

การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และ
พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

มณีนุช แสงสุวรรณกุล

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์
พ.ศ. 2557

**The Exercise of Discretion in Imposition of Penalty
under Copyright Act B.E. 2537 (1994) and
Trademark Act B.E. 2534 (1991)**

Maneenuch Sangsuwannukul

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

For the Degree of Master of Laws

Department of Law

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2014

กิตติกรรมประกาศ

ในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนได้รับความเมตตาและความกรุณาอย่างสูงจาก อาจารย์ ดร. กรรภิรมย์ โกมลารชุน ที่กรุณาให้คำปรึกษาและแก้ไขข้อบกพร่องต่างๆ พร้อมทั้งให้ข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์จนกระทั่งวิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จลุล่วงไปด้วยดี ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูง ณ โอกาสนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณอาจารย์ ดร.อุทัย อาทิวะช ในฐานะประธานกรรมการสอบ อาจารย์ ดร. สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ และรองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์ ในฐานะกรรมการสอบ ที่ได้ร่วมเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ซึ่งได้ให้คำแนะนำและให้ข้อคิดเห็นต่างๆ อันเป็นประโยชน์ต่อการจัดทำและการปรับปรุงเนื้อหาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้สมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอขอบพระคุณท่านภักตร์ศักดิ์ วรรณแสง เลขานุการศาลยุติธรรม ท่านตุล เมฆงศ์ ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ ท่านสุจินต์ เจนพาณิชย์พงษ์ ท่านดร. วัชระ เนติวาณิชย์ ท่านชัชเวช สุกิจจวนิช ผู้พิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางและท่านผู้พิพากษาท่านอื่นๆ ทุกท่าน ที่ได้ให้ความรู้ ให้ข้อคิดเห็นและให้คำชี้แนะอันทรงคุณค่าในประเด็นต่างๆ จนกลายมาเป็นวิทยานิพนธ์เล่มนี้

อีกทั้ง ขอขอบคุณพี่ต้อม พี่แค พี่กาญ พี่ปูและเจ้าหน้าที่ของบัณฑิตวิทยาลัยทุกท่าน ที่ให้ความช่วยเหลือ รวมทั้งอำนวยความสะดวก ตลอดระยะเวลาที่ผู้เขียนศึกษาในมหาวิทยาลัย ธุรกิจบัณฑิตฯ รวมถึงขอขอบคุณพี่ๆ และเพื่อนๆ ทุกคนที่คอยให้กำลังใจที่ดีเสมอมา

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดา และทุกคนในครอบครัวที่เป็นกำลังใจส่วนสำคัญที่สุด ซึ่งได้ให้การสนับสนุนในทุกๆ ด้าน และเป็นแรงผลักดันให้วิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จได้ด้วยดี

สารบัญ

| | หน้า |
|--|------|
| บทคัดย่อภาษาไทย..... | ๗ |
| บทคัดย่อภาษาอังกฤษ..... | ๗ |
| กิตติกรรมประกาศ..... | ๘ |
| สารบัญตาราง..... | ๙ |
| บทที่ | |
| 1. บทนำ..... | 1 |
| 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา..... | 1 |
| 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา..... | 4 |
| 1.3 ขอบเขตของการศึกษา..... | 5 |
| 1.4 สมมติฐานการศึกษา..... | 5 |
| 1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา..... | 6 |
| 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา..... | 6 |
| 2. แนวทางการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ | |
| หลักกฎหมายและแนวปฏิบัติของศาลในคดีลิขสิทธิ์และคดีเครื่องหมายการค้า..... | 7 |
| 2.1 แนวทางการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ..... | 7 |
| 2.1.1 แนวทางการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษตามกฎหมายเก่า..... | 7 |
| 2.1.2 แนวทางการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษในปัจจุบัน..... | 8 |
| 2.2 ข้อความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับคดีลิขสิทธิ์และคดีเครื่องหมายการค้า..... | 11 |
| 2.2.1 วิวัฒนาการของกฎหมายลิขสิทธิ์และกฎหมายเครื่องหมายการค้า..... | 11 |
| 2.2.2 แนวความคิดในการคุ้มครองลิขสิทธิ์และเครื่องหมายการค้า..... | 21 |
| 2.3 หลักกฎหมายเกี่ยวกับคดีลิขสิทธิ์ คดีเครื่องหมายการค้า | |
| และกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้อง..... | 25 |
| 2.3.1 ความผิดและโทษตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537..... | 25 |
| 2.3.2 ความผิดและโทษตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534..... | 31 |
| 2.3.3 หลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้อง..... | 33 |
| 2.4 แนวปฏิบัติของศาลในคดีลิขสิทธิ์และคดีเครื่องหมายการค้า..... | 37 |

สารบัญ (ต่อ)

| บทที่ | หน้า |
|---|------|
| 2.5 ปัญหาเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ ในคดีลิขสิทธิ์และคดีเครื่องหมายการค้า..... | 39 |
| 2.5.1 ปัญหาข้อจำกัดของบทกำหนดโทษ ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537..... | 39 |
| 2.5.2 ปัญหาการลงโทษอาจไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ..... | 41 |
| 2.5.3 ปัญหาการใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษกับคำว่า “พ้นโทษ”..... | 41 |
| 3. แนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยการใช้ดุลพินิจในการลงโทษ..... | 42 |
| 3.1 ข้อความคิดความเบื้องต้นเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจ..... | 42 |
| 3.1.1 ความหมายของดุลพินิจ..... | 42 |
| 3.1.2 ความสำคัญของดุลพินิจในกฎหมายอาญา..... | 43 |
| 3.1.3 โทษของดุลพินิจ..... | 44 |
| 3.2 แนวคิดเกี่ยวกับการลงโทษ..... | 44 |
| 3.2.1 ความหมายของโทษ..... | 44 |
| 3.2.2 แนวความคิดเกี่ยวกับการลงโทษ..... | 47 |
| 3.3 ทฤษฎีเกี่ยวกับวัตถุประสงค์การลงโทษ..... | 52 |
| 3.3.1 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทน..... | 53 |
| 3.3.2 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อการข่มขู่และยับยั้งอาชญากรรม..... | 56 |
| 3.3.3 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อตัดโอกาสผู้กระทำผิด..... | 60 |
| 3.3.4 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด..... | 61 |
| 4. การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษในต่างประเทศ..... | 63 |
| 4.1 ประเทศเยอรมนี..... | 63 |
| 4.1.1 หลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ดุลพินิจเพื่อการกำหนดโทษ..... | 63 |
| 4.1.2 ขั้นตอนกระบวนการในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ..... | 64 |
| 4.1.3 แนวทางการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ..... | 68 |
| 4.1.4 หลักกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเยอรมนี..... | 77 |

สารบัญ (ต่อ)

| บทที่ | หน้า |
|--|------|
| 4.2 ประเทศอังกฤษ..... | 79 |
| 4.2.1 พัฒนาการของการกำหนดโทษ..... | 79 |
| 4.2.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องและนโยบายเกี่ยวกับการกำหนดโทษ..... | 80 |
| 4.2.3 กระบวนการกำหนดโทษ (Sentencing Process) | 84 |
| 4.2.4 หลักกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษ..... | 92 |
| 5. วิเคราะห์สภาพปัญหาและแนวทางการแก้ไขปัญหา..... | 94 |
| 5.1 วิเคราะห์สภาพปัญหาและแนวทางการแก้ปัญหาข้อจำกัดของบทกำหนดโทษ ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537..... | 94 |
| 5.1.1 สภาพปัญหา..... | 94 |
| 5.1.2 วิเคราะห์..... | 98 |
| 5.1.3 แนวทางการแก้ปัญหา..... | 104 |
| 5.2 วิเคราะห์สภาพปัญหาและแนวทางการแก้ปัญหาลงโทษอาจไม่สอดคล้อง กับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ..... | 107 |
| 5.2.1 สภาพปัญหา..... | 107 |
| 5.2.2 วิเคราะห์..... | 108 |
| 5.2.3 แนวทางการแก้ปัญหา..... | 113 |
| 5.3 วิเคราะห์สภาพปัญหาและแนวทางการแก้ปัญหการใช้ดุลพินิจ ในการกำหนดโทษของศาลกับการตีความคำว่า “พ้นโทษ” | 115 |
| 5.3.1 สภาพปัญหา..... | 115 |
| 5.3.2 วิเคราะห์..... | 116 |
| 5.3.3 แนวทางการแก้ปัญหา..... | 123 |
| 6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ..... | 125 |
| 6.1 บทสรุป | 125 |
| 6.2 ข้อเสนอแนะ..... | 132 |

สารบัญ (ต่อ)

| | หน้า |
|----------------------|------|
| บรรณานุกรม..... | 136 |
| ภาคผนวก..... | 141 |
| ประวัติผู้เขียน..... | 143 |

สารบัญตาราง

| ตารางที่ | หน้า |
|--|------|
| 2.1 สถิติคดีละเมิดลิขสิทธิ์ทั้งคดีแพ่งและคดีอาญา และอัตราส่วนคดีอาญาลิขสิทธิ์ เทียบกับคดีลิขสิทธิ์ทั้งหมดที่ฟ้องใหม่ต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง ในปี พ.ศ. 2554 – 2556..... | 40 |
| 2.2 คดีอาญาข้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ ปี 2556 จำแนกตามผลของคำพิพากษา..... | 40 |
| 5.1 สรุปข้อเท็จจริงการกระทำความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อการค้า ของจำเลยในคดีหมายเลขแดงที่ อ.4515/2556..... | 121 |

| | |
|------------------|--|
| หัวข้อภาคนิพนธ์ | การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 |
| ชื่อผู้เขียน | มณีนุช แสงสุวรรณกุล |
| อาจารย์ที่ปรึกษา | อาจารย์ ดร. กรรกริรมย์ โกมลารชุน |
| สาขาวิชา | นิติศาสตร์ |
| ปีการศึกษา | 2556 |

บทคัดย่อ

ศาลเป็นองค์กรสำคัญและมีความเกี่ยวข้องกับการใช้กฎหมายอาญามากที่สุด กล่าวคือ ศาลจะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษทางอาญาเพื่อลงแก่ผู้กระทำความผิด วัตถุประสงค์ของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษของศาลอยู่ที่ว่าจะต้องทำให้เกิดความเหมาะสมในการกำหนดโทษและได้สัดส่วนกับความร้ายแรงหรือความน่าตำหนิของผู้กระทำความผิดแต่ละรายอันจะก่อให้เกิดความยุติธรรมตามเนื้อหา ที่เกิดขึ้นจากการที่กฎหมายอาญาสารบัญญัติถูกใช้บังคับอย่างมีประสิทธิภาพ ทำให้สังคมเกิดความปลอดภัยจากผู้กระทำความผิดที่เข็ดหลาบและไม่กลับมากระทำความผิดนั้นอีก และยังก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทางด้านผู้กระทำความผิดที่จะถูกลงโทษอย่างเหมาะสมและได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด และเนื่องจากกฎหมายลิขสิทธิ์และกฎหมายเครื่องหมายการค้า มุ่งที่จะคุ้มครองทั้งทางด้านเศรษฐกิจและการค้าเป็นหลัก การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ จึงต้องเป็นไปเพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ดังกล่าวของกฎหมาย อีกทั้งยังต้องคำนึงถึงทฤษฎีการลงโทษ ทั้งตามทฤษฎีแก้แค้นทดแทนและตามทฤษฎีข่มขู่และยับยั้งอาชญากรรมอีกด้วย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาปัญหาเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ทั้งสิ้น 3 ประการ กล่าวคือ ประการแรกเป็นปัญหาเกี่ยวกับข้อจำกัดของบทกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ประการที่สอง เป็นปัญหาการลงโทษอาจไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ และประการสุดท้าย เป็นปัญหาการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลกับการตีความคำว่า “พ้นโทษ”

จากการศึกษาพบว่า ในกรณีคดีละเมิดลิขสิทธิ์ที่ของกลางมีจำนวนเล็กน้อย ศาลมักใช้ดุลพินิจในการรอกการกำหนดโทษแทนการลงโทษปรับ เนื่องจากบทกำหนดโทษตามมาตรา 69 และมาตรา 70 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มีระวางโทษปรับขั้นต่ำค่อนข้างสูง เป็นข้อจำกัดที่ทำให้

ศาลไม่สามารถใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิดและให้สอดคล้องกับความร้ายแรงหรือความน่าตำหนิของผู้กระทำผิดได้ เกิดเป็นปัญหาประการแรก ปัญหาเกี่ยวกับข้อจำกัดของบทกำหนดโทษ

กรณีดังกล่าวยังมีผลทำให้วัตถุประสงค์การลงโทษไม่บรรลุผล เพราะการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษไม่สอดคล้องกับทฤษฎีการลงโทษทั้งทฤษฎีแก้แค้นทดแทนและทฤษฎีข่มขู่และยับยั้งอาชญากรรม ทั้งนี้เนื่องจากการรอกำหนดโทษนั้นไม่อาจทดแทนความเสียหายในทางเศรษฐกิจ ไม่อาจยับยั้งผู้กระทำผิดให้รู้สึกเจ็บปวดทรมานไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำ รวมถึงไม่อาจป้องกันผู้อื่นไม่ให้ทำผิดแบบเดียวกันอีก เกิดเป็นปัญหาที่เรียกว่า ปัญหาการลงโทษอาจไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ

นอกจากนี้ยังพบว่า กรณีที่คดีก่อนศาลพิพากษาให้ลงโทษปรับ และจำเลยอยู่ระหว่างการที่ได้รับอนุญาตจากศาลให้ผ่อนชำระค่าปรับ หากจำเลยมากระทำความผิดซ้ำในช่วงระยะเวลาการผ่อนชำระค่าปรับนั้น เท่ากับว่าจำเลยยังไม่พ้นโทษในคดีก่อน ศาลจึงไม่อาจวางโทษเป็นสองเท่าของโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ตามมาตรา 73 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หรือวางโทษวิฤกตามตามมาตรา 113 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 กำหนดไว้ได้ เกิดเป็นปัญหาประการสุดท้าย ปัญหาการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลกับการตีความคำว่า “พ้นโทษ”

จากการศึกษาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเยอรมนีและประเทศอังกฤษพบว่า ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ว่าด้วยเรื่องบทกำหนดโทษของทั้ง 2 ประเทศได้ให้ดุลพินิจของศาลที่จะกำหนดโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดไว้กว้าง มีการบัญญัติบทกำหนดโทษไว้ในลักษณะกำหนดอัตราโทษจำคุกหรือโทษปรับขั้นสูง โดยไม่มีโทษขั้นต่ำ ทำให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษได้อย่างเหมาะสมกับการกระทำผิดและตัวผู้กระทำความผิด นอกจากนี้ทั้ง 2 ประเทศยังมีการบัญญัติหลักกฎหมายที่เป็นแนวทางในเรื่องการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษไว้ชัดเจน เพื่อให้ศาลถือตามแนวทางดังกล่าว และต้องบังคับให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์แนวทางการกำหนดโทษที่ระบุไว้ ซึ่งทั้ง 2 ประเทศจะมีความแตกต่างกันอยู่บ้างในรายละเอียดของหลักการ แต่พิจารณาเห็นว่าหลักกฎหมายของประเทศเยอรมนีว่าด้วยการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ จะมีความละเอียดและชัดเจนมากกว่ากฎหมายของประเทศอังกฤษอยู่เล็กน้อย

ดังนั้น จึงควรเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยให้ยกเลิกโทษปรับขั้นต่ำตามมาตรา 69 และมาตรา 70 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ให้มีการบัญญัติเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษทำนองเดียวกับมาตรา 46 ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย เพื่อให้การลงโทษในคดีลิขสิทธิ์สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ และบัญญัติเพิ่มคำว่า “ในระหว่างที่ยังจะต้องรับโทษอยู่” ซึ่งเป็นหลักการเดียวกันกับ

มาตรา 92 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เพื่อให้สามารถใช้ได้กับกรณีที่กำลังอยู่ในระหว่างการขอผ่อนชำระค่าปรับมากระทำความผิดซ้ำอีก ทั้งนี้ เพื่อให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษให้เหมาะสม สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ และเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายในเรื่องดังกล่าวอย่างแท้จริง



| | |
|-------------------|---|
| Thesis Title | The Exercise of Discretion in Imposition of Penalty under Copyright Act B.E. 2537 (1994) and Trademark Act B.E. 2534 (1991) |
| Author | Maneenuch Sangsuwannukul |
| Thesis Advisor | Dr. Kanpirom Komalarachun |
| Thesis Department | Law |
| Academic Year | 2013 |

ABSTRACT

As the important institution exercising discretion in imposition of penalties on offenders, the Court tends to apply criminal law more than any other entities do. The objectives behind the exercise of discretion in imposition of penalty are to impose penalty appropriate and conformable to seriousness of offence committed by the offender and enforce substantial criminal law effectively for the benefit of justice, to prevent the offender from committing crime subsequently and encourage safety in the society, and to provide fairness for the offender through imposition of proper penalty. Since copyright and trademark laws mainly focus on economic and trade protection, the exercise of discretion in imposition of penalty is supposed to be carried out in compliance with the objectives and intention of laws. Furthermore, in such exercise of discretion, it is required to take theories of punishment - Retributive Theory and Deterrence Theory - into consideration as well.

This thesis is intended to study the three following problems related to the exercise of discretion in imposition of penalty under Copyright Act B.E. 2537 (1994) and Trademark Act B.E. 2534 (1991): 1) limitations of penalty under Copyright Act B.E. 2537 (1994); 2) inconsistency of penalty with the objectives of punishment; and 3) the Court's discretion and interpretation of the word "release from penalty".

According to the study, it is found that in cases of copyright infringement where there is a small amount of exhibits, the Court tends to use reprieve measure rather than imposition of fine. Due to the high rates of fines provided in Section 69 and Section 70 of Copyright Act B.E. 2537 (1994), the Court is unable to fix the amount of fine which is appropriate for

the offender and conformable to seriousness of offence committed by such offender. This results in limitations of penalty, the first problem that has been mentioned above.

Consequently, the objectives of punishment are not achieved because the discretion in imposition of penalty is not exercised in a manner consistent with Retributive Theory and Deterrence Theory. Reprieve measure cannot remedy economic damage. It cannot actually prevent offenders from committing the same crime subsequently or even restrain other people from committing such crime. This results in inconsistency of penalty with the objectives of punishment.

Additionally, for the case where the offender commits offence subsequently, it is found that the Court cannot impose double penalty on such offender under Section 113 of Trademark Act B.E. 2534 (1991) and Section 73 of Copyright Act B.E. 2537 (1994) if such offender is not released from fine penalty imposed by the Court in the previous case. This leads to the problem regarding the Court's discretion and interpretation of the word "release from penalty".

According to the comparative study of copyright laws in Germany and England, it is found that under the provisions of penalties applied in these two countries, the Court has broad discretion in imposition of appropriate penalty on the offender. Only the term of imprisonment and the maximum rate of fine are provided in the copyright laws, not the minimum rate of fine. This allows the Court to impose penalty appropriate for the offender and concordant with seriousness of offence committed by such offender. In addition to the grant of broad discretion to the Court, the laws of two countries also clearly provide procedure for the exercise of discretion in imposition of penalty in order that the Court follows such certain procedure and exercises its discretion properly. In principle, there are some details slightly different in the relevant laws applied in Germany and England. The German detailed provisions on the exercise of discretion in imposition of penalty seem to be a bit clearer than which are applied in England.

The author, therefore, suggests that the least amount of fines under Section 69 and Section 70 in Copyright Act B.E. 2537 (1994) should be abrogated. Moreover, in similarity to Section 46 in German Criminal Code, procedure for the exercise of discretion in imposition of penalty should be added to Thai Criminal Code for consistency of penalty with the objectives of punishment in copyright infringement cases. Also, in similarity to the principle under Section 92

of Thai Criminal Code, there should be the phrase saying “during the time offenders still have to undergo the punishment” added as the relevant provisions in order that the Court can apply it to the case where the offender commits the same crime subsequently while still undergoing fine penalty. This allows the Court to exercise its discretion in imposition of penalty in a manner truly proper and consistent with the objectives of punishment and intention of relevant laws.

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาหนึ่งๆ ศาลมีอำนาจและหน้าที่ในการใช้ดุลพินิจในหลายๆ ขั้นตอน ซึ่งพอจะแยกพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

1. ดุลพินิจของศาลในการวินิจฉัยความผิด
2. ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษ ซึ่งรวมถึงการใช้ดุลพินิจของศาลในการวินิจฉัย

เหตุอื่นๆ อันเกี่ยวกับการลงโทษ อาทิ การใช้ดุลพินิจรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษ เป็นต้น

ในการใช้ดุลพินิจของศาลในการลงโทษตามกฎหมายอาญานั้น ศาลเป็นองค์กรสำคัญและมีความเกี่ยวข้องกับการใช้กฎหมายอาญามากที่สุด โดยศาลจะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยกำหนดโทษตามกฎหมายอาญาเพื่อลงแก่ผู้กระทำความผิด ปัญหาการใช้ดุลพินิจของศาลในการลงโทษ จึงเป็นสิ่งที่ควรค่าแก่การพิจารณาเป็นอย่างยิ่ง

ศาลจึงเป็นผู้ที่มีบทบาทสำคัญในการใช้กฎหมายซึ่งเป็นเครื่องมือเพื่ออำนวยความยุติธรรม โดยจะวินิจฉัยว่าการกระทำของจำเลยเป็นความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ และควรลงโทษอย่างไร กล่าวคือ เมื่อศาลได้พิจารณาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำของจำเลยแล้ว หากเห็นว่าการกระทำของจำเลยเป็นความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ขั้นตอนต่อมาซึ่งมีความสำคัญยิ่งคือการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษว่าสมควรจะลงโทษสถานใดและควรกำหนดโทษให้มากน้อยเพียงใด รวมถึงพิจารณาว่ามีเหตุสมควรที่จะเพิ่มโทษ ลดโทษ รอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษหรือไม่ เพียงใด ทั้งนี้ เพื่อให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดเป็นรายกรณี

วัตถุประสงค์ของการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลทุกระบบกฎหมายนั้น ต้องการให้เกิดความเหมาะสมในการกำหนดโทษสำหรับผู้กระทำความผิดแต่ละราย โดยคำนึงถึงลักษณะส่วนตัวของผู้กระทำความผิดอาญาที่แตกต่างกัน (Personality of punishment) อีกทั้งยังต้องการให้ได้สัดส่วนกับความชั่วหรือความน่าตำหนิ การลงโทษผู้กระทำความผิดให้ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดจะก่อให้เกิดความยุติธรรมตามเนื้อหา อันเกิดขึ้นจากการที่กฎหมายอาญาสารบัญญัติถูกใช้บังคับอย่างมีประสิทธิภาพ ทำให้สังคมเกิดความปลอดภัยจากผู้กระทำความผิด

ที่เข็ดหลาบและไม่กลับมากกระทำผิดซ้ำอีก และยังก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทางด้านผู้กระทำ ความผิดที่จะถูกลงโทษอย่างเหมาะสมและได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด ในการใช้ดุลพินิจ ในการกำหนดโทษนั้นต้องมีแนวทางและหลักเกณฑ์เพื่อนำมาเป็นหลักในการนำองค์ประกอบต่างๆ มาพิจารณาประกอบกัน แต่ทั้งนี้ จะต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องบทกำหนดโทษ

จากการพิจารณาปัญหาการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษนั้น มีประเด็นปัญหาที่จะ ทำการศึกษาประเด็นแรก คือ ปัญหาเกี่ยวกับข้อจำกัดของบทกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ในการใช้ดุลพินิจของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง (ต่อไป จะเรียกย่อว่า “ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง”) เพื่อกำหนดโทษให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด และสอดคล้องกับความผิดที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำลง ปัจจุบันการกำหนดโทษในคดีความผิดต่อ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง ถูกจำกัดมิให้การใช้ดุลพินิจ เป็นไปโดยเหมาะสมทั้งกับตัวผู้กระทำความผิดและการกระทำความผิด กฎหมายจำกัดอำนาจ การใช้ดุลพินิจของศาลจนทำให้เกิดข้อขัดข้องในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ กล่าวคือ ในคดี ละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีทั้งโทษจำคุกและโทษปรับ โดยระวางโทษปรับขั้นต่ำมีจำนวนค่อนข้างสูง เช่น ในมาตรา 69 วรรคสอง ที่มีกำหนดโทษปรับขั้นต่ำหนึ่งแสนบาท หรือมาตรา 70 วรรคสอง ที่มีกำหนด โทษปรับขั้นต่ำห้าหมื่นบาท หากศาลจะลงโทษปรับ ก็ต้องลงโทษปรับในจำนวนที่สูงตามที่กฎหมาย กำหนด ไม่อาจใช้ดุลพินิจลงโทษปรับต่ำกว่านั้นได้ แม้จำเลยจะให้การรับสารภาพ และศาลพิจารณาว่า มีเหตุบรรเทาโทษ เห็นควรลดโทษกึ่งหนึ่ง โทษปรับก็ยังคงสูงอยู่ ดังนั้น ในกรณีที่เกิดคดีลิขสิทธิ์ที่ของกลาง มีจำนวนเล็กน้อย ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง จึงมักจะใช้ดุลพินิจในการรอกการกำหนดโทษจำเลย โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 56 ประมวลกฎหมายอาญา แทนการลงโทษปรับ

เมื่อพิจารณาประกอบกับข้อมูลสถิติคดี ปรากฏว่าปริมาณการฟ้องคดีอาญาของศาล ทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง ทั้งหมดในแต่ละปี โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีลิขสิทธิ์นั้น ปริมาณการฟ้อง คดีอาญาในปี 2555 มีสัดส่วนคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในทางอาญาซึ่งฟ้องใหม่เทียบกับคดีลิขสิทธิ์ทั้งหมด คิดเป็นร้อยละ 98.93¹ ส่วนในปี 2556 สัดส่วนของคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในทางอาญาซึ่งฟ้องใหม่เทียบกับ คดีลิขสิทธิ์ทั้งหมด คิดเป็นร้อยละ 95.52² พิจารณาเห็นได้ว่าการบังคับใช้สิทธิ โดยการฟ้อง เป็นคดีอาญาสูงกว่าการบังคับใช้สิทธิทางแพ่งเป็นอย่างมาก อาจกล่าวได้ว่า ในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ จะบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ในทางอาญาเป็นหลัก อีกทั้งเมื่อพิจารณาถึงคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในทางอาญา

¹โปรดดู บทที่ 2 ตารางที่ 2.1 ตารางสถิติคดีละเมิดลิขสิทธิ์ทั้งคดีแพ่งและคดีอาญา และอัตราส่วน คดีอาญาลิขสิทธิ์เทียบกับคดีลิขสิทธิ์ทั้งหมดที่ฟ้องใหม่ต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง ในปี พ.ศ. 2554 – 2556

²แหล่งเดิม.

ซึ่งของกลางมีจำนวนเล็กน้อย ในปี 2556 ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง ศาลได้ใช้ดุลพินิจ รอการกำหนดโทษมีจำนวนสูงถึง 580 คดี หรือคิดเป็นร้อยละ 57³ ของคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในทางอาญา ทั้งหมดที่ศาลได้พิจารณาเสร็จ จากสถิติคดีดังกล่าว สามารถแสดงให้เห็นถึงปริมาณคดีที่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง ไม่อาจใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายและ วัตถุประสงค์ของการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อทดแทนหรือเพื่อข่มขู่และยับยั้งอาชญากรรมได้ อย่างแท้จริง

ประเด็นปัญหาประการที่สอง เป็นปัญหาการลงโทษอาจไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ ในกรณีที่ศาลเห็นว่าโทษปรับขั้นต่ำมีจำนวนสูงเกินสมควร จึงหันไปใช้โทษจำคุก โดยให้รอการกำหนดโทษจำคุกไว้ หากต่อมาผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดซ้ำอีก ศาลจะกำหนดโทษจำคุกที่รอไว้ในคดีแรกแล้วนำมาบวกเข้ากับโทษจำคุกในคดีหลัง มีผลให้ผู้กระทำความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์รายเล็กซึ่งมีของกลางจำนวนเพียงเล็กน้อยต้องรับโทษหนักกว่าผู้ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ รายใหญ่ซึ่งมีของกลางมีจำนวนมากกว่า กรณีดังกล่าวทำให้วัตถุประสงค์การลงโทษไม่บรรลุผล ความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายก็จะถูกลดคุณค่าลงเพราะประชาชนทั่วไปอาจขาดความเคารพเชื่อถือ ต่อกฎหมาย อีกทั้งไม่เป็นธรรมต่อผู้เสียหายผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งมีสิทธิ์จะได้รับเงินค่าปรับจำนวน กิ่งหนึ่งอีกด้วย⁴

ประเด็นปัญหาประการที่สาม คือ ปัญหาการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาล กับการตีความคำว่า “พ้นโทษ” ในเรื่องการขอวางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้ สำหรับความผิดนั้น ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 73 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดกระทำความผิดต้องระวางโทษตามพระราชบัญญัตินี้ เมื่อพ้นโทษแล้วยังไม่ครบกำหนดห้าปี กระทำความผิดต่อพระราชบัญญัตินี้ อีก ต้องระวางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น” หรือ การขอวางโทษทวีคูณ ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 113 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “บุคคลใดกระทำความผิดต้องระวางโทษตามพระราชบัญญัตินี้ เมื่อพ้นโทษแล้วยังไม่ครบกำหนดห้าปี กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ อีก ให้วางโทษทวีคูณ” เช่น ในกรณีที่จำเลยมีเงิน ไม่เพียงพอที่จะชำระค่าปรับตามคำพิพากษาและมีการขอผ่อนชำระค่าปรับ ต่อมาในระหว่างระยะเวลา ผ่อนชำระค่าปรับ หากจำเลยกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติดังกล่าวอีก ศาลก็จะไม่อาจพิพากษา วางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นหรือวางโทษทวีคูณได้

³โปรดดู บทที่ 2 คู่มือตารางที่ 2.2 ตารางสถิติคดีอาญาข้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ ปี 2556 จำแนกตามผลของ คำพิพากษา

⁴พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 76

ทั้งนี้ เพราะศาลเห็นว่าจำเลยยังไม่พ้นโทษในคดีก่อน กรณีกลายเป็นว่าจำเลยที่ขอผ่อนชำระค่าปรับ ได้รับประโยชน์จากการตีความคำว่า “พ้นโทษ” กล่าวคือ ทราบได้ที่จำเลยยังผ่อนชำระค่าปรับอยู่ ศาลถือว่าจำเลยยังไม่พ้นโทษในคดีก่อน จึงวางโทษเป็นสองเท่าหรือวางโทษทวีคูณไม่ได้ แต่จำเลยที่ชำระค่าปรับเต็มจำนวนในคราวเดียวกลับได้รับผลร้าย เพราะศาลสามารถวางโทษเป็นสองเท่าหรือวางโทษทวีคูณในคดีหลังได้ทันทีที่จำเลยชำระค่าปรับครบถ้วน กรณีดังกล่าวไม่น่าจะตรงตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัติของกฎหมายมาตรา 73 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และมาตรา 113 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

จากสภาพปัญหาและอุปสรรคในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ ไม่ว่าจะเป็กรณิเกี่ยวกับปัญหาข้อจำกัดของบทกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ก็ดี ปัญหาการลงโทษอาจไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษก็ดี หรือปัญหาการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลกับการตีความคำว่า “พ้นโทษ” ในเรื่องการวางโทษเป็นสองเท่า ตามมาตรา 73 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หรือการวางโทษทวีคูณมาตรา 113 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ก็ดีนั้น เป็นสิ่งที่ทุกฝ่ายในวงการศึกษาควรตระหนักให้ความสำคัญอย่างจริงจัง

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาถึงแนวทางการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ ทั้งตามกฎหมายเก่าและแนวทางการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษในปัจจุบัน หลักกฎหมายและแนวปฏิบัติของศาลในคดีลิขสิทธิ์ และคดีเครื่องหมายการค้า
2. เพื่อศึกษาถึงแนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยการใช้ดุลพินิจในการลงโทษ โดยศึกษาข้อความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจ แนวคิดเกี่ยวกับการลงโทษ และทฤษฎีเกี่ยวกับวัตถุประสงค์การลงโทษ
3. เพื่อศึกษาถึงหลักเกณฑ์ และแนวทางการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษในต่างประเทศ โดยศึกษาเฉพาะประเทศเยอรมนีและประเทศอังกฤษ
4. เพื่อศึกษาวิเคราะห์สภาพปัญหาและหาแนวทางการแก้ไขปัญหาข้อจำกัดของบทกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ปัญหาการลงโทษอาจไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ หรือปัญหาการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลกับการตีความคำว่า “พ้นโทษ” ในเรื่องการวางโทษเป็นสองเท่าตามมาตรา 73 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และการวางโทษทวีคูณตามมาตรา 113 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

5. เพื่อศึกษาหาข้อสรุปและเสนอแนะแนวทางการแก้ปัญหากรณีของการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษจำเลยในคดีความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ และพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าที่มีโทษทางอาญา

1.3 ขอบเขตของการศึกษา

ในวิทยานิพนธ์เล่มนี้จะได้มีการศึกษาถึงแนวทางการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาล ในคดีความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แนวปฏิบัติของศาลในคดีลิขสิทธิ์และคดีเครื่องหมายการค้า แนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยการใช้ดุลพินิจในการลงโทษ การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษในต่างประเทศจำกัดเฉพาะประเทศเยอรมนีและประเทศอังกฤษเท่านั้น เพื่อพิจารณาถึงสภาพปัญหาการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ โดยนำมาเสนอเป็นแนวทางแก้ไขการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษให้เหมาะสมและได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการกระทำความผิดหรือความน่าคำหิของผู้กระทำความผิดแต่ละราย เพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ของกฎหมาย สอดคล้องกับทฤษฎีการลงโทษแบบแก้แค้นทดแทนและข่มขู่และยับยั้งอาชญากรรม ทั้งนี้ จะไม่ได้ศึกษาไปถึงการใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยความผิดแต่อย่างใด

1.4 สมมติฐานของการศึกษา

วิทยานิพนธ์นี้มีสมมติฐานสามประการ คือ

ประการแรก การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลางในคดีลิขสิทธิ์ถูกจำกัดโดยบทบัญญัติของกฎหมาย มาตรา 69 วรรคสอง และมาตรา 70 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เนื่องจากมีบทบัญญัติระวางโทษปรับขั้นต่ำไว้มีจำนวนค่อนข้างสูง จึงควรยกเลิกบทกำหนดโทษในส่วนของระวางโทษปรับขั้นต่ำดังกล่าว คงไว้เพียงแต่ระวางโทษปรับขั้นสูงเท่านั้น

ประการที่สอง ปัญหาการลงโทษอาจไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ หากมีการบัญญัติหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในเรื่องการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ จะทำให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษได้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษมากยิ่งขึ้น

ประการที่สาม ปัญหาการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลกับการตีความคำว่า “พ้นโทษ” ในเรื่องการวางโทษเป็นสองเท่าและเรื่องการวางโทษทวีคูณ ควรเพิ่มเติมหลักการของกฎหมายให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจวางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ตามมาตรา 73 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และวางโทษทวีคูณตามมาตรา 113

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ให้ครอบคลุมถึงกรณีที่ทำเครื่องหมายการค้าความผิดซ้ำในระหว่างขอผ่อนชำระค่าปรับ

ทั้งนี้ เพื่อให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษให้เหมาะสม สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ และเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายในเรื่องดังกล่าวอย่างแท้จริง

1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา

การศึกษานี้เป็นการวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยค้นคว้ารวบรวมจากหนังสือ ตำรา ผลงานวิจัย วิทยานิพนธ์ บทความเชิงวิชาการ คำพิพากษาของศาล เอกสารต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง และข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต โดยนำข้อมูลที่ได้มาวิเคราะห์เพื่อหาแนวทางแก้ไขปัญหาการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงแนวทางการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ ทั้งตามกฎหมายเก่าและแนวทางการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษในปัจจุบัน หลักกฎหมายและแนวปฏิบัติของศาลในคดีลิขสิทธิ์ และคดีเครื่องหมายการค้า

2. ทำให้ทราบถึงแนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยการใช้ดุลพินิจในการลงโทษ โดยศึกษาข้อความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจ แนวคิดเกี่ยวกับการลงโทษ และทฤษฎีเกี่ยวกับวัตถุประสงค์การลงโทษ

3. ทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์ และแนวทางการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษในต่างประเทศ โดยศึกษาเฉพาะประเทศเยอรมนีและประเทศอังกฤษ

4. ทำให้ทราบถึงสภาพปัญหาและแนวทางการแก้ไขปัญหาข้อจำกัดของบทกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ปัญหาการลงโทษอาจไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ หรือปัญหาการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลกับการตีความคำว่า “พ้นโทษ” ในเรื่องการวางโทษเป็นสองเท่าตามมาตรา 73 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และการวางโทษวิฤคนตามมาตรา 113 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

5. ทำให้สามารถหาข้อสรุปและเสนอแนะแนวทางการแก้ปัญหากรณีของการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษจำเลยในคดีความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ และพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า ที่มีโทษทางอาญา

บทที่ 2

แนวทางการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ

หลักกฎหมายและแนวปฏิบัติของศาลในคดีลิขสิทธิ์และคดีเครื่องหมายการค้า

เนื่องจากวิทยานิพนธ์เล่มนี้ จะศึกษาเรื่องการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ ในคดีลิขสิทธิ์ และคดีเครื่องหมายการค้า ในบทที่ 2 จึงจะกล่าวถึงเรื่องทั้งสองดังกล่าว เพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ชัดเจนสำหรับการศึกษาในบทต่อไป

2.1 แนวทางการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ

2.1.1 แนวทางการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษตามกฎหมายเก่า

ในส่วนของแนวทางการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษตามกฎหมายเก่า อาจแบ่งออกตามยุคสมัย ได้ดังนี้¹ กล่าวคือ

1. สมัยสุโขทัย

ในสมัยสุโขทัย ผู้ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีและกำหนดโทษจำเลย คือ พระมหากษัตริย์ หลักเกณฑ์การลงโทษจำเลยในยุคนี้ ไม่ปรากฏหลักฐานที่แน่ชัด มีเพียงมังรายศาสตร์เท่านั้น ที่ได้วางแนวทางการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษผู้กระทำความผิดไว้ แต่ก็เป็นการวางแนวทางไว้เพียงกว้างๆ เท่านั้น โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริง เช่น ผู้ต้องหาหรือจำเลยนั้นเป็นอันธพาลสันดานผู้ร้าย กระทำการบังอาจ หรือว่าเป็นคนดีแต่เกิดโทษะจริตขึ้นชั่วคราว ผู้เสียหายเป็นอย่างไร คนป่วยไข้ หรือเป็นเด็ก เป็นคนชราไร้กำลัง ไม่มีทางต่อสู้ป้องกันตน การกระทำของผู้ร้าย กระทำโดยบังอาจ ปราศจากศีลธรรม และทำด้วยใจอำมหิตขนาดไหน มันกระทำให้เสื่อมเสียความสงบเรียบร้อย ของบ้านเมือง หรือของมหาชนหรือไม่

2. สมัยอยุธยา

การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญาในยุคนี้ ที่ประกอบไปด้วย ศาล ลูกขุนและผู้ปรับ จะมีการแบ่งแยกหน้าที่การทำงานออกเป็นอิสระจากกัน กล่าวคือ ศาลจะทำหน้าที่ชำระความ

¹เกียรติภูมิ แสงศศิธร. (2533). กระบวนการกำหนดโทษจำเลยในคดีอาญา: เปรียบเทียบของไทยกับต่างประเทศ. น. 71-74.

เพียงอย่างเดียว คือ ทำหน้าที่สืบพยานหลักฐานต่างๆ ส่วนลูกขุนจะทำหน้าที่ชี้ขาดตัดสินคดี ส่วนผู้ปรับจะเป็นผู้วางบทลงโทษและกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิด

สำหรับหลักเกณฑ์การกำหนดโทษในยุคนี้ปรากฏอยู่ในกฎหมายลักษณะโจรและพระอัยการลักษณะวิวาทค่าตี โดยกฎหมายเหล่านั้นได้บัญญัติหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษจำเลยไว้ ในลักษณะทำนองเดียวกันกับในยุคสุโขทัย เพียงแต่จะมีรายละเอียดของแนวทางการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษที่เพิ่ม เช่น พิจารณาจากพฤติการณ์ในการกระทำผิดว่าร้ายแรงหรือไม่ หากร้ายแรงก็จะได้รับโทษหนัก ถ้าไม่ร้ายแรงโทษที่จะได้รับย่อมลดน้อยลงไป พิจารณาจากคุณลักษณะของผู้กระทำผิด พิจารณาจากความร้ายแรงของสิ่งที่ใช้ทำร้าย พิจารณาจากการกำหนดที่สำคัญของร่างกาย พิจารณาจากลักษณะบาดเจ็บสาหัส พิจารณาจากความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผล เช่น มีการชกตี ยิงฟันแทงกัน มีบาดเจ็บ ผู้ถูกทำร้ายเจ็บปวดตายภายใน 15 วัน ให้ฆ่าผู้ร้ายตายตกตามกันไป ถ้าหากผู้บาดเจ็บตายหลังจากพ้น 15 วัน ไปแล้วกฎหมายให้โทษแต่เพียงทำร้ายผู้ตายบาดเจ็บเป็นสินไหมถึงเท่านั้น พิจารณาถึงเหตุยกเว้นโทษและเหตุบรรเทาโทษ เช่น การยกเว้นโทษ กรณีผู้กระทำความผิดอายุต่ำกว่า 7 ขวบ คนสูงอายุ 70 ปี ขึ้นไป คนวิกลจริต การทำร้ายร่างกายไม่ถึงสาหัสระหว่างเครือญาติ ส่วนเหตุบรรเทาโทษก็เช่น ผู้กระทำความผิดนั้นเคยไปการณรงค์สงครามได้รับกับข้าศึก ได้ชนช้างมีชัยชนะแก่ศัตรู เป็นต้น

3. สมัยรัตนโกสินทร์

ในระหว่างรัชกาลที่ 1 ถึงที่ 4 นั้น การดำเนินกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีรวมทั้งหลักเกณฑ์การกำหนดโทษจำเลยยังคงเป็นเช่นเดียวกับสมัยอยุธยา และนับตั้งแต่รัชกาลที่ 5 เป็นต้นมา ได้มีการเปลี่ยนแปลงระบบการดำเนินกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาเสียใหม่ โดยการยกเลิกศาล ลูกขุน และผู้ปรับ ให้อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมเช่นที่ปรากฏในปัจจุบัน²

2.1.2 แนวทางการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษในปัจจุบัน

ถ้าจะพิจารณาจากแนวคิดในเรื่องดังกล่าว จะเห็นได้ว่า ไม่ว่าจะเห็นเป็นความเห็นของนักวิชาการหรือความเห็นทางศาล โดยหลักการแล้วจะเป็นไปในทำนองเดียวกัน ซึ่งอาจพอสรุปได้เป็นข้อๆ ดังนี้

1. การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษต้องเป็นกลางปราศจากอคติ ในเบื้องต้นผู้พิพากษาผู้ใช้ดุลพินิจจะต้องวางตนเป็นกลางอย่างเคร่งครัด ปราศจากอคติทั้งหมด คือ ไม่ลำเอียงไปด้วยความรัก โลภ โกรธ หลง และไม่เกรงกลัวต่ออิทธิพลใดๆ³

²สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. (2548). การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ (รายงานผลการวิจัย). น. 41.

³วิชา มหาคุณ. (2527, มีนาคม-เมษายน). "ผู้พิพากษากับการใช้ดุลพินิจในการลงโทษ." ดุลพาห 23 (2). น. 61.

2. การกำหนดโทษต้องเป็นไปตามอัตราโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมาย กล่าวคือ ในการวางโทษต้องเป็นไปตามอัตราโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ไม่เกินกว่าโทษขั้นสูงที่กำหนดไว้ในกฎหมาย และถ้ามีโทษขั้นต่ำก็ต้องวางโทษไม่ต่ำกว่าโทษขั้นต่ำของกฎหมาย⁴

3. การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษต้องคำนึงถึงทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษ เมื่อจะลงโทษผู้ใด ก็พึงคิดถึงหลักหรือทฤษฎีแห่งการลงโทษเพื่อเป็นการทดแทน ช่มชู้หรือปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำความผิด

4. การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงต่างๆ ในคดี เช่น สภาพและพฤติการณ์แห่งการกระทำความผิด ลักษณะของผู้กระทำความผิด ลักษณะของผู้ถูกทำร้าย ประโยชน์ของรัฐ ผลของการกระทำความผิด ขนบธรรมเนียมประเพณีท้องถิ่น สาเหตุแห่งการกระทำความผิด เป็นต้น

1) ลักษณะของผู้ร้าย กล่าวคือ ศาลควรระลึกว่า จำเลยผู้ต้องโทษนั้นเป็นคนชนิดไหน มีเพื่อนฝูงคบค้าสมาคมอย่างไร มีสันดานกิเลสหายาบหรือเป็นผู้ที่ว่าง่ายสอนง่ายประการใด

2) ลักษณะของผู้ถูกทำร้าย กล่าวคือ ดูว่าผู้ถูกทำร้ายเป็นคนชนิดใด เช่น การข่มเหงผู้หญิง ทำร้ายเด็กและคนทุพพลภาพนั้น แม้อยอมให้คนร้ายทำเล่นตามชอบใจและไม่ลงโทษวางกฎเกณฑ์ให้หนักพอ นานไปคนร้ายเห็นว่าการทำร้ายผู้หญิงเด็กและคนทุพพลภาพนั้นง่ายกว่าการทำร้ายผู้ชายด้วยกันก็จะเรงใจ ประการหนึ่งศาลควรจะได้ระลึกถึงความทุกข์เวทนาและความเสียหายซึ่งผู้ถูกทำร้ายได้รับจากความผิดของจำเลยด้วย

3) ประโยชน์ของรัฐบาลหรือสาธารณชน จึงต้องกำหนดโทษจำเลยให้เหมาะสมกับความประสงค์ของกฎหมาย เช่น ควรระลึกถึงที่เกิดเหตุ เช่น ถ้าตำบลใดมีผู้ร้ายชุกชุม ศาลย่อมวางกำหนดโทษจำเลยซึ่งกระทำการโจรกรรมชนิดนั้นในตำบลนั้นให้พอเป็นบทเรียนของจำเลยได้เพื่อปราบปรามมิให้กำเริบก่อความรำคาญแก่บ้านเมืองอีก และเพื่อเป็นตัวอย่างที่พวกพ้องบริวารโจรจะได้รู้สึกเกรงกลัวอาญา แต่อย่างไรก็ดีรัฐบาลหรือสาธารณชนมีประโยชน์ที่เกี่ยวข้องอยู่ในความเป็นไปของพลเมืองเพราะฉะนั้น แม้จำเลยเป็นคนอันธพาลสันดานหายาบก็ดี แต่ยังมีคุณสมบัติดีเหลืออยู่บ้าง ฉะนั้น กฎหมายหวังอยู่ว่า ศาลจะไม่วางกำหนดโทษจำเลยหนักเกินไป จนเป็นเหตุทำลายคุณสมบัติจำเลยที่เหลืออยู่นั้น⁵

4) กิริยาอาการที่จำเลยกระทำผิด เช่น จำเลยใช้อำนาจโจรและกิริยาบังอาจต่างๆ หรือกระทำลงด้วยความทารุณร้ายกาจ หรือกระทำอย่างมีใจทมิฬินชาติ ศาลควรจะวางโทษจำเลยเหล่านี้ให้หนักและพอเป็นบทเรียนแก่ตัว

⁴แหล่งเดิม. น. 62.

⁵แหล่งเดิม. น. 63.

5) ผลของความผิด คือว่าการที่จำเลยได้กระทำความผิดลงนั้นเป็นผลดีหรือผลร้ายประการใด และผลร้ายนั้นจะต้องแยกพิจารณาว่าร้ายมาก ปานกลาง หรือเป็นแต่เพียงเล็กน้อย เช่น การลักเงิน 5 บาท และลักเงิน 50, 000 บาท ย่อมแตกต่างกัน เป็นต้น

นอกจากนี้ควรระลึกถึงมูลเหตุแห่งการกระทำความผิดของจำเลยประกอบด้วย โดยผู้เสียหายอาจช่วยหรือก่อให้เกิดการกระทำความผิดขึ้นได้ เช่นกรณีจำเลยกระทำความผิดเนื่องจากบันดาลโทสะ ศาลย่อมลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้

5. การกำหนดโทษควรเป็นไปภายใต้มาตรฐานเดียวกันสำหรับคดีที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน เว้นแต่จะมีเหตุแห่งคดีที่แตกต่างกันออกไป เช่น คดีก่อนจำเลยเป็นชายอายุ 30 ปี ลักทรัพย์ ราคา 500 บาท ศาลกำหนดโทษไว้ 2 ปี คดีต่อมาจำเลยเป็นชายอายุ 25 ปี ลักทรัพย์ราคา 400 บาท นับว่าลักษณะคดีคล้ายคลึงกับคดีก่อน จึงควรระวางโทษเท่าเทียมกับคดีก่อน กรณีที่เหตุแห่งคดีแตกต่างกันออกไป เช่น จำเลยเป็นหญิงอายุ 30 ปี มีบุตรหลายคน ด้วยความยากจนข้นแค้น จึงลักกล้วย 1 หวี ราคา 2 บาท เพื่อนำไปให้บุตรรับประทาน เมื่อจำเลยรับสารภาพ ศาลอาจวางโทษจำคุก 1 ปี จำเลยให้การรับสารภาพโดยดีเป็นประโยชน์แก่การพิจารณาปราณีลดโทษให้กึ่งหนึ่ง ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 78 คงจำคุกจำเลยมีกำหนด 6 เดือน และใช้ดุลพินิจรอการลงโทษจำเลยไว้ มีกำหนด 1 ปี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 ก็ได้ เพราะพฤติการณ์แห่งคดีแตกต่างจากคดีทั้งสองที่กล่าวข้างต้น

เพื่อให้การลงโทษความเป็นไปภายใต้มาตรฐานเดียวกัน อันเป็นการรักษามาตรฐานของศาลและเพื่อความเป็นธรรมแก่จำเลยผู้ถูกลงโทษเสมอหน้ากัน กล่าวคือ คดีที่มีลักษณะเดียวกัน จำเลยก็ไม่ควรจะได้รับโทษแตกต่างกัน ศาลจึงมักจะมีบัญชีอัตราโทษ หรือที่เรียกกันโดยทั่วไปในวงการศาลว่า “ชื้อต็อก” ไว้ประจำศาล โดยกำหนดว่าโทษชนิดนั้น ศาลนั้นๆ ควรกำหนดโทษเท่าใด ทั้งนี้ไม่เกินกว่าหรือไม่ต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยบัญชีอัตราโทษนั้นช่วยให้คำพิพากษาเป็นมาตรฐานเดียวกัน ประชาชนเกิดความเชื่อถือ ฉะนั้น บัญชีอัตราโทษจึงไม่ควรวางไว้ตายตัว แต่ยืดหยุ่นได้ตามความเหมาะสม

อย่างไรก็ดี บัญชีอัตราโทษดังกล่าวนี้ก็มีผลเสียอยู่บ้าง กล่าวคืออาจทำให้ผู้พิพากษาไม่สามารถใช้ดุลพินิจในการลงโทษได้เต็มที่ เพราะต้องคำนึงถึงบัญชีอัตราโทษเป็นสำคัญ และเมื่อตัดสินโดยยึดถือบัญชีอัตราโทษเป็นหลักขึ้นมานานๆ เข้า ผู้พิพากษาก็อาจเกิดความเคยชิน และทำงานคล้ายๆ เครื่องจักรหรือเครื่องสมองกลไปได้ ในการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาจึงควรใช้บัญชีอัตราโทษหรือชื้อต็อกเพื่อประกอบการพิจารณากำหนดโทษ แต่ไม่ควรยึดเป็นสรณะ ดังเหตุผลจากตัวอย่างจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1303/2500 ซึ่งวินิจฉัยว่า “...การที่จะยึดถือเอาอัตรากำหนดที่คิดกันขึ้นแล้วอ้างว่าเป็นมาตรฐานโดยไม่คำนึงถึงพฤติการณ์ประกอบการกระทำความผิด

ตามหลักวิชาธรรมศาสตร์นั้น อาจก่อให้เกิดความยุติธรรมได้ง่าย และเมื่อปรากฏว่า ศาลที่สูงกว่าไม่เห็นด้วยในดุลพินิจในการพิพากษาคดีเช่นเดียวกันนั้นแล้ว ศาลชั้นต้นก็ชอบที่จะรับเป็นข้ออ้างในการอำนวยการยุติธรรมต่อไป...”

6. ในการกำหนดโทษ สิ่งที่ผู้พิพากษาผู้ใช้ดุลพินิจพึงใช้ดุลพินิจโดยคำนึงถึงภพาคติ กฎหมายที่ว่า “ตุลาการที่ค้ำยอไม่พิพากษาอรรถคดีโดยอัตโนมัติหรือตามใจตนเอง แต่ยอมพิพากษาตามตัวบทกฎหมายและความยุติธรรม”

2.2 ข้อความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับคดีลิขสิทธิ์และคดีเครื่องหมายการค้า

2.2.1 วิวัฒนาการของกฎหมายลิขสิทธิ์และกฎหมายเครื่องหมายการค้า

1. วิวัฒนาการของกฎหมายลิขสิทธิ์

การให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับเรื่องลิขสิทธิ์ (Copyright) เริ่มมีมาตั้งแต่ในสมัยรัชกาลพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เเท่าที่มีหลักฐานทางประวัติศาสตร์สนับสนุนอาจกล่าวได้ว่า เริ่มต้นจาก “ประกาศหอสมุดวชิรญาณ ร.ศ. 111 (พ.ศ. 2435)” โดยมีที่มาจากการที่กรรมการสัมปาทิกสภา⁶ ได้ประชุมตกลงกันว่า “เมื่อตั้งหอพระสมุดได้ 8 ปี ควรจะห้ามมิให้ผู้ใดเอาข้อความจากหนังสือวชิรญาณพิเศษไปตีพิมพ์เป็นเล่ม หรือคัดเรื่องใดเรื่องหนึ่งไปตีพิมพ์ นอกจากทางกรรมสัมปาทิกสภาจะอนุญาต” เมื่อได้นำความกราบบังคมทูล พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ทรงพระราชทานพระบรมราชานุญาตให้ปฏิบัติได้แล้ว จึงได้ออกประกาศหอสมุดวชิรญาณ ร.ศ. 111 (พ.ศ. 2435) มีใจความสำคัญว่า “ตั้งแต่นี้ต่อไปห้ามมิให้ผู้ใดเอาเรื่องความต่างๆ ที่ได้ลงพิมพ์ในหนังสือวชิรญาณพิเศษแล้วแต่ปีก่อนๆ และปีนี้ทั้งปีต่อไปไปพิมพ์เป็นหนังสือเล่มหรือหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใด นอกจากที่ขออนุญาตต่อกรรมการสัมปาทิกสภาได้แล้วเป็นอันขาด” กล่าวคือ กำหนดห้ามมิให้นำเรื่องบทความต่างๆ ที่พิมพ์ในหนังสือวชิรญาณพิเศษไปพิมพ์ซ้ำ นอกจากจะขออนุญาตต่อกรรมการสัมปาทิกสภา แม้ประกาศฯ นี้จะมีได้กำหนดโทษผู้ฝ่าฝืนไว้โดยเฉพาะ แต่เมื่อมีลักษณะเป็นคำสั่งบังคับแก่คนทั่วไปแล้ว ก็น่าจะถือได้ว่ามีสภาพเป็นกฎหมาย⁷ และเมื่อมีบทบัญญัติทำนองห้ามผู้อื่นเอาหนังสือวชิรญาณพิเศษไปทำซ้ำขึ้นอีกโดยมิได้รับอนุญาต

⁶คำว่า “กรรมการสัมปาทิกสภา” หมายถึง คณะกรรมการบริหารหอสมุดวชิรญาณ ที่จัดตั้งขึ้นในพุทธศักราช 2424 โดยมีพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงเป็นองค์อุปถัมภ์ และทรงตั้งกรมหมื่นนราธิปประพันธ์พงศ์ทรงเป็นองค์สภานายกของกรรมการสัมปาทิกสภา อ้างถึงใน รัชชชัญ สุกผลศิริ. (2539). *คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์*. น. 3.

⁷แหล่งเดิม. น. 4.

จากกรรมสัมปาทิกสภาซึ่งมีหน้าที่ดูแลและจัดพิมพ์หนังสือนี้อยู่ อันเป็นหลักของลิขสิทธิ์แล้ว ก็ควรถือได้ว่า ประกาศฯ นี้เป็นกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ฉบับแรกของประเทศไทย⁸

ต่อมาเนื่องด้วยมีความจำเป็นในการคุ้มครองหนังสืออื่นๆ เพิ่มมากขึ้น จึงได้มีการออกพระราชบัญญัติผู้แต่งหนังสือ ร.ศ. 120 (พ.ศ. 2444) ขึ้น⁹ ปรากฏเหตุผลในคำปรารภดังนี้ “...ทุกวันนี้เมื่อมีผู้ใดได้อุสหาะแต่งหนังสือขึ้นด้วยสติปัญญาและวิชาความรู้ของตน เพื่อพิมพ์จำหน่ายให้เกิดผลประโยชน์ ถ้าหนังสือเรื่องใดจำหน่ายได้มาก ก็มักมีผู้อื่นบังอาจเอาหนังสือเรื่องนั้นไปพิมพ์ขึ้นขายพลการกระทำให้เสื่อมทรามผลประโยชน์ซึ่งสมควรจะได้แก่ผู้แต่งโดยชอบธรรมมีอยู่เนื่องๆ แลการอย่างนี้ในนาๆ ประเทศโดยมากย่อมมีกฎหมายห้ามปรามมิให้ผู้อื่นคัดลอกหรือพิมพ์จำหน่ายหนังสือซึ่งผู้แต่งมิได้อนุญาต ทรงพระราชดำริเห็นว่าสมควรจะมีพระราชบัญญัติตั้งขึ้นไว้ในพระราชอาณาจักร สำหรับคุ้มครองป้องกันผลประโยชน์ของผู้แต่งหนังสือตามสมควรแก่ความยุติธรรม...”¹⁰ เมื่อใช้บังคับมาเป็นเวลากว่าสิบปีแล้ว ได้มีการประกาศใช้ “พระราชบัญญัติแก้ไขพระราชบัญญัติกรรมสิทธิ์ผู้แต่งหนังสือ พ.ศ. 2457”¹¹ เมื่อวันที่ 16 ธันวาคม พ.ศ. 2457 โดยมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญคือ หนังสือนั้นต้องรวมเป็นเล่มหรือเป็นส่วนๆ หรือเป็นตอนๆ โดยต้องจัดพิมพ์ในประเทศไทย โดยเพิ่มเติมว่า ผู้ทรงกรรมสิทธิ์หนังสือจะต้องบันทึกข้อความลงไว้ในหนังสือ เป็นถ้อยคำสงวนสิทธิ์ของตนไว้ และหนังสือที่เป็นเรื่องหยาบคาย หลบหลู่คุณมีน ศาสนา หรือยุยงให้เกิดจลาจลหรือกล่าวคำเท็จโดยประสงค์จะหลอกลวงประชาชนให้หลงเชื่อ เป็นหนังสืออื่นต้องห้ามมิให้มีกรรมสิทธิ์ตามกฎหมาย มีข้อน่าสังเกตว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้มีผลบังคับเฉพาะ “หนังสือ” เท่านั้น ไม่ครอบคลุมถึงงานศิลปกรรม ดนตรีกรรม หรืออื่นๆ ด้วย และการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้เป็นการละเมิดทางแพ่งเท่านั้น ไม่มีบทบัญญัติกำหนดความผิดและโทษไว้แต่อย่างใด¹²

ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีของสหภาพเบอร์ลิน โดยให้สัตยาบันต่ออนุสัญญาเบอร์ลิน ค.ศ. 1886 ซึ่งได้แก้ไข ณ กรุงเบอร์ลิน (Berlin Act 1908) สำเร็จบริบูรณ์โดยโปรโตคอลเพิ่มเติม ซึ่งลงนามกัน ณ กรุงเบอร์ลิน เมื่อวันที่ 20 มีนาคม ค.ศ. 1914 เป็นอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ของต่างประเทศที่มีหลักเกณฑ์สำคัญบางประการ

⁸ไชยศ เหมะรัชตะ. (2528). *ปัญหากฎหมายลิขสิทธิ์*. น. 9.

⁹ประชุมกฎหมายประจำศก, เล่มที่ 18 ภาค 1, ร.ศ. 120 (พ.ศ. 2444), น. 65-70 อ้างถึงใน ชัชชัย สุขผลศิริ. เล่มเดิม. น. 5.

¹⁰แหล่งเดิม.

¹¹ประชุมกฎหมายประจำศก, เล่มที่ 27, พ.ศ. 2457, น. 426-432 อ้างถึงใน ชัชชัย สุขผลศิริ. เล่มเดิม. น. 6.

¹²อำนาจ เนตยสุภา. (2548). *ปัญหาการล่อซื้อในคดีละเมิดลิขสิทธิ์*. น. 4.

อาทิ หลักปฏิบัติอย่างคนชาติ (national treatment) ด้วยเหตุนี้ประเทศไทยจึงต้องปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ให้ทันสมัยและสอดคล้องกับความผูกพันที่มีอยู่ตามอนุสัญญาดังกล่าวด้วย ซึ่งได้มีการปรับปรุงแก้ไขมาจนถึง พ.ศ. 2474 ได้มีการประกาศใช้กฎหมายฉบับหนึ่งมีชื่อว่า “พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474” ขณะนั้นตรงกับ ค.ศ. 1931 ซึ่งสหภาพเบอร์ลินได้ประกาศอย่างเป็นทางการให้ประเทศไทยเป็นภาคีของอนุสัญญากรุงเบอร์ลินข้างต้น พระราชบัญญัตินี้มีผลยกเลิกพระราชบัญญัติกรรมสิทธิ์ผู้แต่งหนังสือ ร.ศ. 120 และพระราชบัญญัติแก้ไขพระราชบัญญัติกรรมสิทธิ์ผู้แต่งหนังสือ พ.ศ. 2457¹³

พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 มีหลักการสำคัญควรแก่การศึกษาอยู่ 4 ประการ¹⁴ คือ

1) การเพิ่มประเภทสิ่งที่ได้รับการคุ้มครอง พระราชบัญญัติฉบับนี้ขยายขอบเขตครอบคลุมงานวรรณกรรมและศิลปกรรม ซึ่งหมายความรวมถึงการทำขึ้นทุกชนิดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ และแผนกศิลปะ มิได้จำกัดอยู่เพียงหนังสืออย่างเช่นกฎหมายเดิมเท่านั้น ในพระราชบัญญัตินี้ คำว่า “ลิขสิทธิ์” ได้มีที่ใช้เป็นครั้งแรกโดยเป็นการแปลมาจากคำว่า “Copyright” ในความหมายสากลนั่นเอง

2) การคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ของต่างประเทศ หลักการข้อนี้ถูกนำไปบัญญัติไว้ในมาตรา 28 ถึง 31 โดยสืบเนื่องมาจากพันธกรณีที่ประเทศไทยมีอยู่ตามอนุสัญญาเบอร์ลินที่กล่าวมาข้างต้นนั่นเอง

3) การยกเลิกแบบพิธีการที่ได้รับการคุ้มครอง พระราชบัญญัติฉบับนี้ให้ความคุ้มครองแก่งานที่ระบุไว้โดยไม่ต้องไปจดทะเบียนหรือแสดงข้อความสงวนลิขสิทธิ์ไว้แต่อย่างใด หลักการข้อนี้เปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของพระราชบัญญัติแก้ไขพระราชบัญญัติกรรมสิทธิ์ผู้แต่งหนังสือ พ.ศ. 2457 ไปเหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามอนุสัญญาเบอร์ลินที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีว่าประเทศภาคีต้องไม่กำหนดแบบพิธี (formality) ใดๆ เป็นเงื่อนไขการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์¹⁵

4) การกำหนดโทษทางอาญา พระราชบัญญัตินี้บัญญัติให้การกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นความผิดอาญาและกำหนดโทษไว้โดยแจ่มชัด และปรากฏต่อมาว่าเป็นสภาพบังคับที่ทำให้พระราชบัญญัตินี้มีผลบังคับใช้ที่จริงจึงในการคุ้มครองสิทธิของผู้ประพันธ์หรือผู้สร้างสรรค์งาน

พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 ฉบับนี้ใช้บังคับต่อเนื่องมาเป็นเวลา 47 ปี โดยไม่มีการแก้ไข จนกระทั่ง พ.ศ. 2521 จึงได้มีการประกาศใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับ

¹³ รัชชัช สุขผลศิริ. เล่มเดิม. น. 7.

¹⁴ แหล่งเดิม.

¹⁵ อนุสัญญาเบอร์ลิน ฉบับ Berlin Act ค.ศ. 1904 Article 4.

ใหม่ชื่อว่า “พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521” เหตุผลในการร่างกฎหมายฉบับใหม่ก็คือพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 นั้น เก่า ล้าสมัย สมควรแก้ไข ซึ่งกรมศิลปากร โดยที่มีกระทรวงศึกษาธิการได้นำเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณา¹⁶ และเมื่อมีการประกาศใช้เป็นกฎหมาย จึงมีผลตั้งแต่วันที่ 19 ธันวาคม พ.ศ. 2521 ซึ่งเป็นวันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา เป็นต้นมา โดยได้ยกเลิกพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 โดยสิ้นเชิง¹⁷

ปรากฏเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ดังนี้ คือ “โดยที่พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรมพุทธศักราช 2474 ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว บทบัญญัติต่างๆ ที่เกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์จึงล้าสมัย และให้ความคุ้มครองไม่กว้างขวางเพียงพอ นอกจากนั้น อัตราโทษที่กำหนดไว้เดิมก็ต่ำมากทำให้มีการละเมิดกฎหมายอยู่เสมอ สมควรปรับปรุงแก้ไขให้เหมาะสมยิ่งขึ้น” สาระสำคัญที่มีการปรับปรุงแก้ไขจากเดิมอาจเห็นได้ใน 4 ประเด็นต่อไปนี้¹⁸ คือ

1) การขยายความคุ้มครองแก่สิ่งที่ควรได้รับความคุ้มครองทางลิขสิทธิ์ ในปัจจุบัน มาตรา 4 ของพระราชบัญญัติได้ระบุประเภทของงานที่มีลิขสิทธิ์ไว้กว้างขวางกว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 โดยครอบคลุมงานประเภทวรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หรืองานอื่นใดอันเป็นงานในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์หรือแผนกศิลปะ โดยกำหนดให้งานสมัยใหม่อย่าง โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ งานแพร่เสียงแพร่ภาพ เป็นงานลิขสิทธิ์อย่างชัดเจน

2) การกำหนดความผิดและโทษ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ได้กำหนดความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์และกำหนดโทษไว้อย่างชัดเจน และได้แก้ไขเพิ่มเติมโทษให้สูงขึ้นด้วย¹⁹

โดยมีข้อสังเกตว่า ในชั้นคณะอนุกรรมการฯ (รายงานการประชุมคณะอนุกรรมการฯ ร่าง ครั้งที่ 5/2518) ได้มีข้อเสนอว่า “เนื่องจากค่าลิขสิทธิ์ในปัจจุบัน โดยเฉพาะลิขสิทธิ์วรรณกรรม เรื่องหนึ่งขายได้ถึง 5 หมื่นบาท ถ้ากำหนดค่าปรับไว้ต่ำ ต่อไปค่าของเงินก็จะเปลี่ยนแปลงทำให้กฎหมายไม่ศักดิ์สิทธิ์ ใครขอพิจารณาเสนอแนะของกรรมการจัดทำข้อเสนอแนะกลุ่มต่างๆ

¹⁶ปรากฏตามบันทึกชี้แจงความเป็นมาในการดำเนินงานแก้ไขพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 รายละเอียดอ้างถึงในร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ... ที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาแล้ว ก. (เรื่องเสร็จที่ 199/2521). น. 50.

¹⁷รัชชชัย สุขผลศิริ. เล่มเดิม. น. 8.

¹⁸แหล่งเดิม.

¹⁹พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 มาตรา 43 – 49.

ซึ่งเสนอค่าปรับไว้สูง และมีโทษทั้งจำคุกและปรับ” โดยที่ประชุมพิจารณาเห็นควรให้เพิ่มโทษปรับตามมาตรา 41 เป็น 5 หมื่น ส่วนโทษปรับตามมาตราอื่นๆ ที่ประชุมขอให้พิจารณาเพิ่มโทษให้สูงที่สุดเท่าที่จะทำได้ โดยขอให้เปรียบเทียบกับกฎหมายอื่นๆ รับพิจารณาทบทวนอีกครั้ง²⁰

และในชั้นพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา ร่างที่พิจารณาแก้ไข ได้มีการบันทึกในรายงานการประชุมใจความตอนหนึ่งว่า “...มีการให้เพิ่มโทษขั้นต่ำไว้ด้วย และเห็นว่าเป็นคดีเกี่ยวกับทรัพย์สินจึงกำหนดในกรณีเพื่อการค้าไว้สูงขึ้นอีก แต่กรณีธรรมดา ยกโทษจำคุกให้คงมีแต่โทษปรับเท่านั้น เนื่องจากพิจารณาเห็นเป็นการกระทำเพื่อเอาเปรียบทางเศรษฐกิจ โดยผู้กระทำจะถือว่ามิได้เป็นอาชญากรรมไม่ได้ จึงเห็นควรนำทฤษฎี deterrence²¹ มาใช้ได้เต็มที่ โดยกำหนดโทษทวีคูณ ซึ่งโทษเพิ่มเติมตามประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบันมิได้เคร่งครัดเช่นนี้...” ในการประชุมครั้งนี้มีคณะกรรมการบางคนไม่เห็นชอบด้วย โดยเห็นว่า “โทษดังกล่าวนั้นสมควรอยู่แต่โทษขั้นต่ำในกรณีธรรมดา ไม่ใช่เพื่อการค้าสูงเกินไป”²²

3) การกำหนดอายุการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ได้มีการเปลี่ยนแปลงระยะเวลาการคุ้มครองจากเดิมตลอดอายุของผู้ประพันธ์และต่อไปอีก 30 ปี²³ เป็นตลอดอายุของผู้สร้างสรรค์และอีก 50 ปี²⁴ ซึ่งจะสอดคล้องกับอนุสัญญาเบอร์น์²⁵ และมีการกำหนดระยะเวลาการคุ้มครองงานแต่ละประเภทอย่างชัดเจน

4) พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์การคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศไว้เพียงมาตราเดียว²⁶ โดยสามารถไปบัญญัติเงื่อนไขการคุ้มครองโดยพระราชกฤษฎีกาได้ เพื่อให้มีความคล่องตัวในการกำหนดและเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในโอกาสต่อไป

พระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ พ.ศ. 2526 ซึ่งออกตามความในมาตรา 42 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 10 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2526 จนกระทั่งมีการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองลิขสิทธิ์ระหว่างประเทศ พ.ศ. 2536 มายกเลิกพระราชกฤษฎีกาฯ พ.ศ. 2526 โดยมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 28 กันยายน พ.ศ. 2536

²⁰ร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ... ที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาแล้ว ก. น. 746.

²¹หมายถึง ทฤษฎีการข่มขู่และยับยั้งอาชญากรรม รายละเอียดโปรดดู บทที่ 3 น. 56-60.

²²ร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ... ที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาแล้ว ก. หน้าเดิม.

²³พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 มาตรา 14.

²⁴พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 มาตรา 16.

²⁵Berlin Act ค.ศ. 1908 Article 7.

²⁶พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 มาตรา 42.

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ใช้บังคับมาเป็นเวลา 10 กว่าปีโดยไม่เคยมีการแก้ไขจนกระทั่งในปี พ.ศ. 2537 จึงมีการตราพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ยกเลิกและใช้บังคับแทนพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 โดยปรากฏเหตุผลในการออกกฎหมายนี้เป็นหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติว่า “เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว บทบัญญัติต่างๆ จึงไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ทั้งภายในและภายนอกประเทศที่ได้เปลี่ยนแปลงไป โดยเฉพาะการพัฒนาและการขยายตัวทางเศรษฐกิจการค้าและอุตสาหกรรมของประเทศและระหว่างประเทศ สมควรที่จะได้มีการปรับปรุงมาตรการคุ้มครองด้านลิขสิทธิ์ให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นเพื่อรองรับการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวและเพื่อส่งเสริมให้มีการสร้างสรรค์งานในด้านวรรณกรรม ศิลปกรรม และงานด้านอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องมากยิ่งขึ้นจึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้” พระราชบัญญัตินี้จึงมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 21 มีนาคม 2538

เป็นที่สังเกตได้จากเหตุผลท้ายพระราชบัญญัติฉบับนี้ว่า ปัจจัยทางด้านเศรษฐกิจการค้าและอุตสาหกรรมในประเทศและระหว่างประเทศได้เป็นเหตุผลสำคัญให้มีการปรับปรุงกฎหมายลิขสิทธิ์ครั้งนี้ ทั้งนี้เพราะในสถานการณ์ปัจจุบันนั้น เป็นที่ยอมรับกันแล้วว่าการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญากลายเป็นประเด็นเกี่ยวเนื่องกับการค้าและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศ ดังจะเห็นได้จากการที่บางประเทศมีกฎหมายที่ให้อำนาจรัฐบาลสามารถใช้มาตรการตอบโต้ทางการค้าแก่ประเทศคู่ค้าที่ไม่ให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอย่างพอเพียงและมีประสิทธิภาพได้ และจากการที่การเจรจาการค้ารอบอุรุกวัยของข้อตกลงว่าด้วยการค้าและพิทักษ์สิทธิศุลกากร (General Agreement on Trade and Tariffs) ได้กำหนดให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้าเป็นเรื่องหนึ่งของการเจรจาจนกระทั่งสำเร็จเสร็จสิ้นเป็นข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้ารวมถึงการค้าสินค้าปลอมแปลง (Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPs) ดังนั้น การปรับปรุงกฎหมายลิขสิทธิ์ให้มีระดับการคุ้มครองที่มีประสิทธิภาพมาตรฐานสากลที่ยอมรับกันทั่วไปจึงเป็นความจำเป็นที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ เพื่อที่จะส่งเสริมหรืออย่างน้อยก็ไม่เป็นอุปสรรคต่อการค้าและการลงทุนของประเทศและยังเป็นการส่งเสริมให้มีการสร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์ให้มากขึ้นด้วย²⁷

การปรับปรุงกฎหมายลิขสิทธิ์เมื่อปี 2537 นับได้ว่าเป็นการปฏิบัติตามนโยบายของรัฐบาลที่จะปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาทั้งระบบให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากลที่ประเทศไทยมีความผูกพันอยู่ซึ่งได้แก่มาตรฐานตาม TRIPs ในฐานะที่ประเทศไทยเป็นสมาชิกของ GATT ซึ่งได้เปลี่ยนมาเป็นองค์การการค้าโลก (World Trade Organization – WTO)

²⁷ รัชชัช สุภผลศิริ. เล่มเดิม. น. 9.

และมาตรฐานตามอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม ทำ ณ กรุงเบอร์น (อนุสัญญาเบอร์น (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works)) ในส่วนของอนุสัญญาเบอร์นนั้นเป็นอนุสัญญาที่มีการแก้ไข (revisions) และเพิ่มเติม (additions) หลายครั้ง โดยประเทศไทยได้ยอมรับผูกพันในส่วนของสารบัญญัติ (substantive clauses) ตามฉบับแก้ไข ณ กรุงเบอร์ลิน ค.ศ. 1908²⁸ และกรรมสารเพิ่มเติมลงนาม ณ กรุงเบอร์นเมื่อวันที่ 20 มีนาคม ค.ศ. 1914 (Berne Additional Protocol) และผูกพันในส่วนของการบริหาร (administrative clauses) ตามฉบับแก้ไข ณ กรุงปารีส ค.ศ. 1971²⁹ อย่างไรก็ตาม การปรับปรุงกฎหมายลิขสิทธิ์เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรฐานของอนุสัญญาเบอร์นครั้งนี้ ได้ปรับปรุงให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในอนุสัญญาเบอร์นฉบับแก้ไข ณ กรุงปารีส ค.ศ. 1971 ในส่วนสารบัญญัติซึ่งว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ทั้งนี้เพราะ

1) ข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPs) ซึ่งประเทศไทยมีความผูกพันด้วยนั้น ได้กำหนดว่า ในการคุ้มครองลิขสิทธินั้นประเทศสมาชิกจะปฏิบัติตามมาตรา 1-21 และภาคผนวกของอนุสัญญาเบอร์น (1971)³⁰ ดังนั้น การอนุวัติพันธกรณีตาม TRIPs ในเรื่องการคุ้มครองลิขสิทธินี้ ประเทศไทยจึงต้องดำเนินการตามมาตรฐานของอนุสัญญาเบอร์นฉบับแก้ไข ณ กรุงปารีส ค.ศ. 1971 เท่านั้น

2) คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 14 เมษายน พ.ศ. 2536 เห็นชอบในหลักการตามที่กระทรวงพาณิชย์เสนอ 2 ประการ คือ ประการที่หนึ่ง แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ให้สอดคล้องกับอนุสัญญาเบอร์น ฉบับแก้ไข ณ กรุงปารีส โดยเฉพาะมาตรา 1-21 และประการที่สอง จะได้แสดงความจำนงที่จะเปลี่ยนแปลงพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาเบอร์น (declaration of extension to the accession to the Berne Convention) ต่อเลขาธิการขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาแห่งโลก (WIPO) อย่างไรก็ตาม การที่จะเข้าภาคยานุวัติได้นั้น อนุสัญญาเบอร์นกำหนดให้ประเทศที่จะเข้าภาคยานุวัติจะต้องดำเนินการที่จำเป็นภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของตนที่จะทำให้อนุสัญญาเบอร์นมีผลใช้บังคับได้ และในเวลาประเทศใดผูกพันตามอนุสัญญานี้ ประเทศนั้นจะต้องมีกฎหมายภายในที่อนุวัติตามอนุสัญญานี้ใช้บังคับแล้ว³¹

²⁸Berlin Act ค.ศ. 1908.

²⁹Paris Act ค.ศ. 1971.

³⁰TRIP, Article 9 : Relation to Berne Convention

1. Member shall comply with Articles 1-21 and the Appendix of the Berne Convention (1971).....

³¹Berne Convention (1971). Article 36 : Application of the Convention by the Provisions of Domestic Law.

3) เป็นการรองรับสภาวะเศรษฐกิจและการค้าที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว รวมถึงการใช้สิทธิทางแพ่งและทางอาญาโดยปรับให้เหมาะสมและมีประสิทธิภาพ³²

ข้อสังเกต โดยพิจารณาเห็นได้จากคำชี้แจงประกอบร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ... ซึ่งในการดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลงพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 คณะกรรมการพิจารณาแก้ไขพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ. 2474 ได้ยกร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ... โดยมีหลักสำคัญข้อหนึ่งใจความสำคัญว่า เนื่องจากไม่สามารถบังคับใช้ได้อย่างได้ผล มีการละเมิดลิขสิทธิ์กันมาก แต่เจ้าของผู้ถูกละเมิดมักไม่ดำเนินคดีตามกฎหมาย เพราะมีบทลงโทษต่ำไม่มีประสิทธิภาพ ดังนั้น การปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัตินี้จึงมีหลักการที่จะแก้ไขปัญหาในเรื่องนี้ เพื่อให้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์มีผลบังคับใช้อย่างมีประสิทธิภาพโดยกำหนดบทลงโทษปรับให้สูงขึ้น เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมในปัจจุบัน และเพิ่มโทษจำคุก เพื่อให้ผู้กระทำความผิดมีความยำเกรงและหลบจำ รู้จักเคารพในสิทธิอันเป็นทรัพย์สินทางปัญญาของผู้อื่น ซึ่งจะเป็นการกำจัดปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ให้น้อยลง³³

4) เพื่อลดแรงกดดันและป้องกันมิให้ประเทศคู่ค้าสำคัญโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศสหรัฐอเมริกาและประชาคมยุโรปใช้มาตรการตอบโต้ทางการค้าด้วย³⁴

ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องปรับปรุงกฎหมายลิขสิทธิ์ให้สอดคล้องกับอนุสัญญาเบอร์นฉบับแก้ไข ณ กรุงปารีส ค.ศ. 1971 เสียก่อน หรืออาจกล่าวโดยสรุปว่า ในการพิจารณาร่างกฎหมายฉบับนี้ ได้พยายามทำให้กฎหมายสอดคล้องกับมาตรฐานหรือหลักเกณฑ์ระหว่างประเทศมากที่สุด ซึ่งขณะพิจารณาได้พิจารณาวิเคราะห์ผลกระทบ การให้ความคุ้มครอง และหาทางป้องกันหรือบรรเทาผลกระทบไว้ด้วย³⁵

นอกจากพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จะได้ปรับปรุงให้สอดคล้องกับอนุสัญญาเบอร์น ฉบับแก้ไข ณ กรุงปารีส ค.ศ. 1971 แล้ว ยังมีบทบัญญัติบางมาตราที่เห็นได้ชัดว่าบัญญัติขึ้นตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในข้อตกลง TRIPs ด้วย เพราะขณะที่ดำเนินการร่างกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับใหม่นั้น ร่างข้อตกลง TRIPs เริ่มมีความแน่นอนพอที่จะเห็นได้ว่าจะสำเร็จเป็นข้อตกลง

(1) Any country party to the Convention undertakes to adopt, in accordance with its constitution, the measures necessary to ensure the application of this Convention.

³²ร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ... ที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาแล้ว จ. (เรื่องเสร็จที่ 349/2536). น. 74.

³³แหล่งเดิม. น. 13-15.

³⁴แหล่งเดิม. น. 74.

³⁵แหล่งเดิม. น. 78.

ที่ประเทศสมาชิกของ GATT รวมทั้งประเทศไทยจะยอมรับผูกพัน ผู้ร่างกฎหมายจึงเลือกที่จะร่างกฎหมายให้สอดคล้องกับร่างข้อตกลง TRIPs เสียในขั้นนี้เลย เพื่อจะได้ไม่จำเป็นต้องแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับ TRIPs ในภายหลังอีก

โดยสรุป พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญาเบอร์น (1971) และร่างข้อตกลง TRIPs ในขณะนั้น เพราะประเทศไทยเป็นทั้งภาคีในสหภาพเบอร์นและสมาชิกของ GATT³⁶

2. วิวัฒนาการของกฎหมายเครื่องหมายการค้า

ถึงแม้ว่าการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าแม้จะมีความเป็นมาที่ค่อนข้างยาวนาน แต่ก็ยังไม่มี ความซับซ้อนเหมือนกับวิวัฒนาการของกฎหมายสิทธิบัตรและลิขสิทธิ์ นับแต่อดีต ความมุ่งหมายของการคุ้มครองเครื่องหมายการค้านี้มีลักษณะที่โดดเด่นไม่เหมือนกับการคุ้มครองสิทธิบัตรและลิขสิทธิ์ ในขณะที่สิทธิบัตรและลิขสิทธิ์เป็นระบบการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่มีวัตถุประสงค์ผสมผสานกันระหว่างความมุ่งหมายในทางเศรษฐกิจและในด้านการปกป้องสิทธิของผู้เป็นเจ้าของผลงาน กฎหมายเครื่องหมายการค้ากลับมีความมุ่งหมายในด้านการป้องกันการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม และในการจัดระเบียบการแข่งขันในตลาดการค้า กล่าวกันว่า การลอกเลียนเครื่องหมายการค้าหรือชื่อทางการค้านับเป็นรูปแบบของการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมที่เก่าแก่ที่สุด โดยมีหลักฐานปรากฏว่าช่างปั้นหม้อในสมัยโรมันได้ใช้เครื่องหมายการค้ากับผลิตภัณฑ์ของตนได้ป็นขึ้น เพื่ออ้างความเป็นเจ้าของในสินค้า

ในอดีต การคุ้มครองเครื่องหมายการค้ามิได้กระทำกันอย่างเป็นระบบเท่าใดนัก การได้มาซึ่งเครื่องหมายการค้ามักจะเกิดจากการรับรองของภาคเอกชนด้วยกัน รัฐมิได้มีบทบาทในการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าเท่าใดนัก ระบบการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าอย่างเป็นทางการเพิ่งจะถูกนำมาใช้ในยุโรปในช่วงกลางของคริสต์ศตวรรษที่ 19 โดยประเทศอังกฤษเป็นประเทศแรกที่กำหนดให้มีการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเมื่อ ค.ศ. 1875 ก่อนหน้านั้น การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าจะกระทำภายใต้กฎหมายละเมิดและกฎหมายอาญา ตัวอย่างเช่น ในช่วงก่อน ค.ศ. 1875 ประเทศอังกฤษให้การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าภายใต้กฎหมายคอมมอนลอว์ว่าด้วยการลวงขาย (law of passing off) และประเทศในภาคพื้นยุโรปคุ้มครองภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair competition law)

³⁶รัชชัช สุขผลศิริ. เล่มเดิม. น. 11.

กฎหมายเครื่องหมายการค้าฉบับแรกของอังกฤษที่เรียกว่า Trade Marks Act 1875 ได้จัดตั้งระบบการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าขึ้น กฎหมายได้ให้สิทธิเด็ดขาดในการใช้เครื่องหมายการค้าแก่บุคคลที่ได้จดทะเบียนเครื่องหมายของตน ระบบทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้ถูกใช้เพื่อกำหนดความเป็นเจ้าของในเครื่องหมาย อีกทั้งยังทำให้ผู้ต้องการขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในภายหลังทราบถึงตัวบุคคลผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมาย การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเริ่มต้นในประเทศอังกฤษใน ค.ศ. 1875 และยังคงเป็นหัวใจสำคัญของระบบการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าตราจนถึงทุกวันนี้

หลังจากที่ประเทศอังกฤษได้ริเริ่มระบบการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าขึ้นภายใต้ Trade Marks Act 1875 ระบบการคุ้มครองดังกล่าวก็ได้แพร่หลายออกไปในประเทศต่างๆ ในเวลาต่อมา

เมื่อมีการจัดทำอนุสัญญากรุงปารีสเพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางอุตสาหกรรมใน ค.ศ. 1883 หลักเกณฑ์การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าระหว่างประเทศก็ได้ถูกนำไปบัญญัติไว้ในอนุสัญญาดังกล่าวด้วย ซึ่งถือว่าเป็นครั้งแรกที่มีการกำหนดหลักการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในระดับระหว่างประเทศ เมื่ออนุสัญญากรุงปารีสมีผลใช้บังคับแล้ว ต่อมาก็ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมขึ้นอีกภายใต้อนุสัญญาอีกฉบับหนึ่ง เรียกว่า “อนุสัญญากรุงแมดริดว่าด้วยการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าฉบับ ค.ศ. 1891” (Madrid Agreement on the International Registration of Trademarks 1891) และล่าสุดก็คือการกำหนดหลักการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในความตกลงทริปส์ใน ค.ศ. 1994³⁷

กฎหมายเครื่องหมายการค้าฉบับแรกของประเทศไทย ได้แก่ พระราชบัญญัติลักษณะเครื่องหมายการค้าและยี่ห้อการค้าขาย พ.ศ. 2457 กฎหมายฉบับนี้มีบทบัญญัติรวมทั้งหมด 57 มาตรา แต่มีเพียง 3 มาตรา (มาตรา 10 ถึงมาตรา 12) ที่บัญญัติเกี่ยวกับยี่ห้อการค้าขาย (ชื่อทางการค้า) นอกนั้นเป็นบทบัญญัติว่าด้วยเครื่องหมายการค้าทั้งสิ้น อารัมภบทของกฎหมายดังกล่าวอาจทำให้เข้าใจผิดว่ากฎหมายฉบับนี้อิงระบบการจดทะเบียนก่อน แต่มาตรา 48 ทำให้เห็นชัดเจนว่ากฎหมายดังกล่าวอิงระบบการใช้ก่อน³⁸

³⁷มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช. (2546). เอกสารประกอบการสอนชุดวิชา กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา. น. 38.

³⁸ พระราชบัญญัติลักษณะเครื่องหมายการค้าและยี่ห้อการค้าขาย พ.ศ. 2457 มาตรา 48 บัญญัติว่า “การที่ได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าขายไว้นั้น ศาลจะพึงมีคำสั่งให้จัดหมายยกเลิกเสียก็ได้ในเวลาที่มิบุคคลผู้ใดผู้หนึ่งจะพึงมาร้องชี้แจงว่า

ต่อมาเมื่อ พ.ศ. 2474 จึงได้ตราพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2474 ขึ้นใช้บังคับ ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติว่าด้วยเครื่องหมายการค้าเท่านั้น เมื่อพิจารณาจากมาตรา 41(1) จะเห็นชัดเจนว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวอิงระบบการใช้ก่อนเช่นเดียวกัน³⁹ พระราชบัญญัติดังกล่าวใช้บังคับอยู่นานถึงประมาณ 60 ปี จึงได้ตราพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ขึ้นใช้บังคับแทน เนื่องจากบทบัญญัติของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2474 ล้าสมัยและไม่เหมาะสมหลายประการ ประกอบกับในขณะนั้นประเทศไทยกำลังจะเข้าเป็นสมาชิกองค์การการค้าโลก (World Trade Organization หรือ WTO) และลงนามในความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) หรือที่เรียกโดยย่อว่า TRIPS Agreement⁴⁰

ปัจจุบัน ประเทศไทยเป็นสมาชิกองค์การการค้าโลก และได้ลงนามใน TRIPS Agreement แล้ว ดังนั้น ในเรื่องเครื่องหมายการค้า การตีความบทบัญญัติพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 จึงต้องพิจารณาประกอบกับ TRIPS Agreement และอนุสัญญากรุงปารีส (Paris Convention) ด้วย⁴¹ ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีขั้นต่ำของประเทศไทยตาม TRIPS Agreement ที่ได้ลงนามไว้

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 นั้น มีที่มาจากที่กระทรวงพาณิชย์ ได้เสนอร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. ... ต่อคณะรัฐมนตรี มีการพิจารณาจนบังคับใช้เป็นกฎหมาย มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 13 กุมภาพันธ์ 2535 และพระราชบัญญัตินี้มีการแก้ไขโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 เพิ่มเติมครั้งเดียว มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 30 มิถุนายน 2543 เป็นต้นมา

2.2.2 แนวความคิดในการคุ้มครองลิขสิทธิ์และเครื่องหมายการค้า

1. แนวความคิดในการคุ้มครองลิขสิทธิ์

สาระสำคัญของการคุ้มครองด้านลิขสิทธิ์อยู่ที่ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิ์อะไรหากมีผู้อื่นมาล่วงละเมิดสิทธิเหนืองานของเขา จึงเป็นสิทธิในทางนิเสธ (negative right) คือ สิทธิที่จะห้าม

1) ตัวผู้ร้องเองนั้นก็มีกรรมสิทธิ์อันสมควรในเครื่องหมายการค้าของตนดียิ่งกว่าบุคคลที่ได้จดทะเบียนว่าเป็นเจ้าของ หรือ...”

³⁹พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2474 มาตรา 41 บัญญัติว่า “ทะเบียนเครื่องหมายการค้านั้นศาลอาจมีคำสั่งให้เพิกถอนได้เมื่อผู้มีส่วนได้เสียได้ยื่นคำร้องและแสดงได้ว่า

1) ผู้ร้องมีสิทธิในเครื่องหมายการค้าอันดีกว่าผู้ที่ได้จดทะเบียนเป็นเจ้าของ หรือ.....”

⁴⁰มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมราช. (2546). เล่มเดิม. น. 39.

⁴¹TRIPS Agreement, Article 2, Paragraph 1 บัญญัติว่า “In respect of Parts II, III and IV of this Agreement, Members shall comply with Articles 1 through 12, and Article 19, of the Paris Convention (1967)”

บุคคลอื่นมาล่วงละเมิด รวมตลอดถึงสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาแก้ไขความเสียหายทั้งทางแพ่งและทางอาญา

การคุ้มครองด้านลิขสิทธิ์มีเหตุผลที่สนับสนุน 4 ประการ⁴² ดังต่อไปนี้

1) เหตุผลทางด้านความเป็นธรรมตามธรรมชาติ โดยที่ผู้สร้างสรรค์เป็นผู้ทุ่มเทสติปัญญา ความชำนาญ กำลังกาย ฯลฯ ก่อให้เกิดงานชิ้นใดชิ้นหนึ่งขึ้นมาเขาย่อมเป็นเจ้าของงานนั้น และควรเป็นผู้มีสิทธิแต่ผู้เดียวที่จะกำหนดเวลา รูปแบบและสภาพ การใช้งานนั้นโดยสามารถป้องกันมิให้ผู้อื่นมาใช้ประโยชน์จากงานของเขาได้โดยมิได้รับอนุญาต นอกจากนั้น หากการใช้งานนั้นสามารถสร้างสรรค์มูลค่าเป็นทรัพย์สินขึ้นมา เขาก็ควรจะได้ประโยชน์จากงานนั้นด้วย เช่น ในรูปของค่าตอบแทนการใช้สิทธิ เป็นต้น

2) เหตุผลทางด้านเศรษฐกิจ การสร้างสรรค์งานบางอย่างนั้นจำเป็นต้องใช้การลงทุนค่อนข้างสูง เช่น สถาปัตยกรรม ภาพยนตร์ เป็นต้น และการทำงานนั้นสามารถแพร่หลายไปสู่สาธารณชนได้ก็ต่อเมื่อใช้ค่าใช้จ่ายสูงเช่นเดียวกัน คงจะไม่มีใครลงทุนสร้างสรรค์งานขึ้นถ้าหากคาดหวังไม่ได้เลยว่าจะได้คืนทุนและได้กำไรบ้างตามสมควร

3) เหตุผลทางด้านวัฒนธรรม งานที่สร้างสรรค์ขึ้นมา นั้นอาจมองเห็นได้เป็นสมบัติทางวัฒนธรรมของชาติทั้งในแง่ที่จะอบรมหรือสะท้อนให้เห็นวัฒนธรรมในรูปแบบต่างๆ และทั้งในแง่เปลี่ยนแปลงสังคมไปสู่ความเจริญก้าวหน้าทางวัฒนธรรมยิ่งขึ้น

4) เหตุผลทางด้านสังคม การเผยแพร่ของงาน ไปสู่คนจำนวนมากจะทำให้เกิดความเชื่อมโยงกันได้ระหว่างชนชั้นชาติ และกลุ่มผู้มียศต่างกัน และทำให้สังคมมีความมั่นคงยิ่งขึ้น ผู้สร้างสรรค์งานจึงถือได้ว่าเป็นผู้ให้บริการแก่สังคม หากว่างานของเขานั้นได้เข้าถึงประชาชนทั่วไป และสร้างสรรค์ความก้าวหน้าให้กับสังคมได้

2. แนวความคิดในการคุ้มครองเครื่องหมายการค้า

เครื่องหมายการค้าเป็นสิ่งที่ใช้ในทางการพาณิชย์ของผู้ประกอบกิจการต่างๆ โดยหน้าที่ทางเศรษฐกิจของเครื่องหมายการค้า ก็คือการคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายที่ใช้ในกิจการ ตลอดจนชื่อเสียงในทางการค้าหรือที่เรียกกันทั่วไปว่า “กู๊ดวิลล์” (Goodwill) ของผู้เป็นเจ้าของ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับความสามารถของเครื่องหมายในการจำแนกผลิตภัณฑ์ของตนจากสินค้าของกลุ่มแข่งขันทางการค้า⁴³ ด้วยเหตุนี้เครื่องหมายการค้าจึงมีหน้าที่ทางการค้าโดยตรง มากกว่าการกระทำเพื่อสร้างสรรค์งานอันได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์หรือเพื่อการประดิษฐ์และ

⁴² รัชชัย ศุภผลศิริ. เล่มเดิม. น. 27.

⁴³ Michaels, Amanda. (1982). *A Practical Guide to Trade Mark*. p.3 อ้างถึงใน ไชยยศ เหมะรัชตุ. เล่มเดิม. น. 289.

การออกแบบผลิตภัณฑ์อันได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร นอกจากเครื่องหมายการค้าจะเป็นสิ่งที่ให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้ประกอบการค้าแล้ว ยังเป็นสิ่งที่คุ้มครองผู้บริโภคด้วยการแสดงข้อมูลอันเกี่ยวกับตัวสินค้าต่างๆ โดยผู้บริโภคสามารถเลือกผลิตภัณฑ์ที่ตนต้องการซื้อจากการพิจารณาที่เครื่องหมายการค้าที่ได้ปรากฏอยู่ที่สินค้านั้น เนื่องจากเครื่องหมายการค้าเป็นสิ่งที่บอกผู้บริโภคในฐานะผู้ซื้อถึงแหล่งที่มาแห่งผลิตภัณฑ์ ด้วยเหตุที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าได้ใช้เครื่องหมายของตนแสดงให้ปรากฏที่ผลิตภัณฑ์ของตน ซึ่งนำออกจำหน่ายแก่สาธารณชนอันทำให้เกิดเครื่องหมายการค้าต่างๆ ที่ผลิตภัณฑ์นานาชนิด ผลที่ตามมานั้นได้แก่การที่สามารถหาผู้รับผิดชอบในความบกพร่องของผลิตภัณฑ์สินค้านั้นได้แก่การที่สามารถหาผู้ประกอบกิจการซึ่งเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าจึงต้องพยายามรักษาคุณภาพแห่งผลิตภัณฑ์ของตน⁴⁴

จากที่กล่าวมานั้น เครื่องหมายการค้าจึงได้รับการจัดให้เป็นทรัพย์สินทางปัญญาในแขนงทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม อันสมควรให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าแต่ละราย โดยเกี่ยวพันกับประโยชน์ของผู้ประกอบการค้าและผู้บริโภคจากหน้าที่ของเครื่องหมายการค้า ซึ่งมีสาระสำคัญ⁴⁵ ดังนี้

1) หน้าที่ในการแสดงแหล่งที่มา

หน้าที่ของเครื่องหมายการค้าในการแสดงที่มาแห่งผลิตภัณฑ์นี้ ถือว่าเป็นหน้าที่พื้นฐานที่สุด อันมีกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดเจน จึงกล่าวได้ว่าเป็นหน้าที่ตามกฎหมาย (legal function) เพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายเป็นของเจ้าของเครื่องหมายการค้า ซึ่งสามารถป้องกันมิให้เกิดความสับสนกับเครื่องหมายและผลิตภัณฑ์ของผู้อื่น เพราะเครื่องหมายการค้าจะจำแนกสินค้าของผู้ประกอบการค้ารายหนึ่งจากสินค้าของผู้ประกอบการค้ารายอื่นซึ่งเป็นคู่แข่งทางการค้า โดยที่ลูกค้าสามารถสังเกตได้จากเครื่องหมายซึ่งติดอยู่ที่สินค้านั้นมากกว่าการที่ต้องจดจำลักษณะของตัวสินค้าที่ประสงค์ในการซื้อแต่ละครั้ง⁴⁶ ดังจะเห็นได้จากกรณีที่กฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้าของหลายประเทศ รวมทั้งในมาตรา 4 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ดังที่กล่าวมาแล้ว ได้กำหนดบทนิยามของเครื่องหมายการค้าไว้ว่า เป็นเครื่องหมายที่ใช้ หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้า เพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายของเจ้าของเครื่องหมายการค้า นั้น แตกต่างกับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่น นอกจากนี้ ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการขอจดทะเบียน

⁴⁴Mckeough, Jill and Stewart, Andrew. (1991). *Intellectual Property In Australia*. p. 329. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 290.

⁴⁵WIPO. (1988). *Background Reading Materail on Intellectual Property*. pp.148-151 อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 290.

⁴⁶Michaels, Amanda. Op.cit. pp. 3-4. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 292.

เครื่องหมายการค้านั้น มาตรา 13(2) พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 บัญญัติรองรับหลักการนี้ไว้ โดยถ้านายทะเบียนเห็นว่าเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนนั้นเป็นเครื่องหมายการค้าที่คล้ายกับเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนไว้แล้ว จนอาจทำให้สาธารณชนสับสนหรือหลงผิดในความเป็นเจ้าของของสินค้าหรือแหล่งกำเนิดของสินค้า ด้วยเหตุนี้ หน้าที่ของเครื่องหมายการค้าในการแสดงแหล่งที่มาแห่งผลิตภัณฑ์ดังกล่าวจึงมีความสำคัญต่อการคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้ประกอบการค้าซึ่งเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าโดยตรง

2) หน้าที่ในการแสดงคุณภาพ

หน้าที่รองลงมาจากการแสดงที่มาของเครื่องหมายการค้าที่กล่าวมา ได้แก่ การแสดงคุณภาพของผลิตภัณฑ์ที่ติดเครื่องหมายการค้านั้นๆ ทั้งนี้ เป็นผลมาจากการที่เครื่องหมายการค้าอันติดอยู่ที่ผลิตภัณฑ์สินค้านั้นสามารถใช้เป็นสิ่งที่บอกแก่ผู้ซื้อว่าผลิตภัณฑ์ที่จำหน่ายในท้องตลาดมาจากผู้ผลิตหรือผู้ขายรายใด ในการแสดงคุณภาพนี้มีใช้หมายถึงการที่เครื่องหมายการค้ามีหน้าที่เป็นสิ่งที่ใช้รับประกันคุณภาพของสินค้าโดยตรง แต่ใช้เป็นที่แสดงคุณภาพของสินค้าโดยปริยายอันมีพื้นฐานมาจากกฏศีลธรรมและชื่อเสียงของเครื่องหมายการค้านั้น ด้วยความรู้สึกร่วมกันของประชาชนผู้บริโภคในคุณภาพของสินค้าอันไม่เปลี่ยนแปลงผ่านระยะเวลาในการจำหน่าย เช่น ผงซักฟอกบางยี่ห้อที่จำหน่าย และได้รับความนิยมในหมู่ประชาชนมานานหลายสิบปี เป็นต้น หรืออาจเป็นผลิตภัณฑ์ใหม่จากผู้ประกอบการใดที่มีชื่อเสียงในทางการค้าอยู่แล้ว เช่น บริษัทผู้ผลิตน้ำอัดลมซึ่งเป็นที่รู้จักดีแก่ประชาชน แต่ต่อมาได้ขยายในการผลิตและจำหน่ายน้ำผลไม้โดยใช้เครื่องหมายการค้านั้นด้วย เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ หน้าที่ของเครื่องหมายการค้าในการแสดงคุณภาพของสินค้าจึงมีความสำคัญเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ซื้อซึ่งเป็นผู้บริโภคให้สามารถได้ผลิตภัณฑ์ที่ตนต้องการ

3) หน้าที่ในการประชาสัมพันธ์

ผลของการที่เครื่องหมายการค้าสามารถใช้เป็นสิ่งที่แสดงคุณภาพของผลิตภัณฑ์ที่ติดเครื่องหมายการค้านั้นคือ ก่อให้เกิดหน้าที่ในการโฆษณาประชาสัมพันธ์ผลิตภัณฑ์รวมทั้งเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้น โดยความคุ้นเคยในเครื่องหมายการค้าของสาธารณชนเป็นสิ่งที่ช่วยให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถกระตุ้นและดำรงความต้องการของผู้บริโภคไว้ในขณะที่ยังแสดงรายละเอียดต่างๆ อันเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ซึ่งเสนอเข้าสู่ท้องตลาด ดังจะเห็นได้ว่าเมื่อลูกค้าเข้าไปในร้านค้ามองเห็นสินค้าใหม่อันปรากฏอยู่บนที่วางสินค้า หากสินค้านั้นติดเครื่องหมายการค้าซึ่งมีชื่อเสียงและติดอยู่ในความทรงจำของประชาชนก็ย่อมเป็นสิ่งสนับสนุนให้ลูกค้าตัดสินใจซื้อสินค้านั้น

ด้วยหน้าที่ในทางการค้าของเครื่องหมายการค้าดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นการแสดงที่มาและคุณภาพของผลิตภัณฑ์ รวมทั้งเป็นการประชาสัมพันธ์ชื่อเสียงทางการค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้า นั้นอย่างแพร่หลายตั้งแต่ระดับประเทศจนถึงระดับระหว่างประเทศอันเกิดจากเครื่องหมายการค้า ที่ติดอยู่กับสินค้าซึ่งนำออกจำหน่ายย่อมเป็นผลก่อให้เกิดคุณค่าทางเศรษฐกิจต่อเครื่องหมายการค้า ในปัจจุบันนี้ เครื่องหมายการค้าของผู้ประกอบการค้าที่มีชื่อเสียงทางการค้าสามารถใช้เป็นสินทรัพย์ ของผู้ประกอบการเหล่านั้น ดังเช่นที่กฎหมายให้สิทธิแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าในการโอนหรือ อนุญาตให้ผู้อื่นใช้เครื่องหมายการค้าของตน อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะเจ้าของเครื่องหมายการค้าจะใช้ เครื่องหมายการค้ากับสินค้าผลิตภัณฑ์ของตน หรือโอนหรืออนุญาตให้บุคคลอื่นใช้เครื่องหมาย การค้ากับสินค้าของบุคคลเหล่านั้นอย่างไร ย่อมมีบทบาทในทางเศรษฐกิจอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้⁴⁷

2.3 หลักกฎหมายเกี่ยวกับคดีลิขสิทธิ์ คดีเครื่องหมายการค้า และกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้อง

2.3.1 ความผิดและโทษตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537

1. ฐานความผิด

โดยที่ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิหวงกันแต่เพียงผู้เดียวเหนืองานอันมีลิขสิทธิ์ ดังนั้นหากมีผู้ใด สอดเข้าเกี่ยวข้องกับงานนั้น โดยมีชอบด้วยกฎหมาย การกระทำนั้นย่อมเป็นการละเมิดสิทธิ ของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่มีเหนืองานนั้น นอกจากนี้โดยที่ลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นสิทธิทางทรัพย์สินอย่างหนึ่ง ที่ผู้มีลิขสิทธิ์ย่อมมีสิทธิแสวงหาประโยชน์จากงานของตน ดังนั้นกฎหมายจึงให้ความคุ้มครอง โดยห้ามมิให้ผู้ใดแสวงหาประโยชน์จากการทำงานที่สร้างขึ้น โดยการละเมิดลิขสิทธิ์ หากมีการฝ่าฝืน บุคคลนั้นต้องรับผิดชอบในทางแพ่งและหรือทางอาญา และตามมาตรา 15 และมาตรา 27-31 แห่ง พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้กล่าวถึงประเภทของการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนี้

1) ประเภทที่ 1 การละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้น คือ การกระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์โดยตรง โดยการกระทำอาจแตกต่างกันไปตามลักษณะงานอันมีลิขสิทธิ์ ดังนี้

ก) การละเมิดลิขสิทธิ์งานวรรณกรรม ศิลปกรรม นาฏกรรม และดนตรีกรรม

มาตรา 27 “การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 15(5) ให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำความดังต่อไปนี้

(1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง

(2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน”

⁴⁷Dorr, Robert C. and Munch. (1990). Christopher H. *Protecting Trade Secrets*. pp. 124-125. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 292.

ข) การละเมิดลิขสิทธิ์งานโสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ หรืองานสิ่งบันทึกเสียง

มาตรา 28 “การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ หรือสิ่งบันทึกเสียงอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 15(5) ทั้งนี้ ไม่ว่าในส่วนที่เป็นเสียงและหรือภาพ ให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำความดังต่อไปนี้

- (1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง
- (2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน
- (3) ให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนางานดังกล่าว”

ค) การละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ

มาตรา 29 “การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานแพร่เสียงแพร่ภาพอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 15(5) ให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำความดังต่อไปนี้

- (1) จัดทำโสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง หรืองานแพร่เสียงแพร่ภาพ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน
- (2) แพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน
- (3) จัดให้ประชาชนฟังและหรือชมงานแพร่เสียงแพร่ภาพ โดยเรียกเก็บเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่นในทางการค้า”

ง) การละเมิดลิขสิทธิ์งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์

มาตรา 30 “การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์อันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 15(5) ให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำความดังต่อไปนี้

- (1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง
- (2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน
- (3) ให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนางานดังกล่าว”

2) ประเภทที่ 2 การละเมิดลิขสิทธิ์ชั้นรอง คือ การกระทำต่องานที่มีผู้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ ตามมาตรา 27-30 ข้างต้นมาแล้ว โดยผู้กระทำรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่างานที่ตนกระทำต่อนั้นเป็นงานที่ได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์

มาตรา 31 “รู้อยู่แล้วหรือมีเหตุอันควรรู้ว่างานใดได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่นกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานนั้นเพื่อหากำไร ให้ถือว่าผู้นั้นกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำความดังต่อไปนี้

- (1) ขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขาย ให้เช่า เสนอให้เช่า ให้เช่าซื้อ หรือเสนอให้เช่าซื้อ
- (2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน
- (3) แจกจ่ายในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์
- (4) นำหรือส่งเข้ามาในราชอาณาจักร”

นอกจากนี้ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4 ได้ให้ความหมายของการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ไว้ดังต่อไปนี้

“ทำซ้ำ” หมายความว่า ความรวมถึง คัดลอกไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ เลียนแบบ ทำสำเนา ทำแม่พิมพ์ บันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกเสียงและภาพ จากต้นฉบับ จากสำเนา หรือจากการโฆษณาในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน สำหรับในส่วนที่เกี่ยวข้องโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้หมายความถึง คัดลอกหรือทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากสื่อบันทึกใด ไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ ในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ โดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

“ดัดแปลง” หมายความว่า ทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปใหม่ ปรับปรุง แก้ไขเพิ่มเติม หรือจำลองงานต้นฉบับในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ โดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

(1) ในส่วนที่เกี่ยวกับวรรณกรรม ให้หมายความรวมถึง แปลวรรณกรรม เปลี่ยนรูปวรรณกรรมหรือรวบรวมวรรณกรรมโดยคัดเลือกและจัดลำดับใหม่

(2) ในส่วนที่เกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ให้หมายความรวมถึง ทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปใหม่ ปรับปรุง แก้ไขเพิ่มเติมโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ โดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำขึ้นใหม่

(3) ในส่วนที่เกี่ยวกับนาฏกรรม ให้หมายความรวมถึง เปลี่ยนงานที่มีใช้นาฏกรรมให้เป็นนาฏกรรม หรือเปลี่ยนนาฏกรรมให้เป็นงานที่มีใช้นาฏกรรม ทั้งนี้ ไม่ว่าในภาษาเดิมหรือต่างภาษากัน

(4) ในส่วนที่เกี่ยวกับศิลปกรรม ให้หมายความรวมถึง เปลี่ยนงานที่เป็นรูปสองมิติหรือสามมิติ ให้เป็นรูปสามมิติหรือสองมิติ หรือทำหุ่นจำลองจากงานต้นฉบับ

(5) ในส่วนที่เกี่ยวกับดนตรีกรรม ให้หมายความรวมถึง จัดลำดับเรียบเรียงเสียงประสาน หรือเปลี่ยนคำร้องหรือทำนองใหม่

นิยามความหมายของการทำซ้ำและการดัดแปลง ในความหมายข้างต้นนี้ค่อนข้างจะกว้าง แต่อาจกล่าวโดยสรุปอย่างสั้น ๆ ว่า “ทำซ้ำ” หมายถึง การทำให้เนื้อหาของงานนั้นปรากฏขึ้นแก่การรับรู้ของคนทั่วไป โดยการเลียนแบบ ส่วนการ “ดัดแปลง” หมายถึง การเปลี่ยนรูปของงานโดยมิได้เปลี่ยนเนื้อหาของงาน ตัวอย่างเช่น การจัดพิมพ์หนังสือเป็นการทำซ้ำ แต่การทำให้นิยาย

เป็นภาพยนตร์นั้น เป็นการดัดแปลง โดยดัดแปลงนิยายเป็นบทภาพยนตร์ซึ่งยังคงเป็นงานวรรณกรรมนั่นเอง

“เผยแพร่ต่อสาธารณชน” หมายความว่า ทำให้ปรากฏต่อสาธารณชน โดยการแสดง การบรรยาย การสวด การบรรเลง การทำให้ปรากฏด้วยเสียงและหรือภาพ การก่อสร้าง การจำหน่าย หรือโดยวิธีอื่นใดซึ่งงานที่ได้จัดทำขึ้น

“การโฆษณา” หมายความว่า การนำเสนอจำลองของงานไม่ว่าในรูปหรือลักษณะอย่างใดที่จัดทำขึ้นโดยความยินยอมของผู้สร้างสรรค์ออกจำหน่าย โดยสำเนาจำลองนั้นมีปรากฏต่อสาธารณชนเป็นจำนวนมากพอสมควรตามสภาพของงานนั้น แต่ทั้งนี้ไม่หมายความรวมถึงการแสดงหรือการทำให้ปรากฏซึ่งนาฏกรรม ดนตรีกรรม หรือภาพยนตร์ การบรรยายหรือการปาฐกถาซึ่งวรรณกรรมการแพร่เสียงแพร่ภาพเกี่ยวกับงานใด การนำศิลปกรรมออกแสดง และการก่อสร้างงานสถาปัตยกรรม

สำหรับการโฆษณา สรุปได้ว่า เป็นการทำให้ปรากฏต่อสาธารณชนโดยการแสดง การบรรยาย การสวด การบรรเลง การทำให้ปรากฏด้วยเสียงและภาพ การก่อสร้าง การจำหน่าย หรือโดยวิธีอื่นใดซึ่งงานที่ได้จัดทำขึ้น

จากคำนิยามข้างต้นนี้ อาจพอจะเปรียบเทียบระหว่างการทำซ้ำกับการโฆษณาว่ามีลักษณะร่วมกันตรงที่ต่างคุ้มครองสิทธิแต่ผู้เดียวเหนืองานที่สร้างสรรค์ขึ้นเหมือนกัน แต่คุ้มครองด้วยวัตถุประสงค์ต่างกัน “ทำซ้ำ” มุ่งต่อการคุ้มครองสิทธิแต่ผู้เดียวในการทำสำเนาจำลองงานชิ้นส่วน “โฆษณา” นั้นมุ่งต่อการคุ้มครองสิทธิแต่ผู้เดียวในการทำให้งานนั้นปรากฏต่อสาธารณชน ดังนั้น การลักลอบจดบันทึกหรืออัดเทป บันทึกเสียงการบรรยายหรือการกล่าวคำบรรยายลอกเลียนคำบรรยายต้นฉบับนั้นต่อสาธารณชน โดยมิได้ทำงานนั้นซ้ำขึ้นมาใหม่ เป็นการ “โฆษณา” งานซึ่งเป็นคนละประเภทกัน⁴⁸

นอกจากการกระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์แล้ว การนำงานที่ทำงานโดยละเมิดลิขสิทธิ์หรือออกแพร่หลายทั้งๆ ที่รู้ว่าย่างานนั้นเป็นงานอันทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ ก็ยังนับเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์อีกทางหนึ่งเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการทำงานออกแพร่หลายของเจ้าของลิขสิทธิ์ การคุ้มครองตามหลักเรื่องนี้นับว่าเป็นสิทธิที่ต่อเนื่องจากสิทธิแต่ผู้เดียวในการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือโฆษณานั้นเอง เมื่อบุคคลใดทำการละเมิดลิขสิทธิ์โดยการดัดแปลงงานของเขาแล้ว มีบุคคลอื่นนำงานนั้นออกแสวงหาประโยชน์ การกระทำดังกล่าวของเขาอาจไม่จัดอยู่ในข่ายทำซ้ำ ดัดแปลง หรือโฆษณาก็ได้ เช่น การนำงานอันมีลิขสิทธิ์ออกให้เช่าไม่เป็นการทำซ้ำ ไม่เป็นการ

⁴⁸พรเพ็ญ ไตรพงษ์. (2546). ปัญหาการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์. น. 43.

คัดแปลง ถ้ามิได้ทำให้ปรากฏต่อสาธารณะก็ไม่เป็นการโฆษณา แต่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในฐานะ
 นำงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์ออกแพร่หลาย การละเมิดลิขสิทธิ์โดยการแพร่หลายนี้ จะต้องเป็นการกระทำ
 โดยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าเป็นงานอันละเมิดลิขสิทธิ์ ตามมาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์
 พ.ศ. 2537 ที่กล่าวไว้แล้วข้างต้น⁴⁹

2. บทกำหนดโทษ

โดยที่การคุ้มครองลิขสิทธิ์เป็นการคุ้มครองสิทธิโดยเทียบเคียงมาจากการคุ้มครองสิทธิ
 เหนือทรัพย์สิน ซึ่งมีทั้งการคุ้มครองโดยกฎหมายแพ่งและโดยกฎหมายอาญา ผู้ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ของ
 ผู้อื่นจึงต้องรับผิดชอบทั้งทางแพ่งและทางอาญา ในทางแพ่งผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย
 ที่ตนก่อให้เกิดขึ้นแก่ผู้มีลิขสิทธิ์ ส่วนในทางอาญาผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ต้องรับโทษทำนองเดียวกับการ
 กระทำความผิดต่อทรัพย์สิน คือถูกปรับหรือถ้าการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นการกระทำเพื่อการค้าผู้ละเมิด
 ลิขสิทธิ์ยังอาจถูกจำคุกด้วย นอกจากนี้ยังต้องสูญเสียสิ่งที่ทำขึ้นหรือนำเข้ามาโดยละเมิดลิขสิทธิ์
 ให้ตกเป็นของผู้มีลิขสิทธิ์และถูกริบสิ่งที่ใช้ในการกระทำผิดอีกด้วย

ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้บัญญัติเกี่ยวกับโทษของการละเมิดลิขสิทธิ์
 ไว้ตามมาตรา 69 ถึงมาตรา 77 แต่จะขอกล่าวเฉพาะบทกำหนดโทษที่สำคัญและใช้บ่อย กล่าวคือ
 เนื่องจากฐานความผิดที่สำคัญที่มีคดีขึ้นสู่ศาลอยู่เสมอ คือฐานความผิดตามมาตรา 27 ถึงมาตรา 31
 ดังนั้น บทกำหนดโทษที่ใช้ลงแก่ฐานความผิดดังกล่าวก็คือ มาตรา 69 และมาตรา 70

โดยมาตรา 69 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง
 ตามมาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 30 หรือมาตรา 52 ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สองหมื่นบาท
 ถึงสองแสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำเพื่อการค้า ผู้กระทำต้องระวางโทษ
 จำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสี่ปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงแปดแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

มาตรา 70 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 31 ต้องระวางโทษ
 ปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงหนึ่งแสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำเพื่อการค้า ผู้กระทำต้องระวางโทษ
 จำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงสองปี หรือปรับตั้งแต่ห้าหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

มีข้อสังเกต ในชั้นคณะกรรมการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายและพัฒนาระบบทรัพย์สิน
 ทางปัญญา ซึ่งเป็นผู้แทนของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องโดยตรง ได้มีหลักการในการร่างบทกำหนดโทษ
 ไว้ว่า จะปรับบทกำหนดโทษให้เหมาะสม โทษที่จะลงแก่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ทั้งการจำคุกและปรับ

⁴⁹แหล่งเดิม.

ในกรณีต่าง ๆ⁵⁰ และมาตรา 69 และ 70 นี้ ได้มีการแก้จากมาตรา 43 และ 44 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 โดยมีเหตุผลในการแก้ไข เนื่องจากโทษต่ำไปไม่อาจป้องปรามการละเมิดลิขสิทธิ์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยได้แก้ไขให้เพิ่มโทษจำคุกและปรับสำหรับการกระทำผิดเพื่อการค้าและกำหนดโทษขั้นต่ำสำหรับโทษจำคุกไว้⁵¹

กรณีมีกระทำความผิดต่อพระราชบัญญัตินี้ซ้ำอีก โดยที่ผู้ใดกระทำความผิดพ้นโทษแล้ว ยังไม่ครบกำหนดห้าปี ผู้นั้นต้องระวางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ตามมาตรา 73⁵² ซึ่งตามร่างกฎหมายที่กระทรวงพาณิชย์ได้เสนอต่อคณะรัฐมนตรี และคณะรัฐมนตรี ส่งให้คณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณานั้น มีใจความในเรื่องนี้ว่า “ผู้ใดกระทำความผิดต้องระวางโทษตามพระราชบัญญัตินี้ เมื่อพ้นโทษแล้วยังไม่ครบกำหนดห้าปี กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้อีก ให้วางโทษทวีคูณ”

นอกจากนี้ ยังมีหลักกฎหมายอยู่ว่า บรรดาสิ่งที่ได้ทำขึ้นหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักร อันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์และยังเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้กระทำความผิดตามมาตรา 69 หรือมาตรา 70 ให้ตกเป็นของเจ้าของลิขสิทธิ์ ส่วนสิ่งที่ได้ใช้ในการกระทำความผิดให้รับเสียทั้งสิ้น ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 75⁵³ และให้ศาลจ่ายค่าปรับที่ได้ชำระตามคำพิพากษา ให้จ่ายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์เป็นจำนวนกึ่งหนึ่ง โดยที่ไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายในทางแพ่งสำหรับส่วนที่เกินจำนวนเงินค่าปรับที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับแล้วนั้น ตามมาตรา 76⁵⁴

⁵⁰ร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ... ที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาแล้ว ข. น. 74.

⁵¹แหล่งเดิม. น. 67.

⁵²พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 73 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดต้องระวางโทษตามพระราชบัญญัตินี้ เมื่อพ้นโทษแล้วยังไม่ครบกำหนดห้าปี กระทำความผิดต่อพระราชบัญญัตินี้อีก ต้องระวางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น”

⁵³พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 75 บัญญัติว่า “บรรดาสิ่งที่ได้ทำขึ้นหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงตามพระราชบัญญัตินี้ และยังเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้กระทำความผิดตามมาตรา 69 หรือมาตรา 70 ให้ตกเป็นของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง ส่วนสิ่งที่ได้ใช้ในการกระทำความผิดให้รับเสียทั้งสิ้น”

⁵⁴พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 76 บัญญัติว่า “ค่าปรับที่ได้ชำระตามคำพิพากษา ให้จ่ายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงเป็นจำนวนกึ่งหนึ่ง แต่ทั้งนี้ไม่เป็นการกระทบกระเทือนถึงสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายในทางแพ่งสำหรับส่วนที่เกินจำนวนเงินค่าปรับที่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงได้รับแล้วนั้น”

2.3.2 ความผิดและโทษตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

1. ฐานความผิด

ในส่วนของการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาแก่การกระทำอันเป็นความผิดเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าและเครื่องหมายประเภทอื่นๆ นี้ จะขอกล่าวเฉพาะในส่วนของบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 หมวด 6 ว่าด้วยบทกำหนดโทษเท่านั้น แต่จะไม่กล่าวถึง ในส่วนของบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ลักษณะ 8 ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการค้า ซึ่งมีการบัญญัติลักษณะของการกระทำต่อเครื่องหมายการค้าอันเป็นความผิดไว้ด้วยนั้น

เนื่องจากเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 คือการกำหนดหลักเกณฑ์ของการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้ารวมทั้งเครื่องหมายประเภทอื่นๆ และให้ความคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายเหล่านั้น พระราชบัญญัติฉบับนี้จึงมีบทบัญญัติหมวด 6 ว่าด้วยบทกำหนดโทษในความผิดอันเกี่ยวกับเครื่องหมายเหล่านั้นที่ได้จดทะเบียนแล้วในประเทศไทย ซึ่งฐานความผิดที่สำคัญ ได้แก่

1) ความผิดฐานปลอมเครื่องหมายการค้า ตามมาตรา 108 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 บัญญัติไว้ว่า “บุคคลใดปลอมเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรอง หรือเครื่องหมายร่วมของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนแล้วในราชอาณาจักร ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสี่ปี หรือปรับไม่เกินสี่แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

2) ความผิดฐานเลียนเครื่องหมายการค้า ตามมาตรา 109 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 บัญญัติไว้ว่า “บุคคลใดเลียนเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรอง หรือเครื่องหมายร่วมของบุคคลอื่นที่ได้จดทะเบียนแล้วในราชอาณาจักร เพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรอง หรือเครื่องหมายร่วมของบุคคลอื่นนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

3) ความผิดฐานที่เกี่ยวกับการหาประโยชน์จากการปลอมหรือเลียน ตามมาตรา 110⁵⁵ แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามมาตรา 110 (1) ความผิด

⁵⁵พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 110 บัญญัติว่า “บุคคลใดกระทำการ

(1) นำเข้ามาในประเทศไทย จำหน่าย เสนอจำหน่าย หรือมีไว้เพื่อจำหน่าย ซึ่งสินค้าที่มีเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายรับรอง หรือเครื่องหมายร่วมปลอมตามมาตรา 108 หรือที่เลียนเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายรับรอง หรือเครื่องหมายร่วมของบุคคลอื่นตามมาตรา 109 หรือ

ฐานนำเข้าในราชอาณาจักร จำหน่าย เสนอจำหน่าย หรือมีไว้เพื่อจำหน่าย ซึ่งสินค้าที่มีเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายรับรอง หรือเครื่องหมายร่วมของบุคคลอื่นปลอมตามมาตรา 108 หรือที่เลียนเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายรับรอง หรือเครื่องหมายร่วมของบุคคลอื่นตามมาตรา 109

4) กรณีมีกระทำความผิดต่อพระราชบัญญัตินี้ซ้ำอีก โดยที่ผู้ใดกระทำความผิดพ้นโทษแล้ว ยังไม่ครบกำหนดห้าปี ผู้นั้นต้องระวางโทษทวิคูณ ตามมาตรา 113⁵⁶

นอกจากนี้ ยังมีฐานความผิดอื่นๆ อาทิ ความผิดฐานแสดงจดทะเบียนเป็นเท็จ (มาตรา 111) ความผิดฐานเป็นเจ้าของเครื่องหมายรับรองกระทำการฝ่าฝืนมาตรา 90 (มาตรา 112) ความผิดฐานขัดขวางการปฏิบัติหน้าที่ของนายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ ในการตรวจสอบ ตรวจสอบ จับกุม ยึด หรืออายัดตามมาตรา 106 ทวิ (มาตรา 112 ทวิ) หรือความผิดฐานไม่อำนวยความสะดวกแก่นายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในการเข้าตรวจสอบ ตรวจสอบ จับกุม ยึดหรืออายัดตามมาตรา 106 ทวิ (มาตรา 112 ตริ) เป็นต้น

2. บทกำหนดโทษ

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 หมวด 6 ว่าด้วยบทกำหนดโทษ ที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น มีทั้งในส่วนของการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาแก่การกระทำอันเป็นความผิดเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าและเครื่องหมายประเภทอื่นๆ บัญญัติอยู่ในมาตรานั้นๆ แล้ว จึงขอสรุปส่วนของโทษในฐานความผิดที่สำคัญ ดังนี้

1) ความผิดฐานปลอมเครื่องหมายการค้า ตามมาตรา 108 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสี่ปี หรือปรับไม่เกินสี่แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

2) ความผิดฐานเลียนเครื่องหมายการค้า ตามมาตรา 109 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(2) ให้บริการหรือเสนอให้บริการที่ใช้เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรองหรือเครื่องหมายร่วมปลอมตามมาตรา 108 หรือที่เลียนเครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรอง หรือเครื่องหมายร่วมของบุคคลอื่นตามมาตรา 109

ต้องระวางโทษดังที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ”

⁵⁶พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 113 บัญญัติว่า “บุคคลใดกระทำความผิดต้องระวางโทษตามพระราชบัญญัตินี้ เมื่อพ้นโทษแล้วยังไม่ครบกำหนดห้าปี กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้อีก ให้ระวางโทษทวิคูณ”

3) ความผิดฐานนำเข้ามาในราชอาณาจักร จำหน่าย เสนอจำหน่าย หรือมิไว้เพื่อจำหน่าย ซึ่งสินค้าที่มีเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายรับรอง หรือเครื่องหมายร่วมปลอมของบุคคลอื่น หรือที่เลียนเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายรับรอง หรือเครื่องหมายร่วมของบุคคลอื่น ตามมาตรา 110 (1) แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ต้องระวางโทษดังที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ

4) กรณีมีการกระทำความผิดต่อพระราชบัญญัตินี้ซ้ำอีก โดยที่ผู้ใดกระทำความผิด พันโทแล้วยังไม่ครบกำหนดห้าปี ผู้นั้นต้องระวางโทษทวีคูณ ตามมาตรา 113

2.3.3 หลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้อง

เนื่องจากพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการวางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นหรือการวางโทษทวีคูณ จึงเห็นสมควรศึกษาหลักกฎหมาย มาตรา 92 และมาตรา 93 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับเรื่องการเพิ่มโทษ ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 กรณี ดังนี้

1. การเพิ่มโทษที่จะลงหนึ่งในสาม

ตามมาตรา 92⁵⁷ บัญญัติให้เพิ่มโทษเมื่อมีการกระทำความผิดหลังจากมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว ไม่จำเป็นต้องพ้นโทษไปแล้วแต่อย่างใด จึงเรียกเป็นการกระทำความผิดอีก⁵⁸ ซึ่งมีหลักในการเพิ่มโทษที่จะลงหนึ่งในสามไว้ ดังต่อไปนี้

ข้อแรก ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุก

คำพิพากษาในที่นี้ย่อมหมายถึงคำชี้ขาดของศาล จะเป็นศาลธรรมดาหรือศาลอื่นใดที่ใช้อำนาจตุลาการ เช่น ศาลทหาร ก็ถือเป็นคำพิพากษาเช่นเดียวกัน แต่ต้องเป็นศาลไทย⁵⁹ โดยทำเป็นคำพิพากษา และต้องคำพิพากษานั้นจะต้องเป็นคำพิพากษาถึงที่สุด หมายความว่า ไม่มีอุทธรณ์ฎีกาต่อไปอีกแล้ว⁶⁰

ข้อที่สอง กระทำความผิดใดๆ ก็ได้ ขึ้นอีกในระหว่างที่ยังจะต้องรับโทษอยู่ หรือภายในเวลาห้าปีนับแต่วันพ้นโทษ

⁵⁷ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 92 บัญญัติว่า “ผู้ใดต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุก ถ้ำและได้กระทำความผิดใดๆ อีกในระหว่างที่ยังจะต้องรับโทษอยู่ก็ดี ภายในเวลาห้าปีนับแต่วันพ้นโทษก็ดี หากศาลจะพิพากษาลงโทษครั้งหลังถึงจำคุก ก็ให้เพิ่มโทษที่จะลงแก่ผู้นั้นหนึ่งในสามของโทษที่ศาลกำหนดสำหรับความผิดครั้งหลัง”

⁵⁸จิตติ ดิงศภัทย์. (2546). *กฎหมายอาญา ภาค 1*. เล่มเดิม. น. 696.

⁵⁹แหล่งเดิม.

⁶⁰แหล่งเดิม. น. 697.

คำว่า “ระหว่างยังจะต้องรับโทษ” นั้น หมายถึง ช่วงระยะเวลาก่อนล่วงเลยการลงโทษตามมาตรา 98 ประมวลกฎหมายอาญาด้วย หากกระทำความผิดอีกภายในกำหนดเวลาก่อนล่วงเลยการลงโทษตาม มาตรา 98 ก็ถือว่าเป็นการกระทำความผิด “ระหว่างยังจะต้องรับโทษอยู่” ตามความหมายมาตรา 92 เช่นกัน⁶¹

ถ้ากระทำความผิดเมื่อล่วงเลยการลงโทษไปตามมาตรา 98 แล้ว ก็ถือไม่ได้ว่าเป็นเวลาที่ผู้นั้นยังจะต้องรับโทษอยู่และจะถือว่าพ้นโทษก็ไม่ได้ เพราะยังไม่ได้รับโทษครบกำหนด ก็ย่อมจะไม่มีกรพ้นโทษ⁶² ซึ่งในกรณีที่มีการล่วงเลยการลงโทษตามมาตรา 98 นั้น แม้จะไม่ใช่เหตุกลับล้างคำพิพากษาให้ลงโทษ แต่ก็ต้องถือว่าไม่อยู่ในระหว่างที่ยังจะต้องรับโทษอยู่ และอย่างน้อยก็ต้องพ้นเวลา 5 ปีไปแล้ว จึงไม่มีทางที่จะเพิ่มโทษได้อีก⁶³

ส่วนกรณีที่ “พ้นโทษ” ไปแล้วก็นับแต่วันพ้นโทษไปจนถึงวันกระทำความผิดอีกภายใน 5 ปี คือไม่เกิน 5 ปี การนับเวลาต้องนับตามมาตรา 193/3, 193/5 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁶⁴

หากพ้นโทษไปแล้วยังไม่เกิน 5 ปี แต่ได้รับการล้างมลทิน เช่น ตามพระราชบัญญัติล้างมลทินฯ พ.ศ.2539 มาตรา 4 ซึ่งให้ถือว่า “ผู้นั้นไม่เคยถูกลงโทษในกรณีความผิดนั้นๆ” เช่นนี้ ก็เพิ่มโทษตามมาตรา 92 ไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 4690/2547)⁶⁵

ข้อสำคัญอยู่ที่ได้กระทำการเกิดความผิดขึ้นอีกภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ อันมีผลให้ถูกศาลพิพากษาจำคุกอีกเท่านั้น กำหนดเวลาที่กำหนดไว้นี้ คือ ระหว่างที่ผู้นั้นยังจะต้องรับโทษตามคำพิพากษาครั้งก่อนอยู่ เช่น ทำความผิดอีกระหว่างการพักการลงโทษจำคุกตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 246 หรือระหว่างที่ยังหลบหนีการลงโทษอยู่ก่อนล่วงเลยการลงโทษตามมาตรา 98 วรรคแรก⁶⁶ หรือกระทำความผิดในระหว่างรับโทษจำคุกอยู่ในเรือนจำ (คำพิพากษาฎีกา

⁶¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2551). คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. น. 935.

⁶² จิตติ ดิงศกัทธิ์. เล่มเดิม. น. 701.

⁶³ แหล่งเดิม. น. 699.

⁶⁴ แหล่งเดิม น. 701.

⁶⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. เล่มเดิม. น. 936

⁶⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 98 วรรคแรก บัญญัติว่า “เมื่อได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษผู้ใดผู้นั้นยังมีได้รับโทษก็ดี ได้รับโทษแต่ยังไม่ครบถ้วน โดยหลบหนีก็ดี ถ้ายังมีได้ตัวผู้นั้นมาเพื่อรับโทษนับแต่วันที่มีคำพิพากษาถึงที่สุด หรือนับแต่วันที่ผู้กระทำความผิดหลบหนีแล้วแต่กรณี เกินกำหนดเวลาดังต่อไปนี้ เป็นอันล่วงเลยการลงโทษจะลงโทษผู้นั้นมิได้

- (1) ยี่สิบปี สำหรับโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิตหรือจำคุกยี่สิบปี
- (2) สิบห้าปี สำหรับโทษจำคุกกว่าเจ็ดปีแต่ยังไม่ถึงยี่สิบปี
- (3) สิบปี สำหรับโทษจำคุกกว่าหนึ่งปีถึงเจ็ดปี

ที่ 308/2506)⁶⁷ เช่น ก. ต้องคำพิพากษาให้ปรับคดีหนึ่ง ให้จำคุกในอีกคดีหนึ่ง ระหว่างกักขังแทนค่าปรับก่อนจำคุกในคดีหลัง ก. หลบหนี ศาลลงโทษฐานหลบหนีการคุมขังและเพิ่มโทษได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1275/2513)⁶⁸

ข้อที่สาม ศาลจะพิพากษาลงโทษครั้งหลังถึงจำคุก

คำพิพากษาครั้งหลังนี้ แม้จะพิพากษาเกิน 5 ปี นับแต่วันพ้นโทษในคดีก่อน ก็เพิ่มโทษตามมาตรา 92 ได้ เพราะถือหลักการกระทำผิดครั้งหลังจะต้องเกิดขึ้นภายในเวลา 5 ปี นับแต่วันพ้นโทษคดีก่อนเท่านั้น ศาลในคดีหลังจะพิพากษาเมื่อใดไม่ใช่เรื่องสำคัญ⁶⁹ และในส่วนของ การบรรยายฟ้องถ้ามีการขอให้ลงโทษและเพิ่มโทษ แม้ไม่ได้อ้างบทมาตราที่ให้เพิ่มโทษมาแต่ก็เพิ่มโทษได้⁷⁰

2. การเพิ่มโทษที่จะลงกึ่งหนึ่ง

อัตราการเพิ่มโทษในความผิดเฉพาะอย่างตามมาตรา 93 ประมวลกฎหมายอาญานี้⁷¹ เป็นบทเพิ่มโทษในอัตราสูงขึ้น สำหรับความผิดเฉพาะที่ระบุไว้ หลักเกณฑ์อื่นเป็นไปตามมาตรา 92 เว้นแต่ที่กำหนดขึ้นใหม่ตามมาตรานี้ มีข้อพิจารณาประการแรก คือความผิดครั้งก่อนและความผิดครั้งหลังนี้ ต้องเป็นความผิดที่ระบุไว้ในอนุมาตราเดียวกันดังที่จำแนกไว้ในมาตรา 93 คือในข้อเดียวกันข้อใดข้อหนึ่งตั้งแต่ข้อ 1 ถึงข้อ 13 ประการต่อมา คือโทษตามคำพิพากษาในคดีก่อน

(4) ห้าปี สำหรับโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีลงมาหรือโทษอย่างอื่น”

⁶⁷ จิตติ ดิงศภัทย์. เล่มเดิม. น. 701.

⁶⁸ แหล่งเดิม. น. 701.

⁶⁹ เกียรติขจร วจนะสวัสดิ์. เล่มเดิม. น. 936-937.

⁷⁰ จิตติ ดิงศภัทย์. เล่มเดิม. น. 695.

⁷¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 93 บัญญัติว่า “ผู้ใดต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุก ถ้าและได้กระทำความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดที่จำแนกไว้ในอนุมาตราต่อไปนี้ เข้าในอนุมาตราเดียวกันอีกในระหว่างที่ยังจะต้องรับโทษอยู่ก็ดี ภายในเวลาสามปีนับแต่วันพ้นโทษก็ดี ถ้าความผิดครั้งแรกเป็นความผิด ซึ่งศาลพิพากษาลงโทษจำคุกไม่น้อยกว่าหกเดือน หากศาลจะพิพากษาลงโทษครั้งหลังถึงจำคุกก็ให้เพิ่มโทษที่จะลงแก่ผู้นั้นกึ่งหนึ่งของโทษที่ศาลกำหนดสำหรับความผิดครั้งหลัง

(1) ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 107 ถึงมาตรา 135

(2) ความผิดต่อเจ้าพนักงาน ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 136 ถึงมาตรา 146

....

(13) ความผิดเกี่ยวกับเพศ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 334 ถึงมาตรา 365”

ต้องเป็นโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 6 เดือน แต่ไม่กำหนดสำหรับโทษจำคุกครั้งหลัง และประการสุดท้ายคืออัตราการเพิ่มโทษเพิ่มอีกกึ่งหนึ่งของโทษที่จะลงสำหรับความผิดครั้งหลัง⁷²

ข้อสังเกต คำว่า “พ้นโทษ” ย่อมหมายถึงพ้นโทษจำคุก เพราะมาตรา 92 และมาตรา 93 บัญญัติไว้ชัดเจนแล้วว่าในคดีก่อนผู้กระทำความผิดคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุก ด้วยเหตุนี้หากคดีก่อนศาลลงโทษจำคุกแต่รอการลงโทษ โดยศาลลงโทษปรับด้วย (โทษปรับจะรอการลงโทษไม่ได้) หากผู้กระทำชำระค่าปรับครบถ้วนในวันเวลาใด ก็ถือว่าพ้นโทษในวันที่ชำระค่าปรับนั้น หากผู้กระทำไปกระทำความผิดภายในเวลา 3 ปี หรือ 5 ปี นับแต่วันที่ชำระค่าปรับครบถ้วน และศาลในคดีหลังพิพากษาลงโทษจำคุกโดยไม่รอการลงโทษ จะมีการเพิ่มโทษตามมาตรา 92 หรือมาตรา 93 ไม่ได้ เพราะมาตรา 92 หรือมาตรา 93 หมายถึงภายในระยะเวลา 3 ปี หรือ 5 ปี นับแต่วันพ้นโทษจำคุกโดยได้รับโทษจำคุกจริงๆ มิใช่ นับแต่วันพ้นโทษปรับ ทั้งนี้ต่างจากกฎหมายเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 113 ซึ่งบัญญัติไว้เป็นพิเศษ การพ้นโทษตามพระราชบัญญัติดังกล่าวจึงรวมถึงการพ้นโทษปรับในคดีก่อนด้วย (คำพิพากษาฎีกาที่ 8878/2542)⁷³

กำหนดเวลาล่วงเลยการลงโทษ กำหนดการบังคับคดี ใช้บังคับแก่กรณีที่มีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้วตามมาตรา 98 ถึงมาตรา 101 โดยมาตรา 98 ใช้บังคับแก่โทษทั่วไป เว้นแต่โทษปรับซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 99⁷⁴ โดยเฉพาะ ไม่อยู่ในบังคับมาตรา 98 (4) ที่ใช้สำหรับโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี โทษกักขัง ตลอดจนโทษริบทรัพย์สิน⁷⁵ อาจกล่าวได้ว่า มาตรา 99 นั้นเป็นอายุความล่วงเลยการยึดทรัพย์สินใช้ค่าปรับหรือการกักขังแทนค่าปรับ⁷⁶

มาตรา 92 และมาตรา 93 นั้น เป็นบทบัญญัติที่ดีเห็นควรที่จะนำมาปรับใช้กับคดีลิขสิทธิ์และคดีเครื่องหมายการค้าต่อไป

⁷²จิตติ ดิงศภัทย์, เล่มเดิม, น. 708.

⁷³เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, เล่มเดิม, น. 942-943.

⁷⁴ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 99 บัญญัติไว้ว่า “การยึดทรัพย์สินใช้แทนค่าปรับหรือการกักขังแทนค่าปรับ ถ้ามิได้ทำภายในกำหนดห้าปีนับแต่วันที่ได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดจะยึดทรัพย์สินหรือกักขังไม่ได้ ความในวรรคแรกมิให้ใช้ในกรณีการกักขังแทนค่าปรับซึ่งทำต่อเนื่องกับการลงโทษจำคุก”

⁷⁵จิตติ ดิงศภัทย์, เล่มเดิม, น. 1312.

⁷⁶หยุด แสงอุทัย, (2551), กฎหมายอาญา ภาค 1, น. 228.

2.4 แนวปฏิบัติของศาลในคดีลิขสิทธิ์และคดีเครื่องหมายการค้า

กระบวนการพิจารณาคดีอาญาแบบสามัญญ แบ่งออกเป็น กระบวนพิจารณาชั้นก่อนยื่นคำฟ้อง กระบวนพิจารณาชั้นยื่นฟ้องถึงก่อนศาลมีคำพิพากษา และกระบวนการพิจารณาชั้นพิพากษา⁷⁷ ซึ่งในส่วนที่ของกระบวนการพิจารณาชั้นพิพากษานี้จะเกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษในคดีลิขสิทธิ์และคดีเครื่องหมายการค้าโดยตรง

โดยในส่วนของกระบวนการพิจารณาชั้นก่อนยื่นคำฟ้อง และกระบวนการพิจารณาชั้นยื่นฟ้องถึงก่อนศาลมีคำพิพากษานั้น มีแนวปฏิบัติเช่นเดียวกับคดีอาญาทั่วไป กล่าวคือ ในกระบวนการพิจารณาชั้นก่อนยื่นคำฟ้องอาจมีการขอออกหมายจับหมายค้น การร้องขอและการส่งคำร้องขอออกหมายจับหมายค้น การขอฝากขังและผิดฟ้อง หรือการขอลปล่อยชั่วคราว และในกระบวนการพิจารณาชั้นยื่นฟ้องถึงก่อนศาลมีคำพิพากษา จะต้องพิจารณาถึงเรื่องเขตอำนาจศาล⁷⁸ การจัดหาล่ามหรือล่ามภาษามือ และการสอบถามและตั้งทนายความให้จำเลย⁷⁹ กรณีจำเลยให้การรับสารภาพตามฟ้องและเป็นคดีที่

⁷⁷ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง. *คู่มือปฏิบัติราชการระหว่างศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางกับศาลจังหวัด*. น. 4-42.

⁷⁸คดีละเมิดลิขสิทธิ์หรือละเมิดเครื่องหมายการค้าเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ โดยพิจารณาจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 มาตรา 7 (1) (2) (9) และ (10) ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาดังต่อไปนี้

- 1) คดีอาญาเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ และสิทธิบัตร
- 2) คดีอาญาเกี่ยวกับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 271 ถึงมาตรา 275
- 3) คดีแพ่งหรือคดีอาญาเกี่ยวกับข้อพิพาทในการออกแบบวงจรรวม การค้นพบทางวิทยาศาสตร์ ชื่อทางการค้า ชื่อทางภูมิศาสตร์ที่แสดงถึงแหล่งกำเนิดของสินค้า ความลับทางการค้า และการคุ้มครองพันธุ์พืช
- 4) คดีแพ่งหรือคดีอาญาที่มีกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ตาม มาตรา 7 วรรคสอง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 บัญญัติข้อยกเว้นไว้ว่า “คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัวไม่อยู่ในอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ” ดังนั้น แม้เยาวชนกระทำความผิดอาญาจะเป็นคดีตามข้อ 1) ถึงข้อ 4) ดังกล่าวข้างต้นก็ตาม หากคดีนั้นเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัวแล้ว ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ก็ไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีนั้น

⁷⁹ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ พ.ศ. 2539 มาตรา 26 ประกอบประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 173 วรรคสอง

ศาลจะพิพากษาโดยไม่สืบพยานหลักฐานได้⁸⁰ หากผู้พิพากษาและองค์คณะซึ่งเป็นเวรรับฟ้อง เห็นสมควรพิพากษาโดยไม่สืบพยานหลักฐาน ก็ให้ทำคำพิพากษา หรือกรณีเห็นควรทำการสืบเสาะ และพินิจจำเลยก่อนพิพากษา ก็ให้ทำรายงานกระบวนการพิจารณาสั่งให้สำนักงานคุมประพฤติประจำ ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง ดำเนินการประสานงานกับสำนักงานคุมประพฤติประจำศาลจังหวัด นั้นๆ เพื่อให้พนักงานคุมประพฤติประจำศาลทำการสืบเสาะและพินิจ และนัดฟังคำพิพากษา กับคู่ความต่อไป

ส่วนในกระบวนการพิจารณาชั้นพิพากษา เมื่อการพิจารณาคดีสิ้นสุดลง จะมีการปรึกษาคดีกับผู้พิพากษาองค์คณะและผู้พิพากษาสมทบ มีการนัดฟังคำพิพากษาหรือคำสั่ง และมีการอ่านคำพิพากษา หรือคำสั่งนั้นต่อไป กรณีผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และพระราชบัญญัติ เครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 เมื่อพ้นโทษแล้วยังไม่ครบกำหนดห้าปี กระทำความผิด ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 อีก ต้อง ระวังโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นหรือวางโทษทวีคูณ แล้วแต่กรณี⁸¹

มีข้อสังเกต ในโทษโดยระวางโทษเป็นสองเท่าตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 73 และพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 113 นั้น น่าจะถือว่าเป็นการเพิ่ม มาตราส่วนโทษ จึงต้องคำนวณโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในแต่ละมาตราความผิด โดยกำหนด ระวังโทษเพิ่มสองเท่า หรือวางโทษให้เป็นทวีคูณเสียก่อนจึงกำหนดโทษที่จะลงตามระวางโทษที่เพิ่มนั้น ต่อมาหากมีการรับสารภาพ หรือมีเหตุบรรเทาโทษใด จึงมีการลดโทษจากโทษที่ได้กำหนดไว้

การวางโทษทวีคูณเมื่อบุคคลใดกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แล้วกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติดังกล่าวอีกเมื่อพ้นโทษแล้วยังไม่ครบกำหนด 5 ปี ตามมาตรา 113 นั้น แม้ในคดีก่อนศาลจะลงโทษจำคุกและปรับ โดยรอการลงโทษจำคุกก็ตาม คดีนี้ ศาลก็วางโทษทวีคูณแก่จำเลยได้⁸²

การจะวางโทษเป็นสองเท่าตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 73 จะต้อง ปรากฏว่าขณะจำเลยกระทำความผิดในคดีหลัง คดีก่อนจะต้องถึงที่สุดไปแล้ว⁸³

⁸⁰ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ พ.ศ. 2539 มาตรา 26 ประกอบประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 176 วรรคหนึ่ง

⁸¹พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 73 และพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 113

⁸²คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8878/2542

⁸³คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1017/2545

2.5 ปัญหาเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษในคดีลิขสิทธิ์และคดีเครื่องหมายการค้า

2.5.1. ปัญหาข้อจำกัดของบทกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

ปัญหาเกี่ยวกับข้อจำกัดของบทกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ในการใช้ดุลพินิจของ ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง เพื่อกำหนดโทษให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิดและสอดคล้องกับความผิดที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำลง ปัจจุบันการกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง ถูกจำกัดมิให้การใช้ดุลพินิจเป็นไปโดยเหมาะสมทั้งกับตัวผู้กระทำความผิดและการกระทำความผิด กฎหมายจำกัดอำนาจการใช้ดุลพินิจของศาลจนทำให้เกิดข้อขัดข้องในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ กล่าวคือ ในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีทั้งโทษจำคุกและโทษปรับ โดยระวางโทษปรับขั้นต่ำมีจำนวนค่อนข้างสูง เช่น ในมาตรา 69 วรรคสอง ที่มีกำหนดโทษปรับขั้นต่ำหนึ่งแสนบาท หรือมาตรา 70 วรรคสอง ที่มีกำหนดโทษปรับขั้นต่ำห้าหมื่นบาท หากศาลจะลงโทษปรับ ก็ต้องลงโทษปรับในจำนวนที่สูงตามที่กฎหมายกำหนด ไม่อาจใช้ดุลพินิจลงโทษปรับต่ำกว่านั้นได้ แม้จำเลยจะให้การรับสารภาพ และศาลพิจารณาว่ามีเหตุบรรเทาโทษ เห็นควรลดโทษกึ่งหนึ่ง โทษปรับก็ยังคงสูงอยู่ ดังนั้น ในกรณีที่คดีลิขสิทธิ์ที่ของกลางมีจำนวนเล็กน้อย ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง จึงมักจะใช้ดุลพินิจในการรอกการกำหนดโทษจำเลยโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 56 ประมวลกฎหมายอาญา แทนการลงโทษปรับ

เมื่อพิจารณาประกอบกับข้อมูลสถิติคดี ปรากฏว่าปริมาณการฟ้องคดีอาญาของศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง ทั้งหมดในแต่ละปี โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีลิขสิทธิ์นั้น ปริมาณการฟ้องคดีอาญาในปี 2555 มีสัดส่วนคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในทางอาญาซึ่งฟ้องใหม่เทียบกับคดีลิขสิทธิ์ทั้งหมด คิดเป็นร้อยละ 98.93 ส่วนในปี 2556 สัดส่วนของคดีลิขสิทธิ์ในทางอาญาซึ่งฟ้องใหม่เทียบกับคดีลิขสิทธิ์ทั้งหมด คิดเป็นร้อยละ 95.52 พิจารณาเห็นได้ว่า มีการบังคับใช้สิทธิ โดยการฟ้องเป็นคดีอาญาสูงกว่าการบังคับใช้สิทธิทางแพ่งเป็นอย่างมาก อาจกล่าวได้ว่า ในคดีละเมิดลิขสิทธิ์จะบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ในทางอาญาเป็นหลัก

ตารางที่ 2.1 ตารางสถิติคดีละเมิดลิขสิทธิ์ทั้งคดีแพ่งและคดีอาญา และอัตราส่วนคดีอาญาลิขสิทธิ์ เทียบกับคดีลิขสิทธิ์ทั้งหมดที่ฟ้องใหม่ต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง ในปี พ.ศ. 2554 –2556

| คดี ปี พ.ศ. | คดีละเมิดลิขสิทธิ์ | | | อัตราส่วนคดีอาญาลิขสิทธิ์ เทียบกับคดีลิขสิทธิ์ทั้งหมด |
|----------------|--------------------|---------|-------|--|
| | คดีอาญา | คดีแพ่ง | รวม | |
| 2554 | 1,210 | 25 | 1,235 | 97.97 |
| 2555 | 1,154 | 28 | 1,182 | 98.93 |
| 2556 | 1,001 | 47 | 1,048 | 95.52 |

ที่มา: ข้อมูลจากสถิติคดี. สืบค้นเมื่อวันที่ 22 มกราคม 2557, จาก <http://www.ipitc.coj.go.th/info.php?cid=20&pm=20>

อีกทั้งเมื่อพิจารณาถึงคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในทางอาญาซึ่งของกลางมีจำนวนเล็กน้อย ในปี 2556 ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง ศาลได้ใช้ดุลพินิจรอกำหนดโทษมีจำนวนสูงถึง 580 คดี หรือคิดเป็นร้อยละ 57 ของคดีลิขสิทธิ์ในทางอาญาทั้งหมดที่ศาลได้พิจารณาเสร็จ

ตารางที่ 2.2 ตารางสถิติคดีอาญาข้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ ปี 2556 จำแนกตามผลของคำพิพากษา

| ลักษณะผลของคดี | จำนวนคดี | คิดเป็นประมาณร้อยละ |
|--|--------------|---------------------|
| รอกำหนดโทษ | 580 | 57 |
| ยกฟ้อง | 51 | 5 |
| จำหน่ายคดี เพราะ โจทก์ฟ้อง ถอนฟ้อง และเหตุอื่น | 36 | 3.5 |
| จำหน่ายคดีชั่วคราว เพราะจำเลยหลบหนี | 33 | 3.2 |
| ปรับ หรือจำคุกและปรับ | 323 | 31.3 |
| รวมคดีที่ศาลพิจารณาเสร็จในปี 2556 | 1,023 | 100 |

ที่มา: ข้อมูลการรวบรวมสถิติคดีจากสารบบความศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง

2.5.2 ปัญหาการลงโทษอาจไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ

ปัญหาว่าการลงโทษอาจไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ ในกรณีที่ศาลเห็นว่าโทษปรับขั้นต่ำมีจำนวนสูงเกินสมควร จึงหันไปใช้โทษจำคุก โดยให้รื้อการกำหนดโทษจำคุกไว้หากต่อมาผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดซ้ำอีก ศาลจะกำหนดโทษจำคุกที่รอไว้ในคดีแรกแล้วนำมาบวกเข้ากับโทษจำคุกในคดีหลัง มีผลให้ผู้กระทำความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์รายเล็กซึ่งมีของกลางจำนวนเพียงเล็กน้อยต้องรับโทษหนักกว่าผู้ที่ละเมิดลิขสิทธิ์รายใหญ่ซึ่งของกลางมีจำนวนมากกว่า กรณีดังกล่าวทำให้วัตถุประสงค์การลงโทษไม่บรรลุผล ความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายก็จะถูกลดคุณค่าลง เพราะประชาชนทั่วไปอาจขาดความเคารพเชื่อถือต่อกฎหมาย อีกทั้งไม่เป็นธรรมต่อผู้เสียหายผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งมีสิทธิจะได้รับเงินค่าปรับจำนวนกึ่งหนึ่งอีกด้วย

2.5.3 ปัญหาการใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษกับคำว่า “พ้นโทษ”

ประเด็นปัญหาประการที่สาม คือ ปัญหาการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลกับการตีความคำว่า “พ้นโทษ” ในเรื่องการขอวางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 73 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดกระทำความผิดต้องระวางโทษตามพระราชบัญญัตินี้ เมื่อพ้นโทษแล้วยังไม่ครบกำหนดห้าปี กระทำความผิดต่อพระราชบัญญัตินี้ อีก ต้องระวางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น” หรือการขอวางโทษทวีคูณ ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 113 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “บุคคลใดกระทำความผิดต้องระวางโทษตามพระราชบัญญัตินี้ เมื่อพ้นโทษแล้วยังไม่ครบกำหนดห้าปี กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ อีก ให้วางโทษทวีคูณ” ในกรณีที่จำเลยมีเงินไม่เพียงพอที่จะชำระค่าปรับตามคำพิพากษาและมีการขอผ่อนชำระค่าปรับ ต่อมาในระหว่างระยะเวลาผ่อนชำระค่าปรับ หากจำเลยกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติดังกล่าวอีก ศาลก็จะไม่อาจพิพากษาวางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นหรือวางโทษทวีคูณได้ ทั้งนี้ เพราะศาลเห็นว่าจำเลยยังไม่พ้นโทษในคดีก่อน กรณีกลายเป็นว่าจำเลยที่ขอผ่อนชำระค่าปรับได้รับประโยชน์จากการตีความคำว่า “พ้นโทษ” กล่าวคือ ตราบไต่ที่จำเลยยังผ่อนชำระค่าปรับอยู่ ศาลถือว่าจำเลยยังไม่พ้นโทษในคดีก่อน จึงวางโทษเป็นสองเท่าหรือวางโทษทวีคูณไม่ได้ แต่จำเลยที่ชำระค่าปรับเต็มจำนวนในคราวเดียวกลับได้รับผลร้าย เพราะศาลสามารถวางโทษเป็นสองเท่าหรือวางโทษทวีคูณในคดีหลังได้ทันทีที่จำเลยชำระค่าปรับครบถ้วน กรณีดังกล่าวไม่น่าจะตรงตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัติของกฎหมายมาตรา 73 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และมาตรา 113 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

บทที่ 3

แนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยการใช้ดุลพินิจในการลงโทษ

ในการพิจารณาถึงปัญหาต่างๆ เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษนั้น จะต้องมียุติธรรมในเบื้องต้นเกี่ยวกับคำว่า “ดุลพินิจ” ความหมายของดุลพินิจ ความสำคัญของดุลพินิจในกฎหมายอาญา และโทษของดุลพินิจ รวมถึงจะต้องทำความเข้าใจเกี่ยวกับความหมายแนวคิด และทฤษฎีวัตถุประสงค์การลงโทษซึ่งมีความสำคัญอย่างยิ่ง ทั้งนี้เพื่อจะได้ทราบว่าลงโทษอย่างไรจึงจะสอดคล้องกับทฤษฎีดังกล่าว

3.1 ข้อความคิดความเบื้องต้นเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจ

3.1.1 ความหมายของดุลพินิจ

คำว่า “ดุลพินิจ” ความหมายโดยทั่วไปหมายถึง การวินิจฉัยตามที่เห็นสมควร¹ มีลักษณะเป็นคำนามตรงกับคำว่า “Discretion” อันมาจากกรากศัพท์ภาษาละตินว่า “Discretio”

สำหรับความหมายในทางกฎหมาย มีความหมายว่า เป็นอำนาจหรือสิทธิพิเศษ (privilege) ของศาลที่จะพิจารณาตามหลักความยุติธรรม ซึ่งสิทธิพิเศษหรืออำนาจนี้พิจารณาไปตามภาวะแวดล้อมแห่งพฤติการณ์ และรวมถึงการใช้วิจารณญาณในการตัดสินคดีของผู้พิพากษานั้นเอง โดยไม่ขึ้นอยู่กับวิจารณญาณหรือการตัดสินของบุคคลอื่นใด²

ความหมายในทางกฎหมายของคำว่า “ดุลพินิจ” มิได้จำกัดอยู่เพียงแค่นั้น หากนำข้อเท็จจริงเกี่ยวกับปัญหาดุลพินิจทั้งหมดมาแยกพิจารณาแล้ว ความหมายดุลพินิจคงมีอยู่เพียง 3 ประการเท่านั้น คือ

1. ค้นหาความจริง (finds facts)
2. ปรับข้อเท็จจริงเข้ากับหลักกฎหมาย (applies law)
3. พิจารณาเกี่ยวกับพฤติการณ์ต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ภายหลังจากที่ทราบข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายแล้ว (decides what is desirable in the circumstances after facts and law are known)

¹พจนานุกรมไทย ฉบับทันสมัยและสมบูรณ์. (2552). น. 399.

²Bryan A. Gerner. (2004). *Black's Law Dictionary*. p. 499.

องค์ประกอบ 3 ประการของดุลพินิจนี้ เป็นที่ยอมรับกันว่าครอบคลุมความหมายทั้งหมดของคำว่าดุลพินิจในทางกฎหมาย และมักเรียกอองค์ประกอบทั้ง 3 นี้เรียกรวมกันว่า “การใช้ดุลพินิจ” (the exercise of discretion)³

ด้วยเหตุที่ดุลพินิจในทางกฎหมาย มีความหมายและพฤติการณ์ดังได้กล่าวไว้แล้วนี้เอง ทางปฏิบัติเกี่ยวกับบรรดาคดีในหลายๆ ครั้งจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องแยกข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และดุลพินิจออกจากกัน⁴ ข้อเท็จจริงที่ใช้ในวัตถุประสงค์ของการกำหนดปรับใช้กฎหมายหรือนโยบายหรือพฤติกรรมแห่งดุลพินิจเรียกว่า “legislative facts” และไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไรก็ตาม องค์ประกอบสำคัญที่จะทำให้กฎหมายอาญาดำเนินไปด้วยความราบรื่นและยุติธรรมจำเป็นต้องประกอบขึ้นด้วยข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และดุลพินิจนี้เอง⁵

3.1.2 ความสำคัญของดุลพินิจในกฎหมายอาญา

เมื่อคำนึงถึงความต้องการยุติธรรมเฉพาะกรณีหรือเฉพาะรายบุคคล (Individualized Justice) แล้ว กฎหมายอาญากลับเป็นกฎหมายที่ต้องการดุลพินิจมากที่สุด ด้วยเหตุที่เป็นกฎหมายซึ่งกระทบถึงสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลโดยตรง ฉะนั้น ข้อเท็จจริงและพฤติการณ์แวดล้อมกรณีในกฎหมายอาญาจึงมีความสำคัญยิ่ง หากจะกล่าวโดยเฉพาะแล้ว กฎหมายอาญาต้องการความยุติธรรมเฉพาะบุคคลหรือเฉพาะกรณี เพื่อช่วยเหลือการบังคับใช้กฎหมาย โดยเฉพาะในเรื่องการกำหนดโทษ (impose penalties) ศาลจำเป็นต้องใช้ดุลพินิจอย่างเหมาะสม⁶

การใช้ดุลพินิจของศาลในคดีอาญาในการกำหนดโทษ ถือเป็นประเด็นที่สำคัญยิ่ง และเป็นหัวข้อในการดำเนินการศึกษาเพื่อจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เพราะเหตุที่การกำหนดโทษที่ลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ศาลจะต้องพิจารณาหลักที่สำคัญ 2 ประการ คือ

1. การพิจารณาลงโทษให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงตามพฤติเหตุแวดล้อมคดี การใช้ดุลพินิจในข้อนี้เอง ถือว่าเป็นการให้ความยุติธรรมเฉพาะกรณีมากที่สุด เพราะจะเป็นเครื่องช่วยกำหนดให้ผู้กระทำความผิดคดีนี้ได้รับโทษต่างกับผู้กระทำความผิดอันควรปราณี

2. พิจารณาลงโทษให้เหมาะสมกับทฤษฎีทางอาชญาวิทยาและทฤษฎีการลงโทษ วัตถุประสงค์ของการลงโทษนั้นมีหลายประการ แต่ละประการย่อมเป็นผลประโยชน์ต่างกัน ฉะนั้น

³Kenneth Culp Davis (1969). *Discretion Justice*. p.4 โปรตคุณ พพร โพธิ์รังสิยากร. (2524). *การใช้ดุลพินิจของศาลในการลงโทษ*. น. 7. ที่แปลคำว่า “the exercise of discretion” ว่าหมายถึง “พฤติการณ์แห่งดุลพินิจ”

⁴แหล่งเดิม.

⁵แหล่งเดิม.น. 8.

⁶แหล่งเดิม.น. 16.

จึงเป็นหน้าที่ของศาลที่จะกำหนดบทลงโทษให้เหมาะสมกับวัตถุประสงค์แห่งการลงโทษนั้นๆ เช่น ทำให้ไม่อาจกระทำความผิดได้อีก เพื่อให้กลับใจแก้ไขเสียใหม่ รวมถึงเพื่อข่มขู่ให้กลัวเกรง⁷

3.1.3 โทษของคฤหิณี

แม้คฤหิณีจะเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการสร้างความยุติธรรมเฉพาะกรณีที่ถือว่าทำให้กฎหมายทรงความเป็นธรรมโดยสมบูรณ์ก็ตาม แต่หากพิจารณาในแง่กลับกันแล้วจะเห็นได้ว่า สิ่งที่ทำให้กฎหมายไม่เป็นธรรมส่วนใหญ่มาจากการใช้คฤหิณีอีกเช่นกัน จึงอาจกล่าวได้ว่า คฤหิณีนั้น เปรียบเสมือนกับขวาน ที่อาจสร้างประโยชน์ให้กับผู้ใช้และผู้อื่นอย่างมาก แต่ก็อาจเป็นอาวุธอันตรายที่ใช้ทำร้ายหรือฆ่าฟันผู้คนได้เช่นกัน (like an axe, it can be a weapon for mayhem or murder)⁸

3.2 แนวคิดเกี่ยวกับการลงโทษ

3.2.1 ความหมายของโทษ

การที่มนุษย์มาอยู่รวมกันเป็นสังคมนั้นย่อมปะปนไปด้วยทั้งคนดีและคนไม่ดี สังคมจึงจำเป็นต้องสร้างกฎเกณฑ์ขึ้นเพื่อบังคับแก่มนุษย์ผู้อยู่ในสังคมให้อยู่ในกฎ ระเบียบ ที่สังคมสร้างขึ้น ไม่ว่าจะเป็นศีลธรรม ศาสนา จารีตประเพณี ตลอดจนกฎหมาย ซึ่งเรียกว่า “ระเบียบของสังคม” หากบุคคลใดฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ของสังคม บุคคลนั้นสมควรจะต้องได้รับโทษและโทษจะต้องเป็นผลร้ายแก่บุคคลผู้กระทำการฝ่าฝืน พิจารณาความหมายของโทษได้เป็น 2 แนวทาง ดังนี้

1. ความหมายของโทษในทางกฎหมาย

ความหมายของโทษในทางกฎหมายนี้มีผู้ให้ความหมายไว้หลายท่านด้วยกัน ซึ่งในที่นี้จะขอกล่าวเฉพาะบางท่าน ดังต่อไปนี้

Herbert L. Packer ได้วิเคราะห์ความคิดของนักปรัชญาในอดีตจำนวนมากและได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “โทษ” ซึ่งอาจสรุปความหมายได้ว่าหมายถึง การใช้กฎหมายทำให้ผู้ที่ต้องรับโทษต้องประสบความยากลำบากหรือเหตุการณ์รูปแบบอื่นๆ ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าเป็นสถานะที่ไม่พึงปรารถนา ทั้งนี้ เพื่อเป็นไปตามผลแห่งการกระทำความผิดซึ่งได้ถูกกำหนดให้เป็นความผิดโดยกฎหมาย⁹

Sue Titus Reid ได้ให้ความหมายของโทษในทางกฎหมายว่า หมายถึง โทษที่ลงโดยอำนาจของรัฐ โดยทางบัญญัติของกฎหมายหลังจากที่ศาลพบว่าจำเลยมีความผิด ในการลงโทษจะ

⁷ นพพร โพธิ์รังสิยากร. เล่มเดิม. น. 19-21

⁸ Kenneth Culp Davis. (1969). Op.cit. p. 25. อ้างถึงใน นพพร โพธิ์รังสิยากร. เล่มเดิม. น. 17.

⁹ Herbert L. Packer. (1968). *The Limits of The Criminal Sanction*. p. 21. อ้างถึงใน เศษฐภัทร พรหมชนะ. (2546). *การนำมาตรการอื่นมาใช้บังคับค่าปรับนอกเหนือจากการกักขังแทนค่าปรับ*. น. 7.

รวมถึงค่าปรับที่ชำระต่อรัฐ ค่าชดเชยความเสียหายต่อผู้ที่ได้รับความเสียหายหรือผู้อื่นที่เกี่ยวข้อง การบริการสังคมหรือการทำงานชดเชยความเสียหาย การคุมประพฤติ ทั้งนี้ จะอยู่ภายใต้หรือไม่อยู่ ภายใต้การควบคุมดูแลโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐภายใต้ข้อจำกัดที่กำหนดเอาไว้ ได้แก่ การกักบริเวณ การกักขัง การได้รับการบำบัด เป็นต้น¹⁰

Edwin H. Sutherland และ Donald R. Cressley ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “การลงโทษ” ว่า จะต้องเป็นการกระทำต่อบุคคลซึ่งอยู่ในสังคมนั้น และการลงโทษจะต้องก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานแก่ผู้ถูกลงโทษตามรูปแบบและวิธีการที่กำหนดไว้โดยชัดแจ้ง¹¹ โดยเห็นว่าการลงโทษที่กระทำต่อผู้กระทำความผิดนั้นมีหลายรูปแบบแล้วแต่ทัศนคติของชุมชน ความหนักเบาแห่งความผิด และลักษณะพฤติกรรมของอาชญากรที่ไม่เหมือนกัน และได้สรุปความหมายของการลงโทษทางกฎหมายไว้ดังนี้¹²

1) การลงโทษที่เป็นผลเสียหายทางการเงินของผู้กระทำความผิด (financial loss) เช่น โทษปรับ โทษริบทรัพย์สิน และการชดเชยค่าเสียหายจากการก่ออาชญากรรม

2) การลงโทษโดยการทรมานร่างกายที่กระทำต่อผู้กระทำความผิด (physical torture) เช่น การเขียนตี การตัดอวัยวะ เป็นต้น

3) การลงโทษโดยตัดออกจากหมู่คณะ (removal form the groups) เช่น การเนรเทศ จำคุก ประหารชีวิต

4) การลงโทษแบบประจานหรือลดฐานะทางสังคม (social degradation) อันเป็นผลให้ผู้กระทำความผิดเกิดความละอาย ถูกดูหมิ่นเหยียดหยาม ตำด้อย หรือถูกจำกัดสิทธิบางประการ เช่น สิทธิในการประกอบอาชีพ สิทธิในการออกเสียงเลือกตั้ง เป็นต้น

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ความหมายของการลงโทษในทางกฎหมาย คือ ผลร้ายที่ผู้กระทำความผิดได้รับเนื่องจากการกระทำที่กฎหมายที่ใช้ในขณะนั้นบัญญัติว่าเป็นความผิดซึ่งกฎหมายกำหนดโทษไว้ อันเป็นการให้ผลร้ายหรือโทษแก่ผู้กระทำความผิด โดยการได้รับโทษดังกล่าวตกทอดแทนกันมิได้

2. ความหมายของโทษในทางอาญา

จากการศึกษาความหมายของโทษในทางกฎหมายข้างต้น ทำให้สามารถวิเคราะห์ถึงความหมายและลักษณะสำคัญของโทษในทางอาญาได้ ดังนี้

¹⁰แหล่งเดิม. น. 7-8.

¹¹แหล่งเดิม. น. 8.

¹²ประเสริฐ เมฆมณี. (2523). *หลักทฤษฎีอาญา*. น. 2-3.

Grotius กล่าวถึง “โทษ” ว่า หมายถึง ผลร้ายที่ผู้กระทำความผิดได้รับเนื่องจากผลร้ายที่เขาได้ก่อให้เกิดขึ้น¹³

ALF Ross กล่าวว่า โทษเป็นการตอบสนองทางสังคมและเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำความผิด กฎหมายโดยผู้มีอำนาจกำหนด โทษจึงมีลักษณะที่เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดซึ่งแสดงถึงการตำหนิผู้กระทำความผิดว่าได้กระทำความผิดที่ไม่สมควร¹⁴

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ได้อธิบายว่า “โทษ” เป็นวิธีการบังคับ (Sanction) ที่รัฐใช้ปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดอาญา เดิมทีก็เป็นการกระทำตอบของชุมชนต่อผู้ที่ทำลายความสงบและความมั่นคงของชุมชนนั้น เมื่อชุมชนมีสภาพเป็นบ้านเมืองขึ้น การกระทำตอบนั้นก็คือผลร้ายที่ศาลหรือผู้พิพากษากำหนดให้ปฏิบัติต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งเพราะผู้นั้นกระทำความผิดขึ้น เพื่อแสดงว่าชุมชนไม่ประสงค์ให้มีการกระทำอันเป็นความผิดเช่นนั้น¹⁵

ศาสตราจารย์วีรพงษ์ บุญโญภาส และคณะ ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “โทษ” หมายถึง การกระทำที่เป็นผลร้ายหรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ที่ได้รับโทษ และโทษจะมีลักษณะรุนแรงมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับลักษณะของการกระทำความผิดที่มีความร้ายแรงและเกิดความเสียหายต่อผู้เสียหายหรือรัฐมากน้อยเพียงใด โทษจึงเป็นเพียงมาตรการที่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย โดยจำเป็นต้องกำหนดโทษก็เพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำความผิด หรืออาจจะกล่าวได้ว่าโทษถูกใช้เป็นเครื่องมือในการข่มขู่บุคคลมิให้มีการกระทำความผิด นอกจากนั้นยังช่วยให้กฎหมายได้รับการนับถือและปฏิบัติตาม¹⁶

กล่าวโดยสรุปได้ว่า “โทษอาญา” คือ ผลร้ายซึ่งผู้กระทำความผิดได้รับเนื่องจากการฝ่าฝืนกฎหมายอาญา โดยที่ผู้ซึ่งมีอำนาจให้ผลร้ายจะต้องมีอำนาจตามที่กฎหมายกำหนดและผลร้ายที่ผู้กระทำความผิดได้รับนั้น เป็นการตอบแทนการฝ่าฝืนกฎหมาย ซึ่งการตอบแทนนี้มีลักษณะตำหนิผู้กระทำความผิดนั้น¹⁷ เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 กำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดไว้ 5 ประเภท คือ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ และริบทรัพย์สิน

¹³ณรงค์ ใจหาญ. (2543). *กฎหมายอาญาว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย*. น. 13.

¹⁴ณรงค์ ใจหาญ. เล่มเดิม. น. 15.

¹⁵จิตติ ดิงศภัทย์. (2546). *กฎหมายอาญา ภาค 1*. น. 1014.

¹⁶วีรพงษ์ บุญโญภาส และคณะ. (2551). *โครงการพัฒนามาตรการยึดทรัพย์สิน ใช้ค่าปรับและมาตรการกักขังแทนค่าปรับตามประมวลกฎหมายอาญา* (รายงานผลการวิจัย). น. 1.

¹⁷สทรน รัตนไพจิตร. (2527). *ความประสงค์ของการลงโทษอาญา: ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา*. น. 10.

จากความหมายของโทษทางอาญานำมาซึ่งลักษณะของโทษในทางอาญาโดยจะต้องมีขอบเขตที่ชัดเจนเพียงพอ ซึ่งลักษณะของโทษทางอาญาจะต้องประกอบด้วยลักษณะที่สำคัญดังนี้

1) โทษต้องเป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งเป็นหลักของมาตรา 2, 3 อันมีที่มาจากภายิตที่ว่า “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีความผิดและไม่มีโทษ” (Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege) ศาลจะตั้งความผิด ตั้งโทษและกำหนดโทษเอาเองตามใจชอบโดยไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้¹⁸ ในการใช้อำนาจตามกฎหมายกำหนดให้ลงโทษทางอาญาจะต้องกระทำโดยองค์กรศาลผู้ใช้อำนาจตุลาการ และต้องทำเป็นคำพิพากษา¹⁹

2) โทษต้องเป็นไปโดยเสมอภาค เมื่อโทษต้องเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย และกฎหมายย่อมใช้แก่บุคคลทุกคนเสมอหน้ากัน โทษจึงต้องเสมอกันแก่ผู้กระทำความผิดอย่างเดียวกันไปในตัว แต่ทั้งนี้หมายความว่าความเสมอภาคกันในกฎหมายเท่านั้น หาได้เสมอภาคกันตามความเป็นจริงไปด้วยไม่ บุคคลแต่ละคนถ้ากระทำความผิดอย่างเดียวกัน ก็อาจได้รับโทษในอัตราตามกฎหมายอัตราเดียวกัน เรียกในบทมาตราต่างๆว่า “ระวางโทษ” ศาลกำหนดโทษสูงต่ำได้ภายในขอบเขตที่บัญญัติไว้ โดยมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดให้ยืดหยุ่น²⁰

3) โทษมีลักษณะเป็นการเฉพาะตัวบุคคล ซึ่งย่อมใช้ลงแก่บุคคลผู้กระทำความผิดเป็นคนๆ ไปเท่านั้น²¹ ความประสงค์ของการลงโทษต้องเป็นการตอบแทนการกระทำความผิดของผู้กระทำ อันมีลักษณะดำเนินผู้ถูกกระทำว่าได้กระทำในสิ่งที่ไม่สมควรในสังคมและไม่ควรกระทำอีก ในกรณีนี้ทำให้โทษแตกต่างจากวิธีการเพื่อความปลอดภัย คือ โทษทางอาญามีลักษณะที่เป็นผลร้าย ซึ่งเป็นการดำเนินผู้กระทำ แต่วิธีการเพื่อความปลอดภัยเป็นวิธีการกระทำต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เพื่อป้องกันสังคมให้ปลอดภัย จึงไม่มีลักษณะดำเนินการกระทำ²²

3.2.2 แนวความคิดเกี่ยวกับการลงโทษ

1. แนวความคิดเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญา

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการที่มนุษย์มาอยู่รวมกันในสังคมย่อมจะต้องมีทั้งคนดีและคนไม่ดี เมื่อบุคคลใดฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ของสังคม บุคคลนั้นก็ต้องได้รับโทษ การลงโทษจึงถือเป็นสิ่งจำเป็นที่ทุกสังคมจะต้องมี ซึ่งการลงโทษนั้นก็มีอยู่หลากหลายวิธีด้วยกัน รวมทั้งแนวคิดในการลงโทษก็มีอยู่หลายแนวคิด ในที่นี้จะขอกล่าวเฉพาะที่สำคัญ ดังนี้

¹⁸จิตติ ดิงศภัทย์. (2546). เล่มเดิม. น. 1014-1015.

¹⁹แหล่งเดิม. น. 1015.

²⁰แหล่งเดิม. น. 1021-1022.

²¹แหล่งเดิม. น. 1022.

²²ณรงค์ ใจหาญ. เล่มเดิม. น.25

1) แนวความคิดการลงโทษของเจเรมี เบนแธม (Jeremy Bentham)

เบนแธม มีความเห็นว่า มนุษย์ทุกคนถ้ามีสติปัญญาหรือฉลาดพอสมควร ไม่ใช่ทึบหรือโรคจิตทรมานแล้ว มักจะต้องปรารถนาความสุขให้มากที่สุดเท่าที่จะมากได้ และให้ได้รับความทุกข์น้อยที่สุดเท่าที่จะน้อยได้ เบนแธมจึงได้นำแนวความคิดนี้ปรับกับทัณฑวิทยาโดยเสนอแนะว่า โทษสำหรับการกระทำความผิดนั้น กฎหมายควรกำหนดไว้ให้ผู้กระทำความผิดต้องได้รับความทุกข์ทรมานให้สาสม หรือมากยิ่งขึ้นกว่าความพอใจที่เขาได้รับจากการกระทำความผิด หรือประกอบอาชญากรรมนั้น โดยจะส่งผลให้คนในสังคมเกิดความเกรงกลัวและไม่กล้าประกอบอาชญากรรมขึ้นอีก²³

โดยเบนแธม เป็นผู้นำแนวความคิดที่ว่า ระบบลงโทษเป็นประโยชน์ (Systeme Utilitaire) ซึ่งถือว่าการที่ลงโทษผู้กระทำความผิดก็เพราะว่าการลงโทษนั้นมีประโยชน์ และเป็นการจำเป็นที่จะต้องลงโทษเพื่อป้องกันมิให้ชุมชนถูกบ่อนทำลาย²⁴ กล่าวคือ อาจเป็นการป้องกันโดยทั่วไป คือ ขู่มิให้คนทั้งหลายกระทำความผิด ถ้าทำผิดจะถูกลงโทษ หรือเป็นการป้องกันโดยเฉพาะ คือ ลงโทษผู้ที่กระทำความผิดโดยเอาตัวคุมขังไว้ไม่ให้ทำผิดขึ้นอีก ไม่ให้ปะปนถ่ายทอดนิสัยชั่วให้คนอื่น และคดนิสัยให้กลับเป็นคนดีต่อไป โดยเน้นผลในทางป้องกันการกระทำความผิดมิให้เกิดขึ้นอีก โทษจึงอาจรุนแรงไม่ได้ส่วนสัมพันธ์กับความผิดที่ได้กระทำความผิด โดยก่อนที่จะมีการลงโทษผู้กระทำความผิดอย่างรุนแรงหรือเด็ดขาดนั้น จะต้องให้ประชาชนยอมรับและเห็นชอบด้วยการกำหนดโทษนั้น ก่อนที่จะมีผลใช้บังคับต่อไป ทั้งนี้ ผู้กำหนดโทษจะต้องไม่เป็นบุคคลที่เห็นแก่พวกหรือผู้เสียหาย เพราะบุคคลที่เห็นแก่พวกนั้นมักจะลงโทษผู้ที่ไม่ใช่พวกตนอย่างรุนแรง แต่ลงโทษพวกตนเองเพียงเบาบาง ส่วนบุคคลที่เป็นผู้เสียหายนั้นอาจวางโทษโดยเห็นแก่การแก้แค้น²⁵

เบนแธม ยังกล่าวอีกว่า การกระทำให้ประชาชนกลัวไม่กล้ากระทำความผิดอาญานั้น จะต้องบังคับโทษโดยมีลักษณะ 4 ประการดังนี้²⁶

ก) การลงโทษจะต้องแน่นอน (certainty) หมายความว่า จะต้องลงโทษแก่บุคคลทุกคนที่ฝ่าฝืนกฎหมาย ดังนั้น บุคคลใดที่ทำผิดจะต้องถูกฟ้องและถูกลงโทษตามกฎหมาย

ข) การลงโทษจะต้องมีความรุนแรง (severity) หมายความว่า ความร้ายแรงของโทษที่จะต้องลงแก่ผู้กระทำความผิดจะต้องร้ายแรงพอที่จะยับยั้งความต้องการในการกระทำความผิด

²³ อัจฉริยา ชูตินันท์. (2557). *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา*. น. 140

²⁴ จิตติ ดิงศภัทย์. เล่มเดิม. น. 9.

²⁵ ประเทือง ธนียผล. (2552). *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา*. น. 52.

²⁶ ณรงค์ ใจหาญ. เล่มเดิม. น. 29.

ค) การลงโทษต้องกระทำโดยฉับไว (celerity) หมายความว่า กระบวนการพิจารณาและลงโทษนั้นจะต้องกระทำไปโดยรวดเร็ว มิใช่รอไว้เป็นเวลานานจนคนทั่วไปลืมนึกว่าบุคคลนี้ได้กระทำความผิดอย่างไร

ง) การลงโทษต้องกระทำโดยเปิดเผยต่อสาธารณชน (publicity) หมายความว่า การลงโทษจะต้องกระทำให้สาธารณชนได้เห็นหรือรับทราบ เพื่อผลของการข่มขู่บุคคลทั่วไป

แนวความคิดการลงโทษของเอ็มมานูเอล ค้านท์ (Immanuel Kant)

ค้านท์ เป็นผู้นำแนวความคิดระบบศีลธรรม (Systeme Moral) ซึ่งถือว่าเมื่อมีการกระทำผิดทำลายความสงบขึ้น ก็เป็นความยุติธรรมที่จะต้องลงโทษตอบแทน (expiation) เพื่อความสงบเรียบร้อยกลับคืนมา โทษจึงมีส่วนสัมพันธ์กับความร้ายแรงของความผิด²⁷ โทษเป็นสิ่งจำเป็นทางความรู้สึกผิดชอบ โทษเป็นการตอบแทนความยุติธรรมที่ถูกประทุษร้าย เพราะหากความยุติธรรมและสิทธิของมนุษย์ถูกทำลายลงชีวิตของมนุษย์ก็จะมีคุณค่าอะไรเหลืออยู่ในโลกเลย การลงโทษผู้กระทำความผิดจึงไม่ควรคำนึงถึงผลที่จะเกิดขึ้นในประการอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็ผลที่เกิดขึ้นกับตัวอาชญากรหรือต่อสังคม แต่คำนึงเพียงว่าเมื่อมีการกระทำผิดก็ต้องมีการลงโทษ เพราะกฎหมายอาญาเป็นคำสั่งเด็ดขาด (the penal law in a categorical imperative)²⁸ ดังนั้น การลงโทษทางอาญาก็ยังถือว่าเป็นสิ่งที่จำเป็นอยู่แม้ว่ารัฐและสังคมจะไม่มีอยู่อีกต่อไป

ค้านท์ เห็นว่า ฆาตกรที่อยู่ในคุกเป็นคนสุดท้ายก็ยังคงต้องถูกตัดสินประหารชีวิต²⁹ แต่แนวความคิดนี้ก็ยังบกพร่องโดยคำนึงถึงแต่ผลร้ายที่เกิดจากการกระทำความผิด มิได้คำนึงถึงจิตใจของผู้กระทำที่ได้กระทำความผิดลงโดยเหตุหรือพฤติการณ์ต่างๆ ที่ไม่เหมือนกัน

3) แนวความคิดการลงโทษของฌอง ชัก รูสโซ (Jean Jacques Rousseau) และซีซาร์ เบ็คคาเรีย (Cesare Beccaria)

รูสโซ เห็นว่า สภาวะตามธรรมชาตินั้นเป็นสภาวะที่มนุษย์ไม่มีความมั่นคงในชีวิตและเสรีภาพ คือ ไม่มีหลักประกันที่แน่นอน การจะมีหลักประกันเสรีภาพที่แน่นอนได้นั้นจำเป็นต้องมีการทำสัญญาประชาคม (Social Contract) ในลักษณะที่แต่ละคนต่างต้องยอมสละสิทธิและเสรีภาพที่ตนมีโดยไม่จำกัดในสภาพธรรมชาติเสีย แล้วยอมรับสภาพที่มีสิทธิเสรีภาพที่มีข้อจำกัดตามกฎหมาย รัฐซึ่งเกิดขึ้นจากการทำสัญญาประชาคมจะทำหน้าที่รักษาความสงบและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของทุกคน บุคคลที่ฝ่าฝืนกฎหมายถือว่าเป็นการฝ่าฝืนความเห็นร่วมของคนส่วนใหญ่ในสังคม จึงควรถูกลงโทษซึ่งกระทำโดยองค์กรที่ทำหน้าที่บริหารกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

²⁷จิตติ ดิงศภัทย์, เล่มเดิม. น. 9.

²⁸โถง ปราศจากศัตรู. (2549). การนำมาตรการอื่นมาทดแทนการกักขังแทนค่าปรับในโทษทางอาญา. น. 9.

²⁹สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. (2548). การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ (รายงานผลการวิจัย). น. 8.

ดังนั้น อำนาจการลงโทษจึงเป็นของรัฐเป็นอำนาจป้องกันตัวที่บุคคลโอนมาให้รัฐ ซึ่งต่อมา กลายเป็นแนวความคิดในระบบสัญญา (Systeme Contractuel) โดยเบ็คคาเรีย เป็นผู้ที่เห็นด้วย กับแนวความคิดของรูสโซ โดยให้หลักเรื่องความแน่นอนในการลงโทษไว้ 2 ประการ คือ³⁰

ก) การลงโทษที่จะได้ผลนั้นมีได้อยู่ที่ความรุนแรงของโทษ หากแต่อยู่ที่ความแน่นอนว่า เมื่อผู้ใดได้กระทำผิดขึ้นแล้วจะต้องได้ตัวผู้นั้นมาลงโทษ แม้จะกำหนดโทษหนัก เช่น ประหารชีวิต แต่ถ้าไม่แน่ว่าจะได้ตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษเช่นนั้นแล้ว โทษนั้นก็ไม่มีผลที่จะลงแก่ผู้ใดได้

ข) อำนาจลงโทษนั้นทำได้แต่เพียงที่จำเป็น เพื่อป้องกันสังคมให้มั่นคงอยู่เท่านั้น เกินกว่านั้นไปแล้วไม่มีความชอบธรรมที่จะลงโทษอีกได้ การลงโทษจึงกระทำเพื่อให้ตัวผู้ได้รับโทษ เช็ดหลาบไม่กระทำผิดต่อไป และให้เป็นเยี่ยงอย่างแก่ผู้อื่นมิให้กระทำผิดเช่นนั้นขึ้นบ้างเท่านั้น ทั้งต้องได้สัดส่วนกับความผิดที่กระทำลงนั้นด้วย

เบ็คคาเรีย เห็นว่า ทุกคนควรเท่ากันในทัศนะของกฎหมาย ในการที่จะลงโทษผู้กระทำ ความผิดควรพิจารณาแต่กรรมที่เขาได้ประกอบเท่านั้น ไม่ควรคำนึงถึงว่าผู้นั้นจะเป็นผู้ใด เพราะ ถือว่าทุกคนกระทำอะไรลงไปโดยมีเจตจำนงอิสระ (free will)³¹ จึงต้องกำหนดโทษให้เหมาะสม กับความผิด (punishment to fit the crime) แต่อย่างไรก็ดี ทฤษฎี free will ยังมีข้อบกพร่องซึ่งเป็น เพราะหัวใจของทฤษฎีนี้ เป็นเรื่องที่กฎหมายสันนิษฐานไว้ว่า ทุกคนมีความสามารถในการคิดไตร่ตรอง ได้เท่ากันหมด ดังนั้น เมื่อละเมิดกฎหมายทุกคนย่อมต้องได้รับโทษเท่ากัน โดยลืมความจริงไปข้อหนึ่ง ว่า มนุษย์แต่ละคนนั้น ความจริงมีความรู้ผิดชอบ สติปัญญาไม่เท่ากัน ซึ่งตามทฤษฎีนี้ ถือว่า การกำหนดโทษไว้ให้เหมาะสมกับความผิด และโทษตายตัวซึ่งเมื่อผู้ใดกระทำความผิดนั้น ย่อมต้องรับโทษเช่นนั้นเหมือนกันหมด จุดอ่อนของทฤษฎีนี้มีผลทำให้ได้รับการคัดค้าน โดยทำให้นักอาชญาวิทยารุ่นต่อมาได้เปลี่ยนแนวคิดที่ไม่เห็นด้วยกับทฤษฎีที่ “ต้องกำหนดโทษให้เหมาะสม กับความผิด” มานิยมแนวความคิดใหม่ที่เห็นว่า “ต้องกำหนดโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิด” (punishment to fit the criminal) ซึ่งเห็นว่ามีเหมาะสมและคำนึงถึงความเป็นจริงมากกว่า³²

4) แนวความคิดการลงโทษของคริสเตียน โทมาซิอุส (Christian Thomasius)

โทมาซิอุส เห็นว่า กฎหมายเป็นเรื่องของรัฐ กฎหมายจะบังคับได้แก่สิ่งภายนอกที่เห็น ชัดเจนให้แก่ความประพฤติ การฝ่าฝืนข้อห้ามเป็นเหตุให้ถูกลงโทษ แต่การลงโทษต้องเป็น การลงโทษการกระทำของคนมิใช่ลงโทษความคิดของคน ดังนั้นอำนาจของบ้านเมืองจึงไม่อาจ ไปยุ่งกับเรื่องความคิดมโนธรรมภายในซึ่งเป็นเรื่องศีลธรรม ไม่อาจใช้วิธีการที่ทรมาณ วิธีการ

³⁰จิตติ ดิงศภัทย์. หน้าเดิม.

³¹ประเทือง ธนียผล. เล่มเดิม. น. 51.

³²อัจฉริยา ชุตินันท์. เล่มเดิม. น. 141.

ที่ทารุณโหดร้าย เพื่อให้เขาสามารถได้รับผิดเพราะความเห็น ความเชื่อต่างกัน เพราะนอกจากจะฝ่าฝืนต่อหลักศักดิ์ศรีของมนุษย์แล้ว การทรมานยังเป็นการลงโทษผู้ต้องหาก่อนที่จะมีการพิสูจน์ความผิด การทรมานจึงเป็นวิธีการที่ไม่ชอบในการที่จะใช้เพื่อแสวงหาความจริง³³

2. แนวความคิดเกี่ยวกับการลงโทษตามความยุติธรรม

แนวความคิดเกี่ยวกับการลงโทษตามความยุติธรรมนี้มีมาตั้งแต่สมัยกรีกโบราณแล้ว โดยมีผู้กล่าวถึงการลงโทษตามความยุติธรรมไว้หลายท่าน แต่ในที่นี้จะขอกกล่าวถึงเฉพาะแนวความคิดของอริสโตเติล (Aristotle) และจอห์น รอลส์ (John Rawls) เท่านั้น

1) แนวความคิดของอริสโตเติล (Aristotle)

อริสโตเติล มหาปราชญ์ยุคกรีกโบราณ (384-322 B.C.) ได้กล่าวถึงความยุติธรรมในการแบ่งสันปันส่วนว่า หมายถึง ความยุติธรรมที่เกี่ยวข้องกับการแบ่งสันปันส่วนทรัพย์สิน สิทธิหน้าที่ เกียรติยศ หรืออำนาจในสังคมภายใต้หลักเรื่องความเสมอภาค (equality) แต่ความเสมอภาคในที่นี้หลักใหญ่ใจความหมายถึง ความเสมอภาคตามสัดส่วน (proportional equality) กล่าวคือ การแบ่งสันปันส่วนสิ่งอันบุคคลทั่วไปปรารถนานั้นมิใช่การกระทำต่อทุกคนเสมอกันหมด แต่ต้องคำนึงถึงความแตกต่างของแต่ละบุคคลทั้งในแง่ของคุณธรรม ความสามารถ หรือผลของงานต่างๆ ด้วยเหตุนี้การจัดสรรทรัพย์สิน เกียรติยศ ตำแหน่ง หรืออำนาจต่างๆ แก่สมาชิกในสังคมจึงย่อมแตกต่างกันที่มีความสามารถหรือผลงานเสมอกันเท่านั้นที่สมควรได้รับผลตอบแทนเท่ากัน (equal distribution among equals) กล่าวโดยสรุปก็คือ ความยุติธรรมกำหนดบังคับให้มีการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันต่อคนที่เท่ากัน และปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันต่อคนที่ไม่เท่ากัน ความยุติธรรมจึงเป็นเรื่องของเหตุผลหรือกฎเกณฑ์และเกิดขึ้นจากการให้ (สิ่งใดสิ่งหนึ่ง) แก่บุคคลแต่ละคนตามที่เหมาะสมแก่บุคคลนั้นๆ³⁴

2) แนวความคิดของจอห์น รอลส์ (John Rawls)

ความยุติธรรมทางสังคม (social justice) มีความหมายเดียวกันกับคำว่า ความยุติธรรมในการแบ่งสันปันส่วน หรือ ความยุติธรรมทางเศรษฐกิจ จอห์น รอลส์ (John Rawls) นักปรัชญาร่วมสมัย กล่าวว่า นอกจากรายได้และความมั่งคั่งสมบูรณ์ (wealth) แล้ว โอกาสและสิ่งอันเป็นรากฐานของการเคารพนับถือตัวเอง นับได้ว่าเป็นสิ่งอันมีคุณค่าในสังคมซึ่งเป็นวัตถุประสงค์แรกของการแบ่งสันปันส่วนในสังคมอย่างเป็นธรรม กล่าวคือ ต้องเป็นไปอย่างเสมอภาค เว้นแต่การแบ่งสันปันส่วนใดๆ อย่างไม่เสมอภาค ในสิ่งดังกล่าวนี้จะนำไปเพื่อผลประโยชน์ของคนทุกคน รอลส์ สรุปว่าหลักความยุติธรรมที่มนุษย์ใน “จุดเริ่มต้น” ประกอบด้วยหลักการสำคัญ 2 ข้อ คือ

³³ปรีดี เกษมทรัพย์. (2551). *นิติปรัชญา*. น. 216.

³⁴จรัญ โฆษณานันท์. (2550). *นิติปรัชญา*. น. 388.

ก) มนุษย์แต่ละคนจำเป็นต้องมีสิทธิเท่าเทียมกันในเสรีภาพขั้นพื้นฐานอย่างมากที่สุด ซึ่งเทียบเคียงได้กับเสรีภาพอันคล้ายคลึงกันในบุคคลอื่น หมายถึง เสรีภาพทางการเมือง เสรีภาพส่วนบุคคล สิทธิในการครอบครองทรัพย์สินส่วนตัว และเสรีภาพจากการปลดจากการจับกุมหรือควบคุมโดยพลการ ตามที่ปรากฏในแนวคิดเรื่องหลักนิติธรรม

ข) ความไม่เสมอภาคทางเศรษฐกิจและสังคม จำต้องได้รับการจัดระเบียบให้เป็นธรรม เพื่อให้ความไม่เสมอภาคดังกล่าวเป็นประโยชน์มากที่สุดแก่คนที่เสียเปรียบหรือด้อยโอกาสที่สุดในสังคม และเปิดกว้างหรือเกิดขึ้นได้ต่อคนทุกคนไม่ว่าในตำแหน่งใด ภายใต้เงื่อนไขของความเสมอภาคที่เป็นธรรมในโอกาส³⁵

3.3 ทฤษฎีเกี่ยวกับวัตถุประสงค์การลงโทษ

เมื่อมีการกระทำความผิดขึ้นในสังคม สังคมจะต้องหาวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่งในการจัดการกับคนที่ทำผิดหรือละเมิดกฎเกณฑ์ของสังคม เพราะหากสังคมไม่จัดการกับคนที่ทำผิดก็เท่ากับว่าสังคมยอมรับการกระทำผิดดังกล่าว แต่การที่สังคมจะจัดการกับคนที่กระทำความผิดอย่างไรนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับความเชื่อของสังคมในแต่ละยุคแต่ละสมัยเกี่ยวกับสาเหตุของการกระทำความผิดและเหตุผลที่จะต้องจัดการหรือปฏิบัติกับคนที่กระทำความผิด ซึ่งจะเปลี่ยนไปตามยุคตามสมัย ตามสถานการณ์ โดยสังคมในแต่ละยุคแต่ละสมัยจะมีจุดเน้นในวัตถุประสงค์ของการลงโทษและวิธีการที่จะปฏิบัติหรือลงโทษต่อคนที่กระทำความผิดแตกต่างกันออกไป โดยตั้งอยู่บนทฤษฎีในการลงโทษผู้กระทำความผิดต่างๆ ซึ่งได้พัฒนาขึ้นเป็นลำดับ ดังจะเห็นได้ว่าวิธีการลงโทษในอดีตนั้นจะทารุณโหดร้าย ตอบแทนแก่เส้นผู้กระทำความผิด ข่มขู่ผู้กระทำความผิดและผู้อื่น แต่ในปัจจุบันนั้นจะมุ่งเน้นการแก้ไขพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดมากกว่าการลงโทษให้หลบจำ แต่เพียงอย่างเดียว ทั้งนี้เพราะการลงโทษโดยวิธีการแก้แค้นทดแทน รวมทั้งการลงโทษโดยวิธีการข่มขู่เป็นการมุ่งเน้นในการตัดความสัมพันธ์ของผู้กระทำความผิดให้ออกจากสังคมและเกรงกลัวต่อความผิดที่ตนได้กระทำขึ้น ทำให้ผู้กระทำความผิดไม่สามารถเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของตนไปในทางที่ดีขึ้นได้ จึงก่อให้เกิดมาตรการต่างๆ ในการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดให้กลับคืนสู่สังคมต่อไป

³⁵ประเสริฐ ตันศิริ. (2547). *เอกสารประกอบคำบรรยายกระบวนวิชานิติปรัชญา (ส่วนที่ 1)*. น. 30-31.

ดังนั้น ในการลงโทษผู้กระทำความผิดจำเป็นต้องพิจารณาถึงทฤษฎีในการลงโทษต่อผู้กระทำความผิดซึ่งแต่ละทฤษฎีจะสนองตอบต่อวัตถุประสงค์ในการลงโทษผู้กระทำความผิดที่แตกต่างกัน โดยแต่ละทฤษฎีนั้นไม่ว่าจะสนองตอบต่อวัตถุประสงค์ในการลงโทษผู้กระทำความผิดได้ทั้งหมด การลงโทษผู้กระทำความผิดที่มีประสิทธิภาพจึงต้องนำทฤษฎีต่างๆ หลายๆ ทฤษฎีมาใช้เพื่อลงโทษผู้กระทำความผิด เพื่อก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดทั้งในแง่ของผู้กระทำความผิดและในแง่ของสังคม ทฤษฎีในการลงโทษผู้กระทำความผิดแยกพิจารณาได้ 4 ทฤษฎี ดังนี้

3.3.1 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทน (Retribution)

การลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนเป็นรูปแบบการลงโทษที่เก่าแก่และแพร่หลายที่สุด มีมาตั้งแต่สมัยมนุษย์ยังเป็นสังคมป่าเถื่อน รูปแบบการลงโทษก็จะมีลักษณะรุนแรงป่าเถื่อน เช่น การตัดอวัยวะ การเขียนตี ทรมาน และการประหารชีวิต แต่การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนก็มีวัตถุประสงค์ที่สอดคล้องกับความรู้สึกของผู้เสียหายและประชาชนโดยทั่วไปที่ต้องการจะเห็นคนที่ทำร้ายผู้อื่นได้รับผลร้ายเช่นกัน เป็นการกระทำตอบแทนต่อการกระทำความผิด³⁶ หรือเป็นการลงโทษที่ชดเชยและให้สาสมกับความผิดเพื่อให้เกิดความยุติธรรมตามหลัก “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” (an eye for an eye, a tooth for a tooth)³⁷ ซึ่งหลักดังกล่าวเป็นหลักพื้นฐานของทฤษฎีแก้แค้นทดแทน³⁸ มีแนวคิดมาจากการที่เชื่อว่าบุคคลทั่วไปมีเจตจำนงอิสระ (free will) ในการตัดสินใจกระทำการอย่างใดๆ ดังนั้น จึงต้องรับผิดชอบต่อการกระทำนั้นๆ ของตน เมื่อกระทำผิดแล้วก็ต้องรับโทษให้สาสมกับความผิด³⁹

ตามทฤษฎีแก้แค้นทดแทน การลงโทษทางอาญาไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะสร้างให้เกิดประโยชน์ใดๆ ขึ้นในสังคม แต่การลงโทษทางอาญามีไว้เพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนอย่างเป็นทางการต่อการกระทำความผิดที่ผู้กระทำได้กระทำไป ทฤษฎีนี้มีชื่อเรียกอีกอย่างว่า “ทฤษฎีเด็ดขาด” (Absolute Theorie) ทั้งนี้เพราะการลงโทษตามทฤษฎีดังกล่าวไม่ได้คำนึงถึงผลของการลงโทษที่จะเกิดขึ้นในสังคม⁴⁰

³⁶จิตติ ดิงศรัทียี. เล่มเดิม. น. 12.

³⁷นันทิ จิตสว่าง. (2548). *หลักทัณฑ์วิทยา*. น. 24.

³⁸Vgl. Roxin, Strafrecht. (1997). *Allgemeiner Teil, Band I, 3. Auflage*, Paragraph 3, หัวข้อ 2 อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. เล่มเดิม. น. 8.

³⁹ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2544). *กฎหมายอาญา หลักและปัญหา*. น. 349.

⁴⁰Vgl. Roxin, Strafrecht. Loc.cit. อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. เล่มเดิม. น. 8.

นอกจากนี้ ยังมีคำกล่าวของค่าน้ำว่า “การลงโทษตอบแทนแก้แค้นผู้กระทำความผิดที่เป็นสัดส่วนเหมาะสมกับความรุนแรงแห่งอาชญากรรม ย่อมถือเป็นสิทธิอันชอบธรรม”⁴¹ โดยค่าน้ำ เห็นว่า โทษที่ผู้กระทำความผิดได้รับจะต้องได้สัดส่วนพอดีทั้งสภาพและความหนักเบาของความผิดของเขา ดังนั้น หลักการพิจารณาในเรื่องสัดส่วนของโทษจะต้องพิจารณาถึงสภาพและความหนักเบาของความผิด ซึ่งประกอบด้วยความร้ายแรงของความเสียหายในทางการกระทำ และผลต่อสังคมอันเกิดจากการกระทำความผิดนั้น

1. เงื่อนไขของการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทน

การลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 3 ประการ⁴² คือ

1) การลงโทษต้องเป็นการทดแทนความเสียหาย (vindication)

จากการที่ผู้กระทำความผิดได้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ดังนั้น การลงโทษจึงต้องกระทำลงไปเพื่อเป็นการทดแทนหรือแก้แค้นให้แก่ผู้เสียหาย และต้องทำให้ผู้เสียหายรู้สึกพอใจและคิดว่าเป็นการกระทำที่ยุติธรรมแล้ว การลงโทษโดยคำนึงถึงความพอใจของผู้เสียหายนี้จะทำให้ผู้เสียหายยอมรับว่าการลงโทษ โดยรัฐเป็นความชอบธรรม และยอมรับว่าการแก้แค้นผู้กระทำความผิดไม่ใช่หน้าที่ของเอกชนแต่เป็นหน้าที่ของรัฐ

2) การลงโทษต้องกระทำเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม (fairness)

การลงโทษผู้กระทำความผิดเป็นการทำให้ผู้ที่กระทำความผิดและบุคคลที่เชื่อฟังกฎหมายตระหนักว่า บุคคลที่ละเมิดกฎหมายจะต้องถูกดำเนินคดีและจะต้องถูกลงโทษ ด้วยเหตุนี้ การลงโทษผู้กระทำความผิดจึงควรมีความรุนแรงเทียบเท่ากับการที่ผู้กระทำความผิดฝ่าฝืนต่อกฎหมายนั้น โดยถือว่าผู้กระทำความผิดได้จ่ายหนี้อันเกิดจากการทำความผิดให้แก่คนทุกคนที่เชื่อฟังกฎหมายซึ่งเป็นสมาชิกในสังคมนั้น และเมื่อจ่ายแล้วเขาก็กลับคืนสู่สังคมในฐานะที่เป็นพลเมืองดีและมีฐานะเท่ากับคนอื่น อย่างไรก็ตาม การชดใช้การกระทำความผิดนี้มิใช่เป็นเรื่องระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้ปฏิบัติตามกฎหมาย แต่เป็นเรื่องระหว่างรัฐกับผู้กระทำความผิด เพราะฉะนั้นผู้กระทำความผิดยังคงต้องรับโทษจากการที่ตนได้กระทำความผิด แม้ว่าผู้เสียหายจะยกโทษให้ผู้นั้นแล้ว

3) การลงโทษจะต้องได้สัดส่วนกับความผิด (proportionality)

จำนวนโทษที่ผู้กระทำความผิดควรจะได้รับจะต้องเท่ากันกับความเสียหายที่เขาได้กระทำลงจากการกระทำความผิดนั้น

⁴¹ประเสริฐ เมฆมณี. เล่มเดิม. น. 57.

⁴²ณรงค์ ใจหาญ. เล่มเดิม. น. 21-25.

2. ข้อดีและข้อเสียของการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทน

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทนมีทั้งข้อดีและข้อเสีย⁴³ กล่าวคือ

1) ข้อดีของทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน คือ การวางกรอบระดับของการลงโทษ การลงโทษจะต้องได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด ดังนั้น จึงเป็นการด้อยห้ามที่จะลงโทษให้หนักในการกระทำความผิดเพียงเล็กน้อย

2) ข้อเสียของทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน มีดังนี้

ก) การลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทน ไม่ได้มองถึงประโยชน์ในอนาคต กล่าวคือ ไม่ได้พิจารณาถึงการลงโทษนั้นจะมีผลในการป้องกันไม่ให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นอีกหรือไม่และไม่คำนึงถึงการแก้ไขผู้กระทำความผิดตามหลักการป้องกันสังคมที่มีประสิทธิภาพ การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนมิได้ทำให้เกิดผลอะไรกลับคืนมา

ข) การลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทน ไม่ได้คำนึงถึงความจำเป็นของสังคม แต่คำนึงถึงความเหมาะสมของโทษกับความผิดที่ได้กระทำ ฉะนั้นเมื่อได้ลงโทษผู้กระทำความผิดตามอัตราโทษแล้ว ก็ต้องปล่อยตัวออกมาต่างๆ ที่ยังเป็นอันตรายต่อสังคมอยู่ เช่น การตัดมือผู้กระทำความผิดฐานลักทรัพย์ สังคมจะไม่ได้อะไรจากการลงโทษดังกล่าว นอกจากคนพิการให้สังคมจะต้องเป็นการระเลี่ยงคู่ต่อไป

ค) เป็นการยากที่จะวัดขนาดความรุนแรงของโทษกับความผิดว่ามีความเท่าเทียมกันจริงหรือไม่ เพราะในสภาพความเป็นจริงสังคมไม่มีมาตรการใดๆ ที่จะลงโทษให้ได้สัดส่วนกับความผิดอย่างแท้จริงได้ เช่น กรณีการลักทรัพย์ การลงโทษอย่างไรจึงจะสาสม หากจะใช้การจำคุกจะต้องลงโทษที่ปีจึงจะทดแทนกันได้ เป็นเรื่องของความรู้สึกทั้งสิ้น ยังไม่มีมาตรฐานใดๆ ที่จะวัดว่าเท่าเทียมกันได้ ปัญหาจึงเกิดขึ้นว่าผู้กระทำความผิดถูกลงโทษอย่างยุติธรรมหรือผู้เสียหายได้รับการตอบแทนที่ยุติธรรมหรือไม่

โดยสรุป ทฤษฎีการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทนเป็นทฤษฎีที่นำแนวความคิดในเรื่องการแก้แค้น ซึ่งเป็นความคิดดั้งเดิมของมนุษย์มาผสมผสานกับหลักความยุติธรรมในปัจจุบัน โดยเสนอว่าการลงโทษเป็นการทดแทนความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายเพื่อให้ผู้เสียหายพอใจ และเพื่อเป็นการข่มขู่ให้คนทุกคนเชื่อและปฏิบัติตามกฎหมาย โดยถือว่าเป็นหน้าที่ต้องผูกพันในสังคม⁴⁴ ซึ่งแม้ปัจจุบันทฤษฎีการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทนจะไม่นิยมอีกต่อไป โดยเหตุผลว่าเป็นสิ่งที่ล้าสมัยและไม่ชอบด้วยหลักมนุษยธรรม แต่วัตถุประสงค์ของการแก้แค้นทดแทนตามทฤษฎีนี้ก็ยังคงมีอยู่และมีการใช้มาโดยตลอด เพียงแต่การนำมาเป็นหลักในการพิจารณาโทษผู้กระทำความผิด

⁴³ นที จิตสว่าง. เล่มเดิม. น. 24-25.

⁴⁴ ณรงค์ ใจหาญ. เล่มเดิม. น. 25.

จะมากขึ้นเพียงใด ขึ้นอยู่กับสภาพสังคมและแนวโน้มนโยบายของผู้ปกครองในยุคนี้ๆ กอปรกับในสภาพจิตใจของมนุษย์ทั่วไปคงปฏิเสธไม่ได้ว่ายังคงมีความต้องการให้ผู้กระทำความผิด ได้รับโทษ เพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนอยู่ด้วยเสมอ

3.3.2 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อการข่มขู่และยับยั้งอาชญากรรม (Deterrence)

การลงโทษเพื่อการข่มขู่หรือยับยั้งอาชญากรรมนี้เพิ่งปรากฏในปลายศตวรรษที่ 18 ตามแนวคิดของสำนักอาชญาวิทยาดั้งเดิม (Classical School) ซึ่งเชื่อว่าการกระทำผิดเกิดขึ้นจากการที่คนไม่เกรงกลัวต่อกฎหมายหรือการบังคับใช้กฎหมายอ่อนแอ การลงโทษจึงควรมีขึ้นเพื่อป้องกันการกระทำความผิด ซึ่งถือว่าเป็นก้าวใหม่ในการพัฒนาระบบการลงโทษครั้งสำคัญในยุโรป เป้าหมายหลักของการลงโทษเป็นไปเพื่อให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวเด็ดขาดไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก และเพื่อแสดงให้บุคคลทั่วไปได้เห็นว่า การกระทำผิดนั้นย่อมจะต้องได้รับการลงโทษเสมอ ซึ่งนับเป็นการข่มขู่หรือปรามบุคคลทั่วไปมิให้ก่ออาชญากรรมขึ้นในสังคม

เบนแธมและเบ็คคาเรียมีความเห็นพ้องต้องกันว่า การลงโทษที่สมเหตุสมผลนั้นมีใช้การกระทำที่ทรามแก่ผู้กระทำความผิด แต่เป็นการลงโทษที่มีผลเพียงพอต่อการข่มขู่หรือปรามมิให้ผู้กระทำความผิดในลักษณะเดียวกันขึ้นอีก⁴⁵

1. ผลของการลงโทษเพื่อการข่มขู่หรือยับยั้ง

เบ็คคาเรียกล่าวว่า การลงโทษต้องมุ่งผลในทางป้องกัน ซึ่งผลของการลงโทษก่อให้เกิดการข่มขู่ยับยั้ง 2 ลักษณะ ดังนี้

ก) การข่มขู่ยับยั้งโดยทั่วไป

การข่มขู่ยับยั้งโดยทั่วไปเป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อข่มขวัญ เป็นการป้องกันสังคมโดยการปรามปรามมิให้ผู้กระทำความผิดนั้นคิดทำผิดขึ้นอีก⁴⁶ หรือป้องกันมิให้คนอื่นในสังคมกระทำความผิดแบบเดียวกันเพราะเกรงกลัวต่อการลงโทษ ด้วยความเชื่อที่ว่า การลงโทษผู้กระทำความผิดคนหนึ่งจะสามารถยับยั้งมิให้คนอื่นกระทำความผิดเช่นนั้นอีก เป็นการสร้างความมั่นคงให้แก่ชุมชนและสังคม เช่น การลงโทษจำคุกจะทำให้คนทั่วไปเห็นว่าทำผิดแล้วต้องติดคุกต้องลำบาก ทำให้เกิดความเกรงกลัว ไม่กล้าทำผิดเพราะเห็นแบบอย่าง⁴⁷

ข้อสังเกต ทฤษฎีการข่มขู่ยับยั้งประเภทโดยทั่วไปนี้ น่าจะเปรียบเทียบกับได้กับ “ทฤษฎีการป้องกันทั่วไป (die Theorie der Generalpraevention)” ของประเทศเยอรมัน โดย ROXIN นักวิชาการชาวเยอรมันได้กล่าวไว้ว่า วัตถุประสงค์ของการลงโทษตามทฤษฎีการป้องกันทั่วไปนี้

⁴⁵ ประเสริฐ เมฆมณี. เล่มเดิม. น. 60.

⁴⁶ จิตติ ดิงศภัทย์. เล่มเดิม. น. 12.

⁴⁷ นัทธี จิตสว่าง. เล่มเดิม. น. 26.

ไม่ได้อยู่ที่การแก้แค้นทดแทนหรือการที่โทษทางอาญามีผลต่อตัวประชาชนโดยทั่วๆ ไปที่จะเป็น การยับยั้งไม่ให้คนกระทำความผิด

ROXIN ยังกล่าวอีกว่า ทฤษฎีการป้องกันทั่วไปนั้นได้รับการพัฒนามาจาก PAUL JOHANN ANSELM v. FEUERBACH ช่วงปี 1775-1833 FEUERBACH ได้อธิบายทฤษฎีการป้องกัน ทั่วไปโดยอาศัยหลักทฤษฎีว่าด้วยการบังคับของจิตใจ (Theorie des Psychologischen Zwang) ที่ FEUERBACH ได้คิดค้นขึ้น กล่าวคือ FEUERBACH มองว่าจิตใจคนที่จะไปกระทำความผิดนั้น เปรียบเสมือนกับเวทีการต่อสู้ ซึ่งเป็นการต่อสู้ระหว่างความต้องการที่จะกระทำความผิดและ ความต้องการที่จะยับยั้งการกระทำผิดดังกล่าว และจะต้องทำให้คนที่ยังไม่ตัดสินใจว่าจะทำผิดหรือไม่ นั้น เกิดความรู้สึกที่จะไม่ยอมไปกระทำความผิดโดยวิธีการกำหนดโทษทางอาญา โดยจะต้องทำให้ ความรู้สึกดังกล่าวอยู่เหนือความรู้สึกที่อยากจะไปกระทำความผิดอาญาและโดยวิธีการนี้เองจึงเป็นทาง บังคับทางจิตใจเพื่อนำไปสู่การที่จะงดเว้น ไม่กระทำความผิด⁴⁸

โดยทฤษฎีการป้องกันทั่วไปได้แบ่งออกเป็น 2 มุมมอง คือการป้องกันทั่วไปทางลบและ การป้องกันโดยทั่วไปทางบวก กล่าวคือ ในมุมมองการป้องกันทั่วไปทางลบ (Der Negative Aspekt der Generalpraevention) นั้น ได้อธิบายอยู่บนแนวคิดที่ทำให้บุคคลอื่นเกิดความหวาดกลัว ที่จะไปกระทำความผิดอาญา ซึ่งเป็นมุมมองที่เป็นไปตามทฤษฎีว่าด้วยการบังคับของจิตใจของ FEUERBACH อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันแนวความคิดได้ตกผลึกแล้วว่าคนที่จะไปกระทำผิด เพียงบางส่วนเท่านั้นที่คิดเช่นนั้น และที่กลัวนั้นก็ไม่ได้กลัวว่าจะได้รับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ หากแต่กลัวว่าตัวเองจะมีความเสี่ยงในการถูกจับกุมเพียงใดมากกว่า ดังนั้น การที่จะให้ทฤษฎีว่าด้วย การป้องกันทั่วไปประสบผลสำเร็จจึงไม่ได้อยู่ที่การเพิ่มโทษ หากแต่อยู่ที่ประสิทธิภาพของการจับตัว ผู้กระทำความผิดมาดำเนินคดีให้ได้ ส่วนในมุมมองอีกด้านหนึ่งว่าด้วยการป้องกันทั่วไปทางบวกนั้น (Der Positive Aspekt der Generalpraevention) ได้อธิบายอยู่บนแนวคิดของการทำให้ประชาชน ทั่วไปเคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย ในปัจจุบันแนวคิดของการป้องกันทั่วไปในทางบวก มีความสำคัญมากกว่าแนวคิดของการป้องกันทั่วไปในทางลบ⁴⁹

เป้าหมายและผลที่เกิดขึ้นจากการป้องกันทั่วไปในทางบวก อาจแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท คือ

ผลในทางการเรียนรู้ (der Lerneffekt) หมายถึง ความเชื่อมั่นของประชาชนต่อระบบ กฎหมายที่เกิดขึ้นจากการบังคับโทษ

⁴⁸Vgl. Roxin, Strafrecht. Op.cit. หัวข้อ 21 อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. เล่มเดิม. น. 13-14.

⁴⁹Ibid. หัวข้อ 25 อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 14.

ผลทางความไว้วางใจ (der Vertrauenseffekt) ที่เกิดขึ้นเมื่อประชาชนมีความเชื่อมั่นต่อระบบกฎหมายหากประชาชนเห็นว่าได้มีการบังคับใช้กฎหมาย และ

ผลในทางความพอใจ (der Befriedigungseffekt) ที่จะเกิดขึ้นเมื่อผู้กระทำผิดถูกลงโทษ⁵⁰

ทฤษฎีการป้องกันทั่วไปมีข้อดีในแง่ที่ว่า เป็นทฤษฎีที่เน้นไปที่ภารกิจในแง่ของการป้องกันโดยตรง กล่าวคือ การป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิดอาญาขึ้น ซึ่งเป็นภารกิจหนึ่งของกฎหมายอาญา จึงต่างกับทฤษฎีแก้แค้นทดแทน และในแง่ของนโยบายทางสังคม (sozialpolitisch) ทฤษฎีดังกล่าว มีเป้าหมายของทฤษฎีดังกล่าวเพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิดอาญามาตั้งแต่เริ่มต้น⁵¹

ข) การข่มขู่ยับยั้งเฉพาะราย

การข่มขู่ยับยั้งเฉพาะรายเป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อให้ผู้กระทำความผิดนั้นเข็ดกลัวต่อการลงโทษ และไม่กล้ากลับมากระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก เนื่องจากได้รู้รสของความขากลำบากหรือความเจ็บปวดจากการถูกลงโทษ เป็นผลให้ต้องไตร่ตรองในการกระทำผิดว่าคุ้มค่าหรือไม่กับความเจ็บปวดที่เคยได้รับมา ปัจจุบันอาจกล่าวได้ว่า การข่มขู่ยับยั้งแบบเฉพาะรายโดยการจำคุกใช้ได้ผลกับผู้กระทำความผิดบางประเภท แน่แน่นอนว่าประชาชนจะปลอดภัยทราบเท่าที่บุคคลนั้นยังอยู่ในเรือนจำ ในบางกรณีการจำคุกสามารถทำให้บุคคลนั้นเลิกประกอบอาชญากรรมได้เมื่อออกจากเรือนจำ⁵² อาจกล่าวได้ว่าเป็นการตัดนิสัย (refrom) ให้กลับเป็นพลเมืองดีต่อไป⁵³

ข้อสังเกต ทฤษฎีการข่มขู่ยับยั้งประเภทเฉพาะรายนี้ น่าจะเปรียบเทียบกับ “ทฤษฎีการป้องกันพิเศษ (Die Theorie der Spezialpraevention)” โดย Roxin ได้กล่าวไว้ว่าทฤษฎีการป้องกันพิเศษเป็นทฤษฎีที่ตรงกันข้ามกับทฤษฎีแก้แค้นทดแทน โดยในวัตถุประสงค์การลงโทษของทฤษฎีดังกล่าวมีเพียงเพื่อยับยั้งไม่ให้ผู้กระทำผิดกลับไปกระทำความผิดอีกในอนาคต⁵⁴

แนวคิดในเรื่องทฤษฎีการป้องกันพิเศษ มีอยู่ในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเยอรมันตั้งแต่ปี 1969 ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 46 (1) ประโยคที่สอง ในภาคทั่วไป (ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปโดยละเอียดในบทที่ 4) ได้บัญญัติเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษไว้ว่า “ผลที่เกิดขึ้น

⁵⁰Ibid. หัวข้อ 27 อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. หน้าเดิม.

⁵¹Ibid. หัวข้อ 28 อ้างถึงใน แหล่งเดิม.

⁵²นัทธี จิตสว่าง. หน้าเดิม.

⁵³จิตติ ดิงศัททีย์. เล่มเดิม. น. 12.

⁵⁴Vgl. Roxin. Strafrecht. Op.cit. หัวข้อ 25 อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. เล่มเดิม. น. 14.

จากการลงโทษทางอาญาต่อผู้กระทำความผิดในการใช้ชีวิตในสังคมในอนาคต เป็นผลที่จะต้องนำมาพิจารณาด้วย”⁵⁵

2. องค์ประกอบของการลงโทษเพื่อการข่มขู่หรือยับยั้ง วัตถุประสงค์ในการลงโทษ จึงเป็นเรื่องของการป้องกันที่จำกัดเฉพาะราย

การที่จะทำให้การลงโทษมีผลในการข่มขู่และยับยั้งจะต้องประกอบ ด้วยลักษณะ 4 ประการ⁵⁶ ดังนี้

ก) การลงโทษต้องมีความแน่นอน

การลงโทษต้องมีความแน่นอนในการนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษ กล่าวคือ เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้วจะต้องทำให้ผู้กระทำความผิดหลุดพ้นจากการถูกลงโทษ ได้ยาก จะต้องให้ผู้กระทำความผิดรับโทษให้ได้ ซึ่งจะมีผลในการข่มขู่และยับยั้งให้คนทั่วไปและผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวไม่กล้าเสี่ยงที่จะกระทำความผิดอีก เพราะทำผิดแล้วจะต้อง ถูกจับกุมซึ่งไม่คุ้มค่า

ข) การลงโทษจะต้องกระทำอย่างรวดเร็ว

เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้วจะต้องนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษให้ได้ อย่างรวดเร็วเพื่อให้ได้เห็นผลในทันตา จึงจะทำให้ผู้กระทำความผิดและคนทั่วไปเห็นเป็นตัวอย่างว่าเมื่อกระทำความผิดแล้วจะต้องได้รับผลร้ายเช่นไร หากปล่อยไว้ให้เวลานั้นนานออกไปกว่าศาล จะลงโทษผู้กระทำความผิดก็จะทำให้คนทั่วไปลืมถึงเรื่องราวของการกระทำความผิดและ ทำให้การลงโทษไม่มีผลในการข่มขู่ยับยั้งเพราะไม่เห็นผลทันตา

ค) การลงโทษต้องมีความเสมอภาค

ผู้ที่กระทำความผิดจะต้องถูกลงโทษอย่างเท่าเทียมกันไม่มีการเลือกปฏิบัติ หากเมื่อมีการกระทำความผิดแล้วบางคนได้รับโทษแต่บางคนไม่ได้รับโทษ ก็จะทำให้การลงโทษไม่ศักดิ์สิทธิ์ เกิดความไม่เกรงกลัวต่อการลงโทษ

ง) การลงโทษต้องมีความเหมาะสม

การลงโทษต้องมีบทลงโทษที่เหมาะสมและตัดเทียบกับความผิด หากบทลงโทษ เบาเกินไปไม่ได้สัดส่วนกับความผิด ก็จะทำให้ผู้กระทำความผิดและบุคคลทั่วไปไม่เกรงกลัว และคุ้มค่าที่จะเสี่ยงกระทำความผิด แต่หากบทลงโทษหนักเกินไปก็จะทำให้ผู้กระทำความผิดปกปิดการกระทำ ความผิดของตนเอง โดยการทำร้ายเหยื่อหรือทำให้เหยื่อได้รับผลร้ายมากขึ้น ดังนั้น โทษจึงต้อง เหมาะสมและตัดเทียบกับความผิดจึงจะมีผลในการข่มขู่ยับยั้ง

⁵⁵ Vgl. Roxin, Strafrecht, Op.cit. หัวข้อ 21 อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, เล่มเดิม, น. 11.

⁵⁶ แหล่งเดิม, น. 26-27.

แม้ว่าการลงโทษเพื่อการข่มขู่จะเป็นสิ่งที่สามารถลดการก่ออาชญากรรมลงได้ แต่มีผู้ที่ไม่เห็นด้วยกับวัตถุประสงค์ดังกล่าว โดยให้เหตุผลว่าการลงโทษเพื่อการข่มขู่ทำให้เกิดผลเสียมากกว่าผลดี เช่น ทำให้บุคลิกภาพของบุคคลเสื่อมเสียลงไปเนื่องจากต้องไปปรับโทษอยู่ร่วมกับนักโทษคนอื่นๆ ทั้งๆ ที่ผู้นั้นได้กระทำความผิดเป็นครั้งแรกหรือมิได้ตั้งใจก็ตาม นอกจากนี้การลงโทษเพื่อการข่มขู่มิได้คำนึงถึงการปรับปรุงตัวบุคคลและไม่ได้คำนึงถึงการช่วยเหลือหลังจากพ้นโทษ แต่อย่างไรก็ดี ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องคำนึงถึงแต่การลงโทษเพื่อการข่มขู่แต่เพียงอย่างเดียว เพราะอาจใช้วิธีการแก้ไขปรับปรุงและช่วยเหลือหลังพ้นโทษไปพร้อมๆ กับการลงโทษเพื่อการข่มขู่ได้

3.3.3 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อตัดโอกาสผู้กระทำผิด (Incapacitation)

การลงโทษเพื่อตัดโอกาสมิให้ผู้กระทำความผิดกลับมากระทำความผิดอีก พิจารณาว่าการลงโทษทำให้ผู้นั้นหมดความสามารถที่จะกลับมากระทำความผิด สังคมจึงจะปลอดภัยจากการกระทำผิดซึ่งเกิดจากบุคคลผู้ต้องโทษนั้น ทั้งนี้แม้ว่าผู้ต้องโทษจะเกรงกลัวต่อโทษหรือจะได้รับการแก้ไขฟื้นฟูจิตใจให้กลับตัวเป็นคนดีจากการรับโทษหรือไม่ก็ไม่สำคัญ แต่ในระหว่างที่ผู้ต้องโทษได้รับโทษอยู่จะต้องถูกตัดความสามารถในการกระทำความผิดอีก ความมุ่งหมายของทฤษฎีนี้จึงคล้ายกับการลงโทษเพื่อข่มขู่หรือเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด แต่ต่างกันตรงที่ทฤษฎีนี้มุ่งป้องกันการกระทำความผิดซ้ำโดยวิธีการทำให้หมดโอกาสในการกระทำความผิด⁵⁷ ทฤษฎีนี้เป็นแนวทางการลงโทษที่ก่อให้เกิดประโยชน์อีกวิธีหนึ่ง โดยมองว่าการลงโทษผู้กระทำความผิดเป็นการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือความปลอดภัยให้แก่สังคมจากผู้กระทำความผิด การตัดโอกาสมิให้กระทำความผิดอาจจะเป็นเวลาหนึ่งหรือตลอดไปก็ได้⁵⁸ วิธีการลงโทษเพื่อตัดโอกาสกระทำความผิดนั้นสามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

1. การประหารชีวิต

การลงโทษประหารชีวิตเป็นรูปแบบการลงโทษที่เก่าแก่และรุนแรงที่สุด จุดมุ่งหมายของการลงโทษประหารชีวิต คือการกำจัดผู้กระทำความผิดออกไปจากสังคมอย่างเด็ดขาด โดยวิธีการฆ่า หรือวิธีการอื่นใดอันเป็นผลให้ผู้กระทำความผิดถึงแก่ความตาย การประหารชีวิตถือได้ว่าเป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพมากที่สุด เพราะผู้ต้องโทษไม่มีโอกาสที่จะกระทำความผิดอีกต่อไป

⁵⁷ ณรงค์ ใจหาญ. เล่มเดิม. น. 34.

⁵⁸ ไชยศ วรรณทีศิริ. (กันยายน-ตุลาคม 2538). “ดุลพินิจในการลงโทษผู้กระทำความผิด.” *ศาลพาหน* 41 (5).

2. การควบคุมตัว

การควบคุมตัวที่นิยมกันมากที่สุด คือ การจำคุก โดยการใช้มาตรการจำคุกผู้กระทำความผิดมีจุดมุ่งหมายที่สำคัญเพื่อใช้ทดแทนวิธีการลงโทษผู้กระทำความผิดในลักษณะทารุณโหดร้าย การลงโทษจำคุกเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมภายใต้เงื่อนไขและระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ในระหว่างที่ถูกจำคุกอยู่ผู้กระทำความผิดก็จะถูกตัดไม่ให้มีโอกาสมากระทำความผิดต่อสังคมภายนอกได้ แต่มีลักษณะเป็นการชั่วคราวเท่านั้น หากบุคคลดังกล่าวพ้นโทษออกมาแล้วอาจจะกลับมากระทำความผิดซ้ำอีกได้

3. การเนรเทศและการส่งนักโทษไปต่างถิ่น

การลงโทษโดยเนรเทศเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมเป็นวิธีการที่ปฏิบัติกันในสังคมดั้งเดิมและสมัยโบราณ มักใช้กับผู้กระทำความผิดฐานละเมิดขนบธรรมเนียมประเพณีข้อห้ามทางศาสนา นักโทษการเมือง ผู้กระทำความผิดซ้ำ คนจรจัด เป็นต้น ซึ่งต่อมาได้พัฒนามาเป็นการส่งนักโทษไปต่างถิ่น ซึ่งอังกฤษเป็นประเทศแรกที่ใช้มาตรการนี้ โดยการส่งนักโทษไปยังอาณานิคมของตนเอง ได้แก่ สหรัฐอเมริกา และออสเตรเลีย

วิธีการลงโทษผู้กระทำความผิดที่สนองตอบต่อทฤษฎีการลงโทษเพื่อตัดโอกาสกระทำความผิดที่แพร่หลายที่สุด คือ วิธีการควบคุมตัว ซึ่งในที่นี้ คือ การจำคุก แต่การจำคุกเป็นการแยกผู้กระทำความผิดออกจากสังคมเป็นการชั่วคราวดังที่ได้กล่าวมาแล้ว เมื่อผู้กระทำความผิดพ้นโทษและกลับเข้ามาอยู่ในสังคมอีกครั้ง ผู้กระทำความผิดอาจมีความโกรธแค้นต่อสังคมมากขึ้น ซึ่งเป็นผลต่อเนื่องจากการที่เขาได้รับโทษจำคุกมา หรือปรับตัวเข้ากับสังคมไม่ได้เพราะถูกตราหน้าว่าเป็นคนขี้คุก โดนดูถูกเหยียดหยาม ไม่ยอมรับ ไม่ให้อภัย ไม่ให้โอกาสแก้ตัวในพฤติกรรมต่างๆ เป็นการถูกสังคมตีตราบาปให้ ซึ่งเป็นปฏิกิริยาตอบโต้ของสังคมที่มีต่อผู้กระทำความผิดที่แสดงออกมาในแง่ลบ แม้ว่าผู้กระทำความผิดจะได้รับโทษไปบ้างแล้วก็ตาม เป็นผลให้บุคคลเหล่านี้อาจกลับมากระทำความผิดซ้ำอีกได้

3.3.4 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (Rehabilitation)

การลงโทษตามทฤษฎีนี้เชื่อว่าการกระทำของมนุษย์ถูกกำหนดจากปัจจัยต่างๆ มนุษย์ไม่สามารถเลือกกระทำได้อย่างอิสระ แต่มนุษย์ถูกกดดันหล่อหลอมจากสิ่งแวดล้อมและปัจจัยต่างๆ จนมีบุคลิกภาพที่บกพร่องและหันไปสู่การกระทำความผิด ดังนั้น การกระทำของมนุษย์เป็นผลมาจากปัจจัยหลายอย่างรวมกันซึ่งอยู่เหนือการควบคุมของมนุษย์ การกระทำความผิดจึงเกิดจากปัจจัยหลายอย่างรวมกันด้วย ซึ่งอาจแตกต่างกันออกไปในแต่ละบุคคล การลงโทษจึงไม่ควรมุ่งเน้นที่การกระทำความผิดเป็นหลัก แต่ควรพิจารณาจากสาเหตุที่ทำให้เกิดการกระทำความผิดและ

การแก้ไขปรับปรุงไปที่สาเหตุนั้น⁵⁹ การลงโทษเพื่อการแก้ไขฟื้นฟูจึงเน้นที่ตัวผู้กระทำความผิดมากกว่าการกระทำความผิด โดยเฉพาะจึงศึกษาผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคลหรือการจำแนกลักษณะเพื่อหาสาเหตุของการกระทำความผิดและแนวทางแก้ไขเพื่อให้โอกาสผู้กระทำความผิดกลับตัว

การลงโทษเพื่อการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดนี้เป็นการลงโทษเพื่อวัตถุประสงค์ในอนาคต มีลักษณะคล้ายกับการลงโทษเพื่อการข่มขู่แต่มีความมุ่งหมายที่แคบกว่า กล่าวคือ การลงโทษเพื่อการแก้ไขฟื้นฟูนี้มีความมุ่งหมายเพียงป้องกันไม่ให้ผู้กระทำความผิดมาแล้วกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก ไม่ได้มีความมุ่งหมายจะให้ผลถึงบุคคลอื่นในสังคมโดยตรง จึงส่งผลเป็นการเฉพาะตัวแก่ผู้กระทำความผิดเท่านั้น โดยมุ่งหวังว่าเมื่อผู้กระทำความผิดได้รับโทษแล้วจะเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมและกลับตัวเป็นคนดี และกลับเข้าสู่สังคมได้อีกครั้งโดยไม่เกิดปมด้อยว่าตนได้เคยกระทำความผิดและได้รับโทษ⁶⁰

แต่การฟื้นฟูผู้กระทำความผิดก็ยังมีอุปสรรคอยู่หลายประการ⁶¹ คือ

1. ผู้กระทำความผิดได้สูญเสียบุคลิกภาพไปแล้ว โดยถูกหล่อหลอมให้มีบุคลิกเช่นนั้นเป็นเวลานาน แต่ใช้เวลาในเรือนจำไม่นานในการที่จะแก้ไขฟื้นฟูให้ฟื้นคืนกลับมาและปรับตัวเข้ากับคนโดยทั่วไปในสังคมนั้นทำได้ยาก

2. การลงโทษเพื่อการฟื้นฟูขัดกับความรู้สึกของคนในสังคมว่าผู้กระทำความผิดไม่ควรได้รับการปฏิบัติที่ดีกว่าคนอื่นตามหลักของเบนแธม ที่เรียกว่า “หลักการได้รับประโยชน์ที่น้อยกว่า” (Principle of Less Eligibility) ทั้งนี้เพราะคนทั่วไปจะเห็นว่าเป็นการไม่เป็นธรรมที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับประโยชน์มากกว่าคนทั่วไป เช่น ผู้กระทำความผิดจะได้รับการอบรมแก้ไข ฝึกอาชีพ สวัสดิการอาหาร ที่อยู่อาศัย การศึกษา การหางาน ในขณะที่คนทั่วไปในสังคมอีกจำนวนมากไม่ได้รับบริการดังกล่าว

3. การแก้ไขฟื้นฟูเหมาะสำหรับผู้กระทำความผิดบางประเภทเท่านั้น เช่น ผู้กระทำความผิดครั้งแรก ซึ่งได้กระทำผิดไปเพราะอารมณ์ชั่ววูบหรือโดยพลั้งพลาด หรือทำไปเพราะความจำเป็น การแก้ไขฟื้นฟูไม่ให้กระทำผิดซ้ำขึ้นอีกย่อมมีทางสำเร็จได้มาก แต่สำหรับผู้กระทำความผิดที่เคยกระทำความผิดและถูกลงโทษมาหลายครั้งแล้ว หรือพวกอาชญากรอาชีพหรือพวกกระทำผิดติดนิสัย โอกาสที่จะแก้ไขฟื้นฟูให้กลับตัวนั้นย่อมจะเป็นไปได้ยาก ดังนั้น การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดจึงไม่สามารถใช้กับผู้กระทำความผิดได้ทุกกรณี

⁵⁹ นัทธี จิตสว่าง, เล่มเดิม, น. 29.

⁶⁰ สหชน รัตนไพจิตร, เล่มเดิม, น. 60.

⁶¹ นัทธี จิตสว่าง, เล่มเดิม, น. 30-31.

บทที่ 4

การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษในต่างประเทศ

การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษในต่างประเทศนั้นจะศึกษาถึงประเทศเยอรมนี ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ โดยจะทำการศึกษาถึงเรื่องหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ดุลพินิจเพื่อกำหนดโทษ ขั้นตอนกระบวนการในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ แนวทางการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ และหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเยอรมนี และในส่วนของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จะกล่าวถึงประเทศอังกฤษ โดยจะทำการศึกษาในเรื่องพัฒนาการของการกำหนดโทษ กฎหมายที่เกี่ยวข้องและนโยบายเกี่ยวกับการกำหนดโทษ และกระบวนการกำหนดโทษ (Sentencing Process) และหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษ ทั้งนี้ เพื่อเป็นแนวทางในการพัฒนาปรับปรุงกฎหมายในประเทศไทยต่อไป โดยมีรายละเอียดดังนี้

4.1 ประเทศเยอรมนี

4.1.1 หลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ดุลพินิจเพื่อกำหนดโทษ

หลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ดุลพินิจเพื่อกำหนดโทษของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ โดยทั่วไปจะมีรูปแบบที่ชัดเจนเป็นระบบ และไม่ซับซ้อนเหมือนประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ สำหรับกรณีของประเทศเยอรมนีซึ่งถือเป็นประเทศผู้นำทางระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ได้วางหลักเกณฑ์ที่ศาลจะใช้ดุลพินิจการกำหนดโทษหรือมาตรการอื่นต่อจำเลยไว้ โดยแยกพิจารณาได้ 3 กรณี คือ¹

1) พิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (StGB) แก้ไขเพิ่มเติมปี 1987 มาตรา 46 และมาตรา 47

2) พิจารณาจากความเห็นของอัยการ และทนายของจำเลย

3) พิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ได้รับมาระหว่างการดำเนินคดี

¹ปรีชา จำเพชร. (2546). *ดุลพินิจของศาลในการรอกำหนดโทษหรือรอกำหนดโทษ: ศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา*. น. 27.

การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษจะทำให้อัตราโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายในคดีใดคดีหนึ่งมีความชัดเจนขึ้น ดังนั้นการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษจึงถือได้ว่าเป็นส่วนที่สำคัญที่ตัวผู้กระทำความผิดและการกระทำความผิดจะถูกนำมาพิจารณาอีกครั้ง นอกจากการใช้ดุลพินิจซึ่งนำหลักพยานหลักฐานและการปรับบทกฎหมายแล้ว การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษถือว่าเป็นภารกิจอิสระประการหนึ่งของผู้พิพากษาในคดีอาญา ผู้พิพากษาจะต้องทำตัวเองให้เป็นอิสระจากอคติส่วนตัว ความชอบและความรู้สึกส่วนตัวและใช้ดุลพินิจโดยวางอยู่บนพื้นฐานของหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจอย่างเป็นกลาง เพราะว่าอัตราโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายกำหนดไว้ค่อนข้างกว้างและเพื่อประโยชน์ในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคลไป (Im Interesse der Individualisierung der Strafzumessung)² ในทางทฤษฎีว่าด้วยเรื่องดุลพินิจในการลงโทษจึงต้องแยกความแตกต่างระหว่างโทษอาญาที่กำหนดไว้ในกฎหมาย และการใช้ดุลพินิจในการลงโทษโดยผู้พิพากษา³

4.1.2 ขั้นตอนกระบวนการในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ (Die Gliederung des Strafzumessungsvorgangs)

ขั้นตอนของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษแบ่งออกได้ดังนี้คือ การกำหนดวัตถุประสงค์ในการลงโทษ (die Bestimmung der Strafzwecke) การค้นหาข้อเท็จจริงสำหรับใช้ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ (die Feststellung der Strafzumessungstatsachen) และการอธิบายถึงข้อพิจารณาของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ (die Eroerterung der Strafzumessungserwaegungen)⁴

1. จุดเริ่มต้นของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษก็คือ การกำหนดวัตถุประสงค์ในการลงโทษ (die Bestimmung der Strafzwecke) เมื่อวัตถุประสงค์ของการลงโทษมีความชัดเจนแน่นอนแล้วจึงจะสามารถวินิจฉัยได้ว่า ข้อเท็จจริงใดบ้างในคดีที่จะเป็นข้อเท็จจริงที่มีความสำคัญต่อการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ และถ้าข้อเท็จจริงดังกล่าวมีความสำคัญต่อการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษแล้วจะประเมินข้อเท็จจริงดังกล่าวอย่างไร โทษทางอาญาเป็นข้อความคิดที่มีความสลับซับซ้อนและเพื่อที่จะเข้าใจถึงข้อความคิดของโทษทางอาญา จึงต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่มีความแตกต่างกันอยู่ ประการแรก โทษทางอาญามีไว้เพื่อเป็นการตอบโต้อย่างเป็นธรรมต่อความมิชอบด้วยกฎหมายและความน่าตำหนิ โดยมีหลักความน่าตำหนิ เป็นตัวกำหนดว่าจะลงโทษทางอาญาได้ก็ต่อเมื่อ

²สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. (2548). *การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ* (รายงานผลการวิจัย). น. 4.

³Vgl. Jescheck. (1988). *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil. 4. Auflage*. Paragraph 82. pp. 778. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 4.

⁴Vgl. Roxin. Strafrecht. (1997). *Allgemeiner Teil. Band I. 3. Auflage*. Paragraph 3. หัวข้อ 48 . อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 20.

มีความน่าตำหนิ นอกจากนี้หลักความน่าตำหนิยังเป็นตัวที่จำกัดขอบเขตของการลงโทษไม่ให้เกินกว่าความน่าตำหนิด้วย ด้วยเหตุผลนี้ในประการแรก การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษจะต้องเป็นการกำหนดโทษให้สอดคล้องกับหลักความน่าตำหนิ (มาตรา 46 (1) ประโยคที่หนึ่ง)

นอกจากวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่เป็นการตอบโต้อย่างเป็นทางการแล้ว ในการลงโทษที่เป็นการป้องกันพิเศษ (Spezialpraevention) ก็เป็นอีกวัตถุประสงค์หนึ่งของการลงโทษที่มีความสำคัญพอๆ กัน ตามวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่เป็นการป้องกันพิเศษนั้น โทษจะต้องถูกกำหนดเพื่อที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดกลับคืนสู่สังคมได้อีกครั้งหนึ่งและโทษจะต้องไม่ทำลายฐานะในทางสังคมของผู้กระทำความผิด (มาตรา 46 (1) ประโยคที่สอง) ข้อเรียกร้องดังกล่าวจะเห็นได้จากคำกล่าวของ Kohlrausch ที่เป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไป โดย Kohlrausch ได้กล่าวไว้ว่า ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ โดยหลักแล้วศาลจะต้องพิจารณาว่ามาตรการใด เป็นสิ่งจำเป็นที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดกลับมาใช้ชีวิตตามครรลองของกฎหมายอีกครั้งหนึ่ง นอกจากนี้ วัตถุประสงค์ของการลงโทษที่เป็นการป้องกันพิเศษ รวมถึงการคุ้มครองสังคมจากผู้กระทำที่เป็นอันตรายด้วย (มาตรา 2 ประโยคที่สอง StVollzG)⁵

วัตถุประสงค์การลงโทษประการสุดท้าย ก็คือการลงโทษมิไว้เพื่อเป็นการป้องกันโดยทั่วไป (Die Theorie der Generalpraevention) ตามวัตถุประสงค์การลงโทษดังกล่าว โทษทางอาญาจะต้องทำให้คนในสังคมไม่อยากจะกระทำความผิดและในขณะเดียวกันก็ทำให้ความเคารพกฎหมายของคนในสังคมมีเพิ่มขึ้น นอกจากนี้โทษทางอาญายังจะต้องทำให้บุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำผิดและผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดมีความรู้สึกว่าได้ได้รับความยุติธรรมด้วย นอกจากนี้ ตามแนวคำพิพากษาของศาลรวมถึงวัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญาทำให้บุคคลอื่นไม่อยากจะกระทำความผิดด้วย⁶

2. ภายหลังจากที่ได้มีการกำหนดวัตถุประสงค์ของการลงโทษแล้ว ก็จะต้องมีการตรวจสอบข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษ (der Strafzumessungstatsachen) ในกรณีดังกล่าวเป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อเท็จจริงต่างๆ ในคดีเรื่องหนึ่งเรื่องใดโดยเฉพาะ (diejenigen Tatumstaende des Einzelfalls) ที่หากพิจารณาจากมุมมองของวัตถุประสงค์ในการลงโทษแล้วจะเป็นข้อเท็จจริงที่มีความสำคัญต่อการกำหนดโทษทางอาญารวมถึงการใช้ดุลพินิจรอการลงโทษด้วย เช่น คุณค่าของทรัพย์ที่ถูกลัก (ความมิชอบด้วยกฎหมายของผลของการกระทำ) ความโหดร้ายอย่างมากของผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ (ความมิชอบด้วยกฎหมายของการกระทำ) การกระทำความผิด

⁵Vgl. Jescheck. Op.cit. pp. 782-783. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 21.

⁶Vgl. Jescheck. Loc.cit. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 22.

ฐานข้อ โกงเนื่องจากยากจน (ความน่าตำหนิ) แนวโน้มของการเพิ่มขึ้นของรูปแบบของการกระทำ ความผิดฐานใดฐานหนึ่งในสถานที่ใดสถานที่หนึ่ง (การป้องกันโดยทั่วไป) การไม่ลงโทษจำเลย (การป้องกันพิเศษ) ข้อเท็จจริงทั้งหมดที่กล่าวมาข้างต้นจะต้องถูกนำมาพิจารณาอีกครั้งหนึ่งว่า ข้อเท็จจริงดังกล่าวจะเป็นข้อเท็จจริงที่มีผลต่อการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษหรือไม่ นอกจากนี้ ยังต้องพิจารณาอีกว่า จะกำหนดอัตราโทษและชนิดของโทษทางอาญา รวมทั้งปัญหาว่าด้วยการรอกการลงโทษจากข้อเท็จจริงดังกล่าวไปในแนวทางไหน ซึ่งผลที่ได้ก็คือ ข้อเท็จจริงที่ใช้ในการ กำหนดโทษข้อเท็จจริงใดจะมีความสำคัญต่อการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษนั้นจะเป็นไปตามวัตถุประสงค์ การลงโทษที่ได้ถูกกำหนดไว้ก่อนหน้านี้แล้ว (ความขัดแย้งของข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษ) ตัวอย่าง ถ้าขโมยที่เกิดและใช้ชีวิตอยู่ในสภาพแวดล้อมทางสังคมที่เลวร้ายได้กระทำความผิด ซึ่งถ้าพิจารณาจากหลักในเรื่องความน่าตำหนิก็ต้องกำหนดโทษปรับที่ไม่มากนัก ในทางตรงกันข้าม หากพิจารณาจากมุมมองในแง่ของการกลับคืนสู่สังคมของผู้กระทำความผิดก็ต้องลงโทษจำคุก เป็นเวลาที่ค่อนข้างนาน โดยใช้วิธีการจำคุกแบบเปิด แต่หากกระทำความผิดซ้ำของผู้กระทำความผิดนั้น เป็นการกระทำความผิดฐานชิงทรัพย์กระเป๋าคือของผู้หญิงซึ่งถ้าผู้กระทำความผิดมีโอกาสที่จะกระทำผิดอีก ภายใต้อาณัติของทฤษฎีการป้องกันโดยทั่วไปแล้วผู้กระทำความผิดจะต้องได้รับโทษหนัก⁷

3. ขั้นตอนของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษจบลงด้วยการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจ กำหนดโทษ (der Strafzumessungserwaegungen) กล่าวคือ เป็นการประเมินข้อเท็จจริงที่ใช้ในการ กำหนดโทษตามวัตถุประสงค์ในการลงโทษและนำข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษมากำหนด ระดับของโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดหน้าที่ของผู้กระทำในที่นี้ก็คือ การประสานข้อเท็จจริงที่ใช้ ในการกำหนดโทษให้เข้ากับวัตถุประสงค์ในการลงโทษอย่างมีเหตุมีผล โดยปราศจากข้อโต้แย้งใดๆ การตรวจสอบการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษจะถูกหรือจะผิดจึงขึ้นอยู่กับการประเมินความสัมพันธ์ของ วัตถุประสงค์การลงโทษทั้งสามประการที่มีอยู่ต่อกัน และขึ้นอยู่กับการประเมินข้อเท็จจริงที่สำคัญที่จะ มีผลต่อวัตถุประสงค์ในการลงโทษ (หลักการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ = Strafzumessungsgrundsätze)⁸

ตัวอย่างเช่น หลักการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่เกี่ยวกับความมิชอบด้วยกฎหมายที่ลดลง คือสถานการณ์ที่ใกล้เคียงกับการป้องกัน โดยชอบด้วยกฎหมาย หรือการที่ผลของการกระทำความผิด ไม่เกิดขึ้นหลักการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่เกี่ยวกับความน่าตำหนิที่ลดน้อยลง คือข้อพิจารณาเกี่ยวกับ การลดโทษอันเนื่องมาจากความสำคัญผิดในเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ หรืออันเนื่องมาจาก ความสามารถในการกระทำความผิดที่ลดน้อยลง รวมถึงการรับสารภาพและการชดใช้ค่าเสียหายและความพยายามที่จะให้ผู้เสียหายได้กลับคืนเข้าสู่ฐานะเดิม (มาตรา 46 (2) ตอนท้าย) การกำหนดโทษ

⁷Ibid. pp. 783-784. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 23-24.

⁸Ibid. p. 784. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 24.

ปรับตามฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำผิดที่ได้กระทำผิดครั้งแรกแทนที่จะลงโทษจำคุก โดยคำนึงถึงการป้องกันพิเศษ⁹

หลักในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษอาจแตกต่างกันไปได้ตามแต่และประเภทของ วัตถุประสงค์ของการลงโทษตามกฎหมายปัจจุบัน (มาตรา 46 (1)) ศาลจะต้องใช้วัตถุประสงค์ ในการลงโทษตามทฤษฎีผสม (die Vereinigungstheorie) กล่าวคือ การลงโทษจะต้องเป็นไปตาม หลักความน่าตำหนิ กล่าวคือ จะต้องได้สัดส่วนกับเนื้อหาของการกระทำที่มีขอบข่ายกฎหมายและ ความน่าตำหนิของการกระทำ รวมทั้งจะต้องให้ผู้กระทำความผิดได้กลับคืนสู่สังคมเท่าที่จะเป็นไปได้ด้วย นอกจากนี้จะต้องปกป้องสังคมจากผู้กระทำผิดที่เป็นอันตรายด้วย ซึ่งบ่อยครั้งทำได้ ก็แต่โดยการใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยเนื่องจากไม่อาจลงโทษผู้กระทำความผิดให้มากไปกว่า ความน่าตำหนิที่เป็นผลมาจากหลักในเรื่องของความน่าตำหนิได้ และประการสุดท้ายการลงโทษ จะต้องเป็นการยับยั้งไม่ให้คนในสังคมกระทำความผิด ในหลายๆ กรณีมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษ ทั้งสามประการก็สามารถที่จะปรับใช้ให้สอดคล้องกันไปได้

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่วัตถุประสงค์ในการลงโทษมีความขัดแย้งกัน วัตถุประสงค์ของการลงโทษในส่วนของ การตอบโต้ที่เป็นธรรมไม่ถือว่าเป็นหลักที่จะต้องนำมาใช้เหมือนที่ ความเห็นฝ่ายข้างมากในปัจจุบันยังคงยึดถืออยู่ แต่วัตถุประสงค์ในการลงโทษทั้งสามประการ จะต้องถูกจำกัดขอบเขตของตนเท่าที่จำเป็นเพื่อให้ทุกๆ วัตถุประสงค์การลงโทษสามารถนำมา ปรับใช้ได้เท่าที่จะเป็นไปได้ดีที่สุด ในทางปฏิบัติแล้วก็หมายความว่า ในกรณีที่มีความขัดแย้งกัน หลักความน่าตำหนิถือว่าเป็นหลักในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ เพราะหลักความน่าตำหนิถือว่าเป็น หลักการพื้นฐานของการลงโทษทางอาญาทุกๆ ประเภทของรัฐ ในความเป็นจริงแล้วก็อาจ พูดได้ว่าเป็นการให้ความสำคัญแก่การแก้แค้นที่เป็นธรรมมากกว่า การลงโทษผู้กระทำความผิดที่มี ลักษณะที่เป็นอันตรายที่เกินกว่าความน่าตำหนิไม่อาจกระทำได้ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลในเรื่องของ การแก้ไขผู้กระทำความผิดให้กลับคืนเข้าสู่สังคมหรือเหตุผลในการป้องกันสังคม หากยังอยู่ใน ขอบเขตของความน่าตำหนิแล้ว วัตถุประสงค์ประสงค์ในการลงโทษในกรณีอื่นๆ สามารถ ถูกนำมาร่วมพิจารณาได้ วัตถุประสงค์การป้องกันทั่วไปก็สามารถนำมาร่วมพิจารณาเพื่อใช้ ในการกำหนดโทษได้ หากอัตราของโทษที่จะลงนั้นยังเป็นไปตามหลักความน่าตำหนิ การกระทำที่ไม่ดี ที่มีอยู่โดยทั่วไปนั้น ไม่ถือว่าเป็นเหตุที่จะอ้างได้ว่าเป็นการลดลงของความน่าตำหนิเพราะผู้กระทำ ก็รู้ดีว่าตนเองได้ทำให้ความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายต้องลดลง ในกรณีที่ผู้กระทำผิดจะมีปัญหา ในการกลับคืนเข้าสู่สังคมหากต้องได้รับโทษตามกฎหมายก็แก้แค้นทดแทนแล้วทฤษฎีแก้แค้นทดแทน

⁹Vgl. Jescheck, Loc.cit. อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, หน้าเดิม.

ก็ต้องยอมถอยให้กับแนวคิดในเรื่องของการป้องกันโดยการเลือกใช้รูปแบบของการลงโทษ (die Wahl der Strafzwecke) ที่เหมาะสมและโดยการรอการลงโทษ¹⁰

เพื่อให้วัตถุประสงค์ของการลงโทษจะได้มีความสอดคล้องต้องกันในกรณีใดกรณีหนึ่ง ความเห็นทางศาสนาจึงได้พัฒนาทฤษฎีพื้นที่ว่างขึ้นมา โดยทฤษฎีดังกล่าวเห็นว่า การลงโทษที่เหมาะสมกับความน่าต่าหนินั้นไม่สามารถจะกำหนดเป็นอัตราโทษที่ชัดเจนแน่นอนได้ แต่ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษนั้นจะมีพื้นที่ว่างที่ศาลจะสามารถใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้ต่ำกว่าอัตราโทษที่เหมาะสมกับความน่าต่าหนินอยู่แล้วหรือใช้ดุลพินิจกำหนดให้สูงกว่าอัตราโทษที่ยังคงเหมาะสมกับความน่าต่าหนิน โดยภายในพื้นที่ว่างดังกล่าวนี้ศาลสามารถใช้วัตถุประสงค์ในการลงโทษกรณีอื่นๆ มาพิจารณาประกอบด้วยได้ ทฤษฎีพื้นที่ว่างนี้ได้รับการปฏิเสธเพราะว่าในการกระทำ ความผิดคดีใดคดีหนึ่งนั้น แม้ว่าจะไม่สามารถกำหนดโทษที่เป็นธรรมได้อย่างชัดเจนแน่นอนได้ก็ตาม แต่ในขณะเดียวกันก็ไม่มีขอบเขตของการลงโทษที่เป็นธรรมที่สามารถที่จะกำหนดให้มากกว่าหรือน้อยกว่าขอบเขตของการลงโทษที่เป็นธรรมได้ ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษจึงเป็นกรณีที่ผู้พิพากษา จะต้องกำหนดอัตราโทษที่ตามความเห็นของผู้พิพากษาแล้วเป็นอัตราโทษที่เหมาะสมกับความน่าต่าหนินและจากอัตราโทษที่เหมาะสมกับความน่าต่าหนินนี้ ผู้พิพากษาก็สามารถใช้ทฤษฎี การลงโทษอื่นเข้ามาพิจารณาประกอบเพื่อเลือกใช้มาตรการลงโทษอื่นๆ ที่เหมาะสมได้แต่ละต้อง ไม่เป็นการขัดกับหลักที่ว่า โทษจะต้องเหมาะสมกับความน่าต่าหนิน¹¹

4.1.3 แนวทางการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ (Die Strafzumessungsrichtlinien des 46)

1. ข้อความทั่วไป

มาตรา 46 หลักการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ (Grundsätze der Strafzumessung) บัญญัติไว้มีใจความว่า¹²

1) ความน่าต่าหนินของผู้กระทำความผิดเป็นพื้นฐานสำหรับการกำหนดโทษ ผลที่คาดว่าจะเกิดขึ้นจากการลงโทษสำหรับการใช้ชีวิตในสังคมในอนาคตของผู้กระทำความผิดจะต้องถูกนำมาพิจารณาประกอบด้วย

2) ในการกำหนดโทษนั้น ให้ศาลใช้ดุลพินิจซึ่งนำหนักของข้อเท็จจริงในคดีทั้งที่เป็นผลดีและผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งมูลเหตุจูงใจและเป้าหมายที่วางไว้ของผู้กระทำความผิด ทศนคติในทางศีลธรรมที่แสดงออกให้เห็นจากการกระทำผิดและความตั้งใจในการกระทำความผิด ระดับของการละเมิดต่อหน้าที่ รูปแบบของการกระทำความผิดและผลที่เกิดขึ้น

¹⁰Vgl. Jescheck. Loc.cit. อ้างถึงใน แหล่งเดิม.

¹¹Ibid. p. 786. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 25.

¹²Ibid. pp. 786-787. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 26.

จากการกระทำความผิดที่ดำเนินได้ ชีวิตที่แล้วมาของผู้กระทำผิด ความสัมพันธ์ทางส่วนตัว และเศรษฐกิจของผู้กระทำผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งความพยายามที่จะชดเชยค่าเสียหายและความพยายามของผู้กระทำผิดที่จะให้ผู้เสียหายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิม

3) ข้อเท็จจริงต่างๆ ในคดีที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิดอยู่แล้วจะไม่ถูกนำมาพิจารณาอีก

แต่เดิมประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันไม่มีหลักเกณฑ์ทั่วไปสำหรับการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ หลักเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่มีอยู่บางประการ เช่น ตามมาตรา 27a, 27b และ 27c (ตามกฎหมายเดิม) ที่มีที่มาจากการปฏิรูประบบการลงโทษปรับในยุคสาธารณรัฐไวมาร์มา ภายหลังจากนั้นก็ยังมีร่างกฎหมายหลายฉบับที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษรวมทั้งร่างกฎหมายในปี 1962 ที่บัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษไว้ในมาตรา 60 แนวทางการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษแต่เดิมยึดหลักการที่ว่าจะต้องเหมาะสมกับความน่าตำหนิเท่านั้น (das Prinzip der Schuldstrafe) ต่อมาได้มีการเพิ่มเติมแนวคิดในเรื่องของการป้องกันพิเศษไว้ในมาตรา 46 (1) ประโยคที่สองโดยคณะกรรมการชุดพิเศษ (der Sonderausschuss) และเป็นผลให้ทฤษฎีการลงโทษทั้งหลายมีฐานะที่เท่าเทียมกัน¹³

พื้นฐานในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษคือ ความน่าตำหนิของผู้กระทำผิด (die Schuld des Täters) (มาตรา 46 (1) ประโยคที่หนึ่ง) ซึ่งตามบทบัญญัติดังกล่าวเท่ากับว่าหลักความน่าตำหนิได้รับการยอมรับอย่างชัดแจ้งและแสดงให้เห็นว่าการลงโทษมีไว้เพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน (im Schuldausgleich) ความน่าตำหนิในที่นี้ไม่ได้หมายถึงข้อความคิดของความน่าตำหนิส่วนของโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา (Strafbegründungsschuld) แต่หมายถึงความมิชอบด้วยกฎหมายที่ดำเนินได้ที่เกิดจากการกระทำผิด (das verschuldete Unrecht in seiner Gesamtheit) ความน่าตำหนิในส่วนของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ (die Strafzumessungsschuld) เป็นข้อความคิดที่ไม่คงที่ (ein Steigerungsbegriff) ดังนั้น จึงมีความน่าตำหนิที่รุนแรงกว่าและความน่าตำหนิที่เบาว่า นอกจากนี้ ความน่าตำหนิในส่วนของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษไม่ได้จำกัดเฉพาะในส่วนของกรกระทำผิด (die Tat) แต่รวมถึงตัวผู้กระทำผิดด้วย (die Täterpersönlichkeit) นอกจากนี้จะต้องพิจารณาเรื่องของความน่าตำหนิแล้ว ตามมาตรา 46 (1) ประโยคที่สองซึ่งถือว่ามีความสำคัญพอๆ กันกับหลักในเรื่องความน่าตำหนิกำหนดให้การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ ผู้พิพากษามีหน้าที่ต้องคำนึงถึงผลที่คาดว่าจะเกิดขึ้นจากการลงโทษต่อชีวิตของผู้กระทำผิดที่จะใช้ชีวิตในสังคมในอนาคตด้วย ดังนั้น จึงเท่ากับว่าเป็นการปฏิเสธทฤษฎีการลงโทษเด็ดขาดที่พิจารณาวัตถุประสงค์ของการลงโทษอยู่ที่การแก้แค้นทดแทนเท่านั้น ในขณะที่เดียวกันก็แสดงให้เห็นว่าการลงโทษนั้น

¹³Vgl. Jescheck. Loc.cit. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 27.

เป็นเครื่องมือที่จำเป็นที่จะทำให้ภารกิจของกฎหมายอาญาที่จะต้องป้องกันบรรลุป่าหมายได้ด้วย ในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษในกรณีใดกรณีหนึ่งนั้น ผู้พิพากษาจึงต้องคำนึงถึงโทษที่ลงแก่ผู้กระทำผิดจะต้องทำให้ผู้กระทำผิดสามารถกลับคืนเข้ามาใช้ชีวิตในสังคมได้อีกครั้งหนึ่งและเท่าที่จะเป็นไปได้จะต้องไม่ทำให้ผู้กระทำผิดถูกขับออกไปจากสังคม แม้ว่าตามมาตรา 46 จะไม่ได้ อ่างทฤษฎีการป้องกันทั่วไป แต่ทฤษฎีการป้องกันทั่วไปก็เป็นวัตถุประสงค์หนึ่งของการลงโทษ ที่มีไว้เพื่อภารกิจของกฎหมายอาญาในฐานะที่เป็นการคุ้มครองระเบียบของกฎหมายให้เป็นจริง ขึ้นมาได้ จึงไม่อาจที่จะละเลยต่อทฤษฎีการป้องกันทั่วไปได้

มาตรา 46 (2) ได้บัญญัติแนวทางในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษซึ่งเป็นแนวที่ศาลได้ใช้ อยู่เป็นเวลานานแล้วตามประ โยคที่หนึ่งจะเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นทั้งผลดีและผลร้ายต่อผู้กระทำผิดซึ่ง จะต้องนำมาเปรียบเทียบกันโดยผู้พิพากษาจะต้องนำข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษมาพิจารณากับวัตถุประสงค์ในการลงโทษตามหลักการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษเพื่อที่จะได้กำหนดว่าจะเอา ทฤษฎีการลงโทษใดเป็นจุดยืนพื้น ภายหลังจากนั้นก็จะนำผลที่ได้มาชั่งน้ำหนักกัน ตามมาตรา 46 (1) ประโยคที่สองเป็นการระบุนถึงตัวข้อเท็จจริงที่เป็นผลดีและผลเสียแก่ผู้กระทำผิดและเป็นข้อเท็จจริง ที่จะใช้ในการกำหนดระดับของความน่าตำหนิรวมทั้งความจำเป็นที่จะใช้การป้องกันพิเศษ ที่แตกต่างกันออกไปได้ด้วย¹⁴

2. หลักพื้นฐานในการกำหนดโทษ

เมื่อมีการละเมิดต่อกฎหมาย ผู้กระทำผิดจะถูกตำหนิและถูกลงโทษทางอาญา ซึ่งโทษ ทางอาญาดังกล่าวจะมีลักษณะเฉพาะเพื่อเป็นการห้ามการกระทำที่กำหนดไว้ในกฎหมายโดยมี ลักษณะเป็นการบงคับ (Repression) และการแก้แค้น (Vergeltung) แต่เนื่องจากโทษทางอาญา มีผลกระทบที่รุนแรงด้วย จึงต้องมีเหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมายเป็นพิเศษในการกำหนดโทษ ทางอาญา ในชั้นของกระบวนการนิติบัญญัติการออกบรรทัดฐานใดๆ ที่มีโทษทางอาญาจะต้องถือว่าเป็น ข้อยกเว้น (ทั้งนี้เป็นไปตามหลักวิถีทางน้อยที่สุด) ในชั้นการบงคับกฎหมาย มาตรา 46 (1) ประโยคที่หนึ่งได้กำหนดขอบเขตการลงโทษทางอาญา กล่าวคือ พื้นฐานของการกำหนดโทษ ทางอาญา คือความน่าตำหนิของผู้กระทำผิด¹⁵

การใช้ถ้อยคำว่า “ความน่าตำหนิ” (Schuld) ในมาตรา 46 นั้นจำเป็นต้องมีการอธิบาย ข้อความคิดดังกล่าว ข้อความคิดของการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษที่มีความน่าตำหนิเป็น องค์ประกอบหลักนั้น มีพื้นฐานมาจากแนวคิดในเรื่องของความน่าตำหนิได้ ตามนัยโครงสร้าง

¹⁴ Ibid. pp. 787-788. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 28.

¹⁵ Vgl. Frank. Muenchner Strafgesetzbuch. Paragraph 46. หัวข้อ 11. อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจนพัฒน์. หน้าเดิม.

ความรับผิดชอบต่างๆ ไป ในขณะที่ข้อความคิดว่าด้วยความน่าตำหนิตามนัยของความน่าตำหนิได้นั้น เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับองค์ประกอบของความผิดทางอาญา ข้อความคิดของการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษที่มีความน่าตำหนิเป็นองค์ประกอบหลักนั้นเป็นประเด็นสำคัญที่ว่า การกระทำ ความผิดได้ทำให้ระเบียนทางกฎหมายเสียหายมากน้อยเพียงใด ปัญหาว่าระเบียนทางกฎหมายเสียหายมากน้อยเพียงใดจากการกระทำ ความผิดนั้น แนวคำพิพากษาของศาลได้วางแนวไว้ว่า พื้นฐานในการกำหนดโทษคือความรุนแรงของการกระทำ ความผิดที่มีผลต่อระเบียนกฎหมายที่ถูกละเมิด และระดับของความน่าตำหนิในทางส่วนตัวของผู้กระทำความผิด ประเด็นทั้งสองนั้น เป็นสิ่งที่ผู้พิพากษาจะต้องคำนึงถึง และใช้ดุลพินิจชั่งน้ำหนักเพื่อที่จะกำหนดโทษให้มีความเหมาะสมแก่ความน่าตำหนิและเป็นการกำหนดโทษที่เป็นธรรม¹⁶

3. ข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษ (Die Strafzumessungstatsachen)

ข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษเป็นข้อเท็จจริงที่ใช้ในการพิจารณากับความผิดอาญาทุกประเภท ในปัจจุบันยังไม่มีทฤษฎีว่าด้วยการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษภาคพิเศษที่จะอธิบายถึงข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษที่กำหนดไว้เป็นพิเศษเพื่อใช้กับความผิดอาญาฐานใดฐานหนึ่ง โดยเฉพาะ ตามมาตรา 46 (2) ประโยคที่หนึ่ง ผู้พิพากษาจะต้องชั่งน้ำหนักของข้อเท็จจริงแห่งคดี ทั้งที่เป็นผลดีและผลร้ายแก่ตัวผู้กระทำความผิด มาตรา 46 (2) ประโยคที่สองบัญญัติรายการของข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษที่จะต้องถูกนำมาพิจารณา ซึ่งข้อเท็จจริงดังกล่าวอาจนำไปสู่การลงโทษหนักขึ้นหรือเบาลง โดยเป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาที่จะต้องเป็นผู้กำหนด ผู้พิพากษาจะต้องคำนึงถึงหลักการใช้ดุลพินิจที่กำหนดไว้ตามกฎหมายตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาหรือตามหลักอื่นๆ ที่ได้รับการยอมรับ ดังต่อไปนี้

- 1) เนื้อหาของความมิชอบด้วยกฎหมายและเนื้อหาของความน่าตำหนิของการกระทำความผิด
- ก) พื้นฐานของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ คือ ความสำคัญของการกระทำความผิดที่มีต่อระเบียนของกฎหมายที่ถูกละเมิด (Unrechtgehalt) และความรุนแรงของความน่าตำหนิที่สามารถตำหนิผู้กระทำผิดได้เนื่องจากการกระทำความผิดดังกล่าว (Schuldgehalt) องค์ประกอบทั้งสองประการดังกล่าวเป็นองค์ประกอบที่มีความสัมพันธ์กันอยู่โดยที่ความรุนแรงของความน่าตำหนิจะมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับเนื้อหาของความมิชอบด้วยกฎหมายที่ตำหนิได้ของการกระทำความผิด นอกจากนี้ องค์ประกอบในส่วนของความน่าตำหนิยังมีลักษณะเฉพาะที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับ ความมิชอบด้วยกฎหมายของการกระทำความผิดด้วย เช่น ระดับของความสามารถในการกระทำความผิด ความหนักเล็งในความสำคัญผิดถึงเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ที่มากหรือน้อย

¹⁶ Ibid. หัวข้อ 12. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 29.

ความมิชอบด้วยกฎหมายและความน่าตำหนิจึงเป็นข้อความคิดที่สามารถเพิ่มขึ้นได้ ซึ่งก็หมายความว่า ในการกำหนดระดับความมิชอบด้วยกฎหมายของการกระทำความผิดต้องคำนึงถึงสิ่งเหล่านี้ด้วย เช่น ขนาดของความเสียหาย รูปแบบและวิธีการที่ใช้ในการกระทำความผิด ผลของการที่จะไม่ทำให้คนเคารพต่อกฎหมาย ในการกำหนดระดับของความน่าตำหนิก็ต้องคำนึงถึงสิ่งเหล่านี้ด้วย เช่น การเอาแต่ใจโดยไม่คำนึงถึงบุคคลอื่น การไตร่ตรองไว้ก่อน ความจำเป็น การพยายามกระทำความผิด ผลข้างเคียงที่เกิดขึ้นที่ทำให้ความสามารถในการบังคับตนเองต้องลดลง ความเป็นเด็ก ความผิดปกติทางจิตวิทยาหรือความสำคัญผิด¹⁷

ข) ขนาดของการละเมิดต่อกฎหมายพิจารณาจากความมากน้อยของความเสียหายที่เกิดขึ้นซึ่งต้องพิจารณาทั้งในแง่ของความเสียหายในทางวัตถุและความเสียหายในทางจิตใจที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดอันจะมีต่อการกำหนดโทษหนักหรือเบา นอกจากนี้ ความเสียหายที่เกิดขึ้นที่อยู่นอกเหนือองค์ประกอบความผิดก็ต้องนำมาพิจารณาประกอบด้วย รวมทั้งระดับของความเสียหายที่จะเกิดความเสียหายต่อกรรมของการกระทำที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง ในกรณีของการพยายามกระทำความผิดและในกรณีของความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย ส่วนสิ่งที่จะทำให้การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษได้เบาลงก็เช่น ความพยายามของผู้กระทำความผิดที่จะชดใช้ค่าเสียหาย รวมทั้งความพยายามของผู้กระทำความผิดในอันที่จะทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิม (มาตรา 46 (2) ประโยคที่ 2 ตอนท้าย) และการกระทำของผู้เสียหาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่ผู้เสียหายมีส่วนผิดอยู่ด้วย ขนาดของการละเมิดต่อกฎหมายขึ้นอยู่กับรูปแบบและวิธีการของการกระทำความผิด เช่น ในกรณีของความผิดฐานลักทรัพย์ การใช้กำลังในภายหลังของจำเลยเมื่อความผิดฐานลักทรัพย์สำเร็จแล้ว ในความผิดฐานทำร้ายร่างกายความโหดร้ายเป็นพิเศษของการกระทำความผิด ในความผิดเกี่ยวกับการจรรยา การฉ้อโกงเร็วกว่าที่กฎหมายกำหนด ทั้งหมดนี้เป็นสิ่งที่จะนำมาพิจารณาเพื่อกำหนดโทษให้หนักขึ้น ในกรณีของการซื้อขายยาเสพติด การใช้สายลับไปล่อซื้อยาเสพติดเป็นสิ่งที่จะนำมาพิจารณาเพื่อกำหนดโทษให้เบาลง นอกจากนี้ความต้องการที่จะกระทำผิด (มาตรา 46 (2) ประโยคที่สอง) ก็เป็นองค์ประกอบหนึ่งในส่วนอัตตวิสัยของการกระทำผิดที่จะนำมาพิจารณาในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษการกระทำผิดโดยเจตนาและประมาทจะต้องพิจารณาแยกกันในฐานะที่เป็นข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษ¹⁸

¹⁷ Vgl. Jescheck. Op.cit. p. 789. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 30.

¹⁸ Ibid. pp. 792-793. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 31.

ค) ในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษที่วางอยู่บนพื้นฐานแนวความคิดของความน่าตำหนินั้น การจะใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้หนักขึ้นนั้นจึงพิจารณาเฉพาะแต่ความมิชอบด้วยกฎหมายในทางภาวะวิสัยแต่เพียงอย่างเดียวไม่ได้ต้องนำผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำที่ตำหนิได้มาพิจารณาประกอบด้วย (มาตรา 46 (2) ประโยคที่สอง) ในทางตรงกันข้าม แต่เดิมศาลแห่งอาณาจักรไรซ์ ได้วางหลักในเรื่องของความมิชอบด้วยกฎหมายในทางภาวะวิสัยมาโดยตลอด ทั้งนี้เพราะว่าแต่เดิมนั้นการกระทำความผิดในทางอาญาพิจารณาแต่ในแง่ของภาวะวิสัยเท่านั้น แต่ในปัจจุบันศาลแห่งสหพันธรัฐ ได้ใช้แนวทางสายกลาง กล่าวคือ การที่ผู้กระทำก่อให้เกิดสภาพที่เสี่ยงต่อการเกิดขึ้นของความเสียหายนั้น ต้องสามารถตำหนิผู้กระทำได้ ส่วนผลของความเสียหายที่จะเกิดขึ้นมานั้นผู้กระทำไม่จำเป็นต้องเคยคาดเห็นมาก่อน ในทางตรงกันข้ามความเห็นฝ่ายตรงข้ามความเห็นฝ่ายข้างมากในทางตำราเห็นว่า ผลของความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นต้องสามารถตำหนิผู้กระทำได้ด้วยแม้ว่ามาตรา 46 (2) ประโยคที่สองจะบัญญัติไปตามความเห็นฝ่ายข้างมากแต่ก็ไม่ชัดเจนว่ารูปแบบไหนของความน่าตำหนิที่มาตรา 46 (2) ประโยคที่สอง หมายถึงในกรณีที่มีสองความเห็นด้วยกัน โดยความเห็นแรกเห็นว่า ในกรณีของการกระทำความผิดโดยเจตนาใช้หลักของการกระทำความผิดโดยเจตนาตามมาตรา 16 และในกรณีของการกระทำโดยประมาทใช้หลักของการกระทำโดยประมาทตามมาตรา 18 ส่วนอีกความเห็นหนึ่งเห็นว่าในทุกๆ กรณีใช้หลักความคาดหมายว่าผลจะเกิดขึ้นหรือไม่นั้นตามหลักในมาตรา 18¹⁹

ง) ในส่วนของข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษที่ฝ่ายนิติบัญญัติให้แนวทางแก่ศาลในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษนั้น ความน่าตำหนิของการกระทำเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุด มูลเหตุจูงใจและเป็นเป้าหมายของผู้กระทำความผิดเชื่อในทางศีลธรรมที่เห็น ได้จากการกระทำผิด ระดับของการละเมิดต่อหน้าที่ (มาตรา 46 (2) ประโยคที่สอง) เป็นข้อเท็จจริงที่จะแสดงให้เห็นถึงเจตนาในการกระทำผิดของผู้กระทำผิดที่จะเป็นการเพิ่มหรือลดระดับของความน่าตำหนิของการกระทำผิด มูลเหตุจูงใจในการกระทำอาจแบ่งได้เป็น 2 แบบ คือ มูลเหตุจูงใจภายนอก เช่น ความเคียดแค้น ในทางเศรษฐกิจ มูลเหตุจูงใจภายใน เช่น ความเกลียด ความเห็นอกเห็นใจ ความอยากหากำไร ความโกรธ ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษจึงต้องค้นหาระดับของมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิดว่ามีมากน้อยแค่ไหนและค้นหาคุณค่าในทางจริยศาสตร์ของมูลเหตุจูงใจดังกล่าวและเช่นเดียวกันเป้าหมายในการกระทำของผู้กระทำผิดจะต้องถูกนำมาพิจารณาคุณค่าทางจริยศาสตร์ด้วยความน่าตำหนิของการกระทำมีความแตกต่างกันระหว่างกรณีที่แพทย์ฉีดมอร์ฟีนเกินขนาดให้ผู้ป่วยเพื่อให้ผู้ป่วยได้เสียชีวิตไปอย่างสงบกับการกระทำในลักษณะเดียวกันที่เกิดจากการกระทำของทนายท

¹⁹ Vgl. Jescheck. Loc.cit. pp. 792-793. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 32.

ที่นำไปเพื่อที่จะไม่ให้ผู้ป่วยได้มีการแก้ไขพินัยกรรมอีก ความเชื่อในทางศีลธรรมของผู้กระทำความผิด ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับบุคลิกส่วนตัวของผู้กระทำความผิด หากแต่หมายถึงความต้องการที่เกิดขึ้น ในขณะที่กระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่ง นอกจากนี้ ความต้องการที่เกิดขึ้นในขณะที่กระทำความผิดของผู้กระทำความผิดนี้ต้องประกอบกับบรรทัดฐานในทางจริยศาสตร์สังคมด้วย (เช่น ทศนคติที่ปฏิเสธต่อสิ่งทีกฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง ความน่าตำหนิของการกระทำความผิดที่น้อยลง เนื่องจากข้อเท็จจริงภายนอก ความสำคัญผิดในเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจ การประเมินทั้งหมดที่กล่าวมานี้ไม่ได้ประเมินจากความเชื่อในทางศีลธรรมทางอัตวิสัยของผู้พิพากษา แต่ประเมินจากการรับรู้ถึงคุณค่าของสังคมในทางภาวะวิสัย หากขาดการพิจารณาถึงบรรทัดฐานในทางศีลธรรมแล้ว การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษตามกฎหมายปัจจุบันก็จะเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ นอกจากนี้ในส่วนของความน่าตำหนิของการกระทำที่จะต้องพิจารณาเป็นประการสุดท้าย ก็ระดับของการละเมิดต่อหน้าที่ที่จะมีความสำคัญโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการกระทำผิดโดยประมาท²⁰

2) คุณลักษณะของผู้กระทำความผิด

ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษไม่ว่าจะพิจารณาในแง่ของความน่าตำหนิหรือในแง่ของการป้องกัน คุณลักษณะส่วนตัวของผู้กระทำความผิดก็เป็นส่วนสำคัญในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ แต่คุณลักษณะส่วนตัวของผู้กระทำความผิดจะถูกนำมาพิจารณาประกอบในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษก็แต่เฉพาะคุณลักษณะส่วนตัวที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำผิดเท่านั้น

ก) ในประการแรก สิ่งที่จะถูกนำมาพิจารณาก็คือ ลักษณะส่วนตัวและฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิด (มาตรา 46 (2) ประโยคที่สอง)

ฐานะในทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิด สามารถก่อให้เกิดผลที่แตกต่างกันได้ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ ขึ้นอยู่กับว่าฐานะทางเศรษฐกิจดังกล่าวของผู้กระทำความผิดนั้นจะถูกพิจารณาในฐานะที่เป็นมูลเหตุจูงใจในการกระทำผิดที่อยู่ในส่วนของเนื้อหาของความน่าตำหนิหรือพิจารณาจากความรู้สึกของผู้กระทำความผิดที่มีต่อการถูกลงโทษ โดยไม่ได้เกี่ยวข้องกับเนื้อหาของความน่าตำหนิในการกำหนดโทษปรับ คุณลักษณะส่วนตัวและฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิดจะเป็นตัวกำหนดอัตราโทษปรับรายวัน

ข) คุณลักษณะเฉพาะของผู้กระทำความผิด รวมถึงขนาดและประเภทของการขาดความสามารถในการกลับคืนเข้าสู่สังคมของผู้กระทำความผิด²¹

²⁰ Ibid. p. 795. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 33.

²¹ Ibid. p. 795. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 35.

3) ชีวิตที่แล้วมาของผู้กระทำผิด การกระทำภายหลังการกระทำผิด การดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ยาวนาน

ก) ข้อพิจารณาในส่วนของชีวิตที่แล้วมาของผู้กระทำผิดภายหลังการกระทำผิด (มาตรา 46 (2) ประโยคที่สอง) ทำให้ขอบเขตของข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษขยายออกไป แต่ก็ยังเป็นสิ่งที่จำเป็นเพื่อให้การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษเป็นธรรมและในขณะเดียวกัน ก็มีผลต่อการป้องกันการกระทำผิดซ้ำ ไม่ถือว่าเป็นการขัดต่อหลักในเรื่องการขึ้นฟ้อง ที่นำเอาเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนหรือหลังการกระทำผิดมาประกอบด้วย อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่าชีวิตที่แล้วมาของผู้กระทำผิดและการกระทำภายหลังการกระทำผิดของผู้กระทำผิดนั้นจะนำไปสู่การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษแก่จำเลยทั้งหมด ในความผิดอาญาที่มีความสำคัญเพียงเล็กน้อยนั้นการสืบค้นประวัติผู้กระทำผิดถือว่าการต้องห้าม เนื่องจากการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลที่ได้รับการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลที่ได้รับการรับรองไว้ตามวิธีพิจารณาความอาญา รวมทั้งการกระทำดังกล่าวถือว่าเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่สิ้นเปลือง แต่อย่างไรก็ตาม ในความผิดอาญาที่มีความสำคัญนั้นชีวิตที่แล้วมาและการกระทำภายหลังการกระทำผิดของผู้กระทำผิดก็ไม่ได้จะนำไปสู่การลงโทษทางความคิดในทางศีลธรรม ในทางตรงกันข้ามข้อเท็จจริงดังกล่าวจะถูกนำมาพิจารณาประกอบในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษเพื่อที่จะแสดงให้เห็นถึงความเกี่ยวข้องกับการกระทำผิดและเป็นเพียงแค่อำนาจสำหรับความน่าตำหนิหรือความเป็นอันตรายของผู้กระทำผิดเท่านั้น²²

ข) ในส่วนของชีวิตที่แล้วมาของผู้กระทำผิดนี้ การที่ผู้กระทำผิดใช้ชีวิตด้วยดีมาตลอดจนถึงทุกวันนี้สามารถถูกนำมาพิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้เบาลงตราบเท่าที่แสดงให้เห็นได้ว่า การกระทำผิดในครั้งนี้เป็นความผิดพลาดที่ไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องอยู่กับคุณลักษณะส่วนตัวที่เหลือของผู้กระทำผิด การเคยต้องโทษมาก่อน เป็นเหตุหนึ่งที่เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำผิด ซึ่งในทางปฏิบัติการเคยต้องโทษมาก่อนเป็นเหตุในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่สำคัญที่สุด โดยหลักการแล้วการเคยต้องโทษมาก่อนจะถูกนำมาพิจารณา ก็ต่อเมื่อเป็นกรณีของการต้องโทษตามคำพิพากษาที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับความน่าตำหนิที่เพิ่มขึ้นของผู้กระทำผิดซ้ำหรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับความเป็นอันตรายในอนาคตของผู้กระทำผิด อย่างไรก็ตาม การเคยต้องโทษมาก่อนที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับสิ่งที่กล่าวไว้ข้างต้นมาพิจารณาประกอบถูกจำกัดอย่างมาก โดยมาตรา 51 ของ BZRG โทษที่ถูกตัดออกจากทะเบียนประวัติอาชญากร ไม่สามารถที่จะนำมาพิจารณาเพื่อใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำผิดได้ สิ่งที่เกิดขึ้นก่อนการกระทำผิดที่ไม่ใช่เป็นสิ่งที่

²²Ibid. pp. 796-797. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 36.

ผิดกฎหมาย แต่เป็นสิ่งที่ดำเนินได้นั้นสามารถนำมาพิจารณาเพื่อให้ดุลพินิจกำหนดโทษให้เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำผิดได้ก็ต่อเมื่อมีสิ่งดังกล่าวมีส่วนเกี่ยวข้องอยู่กับการกระทำผิด²³

ค) นอกจากนี้ การกระทำภายหลังของผู้กระทำผิดสามารถที่จะนำไปสู่ข้อสรุปถึงความน่าตำหนิหรือความเป็นอันตรายของผู้กระทำผิดได้ การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้เบาลง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นกรณีของการชดเชยค่าเสียหายและความพยายามที่จะทำให้ผู้เสียหายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิม (มาตรา 46 (2) ตอนท้าย) การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้นักชั่งโดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรณีของการกระทำที่โหดร้ายเป็นพิเศษภายหลังการกระทำผิดและการกระทำความผิดอาญาฐานใหม่²⁴

ง) ปัญหาประการพิเศษประการหนึ่งของการกระทำภายหลังการกระทำผิดก็คือ การกระทำของจำเลยในชั้นพิจารณา ในกรณีดังกล่าวผู้พิพากษาจะต้องคำนึงถึงเป็นพิเศษว่า การใช้สิทธิของจำเลยที่เป็นสิทธิตามกฎหมายวิธีพิจารณาความนั้นจะต้องไม่ส่งผลเสียแก่จำเลย แม้แต่เพียงโดยอ้อมก็ตาม ในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ เช่น การที่จำเลยใช้สิทธิที่จะนิ่งจะตั้งไม่ส่งผลเสียแก่จำเลยเพราะจำเลยมีสิทธิตามกฎหมายที่จะนิ่งได้ในทุกๆ ขั้นตอนของกระบวนการพิจารณา (มาตรา 136 (1) ประโยคที่สอง, 163 A (4) ประโยคที่สอง, 243 (4) ประโยคที่หนึ่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน) ในทางตรงกันข้าม ในทางปฏิบัติโดยเฉพาะในศาลชั้นต้น โดยหลักการแล้วการรับสารภาพจะส่งผลดีและการปฏิเสธจะส่งผลเสียแก่จำเลย ซึ่งในกรณีดังกล่าว JESCHECK เห็นว่าเสรีภาพในการต่อสู้คดีของจำเลยจะถูกจำกัดลงอย่างมาก เฉพาะกรณีที่การรับสารภาพหรือการปฏิเสธของจำเลยที่จะแสดงให้เห็นถึงระดับของความน่าตำหนิหรือระดับของความน่าตำหนิหรือระดับของความเป็นอันตรายของจำเลยเท่านั้นที่จะนำมาพิจารณาประกอบในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ²⁵

จ) การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้เบาลงอีกกรณีก็คือ การที่กระบวนการพิจารณาคดีได้ใช้เวลายาวนานเกินไป ซึ่งถือว่าเป็นการทำร้ายจิตใจของจำเลยเป็นอย่างมากและเป็นสิ่งที่สามารถตำหนิองค์กรในกระบวนการยุติธรรมได้ ซึ่งเป็นการขัดต่อสิทธิของจำเลยที่จะได้รับการพิจารณาคดีภายในเวลาที่เหมาะสมตามมาตรา 6 (1) ประโยคที่หนึ่งของ MRK²⁶

²³Ibid. p. 797. อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. หน้าเดิม.

²⁴Ibid. pp. 797-798. อ้างถึงใน แหล่งเดิม. น. 37.

²⁵Ibid. p. 798. อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. หน้าเดิม.

²⁶Vgl. Jescheck. Loc.cit. อ้างถึงใน แหล่งเดิม.

4.1.4 หลักกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเยอรมนี

1. การละเมิดลิขสิทธิ์

ประเทศเยอรมนีให้ความสำคัญคุ้มครองการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยมีการบัญญัติเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์และบทกำหนดโทษ ในรัฐบัญญัติ ฉบับ 9 กันยายน พ.ศ.2508 (German Copyright Act of September 9, 1965) แก้ไขเพิ่มเติมครั้งสุดท้ายเมื่อวันที่ 10 กันยายน 2546²⁷

ตามรัฐบัญญัติลิขสิทธิ์ประเทศเยอรมนี มาตรา 106²⁸ มาตรา 107²⁹ มาตรา 108³⁰ และ มาตรา 108a³¹ ได้บัญญัติเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ ดังนี้

²⁷กรมทรัพย์สินทางปัญญา “ทรัพย์สินทางปัญญาดังประเทศ ประเทศเยอรมนี”. สืบค้นเมื่อวันที่ 1 เมษายน 2557, จาก http://www.ipthailand.go.th/ipthailand/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=685&Itemid=600

²⁸ Article 106 Unauthorized Exploitation of Copyrighted Works

(1) Any person who, other than in a manner allowed by law and without the right holder's consent, reproduces, distributes or publicly communicates a work or an adaptation or transformation of a work shall be liable to imprisonment for up to three years or a fine.

(2) The attempt to commit such an offense shall be punishable.

²⁹ Article 107 Unlawful Affixing of Designation of Author

(1) Any person who:

1. without the author's consent, affixes a designation of author (Article 10(1)) to the original of a work of fine art or distributes an original bearing such designation.

2. affixes a designation of author (Article 10(1)) on a copy, adaptation or transformation of a work of fine art in such manner as to give to the copy, adaptation or transformation the appearance of an original or distributes a copy, adaptation or transformation bearing such designation.

shall be liable to imprisonment for up to three years or a fine if the offense does not carry a more severe penalty under other provisions.

(2) The attempt to commit such an offense shall be punishable.

³⁰ Article 108 Infringement of Neighboring Rights

(1) Any person who, other than in a manner allowed by law and without the right holder's consent:

1. reproduces, distributes or publicly communicates a scientific edition (Article 70) or an adaptation or transformation of such edition;

2. exploits a posthumous work or an adaptation or transformation of such work contrary to Article 71;

...

7. exploits a video or video and audio recording contrary to Article 94 or Article 95 in conjunction with Article 94;

บุคคลใดทำซ้ำ จำหน่ายจ่ายแจก หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชน ดัดแปลงหรือตัดแปลง โดยเปลี่ยนรูปแบบของงานซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์ และ ไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายให้กระทำการดังกล่าว หรือกระทำการเพิ่มชื่อของผู้แต่งตามมาตรา 10(1) เข้าไปในงานต้นฉบับงานหรือสำเนางานศิลปกรรม หรือจำหน่ายจ่ายแจก ดัดแปลงหรือตัดแปลง โดยเปลี่ยนรูปแบบของงานอันมีลักษณะดังกล่าว โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือในกรณีที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ข้างเคียง

2. บทกำหนดโทษ

ตามรัฐบัญญัติลิขสิทธิ์เยอรมนี พ.ศ. 2508 (German Copyright Act 1965 หรือ Urheberrechtsgesetz) ได้มีบทกำหนดโทษจากการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนี้

มาตรา 106 มีใจความสำคัญว่า บุคคลใดทำซ้ำ จำหน่ายจ่ายแจก หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชน ดัดแปลงหรือตัดแปลง โดยเปลี่ยนรูปแบบของงานซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์ และ ไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายให้กระทำการดังกล่าว มีโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับ

มาตรา 107 มีใจความสำคัญว่า บุคคลใด

(1) เพิ่มชื่อของผู้แต่งตามมาตรา 10(1) เข้าไปในงานต้นฉบับงานศิลปกรรม หรือจำหน่ายจ่ายแจกงานอันมีลักษณะดังกล่าว โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์

(2) เพิ่มชื่อของผู้แต่งตามมาตรา 10(1) เข้าไปในสำเนางานศิลปกรรม ดัดแปลงหรือตัดแปลง โดยเปลี่ยนรูปแบบของงานศิลปกรรมดังกล่าวให้เป็นสำเนางาน ดัดแปลงหรือตัดแปลง โดยเปลี่ยนรูปแบบของงานต้นฉบับงาน หรือจำหน่ายจ่ายแจกสำเนางาน ดัดแปลงหรือตัดแปลง โดยเปลี่ยนรูปแบบของสำเนางานดังกล่าว มีโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับ

มาตรา 108 มีใจความสำคัญในกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ข้างเคียง การกระทำดังกล่าว มีโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับ

shall be liable to imprisonment for up to three years or a fine.

(2) The attempt to commit such an offense shall be punishable.

³¹ Article 108a Unlawful Exploitation on a Commercial Basis

(1) Where the person committing the acts referred to in Articles 106 to 108 does so on a commercial basis, the penalty shall be imprisonment for up to five years or a fine.

(2) The attempt to commit such an offense shall be punishable.

มาตรา 108a บัญญัติว่า ตามมาตรา 106 ถึงมาตรา 108 หากเป็นการกระทำเพื่อการค้า หรือหากำไร จะต้องรับจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับ

4.2 ประเทศอังกฤษ

4.2.1 พัฒนาการของการกำหนดโทษ

หลังจากสงครามโลกครั้งที่สอง แนวคิดในการลงโทษตามกฎหมายอังกฤษเน้น การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (rehabilitation) ดังนั้น จึงมีมาตรการที่กำหนดไว้ในกฎหมายในเรื่อง การบำบัดฟื้นฟูในชุมชน (community punishment) เพื่อนำเข้ามาใช้เป็นทางเลือกในการหลีกเลี่ยง ไม่ลงโทษจำคุกหรือกักขัง และมีการพัฒนากระบวนการบำบัดฟื้นฟูผู้กระทำความผิด ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1962 ในปี ค.ศ. 1972 ได้นำเสนอให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ทำงานบริการสาธารณะในชุมชนได้ ในอังกฤษและเวลส์ ต่อมาการใช้มาตรการลงโทษในชุมชนลดลงไป โดยเฉพาะในช่วงทศวรรษ ที่ 1980 และ 1990 เพราะมีงานวิจัยพบว่าช่วงเวลาตั้งแต่ทศวรรษ 1970 ถึง 1980 มีอัตราการกระทำ ความผิดซ้ำของผู้กระทำความผิดเพิ่มมากขึ้น ทำให้เกิดความสงสัยว่ามาตรการการลงโทษโดยชุมชน จะเป็นมาตรการที่เหมาะสมในการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดจริงหรือไม่³²

นอกจากนี้แนวคิดในเรื่องการลงโทษเพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม (incapacitation) ยังมีอิทธิพลต่อการลงโทษในทศวรรษที่ 1990 ด้วย ดังปรากฏใน CJA, 1991 ที่มีหลักการลงโทษเพื่อ ทดแทนความเสียหายที่ผู้กระทำความผิดก่อให้เกิดขึ้นแก่สังคม (retributive principle) เป็นหลักพิจารณา ในลำดับแรกของการกำหนดโทษของศาล ซึ่งเน้นการลงโทษที่เหมาะสมกับความร้ายแรงของ ความผิดมากกว่าการบำบัดฟื้นฟูผู้กระทำความผิด นอกจากนี้ การใช้เทคโนโลยีในการติดตาม ผู้กระทำความผิด (electronic monitoring) และคำสั่งห้ามออกนอกสถานที่ (curfew order) เป็น มาตรการที่ตัดมิให้ผู้นั้นมีโอกาสกระทำความผิดซึ่งเริ่มใช้ใน The Crime and Disorder Act 1998 และปัจจุบันมีกำหนดให้ศาลมีอำนาจสั่งได้ตาม PCC (S) A 2000 s. 37-38, CJA 2003, ss. 204-205 จึงทำให้การใช้โทษจำคุกหรือกักขังมีจำนวนมากขึ้น นอกจากนี้ยังใช้มาตรการควบคุมเพื่อป้องกัน การก่อให้เกิดอันตรายต่อผู้เสียหายและการพิจารณาคดีที่รวดเร็ว ตลอดจนการนำผู้กระทำความผิด เข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลโดยไม่ชักช้าเมื่อจับผู้ต้องหาได้³³

สำหรับการลงโทษที่กำหนดไว้ใน CJA 2003 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ปรับปรุงกระบวนการ ยุติธรรมทางอาญาและกระบวนการกำหนดโทษโดยมีพื้นฐานในการพัฒนากระบวนการยุติธรรม

³²ณรงค์ ใจหาญ และคณะ. (2549). ศึกษาความเป็นไปได้ในการกำหนดชั้นโทษและการนำไปปรับใช้ใน ประมวลกฎหมายอาญา (รายงานผลการวิจัย). น. 68.

³³Susan Easton and Christine Piper. *Sentencing and punishment: A Quest for Justice*. pp. 19-21.

ให้เป็นที่ยึดถือและสามารถป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดได้อย่างมีประสิทธิภาพ ในส่วนที่เกี่ยวกับการกำหนดโทษมีบทบัญญัติที่กำหนดการใช้มาตรการทางอาญาและเงื่อนไขในการกำหนดโทษ และเป็นกฎหมายที่ได้ปรับปรุงอำนาจของศาลในกฎหมายอื่นๆ ด้วยกฎหมายฉบับนี้ให้ความสำคัญต่อผู้กระทำความผิดที่กระทำต่อผู้เสียหายเกี่ยวกับเพศ โดยเฉพาะเด็กและผู้พิการ และการกำหนดมาตรการที่เพิ่มขึ้นในการป้องกันสังคมจากผู้กระทำผิดที่เป็นอันตราย (dangerous offender) กำหนดมาตรการควบคุมและลงโทษ (custody plus penalty) นอกจากนี้ยังจัดตั้งกองทุนให้แก่สำนักงานคุมประพฤติเพื่อสนับสนุนการลงโทษโดยชุมชนและการเพิ่มการลงโทษโดยการคุมขังสัปดาห์หรือผ่อนส่ง (intermittent custody)³⁴ การบังคับโทษปรับโดยการให้ทำงานโดยไม่จ่ายค่าแรงหรือการห้ามออกนอกสถานที่หรือการระงับใบอนุญาตขับรถแทนการชำระค่าปรับ เพิ่มมาตรการที่ใช้กับผู้กระทำความผิดตามแนวคิดในการลงโทษแบบสมานฉันท์ (restorative justice) ไม่ว่าจะเป็นผู้ใหญ่หรือเยาวชน และมีองค์กรที่ทำหน้าที่ทำแนวทางในการลงโทษเพื่อให้เกิดความเสมอภาคและเป็นธรรมในการกำหนดโทษ โดยมีคณะกรรมการคณะหนึ่งซึ่งมี Lord Chancellor เป็นประธาน เรียกว่า Sentencing Guideline Council³⁵ และทำหน้าที่กำหนดแนวทางการลงโทษเพื่อให้ใช้ทั่วประเทศทั้งในศาล Crown Court และ Magistrate Court

4.2.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องและนโยบายเกี่ยวกับการกำหนดโทษ

1. หลักทั่วไป

1) การแบ่งประเภทความผิด และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดโทษ

เดิมกฎหมายอังกฤษ แบ่งประเภทความผิดออกเป็น 3 ประเภท คือ ความผิดอุกฉกรรจ์ (Felony) ความผิด Misdemeanours และ Petty Offences ต่อมาถูกยกเลิกไป และมาแบ่งเป็นประเภทความผิดโดยถือตามวิธีพิจารณา โดยแยกเป็นความผิดที่ต้องพิจารณาในศาล Crown Court และมีคณะลูกขุนเป็นผู้พิจารณาปัญหาข้อเท็จจริงที่เรียกว่า Offences Triable Only on Indictment กับความผิดที่พิจารณาโดยรวบรัดโดยศาล Magistrate เรียกว่า Offences Triable Summarily และประเภทที่สามารถพิจารณาโดยรวบรัด (Offences Triable Either Way) หรือโดย Indictment ก็ได้³⁶

³⁴การจำคุกในลักษณะนี้มีใช้ในสหรัฐอเมริกา เพื่อป้องกันผลเสียในการลงโทษต่อเนื่อง เช่น ต้องออกจากงาน หรือต้องถูกตัดขาดจากครอบครัวหรือความสัมพันธ์กับญาติหรือเพื่อน ซึ่งอาจเป็นการจำคุกสุดสัปดาห์หรือบางวันในสัปดาห์ หรือในเวลากลางคืน ขึ้นอยู่กับความเหมาะสมของผู้กระทำความผิด. Ibid. pp. 34-35. อ้างถึงใน ณรงค์ ใจหาญ และคณะ. เล่มเดิม น. 69.

³⁵Susan Easton and Christine Piper. Op.cit. pp. 24-25.

³⁶Martin Wasik. *Emmins on Sentencing*. pp. 35-36.

ในปัจจุบัน กฎหมายอังกฤษกำหนดความผิดไว้โดยกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statutory Offences) โดยมีกฎหมายบัญญัติว่าด้วยความผิดอาญาโดยเฉพาะ เช่น The Criminal Act 1967 The Criminal Law Act 1977, The Crime and Disorder Act 1998, Terrorism Act 2006 เป็นต้น และความผิดที่กำหนดไว้ในกฎหมายพิเศษอีกหลายฉบับ เช่น Firearms Act 1968, Drug Trafficking Act 1994, War Crime Act 1991, Police and Criminal Evidence Act 1984 เป็นต้น ซึ่งความผิดตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้กำหนดโทษไว้เพื่อให้ศาลกำหนดโทษ บางฐานความผิดเป็นการกำหนดโทษไว้ตายตัว บางฐานความผิดกำหนดอัตราโทษขั้นสูง และบางความผิดกำหนดโทษที่ให้ศาลขึ้นต่ำไว้ แต่ส่วนใหญ่เป็นการอัตราโทษขั้นสูง เพื่อเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ ที่เรียกว่า กระบวนการกำหนดโทษ (Sentencing Process) โดยศาลจะกำหนดโทษให้เหมาะสมกับความร้ายแรงของความผิดและสภาพของผู้กระทำความผิด โดยคำนึงถึงเป้าหมายในการลงโทษเพื่อป้องกันสังคมให้ปลอดภัยและแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด ดังนั้นกฎหมายอังกฤษจึงได้บัญญัติหลักการกำหนดโทษของศาล และอำนาจศาลที่จะกำหนดโทษในแต่ละประเภทไว้ เพื่อให้ศาลใช้เป็นหลักการกำหนดโทษ กฎหมายเหล่านี้ ได้แก่ Crime (Sentences) Act 1997, Criminal Justice Act 1967, Criminal Justice Act 1991 และฉบับปัจจุบัน Criminal Justice Act 2003 , Magistrates Court Act 1980, Power of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000, Children and Young Person Act 1933, 1969, Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999 เป็นต้น³⁷

อังกฤษได้ปรับปรุงและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางอาญาและการกำหนดโทษตลอดมา โดยมีการศึกษาวิจัยและวิเคราะห์สถิติของคำพิพากษาของศาลเพื่อประเมินและวิเคราะห์แนวโน้มในการกำหนดโทษของความผิดและการใช้มาตรการลงโทษที่มีอยู่ในกฎหมาย และประสิทธิภาพในการบริหารงานยุติธรรมและกระบวนการแก้ไขบำบัดผู้กระทำความผิด สำหรับงานวิจัยเกี่ยวกับพัฒนาการของการกำหนดโทษได้ศึกษาเพื่อค้นหามาตรการให้การลงโทษสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคยุติธรรมและเป็นที่ยอมรับต่อสังคมว่ากระบวนการยุติธรรมมีความสามารถในการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดและป้องกันสังคมในพ้นจากการกระทำความผิดของอาชญากรรม³⁸

กฎหมายหลักที่กำหนดหลักการลงโทษของศาลในปัจจุบันมีกฎหมายหลักอยู่ 3 ฉบับ คือ The Criminal Justice Act 1991 (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “CJA 1991”) กฎหมายนี้กำหนดหลักการกำหนดโทษของศาล โดยให้คำนึงถึงปัจจัยต่างๆ ในการพิจารณาว่าโทษที่ร้ายแรงควรได้รับการลงโทษร้ายแรงตามสัดส่วน กฎหมายฉบับที่สองคือ The Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000 (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “PCC (S) A 2000”) โดยประมวลมาตรการในการบังคับใช้กฎหมายอาญา

³⁷ณรงค์ ใจหาญ และคณะ. เล่มเดิม. น. 63-64.

³⁸แหล่งเดิม. น.63.

ให้อยู่ในกฎหมายฉบับเดียวกันเพื่อให้การบังคับโทษเป็นไปโดยเหมาะสมกับความผิดและ ผู้กระทำความผิด และในท้ายที่สุดมีการปรับปรุงกระบวนการกำหนดโทษฉบับล่าสุด ซึ่งมี หลักเกณฑ์ที่แก้ไขหลักเกณฑ์การลงโทษและดุลพินิจในการกำหนดโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมาย สองฉบับแรก และมีผลใช้ทั่วสหราชอาณาจักร โดยขยายหลักเกณฑ์บางเรื่องไปใช้กับความผิด ในไอร์แลนด์เหนือและสกอตแลนด์ด้วย กฎหมายฉบับที่สามนี้ คือ The Criminal Justice Act 2003³⁹ (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “CJA 2003”) โดยถือเป็นกฎหมายหลักที่มีอยู่ในปัจจุบันในการกำหนดโทษ ที่มีในอังกฤษ⁴⁰

2. นโยบายในการกำหนดโทษของอังกฤษ

พื้นฐานในการกำหนดโทษนั้น ตั้งอยู่บนหลักการที่สำคัญ 3 ประการ คือ เสมอภาค เป็นธรรมและยุติธรรม หลักความเสมอภาค หมายถึง ความเท่าเทียมในการกำหนดโทษในความผิด ที่กระทำในลักษณะเดียวกัน และไม่มีการเลือกปฏิบัติ ซึ่งได้กำหนดไว้ชัดเจนใน CJA 1991 อย่างไรก็ดี ได้มีแนวความคิดที่เพิ่มเติมว่า ผู้กระทำความผิดบางประเภทอาจได้รับโทษที่มีลักษณะแตกต่างจาก ผู้กระทำความผิดโดยทั่วไปได้แม้ว่าได้กระทำความผิดในลักษณะเดียวกัน เช่นผู้กระทำความผิดที่มี จิตผิดปกติ เป็นต้น นอกจากนี้ ในความผิดบางลักษณะที่กระทำต่อผู้หญิงหรือเด็ก หรือคนพิการ ผู้กระทำอาจได้รับโทษสูงเกินกว่าการกระทำต่อบุคคลโดยทั่วไปได้⁴¹ ซึ่งมีหลักเกณฑ์กำหนดไว้ใน CJA 2003 เป็นต้น ส่วนการลงโทษที่เป็นธรรมนั้นพิจารณาจากการใช้โทษอาญาต่อการกระทำ ความผิดและต่อผู้กระทำความผิด และจำนวนโทษที่กำหนดให้แก่ผู้กระทำความผิดมีอย่างไร ซึ่งศาลจะต้องใช้โทษอย่างเป็นธรรม และกำหนดโทษในทำนองเดียวกันอย่างเป็นแบบแผนเดียวกัน ดังนั้น การลงโทษที่เป็นธรรมและยุติธรรมจึงเป็นหลักการที่สำคัญที่กฎหมายอังกฤษได้นำมาใช้และ นำไปสู่การลงโทษที่ต้องเป็นไปตามเกณฑ์ที่ว่า ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิด (proportionate) มีความสม่ำเสมอ (consistent) มีความเป็นกลางไม่เลือกปฏิบัติ (improper discrimination) สอดคล้องกับ หลักสิทธิมนุษยชน (human right) มีความโปร่งใส หรือสามารถตรวจสอบได้ (transparent)⁴²

การลงโทษที่ยุติธรรมจะต้องพิจารณาจากความเป็นธรรมของทุกกลุ่มของสังคม ไม่ว่าจะเป็นด้านผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิด และประโยชน์ต่อสังคมในภาพรวม ซึ่งแนวคิดดังกล่าว จะถือว่ายุติธรรมหรือไม่ อาจกล่าวได้ยากเพราะหากเป็นการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อทดแทน

³⁹Criminal Justice Act 2003, chapter 44, part 12, ss. 142-305.

⁴⁰ณรงค์ ใจหาญ และคณะ. เล่มเดิม. น.64-65.

⁴¹Susan Easton and Christine Piper. Op.cit. pp. 6-7.

⁴²John Halliday. (2001). *Making Punishments Work* (Report of a Review of the Sentencing Framework for England and Wales). p. 12.

(Retributivism) ซึ่งพิจารณาการลงโทษที่เป็นธรรมโดยพิจารณาสัดส่วนที่เป็นธรรมในการที่ผู้หนึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคม ซึ่งเป็นคนละพื้นฐานของการลงโทษกับการลงโทษเพื่อป้องกันสังคมตามแนวคิดของทฤษฎีอรรถประโยชน์สูงสุด (Utilitarianism) ซึ่งมีแนวคิดในการลงโทษเพื่อป้องกันการกระทำความผิดโดยการข่มขู่ (Deterrence) หรือแก้ไขฟื้นฟู (Rehabilitation) หรือตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม (Incapacitation) ซึ่งทฤษฎีหลังนี้มีความเชื่อว่าบุคคลต้องการความพอใจและหลีกเลี่ยงความเจ็บปวด ดังนั้น หากจะใช้มาตรการทางสังคมและการลงโทษเพื่อก่อให้เกิดความสุขแก่ผู้กระทำมากกว่าการก่อให้เกิดอาชญากรรมแล้ว บุคคลนั้นจะไม่กระทำความผิด⁴³

ดังนั้น การพิจารณาความยุติธรรมในการลงโทษจึงไม่อาจตัดสินได้จากแนวคิดในการลงโทษทั้งสองทฤษฎีได้แต่เพียงอย่างเดียว แต่ในอังกฤษนั้นได้นำแนวคิดที่เกี่ยวกับทฤษฎีทัณฑวิทยาสมัยใหม่ (New Penology)⁴⁴ และแนวคิดในเรื่องของเสรีภาพในการดำเนินธุรกิจในระบบทุนนิยมความเป็นปัจเจกชนนิยม ความเชื่อมั่นของสังคมที่มีต่อกระบวนการยุติธรรม และความต้องการของกลุ่มผลประโยชน์มาเป็นแนวทางในการพิจารณาถึงแนวทางการกำหนดโทษของอังกฤษประกอบด้วย⁴⁵ สำหรับแนวคิดของสำนักทัณฑวิทยาสมัยใหม่ (New Penology) ซึ่งมีพื้นฐานในการบริหารงานยุติธรรม (Managerialism)⁴⁶ โดยการใช้เครื่องมือทางเทคโนโลยีและสถิติเพื่อนำมาบริหารจัดการความเสี่ยงของสังคมต่อความเสียหายอันเกิดจากการกระทำความผิดของกลุ่มผู้กระทำความผิดที่มีแนวโน้มในการก่ออาชญากรรมสูง สาระของแนวความคิดนี้เน้นการควบคุมมิให้เกิดความเสี่ยงในการก่อให้เกิดอาชญากรรม และใช้เทคโนโลยีในการควบคุมผู้กระทำความผิด ทั้งนี้การแยกผู้กระทำความผิดจึงแยกจากกลุ่มที่มีความเสี่ยงในการก่อให้เกิดอาชญากรรมมากกว่าการแยกประเภทของผู้กระทำความผิดโดยพิจารณาสาเหตุของการกระทำความผิดเหมือนแนวทางเดิม ดังนั้น ผู้กระทำความผิดที่มีความเสี่ยงจึงพิจารณาจากข้อมูลของตัวผู้กระทำความผิดและแนวโน้มในการกระทำความผิดซ้ำ ซึ่งต้องพิจารณาจากประวัติของผู้หนึ่งและการสืบเสาะและรายงานของพนักงานคุมประพฤติประกอบกัน ด้วยเหตุนี้ การบริหารงานเพื่อควบคุมผู้กระทำความผิดจึงตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเสี่ยงของบุคคลที่จะกระทำความผิดต่อสังคมและหากผู้หนึ่งไม่มีอันตรายต่อสังคมก็สามารถควบคุมผู้หนึ่งในชุมชนได้ โดยใช้วิธีการทางเทคโนโลยีมาเพื่อบำบัด และใช้มาตรการควบคุม

⁴³ Ibid. pp. 8-10 และดู ณรงค์ ใจหาญ. เล่มเดิม. น. 21-35

⁴⁴ Susan Easton and Christine Piper. Op.cit. p. 16.

⁴⁵ J. Simon. (1998). "Managing the Monstrous : Sex Offenders and the New Penology". *Psychology Public Policy and the Law*. Vol. 4 (1). p. 8.

⁴⁶ Anthony Bottoms. (1995). " The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing" . in C.M. V. Clarkson and R. Morgan (eds.). *The Politics of Sentencing Reform*. pp. 24-34.

ในเรือนจำหรือการควบคุมพฤติกรรมของผู้นั้นมิให้ก่อให้เกิดการกระทำความผิดซ้ำขึ้นในสังคม และจะใช้มาตรการควบคุมจนกว่าผู้นั้นจะไม่ก่ออันตรายแก่สังคม⁴⁷

อันเนื่องมาจากแนวคิดในการลงโทษ โดยพิจารณาถึงความเสียหายของผู้กระทำความผิด ในการก่อให้เกิดอันตรายต่อสังคมนี้ CJA 2003 จึงกำหนดมาตรการให้ศาลออกคำสั่งหรือใช้มาตรการทางอาญาเพื่อดำเนินการแก่ผู้กระทำความผิดที่มีความเสี่ยงในการก่อให้เกิดอันตรายต่อสังคม เพื่อให้ผู้นั้นอยู่ในความควบคุมและมีมาตรการอื่นๆ เพื่อใช้ในการเดินทางของผู้กระทำความผิดฐานค้าหญิง และเด็ก และเน้นการลงโทษจำคุกหรือกักขังเป็นหลัก มีการจัดตั้งหน่วยงานที่ทำหน้าที่บันทึก ประวัติการกระทำความผิดระดับชาติ เพื่อติดตามประวัติของผู้ที่เป็นบุคคลที่เป็นอันตรายและมีแนวโน้มในการกระทำความผิด⁴⁸ เป็นต้น ดังนั้น แนวคิดในการกำหนดโทษของอังกฤษในปัจจุบัน โดยเฉพาะใน CJA 2003 จึงเน้นการป้องกันสังคมให้ปลอดภัยจากการกระทำความผิดที่ร้ายแรงและผู้กระทำความผิดที่เป็นอันตราย ซึ่งตรงกับแนวคิดในทฤษฎีอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarianism) ในด้านเน้นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม (Capacitation) และการลงโทษเพื่อเป็นการยับยั้งการกระทำความผิด (Deterrence) โดยถือความปลอดภัยของสังคมเป็นหลัก และใช้มาตรการควบคุม ประกอบกับการออกคำสั่งเพื่อให้ปรับปรุงพฤติกรรมหรือห้ามการกระทำบางอย่างที่เป็นอันตราย เพื่อควบคุมอาชญากรรมมากขึ้น⁴⁹

4.2.3 กระบวนการกำหนดโทษ (Sentencing Process)

เนื่องจากกฎหมายอังกฤษได้ให้ดุลพินิจของศาลที่จะกำหนดโทษที่เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดไว้กว้าง และมีพัฒนาการที่ให้ศาลเลือกใช้มาตรการทางอาญาที่จำคุกหรือกักขังผู้กระทำความผิดในเรือนจำหรือสถานกักขังสำหรับเด็ก ซึ่งเรียกว่า Custodial Sentence ส่วนโทษอีกประเภทหนึ่งเป็นโทษที่ไม่ต้องถูกจำกัดเสรีภาพในเรือนจำหรือสถานกักขังแต่ผู้ต้องโทษกลับเข้าสู่สังคมภายใต้การดูแลของเจ้าพนักงานคุมประพฤติหรือเจ้าพนักงานอื่น หรือต้องปฏิบัติตาม

⁴⁷โปรดดู Explanatory Notes to Criminal Justice Act 2003. chapter 44. Part 12. in www.opsi.gov.uk.

⁴⁸See Susan Easton and Christine Piper. Op.cit. pp. 25-28.

⁴⁹นักวิชาการอังกฤษบางท่านเห็นว่า เป็นแนวคิดที่เปลี่ยนจาก Rehabilitation เป็น Incapacitation ซึ่งทำให้แนวโน้มของการใช้มาตรการลงโทษในชุมชนลดลงและใช้มาตรการในการควบคุมและปล่อยโดยมีเงื่อนไขมากขึ้น โปรดดูบทวิเคราะห์ใน see Susan Easton and Christine Piper. Op.cit. pp. 126-146 ซึ่งหากพิจารณาจากมาตรา 142 ของ CJA 2003 และบทบัญญัติใน chapter 12 ที่เกี่ยวกับการลงโทษนั้นเห็นได้ว่ามีแนวโน้มไปในการใช้มาตรการควบคุมมากกว่าในทศวรรษที่ผ่านมาจริงสำหรับความผิดที่ร้ายแรงหรือผู้กระทำความผิดที่มีความเสี่ยงในการกระทำความผิดซ้ำ แต่ในมาตรการอื่นนั้นเห็นว่าก็ยังคงถือแนวทางการแก้ไขฟื้นฟูและมีมาตรการในการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายหรือการดำเนินกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์มากขึ้น โดยเฉพาะในความคิดที่เกี่ยวกับเยาวชน อ้างถึงใน ณรงค์ ใจหาญ และคณะ. เด่มเดิม. น.68.

เงื่อนไขที่ศาลกำหนดภายใต้การควบคุมของ Secretary of State โทษประเภทนี้เรียกว่า Community Sentence ก่อนศาลจะกำหนดโทษนั้น จะต้องมีการพิจารณาที่เรียกว่า Sentencing Process ซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่จะทราบรายงานการสืบเสาะพฤติกรรมของความผิดและสภาพแวดล้อมของจำเลย (Pre-Sentence Report) หลังจากที่มีคำวินิจฉัยว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดแล้ว ซึ่งกระบวนการดังกล่าวใช้ทั้งในกรณีที่เป็นการดำเนินคดีในศาล Magistrate และศาล Crown Court โดยศาลจะแจ้งข้อมูลที่ได้รับรายงานการสืบเสาะให้จำเลยได้ทราบ และให้จำเลยได้มีโอกาสชี้แจงข้อเท็จจริงที่สืบเสาะมา หลังจากนั้นจึงกำหนดดุลพินิจในการกำหนดโทษให้เหมาะสม โดยคำนึงถึงความจำเป็นที่จะต้องจำคุกหรือกักขังผู้นั้นไว้ในเรือนจำหรือสถานที่กักขังหรือไม่ หากไม่จำเป็นก็จะใช้มาตรการลงโทษในชุมชน โดยกำหนดเงื่อนไขในการลงโทษให้เหมาะสมกับสภาพของความผิดและผู้กระทำความผิด ตลอดจนเยียวยาความเสียหายและป้องกันสังคมมิให้ได้รับอันตรายซ้ำอีกจากผู้กระทำความผิด⁵⁰

1. การกำหนดโทษตาม CJA 1991 และ PCC(S)A 2000 มีหลักเกณฑ์อยู่ว่า ศาลจะต้องเลือกที่จะใช้การลงโทษในชุมชน หรือการลงโทษโดยการจำคุกในเรือนจำ ซึ่งหากเป็นการลงโทษจำคุกในเรือนจำหรือกักขังจะต้องเป็นโทษที่ร้ายแรง และมีลักษณะที่จำต้องจำคุกหรือกักขังเพื่อป้องกันอันตรายที่ผู้นั้นจะก่อให้เกิดขึ้นต่อสังคม มีเกณฑ์การกำหนดโทษ พิจารณาหลักเกณฑ์ ดังนี้⁵¹

1) ความผิดนั้นเป็นความผิดที่ร้ายแรง ควรต้องจำคุกหรือกักขังจึงจะเหมาะสมกับความร้ายแรงของความผิดที่จำเลยได้กระทำ มีดังนี้

- (1) ลักษณะของการกระทำความผิดจำเลยมีเจตนาก่อให้เกิดการกระทำความผิด
- (2) มีลักษณะที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ร่างกายหรือทรัพย์สินของผู้เสียหาย
- (3) ความผิดนั้นได้มีการเตรียมการหรือได้มีการคบคิดกันมาก่อนหรือไม่
- (4) จำเลยมีเหตุอันควรบันดาลโทสะหรือไม่
- (5) มีการก่อให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจต่อผู้เสียหายเพียงใด
- (6) เคยต้องคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุกมาก่อนหรือไม่
- (7) ความผิดได้กระทำระหว่างมีการปล่อยชั่วคราวระหว่างพิจารณาหรือไม่

2) เป็นความผิดที่ใช้กำลังประทุษร้าย (violent offences) หรือเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศที่จำเป็นต้องลงโทษจำคุก หรือเป็นความผิดที่กระทำซ้ำ สำหรับความผิดที่ใช้กำลังนั้นหมายถึงความผิดที่ประทุษร้ายแก่ชีวิต ร่างกาย รวมถึงการวางยาพิษด้วย แต่ไม่ใช้การทำให้ตกใจ ถึงขั้นช็อค

⁵⁰ ณรงค์ ใจหาญ และคณะ. เล่มเดิม. น. 92-93.

⁵¹ แหล่งเดิม. น. 93-95.

(Robinson (1993) 14 Cr.App. R. (s) 448) ส่วนความคิดเกี่ยวกับเพศ เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ในครอบครัว กระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 13 ปี การทำภาพลามกที่มีเด็กเป็นวัตถุ การข่มขืนกระทำชำเราโดยเข้าไปในเคหสถาน เป็นต้น

3) ความคิดที่กระทำชำเราหมายความว่า ผู้กระทำได้กระทำความผิดซ้ำหรือกระทำความผิดหลายกรรม

4) เป็นความคิดที่กระทบต่อความสงบสุขของประชาชน ถ้าไม่จำคุกจะก่อให้เกิดอันตรายแก่สังคมจากตัวผู้กระทำความผิด แต่ไม่ได้หมายถึงหากไม่ลงโทษเขาแล้วจะทำให้คนอื่นเอาเยี่ยงอย่าง (Jacobs (1989) 11 Cr. App. R. (S) 171)

5) เมื่อพิจารณาถึงความร้ายแรงของความผิดแล้ว ศาลต้องพิจารณาเหตุที่จะลดโทษให้แก่จำเลย อาทิ

(1) จำเลยยอมรับผิดตามที่กล่าวหาหรือไม่ รวมถึงการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายอย่างไร

(2) จำเลยได้กระทำความผิดเพราะเสพยาเสพติดหรือไม่ หรือกระทำความผิดด้วยการเมาสุราหรือไม่

(3) เป็นเยาวชน หรือมีความบกพร่องต่อจิตใจหรือไม่

(4) มีประวัติการทำคุณงามความดีมาก่อนหรือไม่

(5) ความรับผิดชอบต่อครอบครัว

(6) ความบกพร่องทางกายหรือจิตใจ

(7) จำเลยเคยต้องโทษจำคุกมาก่อนหรือไม่

6) จำนวนโทษที่ศาลจะลงแก่ผู้กระทำความผิดหลังจากที่ได้พิจารณาถึงความร้ายแรงของโทษและเหตุผลโทษจำเลยแล้ว ในการกำหนดโทษจำคุกนั้น ศาลจะต้องมีเกณฑ์การใช้ดุลพินิจ ดังนี้

(1) ผู้กระทำผิดเป็นผู้ที่น่าเชื่อถือ และยังกระทำความผิดโดยอาศัยวิชาชีพของตน เช่น ผู้ชำระบัญชีนายความ นายธนาคาร บุรุษไปรษณีย์ เป็นต้น

(2) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หากเป็นการกระทำต่อผู้ใหญ่ จำคุก 5 ปี แต่ถ้าเป็นการโดยร่วมกระทำความผิดตั้งแต่สองคนขึ้นไป หรือเข้าไปข่มขืนผู้เสียหายในเคหสถาน หรือเป็นการกระทำต่อผู้อยู่ในความปกครอง ให้ลงโทษจำคุก 8 ปี ถ้าเป็นการกระทำความผิดต่อเด็กหญิงลงโทษจำคุก 15 ปี

(3) กรณียาเสพติด แยกออกเป็น class A ซึ่งได้แก่ เฮโรอีน และมอร์ฟิน ซึ่งถือว่าเป็นสารเสพติดที่ร้ายแรง และต้องการการปราบปรามอย่างจริงจัง ดังนั้น ศาลสูงมีแนวทางการกำหนดโทษโดยพิจารณาจากปริมาณสารบริสุทธิ์ที่ค้า หากมีสารบริสุทธิ์ 500 กรัม ให้จำคุก 10 ปีขึ้นไป ถ้ามีจำนวน 5 กิโลกรัมจำคุก 14 ปีขึ้นไป แต่ถ้าไม่ได้จำหน่ายเป็นประจำ จำคุกไม่เกิน 4 ปี

แต่อาจได้รับการลดโทษ หากรับสารภาพต่อศาลหรือให้ความรู้แก่เจ้าพนักงานในการสืบสวน และถ้าครอบครองยาเสพติดไว้ให้จำคุก 7 ปี หรือปรับ

(4) ส่วนยาเสพติด class B เช่น กัญชา จำหน่ายไม่เกิน 20 กิโลกรัม ให้จำคุก 18 เดือน ถึง 2 ปี แต่ถ้าเกิน 20 กิโลกรัม ให้จำคุกตั้งแต่ 3 ปีถึง 6 ปี หากนำเข้ามาในสหราชอาณาจักร จำคุก 10 ปี จำหน่าย จำคุก 10 ปี เป็นต้น

2. กระบวนการกำหนดโทษตาม CJA 2003 มีแนวทางในการพิจารณาค้ายกกับที่ได้กำหนดไว้ใน CJA 1991 แต่มีหลักการที่เปลี่ยนแปลงไปโดยให้อำนาจศาลในการใช้มาตรการลงโทษจำคุกหรือขัง และลงโทษมากกว่าใน CJA 1991 เนื่องจากสภาพสังคมของอังกฤษประสบปัญหาการเพิ่มขึ้นของอาชญากรรมและมีการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับการก่อการร้าย การกระทำความผิดทางเพศ และการใช้อาวุธ จึงเพิ่มมาตรการในการลงโทษรุนแรงและเป็นการยับยั้งการกระทำความผิดและการป้องกันสังคมให้ปลอดภัยจากผู้กระทำความผิดที่เป็นอันตราย หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ มีดังนี้⁵²

1) วัตถุประสงค์ของการลงโทษ ประกอบด้วย 5 ประการคือ (CJA 2003 s. 142 (1))

- (1) ลงโทษผู้กระทำความผิด
- (2) ลดจำนวนอาชญากรรม (ตามแนวคิดของการยับยั้งการกระทำความผิด)
- (3) แก้ไขและฟื้นฟูผู้กระทำความผิด
- (4) เพื่อป้องกันสังคม และ
- (5) เพื่อให้ผู้กระทำความผิดได้ชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย

วัตถุประสงค์ทั้ง 5 ประการนี้ไม่นำมาใช้แก่ความผิดที่กำหนดไว้แน่นอนตายตัวตามกฎหมายผู้กระทำความผิดที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ในวันกระทำความผิด หรือความผิดตาม มาตรา 51 (A) (2) ของความผิดเกี่ยวกับอาวุธปืน หรือมาตรา 110-111 วรรคสอง ของ PCC (S) A 2000 และการลงโทษผู้เป็นอันตราย ตาม มาตรา 225-228 ของ CJA 2003 และผู้กระทำความผิดที่ต้องใช้การสั่งให้บำบัดในโรงพยาบาล ตามมาตรา 20 แห่ง The Mental Health Act, 1983 (CJA 2003 (2))

2) หลักเกณฑ์การพิจารณาว่า ความผิดนั้นเป็นความผิดที่ร้ายแรง (seriousness) หรือไม่มีเกณฑ์เพิ่มเติมตาม CJA 2003 s. 143 ดังนี้

(1) ศาลต้องพิจารณาถึงความผิดของผู้กระทำและความเสียหายที่ผู้กระทำได้ก่อให้เกิดขึ้นจากการกระทำความผิด ทั้งนี้ โดยพิจารณาว่าผู้กระทำได้เจตนาหรือเล็งเห็นถึงความเสียหายที่จะเกิดหรือไม่ เพียงใด

(2) การพิจารณาความร้ายแรงของความผิดให้พิจารณาในคดีที่ศาลพิจารณาไม่ว่าจะเป็นกรกระทำกรรมเดียวหรือหลายกรรม และแม้ว่าผู้กระทำความผิดมาแล้ว ศาลจะ

⁵²แหล่งเดิม. น. 96-99.

นำมาเป็นเหตุเพิ่มโทษหากเป็นการกระทำที่มีความเกี่ยวเนื่องกับความผิดที่พิจารณาหรือเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นคาบเกี่ยวกับความผิดที่พิจารณาว่าได้กระทำความผิด

(3) ในกรณีที่ผู้กระทำได้กระทำความผิดขณะได้รับการปล่อยชั่วคราว ศาลต้องถือว่าเป็นเหตุเพิ่มโทษได้

3) กรณีที่ศาลจะลดโทษให้เพราะจำเลยให้การรับสารภาพ โดยศาลพิจารณาถึงขั้นตอนที่จำเลยให้การรับสารภาพ และพฤติการณ์ซึ่งแสดงว่าจำเลยให้การรับสารภาพประกอบด้วย (CJA 2003 s. 144 (1))

ในกรณีที่จำเลยให้การรับสารภาพในความผิดที่กำหนดไว้ใน (2) ของมาตรา 110 และมาตรา 111 ของ PCC (S) A 2000 และเมื่อศาลพิจารณาว่ามีเหตุลดโทษแล้ว ศาลจะกำหนดโทษได้ไม่ต่ำกว่า 80 เปอร์เซ็นต์ของโทษที่กำหนดไว้ในมาตรานั้นๆ (CJA 2003 s. 144 (2))

4) เหตุเพิ่มโทษ กำหนดไว้ในมาตรา 145 และ 146 ของ CJA 2003 ดังนี้

(1) เหตุที่กระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายหรือทรัพย์หรือการก่อให้เกิดความไม่สงบตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 29-32 ของ The Crime and Disorder Act 1998 อันเนื่องมาจากการกีดกันสีผิวหรือศาสนา ถือเป็นเหตุเพิ่มโทษ (CJA 2003 s. 145)

(2) เหตุเพิ่มโทษซึ่งได้กระทำความผิดต่อผู้ไร้ความสามารถ (ทางกายภาพหรือทางจิตใจ) หรือการกระทำความผิดทางเพศ หากได้กระทำต่อผู้ไร้ความสามารถ หรือเป็นการกระทำเพื่อความประสงค์ทางเพศต่อผู้เสียหาย (CJA 2003, s. 146)

5) หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษและข้อจำกัดในการกำหนดโทษจำคุก CJA 2003 มาตรา 152-155 วางหลักไว้ดังนี้

(1) การกำหนดโทษจำคุกหรือกักขัง (custodial sentence) นำมาใช้กับความผิดที่กำหนดไว้ตายตัวตามกฎหมาย หรือความผิดตามมาตรา 51 A(2) ของ The Firearm Act 1968, มาตรา 110 (2) หรือ มาตรา 111 (2) ของ PCC (S) A 2000 และ มาตรา 225-228 ของ CJA 2003

(2) ศาลต้องไม่ลงโทษจำคุกหรือกักขัง ถ้าศาลเห็นว่าความผิดที่ได้กระทำหรือความผิดที่เกี่ยวข้องกับความผิดที่พิจารณาไม่ถือว่าเป็นความผิดร้ายแรง และการลงโทษในความผิดดังกล่าวโดยการปรับแต่เพียงอย่างเดียวหรือใช้การลงโทษโดยชุมชนยังไม่เหมาะสม

(3) ในกรณีที่ศาลกำหนดการลงโทษโดยชุมชนให้แก่ผู้กระทำความผิดแล้ว แต่ผู้กระทำความผิดไม่ประสงค์จะยอมรับเงื่อนไขในการปฏิบัติ หรือไม่ยอมเข้ารับการตรวจยาเสพติดเพื่อทำรายงานเกี่ยวกับการเสพยาเสพติด ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 161(2) ของ CJA 2003 ศาลมีอำนาจกำหนดโทษจำคุกได้

(4) ศาลมีอำนาจกำหนดโทษได้หากไม่ใช่โทษที่กำหนดไว้ตายตัว โดยต้องกำหนดโทษไม่เกินโทษขั้นสูงที่กำหนดไว้ในกฎหมายตามความร้ายแรงของความผิด

(5) ศาล Magistrate มีอำนาจในการกำหนดโทษจำคุกได้ภายใต้หลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ (มาตรา 154)

- มีอำนาจกำหนดโทษจำคุกในแต่ละกรรมได้ไม่เกิน 12 เดือน
- ในกรณีที่ผู้ต้องโทษปรับไม่มีเงินเสียค่าปรับและต้องถูกจำคุกแทนค่าปรับ ระยะเวลาจำคุกแทนค่าปรับอาจจำคุกแทนค่าปรับได้เกิน 12 เดือน (อย่างไรก็ดี การปรับนี้ไม่รวมถึงการชดใช้เงินเพราะเหตุไม่อาจส่งมอบทรัพย์สินที่ถูกริบ หรือกรณีชดใช้เงินให้แก่ผู้เสียหาย)
- ศาลจะลงโทษจำคุกได้ไม่เกิน 65 สัปดาห์ (เดิมลงได้ไม่เกิน 6 เดือน) ตามมาตรา 133 ของ The Magistrate Court Act 1980 (มาตรา 155)

(6) การกำหนดโทษต้องมีรายงานสืบเสาะก่อนการกำหนดโทษ (Pre Sentencing Report) และเงื่อนไขอื่นๆ ประกอบการพิจารณาของศาล ตาม CJA 2003, s. 156 กำหนดว่าศาลจะต้องพิจารณารายงานก่อนการกำหนดโทษ (Pre Sentencing Report) ซึ่งสืบเสาะเกี่ยวกับสภาพแวดล้อมของการกระทำความผิด และความผิดที่เกี่ยวข้องกับความผิดที่ได้กระทำ รวมถึงเหตุเพิ่มโทษหรือเหตุลดโทษ รวมถึงสภาพแวดล้อมที่เกี่ยวกับตัวผู้กระทำความผิดประกอบซึ่งการพิจารณาข้อมูลเหล่านี้ กฎหมายกำหนดให้ศาลต้องดำเนินการก่อนที่จะมีคำสั่งให้จำคุกหรือลงโทษโดยชุมชน เว้นแต่ศาลจะมีความเห็นว่าไม่จำเป็นต้องมีรายงานก่อนการกำหนดโทษ

6) การกำหนดโทษปรับ

CJA, 2003 s. 162-165 กำหนดหลักเกณฑ์ที่ศาลจะกำหนดโทษปรับไว้ดังนี้

(1) ศาลมีอำนาจออกคำสั่งให้ผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นบุคคลแสดงรายได้ของผู้นั้นเป็นหนังสือต่อศาลในกรณีที่ศาล Magistrate หากผู้นั้นไม่ได้มาศาลในวันพิจารณา แต่ได้ให้การรับสารภาพ ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้นั้นแสดงรายได้ของตนต่อศาล

(2) ในกรณีที่ศาลออกคำสั่งให้ผู้นั้นแสดงรายได้ หากผู้นั้นฝ่าฝืน มีโทษปรับระดับ 3 แต่ถ้าแสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดของมูลที่ต้องเปิดเผย มีโทษปรับระดับ 4

(3) ในกรณีที่ศาล Crown Court เป็นผู้กำหนดโทษปรับ หากเป็นความผิดที่พิจารณาโดย Indictment ที่ไม่ใช่โทษที่กำหนดไว้ตายตัวตามกฎหมายหรือ เป็นโทษในความผิดตามมาตรา 110 (2) -111 (2) ของ PCC (S) A 2000 หรือความผิดที่กำหนดไว้ใน มาตรา 225-228 ของ CJA 2003 แล้วศาลมีอำนาจกำหนดโทษปรับพร้อมกับมาตรการอื่นๆ ที่เหมาะสมได้

(4) ในการกำหนดโทษปรับนั้น ศาลจะต้องพิจารณาถึงรายได้ของผู้กระทำความผิด และจำนวนค่าปรับต้องเป็นไปตามความร้ายแรงของความผิด และอาจมีการปรับเพิ่มหรือลดได้ตาม

ฐานะทางการเงินของผู้นั้น อย่างไรก็ตามก็ หักไม่มีหลักฐานทางรายได้ของผู้กระทำความผิดเพียงพอ ศาลมีดุลพินิจที่จะกำหนดค่าปรับได้ตามที่เห็นสมควรในกรณีที่ศาลกำหนดค่าปรับแล้วเห็นว่าจำนวนโทษปรับน้อยเกินไป เมื่อพิจารณาจากฐานะทางการเงินของผู้นั้น ศาลมีอำนาจที่จะไม่ปรับผู้นั้นก็ได้อีก

7) คณะกรรมการกำหนดแนวทางการกำหนดโทษ (The Sentencing Guideline Council) CJA 2003 ss. 167-173 กำหนดคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่กำหนด Sentencing Guideline เพื่อเป็นแนวทางที่ศาลจะใช้ทั่วประเทศ และจัดทำรายงานการลงโทษเป็นรายงานประจำปีคณะกรรมการชุดนี้เรียกว่า The Sentencing Guideline Council (ซึ่งต่อไปจะเรียกโดยย่อว่า “The Council” ประกอบด้วย Lord Chief Justice เป็นประธาน และมีคณะกรรมการอีก 7 คนจากตุลาการ⁵³ แต่งตั้งโดย Lord Chancellor โดยได้ปรึกษาจาก รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยและ Lord Chief Justice และกรรมการอีก 4 คน ซึ่งไม่ใช่ตุลาการ⁵⁴ แต่งตั้งโดย Secretary of State โดยได้รับคำปรึกษาจาก Lord Chancellor และ Lord Chief Justice รองประธานคณะกรรมการเป็นตุลาการหรือกรรมการที่ไม่ใช่ตุลาการซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดย Lord Chief Justice

นอกจากนี้ Secretary of State อาจแต่งตั้งผู้แทนที่มีประสบการณ์ในด้านการกำหนดโทษ เพื่อชี้แจงต่อ The Council ได้

Lord Chief Justice มีอำนาจในการออกข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการบริหาร การลาออก หรือการแต่งตั้งสมาชิกของตุลาการหรือสมาชิกที่ไม่ใช่ตุลาการ ตลอดจนวิธีการปฏิบัติงานของ The Council (CJA 2003, s.168)

Lord Chancellor เป็นผู้แต่งตั้งคณะกรรมการจัดทำแนวทางการกำหนดโทษ เรียกว่า “The Sentencing Advisory Panel” โดยการปรึกษากับ Lord Chief Justice และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยแล้ว คณะกรรมการชุดนี้มีอำนาจตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 170-171 ของ CJA 2003 ออกแนวทางการกำหนดโทษของศาล เรียกว่า Sentencing Guideline⁵⁵ และแนวทาง

⁵³ตุลาการ หมายถึง a Lord Justice of Appeal. A judge in High court. A Circuit judge. a District Judge (Magistrate Courts). a lay justice. CJA 2003. s. 167 (2).

⁵⁴หมายถึง บุคคลผู้มีประสบการณ์จากในด้านการสืบสวนสอบสวน ผู้ฟ้องคดี การเป็นทนายความ แก่ต่างคดี หรือการจัดการสงเคราะห์หรือสวัสดิการให้แก่ผู้เสียหายในคดีอาญา และ Secretary of State เห็นสมควร CJA 2003. s. 167 (4).

⁵⁵ในปัจจุบันได้มี New Sentences: Criminal Justice Act 2003 Guideline ประกาศใช้ตั้งแต่วันที่ 20 กันยายน 2004 โดยมีการกำหนดแนวทางการลงโทษแบ่งออกเป็นสองภาค ภาคแรกเป็นการกำหนดโทษที่ไม่ใช่โทษจำคุก แต่เป็นการลงโทษโดยชุมชน และส่วนที่สองเป็นการใช้โทษจำคุกที่มีกำหนดตั้งแต่ 12 เดือนขึ้นไป หรือการกำหนดโทษ intermittent custody โปรดดู www.sentencing.guideline.gov.uk

การกำหนดโทษของศาล Magistrate เรียกว่า Allocation Guideline⁵⁶ ในกรณีที่เป็นครดีที่สามารถพิจารณาได้ทั้งแบบ Summary Trial และแบบ Indictment Trial เมื่อคณะกรรมการชุดนี้ได้จัดทำแล้ว จึงเสนอให้ The Council ประกาศ นอกจากนี้ หากมีการปรับปรุงแก้ไข คณะกรรมการชุดนี้จะเป็นผู้พิจารณาและนำเสนอข้อแก้ไขต่อ The Council ต่อไป

แนวทางการกำหนดโทษนั้น มีพื้นฐานในการจัดทำเพื่อต้องการให้การลงโทษในอังกฤษมีความเสมอภาคและเป็นแนวทางเดียวกันทั่วประเทศ เป็นแนวทางให้ศาลในอังกฤษและเวลส์ใช้เพื่อกำหนดโทษในความผิดที่ระบุไว้ใน Guidelines เป็นแนวทางในการเสริมสร้างประสิทธิภาพในการลงโทษเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ เพื่อเป็นการส่งเสริมให้ประชาชนเชื่อมั่นในกระบวนการยุติธรรม และเพื่อนำนโยบายในการกำหนดโทษของ The Council มาใช้ให้เกิดผลในทางปฏิบัติจริง⁵⁷

แนวทางการกำหนดโทษที่ประกาศใช้ต้องประกอบด้วย ประเภทของความผิดหลักเกณฑ์การวินิจฉัยว่าเป็นความผิดร้ายแรง รวมถึงการเพิ่มโทษหากมีการกระทำความผิดซ้ำก่อนที่จะออกแนวทางการกำหนดโทษ คณะกรรมการฯ จะต้องประกาศและรับฟังความเห็นของผู้ที่เกี่ยวข้อง แล้วนำความเห็นดังกล่าวมาปรับปรุงก่อนนำเสนอ The Council

ผลของแนวทางการกำหนดโทษ เมื่อประกาศออกมาแล้ว CJA 2003 s. 172 กำหนดให้ผู้พิพากษาต้องถือตามแนวทางการกำหนดโทษ ในการกำหนดโทษผู้กระทำความผิด และต้องบังคับให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่แนวทางการกำหนดโทษระบุไว้

นอกจากนี้ CJA 2003 s. 173 กำหนดให้ Secretary of State และ Lord Chancellor ต้องจัดทำรายงานประจำปีของ The Council เพื่อเสนอต่อรัฐสภา และตีพิมพ์รายงานดังกล่าวเผยแพร่ต่อไป

3. แนวทางการกำหนดโทษตาม Sentencing Guideline

ตามที่ Sentencing Guideline Council ได้ประกาศใช้ New Sentences: Criminal Justice Act 2003 โดยมีผลบังคับใช้ตั้งแต่ เมษายน 2005 เป็นต้นมา หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษซึ่งใช้ทั่วประเทศนั้นแยกออกเป็นสองส่วน ส่วนหนึ่งเป็นการกำหนดโทษในชุมชน (community sentence) และส่วนที่สองเป็นการกำหนดโทษจำคุกและกักขัง (custodial sentence)⁵⁸

⁵⁶โปรดดู www.sentencing.guideline.gov.uk

⁵⁷ณรงค์ ใจหาญ และคณะ. เล่มเดิม. น. 100.

⁵⁸แหล่งเดิม. น. 97.

4.2.4 หลักกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษ

1. การละเมิดลิขสิทธิ์

กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองในเรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์ คือ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ การออกแบบผลิตภัณฑ์ และสิทธิบัตร พ.ศ. 2531 (Copyright, Design and Patents Act 1988; CDPA) เป็นกฎหมายที่ใช้ในปัจจุบัน คือใช้สำหรับงานที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นหลังวันที่ 1 สิงหาคม พ.ศ. 2532 แต่กฎหมายที่ออกมาก่อนหน้านี้ใช้สำหรับงานที่สร้างสรรค์ขึ้นก่อนวันที่ 1 สิงหาคม พ.ศ. 2532⁵⁹

กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษได้บัญญัติให้การคุ้มครองกรณีมีการละเมิดลิขสิทธิ์ ซ้ำรอง (Secondary Infringement) แยกต่างหากจากการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้น (Primary Infringement) เพราะเห็นว่าการกระทำดังกล่าวมิได้เป็นการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์โดยตรง แต่เป็นการกระทบต่อสำเนาของงานที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่น อีกทอดหนึ่ง แต่การกระทำดังกล่าวก็ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้ จึงมีการบัญญัติให้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย เช่น Copyright, Design and Patents Act 1988 section 22-26 แต่มาตราดังกล่าวเป็นก็เป็นการคุ้มครองในทางแพ่ง

ส่วนความผิดอาญาได้บัญญัติไว้ใน Copyright, Design and patents Act 1988 มาตรา 107⁶⁰ เช่น มาตรา 107(1) มีใจความสำคัญว่า ความรับผิดในทางอาญาเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์มีดังนี้ คือ

⁵⁹กฎหมายลิขสิทธิ์-ประเทศอังกฤษ. สืบค้นเมื่อวันที่ 10 กุมภาพันธ์ 2557 จาก <http://onestopservice.ditp.go.th/download/file/250dip.pdf>

⁶⁰Article 107 Criminal liability for making or dealing with infringing articles

(1) A person commits an offence who, without the licence of the copyright owner—

- (a) makes for sale or hire, or
- (b) imports into the United Kingdom otherwise than for his private and domestic use, or
- (c) possesses in the course of a business with a view to committing any act infringing the copyright, or
- (d) in the course of a business —
 - (i) sells or lets for hire, or
 - (ii) offers or exposes for sale or hire, or
 - (iii) exhibits in public, or
 - (iv) distributes, or

(e) distributes otherwise than in the course of a business to such an extent as to affect prejudicially the owner of the copyright, an article which is, and which he knows or has reason to believe is, an infringing copy of a copyright work.

บุคคลใดกระทำความผิดฐานจำหน่าย ให้เช่า นำเข้ามาในสหราชอาณาจักร เว้นแต่เป็นการนำเข้า เพื่อใช้ส่วนตัว มีงานอันละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ในครอบครองเพื่อประโยชน์ในทางการค้า หรือ เพื่อประโยชน์ในทางธุรกิจ ได้กระทำการจำหน่าย เสนอจำหน่าย ให้เช่า เสนอให้เช่า เป็นต้น

2. บทกำหนดโทษ

ในส่วนที่เกี่ยวกับบทกำหนดโทษนั้น กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษจะกำหนด โทษจำคุกและโทษปรับสำหรับความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ใน มาตรา 107 (4)(a)⁶¹ บัญญัติโทษ จำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 50,000 ปอนด์ หรือทั้งจำคุกและปรับ และมาตรา 107 (4A)(a)⁶² บัญญัติโทษจำคุกไม่เกิน 3 เดือน หรือปรับไม่เกิน 50,000 ปอนด์ หรือทั้งจำคุกและปรับ

ทั้งนี้ ศาลกำหนดโทษโดยพิจารณาถึงกระบวนการกำหนดโทษที่กล่าวมาข้างต้น มาเป็นแนวทางเพื่อกำหนดโทษให้เหมาะสมกับการกระทำผิดของผู้กระทำผิดเป็นรายกรณีไป

⁶¹ Article 107(4) A person guilty of an offence under subsection (1)(a), (b), (d)(iv) or (e) is liable—

(a) on summary conviction to imprisonment for a term not exceeding six months or a fine not exceeding £50,000 or both;

(b) on conviction on indictment to a fine or imprisonment for a term not exceeding ten years, or both.

⁶² Article 107 (4A) A person guilty of an offence under subsection (2A) is liable—

(a) on summary conviction to imprisonment for a term not exceeding three months or a fine not exceeding £50,000, or both;

(b) on conviction on indictment to a fine or imprisonment for a term not exceeding two years, or both.

บทที่ 5

วิเคราะห์สภาพปัญหาและแนวทางการแก้ไขปัญหา

ปัจจุบันแม้กฎหมายคุ้มครองลิขสิทธิ์และเครื่องหมายการค้าของประเทศไทยจะได้รับการปรับปรุงแก้ไขจนมีระดับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเทียบเท่ากับการคุ้มครองในระดับสากลครบถ้วน โดยมีการกำหนดฐานความผิดและโทษทางอาญาไว้ แต่ในทางปฏิบัติการใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษในกรณีที่มีการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 นั้น ยังคงมีปัญหาที่เห็นสมควรหยิบยกขึ้นพิจารณาดังนี้ ประการแรก คือ ปัญหาข้อจำกัดของบทกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ประการที่สอง คือ ปัญหาการกำหนดโทษของศาลอาจไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ และประการสุดท้าย คือ ปัญหาการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลกับการตีความคำว่า “พ้นโทษ” อันมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

5.1 วิเคราะห์สภาพปัญหาและแนวทางการแก้ปัญหาข้อจำกัดของบทกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

5.1.1 สภาพปัญหา

คดีความผิดต่อพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่สำคัญแบ่งออกเป็น การละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้น (Primary Infringement) คือ การกระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์โดยตรง อาทิ การละเมิดลิขสิทธิ์งานวรรณกรรม ศิลปกรรม นาฏกรรม และดนตรีกรรม (มาตรา 27) การละเมิดลิขสิทธิ์งานโสตทัศนวัสดุ งานภาพยนตร์ หรืองานสิ่งบันทึกเสียง (มาตรา 28) การละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ (มาตรา 29) การละเมิดลิขสิทธิ์งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (มาตรา 30) สำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นรอง (Secondary Infringement) คือ การกระทำต่องานที่มีผู้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ ตามมาตรา 27 ถึง 30 ข้างต้น โดยผู้กระทำรู้ หรือมีเหตุอันควรรู้ว่างานที่ตนกระทำต่อนั้นเป็นงานที่ได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ (มาตรา 31) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในความผิดฐานขาย เสนอขาย มีไว้เพื่อขาย ให้เช่า เสนอให้เช่า ให้เช่าซื้อ หรือเสนอให้เช่าซื้อซึ่งสินค้าอันละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 27 ถึง 30 เพื่อหากำไร (มาตรา 31(1)) หรือความผิดฐานเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งงานอันละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อหากำไร (มาตรา 31(2)) นั้น เป็นความผิดที่ฟ้องคดีต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้บัญญัติบทกำหนดโทษสำหรับฐานความผิดตามมาตรา 27 ถึงมาตรา 30 ไว้ในมาตรา 69 และบัญญัติบทกำหนดโทษสำหรับฐานความผิดมาตรา 31 ไว้ในมาตรา 70 โดยคดีที่ขึ้นสู่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง ส่วนมากจะเป็นกรณีความผิดที่กระทำเพื่อการค้า อันจะต้องรับโทษตามมาตรา 69 วรรคสอง ที่มีกำหนดโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสี่ปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงแปดแสนบาท และมาตรา 70 วรรคสอง ที่มีกำหนดโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงสองปี หรือปรับตั้งแต่ห้าหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท บทบัญญัติดังกล่าวของกฎหมายส่งผลให้การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง เกิดข้อขัดข้องไม่สามารถลงโทษให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิดและให้สอดคล้องกับความร้ายแรงหรือความน่าตำหนิของจำเลยได้ กล่าวคือ ในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีทั้งโทษจำคุกและโทษปรับ โดยโทษปรับขั้นต่ำมีระวางโทษค่อนข้างสูง เช่น ในมาตรา 69 วรรคสอง ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่มีกำหนดโทษปรับขั้นต่ำหนึ่งแสนบาท หรือมาตรา 70 วรรคสอง ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่มีกำหนดโทษปรับขั้นต่ำห้าหมื่นบาท หากศาลจะลงโทษปรับ ก็ต้องลงโทษปรับในจำนวนที่สูงตามที่กฎหมายกำหนด ไม่อาจใช้ดุลพินิจลงโทษปรับต่ำกว่านั้นได้ แม้จำเลยจะให้การรับสารภาพ และศาลพิจารณาเห็นว่ามิเหตุบรรเทาโทษ ควรลดโทษให้กึ่งหนึ่ง โทษปรับก็ยังคงสูงอยู่ ดังนั้น ในกรณีที่คดีลิขสิทธิ์ที่ของกลางมีจำนวนเล็กน้อย เช่น 1 ชิ้น 15 ชิ้น หรือ 30 ชิ้น ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง จึงใช้ดุลพินิจในการรอการกำหนดโทษจำเลยโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 56 ประมวลกฎหมายอาญา แทนการลงโทษปรับ อาทิเช่น

1. กรณีละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้น (Primary Infringement)

เช่น กรณีจำเลยได้ละเมิดลิขสิทธิ์ โดยทำซ้ำงานสิ่งบันเทิงที่มีคำร้อง ทำนองเพลง และบันทึกการแสดง และเผยแพร่ต่อสาธารณชน อันเป็นการกระทำเพื่อแสวงหากำไรในทางการค้า ศาลพิพากษาว่าจำเลยมีความผิด แต่เมื่อศาลได้พิเคราะห์พฤติการณ์แห่งคดีประกอบกับไม่ปรากฏว่าจำเลยเคยได้รับโทษจำคุกมาก่อน เห็นสมควรให้โอกาสจำเลยกลับตัวต่อไปให้รอการกำหนดโทษไว้มีกำหนด 1 ปี¹

2. กรณีละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นรอง (Secondary Infringement)

เช่น กรณีจำเลยได้ละเมิดลิขสิทธิ์ โดยการนำแผ่นวีซีดีภาพยนตร์ที่ได้มีผู้ทำซ้ำหรือดัดแปลงขึ้น โดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้เสียหาย จำนวน 4 แผ่น ออกขาย เสนอขายและมีไว้เพื่อขายแก่บุคคลทั่วไป ศาลพิพากษาให้รอการกำหนดโทษไว้มีกำหนด 1 ปี²

¹คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.511/2556

²คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.4505/2555

เช่นเดียวกับ กรณีจำเลยได้ละเมิดลิขสิทธิ์ โดยนำเอาสินค้าสมุทรชายสี่ ยางลบ พวงกุญแจ พัดมือ ค้อน และกระเป๋าตังค์ที่มีรูปภาพตัวการ์ตูน โดราเอมอน รวมจำนวน 47 ชิ้น ซึ่งได้มี ผู้ทำซ้ำขึ้นหรือคัดแปลงขึ้น โดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้เสียหายออกขาย เสนอขายและมีไว้เพื่อขาย ซึ่งศาลพิพากษาให้รอกการกำหนดโทษไว้ 2 ปี³

นอกจากนี้ ยังมีกรณีศาลเคยพิพากษาให้รอกการกำหนดโทษครั้งหนึ่งแล้ว ต่อมา มีการกระทำผิดซ้ำอีก ในครั้งหลังศาลก็ยังให้โอกาสจำเลยโดยให้รอกการกำหนดโทษไว้อีก โดยข้อเท็จจริงมีว่า คดีก่อน จำเลยได้ละเมิดลิขสิทธิ์ โดยนำอัลบั้มบันทึกการแสดงสด แผ่นวีซีดี จำนวน 3 แผ่น ซึ่งมีผู้ทำซ้ำ คัดแปลงขึ้น โดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้เสียหาย ออกขาย เสนอขาย ศาลพิพากษาให้รอกการกำหนดโทษ 1 ปี⁴ ต่อมาจำเลยได้ถูกฟ้องอีกคดี โดยอัยการ โจทก์ฟ้องว่า จำเลยได้ละเมิดลิขสิทธิ์ โดยการนำภาพยนตร์ในลักษณะเป็นแผ่นวีซีดีที่บันทึกภาพและเสียง ภาพยนตร์ ที่มีผู้ทำซ้ำ คัดแปลงขึ้น โดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้เสียหาย รวมจำนวน 7 แผ่น ออกขาย เสนอขาย เพื่อแสวงหากำไรในทางการค้า ซึ่งศาลก็ยังให้โอกาสจำเลยโดยพิพากษาว่า พิเคราะห์ พฤติการณ์แห่งคดีเห็นควรให้รอกการกำหนดโทษไว้ 1 ปี⁵

คดีทั้ง 3 ที่กล่าวมานี้ เป็นตัวอย่างการใช้ดุลพินิจในการรอกการกำหนดโทษ ในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้นที่เป็นลักษณะการเผยแพร่งานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาต หรือ กรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ชั้นรองที่ของกลางมีจำนวนเล็กน้อย

มีข้อสังเกตว่า เนื่องการกำหนดอัตราโทษปรับขึ้นต่ำทำให้ศาลไม่อาจใช้ดุลพินิจ ในการกำหนดโทษได้อย่างอิสระ กล่าวคือ ทำให้เกิดข้อจำกัดในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ เพื่อลงแก่ผู้กระทำความผิดในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีของกลางจำนวนเพียงเล็กน้อย ซึ่งเปรียบได้กับ แพทย์ที่ขาดการรักษาโรคที่จะรักษาผู้ป่วย ด้วยเหตุนี้ศาลจึงต้องใช้ดุลพินิจรอกการกำหนดโทษแทน การลงโทษปรับตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ เพราะศาลเห็นว่าเป็นการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้กระทำความผิด แต่การรอกการกำหนดโทษดังกล่าวก็มีช่องทางออก ที่ถูกต้อง เปรียบเสมือนให้ยารักษาโรคที่ไม่ตรงกับโรค เป็นเพียงแค่การทุเลาอาการของโรคเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม มีบางกรณีที่ศาลใช้ดุลพินิจกำหนดโทษปรับทันทีถ้ามีการกระทำความผิด ซ้ำอีกเป็นครั้งที่สอง โดยศาลจะไม่รอกการกำหนดโทษให้ เช่น กรณีที่จำเลยกระทำความผิด ฐานละเมิดลิขสิทธิ์ผู้อื่นเพื่อการค้า โดยจำเลยนำแผ่นวีซีดีภาพยนตร์ที่บันทึกภาพและเสียงภาพยนตร์ ที่ได้มีผู้ทำซ้ำโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้เสียหายทั้งสาม รวมจำนวน 6 แผ่น ออกให้เช่า เสนอให้เช่า

³ คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.2728/2555

⁴ คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.157/2556

⁵ คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.4604/2556

และมีไว้เพื่อให้เช่า ศาลพิพากษาให้ลงโทษปรับ 50, 000 บาท จำเลยให้การรับสารภาพลดโทษให้กึ่งหนึ่ง คงปรับ 25, 000 บาท⁶ ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีก่อนมีว่า จำเลยได้นำเอาแผ่นซึ่งมีผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้เสียหายออกให้เช่าแก่บุคคลทั่วไป และถูกศาลพิพากษาให้รอกการกำหนดโทษ 1 ปี หรือกรณีที่จำเลยกระทำความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ผู้อื่นเพื่อการค้า โดยจำเลยได้เสนอจำหน่ายและมีไว้เพื่อจำหน่ายซึ่งสินค้าแผ่นวีดิทัศน์จำนวน 4 แผ่น ที่มีผู้ทำซ้ำหรือดัดแปลงขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้เสียหาย ศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุก 3 เดือน และปรับ 70, 000 บาท จำเลยให้การรับสารภาพลดโทษให้กึ่งหนึ่ง คงจำคุก 1 เดือน 15 วัน และปรับ 35, 000 บาท โดยโทษจำคุกให้รอกการลงโทษไว้มีกำหนด 1 ปี⁷

นอกจากนี้ ยังมีอีกหลายคดีที่ศาลใช้ดุลพินิจลงโทษปรับ หรือลงโทษทั้งจำคุกและปรับ โดยโทษจำคุกให้รอกการลงโทษไว้ แม้ของกลางมีจำนวนเล็กน้อย เช่น คำพิพากษาของศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.21/2556 อ.67/2556 อ.173/2556 อ.174/2556 อ.629/2556 อ.917/2556 และ อ.986/2556 เป็นต้น

จากการศึกษาและการรวบรวมสถิติปีล่าสุดในช่วงปี 2556 พบว่า การที่ศาลใช้ดุลพินิจลงโทษปรับ หรือทั้งจำคุกและปรับเช่นตัวอย่างข้างต้น เนื่องจากศาลได้พิจารณาเห็นว่า พฤติกรรมแห่งคดีไม่สมควรที่จะรอกการกำหนดโทษให้อีกต่อไป เพราะจำเลยเคยได้รับโอกาสให้กลับตัวเป็นคนดีโดยศาลได้รอกการกำหนดโทษไว้ในคดีก่อนแล้ว แต่จำเลยยังกลับมาก่อทำความผิดในลักษณะเดียวกันนี้ซ้ำอีก จึงเห็นสมควรให้ศาลใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษปรับ หรือทั้งจำคุกและปรับ เพื่อลงโทษจำเลยให้เข็ดหลาบในการกระทำความผิดในครั้งหลังนี้อย่างจริงจัง แม้ของกลางจะมีจำนวนเพียงเล็กน้อย แต่การใช้ดุลพินิจลักษณะดังกล่าวมีไม่มากนัก

อย่างไรก็ดี มีคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ไม่เห็นพ้องด้วยกับคำพิพากษาของศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง ที่ให้รอกการกำหนดโทษ โดยศาลฎีกาพิพากษาแก้โทษเป็นลงโทษจำคุกและปรับโทษจำคุกให้รอกการลงโทษไว้ ข้อเท็จจริงในคดีมีอยู่ว่า จำเลยได้กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยการนำแผ่นวีดิทัศน์ภาพยนตร์ในงานภาพยนตร์ที่มีผู้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ รวมจำนวน 25 แผ่น ออกขายเสนอขาย มีไว้เพื่อขาย แก่บุคคลทั่วไป เพื่อหากำไรและเพื่อการค้า ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลางพิพากษาให้รอกการกำหนดโทษไว้ 1 ปีศาลฎีกาพิพากษาแก้เป็นว่า ให้ลงโทษจำคุก 1 เดือน 15 วัน และปรับ 25, 000 บาท โทษจำคุกให้รอกการลงโทษไว้มีกำหนด 1 ปี⁸

⁶คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.1234/2557

⁷คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.845/2556

⁸คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1897/2556

จากคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ จะเห็นถึงแนวทางการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลฎีกาในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ผู้อื่นเพื่อการค้าที่ของกลางมีจำนวนเล็กน้อย แม้จะเป็นแผ่นดินวิดิภาพยนตร์เพียง 25 แผ่น แต่ศาลฎีกาก็พิพากษาให้ลงโทษทั้งจำคุกและปรับ โทษจำคุกให้รอการลงโทษไว้ โดยให้เหตุผลไว้สองประการ ประการแรก คือ การกระทำความผิดดังกล่าวยอมก่อให้เกิดความเสียหายทางเศรษฐกิจแก่ผู้เสียหายทั้งสอง เหตุผลประการที่สอง คือ เมื่อพิเคราะห์พฤติการณ์การกระทำความผิดของจำเลยและจำนวนของกลางที่มีจำนวนไม่น้อยแล้ว เห็นควรลงโทษจำเลยให้หลบจำเพื่อมิให้หวนกลับมากระทำความผิดในทำนองเดียวกันนี้อีก ซึ่งเห็นว่าเหตุผลของศาลฎีกาดังกล่าวได้พิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายลิขสิทธิ์และยังได้พิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของการลงโทษ ซึ่งเป็นแนวทางการใช้ดุลพินิจที่ควรนำมาปรับใช้กับกรณีอย่างเดียวกันต่อไป

5.1.2 วิเคราะห์

ในหัวข้อนี้จะได้อธิบายเกี่ยวกับที่มาและสาเหตุที่ศาลใช้ดุลพินิจในการรอการกำหนดโทษ วิเคราะห์เปรียบเทียบกับความผิดตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 วิเคราะห์ผลดีและผลเสียในการใช้ดุลพินิจรอการกำหนดโทษ และวิเคราะห์เปรียบเทียบบทกำหนดโทษตามกฎหมายลิขสิทธิ์ต่างประเทศกับของไทย ดังนี้

1. วิเคราะห์ที่มาและสาเหตุที่ศาลใช้ดุลพินิจในการรอการกำหนดโทษ

สาเหตุที่มาตรา 69 และมาตรา 70 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นี้มีการบัญญัติโทษปรับขึ้นต่ำไว้สูง เพื่อหลีกเลี่ยงการใช้ดุลพินิจของศาลที่จะลงโทษปรับขึ้นต่ำในจำนวนเล็กน้อย แต่การบัญญัติเช่นนี้กลับสร้างปัญหาในกรณีที่มีการฟ้องคดีละเมิดลิขสิทธิ์ต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง ศาลมักเห็นว่า บทกำหนดโทษในมาตรา 69 และ 70 โดยเฉพาะในวรรคสอง ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้านั้น มีระวางโทษปรับสูงเกินไป คือ ระวางโทษปรับขึ้นต่ำหนึ่งแสนบาท และห้าหมื่นบาท ซึ่งในคดีความผิดที่มีพฤติการณ์แห่งคดีร้ายแรงมาก ศาลอาจใช้ดุลพินิจกำหนดโทษจำคุกและปรับ โดยอาจจะรอการลงโทษไว้หรือไม่ก็ตาม แต่หากการกระทำความผิดที่มีพฤติการณ์แห่งคดีร้ายแรงปานกลาง ศาลก็จะใช้ดุลพินิจกำหนดโทษลงโทษปรับแต่เพียงอย่างเดียว แต่ปัญหาจะเกิดขึ้นเมื่อการกระทำความผิดที่มีพฤติการณ์แห่งคดีไม่ร้ายแรง ประกอบกับของกลางมีจำนวนเพียงเล็กน้อย เช่น จำนวน 1 ชิ้น 15 ชิ้น หรือ 30 ชิ้น เป็นต้น ซึ่งหากศาลจะลงโทษปรับศาลก็ต้องลงโทษโดยไม่ต่ำกว่าบทบัญญัติขั้นต่ำที่กฎหมายบัญญัติไว้ ไม่อาจใช้ดุลพินิจลงโทษปรับจำเลยให้ต่ำกว่าโทษนั้นได้ ศาลจึงมักใช้ดุลพินิจให้รอการกำหนดโทษไว้ มีกำหนดระยะเวลาตามที่ศาลเห็นสมควร โดยมีเหตุผลหลักๆ ว่า “เมื่อพิเคราะห์พฤติการณ์แห่งคดีของกลางมีจำนวนเพียงเล็กน้อย ประกอบกับจำเลยไม่เคยได้รับโทษจำคุกมาก่อน จึงเห็นควรให้โอกาสจำเลยกลับตัวเป็นพลเมืองดีต่อไป โดยให้รอการกำหนดโทษไว้ 1 ปี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56”

การกระทำความผิดในคดีละเมิดลิขสิทธิ์นั้น เป็นคดีที่ก่อให้เกิดความเสียหายทางเศรษฐกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่เป็นการกระทำเพื่อการค้าด้วยแล้ว ยิ่งสมควรที่จะลงโทษให้จำเลยซัดหาลาบและทดแทนการกระทำความผิดของจำเลยด้วยการพิพากษาลงโทษปรับ แต่อัตราโทษปรับขั้นต่ำที่บัญญัติไว้ในมาตรา 69 และ 70 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นั้น เป็นอุปสรรคและข้อขัดข้องในการที่ศาลจะใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิดเป็นรายกรณีไป อาจกล่าวได้ว่า ระวังโทษปรับขั้นต่ำที่บัญญัติไว้ในบทกำหนดโทษของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เป็นสาเหตุที่ทำให้ศาลไม่อาจใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษเพื่อให้เกิดความยุติธรรมอย่างแท้จริง ด้วยเหตุนี้ ทำให้ศาลต้องใช้ดุลพินิจในการรอกการกำหนดโทษแทน

2. วิเคราะห์เปรียบเทียบกับความผิดต่อพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

เนื่องจากคดีความผิดตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 เป็นกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและเป็นคดีที่ก่อให้เกิดความเสียหายทางเศรษฐกิจเช่นเดียวกับคดีความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จึงนำมาศึกษาเปรียบเทียบกัน ดังนี้

แม้คดีความผิดตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 จะเป็นกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และเป็นคดีที่ก่อให้เกิดความเสียหายทางเศรษฐกิจเช่นเดียวกับคดีความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 แต่กลับมีการบัญญัติระวังโทษปรับที่ต่างกัน เช่น มาตรา 108 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 บัญญัติกรณีกระทำความผิดฐานปลอมเครื่องหมายการค้าให้ระวังโทษปรับไม่เกินสี่แสนบาท และมาตรา 109 บัญญัติความผิดฐานเลียนเครื่องหมายการค้าให้ระวังโทษปรับไม่เกินสองแสนบาท อันเป็นกรณีที่มีการบัญญัติอัตราโทษปรับโดยมีเพียงระวังโทษปรับขั้นสูงเท่านั้น เมื่อศาลพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดตามบทกฎหมายดังกล่าว ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษจำคุก หรือโทษปรับ หรือทั้งโทษจำคุก และโทษปรับได้อย่างเหมาะสมกับพฤติการณ์ความผิดและตัวผู้กระทำผิดแต่ละรายกรณี แม้กรณีของกลางมีจำนวนเพียงเล็กน้อย เช่น จำเลยได้กระทำความผิดฐานจำหน่ายสินค้าที่มีการปลอมเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น เป็นสินค้าโทรศัพท์มือถือ จำนวน 3 เครื่อง ศาลพิพากษาลงโทษปรับ 1,000 บาท⁹ หรือกรณีจำเลยกระทำความผิดฐานจำหน่ายสินค้าที่มีการเลียนเครื่องหมายโดยการค้าของผู้อื่น เป็นสินค้ารองเท้า จำนวน 6 คู่ ศาลพิพากษาให้ลงโทษปรับ 500 บาท¹⁰ เช่นเดียวกับ กรณีจำเลยกระทำความผิดฐานจำหน่ายสินค้าที่มีการเลียนเครื่องหมายโดยการค้าของผู้อื่น เป็นสินค้าเสื้อยืด จำนวน 35 ตัว ศาลพิพากษาให้ลงโทษปรับ 750 บาท¹¹ เป็นต้น

⁹คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.2464/2555

¹⁰คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.3991/2555

¹¹คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.5051/2555

เมื่อมีการบังคับใช้กฎหมายในช่วงระยะเวลาหนึ่ง หากต่อมามีความเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้น ไม่ว่าจะเป็นทางด้านเศรษฐกิจ หรือทางด้านสังคม ศาลก็สามารถจะปรับใช้ดุลพินิจในการลงโทษผู้กระทำความผิดให้เหมาะสม ทำให้เกิดความยืดหยุ่นในการปรับใช้กฎหมาย โดยอาจมีการพิพากษาลงโทษให้หนักขึ้น ทั้งนี้สืบเนื่องมาจากพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ไม่ได้บัญญัติระวางโทษปรับขั้นต่ำไว้ คงบัญญัติแต่เพียงระวางโทษปรับขั้นสูงไว้ในมาตรา 108 และมาตรา 109 เท่านั้น เช่น กรณีจำเลยกระทำความผิดฐานจำหน่ายสินค้าที่มีการปลอมเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นเป็นสินค้าเสีย จำนวน 20 ชิ้น ศาลพิพากษาให้ลงโทษปรับ 5,000 บาท¹² หรือในกรณีที่จำเลยกระทำความผิดฐานจำหน่ายสินค้าที่มีการปลอมเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นและละเมิดลิขสิทธิ์ผู้อื่นเพื่อการค้า โดยจำเลยได้เสนอจำหน่ายและมีไว้เพื่อจำหน่ายเมมโมรี่สติ๊ก จำนวน 20 ชิ้น หูฟัง จำนวน 3 ชิ้น และแบตเตอรี่ จำนวน 4 ชิ้น อันเป็นเครื่องหมายการค้าปลอม และจำเลยยังได้นำแผ่นดีวีดี โปรแกรมคอมพิวเตอร์ โปรแกรมเมอร์ทูลส์ (รหัสห้องเพลย์สเตชัน) รวมจำนวน 130 แผ่น ซึ่งมีผู้ทำซ้ำ คัดแปลงขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้เสียหาย ออกขาย เสนอขายแก่บุคคลทั่วไป ศาลพิพากษาให้ลงโทษปรับสองกระทง รวมปรับ 36,000 บาท¹³

จากตัวอย่าง 2 คดีข้างต้น จะเห็นได้ว่า ในคดีละเมิดเครื่องหมายการค้า ศาลได้พิพากษาลงโทษหนักขึ้น โดยพิจารณาถึงความเหมาะสมและความเป็นธรรมเป็นสำคัญ รวมถึงพิจารณาความเปลี่ยนแปลงในด้านต่างๆ ประกอบกัน ทำให้กฎหมายอาญาสามารถบังคับใช้ได้จริงจัง และมีประสิทธิภาพในการปราบปรามการกระทำความผิด

นอกจากนี้ ยังมีตัวอย่างการใช้ดุลพินิจลงโทษในกรณีอื่นๆ เช่น

1) คดีละเมิดลิขสิทธิ์ผู้อื่นเพื่อการค้าที่ศาลลงโทษปรับ กรณีจำเลยได้ละเมิดลิขสิทธิ์โดยการนำแผ่นซีดีรอม เพลงเอ็มพีสาม รวม 46 แผ่น ซึ่งมีผู้ทำซ้ำ คัดแปลงขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้เสียหาย ออกขาย เสนอขายแก่บุคคลทั่วไป ศาลพิพากษาให้ลงโทษปรับ 25,000 บาท¹⁴ หรือกรณีที่จำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ผู้อื่นเพื่อการค้า โดยนำสินค้าหุ่นโมเดลตัวประกอบ “เบ็นเท็น” จำนวน 720 ชิ้น ซึ่งได้มีผู้ทำซ้ำหรือคัดแปลงขึ้นออกขาย เสนอขายและมีไว้เพื่อขายแก่บุคคลทั่วไป เพื่อแสวงหากำไรในทางการค้า ศาลได้พิพากษาให้ลงโทษปรับ 25,000 บาท เป็นต้น¹⁵

¹²คำพิพากษาศาลทฤษฎีสิทธิทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.5208/2556

¹³คำพิพากษาศาลทฤษฎีสิทธิทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.1644/2556

¹⁴คำพิพากษาศาลทฤษฎีสิทธิทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.3/2556

¹⁵คำพิพากษาศาลทฤษฎีสิทธิทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.1632/2556

2) ตัวอย่างคดีที่ศาลพิพากษาลงโทษจำคุกโดยไม่รอกการลงโทษ เช่น

(1) คดีความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้น (Primary Infringement) กรณีจำเลยกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ โดยการนำเข้าแผ่นต้นฉบับวีซีดีภาพยนตร์ที่บันทึกภาพและเสียงภาพยนตร์แผ่นต้นฉบับซีดีรอมเอ็มพีสาม แผ่นต้นฉบับวีซีดีเพลงคาราโอเกะ ใส่เข้าไปในเครื่องคอมพิวเตอร์ แล้วนำเข้าแผ่นวีซีดีเปล่าใส่เข้าไปในช่องในแผ่นวีซีดีเปล่า รวมจำนวน 27, 708 แผ่น ศาลได้พิพากษาว่า จำเลยทั้งสองมีความผิดฐานร่วมกันละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่นเพื่อการค้า จำคุกคนละ 2 ปี ลดโทษให้คนละหนึ่งในสาม คงจำคุกจำเลยทั้งสองคนละ 1 ปี¹⁶

(2) คดีความผิดฐานจำหน่ายสินค้าปลอมเครื่องหมายการค้าที่ศาลลงโทษจำคุกโดยไม่รอกการลงโทษ เช่น กรณีจำเลยกระทำความผิดฐานจำหน่ายสินค้าที่มีการปลอมเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น โดยได้เสนอจำหน่ายและมีไว้เพื่อจำหน่ายซึ่งสินค้าทางกงซันในและสินค้าเลือกรวมจำนวน 20 ชิ้น ศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุก 6 เดือน ลดโทษให้กึ่งหนึ่ง คงจำคุก 3 เดือน¹⁷ เป็นต้น

3) ตัวอย่างคดีความผิดฐานจำหน่ายสินค้าปลอมเครื่องหมายการค้า ที่มีของกลางจำนวนมาก ศาลพิพากษาให้จำคุก 1 เดือน 15 วัน และปรับ 65, 000 บาท โทษจำคุกให้รอกการลงโทษไว้มีกำหนด 1 ปี เช่น กรณีจำเลยกระทำความผิดฐานจำหน่ายสินค้าที่มีการปลอมและสินค้าเลียนเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น โดยได้เสนอจำหน่ายและมีไว้เพื่อจำหน่ายสินค้าเลือกรวมจำนวน 3, 315 ตัว ที่มีผู้ทำปลอมและเลียนขึ้นซึ่งเครื่องหมายการค้าของซึ่งได้จดทะเบียนโดยชอบ เพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นสินค้าที่แท้จริงของผู้เสียหายที่ 3 รวมจำนวนทั้งสิ้น 14, 843 ชิ้น โดยจำเลยรู้อยู่แล้วว่าเป็นสินค้าที่มีการปลอมและเลียนเครื่องหมายการค้าของผู้เสียหายที่ 1 ถึงที่ 14 และจำเลยได้เสนอจำหน่ายและมีไว้เพื่อจำหน่ายซึ่งสินค้าทางกงซันใน จำนวน 3, 315 ตัว ที่มีผู้ทำปลอมและเลียนขึ้นซึ่งเครื่องหมายการค้าของซึ่งได้จดทะเบียนโดยชอบ เพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นสินค้าที่แท้จริงของผู้เสียหายที่ 3 รวมจำนวนทั้งสิ้น 14, 843 ชิ้น โดยจำเลยรู้อยู่แล้วว่าเป็นสินค้าที่มีการปลอมและเลียนเครื่องหมายการค้าของผู้เสียหายที่ 1 ถึงที่ 14¹⁸

จากตัวอย่างการใช้ดุลพินิจลงโทษในกรณีอื่นๆ ข้างต้น ทั้งคดีละเมิดลิขสิทธิ์ผู้อื่นเพื่อการค้าที่ศาลพิพากษาลงโทษปรับ คดีที่ศาลพิพากษาลงโทษจำคุกโดยไม่รอกการลงโทษ และคดีความผิดฐานจำหน่ายสินค้าปลอมเครื่องหมายการค้า ที่มีของกลางจำนวนมาก ศาลพิพากษาให้จำคุกและปรับ โดยโทษจำคุกให้รอกการลงโทษไว้ เป็นกรณีที่พฤติการณ์แห่งความผิดมีลักษณะร้ายแรง ศาลจึงใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษให้เหมาะสม และให้ได้สัดส่วนกับการกระทำ ความผิดในแต่ละกรณีไป ซึ่งเป็นการลงโทษที่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายและวัตถุประสงค์ของการลงโทษอย่างแท้จริง

¹⁶คำพิพากษาศาลทฤษฎีชั้นต้นทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.68/2556

¹⁷คำพิพากษาศาลทฤษฎีชั้นต้นทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.4327/2556

¹⁸คำพิพากษาศาลทฤษฎีชั้นต้นทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.19/2556

เมื่อพิจารณาประกอบกับข้อมูลสถิติคดี ปรากฏว่าปริมาณการฟ้องคดีอาญาของศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง ทั้งหมดในแต่ละปี โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีลิขสิทธิ์นั้น ปริมาณการฟ้องคดีอาญาในปี 2555 เมื่อเทียบกับคดีลิขสิทธิ์ทั้งหมด มีจำนวนถึง 1, 154 คดี ซึ่งคิดเป็นร้อยละ 98.93¹⁹ และปริมาณการฟ้องคดีอาญาในปี 2556 เมื่อเทียบกับคดีลิขสิทธิ์ทั้งหมด มีจำนวนถึง 1, 001 คดี ซึ่งคิดเป็นร้อยละ 95.52²⁰ พิจารณาเห็นได้ว่า มีการบังคับใช้สิทธิโดยการฟ้องเป็นคดีอาญาสูงกว่าการบังคับใช้สิทธิทางแพ่งเป็นอย่างมาก อาจกล่าวได้ว่า ในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ จะบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ในทางอาญาเป็นหลัก อีกทั้งเมื่อพิจารณาถึงคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในทางอาญาซึ่งของกลางมีจำนวนเล็กน้อย ในปี 2556 ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง ศาลได้ใช้ดุลพินิจรอการกำหนดโทษเป็นจำนวนสูงถึง 580 คดี หรือคิดเป็นร้อยละ 57²¹ ของคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในทางอาญาทั้งหมดที่ศาลได้พิจารณาเสร็จ ซึ่งจากสถิติคดีดังกล่าว สามารถแสดงให้เห็นถึงปริมาณคดีที่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง ไม่อาจใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายและวัตถุประสงค์ของการลงโทษตามกฎหมายเพื่อการลงโทษเพื่อทดแทนหรือเพื่อข่มขู่และยับยั้งอาชญากรรมที่มีอยู่เป็นจำนวนมาก

3. วิเคราะห์ผลดีและผลเสียในการใช้ดุลพินิจรอการกำหนดโทษ

เมื่อศาลใช้ดุลพินิจให้รอการกำหนดโทษไว้มีกำหนด 1 ปี หรือ 2 ปี ในกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้นที่ศาลพิจารณาเห็นว่ามีความผิดไม่ร้ายแรงซึ่งจะไม่มีของกลางนั้น หรือกรณี ละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นรองตามมาตรา 31 ซึ่งของกลางมีจำนวนเล็กน้อย มีทั้งผลดีและผลเสียดังต่อไปนี้

- 1) ผลดี ในด้านความยุติธรรม เป็นธรรมและเหมาะสมกับกรณีผู้กระทำความผิดที่กระทำความผิดโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์ และพร้อมที่จะกลับตัว ไม่กระทำความผิดซ้ำอีกต่อไป
- 2) ผลเสีย สามารถแยกพิจารณาได้ 3 ด้าน กล่าวคือ
 - (1) ผลเสียต่อตัวผู้กระทำความผิด คือ ทำให้ไม่เช็ดหลาบ ไม่สำนึกผิด และอาจกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก

¹⁹โปรดดู บทที่ 2 ตารางที่ 2.1 ตารางสถิติคดีละเมิดลิขสิทธิ์ทั้งคดีแพ่งและคดีอาญา และอัตราส่วนคดีอาญาลิขสิทธิ์เทียบกับคดีลิขสิทธิ์ทั้งหมดที่ฟ้องใหม่ต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง ในปี พ.ศ. 2554 – 2556

²⁰แหล่งเดิม.

²¹โปรดดู บทที่ 2 ตารางที่ 2.2 ตารางสถิติคดีอาญาข้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ ปี 2556 จำแนกตามผลของคำพิพากษา

(2) ผลเสียต่อผู้เสียหาย เกิดผลกระทบต่อทางด้านผู้เสียหายทำให้ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งมีสิทธิจะได้รับเงินค่าปรับจำนวนกึ่งหนึ่งของค่าปรับที่จำเลยได้ชำระตามคำพิพากษา ไม่ได้รับการเยียวยา²²

(3) ผลเสียต่อชุมชนและสังคม กล่าวคือ เมื่อมีการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ของกลางมีจำนวนเพียงเล็กน้อย และศาลพิพากษาให้รอกำหนดโทษจำเลยไว้ อาจทำให้ประชาชนทั่วไปไม่เคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย มีการเอาเยี่ยงอย่างในการกระทำความผิดแบบเดียวกัน โดยไม่เกรงกลัวต่อการลงโทษได้ อาจกล่าวได้ว่าทำให้ประชาชนขาดความเชื่อมั่นต่อระบบกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการใช้บังคับกฎหมายอาญาสารบัญญัติ อันจะส่งผลให้ชุมชนและสังคมขาดความมั่นคง

4. วิเคราะห์เปรียบเทียบบทกำหนดโทษตามกฎหมายลิขสิทธิ์ไทยกับต่างประเทศ

ในประเทศเยอรมนีมีการบัญญัติเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์และบทกำหนดโทษไว้ในรัฐบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2508 (German Copyright Act 1965 หรือ Urheberrechtsgesetz) มาตรา 107 มาตรา 108 และมาตรา 108a ได้บัญญัติเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์และบัญญัติบทกำหนดโทษไว้ ตามมาตรา 106 ถึง 108 มีทั้งโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับ และตามมาตรา 108a บัญญัติกรณีที่เป็นการกระทำเพื่อการค้าหรือหากำไร ให้ต้องรับจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับ

ส่วนกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษ มีบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางอาญาละเมิดลิขสิทธิ์และบทกำหนดโทษไว้ในมาตรา 107 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ การออกแบบผลิตภัณฑ์และสิทธิบัตร พ.ศ. 2531 (Copyright, Design and Patents Act 1988; CDPA) เช่น จำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 50,000 ปอนด์ หรือทั้งจำคุกและปรับ (มาตรา 107(4)(a)) หรือจำคุกไม่เกิน 3 เดือน หรือปรับไม่เกิน 50,000 ปอนด์ หรือทั้งจำคุกและปรับ (มาตรา 107(4A)(a))

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ของไทยได้บัญญัติบทกำหนดโทษสำหรับฐานความผิดตามมาตรา 27 ถึงมาตรา 30 ไว้ในมาตรา 69 และบัญญัติบทกำหนดโทษสำหรับฐานความผิดตามมาตรา 31 ไว้ในมาตรา 70 โดยคดีที่ขึ้นสู่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง ส่วนมากจะเป็นกรณีความผิดที่กระทำเพื่อการค้า อันจะต้องรับโทษตามมาตรา 69 วรรคสอง ที่มีกำหนดโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสี่ปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงแปดแสนบาท และมาตรา 70 วรรคสอง ที่มีกำหนดโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงสองปี หรือปรับตั้งแต่ห้าหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

²²พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 76

ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ว่าด้วยเรื่องบทกำหนดโทษของทั้งประเทศเยอรมนีและอังกฤษ ได้ให้ดุลพินิจของศาลที่จะกำหนดโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดไว้กว้าง มีการบัญญัติบทกำหนดโทษไว้ในลักษณะกำหนดอัตราโทษจำคุกหรือโทษปรับขั้นสูง โดยไม่มีโทษขั้นต่ำ ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษได้อย่างเหมาะสมกับการกระทำผิดและตัวผู้กระทำความผิด ตามมาตรา 69 และมาตรา 70 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ของไทย ในส่วนของโทษปรับมีการบัญญัติอัตราโทษปรับขั้นต่ำไว้ โดยมีระวางโทษค่อนข้างสูง ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษของศาล จึงเห็นสมควรแก้ไขปัญหาดังกล่าวเพื่อให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจกำหนดโทษปรับให้เหมาะสมกับการกระทำผิดของผู้กระทำเป็นรายกรณี สอดคล้องกับหลักปัจเจกบุคคลในการลงโทษ (Individual of punishment)

5.1.3 แนวทางการแก้ปัญหา

จากการที่ได้ศึกษาถึงสภาพปัญหาและวิเคราะห์ในข้อ 5.1.1 และ 5.1.2 พบว่า บทกำหนดโทษที่ได้บัญญัติระวางโทษปรับขั้นต่ำไว้ นั้น เป็นอุปสรรคในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาล เพราะการลงโทษปรับตามอัตราขั้นสูงสุดและต่ำสุดที่มีกำหนดไว้ในกฎหมายเป็นการกำหนดอัตราโทษปรับที่แน่นอน (fixed sum) กล่าวคือ จะปรับได้ไม่ต่ำกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนด และต้องไม่เกินอัตราที่กฎหมายกำหนด เมื่อกฎหมายกำหนดโทษขั้นต่ำไว้ ศาลจะลงโทษต่ำกว่านั้นไม่ได้²³ แม้โดยเจตนาธรรมจะเป็นการแสดงให้ศาลทราบว่า ควรลงโทษไม่ต่ำกว่าอัตราโทษขั้นต่ำ แต่หากกรณีดังกล่าวมีเหตุผลโทษต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ ศาลก็ยังคงกำหนดให้ต่ำกว่าโทษขั้นต่ำได้ ดังนั้น การกำหนดโทษปรับไม่จำเป็นต้องกำหนดจำนวนอัตราโทษปรับไว้ตายตัว ควรปล่อยให้ศาลเป็นดุลพินิจของศาล โดยใช้หลักความร้ายแรงในการกระทำความผิดและหลักความเหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละราย

ในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลเพื่อก่อให้เกิดความเหมาะสมในการกำหนดโทษนั้น จะต้องคำนึงถึงลักษณะส่วนตัวของผู้กระทำความผิดอาญาในช่วงก่อนการพิพากษา (Personalisation des peines)²⁴ ศาลจะเป็นผู้มีบทบาทในการกำหนดโทษและ

²³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 849/2482.

²⁴ กรณีต่างกับการคำนึงถึงลักษณะส่วนตัวของผู้กระทำความผิดอาญาในช่วงระหว่างการลงโทษ (Individualisation des peines) ซึ่งเป็นช่วงภายหลังมีคำพิพากษาแล้ว กล่าวคือ ระหว่างที่นักโทษต้องรับโทษอยู่ในเรือนจำ การปรับใช้โทษให้เหมาะสมกับนักโทษแต่ละคนได้ถูกนำมาใช้อย่างกว้างขวางเพื่อวัตถุประสงค์ในการฟื้นฟูและปรับปรุงแก้ไข โดยศาลหรือองค์กรอื่นที่มีหน้าที่ควบคุมดูแลนักโทษปรับใช้โทษให้เหมาะสมกับนักโทษแต่ละคนเพื่อส่งเสริมการฟื้นฟูปรับปรุงแก้ไขให้จำเลย พร้อมทั้งจะกลับเข้าใช้ชีวิตในสังคมต่อไป อ้างถึงใน ปกป้อง ศรีสนิท. (2550). “การปรับใช้ให้เหมาะสมกับนักโทษแต่ละคน.” *บทบัญญัติ*. 63(2). น. 34.

ระยะเวลาการลงโทษให้เหมาะสมกับจำเลย โดยการพิจารณาถึงความหนักเบาของความผิดที่จำเลย ได้กระทำ เหตุบรรเทาโทษต่างๆ และลักษณะส่วนตัวของจำเลย²⁵ โดยการกระทำของมนุษย์ ถูกกำหนดจากปัจจัยต่างๆ มนุษย์ไม่สามารถเลือกกระทำได้อย่างอิสระ แต่มนุษย์ถูกกดดันหล่อหลอม จากสิ่งแวดล้อมและปัจจัยต่างๆ จนมีบุคลิกภาพที่บกพร่องและหัน ไปสู่การกระทำความผิด ดังนั้น การกระทำของมนุษย์เป็นผลมาจากปัจจัยหลายอย่างรวมกันซึ่งอยู่เหนือการควบคุมของมนุษย์ การกระทำความผิดจึงเกิดจากปัจจัยหลายอย่างรวมกันด้วย ซึ่งอาจแตกต่างกันออกไปในแต่ละบุคคล²⁶

ดังนั้น การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษจึงต้องพิจารณาถึงบุคลิกภาพของผู้กระทำความผิด เป็นสำคัญ ต้องคำนึงว่าจะกำหนดโทษอย่างไรจึงจะแก้ไขบุคลิกภาพที่ไม่เหมาะสม ให้กลายเป็น บุคลิกภาพที่เหมาะสมได้ ในการลงโทษจะต้องพิจารณาประวัติความเป็นมาของผู้กระทำความผิด เสียก่อน โดยต้องพิจารณาทั้งอายุ ประวัติการศึกษา ประวัติการงานอาชีพ ฐานะทางเศรษฐกิจฯ สิ่งเหล่านี้จะต้องได้รับการพิจารณาก่อนการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ การลงโทษจึงออกมา ในรูปแบบที่เหมาะสมกับบุคลิกภาพของแต่ละบุคคล ซึ่งสอดคล้องกับความเห็นของอาจารย์จิตติ ที่เห็นว่า “ภายในขอบเขตนั้นศาลใช้ดุลพินิจได้ตามสมควร เพราะแต่ละคดีผู้กระทำความผิดแต่ละคน ย่อมมีพฤติการณ์แตกต่างกัน จะลงโทษเท่ากันเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันเสียทุกเรื่องทุกราย กลับกลายเป็นว่าไม่ยุติธรรมไป กลายเป็นให้การกระทำและผู้กระทำที่ไม่เหมือนกันต้องรับโทษ เท่ากัน ผิดหลักเรื่องความเสมอภาคในการลงโทษ”²⁷ และยังสอดคล้องกับผลการวิเคราะห์ ความคิดเห็นที่มีต่อการกำหนดโทษทางอาญา ในหัวข้อ “การลงโทษปรับควรคำนึงถึงฐานะ ผู้กระทำความผิด” ที่สรุปว่าการลงโทษด้วยการเสียค่าปรับควรคำนึงถึงฐานะของผู้ที่ถูกลงโทษด้วย²⁸

²⁵ หลักการเช่นเดียวกับในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งการที่ศาลจะพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิดในกฎหมาย ฝรั่งเศสในปัจจุบัน ไม่ได้พิจารณาเฉพาะแต่การกระทำความผิดและความร้ายแรงของการกระทำความผิดเท่านั้น แต่ได้พิจารณาถึงตัวผู้กระทำความผิดด้วยว่าเป็นอย่างไร ตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 132-24 บัญญัติว่า “ภายใต้ข้อจำกัดตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ศาลเป็นผู้ลงโทษอาญาและกำหนดโทษ โดยคำนึงถึง พฤติการณ์แห่งการกระทำความผิดและลักษณะของผู้กระทำความผิดในกรณีที่ศาลพิพากษาลงโทษปรับ จะต้อง กำหนดโทษปรับโดยคำนึงถึงรายได้และภาระของผู้กระทำความผิดด้วย” โปรตุเกส ฌอร์จ ใจหาญ และคณะ. (2549). *ศึกษาความเป็นไปได้ในการกำหนดชั้นโทษและการนำไปปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา* (รายงานผลการวิจัย). น. 146.

²⁶ นที จิตสว่าง (2548) *หลักทฤษฎีวิทยา*. น.24

²⁷ จิตติ ดิงศักดิ์. (2546). *กฎหมายอาญา ภาค 1*. หน้า 1180.

²⁸ คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2548). *โครงการยุติธรรมโพล “การกำหนดโทษทางอาญา ในประเทศไทย” (ครั้งที่ 2)* (รายงานผลการวิจัย). เสนอสำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม น.22 และน.74.

เมื่อการกำหนดอัตราโทษปรับขั้นต่ำทำให้ศาลไม่อาจใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษได้อย่างเต็มที่ จึงเห็นควรเพิ่มเครื่องมือให้กับศาลในการใช้ดุลพินิจให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละราย และให้สอดคล้องกับทฤษฎีการลงโทษ โดยการบัญญัติไว้เฉพาะแต่เพียงโทษปรับชั้นสูง การบัญญัติเช่นนี้ก่อให้เกิดความยืดหยุ่นของโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด หากศาลเห็นว่าพฤติการณ์แห่งการกระทำความผิดบุคคลนั้นมีผลกระทบร้ายแรงต่อสังคมและเศรษฐกิจมาก ศาลก็จะกำหนดโทษปรับให้ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการกระทำความผิดนั้นๆ โดยอาจใช้แนวทางการกำหนดโทษ ดังเช่นของประเทศเยอรมนีหรืออังกฤษ เป็นต้น เพื่อให้ศาลลงโทษน้อยเท่าใดก็ได้ เช่นนี้เป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติให้อำนาจการใช้ดุลพินิจแก่ศาลในการลงโทษผู้กระทำความผิด ซึ่งเป็นลักษณะเดียวกับประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสฉบับปัจจุบัน

ประกอบกับเมื่อทำการศึกษาร่วมเทียบกับพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ที่มีลักษณะเป็นความผิดทางทรัพย์สินทางปัญญาเช่นเดียวกัน ซึ่งบัญญัติบทกำหนดโทษในมาตรา 108 และมาตรา 109 ได้มีการบัญญัติไว้แต่เฉพาะโทษปรับชั้นสูง ซึ่งศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลางสามารถที่จะใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษปรับให้เหมาะสมกับความน่าตำหนิหรือความชั่วของผู้กระทำความผิดแต่ละรายได้ และมีความยืดหยุ่นในกรณีที่สภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไป ศาลก็สามารถปรับใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้เกิดความเหมาะสมกับกรณีๆ ไป จึงขอเสนอแนวทางการแก้ปัญหาคือการแก้ไขบทกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ดังกล่าว โดยเสนอให้ยกเลิกบทบัญญัติกฎหมายที่กำหนดอัตราโทษปรับขั้นต่ำ ในมาตรา 69 และมาตรา 70 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

โดยแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 69 จากเดิมซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงตามมาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 30 หรือมาตรา 52 ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำเพื่อการค้า ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสี่ปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงแปดแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

บัญญัติใหม่โดยตัดข้อความในส่วนของระวางโทษปรับขั้นต่ำออก กล่าวคือ ตัดคำว่า “ตั้งแต่สองหมื่นบาทถึง” ในวรรคหนึ่งออก และตัดคำว่า “ตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึง” ในวรรคสองออก เพิ่มถ้อยคำว่า “ไม่เกิน” เข้าไปแทนที่ โดยมีข้อความในมาตรา 69 ใหม่ว่า

“ผู้ใดกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงตามมาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 30 หรือมาตรา 52 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองแสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำเพื่อการค้า ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสี่ปี หรือปรับไม่เกินแปดแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

นอกจากนี้ควรแก้ไขมาตรา 70 จากเดิมซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 31 ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงหนึ่งแสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำเพื่อการค้า ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงสองปี หรือปรับตั้งแต่ห้าหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

บัญญัติใหม่โดยตัดข้อความในส่วนของการระวางโทษปรับขั้นต่ำออก กล่าวคือ ตัดคำว่า “ตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึง” ในวรรคหนึ่งออก และตัดคำว่า “ตั้งแต่ห้าหมื่นบาทถึง” ในวรรคสองออก เพิ่มถ้อยคำว่า “ไม่เกิน” เข้าไปแทนที่ โดยมีข้อความในมาตรา 70 ใหม่ว่า

“ผู้ใดกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 31 ต้องระวางโทษไม่เกินหนึ่งแสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำเพื่อการค้า ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงสองปี หรือปรับไม่เกินสี่แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ทั้งนี้ เพื่อเป็นการเปลี่ยนแปลงโดยมอบอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติที่บัญญัติกรอบอัตราโทษของกฎหมายขึ้นต่ำ ให้เป็นอำนาจตุลาการในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษได้อย่างเหมาะสมกับความร้ายแรงของสภาพความผิดและความน่าตำหนิของผู้กระทำผิดแต่ละรายบุคคล

5.2 วิเคราะห์สภาพปัญหาและแนวทางการแก้ปัญหาการลงโทษอาจไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ

5.2.1 สภาพปัญหา

ปัญหาว่าการลงโทษอาจไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษในกรณีที่ศาลเห็นว่าโทษปรับขั้นต่ำมีจำนวนสูงเกินสมควร จึงหันไปใช้โทษจำคุก โดยให้รื้อการกำหนดโทษจำคุกไว้หากต่อมาผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดซ้ำอีก ศาลจะกำหนดโทษจำคุกที่รอไว้ในคดีแรกแล้วนำมาบวกเข้ากับโทษจำคุกในคดีหลัง มีผลให้ผู้กระทำความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์รายเล็ก ซึ่งมีของกลางจำนวนเพียงเล็กน้อยต้องรับโทษหนักกว่าผู้ที่ละเมิดลิขสิทธิ์รายใหญ่ซึ่งของกลางมีจำนวนมากกว่า กรณีดังกล่าวทำให้วัตถุประสงค์การลงโทษไม่บรรลุผล ความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายก็จะถูกลดคุณค่าลงเพราะประชาชนทั่วไปอาจขาดความเคารพเชื่อถือต่อกฎหมาย อีกทั้งไม่เป็นธรรมต่อผู้เสียหายผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งมีสิทธิจะได้รับเงินค่าปรับจำนวนกึ่งหนึ่งอีกด้วย

กรณีตัวอย่าง เช่น ในกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์ประเภทภาพยนตร์ โดยการนำแผ่นวีดีโอ (วีซีดี) ภาพยนตร์ซึ่งได้มีผู้ทำซ้ำหรือคัดแปลงขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้เสียหายรวมจำนวน 8 แผ่น ออกขาย เสนอขายและมีไว้เพื่อขาย อันเป็นการกระทำเพื่อแสวงหากำไร

ในทางการค้า²⁹ ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง จะพิพากษาให้รอการกำหนดโทษไว้มีกำหนด 1 ปี หรือ 2 ปี โดยไม่พิพากษาลงโทษปรับ เป็นปัญหาที่สืบเนื่องมาจากการบัญญัติอัตราโทษปรับขั้นต่ำ ดังที่กล่าวไว้ในข้อ 5.1.1 หากต่อมาผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดซ้ำอีก จะถูกกำหนดโทษจำคุก และบวกเข้ากับโทษจำคุกในคดีหลัง ซึ่งมีผลทำให้ผู้กระทำความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์รายเล็ก ซึ่งของกลางมีจำนวนเล็กน้อยกลับต้องรับโทษที่หนักกว่าผู้ที่ละเมิดลิขสิทธิ์รายใหญ่ซึ่งของกลางมีจำนวนมากกว่า และอาจกล่าวได้ว่าผู้กระทำความผิดในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ส่วนใหญ่ในกรณีนี้ ของกลางมีจำนวนเพียงเล็กน้อยกลับไม่ได้รับโทษใดๆ เลย แม้จะกระทำความผิดจริง กรณีดังกล่าว อาจทำให้วัตถุประสงค์ในการลงโทษในคดีลิขสิทธิ์และคดีเครื่องหมายการค้าไม่ว่าจะเป็นทฤษฎี การแก้แค้นทดแทน ทฤษฎีการข่มขู่และยับยั้งอาชญากรรมนั้น ไม่บรรลุผล

5.2.2 วิเคราะห์

โดยจะวิเคราะห์ถึงความไม่สอดคล้องกับทฤษฎีการลงโทษ แบ่งออกเป็นการ วิเคราะห์รายละเอียดความไม่สอดคล้องกับทฤษฎีการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทน และ วิเคราะห์ความไม่สอดคล้องกับทฤษฎีการลงโทษเพื่อการข่มขู่และยับยั้งอาชญากรรม อีกทั้งจะทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของไทยและต่างประเทศ ดังนี้

1. วิเคราะห์ความไม่สอดคล้องกับทฤษฎีการลงโทษ

เมื่อวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวโดยอาศัยทฤษฎีวัตถุประสงค์การลงโทษมาปรับแล้ว จะเห็นว่า การกระทำความผิดตามมาตรา 27 ถึงมาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่เป็นการกระทำเป็นความผิดเล็กน้อย ซึ่งผู้กระทำมิได้มีปัญหาเกี่ยวกับการกลับคืนสู่สังคม ทฤษฎี การข่มขู่ยับยั้งเฉพาะรายหรือทฤษฎีการป้องกันพิเศษจึงไม่น่าจะมีความสำคัญในลำดับต้นๆ ในกรณีนี้ อย่างไรก็ตาม หากปล่อยให้มีการกระทำความผิดลักษณะนี้เรื่อยไป ความยุติธรรม ตามเนื้อหาที่ไม่อาจจะเกิดขึ้นได้โดยสมบูรณ์ เพราะกฎหมายอาญาสารบัญญัติไม่ถูกนำไปใช้บังคับ ทฤษฎีการข่มขู่ยับยั้งทั่วไปหรือทฤษฎีการป้องกันทั่วไปที่มุ่งยับยั้งมิให้ประชาชนโดยทั่วไป ตัดสินใจไปกระทำความผิดก็ไม่ควรที่จะถูกมองข้ามไป นอกจากนั้น ยังอาจพิจารณาได้ในอีกแง่มุม หนึ่งว่า บทบัญญัติของกฎหมายที่ห้ามการละเมิดลิขสิทธิ์หรือเครื่องหมายการค้านี้ มุ่งคุ้มครองความคิด สร้างสรรค์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ในตนเองเดียวกับที่ความผิดฐานลักทรัพย์มุ่งคุ้มครอง กรรมสิทธิ์ ทฤษฎีการแก้แค้นทดแทนที่ว่า “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” (an eye for an eye, a tooth for a tooth) จึงน่าจะมีบทบาทสำคัญ โดยความสำคัญของทฤษฎีการแก้แค้นทดแทนยังถูกสะท้อน ให้เห็นในมาตรา 76 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ด้วย ในบทบัญญัติที่ให้เจ้าของลิขสิทธิ์

²⁹คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดง ที่ อ.474/2556

มีสิทธิได้รับเงินเป็นจำนวนกึ่งหนึ่งของค่าปรับที่ศาลลงโทษ เมื่อเป็นเช่นนี้การลงโทษจำคุกหรือการรอกำหนดโทษจึงไม่สอดคล้องทฤษฎีวัตถุประสงค์การลงโทษ โดยแยกพิจารณาได้ดังนี้

1) กรณีไม่สอดคล้องทฤษฎีการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทน

ตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทน โทษที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับนั้นจะต้องได้สัดส่วนพอดีกับทั้งสภาพและความหนักเบาของความผิดของจำเลย ดังนั้น หลักการพิจารณาในเรื่องสัดส่วนของโทษจะต้องพิจารณาถึงสภาพและความหนักเบาของความผิด ซึ่งประกอบด้วย ความร้ายแรงของความเสียหายในทางการกระทำและผลต่อสังคมอันเกิดจากการทำความผิดนั้น โดยพิจารณาเงื่อนไข 3 ประการประกอบกัน กล่าวคือ การลงโทษต้องเป็นการทดแทนความเสียหายเพื่อทดแทนหรือแก้แค้นให้แก่ผู้เสียหาย และต้องทำให้ผู้เสียหายรู้สึกพอใจและคิดว่าเป็นการกระทำที่ยุติธรรมแล้ว เนื่องจากการลงโทษต้องกระทำเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม อีกทั้งการลงโทษยังจะต้องทำให้ผู้ที่กระทำความผิดและบุคคลอื่นที่เชื่อฟังกฎหมายตระหนักว่า บุคคลที่ละเมิดกฎหมายจะต้องถูกดำเนินคดีและจะต้องถูกลงโทษ และที่สำคัญการลงโทษจะต้องได้สัดส่วนกับความน่าตำหนิหรือความชั่วของผู้กระทำความผิด

เมื่อพิจารณาจากคดีละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีของกลางจำนวนเพียงเล็กน้อยดังที่ได้ยกตัวอย่างในข้อ 5.1.1 จะเห็นว่า การศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง พิพากษาว่าจำเลยกระทำความผิดแต่ให้รอกำหนดโทษจำคุกไว้นั้น ไม่สอดคล้องทฤษฎีการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทนที่มุ่งเน้นและให้ความสำคัญกับการลงโทษที่ได้สัดส่วนกับความน่าตำหนิ เพราะการลงโทษผู้กระทำความผิดด้วยวิธีให้รอกำหนดโทษไม่อาจทดแทนความเสียหายในทางเศรษฐกิจของผู้เสียหายได้ ไม่อาจทำให้ผู้เสียหายรู้สึกพอใจ ซึ่งจะทำให้ผู้เสียหายคิดว่าการลงโทษดังกล่าวไม่ยุติธรรมหรือไม่เป็นธรรมแต่อย่างใด

2) กรณีไม่สอดคล้องทฤษฎีการลงโทษเพื่อการข่มขู่และยับยั้งอาชญากรรม

การข่มขู่ยับยั้งโดยทั่วไปเป็นการลงโทษผู้กระทำความผิด แต่เพื่อวัตถุประสงค์ของการลงโทษตามทฤษฎีการป้องกันทั่วไปนี้ไม่ได้อยู่ที่การแก้แค้นทดแทนหรือการที่โทษทางอาญามีผลต่อตัวประชาชนโดยทั่วไปไปที่จะเป็นการยับยั้งไม่ให้คนกระทำความผิด ข่มขู่หรือป้องกันไม่ให้คนอื่นในสังคมกระทำความผิดแบบเดียวกันเพราะเกรงกลัวต่อการลงโทษ ด้วยความเชื่อที่ว่า การลงโทษผู้กระทำความผิดคนหนึ่งจะสามารถยับยั้งไม่ให้คนอื่นกระทำความผิดเช่นนั้นอีก อาจกล่าวได้ว่าทฤษฎีดังกล่าวเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิดอาชญาตั้งแต่เริ่มต้น โดยมีเป้าหมายหลักของการลงโทษเป็นไปเพื่อให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวซัดหาลาบไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก เพื่อแสดงให้เห็นบุคคลทั่วไปได้เห็นว่า การกระทำความผิดนั้นย่อมจะต้องได้รับการลงโทษเสมอ ซึ่งนับเป็นการข่มขู่หรือป้องปรามบุคคลทั่วไปมิให้ก่ออาชญากรรมขึ้นในสังคม

ดังนั้น การที่จะให้ทฤษฎีว่าด้วยการป้องกันทั่วไปประสบผลสำเร็จจึงไม่ได้อยู่ที่ การเพิ่มโทษ หากแต่อยู่ที่ประสิทธิภาพของการจับตัวผู้กระทำความผิดมาดำเนินคดีให้ได้ การใช้ดุลพินิจ ของศาลก็จำเป็นจะต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์การลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่และยับยั้งด้วย โดยศาล ต้องใช้ดุลพินิจให้ประชาชนเกิดความเชื่อมั่นและไว้วางใจต่อระบบกฎหมายที่มีจากการใช้ดุลพินิจ ในการกำหนดโทษและลงโทษผู้กระทำความผิด

ส่วนกรณีคดีตัวอย่างการกระทำความผิดคดีละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีของกลางจำนวนเล็กน้อย ซึ่งศาลอาจพิจารณาประเภทและราคาประกอบกัน เช่น ของกลางเพียง 1 ชิ้น 15 ชิ้น หรือ 30 ชิ้น เป็นต้น ศาลจะรอการกำหนดโทษให้ ซึ่งมีผลเท่ากับผู้กระทำความผิดกลับไม่ถูกลงโทษจริงทั้งปรับ หรือ จำคุกใดๆ ผู้กระทำความผิดจึงจะไม่เข็ดหลาบต่อการกระทำผิดนั้น และมีหลายคดีที่มีผู้กระทำความผิดดังกล่าว กลับมากระทำความผิดซ้ำอีกในลักษณะเช่นเดิม ซึ่งกรณีนี้ไม่สอดคล้องการข่มขู่ยับยั้งเฉพาะราย ที่เป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อให้ผู้กระทำความผิดนั้นเข็ดหลาบต่อการลงโทษ และ ไม่กล้ากลับมากระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก อันแสดงให้เห็นว่าภารกิจของกฎหมายอาญาในการสร้าง และรักษาความสงบเรียบร้อย ความปลอดภัยและความมั่นคงของสังคมนั้น ไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ ในการลงโทษได้อย่างแท้จริง

อีกทั้ง หากมีการกระทำความผิดทางอาญาเกิดขึ้น แต่ผู้กระทำความผิดกลับไม่ได้รับโทษ ก็จะเป็นพฤติกรรมที่นำไปสู่การเลียนแบบการกระทำความผิด กล่าวคือ อาจเนื่องมาจากการใช้ ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษโดยการรอการลงโทษแทนการลงโทษปรับ ที่ทำให้ประชาชน ไม่เคารพกฎหมาย ขาดความเชื่อมั่นต่อระบบกฎหมายและนำไปสู่การเลียนแบบการกระทำความผิด

2. วิเคราะห์เปรียบเทียบการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของไทยและต่างประเทศ

กฎหมายของประเทศไทยไม่ได้บัญญัติหลักการในเรื่องของการใช้ดุลพินิจในการ กำหนดโทษไว้ชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร มีเพียงแนวทางในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ พอสรุปได้ว่า การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษจะต้องคำนึงถึงสิ่งต่อไปนี้ คือ

- 1) ต้องเป็นกลางปราศอคติ
- 2) ต้องเป็นไปตามอัตราโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมาย
- 3) ต้องคำนึงถึงทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษ
- 4) การกำหนดโทษต้องอยู่ภายใต้มาตรฐานเดียวกัน กล่าวคือ ต้องเป็นไปตาม บัญชีอัตราโทษ (ยี่ตอก) ที่กำหนดไว้
- 5) ต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงต่างๆ ในคดี เช่น สภาพและพฤติการณ์แห่งการกระทำ ความผิด ลักษณะของผู้กระทำความผิด ลักษณะของผู้ถูกทำร้าย ประโยชน์ของรัฐ ผลของการ กระทำความผิด ขนบธรรมเนียมประเพณีท้องถิ่น สาเหตุแห่งการกระทำความผิด เป็นต้น

แนวทางการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษของประเทศไทยในปัจจุบันที่กล่าวไว้นั้น พิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้พิพากษาซึ่งเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษจะต้องใช้ดุลพินิจด้วยความเป็นกลาง ปราศอคติ เป็นไปตามอัตราโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมาย เช่น ไม่ต่ำกว่าระวางโทษขั้นต่ำและไม่สูงกว่าระวางโทษขั้นสูงที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือไม่สูงกว่าระวางโทษขั้นสูงที่กฎหมายกำหนดไว้ เป็นต้น ทั้งนี้จะต้องพิจารณาถึงทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษ ซึ่งในความผิดตามกฎหมายลิขสิทธิ์และกฎหมายเครื่องหมายการค้า นั้น น่าจะมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษมุ่งเน้นที่ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนความผิด และทฤษฎีการข่มขู่และยับยั้งอาชญากรรมเป็นสำคัญ ซึ่งการยับยั้งไม่ให้คนกระทำความผิด โดยการปราบปรามไม่ให้ผู้กระทำความผิดนั้นคิดทำผิดขึ้นอีก และป้องกันไม่ให้คนอื่นในสังคมกระทำความผิดแบบเดียวกันอันเป็นพฤติกรรมเลียนแบบการกระทำความผิดทำให้ประชาชนทั่วไปเคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย (การข่มขู่ยับยั้งทั่วไป) และทำให้ผู้กระทำความผิดเข็ดหลัวต่อการลงโทษ ไม่กล้ากลับมากระทำความผิดซ้ำอีก (การข่มขู่เฉพาะราย) โดยเห็นว่า มีลักษณะที่เป็นการป้องกันสังคม ซึ่งตรงกับทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกัน (ทฤษฎีการป้องกันทั่วไป และทฤษฎีการป้องกันพิเศษ) ตามกฎหมายเยอรมันนั่นเอง

ในทางปฏิบัติเพื่อให้การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษเป็นไปในทิศทางเดียวกัน จึงได้มีบัญญัติอัตราโทษ (ยึดถือ) กำหนดไว้ เพื่อให้ศาลใช้ดุลพินิจกำหนดโทษภายใต้มาตรฐานเดียวกัน ในข้อนี้มีผู้ให้ความเห็นไว้ว่า “...บัญญัติอัตราโทษไม่สามารถเป็นเครื่องมือที่จะนำไปจะนำไปสู่การบรรลุเป้าหมายของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่เป็นธรรมได้ เพราะบัญญัติอัตราโทษให้ความสำคัญเฉพาะแต่การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษในส่วนของความร้ายแรงของการกระทำความผิด อีกทั้งบัญญัติอัตราโทษยังเป็นสิ่งที่สวนทางกับการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษในส่วนของ การกำหนดโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดเป็นรายๆ ไป เพราะบุคคลย่อมมีความแตกต่างกันออกไปไม่ว่าจะเป็นในแง่ของพื้นฐานความเป็นมาของชีวิต สาเหตุของการกระทำความผิด เป็นต้น³⁰” ซึ่งเห็นว่าความเห็นดังกล่าวน่าจะเป็นความเห็นที่ถูกต้อง

นอกจากนี้ การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลยังต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงต่างๆ ในคดี จากการศึกษาพบว่าในประเด็นนี้ความเห็นในทางคำราชของไทยดูเหมือนจะเป็นไปในแนวทางเดียวกัน จะแตกต่างกันไปบ้างในส่วนของการละเอียดของข้อเท็จจริงว่า ข้อเท็จจริงใดบ้าง ที่ศาลจะต้องคำนึงเมื่อใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่แม้จะมีข้อดีในแง่ที่ทำให้ผู้พิพากษาสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง แต่ยังคงขาดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนซึ่งบัญญัติไว้อย่างชัดเจน

เมื่อเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายเยอรมัน ในทางทฤษฎีของระบบกฎหมายเยอรมันว่าด้วยเรื่องดุลพินิจในการลงโทษนั้นต้องแยกความแตกต่างระหว่างโทษอาญาที่กำหนดไว้

³⁰ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. (2548). *การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ* (รายงานผลการวิจัย). น. 47

ในกฎหมาย และการใช้ดุลพินิจในการลงโทษโดยผู้พิพากษา ประเทศเยอรมนีได้มีหลักการว่าด้วยการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ (Grundsätze der Strafzumessung) บัญญัติไว้ชัดเจนในมาตรา 46 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (StGB) โดยในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษต้องพิจารณาถึงความน่าตำหนิเป็นหลักสำคัญ กล่าวคือ ความน่าตำหนินั้นเป็นสิ่งที่ผู้พิพากษาจะต้องคำนึงถึง และใช้ดุลพินิจชั่งน้ำหนักเพื่อที่จะกำหนดโทษให้มีความเหมาะสมแก่ความน่าตำหนิและเป็นการกำหนดโทษที่เป็นธรรม (มาตรา 46 (1) ประโยคแรก) และมาตราดังกล่าวยังวางหลักให้ศาลต้องคำนึงถึงผลที่คาดว่าจะเกิดขึ้นจากการลงโทษต่อชีวิตของผู้กระทำความผิดที่จะใช้ชีวิตในสังคมในอนาคตด้วย (ในมาตรา 46 (1) ประโยคที่สอง) อาจกล่าวได้ว่า ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ ผู้พิพากษาไม่ได้พิจารณาวัตถุประสงค์ของการลงโทษอยู่ที่การแก้แค้นทดแทนเท่านั้น ในขณะที่เดียวกันต้องคำนึงถึงทฤษฎีการป้องกันทั่วไปซึ่งเป็นวัตถุประสงค์หนึ่งของการลงโทษที่มีไว้เพื่อภารกิจของกฎหมายอาญาในฐานะที่เป็นการคุ้มครองระเบียบของกฎหมาย

และศาลยังต้องพิจารณาข้อเท็จจริงต่างๆ ในคดีตามที่บัญญัติไว้ (มาตรา 46 (2)) เพื่อเป็นแนวทางในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่ใช้ในการพิจารณากับความผิดอาญาทุกประเภท และผู้พิพากษาจะต้องชั่งน้ำหนักของข้อเท็จจริงแห่งคดีทั้งที่เป็นผลดีและผลร้ายแก่ตัวผู้กระทำความผิด โดยจะต้องนำข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษมาพิจารณาคบคู่กับวัตถุประสงค์ในการลงโทษตามหลักการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษเพื่อที่จะได้กำหนดว่าจะเอาทฤษฎีการลงโทษใดเป็นตัวตั้ง เป็นข้อเท็จจริงที่จะใช้ในการกำหนดระดับของความน่าตำหนิ รวมทั้งความจำเป็นที่จะใช้การป้องกันพิเศษที่แตกต่างกันออกไปได้ด้วย ภายหลังจากนั้นก็จะเป็นผลที่ได้มาชั่งน้ำหนักกัน ตามมาตรา 46 (1) นอกจากนี้ ข้อเท็จจริงต่างๆ ในคดีที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิดอยู่แล้วจะต้องไม่ถูกนำมาพิจารณาอีก (ตามมาตรา 46 (3)) ด้วย

อีกทั้งยังมีขั้นตอนกระบวนการในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษที่ชัดเจน โดยมีขั้นตอนการกำหนดวัตถุประสงค์ในการลงโทษ เมื่อวัตถุประสงค์ของการลงโทษมีความชัดเจนแน่นอนแล้วจึงจะสามารถวินิจฉัยได้ว่าข้อเท็จจริงใดบ้างในคดีที่จะเป็นข้อเท็จจริงที่มีความสำคัญต่อการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ ขั้นตอนต่อมาคือ การค้นหาข้อเท็จจริงสำหรับใช้ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ ซึ่งจะต้องมีการตรวจสอบข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษ เป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อเท็จจริงต่างๆ เฉพาะคดีไป และขั้นตอนสุดท้าย คือ การอธิบายถึงข้อพิจารณาของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ³¹ อันเป็นการประสานข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษให้เข้ากับวัตถุประสงค์ในการลงโทษอย่างมีเหตุมีผล โดยปราศจากข้อโต้แย้งใดๆ

³¹ โปรตดู บทที่ 4 หัวข้อที่ 4.1.2 ขั้นตอนกระบวนการในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ

เมื่อเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายอังกฤษ พิจารณาเห็นว่าได้มีการบัญญัติเป็นกฎหมายว่าด้วยเรื่องการลงโทษของศาล โดยกฎหมายหลักที่กำหนดหลักเกณฑ์การลงโทษของศาลในปัจจุบันมีกฎหมายหลักอยู่ 3 ฉบับคือ the Criminal Justice Act 1991, the Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000 และ the Criminal Justice Act 2003 นอกจากกฎหมายหลักทั้ง 3 ฉบับดังกล่าว ในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษยังต้องคำนึงถึงแนวทางการกำหนดโทษตาม Sentencing Guideline ด้วย ซึ่งผลของแนวทางการกำหนดโทษ เมื่อประกาศออกมาแล้ว CJA 2003 มาตรา 172 กำหนดให้ผู้พิพากษาต้องถือตามแนวทางการกำหนดโทษ ในการกำหนดโทษผู้กระทำความผิด และต้องบังคับให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่แนวทางการกำหนดโทษระบุไว้

ทั้งนี้ แนวทางการกำหนดโทษนั้นมีพื้นฐานในการจัดทำเพื่อต้องการให้การลงโทษในอังกฤษมีความเสมอภาคและเป็นแนวทางเดียวกันทั่วประเทศ เป็นแนวทางให้ศาลในอังกฤษและเวลส์ใช้เพื่อกำหนดโทษในความผิดที่ระบุไว้ใน Guidelines เป็นแนวทางในการเสริมสร้างประสิทธิภาพในการลงโทษเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ เพื่อเป็นการส่งเสริมให้ประชาชนเชื่อมั่นในกระบวนการยุติธรรม และเพื่อนำนโยบายในการกำหนดโทษของ the Council มาใช้ให้เกิดผลในทางปฏิบัติจริง

จากบทวิเคราะห์ข้างต้น จะเห็นได้ว่า หลักกฎหมายเยอรมันและหลักกฎหมายของอังกฤษ มีการบัญญัติแนวทางในเรื่องการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษไว้ชัดเจน เพื่อให้ศาลถือตามแนวทางดังกล่าว และต้องบังคับให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์แนวทางการกำหนดโทษระบุไว้ หลักกฎหมายของ 2 ประเทศดังกล่าวมีความแตกต่างกันในรายละเอียดของหลักการอยู่บ้าง โดยตามหลักกฎหมายเยอรมันว่าด้วยการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษจะมีความละเอียดและชัดเจนมากกว่ากฎหมายอังกฤษอยู่เล็กน้อย ทั้งในหลักเกณฑ์ แนวทาง และขั้นตอนกระบวนการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ สมควรที่จะนำมาเป็นแนวทางในการพัฒนาปรับปรุงกฎหมายของไทยต่อไป

5.2.3 แนวทางการแก้ปัญหา

การใช้ดุลพินิจเกี่ยวกับการกำหนดโทษเป็นอำนาจโดยแท้ของศาล ไม่มีกฎหมายบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ และสิ่งที่เป็นหลักอยู่เบื้องหลังการใช้ดุลพินิจทำนองนี้ก็คือความเหมาะสมในการลงโทษและความสอดคล้องกับความน่าตำหนิหรือความชั่วของผู้กระทำ ถ้าพิจารณาตามหลักกฎหมายเยอรมันแล้วจะเห็นได้ว่าในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ ศาลเยอรมันจะคำนึงถึงทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษทั้งสามทฤษฎี อันได้แก่ทฤษฎีแก้แค้นทดแทน ทฤษฎีป้องกันทั่วไป และทฤษฎีป้องกันพิเศษ ประกอบกัน กล่าวคือ ทฤษฎีผสมผสานที่เน้นการแก้แค้นทดแทน โดยมีบทบัญญัติของกฎหมายกล่าวคือ มาตรา 46 ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน เป็นหลักกฎหมายที่จะให้ศาลใช้เป็นแนวทางในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ ในขณะที่ตามกฎหมายไทยไม่ได้มีการ

บัญญัติหลักการว่าด้วยการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษไว้อย่าง มาตรการ 46 ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อเท็จจริงใดที่ควรนำมาพิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ ดังนั้น จึงควรที่จะมีการบัญญัติมาตราดังกล่าวไว้ในกฎหมายอาญาของไทย โดยให้มีการบัญญัติเพิ่มเติมไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญามาตรา 17 ได้บัญญัติให้ใช้หลักเกณฑ์ของบทบัญญัติในภาค 1 แก่ความผิดตามกฎหมายอาญาอื่น³² ซึ่งความผิดที่มีโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ก็ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น จึงนำหลักเกณฑ์ต่างๆ ในภาค 1 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับด้วย

จึงเสนอให้บัญญัติเพิ่มเติมหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย ภาค 1 ส่วนที่ 3 โดยเปลี่ยนชื่อส่วนที่ 3 จาก “วิธีการเพิ่มโทษ ลดโทษและการรอกการลงโทษ” และใช้ชื่อส่วนนี้ใหม่ว่า “หลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ วิธีการเพิ่มโทษ ลดโทษและการรอกการลงโทษ” โดยบัญญัติใหม่เป็นมาตรา 50/1 และให้มีข้อความดังนี้

“มาตรา 50/1 การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษต้องคำนึงถึงสิ่งต่อไปนี้

(1) ความน่าตำหนิของผู้กระทำความผิดเป็นพื้นฐานสำหรับการกำหนดโทษ ผลที่คาดว่าจะเกิดขึ้นจากการลงโทษสำหรับการใช้ชีวิตในสังคมในอนาคตของผู้กระทำความผิด จะต้องถูกนำมาพิจารณาประกอบด้วย

(2) ในการกำหนดโทษนั้น ให้ศาลใช้ดุลพินิจซึ่งนำหนักของข้อเท็จจริงในคดีทั้งที่เป็นผลดีและผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งมูลเหตุจูงใจและเป้าหมายที่วางไว้ของผู้กระทำความผิด ทักษะดีในทางศีลธรรมที่แสดงออกให้เห็นจากการกระทำผิดและความตั้งใจในการกระทำความผิด ระดับของการละเมิดต่อหน้าที่ รูปแบบของการกระทำความผิดและผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิดที่ตำหนิได้ ชีวิตที่เหลือมาของผู้กระทำความผิด ความสัมพันธ์ทางส่วนตัวและเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งความพยายามที่จะชดใช้ค่าเสียหายและความพยายามของผู้กระทำผิดที่จะให้ผู้เสียหายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิม

(3) ข้อเท็จจริงต่างๆ ในคดีที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิดอยู่แล้วจะไม่ถูกนำมาพิจารณาอีก”

หากมีบทบัญญัติเช่นนี้ น่าจะทำให้หลักการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของประเทศไทย มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น โดยศาลซึ่งเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษจะต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์

³²ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 17 บัญญัติว่า “บทบัญญัติในภาค 1 แห่งประมวลกฎหมายนี้ ให้ใช้ในกรณีแห่งความผิดตามกฎหมายอื่นด้วย เว้นแต่กฎหมายนั้นๆ จะได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น”

ในการลงโทษอย่างจริงจังโดยพิจารณาเป็นรายกรณีไป เพื่อให้ภารกิจของกฎหมายอาญาบรรลุวัตถุประสงค์การลงโทษอย่างแท้จริง

ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษของผู้พิพากษาเป็นไปโดยสมบูรณ์ขึ้น จึงได้เสนอให้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษไว้ในกฎหมาย โดยเห็นพ้องด้วยคั้งที่มีผู้ให้ข้อเสนอแนะไว้ว่า “เพราะจะทำให้การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษของศาล เป็นไปในแนวทางเดียวกัน โดยเสนอให้บัญญัติหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษไว้ในกฎหมาย อย่างในกฎหมายอาญาเยอรมันมาตรา 46 ซึ่งไม่เพียงแต่จะทำให้การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ มีมาตรฐานเดียวกัน ยังจะทำให้การคำนึงถึงวัตถุประสงค์ในการลงโทษจากการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ มีความชัดเจนขึ้น รวมทั้งหลักการที่ว่าโทษต้องได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการกระทำความผิด มีความชัดเจนขึ้นด้วย เพราะจะทำให้หลักดังกล่าวที่แต่เดิมเป็นแต่ความเห็นในทางตำรากลายเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้และผูกมัดศาลให้ต้องคำนึงถึงหลักการดังกล่าวในการใช้ดุลพินิจ กำหนดโทษ”³³

5.3 วิเคราะห์สภาพปัญหาและแนวทางการแก้ปัญหาการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลกับการตีความคำว่า “พ้นโทษ”

5.3.1 สภาพปัญหา

ประเด็นปัญหาประการที่สาม คือ ปัญหาการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลกับการตีความคำว่า “พ้นโทษ” ในกรณีที่จำเลยซึ่งเคยต้องโทษปรับตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หรือตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาก่อน และกลับมาก่อทำความผิดต่อพระราชบัญญัตินั้นซ้ำอีก โดยที่จำเลยยังอยู่ในระหว่างการขอผ่อนชำระค่าปรับต่อศาล ศาลจะไม่อาจวางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ตามมาตรา 73 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หรือวางโทษทวีคูณ ตามมาตรา 113 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ได้ ทั้งนี้ เพราะศาลเห็นว่าจำเลยยังไม่ “พ้นโทษ” ในคดีก่อน กรณีกลายเป็นว่าจำเลยที่ขอผ่อนชำระค่าปรับได้รับประโยชน์จากการตีความคำว่า “พ้นโทษ” กล่าวคือ ตราบใดที่จำเลยยังผ่อนชำระค่าปรับอยู่ ศาลถือว่าจำเลยยังไม่พ้นโทษในคดีก่อน จึงวางโทษเป็นสองเท่าหรือวางโทษทวีคูณไม่ได้ แต่จำเลยที่ชำระค่าปรับเต็มจำนวนในคราวเดียวกลับได้รับผลร้ายจากการตีความดังกล่าว เพราะศาลสามารถวางโทษเป็นสองเท่าหรือวางโทษทวีคูณในคดีหลังได้ทันทีที่จำเลยชำระค่าปรับครบถ้วน กรณีดังกล่าว

³³ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. เล่มเดิม. น. 48.

ไม่น่าจะตรงตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัติของกฎหมาย มาตรา 73 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และมาตรา 113 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

จากการศึกษาถึงขั้นร่างกฎหมายของชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา และในชั้นการประชุมของรัฐสภาของกฎหมายมาตรา 73 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และมาตรา 113 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับเรื่องการวางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นหรือการวางโทษทวีคูณ ปรากฏความมุ่งหมายที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดตามกฎหมายลิขสิทธิ์หรือกฎหมายเครื่องหมายการค้าที่ได้กลับมกระทำความผิดซ้ำอีก จึงได้บัญญัติให้ผู้กระทำต้องได้รับโทษทวีคูณ คือเป็นสองเท่าของระวางโทษตามที่กฎหมายมาตรานั้นๆ กำหนดไว้ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายอื่นๆ ไม่เคยมีการบัญญัติหลักการเช่นนี้ไว้

เมื่อพิจารณามบทบัญญัติในเรื่องของการกระทำความผิดซ้ำตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ประกอบกับเหตุผลในชั้นการร่างกฎหมายทั้งสามฉบับดังกล่าวแล้ว มีข้อสังเกตว่า ถ้อยคำว่า “วางโทษทวีคูณ” กับคำว่า “วางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้” แม้ถ้อยคำจะแตกต่างกันอยู่บ้างแต่ก็มีหลักการเป็นอย่างเดียวกัน กล่าวคือ เป็นการเพิ่มระวางโทษตามกฎหมายเป็นสองเท่าในกรณีมีการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินั้นซ้ำอีก เนื่องจากเพราะการที่บุคคลนั้นมากระทำความผิดขึ้นอีก ย่อมแสดงว่าบุคคลนั้นไม่เจ็ดหลาย

5.3.2 วิเคราะห์

โดยจะทำการวิเคราะห์ถึงที่มาและลักษณะพิเศษของบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในเรื่องการวางโทษเป็นสองเท่าหรือการวางโทษทวีคูณ และวิเคราะห์ปัญหาการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลกับการตีความคำว่า “พ้นโทษ”

1. วิเคราะห์ที่มาและลักษณะพิเศษของบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในเรื่องการวางโทษเป็นสองเท่าหรือวางโทษทวีคูณ

จากการศึกษาพบว่า ได้เริ่มมีการบัญญัติหลักการการวางโทษเป็นสองเท่าหรือการวางโทษทวีคูณดังกล่าวเป็นครั้งแรกไว้ในร่างกฎหมายลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 โดยในการพิจารณา วาระที่ 1 และที่ 2 ของร่างกฎหมายฉบับดังกล่าว ได้มีการพิจารณาเทียบเคียงหลักเกณฑ์ต่างๆ จากมาตรา 92 และมาตรา 93 ของประมวลกฎหมายอาญาเป็นสำคัญ

ในปัจจุบัน หลักเกณฑ์ในเรื่องการวางโทษเป็นสองเท่าได้บัญญัติอยู่ในมาตรา 73 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เช่นเดียวกันกับการวางโทษทวีคูณ ซึ่งได้บัญญัติอยู่ในมาตรา 113 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 อันมีลักษณะเป็นบทบัญญัติพิเศษที่บัญญัติขึ้นมาเพื่อ

อุดช่องว่างของกฎหมายทั่วไปในมาตรา 92 ประมวลกฎหมายอาญา หลักในเรื่องการกระทำความผิด อีกจะเพิ่มโทษที่จะลงหนึ่งในสามและมาตรา 93 ประมวลกฎหมายอาญา การเพิ่มโทษที่จะลงหนึ่งในสอง แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้น ใช้ได้เฉพาะกับกรณีโทษจำคุกเท่านั้น ไม่สามารถเพิ่มโทษกรณีศาลลงโทษปรับได้ อีกทั้งมาตรา 92 และ 93 เป็นกรณีที่เพิ่มโทษจากโทษที่ศาลกำหนด มิใช่เพิ่มระวางโทษตามที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งต่างกับมาตรา 73 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และมาตรา 113 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

2. วิเคราะห์ปัญหาการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลกับการตีความคำว่า “พื้นโทษ” แยกพิจารณาออกเป็น 3 กรณี ดังต่อไปนี้

1) กรณีที่คดีก่อนศาลพิพากษาให้ลงโทษปรับ

การที่ศาลอนุญาตให้ผ่อนชำระค่าปรับได้ไม่จำเป็นต้องยึดทรัพย์สินนั้น เป็นการใช้ดุลพินิจเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและเหมาะสม ซึ่งศาลดำเนินการได้ภายในเวลา 5 ปี ตามมาตรา 99 กรณีนี้ไม่ใช่เรื่องการขอขยายเวลาตาม มาตรา 23 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เพราะไม่นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้กับประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นกฎหมายสารบัญญัติ³⁴ โดยศาลน่าจะหมายความว่า มาตรา 99 นั้น เป็นกำหนดเวลาล่วงเลยการลงโทษ ซึ่งเป็นกฎหมายสารบัญญัติจะขยายเวลาไม่ได้

ในทางปฏิบัติ จำเลยที่ไม่มีเงินเพียงพอชำระค่าปรับตามคำพิพากษาของศาลทั้งหมดสามารถขอชำระค่าปรับบางส่วนพร้อมกับยื่นต้องคำร้องขอผ่อนชำระค่าปรับตามคำพิพากษา³⁵ พร้อมกับต้องทำสัญญาขอปล่อยตัวชั่วคราวต่อศาลอีกฉบับหนึ่ง หากศาลพิจารณาเห็นสมควรก็จะอนุญาตตามคำร้องดังกล่าว โดยเป็นดุลพินิจของศาลที่จะพิจารณาความเหมาะสมเป็นรายกรณี ทั้งนี้ โดยมีประกันหรือหลักประกันต่อศาล หรือขอปล่อยตัวชั่วคราวโดยไม่มีประกันและหลักประกันก็ตาม เช่น จำเลยถูกศาลพิพากษาลงโทษปรับ 100,000 บาท จำเลยมีเงินไม่พอที่จะชำระค่าปรับทั้งจำนวน จึงขอชำระค่าปรับเพียงบางส่วน และในส่วนที่เหลือขอผ่อนชำระค่าปรับต่อศาลเป็นรายเดือน ศาลพิจารณาเห็นควรอนุญาต โดยให้จำเลยชำระเงินบางส่วนจำนวน 60,000 บาท ในส่วนที่เหลือให้ผ่อนชำระได้ โดยมีประกันหรือวางหลักประกันต่อศาลไว้ เป็นต้น ซึ่งหาก

³⁴คำพิพากษาฎีกาที่ 1579/2521

³⁵โดยมีข้อความว่า

“ข้อ 1 คดีนี้ศาลมีคำพิพากษาลงโทษปรับ (นาย/นาง/นางสาว)จำเลย เป็นเงินจำนวน....บาท แต่เนื่องจากจำเลยไม่มีเงินพอชำระค่าปรับ คงมีเงินเพียง....บาท ซึ่งจะขอชำระเป็นค่าปรับบางส่วนก่อน ส่วนค่าปรับที่เหลือจำนวนบาท จำเลยขอผ่อนชำระงวดละ....บาท จำนวน....งวด ทุกวันที่....ภายในระยะเวลา...เดือน/ปี...” โปรดดูภาคผนวก.

ขณะกระทำความผิดคดีหลัง จำเลยยังชำระค่าปรับในคดีก่อนไม่ครบถ้วน มีผลเท่ากับว่าจำเลยยังไม่พ้นโทษในคดีก่อน ศาลก็จะพิพากษาให้ยกคำขอให้วางโทษเป็นสองเท่า ตัวอย่างเช่น ก่อนหน้านี้จำเลยเคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดของศาลนี้ ในคดีหมายเลขแดงที่ อ.2721/2548 โดยถูกฟ้องว่าเมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม 2548 กระทำความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่นเพื่อการค้า และศาลได้พิพากษาให้ลงโทษจำคุก 1 เดือน 15 วัน และปรับ 26,000 บาท โดยโทษจำคุกให้รอการลงโทษไว้ 1 ปี โดยจำเลยมีเงินไม่พอที่จะชำระค่าปรับ จำเลยจึงขอชำระเพียงบางส่วนและที่เหลือขอผ่อนชำระต่อศาล ต่อมาวันที่ 15 พฤศจิกายน 2548 แต่ในระหว่างนั้น จำเลยกลับมากกระทำความผิดซ้ำฐานละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่นเพื่อการค้าซ้ำอีก ศาลพิพากษาว่าการกระทำของจำเลยเป็นความผิดแต่ละกระทำความผิดคดีนี้จำเลยยังชำระค่าปรับในคดีก่อนไม่ครบถ้วน จึงเป็นกรณีที่จำเลยยังไม่พ้นโทษในคดีก่อน ให้ยกคำขอให้วางโทษเป็นสองเท่า³⁶

พิจารณาเห็นได้ว่าบทบัญญัติตามมาตรา 73 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และตามมาตรา 113 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ไม่สามารถใช้ได้กับกรณีที่จำเลยยังขอผ่อนชำระค่าปรับอยู่ ซึ่งเท่ากับจำเลยยังไม่พ้นโทษในคดีก่อน แม้บุคคลผู้ที่กระทำความผิดต้องระวางโทษตามพระราชบัญญัตินั้นๆ มาครั้งหนึ่งและกลับมากกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินั้นๆ อีก ในระหว่างที่จำเลยอยู่ระหว่างการผ่อนชำระค่าปรับ ศาลไม่สามารถวางโทษเป็นสองเท่าหรือวางโทษทวีคูณแก่จำเลยได้ ซึ่งพิจารณาเห็นว่าเป็นช่องว่างของกฎหมายในเรื่องการเพิ่มโทษ จึงเห็นสมควรเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมกรณีดังกล่าว

2) กรณีที่คดีก่อนศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุก ไม่ว่าจะมิโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตาม โดยโทษจำคุกนั้นศาลให้รอการลงโทษ แยกพิจารณาได้ 2 กรณี กล่าวคือ

(1) กรณีที่ศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุก มีแนวการตีความคำว่า “พ้นโทษ” ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6923/2551 วางหลักเกี่ยวกับในเรื่องนี้ไว้ว่า การที่ศาลรอการลงโทษไว้ยังถือไม่ได้ว่าจำเลยพ้นโทษไปแล้ว

(2) กรณีที่ศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และปรับ ไม่ว่าจะโทษจำคุกจะให้รอการลงโทษไว้หรือไม่ก็ตาม ตามคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 8878/2542 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1515/2543 ได้วางแนวทางไว้ว่า หากผู้กระทำชำระค่าปรับครบถ้วนในวันเวลาใด ก็ถือว่าพ้นโทษในวันที่ชำระค่าปรับนั้น แม้ยังอยู่ในระหว่างรอการลงโทษจำคุกก็ตาม เมื่อพ้นโทษแล้วยังไม่ครบกำหนด 5 ปี ได้กลับมากกระทำความผิดซ้ำอีก เช่นนี้ศาลสามารถวางโทษเป็นสองเท่าหรือวางโทษทวีคูณได้ ซึ่งฎีกาดังกล่าวมีใจความสำคัญว่า “...พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 113 ซึ่งบัญญัติไว้เป็นพิเศษ การพ้นโทษตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงรวมถึง

³⁶คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.5385/2548

การพ้นโทษปรับในคดีก่อนด้วย ... ในการวางโทษทัณฑ์เมื่อบุคคลใดกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แล้วกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวอีก เมื่อพ้นโทษแล้วยังไม่ครบกำหนด 5 ปี ศาลวางโทษทัณฑ์ตามมาตรา 113 แก่จำเลยได้” เนื่องจากศาลเห็นว่าโทษปรับเป็นโทษอย่างหนึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18

การวางโทษเป็นสองเท่าตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หรือการวางโทษทัณฑ์ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 นั้น ต่างจากคำว่า “พ้นโทษ” ที่บัญญัติในมาตรา 92 และมาตรา 93 ประมวลกฎหมายอาญา อันย่อมหมายถึงพ้นโทษจำคุก เพราะมาตราดังกล่าวบัญญัติไว้ชัดเจนแล้วว่า “ในคดีก่อนผู้กระทำความผิดต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุก” ด้วยเหตุนี้ หากคดีก่อนศาลลงโทษจำคุกแต่รอการลงโทษ โดยศาลลงโทษปรับด้วย (โทษปรับจะรอการลงโทษไม่ได้) หากผู้กระทำชำระค่าปรับครบถ้วนในวันเวลาใด ก็ถือว่าพ้นโทษในวันที่ชำระค่าปรับนั้น หากผู้กระทำไปกระทำความผิดภายในเวลา 3 ปี หรือ 5 ปี นับแต่วันที่ชำระค่าปรับครบถ้วน และศาลในคดีหลังพิพากษาลงโทษจำคุกโดยไม่รอการลงโทษ จะมีการเพิ่มโทษตามมาตรา 92 หรือมาตรา 93 ไม่ได้ เพราะมาตรา 92 หรือมาตรา 93 หมายถึงภายในระยะเวลา 3 ปี หรือ 5 ปี นับแต่วันพ้นโทษจำคุกโดยได้รับโทษจำคุกจริงๆ มิใช่ นับแต่วันพ้นโทษปรับ³⁷

3) กรณีที่คดีก่อนศาลพิพากษาว่าจำเลยมีความผิด แต่ให้รอการกำหนดโทษไว้ภายในระยะเวลาที่ศาลเห็นสมควร

กรณีจำเลยเคยกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หรือพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 และถูกศาลพิพากษาให้รอการกำหนดโทษไว้ โดยมีกำหนด 1 ปี หรือ 2 ปี หากต่อมาได้มากระทำความผิดตามพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวอีก แม้จำเลยกระทำความผิดในคดีนี้ภายในระยะเวลาที่ศาลรอการกำหนดโทษจำเลยในคดีดังกล่าว ศาลก็ไม่อาจวางโทษเป็นสองเท่าหรือวางโทษทัณฑ์ได้เนื่องจากการที่ศาลรอการกำหนดโทษไว้ ยังไม่ถือว่าจำเลย “พ้นโทษ” ไปแล้ว³⁸

จาก 3 กรณีข้างต้น สามารถสรุปได้ว่า ถ้าคดีก่อนศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุกและปรับ หากผู้กระทำชำระค่าปรับครบถ้วนในวันเวลาใด ก็ถือว่าพ้นโทษในวันที่ชำระค่าปรับนั้น แม้ยังอยู่ในระหว่างรอการลงโทษจำคุกก็ตาม ถ้าพ้นโทษแล้วยังไม่ครบกำหนด 5 ปี ได้กลับมากระทำความผิดซ้ำตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวอีก เช่นนี้ศาลสามารถวางโทษเป็นสองเท่าหรือวางโทษทัณฑ์ได้ แต่หากเป็นกรณีที่คดีก่อนศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุก โดยโทษจำคุกให้รอการลงโทษ หรือคดีก่อนศาลให้รอการกำหนดโทษไว้ในระยะเวลาที่ศาลเห็นสมควร

³⁷ เกียรติจิตร วัจนะสวัสดิ์. (2551). คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. น. 942-943.

³⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4747/2553

มีหลักในการวินิจฉัยกรณี “พ้นโทษ” กล่าวคือ การที่ศาลรอกการลงโทษไว้หรือรอกการกำหนดโทษไว้ ยังถือไม่ได้ว่าจำเลยพ้นโทษ แม้จำเลยกระทำความผิดในคดีนี้ภายในระยะเวลาที่ศาลรอกการลงโทษหรือรอกกำหนดโทษจำเลยในคดีก่อนไว้ ศาลก็ไม่อาจวางโทษเป็นสองเท่าหรือวางโทษทวีคูณได้ เช่นเดียวกับกรณีที่คดีก่อนศาลพิพากษาให้ลงโทษปรับ และจำเลยยังชำระค่าปรับในคดีก่อนไม่ครบถ้วน อยู่ระหว่างการขอผ่อนชำระค่าปรับ มีผลเท่ากับว่าจำเลยยังไม่พ้นโทษในคดีก่อน หากจำเลยมากระทำความผิดซ้ำ ศาลก็ไม่อาจวางโทษเป็นสองเท่าหรือวางโทษทวีคูณได้ จะต้องพิพากษาให้ยกคำขอดังกล่าว

นอกจากนี้ ยังมีข้อที่จะต้องพิจารณาเกี่ยวกับรายละเอียดของวันกระทำความผิด กล่าวคือ การกระทำความผิดที่ถูกฟ้องครั้งหลังนั้น จะต้องเกิดขึ้นเมื่อศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษในคดีก่อนแล้ว ถ้าการกระทำความผิดที่ถูกฟ้องครั้งหลังได้เกิดขึ้นก่อนที่จะศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดในคดีก่อน เช่นนี้จะวางโทษเป็นสองเท่าตามมาตรา 73 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หรือวางโทษทวีคูณตามมาตรา 113 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ไม่ได้ เช่น โจทก์ฟ้องว่า เมื่อวันที่ 3 กันยายน 2556 จำเลยได้กระทำการเสนอจำหน่ายและมีไว้เพื่อจำหน่าย ซึ่งสินค้าเลียนเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น โจทก์มีคำขอให้วางโทษทวีคูณตามมาตรา 113 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ศาลพิพากษาให้ลงโทษคงปรับ 2,500 บาท คำขออื่นนอกจากนี้ให้ยก ซึ่งความหมายของคำว่า “คำขออื่นให้ยก” นี้ หมายถึง ศาลพิพากษาให้ยกคำขอของโจทก์ที่ขอให้วางโทษทวีคูณ ตามมาตรา 113 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 โดยศาลให้เหตุผลว่า เนื่องจากจำเลยกระทำความผิดในคดีนี้ก่อนศาลมีคำพิพากษาในคดีหมายเลขแดงที่ 3948/2556 ของศาลนี้ ซึ่งอัยการ โจทก์ฟ้องว่าจำเลยกระทำความผิด เมื่อวันที่ 3 ตุลาคม 2556 จึงมิใช่กรณีจำเลยกระทำความผิดภายหลังพ้นโทษแล้วยังไม่ครบกำหนดห้าปีตามมาตรา 113 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ไม่อาจวางโทษทวีคูณได้ ให้ยกคำขอในส่วนนี้³⁹

3. ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง ซึ่งได้มีการปรับใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษในเรื่องการขวางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นตามมาตรา 73 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หรือในเรื่องการขวางโทษทวีคูณ ตามมาตรา 113 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 เช่น

1) กรณีจำเลยกระทำความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่นเพื่อการค้า ซึ่งเป็นกรณีกระทำความผิดซ้ำหลายครั้ง โดยจำเลยได้นำแผ่นซีดีรอม (เอ็มพีสาม) รวม 15 แผ่น ซึ่งมีผู้ทำซ้ำ คัดแปลงขึ้น โดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้เสียหายทั้งสาม ออกขาย เสนอขายแก่บุคคลทั่วไป เพื่อแสวงหากำไร

³⁹ คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.115/2557

ในทางการค้า ศาลได้พิพากษาให้วางโทษเป็นสองเท่าตามที่กฎหมายกำหนดไว้ตามมาตรา 73 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 คงปรับ 50,000 บาท⁴⁰ ซึ่งคดีนี้เป็นตัวอย่างในการบังคับใช้กฎหมายอย่างจริงจังของศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง เนื่องจากก่อนที่จำเลยจะถูกฟ้องเป็นคดีนี้ จำเลยได้เคยกระทำความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อการค้ามาแล้ว 5 ครั้ง ภายในระยะเวลาไม่ถึง 3 ปี ดังจะเห็นได้จากตารางสรุปข้อเท็จจริงการกระทำความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อการค้าของจำเลย ในคดีนี้

ตารางที่ 5.1 ตารางสรุปข้อเท็จจริงการกระทำความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อการค้าของจำเลย ในคดีหมายเลขแดงที่ อ.4515/2556

| ลำดับที่ | หมายเลขคดีแดงที่ | วันที่กระทำความผิด | จำนวนของกลาง (แผ่น) | โทษสุทธิตามคำพิพากษาเมื่อลดโทษแล้วกึ่งหนึ่ง |
|----------|------------------|--------------------|---------------------|---|
| 1 | อ.4515/2556 | 13/06/2556 | 15 | ปรับ 50,000 บาท |
| 2 | อ.2272/2554 | 31/01/2556 | 12 | รอกการกำหนดโทษ 1 ปี |
| 3 | อ.2240/2554 | 25/02/2554 | 107 | ปรับ 25,000 บาท |
| 4 | อ.2613/2554 | 28/04/2554 | 5 | รอกการกำหนดโทษ 1 ปี |
| 5 | อ.2166/2554 | 22/02/2554 | 42 | ปรับ 25,000 บาท |
| 6 | อ.4865/2553 | 04/08/2554 | 38 | รอกการกำหนดโทษ 1 ปี |

ที่มา: รวบรวมจากคำพิพากษาของศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง

มีข้อสังเกตว่า ในกรณีนี้ของกลางมีจำนวนเล็กน้อย แต่ศาลมิได้รอกการกำหนดโทษนั้น อาจเพราะศาลได้พิเคราะห์แล้วเห็นว่า คดีดังกล่าวมีพฤติการณ์แห่งคดีไม่สมควรที่จะให้รอกการกำหนดโทษตามมาตรา 56 เช่น มีการกระทำความผิดก่อนหน้าหลายคดี และศาลได้รอกการกำหนดโทษไว้หลายครั้งแล้ว แต่จำเลยยังกลับมากระทำความผิดซ้ำเป็นคดีนี้อีก ดังนั้น แม้ของกลางในคดีนี้จะมีเพียงเล็กน้อย ศาลจึงเห็นควรลงโทษให้หลายจำโดยไม่รอกการกำหนดโทษอีก

ในเรื่องของวันกระทำความผิด ถ้ากระทำความผิดภายในกำหนดเวลาห้าปีนับแต่วันพ้นโทษในคดีก่อนแล้ว ก็จะต้องถูกวางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น หรือ

⁴⁰คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.4515/2556

วางโทษวิญญูณ โดยพิจารณาที่วันกระทำความผิดเป็นสำคัญ ไม่ใช่พิจารณาวันที่ศาลมีคำพิพากษา ถ้าเข้าองค์ประกอบกฎหมาย มาตรา 73 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หรือมาตรา 113 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แล้ว แม้ศาลจะพิพากษาภายหลังจากวันที่พ้นโทษคดีก่อนเกิน 5 ปี ก็เข้าหลักเกณฑ์ที่ศาลสามารถวางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นหรือวางโทษวิญญูณได้

นอกจากนี้ ยังมีตัวอย่างพิพากษาที่ศาลได้วางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กฎหมายบัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้นตามมาตรา 73 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ในคำพิพากษาของศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.849/2556 อ.1461/2556 อ.1938/2556 อ.3615/2556 และ อ.3905/2556 เป็นต้น

2) กรณีจำเลยกระทำความผิดฐานจำหน่ายสินค้าปลอมเครื่องหมายการค้า ซึ่งเป็นการกระทำผิดซ้ำ เสนอจำหน่ายและมีไว้เพื่อจำหน่ายซึ่งสินค้าครอบโทรศัพท์ จำนวน 1 ชิ้น ศาลพิพากษาให้วางโทษวิญญูณตามมาตรา 113 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ปรับ 10,000 บาท จำเลยให้การรับสารภาพเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา มีเหตุบรรเทาโทษลดโทษให้กึ่งหนึ่ง คงปรับ 5,000 บาท⁴¹

ยังมีกรณีจำเลยกระทำความผิดฐานจำหน่ายสินค้าเลียนเครื่องหมายการค้าซึ่งเป็นการกระทำผิดซ้ำ จำเลยได้เสนอจำหน่ายและมีไว้เพื่อจำหน่ายซึ่งสินค้ากางเกงขาสั้น จำนวน 1 ตัว เพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นเครื่องหมายการค้าที่แท้จริงของผู้เสียหาย ศาลพิพากษาวางโทษวิญญูณ ตามมาตรา 113 ให้ลงโทษปรับ 5,000 บาท จำเลยให้การรับสารภาพ ลดโทษให้กึ่งหนึ่ง คงปรับ 2,500 บาท⁴²

นอกจากนี้ กรณีจำเลยกระทำความผิดความผิดทั้งฐานจำหน่ายสินค้าปลอมเครื่องหมายการค้าและฐานละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่นเพื่อการค้า ซึ่งเป็นการกระทำผิดซ้ำ โดยจำเลยได้ละเมิดลิขสิทธิ์โดยนำแผ่นดีวีดี โปรแกรมคอมพิวเตอร์ฯ รวม 130 แผ่น ซึ่งมีผู้ทำซ้ำ คัดแปลงขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้เสียหาย ออกขาย เสนอขายแก่บุคคลทั่วไป และจำเลยได้เสนอจำหน่ายและมีไว้เพื่อจำหน่ายเมมโมรี่สติ๊ก จำนวน 20 ชิ้น หูฟัง จำนวน 3 ชิ้น และแบตเตอรี่ จำนวน 4 ชิ้น อันเป็นเครื่องหมายการค้าปลอมที่มีผู้ทำปลอมเครื่องหมายการค้าที่แท้จริงของผู้เสียหาย ศาลพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า

⁴¹คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.1708/2556

⁴²คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.1583/2556

พ.ศ. 2534 เป็นการกระทำหลายกรรมต่างกันให้ลงโทษทุกกรรมเป็นกระทงความผิด รวมโทษทุกกระทงปรับ 72, 000 บาท จำเลยให้การรับสารภาพลดโทษให้กึ่งหนึ่ง คงปรับ 36, 000 บาท⁴³

กรณีตัวอย่างข้างต้น เป็นตัวอย่างที่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง ได้ปรับใช้ดุลพินิจในการการเพิ่มโทษเป็นสองเท่าตามมาตรา 73 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หรือวางโทษทวีคูณตามมาตรา 113 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายดังกล่าวแล้ว ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้ที่กระทำความผิดซ้ำอีกได้เจ็ดหลาบกับโทษที่สูงขึ้นเป็นสองเท่า

5.3.3 แนวทางการแก้ปัญหา

ตามมาตรา 73 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และตามมาตรา 113 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์การวางโทษเป็นสองเท่าหรือการวางโทษทวีคูณไว้ แต่เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวใช้ไม่ได้กับกรณีที่จำเลยยังขอผ่อนชำระค่าปรับอยู่ เพราะจำเลย “ยังไม่พ้นโทษ” ในคดีก่อน ศาลจึงไม่สามารถใช้วางโทษเป็นสองเท่าหรือวางโทษทวีคูณแก่จำเลย ซึ่งการที่ศาลผ่อนเวลาให้โอกาสจำเลยสามารถผ่อนชำระค่าปรับได้โดยไม่ต้องยึดทรัพย์สินนั้น เป็นการใช้ดุลพินิจเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและเหมาะสม โดยศาลจะต้องดำเนินการได้ภายในเวลา 5 ปี ตามมาตรา 99 เท่านั้น

การที่จำเลยกลับมากระทำความผิดซ้ำตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวที่เคยอดระวางโทษก่อนแล้ว เป็นการกระทำที่ไม่เคารพต่อกฎหมาย ไม่รู้สำนึกเจ็ดหลาบกับโทษที่ศาลได้ลงโทษในคดีก่อน จึงเห็นสมควรแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายมาตรา 73 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และ มาตรา 113 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ให้ครอบคลุมกรณีที่จำเลยซึ่งอยู่ในระหว่างการขอผ่อนชำระค่าปรับมากระทำความผิดซ้ำอีก โดยเพิ่มเติมหลักการวางโทษทวีคูณคำว่า “ในระหว่างที่ยังจะต้องรับโทษอยู่ก็ดี” หากจำเลยกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวอีกก็ให้วางโทษทวีคูณได้ เทียบเคียงมาจากหลักกฎหมายมาตรา 92 ประมวลกฎหมายอาญา

นอกจากนี้ เพื่อให้ครอบคลุมถึงกรณีที่ศาลได้พิพากษาให้รอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษไว้ในคดีก่อนและจำเลยได้กลับมากระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวซ้ำอีก จึงเห็นควรให้มีการบัญญัติเพิ่มเติมคำว่า “หรือภายในระยะเวลาที่รอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษไว้ในคดีก่อนก็ดี” เข้าไว้ด้วย

โดยทำการเสนอเกี่ยวกับปัญหาการใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษกับคำว่า “พ้นโทษ” เสนอให้มีการบัญญัติเพิ่มเติมคำว่า “ในระหว่างที่ยังจะต้องรับโทษอยู่ก็ดี” ซึ่งเป็นหลักการเดียวกันกับมาตรา 92 แห่งประมวลกฎหมายอาญา อีกทั้งบัญญัติเพิ่มเติมคำว่า “หรือภายในระยะเวลาที่รอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษไว้ในคดีก่อนก็ดี” ไว้ถัดจากข้อความที่เพิ่มเติมข้างต้น

⁴³คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.1644/2556

เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมาย ให้ครอบคลุมถึงกรณีที่จำเลยซึ่งอยู่ในระหว่างการขอผ่อนชำระค่าปรับ หรืออยู่ในระหว่างรอกำหนดโทษหรือรอการลงโทษ แต่ได้กลับมาก่อทำความผิดซ้ำอีก

โดยแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 73 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จากเดิมซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดต้องระวางโทษตามพระราชบัญญัตินี้ เมื่อพ้นโทษแล้วยังไม่ครบกำหนดห้าปี กระทำความผิดต่อพระราชบัญญัตินี้ อีก ต้องระวางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กำหนดไว้สำหรับ ความผิดนั้น”

บัญญัติใหม่ให้มีข้อความดังนี้

“ผู้ใดกระทำความผิดต้องระวางโทษตามพระราชบัญญัตินี้ ในระหว่างที่ยังจะต้องรับโทษ อยู่ก็ดี หรือภายในระยะเวลาที่รอกำหนดโทษหรือรอการลงโทษก็ดี หรือภายในระยะเวลาห้าปี นับแต่วันพ้นโทษก็ดี ถ้าได้กระทำความผิดต่อพระราชบัญญัตินี้ อีก ต้องระวางโทษเป็นสองเท่า ของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น”

แก้ไขบทบัญญัติมาตรา 113 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 จากเดิม ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลใดกระทำความผิดต้องระวางโทษตามพระราชบัญญัตินี้ เมื่อพ้นโทษแล้ว ยังไม่ครบกำหนดห้าปี กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ อีก ให้วางโทษทวีคูณ”

บัญญัติใหม่ให้มีข้อความดังนี้

“บุคคลใดกระทำความผิดต้องระวางโทษตามพระราชบัญญัตินี้ ในระหว่างที่ยังจะต้อง รับโทษอยู่ก็ดี หรือภายในระยะเวลาที่รอกำหนดโทษหรือรอการลงโทษก็ดี หรือภายในระยะเวลาห้าปี นับแต่วันพ้นโทษก็ดี ถ้าได้กระทำความผิดต่อพระราชบัญญัตินี้ อีก ให้วางโทษทวีคูณ”

หากมีการบัญญัติเพิ่มเติมข้อความดังกล่าว จะช่วยอุดช่องว่างของกฎหมายได้อย่าง มีประสิทธิภาพ แม้กรณีดังกล่าวจะยังถือไม่ได้ว่าจำเลย “พ้นโทษ” ไปแล้ว ถ้าจำเลยมากระทำความผิดอีก ภายในระหว่างที่ยังจะต้องรับโทษอยู่ หรือภายในระยะเวลาที่รอกำหนดโทษหรือรอการลงโทษอยู่ ศาลก็สามารถวางโทษทวีคูณได้ อันเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายในเรื่องดังกล่าวอย่างแท้จริง

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

ประเทศไทยให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในเรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์และการละเมิดเครื่องหมายการค้า ตามนโยบายของรัฐบาลที่จะปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา ทั้งระบบให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากลที่ประเทศไทยเป็นภาคี ซึ่งได้แก่ ภาติของอนุสัญญากรุงเบอร์น์ว่าด้วยการคุ้มครองงานวรรณกรรมและศิลปกรรม (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works) และภาติขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization–WTO) ซึ่งต้องปฏิบัติตามข้อตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวกับการค้า (TRIPs Agreement) ประเทศไทยจึงได้อนุวรรตกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับอนุสัญญาในฐานะเป็นภาคีสมาชิก โดยได้ตราพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 และพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งตามเจตนารมณ์ของการบัญญัติพระราชบัญญัติทั้งสองดังกล่าว มุ่งที่จะคุ้มครองทั้งทางด้านเศรษฐกิจ การค้าและอุตสาหกรรมภายในประเทศและระหว่างประเทศ

ในส่วนของการคุ้มครองทางอาญาในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ มีพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 บัญญัติฐานความผิดไว้ในมาตรา 27 ถึงมาตรา 31 โดยแบ่งเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้น (Primary Infringement) มาตรา 27 ถึงมาตรา 30 และการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นรอง (Secondary Infringement) มาตรา 31 ซึ่งมีบทกำหนดโทษสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้นไว้ในมาตรา 69 ซึ่งมีโทษหนักกว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นรอง ในมาตรา 70 และในส่วนของการละเมิดเครื่องหมายการค้า มีพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 บัญญัติฐานความผิดและบทกำหนดโทษที่สำคัญไว้ในมาตรา 108 ถึงมาตรา 110 โดยแบ่งการกระทำผิดเป็นฐานปลอมเครื่องหมายการค้า มาตรา 108 และฐานเลียนเครื่องหมายการค้า มาตรา 109 หรือฐานจำหน่าย เสนอจำหน่าย หรือมีไว้เพื่อจำหน่าย ซึ่งสินค้าที่มีเครื่องหมายการค้าปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น มาตรา 110 ซึ่งมีโทษที่แตกต่างกันไปตามมาตรา 108 หรือมาตรา 109

โดยศาลจะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษตามกฎหมายอาญาเพื่อลงแก่ผู้กระทำความผิด ทั้งนี้ วัตถุประสงค์ของการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลต้องการให้เกิดความเหมาะสมในการกำหนดโทษและได้สัดส่วนกับร้ายแรงหรือความน่าตำหนิของผู้กระทำความผิด

แต่ละรายกรณี และในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษของศาลในคดีลิขสิทธิ์และคดีเครื่องหมายการค้า จะต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อทดแทน เพื่อข่มขู่และยับยั้งอาชญากรรมเป็นสำคัญ

ปัจจุบันแม้กฎหมายคุ้มครองลิขสิทธิ์และเครื่องหมายการค้าของประเทศไทยจะได้รับการปรับปรุงแก้ไขจนมีระดับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเทียบเท่ากับการคุ้มครองในระดับสากล โดยมีการกำหนดฐานความผิดและโทษทางอาญาไว้ก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติการใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษในกรณีที่มีการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์และพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า นั้นยังคงมีปัญหาที่เห็นสมควรหยิบยกขึ้นพิจารณาดังนี้ ประการแรก คือ ปัญหาข้อจำกัดของบทกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ประการที่สอง คือ ปัญหาการกำหนดโทษของศาลอาจไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ และประการสุดท้าย คือ ปัญหาการใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษกับคำว่า “พ้นโทษ”

จากการศึกษาพบว่าปัญหาข้อจำกัดของบทกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เกิดจากการที่บทกำหนดโทษตามมาตรา 69 และมาตรา 70 ของพระราชบัญญัติดังกล่าว มีระวางโทษปรับขั้นต่ำบัญญัติไว้และระวางโทษนั้นมีอัตราโทษปรับที่สูง ในกรณีคดีลิขสิทธิ์ที่ของกลางมีจำนวนเล็กน้อย และศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลางเห็นว่าโทษปรับขั้นต่ำมีระวางโทษค่อนข้างสูง โดยคดีที่ขึ้นสู่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลางส่วนมากจะเป็นกรณีความผิดที่กระทำเพื่อการค้า อันจะต้องรับโทษตามมาตรา 69 วรรคสอง ที่มีระวางโทษปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงแปดแสนบาท และมาตรา 70 วรรคสอง ที่มีระวางโทษปรับตั้งแต่ห้าหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท ศาลจึงมักใช้ดุลพินิจในการรอกการกำหนดโทษจำเลยโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 56 ประมวลกฎหมายอาญา แทนการลงโทษปรับ ทั้งนี้ศาลได้ให้เหตุผลหลักๆ ว่า “เมื่อพิเคราะห์พฤติการณ์แห่งคดี ของกลางมีจำนวนเพียงเล็กน้อยประกอบกับจำเลยไม่เคยได้รับโทษจำคุกมาก่อน จึงเห็นควรให้โอกาสจำเลยกลับตัวเป็นพลเมืองดีต่อไป โดยให้รอกการกำหนดโทษไว้ 1 ปี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56” ซึ่งทำให้การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลเกิดข้อขัดข้อง เพราะไม่สามารถลงโทษให้สอดคล้องกับความร้ายแรงของการกระทำหรือความน่าตำหนิของจำเลย และไม่เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิดแต่ละรายซึ่งมีความแตกต่างกันไป

ประกอบกับเมื่อพิจารณาถึงสถิติคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในทางอาญาซึ่งของกลางมีจำนวนเล็กน้อย ในปี 2556 ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง ปรากฏว่าศาลได้ใช้ดุลพินิจรอกการกำหนดโทษมีจำนวนสูงถึง 580 คดี หรือคิดเป็นร้อยละ 57¹ ของคดีลิขสิทธิ์ในทางอาญาทั้งหมดที่ศาลได้พิจารณาเสร็จ แสดงให้เห็นถึงปริมาณคดีที่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง ไม่อาจใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ

¹โปรดดู บทที่ 2 ตารางที่ 2.2 ตารางสถิติคดีอาญาข้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ ปี 2556 จำแนกตามผลของคำพิพากษา

ให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายและวัตถุประสงค์ของการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อทดแทนหรือเพื่อข่มขู่และยับยั้งอาชญากรรมได้อย่างแท้จริง และหากปล่อยให้มีการกระทำความผิดลักษณะนี้เรื่อยไป ความยุติธรรมตามเนื้อหาที่ไม่อาจจะเกิดขึ้นได้โดยสมบูรณ์ เพราะกฎหมายอาญาสารบัญญัติจะไม่ถูกนำไปใช้ ซึ่งพิจารณาได้จากตัวอย่างคำพิพากษาของศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ หมายเลขคดีแดงที่ อ.511/2556 อ.4505/2555 และ อ.2728/2555 เป็นต้น

เมื่อพิจารณาประกอบกับแนวทางการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลฎีกาในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ผู้อื่นเพื่อการค้า ที่มีของกลางมีจำนวนเล็กน้อย เป็นแผ่นดีวีดีภาพยนตร์เพียง 25 แผ่น ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1897/2556 แต่ศาลฎีกาพิพากษาให้ลงโทษทั้งจำคุกและปรับ โทษจำคุกให้รอการลงโทษไว้ โดยให้เหตุผลไว้สองประการ คือ การกระทำความผิดดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดความเสียหายทางเศรษฐกิจแก่ผู้เสียหายทั้งสอง และเมื่อพิจารณาพฤติการณ์การกระทำความผิดของจำเลยและจำนวนของกลางที่มีจำนวนไม่น้อยแล้ว เห็นควรลงโทษจำเลยให้หลายจำ เพื่อมิให้หวนกลับมากระทำความผิดในทำนองเดียวกันนี้อีก ซึ่งเป็นแนวทางการใช้ดุลพินิจที่ดีและสะท้อนให้เห็นถึงแนวทางที่เหมาะสมที่ศาลสมควรปรับใช้กับกรณีประเด็นปัญหาในข้อแรก

จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบพบว่าการกระทำความผิดในคดีละเมิดเครื่องหมายการค้า ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ซึ่งเป็นกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และเป็นคดีที่ก่อให้เกิดความเสียหายทางเศรษฐกิจเช่นเดียวกับคดีความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นั้น แต่มีการบัญญัติโทษปรับไว้ต่างกัน โดยมาตรา 108 และมาตรา 109 ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 บัญญัติอัตราโทษปรับโดยมีเพียงระวางโทษปรับขั้นสูงเท่านั้น ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษได้อย่างเหมาะสมกับพฤติการณ์ความผิดและตัวผู้กระทำความผิดแต่ละรายกรณี แม้กรณีที่ของกลางมีจำนวนเพียงเล็กน้อย เช่น ตามคำพิพากษาของศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.2464/2555 อ.3991/2555 และ อ.5051/2555 เป็นต้น อีกทั้งเมื่อได้บังคับใช้กฎหมายไปช่วงระยะเวลาหนึ่ง หากต่อมามีความเปลี่ยนแปลงทางด้านเศรษฐกิจหรือทางด้านสังคมเกิดขึ้น ศาลก็สามารถปรับใช้ดุลพินิจในการลงโทษผู้กระทำความผิดให้เหมาะสม ทำให้เกิดความยืดหยุ่นในการปรับใช้กฎหมาย โดยอาจมีการพิพากษาลงโทษให้หนักขึ้นพิจารณาเห็นได้จากคำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.5208/2556 และ อ.1644/2556 ทำให้กฎหมายอาญาสารบัญญัติตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 นั้น มีการบังคับใช้กันอย่างจริงจัง และมีประสิทธิภาพในการข่มขู่และป้องกันการกระทำความผิด

นอกจากนี้ จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบบทกำหนดโทษตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย กับต่างประเทศ พบว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเยอรมนีต้องพิจารณาจาก ตามรัฐบัญญัติลิขสิทธิ์ เยอรมนี พ.ศ. 2508 (German Copyright Act 1965 หรือ Urheberrechtsgesetz) ซึ่งได้บัญญัติหลักในเรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์และบทกำหนดโทษไว้ใน มาตรา 106 มาตรา 107 มาตรา 108 และ มาตรา 108a โดยในมาตรา 106 ถึง 108 ได้บัญญัติให้มีทั้งโทษจำคุกและโทษปรับ โดยมีโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับ ส่วนตามมาตรา 108a บัญญัติกรณีที่เป็นการกระทำเพื่อการค้าหรือหากำไร จะต้องรับจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับ ส่วนหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษ ได้บัญญัติเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางอาญาละเมิดลิขสิทธิ์และบทกำหนดโทษไว้ในมาตรา 107 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ การออกแบบผลิตภัณฑ์ และสิทธิบัตร พ.ศ. 2531 (Copyright, Design and Patents Act 1988; CDPA) เช่น จำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 50,000 ปอนด์ หรือทั้งจำคุกและปรับ (มาตรา 107(4)(a)) หรือจำคุกไม่เกิน 3 เดือน หรือปรับไม่เกิน 50,000 ปอนด์ หรือทั้งจำคุกและปรับ (มาตรา 107(4A)(a))

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายของไทย จะเห็นได้ว่าตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้บัญญัติบทกำหนดโทษไว้ใน มาตรา 69 และมาตรา 70 ในส่วนของโทษปรับ จะมีระวางโทษปรับขั้นต่ำก่อนข้างสูง ทำให้ศาลไม่สามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษปรับให้เหมาะสมในกรณีที่ของกลางมีจำนวนเล็กน้อยได้ ในขณะที่บทบัญญัติในเรื่องบทกำหนดโทษตามหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ของทั้งประเทศเยอรมนีและอังกฤษ ได้ให้ดุลพินิจของศาลที่จะกำหนดโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละรายกรณีไว้กว้าง มีการบัญญัติบทกำหนดโทษไว้ในลักษณะกำหนดอัตราโทษจำคุกหรือโทษปรับขั้นสูง โดยไม่มีโทษขั้นต่ำ ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ของไทยที่บัญญัติระวางโทษปรับขั้นสูง โดยไม่มีโทษอัตราโทษขั้นต่ำดังที่ได้กล่าวไว้

และจากสภาพปัญหาข้อจำกัดของบทกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นั้น ยังได้ก่อให้เกิดผลเสียต่อตัวผู้กระทำผิด ที่อาจไม่เข็ดหลาบและอาจกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก ผลเสียต่อผู้เสียหาย เกิดผลกระทบต่อด้านผู้เสียหายทำให้ผู้เสียหายไม่ได้รับการเยียวยา และผลเสียต่อชุมชนและสังคม อาจทำให้ประชาชนทั่วไปไม่เคารพและไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย หรืออาจมีพฤติกรรมเลียนแบบในการกระทำความผิด และยังทำให้ประชาชนขาดความเชื่อมั่นต่อระบบกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการใช้บังคับกฎหมายอาญาสารบัญญัติ อันจะส่งผลให้ชุมชนและสังคมขาดความมั่นคง ดังนั้น จึงเห็นสมควรแก้ไขปัญหาดังกล่าวเพื่อให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจกำหนดโทษปรับให้เหมาะสมกับการกระทำผิดของผู้กระทำเป็นรายกรณี หรืออาจกล่าวได้ว่าศาลจะต้องคำนึงถึงความเหมาะสม

ของผู้กระทำผิดละคน และต้องพิจารณาประวัติของผู้กระทำผิดแต่ละคนว่ามีความแตกต่างกันในลักษณะส่วนตัว

ปัญหาประการที่สอง คือ ปัญหาการกำหนดโทษของศาลอาจไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ สืบเนื่องมาจากปัญหาในข้อแรกเรื่องข้อจำกัดของบทกำหนดโทษตามมาตรา 69 และมาตรา 70 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 การที่ศาลเห็นว่า โทษปรับขั้นต่ำมีจำนวนสูงเกินสมควร ศาลจึงให้รื้อการกำหนดโทษไว้แทน ซึ่งการรื้อการกำหนดโทษนั้นหมายถึงการรื้อการกำหนดโทษจำคุก หากต่อมาผู้กระทำผิดได้กระทำความผิดซ้ำอีก ศาลจะกำหนดโทษจำคุกที่รอไว้ในคดีแรกแล้วนำมาบวกเข้ากับโทษจำคุกในคดีหลัง ซึ่งมีผลให้ผู้กระทำความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์รายเล็กซึ่งมีของกลางจำนวนเพียงเล็กน้อยต้องรับโทษหนักกว่าผู้ที่ละเมิดลิขสิทธิ์รายใหญ่ซึ่งของกลางมีจำนวนมากกว่า กรณีดังกล่าวจึงทำให้วัตถุประสงค์การลงโทษไม่บรรลุผล ความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายก็จะถูกลดคุณค่าลงเพราะประชาชนทั่วไปอาจขาดความเคารพเชื่อถือต่อกฎหมาย อีกทั้งไม่เป็นธรรมต่อผู้เสียหายผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งมีสิทธิจะได้รับเงินค่าปรับจำนวนกึ่งหนึ่งอีกด้วย

จากการศึกษาถึงปัญหาดังกล่าวพบว่า กรณีที่ศาลลงโทษโดยให้รื้อการกำหนดโทษในคดีที่ของกลางมีจำนวนเล็กน้อยนั้น ไม่สอดคล้องกับทฤษฎีการลงโทษตามทฤษฎีแก้แค้นทดแทน ซึ่งวัตถุประสงค์ของการลงโทษต้องการให้เกิดความเป็นธรรม และการลงโทษต้องทำให้ผู้ที่กระทำความผิดและบุคคลอื่นเชื่อฟังกฎหมาย หลักการพิจารณาในเรื่องสัดส่วนของโทษจะต้องได้สัดส่วนกับความร้ายแรงแห่งพฤติกรรมหรือความน่าตำหนิของผู้กระทำผิด และผลต่อสังคม อันเกิดจากการกระทำความผิดนั้น อีกทั้ง ไม่สอดคล้องกับทฤษฎีข่มขู่และยับยั้งอาชญากรรมที่มุ่งจะป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิดอาญามาตั้งแต่เริ่มต้น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย ความปลอดภัย และความมั่นคงของสังคม อันเป็นการป้องกันแบบทั่วไป โดยมีเป้าหมายหลักเป็นการข่มขู่หรือป้องปรามบุคคลทั่วไปมิให้ก่ออาชญากรรมขึ้นในสังคม และยังมีวัตถุประสงค์เป็นไปเพื่อให้ผู้กระทำผิดเกิดความเกรงกลัว รู้สึกเข็ดหลาบไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก ซึ่งเป็นการป้องกันแบบเฉพาะรายอีกด้วย

จากปัญหาดังกล่าว หากศาลยังใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษเช่นนี้เรื่อยไป ความยุติธรรมตามเนื้อหาที่ไม่อาจจะเกิดขึ้น เพราะกฎหมายอาญาสารบัญญัติไม่ถูกนำไปใช้บังคับ ไม่อาจทดแทนความเสียหายในทางเศรษฐกิจและไม่อาจทดแทนหรือแก้แค้นให้แก่ผู้เสียหาย ศาลจึงควรใช้ดุลพินิจให้สอดคล้องกับทฤษฎีการลงโทษ เพื่อให้ประชาชนเกิดความเชื่อมั่นและไว้วางใจต่อระบบกฎหมายที่มีจากการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษและลงโทษผู้กระทำผิดได้อย่างเหมาะสม

จากการศึกษาวิเคราะห์ในเรื่องของการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของไทยนั้น พิจารณาเห็นว่ากฎหมายของไทยไม่ได้บัญญัติหลักการเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร มีเพียงแนวทางในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ พอสรุปได้ว่า การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษจะต้องคำนึงถึงสิ่งต่อไปนี้ คือ ต้องเป็นกลางปราศอคติ เป็นไปตามอัตราโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายไม่ต่ำกว่าระวางโทษขั้นต่ำ หรือไม่สูงกว่าระวางโทษขั้นสูงที่กฎหมายกำหนดไว้ ต้องคำนึงถึงทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษ โดยอยู่ภายใต้มาตรฐานเดียวกัน และต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงต่างๆ ในคดีประกอบการใช้ดุลพินิจ อันเป็นแนวทางทั่วไปไม่มีการบังคับใช้กันอย่างจริงจัง กล่าวคือ ไม่มีหลักเกณฑ์ที่ในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ อีกทั้งในส่วนของบริษัทอัตรานั้นเห็นว่า ไม่สามารถเป็นเครื่องมือที่จะนำไปสู่การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่เป็นธรรมได้ เพราะบริษัทอัตรานั้นให้ความสำคัญเฉพาะแต่การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษในส่วนของความร้ายแรงของการกระทำความผิด และแนวทางที่ต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงต่างๆ นั้น ก็ไม่ได้ระบุไว้ว่ามีข้อเท็จจริงใดบ้างที่ศาลจะต้องคำนึงเมื่อใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ แม้จะมีข้อดีในแง่ที่ทำให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง แต่ยังคงขาดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนซึ่งบัญญัติไว้อย่างชัดเจน

โดยวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศ ตามแนวทางการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของประเทศเยอรมัน มีการวางหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ดุลพินิจเพื่อกำหนดโทษไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (StGB) แก้ไขเพิ่มเติมปี 1987 มาตรา 46 (หลักการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ (Grundsätze der Strafzumessung)) โดยมีขั้นตอนกระบวนการในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ และแนวทางการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษชัดเจน ซึ่งศาลต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของการลงโทษเป็นสิ่งแรก โดยหลักพื้นฐานในการกำหนดโทษมีความน่าดำเนินเป็นองค์ประกอบหลักนั้น ในขณะที่เดียวกันต้องคำนึงถึงทฤษฎีการป้องกันซึ่งวัตถุประสงค์หนึ่งของการลงโทษที่มีไว้เพื่อภารกิจของกฎหมายอาญาในการคุ้มครองระเบียบของกฎหมายประกอบกัน อีกทั้งยังมีขั้นตอนกระบวนการในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษไว้เป็นลำดับดังนี้ คือ 1) การกำหนดวัตถุประสงค์ในการลงโทษ 2) การค้นหาข้อเท็จจริงสำหรับใช้ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ และ 3) การอธิบายถึงข้อพิจารณาของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ

และจากการวิเคราะห์เปรียบเทียบแนวทางการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของประเทศอังกฤษ สรุปได้ว่า กฎหมายอังกฤษได้ให้ดุลพินิจของศาลที่จะกำหนดโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดไว้กว้าง โดยในเรื่องการลงโทษของศาลได้มีการบัญญัติเป็นกฎหมายโดยกฎหมายหลักที่กำหนดหลักเกณฑ์การลงโทษของศาลในปัจจุบันมีกฎหมายหลักอยู่ 3 ฉบับคือ the Criminal Justice Act 1991, the Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000 และ the Criminal Justice Act 2003 โดยถือเป็นกฎหมายหลักที่มีอยู่ในปัจจุบันในการกำหนดโทษที่มี

ในอังกฤษ โดยกระบวนการกำหนดโทษ (Sentencing Process) มีหลักเกณฑ์การพิจารณาว่า ความผิดนั้นเป็นความผิดที่ร้ายแรง กรณีที่ศาลจะลดโทษให้เพราะจำเลยให้การรับสารภาพ เหตุเพิ่มโทษ หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษและข้อจำกัดในการกำหนดโทษจำคุก และการกำหนดโทษปรับ นอกจากกฎหมายหลักทั้ง 3 ฉบับดังกล่าว ในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษยังต้องคำนึงถึงแนวทางการกำหนดโทษตาม Sentencing Guideline ตามที่ Sentencing Guideline Council ได้ประกาศใช้ ซึ่งมีผลใช้ทั่วประเทศ

เมื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของไทยและต่างประเทศ พิจารณาเห็นว่า กฎหมายของประเทศไทยไม่ได้บัญญัติหลักการในเรื่องของการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษไว้ชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร มีเพียงแนวทางในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ ซึ่งแตกต่างกับหลักกฎหมายของประเทศเยอรมนีและประเทศอังกฤษ ที่มีการบัญญัติหลักการในเรื่องการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษไว้เป็นลายลักษณ์อักษรชัดเจน เพื่อให้มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายและให้ศาลถือตามแนวทางในการกำหนดโทษผู้กระทำความผิด และต้องบังคับให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์แนวทางการกำหนดโทษระบุไว้ ซึ่งมีความแตกต่างกันในเรื่องของรายละเอียดของหลักการอยู่บ้าง โดยเห็นว่า หลักกฎหมายเยอรมันว่าด้วยการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ มีความละเอียดและชัดเจนมากกว่ากฎหมายอังกฤษ ทั้งในหลักเกณฑ์ แนวทางและขั้นตอนกระบวนการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ สมควรที่จะนำมาเป็นแนวทางในการพัฒนาปรับปรุงกฎหมายของไทยต่อไป และ

ปัญหาประการสุดท้ายที่เป็นควรหยิบยกขึ้นเพื่อทำการศึกษา คือ ปัญหาการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลกับการตีความคำว่า “พ้นโทษ” หากกรณีที่จำเลยที่ขอผ่อนชำระค่าปรับก็จะได้รับประโยชน์จากการตีความคำว่า “พ้นโทษ” กล่าวคือ ตราบใดที่จำเลยยังผ่อนชำระค่าปรับอยู่ ศาลถือว่าจำเลยยังไม่พ้นโทษในคดีก่อน จึงวางโทษทวีคูณหรือวางโทษเป็นสองเท่าไม่ได้ กรณีดังกล่าวไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัติของกฎหมาย มาตรา 73 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และมาตรา 113 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ซึ่งหลักการของ “การวางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กฎหมายบัญญัติไว้” กับ “การวางโทษทวีคูณ” มีหลักการเป็นอย่างเดียวกัน คือ เป็นการเพิ่มระวางโทษตามกฎหมายเป็นสองเท่าในกรณีมีการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินั้นซ้ำอีก จากการศึกษาถึงในชั้นร่างกฎหมายของชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา และในชั้นการประชุมของรัฐสภาของกฎหมายมาตรา 113 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 และมาตรา 73 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับเรื่องการวางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น หรือการวางโทษทวีคูณ ปรากฏความมุ่งหมายที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดตามกฎหมายลิขสิทธิ์หรือ

กฎหมายเครื่องหมายการค้าที่ได้กลับมากระทำความผิดซ้ำอีก ซึ่งแสดงให้เห็นว่าผู้กระทำผิดยังไม่เข็ดหลาบจึงได้บัญญัติให้ผู้กระทำต้องได้รับโทษทัณฑ์ คือเป็นสองเท่าของระวางโทษตามที่กฎหมายมาตรานั้นๆ กำหนดไว้

จากศึกษาพบว่าได้เริ่มมีการบัญญัติหลักการการวางโทษเป็นสองเท่าหรือการวางโทษทัณฑ์ในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาดังกล่าวเป็นครั้งแรกไว้ในร่างกฎหมายลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 โดยในการพิจารณาวาระที่ 1 และ 2 ของร่างกฎหมายฉบับดังกล่าว ได้มีการพิจารณาเทียบเคียงหลักเกณฑ์ต่างๆจากมาตรา 92 และมาตรา 93 ของประมวลกฎหมายอาญาเป็นสำคัญ ซึ่งในมาตรา 92 นอกจากมีหลักการเพิ่มโทษจำเลยในกรณีที่จำเลยกระทำความผิดภายในเวลาห้าปีนับแต่วันพ้นโทษแล้วยังมีกรณีการเพิ่มโทษในกรณีจำเลยกระทำความผิด “ในระหว่างที่ยังจะต้องรับโทษอยู่” ซึ่งหมายถึงระยะเวลาก่อนการล่วงเลยการลงโทษ หากมีการกระทำความผิดในระหว่างต้องรับโทษอยู่นั้นศาลสามารถใช้ดุลพินิจเพิ่มโทษได้

ในทางปฏิบัติ การที่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง ผ่านเวลาให้ออกาสจำเลยสามารถผ่อนชำระค่าปรับได้โดยไม่จำเป็นต้องยึดทรัพย์สินนั้น เป็นการใช้ดุลพินิจเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและเหมาะสมแก่ผู้กระทำความผิดเป็นรายกรณี โดยศาลอาจจะอนุญาตให้ได้ภายในเวลา 5 ปีตามมาตรา 99 เท่านั้น แต่เมื่อเกิดปัญหาประการที่สามขึ้นในกรณีจำเลยยังขอผ่อนชำระค่าปรับอยู่ตามแนวคำพิพากษาของศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง ถือว่าจำเลยยัง “ไม่พ้นโทษ” ในคดีก่อนศาลจึงไม่สามารถวางโทษเป็นสองเท่าหรือวางโทษทัณฑ์ได้ จึงเห็นควรบัญญัติเพิ่มเติมหลักการตามมาตรา 92 ประมวลกฎหมายอาญา รวมถึงเพิ่มเติมหลักการอื่นที่เกี่ยวข้อง เพื่อช่วยอุดช่องว่างของกฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ และเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายในเรื่องดังกล่าวอย่างแท้จริง

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากเหตุผลทั้งหมดข้างต้น เพื่อให้การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลในคดีลิขสิทธิ์และคดีเครื่องหมายการค้าสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายและวัตถุประสงค์ของการลงโทษ อีกทั้งเพื่อให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษให้มีความเหมาะสมกับความร้ายแรงของการกระทำผิดและเหมาะสมกับตัวผู้กระทำผิดเป็นรายกรณี ซึ่งจะทำให้กฎหมายอาญาสารบัญญัติมีผลใช้บังคับได้จริงอย่างมีประสิทธิภาพและมีประสิทธิผล เห็นควรให้มีการแก้ไขปัญหาทั้งสามประการที่กล่าวมานี้ โดยจากการศึกษาสามารถให้ข้อเสนอแนะเพื่อที่ไปสู่แนวทางและวิธีการแก้ไขปัญหาดังนี้

1. เสนอแนวทางแก้ปัญหาข้อจำกัดของบทกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 โดยให้ยกเลิกบทบัญญัติกฎหมายที่กำหนดระวางโทษปรับขั้นต่ำ ในมาตรา 69 และมาตรา 70 ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 คงบัญญัติไว้เพียงแต่ระวางโทษปรับขั้นสูงดังเช่นบทกำหนดโทษ

ในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ที่มีการบัญญัติโทษปรับไว้เฉพาะระวางโทษปรับขั้นสูง โดยแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 69 จากเดิมซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงตามมาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 30 หรือมาตรา 52 ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำเพื่อการค้า ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสี่ปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงแปดแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

บัญญัติใหม่โดยตัดข้อความในส่วนของระวางโทษปรับขั้นต่ำออก กล่าวคือ ตัดคำว่า “ตั้งแต่สองหมื่นบาทถึง” ในวรรคหนึ่งออก และตัดคำว่า “ตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึง” ในวรรคสองออก เพิ่มถ้อยคำว่า “ไม่เกิน” เข้าไปแทนที่ โดยมีข้อความในมาตรา 69 ใหม่ว่า

“ผู้ใดกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงตามมาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 30 หรือมาตรา 52 ต้องระวางโทษไม่เกินสองแสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำเพื่อการค้า ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสี่ปี หรือปรับไม่เกินแปดแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

นอกจากนี้ควรแก้ไขมาตรา 70 จากเดิมซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 31 ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงหนึ่งแสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำเพื่อการค้า ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงสองปี หรือปรับตั้งแต่ห้าหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

บัญญัติใหม่โดยตัดข้อความในส่วนของระวางโทษปรับขั้นต่ำออก กล่าวคือ ตัดคำว่า “ตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึง” ในวรรคหนึ่งออก และตัดคำว่า “ตั้งแต่ห้าหมื่นบาทถึง” ในวรรคสองออก เพิ่มถ้อยคำว่า “ไม่เกิน” เข้าไปแทนที่ โดยมีข้อความในมาตรา 70 ใหม่ว่า

“ผู้ใดกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 31 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำเพื่อการค้า ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงสองปี หรือปรับไม่เกินสี่แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

2. เสนอแนวทางแก้ปัญหาการกำหนดโทษของศาลอาจไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ โดยให้มีการบัญญัติเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษตามมาตรา 46 ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย เพื่อการลงโทษอาจในคดีลิขสิทธิ์มีความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ ทั้งนี้ ให้มีการบัญญัติเพิ่มเติมในประมวล

กฎหมายอาญาของไทยไว้ใน ภาค 1 ส่วนที่ 3 โดยเปลี่ยนชื่อส่วนที่ 3 จาก “วิธีการเพิ่มโทษ ลดโทษและการรอกการลงโทษ” โดยใช้ชื่อใหม่ว่า “หลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ วิธีการเพิ่มโทษ ลดโทษและการรอกการลงโทษ” โดยบัญญัติใหม่เป็นมาตรา 50/1 และให้มีข้อความดังนี้

“มาตรา 50/1 การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษต้องคำนึงถึงดังต่อไปนี้

(1) ความน่าตำหนิของผู้กระทำความผิดเป็นพื้นฐานสำหรับการกำหนดโทษ ผลที่คาดว่าจะเกิดขึ้นจากการลงโทษสำหรับการใช้ชีวิตในสังคมในอนาคตของผู้กระทำความผิดจะต้องถูกนำมาพิจารณาประกอบด้วย

(2) ในการกำหนดโทษนั้น ให้ศาลใช้ดุลพินิจซึ่งนำหนักของข้อเท็จจริงในคดี ทั้งที่เป็นผลดีและผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งมูลเหตุจูงใจและเป้าหมายที่วางไว้ของผู้กระทำความผิด ทักษะคติในทางศีลธรรมที่แสดงออกให้เห็นจากการกระทำผิดและความตั้งใจในการกระทำความผิด ระดับของการละเมิดต่อหน้าที่ รูปแบบของการกระทำความผิดและผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิดที่ตำหนิได้ ชีวิตที่แล้วมาของผู้กระทำความผิด ความสัมพันธ์ทางส่วนตัว และเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งความพยายามที่จะชดใช้ค่าเสียหายและความพยายามของผู้กระทำความผิดที่จะให้ผู้เสียหายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิม

(3) ข้อเท็จจริงต่างๆ ในคดีที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิดอยู่แล้วจะไม่ถูกนำมาพิจารณาอีก”

หากมีบทบัญญัติเช่นนี้ น่าจะทำให้หลักการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของประเทศไทย มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น ทำให้การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษของศาลเป็นไปโดยสมบูรณ์ขึ้น โดยศาล ซึ่งเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษจะต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ในการลงโทษอย่างจริงจัง โดยพิจารณาเป็นรายกรณี เพื่อให้ภารกิจของกฎหมายอาญาบรรลุวัตถุประสงค์การลงโทษอย่างแท้จริง

3. ข้อเสนอเกี่ยวกับปัญหาการใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษกับคำว่า “พ้นโทษ” เสนอให้มีการบัญญัติเพิ่มคำว่า “ในระหว่างที่ยังจะต้องรับโทษอยู่ก็ดี” ซึ่งเป็นหลักการเดียวกันกับ มาตรา 92 แห่งประมวลกฎหมายอาญา อีกทั้งบัญญัติเพิ่มเติมคำว่า “หรือภายในระยะเวลาที่รอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษไว้ในคดีก่อนก็ดี” ไว้ถัดจากข้อความที่เพิ่มเติมข้างต้น เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมาย ให้ครอบคลุมถึงกรณีที่จำเลยซึ่งอยู่ในระหว่างการขอผ่อนชำระค่าปรับ หรืออยู่ในระหว่างรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษ แต่ได้กลับมากระทำความผิดซ้ำอีก

โดยแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 73 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จากเดิมซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดต้องระวางโทษตามพระราชบัญญัตินี้ เมื่อพ้นโทษแล้วยังไม่ครบกำหนดห้าปี กระทำความผิดต่อพระราชบัญญัตินี้ อีก ต้องระวางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น”

บัญญัติใหม่ให้มีข้อความดังนี้

“ผู้ใดกระทำความผิดต้องระวางโทษตามพระราชบัญญัตินี้ ในระหว่างที่ยังจะต้องรับโทษ อยู่ก็ดี หรือภายในระยะเวลาที่รอการกำหนดโทษหรือรอการลงโทษก็ดี หรือภายในระยะเวลาห้าปี นับแต่วันพ้นโทษก็ดี ถ้าได้กระทำความผิดต่อพระราชบัญญัตินี้ อีก ต้องระวางโทษเป็นสองเท่า ของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น”

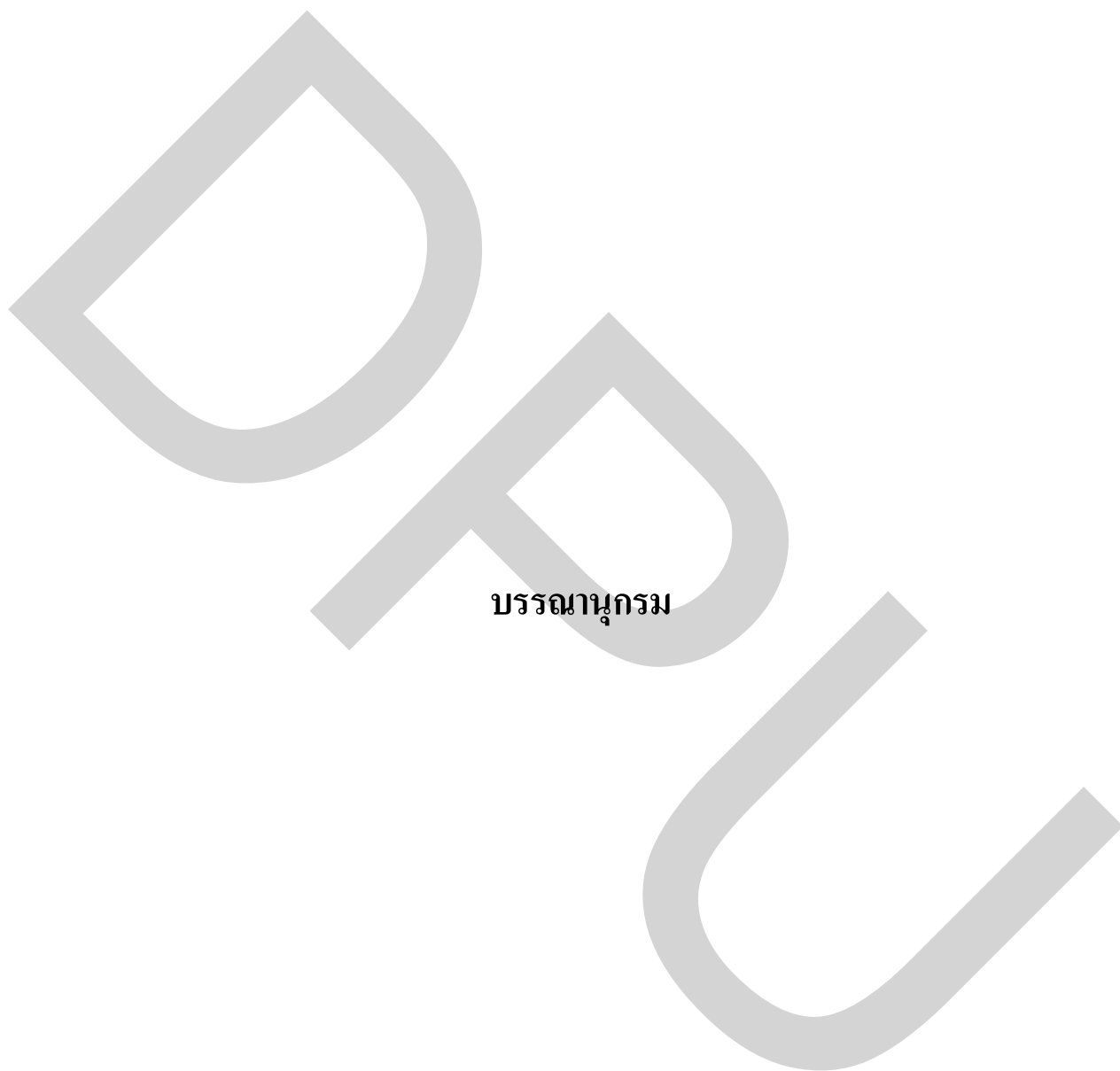
และแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 113 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 จากเดิม ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลใดกระทำความผิดต้องระวางโทษตามพระราชบัญญัตินี้ เมื่อพ้นโทษแล้ว ยังไม่ครบกำหนดห้าปี กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ อีก ให้วางโทษทวีคูณ”

บัญญัติใหม่ให้มีข้อความดังนี้

“บุคคลใดกระทำความผิดต้องระวางโทษตามพระราชบัญญัตินี้ ในระหว่างที่ยังจะต้อง รับโทษอยู่ก็ดี หรือภายในระยะเวลาที่รอการกำหนดโทษหรือรอการลงโทษก็ดี หรือภายในระยะเวลาห้าปี นับแต่วันพ้นโทษก็ดี ถ้าได้กระทำความผิดต่อพระราชบัญญัตินี้ อีก ให้วางโทษทวีคูณ”

หากมีการบัญญัติเพิ่มเติมข้อความดังกล่าว จะช่วยอุดช่องว่างของกฎหมายได้อย่างมี ประสิทธิภาพ แม้กรณีดังกล่าวจะยังถือไม่ได้ว่าจำเป็น “พ้นโทษ” ไปแล้ว ถ้าจำเลยมากระทำความผิดอีก ภายในระหว่างที่ยังจะต้องรับโทษอยู่ หรือภายในระยะเวลาที่รอการกำหนดโทษหรือรอการลงโทษอยู่ ศาลก็สามารถวางโทษทวีคูณได้ อันเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายในเรื่องดังกล่าวอย่างแท้จริง

โดยข้อเสนอแนะทั้งสามประการดังกล่าวข้างต้น มีวัตถุประสงค์เพื่อให้การใช้ดุลพินิจ ในการกำหนดโทษของศาลในคดีละเมิดลิขสิทธิ์และคดีละเมิดเครื่องหมายการค้าเป็นไปอย่างเหมาะสม และได้สัดส่วนกับความชั่วหรือความน่าตำหนิของผู้กระทำความผิดแต่ละรายมากยิ่งขึ้น และเพื่อให้ ศาลใช้ดุลพินิจในการกำหนดอัตราโทษได้อย่างยืดหยุ่นกับและสอดคล้องกับหลักปัจเจกบุคคล ในการลงโทษ (Individual of punishment) โดยคำนึงถึงทฤษฎีการลงโทษ ทั้งตามทฤษฎีแก้แค้นทดแทน และตามทฤษฎีข่มขู่และยับยั้งอาชญากรรม ซึ่งจะก่อให้เกิดความยุติธรรมตามเนื้อหา อันเกิดขึ้นจาก การที่กฎหมายอาญาสารบัญญัติถูกใช้บังคับอย่างมีประสิทธิภาพ หรืออาจกล่าวได้ว่าเพื่อผดุงไว้ซึ่ง ความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย อีกทั้งยังเป็นการสนับสนุนให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ และกฎหมายเครื่องหมายการค้าที่มุ่งคุ้มครองทั้งทางด้านเศรษฐกิจและการค้าของประเทศเป็นสำคัญ ซึ่งจะทำให้ศาลสามารถใช้กฎหมายอันเป็นเครื่องมือเพื่ออำนวยความยุติธรรมได้อย่างแท้จริง



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

- เกียรติขจร วจนะสวัสดิ์. (2551). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินต์ติ้ง (ประเทศไทย).
- จรัญ โฆษณานันท์. (2550). *นิติปรัชญา* (พิมพ์ครั้งที่ 15). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- จิตติ ดิงศักดิ์. (2546). *กฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2528). *ปัญหากฎหมายลิขสิทธิ์*. กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ
- ณรงค์ ใจหาญ. (2543). *กฎหมายอาญาว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ประเทือง ธนิยผล. (2552). *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- ประเสริฐ เมฆมณี. (2523). *หลักทัณฑวิทยา*. กรุงเทพฯ: บพิธการพิมพ์.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. (2551). *นิติปรัชญา* (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2544). *กฎหมายอาญา หลักและปัญหา* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- รัชชัย ศุภผลศิริ. (2539). *คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: นิติธรรม
- นัทธี จิตสว่าง. (2548). *หลักทัณฑวิทยา* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: กรมราชทัณฑ์.
- พจนานุกรมไทย ฉบับทันสมัยและสมบูรณ์*. (2552). กรุงเทพฯ: ซีเอ็ดดูเคชั่น.
- ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางกับศาลจังหวัด. คู่มือปฏิบัติราชการระหว่างศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางกับศาลจังหวัด* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: อรุณสกลาดพร้าว.
- หยุด แสงอุทัย. (2551). *กฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 20). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- อัจฉริยา ชูตินันท์. (2557). *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

วิทยานิพนธ์

- เกียรติภูมิ แสงศศิธร. (2533). *กระบวนการกำหนดโทษจำเลยในคดีอาญา: เปรียบเทียบของไทยกับต่างประเทศ* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

- เชษฐภัทร พรหมชนะ. (2546). *การนำมาตรการอื่นมาใช้บังคับค่าปรับนอกเหนือจากการกักขังแทนค่าปรับ* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- นพพร โพธิ์รังสิตยากร. (2524). *การใช้ดุลพินิจของศาลในการลงโทษ* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- พรเพ็ญ ไตรพงษ์. (2546). *ปัญหาการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- ปรีชา จำเพชร. (2546). *ดุลพินิจของศาลในการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษ: ศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สหชน รัตนไพจิตร. (2527). *ความประสงค์ของการลงโทษอาญา: ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

บทความ

- ไชยศวรรณ์ศิริ. (2538, กันยายน-ตุลาคม). “ดุลพินิจในการลงโทษผู้กระทำผิด.” *ศาลา*, 41(5).
- ปกป้อง ศรีสนิท. (2550, มิถุนายน). “การปรับใช้ให้เหมาะสมกับนักโทษแต่ละคน.” *บทปริทัศน์*, 63(2).
- วิชา มหาคุณ. (2527, มีนาคม-เมษายน). “ผู้พิพากษากับการใช้ดุลพินิจในการลงโทษ.” *ศาลา*, 23(2).

รายงานการวิจัย

- คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2548). *โครงการยุติธรรมโพล “การกำหนดโทษทางอาญาในประเทศไทย” (ครั้งที่ 2)* (รายงานผลการวิจัย). เสนอ สำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม.
- ณรงค์ ใจหาญ และคณะ. (2549). *ศึกษาความเป็นไปได้ในการกำหนดชั้นโทษและการนำไปปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา* (รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ไฉน ปราศจากศัตรู. (2549). *การนำมาตรการอื่นมาทดแทนการกักขังแทนค่าปรับในโทษทางอาญา* (รายงานผลการวิจัย). เสนอต่อสำนักงานศาลยุติธรรม.
- มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช. (2546). *เอกสารประกอบการสอนชุดวิชา กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา*.

วีรพงษ์ บุญโยภาส และคณะ. (2551). *โครงการพัฒนามาตรการยึดทรัพย์สินใช้ค่าปรับและมาตรการ
กักขังแทนค่าปรับตามประมวลกฎหมายอาญา* (รายงานผลการวิจัย) กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย.

สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. (2548). *การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ* (รายงานผลการวิจัย). เสนอต่อ
สำนักงานศาลยุติธรรม.

อำนาจ เนตยสุภา. (2548). *ปัญหาการล่อซื้อในคดีละเมิดลิขสิทธิ์*. กรุงเทพฯ: สำนักงาน
คณะกรรมการและสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ.

เอกสารอื่น

ร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ... ที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาแล้ว (เรื่องเสร็จ
ที่ 199/2521).

ร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ... ที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาแล้ว (เรื่องเสร็จ
ที่ 349/2536).

สารสนเทศจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์

ข้อมูลสถิติคดี. สืบค้นเมื่อวันที่ 22 มกราคม 2557, จาก <http://www.ipitc.coj.go.th/info.php?cid=20&pm=20>
กรมทรัพย์สินทางปัญญา “ทรัพย์สินทางปัญญาต่างประเทศ ประเทศเยอรมันนี”. สืบค้นเมื่อวันที่
1 เมษายน 2557, จาก <http://www.ipthailand.go.th/ipthailand/index.php?>

กฎหมายลิขสิทธิ์-ประเทศอังกฤษ. สืบค้นเมื่อวันที่ 10 กุมภาพันธ์ 2557, จาก [http://onestopservice.
ditp.go.th/download/file/250dip.pdf](http://onestopservice.ditp.go.th/download/file/250dip.pdf)

กฎหมาย

ข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540

ประมวลกฎหมายอาญา

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ.2539

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537

ระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม ว่าด้วยแนวปฏิบัติในการออกหมายจับและหมายค้น
ในคดีอาญา พ.ศ. 2545.

ภาษาต่างประเทศ

BOOKS

- Bryan A. Gerner. (2004). *Black's Law Dictionary*. Eight Edition. U.S.: west Thomson business.
- Martin Wasik. (2001). *Emmins on Sentencing*. (fourth edition). London : Blackstone Press.
- Susan Easton and Chistine Piper. (2005). *Sentencing and Punishment: A Quest for Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- John Halliday. (2001). *Making Punishments Work* (Report of a Review of the Sentencing Framework for England and Wales) London: Home Office Communication Directorate.

ARTICLES

- Anthony Bottoms. (1995). "The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing". in C.M. V. Clarkson and R. Morgan (eds.), *The Politics of Sentencing Reform*. Oxford: Clarendon Press.
- J. Simon. (1998) . "Managing the Monstrous: Sex Offenders and the New Penology", *Psychology Public Policy and the Law*, 4(1).

ด

พ

ภาคผนวก

๕



คำร้องขอผ่อนชำระค่าปรับ
ตามคำพิพากษา



คดีหมายเลขคำที่ อ...../๒๕๕๗
คดีหมายเลขแดงที่ อ...../๒๕๕๗

ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง

วันที่.....เดือน.....พุทธศักราช ๒๕๕๗

ความอาญา

ระหว่าง { พนักงานอัยการ สำนักงานอัยการสูงสุด..... โจทก์
.....จำเลย
ข้าพเจ้า.....จำเลย,ผู้ทำสัญญาวางหลักประกัน
เชื้อชาติ.....สัญชาติ.....อาชีพ.....เกิดวันที่.....เดือน.....พ.ศ.
อายุ.....ปี อยู่บ้านเลขที่.....หมู่ที่.....ถนน.....ตรอก/ซอย.....
ใกล้เคียง.....ตำบล/แขวง.....อำเภอ/เขต.....จังหวัด.....
โทรศัพท์.....ขอยื่นคำร้องดังมีข้อความดังจะกล่าวต่อไปนี้

ข้อ ๑. คดีนี้ศาลมีคำพิพากษาลงโทษปรับ (นาย/นางสาว/นาง).....จำเลย
เป็นเงินจำนวน.....บาท แต่เนื่องจากจำเลยไม่มีเงินพอชำระค่าปรับ
คงมีเงินเพียง.....บาท ซึ่งจะขอชำระเป็นค่าปรับบางส่วนก่อน ส่วนค่าปรับที่เหลือ
จำนวน.....บาท จำเลยขอผ่อนชำระงวดละ.....บาท
จำนวน.....งวด ทุกวันที่.....ภายในระยะเวลา.....เดือน/ปี

ข้อ ๒. ข้าพเจ้า.....มีความประสงค์ที่จะทำสัญญาวางหลักประกัน
ให้ไว้ต่อศาลในระหว่างผ่อนชำระค่าปรับ โดยขอใช้หลักประกัน คือ.....
.....
เป็นหลักประกันการชำระค่าปรับ จนกว่าจำเลยชำระค่าปรับต่อศาลครบถ้วน ขอศาลได้โปรดอนุญาต

ควรมิควรแล้วแต่จะโปรด

ลงชื่อ.....จำเลย/ผู้ร้อง

ลงชื่อ.....ผู้ทำสัญญาวางหลักประกัน

คำร้องฉบับนี้ข้าพเจ้า.....เป็นผู้พิมพ์/เขียน

ลงชื่อ.....ผู้พิมพ์/เขียน

หมายเหตุข้าพเจ้ารอฟังคำสั่งอยู่ถ้าไม่รอให้ถือว่าทราบแล้ว

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล

นางสาวมณีนุช แสงสุวรรณกุล

ประวัติการศึกษา

พ.ศ. 2550 นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง

พ.ศ. 2551 เนติบัณฑิตไทย สำนักอบรมศึกษากฎหมาย

แห่งเนติบัณฑิตยสภา

ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน

นิติกรปฏิบัติการ ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและ

การค้าระหว่างประเทศกลาง