4.4.1 ตามที่ผู้ฟ้องคดีได้เรียนต่อศาลในคำฟ้องข้อ 4.4 ว่าคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่กล่าวอ้างว่า ภาพยนตร์เรื่อง Insects in the backyard มีเนื้อหาสาระสำคัญของภาพยนตร์เป็นการถ่ายทอดเกี่ยวกับเพศสัมพันธ์ที่ไม่เหมาะสมกับสังคมไทย รายละเอียดปรากฏตามเอกสารท้ายคำฟ้องหมายเลข 20 นั้นขัดต่อหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย เพราะมีภาพยนตร์เรื่องอื่นที่มีฉากลักษณะเดียวกันหรือคล้ายกันแต่กลับได้รับอนุญาตให้ฉายในฐานะภาพยนตร์ประเภทต่างๆ ปรากฏว่า ภายหลังจากที่ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นฟ้องคดีต่อศาล ผู้ฟ้องคดีที่ 2 มีคำสั่งอนุญาตให้ฉายภาพยนตร์อีกหลายเรื่องที่มีเนื้อหาและฉากลักษณะเดียวกับที่มี

ในภาพยนตร์เรื่อง *Insects in the Backyard* ตัวอย่างเช่น ภาพยนตร์เรื่อง *Sex and Zen* ดำารักทะลุจอ ที่เนื้อหาโดยรวมของเรื่องมุ่งเน้นการนำเสนอฉากการมีเพศสัมพันธ์ มีฉากที่แสดงการมีเพศสัมพันธ์ที่เห็นอวัยวะเพศยาวนานเกินกว่าความจำเป็น โดยรวมแล้วมีฉากที่มีเพศสัมพันธ์ทั้งหมดมากกว่า 12 ฉาก รวมความยาวมากกว่า 25 นาที มีทั้งฉากการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างหญิงกับหญิง การมีเพศสัมพันธ์แบบนิยม ความรุนแรง การข่มขืน การมีเพศสัมพันธ์พร้อมกันหลายคน การมีเพศสัมพันธ์กับพระ ฯลฯ อย่างโจ่งแจ้ง แต่ได้รับการจัดให้เป็นภาพยนตร์ประเภทที่ห้ามผู้มีอายุต่ำกว่ายี่สิบปีดู รายละเอียดปรากฏตามภาพถ่ายส่วนหนึ่งจากภาพยนตร์และสำเนาดีวีดีภาพยนตร์เรื่อง *Sex and Zen* ดำารักทะลุจอ เอกสารท้ายคำคัดค้านหมายเลข 1-2 และภาพยนตร์เรื่อง *Hangover 2* ที่มีฉากเด็กอายุน้อยดื่มสุรา แต่ได้รับการจัดให้เป็นภาพยนตร์ประเภทที่เหมาะสมกับผู้ที่มีอายุตั้งแต่สิบแปดปีขึ้นไป รายละเอียดปรากฏตามภาพถ่ายส่วนหนึ่งจากภาพยนตร์และสำเนาดีวีดีภาพยนตร์เรื่อง *Hangover 2* เอกสารท้ายคำคัดค้านหมายเลข 3-4 ซึ่งแสดงให้เห็นว่า ทั้งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ยังคงมีการออกคำสั่งทางปกครองที่ปราศจากมาตรฐานไว้ซึ่งหลักเกณฑ์แน่นอน อันเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายอย่างชัดเจน ผู้ฟ้องคดีจึงขอเรียนส่งพยานหลักฐานต่อศาลเพิ่มเติมมาในคำคัดค้านนี้ด้วย

4.4.2 ตามที่ผู้ฟ้องคดีเรียนต่อศาลในคำฟ้องข้อ 4.6 ถึงบทความแสดงความคิดเห็นที่แตกต่างจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จำนวนมากนั้น ปรากฏว่า ภายหลังจากที่ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นฟ้องคดีต่อศาล ดร.ชลิดาภรณ์ ส่งสัมพันธ์ อาจารย์ประจำภาควิชาการเมืองการปกครอง คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญทางด้านความหลากหลายทางเพศ ได้เขียนบทความที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์เรื่อง *Insects in the Backyard* ในหัวข้อเรื่อง "จากดอกส้มสีทองถึง *Insects in the Backyard* – การเซ็นเซอร์การนำเสนอเรื่องเพศ เสรีภาพและความเป็นประชาธิปไตย" โดยส่วนหนึ่งของบทความได้บรรยายว่า “ความกลัวว่าคนจะทำตามทุกอย่างที่เห็นในสื่อ เช่น เห็นคนข้ามเพศก็จะข้ามบ้าง เห็นคนรักเพศเดียวกันก็จะทำตาม ฯลฯ ความกลัวนี้มองไม่เห็นความเฉพาเจาะจงของคนในเรื่องความต้องการและรสนิยม กรอบเรื่องเพศจะกำกับวิถี

ปฏิบัติและค่านิยมทางเพศในรูปแบบเดียวกัน ทำให้เรื่องบางเรื่องดูน่าขยะแขยงเกินกว่าจะทำตามหรือเลียนแบบเพียงเพราะ เห็นคนอื่นทำ” รายละเอียดปรากฏตามบทความจากหน้าเว็บไซต์มติชนออนไลน์ เอกสารท้ายคำคัดค้านหมายเลข 5 ซึ่งแสดงให้เห็นว่า การใช้ดุลพินิจเพื่อออกคำสั่งทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 นั้นขัดต่อแนวความคิดของผู้ที่เชี่ยวชาญทางด้านความหลากหลายทางเพศอย่างชัดเจน ผู้ฟ้องคดีจึงขอเรียนส่งพยานหลักฐานต่อศาลเพิ่มเติมมาในคำคัดค้านนี้ด้วย

ข้อ 5. ตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ให้การมาในข้อ 5. โดยอ้างว่าเป็นค่าเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีเรียกร้องจำนวน 400,000 บาทนั้น เป็นค่าเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีคิดและกล่าวอ้างขึ้นโดยปราศจากหลักเกณฑ์และหลักฐานที่จะอ้างอิงได้

ผู้ฟ้องคดีขอให้การคัดค้านคำให้การของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ว่า ผู้ฟ้องคดีกับทีมงานใช้เวลามากกว่า 2 ปีในการผลิตภาพยนตร์เรื่อง *Insects in the Backyard* และได้ร่วมกันออกทุนส่วนตัวเพื่อเป็นเงินทุนในการผลิตภาพยนตร์เรื่อง *Insects in the Backyard* ด้วยความบริสุทธิ์ใจ และโดยสุจริตเพื่อที่จะสะท้อนความคิดเห็น และมุมมองเรื่องเพศภาวะของผู้ฟ้องคดีต่อสังคมผ่านการสื่อสารด้วยภาพยนตร์ โดยผู้ฟ้องคดีไม่ได้ผลิตขึ้นเพื่อมุ่งแสวงหาประโยชน์ทางธุรกิจ หรือ กำไรจากการจัดฉาย แต่อย่างใด

แม้รัฐธรรมนูญมาตรา 45 จะกำหนดว่าเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นอาจถูกจำกัดได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 เป็นกฎหมายดังกล่าว แต่คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 โดยที่ไม่อนุญาต ให้ภาพยนตร์เรื่อง *Insects in the Backyard* ออกฉายให้เข้า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายในราชอาณาจักร เป็นการกระทำการที่มีชอบด้วยกฎหมายจึงไม่อาจอ้างอำนาจตามข้อยกเว้นนั้นได้ และเมื่อมีคำสั่งดังกล่าวทำให้สิทธิเสรีภาพในการแสดงออกผ่านภาพยนตร์เรื่อง *Insects in the Backyard* ของผู้ถูกฟ้องคดีเสียหายไปโดยสิ้นเชิง แม้ว่าจะยื่นขอพิจารณาใหม่ก็คงได้รับผลเช่นเดิม ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อ 4.1 ดังนั้น เมื่อคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิด

ความเสียหายต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น อันเป็นการละเมิดเสรีภาพที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 45 ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดและหน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ต้องควั่นไม่กระทำการใดที่เป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพดังกล่าว และหากมีการกระทำละเมิดเกิดขึ้นเช่นนี้ศาลก็จะมีหน้าที่ที่จะต้องให้ความคุ้มครอง เพราะมีฉะนั้นแล้วการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติเช่นนี้ไว้ก็จะไม่เกิดผลประโยชน์อันใด

ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีจึงขอเรียกร้องค่าเสียหายเป็นเงินจำนวน 400,000 บาทเพื่อให้เป็นบรรทัดฐานและมิให้เป็นเยี่ยงอย่างในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐต่อผู้ใช้เสรีภาพที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยกรณีนี้ไม่ใช่การเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนความเสียหายในทางแพ่งที่อาจคำนวณเป็นจำนวนเงินได้ แต่เป็นการเรียกร้องค่าเสียหายที่มีใช้ตัวเงินอันเนื่องมาจากการละเมิดสิทธิของผู้ฟ้องคดีตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้นผู้ฟ้องคดีจึงไม่ได้มีหน้าที่ต้องนำพยานหลักฐานเข้าพิสูจน์การคิดคำนวณค่าความเสียหายแต่อย่างใด โดยให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยถึงความร้ายแรงแห่งการละเมิด ซึ่งเคยมีแนวคำพิพากษาศาลปกครองเป็นตัวอย่างในการคิดค่าเสียหายจากการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญเช่นนี้แล้วในคดีหมายเลขแดงที่ 51/2549 รายละเอียดปรากฏตามสำเนาคำพิพากษาคดีหมายเลขแดงที่ 51/2549 เอกสารท้ายคำคัดค้านหมายเลข 6

ข้อ 6. จากข้อเท็จจริง เหตุผลและพยานหลักฐานที่ผู้ฟ้องคดีได้กล่าวมาในคำฟ้อง และคำคัดค้านนี้ เห็นได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีกระบวนการทำคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหลายประการ ทั้งการไม่ให้สิทธิแก่ผู้ฟ้องคดีมีโอกาสชี้แจงข้อเท็จจริงและแสดงพยานหลักฐานก่อนการทำคำสั่ง การไม่ค้นหาข้อเท็จจริงให้ครบถ้วนก่อนการทำคำสั่ง การไม่ปฏิบัติให้ถูกต้องตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ การไม่มีอิสระในการทำคำสั่ง การไม่ให้เหตุผลที่ชัดเจนเพียงพอประกอบการทำคำสั่ง การออกคำสั่งโดยไม่มีอำนาจตามกฎหมาย วินิจฉัยข้อกฎหมายผิดพลาดและใช้ดุลพินิจนอกเหนือจากที่กฎหมายให้อำนาจไว้ การวินิจฉัยข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบในการทำคำสั่งผิดพลาด ออกคำสั่งโดยขัดต่อหลักความเสมอภาค

ต่อหน้ากฎหมาย ออกคำสั่งโดยไม่คำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนขัดกับการปกครองในระบอบนิติรัฐ และหลักกฎหมายหลายประการ อันทำให้ผู้ฟ้องคดีถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญอย่างไม่ได้รับความเป็นธรรม ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีจึงขอให้ศาลปกครองคืนความยุติธรรมให้แก่ผู้ฟ้องคดี โดยการพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ตามเอกสารท้ายคำฟ้องหมายเลข 18 และคำสั่งทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ตามเอกสารท้ายคำฟ้องหมายเลข 20 พร้อมกับพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และที่ 2 ร่วมกันชดเชยค่าเสียหายอันเกิดจากการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้แก่ผู้ฟ้องคดี เป็นเงินจำนวน 400,000 บาทต่อไปด้วย

ควรมิควรแล้วแต่จะโปรด

ลงชื่อ

(นายยิ่งชีพ อัชฌานนท์)

ผู้รับมอบอำนาจผู้ฟ้องคดี