

คุณธรรมทางกฎหมาย : ศึกษากรณีความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า  
แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาต  
ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551

นราวิทย์ ศักดิ์เพชร

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์  
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์  
พ.ศ. 2557

**Legal Interest : the Case Study of an Offence Relating to Renting,  
Exchanging and Distributing Films without Lawful Permission under  
the Films and Video Act B.E. 2551**

**Narawit Sakpetch**

**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**

หัวข้อวิทยานิพนธ์	คุณธรรมทางกฎหมาย : ศึกษากรณีความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัติ ภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551
ชื่อผู้เขียน	นราวิทย์ ศักดิ์เพชร
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์ อัจฉริยา ชูตินันท์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2557

### บทคัดย่อ

ในการกำหนดความผิดอาญาทุกฐานความผิดนั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อให้กฎหมายอาญา เป็นเครื่องมือในการคุ้มครองสิ่งที่มีคุณค่าสำคัญอันเป็นประโยชน์ร่วมกันของคนในสังคม และเป็น สิ่งที่สังคมต้องการคุ้มครองโดยกฎหมาย ที่เรียกว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” ซึ่งอยู่เบื้องหลังในการ กำหนดความผิดอาญาแต่ละฐาน และถือเป็นองค์ประกอบประการสำคัญของความผิดฐานนั้น ๆ กล่าวคือ การกระทำใดเป็นการกระทบหรือละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมาย การกระทำนั้นย่อมเป็น ความผิดต่อกฎหมาย ดังนั้น เมื่อได้ทราบถึงคุณธรรมทางกฎหมายแล้ว ย่อมจะช่วยให้การตีความ กฎหมายเป็นไปอย่างถูกต้อง และส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพ สมดังเจตนารมณ์ของกฎหมาย ด้วยเหตุดังกล่าว วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งทำการศึกษาถึง คุณธรรม ทางกฎหมายของความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่าแลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับ อนุญาตตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ซึ่งประสบปัญหา ในการตีความถ้อยคำว่า “ประกอบกิจการ” ว่ามีขอบเขตความหมายเพียงใด เนื่องจากมิได้มีการให้ ความหมายไว้ในกฎหมายฉบับนี้ จึงก่อให้เกิดการตีความกฎหมายที่แตกต่างกัน อันมีผลกระทบต่อ ประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายในที่สุด

จากการศึกษาพบว่า ความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่าย ภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 38 มีคุณธรรมทางกฎหมาย 2 ประการ คือ “ประสิทธิภาพในการตรวจสอบและควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์” และ “สิทธิ ในทางการค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์และผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้อง” โดยกำหนด ให้ความผิดฐานนี้เป็นมาตรการที่ช่วยในการป้องกันมิให้มีการเผยแพร่ภาพยนตร์ที่มีเนื้อหา ที่ไม่เหมาะสมไปสู่สาธารณชน และเป็นมาตรการที่ช่วยในการส่งเสริมอุตสาหกรรมภาพยนตร์ โดยการปราบปรามผู้ฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ เพื่อแก้ปัญหากลุ่มละเมิดลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์

ที่เกิดขึ้นอย่างแพร่หลายในสังคมไทย อันเป็นการคุ้มครองผู้ประกอบการเกี่ยวกับภาพยนตร์ ที่ดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมายไม่ได้รับผลกระทบทางเศรษฐกิจ และเมื่อพิจารณาจาก คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้แล้วจึงสามารถตีความคำว่า “ประกอบกิจการ” ที่บัญญัติ ในมาตรา 38 นี้ได้ว่า หมายถึงการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ ที่ดำเนินการอย่างเป็นปกติธุระในลักษณะต่อเนื่อง เพื่อการค้าโดยมุ่งแสวงหากำไร กล่าวคือ อยู่ใน ลักษณะของการดำเนินกิจการที่สามารถกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายทั้งสองประการดังกล่าวได้

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงขอเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น โดยเห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 กล่าวคือ กำหนดนิยามคำว่า “ประกอบกิจการ” ให้เกิดความชัดเจนและสอดคล้องกับคุณธรรมทางกฎหมาย อีกทั้งแก้ไขระวาง โทษของความผิดฐานนี้ให้เกิดความยืดหยุ่นยิ่งขึ้น เพื่อให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการปรับใช้ กับพฤติการณ์ในแต่ละกรณีได้อย่างเหมาะสม นอกจากนี้ควรแยกการกระทำความผิดระหว่างการประกอบกิจการที่ทำเป็นธุรกิจ กับการประกอบกิจการที่ทำโดยได้รับผลประโยชน์ตอบแทน ออกจากกันเป็นคนละฐานความผิด และกำหนดบทลงโทษที่เหมาะสมและได้สัดส่วนกับการ กระทำความผิด อันจะส่งผลให้กระบวนการยุติธรรมสามารถอำนวยความเป็นธรรมให้เกิดมีขึ้นใน สังคมได้อย่างแท้จริง

Thesis Title	Legal Interest: the Case Study of an Offence Relating to Renting, Exchanging and Distributing Films without Lawful Permission under the Films and Video Act B.E. 2551 (2008)
Author	Mr. Narawit Sakpetch
Thesis Advisor	Associate Professor Achariya Chutinun
Department	Master of Law
Academic Year	2014

### ABSTRACT

The punitive design for every criminal offense is based on the ultimate goal that criminal law is to be applied as a tool to protect public benefits which promote important social values, together with common utility. The society accepts that “legal interest” are backbones of punitive design for each and every criminal offense. They can actually be considered an important element of crime. That is to say, any *actus reus* that adversely affects or harms legal interest is considered a violation of law. Thus, knowing legal interest would help us interpret law in an appropriate and proper light, and enforcement of law will be carried on effectively in accordance with its purposes. This paper, therefore, aims at studying legal interest backing the offense of renting, exchanging or distributing films without lawful permission pursuant to Section 38 of the Films and Video Act B.E. 2551 (2008). My focus is on the interpretative problem regarding the scope of the term “business undertaking” which is not defined under the Act. The term has been interpreted differently from one circumstance to another. Such diverse interpretation consequently diminishes effectiveness in the law enforcement as a whole.

The study finds that an offense of renting, exchanging or distributing films without lawful permission pursuant to Section 38 of the Act incorporates with it two important legal interest which are “effectiveness of monitoring and controlling film contents” and “trading rights of copyright owners in the film business and related business undertakers”. Both virtues are underlying bases of the offense, making it as a legal measure that prevents inappropriate film contents from being released to the public viewing. It is also a legal scheme that supports the film industry by quashing copyright violators and, as a result, reducing the ongoing copyright

infringement in Thailand. Persons legally carrying on businesses relating to films and filming are, therefore, protected economically. When considering the term “business undertaking” written in Section 38, we can then frame its interpretation to specifically apply to the business of renting, exchanging and distributing films which is continuously carried on as a regular trade and for profit. The business undertaken within the definition must have an effect on both aforementioned legal interest.

This paper proposes solutions to the existing interpretation problems: the Films and Video Act B.E. 2551 (2008) should be amended by including clear definition of “business undertaking” and the definition must be consistent with the underlying legal interest. The amendment should also make the punishment term for the offense more flexible in order to allow the court to exercise its discretion when hearing each case. Moreover, the amendment should make a clear distinction between an offense arising from business undertaking and an offense arising from mere undertaking for consideration. Punishment terms should be assigned to each offense differently and separately in an appropriate proportion to the wrongdoing. The amendment, if done, will result in greater justice in the criminal system.

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้อย่างสมบูรณ์ โดยความกรุณาและอนุเคราะห์ยิ่งจาก ท่านรองศาสตราจารย์ อัจฉริยา ชูตินันท์ ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา วิทยานิพนธ์ และได้ถ่ายทอดความรู้ พร้อมให้คำแนะนำ ทั้งได้กรุณาปรับแต่งลำดับความชัดเจน ของเนื้อหา ตลอดจนตรวจสอบความเรียบร้อยของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนเสร็จสมบูรณ์ จึงขอกราบ ขอบพระคุณท่านอาจารย์ เป็นอย่างสูง ณ โอกาสนี้

ขอกราบขอบพระคุณ ท่านศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ที่ได้เมตตาตอบรับ เป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และได้กรุณาชี้แนะประเด็น ข้อสังเกตต่าง ๆ อันเป็น ประโยชน์ยิ่ง ทั้งได้สอนให้ทราบถึงหลักในการเขียนวิทยานิพนธ์ที่ถูกต้อง จนทำให้วิทยานิพนธ์ ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงด้วยดี

ขอกราบขอบพระคุณ ท่านอาจารย์ประธาน จุฬาโรจน์มนตรี และท่านอาจารย์ ดร.กรรภิรมณ์ โกมลารชุน คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ที่ได้กรุณาแนะนำ ชี้แนะประเด็นที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่ง ในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ด้วยความเมตตา ทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงด้วยดี

ขอกราบขอบพระคุณ บิดา มารดา อันเป็นผู้ให้กำเนิดและเป็นที่รักเคารพอย่างสูงสุด อีกทั้ง ญาติพี่น้องของผู้เขียนและคุณภักดิ์ พี่งสอน ที่คอยดูแล สนับสนุนและให้โอกาสในการศึกษา พร้อมทั้ง เป็นกำลังใจให้ผู้เขียนเสมอมา ตลอดจนครูบาอาจารย์ทุกท่านที่ได้ประสิทธิ์ประสาทวิชาแก่ผู้เขียน รวมถึง ผอ.สุนทร พลไตร ที่ช่วยชี้แนะและสนับสนุนให้ผู้เขียนได้เข้าศึกษาที่มหาวิทยาลัยแห่งนี้

ในการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอขอบคุณ ท่านธำรงค์ลักษณ์ ลาพิณี และ ท่านสุจินต์ เจนพานิชพงศ์ ที่ได้สละเวลาให้สัมภาษณ์ข้อมูลที่ช่วยเติมเต็มวิทยานิพนธ์นี้ให้สมบูรณ์ ยิ่งขึ้น ขอขอบคุณพี่มู๋ย ภัทรวงษ์วัฒนธรรม และน้องผึ้ง ที่ได้ช่วยเหลือด้านข้อมูลต่างๆ ที่เป็น ประโยชน์ต่อการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ตลอดจนมองเพื่อนทุกคนที่ให้กำลังใจผู้เขียนเสมอมา

ด้วยคุณค่าและประโยชน์ใด ๆ อันอาจมีจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขออุทิศเป็น เครื่องบูชาพระคุณบิดามารดา ที่ให้กำเนิด เลี้ยงดูและให้การศึกษอบรมแก่ผู้เขียน ครูบาอาจารย์และ ผู้มีพระคุณทุกท่านที่มีส่วนในการวางรากฐานการศึกษาให้แก่ผู้เขียน ตลอดจนผู้แต่งตำรา บทความ ต่าง ๆ ที่ผู้เขียนได้ใช้ในการศึกษาค้นคว้า ส่วนความบกพร่องประการใด ที่ปรากฏจากวิทยานิพนธ์ ฉบับนี้ ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ฅ
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ช
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	8
1.3 สมมติฐานการศึกษา.....	8
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	10
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	10
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	10
2. แนวความคิดเกี่ยวกับการกำหนดความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาต และคุณธรรมทางกฎหมาย.....	12
2.1 แนวคิดพื้นฐานในการกำหนดความผิดอาญาและการกำหนดโทษ.....	14
2.1.1 แนวคิดในการกำหนดความผิดอาญา.....	15
2.1.2 แนวคิดและวัตถุประสงค์ในการลงโทษ.....	15
2.1.3 หลักประกันในกฎหมายอาญา.....	19
2.1.4 การตีความกฎหมายอาญา.....	24
2.2 คุณธรรมทางกฎหมาย.....	28
2.2.1 ความหมายของคุณธรรมทางกฎหมาย.....	29
2.2.2 การแบ่งประเภทของคุณธรรมทางกฎหมาย.....	30
2.2.3 ประโยชน์ของคุณธรรมทางกฎหมาย.....	32

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
2.3 แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิ เสรีภาพ และการควบคุมธุรกิจภาพยนตร์.....	43
2.3.1 แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ.....	43
2.3.2 แนวคิดเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ และการสิ้นสิทธิในลิขสิทธิ์.....	45
2.3.3 แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมธุรกิจภาพยนตร์.....	47
2.4 แนวคิดและความเป็นมาเกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ ตามกฎหมายเกี่ยวกับภาพยนตร์.....	48
2.4.1 พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2479.....	48
2.4.2 ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 205.....	49
2.4.3 พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530.....	50
2.4.4 พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551.....	51
3. ความผิดฐานดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาต ตามกฎหมายของต่างประเทศ.....	56
3.1 ความผิดฐานดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาต ตามกฎหมายของประเทศสิงคโปร์.....	57
3.1.1 ขอบเขตความหมายของ “ภาพยนตร์”.....	58
3.1.2 หลักเกณฑ์ของความผิดฐานดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับอนุญาต.....	60
3.1.3 บทกำหนดโทษ.....	61
3.2 ความผิดฐานดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาต ตามกฎหมายของประเทศมาเลเซีย.....	61
3.2.1 ขอบเขตความหมายของ “ภาพยนตร์”.....	63
3.2.2 หลักเกณฑ์ของความผิดฐานดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับอนุญาต.....	64
3.2.3 บทกำหนดโทษ.....	66

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
4. วิเคราะห์ความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับอนุญาตของประเทศไทย.....	67
4.1 วิเคราะห์หลักเกณฑ์ความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับอนุญาตของประเทศไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน.....	69
4.1.1 พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530.....	70
4.1.2 พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551.....	72
4.2 วิเคราะห์ขอบเขตความหมายของคำว่า “ประกอบกิจการ” ตามมาตรา 38.....	77
4.3 วิเคราะห์ลักษณะความรับผิดทางอาญาของความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับอนุญาตในประเทศไทยกับต่างประเทศ.....	85
4.3.1 วิเคราะห์ลักษณะความรับผิดทางอาญาของความผิดฐานดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับอนุญาตในประเทศสิงคโปร์.....	85
4.3.2 วิเคราะห์ลักษณะความรับผิดทางอาญาของความผิดฐานดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับอนุญาตในประเทศมาเลเซีย.....	88
4.4 วิเคราะห์ผลกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับอนุญาต.....	91
4.5 วิเคราะห์บทลงโทษของความผิดฐานประกอบกิจการ ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 38.....	95
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	99
5.1 บทสรุป.....	99
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	103

## สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บรรณานุกรม.....	105
ภาคผนวก.....	112
ก การสัมภาษณ์ นางสาวธำรงค์ลักษณ์ ลาพิณี ผู้อำนวยการกองกฎหมาย ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.....	113
ข การสัมภาษณ์ นางสาวสุจินต์ เจนพานิชพงศ์ ผู้พิพากษาศาลทรัพย์สิน ทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ.....	119
ค รายงานสรุปสถิติคดีอาญาของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้า ระหว่างประเทศกลาง ตาม พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ในข้อหา ความผิดฐานจำหน่าย มีไว้เพื่อจำหน่ายงานละเมิดลิขสิทธิ์ ตามมาตรา 27 - 30 (มาตรา 31) ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2540 - 2556.....	123
ง รายงานสรุปสถิติคดีอาญาตาม พ.ร.บ. ภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ของศาลยุติธรรมที่วราชอาณาจักร ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2551 - 2556.....	125
ประวัติผู้เขียน.....	127

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

สืบเนื่องจากการที่ภาพยนตร์เป็นสื่อที่สามารถเข้าใจได้ง่ายและแพร่หลายได้อย่างรวดเร็ว ทั้งยังสามารถให้ความบันเทิงแก่ผู้บริโภคได้เป็นอย่างดี ทำให้ความนิยมของผู้บริโภคที่มีต่อภาพยนตร์เพิ่มสูงขึ้นอย่างต่อเนื่อง และส่งผลให้ภาพยนตร์กลายเป็นสื่อที่มีอิทธิพลและมีบทบาทสำคัญยิ่งในการถ่ายทอดเรื่องราวต่างๆ เกี่ยวกับวิถีชีวิต ขนบธรรมเนียม ประเพณี ค่านิยมของมนุษย์ในสังคมตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน<sup>1</sup> อย่างไรก็ตามได้หมายความว่าภาพยนตร์จะไม่มีข้อเสียแต่อย่างใด ทั้งนี้เนื่องจากเนื้อหาของภาพยนตร์แต่ละเรื่องที่ได้สร้างขึ้นนั้น ย่อมมีความเหมาะสมกับบุคคลในช่วงวัยที่ต่างกัน โดยเฉพาะกรณีผู้ที่ยังอยู่ในช่วงวัยเยาว์ซึ่งยังไม่มีวุฒิภาวะมากพอที่จะใช้เหตุผลในการคิด วิเคราะห์ แยกแยะ ระหว่างการดำเนินชีวิตจริงกับภาพยนตร์บางเรื่องที่มีลักษณะเนื้อหาค่อนข้างรุนแรงได้ ทั้งยังมีกรณีที่ผู้ผลิตภาพยนตร์ได้จัดทำภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงเกิดกรณีพฤติกรรมการลอกเลียนแบบอย่างตามภาพยนตร์และนำไปใช้ในชีวิตจริง ซึ่งทำให้เกิดปัญหาอาชญากรรม หรือปัญหาสังคมอื่นๆ ตามมา

“ความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์” จึงเป็นสิ่งที่สังคมให้ความสำคัญและต้องการคุ้มครอง โดยเป็นคุณธรรมที่ถูกยกระดับขึ้นโดยกฎหมาย<sup>2</sup> เพื่อปกป้องคุ้มครองผู้บริโภคทั่วไปในสังคมจากเนื้อหาที่ไม่เหมาะสม ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยได้มีการตราพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 ซึ่งกำหนดให้ภาพยนตร์จะต้องผ่านการตรวจพิจารณาและได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องเสียก่อนจึงจะสามารถเผยแพร่ออกไปสู่สาธารณชนได้ และกำหนดให้ผู้ที่ฝ่าฝืนต้องมีความรับผิดชอบทางอาญา

เมื่อเทคโนโลยีที่ใช้ในกระบวนการผลิตภาพยนตร์ได้มีการพัฒนาขึ้นตามยุคสมัย โดยได้มีการจัดทำภาพยนตร์บันทึกลงในเทปและวัสดุโทรทัศน์นอกเหนือไปจากฟิล์ม กับมีธุรกิจในรูปแบบของการบริการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายเทปและวัสดุโทรทัศน์เหล่านั้น โดยที่เทป

<sup>1</sup> จาก ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจภาพยนตร์ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต) (น. 1), โดย ดนุพล เอี่ยมสกุลเวช, 2553, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

<sup>2</sup> จาก กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 152), โดย คณิต ฌ นคร ก, 2554, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

และวัสดุโทรทัศน์ดังกล่าวไม่ได้ผ่านการตรวจพิจารณาจากเจ้าหน้าที่ เนื่องจากเทปหรือวัสดุโทรทัศน์ที่ใช้ในการบันทึกภาพยนตร์ไม่อยู่ในความหมายของ “ภาพยนตร์” ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติภาพยนตร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2479<sup>3</sup> ต่อมาจึงได้มีการตราพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 ขึ้นใช้บังคับควบคุมไปด้วย โดยได้กำหนดความหมายของ “เทปหรือวัสดุโทรทัศน์” ไว้ในมาตรา 4<sup>4</sup> เพื่อควบคุม “ความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์” ให้ครอบคลุมถึงกรณีดังกล่าวข้างต้น

การที่สื่อภาพยนตร์ได้รับความนิยมเป็นอย่างสูงจากผู้บริโภคดังกล่าวแล้ว ส่งผลทำให้อุตสาหกรรมเกี่ยวกับภาพยนตร์ได้มีการเติบโตและขยายตัวเป็นอย่างมาก และด้วยเหตุนี้จึงเกิดมีกรณีผู้กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์โดยการประกอบกิจการผลิตและจำหน่ายภาพยนตร์อันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งส่งผลเสียกับภาคอุตสาหกรรมภาพยนตร์ที่ดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยที่การบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ไม่สามารถปราบปรามผู้กระทำความผิดได้อย่างมีประสิทธิภาพเพียงพอ ทั้งนี้เนื่องจากความผิดตามกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ถูกกำหนดให้เป็นความผิดต่อส่วนตัว ซึ่งจำเป็นต้องอาศัยการร้องทุกข์ของผู้เสียหายเป็นเงื่อนไขในการเริ่มดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดนอกจากนี้การบังคับใช้พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 และพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 ควบคู่กัน ก็ทำให้เกิดความซ้ำซ้อนขององค์กรที่ทำ

<sup>3</sup> มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

“ภาพยนตร์” หมายความว่า फिल्म ไม่ว่าจะ เป็นชนิดเนกาตีฟ (Negative) หรือโพซิตีฟ (Positive) ซึ่งได้ถูกถ่ายอัด หรือกระทำด้วยวิธีใด ๆ ให้ปรากฏรูปหรือเสียง หรือทั้งรูปและเสียง เป็นเรื่องหรือเหตุการณ์ หรือข้อความอันจักถ่ายทอดรูปหรือเสียง หรือทั้งรูปและเสียง ได้ด้วยเครื่องฉายภาพยนตร์ หรือเครื่องอย่างอื่นทำนองเดียวกัน และให้หมายความตลอดถึงฟิล์มซึ่งได้ถูกถ่ายอัด หรือทำด้วยวิธีใด ๆ ให้ปรากฏสี เพื่ออัดลงในฟิล์มชนิดที่กล่าวข้างต้นด้วย.

<sup>4</sup> มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

“เทปหรือวัสดุโทรทัศน์” หมายความว่า

(1) วัสดุที่เคลือบด้วยสารแม่เหล็กหรือสารอื่นใดซึ่งได้บันทึกภาพหรือถ่ายทอดภาพโดยการเปลี่ยนสัญญาณเป็นกระแสไฟฟ้า หรือ

(2) วัสดุอย่างอื่นใดซึ่งได้ถูกถ่ายอัด หรือกระทำด้วยวิธีใด ๆ ให้เป็นเรื่องเหตุการณ์ รูปข้อความ หรือเกมการเล่น ทั้งนี้ ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

โดยวัสดุดังกล่าวสามารถจัดถ่ายทอดออกเป็นภาพหรือเสียง หรือทั้งภาพและเสียงได้ในลักษณะต่อเนื่องกันไปด้วยเครื่องเทปโทรทัศน์หรือเครื่องถ่ายทอดวัสดุโทรทัศน์ เครื่องฉายภาพ หรือเครื่องกลไกอย่างอื่นทำนองเดียวกัน.

หน้าที่ในการตรวจพิจารณาภาพยนตร์ ทำให้เกิดปัญหาและอุปสรรคต่อการส่งเสริมพัฒนาธุรกิจภาพยนตร์ ประกอบกับสถานการณ์ในปัจจุบันซึ่งเทคโนโลยีที่ใช้ในกระบวนการผลิตภาพยนตร์ได้มีการพัฒนาไปอย่างรวดเร็ว จึงเกิดแนวคิดที่จะปรับปรุงบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยภาพยนตร์และกฎหมายว่าด้วยการควบคุมกิจการเทพและวัสดุโทรทัศน์ให้สอดคล้องกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้น จึงมีการยกเลิกกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวข้างต้น โดยได้ตราพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ขึ้นบังคับใช้แทน และเป็นกฎหมายว่าด้วยภาพยนตร์ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน

เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัตินี้จึงมุ่งในการคุ้มครอง “ความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์” โดยกำหนดห้ามมิให้นำภาพยนตร์ที่ไม่ผ่านการตรวจพิจารณาและได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์ นำออกฉาย ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายในราชอาณาจักร<sup>5</sup> และยังมีมุ่งในการส่งเสริมภาคอุตสาหกรรมเกี่ยวกับภาพยนตร์อีกด้วย ดังนั้น จึงมีแนวคิดในการคุ้มครองผู้ประกอบการธุรกิจภาพยนตร์ด้านต่างๆ ที่ได้ดำเนินการถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งได้รับผลกระทบจากการประกอบกิจการผลิตและจำหน่ายภาพยนตร์ที่ได้บันทึกในแผ่นซีดี หรือแผ่นดีวีดี โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ในภาพยนตร์นั้นๆ กล่าวคือ เป็นการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์เพิ่มเติมจากพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ดังจะเห็นได้จากการกำหนดให้ผู้ประกอบการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับผลประโยชน์ตอบแทน โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนตามที่กฎหมายกำหนด ต้องมีความรับผิดชอบทางอาญา ได้แก่ โทษปรับที่มีอัตราโทษค่อนข้างสูง<sup>6</sup> และกำหนดให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน ซึ่งเจ้าพนักงานที่มีอำนาจหน้าที่สามารถเริ่มดำเนินคดีได้ด้วยตนเอง

ความผิดฐานประกอบการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาต มีคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายต้องการคุ้มครอง คือ “ประสิทธิภาพในการตรวจสอบและควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์” และ “สิทธิในทางการค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์และผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้อง” โดยกฎหมายได้บัญญัติให้ความผิดฐานนี้เป็นบทบัญญัติที่ใช้ในการควบคุมและจัดระบบของผู้ประกอบการธุรกิจภาพยนตร์ที่ดำเนินกิจการประเภทให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ และเพื่อส่งเสริมผู้ประกอบการธุรกิจเกี่ยวกับภาพยนตร์ที่ดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมายดังได้กล่าวมาแล้ว ดังนั้น คำว่า “ประกอบการกิจการ” ที่บัญญัติไว้นั้นย่อม

<sup>5</sup> จาก พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 มาตรา 25 วรรคหนึ่ง.

<sup>6</sup> จาก พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 มาตรา 38 วรรคหนึ่ง.

<sup>7</sup> ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท และปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่.

หมายถึง การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ ซึ่งได้ดำเนินการอย่างเป็นปกติธุระในลักษณะต่อเนื่อง เพื่อการค้าโดยมุ่งแสวงหากำไร กล่าวคือ อยู่ในรูปแบบการดำเนินกิจการที่สามารถสร้างผลกำไรให้กับเจ้าของกิจการ และสามารถเผยแพร่ไปสู่สาธารณชนในวงกว้างซึ่งจำเป็นต้องเข้าสู่ระบบของกระบวนการตรวจสอบและควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ตามกฎหมายนี้ ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้ผู้ประกอบกิจการเหล่านี้เป็นแหล่งหรือช่องทางในการเผยแพร่ภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาไม่เหมาะสมได้ และหากได้ดำเนินการโดยฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์แล้วสามารถมีผลกระทบในทางการค้าต่อเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่ดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมายได้นั่นเอง

โดยที่คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับอนุญาตที่ได้กล่าวแล้วข้างต้นนี้มีลักษณะเป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม”(Universalrechtsgut)<sup>8</sup> ทั้งนี้ เนื่องจากการกระทำความผิดดังกล่าวสามารถส่งผลกระทบต่อสังคมโดยรวมได้

สืบเนื่องจากการที่ผู้บังคับใช้กฎหมายขาดความรู้ ความเข้าใจ ในเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาต ประกอบกับความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติดังกล่าว ส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายในความผิดฐานนี้ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการคุ้มครองความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์และส่งเสริมอุตสาหกรรมภาพยนตร์ จึงก่อให้เกิดผลกระทบในด้านลบขึ้นต่อประชาชน สังคม รวมถึงความเชื่อถือศรัทธาในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาอีกด้วย

ดังที่ปรากฏข้อเท็จจริงในกรณีของนางนันทนา น้อยบุญมา ซึ่งถูกศาลฎีกาพิพากษาว่ามีความผิดฐานประกอบกิจการจำหน่ายภาพยนตร์โดยได้รับประโยชน์ตอบแทนตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 มาตรา 38 วรรคหนึ่ง และลงโทษปรับเป็นเงิน 100,000 บาท จากการนำของเก่าภายในบ้านที่มีได้ใช้ประโยชน์แล้วมาวางจำหน่ายอีกทอดหนึ่งในรูปแบบสินค้ามือสองซึ่งรวมถึงวีซีดีภาพยนตร์เก่าที่ได้ซื้อมา จำนวน 10 แผ่นด้วย<sup>9</sup> ภายหลังจากที่ศาลฎีกาพิพากษาแล้ว นางนันทนาฯ ซึ่งไม่มีเงินชำระค่าปรับตามคำพิพากษาได้ถูกกักขังอยู่ที่เรือนจำกลางลพบุรี เป็นเวลา 2 วัน ต่อมาได้มีนายตำรวจชั้นผู้ใหญ่ช่วยชำระค่าปรับให้ โดยที่ปรากฏข้อเท็จจริงภายหลังว่า นางนันทนาฯ ประกอบอาชีพเป็นช่างเย็บผ้า และในช่วงเวลาที่เกิดการกระทำความผิด

<sup>8</sup> จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น. 155), โดย คณิต ฌ นคร ก. เล่มเดิม.

<sup>9</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10359/2554

นั้นอยู่ในช่วงว่างงาน จึงนำวีซีดีภาพยนตร์เก่าที่ตนเองได้ซื้อมาเพื่อรับชมออกขายที่ตลาดนัด โดยไม่ทราบว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิด ทำให้ถูกตำรวจจับกุมและถูกดำเนินคดีในที่สุด<sup>10</sup>

จากการศึกษาในเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายประกอบกับพิจารณาคำพิพากษาและข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้นแล้ว พบว่าปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ในความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับอนุญาตนั้น เกิดจากปัญหาในเรื่องการตีความกฎหมายอาญาเป็นสำคัญ โดยการตีความขอบเขตความหมายของคำว่า “ประกอบกิจการ” ที่บัญญัติในความผิดตามมาตรา 38 ที่ไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย กล่าวคือ สืบเนื่องจากความไม่เข้าใจในเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายที่อยู่เบื้องหลังการกำหนดความผิดฐานนี้ ส่งผลให้ผู้บังคับใช้กฎหมายตีความบทบัญญัตินี้คลาดเคลื่อนไปจากเจตนารมณ์ของกฎหมาย และย่อมมีผลกระทบต่อการวินิจฉัยความผิดตามมาตรา 38 นี้ อย่างหลีกเลี่ยงมิได้อีกด้วย โดยหากพิจารณาถึงคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานนี้ก็จะต้องพิจารณาถึงแนวคิดในการกำหนดฐานความผิด ซึ่งได้กล่าวแล้วว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้มุ่งที่จะคุ้มครองความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ และส่งเสริมอุตสาหกรรมภาพยนตร์ซึ่งในส่วนของความผิดฐานนี้ ก็เป็นมาตรการหนึ่งที่จะช่วยเสริมให้เจตนารมณ์ดังกล่าวบรรลุผล โดยการกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการที่เกี่ยวข้องกับการเผยแพร่ภาพยนตร์ในรูปแบบต่าง ๆ ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมและตรวจสอบโดยรัฐ และช่วยส่งเสริมผู้ประกอบการเกี่ยวกับภาพยนตร์ที่ดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยการกำหนดฐานความผิดซึ่งมีระวางโทษปรับสูงเพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการป้องปรามผู้ประกอบการประเภทให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ที่ดำเนินการโดยฝ่าฝืนต่อกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ โดยเฉพาะการผลิตและจำหน่ายภาพยนตร์ที่บันทึกในแผ่นซีดีหรือแผ่นดีวีดี ซึ่งเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นอย่างแพร่หลายในสภาพสังคมไทยปัจจุบัน

ฉะนั้น คำว่า “ประกอบกิจการ” ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 38 นั้น จึงหมายถึง การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ ที่ทำอย่างเป็นปกติธุระเพื่อการค้าโดยมุ่งแสวงหากำไร หรืออีกนัยหนึ่งคือ เป็นการดำเนินกิจการที่อยู่ในรูปแบบของการเข้าสู่วงจรพาณิชย์อย่างแท้จริง โดยสามารถเผยแพร่ภาพยนตร์ออกไปสู่สาธารณชนได้ในวงกว้าง ซึ่งมีความจำเป็นต้องเข้ามาสู่ระบบการควบคุมและตรวจสอบความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ตามมาตรา 38 นี้ และหากได้ดำเนินกิจการโดยละเมิดต่อลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์แล้วย่อมสามารถส่งผลกระทบต่อเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ประกอบการธุรกิจเกี่ยวกับภาพยนตร์ที่ดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมายได้นั่นเอง แต่เมื่อ

<sup>10</sup> "พงศพัศ" ช่วยจ่ายค่าปรับแม่ลูก 2 คิวักเงินเกือบแสนจ่าย คดีขายซีดีเก่าโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์. สืบค้นวันที่ 20 ตุลาคม 2555, จาก [http://www.matichon.co.th/news\\_detail.php?newsid=1336030956&grpid=02&catid=02](http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1336030956&grpid=02&catid=02)

พิจารณาในกรณีของนางนันทนาฯ แล้วจะเห็นว่าเป็นเพียงการนำของเก่าภายในบ้านที่มีได้ใช้ประโยชน์แล้วมาวางจำหน่ายอีกทอดหนึ่งในรูปแบบสินค้ามือสองเพื่อหารายได้มาเลี้ยงดูครอบครัวเท่านั้น มิได้มีลักษณะเป็นการประกอบกิจการจำหน่ายภาพยนตร์อย่างเป็นทางการเพื่อการค้าโดยมุ่งแสวงหากำไรและยึดถือเป็นอาชีพ ซึ่งเข้ามาสู่วงจรพาณิชย์ของการจำหน่ายภาพยนตร์อย่างแท้จริงที่จะต้องเข้ามาสู่ระบบการควบคุมและตรวจสอบ โดยต้องได้รับอนุญาตจากนายทะเบียนเสียก่อน นอกจากนี้วิธีตีภาพยนตร์ที่ได้นำมาจำหน่ายก็ได้ผ่านการตรวจพิจารณาจากคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์เรียบร้อยแล้วอีกด้วย ดังนั้น การกระทำของนางนันทนาฯ ย่อมไม่เป็นการดำเนินกิจการที่จะมีผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ของเจ้าหน้าที่รัฐ และไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิในทางการค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์และผู้ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับภาพยนตร์ที่ดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด และสามารถกล่าวได้ว่า นางนันทนาฯ ไม่ใช่ “ผู้ประกอบการ” ที่จะต้องอยู่ในบังคับตามความในมาตรา 38 นี้

กรณีเมื่อพิจารณาไปที่บทกำหนดโทษของความผิดฐานนี้ก็พบว่ามีปัญหาเรื่องการกำหนดระวางโทษที่ไม่ยืดหยุ่น ซึ่งมีผลเป็นการจำกัดดุลพินิจของศาลในการพิจารณากำหนดโทษให้เหมาะสมกับการกระทำความผิด คือ ความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 38<sup>11</sup> นั้น มีระวางโทษปรับที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 79<sup>12</sup> คือ ปรับขั้นต่ำตั้งแต่ 200,000 บาท ถึง 1,000,000 บาท ซึ่งการกำหนดระวางโทษเช่นนี้ทำให้ไม่สามารถนำมาปรับใช้เพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดตามพฤติการณ์แห่งการกระทำความผิดในแต่ละกรณีได้อย่างเหมาะสม ทั้งนี้เพราะในการประกอบกิจการย่อมมีความแตกต่างในด้านขนาดของธุรกิจตามต้นทุนของแต่ละบุคคล โดยที่การลงโทษปรับจำนวน 200,000 บาท กับผู้กระทำความผิดที่ประกอบกิจการขนาดใหญ่ซึ่งมีต้นทุนทางเศรษฐกิจ สังคม ความรู้ในระดับสูงแล้วย่อมไม่อาจทำให้วัตถุประสงค์ของการลงโทษปรับซึ่งต้องการให้มีผลเป็นการข่มขู่ หรือยับยั้ง (Deterrence) ผู้กระทำมิให้กระทำความผิดซ้ำขึ้นอีกให้บรรลุผลได้ และในทางตรงข้ามหากการลงโทษปรับเช่นนี้เกิดขึ้นกับผู้ประกอบกิจการขนาดเล็กแล้ว ก็ย่อมมีผลกระทบต่อฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิดอย่างรุนแรงและเกินเลยไปจากวัตถุประสงค์ดังกล่าวอีกเช่นกัน

<sup>11</sup> มาตรา 38 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ห้ามผู้ใดประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับประโยชน์ตอบแทน เว้นแต่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน”.

<sup>12</sup> มาตรา 79 บัญญัติว่า “ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 37 วรรคหนึ่ง มาตรา 38 วรรคหนึ่ง หรือประกอบกิจการดังกล่าวในระหว่างถูกพักใช้หรือถูกเพิกถอนใบอนุญาต ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท และปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่”

ประกอบกับความผิดตามมาตรา 38 นี้ มิได้เป็นความผิดที่เห็นได้ในตัวเอง แต่เป็นความผิดเนื่องจากกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิด จึงอาจเกิดกรณีความไม่รู้ว่าการกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดขึ้นกับผู้ประกอบกิจการขนาดเล็กซึ่งย่อมจะมีความรู้และความสันทัดจัดเจนเกี่ยวกับกฎหมายที่ควบคุมการประกอบธุรกิจดีเยี่ยงกว่าผู้ประกอบกิจการขนาดใหญ่

เมื่อพิจารณาในกรณีของนางนันทนาฯ ที่ต้องโทษปรับตามคำพิพากษาเป็นจำนวนเงินถึง 100,000 บาท หากเปรียบเทียบกับพฤติการณ์ในการกระทำของนางนันทนาฯ ที่ได้นำภาพยนตร์จำนวนเพียง 10 แผ่นออกมาจำหน่ายต่ออีกทอดหนึ่งในลักษณะสินค้ามือสองโดยที่ภาพยนตร์ดังกล่าวเป็นภาพยนตร์ที่ได้ผ่านการตรวจพิจารณาจากคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวิดิทัศน์เรียบร้อยแล้ว และนางนันทนาฯ เองก็เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในภาพยนตร์เหล่านั้น เพียงแต่เป็นการจำหน่ายโดยที่ไม่ได้รับอนุญาตจากนายทะเบียน ซึ่งหากจะพิจารณาว่านางนันทนาฯ เป็นผู้ประกอบกิจการตามความในมาตรา 38 ที่จะต้องรับผิดชอบแล้ว ก็คงจะมีลักษณะเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายที่ไม่ร้ายแรงเท่าใดนัก ดังนั้น การกำหนดโทษเช่นนี้ย่อมไม่เหมาะสมกับลักษณะความผิดและไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย และศาลเองก็ทราบถึงปัญหาแล้ว เช่นเดียวกันแต่ก็ต้องถูกจำกัดดุลพินิจในการพิจารณากำหนดโทษโดยบทบัญญัติของกฎหมายที่ได้กำหนดอัตราโทษปรับขั้นต่ำไว้เป็นจำนวนที่สูงเกินไป

นอกจากนี้ยังพบข้อบกพร่องของบทบัญญัติมาตรา 38 ในการกำหนดให้การฝ่าฝืนกฎหมายในกรณีการทำเป็นธุรกิจกับกรณีทำโดยได้รับผลประโยชน์ตอบแทน เป็นความผิดฐานเดียวกันและมีระวางโทษเช่นเดียวกัน คือ กรณีความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยที่ไม่ได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวิดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 38 นั้น ห้ามมิให้ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับผลประโยชน์ตอบแทน เว้นแต่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ดังนั้น การกระทำที่กฎหมายห้ามจึงมีอยู่ใน 2 ลักษณะ คือ

- 1) ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยทำเป็นธุรกิจโดยที่ไม่ได้รับอนุญาตจากนายทะเบียน หรือ
- 2) ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยได้รับผลประโยชน์ตอบแทน โดยที่ไม่ได้รับอนุญาตจากนายทะเบียน

ผู้เขียนพิจารณาเปรียบเทียบจากลักษณะการกระทำความผิดทั้ง 2 ลักษณะแล้วเห็นว่าการดำเนินการกิจการในลักษณะกระทำเป็นธุรกิจโดยที่ไม่ได้รับอนุญาตย่อมมีโอกาสที่จะกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายได้มากกว่า เนื่องจากการกระทำในลักษณะถาวร ต่อเนื่อง และสามารถแพร่หลายไปยังผู้บริโภคได้ง่าย ต่างกับการกระทำในลักษณะที่ได้รับผลประโยชน์ตอบแทน ซึ่งโดย

สภาพย่อมเป็นกิจการขนาดเล็กที่มีการดำเนินกิจการที่มีความต่อเนื่องน้อยกว่า ทำให้โอกาสที่อาจจะเกิดการกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายย่อมน้อยกว่าด้วย แต่กฎหมายก็ได้กำหนดไว้ให้เป็นความผิดฐานเดียวกัน และได้กำหนดระวางโทษไว้เช่นเดียวกัน

ดังนั้น จึงควรที่จะทำการศึกษาเพื่อให้เกิดความชัดเจนในเรื่องของคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ขอบเขตของความผิด รวมถึงความเหมาะสมและสัดส่วนของบทลงโทษ เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับสภาพปัญหาและเหมาะสมกับพฤติการณ์แห่งการกระทำความผิด ตลอดจนสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายและวัตถุประสงค์ของการลงโทษ เพื่อให้กระบวนการยุติธรรมสามารถที่จะอำนวยความยุติธรรมให้เกิดขึ้นแก่สังคมประเทศได้อย่างแท้จริง

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาแนวคิดในการกำหนดความผิดและโทษ หลักประกันในกฎหมายอาญา การตีความกฎหมายอาญา และคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาต ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551
2. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ปัญหา ตลอดจนผลกระทบที่เกิดขึ้นจากความไม่ชัดเจนของถ้อยคำของบทบัญญัติและความไม่เหมาะสมของบทกำหนดโทษในความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551
3. เพื่อศึกษา และวิเคราะห์เปรียบเทียบความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตของประเทศไทยกับต่างประเทศ
4. เพื่อศึกษาหาแนวทางในการพัฒนาและปรับปรุงบทบัญญัติความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาต ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ให้มีขอบเขตความรับผิด บทลงโทษ ให้สอดคล้องเหมาะสมกับลักษณะของการกระทำความผิด และก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย ตลอดจนสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย

## 1.3 สมมติฐานของการศึกษา

ความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 38 มีคุณธรรมทางกฎหมาย 2 ประการ คือ “ประสิทธิภาพในการตรวจสอบและ

ควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์” และ “สิทธิในทางการค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์และผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้อง” โดยในส่วนของ การคุ้มครองด้านเนื้อหาของภาพยนตร์ ซึ่งเป็นคุณธรรมทางกฎหมายประการแรกนั้น ความผิดฐานนี้มุ่งที่จะให้เป็นบทบัญญัติที่ใช้ในการป้องกันมิให้มีการเผยแพร่ภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมไปสู่สาธารณชน โดยการควบคุมผู้ประกอบกิจการที่เกี่ยวข้องกับการเผยแพร่ภาพยนตร์ที่ดำเนินการในลักษณะที่เป็นการมุ่งเข้าสู่ระบบการค้าหรือวางจำหน่ายอย่างแท้จริง ในรูปแบบของ การให้เช่า การแลกเปลี่ยน และการจำหน่าย ซึ่งถือเป็นช่องทางหนึ่งที่สามารถใช้ในการเผยแพร่ภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมได้ และในส่วนของ การคุ้มครองด้านลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์อันเป็นคุณธรรมทางกฎหมายประการที่สองนั้น ความผิดฐานนี้มุ่งที่จะให้เป็นบทบัญญัติที่ใช้ในการปราบปรามผู้ฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ เพื่อแก้ปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ที่เกิดขึ้นอย่างแพร่หลายในสังคมไทย อันเป็นการคุ้มครองผู้ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับภาพยนตร์ที่ดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมายไม่ให้ได้รับผลกระทบทางเศรษฐกิจ ซึ่งเป็นมาตรการที่ช่วยในการส่งเสริมอุตสาหกรรมภาพยนตร์ และเมื่อพิจารณาจากคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้แล้วสามารถตีความคำว่า “การประกอบกิจการ” ที่บัญญัติในมาตรา 38 นี้ได้ว่า หมายเฉพาะการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ ที่ดำเนินการอย่างเป็นปกติธุระในลักษณะต่อเนื่อง เพื่อการค้าโดยมุ่งแสวงหากำไร อันจะสามารถก่อให้เกิดรายได้หรือผลประโยชน์ตอบแทนให้กับเจ้าของกิจการได้อย่างแน่นอน และอยู่ในลักษณะที่สามารถกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายทั้งสองประการได้โดยแน่แท้

ดังนั้น กรณีที่เจ้าของกรรมสิทธิ์ได้นำแผ่นบันทึกภาพยนตร์ที่ได้ผ่านการตรวจพิจารณาจากคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวิดิทัศน์เรียบร้อยแล้ว มาวางจำหน่ายอีกทอดหนึ่งในรูปแบบสินค้ามือสอง โดยผู้จำหน่ายมิได้มีเจตนาที่จะประกอบกิจการจำหน่ายภาพยนตร์อย่างเป็นปกติธุระเพื่อการค้าโดยมุ่งแสวงหากำไรและยึดถือเป็นอาชีพแต่อย่างใด แม้จะเป็นการจำหน่ายโดยไม่ได้รับอนุญาต ก็ไม่อยู่ในความหมายของคำว่า “การประกอบกิจการ” ที่จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของความผิดตามมาตรา 38 นอกจากนี้การกำหนดโทษปรับขั้นต่ำเป็นจำนวนเงินถึงสองแสนบาทย่อมเป็นการไม่เหมาะสม และเป็น การจำกัดดุลพินิจของศาลในการพิจารณากำหนดโทษให้เหมาะสมกับพฤติการณ์ของการกระทำผิดในแต่ละกรณี ส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย และก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม จึงควรแก้ไขกฎหมายให้มีอัตราโทษที่ยืดหยุ่นมากกว่าที่เป็นอยู่ เพื่อสามารถปรับใช้กับทุกกรณีได้อย่างเหมาะสม และควรมีการแยกฐานความผิดระหว่างการทำความผิดโดยทำเป็นธุรกิจกับการกระทำโดยได้รับผลประโยชน์ตอบแทน ออกเป็นคนละฐานความผิดด้วย เพื่อให้บทลงโทษมีความถูกต้องเหมาะสม ได้สัดส่วนกับการกระทำผิด และสามารถก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่สังคมได้อย่างแท้จริง

#### 1.4 ขอบเขตการศึกษา

โดยจะทำการศึกษาแนวความคิดในการกำหนดความผิด คุณธรรมทางกฎหมาย หลักเกณฑ์ ลักษณะ ประวัติความเป็นมาของความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 ของประเทศไทย นำมาศึกษาเปรียบเทียบกับของต่างประเทศ และวิเคราะห์ถึงการกระทำที่เป็นความผิด ความเหมาะสมของการกำหนดฐานความผิด และบทลงโทษ ของความผิดฐานดังกล่าว

#### 1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

ในการศึกษาวิจัยครั้งนี้เป็นการศึกษาวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยจะทำการศึกษารวบรวมข้อมูลจากแหล่งต่างๆ ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ อาทิเช่น ความเห็นของนักนิติศาสตร์ ตำรากฎหมาย คำพิพากษาศาลฎีกา วารสาร หนังสือบทความทางวิชาการ วิทยานิพนธ์ งานวิจัยและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนข้อมูลจากอินเทอร์เน็ตเป็นหลักในการศึกษา ประกอบเข้ากับข้อมูลจากการสัมภาษณ์เชิงลึกของบุคคลที่เกี่ยวข้อง โดยนำข้อมูลที่ได้มาวิเคราะห์เปรียบเทียบ ในเรื่องของความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาต เพื่อพิจารณาถึงคุณธรรมทางกฎหมาย และความเหมาะสมของการกำหนดฐานความผิด บทลงโทษ ของความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551

#### 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบและเข้าใจแนวคิดในการกำหนดความผิดและโทษ หลักประกันในกฎหมายอาญา การตีความกฎหมายอาญา และคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาต ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551

2. ทำให้ทราบและเข้าใจถึงปัญหา ตลอดจนผลกระทบที่เกิดขึ้นจากความไม่ชัดเจนของถ้อยคำของบทบัญญัติ และความไม่เหมาะสมของบทกำหนดโทษในความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551

3. ทำให้ทราบแนวคิดและหลักเกณฑ์ของความคิดในลักษณะเป็นการดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตในต่างประเทศ และสามารถนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับประเทศไทย

4. ทำให้ทราบถึงแนวทางในการพัฒนาและปรับปรุงบทบัญญัติความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาต ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ให้มีขอบเขตความรับผิด บทลงโทษ ที่สอดคล้องเหมาะสมกับลักษณะของการกระทำความผิด และก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย ตลอดจนสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย

## บทที่ 2

### แนวความคิดเกี่ยวกับการกำหนดความผิด

### ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์

### โดยไม่ได้รับอนุญาต และคุณธรรมทางกฎหมาย

โดยธรรมชาตินั้น มนุษย์เป็นสัตว์สังคมที่ต้องการอยู่อาศัยร่วมกันเป็นกลุ่มเพื่อพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกันทั้งในด้านของสังคม เศรษฐกิจ ความมั่นคง ฯลฯ และเมื่อมนุษย์ได้มาอยู่ร่วมกันเป็นจำนวนมากขึ้นจนก่อตัวเป็นสังคมขึ้นแล้ว ก็ย่อมเกิดการกระทบกระทั่งระหว่างกัน ดังนั้น เพื่อให้การอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมดำเนินไปอย่างสงบเรียบร้อย จึงจำเป็นต้องมีการกำหนดกฎเกณฑ์ของสังคมขึ้นเพื่อให้ทุกคนยึดถือและปฏิบัติตาม โดยหากมีบุคคลใดกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎเกณฑ์นั้นแล้ว บุคคลดังกล่าวย่อมจะต้องถูกลงโทษจากคนในสังคม โดยโทษที่จะได้รับก็จะขึ้นอยู่กับร้ายแรงของการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนนั้น ซึ่งต่อมากฎเกณฑ์นี้ได้พัฒนาไปตามลำดับจนเกิดเป็นกฎหมายอาญาในที่สุด โดยที่แนวคิดเบื้องต้นในการกำหนดความผิดอาญานั้น ในระยะเริ่มแรกจะได้รับอิทธิพลมาจากในเรื่องของความเชื่อทางศาสนา โดยความผิดส่วนใหญ่จะมีที่มาจากหลักศีลธรรม<sup>1</sup> ที่มีลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดในตัวเอง และต่อมาก็มีความผิดในอีกลักษณะหนึ่งเกิดขึ้นซึ่งเป็นการผิดในทางเทคนิคที่มีได้มีลักษณะเป็นความผิดในตัวเอง หรือที่เรียกว่าเป็นความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติขึ้น โดยส่วนใหญ่แล้วความผิดลักษณะนี้จะเป็นเรื่องของการรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ของคนส่วนรวมเป็นสำคัญ เช่น กฎหมายควบคุมโรงงานอุตสาหกรรมต่างๆ ไม่ให้มีการปล่อยสารพิษออกมาเป็นอันตรายต่อคนในชุมชน การควบคุมเขตพื้นที่ที่สามารถตั้งโรงงานอุตสาหกรรมได้ที่จะไม่ส่งผลกระทบต่อชุมชนโดยรอบ หรือกฎหมายควบคุมการสัญจรของผู้ขับขี่ยานยนต์บนท้องถนนสาธารณะไม่ให้กีดขวางการสัญจรของผู้อื่นและป้องกันอันตรายที่อาจเกิดขึ้นกับผู้ร่วมสัญจร เป็นต้น ซึ่งผู้กระทำความผิดดังกล่าวจะต้องรับผิดแม้ว่าจะได้กระทำไปโดยไม่เจตนา (strict liability)<sup>2</sup> ซึ่งจะขอก้าวเป็นลำดับไป ดังนี้

<sup>1</sup> จาก กฎหมายอาญา หลักและปัญหา (น. 2), โดย ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ก, 2547, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

<sup>2</sup> แหล่งเดิม. (น. 3).

### 1) ความผิดในตัวเอง (mala in se)

ความผิดอาญาที่เป็นความผิดในตัวเอง (wrong in themselves) หรือที่มีความชั่วร้ายตามธรรมชาติ (inherently evil)<sup>3</sup> โดย Black's Law Dictionary ได้ให้ความหมายไว้ว่า “เป็นการกระทำ ความผิดในตัวเอง การกระทำที่ผิดศีลธรรม และการกระทำที่ละเมิดต่อความรู้สึกผิดชอบชั่วดี” mala in se ถือเป็นความผิดตามธรรมชาติที่มนุษย์สามารถรับรู้ได้ด้วยตนเองว่าการกระทำใด เป็นความผิด<sup>4</sup> เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตาย ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย เป็นต้น ความผิดประเภทนี้ เวลาบัญญัติกฎหมายไม่ต้องบัญญัติบังคับให้กระทำการใดหรือห้ามมิให้กระทำการใดเสียก่อนจึงจะ บัญญัติว่าถ้าฝ่าฝืนแล้วมีความผิด แต่จะบัญญัติลงไปแล้วว่าการกระทำอย่างนี้มี ความผิด และต้องรับ โทษโดยมักจะกำหนดบทลงโทษของการกระทำความผิดดังกล่าวไว้ในบทบัญญัตินั้น ๆ ด้วยเลย

### 2) ความผิดอาญาเพราะมีกฎหมายห้าม (mala prohibita)

ความผิดอาญาเพราะมีกฎหมายห้าม ไม่มีลักษณะเป็นความผิดอาญาที่เป็นความชั่วร้าย ตามธรรมชาติ (not inherently evil) แต่ถือว่าเป็นความผิดก็เพราะเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตาม บทบัญญัติของกฎหมาย (wrong only because prohibited by legislation)<sup>6</sup> โดย Black's Law Dictionary ได้ให้ความหมายไว้ว่า “เป็นการกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดเพราะมีข้อห้าม หรือการ กระทำที่เป็นความผิดเพราะมีกฎหมายบัญญัติขึ้น” การกำหนดความผิดมีลักษณะเป็นข้อตกลงไม่ใช่ เป็นความผิดโดยธรรมชาติ ความผิดประเภทนี้ไม่ได้บัญญัติจากเรื่องที่เกี่ยวข้องกับศีลธรรมเลย แต่ที่เป็น ความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดเท่านั้น โดยมองไม่เห็นความชั่วของผู้กระทำความผิด ได้โดยตนเอง เช่นการมีอาวุธโดยไม่ได้รับอนุญาต การนำของต้องห้ามเข้ามาในราชอาณาจักร เป็นต้น ความผิดประเภทนี้เวลาบัญญัติกฎหมายจะต้องบัญญัติบังคับให้กระทำหรือห้ามมิให้กระทำ ก่อนแล้วจึงบัญญัติว่าถ้าฝ่าฝืนจะมีความผิด<sup>7</sup> โดยในปัจจุบันมักจะกำหนดบทลงโทษไว้ในอีก บทบัญญัติหนึ่งต่างหาก

อย่างไรก็ดี ไม่ว่าจะจะเป็นความผิดในตัวเอง (mala in se) หรือความผิดเพราะมีกฎหมาย ห้าม (mala prohibita) ก็ตาม ต่างก็มีแนวคิดที่เป็นหลักการพื้นฐานในการกำหนดให้เป็นความผิด อาญารวมถึงความเหมาะสมในการกำหนดโทษสำหรับการกระทำนั้น ว่าเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ เช่นไร โดยได้มีพัฒนาการมาเป็นลำดับตามยุคสมัย แต่ทั้งนี้ไม่ว่าจะในยุคสมัยใดก็ตามในการที่จะ

<sup>3</sup> From *Criminal law* (p. 39), by W. R. Lafave, 2010, St. Paul Minn: West.

<sup>4</sup> From *General principle of criminal law* (p. 337), by J. Hall, 1960, Indianapolis: The Bobbs-Merrill.

<sup>5</sup> จาก *กฎหมายอาญา เล่ม 2* (น. 22), โดย สง่า ลีนะสมิต, 2514, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง

<sup>6</sup> From *Criminal law*. Loc.cit.

<sup>7</sup> จาก *กฎหมายอาญา เล่ม 2* (น. 22-23). เล่มเดิม.

กำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญานั้น จะต้องมีคุณธรรมทางกฎหมายซึ่งเป็นคุณค่าที่สังคมหนึ่ง ๆ ให้ความสำคัญตามแต่ยุคสมัยและค่านิยมของแต่ละสังคมเป็นพื้นฐานในทางความคิดด้วยเสมอ โดยเห็นว่าจะต้องปกป้องคุ้มครองคุณค่านั้นด้วยกฎหมาย<sup>8</sup>

กรณีการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาต ตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ก็เป็นกรณีที่ถูกกฎหมายได้บัญญัติให้เป็นความผิดอาญา โดยเป็นความผิดก็เพราะเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามบทบัญญัติของกฎหมาย (mala prohibita) ซึ่งจะต้องมีคุณธรรมทางกฎหมายเป็นพื้นฐานในการกำหนดความผิดด้วยเช่นกัน ดังนั้น ในบทที่ 2 นี้ ผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาแนวคิดในการกำหนดความผิดและโทษ หลักประกันในกฎหมายอาญา การตีความกฎหมายอาญา และคุณธรรมทางกฎหมาย ซึ่งจะได้กล่าวเป็นลำดับไปดังต่อไปนี้

## 2.1 แนวคิดพื้นฐานในการกำหนดความผิดอาญาและการกำหนดโทษ

กฎหมายอาญานั้นประกอบด้วยสองส่วนใหญ่ ๆ คือ ความผิดอาญาและส่วนที่ว่าด้วยผลทางกฎหมาย หรือที่เรียกว่ามาตรการบังคับทางอาญา หรือเรียกเป็นภาษาทั่วไปว่า โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด องค์ประกอบทั้งสองส่วนมีความสอดคล้องกันในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมให้ปราศจากการกระทำที่น่าตำหนิ การกระทำที่เป็นผลกระทบต่อประชาชนโดยรวม แต่เมื่อใดก็ตามที่มีการกระทำผิดอาญาตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดเกิดขึ้น บทลงโทษทางอาญาก็จะเข้ามามีความสัมพันธ์กับผู้กระทำความผิด จากลักษณะดังกล่าวนี้จะเห็นได้ว่าการลงโทษเป็นสิ่งสำคัญในกฎหมายอาญา<sup>9</sup>

โดยในหัวข้อนี้จะแยกพิจารณาเพื่อทำการศึกษาเกี่ยวกับแนวคิดในการกำหนดความผิดอาญา แนวคิดในการกำหนดโทษ หลักประกันในกฎหมายอาญา และการตีความกฎหมายอาญา เพื่อให้ทราบถึงหลักการพื้นฐานหรือวัตถุประสงค์โดยทั่วไปในการกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญาและวัตถุประสงค์ในการลงโทษสำหรับการกระทำนั้น ๆ ตลอดจนทราบถึงหลักการใช้และตีความกฎหมายอาญา ดังนี้

<sup>8</sup> จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น. 151). เล่มเดิม.

<sup>9</sup> จาก *การคุ้มครองเกียรติ: ศึกษาคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานดูหมิ่นเปรียบเทียบกับความผิดฐานหมิ่นประมาท* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติ) (น. 29), โดย เฉลิมชัยศรี เพ็ญตระกูลชัย, 2552, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

### 2.1.1 แนวคิดในการกำหนดความผิดอาญา

การที่จะพิจารณาว่าสมควรที่จะกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญานั้น ในเบื้องต้นจะต้องคำนึงถึงว่ากฎหมายอาญานั้นต้องการที่จะทำให้บรรลุซึ่งวัตถุประสงค์อย่างใด อย่างหนึ่งในหกประการดังนี้ คือ

1) กลุ่มครองป้องกันบุคคลในสังคม จากภัยอันตรายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของมนุษย์ที่อยู่ ร่วมในสังคมเดียวกัน ทั้งที่เกิดขึ้นโดยเจตนาและไม่เจตนา ให้ได้รับความคุ้มครองในชีวิต ร่างกาย และสิทธิอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับตัวของบุคคล ได้อย่างเหมาะสมกับสภาพของแต่ละบุคคลในสังคม เช่น กลุ่มครองการแสวงหาประโยชน์จากกลุ่มบุคคลที่อาจถูกชักจูงให้หลงผิดได้ง่าย ได้แก่ ผู้เยาว์ และบุคคลที่มีจิตไม่สมประกอบ เป็นต้น

2) กลุ่มครองป้องกันสภาวะจิตใจของสมาชิกในสังคม มิให้ถูกกระทบกระเทือนจากการ กระทำของบุคคลอื่น เช่น การป้องกันการกระทำบางอย่าง ซึ่งหากได้กระทำต่อหน้าสาธารณชนแล้ว ย่อมก่อให้เกิดความอับอายต่อผู้ถูกกระทำ ได้แก่ การกระทำอนาจาร การใส่ร้ายป้ายสี การดูหมิ่นด้วย ถ้อยคำหยาบคาย เป็นต้น

3) กลุ่มครองป้องกันซึ่งทรัพย์สินของบุคคลในสังคม มิให้ถูกแย่งชิงจากบุคคลอื่นด้วย วิธีการต่าง ๆ อันเป็นการไม่ถูกต้องชอบธรรม

4) กลุ่มครองป้องกันบุคคลในสังคมจากความไม่สะดวกในการใช้สิ่งของสาธารณะที่ทุกคน มีสิทธิใช้ร่วมกัน เช่น การกีดขวางทางสัญจร ปิดกั้นทางสาธารณะ เป็นต้น รวมทั้งการใช้สภาพ บังคับทางอาญาเพื่อเก็บรวบรวมภาษีอากร เป็นต้นว่า ห้ามมิรถยนต์โดยไม่มีทะเบียน

5) กลุ่มครองป้องกันและรักษาไว้ซึ่งสถาบันต่าง ๆ ของสังคม เช่น สถาบันพระมหากษัตริย์ สถาบันศาสนา เป็นต้น รวมถึงเพื่อบังคับให้เกิดความเมตตากรุณาที่จำเป็นต่อการอยู่ร่วมกัน เช่น การไม่ช่วยเหลือผู้ที่ตกอยู่ในภัยอันตราย เป็นต้น

6) เพื่อคุ้มครองการบังคับใช้วิธีการต่าง ๆ ที่จะทำให้วัตถุประสงค์ทั้งหลายที่กล่าวมานี้ บรรลุผล เป็นต้นว่า การขัดคำสั่งเจ้าพนักงาน การให้การเท็จ<sup>10</sup>

### 2.1.2 แนวคิดและวัตถุประสงค์ในการลงโทษ

การลงโทษ หมายถึง การกระทำเพื่อให้เกิดผลร้ายแก่ผู้ต้องรับโทษซึ่งอาจจะเป็นผลร้าย ต่อร่างกาย จิตใจหรือทรัพย์สิน ซึ่งการลงโทษนั้นเป็นเสมือนเครื่องมือของการตัดสินของสาธารณะ ซึ่งประเด็นสำคัญในการลงโทษได้แก่ วิธีการที่เกี่ยวข้องกับความเจ็บปวดหรือการทรมานซึ่งเป็นผล

<sup>10</sup> From *The scope of criminal law in Sentencing in a rational society*, by N. Walker, 1972, Pelican Books. อ้างถึงใน *ทฤษฎีอาญา* (น. 49-50), โดย อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, 2552 กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

จากการตัดสินโดยค่านิยมบางอย่างของสังคม<sup>11</sup> นอกจากนี้ มีนักวิชาการหลายท่านเห็นว่า การลงโทษเป็นการกระทำตามสัญชาตญาณการแก้แค้น โดยเป็นกระบวนการที่ยุ่ยกยับซับซ้อน อาชญากรรมบางประเภทและการกระทำบางชนิดถูกมองว่าผิด และทำให้สังคมเสียสมดุล ทำให้เสียผลประโยชน์ของบุคคลหรือสมาชิก ปฏิบัติการลงโทษต่างๆ จึงเป็นส่วนหนึ่งในการทำลายความไม่สมดุลที่เกิดขึ้น ดังนั้น การลงโทษอาจเป็นเพียงหนึ่งในปฏิกริยาหลาย ๆ อย่างต่อการฝ่าฝืนกฎหมาย<sup>12</sup>

การลงโทษในกฎหมายอาญาเป็นการกระทำต่อผู้กระทำความผิดอย่างมีวัตถุประสงค์ ซึ่งวัตถุประสงค์ของการลงโทษมีการพัฒนาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน โดยในแต่ละวัตถุประสงค์นั้นก็ส่งผลต่อผู้กระทำความผิดแตกต่างกันไป ดังจะได้กล่าวเป็นลำดับไป ดังนี้

1) วัตถุประสงค์เพื่อเป็นการทดแทน (Retribution) แนวคิดนี้เป็นหลักการดั้งเดิมในการกำหนดโทษทางอาญา โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด เป็นเครื่องมือในการแก้แค้นทดแทนให้สาสมกับการกระทำความผิดของผู้นั้น โดยกฎหมายที่ปรากฏแนวคิดนี้ อย่างชัดเจนคือกฎหมายฮัมมูราบีที่ว่า หลักตาต่อตา ฟันต่อฟัน<sup>13</sup> ซึ่งการลงโทษด้วยวิธีนี้เป็นการแก้แค้นตอบแทนผู้กระทำความผิดโดยไม่มีข้อกำหนดหรือหลักเกณฑ์ที่แน่นอน และในการลงโทษจะใช้วิธีการที่มีความทารุณโหดร้ายปราศจากมนุษยธรรม และขึ้นอยู่กับความพอใจเป็นสำคัญ<sup>14</sup> กล่าวคือ มุ่งเน้นให้โทษที่ลงแก่ผู้กระทำความผิดสามารถสนองตอบต่ออารมณ์และความรู้สึกตามสามัญสำนึกของประชาชนส่วนมากในสังคมได้ โดยให้เกิดความพึงพอใจเมื่อได้เห็นว่าผู้กระทำความผิดได้ถูกลงโทษได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่งนั้น หรือตามสำนวนที่นักนิติศาสตร์ญี่ปุ่นใช้ว่า การทำให้หมาชนพึงพอใจเมื่อถูกขู่ขู่ โดยการกระทำผิดอย่างร้ายแรงของบุคคลหนึ่ง นอกจากนี้ยังมีผลในการป้องกันสังคม เพราะการใช้วิธีการลงโทษแบบนี้ย่อมส่งผลทั้งต่อตัวผู้กระทำความผิดเองโดยทำให้ผู้กระทำความผิดรู้สึกตัว และมีผลทำให้ผู้อื่นเกิดความเกรงกลัวต่อโทษที่จะได้รับด้วย<sup>15</sup> ในปัจจุบัน การลงโทษโดยถือหลักการทดแทนได้วิวัฒนาการไปตามแนวความคิดทางอาชญาวิทยาสมัยใหม่ คือหลีกเลี่ยงการใช้วิธีการทารุณร่างกาย โดยใช้วิธีการจำคุกแทน แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันว่า สังคมปัจจุบันยังคงมีแรงกระตุ้นเตือนในการแก้แค้นผู้กระทำ

<sup>11</sup> จาก *สังคมวิทยาว่าด้วยอาชญากรรมและการลงโทษ* (น.126), โดย พงจจิตต์ อธิคมนันท์, 2525, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง. อ้างถึงใน *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา* (น.130), โดย อัจฉริยา ชูตินันท์, 2557, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

<sup>12</sup> แหล่งเดิม.

<sup>13</sup> จาก *ทฤษฎีอาญา* (น. 84-89), โดย อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, 2552, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

<sup>14</sup> จาก *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา*. หน้าเดิม.

<sup>15</sup> จาก *ทฤษฎีอาญา*. หน้าเดิม.

ความผิด ซึ่งการมีบทลงโทษต่างๆ เป็นการเปิดโอกาสให้ชุมชนได้แก้แค้นผู้กระทำความผิดผ่านทางกฎหมาย ที่เปรียบเสมือนเครื่องมือเพื่อการลงโทษแทน<sup>16</sup>

2) วัตถุประสงค์เพื่อเป็นการข่มขู่ ยับยั้ง (Deterrence) แนวคิดนี้ถือได้ว่าเป็นหลักการดั้งเดิมควบคู่กับหลักการแก้แค้นทดแทน โดยมีแนวคิดว่า การลงโทษผู้กระทำความผิดด้วยโทษที่รุนแรงจะสามารถป้องปรามผู้นั้น รวมถึงบุคคลภายนอกมิให้ประพฤติปฏิบัติเอาเยี่ยงอย่าง ซึ่งแนวความคิดนี้เห็นว่าการที่บุคคลใดจะลงมือกระทำการสิ่งใดที่เป็นความผิดนั้น บุคคลดังกล่าวย่อมจะคิดและชั่งตรองดูเสียก่อนว่าการที่ตนจะกระทำเช่นนั้นจะส่งผลดีหรือผลร้ายให้แก่ตนมากน้อยเพียงไร<sup>17</sup> กล่าวคือ วัตถุประสงค์เพื่อเป็นการยับยั้งการกระทำความผิดซ้ำของผู้นั้น (specific deterrence) โดยเป็นการลงโทษเพื่อให้บทเรียนกับผู้กระทำให้สำนึกผิด เกิดความเข็ดหลาบและไม่คิดกระทำอีกในอนาคต ซึ่งเรียกว่า “การยับยั้งเป็นพิเศษ” (special deterrence) และเพื่อให้ผู้อื่นเกิดความเกรงกลัวไม่กล้าเอาเยี่ยงอย่าง ซึ่งเรียกว่า “การยับยั้งโดยทั่วไป” (general deterrence)<sup>18</sup> อย่างไรก็ตาม Jeremy Bentham ได้กล่าวว่า การลงโทษที่จะส่งผลเป็นการยับยั้งไม่ได้หมายถึงการกำหนดโทษที่รุนแรงแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่ต้องประกอบไปด้วยองค์ประกอบสี่ประการ คือ ประการแรก การบังคับโทษต้องแน่นอน ไม่เลือกปฏิบัติ ประการที่สอง การลงโทษต้องร้ายแรงพอที่จะยับยั้งมิให้คนคิดที่จะกระทำความผิด ประการที่สาม การลงโทษต้องรวดเร็ว และประการที่สี่ การลงโทษต้องเปิดเผยต่อสาธารณชนเพื่อให้คนทั่วไปได้รับรู้ถึงผลของการกระทำความผิด อันถือเป็นการข่มขู่โดยทั่วไปด้วย<sup>19</sup>

3) วัตถุประสงค์ในการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (Rehabilitation and Correction) แนวคิดนี้เป็นหลักการที่ปรากฏในอยู่ในหลักของศาสนาคริสต์ตั้งแต่โบราณกาล โดยเป็นเรื่องของการไถ่บาป หรือการสารภาพบาปของผู้ที่สำนึกผิดในการกระทำของตน เพื่อให้ผู้กระทำได้มีโอกาสเริ่มต้นชีวิตใหม่<sup>20</sup> โดยผู้ให้คำจำกัดความในเรื่องของการแก้ไขผู้กระทำความผิดเป็นคนแรก คือ นักวิชาการชาวอเมริกันชื่อ ศาสตราจารย์เลน<sup>21</sup> ได้กล่าวว่า พฤติกรรมของมนุษย์นั้นเป็นผลสืบเนื่องมาจากอดีต เหตุเหล่านี้เป็นส่วนหนึ่งของสภาพทางธรรมชาติของมนุษย์ที่สามารถศึกษาให้เข้าใจถึง

<sup>16</sup> จาก *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา* (น. 131). เล่มเดิม.

<sup>17</sup> จาก *ทฤษฎีอาญา* (น. 89 - 90). เล่มเดิม.

<sup>18</sup> จาก *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา*. หน้าเดิม.

<sup>19</sup> จาก *กฎหมายอาญา ว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย* (น. 29), โดย ณรงค์ ใจหาญ, 2543, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

<sup>20</sup> จาก *ทฤษฎีอาญา* (น. 91). เล่มเดิม.

<sup>21</sup> แหล่งเดิม.

สาเหตุที่มาของพฤติกรรมดังกล่าวและสามารถแก้ไขควบคุมพฤติกรรมเช่นนั้นของมนุษย์ได้ ซึ่งลักษณะเด่นของหลักการนี้คือ วิธีการทั้งหลายที่จะนำมาปฏิบัติกับผู้ต้องโทษ จะต้องมิลักษณะของการบำบัด ตัดโอกาสหรือจำกัดความสามารถในการกระทำความผิดเพื่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของผู้ต้องโทษ<sup>22</sup> ดังนั้นการลงโทษตามวัตถุประสงค์นี้เป็นการแก้ไขด้วยการบำบัดรักษา แทนการลงโทษโดยจะพิจารณาถึงลักษณะเฉพาะของผู้กระทำผิดเป็นรายบุคคลไป

4) วัตถุประสงค์เพื่อตัดผู้กระทำผิดออกจากสังคม (Incapaciation) การลงโทษตามวัตถุประสงค์นี้เน้นการลงโทษในลักษณะที่เป็นการตัดหรือจำกัดโอกาสในการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิด เช่น กรณีที่เป็นการตัดโอกาสในการกระทำความผิดอย่างถาวร ได้แก่ โทษประหารชีวิต หรือโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือในปัจจุบันมีโทษในลักษณะของการกักกันผู้กระทำความผิดติดเป็นนิตย์ เพื่อมิให้ผู้นั้นก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคมจนกว่าจะพ้นจากสภาพความเป็นอันตรายต่อสังคม แนวคิดนี้มุ่งเน้นประโยชน์สุขของสังคมเป็นหลัก โดยใช้มาตรการควบคุมอย่างเข้มงวดเพื่อความปลอดภัยของสังคมส่วนรวมเป็นหลัก<sup>23</sup>

5) วัตถุประสงค์เพื่อเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย (Restitution) เป็นหลักการที่ให้ความสำคัญแก่ผู้เสียหายหรือเหยื่อในคดีอาญา แนวคิดนี้เป็นหลักการใหม่โดยที่แต่เดิมการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดจะเป็นเรื่องระหว่างรัฐกับผู้กระทำความผิดเท่านั้น หากต้องการเรียกร้องค่าเสียหายผู้เสียหายต้องไปดำเนินคดีแพ่งต่างหากเอง ซึ่งในหลักการนี้การกำหนดโทษของศาลนั้น จะต้องคำนึงถึงความพอใจของผู้เสียหายที่ได้รับการชดเชยค่าเสียหายจากผู้ที่ทำให้เกิดความผิด หากผู้เสียหายได้รับการชดเชยผู้กระทำความผิดก็จะได้รับโทษน้อยลง หรือในบางกรณีศาลจะมีอำนาจสั่งให้ผู้กระทำความผิดชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายได้

6) วัตถุประสงค์เพื่อกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Restorative justice) แนวความคิดนี้มุ่งเน้นการประนีประนอมยอมความระหว่างผู้เสียหายกับผู้กระทำความผิด โดยเน้นที่การสื่อสารทำความเข้าใจให้ผู้กระทำความผิดได้เข้าใจและตระหนักถึงความเสียหายที่ตนได้ก่อขึ้นและส่งผลให้เกิดสำนึกในการยอมรับต่อการกระทำความผิดนั้น และมีหน้าที่ต้องดำเนินการเพื่อทำให้ผู้เสียหายได้รับสิ่งที่สูญเสียไปกลับคืนมาให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ ซึ่งอาจไม่ใช่การชดเชยด้วยเงินตราแต่เป็นการขอโทษ หรือเป็นการทำงานชดเชยให้แก่ผู้เสียหาย เพื่อประสงค์ที่จะขจัดหรือลดความขัดแย้งต้นเหตุของปัญหาที่จะนำไปสู่การกระทำผิดซ้ำอีก แนวความคิดนี้เป็นมาตรการที่นำมาใช้กับผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กหรือเยาวชน โดยใช้กระบวนการประชุมครอบครัว แต่ใน

<sup>22</sup> แห่ล่งเคิม (น. 92).

<sup>23</sup> จาก กฎหมายอาญา ว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย (น. 34). เล่มเคิม.

บางประเทศอย่างอังกฤษ อเมริกา ได้นำแนวความคิดดังกล่าวมาใช้ในมาตรการลงโทษในชุมชน สำหรับผู้กระทำความผิดที่เป็นผู้ใหญ่ด้วย<sup>24</sup>

### 2.1.3 หลักประกันในกฎหมายอาญา

“หลักประกันในกฎหมายอาญา”<sup>25</sup> เดิมทีเดียวหาใช่ความคิดในทางกฎหมายอาญาไม่ แต่เป็นความคิดในทางการเมืองที่ต้องการจะจำกัดอำนาจรัฐ<sup>26</sup> เป็นต้นว่า รัฐธรรมนูญอเมริกัน ค.ศ. 1776 ได้บัญญัติถึงการห้ามออกกฎหมายย้อนหลัง<sup>27</sup>

ครั้นเมื่อหลักนิติรัฐ ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางจึงได้มีการวางหลักประกันในกฎหมายอาญาขึ้น โดยนักกฎหมายชาวเยอรมันที่ชื่อว่า Anselm von Feuerbach ซึ่งได้วางหลักไว้สามประการ คือ<sup>28</sup>

- (1) การลงโทษต้องมีกฎหมาย (nulla poena sine lege)
- (2) การลงโทษต้องขึ้นอยู่กับกรมืออยู่ของการกระทำ (nulla poena sine crimine)
- (3) โทษที่จะลงต้องเป็นโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมาย (nullum crimen sine poena legali)

จากหลักดังกล่าวข้างต้นจึงกล่าวได้ว่า “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ก็คือ “หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” หรือที่รู้จักกันในภาษิตลาตินที่ว่า “Nullum crimen, nulla poena, sine lege” โดยที่ต่อมาหลักนี้ได้รับการกล่าวถึงและได้แพร่หลายออกไปทั่วโลก จนกลายเป็นหลักสากลไปแล้ว หลักนี้แสดงให้เห็นว่ากฎหมายอาญามีหลักสำคัญมาจากการบัญญัติกฎหมาย การบัญญัติกฎหมายอาญามีผลมาจากอำนาจในการลงโทษของรัฐ และรัฐมีความจำเป็นที่จะต้องมีการลงโทษเพราะถ้ารัฐไม่มีกฎหมายแล้วการอยู่ร่วมกันของคนในรัฐจะถูกกระทบกระเทือนได้ง่าย ดังนั้นรัฐจึงต้องเป็นผู้รับผิดชอบหากผู้ใดกระทำความผิดอาญาผู้นั้นจะต้องถูกลงโทษ

<sup>24</sup> จาก ศึกษาความเป็นไปได้ในการกำหนดชั้นโทษและการนำไปปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา (น.14-15), โดยณรงค์ ใจหาญและคณะ, 2549, กรุงเทพฯ: สำนักงานกิจการยุติธรรม.

<sup>25</sup> รองศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ เรียก “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ว่า “เอกลักษณ์ของกฎหมายอาญา” และ ศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล เรียกว่า “หลักความชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายอาญา.”

<sup>26</sup> From *Lehrbuch des strafrechts : Allemeiner Teil* (S.118), by vgl.Hans-Heinrich Jescheck, , 4. Auflage Munchen 1998, อ้างถึงใน *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น. 82), โดย คณิต ฌ นคร ก. เล่มเดิม.

<sup>27</sup> U.S. Constitution Section 9 (3) “No Bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed.”

<sup>28</sup> จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. หน้าเดิม.

โดยรัฐ และรัฐเท่านั้นที่เป็นผู้มีอำนาจลงโทษอาญาแก่บุคคล ด้วยเหตุนี้กฎหมายอาญาจึงเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน และมีลักษณะเป็นกฎหมายมหาชน<sup>29</sup>

สำหรับประเทศไทย “หลักประกันในกฎหมายอาญา” (Nullum crimen, nulla poena, sine lege) ได้มีการรับเข้ามาในระบบกฎหมายไทยครั้งแรกเมื่อประเทศไทยได้เริ่มจัดทำประมวลกฎหมายอาญา (codification)<sup>30</sup> โดยรับไว้ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งมาตรา 7 ได้บัญญัติไว้ดังนี้<sup>31</sup>

“มาตรา 7 บุคคลควรรับอาญา ต่อเมื่อมันได้กระทำการอันกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลา ที่กระทำนั้น บัญญัติว่าเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ และอาญาที่จะใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น ก็ไม่ควรใช้อาญาอย่างอื่นนอกจากอาญาที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

มีข้อสังเกตว่า หลักประกันในกฎหมายอาญานี้เป็นหลักประกันเสรีภาพอันดีของบุคคล ได้รับเข้ามาในกฎหมายไทยในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ซึ่งเป็นกษัตริย์ในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์<sup>32</sup>

หลักประกันในกฎหมายอาญานี้ ครั้นเมื่อประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญแล้ว นอกจากจะได้บัญญัติหลักประกันนี้ไว้ในประมวลกฎหมายอาญาแล้ว ยังได้มีการบัญญัติหลักนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญอีกด้วย จึงกล่าวได้ว่าสำหรับประเทศไทยหลักประกันในกฎหมายอาญาคือเป็นหลักการที่ได้รับความคุ้มครองในระดับรัฐธรรมนูญ<sup>33</sup>

<sup>29</sup> จาก *กฎหมายอาญากฎทั่วไป* (น. 54). เล่มเดิม.

<sup>30</sup> จาก *บันทึกของ นายออร์ซ ปาดูซ์ (Georges Padoux) ที่ปรึกษาการร่างกฎหมายของรัฐบาลสยามเกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127* (น. 48 - 88), โดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ก, 2546, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

<sup>31</sup> จาก “หลักความชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายอาญา,” *รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์* (น.15), โดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ข, 2536, กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

<sup>32</sup> จาก *ปัญหาความชัดเจนแน่นอนในการบัญญัติ มาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายอาญา กรณีความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ* (โครงการพัฒนาระบบงานกฎหมายหลักสูตรพัฒนานักกฎหมายภาครัฐระดับปฏิบัติการ) (น. 16), โดย ประดิษฐ์ มีภู และคณะ, 2554, กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

<sup>33</sup> หลักการนี้ได้รับการยืนยันในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 39 วรรคแรก ซึ่งได้บัญญัติว่า “บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลา ที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลา ที่กระทำความผิดมิได้.”

ปัจจุบันสาระสำคัญของหลักประกันในกฎหมายอาญา ปรากฏในมาตรา 2 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการ อันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” จากหลักตามมาตรา 2 นี้สามารถที่จะ จำแนกรายละเอียดได้ว่า กฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจน ห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีมาลงโทษ ทางอาญาแก่บุคคล ห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญาแก่บุคคล และกฎหมาย อาญาไม่มีผลย้อนหลัง โดยจะอธิบายเป็นลำดับไป ดังนี้<sup>34</sup>

1) การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา มาตรา 2 บัญญัติว่า “บุคคลจัก ต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็น ความผิดและกำหนดโทษไว้” คำว่า “บัญญัติ” ในกฎหมายนั้นแสดงว่า กฎหมายอาญาเป็นกฎหมาย ที่เกิดขึ้นจากการบัญญัติ ดังนั้นกฎหมายจารีตประเพณีซึ่งไม่ได้เกิดขึ้นจากการบัญญัติเป็นแต่เพียง กฎหมายที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติที่ต่อเนื่องกันมาอย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานานของประชาชนจนเป็นที่ ยอมรับกันเท่านั้น จึงต้องห้ามมิให้นำมาใช้ในกฎหมายอาญา แต่อย่างไรก็ตามการห้ามใช้กฎหมาย จารีตประเพณีครอบคลุมเพียงในเรื่องการกระทำที่เป็นความผิดอาญา และในเรื่องการกระทำที่ต้อง รับโทษหนักขึ้นเท่านั้น คือห้ามใช้ในทางที่เป็นโทษ แต่ใช้ในทางที่เป็นคุณย่อมสามารถนำหลัก จารีตประเพณีมาปรับใช้ในทางอาญาได้

2) การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา กล่าวคือ การห้ามใช้กฎหมาย ที่เกินขอบเขตของบทบัญญัติที่พึงหาได้จากกรณีความกฎหมายอาญา ซึ่งถือเป็นหลักที่แตกต่างไป จากกฎหมายแพ่ง คือ ในกฎหมายแพ่งมีหลักที่เป็นหัวใจสำคัญอยู่ว่าจะปฏิเสธว่าไม่มีกฎหมาย มาปรับใช้แก่กรณีไม่ได้<sup>35</sup> แต่ในกฎหมายอาญานั้นจะอุดช่องว่างของกฎหมายโดยการเทียบเคียง บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง<sup>36</sup> ในทางที่เป็นโทษไม่ได้ แต่ในทางที่เป็นคุณยอมทำได้

3) กฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอน กล่าวคือ หลักประกันในกฎหมายอาญา ถือเป็นหลักที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล ทั้งนี้เนื่องจากโทษทางอาญาถือเป็น

<sup>34</sup> จาก *ประมวลกฎหมายอาญา : หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ* (น.243-249), โดย คณิต ฒ นคร ข, 2556, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

<sup>35</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรค 2 บัญญัติว่า “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับ คดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบ บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป.”

<sup>36</sup> การใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง หมายถึง การใช้เหตุผลโดยอ้างความ คล้ายคลึงกัน.

มาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐที่นำมาใช้กับประชาชน ฉะนั้นการบัญญัติกฎหมายอาญาจึงต้องมีความชัดเจนที่สุดเท่าที่จะทำได้ เพื่อให้ประชาชนโดยทั่วไปทราบว่าการกระทำใดบ้างที่เป็นความผิดต่อกฎหมายและต้องรับโทษ และเพื่อที่จะให้เป็นหลักประกันว่าสิ่งที่กฎหมายบัญญัตินั้นตรงกับเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างแท้จริง

หากรัฐออกกฎหมายถือว่า บุคคลที่ “หาเลี้ยงชีพด้วยวิธีการอันขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”<sup>37</sup> เป็นความผิด และต้องรับโทษ เช่น ถือว่าเป็นความผิดฐานกบฏสังคมนิยม ต้องระวางโทษจำคุก 10 ปี ดังนี้ ต้องถือว่า บทบัญญัติดังกล่าวขัดต่อหลักตามมาตรา 2 เพราะมีความคลุมเครืออยู่มาก นอกจากนี้ ตัวอย่างของกฎหมายที่ไม่ชัดเจนแน่นอน เช่น กฎหมายนาซี ฉบับลงวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ. 1925 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำการใดๆ ซึ่งอาจถูกลงโทษตามกฎหมายได้ หรือซึ่งสมควรจะถูกลงโทษ ตามหลักพื้นฐานของกฎหมายอาญา และตามความรู้สึกอันดีงามของประชาชน ผู้นั้นจะต้องถูกลงโทษ”<sup>38</sup>

เหตุที่กฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอนก็เพื่อให้ประชาชนที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายรู้ล่วงหน้าได้ว่าการกระทำเช่นใดที่เป็นความผิด และความผิดนั้นมีโทษรุนแรงเพียงใด โดยหากบทบัญญัติของกฎหมายมีความคลุมเครืออยู่มาก และไม่อาจรู้ได้แน่ชัดว่าการกระทำเช่นใดที่เป็นความผิด เมื่อมีการบังคับใช้กับบุคคลใดแล้ว บุคคลผู้ถูกบังคับ ก็จะขัดแย้งหรือมีความรู้สึกเป็นปฏิปักษ์ โดยถือว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมจากรัฐ<sup>39</sup> นอกจากนี้การที่รัฐไม่ยอมให้ประชาชนอ้างความไม่รู้กฎหมายมาเป็นข้อแก้ตัว ตามมาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ก็ยิ่งแสดงให้เห็นได้ว่าการพิจารณาออกกฎหมายนั้น จะต้องใช้ถ้อยคำให้ชัดเจนไม่คลุมเครือ เพื่อให้ประชาชนมีโอกาสรู้ได้ทันทีว่าการกระทำเช่นใดบ้างที่เป็นความผิด เพื่อที่จะไม่ยอมให้ประชาชนเหล่านั้นหนีภัยความไม่รู้กฎหมายที่ชัดเจนแล้วนั้นขึ้นมาปฏิเสธความรับผิดชอบได้ ดังนั้น หากกฎหมายยังมีความไม่ชัดเจน

<sup>37</sup> ถ้อยคำจากอนุ 3 ของข้อ 1 แห่งคำสั่งคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 22 ซึ่งถูกยกเลิกไปแล้ว โดยพระราชบัญญัติยกเลิกคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 22 ลงวันที่ 13 ตุลาคม พ.ศ. 2519 พ.ศ. 2522.

<sup>38</sup> From “Punishment by Analogy in Nation Social Penal Law,” 26 *Journal of Criminal Law and criminology*, by Lawrence Preuss. 847 (1993) “Whoever commits an action which the law declares to be punishable or which is deserving of punishment according to the fundamental idea of a penal code and the sound perception of the people, shall be punished.” อ้างถึงใน *คำอธิบายวิชากฎหมายอาญา ภาค ๑* (น. 23), โดย เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์ ก, 2551, กรุงเทพฯ: พลสยามพรีนติ้ง.

<sup>39</sup> From *Criminal Law* (p. 93), Op.cit. And *Criminal Law and its Processes: Cases and Materials* (p. 29), by Kadish, Sanford H. and Paulsen, Monrad G., 1969, 2nd ed. Boston: Little, Brown.

แน่นอนหรือยังคงคลุมเครืออยู่มาก จึงยอมไม่เป็นธรรมกับประชาชนที่จะห้ามมิให้ยกความไม่รู้กฎหมายมาเป็นข้อแก้ตัว<sup>40</sup>

เหตุอีกประการหนึ่ง คือ เมื่อกฎหมายมีความชัดเจนแน่นอนพอสมควรแก่กรณีแล้ว ย่อมมีผลทำให้การบังคับใช้กฎหมายโดยเลือกปฏิบัติหรือการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจขององค์กรต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายลดลงได้บ้าง<sup>41</sup>

อย่างไรก็ดีที่ว่ากฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอนนั้น หมายถึงชัดเจนแน่นอนพอสมควร (reasonably definite) เท่านั้น<sup>42</sup> เพราะการที่จะให้บัญญัติให้ละเอียดถี่ถ้วนลงไปนั้น คงเป็นเรื่องยากมากซึ่งก็ไม่มีประเทศใดทำได้ทุกกรณี นอกจากนี้บทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับความผิดที่จะต้องชัดเจนแน่นอนแล้ว บทบัญญัติในส่วนของกรกำหนดโทษว่ากรณีหากกระทำความผิดแล้วจะต้องรับโทษสถานใดก็จะต้องชัดเจนแน่นอนด้วยเช่นกัน<sup>43</sup>

เกี่ยวกับหลักเรื่องกฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอนนี้ Professor Dr. Hans Welzel<sup>44</sup> ได้กล่าวไว้ว่า ภัยที่คุกคามหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายแท้จริงแล้วไม่ใช่การใช้หลักกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง แต่คือความไม่ชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา<sup>45</sup>

4) กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง จากถ้อยคำในมาตรา 2 ที่ว่า “กฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำ” นั้นแสดงให้เห็นถึงข้อห้ามย้อนหลังของกฎหมายอาญา การกระทำที่บุคคลจักต้องรับโทษต้องเป็นการกระทำที่เป็นความผิดอาญา ตามกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะกระทำนั้น ถ้าในขณะกระทำยังไม่มียกกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด แต่ต่อมามีการบัญญัติขึ้นภายหลังว่าการกระทำเช่นนั้นมีความผิด ก็จะลงโทษการกระทำก่อนที่มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดไม่ได้ กล่าวคือ กฎหมายอาญาจะมีผลใช้บังคับในปัจจุบันและอนาคตเท่านั้น ไม่มีผลย้อนหลังไปในอดีต เว้นแต่กฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำความผิดแตกต่างกับกฎหมายที่ใช้ภายหลังการกระทำความผิดกฎหมาย ให้ใช้กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิด กล่าวคือ ให้ใช้กฎหมายที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดที่เบากว่านั่นเอง

<sup>40</sup> จาก คำอธิบายวิชากฎหมายอาญา ภาค ๑ (น. 23). เล่มเดิม.

<sup>41</sup> From *Criminal Law* (p. 93 - 94). Op.cit.

<sup>42</sup> Ibid (p. 95).

<sup>43</sup> จาก คำอธิบายวิชากฎหมายอาญา ภาค ๑ (น. 23 - 24). เล่มเดิม.

<sup>44</sup> อติศาสตราจารย์ทางกฎหมายเยอรมัน ณ มหาวิทยาลัยแห่งกรุงเบอร์ลิน ซึ่งปัจจุบันเสียชีวิตแล้ว.

<sup>45</sup> จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น.93). เล่มเดิม.

### 2.1.4 การตีความกฎหมายอาญา

การตีความกฎหมายเป็นเรื่องของการตีความ “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” (gesetzliche Rechte) หรือเป็นเรื่องของ “การตีความตัวบทกฎหมาย” เพื่อทำความเข้าใจความหมายในทางกฎหมายของตัวบทกฎหมายนั้นๆ

เมื่อกฎหมายได้รับการบัญญัติขึ้นแล้วย่อมถือว่าเจตจำนงของประชาชนได้แสดงออกทางกฎหมายที่ได้บัญญัติขึ้นนั้น การตีความจึงต้องกระทำให้สอดคล้องกับเจตจำนงของประชาชนที่มีอยู่ในกฎหมาย ผู้ใช้กฎหมาย โดยเฉพาะศาล จึงต้องผูกมัดกับความหมายของตัวบทกฎหมายที่หยั่งรู้ได้โดยหลักเกณฑ์ของการตีความที่ยอมรับกันโดยทั่วไปเท่านั้น และการตีความเช่นนั้นจะต้องสามารถนำไปใช้ได้กับทุกกรณีที่เหมาะสม<sup>46</sup>

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย กล่าวถึงการตีความกฎหมายอาญาว่า “การตีความกฎหมายอาญามีหลักเช่นเดียวกับการตีความกฎหมายอื่นๆ กล่าวคือ ต้องตีความตามตัวอักษรและตามเจตนารมณ์ (spirit)”<sup>47</sup> และได้กล่าวต่อไปอีกความว่า “การตีความกฎหมายอาญาจะตีความ โดยขยายความออกไปให้เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดไม่ได้ แต่ตีความโดยการขยายความให้เป็นผลดีแก่ผู้กระทำความผิดได้ และถ้ากรณีเป็นที่สงสัยต้องตีความให้เป็นประโยชน์แก่ผู้ต้องหา (in dubio pro reo)”<sup>48</sup> จากคำกล่าวของศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย แสดงให้เห็นถึงหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายอาญา สองประการ คือ “การตีความตามหลักภาษา” และ “การตีความตามหลักความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย”

#### 1) หลักเกณฑ์การตีความกฎหมาย

ปัจจุบันหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายที่มีการกล่าวถึงทางตำราและเป็นที่ยอมรับในทางวิชาการ ประกอบด้วยการตีความกฎหมาย 4 หลักเกณฑ์ คือ การตีความตามหลักภาษา การตีความตามความสัมพันธ์อย่างเป็นระบบของกฎหมาย การตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย<sup>49</sup> ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

##### (1) การตีความตามหลักภาษา (grammatische Auslegung)

รัฐธรรมนูญและกฎหมายอาญาได้วางหลักเกี่ยวกับการใช้กฎหมายอาญา หรือเรียกอีกอย่างว่า “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนและแน่นอนว่าบุคคลจักต้อง

<sup>46</sup> แหล่งเดิม (น.67).

<sup>47</sup> จาก *กฎหมายอาญาภาค 1* (น. 43), โดย หยุด แสงอุทัย 2537, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

<sup>48</sup> แหล่งเดิม (น. 44).

<sup>49</sup> จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น.72-78). เล่มเดิม.

รับโทษในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำการตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้เท่านั้น<sup>50</sup> ดังนั้น ในการตีความกฎหมายจึงต้องเริ่มต้นพิจารณาที่ถ้อยคำแห่งบทบัญญัติของกฎหมาย<sup>51</sup>

การตีความตามหลักภาษา หมายถึง การค้นหาความหมายของบทบัญญัติแห่งกฎหมายจากความหมายของภาษาที่ใช้กันทั่วไป<sup>52</sup> และเพื่อให้ทราบถึงกรอบหรือขอบเขตในการบังคับใช้จากถ้อยคำนั้น<sup>53</sup> ซึ่งคำศัพท์ที่ใช้ในกฎหมายมีอยู่ด้วยกัน 4 ลักษณะ<sup>54</sup> คือ

(ก) ศัพท์ธรรมดา ได้แก่ ภาษาที่คนธรรมดาทั่วไปเข้าใจกัน โดยหากไม่ทราบก็สามารถค้นหาความหมายได้จากพจนานุกรม

(ข) ศัพท์เทคนิค (Technical terms) ได้แก่ ภาษาที่ได้นำไปใช้ในกลุ่มเฉพาะจนกลายสภาพจากถ้อยคำธรรมดาเป็นคำเทคนิคในกลุ่มวิชาชีพเหล่านั้น และทำให้ความหมายที่คนธรรมดาเข้าใจอยู่เปลี่ยนแปลงไป เช่น คำว่า “ไวรัส” ซึ่งชาวบ้านอาจจะเข้าใจเช่นเดียวกับในทางการแพทย์ว่าหมายถึง เชื้อโรคชนิดหนึ่ง แต่จะเป็นคนละความหมายกับกลุ่มวิชาการคอมพิวเตอร์ซึ่งหมายถึง โปรแกรมชนิดหนึ่ง เป็นต้น

(ค) นิยามศัพท์ (definition) ได้แก่ ถ้อยคำธรรมดาทั่วไปซึ่งกฎหมายต้องการให้มีความหมายพิเศษเพิ่มเติมขึ้นเป็นการเฉพาะ เพื่อให้ นักกฎหมายเข้าใจความหมายที่ตรงกัน และเพื่อให้ครอบคลุมกับสิ่งที่กฎหมายต้องการให้มีผลบังคับใช้ตามความมุ่งหมายของกฎหมายนั้น

(ง) ถ้อยคำกำกวม ซึ่งแม้ว่าหลักในการบัญญัติกฎหมายโดยเฉพาะกฎหมายอาญาจะต้องบัญญัติให้มีความชัดเจน แต่ก็เป็นไปได้ที่จะบัญญัติให้ชัดเจนทั้งหมดได้ เนื่องจากภาษาแต่ละคำย่อมมีความหมายที่กว้างขึ้นอยู่กับบริบทในการนำไปใช้ ดังนั้น กฎหมายจึงต้องบัญญัติถ้อยคำที่มีความกำกวมและไม่ชัดเจนอยู่ เช่น คำว่า “รับไว้ด้วยประการใด” ในความผิดฐานรับของโจร เป็นต้น ซึ่งจำเป็นต้องพิจารณาความหมายจากสถานการณ์ในแต่ละกรณีเป็นเรื่อง ๆ ไป

(2) การตีความตามความสัมพันธ์อย่างเป็นระบบของกฎหมาย (systematische Auslegung)

ในการตีความกฎหมายนั้น ผู้ตีความจะต้องยึดถือความหมายตามนิยามที่กฎหมายบัญญัติเป็นหลักในการพิจารณา แต่อย่างไรก็ดี ผู้ตีความกฎหมายต้องระลึกด้วยว่าภาษากฎหมายเองก็อาจแตกต่างกันได้ ซึ่งความแตกต่างนี้ขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์อย่างเป็นระบบของกฎหมาย สำหรับ

<sup>50</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 39 วรรคหนึ่ง และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคหนึ่ง.

<sup>51</sup> จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น.73). เล่มเดิม.

<sup>52</sup> แหล่งเดิม.

<sup>53</sup> จาก *สังคมกับกฎหมาย* (น.133), โดย ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ช, 2551, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

<sup>54</sup> แหล่งเดิม (น.134-140).

กฎหมายอาญาเองก็มีความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบ แม้กฎหมายอาญาจะได้ให้ความหมายของคำใดคำหนึ่งไว้ก็เชื่อว่าจะมีความหมายที่เหมือนกันในทุกความผิด เพราะความผิดแต่ละฐานมีความสัมพันธ์กับนิยามที่แตกต่างกันได้ เช่นคำว่า “โดยทุจริต” กฎหมายให้นิยามไว้ว่าหมายถึงเพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น แต่ “โดยทุจริต” ในความผิดต่อกรรมสิทธิ์ คือ การแสวงหาประโยชน์ในตัวทรัพย์สิน กล่าวคือ มีลักษณะเป็นการใช้ทรัพย์สินในทางบวกไม่ใช่เป็นการทำลายทรัพย์สิน ซึ่งแตกต่างกับคำว่า “โดยทุจริต” ในความผิดต่อ “คุณธรรมทางกฎหมาย” อย่างอื่น เป็นต้นว่า ในความผิดฐานฉ้อโกง ซึ่งเป็นการแสวงหาประโยชน์อาจไม่เกี่ยวกับตัวทรัพย์สินเลย

นอกจากนี้บางถ้อยคำที่กฎหมายอาญาไม่ได้ให้นิยามไว้ แต่มีอยู่ในกฎหมายอื่น และเนื่องจากความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบของกฎหมายจึงต้องนำหลักในกฎหมายอื่นนั้นมาใช้ในกฎหมายอาญาด้วย เป็นต้นว่า กฎหมายอาญาไม่ได้ให้ความหมายเกี่ยวกับ “ทรัพย์สิน” ไว้ แต่กฎหมายแพ่งได้ให้ความหมายของ “ทรัพย์สิน” ว่า หมายความว่า วัตถุที่มีรูปร่าง ดังนั้น จึงต้องนำหลักในกฎหมายแพ่งมาใช้ในกฎหมายอาญาด้วย ทั้งนี้เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเชื่อมโยงกันอย่างเป็นระบบและเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ตามหลัก “ความเป็นหนึ่งเดียวของระบบกฎหมาย” (Einheit der Rechtsordnung)

ฉะนั้น การตีความตามกฎหมายตาม “หลักการตีความตามหลักภาษา” เพียงอย่างเดียว อาจไม่เพียงพอที่จะทราบความหมายที่ถูกต้องของตัวบทกฎหมายได้ ในการตีความกฎหมายจึงอาจต้องเพิ่มเติมด้วย “การตีความตามความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบของกฎหมาย” อย่างไรก็ตาม กรณีต้องยอมรับกันด้วยว่าในบางกรณีระบบกฎหมายเองอาจจะยังขาดความชัดเจนได้<sup>55</sup>

### (3) การตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย (historische Auslegung)

คือ การค้นหาความหมายของตัวบทกฎหมายจากประวัติความเป็นมาของตัวบทกฎหมายนั้น โดยการพิจารณาประวัติความเป็นมาของกฎหมาย ซึ่งอาจพิจารณาจากประวัติการยกร่างและเอกสารที่เกี่ยวข้อง เช่น ต้นร่าง เหตุผลในการร่าง ตลอดจนรายงานการประชุมของสภา ฯลฯ นอกจากนี้ “เหตุผลในการประกาศใช้กฎหมาย” ซึ่งมีอยู่ในระบบกฎหมายของไทยเราก็เป็นข้อมูลหนึ่งที่สามารถยังทราบถึงประวัติความเป็นมาของกฎหมายตลอดจนความหมายของตัวบทกฎหมายได้ โดยการตีความวิธีนี้จะนำไปสู่ “การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย” (teleologische Auslegung) ต่อไป<sup>56</sup>

<sup>55</sup> จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น.74-76). เล่มเดิม.

<sup>56</sup> แหล่งเดิม (น.74).

#### (4) การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย (teleologische Auslegung)

คือ การค้นหาความมุ่งหมายของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยที่การตีความตามวิธีนี้ “คุณธรรมทางกฎหมาย” (rechtsgut) ซึ่งเป็นสิ่งที่กฎหมายต้องการให้ความคุ้มครองจะเป็นเครื่องช่วยในการตีความได้เป็นอย่างดี เป็นต้นว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” ของความผิดฐานลักทรัพย์ คือ “กรรมสิทธิ์” และ “การครอบครอง”<sup>57</sup> ซึ่งกรรมสิทธิ์หมายถึงสิทธิในสิ่งที่มีรูปร่างหรือสิทธิในทรัพย์ สิทธิในไฟฟ้าจึงไม่ใช่กรรมสิทธิ์เพราะไฟฟ้าไม่ใช่อะไรที่มีรูปร่าง ดังนั้นการที่ศาลฎีกาพิพากษาลงโทษการลักกระแสไฟฟ้าฐานลักทรัพย์<sup>58</sup> หากพิจารณาตามหลัก “การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย” จึงเป็นการไม่ถูกต้อง

สำหรับ “การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย” นั้น นอกจากจำเป็นที่จะต้องค้นหา “คุณธรรมทางกฎหมาย” แล้ว อาจจำเป็นต้องคำนึงถึงคุณค่าของการกระทำด้วย เป็นต้นว่า การทำให้ดีขึ้น เช่น การกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายในการรักษาพยาบาลซึ่งแม้จะทำให้ผู้รับการรักษาได้รับบาดเจ็บบ้างก็ยอมไม่เป็นการ “ทำร้าย” ในความหมายของความผิดฐานทำร้ายร่างกาย<sup>59</sup>

#### 2) วิธีการตีความกฎหมายและการตีความกฎหมายอาญา

ในการตีความกฎหมายผู้ตีความชอบที่จะใช้การผสมผสานของหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายดังกล่าวมาแล้วประกอบกัน ทั้งนี้โดยถือเอา “การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย” เป็นหลัก ส่วนหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายอื่นๆ นั้น เป็นเพียงปัจจัยที่จะนำไปแก้ไขไปใกล้กับความหมายที่แท้จริงของตัวบทกฎหมายเท่านั้น และในการตีความกฎหมายอาญาผู้ตีความก็ต้องปฏิบัติเช่นเดียวกันกับที่กล่าวมานี้<sup>60</sup> โดยการบังคับใช้กฎหมายอาญาจะต้องอยู่ในกรอบหรือขอบเขตของความหมายของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หากใช้เกินเลยไปย่อมมิใช่การตีความกฎหมายอาญา แต่เป็นการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogie)<sup>61</sup> ในกฎหมายอาญา และถ้าเป็นไปในทางที่เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดแล้ว ย่อมเป็นสิ่งที่ต้องห้ามในกฎหมายอาญา<sup>62</sup>

<sup>57</sup> จาก กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 306), โดย คณิต ฌ นคร ค, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

<sup>58</sup> จาก คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 877/2501 (น. 896).

<sup>59</sup> จาก กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 77). เล่มเดิม.

<sup>60</sup> แหล่งเดิม (น. 78).

<sup>61</sup> จาก กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 307-308). เล่มเดิม.

<sup>62</sup> จาก หลักกฎหมายอาญา (น. 33), โดย แสงว นุญเฉลิมวิภาส, 2551, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

## 2.2 คุณธรรมทางกฎหมาย

นอกเหนือจากวัตถุประสงค์ในการกำหนดความผิดอาญาและวัตถุประสงค์ในการกำหนดโทษที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น ในการพิจารณาบัญญัติความผิดฐานต่าง ๆ นั้นจะมีสิ่งทีกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองเป็นพื้นฐานทางความคิดอยู่เบื้องหลังเสมอ โดยสิ่งนี้มีใช้สิ่งที่มีรูปร่างที่จะสามารถรับรู้ได้ด้วยสัมผัสทั้งห้า แต่เป็นสภาพพึงปรารถนาที่กฎหมายต้องการรับประกันจากการล่วงละเมิด อันเป็นเรื่องในทางความคิดอันเป็นนามธรรมซึ่งเรียกกันว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut)<sup>63</sup> ไม่ว่าผู้บัญญัติจะได้คำนึงถึงคุณธรรมทางกฎหมายก่อนบัญญัติหรือไม่ก็ตาม เพราะความผิดอาญามีที่มาจาก ปทัสถาน (Norm) และปทัสถานนั้นก็มาจากคุณธรรมทางกฎหมาย<sup>64</sup> โดยที่ปทัสถาน หมายถึง กฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่สังคมสร้างขึ้นเพื่อควบคุมพฤติกรรมของสมาชิกในสังคมให้เป็นไปในทำนองเดียวกัน เพื่อรักษาความเป็นระเบียบ ตลอดจนความสงบเรียบร้อยของสังคม นอกจากนี้ยังเป็นแบบแผนพฤติกรรมอันเป็นที่คาดหวังของสังคม แบ่งได้เป็น 3 ประเภท คือ วิถีประชาหรือวิถีชาวบ้าน จารีตหรือกวีศีลธรรม และกฎหมาย หรือที่เรียกอีกอย่างได้ว่าธรรมเนียมปฏิบัติ norm หรือ normative มาจากภาษาลาตินว่า norma แปลว่า อาคารหิน รูปทรงสี่เหลี่ยม (a stone mason's set - square) ซึ่งหมายความว่าสิ่งที่แสดงความเชื่อมั่นถึงวัตถุที่ควรจะเป็น และความหมายในทางปรัชญา ธรรมเนียมปฏิบัติหมายถึง กฎ (rule) หรือมาตรฐานอำนาจ (an authoritative standard) และยังหมายถึงข้อความหรือสิ่งที่ควรจะเป็น อันเป็นการแสดงถึงสิ่งที่ควรและสิ่งที่ไม่ควร<sup>65</sup> ซึ่งในปทัสถานนั้นมีสมบัติ (gut) แฝงอยู่ในเบื้องหลังโดยที่กฎหมายอาญานั้นได้ยกระดับ “สมบัติ” นั้นขึ้นมาเป็น “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) เช่น ปทัสถานที่ว่า “การฆ่าเป็นสิ่งที่ไม่สมควร” การที่ไม่สมควรนั้นก็เพราะว่า “ชีวิต” เป็นสิ่งที่พึงหวงแหน ดังนั้นการบัญญัติกฎหมายอาญามาตรา 288 ก็เพื่อที่จะคุ้มครองชีวิตมนุษย์ และโดยการบัญญัติความผิดฐานนี้จึงทำให้ชีวิตมนุษย์กลายเป็นคุณธรรมทางกฎหมายไป<sup>66</sup> ทั้งนี้ มิได้หมายความว่า การประพฤติดิปปทัสถาน ทุกกรณีจะต้องถูกกำหนดให้เป็นความผิดอาญาเสมอไป เนื่องจาก การประพฤติดิปปทัสถานบางอย่างอาจยังไม่มีลักษณะที่กระทบกระเทือนอย่างร้ายแรงต่อการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมเท่าใดนัก ดังนั้น คุณธรรมทางกฎหมายนั้นจึงไม่จำเป็นต้องคุ้มครองโดยกฎหมายอาญา เช่น

<sup>63</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์ เรียก Rechtsgut ว่า นิติสมบัติ.

<sup>64</sup> จาก “ผู้เสียหายในคดีอาญา,” *รวมบทความทางวิชาการ* (น.278-279), โดย คณิศ ฅ นคร ง, 2540, กรุงเทพฯ: สำนักงานอัยการสูงสุด.

<sup>65</sup> จาก “การออกกฎหมายในกรอบจริยธรรมและศีลธรรม,” โดย วิชัช จีรแพทย, 2550, *ข่าวนิติบัณชิตยสภา*, 19 (210), น. 5.

<sup>66</sup> จาก “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา,” *รวมบทความทางวิชาการ* (น. 183-184). เล่มเดิม.

กรณีการกระทำละเมิด ซึ่งบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ความว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” โดย ถ้อยคำตามบทบัญญัติดังกล่าวที่ว่า “ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิ” นั้น ก็เป็นคุณธรรมทางกฎหมาย ด้วยเช่นกัน<sup>67</sup>

ด้วยเหตุนี้สามารถกล่าวโดยสรุปได้ว่า “สมบัติ” (gut) เรียกเป็นอีกชื่อหนึ่งได้ว่า “คุณธรรม” ที่อยู่ในความเป็นตัวตนของมนุษย์ทุกคนควรที่จะทราบว่าสิ่งใดควรสิ่งใดไม่ควร แต่ก็มิได้หมายความว่า “สมบัติ” หรือคุณธรรมทุกอย่างจะถูกยกกระดืบมาเป็น “คุณธรรมทางกฎหมาย” ทุกกรณีไป ดังนั้นเมื่อสมบัติใดถูกยกขึ้นมาเป็นคุณธรรมทางกฎหมายแล้ว กฎหมายนั้นก็จะต้องมีหน้าที่ปกป้องคุณธรรมทางกฎหมายนั้นๆ โดยมียอมให้ใครมาล่วงละเมิดได้ เพราะสมบัติที่ถูกยกกระดืบขึ้นมาเป็นคุณธรรมทางกฎหมาย ไม่ว่าจะอยู่ในกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่นๆ ล้วนแล้วแต่เป็นสมบัติที่มีความสำคัญที่จำเป็นสำหรับการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมทั้งสิ้น<sup>68</sup> โดยในส่วนของเนื้อหาเกี่ยวกับคุณธรรมทางกฎหมายที่ได้นำมาศึกษานี้ผู้เขียนจะหมายถึงเฉพาะคุณธรรมทางกฎหมายที่ถูกคุ้มครองโดยกฎหมายอาญาเท่านั้นซึ่งจะได้กล่าวเป็นลำดับต่อไป ดังนี้

### 2.2.1 ความหมายของคุณธรรมทางกฎหมาย

ได้กล่าวมาแล้วว่าคุณธรรมทางกฎหมายนั้นไม่ใช่สิ่งที่จับต้องได้ กล่าวคือ เป็นสิ่งที่ เป็น “ประโยชน์” (Interesse หรือ interest) หรือสิ่งที่ เป็น “คุณค่า” (Wert หรือ value)<sup>69</sup> โดยเป็นค่าในทางความคิดของระเบียบสังคมซึ่งเกี่ยวพันถึงความมั่นคง ความอยู่ดีและเกียรติภูมิของความเป็นอยู่ในสังคม ดังนั้น คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) จึงหมายถึง “ประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันที่กฎหมายคุ้มครอง” หรือ “ประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง”<sup>70</sup> หรือ สิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองโดยการบัญญัติให้การฝ่าฝืนเป็นความผิดอาญา (Criminalization)<sup>71</sup>

โดยความผิดอาญาแต่ละฐานจะประกอบไปด้วยคุณธรรมทางกฎหมาย กรรมของการกระทำ ผู้กระทำ และการกระทำเข้าด้วยกัน<sup>72</sup> แม้ว่าผู้บัญญัติจะมีได้กำหนดคุณธรรมทางกฎหมาย

<sup>67</sup> จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น. 152). เล่มเดิม.

<sup>68</sup> จาก “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา,” *รวมบทความทางวิชาการ*. หน้าเดิม.

<sup>69</sup> จาก *ประมวลกฎหมายอาญา : หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ* (น. 272). เล่มเดิม.

<sup>70</sup> จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น. 153-154). เล่มเดิม.

<sup>71</sup> จาก *เอกสารประกอบการเรียนวิชาปัญหาชั้นสูงในกฎหมายอาญา*, โดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

<sup>72</sup> จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น. 154). เล่มเดิม.

ก่อนการบัญญัติความผิดอาญาที่ตาม กล่าวโดยเฉพาะคือ องค์ประกอบของความผิดอาญาจาก ปทัสถาน และปทัสถานมาจากคุณธรรมทางกฎหมาย<sup>73</sup> คุณธรรมทางกฎหมาย มิใช่สิ่งเดียวกันกับ กรรมของการกระทำ ในขณะที่คุณธรรมทางกฎหมายเป็นคุณค่าทางอุดมคติที่อยู่เบื้องหลัง บทบัญญัติความผิดฐานต่างๆ แต่กรรมของการกระทำนั้น เป็นสิ่งที่ถูกระทบกระเทือนจากการ ละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมาย<sup>74</sup> ซึ่งอาจอยู่ในรูปแบบต่างๆ กัน เช่น เป็นศูนย์รวมของชีวิตจิตใจ (ร่างกายและชีวิตมนุษย์) เป็นค่าในทางเศรษฐกิจ (ทรัพย์สิน) เป็นทรัพย์สิน (สัตว์ที่ถูกล่า) เป็นสภาพ ที่แท้จริงที่คงอยู่ (การใช้ได้ของวัตถุ) เป็นต้น คุณธรรมทางกฎหมายกับกรรมของการกระทำจึง ต่างกันทำนอง “ความคิด” กับ “สภาพที่ปรากฏ” หรือกล่าวได้ว่าผลที่ไม่เป็นธรรมของความผิด อาญาเป็นการรบกวนกรรมของการกระทำประการหนึ่ง กับการทำร้ายคุณธรรมทางกฎหมายอีก ประการหนึ่ง<sup>75</sup> เช่น

(1) ความผิดฐานลักทรัพย์ตามมาตรา 334 มีทรัพย์สินเป็นกรรมของการกระทำ แต่ คุณธรรมทางกฎหมาย คือ กรรมสิทธิ์และการครอบครอง<sup>76</sup>

(2) ความผิดฐานเบียดบังความเท็จในการพิจารณาคดีตามมาตรา 177 มีการค้นหาความจริง ในคดีเป็นกรรมของการกระทำ แต่คุณธรรมทางกฎหมาย คือ ความถูกต้องของอำนาจตุลาการ<sup>77</sup>

(3) ความผิดฐานปลอมเอกสารตามมาตรา 264 มีเอกสารเป็นกรรมของการกระทำ แต่คุณธรรมทางกฎหมาย คือ ความมั่นคงและความเชื่อถือในการใช้เป็นพยานหลักฐาน<sup>78</sup>

ในทัศนะของผู้เขียนมีความเห็นว่า การที่เราได้ทราบถึงคุณธรรมทางกฎหมายที่มีอยู่ ในแต่ละฐานความผิด จะช่วยให้สามารถวินิจฉัยความผิดแต่ละฐานได้ตามความมุ่งหมายหรือ เจตนารมณ์ของบทบัญญัตินั้นๆ อันจะช่วยให้การบังคับใช้กฎหมายอาญาเป็นไปอย่างถูกต้อง มีประสิทธิภาพ และสามารถรักษาความเป็นธรรมให้ดำรงอยู่ในสังคมได้ ดังจะได้กล่าวรายละเอียด ต่อไปในหัวข้อประโยชน์ของการศึกษาคุณธรรมทางกฎหมาย

### 2.2.2 การแบ่งประเภทของคุณธรรมทางกฎหมาย

คุณธรรมทางกฎหมายแบ่งออกได้เป็นสองประเภท<sup>79</sup> ดังนี้

<sup>73</sup> แหล่งเดิม.

<sup>74</sup> แหล่งเดิม.

<sup>75</sup> จาก “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา,” *รวมบทความทางวิชาการ* (น. 185). เล่มเดิม.

<sup>76</sup> จาก *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (น. 306). เล่มเดิม.

<sup>77</sup> แหล่งเดิม (น. 829).

<sup>78</sup> แหล่งเดิม (น. 527).

<sup>79</sup> จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น. 155-156). เล่มเดิม.

### 1) คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล (Individualechtsgut)

คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล ก็มุ่งที่จะคุ้มครองในเรื่องที่เกี่ยวกับบุคคลซึ่งแฝงอยู่ในบทบัญญัติความผิดฐานต่างๆ เช่น คุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครองในเรื่องของ “ชีวิต” “เสรีภาพ” “กรรมสิทธิ์” เป็นต้น<sup>80</sup> และส่งผลให้บุคคลที่กฎหมายให้การคุ้มครองดังกล่าวนั้น กลายเป็นผู้เสียหายที่มีอำนาจเข้ามาดำเนินคดีอาญา<sup>81</sup> โดยฐานความผิดอาญาส่วนใหญ่ที่มีคุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครองส่วนบุคคลนั้นมักจะเป็นความผิดที่สามารถยอมความกันได้ อาทิเช่น ความผิดที่เกี่ยวกับการข่มขืนใจผู้อื่น ตามมาตรา 309 วรรคแรกโดยความผิดฐานนี้คุณธรรมทางกฎหมายคุ้มครองในเรื่องของ “เสรีภาพ” เหตุผลที่ความผิดฐานนี้จัดว่าเป็น ความผิดอันยอมความได้ เพราะความผิดฐานนี้มีความเป็นอาชญากรรมไม่สูง กระทบชีวิตส่วนตัวบุคคลไม่มากและการดำเนินคดีอาญาจะเป็นการซ้ำเติมผู้เสียหาย<sup>82</sup> หรือความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยมีคุณธรรมทางกฎหมายคุ้มครองในเรื่องของ “เกียรติ” ก็จัดได้ว่าเป็นความผิดอันยอมความได้เช่นกัน<sup>83</sup> แต่ในเรื่องของ “ชีวิต” แม้จะเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลก็ตาม แต่ถือเป็นเรื่องสำคัญที่สังคมไม่ยินยอมให้ผู้เป็นเจ้าของสามารถสละได้ จึงทำให้ความผิดต่อชีวิตไม่เป็นการผิดที่ยอมความได้<sup>84</sup> โดยในส่วนของคุณลักษณะสำคัญของความผิดอันยอมความได้นั้น จะต้องมีการร้องทุกข์ของผู้เสียหาย<sup>85</sup> จึงจะสามารถเริ่มดำเนินคดีได้ ดังนั้นแสดงให้เห็นว่า เฉพาะความผิดที่กระทบต่อตัวบุคคลโดยตรงซึ่งแฝงด้วยคุณธรรมทางกฎหมายที่มีความประสงค์คุ้มครองส่วนบุคคลเท่านั้น รัฐจึงยอมให้มีการยอมความกันได้<sup>86</sup>

### 2) คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (Universalrechtsgut)

คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม ก็มุ่งที่จะคุ้มครองในเรื่องที่เกี่ยวกับส่วนรวม โดยแฝงอยู่ในบทบัญญัติความผิดฐานต่างๆ เช่น “ความปลอดภัยของการจราจร” “สภาพความแท้จริงและเชื่อถือได้ของเงินตรา” เป็นต้น<sup>87</sup> และเป็นหลักในการพิจารณาว่าความผิดใดน่าที่จะเป็น

<sup>80</sup> จาก วิชาอาญา วิพากษ์ (น. 47), โดย คณิต ฒ นคร จ, 2552, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

<sup>81</sup> จาก ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 28.

<sup>82</sup> จาก กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 207). เล่มเดิม.

<sup>83</sup> จาก ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 333.

<sup>84</sup> จาก กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. หน้าเดิม.

<sup>85</sup> จาก ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 121.

<sup>86</sup> จาก ความผิดอันยอมความได้กับความผิดอาญาแผ่นดิน ศึกษาตามกฎหมายอาญาสารบัญญัติ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 22), โดย สุรพงษ์ เขี่ยมแทน, 2544, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

<sup>87</sup> จาก วิชาอาญา วิพากษ์. หน้าเดิม.

ความผิดต่อบุคคลโดยส่วนรวมหรือความผิดอาญาแผ่นดิน โดยเมื่อกฎหมายนั้นมีความประสงค์ที่จะคุ้มครองการกระทำความผิดต่างๆ ที่จะกระทบต่อบุคคลโดยส่วนรวมในสังคม จึงทำให้ความผิดดังกล่าวมีฐานะเป็นความผิดอาญาแผ่นดินหรือเป็นความผิดต่อบุคคลโดยส่วนรวม และย่อมส่งผลให้ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดที่ยอมความกันไม่ได้ โดยที่การกระทำความผิดนี้ รัฐไม่มีนโยบายให้ผู้เสียหายเข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจ ผู้เสียหายจึงไม่มีสิทธิ์ในการเป็นเงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดี (Prozessvoraussetzung) เช่น ความผิดที่เกี่ยวกับชีวิต, ความผิดต่อข้อบัญญัติทางศีลธรรม, ความผิดต่อความมั่นคงและความเชื่อถือ, ความผิดต่อความสงบสุขและความปลอดภัยของประชาชน, ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ เป็นต้น<sup>88</sup>

จากการแบ่งประเภทของคุณธรรมทางกฎหมายออกเป็นสองประเภทดังกล่าว ไม่ว่าจะ เป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครองส่วนบุคคล หรือคุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครองส่วนรวม เป็นผลให้แยกแยะบุคคลที่กฎหมายต้องการให้ความคุ้มครองได้อย่างชัดเจนขึ้น ซึ่งถ้ามองจากการบังคับใช้กฎหมายของศาลยุติธรรมที่แสดงออกมาทางคำพิพากษาก็จะเห็นได้ว่าคำพิพากษากฎีกาที่เกี่ยวกับผู้เสียหายมีอยู่เป็นจำนวนมาก เนื่องมาจากการวิเคราะห์ห้วงบทบัญญัติกฎหมายอย่างไม่มีแนวทางในการนำมาบังคับใช้<sup>89</sup> ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงเห็นชอบด้วยกับการนำหลักเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายมาใช้เป็นแนวทางในการวิเคราะห์ห้วงบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องผู้เสียหายให้เกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้น

### 2.2.3 ประโยชน์ของคุณธรรมทางกฎหมาย<sup>90</sup>

การศึกษาคุณธรรมทางกฎหมายได้ประโยชน์หลายประการ เป็นต้นว่า

1) คุณธรรมทางกฎหมายเป็นเครื่องช่วยในการตีความกฎหมายได้ ทั้งนี้ เนื่องจากคุณธรรมทางกฎหมายเป็นส่วนหนึ่งของความผิดอาญาฐานต่างๆ การที่เรามิได้ศึกษาเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายกันนั้น จะก่อให้เกิดความผิดพลาดในการตีความกฎหมายซึ่งได้เกิดขึ้นมาแล้ว ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) กรณีการลัดกระแสน้ำไฟฟ้า ศาลฎีกาได้วินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ว่าเป็นการกระทำผิดฐานลักทรัพย์<sup>91</sup> ซึ่งข้อผิดพลาดกรณีการตีความในกรณีนี้ คือ ความผิดฐานลักทรัพย์คุ้มครอง

<sup>88</sup> จาก การคุ้มครองเกียรติ: ศึกษาคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานดูหมิ่นเปรียบเทียบความผิดฐานหมิ่นประมาท (น. 12). เล่มเดิม. และ ความยินยอมในกฎหมายอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 51), โดย กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2523), กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

<sup>89</sup> จาก “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา,” *รวมบทความทางวิชาการ* (น. 188). เล่มเดิม

<sup>90</sup> แหล่งเดิม (น. 186-188).

<sup>91</sup> จาก คำพิพากษากฎีกาที่ 877/2501 (ประชุมใหญ่) (น. 1588), กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา.

คุณธรรมทางกฎหมาย 2 ประการคือ กรรมสิทธิ์และการครอบครอง การ “เอาไป” อันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ต้องเป็นการเอาไปที่เป็นการทำร้ายกรรมสิทธิ์และการครอบครอง กรรมสิทธิ์ คือ สิทธิในทรัพย์สิน กล่าวคือสิทธิในสิ่งที่มีรูปร่าง<sup>92</sup> ส่วนการครอบครอง คือ อำนาจที่แท้จริงเหนือทรัพย์สินในขณะใดขณะหนึ่ง ไฟฟ้าเป็นพลังงานหาใช้ทรัพย์สินไม่ สิทธิในไฟฟ้าจึงมิใช่กรรมสิทธิ์ ดังนั้น การลักเอากระแสไฟฟ้าจึงหาใช่การเอาไปตามความหมายของการลักทรัพย์สินไม่ การลักกระแสไฟฟ้าจึงไม่เป็นความผิดฐานลักทรัพย์สิน<sup>93</sup> เกี่ยวกับเรื่องนี้แม้จะมีความคิดว่าสมควรจะลงโทษผู้ลักกระแสไฟฟ้าแต่ก็ควรแก้โดยกระบวนการนิติบัญญัติจะเหมาะสมกว่า<sup>94</sup> และจากการพิจารณาในเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายนี้เองที่เป็นเหตุผลที่ว่าเยอรมันต้องบัญญัติเรื่องการลักกระแสไฟฟ้าขึ้นมาเป็นเอกเทศ<sup>95</sup>

แต่ในประเทศไทยศาลฎีกาก็ยังตามแนวคำพิพากษาเดิมเรื่อยมา โดยมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นว่าจำเลยได้กระทำการแอบใช้โทรศัพท์ (บ้าน) โดยทำการต่อพ่วงเป็นต้นมาจากที่หนึ่งไปยังอีกที่หนึ่งโดยผ่านทางสาย ศาลฎีกาให้เหตุผลว่าสัญญา โทรศัพท์ (บ้าน) เป็นกระแสไฟฟ้าที่แปลงมาจากเสียงพูด เคลื่อนที่ไปตามสายลวดที่จำเลยต่อพ่วง การกระทำของจำเลยเป็นการลักเอาสัญญา โทรศัพท์ซึ่งอยู่ในความครอบครองของผู้เสียหายไปใช้เพื่อประโยชน์ของตน โดยทุจริตจึงเป็นความผิดฐานลักทรัพย์สิน<sup>96</sup>

แต่ก่อนหน้าที่จะมีคดีการแอบใช้โทรศัพท์บ้านนั้น ได้มีข้อเท็จจริงเรื่องหนึ่งเนื้อความว่า จำเลยได้นำโทรศัพท์มือถือมาปรับจูนและทำการก๊อปปี้คลื่นสัญญาณ โทรศัพท์ของผู้เสียหายแล้วใช้ส่งวิทยุคมนาคมโดยไม่ได้รับอนุญาต โดยศาลฎีกาได้ให้เหตุผลในคดีดังกล่าวว่า การกระทำของจำเลยเป็นเพียงการแย่งใช้คลื่นโทรศัพท์ของผู้เสียหายโดยไม่มีสิทธิ มิใช่เป็นการเอาทรัพย์สินของผู้อื่นไปโดยทุจริต ไม่เป็นความผิดฐานลักทรัพย์สิน<sup>97</sup> จนกระทั่งในปัจจุบันได้มีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นเกี่ยวกับการลักข้อมูลทางคอมพิวเตอร์ขึ้นแล้วศาลฎีกาก็ทำการตัดสิน โดยให้เหตุผลว่า “ข้อมูล” ตามพจนานุกรมให้ความหมายว่า ข้อเท็จจริงหรือสิ่งที่ถือหรือยอมรับว่าเป็นข้อเท็จจริง สำหรับใช้เป็น

<sup>92</sup> จาก *กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน* (น. 166-171), โดย เสนีย์ ปราโมช, 2520, กรุงเทพฯ: อักษรศาสตร์.

<sup>93</sup> นอกจากนี้การลงโทษบุคคลกรณีลักกระแสไฟฟ้าฐานลักทรัพย์สินยังขัดต่อหลัก “ไม่มีโทษไม่มีกฎหมาย” (Nulla poena sine lege) ในข้อห้ามใช้กฎหมายใกล้เคียง (Analogieverbot) อีกด้วย โปรดดูเพิ่มเติมในกฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 86). เล่มเดิม.

<sup>94</sup> จาก *หลักกฎหมายอาญา* (น. 31-32). เล่มเดิม.

<sup>95</sup> ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 248 c.

<sup>96</sup> จาก คำพิพากษาฎีกาที่ 2286/2545 (น. 840), กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา.

<sup>97</sup> จาก คำพิพากษาฎีกาที่ 5354/2539 (น. 18), กรุงเทพฯ: สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ.

หลักอนุমানหาความจริงหรือการคำนวณ ส่วน “ข้อเท็จจริง” หมายความว่า ข้อความแห่งเหตุการณ์ที่เป็นมาหรือที่เป็นอยู่จริง ข้อความหรือเหตุการณ์ที่จะต้องวินิจฉัยว่าเท็จหรือจริง ดังนั้น ข้อมูลจึงไม่นับเป็นวัตถุประสงค์รูปร่าง สำหรับ ตัวอักษร ภาพแผนผัง และตราสารเป็นเพียงสัญลักษณ์ที่ถ่ายทอดความหมายของข้อมูลออกจากแผ่นบันทึกข้อมูล โดยอาศัยเครื่องคอมพิวเตอร์ มิใช่รูปร่างของข้อมูล เมื่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 137 บัญญัติว่า ททรัพย์ หมายความว่า วัตถุประสงค์รูปร่างข้อมูลในแผ่นบันทึกข้อมูลจึงไม่ถือเป็นทรัพย์ การที่จำเลยนำแผ่นบันทึกข้อมูลเปล่าลอกข้อมูลจากแผ่นบันทึกข้อมูลของโจทก์ร่วม จึงไม่เป็นความผิดฐานลักทรัพย์<sup>98</sup> ซึ่งจากเหตุผลที่ศาลฎีกาได้ให้ไว้ในเรื่องนี้ น่าจะชอบด้วยเหตุผลหากพิจารณาถึงคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานลักทรัพย์

ในมุมมองของผู้เขียนเห็นว่าในกรณีต่างๆ ที่ได้ยกขึ้นทำการศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับการตีความกฎหมายของศาลฎีกาในคดีความผิดฐานลักทรัพย์ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันนั้น ยังมีความไม่ชัดเจนอยู่มากและไม่อาจอ้างอิงในทางวิชาการได้ ที่เป็นเช่นนี้ก็สืบเนื่องจากการมิได้นำหลักเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายมาพิจารณาประกอบด้วยในการตีความบทบัญญัติกฎหมาย และนอกจากการวินิจฉัยความผิดฐานลักทรัพย์แล้วก็ยังมีกรณีคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ได้วินิจฉัยการกระทำ ความผิดอาญาฐานอื่นที่สามารถยกเป็นตัวอย่างเพื่อศึกษาในเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายได้อีก ดังนี้

(2) กรณีความผิดฐานรับของโจร ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 357 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติว่า

“ผู้ใดช่วยซ่อนเร้น ช่วยจำหน่าย ช่วยพาเอาไปเสีย ซื่อ รับจํานำหรือรับไว้โดยประการใดซึ่งทรัพย์อันได้มาโดยการกระทำความผิดถ้าความผิดนั้นเข้าลักษณะลักทรัพย์ วิ่งราวทรัพย์ กรรโชก ริดเอาทรัพย์ ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์ ฆ้อ โกง ยักยอกหรือ เจ้าพนักงานยักยอกทรัพย์ ผู้นั้นกระทำความผิดฐานรับของโจรต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติของความผิดฐานนี้ คือ การที่บุคคลช่วยซ่อนเร้น ช่วยจำหน่าย ช่วยพาเอาไปเสีย ซื่อ รับจํานำหรือรับไว้โดยประการใดซึ่งทรัพย์อันได้มาจากการกระทำความผิดโดยเจตนา

องค์ประกอบภายนอก คือ การที่บุคคลช่วยซ่อนเร้น ช่วยจำหน่าย ช่วยพาเอาไปเสีย ซื่อ รับจํานำหรือรับไว้โดยประการใดซึ่งทรัพย์อันได้มาจากการกระทำความผิด

องค์ประกอบภายใน คือ เจตนารับของโจร กล่าวคือ ต้องรู้ว่าทรัพย์นั้นเป็นทรัพย์ที่ได้มาจากการกระทำความผิด

<sup>98</sup> จาก คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5161/2547 (น. 940), กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา.

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานรับของโจร คือ “สิทธิติดตามเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของเจ้าของทรัพย์สิน”<sup>99</sup> เพราะเมื่อใดที่ทรัพย์สินของเจ้าของทรัพย์สินได้พาดจากตัวเจ้าของทรัพย์สิน เจ้าของทรัพย์สินก็ย่อมมีสิทธิติดตามเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนได้ ฉะนั้นหากมีผู้ได้รับช่วงต่อจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นอีก ก็ย่อมเป็นการที่เจ้าของทรัพย์สินจะติดตามเอาทรัพย์สินนั้นกลับคืนได้โดยยากลำบากยิ่งขึ้น ดังนั้น กฎหมายจึงต้องบัญญัติความผิดฐานรับของโจรนี้ไว้เพื่อป้องกันมิให้มีการรับของร้าย และเจ้าของทรัพย์สินสามารถติดตามเอาทรัพย์สินนั้นกลับคืนมาได้โดยสะดวก ดังนั้นความผิดฐานรับของโจร คุณธรรมทางกฎหมายจึงคุ้มครอง การติดตามเอาทรัพย์สิน<sup>100</sup> นั่นเอง

สิทธิในการติดตามเอาทรัพย์สินนั้น บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 ซึ่งบัญญัติว่า

“ภายในบังคับแห่งกฎหมาย เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอย และจำหน่ายทรัพย์สินของตนและได้ซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้น กับทั้งมีสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย”

คำพิพากษาฎีกาที่ 657/2519<sup>101</sup>: การที่ผู้เสียหายให้จำเลยไปช่วยสืบหาและไล่ทรัพย์สินที่อยู่ในความครอบครองของผู้เสียหายซึ่งถูกคนร้ายลักเอาไปจำเลยจึงไปไล่ทรัพย์สินดังกล่าวคืนมาให้ เช่นนี้ ยังถือไม่ได้ว่าจำเลยมีเจตนากระทำความผิด จำเลยไม่มีความผิดฐานรับของโจร ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 357

เกี่ยวกับคำพิพากษาฎีกาเรื่องนี้ ท่านศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศักดิ์ย์ ได้ให้หมายเหตุไว้ว่า กรณีเช่นนี้ไม่เป็นความผิดฐานรับของโจร เพราะจำเลยได้รับมอบโดยใจสมัครจากเจ้าของทรัพย์สินให้ไล่ทรัพย์สินคืนได้ เป็นการกระทำที่มีสิทธิตามกฎหมายเช่นเดียวกับเจ้าของทรัพย์สินทำเอง จึงไม่เป็นความผิด

คำพิพากษาฎีกาที่ 2611/2527<sup>102</sup>: ผู้เสียหายขอให้ ส. หลานชายช่วยติดตามหารถจักรยานที่ถูกลัก ส. ขอร้องให้จำเลยช่วยอีกต่อหนึ่ง จำเลยติดตามได้จึงนำรถมาเก็บไว้ที่บ้าน แม้มิได้นำไปส่งคืนในทันที แต่เมื่อ ช. ถูกจับ จำเลยก็ไปแจ้งต่อตำรวจทันทีว่ารถอยู่ที่จำเลย การนำรถมาเก็บไว้

<sup>99</sup> จาก การบรรยายในชั้นเรียนวิชาปัญหาชั้นสูงในกฎหมายอาญา, โดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, วันที่ 5 กรกฎาคม 2555, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

<sup>100</sup> แหล่งเดิม.

<sup>101</sup> จาก คำพิพากษาฎีกา (น. 1092-1093), กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา.

<sup>102</sup> แหล่งเดิม (น. 1915-1917).

ที่บ้าน ก็กระทำโดยเปิดเผย มิได้ปิดบังซ่อนเร้น อันแสดงว่าจำเลยกระทำไปโดยสุจริต ดังนี้ จำเลย  
ไม่มีความผิดฐานรับของโจร

ดังนี้ หากพิเคราะห์คำพิพากษาฎีกาทั้งสองเรื่องข้างต้นแล้วเห็นว่า การให้เหตุผลของ  
ศาลฎีกาในการพิพากษาว่าจำเลยไม่มีความผิดฐานรับของโจรนั้น ไม่ว่าจะเป็นการให้เหตุผลว่า  
เพราะจำเลยไม่มีเจตนาในการกระทำความผิดก็ดี หรือจำเลยกระทำไปโดยสุจริต ซึ่งกล่าวอีกนัย  
หนึ่งได้ว่าจำเลยมิได้กระทำไปโดยทุจริตก็ดีนั้น ด้วยความเคารพต่อศาลฎีกา ผู้เขียนเห็นว่าแม้  
คำพิพากษาทั้งสองเรื่องดังกล่าวจะชอบด้วยผล แต่ก็ยังไม่ถือว่าชอบด้วยเหตุ ทั้งนี้เนื่องจากหาก  
พิจารณาข้อเท็จจริงของเรื่องปรับเข้ากับตัวบทกฎหมายแล้วจะเห็นได้ว่าการกระทำของจำเลย ซึ่งได้  
ไถ่ทรัพย์คืนมา(ซื้อ) หรือการติดตามเอาทรัพย์กลับคืนมา(รับไว้โดยประการใด) ซึ่งทรัพย์อันได้มา  
โดยการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ โดยเจตนารับของโจร คือ จำเลยรู้ว่าทรัพย์นั้นเป็นทรัพย์ที่  
ได้มาจากการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ ดังนั้นหากพิจารณาตามตัวอักษรแห่งบทบัญญัติมาตรา  
357 แล้ว ย่อมถือได้ว่าการกระทำของจำเลยทั้งสองเรื่องครบองค์ประกอบของความผิดฐานรับของ  
โจรแล้ว อีกทั้งองค์ประกอบความผิดฐานรับของโจรนี้ก็มีได้ต้องการเจตนาพิเศษ(โดยทุจริต)  
แต่อย่างใด

ดังได้กล่าวแล้วว่าในความผิดอาญาแต่ละฐานนั้นมีสิ่งทีกฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง  
ซึ่งก็คือ คุณธรรมทางกฎหมายนั่นเอง ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า เหตุที่การกระทำของจำเลยทั้งสอง  
เรื่องไม่เป็นความผิดอาญาฐานรับของโจร ทั้งนี้เพราะคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดอาญาฐาน  
รับของโจร คือ สิทธิติดตามเอาคืนซึ่งทรัพย์ของเจ้าของทรัพย์ ซึ่งถือเป็นทรัพย์สินนั้น มิได้ถูก  
กระทบกระเทือนหรือถูกทำร้ายจากการกระทำของจำเลยแต่อย่างใด ในทางตรงข้ามการกระทำของ  
จำเลยกลับเป็นการช่วยคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้อีกด้วย ดังนั้น การกระทำ  
ของจำเลยจึงไม่เป็นความผิดด้วยเหตุผลดังกล่าวซึ่งค่อนข้างสอดคล้องกับความเห็นของท่าน  
ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ ที่ได้ให้ไว้ในหมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 657/2519 ซึ่งท่านได้  
พิจารณาถึงสิทธิในการติดตามเอาทรัพย์คืน อันเป็นคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานนี้นั่นเอง

(3) ความผิดฐานข่มขืนกระทำเราผู้อื่นและความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก ตาม  
ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคแรก และมาตรา 277 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติตามลำดับว่า

“ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดย  
ผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นต้อง  
ระวางโทษ...”

“ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะ  
ยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษ...”

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น คือ “เสรีภาพในทางเพศ”<sup>103</sup>

ส่วนคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก คือ “ความบริสุทธิ์ในทางเพศของเด็ก”<sup>104</sup> หรือ “ศีลธรรมในทางเพศ”<sup>105</sup>

คำพิพากษาฎีกาที่ 536/2528<sup>106</sup> : จำเลยกระทำชำเราผู้เสียหาย อายุ 11 ปีเศษ แม้ผู้เสียหายยินยอม จำเลยก็มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277

คำพิพากษาฎีกาที่ 313/2528<sup>107</sup> : ผู้เสียหายยอมให้จำเลยที่ 1 ร่วมประเวณีโดยสมัครใจ แม้จำเลยที่ 2 จะช่วยจับขังผู้เสียหายต่างออกไปการร่วมประเวณีโดยสมัครใจของผู้เสียหายเช่นนั้นย่อมไม่ทำให้การกระทำของจำเลยที่ 2 เป็นความผิด ผู้เสียหายยินยอมให้จำเลยทั้งสองมาคูด้วยบนบ้านในลักษณะเปลือยกายทั้งสองคน และยังยอมให้จำเลยที่ 1 ร่วมประเวณีด้วยความสมัครใจ ต่อหน้าจำเลยที่ 2 ทั้งที่มีแสงตะเกียงเช่นนั้น แสดงว่าผู้เสียหายสมัครใจแสวงสุขในเชิงโลกีย์วิสัยร่วมกับจำเลยทั้งสองโดยสมัครใจ

ดังนั้น หากพิเคราะห์คำพิพากษาฎีกาทั้งสองเรื่องข้างต้นแล้วเห็นว่า สาเหตุที่ศาลฎีกาพิพากษาแตกต่างกัน ทั้งที่ข้อเท็จจริงในทางพิจารณาปรากฏว่าผู้เสียหายต่างก็สมัครใจยินยอมร่วมประเวณีด้วยจำเลยเช่นเดียวกันนั้น โดยนอกเหนือจากถ้อยคำของบทบัญญัติที่แตกต่างกันแล้ว เหตุผลที่สำคัญที่อยู่เบื้องหลังอีกประการหนึ่งก็คือ คุณธรรมทางกฎหมายที่แตกต่างกันระหว่างความผิดทั้งสองฐานนั่นเอง โดยที่คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น คือ “เสรีภาพในทางเพศ” ดังนั้น หากผู้เสียหายยินยอมเสียแล้วก็ถือว่าเป็นสิทธิส่วนบุคคลของตัวผู้เสียหายเองที่สามารถกระทำได้ ซึ่งแตกต่างกับคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก คือ “ความบริสุทธิ์ในทางเพศของเด็ก” หรือ “ศีลธรรมในทางเพศ” ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่สมควรหรือขัดต่อศีลธรรมอันดีของสังคมไทยปัจจุบัน ทั้งนี้เพราะเด็กที่อายุไม่เกิน 15 ปี ยังเป็นบุคคลที่ประสบการณ์ชีวิตค่อนข้างน้อยมีโอกาสที่จะถูกล่อลวงได้ง่าย ประกอบกับเด็กในวัยนี้ยังอยู่ในวัยที่ต้องศึกษาเล่าเรียนอีกด้วย ดังนั้น จึงเป็นเรื่องสมควรที่รัฐ(กฎหมาย)จะต้องเข้ามาปกป้องดูแลมิให้มีการล่วงละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมายดังกล่าวนั่นเอง [คำพิพากษาฎีกาทั้งสองเรื่องนี้เป็นกรณพิพากษาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และ 277 เดิม ก่อนที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติม

<sup>103</sup> จาก *ประมวลกฎหมายอาญา : หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ* (น. 163). เล่มเดิม.

<sup>104</sup> แหล่งเดิม (น. 162-163).

<sup>105</sup> จาก *เอกสารประกอบการเรียนวิชาปัญหาชั้นสูงในกฎหมายอาญา*. เล่มเดิม.

<sup>106</sup> จาก *คำพิพากษาฎีกา* (น. 275). เล่มเดิม.

<sup>107</sup> แหล่งเดิม (น. 175).

โดยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา(ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 แต่หลักการในเรื่องนี้ก็ยังคงใช้ศึกษาได้อยู่เช่นเดิม]

(4) ความผิดฐานพรากเด็ก ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 317 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดโดยปราศจากเหตุอันสมควร พรากเด็กอายุยังไม่เกิน สิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลต้องระวางโทษ...”

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ “สิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมดูแล”<sup>108</sup> ของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล

คำพิพากษาฎีกาที่ 75/2532<sup>109</sup>: จำเลยพาสู้เสี่ยหายอายุ 14 ปีเศษ ไปร่วมหลับนอนโดยบิดามารดาของผู้เสี่ยหายไม่ทราบ เป็นการกระทำอันละเมิดต่ออำนาจปกครองของบิดามารดา แม้ผู้เสี่ยหายจะสมัครใจไปด้วยและจำเลยจะมีได้ร่วมประเวณีเพียงแต่นอนกอดผู้เสี่ยหายเท่านั้นก็ตาม การกระทำของจำเลยดังกล่าวเข้าลักษณะเป็นการพรากผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจาร

ดังนั้น หากพิเคราะห์คำพิพากษาฎีกาข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่าศาลฎีกาเห็นว่า “อำนาจปกครอง” ของบิดามารดา คือคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ ดังนั้นจึงไม่ต้องคำนึงว่าผู้เสี่ยหายจะสมัครใจไปหรือไม่ก็ตาม<sup>110</sup> การกระทำของจำเลยย่อมเป็นความผิดตามมาตรา

(5) ความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์และความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 217 และมาตรา 358 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติตามลำดับว่า

“ผู้ใดวางเพลิงเผาทรัพย์ของผู้อื่น ต้องระวางโทษ...”

“ผู้ใดทำให้เสียหาย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่าหรือทำให้ ไร้ประโยชน์ ซึ่งทรัพย์ของผู้อื่น หรือผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ต้องระวางโทษ...”

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์ คือ “ภยันตรายต่อประชาชน”<sup>111</sup>

ส่วนคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ คือ “กรรมสิทธิ์”<sup>112</sup>

คำพิพากษาฎีกาที่ 6666/2542<sup>113</sup>: วินิจฉัยว่าการที่จำเลยดึงรั้วไม้ไผ่ฝ้าซีกที่ยึดติดเป็นแผง ซึ่งเป็นรั้วบ้านของโจทก์ แล้วนำไปเผาทำลายนั้น เป็นความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ตาม ป.อ. มาตรา

<sup>108</sup> จาก *ประมวลกฎหมายอาญา : หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ* (น. 187). เล่มเดิม.

<sup>109</sup> จาก *คำพิพากษาศาลฎีกา* (น. 3-4), กรุงเทพฯ: สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ.

<sup>110</sup> จาก *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (น. 234). เล่มเดิม.

<sup>111</sup> จาก *ประมวลกฎหมายอาญา : หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ* (น. 139). เล่มเดิม.

<sup>112</sup> แหล่งเดิม (น. 208).

<sup>113</sup> จาก *คำพิพากษาศาลฎีกา* (น. 151), เล่มเดิม.

358 เพียงบทเดียว มิใช่กระทำผิดหลายบทเพราะจำเลยมีเจตนาจะทำลายรั้วไม้ไผ่ที่ปักติดเป็นแผง โดยนำไปเผาให้ใช้การไม่ได้เท่านั้น การเผาแผงไม้ไผ่นั้นเป็นการทำลายทรัพย์สินของโจทก์ให้เสียหาย มิใช่วางเพลิงเผาทรัพย์สินรั้วบ้านของโจทก์เพราะจำเลยมิได้วางเพลิงเผาแผงไม้ไผ่ในขณะที่มีสภาพเป็นรั้วบ้านกันขอบเขตเป็นที่อยู่อาศัยของโจทก์อันจะต้องด้วยความผิดตาม ป.อ. 217

ต่อคำพิพากษานี้ ท่านอาจารย์เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ได้ข้อสังเกตว่า กรณีนี้ศาลฎีกา เห็นว่าจะเป็นการผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์สินตามมาตรา 217 จะต้องวางเพลิงเผาแผงไม้ไผ่ในขณะที่มีสภาพเป็นรั้วกันบ้าน อย่างไรก็ตาม ขอบเขตความแตกต่างระหว่างทำให้เสียหายโดยการเผาทำลายและการวางเพลิงเผาทรัพย์สิน น่าจะอยู่ตรงที่ว่าการเผาไหม้ “เป็นกษัตริย์ต่อประชาชน” หรือไม่ เพราะความผิดในลักษณะ 6 นี้เกี่ยวกับการก่อให้เกิดกษัตริย์ต่อประชาชน หากก่อให้เกิดกษัตริย์ต่อประชาชน เช่นรั้วที่ดึงออกมาเผานั้นมีจำนวนมาก เป็นการเผาในเขตชุมชน ก็น่าจะเป็นความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์สินได้ นอกจากจะผิดฐานทำให้เสียหายด้วยแล้ว<sup>114</sup>

ดังนั้น หากพิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นแล้ว ทำให้เห็นว่าศาลฎีกาแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์สิน กับความผิดฐานทำให้เสียหายด้วยวิธีการเผาทรัพย์สินโดยพิจารณาจากสถานะหรือสภาพของตัวทรัพย์สินในขณะที่ถูกเผา ด้วยความเคารพต่อศาลฎีกา ผู้เขียนเห็นว่าการให้เหตุผลดังกล่าวไม่น่าจะถูกต้องเสียทีเดียว ทั้งนี้เนื่องจากหากเราพิจารณาถึงคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดทั้งสองฐานแล้วจะเห็นได้ว่าแตกต่างกันซึ่งจะช่วยให้สามารถแบ่งแยกระหว่างความผิดทั้งสองฐานนี้ได้ กล่าวคือ คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์สิน คือ “กษัตริย์ต่อประชาชน” ส่วนคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานทำให้เสียหาย คือ “กรรมสิทธิ์” ดังนั้น ในการวินิจฉัยว่าเป็นความผิดฐานใดจึงควรพินิจไปที่ลักษณะรูปร่างหรือปริมาณของตัวทรัพย์สินที่ถูกวางเพลิงเผา ประกอบกับสภาพแวดล้อมรอบข้างหรือสถานที่ที่กระทำการเผาด้วย ว่าจากการเผานั้นมีลักษณะที่น่าจะก่อให้เกิดกษัตริย์ต่อประชาชนหรือไม่ ซึ่งหากมีลักษณะเช่นนั้นก็ย่อมถือได้ว่าเป็นความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์สินตามมาตรา 217 แต่หากการวางเพลิงเผาทรัพย์สินไม่มีลักษณะที่น่าจะก่อให้เกิดกษัตริย์ต่อประชาชนโดยเป็นเพียงการกระทบกระเทือนต่อกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน(ถูกทำลาย)ของผู้เป็นเจ้าของเท่านั้นแล้ว การกระทำดังกล่าวย่อมเป็นความผิดฐานทำให้เสียหายตามมาตรา 358 เท่านั้น ดังเช่นที่อาจารย์เกียรติขจรฯ ได้ตั้งข้อสังเกตไว้นั่นเอง

2) การศึกษาคุณธรรมทางกฎหมายช่วยในการแบ่งแยกจัดหมวดหมู่ประเภทของการศึกษา โดยแม้การจัดหมวดหมู่ประเภทของความผิดของประมวลกฎหมายอาญาก็มีพื้นฐาน

<sup>114</sup> จาก *กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2* (น. 36), โดย เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ข, 2550, กรุงเทพฯ: จีระการพิมพ์.

ตั้งอยู่บนหลักเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายนั่นเอง แม้ว่าผู้ร่างจะรู้สึกถึงข้อนี้หรือไม่ก็ตาม<sup>115</sup> อาทิ เช่น<sup>116</sup>

(1) คุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครอง “ชีวิตมนุษย์” ได้แก่ ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามมาตรา 288 ความผิดฐานฆ่าบุพการี ตามมาตรา 289 (1) ความผิดฐานฆ่าเจ้าพนักงาน ตามมาตรา 289(2) ความผิดฐานฆ่าผู้ช่วยเหลือเจ้าพนักงาน ตามมาตรา 289 (3) ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นประkob เหตุกรรจ์ ตามมาตรา 289 (4) ความผิดฐานทำผู้อื่นฆ่าตนเอง ตามมาตรา 292, 293 และความผิดฐานทำผู้อื่นตายโดยประมาท ตามมาตรา 291 เป็นต้น

(2) คุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครอง “ความปลอดภัยของร่างกาย” ได้แก่ ความผิดฐานใช้กำลังทำร้าย ตามมาตรา 391 ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ตามมาตรา 295 ความผิดฐานทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัส ตามมาตรา 297 ความผิดฐานทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ถึงแก่ความตาย ตามมาตรา 290 ความผิดฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายแก่กายและจิตใจตามมาตรา 390 และความผิดฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้รับอันตรายสาหัส ตามมาตรา 300 เป็นต้น

(3) คุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครอง “ภัยอันตรายต่อชีวิตและร่างกาย” ได้แก่ ความผิดฐานเข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ ตามมาตรา 294, 299 ความผิดฐานทอดทิ้งเด็ก ตามมาตรา 306 ความผิดฐานทอดทิ้งผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้ ตามมาตรา 307 และความผิดฐานชักหรือแสดงอาวุธในการต่อสู้วิวาท ตามมาตรา 397 เป็นต้น

(4) คุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครอง “ชีวิตในครรภ์มารดา” ได้แก่ ความผิดฐานทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก ตามมาตรา 301 ความผิดฐานทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงยินยอม ตามมาตรา 302 และความผิดฐานทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงไม่ยินยอม ตามมาตรา 303 เป็นต้น

(5) คุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครอง “เกียรติ” ได้แก่ ความผิดฐานดูหมิ่น ตามมาตรา 393 ความผิดฐานหมิ่นประมาท ตามมาตรา 326 และความผิดฐานหมิ่นประมาทผู้ตาย ตามมาตรา 327 เป็นต้น

(6) คุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครอง “เสรีภาพ” ได้แก่ ความผิดฐานข่มขืนใจผู้อื่น ตามมาตรา 309 ความผิดฐานทำผู้อื่นปราศจากเสรีภาพในร่างกาย ตามมาตรา 310 ความผิดฐานใช้เสรีภาพในร่างกายแสวงหาประโยชน์ ตามมาตรา 310 ทวิ ความผิดฐานทำผู้อื่นปราศจาก

<sup>115</sup> จาก “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา,” *รวมบทความทางวิชาการ* (น. 187-188). เล่มเดิม.

<sup>116</sup> จาก *กฎหมายอาญาภาคความผิด* เรื่องการแบ่งประเภทของความผิดอาญาตามคุณธรรมทางกฎหมาย. เล่มเดิม.

เสรีภาพในร่างกายโดยประมาท ตามมาตรา 311 ความผิดฐานค้าทาส ตามมาตรา 312 ความผิดฐานเอาตัวบุคคลไปเพื่อเรียกค่าไถ่ ตามมาตรา 315 เป็นต้น

(7) คุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครอง “ความสงบสุขของการดำรงชีวิตในพื้นที่” ได้แก่ ความผิดฐานเข้าไปในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่น เพื่อดื้อการครอบครอง ตามมาตรา 326 (1) ความผิดฐานเข้าไปกระทำการรบกวน การครอบครองอสังหาริมทรัพย์ของเขาโดยปกติสุข ตามมาตรา 326 (2) เป็นต้น

(8) คุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครอง “ความลับ” ได้แก่ ความผิดฐานเปิดเผยจดหมาย โทรเลขหรือเอกสาร ตามมาตรา 322 ความผิดฐานเปิดเผยความลับที่ได้มาในหน้าที่หรือจากอาชีพและความผิดฐานเปิดเผยความลับที่ได้มาจากการศึกษา ตามมาตรา 323 ความผิดฐานแสวงหาประโยชน์จากความลับ ตามมาตรา 355 เป็นต้น

(9) คุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครอง “กรรมสิทธิ์” ได้แก่ ความผิดฐานลักทรัพย์ ตามมาตรา 334 ความผิดฐานขี้ยกอก ตามมาตรา 352 ความผิดฐานขี้ยกอกอสังหาริมทรัพย์อันมีค่าอันซ่อนหรือฝังไว้ ตามมาตรา 355 เป็นต้น

(10) คุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครอง “การครอบครอง” ได้แก่ ความผิดฐานโกงเจ้าหน้าที่ ตามมาตรา 349 เป็นต้น

(11) คุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครอง “ทรัพย์สิน” ได้แก่ ความผิดฐานฉ้อโกง ตามมาตรา 341 ความผิดฐานฉ้อโกงประชาชน ตามมาตรา 343 ความผิดฐานฉ้อโกงค่าอาหาร ค่าเครื่องคัม หรือค่าเช่าอยู่ในโรงแรม ตามมาตรา 345 ความผิดฐานชักจูงผู้อื่นให้จำหน่ายทรัพย์สินโดยเสียเปรียบ ตามมาตรา 346 ความผิดฐานฉ้อโกงการประกันวินาศภัย ตามมาตรา 347 และ ความผิดฐานทำหน้าที่ในการจัดการทรัพย์สิน ตามมาตรา 353 เป็นต้น

(12) คุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครอง “ความปลอดภัยสาธารณะ” ได้แก่ ความผิดฐานไม่ช่วยเหลือผู้ที่ตกอยู่ในอันตรายแห่งชีวิต ตามมาตรา 374 เป็นต้น

(13) คุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครอง “เสรีภาพในทางเพศ” ได้แก่ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง ตามมาตรา 276 ความผิดฐานกระทำอนาจารบุคคลอายุกว่าสิบห้าปี ตามมาตรา 278 เป็นต้น

(14) คุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครอง “ความมีเมตตาต่อสัตว์” ได้แก่ ความผิดฐานกระทำการทารุณต่อสัตว์ ตามมาตรา 381 ความผิดฐานใช้สัตว์ทำงานจนเกินสมควร ตามมาตรา 382 เป็นต้น

(15) คุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครอง “อำนาจรัฐในการปฏิบัติตามกฎหมาย” ได้แก่ ความผิดฐานไม่ยอมบอกชื่อ หรือที่อยู่ หรือแกล้งบอกชื่อหรือที่อยู่เท็จ ตามมาตรา 367 ความผิดฐาน

ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน ตามมาตรา 368 ความผิดฐานทำให้ประกาศโฆษณาของทางราชการเสียหาย ตามมาตรา 369 เป็นต้น

3) จากที่ได้ศึกษาแล้วว่าคุณธรรมทางกฎหมายนั้นได้มีการแบ่งออกเป็น ส่วนเอกชน (Individualrechtsgun) และในส่วนของส่วนรวม (universal rechtsgun) ซึ่งในการแบ่งดังกล่าวจะนำไปใช้ประโยชน์ในทางคดีในการกำหนดตัวบุคคลที่จะมีอำนาจในการดำเนินคดี กล่าวคือ จะช่วยในการวินิจฉัยปัญหาเรื่องผู้เสียหายในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาให้มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนมากยิ่งขึ้น<sup>117</sup>

อย่างไรก็ตามในความผิดฐานหนึ่งๆ นั้นก็ไม่ได้หมายความว่า จะมีคุณธรรมทางกฎหมายที่จะต้องคุ้มครองอยู่เรื่องเดียวเสมอไป ในทางบทบัญญัติก็จะมีคุณธรรมทางกฎหมายที่จะต้องคุ้มครองมากกว่าหนึ่งก็ได้ เช่น ความผิดฐานพาหรือส่งคนออกไปนอกราชอาณาจักรโดยมิชอบ ตามมาตรา 320 ซึ่งความผิดฐานนี้มีคุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครองในเรื่องของ”หน้าที่คุ้มครองบุคคลของรัฐ” “เสรีภาพในร่างกาย” และ “เสรีภาพในการตัดสินใจ” ความผิดฐานชิงทรัพย์ ตามมาตรา 339 ซึ่งความผิดฐานนี้มีคุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครองในเรื่องของ “กรรมสิทธิ์” “การครอบครอง” และ “ความปลอดภัยของร่างกาย” เป็นต้น

โดยความสำคัญที่เป็นหัวใจในการจัดประเภทของคุณธรรมทางกฎหมายคือ เพื่อที่จะทำให้ทราบว่าใครเป็นกรรมที่ถูกกระทำในความผิดฐานนั้นๆ หรือที่เราเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “ผู้เสียหาย” ซึ่งเมื่อเราพิจารณาบทบัญญัติความผิดอาญาแต่ละฐานความผิดในเบื้องต้นเราจะเห็นว่า ในบทบัญญัติความผิดอาญาแต่ละฐานจะมีการกล่าวถึงกรรมของการกระทำ ผู้กระทำ และการกระทำ ซึ่งถ้าพิจารณา บทบัญญัติความผิดอาญาแต่เพียงเท่านี้ก็จะเป็นการพิจารณาแต่เพียงผิวเผินภายนอก แต่ถ้าเราจะพิจารณาบทบัญญัติความผิดอาญาในแต่ละฐานให้ลึกซึ้งลงไปอีก เราจะพบต่อไปว่าในบทบัญญัติความผิดอาญาแต่ละฐานนั้นมี “สิ่งที่กฎหมายประสงค์ที่จะคุ้มครอง” โดยแฝงอยู่ในบทบัญญัติความผิดอาญาที่เราเรียกขานในนามว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” โดยคุณธรรมทางกฎหมายมีทั้งที่เป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลและคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม การแบ่งแยกคุณธรรมทางกฎหมายออกเป็นกรณีดังกล่าวก็เพื่อที่จะนำมาพิจารณาในเรื่องของผู้เสียหาย กล่าวคือ ผู้ใดจะเป็นผู้เสียหายตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหรือไม่ก็ต้องขึ้นอยู่กับว่าเขาผู้นั้นเป็นผู้ถือหรือเป็นเจ้าของคุณธรรมทางกฎหมายนั้นหรือไม่ ดังนั้นปัญหาเรื่องผู้เสียหายจึงชอบที่จะต้องพิจารณาในเบื้องต้นว่าอะไรคือคุณธรรมทางกฎหมายของบทบัญญัติความผิดอาญาฐานนั้นๆ แล้วจึงพิจารณาในขั้นต่อไปว่ากฎหมายนั้นเป็นกฎหมายที่มีคุณธรรมทาง

<sup>117</sup> จาก “ผู้เสียหายในคดีอาญา,” *รวมบทความทางวิชาการ* (น. 278-280). เล่มเดิม.

กฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลหรือคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม ดังนั้น “ผู้เสียหาย” ถ้าพิจารณาจากคุณธรรมทางกฎหมายก็จะได้ว่า การที่คุณธรรมทางกฎหมายของบุคคลใดถูกล่วงละเมิด บุคคลผู้นั้นเป็นผู้ได้รับความเสียหาย ฉะนั้นผู้เสียหายจึงต้องหมายความถึง “บุคคลที่คุณธรรมทางกฎหมายของเขาถูกล่วงละเมิดจากการกระทำผิดอาญา”<sup>118</sup> นอกจากนี้ยังมีผลต่อการพิจารณา ปัญหาที่ว่าในกรณีใดบุคคลจึงจะสามารถป้องกันสิทธิของตนได้ ในปัญหานี้กล่าวโดยย่อก็คือ เอกชนอาจป้องกันได้เฉพาะสิทธิหรือคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนเอกชนเท่านั้น นอกจากนี้การแบ่งแยกคุณธรรมทางกฎหมายออกดังกล่าวยังช่วยในการวินิจฉัยปัญหาความยินยอมของผู้เสียหายอีกด้วย<sup>119</sup> และโดยทั่วไปคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่ผู้เป็นเจ้าของสามารถสละได้ แต่สำหรับชีวิตมนุษย์แม้จะเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลแต่ก็ไม่อาจสละกันได้<sup>120</sup>

## 2.3 แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิ เสรีภาพ ลิขสิทธิ์ และการควบคุมธุรกิจภาพยนตร์

โดยจะแยกพิจารณาเพื่อทำการศึกษาระหว่างแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ ลิขสิทธิ์ และแนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมธุรกิจภาพยนตร์ ดังนี้

### 2.3.1 แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ

ในเบื้องต้นจะได้กล่าวถึงความหมายของ “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” คือ

“สิทธิ” (Right) หมายความว่า อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการใด ๆ ต่อทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น เป็นต้นว่า สิทธิในทางนี้ กรรมสิทธิ์ ฯลฯ<sup>121</sup>

“เสรีภาพ” (Liberty) หมายความว่า ภาวะของบุคคลที่ไม่ตกอยู่ภายใต้การครอบงำของบุคคลอื่น กล่าวคือ เป็นอำนาจของบุคคลที่จะกำหนดวิถีชีวิตของตนเองได้<sup>122</sup>

โดยกรอบของการศึกษาในหัวข้อนี้จะขอกล่าวเฉพาะสิทธิและเสรีภาพในทรัพย์สินซึ่งมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องและได้รับรองไว้ คือ

<sup>118</sup> แหล่งเดิม.

<sup>119</sup> จาก ความยินยอมในกฎหมายอาญา . หน้าเดิม.

<sup>120</sup> จาก กฎหมายอาญาภาคความผิด (น.75). และคำพิพากษาฎีกาที่ 59/2502.

<sup>121</sup> From François TERRE, *Droit civil: Introduction générale*, 4e édition, (p. 20), by A. WEILL, 1979, Paris, Dalloz. อ้างถึงใน สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (น. 16), โดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, 2538 กรุงเทพมหานคร: กองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.).

<sup>122</sup> From LITTRE อ้างโดย Jean RIVER in *Les libertés publiques*, Tome 1: Les droits de l'homme, 6e édition, (p. 20), 1991, Paris, PUF. อ้างถึงใน แหล่งเดิม (น. 17).

ในส่วนของสิทธิในทรัพย์สิน มีกฎหมายที่บัญญัติรับรองไว้ คือ

1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550<sup>123</sup> มาตรา 41 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครอง ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นนี้ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”

2) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ภายในบังคับแห่งกฎหมาย เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอยและจำหน่ายทรัพย์สินของตนและได้ซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้น กับทั้งมีสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย” โดยมาตรา 1336 นี้เป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่ได้กำหนดกรอบหรือขอบเขตแห่งสิทธิในทรัพย์สินเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการในรัฐธรรมนูญดังกล่าว

ในส่วนของเสรีภาพที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน ได้แก่ เสรีภาพในการประกอบอาชีพ มีหลักกฎหมายที่บัญญัติรับรองไว้ คือ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 43 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม” และวรรคสองบัญญัติว่า “การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน”

เมื่อพิจารณาจากหลักการเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพในทรัพย์สินที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่า โดยหลักแล้วบุคคลย่อมมีสิทธิในทรัพย์สินที่ตนมีกรรมสิทธิ์ ไม่ว่าจะเป็น การใช้สอยด้วยประการใด ๆ จำหน่ายโดยการขาย ให้ หรือแลกเปลี่ยน และมีสิทธิได้ซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินทั้งในส่วนของดอกผลพุดินัย และดอกผลนิตินัย กับทั้งมีสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยไม่มีสิทธิตามกฎหมายที่จะกระทำได้

<sup>123</sup> ปัจจุบันรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้สิ้นสุดลงโดยประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 11/2557

โดยในส่วนการจำหน่ายโดยการขายนั้น นอกจากผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน จะมีสิทธิในการขายทรัพย์สินของตนแล้ว หากต้องการค้าขายโดยยึดถือเป็นอาชีพเพื่อใช้ในการหาเลี้ยงชีพก็สามารถกระทำได้โดยเสรีเช่นกัน

แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่าผู้ที่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์จะดำเนินการใด ๆ กับทรัพย์สินที่ตนเป็นเจ้าของได้อย่างไม่มีข้อจำกัด ทั้งนี้ เพราะหากยอมให้ทุกคนสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพกระทำการอย่างใดก็ได้ ก็จะทำให้เกิดการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น และอาจก่อให้เกิดความไม่สงบวุ่นวายขึ้นในสังคม รวมถึงปัญหาในด้านอื่น ๆ ตามมาอีกมากมาย ซึ่งสุดท้ายแล้วย่อมส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศในที่สุด ดังนั้น จึงต้องมีการออกกฎหมายมาควบคุมเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวให้ไม่เกิดการกระทบต่อสังคมโดยรวม ดังจะเห็นได้จากความในตอนต้นของมาตรา 1336 ที่ว่า “ภายในบังคับแห่งกฎหมาย...” ซึ่งแสดงให้เห็นว่าสิทธิในทรัพย์สินที่บัญญัติไว้นั้นต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมายอื่นด้วย โดยที่การออกกฎหมายมาควบคุมหรือจำกัดสิทธิและเสรีภาพในทรัพย์สินนั้น ย่อมแตกต่างกันไปตามลัทธิความเชื่อทางการเมืองที่ได้รับการยอมรับนับถือในแต่ละประเทศ แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพในทรัพย์สินนั้น ก็จะต้องมีกรอบหรือขอบเขตแห่งการจำกัดที่ชัดเจน มิฉะนั้นหากมีการบังคับใช้ที่เกินเลยไปจากที่กฎหมายบัญญัติไว้แล้ว อาจมีลักษณะที่เป็นการกระทบหรือละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพที่เจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินมีอยู่ได้ กล่าวคือ กฎหมายที่บัญญัติเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น เป็นไปเพื่อจำกัดขอบเขตแห่งสิทธิและเสรีภาพของเจ้าของสิทธิและเสรีภาพเท่านั้น มิได้เป็นการทำลายสิทธิและเสรีภาพไปเสียทั้งหมดแต่อย่างใด

ในเรื่องสิทธิและเสรีภาพนั้นสามารถกล่าวโดยสรุปได้ว่า ตราบใดที่มีได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดห้ามการกระทำการใด ๆ เอาไว้แล้ว บังคับบุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทำการนั้น ๆ ได้เสมอ

### 2.3.2 แนวคิดเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ และการสิ้นสิทธิในลิขสิทธิ์

#### 1) แนวคิดเกี่ยวกับลิขสิทธิ์

ลิขสิทธิ์ (Copyright) ถือเป็นทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property) ชนิดหนึ่ง ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย โดยลิขสิทธิ์นั้นหมายถึง สิทธิแต่ผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่จะทำการใด ๆ ดังต่อไปนี้

(1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง

(2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน

(3) ให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนางานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์

และสิ่งบันทึกเสียง

(4) ให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น

(5) อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิตาม (1), (2) หรือ (3)<sup>124</sup>

ในส่วนของภาพยนตร์ ก็ถือเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทหนึ่ง<sup>125</sup> ซึ่งผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ย่อมมีสิทธิแต่ผู้เดียวที่จะดำเนินการตามข้อ (1) - (5) ดังได้กล่าวแล้วข้างต้น และได้รับการคุ้มครองจากการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ได้แก่ การทำซ้ำหรือดัดแปลง เผยแพร่ต่อสาธารณชน หรือการให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนาภาพยนตร์ดังกล่าวโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์<sup>126</sup> อย่างไรก็ดีหากการกระทำดังกล่าวมานั้นได้ดำเนินไปโดยไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรแล้ว ย่อมไม่ถือเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อลิขสิทธิ์<sup>127</sup> ดังนั้น การที่บุคคลใดได้ซื้อภาพยนตร์ที่มีลิขสิทธิ์มาโดยถูกต้อง และได้จำหน่ายต่ออีกทอดหนึ่ง ก็มีลักษณะที่เข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าวเช่นกัน เนื่องจากเจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับผลตอบแทนจากการจำหน่ายภาพยนตร์นั้นแล้ว จึงไม่เป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่เป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร นอกจากนี้ หากจะให้เจ้าของลิขสิทธิ์เข้าไปควบคุมการจำหน่ายในครั้งต่อ ๆ ไปก็อาจจะส่งผลกระทบต่อสิทธิของเจ้าของกรรมสิทธิ์และเป็นการเปิดช่องทางให้เจ้าของลิขสิทธิ์ใช้สิทธิโดยมิชอบด้วย<sup>128</sup>

## 2) แนวคิดเกี่ยวกับการสิ้นสิทธิในลิขสิทธิ์

นอกเหนือจากการกระทำที่เป็นข้อยกเว้นโดยไม่ถือเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อลิขสิทธิ์ดังกล่าวแล้วใน 1) นั้น ยังมีหลักการที่ได้รับการยอมรับในทางระหว่างประเทศเกี่ยวกับเงื่อนไขที่ทำให้สิทธิแต่ผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการจำหน่าย จ่ายโอนงานอันมีลิขสิทธิ์สิ้นสุดไป เมื่อได้มีการขายครั้งแรกหรือการโอนกรรมสิทธิ์ความเป็นเจ้าของในสำเนาผลงานชิ้นหนึ่งๆ<sup>129</sup> ซึ่งเรียกว่า

<sup>124</sup> จาก พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4 และมาตรา 15

<sup>125</sup> จาก พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 6

<sup>126</sup> จาก พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 28

<sup>127</sup> จาก พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32 วรรคหนึ่ง

<sup>128</sup> จาก “การสิ้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (Exhaustion of Intellectual Property Rights),” ข่าวสารพัฒนากฎหมาย ลำดับที่ 80 วันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2556, โดย ฝ่ายพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, สืบค้นวันที่ 14 กันยายน 2557 จาก [www.lawreform.go.th/lawreform/images/th/content/en/635/c635\\_1.pdf](http://www.lawreform.go.th/lawreform/images/th/content/en/635/c635_1.pdf).

<sup>129</sup> จาก เข้าใจลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง *Understanding Copyright and Related Rights* (น. 10), (ม.ป.ป.), WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION แปลและจัดพิมพ์โดยกรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์.

หลักการขายครั้งแรก หรือ First-sale Doctrine ซึ่งหลักนี้รู้จักกันในชื่ออื่นอีกมาก เป็นต้นว่า Right of first sale, First sale rule, Exhaustion rule หรือ Exhaustion of right หลักนี้เป็นหลักกฎหมายซึ่งมีที่มาจากประเทศสหรัฐอเมริกา โดยเป็นหลักเกณฑ์ที่จำกัดขอบเขตแห่งสิทธิของผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในการบังคับควบคุมการจำหน่ายงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน ภายหลังจากที่ได้มีการขายซึ่งงานนั้นออกไปแล้ว โดยเมื่อมีผู้ซื้องานอันมีลิขสิทธิ์ไปผู้ซื้อรายนั้นย่อมมีอิสระที่จะทำการใด ๆ กับงานนั้นก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นการให้ยืม ขายต่อไป หรือทำการอื่นใดต่อผลงานนั้น เว้นแต่การคัดลอกทำสำเนาหรือ กระทำการอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่เดิมหลัก First-sale Doctrine นี้ใช้กับงานวรรณกรรมที่ถูกจำหน่ายไปครั้งแรก แต่ต่อมาก็ใช้กับงานลิขสิทธิ์ทุกชนิดตลอดจนทรัพย์สินทางปัญญาอื่นที่ผู้ซื้อได้รับมาอย่างถูกต้องตามกฎหมายโดยไม่คำนึงว่าจะเป็นการขายครั้งแรกหรือเป็นการขายครั้งต่อ ๆ มากก็ตาม

กล่าวโดยสรุปหลัก First-sale Doctrine นั้นมีหลักอยู่ว่า เมื่อมีการซื้อสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์อย่างถูกต้องตามกฎหมายแล้วผู้ซื้อย่อมสามารถทำการใด ๆ ต่อสินค้านั้นอย่างไรก็ได้รวมถึงจำหน่ายจ่ายโอน ให้ผู้อื่น ให้ยืม หากแต่ผู้ซื้อนั้นก็ไม่สามารถทำสำเนาเพิ่มเติมได้ ด้วยเหตุผลที่ว่างานเหล่านั้น เดิมถูกผลิตขึ้นมาโดยหรือด้วยการอนุญาตของผู้ครอบครองลิขสิทธิ์ จึงเป็นการชอบด้วยกฎหมายที่ผู้ซื้อจะขายหรือโอนกรรมสิทธิ์ต่อไป<sup>130</sup> หลักการนี้ถือเป็นกลไกสำคัญในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่จะช่วยคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและควบคุมให้การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นไปอย่างเหมาะสม เนื่องจากเจ้าของสิทธิได้รับผลตอบแทนจากการจำหน่ายสินค้าดังกล่าวไปแล้วในครั้งแรก ซึ่งหากยังคงอนุญาตให้เจ้าของสิทธิสามารถแสวงประโยชน์ได้อีกจากสินค้าที่มีการจำหน่ายไปแล้วนั้นก็ย่อมจะส่งผลกระทบต่อผู้ซื้ออย่างมีอาจหลีกเลี่ยงได้ จึงจะสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญานี้ซึ่งจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของสาธารณะด้วย มิใช่คำนึงถึงผลประโยชน์ของเจ้าของสิทธิแต่เพียงอย่างเดียว<sup>131</sup>

### 2.3.3 แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมธุรกิจภาพยนตร์

ได้กล่าวแล้วว่า ภาพยนตร์ เป็นสื่อที่มีความสำคัญและมีบทบาทอย่างยิ่งในการถ่ายทอดเรื่องราวต่างๆ ทั้งในแง่ของวิถีชีวิต ขนบธรรมเนียม ประเพณี ค่านิยมของมนุษย์ในสังคมตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน เป็นสื่อที่สามารถเข้าใจได้ง่ายและสามารถแพร่หลายได้อย่างรวดเร็ว ทำให้ผู้บริโภคส่วนใหญ่นิยมที่จะบริโภคสื่อประเภทภาพยนตร์ และด้วยเหตุดังกล่าวนี้ทำให้ผู้ประกอบการ

<sup>130</sup> จาก “First Sale Doctrine กับการค้ากำไรในสินค้าอันมีลิขสิทธิ์,” โดย วิสิฐ ญาณภริต, 2555, *วารสารนิติศาสตร์*, 3, น. 102-103. มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ.

<sup>131</sup> จาก “การสิ้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (Exhaustion of Intellectual Property Rights),” . เล่มเดิม.

ทั้งหลายหันมาให้ความสนใจและหันมาประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์เป็นจำนวนมาก และได้มีการสร้างภาพยนตร์เพิ่มมากขึ้น โดยที่เนื้อหาของภาพยนตร์ในบางเรื่องมีความไม่เหมาะสมกับผู้บริโภคบางประเภท ทั้งยังมีกรณีที่ผู้สร้างภาพยนตร์ที่ใช้ภาพยนตร์เป็นเครื่องมือในการปลุกกระดมเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางการเมืองการปกครอง หรือแสวงหาประโยชน์ในทางการค้า อันเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งกระทบต่อความมั่นคงของประเทศและก่อให้เกิดปัญหาสังคมอื่น ๆ ตามมา<sup>132</sup>

ดังนั้น จึงเกิดแนวคิดที่จะควบคุมธุรกิจภาพยนตร์ โดยในระยะเริ่มแรกได้มีการออกกฎหมายมาควบคุมเนื้อหาของภาพยนตร์ที่จะแพร่ออกไปสู่ประชาชนผู้บริโภค ซึ่งต่อมาได้มีการพัฒนากฎหมายให้สอดคล้องกับยุคสมัยที่มีการเปลี่ยนแปลงไป โดยมีการควบคุมและจัดระบบผู้ประกอบการที่สามารถเผยแพร่ภาพยนตร์ไปสู่สาธารณชนโดยกำหนดให้ต้องได้รับอนุญาตเสียก่อนจึงจะสามารถดำเนินกิจการได้ เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบและควบคุม เพื่อป้องกันมิให้ผู้ประกอบการเหล่านี้เป็นแหล่งหรือช่องทางในการเผยแพร่ภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาไม่เหมาะสมได้ และได้พัฒนาไปสู่แนวคิดในการควบคุมมิให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ที่สะท้อนให้เห็นจากกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ดังจะได้กล่าวในรายละเอียดต่อไป

#### 2.4 แนวคิดและความเป็นมาเกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ตามกฎหมายเกี่ยวกับภาพยนตร์

โดยจะทำการศึกษาแนวคิดในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ที่แฝงอยู่ในความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 จากกฎหมายที่เป็นรากฐานในการควบคุมธุรกิจภาพยนตร์ว่ามีวิวัฒนาการในแต่ละยุคสมัยเช่นไร และเริ่มมีแนวคิดในการคุ้มครองลิขสิทธิ์แฝงเข้าไปตั้งแต่เมื่อใด โดยพิจารณาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายที่เกี่ยวข้องตามลำดับ ดังนี้

##### 2.4.1 พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473<sup>133</sup> และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2479<sup>134</sup>

พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 เป็นกฎหมายฉบับแรกที่ใช้ในการควบคุมภาพยนตร์ โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้ต้องการที่จะควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ที่จะเผยแพร่ออกไปสู่สาธารณชนเท่านั้น ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติมาตรา 4 ซึ่งบัญญัติ

<sup>132</sup> ดูรายละเอียดในบทที่ 1 (น. 1- 3).

<sup>133</sup> ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 47 /-/หน้า 194/21 กันยายน 2473.

<sup>134</sup> ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 53 /-/หน้า 670/22 พฤศจิกายน 2479.

ห้ามมิให้ทำหรือฉาย<sup>135</sup> ภาพยนตร์ซึ่งมีเนื้อหาที่ขัดหรือน่าจะก่อให้เกิดผลที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน<sup>136</sup> และห้ามมิให้ทำการฉายภาพยนตร์ก่อนที่จะได้รับอนุญาต<sup>137</sup> ซึ่งหากฝ่าฝืนก็จะต้องมีความรับผิดชอบทางอาญา และยังไม่มีการกำหนดฐานความผิดเพื่อที่จะควบคุมการประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับการจัดจำหน่ายภาพยนตร์โดยตรงขึ้นในกฎหมายฉบับนี้ ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติภาพยนตร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2479 ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ได้ตราขึ้นเพื่อกำหนดนิยามคำว่าภาพยนตร์ และปรับปรุงถ้อยคำอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องให้เกิดความชัดเจนในการบังคับใช้เท่านั้น โดยที่ยังไม่ปรากฏว่าได้มีการกำหนดความผิดเพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับภาพยนตร์เช่นเดิม จึงกล่าวได้ว่ากฎหมายทั้งสองฉบับนี้ยังไม่ปรากฏแนวคิดในเรื่องการคุ้มครองลิขสิทธิ์ เนื่องจากในช่วงระยะเวลาที่ได้มีการประกาศใช้กฎหมายนี้ แนวคิดเรื่องลิขสิทธิ์เป็นเรื่องใหม่และยังไม่ได้ให้ความสำคัญเท่าใดนัก

#### 2.4.2 ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 205 (ลงวันที่ 9 กันยายน พ.ศ. 2515)<sup>138</sup>

ประกาศฉบับนี้ได้ออกบังคับใช้เพื่อแก้ปัญหาในเรื่องประสิทธิภาพของการบังคับใช้พระราชบัญญัติภาพยนตร์ โดยกำหนดให้กรมตำรวจ กระทรวงมหาดไทย<sup>139</sup> เป็นองค์กรที่เข้ามารับผิดชอบดำเนินการควบคุมการทำและการฉายภาพยนตร์ ทั้งนี้เนื่องจากสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในช่วงเวลานั้น คือ มีการเผยแพร่ภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาไม่เหมาะสมไปสู่สาธารณชนอย่างแพร่หลายดังที่ปรากฏในคำปรารภของประกาศฉบับนี้<sup>140</sup> ดังนั้นเจตนารมณ์ในการบังคับใช้ประกาศฉบับนี้

<sup>135</sup> มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

“ทำ” หมายความว่า การถ่ายอัด หรือทำด้วยวิธีใด เพื่อให้เป็นภาพยนตร์ จะทำเสร็จแล้วหรือยังไม่เสร็จก็ตาม

“ฉาย” หมายความว่า การถ่ายทอดรูปหรือเสียง หรือทั้งรูปและเสียงจากภาพยนตร์ด้วยเครื่องฉายภาพยนตร์หรือเครื่องอย่างอื่นทำนองเดียวกัน.

<sup>136</sup> จาก พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2479 มาตรา 4.

<sup>137</sup> จาก พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2479 มาตรา 5.

<sup>138</sup> ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 89 /ตอนที่ 136/ฉบับพิเศษ 8 /13 กันยายน 2515.

<sup>139</sup> ปัจจุบันได้รับการจัดตั้งเป็นสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ตามพระราชกฤษฎีกาโอนกรมตำรวจ กระทรวงมหาดไทยไปจัดตั้งเป็นสำนักงานตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2541.

<sup>140</sup> “โดยที่ปรากฏว่า ขณะนี้ได้มีการฉายภาพยนตร์ที่บางเรื่องการแสดงเป็นการชักชวนหรือส่งเสริมให้มีการละเมิดศีลธรรมและบางเรื่องก็เป็นการจูงใจหรือแนะวิธีการกระทำความผิดอาญาแสดงให้เห็นว่าการควบคุมการทำและการฉายภาพยนตร์ ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พระพุทธศักราช 2473 ในบัดนี้ไม่ได้ผลเท่าที่ควร เป็นการจำเป็นต้องให้กรมตำรวจเข้ารับผิดชอบดำเนินการจนกว่าจะได้มีการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยภาพยนตร์ หัวหน้าคณะปฏิวัติจึงมีคำสั่งดังต่อไปนี้ ...”

ก็เหมือนกับพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2479 คือ ต้องการที่จะควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ที่จะเผยแพร่ออกไปสู่ผู้บริโภค โดยที่ยังไม่ปรากฏแนวคิดที่จะควบคุมการประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับการจัดจำหน่ายภาพยนตร์โดยตรง เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 ดังนั้น จึงยังไม่มีข้อกำหนดความผิดเพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจดังกล่าวขึ้นในประกาศฉบับนี้เช่นกัน และยังไม่ปรากฏแนวคิดในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในประกาศนี้เช่นกัน

#### 2.4.3 พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530<sup>141</sup>

กฎหมายฉบับนี้ได้ออกบังคับใช้เพื่ออุดช่องว่างของพระราชบัญญัติภาพยนตร์ ทั้งนี้ เนื่องจากเทคโนโลยีที่ใช้ในกระบวนการผลิตภาพยนตร์ได้มีการพัฒนาขึ้น โดยมีการบันทึกภาพยนตร์ลงในวัสดุอื่นนอกเหนือไปจากฟิล์ม คือ มีการบันทึกลงในเทปหรือวัสดุโทรทัศน์ และได้มีการบริการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายเทปและวัสดุโทรทัศน์กับการจัดฉายหรือให้บริการเกี่ยวกับเทปหรือวัสดุโทรทัศน์อย่างแพร่หลาย ซึ่งเทปและวัสดุโทรทัศน์เหล่านั้นไม่ได้ผ่านการตรวจพิจารณาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ เนื่องจากไม่ใช่ภาพยนตร์ตามความหมายของพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 โดยมีเจตนารมณ์ที่จะควบคุมเนื้อหาของภาพยนตร์ที่จะเผยแพร่ออกไปสู่ผู้บริโภคให้ครอบคลุมและทันกับยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลง<sup>142</sup> โดยการกำหนดนิยามให้ครอบคลุมถึงกรณีดังกล่าว<sup>143</sup>

กฎหมายนี้ได้กำหนดห้ามมิให้ผู้ใดประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายด้วยประการใด ๆ ซึ่งเทปหรือวัสดุโทรทัศน์โดยทำเป็นธุรกิจหรือโดยได้ประโยชน์ตอบแทนด้วยการคิดค่าบริการในรูปของค่าธรรมเนียมสมาชิกหรือด้วยวิธีการอื่นใด เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน<sup>144</sup> ซึ่งกำหนดขึ้นเพื่อประโยชน์ในการควบคุมเนื้อหาของภาพยนตร์ โดยเฉพาะมุ่งใช้ในการควบคุมกับผู้ประกอบกิจการให้เช่าภาพยนตร์ที่บันทึกในเทปซึ่งเกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก โดยที่ผู้ประกอบการบางรายได้มีการทำซ้ำเป็นจำนวนมากซึ่งเทปที่มีเนื้อหาลามกอนาจารหรือขัดต่อศีลธรรมอันดีและนำออกให้เช่าแก่ผู้บริโภคทั้งหลายซึ่งเป็นปัญหาหลักที่เกิดในช่วงเวลานั้น นอกจากนี้ยังเป็นบทบัญญัติที่ช่วยในการดำเนินการจัดเก็บภาษีให้แก่รัฐอีกด้วย อย่างไรก็ตามพื้นฐานนี้ก็ยังไม่ปรากฏว่ามีการแฝงแนวคิดในการคุ้มครองลิขสิทธิ์แต่อย่างใด

<sup>141</sup> ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 104 /ตอนที่ 270 /ฉบับพิเศษ 28 /28 ธันวาคม 2530.

<sup>142</sup> จาก หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530.

<sup>143</sup> คูณิยาม “เทปหรือวัสดุโทรทัศน์” ตามมาตรา 4.

<sup>144</sup> จาก พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 มาตรา 6.

#### 2.4.4 พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551<sup>145</sup>

ดังที่ปรากฏตามหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ทำให้สามารถทราบเจตนารมณ์ในภาพรวมของกฎหมายได้ว่า ต้องการปรับปรุงบทบัญญัติของพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 และพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวีดิทัศน์ พ.ศ. 2530 ให้มีความเหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบันซึ่งเทคโนโลยีได้มีการพัฒนาไปอย่างรวดเร็ว และต้องการลดปัญหาความซ้ำซ้อนของการตรวจพิจารณาภาพยนตร์ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของหลายองค์กร โดยการปรับปรุงระบบการตรวจพิจารณาภาพยนตร์ให้อยู่ในความรับผิดชอบขององค์กรเดียว นอกจากนี้ยังต้องการส่งเสริมผู้ประกอบการกิจการภาพยนตร์ซึ่งมีบทบาทสำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ<sup>146</sup> จึงให้ยกเลิกกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวและใช้บังคับกฎหมายฉบับนี้แทน

เมื่อกฎหมายนี้เป็นการประกาศใช้เพื่อปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยภาพยนตร์และว่าด้วยการควบคุมกิจการเทปและวีดิทัศน์ โดยเป็นการปรับปรุงบทบัญญัติให้มีความเหมาะสมสอดคล้องกับสภาพสังคมในปัจจุบัน ดังนั้น ความมุ่งหมายหลักของกฎหมายนี้ก็ยังคงเป็นการควบคุมเนื้อหาของภาพยนตร์ที่จะเผยแพร่ออกไปสู่ผู้บริโภคเช่นเดียวกับเจตนารมณ์ของกฎหมายทั้งสองฉบับที่ถูกยกเลิกไปนั่นเอง แต่เจตนารมณ์ของกฎหมายในส่วนของการที่จะส่งเสริมกิจการภาพยนตร์ซึ่งเป็นธุรกิจที่มีผลต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศถือเป็นเจตนารมณ์ใหม่ที่เพิ่มเติมขึ้นมาจากกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์อื่นๆ ที่ได้มีการบังคับใช้ในอดีตที่ผ่านมา โดยที่เจตนารมณ์ในส่วนนี้เกิดขึ้นเนื่องมาจากการผลักดันของภาคเอกชนที่เป็นกลุ่มทุนภาพยนตร์ กล่าวคือ ในช่วงระหว่างปี 2542 ถึง 2543 กรมประชาสัมพันธ์ ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ควบคุมสื่อต่างๆ และอยู่ภายใต้การควบคุมของสำนักนายกรัฐมนตรี โดยมีท่านคุณหญิงสุพัตตรา มาศดิตถ์ ซึ่งดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรี และดำรงตำแหน่งประธานคณะกรรมการส่งเสริมอุตสาหกรรมภาพยนตร์ไทยในขณะนั้น ได้เสนอให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งเป็นกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในช่วงเวลาดังกล่าว ทั้งนี้โดยการสนับสนุนและผลักดันของสมาคมสมาพันธ์ภาพยนตร์แห่งประเทศไทย (องค์กรภาคเอกชนซึ่งสมาชิกส่วนใหญ่ คือ กลุ่มทุนด้านภาพยนตร์) โดยมีแนวคิดในการเสนอ คือ ให้มีการจัดตั้งสภาภาพยนตร์แห่งชาติ ซึ่งมีรูปแบบเป็นองค์กรภาคเอกชนขึ้นเพื่อทำหน้าที่ในการตรวจพิจารณาเนื้อหาภาพยนตร์ที่ได้ผลิต แทนกองทะเบียน สำนักงานตำรวจแห่งชาติ และให้มีการจัดตั้งกองทุนเพื่อเป็น

<sup>145</sup> ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 125 /ตอนที่ 42 ก/4 มีนาคม 2551.

<sup>146</sup> จาก หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551.

แหล่งรายได้ในการบริหารงานของสภาภาพยนตร์ ซึ่งคณะรัฐมนตรีก็ได้โอนุมัติในหลักการ และมอบหมายให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณา

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 5) ได้พิจารณาแล้วเห็นว่า เพื่อลดปัญหาความซ้ำซ้อนในการบังคับใช้กฎหมาย 2 ฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 และพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวีดิทัศน์ พ.ศ. 2530 ซึ่งมีนิยามความหมาย “ภาพยนตร์” ที่จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่แตกต่างกันโดยพิจารณาจากวัสดุที่ใช้ในการบันทึก ระหว่างฟิล์ม กับ เทป ซึ่งทำให้เกิดภาระแก่ผู้ประกอบการที่จะต้องนำภาพยนตร์ที่บันทึกในฟิล์ม ไปผ่านการตรวจพิจารณาจากเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 และแม้ว่าภาพยนตร์ดังกล่าวได้ผ่านการพิจารณาแล้ว แต่เมื่อได้นำไปบันทึกลงในเทปก็จะต้องนำไปผ่านการตรวจพิจารณาจากเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวีดิทัศน์ พ.ศ. 2530 อีกครั้งหนึ่ง ในการนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกาจึงได้ทำความเห็นเสนอไปที่คณะรัฐมนตรีให้พิจารณาทบทวนโดยเสนอให้มีการร่างกฎหมายว่าด้วยภาพยนตร์ขึ้นบังคับใช้ใหม่ทั้งฉบับ และให้มีผลบังคับใช้แทนพระราชบัญญัติภาพยนตร์ และพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวีดิทัศน์ โดยให้ความหมายคำว่า “ภาพยนตร์” เสียใหม่ให้ครอบคลุมกับทุกกรณี โดยไม่คำนึงถึงวัสดุที่ใช้ในการบันทึก เพื่อให้กฎหมายสามารถบังคับใช้ได้ทันกับวิทยาการทางเทคโนโลยีที่พัฒนาตลอดเวลาและลดปัญหาความซ้ำซ้อนดังกล่าว

ในกรณีที่จะให้มีการจัดตั้งสภาภาพยนตร์ ขึ้นทำหน้าที่พิจารณาภาพยนตร์แทนกองทะเบียน สำนักงานตำรวจแห่งชาตินั้น คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 5) พิจารณาแล้วเห็นว่า การใช้อำนาจดังกล่าว เป็นการใช้อำนาจรัฐในการออกใบอนุญาตซึ่งมีผลกระทบกับบุคคลภายนอกทั้งที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจภาพยนตร์และประชาชนอื่นในวงกว้าง เนื่องจากโดยทั่วไปองค์กรภาคเอกชนที่จะใช้อำนาจแทนรัฐได้นั้นต้องมีวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะหรือเป็นองค์กรควบคุมวิชาชีพ เช่น สภานายความ สภาวิศวกร เป็นต้น ดังนั้น จึงเห็นเป็นการไม่สมควรที่จะให้ภาคเอกชนทำหน้าที่ดังกล่าว ซึ่งคณะรัฐมนตรีก็ได้เห็นชอบให้ดำเนินการตามที่เสนอ แต่อย่างไรก็ดี ในที่สุดแล้วพระราชบัญญัตินี้ก็ได้กำหนดให้มีตัวแทนจากภาคเอกชนเข้ามาทำหน้าที่เป็นกรรมการในคณะกรรมการภาพยนตร์และวีดิทัศน์แห่งชาติซึ่งทำหน้าที่ควบคุมและดูแลธุรกิจภาพยนตร์ในสัดส่วนที่ใกล้เคียงกับตัวแทนจากรัฐ

ต่อมาในปี 2545 ได้มีการปรับปรุงโครงสร้างส่วนราชการ ตามพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 โดยได้มีการจัดตั้งกระทรวงวัฒนธรรมขึ้น โดยให้รับผิดชอบในการควบคุมภาพยนตร์แทนสำนักงานตำรวจแห่งชาติและกระทรวงมหาดไทย ซึ่งในปี 2547 กระทรวงวัฒนธรรมได้เสนอร่างพระราชบัญญัติภาพยนตร์ และร่างพระราชบัญญัติกองทุนส่งเสริมภาพยนตร์

และคณะรัฐมนตรีได้อนุมัติหลักการของร่างพระราชบัญญัติภาพยนตร์ ตามที่กระทรวงวัฒนธรรมเสนอ โดยมอบให้คณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาร่วมกับร่างที่คณะรัฐมนตรีมอบหมายให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาฯ ร่างขึ้นทั้งฉบับ

ในส่วน of ร่างพระราชบัญญัติกองทุนส่งเสริมภาพยนตร์นั้น คณะรัฐมนตรีได้ให้กระทรวงวัฒนธรรมรับไปทบทวน โดยกำหนดให้นำไปผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการกลั่นกรองเรื่องกองทุนของกระทรวงการคลังเสียก่อน ประกอบกับคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 5) ก็ไม่เห็นด้วยที่จะให้มีการจัดตั้งกองทุนดังกล่าว ทั้งนี้เนื่องจากเห็นว่ากองทุนไม่มีแหล่งรายได้ที่ชัดเจนที่จะสามารถพึ่งพาตนเองได้ อันเป็นการขัดกับหลักการทั่วไปในการจัดตั้งกองทุน และจะก่อให้เกิดภาระกับงบประมาณแผ่นดิน ภายหลังจากที่ได้ทบทวนในที่สุดแล้วกระทรวงวัฒนธรรมก็ได้ถอนร่างฯ นี้ออกไปจากการพิจารณา ซึ่งแม้ว่าจะมิได้มีการจัดตั้งกองทุนส่งเสริมภาพยนตร์ตามที่ภาคเอกชนและกระทรวงวัฒนธรรมได้เสนอมาก็ตาม แต่ทั้งนี้พระราชบัญญัตินี้ก็ได้กำหนดมาตรการต่างๆ ที่จะสามารถช่วยในการส่งเสริมและสนับสนุนอุตสาหกรรมภาพยนตร์ของไทยได้ เช่นเดียวกัน เช่น กำหนดให้คณะกรรมการภาพยนตร์และวีดิทัศน์แห่งชาติซึ่งมีอำนาจในการกำหนดนโยบายเพื่อส่งเสริมอุตสาหกรรมภาพยนตร์ไทย ประกอบด้วยกรรมการที่เป็นตัวแทนจากภาคเอกชนรวมอยู่ด้วยในสัดส่วนที่ใกล้เคียงกับตัวแทนภาครัฐ เป็นต้น

นอกเหนือไปจากความต้องการที่จะเข้ามามีส่วนร่วมของภาคเอกชนในการกำกับและส่งเสริมธุรกิจภาพยนตร์ด้านนโยบายที่มีลักษณะเป็นการสนับสนุนในเชิงบวกให้กับผู้ประกอบการธุรกิจภาพยนตร์ดังกล่าวแล้ว ภาคเอกชนยังต้องการให้มีมาตรการที่ช่วยในการปราบปรามและปกป้องผลประโยชน์ของภาคเอกชนด้วย<sup>147</sup> กล่าวคือ หากกล่าวถึงการส่งเสริมธุรกิจภาพยนตร์แล้วก็จำเป็นต้องให้ความคุ้มครองต่อลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์<sup>148</sup> ซึ่งถือเป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องกับธุรกิจและอุตสาหกรรมภาพยนตร์โดยตรง และได้มีการให้ความคุ้มครองไว้ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์<sup>149</sup> โดยเมื่อพิจารณาสภาพสังคมของประเทศไทยในช่วงเวลาก่อนที่จะมีการใช้บังคับพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 จะเห็นได้ว่ากระแสความนิยมในสื่อภาพยนตร์อยู่ในระดับที่สูงมาก ส่งผลให้อุตสาหกรรมและธุรกิจเกี่ยวกับภาพยนตร์ได้มีการเติบโตและขยายตัวเป็นอย่างมาก และด้วยเหตุนี้จึงเกิดมีกรณีผู้กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์โดยการประกอบกิจการผลิตและจำหน่ายภาพยนตร์อันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นเป็นจำนวนมากและมี

<sup>147</sup> จาก การสัมภาษณ์ นางสาวธำรงค์ลักษณ์ ลาพิณี, ดูรายละเอียดใน ภาคผนวก ก.

<sup>148</sup> จาก พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4 และมาตรา 6.

<sup>149</sup> ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 111 / ตอนที่ 59 ก/ หน้า 1 / 21 ธันวาคม 2537.

แนวโน้มที่จะเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง<sup>150</sup> ซึ่งส่งผลเสียกับภาคอุตสาหกรรมภาพยนตร์ที่ดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยที่การบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ไม่สามารถปราบปรามผู้กระทำผิดได้อย่างมีประสิทธิภาพเพียงพอ ทั้งนี้เนื่องจากความผิดตามกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ถูกกำหนดให้เป็นความผิดต่อส่วนตัว ซึ่งจำเป็นต้องอาศัยการร้องทุกข์ของผู้เสียหายเป็นเงื่อนไขในการเริ่มดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด

ดังนั้น จึงมีการกำหนดห้ามมิให้ผู้ใดประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับผลประโยชน์ตอบแทน เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนตามที่กฎหมายกำหนด<sup>151</sup> ซึ่งแม้ว่าเนื้อหาจะเป็นหลักการในทำนองเดียวกับฐานความผิดตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 แต่ก็สะท้อนให้เห็นแนวคิดในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่แฝงอยู่ในความผิดฐานนี้ได้จากบทกำหนดโทษที่เปลี่ยนแปลงไป โดยที่แต่เดิมหากมีการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนแล้วผู้กระทำจะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ<sup>152</sup> แต่ในกฎหมายนี้ได้เปลี่ยนระวางโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำการฝ่าฝืนเสียใหม่โดยตัดระวางโทษจำคุกออกเสีย คงเหลือแต่ระวางโทษปรับเพียงอย่างเดียวเท่านั้น โดยที่โทษปรับดังกล่าวนี้เป็นโทษปรับที่มีอัตราค่อนข้างสูงและได้มีการกำหนดระวางโทษขั้นต่ำไว้ด้วย<sup>153</sup>

ในส่วนของบทกำหนดโทษที่เปลี่ยนแปลงไปของความผิดฐานนี้ก็มาจากความต้องการของภาคเอกชนดังกล่าวอีกเช่นกัน ทั้งนี้ เพื่อที่จะให้ความผิดฐานนี้เป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่สามารถป้องกันและปราบปรามไม่ให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ที่เป็นปัญหาในขณะนั้น โดยต้องการให้โทษปรับเช่นนี้สามารถมีผลกระทบในทางเศรษฐกิจกับผู้ประกอบกิจการที่ฝ่าฝืน และสามารถช่วยในการรักษาผลประโยชน์ของกลุ่มทุนเหล่านั้นได้<sup>154</sup> จึงส่งผลทำให้บทกำหนดโทษของความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตมีระวางโทษปรับในอัตราสูงดังเช่นที่บัญญัติไว้ในมาตรา 79 นั้นเอง

นอกจากนี้ความผิดฐานนี้ยังถูกกำหนดให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน ซึ่งเจ้าพนักงานที่มีอำนาจหน้าที่สามารถเริ่มดำเนินคดีได้ด้วยตนเอง ฉะนั้นแล้ว หากมีการบังคับใช้กฎหมายอย่าง

<sup>150</sup> จาก สถิติคดีตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์, คุราชละเอียดยุทธคดีในภาคผนวก ก.

<sup>151</sup> จาก พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 มาตรา 38 วรรคหนึ่ง.

<sup>152</sup> จาก พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 มาตรา 34.

<sup>153</sup> ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท และปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งหมื่นบาท ตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่ ตามมาตรา 79.

<sup>154</sup> จากการศึกษาของ นางสาวธำรงค์ลักษณ์ ลาพินี, คุราชละเอียดยุทธคดีใน ภาคผนวก ก.

จริงจังกี่จะสามารถแก้ปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ และถือเป็นมาตรการหนึ่งที่จะช่วยในการคุ้มครองและส่งเสริมผู้ประกอบการธุรกิจภาพยนตร์ที่ดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์อีกทางหนึ่ง ดังนั้น จึงสามารถกล่าวได้ว่าแนวคิดในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ได้ปรากฏในรูปของการแฝงอยู่ในกฎหมายฉบับนี้นั่นเอง



### บทที่ 3

## ความผิดฐานดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตาม กฎหมายของต่างประเทศ

ในการดำรงชีวิตของมนุษย์ทุกคนนั้น จำเป็นจะต้องได้รับการตอบสนองต่อความต้องการทางกายภาพขั้นพื้นฐานเพื่อให้สามารถดำเนินชีวิตได้อย่างปกติสุข ที่รู้จักกันโดยทั่วไปว่า ปัจจัยสี่ในการดำรงชีวิต อันประกอบด้วย อาหาร เครื่องนุ่งห่ม ที่อยู่อาศัย และยารักษาโรค นอกจากนี้ปัจจุบันมนุษย์ส่วนใหญ่ก็ยังต้องการสิ่งที่จะช่วยอำนวยความสะดวกสบายอื่นๆ ให้กับชีวิตของตนตามแต่ละยุคสมัย อันถือเป็นการสนองตอบต่อความต้องการทางจิตใจเพิ่มเติม นอกเหนือไปจากปัจจัยสี่ดังกล่าวอีกด้วย และสิ่งที่เป็นตัวกลางในการทำให้เข้าถึงซึ่งความสะดวกสบายในการดำรงชีวิตเหล่านั้น คือ เงินตรา ซึ่งเป็นสิ่งที่มนุษย์แทบทุกคนถวิลหาและพยายามแสวงหาให้ได้มา แต่อย่างไรก็ดี มิได้หมายความว่าบุคคลทุกคนจะมีเงินตราอย่างเท่าเทียมกันอันเนื่องมาจากปัจจัยต่าง ๆ ที่แต่ละบุคคลมีไม่เหมือนกัน โดยปัจจัยหนึ่ง คือ การประกอบอาชีพของแต่ละบุคคล ที่ถือเป็นปัจจัยประการสำคัญในการที่จะทำให้ได้มาซึ่งเงินตรา โดยอาชีพใดซึ่งเป็นอาชีพที่สุจริตและสามารถสร้างรายได้ให้กับผู้ประกอบการอาชีพได้อย่างเป็นกอบเป็นกำแล้ว ก็ย่อมเป็นที่สนใจของบุคคลทั้งหลาย แต่เนื่องจากการที่อาชีพบางอย่างมีลักษณะที่อาจก่อให้เกิดการละเมิดต่อสิทธิของผู้อื่น หรืออาจกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสภาพเศรษฐกิจและสังคมในภาพรวม ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่รัฐจะต้องเข้ามาควบคุมโดยใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการวางข้อกำหนดในการควบคุมผู้ประกอบการอาชีพดังกล่าวให้ดำเนินไปในทิศทางที่กฎหมายพึงประสงค์ และกำหนดบทลงโทษที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพทางกายหรือสิทธิในทรัพย์สิน อันเป็นโทษทางอาญาสำหรับผู้ประกอบอาชีพที่กระทำการฝ่าฝืนไว้ ทั้งนี้ เพื่อเป้าหมายสูงสุดคือความสงบสุขของสังคมประเทศซึ่งอาจแตกต่างกันไปตามลัทธิความเชื่อทางการเมืองที่ได้รับการยอมรับนับถือในประเทศนั้น ๆ

ดังนั้นในบทนี้ผู้เขียนจะได้ทำการศึกษา การกระทำความผิดที่เป็นการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับอาชีพ คือ ความผิดฐานดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายของต่างประเทศ โดยให้ความสนใจไปที่ ประเทศสิงคโปร์ และ

ประเทศมาเลเซีย โดยวิเคราะห์และนำมาเปรียบเทียบกับประเทศไทย เพื่อให้ได้มาซึ่งแนวทางในการแก้ไขปัญหา ความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับอนุญาตของไทย ดังที่จะได้พิจารณากฎหมายในประเทศต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

### 3.1 ความผิดฐานดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายของประเทศสิงคโปร์

โดยทางการแล้วรูปแบบการปกครองของประเทศสิงคโปร์ที่ได้ยืนยันต่อสังคมโลก คือระบบการปกครองในรูปแบบประชาธิปไตย แต่เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงแล้วการปกครองของรัฐบาลของประเทศสิงคโปร์นั้นมีแนวโน้มไปในรูปแบบการปกครองแบบเบ็ดเสร็จ (Authoritarian System)<sup>1</sup> อันมีผลจากการนำแนวคิดในลักษณะสังคมนิยม (Socialism) เข้ามาผสมผสาน สิทธิเสรีภาพในทางการเมืองของประชาชนในสิงคโปร์จึงมีลักษณะค่อนข้างจำกัด และทำให้การควบคุมสื่อต่างๆ อันอาจมีผลกระทบต่อการเมืองการปกครองของประเทศสิงคโปร์ก็มีลักษณะที่เข้มงวดกว่าประเทศอื่นๆ ที่มีการปกครองในรูปแบบประชาธิปไตยโดยแท้

ในมุมมองของรัฐบาลของประเทศสิงคโปร์ ภาพยนตร์ถือเป็นสื่อ (Media) รูปแบบหนึ่งที่มีผลกระทบต่อประชาชนทั้งในด้านความคิดทางการเมือง (Political Thinking) และมาตรฐานทางศีลธรรม (Moral Standard) ดังนั้น การควบคุมภาพยนตร์โดยใช้มาตรการทางกฎหมาย (Legal Mechanism) จึงเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม รัฐบาลของประเทศสิงคโปร์จึงได้ออกกฎหมายต่าง ๆ เพื่อควบคุมภาพยนตร์ที่เผยแพร่ในประเทศ ไม่ว่าจะภาพยนตร์ดังกล่าวจะได้จัดทำขึ้นภายในหรือภายนอกประเทศก็ตาม<sup>3</sup>

โดยกฎหมายหลักที่ใช้ในการควบคุมผู้ประกอบการธุรกิจภาพยนตร์ของประเทศสิงคโปร์ ซึ่งได้มีการกำหนดความผิดฐานดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาต ได้แก่ กฎหมายว่าด้วยภาพยนตร์ (Film Act) โดยกฎหมายฉบับนี้ได้ออกบังคับใช้ครั้งแรกในปี 1981 และได้รับการแก้ไขปรับปรุงสาระสำคัญของกฎหมายในปี 1998 พร้อมทั้งแก้ไขเพิ่มเติมเล็กน้อยอีก

<sup>1</sup> รัฐธรรมนูญของประเทศสิงคโปร์มิได้มีการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในด้านการเมืองหรือการแสดงออกแต่อย่างใด ซึ่งต่างจากรัฐธรรมนูญของประเทศอื่นที่มีการปกครองแบบประชาธิปไตยโดยแท้ เช่น สหรัฐอเมริกา เป็นต้น ที่มีการรับรองเสรีภาพในการแสดงออกหรือการเขียนของประชาชนไว้อย่างชัดเจนใน Amendment I ของรัฐธรรมนูญ (จาก *กฎหมายภาพยนตร์ของสิงคโปร์* (รายงานผลการวิจัย) (น. 4), โดย จินตพันธุ์ ทังสุบุตร, 2546, กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา)

<sup>2</sup> แหล่งเดิม

<sup>3</sup> แหล่งเดิม.

หลายครั้งในระหว่างปี 1999 และ 2002 เพื่อให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงของเทคโนโลยีด้านการสื่อสารและคอมพิวเตอร์<sup>4</sup> โดยที่วัตถุประสงค์หลักของกฎหมายฉบับนี้ก็เป็นไปเพื่อต้องการควบคุมภาพยนตร์ที่มีอยู่หรือที่เผยแพร่ในประเทศสิงคโปร์โดยใช้ระบบอนุญาตเป็นเครื่องมือทางกฎหมาย (Legal Mechanism)<sup>5</sup> ในการควบคุมกิจการของผู้ประกอบธุรกิจนำเข้า ผลิต จำหน่าย แจก หรือเผยแพร่ภาพยนตร์<sup>6</sup> โดยในการพิจารณาให้ใบอนุญาตนั้น กฎหมายฉบับนี้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ (Licensing Office) ผู้ซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดยรัฐมนตรีผู้รักษาการให้เป็นผู้พิจารณาออกคำสั่งอนุญาตการประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์ ทั้งนี้ คำสั่งอนุญาตดังกล่าวอาจมีเงื่อนไขประกอบด้วยก็ได้ หรือกรณีที่ออกคำสั่งไม่อนุญาตเจ้าหน้าที่ก็สามารถออกคำสั่งได้โดยไม่ต้องให้เหตุผลใดๆ และเจ้าหน้าที่สามารถกำหนดให้ผู้ขออนุญาตวางเงินประกันการปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าวได้<sup>7</sup> หากผู้รับอนุญาตไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในใบอนุญาตแล้ว ผู้รับใบอนุญาตอาจถูกริบเงินประกันและเพิกถอนใบอนุญาต พร้อมทั้งต้องรับโทษปรับหรือจำคุกตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายภาพยนตร์อีกด้วย<sup>8</sup> โดยในเบื้องต้นต้องพิจารณาความหมายของคำว่า “ภาพยนตร์” เพื่อทราบถึงขอบเขตการบังคับใช้ของกฎหมายและจะได้ทำการศึกษาถึงเนื้อหา บทกำหนดโทษของความผิดฐานดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตต่อไป ดังนี้

### 3.1.1 ขอบเขตความหมายของ “ภาพยนตร์” ตามกฎหมายของประเทศสิงคโปร์

มาตรา 2 แห่ง Film Act 1998 ได้กำหนดนิยามของภาพยนตร์ไว้ว่าหมายความรวมถึงฟิล์มภาพยนตร์ในลักษณะทั่วไป หรือการบันทึกภาพเคลื่อนไหวไม่ว่าจะด้วยวิธีการใด ๆ หรืออันมีผลให้สามารถแสดงภาพเคลื่อนไหวดังกล่าวซ้ำได้ในภายหลัง ทั้งนี้ หมายความรวมถึงส่วนใดส่วนหนึ่งของภาพยนตร์และสำเนาของภาพยนตร์ดังกล่าวด้วย<sup>9</sup>

จากนิยามดังกล่าวจะเห็นได้ว่ากฎหมายของประเทศสิงคโปร์นั้นได้กำหนดความหมายของภาพยนตร์ไว้อย่างกว้างขวาง โดยการบันทึกภาพเคลื่อนไหวไม่ว่าในลักษณะใดหรือวิธีการใด

<sup>4</sup> Film Act, สืบค้นวันที่ 26 กุมภาพันธ์ 2556 จาก <http://www.mda.gov.sg/Industry/Films/PoliciesLegislation/Pages/FilmsAct.aspx> .

<sup>5</sup> จาก *กฎหมายภาพยนตร์ของสิงคโปร์* (น. 6). เล่มเดิม.

<sup>6</sup> From Film Act 1998 of Singapore Section 6 about Licence for carrying on business of importing, making, distributing or exhibiting films.

<sup>7</sup> From Film Act 1998 of Singapore Section 7 about Application for licence.

<sup>8</sup> จาก *กฎหมายภาพยนตร์ของสิงคโปร์*. หน้าเดิม.

<sup>9</sup> From Film Act 1998 of Singapore Section 2 about definition of “Film”.

อาจจะผลทำให้สิ่งนั้นกลายเป็นภาพยนตร์ตามกฎหมายภาพยนตร์ได้ทั้งสิ้น การกำหนดนิยามลักษณะนี้เป็นการกำหนดโดยพิจารณาจากคุณสมบัติและวิธีการบันทึกภาพเคลื่อนไหวโดยมิได้คำนึงถึงวัตถุประสงค์หรือสื่อที่ใช้ในการแสดงภาพเคลื่อนไหวดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ การบันทึกภาพเคลื่อนไหวด้วยคอมพิวเตอร์เพื่อนำไปใช้ใน VDO Game หรือการบันทึกภาพเพื่อนำไปถ่ายทอดในรายการโทรทัศน์จึงเป็นภาพยนตร์ตามความหมายในกฎหมายภาพยนตร์ทั้งสิ้น<sup>10</sup> ซึ่งก็มีลักษณะทำนองเดียวกับความหมายของภาพยนตร์ตามกฎหมายของประเทศไทย จะมีข้อแตกต่างกันเล็กน้อยคือ ภาพยนตร์ตามความหมายของประเทศไทยจะไม่รวมถึงการบันทึกภาพเคลื่อนไหวที่มีลักษณะเป็นเกมส์การเล่น หรือคาราโอเกะ ซึ่งจะอยู่ในความหมายของ “วีดิทัศน์”<sup>11</sup>

อย่างไรก็ดี แม้ว่าจะมีการกำหนดนิยามภาพยนตร์ไว้อย่างกว้างขวางก็ตาม มาตรา 40 แห่งกฎหมายภาพยนตร์ของสิงคโปร์ ได้กำหนดห้ามมิให้บังคับใช้กฎหมายนี้กับภาพยนตร์ที่ได้รับการอุดหนุนจากทางการรัฐบาลของประเทศสิงคโปร์ ภาพยนตร์ที่สร้างขึ้นเป็นส่วนตัวโดยมิได้เจตนาที่จะจำหน่ายแจกหรือเผยแพร่ต่อสาธารณชน และภาพยนตร์ที่สร้างขึ้นใหม่จากรายการโทรทัศน์ในประเทศและมิได้มุ่งหมายที่จะเผยแพร่หรือแจกจ่ายต่อสาธารณะ เช่น การบันทึกรายการโทรทัศน์ท้องถิ่นด้วยเครื่องบันทึก VDO หรือ CD เพื่อรับชมในภายหลัง เป็นต้น และนอกจากนี้ยังให้อำนาจรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบตามกฎหมาย ในการกำหนดยกเว้นไม่นำบทบัญญัติทั้งหมดหรือบางมาตราตามกฎหมายนี้ไปบังคับใช้กับบุคคลหรือกลุ่มบุคคลใดได้ตามความเหมาะสม<sup>12</sup> การกำหนดข้อยกเว้นไว้เช่นนี้มีผลทำให้กฎหมายภาพยนตร์ของประเทศสิงคโปร์มีความทันสมัยต่อสภาพสังคมและเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงไป เนื่องจากเป็นกฎหมายที่มีลักษณะยืดหยุ่น (Flexible) โดยรัฐมนตรีสามารถประกาศยกเว้นหรือเพิ่มเติมได้ตลอดเวลา<sup>13</sup> ซึ่งหากเปรียบเทียบกับกฎหมายของไทยแล้ว รัฐมนตรีผู้รักษาการมิได้มีอำนาจกว้างขวางเช่นนี้ โดยจะมีอำนาจเฉพาะกรณีการกำหนดประเภทภาพยนตร์ ที่ไม่ต้องผ่านการตรวจพิจารณาและได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์เท่านั้น นอกจากนี้แม้ว่าภาพยนตร์นั้นจะได้รับการกำหนดยกเว้นจากรัฐมนตรีที่จะไม่ต้องผ่านการตรวจพิจารณาดังกล่าวแล้วก็ตาม แต่หากได้นำออกฉาย ให้เข้า

<sup>10</sup> จาก กฎหมายภาพยนตร์ของสิงคโปร์ (น. 19). เล่มเดิม.

<sup>11</sup> จาก พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ มาตรา 4

<sup>12</sup> From Film Act 1998 of Singapore Section 40 (1) (2). ดูรายละเอียดใน กฎหมายภาพยนตร์ของสิงคโปร์ (น.19-20). เล่มเดิม.

<sup>13</sup> แหล่งเดิม.

แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายในราชอาณาจักรเป็นการทั่วไป ก็จะต้องมาเข้ารับการตรวจพิจารณา เช่นเดิม<sup>14</sup>

3.1.2 หลักเกณฑ์ของความผิดฐานดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาต ตามกฎหมายของประเทศสิงคโปร์

มาตรา 6 (1) (a) แห่ง Film Act 1998 กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจ นำเข้า ผลิต แจกจ่าย (Distributon) หรือจัดฉาย ภาพยนตร์ เพื่อแสวงหากำไรหรือเพื่อการอื่นใด จะต้องขอรับใบอนุญาต ก่อนจึงจะสามารถดำเนินกิจการได้<sup>15</sup> ทั้งนี้ ในส่วนของการแจกจ่าย (Distribution) นั้น ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของการขาย การให้เช่า การให้ยืม หรือการให้แลกเปลี่ยนภาพยนตร์ก็ตาม<sup>16</sup> เช่นเดียวกับการขอใบอนุญาตประกอบธุรกิจผลิตนำเข้า หรือเผยแพร่ภาพยนตร์ โดยเจ้าหน้าที่ผู้ออกใบอนุญาต สามารถกำหนดเงื่อนไขการออกใบอนุญาต อายุใบอนุญาต พร้อมทั้งเรียกเก็บเงินประกันการปฏิบัติ ตามกฎหมายและเงื่อนไขการออกใบอนุญาตด้วยก็ได้ นอกจากนี้ ในการดำเนินธุรกิจให้เช่า ภาพยนตร์ไม่ว่าจะในรูปแบบ (Format) ใด เช่น วีดีโอ ซีดี หรือฟิล์ม เป็นต้น ผู้ประกอบธุรกิจยังต้อง จัดทำรายการรายละเอียดภาพยนตร์ที่ครอบครอง และให้เช่าไว้ด้วยตามรูปแบบและวิธีการที่กำหนดไว้ใน Cinematograph Film Hire Duty Act 1966 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมในปี 2001 แม้ว่าข้อกำหนดให้ จัดทำรายการบัญชีภาพยนตร์ตามกฎหมายดังกล่าวจะกำหนดขึ้นเพื่อประโยชน์ในการเก็บภาษีอากร เท่านั้นก็ตาม แต่เจ้าหน้าที่ผู้มีหน้าที่ตรวจสอบอาจใช้รายการดังกล่าวเป็นเครื่องมือในการตรวจสอบ มิให้มีการประกอบธุรกิจให้เช่าภาพยนตร์ที่ไม่ผ่านการตรวจพิจารณาด้วยก็ได้<sup>17</sup>

จากหลักกฎหมายดังกล่าวข้างต้นสามารถแยกองค์ประกอบในส่วนของความผิดฐาน ประกอบกิจการแจกจ่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายของประเทศสิงคโปร์ได้ ดังนี้

องค์ประกอบภายนอก คือ

“ผู้กระทำ” คือ มนุษย์ซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่าจะเป็นใคร

“การกระทำ” คือ

<sup>14</sup> จาก พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ มาตรา 27 (6)

<sup>15</sup> Section 6 (1) “No person (a) shall carry on any business, whether or not the business is carried on for profit, of importing, making, distributing or exhibiting films unless he is in possession of a valid licence; or ...”

<sup>16</sup> From Film Act 1998 of Singapore Section 2 about definition of “Distribute” and “Supply”.

<sup>17</sup> จาก กฎหมายภาพยนตร์ของสิงคโปร์ (น. 16-17). เล่มเดิม.

ประกอบธุรกิจแจกจ่าย (Distributor) ภาพยนตร์ ในรูปแบบของการขาย การให้เช่า การให้ยืม หรือการแลกเปลี่ยน เพื่อแสวงหากำไรหรือเพื่อการอื่นใด โดยไม่ได้รับอนุญาต

องค์ประกอบภายใน คือ กระทำโดยเจตนา กล่าวคือ รู้ว่าสิ่งที่ได้นำออกขาย ให้เช่า ให้ยืม หรือให้แลกเปลี่ยน นั้น คือภาพยนตร์ และมุ่งกระทำเป็นธุรกิจอย่างเป็นอาชีพ

ซึ่งหากเปรียบเทียบประเทศไทยแล้วจะเห็นว่าในการบัญญัติความผิดนี้ตามกฎหมายของประเทศสิงคโปร์ จะใช้ถ้อยคำที่แสดงถึงลักษณะของการดำเนินกิจการที่จะต้องอยู่ในบังคับตามมาตรานี้ คือ ต้องดำเนินกิจการในรูปแบบที่ทำเป็นธุรกิจ (Business)<sup>18</sup> เท่านั้น กล่าวคือ การขาย การให้เช่า การให้ยืม หรือการให้แลกเปลี่ยนนั้น ต้องมีลักษณะการดำเนินการเช่นเดียวกับการประกอบธุรกิจ แม้ว่าจะได้ดำเนินการเพื่อมุ่งแสวงหากำไรหรือไม่ก็ตาม ซึ่งแตกต่างกับของประเทศไทยที่ใช้ถ้อยคำว่า “ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยทำเป็นธุรกิจ หรือได้รับประโยชน์ตอบแทน” ซึ่งในกรณีของการประกอบกิจการไปโดยได้รับประโยชน์ตอบแทนนั้น มิได้มีการบัญญัติถ้อยคำที่สามารถอธิบายความหมายของคำว่า “ประกอบกิจการ” หรือ “ได้รับประโยชน์ตอบแทน” ได้อย่างชัดเจนว่ามีความหมายแค่นี้ เพียงใด

### 3.1.3 บทกำหนดโทษ

กรณีที่ผู้ใดกระทำการฝ่าฝืนมาตรา 6 (1) โดยประกอบธุรกิจขาย ให้เช่า ให้ยืม หรือให้แลกเปลี่ยน ภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากนายทะเบียนก่อน ผู้ประกอบกิจการนั้นต้องมีความผิด และต้องระวางโทษปรับตั้งแต่ 10,000 เหรียญ ถึง 40,000 เหรียญ หรือจำคุกไม่เกิน 12 เดือน หรือทั้งจำทั้งปรับ ทั้งนี้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 6 (2) แห่ง Film Act 1998<sup>19</sup>

## 3.2 ความผิดฐานดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายของประเทศมาเลเซีย

ปัญหาเกี่ยวกับเรื่องการเมืองและการปกครองในประเทศมาเลเซีย อันเป็นปัญหาหลักที่ฝังลึกและยึดเยื้อมาอย่างยาวนาน คือ ปัญหาเรื่องความขัดแย้งทางเชื้อชาติระหว่างชาติพันธุ์หลัก

<sup>18</sup> ซึ่งโดยปกติจะมีความหมายในลักษณะของการดำเนินกิจการ โดยมุ่งหมายที่จะยึดถือเป็นอาชีพ เพื่อมุ่งแสวงหาผลกำไร และคำว่า “Business” นี้ Black’ Law Dictionary ได้ให้ความหมายไว้ในทำนองเดียวกัน คือ

“A commercial enterprise carried on for profit; a particular occupation or employment habitually engaged in for livelihood or gain”.

<sup>19</sup> Section 6 (2) “Any person who contravenes subsection (1) shall be guilty of an offence and shall be liable on conviction to a fine of not less than \$ 10,000 but not more than 40,000 or to imprisonment for a term not exceeding 12 months or to both.”

ได้แก่ ชาวมลายู และชาวจีน โดยชาวมลายูนั้นได้มีการเรียกร้องสิทธิในความเป็นเจ้าของประเทศ และความเป็นอธิปไตยขึ้นเหนือเชื้อชาติอื่น ซึ่งสะท้อนให้เห็นได้จากในหลายมาตราของ รัฐธรรมนูญแห่งประเทศมาเลเซีย เป็นต้นว่า มาตรา 153 ซึ่งกำหนดไว้ว่า ให้ประมุขของประเทศ รักษา “สถานะพิเศษ” ของชาวมลายู ซึ่งรัฐบาลก็ต้องให้สิทธิพิเศษแก่ชนกลุ่มนี้ด้วย ทั้งในด้าน การศึกษา ตำแหน่งทางราชการ และการเป็นเจ้าของในกิจการธุรกิจบางชนิด หรือมาตรา 160 กำหนดความเป็นชาวมลายูไว้ว่า จะต้องเป็นบุคคลที่นับถือศาสนาอิสลาม ใช้ภาษามลายูเป็นประจำ และปฏิบัติตามประเพณีของชาวมลายู แม้ว่าในปัจจุบัน ปัญหาเรื่องเชื้อชาตินี้จะได้เบาบางและมีได้ รุนแรงเหมือนเช่นในอดีต แต่ก็ยังคงเป็นเรื่องที่ถือว่ามีความสำคัญที่อาจกระทบต่อความสงบ เรียบร้อยของประเทศได้<sup>20</sup> ดังนั้น ประเทศมาเลเซีย จึงให้ความสำคัญกับการควบคุมภาพยนตร์ ไม่ต่างไปจากประเทศสิงคโปร์ เนื่องจากเห็นว่าสามารถมีผลกระทบต่อประชาชนทั้งในด้าน ความคิดทางการเมือง (Political Thinking) และมาตรฐานศีลธรรม (Moral Standard) การควบคุม ภาพยนตร์โดยใช้มาตรการทางกฎหมาย (Legal Mechanism) จึงเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อรักษาความสงบ เรียบร้อยของสังคม รัฐบาลของประเทศมาเลเซียจึงออกกฎหมายต่าง ๆ เพื่อควบคุมภาพยนตร์ที่ เผยแพร่ในประเทศ ไม่ว่าจะภาพยนตร์ดังกล่าวจะทำขึ้นภายในหรือภายนอกประเทศก็ตาม

โดยกฎหมายหลักที่ใช้ในการควบคุมภาพยนตร์ของประเทศมาเลเซียได้แก่ Film Censorship Act 2002 และ Perbadanan Kemajuan Filem Nasional Malaysia Act 1981 ในส่วนของ ความผิดฐานดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตของประเทศมาเลเซียจะ บัญญัติอยู่ใน Perbadanan Kemajuan Filem Nasional Malaysia Act 1981 โดยกฎหมายฉบับนี้เริ่มใช้ บังคับครั้งแรกในปี 1981 และได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี 1984 โดยเนื้อหาของกฎหมายฉบับนี้ มีสาระสำคัญในการควบคุมภาพยนตร์ที่มีอยู่หรือที่เผยแพร่ในประเทศมาเลเซียโดยใช้ระบบอนุญาต เป็นเครื่องมือทางกฎหมาย (Legal Mechanism) ซึ่งมีเนื้อหาของกฎหมายก็เป็นหลักการในทำนอง เดียวกับกฎหมายของประเทศสิงคโปร์ดังได้กล่าวแล้ว ทั้งนี้เนื่องจากประเทศสิงคโปร์ก่อนที่จะ ประกาศตัวเป็นเอกราชในปี 1965 นั้นได้เคยรวมอยู่ในการปกครองของประเทศมาเลเซีย<sup>21</sup> นอกจากนี้ยังมีแนวคิดในเรื่องศาสนาที่เหมือนกันคือนับถือศาสนาอิสลาม และปัจจุบันก็มีสภาพ ทางภูมิศาสตร์ซึ่งเป็นพื้นที่ที่ติดต่อกัน จึงอาจจะเกิดการแลกเปลี่ยนและได้รับอิทธิพลทางด้าน วัฒนธรรม และแนวคิดทางกฎหมายระหว่างสองประเทศก็เป็นได้

<sup>20</sup> การเมืองการปกครอง : มาเลเซีย(Malaysia), สืบค้นวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2557 จาก [http://www.baanjomiyut.com/librally\\_2/asean\\_community/malaysia/03.html](http://www.baanjomiyut.com/librally_2/asean_community/malaysia/03.html) .

<sup>21</sup> แหล่งเดิม.

ในการควบคุมกิจการของผู้ประกอบธุรกิจนำเข้า ผลิต จำหน่ายจ่ายแจก หรือเผยแพร่ ภาพยนตร์โดยใช้ระบบการพิจารณาให้ใบอนุญาตนั้น กฎหมายฉบับนี้กำหนดให้มีคณะกรรมการ ที่เรียกว่า Perbadanan Kemajuan Filem Nasional Malaysia (Perbadanan) ซึ่งเป็นผู้ที่มีความรู้ความ เชี่ยวชาญเกี่ยวกับอุตสาหกรรมภาพยนตร์ ที่ได้รับการแต่งตั้งจากรัฐมนตรีผู้รักษาการตามกฎหมายนี้ ให้เป็นผู้มีอำนาจพิจารณาออกคำสั่งอนุญาตการประกอบกิจการที่เกี่ยวข้องกับการผลิต จำหน่าย หรือฉายภาพยนตร์<sup>22</sup> ในเบื้องต้นต้องพิจารณาความหมายของคำว่า “ภาพยนตร์” เพื่อทราบถึง ขอบเขตการบังคับใช้ของกฎหมายและจะได้ทำการศึกษาถึงเนื้อหา บทกำหนดโทษของความผิด ฐานดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตของประเทศมาเลเซียต่อไป ดังนี้

### 3.2.1 ขอบเขตความหมายของ “ภาพยนตร์” ตามกฎหมายของประเทศมาเลเซีย

มาตรา 2 แห่ง Perbadanan Kemajuan Filem Nasional Malaysia Act 1981 ได้กำหนด นิยามของภาพยนตร์ไว้ว่า หมายความว่ารวมถึง ภาพยนตร์เรื่องยาว หนังสั้น ภาพยนตร์เรื่องสั้น ภาพยนตร์ตัวอย่างเพื่อการโฆษณา ภาพยนตร์สารคดี ภาพยนตร์เพื่อการประชาสัมพันธ์ ไม่ว่าจะ ได้มีการบันทึกลงบนวัสดุชนิดใด ๆ ตลอดจนวิดีโอเทป และแผ่นวิดีโอ ที่บันทึกภาพเคลื่อนไหว พร้อมด้วยเสียงประกอบ หรือไม่มีเสียงประกอบ สำหรับการรับชมของสาธารณชน หรือประชาชน กลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง<sup>23</sup>

จากนิยามดังกล่าวจะเห็นได้ว่ากฎหมายของประเทศมาเลเซียได้กำหนดความหมาย ของภาพยนตร์ไว้อย่างกว้างขวางในทำนองเดียวกับกฎหมายของสิงคโปร์ โดยนอกเหนือไปจาก ความหมายของภาพยนตร์ที่รู้จักและเข้าใจกันดีโดยทั่วไปแล้วตามนิยามนี้ยังรวมถึง สารคดี ภาพยนตร์เพื่อการโฆษณา ตลอดจนการบันทึกภาพเคลื่อนไหวไม่ว่าจะมีเสียงประกอบหรือไม่ ก็ตาม และไม่ว่าจะได้บันทึกลงในวัสดุชนิดใด ๆ ในลักษณะใดหรือวิธีการใดอาจจะมีผลให้เป็น ภาพยนตร์ตามกฎหมายนี้ได้ทั้งสิ้น การกำหนดนิยามลักษณะนี้เป็นการกำหนดโดยพิจารณาจาก คุณสมบัติและวิธีการบันทึกภาพเคลื่อนไหวโดยมิได้คำนึงถึงวัตถุประสงค์หรือสื่อที่ใช้ในการแสดง ภาพเคลื่อนไหวดังกล่าว โดยมีเงื่อนไขสำคัญ อันจะส่งผลทำให้สิ่งทั้งหลายดังกล่าวนี้มีสถานะเป็น “ภาพยนตร์” ที่จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายนี้ คือ ได้จัดทำให้มีขึ้นเพื่อให้สาธารณชนหรือ ประชาชนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งรับชม ดังนั้น หากมิได้กระทำขึ้นเพื่อเผยแพร่แก่บุคคลทั่วไปก็ย่อมไม่อยู่

<sup>22</sup> From Perbadanan Kemajuan Filem Nasional Malaysia Act 1981 of Malaysia PART II.

<sup>23</sup> From Perbadanan Kemajuan Filem Nasional Malaysia Act 1981 of Malaysia Section 2 about definition of “Films”.

ในความหมายของ “ภาพยนตร์” ตามกฎหมายนี้ซึ่งเป็นหลักการในทำนองเดียวกับกฎหมายของสิงคโปร์ดังได้กล่าวแล้ว

และเมื่อพิจารณาถึงอำนาจของรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบตามกฎหมายฉบับนี้ ซึ่งได้แก่ รัฐมนตรีผู้ทำหน้าที่บริหารและพัฒนาอุตสาหกรรมภาพยนตร์ของประเทศมาเลเซีย ก็มีความคล้ายคลึงกับกฎหมายของประเทศสิงคโปร์อีกเช่นกัน กล่าวคือ แม้ว่าจะมีการกำหนดนิยามภาพยนตร์ไว้อย่างกว้างขวางก็ตาม รัฐมนตรีผู้รับผิดชอบ ก็มีอำนาจตามมาตรา 34A ในการกำหนดยกเว้นไม่นำบทบัญญัติทั้งหมดหรือบางมาตราตามกฎหมายนี้ไปบังคับใช้กับบุคคลหรือกลุ่มบุคคลใดได้ตามความเหมาะสม<sup>24</sup> การกำหนดข้อยกเว้นไว้เช่นนี้มีผลทำให้กฎหมายภาพยนตร์ของประเทศมาเลเซียมีความยืดหยุ่น (Flexible) และสามารถปรับใช้ให้เข้ากับยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลงไป และพฤติกรรมต่าง ๆ ได้อย่างเหมาะสม

3.2.2 หลักเกณฑ์ของความผิดฐานดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายของประเทศมาเลเซีย

มาตรา 22 (1) แห่ง Perbadanan Kemajuan Filem Nasional Malaysia Act 1981 กำหนดให้ผู้ที่จะมีส่วนร่วมในกิจกรรม (engage in any of the activities) เกี่ยวกับภาพยนตร์ 3 ประเภทดังต่อไปนี้ ต้องได้รับใบอนุญาต จาก Perbadanan เสียก่อน จึงจะสามารถดำเนินการได้<sup>25</sup> คือ

(1) การผลิตภาพยนตร์ (film production) ซึ่งรวมถึง บรรดากิจกรรมทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับการผลิตหรือกระบวนการในการจัดทำภาพยนตร์ หรือการบันทึก หรือการทำซ้ำซึ่งวิดีโอเทปเพื่อการรับชมของสาธารณชน หรือประชาชนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง<sup>26</sup>

(2) การจำหน่ายภาพยนตร์ (film distribution) ซึ่งรวมถึง การให้เช่า และการให้ยืมภาพยนตร์ เพื่อแสวงหากำไรหรือเพื่อการอื่นใด หรือการนำเข้าและจัดจำหน่ายภาพยนตร์ที่ผลิตในต่างประเทศ และการจัดจำหน่ายภาพยนตร์ที่ผลิตภายในท้องถิ่น<sup>27</sup>

<sup>24</sup> From Perbadanan Kemajuan Filem Nasional Malaysia Act 1981 of Malaysia Section 34A .

<sup>25</sup> Section 22 (1) “No person shall engage in any of the activities of production, distribution or exhibition of films or any combination of those activities as specified in subsection 21 (1) unless there is in force a licence authorizing him to do the same.”

<sup>26</sup> From Perbadanan Kemajuan Filem Nasional Malaysia Act 1981 of Malaysia Section 2 about definition of “Film production”.

<sup>27</sup> From Perbadanan Kemajuan Filem Nasional Malaysia Act 1981 of Malaysia Section 2 about definition of “Film distribution”.

(3) การฉายภาพยนตร์ (film exhibition) ซึ่งหมายถึง การฉายภาพยนตร์ เพื่อการรับชมของสาธารณชน หรือประชาชนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง<sup>28</sup>

โดย Perbadanan ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจในการออกใบอนุญาตให้ดำเนินกิจการทั้ง 3 ประเภทดังกล่าว สามารถกำหนดเงื่อนไขการออกใบอนุญาต อายุใบอนุญาต และเรียกเก็บเงินค่าธรรมเนียมใบอนุญาต นอกจากนี้ยังสามารถกำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขในการออกใบอนุญาตให้ผู้ได้รับอนุญาตต้องปฏิบัติตามด้วยก็ได้ แต่ทั้งนี้กฎหมายได้ห้ามมิให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดมีส่วนร่วมในกิจกรรมทั้ง 3 ประเภท ในช่วงเวลาเดียวกัน โดยสามารถดำเนินการได้สูงสุดเพียง 2 ประเภทควบคู่กันไป<sup>29</sup> นอกจากนี้ Perbadanan อาจปฏิเสธที่จะออกใบอนุญาตโดยไม่จำเป็นต้องระบุเหตุผลของการปฏิเสธดังกล่าว และคำตัดสินของ Perbadanan ไม่ว่าในกรณีใด ๆ นั้น ถือเป็นที่สุดและเป็นอันยุติ โดยไม่สามารถอุทธรณ์ได้<sup>30</sup>

จากหลักกฎหมายดังกล่าวข้างต้นสามารถแยกองค์ประกอบในส่วนของคุณผิดฐานมีส่วนร่วมในกิจกรรมเกี่ยวกับการจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายของประเทศมาเลเซีย ได้ดังนี้

องค์ประกอบภายนอก คือ

“ผู้กระทำ” คือ มนุษย์ซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่าจะเป็นใคร

“การกระทำ” คือ มีส่วนร่วมในกิจกรรมเกี่ยวกับ (engage in any of the activities) การจำหน่ายภาพยนตร์ (film distribution) ซึ่งรวมถึง

1. การให้เช่า หรือการให้ยืมซึ่งภาพยนตร์ เพื่อแสวงหากำไรหรือเพื่อการอื่นใด

2. การนำเข้าและจัดจำหน่ายภาพยนตร์ที่ผลิตในต่างประเทศ หรือจัดจำหน่ายภาพยนตร์ที่ผลิตในท้องถิ่น

โดยไม่ได้รับอนุญาต

องค์ประกอบภายใน คือ กระทำโดยเจตนา กล่าวคือ รู้ว่าสิ่งที่ได้นำออกจำหน่าย ขาย หรือให้เช่า นั้น คือภาพยนตร์ และมุ่งกระทำเพื่อแสวงหากำไรหรือเพื่อการอื่นใด

ซึ่งหากเปรียบเทียบประเทศไทยแล้วจะเห็นว่าในการบัญญัติความผิดฐานนี้ตามกฎหมายของประเทศมาเลเซียนี้ มีลักษณะเช่นเดียวกับของประเทศสิงคโปร์ คือ จะใช้ถ้อยคำที่แสดงถึงลักษณะของการดำเนินกิจการที่จะต้องอยู่ในบังคับตามมาตรานี้ คือ การเข้าไปมีส่วนร่วมในการ

<sup>28</sup> From Perbadanan Kemajuan Filem Nasional Malaysia Act 1981 of Malaysia Section 2 about definition of “Film exhibition”.

<sup>29</sup> From Perbadanan Kemajuan Filem Nasional Malaysia Act 1981 of Malaysia Section 21 (1).

<sup>30</sup> From Perbadanan Kemajuan Filem Nasional Malaysia Act 1981 of Malaysia Section 22 (3).

ดำเนินกิจกรรมเกี่ยวกับการจำหน่าย ให้เช่า หรือให้ยืมภาพยนตร์ซึ่งอยู่ในรูปแบบที่ทำในเชิงพาณิชย์ (activities of distribution)<sup>31</sup> หรือหากเป็นกรณีดำเนินการไปเพื่อวัตถุประสงค์อื่นที่มีใช้เพื่อแสวงหากำไรแล้ว ก็ต้องมีการดำเนินการอย่างเป็นทางการเป็นกิจจะลักษณะในทำนองเดียวกันนี้ด้วยเช่นกัน ซึ่งแตกต่างกับของประเทศไทยที่ใช้ถ้อยคำว่า “ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับประโยชน์ตอบแทน” ซึ่งในกรณีของการประกอบกิจการไปโดยได้รับประโยชน์ตอบแทนนั้น มิได้มีการบัญญัติถ้อยคำที่จะสามารถอธิบายความหมายของคำว่า “ประกอบกิจการ” หรือ “ได้รับผลประโยชน์ตอบแทน” ได้อย่างชัดเจนว่ามีความหมายแคบไปเพียงใด ดังที่ได้กล่าวแล้วในการเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายของประเทศสิงคโปร์

### 3.1.3 บทกำหนดโทษ

กรณีที่ผู้ใดกระทำการฝ่าฝืนโดยประกอบกิจการ ผลิตภาพยนตร์ (film production) จำหน่ายภาพยนตร์ (film distribution) หรือฉายภาพยนตร์ (film exhibition) โดยไม่ได้รับอนุญาตจาก Perbadanan เสียก่อน ผู้ประกอบกิจการนั้นมีความผิด และต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าหมื่นริงกิตหรือจำคุกไม่เกินสองปี หรือทั้งจำทั้งปรับ และปรับอีกวันละไม่เกินหนึ่งหมื่นริงกิต ตลอดระยะเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่ ทั้งนี้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 25 (1) แห่ง Perbadanan Kemajuan Filem Nasional Malaysia Act 1981<sup>32</sup> ทั้งนี้ในส่วนของโทษจำคุกนั้นได้ถูกเพิ่มเติมขึ้นในภายหลัง โดย Perbadanan Kemajuan Filem Nasional Malaysia (Amendment) Act 1984 [Act A589]. แต่เดิมระวางโทษจะมีเพียงโทษปรับอย่างเดียวเท่านั้น นอกจากนี้หากเป็นกรณีที่บุคคลที่ได้รับการออกใบอนุญาต ได้กระทำการอันเป็นความผิดของตามกฎหมายโดยมีลักษณะเป็นการฝ่าฝืนต่อเงื่อนไขหรือข้อกำหนดตามใบอนุญาต ก็จะต้องถูกยกเลิกใบอนุญาต โดย Perbadanan ด้วย<sup>33</sup>

<sup>31</sup> Black' Law Dictionary ได้ให้ความหมายของ “activity” ไว้ว่า “The collective acts of one person or of two person or more people engaged in a common enterprise.”

<sup>32</sup> Section 25 (1) “Any person who contravenes any of the provisions of this Part shall be guilty of an offence and shall, on conviction, be liable to a fine not exceeding fifty thousand ringgit or to imprisonment for a term not exceeding two years or to both such fine and imprisonment, and he shall in addition, in the case of continuing offence, be liable to daily fine not exceeding ten thousand ringgit.”

<sup>33</sup> From Perbadanan Kemajuan Filem Nasional Malaysia Act 1981 of Malaysia Section 25 (2).

## บทที่ 4

### วิเคราะห์ความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตของประเทศไทย

โดยปกติแล้วปัจเจกชนทั่วไปย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะประกอบอาชีพหรือดำเนินธุรกิจใดๆ ก็ได้ตราบเท่าที่อาชีพหรือธุรกิจดังกล่าวนั้น ไม่มีลักษณะเป็นการดำเนินการที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมาย โดยกรณีการประกอบอาชีพอันเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายที่เห็นได้ชัดเจนคือ การกระทำที่ละเมิดต่อศีลธรรม ซึ่งเป็นความผิดที่เห็นได้ในตัวเอง (mala in se) เช่น การรับจ้างฆ่าหรือทำร้ายผู้อื่น การค้ำมนุษย์ เป็นต้น ซึ่งเป็นการประกอบอาชีพที่มีเนื้อหาสาระที่ต้องห้ามตามกฎหมายและไม่อาจกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ในส่วนของ การประกอบอาชีพหรือการประกอบธุรกิจใดมีลักษณะที่อาจส่งผลกระทบต่อประโยชน์ของสังคมแล้ว ก็จะต้องมีการควบคุมการประกอบอาชีพหรือธุรกิจนั้นๆ ทั้งนี้เพื่อป้องกันผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นและรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ของคนส่วนใหญ่ โดยการออกกฎหมายมาควบคุม ซึ่งเนื้อหาของกฎหมายจะมีการกำหนดหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขต่างๆ ที่เหมาะสมในแต่ละกรณี ให้ผู้ที่ประสงค์จะประกอบอาชีพนั้นๆ ต้องปฏิบัติตามให้ครบถ้วนเสียก่อนจึงจะสามารถดำเนินกิจการได้ และกำหนดให้ผู้ดำเนินกิจการที่ได้ฝ่าฝืนหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขที่กฎหมายบัญญัติบังคับให้ต้องปฏิบัติ มีความผิดและต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งกรณีนี้ถือเป็นการผิดเนื่องจากกฎหมายบัญญัติห้าม (mala prohibita) นั่นเอง เช่น กรณีการกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจในการผลิต นำเข้า ขาย ซ่อมเครื่องซังดวงวัดหรือให้บริการซัง ดวงหรือวัด ต้องได้รับหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจนั้นๆ จากพนักงานเจ้าหน้าที่ พร้อมทั้งเสียค่าธรรมเนียมตามที่กฎหมายกำหนดเสียก่อนจึงจะสามารถดำเนินธุรกิจได้<sup>1</sup> โดยหากฝ่าฝืนก็จะต้องมีความผิดและต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ<sup>2</sup>

ในส่วนของ การประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพยนตร์ในประเทศไทยซึ่งเป็นหัวข้อที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษา ก็เป็นธุรกิจที่ได้มีการออกกฎหมายมาควบคุมเช่นกัน เนื่องจากเป็น

<sup>1</sup> จาก พระราชบัญญัติมาตราซังดวงวัด พ.ศ. 2542 มาตรา 17.

<sup>2</sup> จาก พระราชบัญญัติมาตราซังดวงวัด พ.ศ. 2542 มาตรา 68.

ธุรกิจที่อาจส่งผลกระทบต่อประโยชน์ของคนส่วนใหญ่ในสังคม จึงได้มีการกำหนดความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตของประเทศไทย ขึ้นใช้บังคับ โดยในเบื้องต้นนี้ ผู้เขียนจะขอลำดับถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับความหมายของภาพยนตร์ และลักษณะสำคัญของความผิดฐานดังกล่าว เพื่อทราบขอบเขตและองค์ประกอบของความผิดเป็นลำดับไป ดังต่อไปนี้

1. หลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาต

การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 38 ซึ่งเป็นความผิดที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาในครั้งนี้ โดยสิ่งที่จะต้องศึกษาเป็นลำดับแรก คือ ความหมายของ ภาพยนตร์

1) ความหมายของ “ภาพยนตร์” ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 4 ได้กำหนดนิยามไว้ว่า “ภาพยนตร์” หมายความว่า วัสดุที่มีการบันทึกภาพหรือภาพและเสียงซึ่งสามารถนำมาฉายให้เห็นเป็นภาพที่เคลื่อนไหวได้อย่างต่อเนื่อง แต่ไม่รวมถึงวีดิทัศน์ ซึ่ง “วีดิทัศน์” ตามความในมาตราเดียวกันนี้ หมายความว่า วัสดุที่มีการบันทึกภาพหรือภาพและเสียงซึ่งสามารถนำมาฉายให้เห็นเป็นภาพที่เคลื่อนไหวได้อย่างต่อเนื่องในลักษณะที่เป็นเกมการเล่น คาราโอเกะที่มีภาพประกอบหรือลักษณะอื่นใดตามที่กำหนดในกฎกระทรวง”

ดังนั้น ความหมายของภาพยนตร์ตามกฎหมายนี้ จึงกว้างขวางและครอบคลุมซึ่งวัสดุทุกชนิดที่มีการบันทึกภาพ หรือภาพและเสียงซึ่งสามารถฉายเป็นภาพเคลื่อนไหวได้อย่างต่อเนื่อง

2. ลักษณะสำคัญของความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาต

ความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาต ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 38 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ห้ามผู้ใดประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับประโยชน์ตอบแทน เว้นแต่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน” และมาตรา 79 ซึ่งเป็นบทกำหนดโทษผู้กระทำการฝ่าฝืนมาตรา 38 บัญญัติว่า “ผู้ใดฝ่าฝืน มาตรา 38 วรรคหนึ่ง หรือประกอบกิจการดังกล่าวในระหว่างถูกพักใช้หรือถูกเพิกถอนใบอนุญาต ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท และปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่”

จากบทบัญญัติมาตรา 38 นี้สามารถแยกองค์ประกอบความผิดได้ดังต่อไปนี้  
องค์ประกอบภายนอก คือ

“ผู้กระทำ” คือ มนุษย์ซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่าจะเป็นใคร

“การกระทำ” คือ แยกได้เป็นสองกรณี คือ

1) ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยทำเป็นธุรกิจโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือ

2) ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยได้รับประโยชน์ตอบแทนโดยไม่ได้รับอนุญาต

องค์ประกอบภายใน คือ กระทำโดยเจตนา กล่าวคือ รู้ว่าสิ่งที่ได้นำออกให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายนั้นคือภาพยนตร์ และมุ่งกระทำเป็นธุรกิจเพื่อแสวงหากำไรหรือเพื่อประโยชน์ตอบแทน

เมื่อพิจารณาองค์ประกอบภายนอกในส่วนของกรกระทำที่จะเป็นองค์ประกอบของความผิด คือ การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับประโยชน์ตอบแทนโดยไม่ได้รับอนุญาตแล้ว จะเห็นได้ว่าการที่จะวินิจฉัยความผิดตามมาตรานี้ได้อย่างถูกต้อง และส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ จำเป็นต้องทราบความหมายของคำว่า “ประกอบกิจการ” ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 38 แต่เนื่องจากพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 นั้น มิได้กำหนดนิยามความหมายเอาไว้ จึงจำเป็นต้องศึกษาเพื่อค้นหาความหมายของคำว่า “ประกอบกิจการ” โดยอาศัยคุณธรรมทางกฎหมายที่อยู่เบื้องหลังความผิดฐานนี้ เป็นเครื่องมือที่ช่วยในการตีความกฎหมาย และในการที่จะทราบถึงคุณธรรมทางกฎหมายได้นั้นจะต้องศึกษาจากประวัติความเป็นมา แนวคิดในการกำหนดความผิดและพัฒนาการของความผิดดังกล่าวนี้จากกฎหมายที่เกี่ยวข้องตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ดังนั้น ในบทนี้ผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาและวิเคราะห์ความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน วิเคราะห์ในแง่ของคุณธรรมทางกฎหมาย วิเคราะห์ความรับผิดชอบทางอาญา วิเคราะห์ผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อคุณธรรมทางกฎหมายและวิเคราะห์บทลงโทษของความผิดฐานนี้ และจะได้หยิบยกคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้องมาศึกษาประกอบในการวิเคราะห์ด้วย โดยจะได้ทำการพิจารณาเป็นลำดับไป ดังนี้

#### 4.1 วิเคราะห์หลักเกณฑ์ความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตของประเทศไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน

วัตถุประสงค์ของการตรากฎหมายเพื่อควบคุมภาพยนตร์ในระยะเริ่มแรกนั้น เป็นไปเพื่อควบคุมเนื้อหาของภาพยนตร์ที่ได้จัดทำขึ้นให้มีความเหมาะสมก่อนที่จะเผยแพร่ไปสู่สาธารณชน ต่อมาเมื่อเทคโนโลยีในการเข้าถึงภาพยนตร์ได้พัฒนาและเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย

ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องพัฒนาเครื่องมือที่ใช้ในการควบคุมอัน ได้แก่ การพัฒนากฎหมายให้สอดคล้องและครอบคลุมกับความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นอย่างต่อเนื่อง โดยมีแนวคิดในการควบคุมผู้ที่ประกอบธุรกิจที่มีส่วนในการเผยแพร่ภาพยนตร์ในรูปแบบต่างๆ และได้มีการบัญญัติความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับอนุญาตขึ้น เพื่อใช้เป็นมาตรการที่ช่วยในการตรวจสอบและควบคุมภาพยนตร์ที่จะเผยแพร่ไปสู่สาธารณชน ให้มีเนื้อหาที่เหมาะสม ทั้งนี้ เพื่อช่วยในการควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น จนกระทั่งปัจจุบันได้พัฒนาไปสู่แนวคิดในการคุ้มครองลิขสิทธิ์รวมอยู่ในความผิดฐานนี้ด้วย ดังที่ปรากฏในกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ดังต่อไปนี้

#### 4.1.1 พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530

ในปี พ.ศ. 2530 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 โดยบังคับใช้ควบคู่ไปกับพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 เหตุผลประการสำคัญในการออกบังคับใช้ของกฎหมายฉบับนี้ คือ เพื่ออุดช่องว่างของพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 ทั้งนี้เนื่องจากเทคโนโลยีที่ใช้ในกระบวนการผลิตภาพยนตร์ได้มีการพัฒนาขึ้น โดยมีการบันทึกภาพยนตร์ลงในวัสดุนอกเหนือไปจากฟิล์ม คือ มีการบันทึกลงในเทปหรือวัสดุโทรทัศน์ และได้มีการบริการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายเทปและวัสดุโทรทัศน์กับมีการจัดฉายหรือให้บริการเกี่ยวกับเทปหรือวัสดุโทรทัศน์อย่างแพร่หลาย ซึ่งเทปและวัสดุโทรทัศน์เหล่านั้นไม่ได้ผ่านการตรวจพิจารณาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ เนื่องจากไม่ใช่ภาพยนตร์ตามความหมายที่พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 ได้กำหนดไว้ ซึ่งทำให้เกิดช่องว่างของกฎหมายขึ้น และทำให้มีผู้ประกอบการให้เช่าภาพยนตร์ซึ่งได้ทำการบันทึกลงในเทปเกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก โดยที่ผู้ประกอบการบางรายได้มีการทำซ้ำเป็นจำนวนมากซึ่งเทปที่มีเนื้อหาลามกอนาจารหรือขัดต่อศีลธรรมอันดีและนำออกให้เช่าแก่ผู้บริโภคทั้งหลายซึ่งเป็นปัญหาหลักที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาดังกล่าว ดังนั้น กฎหมายฉบับนี้จึงออกบังคับใช้เพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้น โดยได้นิยามความหมายของคำว่า “เทปหรือวัสดุโทรทัศน์” ไว้ในมาตรา 4 ซึ่งบัญญัติว่า “เทปหรือวัสดุโทรทัศน์ หมายความว่า

(1) วัสดุที่เคลือบด้วยสารแม่เหล็กหรือสารอื่นใดซึ่งได้บันทึกภาพหรือถ่ายทอดภาพ โดยการเปลี่ยนสัญญาณเป็นกระแสไฟฟ้า หรือ

(2) วัสดุอย่างอื่นใดซึ่งได้ถูกถ่ายอัด หรือกระทำด้วยวิธีใด ๆ ให้เป็นเรื่องเหตุการณ์ รูป ข้อความ หรือเกมการเล่น ทั้งนี้ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

โดยวัสดุดังกล่าวสามารถจัดถ่ายทอดออกเป็นภาพหรือเสียง หรือทั้งภาพและเสียงได้ในลักษณะต่อเนื่องกันไปด้วยเครื่องเทปโทรทัศน์หรือเครื่องถ่ายทอดวัสดุโทรทัศน์ เครื่องฉายภาพหรือเครื่องกลไกอย่างอื่นทำนองเดียวกัน” เพื่อให้ครอบคลุมกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น

โดยหลักการของกฎหมายนี้ นอกเหนือไปจากแนวคิดในการควบคุมเนื้อหาของ ภาพยนตร์ในขั้นตอนการสร้างหรือการผลิตแล้ว ยังได้ปรากฏแนวคิดในการควบคุมการประกอบ กิจการที่เกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพยนตร์เพิ่มเติมขึ้นด้วย สะท้อนให้เห็นได้จากการที่มีการกำหนด คุณสมบัติ<sup>3</sup> ของผู้ที่จะสามารถประกอบกิจการเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพยนตร์ รวมถึงกำหนด หลักเกณฑ์ในการยื่นคำขอเพื่อประกอบกิจการนั้นๆ<sup>4</sup> และกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการดังกล่าว จะต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดเสียก่อนจึงจะสามารถดำเนินกิจการได้ ดังความในมาตรา 6 ซึ่งบัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่าย ด้วยประการใด ๆ ซึ่งเทปหรือวัสดุโทรทัศน์โดยทำเป็นธุรกิจหรือโดยได้ประโยชน์ตอบแทนด้วย การคิดค่าบริการในรูปของค่าธรรมเนียมสมาชิกหรือด้วยวิธีการอื่นใด เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาต จากนายทะเบียน...” ซึ่งเท่ากับว่าเป็นกรณีที่กฎหมายได้บัญญัติห้ามมิให้กระทำเอาไว้ ซึ่งหากมีการ ผ่าฝืนโดยการประกอบกิจการไปโดยมิได้รับอนุญาตแล้ว ก็จะต้องมีความผิดและต้องระวางโทษ จำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามมาตรา 34 ซึ่งเป็นมาตรา ที่กำหนดบทลงโทษของผู้ที่กระทำการฝ่าฝืน จึงสามารถกล่าวได้ว่า การกำหนดฐานความผิดเพื่อ ควบคุมการประกอบกิจการที่เกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพยนตร์ได้เกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในกฎหมายนี้

จากบทบัญญัติมาตรา 6 นี้ สามารถแยกองค์ประกอบความผิดได้ดังต่อไปนี้

องค์ประกอบภายนอก คือ

“ผู้กระทำ” คือ มนุษย์ซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่าจะเป็นคน

<sup>3</sup> พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 มาตรา 7 ผู้ที่จะขออนุญาตดำเนิน กิจการตามมาตรา 6 ต้องมีคุณสมบัติ ดังต่อไปนี้

- (1) มีอายุไม่ต่ำกว่ายี่สิบปีบริบูรณ์
- (2) ไม่เป็นผู้มีความประพฤติเสื่อมเสียหรือบกพร่องในศีลธรรมอันดี
- (3) เป็นผู้ที่ประกอบอาชีพเป็นที่เชื่อถือ โดยแสดงหลักฐานเพื่อประกอบการพิจารณาของนายทะเบียน ตามที่กำหนดในกฎกระทรวงตามมาตรา 8 วรรคสอง
- (4) ไม่เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ
- (5) ไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำ โดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

ในกรณีที่นิติบุคคลเป็นผู้ขออนุญาต กรรมการ ผู้จัดการหรือผู้รับผิดชอบในการดำเนินการของนิติบุคคล นั้นต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดในวรรคหนึ่ง

<sup>4</sup> จาก พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 มาตรา 8.

“การกระทำ” คือ ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายด้วยประการใด ๆ ซึ่ง เทปหรือวัสดุโทรทัศน์โดยทำเป็นธุรกิจหรือ โดยได้ประโยชน์ตอบแทนด้วยการคิดค่าบริการในรูปแบบ ของค่าธรรมเนียมสมาชิกหรือด้วยวิธีการอื่นใด โดยไม่ได้รับอนุญาต

องค์ประกอบภายใน คือ กระทำโดยเจตนา กล่าวคือ รู้ว่าสิ่งที่ได้นำออกให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายนั้นคือเทปหรือวัสดุโทรทัศน์ และมุ่งกระทำเป็นธุรกิจเพื่อแสวงหากำไรหรือเพื่อ ประโยชน์ตอบแทนด้วยการคิดค่าบริการในรูปแบบของค่าธรรมเนียมสมาชิกหรือด้วยวิธีการอื่นใด

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 6 แล้วเห็นได้ว่าเจตนารมณ์ของการกำหนดความผิดฐานนี้เป็นไปเพื่อต้องการที่จะควบคุมผู้ประกอบการเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพยนตร์ เพื่อเพิ่ม ประสิทธิภาพในการตรวจสอบและควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ ดังจะเห็นได้จาก การกำหนดให้ผู้ที่จะประกอบกิจการเช่นนี้จะต้องมีคุณสมบัติเบื้องต้นที่รัฐพิจารณาแล้ว เห็นว่าเป็นการเหมาะสมและเชื่อถือได้ในระดับหนึ่งที่สามารถอนุญาตให้ทำการเผยแพร่ภาพยนตร์ ได้ และการกำหนดให้เทปหรือวัสดุโทรทัศน์ที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการนำมาเผยแพร่นั้น จะต้องมามีเนื้อหาที่ผ่านการพิจารณาและได้รับความเห็นชอบจากเจ้าพนักงานแล้วเท่านั้น รวมถึงกรณี การทำสำเนาของเทปหรือวัสดุโทรทัศน์ดังกล่าวก็จะต้องได้รับความเห็นชอบและได้มีการรับรอง สำเนาโดยเจ้าพนักงานด้วยเช่นกัน นอกจากนี้ยังได้กำหนดมาตรการในการควบคุมธุรกิจดังกล่าว โดยการให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ที่จะสามารถตรวจสอบให้ผู้ประกอบการที่ได้รับอนุญาต ดำเนินกิจการให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้<sup>6</sup> โดยมุ่งเน้นไปที่ผู้ประกอบการประเภทการ ให้เช่าภาพยนตร์ซึ่งได้บันทึกลงในเทป ดังจะเห็นได้จากความตอนท้ายของมาตรานี้ที่ว่า “...โดยทำ เป็นธุรกิจหรือ โดยได้ประโยชน์ตอบแทนด้วยการคิดค่าบริการในรูปแบบของค่าธรรมเนียมสมาชิกหรือ ด้วยวิธีการอื่นใด...”

#### 4.1.2 พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551

ในปี 2551 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ขึ้น บังคับใช้ ซึ่งมีผลเป็นการยกเลิกกฎหมาย 4 ฉบับ<sup>7</sup> คือ

- 1) พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473
- 2) พระราชบัญญัติภาพยนตร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2479
- 3) ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 205 ลงวันที่ 9 กันยายน พ.ศ. 2515
- 4) พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530

<sup>5</sup> จาก พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 มาตรา 10.

<sup>6</sup> จาก พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 มาตรา 24.

<sup>7</sup> จาก พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 3.

โดยเหตุผลสำคัญของการประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้ เนื่องจากปัญหาความล่าช้าของ บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 ซึ่งได้มีการบังคับใช้มาอย่างยาวนานและไม่สามารถปรับใช้กับสภาพสังคมในปัจจุบันซึ่งระบบเทคโนโลยีต่างๆ ที่เกี่ยวกับอุตสาหกรรมและ ธุรกิจภาพยนตร์ได้พัฒนาไปอย่างมาก ส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายขาดประสิทธิภาพ

นอกจากนี้ยังเกิดปัญหาความซ้ำซ้อนในการบังคับใช้กฎหมายระหว่างพระราชบัญญัติ ภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 และที่แก้ไขเพิ่มเติมกับ พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 ซึ่งต่างก็เป็นกฎหมายที่มีเจตนารมณ์ในการควบคุมภาพยนตร์เช่นเดียวกันอันก่อให้เกิด ภาระแก่ผู้ประกอบการที่จะต้องดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในกฎหมายทั้งสองฉบับสำหรับ ภาพยนตร์เรื่องเดียวกัน จึงเป็นที่มาของการตรากฎหมายฉบับนี้ขึ้นมาใช้บังคับเพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว ดังนั้น จึงสามารถกล่าวได้ว่าพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 เป็นการรวมแนวคิด เบื้องหลังในการบัญญัติกฎหมายหรือที่เรียกว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวข้างต้น ซึ่งได้แก่ การควบคุมเนื้อหาของภาพยนตร์ และการควบคุมธุรกิจเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพยนตร์

ในส่วนการควบคุมการประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพยนตร์กฎหมายฉบับนี้ ได้มีการกำหนดความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับ อนุญาตตามมาตรา 38 เป็นเครื่องมือที่ใช้ในการควบคุม ซึ่งผู้เขียนได้กล่าวให้ทราบถึงหลักเกณฑ์ทั่วไป และลักษณะสำคัญของความผิดฐานนี้ไปแล้วในตอนต้น โดยที่ความผิดฐานนี้ก็เป็นการนำหลักการ ของมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 มาบัญญัติไว้นั่นเอง<sup>8</sup> ดังนั้น ความผิดตามมาตรา 38 นี้จึงมุ่งที่จะคุ้มครองด้านความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์เช่นเดียวกัน ดังจะเห็นได้จากการกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะสามารถประกอบกิจการ<sup>9</sup> และการกำหนดให้ภาพยนตร์ ที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการมีไว้เพื่อนำมาเผยแพร่<sup>10</sup> นั้นจะต้องมีเนื้อหาเช่นเดียวกับภาพยนตร์ที่ ผ่านการตรวจพิจารณาและได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์ โดยมีเครื่องหมายรับรอง ถึงการอนุญาตไว้เท่านั้น<sup>11</sup> นอกจากนี้ยังได้กำหนดมาตรการต่างๆ ที่เอื้อให้พนักงานเจ้าหน้าที่สามารถ ดำเนินการตรวจสอบและควบคุมธุรกิจดังกล่าวให้ดำเนินกิจการให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด<sup>11</sup> ซึ่งเป็นหลักการในทำนองเดียวกับพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530

<sup>8</sup> จาก รายงานการประชุมเพื่อพิจารณาตอบข้อหารือการบังคับใช้พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ครั้งที่ 1 (1/2554) 97/2553 เรื่องเสรีที่ 627/2553, โดย คณะกรรมการกฤษฎีกา, 2553, วันที่ 4 ตุลาคม 2553.

<sup>9</sup> จาก พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 39.

<sup>10</sup> จาก พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 43.

<sup>11</sup> จาก พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 31 และมาตรา 32.

แต่อย่างไรก็ดี แม้ว่าความผิดตามมาตรา 38 จะเป็นการนำหลักการของมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 มาบัญญัติไว้ก็ตามแต่ก็มิได้หมายความว่า จะมิมีวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้ที่เหมือนกันเสียทั้งหมด ทั้งนี้เนื่องจากความผิดทั้งสองฐานนี้มีแนวคิดที่อยู่เบื้องหลังที่แตกต่างกัน ส่งผลทำให้มีสิ่งที่ต้องการคุ้มครองที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ความผิดทั้งสองฐานนี้มีคุณธรรมทางกฎหมายที่แตกต่างกันนั่นเอง

โดยเมื่อพิจารณาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายที่เกี่ยวข้องตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันแล้ว พบว่ากฎหมายที่ได้มีการบังคับใช้ในอดีตไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 พระราชบัญญัติภาพยนตร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2479 ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 205 ลงวันที่ 9 กันยายน พ.ศ. 2515 และพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 ล้วนแล้วแต่มีแนวคิดที่ต้องการควบคุมไปที่เนื้อหาของภาพยนตร์ที่จะเผยแพร่ไปสู่สาธารณชนเป็นหลัก ทั้งนี้เพื่อให้เนื้อหาของภาพยนตร์เหล่านั้นมีเนื้อหาที่เหมาะสมโดยไม่ให้มีเนื้อหาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และสำหรับการกำหนดความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายเทปหรือวัสดุโทรทัศน์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 ซึ่งหากพิจารณาจากถ้อยคำอักษรของบทบัญญัติในมาตรานี้แล้วดูเหมือนว่ากฎหมายต้องการควบคุมผู้ประกอบการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่าย ซึ่งเทปหรือวัสดุโทรทัศน์โดยทำเป็นธุรกิจหรือโดยได้ประโยชน์ตอบแทนด้วยการคิดค่าบริการในรูปของค่าธรรมเนียมสมาชิกหรือด้วยวิธีการอื่นใด

อย่างไรก็ดีหากพิจารณาให้ลึกลงไปแล้วจะเห็นว่า การกำหนดความผิดตามมาตรา นี้ก็เป็นไปเพื่อควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์เป็นสำคัญเช่นกัน ทั้งนี้เนื่องจากสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาก่อนที่จะได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 ซึ่งเทคโนโลยีที่ใช้ในกระบวนการผลิตภาพยนตร์ได้พัฒนาขึ้น โดยมีการบันทึกภาพยนตร์ลงในวัสดุที่นอกเหนือไปจากฟิล์มได้แก่ การบันทึกลงในเทป (วีดีโอเทป) ซึ่งเป็นวัสดุที่ไม่อยู่ในความหมายของภาพยนตร์ที่จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ทำให้มีการผลิตภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมเผยแพร่ไปสู่สาธารณชน โดยเฉพาะกรณีกิจการร้านให้เช่าเทปซึ่งได้เพิ่มปริมาณขึ้นเป็นจำนวนมาก และเป็นแหล่งสำคัญในการแพร่หลายซึ่งเทปที่มีเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมไปสู่ผู้เช่าที่เป็นสมาชิก โดยที่ร้านให้เช่าเทปเหล่านี้ยังได้มีการทำซ้ำเป็นจำนวนมากซึ่งเทปที่มีเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมดังกล่าว โดยการทำซ้ำเช่นนี้ก็มิใช่ผลเป็นการผลิตเทปที่มีเนื้อหาที่ไม่เหมาะสม

จึงกล่าวได้ว่า ร้านให้เช่าเทปทั้งหลายนี้เป็นทั้งแหล่งผลิตและเผยแพร่ซึ่งเทปที่มีเนื้อหาที่ไม่เหมาะสม และเพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นนี้ จึงได้มีการกำหนดความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า

แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายเทปหรือวัสดุโทรทัศน์โดยไม่ได้รับอนุญาต ตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 ขึ้นมาเพื่อควบคุมกิจการร้านให้เช่าแลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายซึ่งเทป เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการควบคุมและตรวจสอบความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์เป็นหลัก ดังจะเห็นได้จากพระราชโองการที่กฎหมายบัญญัติไว้ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนมาตรา 6 คือ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับตามที่มาตรา 34 ได้บัญญัติไว้ ซึ่งจะเห็นว่าความผิดฐานนี้มีการกำหนดระวางโทษจำคุกไว้ด้วย เนื่องจากสังคมมองว่า เป็นความผิดที่อาจมีผลกระทบต่อสังคมอย่างร้ายแรงนั่นเอง ดังนั้น คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้คือ “ความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์”

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 จะเห็นได้ว่ามีแนวคิดเบื้องหลังในการกำหนดความผิด หรือคุณธรรมทางกฎหมายที่ต่างออกไป เนื่องจากสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป โดยในช่วงเวลาก่อนที่จะมีการประกาศใช้กฎหมายนี้กิจการภาพยนตร์ได้มีการเจริญเติบโตไปอย่างรวดเร็วและได้มีความสำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศไทยเป็นอย่างมาก<sup>12</sup> ประกอบกับในปี พ.ศ. 2537 ได้มีการประกาศใช้บังคับพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งมีเนื้อหาของกฎหมายที่ต้องการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานประเภทต่างๆ ซึ่งรวมถึงงานภาพยนตร์ด้วย ดังนั้น ในการร่างพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์จึงมีแนวคิดในการส่งเสริมกิจการภาพยนตร์รวมอยู่ด้วย

ในส่วนของความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 38 นี้ ก็มีแนวคิดในการคุ้มครองลิขสิทธิ์รวมอยู่ด้วย โดยเมื่อพิจารณาจากถ้อยคำของบทบัญญัติมาตรานี้แล้วจะเห็นว่าได้มีการมุ่งเน้นไปที่กิจการให้เช่าภาพยนตร์ดังเช่นมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 ซึ่งอาจทำให้พิจารณาได้ว่ากฎหมายมีความต้องการที่จะปรับปรุงบทบัญญัตินี้ให้ครอบคลุมกับกิจการเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพยนตร์ทุกรูปแบบ โดยการให้ความสำคัญกับทุกกิจการอย่างเท่าเทียมกัน แต่หากพิจารณาสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในช่วงก่อนที่จะมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ซึ่งมีการประกอบกิจการจำหน่ายภาพยนตร์ในรูปแบบวีซีดี หรือ ดีวีดี ที่ผลิตขึ้นโดยเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์เกิดขึ้นอย่างแพร่หลายและมีแนวโน้มที่จะสูงขึ้นอย่างต่อเนื่อง ดังจะเห็นได้จากสถิติคดีอาญาในข้อหาความผิดฐาน จำหน่าย มีไว้เพื่อจำหน่ายงานละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาล

<sup>12</sup> จาก *บันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. .... เรื่องเสร็จที่ 190/2550*, โดย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2550, กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

ทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง<sup>13</sup> โดยที่การบังคับใช้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ก็ไม่ได้ผลเท่าที่ควร เนื่องจากความผิดที่ได้กำหนดไว้นั้นเป็นความผิดต่อส่วนตัว หรือ ความผิดอันยอมความได้<sup>14</sup> ซึ่งจำเป็นต้องมีการร้องทุกข์ของผู้เสียหายได้แก่ เจ้าของลิขสิทธิ์เพื่อเป็น เงื่อนไขให้อำนาจในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดของเจ้าพนักงาน<sup>15</sup>

ทั้งเมื่อพิจารณาจากบทกำหนดโทษตามมาตรา 79 กรณีที่มีการฝ่าฝืนมาตรา 38 ซึ่ง จะต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท และปรับอีกไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทตลอด ระยะเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่ จะเห็นว่าระวางโทษที่กำหนดไว้นั้นมีแต่โทษปรับอย่างเดียวโดยไม่มีโทษ จำคุกสะท้อนให้เห็นว่าความผิดฐานนี้มีได้มีลักษณะที่ร้ายแรงต่อสังคมเท่าใดนักซึ่งต่างไปจาก ความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายเทปหรือวัสดุโทรทัศน์ โดยไม่ได้รับ อนุญาตตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530

โดยที่แต่เดิมในชั้นที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ทำการยกร่างพระราชบัญญัติ นี้ขึ้น ได้กำหนดระวางโทษของความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่าย ภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 38 นี้ คือ โทษจำคุกและโทษปรับ ซึ่งในส่วนของโทษ ปรับก็จะมีอัตราที่ไม่สูงมากนัก ทั้งนี้เป็นไปตามหลักการเดิมของมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติ ควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 ที่มุ่งคุ้มครองในเรื่องของความเหมาะสมของ เนื้อหาภาพยนตร์เป็นหลัก แต่เนื่องจากความต้องการของภาคเอกชนได้แก่ กลุ่มทุนภาพยนตร์ต่าง ๆ ซึ่งกระทำการผ่านในนามของสมาคมสมาพันธ์ภาพยนตร์แห่งประเทศไทย (ปัจจุบันได้เปลี่ยนชื่อ เป็นสมาพันธ์สมาคมภาพยนตร์แห่งประเทศไทย) ที่ต้องการให้ตัดโทษจำคุกออกไป และได้ทำการ เสนอให้มีแต่โทษปรับที่มีอัตราค่อนข้างสูงแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น ทั้งยังกำหนดให้มีโทษปรับขั้นต่ำ ที่มีอัตราสูงเช่นกัน ทั้งนี้เพื่อที่จะให้ความผิดฐานนี้เป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่สามารถป้องกันและ ปราบปรามไม่ให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ที่เป็นปัญหาในขณะนั้น โดยต้องการให้ โทษปรับเช่นนี้สามารถมีผลกระทบในทางเศรษฐกิจกับผู้ประกอบกิจการที่ฝ่าฝืน และสามารถช่วย ในการรักษาผลประโยชน์ของกลุ่มทุนเหล่านั้นได้<sup>16</sup> จึงส่งผลทำให้บทกำหนดโทษของความผิดฐาน ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตมีระวางโทษปรับ ในอัตราสูงดังเช่นที่บัญญัติไว้ในมาตรา 79 นั้นเอง นอกจากนี้ยังได้กำหนดให้ความผิดตามมาตรา 38 นี้เป็นความผิดอาญาแผ่นดินที่เจ้าพนักงานสามารถเริ่มดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดได้โดย

<sup>13</sup> ดูรายละเอียดใน ภาคผนวก ก.

<sup>14</sup> จาก พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 66.

<sup>15</sup> จาก ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 121.

<sup>16</sup> ดูรายละเอียดใน ภาคผนวก ก.

ไม่ต้องอาศัยการร้องทุกข์จากผู้เสียหาย<sup>17</sup> อีกด้วย จึงสามารถกล่าวได้ว่าแนวคิดเบื้องหลังในการกำหนดความผิดฐานนี้ เป็นไปเพื่อแก้ปัญหาการประกอบกิจการที่ละเมิดลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ที่เกิดขึ้นโดยมุ่งคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ที่เพิ่มเติมขึ้นนอกเหนือไปจากวัตถุประสงค์เดิมของมาตรา 6 ที่ต้องการควบคุมด้านเนื้อหาของภาพยนตร์แต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น

จากที่ได้วิเคราะห์แล้วข้างต้นทำให้สามารถกล่าวได้ว่าการกำหนดความผิดฐานนี้เป็นกรณีที่กฎหมายต้องการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์โดยการกำหนดความผิดมาเพื่อควบคุมผู้ประกอบการจำหน่ายภาพยนตร์ที่ได้ผลิตขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ และรวมไปถึงกิจการให้เช่า หรือ แลกเปลี่ยนภาพยนตร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าวด้วย ทั้งนี้เพื่อช่วยในการส่งเสริมกิจการภาพยนตร์ที่ดำเนินการโดยถูกต้องตามกฎหมาย ดังนั้น คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 คือ สิทธิในทางการค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์และผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้อง โดยมีประสิทธิภาพในการตรวจสอบและควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์เดิมนั้น ได้กลายเป็นคุณธรรมที่กฎหมายให้ความสำคัญเป็นลำดับรองลงไป โดยที่คุณธรรมทางกฎหมายนี้จัดอยู่ในประเภทของ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม” (Universalrechtsgut) ทั้งนี้ เนื่องจากความผิดฐานนี้มุ่งที่จะคุ้มครองในเรื่องที่เกี่ยวกับสังคมโดยรวม ดังจะเห็นได้จากการกำหนดให้ความผิดฐานนี้เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน

#### 4.2 วิเคราะห์ขอบเขตความหมายของคำว่า “ประกอบกิจการ” ตามมาตรา 38

เมื่อได้ทราบถึงคุณธรรมทางกฎหมายหรือแนวคิดเบื้องหลังในการกำหนดความผิดตามมาตรา 38 แล้ว ก็ทำให้สามารถพิจารณาความหมายของคำว่า “ประกอบกิจการ” ซึ่งเป็นองค์ประกอบภายนอกในส่วนของกรกระทำในบทบัญญัติความผิดฐานนี้ได้ว่า หมายถึง การดำเนินกิจการอย่างเป็นปกติธุระที่มีลักษณะต่อเนื่อง เพื่อการค้าโดยมุ่งแสวงหากำไร กล่าวคือ เป็นการดำเนินกิจการที่อยู่ในรูปแบบของการเข้าสู่จรรยาวิชาชีพอย่างแท้จริง โดยสามารถเผยแพร่ภาพยนตร์ออกไปสู่สาธารณชนได้ในวงกว้างซึ่งจำเป็นต้องเข้าสู่ระบบของกระบวนการตรวจสอบและควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ตามกฎหมายนี้ ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้ผู้ประกอบการเหล่านี้เป็นแหล่งหรือช่องทางในการเผยแพร่ภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาไม่เหมาะสมได้ ซึ่งหากได้มีการดำเนินกิจการโดยฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์แล้วสามารถมีผลกระทบต่อเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่ดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมายได้นั่นเอง ดังนั้น กรณีการจำหน่าย ให้เช่า หรือ

<sup>17</sup> จาก ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 121.

แลกเปลี่ยนในลักษณะที่ไม่ได้ดำเนินการอย่างเป็นทางการและไม่ได้อำนาจไปเพื่อแสวงหากำไร จึงไม่อยู่ในความหมายของคำว่า “ประกอบกิจการ”

ดังเช่นที่ปรากฏตามคำพิพากษาฎีกาที่ 10359/2554<sup>18</sup> ในกรณีของนางนันทนา น้อยบุญมาซึ่งมีอาชีพเป็นช่างเย็บผ้า แต่ต้องถูกศาลฎีกาพิพากษาว่ามีความผิดฐานประกอบกิจการจำหน่ายภาพยนตร์โดยได้รับประโยชน์ตอบแทนตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 38 วรรคหนึ่ง และลงโทษปรับเป็นเงิน 100,000 บาท จากการนำของเก่าภายในบ้านที่ตนเองเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์และมีได้ใช้ประโยชน์แล้ว ซึ่งรวมถึงวีซีดีภาพยนตร์เก่าที่ได้ซื้อมา จำนวน 10 แผ่น มาวางจำหน่ายอีกทอดหนึ่งในรูปแบบสินค้ามือสอง โดยมีเจตนาที่จะทำการค้าเพื่อแสวงหากำไร และมีได้มีลักษณะเป็นการประกอบกิจการจำหน่ายภาพยนตร์อย่างเป็นทางการที่จะต้องเข้ามาสู่ระบบการควบคุมและตรวจสอบ โดยต้องได้รับอนุญาตจากนายทะเบียนเสียก่อน นอกจากนี้ วีซีดีภาพยนตร์ที่ได้นำมาจำหน่ายก็ได้ผ่านการตรวจพิจารณาจากคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์เรียบร้อยแล้วอีกด้วย ดังนั้น การกระทำของนางนันทนาฯ ย่อมไม่เป็นการดำเนินกิจการที่จะมีผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ของเจ้าหน้าที่รัฐ และไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิในทางการค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์และผู้ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับภาพยนตร์ที่ดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด และสามารถกล่าวได้ว่า นางนันทนาฯ ไม่ใช่ “ผู้ประกอบกิจการ” ที่จะต้องถูกบังคับตามความในมาตรา 38 นี้ และย่อมสามารถที่จะใช้สิทธิในการจำหน่ายวีซีดีภาพยนตร์ดังกล่าวในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์ได้โดยชอบด้วยกฎหมาย และนอกเหนือจากกรณีของนางนันทนาฯ แล้ว เกี่ยวกับปัญหาในเรื่องความหมายของคำว่า “ประกอบกิจการ” นี้ ผู้เขียนขอแนะนำข้อเท็จจริงจากคำพิพากษาอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องมาทำการศึกษาวเคราะห์ ดังนี้

คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 6719/2554<sup>19</sup> “พนักงานอัยการสำนักงานอัยการสูงสุด (โจทก์) ฟ้องว่า เมื่อวันที่ 5 มิถุนายน 2553 เวลากลางวัน นายสมชัยหรือดี นันทวิชย์ (จำเลย) ได้ประกอบกิจการโดยตั้งแผงให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายซึ่งภาพยนตร์ (วีซีดี) จำนวน 19 แผ่น โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับประโยชน์ตอบแทน โดยมีได้รับอนุญาตจากนายทะเบียน เหตุเกิดที่แขวงบางมด เขตจอมทอง กรุงเทพมหานคร ขอให้ลงโทษตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 4 , 38, 79

จำเลยให้การรับสารภาพ และศาลชั้นต้นได้พิพากษาว่า จำเลยมีความผิดตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 38 วรรคหนึ่ง, 79 วางโทษปรับ 200,000

<sup>18</sup> สำนักงานศาลยุติธรรม ศูนย์วิทยบริการศาลยุติธรรม กลุ่มงานเอกสารพิเศษทางกฎหมาย

<sup>19</sup> ห้องสมุดศาลอุทธรณ์

บาท จำเลยให้การรับสารภาพ เป็นประโยชน์แก่การพิจารณา มีเหตุบรรเทาโทษ ลดโทษให้กึ่งหนึ่ง ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 คงปรับ 100,000 บาท ไม่ชำระค่าปรับให้จัดการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 29, 30

จำเลยอุทธรณ์ว่า จำเลยมิได้มีเจตนาในการประกอบธุรกิจเพื่อมุ่งหากำไรหรือผลประโยชน์ตอบแทนในทางธุรกิจ อีกทั้งวิธีที่ได้นำมาจำหน่ายก็เป็นกรรมสิทธิ์ของจำเลยและบุตรชาย ซึ่งจำเลยย่อมมีอำนาจที่จะสามารถจำหน่ายได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ดังนั้น การกระทำของจำเลยจึงไม่ถือเป็นผู้ประกอบกิจการที่จะต้องมีความผิด

ศาลอุทธรณ์เห็นว่าข้อที่จำเลยยกขึ้นต่อสู้นั้นเป็นเรื่องที่มีได้ยกขึ้นว่ากล่าวกันมาแล้ว โดยชอบในศาลชั้นต้น จึงพิพากษายืนตามคำพิพากษาศาลชั้นต้นและคดีได้ถึงที่สุด ณ ชั้นนี้”

**คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 1592/2555<sup>20</sup>** “พนักงานอัยการสำนักงานอัยการสูงสุด (โจทก์) ฟ้องว่า เมื่อวันที่ 5 มิถุนายน 2553 เวลากลางวัน นางสาวสุดาวดี โกมลวิชญ์ (จำเลย) ได้กระทำความผิดกฎหมายหลายกรรมต่างกัน คือ จำเลยได้ประกอบกิจการโดยตั้งแผงจำหน่ายซึ่งภาพยนตร์ (ดีวีดี) จำนวน 8 แผ่น โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับประโยชน์ตอบแทนโดยมิได้รับอนุญาตจากนายทะเบียน และจำเลยนำดีวีดีภาพยนตร์ที่ไม่ผ่านการตรวจพิจารณาและได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการตรวจพิจารณาภาพยนตร์ จำนวน 2 แผ่น ออกให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายในราชอาณาจักร เหตุเกิดที่ แขวงบางมด เขตจอมทอง กรุงเทพมหานคร ขอให้ลงโทษตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 4 , 25, 38, 78, 79

จำเลยให้การรับสารภาพ และศาลชั้นต้นได้พิพากษาว่า จำเลยมีความผิดตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 25 วรรคหนึ่ง, 38 วรรคหนึ่ง, 78, 79 แต่จากพฤติการณ์แห่งคดีและรายงานการสืบเสาะ เห็นว่า จำเลยมีฐานะยากจนและมีโรคประจำตัว ประกอบกับไม่ปรากฏว่าจำเลยเคยได้รับโทษจำคุกมาก่อน และกำลังศึกษาอยู่ในระดับอุดมศึกษา จึงเห็นสมควรรอกการกำหนดโทษไว้ 2 ปี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56

โจทก์อุทธรณ์ การรอกการกำหนดโทษไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลอุทธรณ์พิจารณาแล้ว เห็นว่าระวางโทษตามความผิดดังกล่าวมีเพียงโทษปรับเท่านั้น ไม่มีโทษจำคุก ดังนั้น คดีนี้จึงไม่อาจรอกการกำหนดโทษได้ แต่พิเคราะห์แล้วเห็นว่าการกระทำของจำเลยเป็นแต่เพียงการนำแผ่นดีวีดีภาพยนตร์ซึ่งป็นของจำเลยที่ไม่ได้ใช้แล้วออกขายเพื่อนำรายได้ไปใช้จ่ายในครอบครัวนั้น จำเลยอาจไม่รู้ว่ากฎหมายบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 64 จึงพิพากษาแก้เป็นว่าในความผิดฐานประกอบกิจการจำหน่ายแผ่นดีวีดีภาพยนตร์ โดยมิได้รับ

<sup>20</sup> ห้องสมุดศาลอุทธรณ์

อนุญาตลงโทษปรับ 20,000 บาท ความผิดฐานจำหน่ายในราชอาณาจักรซึ่งภาพยนตร์ที่ไม่ผ่านการตรวจพิจารณาจากคณะกรรมการ ปรับ 20,000 บาท รวมปรับ 40,000 บาท ลดโทษให้กึ่งหนึ่ง ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 คงปรับ 20,000 บาท ไม่ชำระค่าปรับให้จัดการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 29, 30 และคดีได้ถึงที่สุด ณ ชั้นนี้”

คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 3471/2555<sup>21</sup> “พนักงานอัยการสำนักงานอัยการสูงสุด (โจทก์) ฟ้องว่า เมื่อวันที่ 16 ธันวาคม 2551 เวลากลางคืนหลังเที่ยง นายสุรัตน์ มณีพันธ์สุดา (จำเลย) ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายซึ่งภาพยนตร์ (วีซีดี) จำนวน 83 แผ่น โดยทำเป็นธุรกิจและได้รับประโยชน์ตอบแทนจากการจำหน่ายในราคาแผ่นละ 20 บาท โดยมีได้รับอนุญาตจากนายทะเบียน เหตุเกิดที่แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร ขอให้ลงโทษตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 4 , 38, 79 และศาลชั้นต้นได้พิพากษาว่า จำเลยกระทำความผิดตามมาตรา 38 วรรคหนึ่ง , 79 ลงโทษปรับ 200,200 บาท มีเหตุบรรเทาโทษลดโทษให้ หนึ่งในสาม คงปรับ 133,400 บาท ไม่ชำระค่าปรับให้จัดการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 29, 30 โดยให้กักขังเป็นเวลาไม่เกิน 1 ปี

จำเลยอุทธรณ์ว่าพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 เป็นการจำกัดสิทธิของประชาชนเป็นการขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ไม่อาจใช้บังคับได้ ส่วนแผ่นวีซีดีที่นำมาจำหน่ายนั้นจำเลยซึ่งมีอาชีพเป็นพนักงานเก็บขยะ เก็บรวบรวมมาได้จากกองขยะ โดยจำเลยมิได้เป็นผู้ประกอบการหรือเปิดเป็นธุรกิจจำหน่ายภาพยนตร์ จำเลยเป็นเพียงผู้เสนอขายแผ่นวีซีดีภาพยนตร์เท่านั้น นอกจากนี้โทษปรับที่ศาลชั้นต้นได้ลงโทษจำเลยก็เป็นจำนวนที่สูงเกินไปด้วย

ศาลอุทธรณ์พิจารณาแล้วเห็นว่าจำเลยไม่ได้ยกขึ้นอ้างให้ชัดเจนว่าบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ส่วนไหนมาตราใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เพราะเหตุใด และเป็นกรณีที่เพิกยกขึ้นอ้างในชั้นอุทธรณ์ จึงเป็นอุทธรณ์ที่ไม่ชอบ และไม่จำเป็นต้องส่งศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย และเห็นว่าจำเลยได้ประกอบการกิจการจำหน่ายซึ่งภาพยนตร์โดยได้รับประโยชน์ตอบแทน โดยไม่ได้รับอนุญาตจากนายทะเบียนอันเป็นการฝ่าฝืนต่อพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 38 วรรคหนึ่ง และกรณีโทษที่ลงแก่จำเลยนั้นเห็นว่าเมื่อมาตรา 79 ได้กำหนดระวางโทษปรับตั้งแต่สองแสนถึงหนึ่งล้านบาท และปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่ ดังนั้นการที่ศาลชั้นต้นวางโทษก่อนลดโทษปรับเพียง 200,200 บาท นับว่าต่ำมากแล้ว ไม่มีเหตุที่ศาลอุทธรณ์จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขจึงพิพากษายืน ขณะนี้คดีอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลฎีกา”

<sup>21</sup> ห้องสมุดศาลอุทธรณ์

จากข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 6719/2554 ในกรณีของนายสมชัยหรือดีนันทวิชย์ ซึ่งได้กระทำการตั้งแผงจำหน่ายวีซีดีภาพยนตร์ จำนวน 19 แผ่น หรือจากข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 1592/2555 ในกรณีของนางสาวสุดาวดี โคมลวิชญ์ ซึ่งได้กระทำการตั้งแผงจำหน่ายวีซีดีภาพยนตร์ จำนวน 10 แผ่น นั้น ก็มีการกระทำในลักษณะเช่นเดียวกับการกระทำของนันทนา โดยบุคคลทั้งสองต่างถูกพิพากษาให้ต้องมีความรับผิดชอบประกอบกิจการจำหน่ายภาพยนตร์โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับผลประโยชน์ตอบแทนโดยมิได้รับอนุญาตจากนายทะเบียนนั้น ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาศาลอุทธรณ์เมื่อพิจารณาตามที่ได้วิเคราะห์ในประเด็นเรื่องความหมายของคำว่า “ประกอบกิจการ” ไว้แล้วจะเห็นว่า การกระทำทั้งสองกรณีนี้ซึ่งเป็นเพียงการนำแผ่นภาพยนตร์เก่าที่เป็นกรรมสิทธิ์ของตนเองและไม่ได้ใช้ประโยชน์แล้วมาจำหน่ายในลักษณะสินค้ามือสองโดยไม่ได้มุ่งแสวงหากำไรจากการจำหน่ายดังกล่าว โดยมิได้มีเจตนาที่จะดำเนินกิจการอย่างเป็นปกติธุระในลักษณะที่ต่อเนื่องและยึดถือเป็นอาชีพแต่อย่างใด จึงย่อมไม่อยู่ในความหมายของการเป็น ผู้ประกอบกิจการ ที่จะต้องได้รับอนุญาตจากนายทะเบียน ดังนั้น เมื่อถือไม่ได้เป็นผู้ประกอบกิจการแล้ว การกระทำของบุคคลทั้งสองจึงไม่เป็นความผิดตามมาตรา 38 แต่อย่างใด และย่อมมีสิทธิที่จะจำหน่ายทรัพย์สินที่ตนเองเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ได้ ส่วนในกรณีของนางสาวสุดาวดีฯ ที่ได้นำวีซีดีภาพยนตร์ ที่ไม่ผ่านการตรวจพิจารณาและได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการตรวจพิจารณาภาพยนตร์ จำนวน 2 แผ่น มาจำหน่ายนั้น จะเป็นความผิดตามมาตรา 25 หรือไม่ก็ต้องไปพิจารณากันเป็นอีกเรื่องหนึ่งต่างหาก

ในส่วนข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 3471/2555 กรณีของนายสุรัตน์ มณีนพรัตน์สุดา ซึ่งมีอาชีพเป็นพนักงานเก็บขยะได้นำแผ่นวีซีดีจำนวน 83 แผ่น ที่อ้างว่าได้มาจากการเก็บรวบรวมจากกองขยะมาจำหน่ายนั้น พิจารณาแล้วเห็นว่า แม้ว่าวีซีดีภาพยนตร์จะเป็นของเก่าที่ได้มาจากการเก็บขยะจริงตามที่นายสุรัตน์ฯ กล่าวอ้างก็ตาม แต่หากนายสุรัตน์ฯ ได้ดำเนินการอย่างเป็นอาชีพเสริม คือ นำมาวางจำหน่ายเช่นนี้ทุกครั้งเมื่อเก็บรวบรวมได้ ก็ถือได้ว่ามีลักษณะของการดำเนินกิจการอย่างเป็นปกติธุระเพื่อมุ่งหวังผลกำไรหรือผลตอบแทนจากการจำหน่ายภาพยนตร์ที่เก็บได้ อันถือเป็นการกระทำที่มีลักษณะของการเข้าสู่วงจรพาณิชย์อย่างแท้จริงแล้ว และเข้าข่ายเป็นการประกอบกิจการที่จะต้องได้รับอนุญาตจากนายทะเบียนเสียก่อนจึงจะสามารถดำเนินกิจการได้ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 38 แล้วเช่นกัน เนื่องจากการประกอบกิจการจำหน่ายภาพยนตร์ตามมาตรา 38 นี้ มุ่งเน้นไปที่ลักษณะของการดำเนินการที่สะท้อนให้เห็นถึงเจตนาของผู้กระทำที่มุ่งแสวงหากำไรหรือผลตอบแทนของผู้กระทำจากการจำหน่ายภาพยนตร์เท่านั้น โดยมิได้คำนึงถึงปริมาณของภาพยนตร์ที่นำมาจำหน่าย และไม่ได้จำกัดเฉพาะของที่มีสภาพใหม่แต่เพียงอย่างเดียว แม้ของที่มีสภาพเก่าในลักษณะการจำหน่ายของมือสองก็ถือเป็นภาพยนตร์ที่ต้องถูกควบคุมตาม

มาตรฐานทั้งสิ้น เพียงแต่ในกรณีของนายสุรัตน์ฯ ซึ่งต้องถูกลงโทษปรับเป็นจำนวน 133,400 บาท เมื่อเทียบกับพฤติการณ์ในการกระทำแล้ว ในมุมมองของผู้เขียนมีความเห็นว่าเป็นจำนวนที่ค่อนข้างสูงและไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดเท่าใดนัก เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะระวางโทษปรับขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในความผิดฐานนี้มีจำนวนที่สูงเกินไปนั่นเอง ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวโดยละเอียดในชั้นการวิเคราะห์บทลงโทษของความผิดฐานประกอบกิจการ ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับอนุญาตในหัวข้อ 4.5 ต่อไป

นอกเหนือไปจากคำพิพากษาที่ได้หยิบยกขึ้นทำการศึกษาดังกล่าวข้างต้นแล้ว ยังมีอีกกรณีหนึ่งที่น่าสนใจและสมควรที่จะได้ทำการศึกษา คือ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5241/2555<sup>22</sup> ซึ่งสามารถสรุปความได้ว่า “ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ได้พิพากษาให้ นายวิระชัย พินิจผล (จำเลย) มีความผิดฐานประกอบกิจการจำหน่ายภาพยนตร์โดยได้รับประโยชน์ตอบแทนโดยไม่ได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 38 วรรคหนึ่ง และมาตรา 79 ลงโทษปรับ 140,000 บาท จากกรณีที่ได้จำหน่ายของเก่าเหลือใช้ภายในบ้าน เช่น เสื้อผ้า แก้ว ตุ๊กตา แผ่นซีดีเพลง และรวมถึงแผ่นซีดีภาพยนตร์จำนวน 27 แผ่นที่ได้ซื้อมารับชมในขณะที่อุปสมบทมาวางจำหน่ายในราคาแผ่นละ 40 บาท

จำเลยฎีกาว่า จำเลยเพียงแต่นำแผ่นซีดีภาพยนตร์เก่าของจำเลยออกมาจำหน่ายริมถนน ในราคาต่ำกว่าทุนเพื่อหาเงินเล็กน้อยมาจุนเจือครอบครัว ไม่ได้ว่าเป็นการประกอบกิจการจำหน่ายภาพยนตร์จำเลยไม่มีความผิด

ศาลฎีกา วินิจฉัยว่า แม้ได้ความว่าเป็นซีดีภาพยนตร์เก่าที่จำเลยซื้อมาไว้ดูเอง แต่ก็ถือว่าเป็นภาพยนตร์เช่นกัน และการที่จำเลยนำมาวางจำหน่ายให้แก่ประชาชนทั่วไป แม้จะได้จำหน่ายต่ำกว่าทุนก็เรียกได้ว่าเป็นการประกอบกิจการโดยได้รับประโยชน์ตอบแทน อันเป็นการประกอบกิจการที่ต้องมีการควบคุม โดยผู้ประกอบกิจการต้องได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนตามมาตรา 38 แล้ว เพราะตามบทบัญญัติดังกล่าวหาได้บังคับเฉพาะการจำหน่ายภาพยนตร์ใหม่และที่ทำเป็นธุรกิจใหญ่โตไม่ อย่างไรก็ตามการที่จำเลยนำแผ่นซีดีภาพยนตร์ซึ่งเป็นของเก่าและมีจำนวนเล็กน้อยเพียง 27 แผ่น ออกมาวางจำหน่ายปะปนกับสินค้าอื่นอย่างเปิดเผยในราคาต่ำกว่าทุนมากมิได้มีลักษณะของการค้าเพื่อแสวงหาผลกำไร จึงมีเหตุผลเชื่อได้ว่าเป็นเพราะจำเลยเข้าใจโดยสุจริตว่าการนำเอาแผ่นซีดีภาพยนตร์เก่าออกมาจำหน่ายในลักษณะดังกล่าว มิใช่เป็นการประกอบกิจการจำหน่ายภาพยนตร์ซึ่งต้องได้รับใบอนุญาตนั่นเอง เพราะไม่มีเหตุผลใดเลยที่จำเลยจะต้องมาสุ่มเสี่ยงต่อโทษปรับในอัตราที่สูงเพื่อการได้รับค่าตอบแทนที่น้อยมากเช่นนี้ ตามสภาพและ

<sup>22</sup> สำนักงานศาล ศูนย์วิทยบริการศาลยุติธรรม กลุ่มงานเอกสารพิเศษทางกฎหมาย

พฤติการณ์แห่งการกระทำของจำเลยฟังได้ว่า จำเลยไม่มีเจตนาที่จะประกอบกิจการจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาต จำเลยจึงไม่มีความผิดตามฟ้อง พิพากษากลับให้ยกฟ้อง”

เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาดังกล่าวข้างต้นในกรณีของนายวีระชัย พินิจผล แล้ว ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาศาลฎีกา แม้ว่าศาลฎีกาจะได้พิพากษายกฟ้อง ซึ่งผู้เขียน เห็นฟ้องด้วยผลของคำพิพากษา แต่ยังไม่เห็นฟ้องด้วยกับเหตุที่มาแห่งการวินิจฉัยเพื่อนำไปสู่ผลดังกล่าว ซึ่งศาลฎีกาได้ให้เหตุผลว่า “การกระทำของจำเลยเป็นเรื่องของการขาดเจตนาที่จะกระทำความผิด เพราะจำเลยเข้าใจโดยสุจริตว่าการนำเอาแผ่นซีดีภาพยนตร์เก่าออกมาจำหน่ายในลักษณะดังกล่าว มิใช่เป็นการประกอบกิจการจำหน่ายภาพยนตร์ซึ่งต้องได้รับใบอนุญาต เพราะไม่มีเหตุผลใดเลยที่จำเลยจะต้องมาสู้มเสี่ยงต่อโทษปรับในอัตราที่สูงเพื่อการได้รับค่าตอบแทนที่น้อยมาก เช่นนี้” ทั้งที่องค์ประกอบภายในของความผิดตามมาตรา 38 นี้ เพียงแต่ผู้กระทำมีเจตนาที่จะจำหน่ายภาพยนตร์ กล่าวคือ รู้ว่าสิ่งที่นำออกจำหน่ายนั้นเป็นภาพยนตร์ ก็ถือว่าเป็นการกระทำโดยเจตนาแล้ว ดังนั้น ในกรณีนี้ย่อมถือว่าเป็นกรณีที่นายวีระชัยฯ ได้กระทำให้ไปโดยเจตนาแล้ว มิใช่เป็นเรื่องขาดเจตนาแต่อย่างใด แต่เมื่อพิจารณาจากเหตุผลที่ศาลได้ให้ไว้เวลานั้นมีลักษณะเป็นการมองว่า นายวีระชัยฯ ได้กระทำให้ไปโดยไม่รู้ว่ากฎหมายบัญญัติเป็นความผิดตามมาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเสียมากกว่า ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นกรณีนี้ก็ควรจะเป็นเพียงเหตุที่ทำให้ศาลลงโทษผู้กระทำความผิดน้อยลงกว่าที่กฎหมายกำหนดได้เท่านั้น มิใช่เป็นกรณีที่ผู้กระทำจะไม่มีผิดแต่อย่างใด

นอกจากนี้ หากทำการเปรียบเทียบแล้วข้อเท็จจริงกรณีของนายวีระชัยฯ ตามคำพิพากษานี้ ก็มีลักษณะไม่แตกต่างไปจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีของนางนันทนาฯ หรือนายสมชายฯ ที่ได้ยกขึ้นทำการศึกษาก่อนหน้านี้แต่อย่างใด แต่ผลของคำพิพากษากลับแตกต่างกันโดยสิ้นเชิง ด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้ การตัดสินเช่นนี้ย่อมไม่อาจใช้เป็นบรรทัดฐานหรือให้ตรรกในการศึกษาทางวิชาการได้ ทั้งยังอาจกระทบต่อความเชื่อถือศรัทธาของประชาชนที่มีต่อกระบวนการยุติธรรมอีกด้วย

จากคำพิพากษาที่ได้หยิบยกมาเป็นตัวอย่างในการศึกษาข้างต้นนี้ ทำให้ทราบถึงปัญหาของการบัญญัติความผิดตามมาตรา 38 ที่ยังไม่ชัดเจนแน่นอนเพียงพอ กล่าวคือ จากการที่พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มิได้มีการกำหนดนิยามของคำว่า “ประกอบกิจการ” เอาไว้ ซึ่งถ้อยคำนี้ก่อให้เกิดการตีความและให้ความหมายที่แตกต่างกันระหว่างผู้บังคับใช้กฎหมายกับประชาชนผู้ถูกบังคับใช้ และเป็นถ้อยคำที่มีผลโดยตรงต่อการวินิจฉัยความผิดของผู้กระทำให้เกิดความชัดเจนแน่นอนในการบังคับใช้กฎหมาย จึงส่งผลทำให้การตีความกฎหมายเพื่อนำไปสู่การวินิจฉัยความผิดฐานนี้เกิดความคลาดเคลื่อนไปจากเจตนารมณ์ของกฎหมายด้วย ซึ่งถือเป็นการบัญญัติกฎหมายที่ขัดกับหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญาซึ่งเป็นหลักประการหนึ่งของ

หลักประกันในกฎหมายอาญาด้วย โดยหลักการนี้สืบเนื่องมาจากหลักความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายซึ่งเป็นหลักการที่สำคัญหลักหนึ่งภายใต้หลักนิติรัฐ และ โดยเฉพาะเมื่อพิจารณาในบริบทของกฎหมายอาญาแล้วย่อมถือเป็นหลักที่ได้รับการเรียกร้องมากขึ้นกว่าในบริบทกฎหมายอื่น<sup>23</sup> เนื่องจากกฎหมายอาญามีบัญญัติขึ้นมาเพื่อลงโทษบุคคลในสังคมซึ่งหลักการพื้นฐานของการบัญญัติกฎหมายอาญาที่ดีและมีความถูกต้องชอบธรรมนั้น กฎหมายดังกล่าวจะต้องสามารถเป็น “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ต่อการกระทำใดๆ ของบุคคล กล่าวคือ การกระทำใดจะเป็นความผิดทางอาญาได้รัฐต้องบัญญัติกฎหมายอาญานั้นให้ชัดเจนแน่นอนของถ้อยคำมากที่สุดเท่าที่สามารถจะทำได้ เนื่องจากการลงโทษทางอาญานั้นเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐที่นำมาใช้กับประชาชนในรัฐ ฉะนั้น การบัญญัติกฎหมายอาญาจึงจำเป็นต้องบัญญัติให้มีเนื้อหา หลักเกณฑ์ ที่ชัดเจนเพียงพอเพื่อที่ประชาชนจะสามารถระมัดระวัง มิให้การกระทำของตนต้องตกเป็นความผิดอีกนัยหนึ่งก็คือ ประชาชนสามารถที่จะหลีกเลี่ยงการกระทำผิดอาญาได้นั่นเอง<sup>24</sup> และย่อมเกิดความรูสึกยอมรับที่จะอยู่ภายใต้กฎหมายนั้นๆ อย่างไม่ขัดขืน

นอกจากนี้สำหรับประเด็นในเรื่องของความหมายของคำว่า “ประกอบกิจการ” ตามมาตรา 38 นี้ สำนักงานคณะกรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติได้เคยมีการทำหนังสือหารือไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อให้อธิบายว่ามีความหมายครอบคลุมแค่ไหนเพียงใด ซึ่งแม้ว่าสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจะตอบข้อหารือไปว่าไม่สามารถวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวได้เนื่องจากเรื่องดังกล่าวนี้อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลตามระเบียบคณะกรรมการกฤษฎีกาว่าด้วยการรับปรึกษาให้ความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ข้อ 9 (1)<sup>25</sup> แต่อย่างไรก็ดีจากรายงานการประชุมของคณะกรรมการกฤษฎีกาคณะที่ 5 ซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบในการตอบข้อหารือในประเด็นดังกล่าวนี้โดยเป็นการประชุมร่วมกับผู้แทนจากส่วนราชการที่เกี่ยวข้องได้ปรากฏข้อเท็จจริงเกี่ยวกับประเด็นในเรื่องความหมายของคำว่า ประกอบกิจการ ซึ่งท่านวัฒนา รัตนวิจิตร ประธานในที่ประชุม ได้พิจารณาและให้ความหมายของคำว่า “ประกอบกิจการ” ตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ไว้ว่าน่าจะหมายถึงเฉพาะ การดำเนินกิจการใน

<sup>23</sup> จาก หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (น.31), โดย บรรเจิด สิงคะเนติ, 2552, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

<sup>24</sup> จาก กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 90). เล่มเดิม.

<sup>25</sup> จาก บันทึกความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 627/2553, โดย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2553, กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และดูรายละเอียดในภาคผนวก ก.

ลักษณะดำเนินเป็นธุรกิจเพื่อแสวงหากำไร โดยมีสถานที่ประกอบกิจการเป็นหลักแหล่งมั่นคง<sup>26</sup> ด้วยเช่นกัน

#### 4.3 วิเคราะห์ลักษณะความรับผิดชอบทางอาญาของความผิดฐานประกอบกิจการ ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับอนุญาต ในประเทศไทยกับต่างประเทศ

ภาพยนตร์เป็นสื่อที่มีอิทธิพลต่อผู้รับชม ในการชักจูงความคิดซึ่งย่อมมีผลไปถึงการดำเนินชีวิต รวมถึงอาจกระทบต่อผู้อื่นและสังคมได้ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องควบคุมการประกอบกิจการอาชีพที่เกี่ยวข้องกับการเผยแพร่ภาพยนตร์ ให้อยู่ในกรอบและในแนวทางที่สร้างสรรค์ ตามวัตถุประสงค์ของแต่ละประเทศ โดยการกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการจำหน่ายแจกภาพยนตร์ที่ดำเนินการไปโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดต้องมีความรับผิดชอบทางอาญา ซึ่งประเทศไทยก็เป็นหนึ่งในประเทศที่ได้กำหนดความผิดเช่นนี้ไว้ ซึ่งบทบัญญัติที่ผู้เขียนได้นำเสนอไว้ในบทที่ 3 นั้น ได้แสดงออกถึงการถึงบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องของการควบคุมการประกอบกิจการจำหน่ายแจกภาพยนตร์ในต่างประเทศ โดยได้มุ่งความสำคัญไปที่ประเทศสิงคโปร์และประเทศมาเลเซีย ซึ่งผู้เขียนจะได้ทำการวิเคราะห์ห้บทกฎหมายในเรื่องดังกล่าวของกฎหมายแต่ละประเทศ เพื่อสรรหาแนวทางในการแก้ไขปัญหา ในเรื่องความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับอนุญาตของประเทศไทย ให้ปรากฏในเส้นทางที่ถูกต้องตามเจตนารมณ์และเหมาะสมกับประเทศไทยมากที่สุดในการที่จะปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าว ดังนี้

##### 4.3.1 ความรับผิดชอบทางอาญาของความผิดฐานดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตในประเทศสิงคโปร์

ความผิดฐานดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายภาพยนตร์ (Film Act 1998) ของประเทศสิงคโปร์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 6 นั้น การให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายดังกล่าว จะใช้คำว่า “Distribute” หรือ “Distribution” ซึ่งตามรูปศัพท์ภาษาไทยแปลได้ว่า จำหน่ายแจก โดยกฎหมายได้ให้นิยามของคำว่า “Distribute” และ “Distribution” ว่าหมายถึง การขาย การให้เช่า การให้ยืม หรือการให้แลกเปลี่ยน และกฎหมายได้กำหนดให้ผู้ที่ต้องการประกอบธุรกิจแจกจ่ายภาพยนตร์ หรือ “Distributor” นั้น จะต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้เสียก่อนจึงจะสามารถดำเนินกิจการได้ ทั้งนี้หากมีการฝ่าฝืนดำเนินการไปโดยไม่ได้รับอนุญาตแล้วจะต้องมีความผิด และต้องระวางโทษตามมาตรา

<sup>26</sup> แหล่งเดิม.

6 (2) แห่ง Film Act 1998 คือ ปรับตั้งแต่ 10,000 เหยียดลิงคโปร์ ถึง 40,000 เหยียดลิงคโปร์ หรือ จำคุกไม่เกิน 12 เดือน หรือทั้งจำทั้งปรับ

เมื่อพิจารณาจากองค์ประกอบความผิดของบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่ามีลักษณะที่ คล้ายคลึงกับความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับ อนุญาตตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ของประเทศไทยเป็นอย่างมาก ทั้งนี้ น่าจะเป็นเพราะภายหลังจากที่คณะรัฐมนตรีได้มีมติอนุมัติให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ดำเนินการแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 และพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้การพิจารณาควบคุมกิจการภาพยนตร์เป็นไปอย่างมีระบบเนื่องจากว่ากิจการภาพยนตร์ใน ประเทศไทยต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายหลายฉบับ คือ พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวีดิทัศน์พ.ศ. 2530 และพระราชบัญญัติวิทยุโทรทัศน์ และวิทยุกระจายเสียง พ.ศ. 2498 ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้พิจารณาแล้วเห็นว่า ควรให้มีการศึกษาวิจัยกฎหมายควบคุมกิจการภาพยนตร์ในประเทศฝรั่งเศส ประเทศอังกฤษ และ ประเทศสิงคโปร์ ว่าการประกอบกิจการอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายใด กฎหมายแต่ละฉบับ ควบคุมในเรื่องใด และองค์กรใดเป็นผู้ควบคุมดูแล เพื่อให้การพิจารณาปรับปรุงกฎหมายดังกล่าว เป็นไปอย่างรอบคอบ

จากการที่ผู้เขียนได้ศึกษารายงานการวิจัยกฎหมายภาพยนตร์ของทั้ง 3 ประเทศดังกล่าว แล้วพบว่าในประเทศฝรั่งเศส<sup>27</sup> และประเทศอังกฤษ<sup>28</sup> มิได้มีการกำหนดความผิดในลักษณะเช่นนี้ไว้ ดังนั้น ในส่วนของการกำหนดความผิดฐานนี้ จึงน่าจะเป็นกรณีที่ประเทศไทยได้นำเอาแนวคิดและ หลักการตามกฎหมายของประเทศสิงคโปร์มาบัญญัติไว้ แต่ถึงกระนั้นก็มีข้อแตกต่างกันอยู่บ้าง ดังนี้

ประเด็นเรื่องขอบเขตความหมายของคำว่า “ประกอบกิจการ” ตามมาตรา 38 แห่ง พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ซึ่งผู้เขียนได้วิเคราะห์มาแล้วนั้น ในกฎหมาย ภาพยนตร์ (Film Act 1998) ของประเทศสิงคโปร์มาตรา 6 (1) ได้บัญญัติไว้โดยใช้คำว่า “shall carry on any business, whether or not the business is carried on for profit” ซึ่งตามรูปศัพท์ ภาษาไทยแปลได้ว่า ประกอบธุรกิจ เพื่อแสวงหากำไรหรือเพื่อการอื่นใด โดยเป็นการอธิบาย ขอบเขตแห่งลักษณะของการประกอบกิจการที่จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของความผิดตามบทบัญญัติ

<sup>27</sup> จาก *กฎหมายภาพยนตร์ของประเทศฝรั่งเศส* (รายงานผลการวิจัย), โดย วิจิต จรัสสุขสวัสดิ์, 2546, กรุงเทพฯ:สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา .

<sup>28</sup> จาก *กฎหมายภาพยนตร์ของประเทศไทย* (รายงานผลการวิจัย), โดย ยอดฉัตร ตสาริกา, 2546, กรุงเทพฯ:สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

มาตรานี้ได้ค่อนข้างชัดเจนว่า จำกัดเฉพาะการประกอบกิจการขาย ให้เช่า ให้ยืม หรือให้แลกเปลี่ยนในรูปแบบที่ทำเป็นธุรกิจ (Business) เท่านั้น ซึ่งโดยปกติแล้วลักษณะของการประกอบธุรกิจย่อมเป็นการดำเนินการที่ต่อเนื่อง โดยมุ่งหมายที่จะยึดถือเป็นอาชีพ เพื่อมุ่งแสวงหาผลกำไรจากการดำเนินการนั้น แต่เนื่องจากความผิดฐานนี้ได้บัญญัติให้ครอบคลุมถึงการประกอบกิจการต่างๆ ดังกล่าว ที่ได้ทำขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์อื่นนอกเหนือไปจากการแสวงหาผลกำไรด้วย จึงมีผลให้การประกอบกิจการที่มีได้แสวงหาผลกำไรต้องปฏิบัติตามความในมาตรานี้ คือ ต้องได้รับใบอนุญาตเสียก่อนจึงจะสามารถดำเนินการได้ ทั้งนี้ การกำหนดให้ครอบคลุมทุกวัตถุประสงค์ของการดำเนินการ ก็น่าจะเป็นไปเพื่อให้ความผิดฐานนี้ช่วยในการป้องกันมิให้ภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาที่ต้องห้ามหรือเนื้อหาไม่เหมาะสมซึ่งอาจกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีแพร่หลายไปสู่สังคมได้ซึ่งถือเป็นความมุ่งหมายหลักของกฎหมายนี้ ซึ่งสะท้อนให้เห็นจากการกำหนดให้โทษจำคุกเป็นหนึ่งในระวางโทษของผู้กระทำความผิดฐานนี้ แต่อย่างไรก็ดีการประกอบกิจการที่มีได้ทำไปเพื่อแสวงหาผลกำไรก็จะต้องมีลักษณะการดำเนินการในรูปแบบทำนองเดียวกับการประกอบธุรกิจ คือ ต้องมีลักษณะต่อเนื่องของการดำเนินการในระดับหนึ่ง กล่าวคือ ในการขาย การให้เช่า การให้ยืม หรือการให้แลกเปลี่ยนภาพยนตร์นั้น ต้องมีลักษณะการดำเนินการเช่นเดียวกับการประกอบธุรกิจ แม้ว่าจะได้ดำเนินการเพื่อมุ่งแสวงหากำไรหรือไม่ก็ตาม ซึ่งต่างจากบทบัญญัติมาตรา 38 ของประเทศไทยที่ใช้ถ้อยคำว่า “ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับประโยชน์ตอบแทน” ซึ่งในกรณีของการประกอบกิจการไปโดยได้รับประโยชน์ตอบแทนนั้น มิได้มีการบัญญัติถ้อยคำที่จะสามารถอธิบายความหมายของคำว่า “ประกอบกิจการ” หรือ “ได้รับผลประโยชน์ตอบแทน” ได้อย่างชัดเจนว่ามีความหมายแค่นี้เพียงใด โดยเฉพาะถ้อยคำว่า “ได้รับประโยชน์ตอบแทน” ซึ่งก่อให้เกิดความสับสนในการตีความของผู้บังคับใช้กฎหมายและส่งผลให้เกิดการบังคับใช้ที่ไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ดังเช่นที่ปรากฏในกรณีของนางนันทนา น้อยบุญมา ซึ่งเป็นการจำหน่ายภาพยนตร์โดยมิได้แสวงหากำไร และมีได้ดำเนินการอย่างต่อเนื่องแต่อย่างใด<sup>29</sup> ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวถึงโดยละเอียดอีกครั้งในการวิเคราะห์ผลกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายในหัวข้อถัดไป

สำหรับในประเด็นเรื่องบทกำหนดโทษซึ่งกฎหมายภาพยนตร์ของประเทศสิงคโปร์ได้กำหนดระวางโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดได้แก่โทษจำคุกและโทษปรับ ซึ่งต่างกับในประเทศไทยซึ่งกำหนดระวางโทษมีเพียงโทษปรับเท่านั้น ที่กฎหมายภาพยนตร์ของประเทศสิงคโปร์ได้กำหนดไว้เช่นนี้น่าจะเป็นเพราะรูปแบบการปกครองของรัฐบาลของประเทศสิงคโปร์ซึ่งมีลักษณะโน้มเอียงไปในทางการปกครองแบบเบ็ดเสร็จ (Authoritarian System) อันมีผลจากการนำแนวคิด

<sup>29</sup> จาก คำพิพากษาฎีกาที่ 10359/2554.

ในลักษณะสังคมนิยม (Socialism) เข้ามาผสมผสาน สิทธิเสรีภาพในทางการเมืองของประชาชนในสิงคโปร์จึงมีลักษณะจำกัด การควบคุมสื่อต่างๆ อันอาจมีผลกระทบต่อการเมืองการปกครองของประเทศสิงคโปร์มีลักษณะที่เข้มงวดกว่าประเทศอื่นๆ ที่มีการปกครองในรูปแบบประชาธิปไตย โดยแท้ ในมุมมองของรัฐบาลของประเทศสิงคโปร์ ภาพยนตร์นั้นเป็นสื่อ (Media) ประเภทหนึ่งที่มีผลกระทบต่อประชาชนทั้งในด้านความคิดทางการเมือง (Political Thinking) มาตรฐานทางศีลธรรม (Moral Standard) รวมถึงหลักความเชื่อทางด้านศาสนาอิสลามซึ่งเป็นศาสนาประจำชาติของประเทศสิงคโปร์ซึ่งถือว่าการเปิดเผยร่างกายต่อสาธารณะเป็นสิ่งที่ต้องห้าม จึงทำให้ภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาสื่อไปในทางลามก อนาจาร (Obscene Film) ที่ประกอบด้วยฉากเปลือยร่างกายจึงเป็นเรื่องที่ต้องห้ามไปด้วย ดังนั้น การควบคุมเนื้อหาภาพยนตร์โดยใช้มาตรการทางกฎหมาย (Legal Mechanism) จึงเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม ประกอบกับความผิดฐานประกอบกิจการจำหน่ายแจกภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตนี้ ได้บัญญัติรวมอยู่กับความผิดฐานผลิตและนำเข้าซึ่งภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตซึ่งมีลักษณะที่อาจกระทบต่อสังคมที่ร้ายแรงกว่าการจำหน่ายแจก กล่าวคือ แนวคิดเบื้องหลังในการกำหนดความผิดฐานนี้ของประเทศสิงคโปร์มุ่งเน้นในการควบคุมเนื้อหาของภาพยนตร์ซึ่งสามารถมีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศให้มีความเหมาะสม ซึ่งต่างกับของประเทศไทยที่มีมุ่งเน้นไปที่การคุ้มครองผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์เป็นสำคัญ โดยมีการควบคุมเนื้อหาของภาพยนตร์เป็นเรื่องที่ให้ความสำคัญรองลงไป จึงทำให้บทลงโทษของประเทศสิงคโปร์ในความผิดฐานนี้มีลักษณะที่รุนแรงและเด็ดขาดกว่าของประเทศไทย

4.3.2 ความรับผิดชอบทางอาญาของความผิดฐานดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตในประเทศมาเลเซีย

เกี่ยวกับความผิดฐานดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายภาพยนตร์ (Perbadanan Kemajuan Filem Nasional Malaysia Act 1981) ของประเทศมาเลเซียที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 22 (1) ก็มีหลักการในทำนองเดียวกับกฎหมายของประเทศสิงคโปร์ ทั้งนี้เนื่องจากประเทศสิงคโปร์ได้เคยรวมอยู่ในการปกครองของประเทศมาเลเซีย ประกอบกับมีแนวคิดในเรื่องศาสนาที่เหมือนกันคือนับถือศาสนาอิสลาม ดังที่ผู้เขียนได้นำเสนอไว้แล้วในบทที่ 3 สำหรับการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ ตามกฎหมายของประเทศมาเลเซียจะใช้คำว่า “film distribution” ซึ่งตามรูปศัพท์ภาษาไทยแปลได้ว่า การจำหน่ายภาพยนตร์ โดยกฎหมายได้ให้นิยามของคำว่า “film distribution” ว่าหมายความรวมถึง การให้เช่า และการให้ยืมซึ่งภาพยนตร์ เพื่อแสวงหากำไร หรือการนำเข้าและจัดจำหน่ายภาพยนตร์ที่ผลิตในต่างประเทศ และการจัดจำหน่ายภาพยนตร์ที่ผลิตภายในท้องถิ่น และกฎหมายได้กำหนดให้ผู้

ต้องการประกอบกิจการจำหน่ายภาพยนตร์ หรือ “film distribution” นั้น จะต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการตามที่กฎหมายกำหนดที่เรียกว่า Perbadanan เสียก่อนจึงจะสามารถดำเนินกิจการได้ และหากมีการฝ่าฝืนดำเนินการไปโดยไม่ได้รับอนุญาตแล้วจะต้องมีความผิด และต้องระวางโทษตามมาตรา 25 (1) คือ จำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับไม่เกินห้าหมื่นริงกิตหรือทั้งจำทั้งปรับ และปรับอีกวันละไม่เกินหนึ่งหมื่นริงกิต ตลอดระยะเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่

เมื่อพิจารณาจากองค์ประกอบความผิดของบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่ามีลักษณะในการทำงานองค์กับความผิดตามกฎหมายของประเทศไทย แต่ก็ปรากฏข้อแตกต่างกับกฎหมายของประเทศไทยเช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศสิงคโปร์ คือ ในประเด็นเรื่องขอบเขตความหมายของคำว่า “ประกอบกิจการ” ตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 นั้น ในกฎหมายภาพยนตร์ของประเทศมาเลเซีย มาตรา 22 (1) จะบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำว่า “engage in any of the activities of distribution” ซึ่งมีลักษณะที่เป็นการระบุให้ทราบถึงลักษณะของการดำเนินกิจการที่จะต้องอยู่ในบังคับตามมาตรานี้ คือ การเข้าไปมีส่วนร่วมในการดำเนินกิจกรรมเกี่ยวกับการจำหน่าย ให้เช่า หรือให้ยืมภาพยนตร์ซึ่งอยู่ในรูปแบบที่ทำในเชิงพาณิชย์ (activities of distribution) หรือหากเป็นกรณีดำเนินการไปเพื่อวัตถุประสงค์อื่นที่มีไว้เพื่อแสวงหากำไรแล้ว ก็ต้องมีการดำเนินกิจการอย่างเป็นกิจจะลักษณะในการทำงานเดียวกันนี้ด้วยเช่นกัน ซึ่งต่างจากบทบัญญัติมาตรา 38 ของประเทศไทยที่ใช้ถ้อยคำว่า “ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับประโยชน์ตอบแทน” ซึ่งในกรณีของการประกอบกิจการไปโดยไม่ได้รับประโยชน์ตอบแทนนั้น มิได้มีการบัญญัติถ้อยคำที่จะสามารถอธิบายความหมายของคำว่า “ประกอบกิจการ” หรือ “ได้รับผลประโยชน์ตอบแทน” ได้อย่างชัดเจนว่ามีความหมายแก่ไหน เพียงใด ซึ่งก่อให้เกิดความสับสนในการตีความของผู้บังคับใช้กฎหมายดังเช่นที่ได้วิเคราะห์ไว้แล้วในการเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายของไทยกับกฎหมายของสิงคโปร์

เมื่อพิจารณาในประเด็นเรื่องบทกำหนดโทษจะเห็นว่า แม้ว่ากฎหมายภาพยนตร์ของประเทศมาเลเซียจะได้กำหนดระวางโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดเช่นเดียวกับประเทศสิงคโปร์ คือ โทษจำคุกและโทษปรับ แต่อย่างไรก็ดีก็มีข้อแตกต่างในรายละเอียดที่สำคัญ คือ ในส่วนของการกำหนดระวางโทษปรับนั้น กฎหมายของประเทศมาเลเซีย ไม่ได้กำหนดระวางโทษขั้นต่ำเอาไว้ โดยกำหนดให้ผู้ที่ฝ่าฝืนต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าหมื่นริงกิตซึ่งต่างกับกฎหมายประเทศสิงคโปร์ที่มีการกำหนดโทษขั้นต่ำไว้ คือปรับตั้งแต่ 10,000 เหรียญสิงคโปร์ และเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศไทยแล้ว ก็จะพบความแตกต่างเช่นเดียวกัน คือ ตามมาตรา 79 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ได้กำหนดระวางโทษของผู้ที่ฝ่าฝืนมาตรา 38 ไว้ว่าจะต้องระวางโทษปรับสถานเดียว และได้กำหนดอัตราขั้นต่ำไว้ตั้งแต่ 200,000 บาท ซึ่งจะเห็นได้

ว่าบทกำหนดโทษตามกฎหมายของประเทศมาเลเซียที่มีได้มีการกำหนดโทษปรับขั้นต่ำดังกล่าวนี้ สามารถเปิดโอกาสสำหรับการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาในการพิจารณากำหนดโทษปรับได้ มากกว่ากฎหมายของประเทศไทย ซึ่งในประเด็นนี้ย่อมส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายของประเทศ มาเลเซียมีความยืดหยุ่นและสามารถปรับใช้ให้เหมาะสมกับแต่ละพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นได้ดีกว่า กฎหมายของประเทศไทย

จากที่ได้วิเคราะห์ลักษณะความรับผิดชอบทางอาญาของความผิดฐานดำเนินธุรกิจที่ เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตในประเทศสิงคโปร์และประเทศมาเลเซียเปรียบเทียบกับ ในประเทศไทยแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่าบทบัญญัติที่กำหนดความผิดฐานประกอบกิจการให้ เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับอนุญาตของประเทศไทยตามมาตรา 38 นี้ นอกจากจะมีความบกพร่องในเรื่องการใช้ถ้อยคำที่ไม่ชัดเจนเท่าที่ควร ซึ่งส่งผลโดยตรงทำให้การ บังคับใช้กฎหมายไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ ซึ่งสำหรับในประเด็นนี้อาจจะนำกฎหมายประเทศ สิงคโปร์และประเทศมาเลเซียมาเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาก็ได้แล้ว ยังพบว่ามีความ ไม่เหมาะสมในเรื่องของการบัญญัติรูปแบบการกระทำที่แตกต่างกันให้เป็นความผิดฐานเดียวกันอีก ด้วย กล่าวคือ หากพิจารณาบทบัญญัตินี้แล้วจะพบว่า กฎหมายได้มีการกำหนดลักษณะหรือรูปแบบ การกระทำความผิดออกเป็น 2 ลักษณะคือ กรณีที่หนึ่งเป็นการประกอบกิจการในรูปแบบที่ทำเป็น ธุรกิจโดยไม่ได้รับอนุญาต และกรณีที่สองเป็นการประกอบกิจการในรูปแบบที่ได้รับประโยชน์ ตอบแทนโดยไม่ได้รับอนุญาต

โดยกรณีที่หนึ่งเป็นการประกอบกิจการในรูปแบบที่ทำเป็นธุรกิจ โดยผลตอบแทนที่ ได้รับย่อมเป็นตัวเงิน และเป็นการดำเนินการเพื่อมุ่งแสวงหากำไร ส่วนกรณีที่สองเป็นการประกอบ กิจการในรูปแบบที่ได้รับประโยชน์ตอบแทน โดยที่ประโยชน์ที่ได้รับตอบแทนนั้นอาจไม่ใช่ตัวเงิน ก็ได้ และแสดงให้เห็นว่ามีได้เป็นการมุ่งแสวงหากำไรในระดับสูงเช่นการประกอบเป็นธุรกิจ ซึ่งการกระทำความผิดทั้ง 2 รูปแบบดังกล่าวได้ถูกกำหนดให้เป็นความผิดที่อยู่ในมาตราเดียวกัน และได้กำหนดระวางโทษไว้เช่นเดียวกัน ทั้งที่การดำเนินการในรูปแบบของการทำเป็นธุรกิจย่อมมี โอกาสที่จะก่อให้เกิดรายได้เป็นจำนวนที่มากกว่า และมีโอกาสที่อาจจะเกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ใน งานภาพยนตร์ในอัตราที่สูงกว่า รวมถึงมีโอกาที่อาจจะใช้เป็นแหล่งหรือช่องทางในการเผยแพร่ ภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาไม่เหมาะสมไปสู่สาธารณชน อันเป็นการกระทบกระเทือนต่อความเหมาะสม ของเนื้อหาภาพยนตร์ในระดับที่สูงกว่าอีกด้วย เนื่องจากการกระทำในลักษณะถาวร ต่อเนื่อง และสามารถแพร่หลายไปยังผู้บริโภคได้ง่าย ต่างกับการกระทำในรูปแบบที่ได้รับผลประโยชน์ ตอบแทน ซึ่งอาจจะดำเนินการจำหน่ายเป็นครั้งคราวและมีลักษณะที่ต่อเนื่องน้อยกว่าการทำเป็น ธุรกิจ ทำให้ผลประโยชน์ที่ได้รับจากการจำหน่าย โอกาสที่อาจจะเกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ รวมถึง

โอกาสที่จะเกิดการกระทบกระเทือนต่อความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์เป็นไปได้น้อยกว่า และจากการที่บทกำหนดโทษของความผิดฐานนี้คือโทษปรับซึ่งเป็นการลงโทษที่มุ่งเน้นไปที่การป้องปรามข่มขู่โดยมีวัตถุประสงค์ให้มีผลกระทบต่อฐานะทางทรัพย์สินของผู้กระทำผิด ดังนั้น ระวังโทษที่กำหนดก็ควรจะต้องแตกต่างกันระหว่างผู้ที่มีดำเนินกิจการในรูปแบบเป็นธุรกิจซึ่งโดยทั่วไปแล้วย่อมเป็นผู้ที่มีฐานะทางเศรษฐกิจที่ดีกว่า กับผู้ดำเนินกิจการในรูปแบบที่ได้รับผลประโยชน์ตอบแทนซึ่งมีฐานะทางเศรษฐกิจที่ด้อยกว่าเพื่อให้เกิดความเหมาะสมกับพฤติการณ์ในการกระทำความผิด นอกจากนี้การกำหนดให้ระวังโทษของการกระทำระหว่างสองกรณีดังกล่าวให้แตกต่างกัน ยังเป็นการแยกให้เห็นถึงความหนักเบาของผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้และสามารถเป็นแนวทางในการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาในการพิจารณากำหนดโทษให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ดียิ่งขึ้นด้วย

#### 4.4 วิเคราะห์ผลกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับอนุญาต

คุณธรรมเป็นสิ่งที่มองไม่เห็น จับต้องไม่ได้ แต่คุณธรรมสัมผัสและรับรู้ได้ด้วยความรู้สึก การที่จะพิจารณาได้ว่าบุคคลนั้นมีคุณธรรมหรือไม่ ก็พิจารณาจากสิ่งที่คุณคนนั้นแสดงออกมาให้ประจักษ์ในรูปของการกระทำ แม้การกระทำบางอย่างจะผิดธรรมเนียมปฏิบัติ (“ปทัสถาน” หรือ “norm”) แต่ก็ยังไม่ร้ายแรงถึงขนาดที่สังคมควรดำเนินและมีความผิดทางอาญา การกระทำนั้นก็เป็นเพียงผิดศีลธรรมและรู้สึกไม่ดีเท่านั้น ดังนั้น ถ้าการกระทำใดเป็นการกระทำผิดปทัสถานอย่างร้ายแรง เป็นการกระทำที่สังคมดำเนินว่าเป็นสิ่งที่กระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายอย่างร้ายแรงสมควรกำหนดเป็นความผิดอาญา คุณธรรมนั้นก็จะถูกยกระดับโดยกฎหมาย กลายมาเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญและมีความจำเป็นต่อการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม เหตุนี้จึงต้องคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญนั้นโดยกฎหมายอาญา<sup>30</sup>

“สิทธิในทางการค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์และผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้อง” และ “ประสิทธิภาพในการตรวจสอบและควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์” ก็เป็นคุณธรรมที่กฎหมายยกระดับขึ้น โดยเห็นควรที่จะได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายอาญา การกระทำผิดต่อ “สิทธิในทางการค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์และผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้อง” และ “ประสิทธิภาพในการตรวจสอบและควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์” ตามกฎหมายว่าด้วยภาพยนตร์ คือ ความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์

<sup>30</sup> จาก กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 152). เล่มเดิม.

พ.ศ. 2551 โดยในกรณีผู้ประกอบการจำหน่ายภาพยนตร์ที่บันทึกในวีซีดี หรือดีวีดี โดยละเมิดต่อลิขสิทธิ์ซึ่งไม่สามารถที่จะได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด ย่อมเป็นการกระทำที่กระทบต่อลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ของเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ และย่อมมีผลกระทบต่อผลประโยชน์ในเชิงธุรกิจของบุคคลเหล่านั้น ทั้งเป็นการกระทบต่อประสิทธิภาพในการตรวจสอบและควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ของเจ้าหน้าที่ ย่อมเป็นความผิดตามมาตรา 38

ในกรณีข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากการกระทำของนางนันทนา น้อยบุญมา<sup>31</sup> ซึ่งได้นำของเก่าภายในบ้านมาวางจำหน่ายอีกทอดหนึ่งในรูปแบบสินค้ามือสองซึ่งรวมถึงวีซีดีภาพยนตร์เก่าที่ได้ซื้อมาเพื่อรับชม จำนวน 10 แผ่นด้วย ซึ่งวีซีดีภาพยนตร์เหล่านั้นได้ผลิตขึ้น โดยถูกต้องตามกฎหมาย โดยที่นางนันทนาฯ มิได้มีเจตนาที่จะประกอบกิจการจำหน่ายภาพยนตร์อย่างเป็นทางการในลักษณะต่อเนื่องเพื่อมุ่งแสวงหากำไรและยึดถือเป็นอาชีพแต่อย่างใด โดยมีแต่เพียงเจตนาที่จะจำหน่ายของเก่าที่มีภายในบ้านให้หมดไปเพื่อหารายได้มาเลี้ยงดูครอบครัวเท่านั้น ซึ่งกรณีนี้ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าเป็นการกระทำที่เป็นความผิดฐานประกอบกิจการจำหน่ายภาพยนตร์โดยได้รับประโยชน์ตอบแทนตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 38 วรรคหนึ่ง และพิพากษาลงโทษปรับนางนันทนาเป็นเงิน 100,000 บาท หากไม่ชำระให้กักขังแทนค่าปรับได้ไม่เกิน 1 ปี

เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่าวีซีดีภาพยนตร์ที่นางนันทนาได้นำมาจำหน่ายนั้นเป็นภาพยนตร์ที่ผลิตขึ้น โดยถูกต้องตามกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ และได้ผ่านการตรวจพิจารณาเนื้อหาและได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดเรียบร้อยแล้ว ฉะนั้น ในส่วนของลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ซึ่งเป็นรากฐานแห่งสิทธิทางการค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมไม่ถูกระทบจากการกระทำนี้ และเมื่อพิจารณาต่อไปถึงผลกระทบต่อประโยชน์ในเชิงธุรกิจของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องซึ่งต้องการให้ความผิดฐานนี้เอื้อต่อการครอบครองตลาดภาพยนตร์หรืออีกนัยหนึ่ง คือต้องการให้ความผิดนี้ช่วยในการผูกขาด (Monopoly) ธุรกิจด้านการเผยแพร่ภาพยนตร์ ก็ไม่ได้ถูกระทบจากการกระทำที่ไม่ได้เข้ามาสู่วงจรพาณิชย์อย่างแท้จริงเช่นนี้ ดังนั้น “สิทธิในทางการค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์และผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้อง” ซึ่งเป็นคุณธรรมทางกฎหมายหลักของความผิดฐานนี้จึงมิได้ถูกระทบจากการกระทำนี้ หรือหากพิจารณาในแง่ของผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการตรวจสอบและควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ ซึ่งเป็นคุณธรรมทางกฎหมายอีกประการหนึ่งของความผิดฐานนี้ ก็เห็นว่ามีได้ถูกระทบเช่นกัน ทั้งนี้เพราะเมื่อพิจารณาไปที่การกระทำของ

<sup>31</sup> จาก คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10359/2554.

นางนันทนาฯ แล้วจะเห็นว่านางนันทนาฯ เพียงแต่ต้องการที่จะจำหน่ายของเก่าที่มีภายในบ้านให้หมดไปเพื่อหารายได้มาเลี้ยงดูครอบครัวเท่านั้น มิได้มีเจตนาที่จะประกอบกิจการจำหน่ายภาพยนตร์อย่างเป็นทางการเป็นปกติธุระในลักษณะต่อเนื่องเพื่อมุ่งแสวงหากำไรและยึดถือเป็นอาชีพ ที่จะเป็แหล่งผลิตหรือเป็นช่องทางในการเผยแพร่ภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาไม่เหมาะสมไปสู่สาธารณชนแต่อย่างใด กล่าวคือ การกระทำของนางนันทนาฯ ยังไม่ถึงเป็นการประกอบกิจการในลักษณะที่สามารถมีผลกระทบต่อสังคมโดยรวม ที่จะต้องเข้ามาสู่ระบบการตรวจสอบเพื่อควบคุมเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามความมุ่งหมายของความคิดที่กำหนดไว้ในมาตรา 38 ที่ต้องการให้เป็นมาตรการเสริมในการควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ที่จะเผยแพร่ไปสู่สาธารณชน นอกจากนี้ในกรณีของนางนันทนาฯ นี้ ความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์อีกประการหนึ่งของการกำหนดความคิดมาตรา 38 ก็มีได้ถูกระทบแต่อย่างใดด้วย เนื่องจากแผ่นวีซีดีภาพยนตร์เหล่านี้ได้ผ่านการตรวจพิจารณาแล้วนั่นเอง ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าการกระทำของนางนันทนาฯ มิได้เป็นการกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายในความคิดฐานนี้แต่ประการใด และนางนันทนาฯ ย่อมไม่มีความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 38 และหากพิจารณาในกรณีการกระทำของนายสมชัย หรือดี นันทวิชช์<sup>32</sup> หรือกรณีของนายวิระชัย พิณีผล<sup>33</sup> ซึ่งมีข้อเท็จจริงในทำนองเดียวกันก็มีได้เป็นการกระทำที่กระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายเช่นเดียวกัน

หรือหากพิจารณาในกรณีการกระทำของนางสาวสุดาวดี โกลมวิษญ์<sup>34</sup> ซึ่งแม้ว่าจะปรากฏข้อเท็จจริงว่าได้นำแผ่นวีซีดีภาพยนตร์จำนวน 2 แผ่น ที่ไม่ผ่านการตรวจพิจารณาและได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการตรวจพิจารณาภาพยนตร์มาวางจำหน่ายซึ่งเป็นภาพยนตร์ที่ละเมิดต่อลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ก็ตาม แต่เมื่อได้วิเคราะห์แล้วว่าการกระทำดังกล่าวซึ่งเพียงแต่ต้องการที่จะขายของเก่าภายในบ้านของตน โดยมิได้มีเจตนาที่จะเข้าสู่วงจรวาณิชย์โดยดำเนินกิจการอย่างเป็นทางการ กล่าวคือ การกระทำดังกล่าวย่อมไม่สามารถก่อให้เกิดผลกระทบต่อประโยชน์ในเชิงธุรกิจของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้ประกอบการจำหน่ายภาพยนตร์ได้ที่ดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ได้ ดังนั้น คุณธรรมทางกฎหมายของความคิดตามมาตรา 38 จึงไม่ถูกระทบกระเทือนจากการกระทำของนางสาวสุดาวดีฯ เช่นกัน แต่อย่างไรก็ดีการกระทำนี้อาจจะเป็นความผิดฐาน

<sup>32</sup> จาก คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 6719/2554.

<sup>33</sup> จาก คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5241/2555.

<sup>34</sup> จาก คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 1592/2555.

จำหน่ายภาพยนตร์ที่ไม่ผ่านการตรวจพิจารณาและได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการตรวจพิจารณาภาพยนตร์ตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551

แต่หากพิจารณากรณีของนายสุรนต์ มณีพรรัตน์<sup>35</sup> ซึ่งแม้ว่าภาพยนตร์ที่อ้างว่าเก็บได้จากกองขยะที่ได้นำมาจำหน่ายดังกล่าวจะได้ผ่านการตรวจพิจารณาและได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดแล้ว ซึ่งย่อมไม่เป็นการกระทบต่อลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ก็ตาม แต่เมื่อคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานนี้มีได้มีเพียงลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์แต่เพียงอย่างเดียว โดยยังมี “ประสิทธิภาพในการตรวจสอบและควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์” ซึ่งเป็นอีกคุณธรรมหนึ่งที่กฎหมายต้องการคุ้มครอง และตามที่ได้กล่าวแล้วว่าหากนายสุรนต์ฯ ได้ดำเนินการอย่างเป็นอาชีพเสริมนอกเหนือไปจากอาชีพหลักคือพนักงานเก็บขยะ ก็ได้นำภาพยนตร์มาวางจำหน่ายเช่นนี้ทุกครั้งเมื่อเก็บรวบรวมได้ ก็ถือได้ว่ามีลักษณะของการดำเนินกิจการอย่างเป็นปกติธุระในลักษณะต่อเนื่อง เพื่อการค้าโดยมุ่งหวังผลกำไรหรือผลตอบแทนจากการจำหน่ายภาพยนตร์ที่เก็บได้ และเข้าข่ายเป็นการประกอบกิจการที่จะต้องได้รับอนุญาตจากนายทะเบียนตามมาตรา 38 เสียก่อนจึงจะสามารถดำเนินการได้ และเมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่านายสุรนต์ฯ ได้ประกอบกิจการไปโดยไม่ได้รับอนุญาต จึงถือเป็นการกระทำที่กระทบต่อประสิทธิภาพในการตรวจสอบควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ของเจ้าหน้าที่รัฐแล้ว กล่าวคือ การประกอบกิจการจำหน่ายภาพยนตร์ที่ไม่ได้รับใบอนุญาตและอยู่นอกระบบการตรวจสอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ย่อมมีโอกาสที่จะเกิดการจำหน่ายภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาไม่เหมาะสมปะปนอยู่และสามารถเผยแพร่ไปสู่สาธารณชนได้ง่ายกว่าการประกอบกิจการที่ได้รับอนุญาตและเข้ามาอยู่ในระบบการตรวจสอบและควบคุมของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั่นเอง นอกจากนี้การดำเนินกิจการในลักษณะเช่นนี้ย่อมส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ในเชิงธุรกิจของกลุ่มทุนภาพยนตร์อันประกอบด้วยเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์และผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องไม่มากนักน้อย

ดังนั้น หากได้พิจารณาถึงคุณธรรมทางกฎหมายแล้วย่อมสามารถกล่าวได้ว่านางนันทนาฯ นายสมชัยฯ นางสาวสุดาวดีฯ และนายวิระชัยฯ ล้วนแล้วแต่ไม่ใช่ “ผู้ประกอบกิจการ” ที่จะต้องถูกบังคับและต้องมีความรับผิดชอบตามความในมาตรา 38 ซึ่งจากการที่เราไม่ได้ศึกษาในเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตอย่างถ่องแท้ ส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายในความผิดฐานนี้ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย และก่อให้เกิดผลเสียต่อประชาชน สังคม รวมถึงความเชื่อถือศรัทธาในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาอีกด้วย

<sup>35</sup> จาก คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 3471/2555.

#### 4.5 วิเคราะห์บทลงโทษของความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 38

เมื่อได้พิจารณาแล้วว่าความผิดฐานประกอบกิจการ ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่าย ภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 38 เป็นความผิดที่มีคุณธรรมทางกฎหมาย คือ “สิทธิ ในทางการค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์และผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้อง” และ “ประสิทธิภาพในการตรวจสอบและควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์” ซึ่งการกระทำ ที่ละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมายนี้มีได้เป็นความผิดที่ร้ายแรง ดังนั้น การที่กฎหมายได้กำหนด ชนิดของโทษที่จะลงกับผู้กระทำความผิดฐานนี้ด้วยโทษปรับซึ่งเป็นโทษสถานเบาจึงเป็นการ เหมาะสมแล้ว

วัตถุประสงค์ของการลงโทษปรับ คือ ต้องการป้องปราม หรือข่มขู่ ยับยั้ง (Deterrence) โดยการลงโทษต่อทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดเพื่อให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเข็ดหลาบและไม่กระทำความผิดอีก ดังนั้น โทษปรับจึงต้องมีผลกระทบต่อสถานะทางทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด<sup>36</sup> ซึ่งระบบ การลงโทษปรับที่สามารถสนองตอบต่อวัตถุประสงค์ของการลงโทษปรับ คือ ระบบการลงโทษปรับ โดยกำหนดตามวันและรายได้หรือระบบ Day Fine<sup>37</sup>

อย่างไรก็ดีเนื่องจากระบบการลงโทษปรับที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติภาพยนตร์และ วิทยทัศน์และรวมถึงที่ปรากฏในอยู่ในกฎหมายอาญาส่วนใหญ่ของประเทศไทย คือ การลงโทษปรับ ตามอัตราขั้นสูงสุด – ต่ำสุด ซึ่งเป็นการกำหนดอัตราโทษปรับที่แน่นอน (Fixed Sum) กล่าวคือ จะปรับ ได้ไม่ต่ำกว่าอัตราที่กำหนดและไม่เกินอัตราที่กำหนด โดยกำหนดช่วงของ ค่าปรับดังกล่าวที่เปิดโอกาสให้ศาลได้ใช้ดุลพินิจ ซึ่งศาลจะต้องกำหนดอัตราโทษปรับดังกล่าวให้ได้ สัดส่วนและเหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละบุคคล ดังนั้นการลงโทษแบบดังกล่าวจะต้องพิจารณา ถึงความเป็นอยู่ สถานะทางการเงินของผู้กระทำความผิดแต่ละบุคคล เพื่อที่จะให้การลงโทษปรับบรรลุ วัตถุประสงค์ทั้งในบรรดาผู้กระทำความผิดที่มีฐานะร่ำรวย หรือฐานะยากจน การกำหนดโทษปรับ

<sup>36</sup> From “Fines and monetary penalties” *Criminal justice and the treatment of offenders* (p. 152-159), by J. D. Mc Clean and J. C. WOOD, 1969, London : Sweet & Maxwell. อ้างถึงใน โทษปรับโดยกำหนดตามวัน และรายได้ (Day Fine) (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี) (น. 4), โดย พิษยนต์ นิพาสพงษ์, 2542, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

<sup>37</sup> ระบบการลงโทษปรับตามวันและรายได้ (Day Fine) เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1921 ในกลุ่มประเทศแถบ สแกนดิเนเวีย เพื่อให้การลงโทษปรับบรรลุวัตถุประสงค์ในการลงโทษต่อผู้กระทำความผิดทุกฐานะ โดยการ กำหนดค่าปรับจากรายได้ของผู้กระทำความผิดแต่ละคนประกอบกับความร้ายแรงของความผิด โดยปัจจุบันได้มีการ ใช้ระบบนี้แพร่หลายมากขึ้นในประเทศเยอรมัน และฝรั่งเศส [ดูรายละเอียดใน โทษปรับโดยกำหนดตามวัน และรายได้ (Day Fine) แหล่งเดิม (น.17-19)].

ดังกล่าวจึงต้องให้ได้สัดส่วนกับผู้กระทำความผิดแต่ละบุคคล มิฉะนั้นแล้วการลงโทษปรับโดยวิธีดังกล่าวอาจไม่มีผลกระทบต่อสถานะทางเศรษฐกิจหรือความเป็นอยู่ของบุคคลนั้นๆ สมดังเจตนารมณ์ของกฎหมายในเรื่องการลงโทษปรับ สำหรับผู้กระทำความผิดที่มีฐานะทางเศรษฐกิจดี หรืออาจส่งผลเกินเลยไปจากวัตถุประสงค์ของการลงโทษปรับ สำหรับผู้กระทำความผิดที่มีฐานะยากจนที่ไม่มีเงินพอจะชำระค่าปรับและต้องรับโทษกักขังแทนโทษปรับดังกล่าว<sup>38</sup>

โดยที่ความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 38 นั้น มีระวางโทษปรับขั้นต่ำที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 79 คือ ปรับตั้งแต่ 200,000 บาท ซึ่งการกำหนดระวางโทษขั้นต่ำที่มีอัตราที่สูงเช่นนี้ถือเป็นการจำกัดดุลพินิจของศาลที่จะกำหนดโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดตามพฤติการณ์ในการกระทำความผิดในแต่ละกรณี ทั้งนี้เพราะในการประกอบกิจการย่อมมีความแตกต่างในด้านขนาดของกิจการตามต้นทุนของแต่ละบุคคล โดยที่การลงโทษปรับจำนวน 200,000 บาท กับผู้กระทำความผิดที่ประกอบกิจการขนาดใหญ่ซึ่งมีต้นทุนทางเศรษฐกิจ สังกม ความรู้ความเชี่ยวชาญในระดับสูงแล้วย่อมไม่ส่งผลกระทบต่อเท่าใดนัก แต่กรณีหากเป็นการลงโทษเป็นจำนวนเดียวกันนี้ต่อผู้ประกอบกิจการขนาดเล็กแล้วอาจส่งผลกระทบต่อถึงขั้นต้องล้มเลิกกิจการเลยก็เป็นได้

ประกอบกับความผิดตามมาตรา 38 นี้ มิได้เป็นความผิดที่เห็นได้ในตัวเอง (mala in se) แต่เป็นความผิดเนื่องจากกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิด (mala prohibita) จึงอาจเกิดกรณีความไม่รู้ว่ากฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดขึ้นกับผู้ประกอบกิจการขนาดเล็กซึ่งย่อมจะมีความรู้และความสันทัดชัดเจนเกี่ยวกับกฎหมายที่ควบคุมการประกอบธุรกิจไม่เท่ากับผู้ประกอบกิจการขนาดใหญ่

โดยหากพิจารณาคำพิพากษาฎีกาที่ 10359/2554 ในกรณีของนางนันทนาฯ ซึ่งมีอาชีพรับจ้างเย็บผ้า มีรายได้เพียงวันละไม่กี่ร้อยบาท แต่ต้องถูกลงโทษปรับเป็นจำนวนถึงหนึ่งแสนบาทจากการนำวีซีดีภาพยนตร์เก่าของตนเอง จำนวนเพียง 10 แผ่นมาจำหน่ายเพื่อหารายได้เลี้ยงครอบครัว โดยที่จำนวนของค่าปรับดังกล่าวอาจเป็นรายได้ตลอดทั้งปีของนันทนาฯ เลยก็น่าได้ส่งผลให้นางนันทนาฯ ไม่มีเงินที่จะชำระและต้องถูกกักขังแทนค่าปรับ ซึ่งเป็นการกระทำที่มีผลกระทบต่อเสรีภาพของนางนันทนาฯ จึงไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษปรับ และยังก่อให้เกิดปัญหาสังคมอื่นตามมาอีกด้วย กล่าวคือ มีผลกระทบต่อครอบครัวของนางนันทนาฯ ซึ่งต้องขาดรายได้ในการดำรงชีพ รวมถึงขาดความรักความอบอุ่นซึ่งเป็นสัมพันธ์อันดีในครอบครัว ทั้งยังก่อให้เกิดภาระต่องบประมาณของรัฐในการบริหารจัดการระหว่างดำเนินการกักขังแทนค่าปรับอีกด้วย หรือในกรณีของนายสมชายหรือตี๋ฯ ตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 6719/2554 และ

<sup>38</sup> จาก การลงโทษปรับทางอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 64-69), โดย พิรุฬ โศกุลวรรณ, 2532, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ในกรณีของนางสาวสุดาวดีฯ ตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 1592/2555 ก็มีลักษณะในทำนองเดียวกัน คือ เป็นการจำหน่ายภาพยนตร์เก่าของตนเองในปริมาณเล็กน้อย และมีฐานะยากจนเช่นเดียวกัน และเมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาต่าง ๆ ที่ได้หยิบยกมาเป็นตัวอย่างในการศึกษาดังกล่าวนั้น จะเห็นว่าศาลเองก็ทราบถึงปัญหาที่เกิดขึ้น และพยายามลงโทษปรับให้ต่ำที่สุดเท่าที่กฎหมายจะอำนวย โดยเฉพาะในกรณีของนางสาวสุดาวดีฯ ซึ่งศาลได้นำหลักเรื่องความไม่รู้กฎหมายตาม มาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาใช้ในการลดโทษให้กับนางสาวสุดาวดีฯ ซึ่งเป็นกรณีที่เกิดขึ้นไม่บ่อยนัก หรือกรณีของนายวิระชัยฯ ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่ากระทำไปโดยขาดเจตนา แต่อย่างไรก็ดีสิ่งที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์ไว้แล้วว่าในกรณีทั้งหลายเหล่านี้ล้วนไม่ได้มีฐานะเป็นผู้ประกอบกิจการที่จะต้องมีความรับผิดชอบตามมาตรา 38 แต่อย่างใด ซึ่งต่างจากกรณีของนายสุรัตน์ฯ ตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 3471/2555 ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นผู้ประกอบกิจการตามมาตรา 38 แล้ว และได้ถูกพิพากษาให้ลงโทษปรับ 133,400 บาท ไม่ชำระค่าปรับให้จัดการกักขังตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 29, 30 โดยให้กักขังเป็นเวลาไม่เกิน 1 ปี ซึ่งเมื่อพิจารณาจากฐานะทางเศรษฐกิจของนายสุรัตน์ฯ ซึ่งมีอาชีพเป็นเพียงพนักงานเก็บขยะและพฤติกรรมในการกระทำ ความผิดของ ซึ่งเป็นการนำวีซีดีภาพยนตร์เก่าที่เก็บได้จากกองขยะจำนวน 83 แผ่น มาจำหน่าย ซึ่งได้กล่าวแล้วว่าการกระทำของนายสุรัตน์ฯ ไม่ได้เป็นการกระทบต่อลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์เป็นแต่เพียงกระทบต่อประสิทธิภาพในการตรวจสอบและควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์เท่านั้น ประกอบกับนายสุรัตน์ฯ เองก็อาจไม่รู้ว่ากระทำเช่นนี้เป็นความผิดด้วยซ้ำไป ดังนั้น เมื่อเทียบกับโทษปรับที่ได้รับจึงถือเป็นอัตราที่สูงและไม่เหมาะสมกับพฤติกรรม ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นก็เนื่องมาจากการกำหนดคระวางโทษปรับขั้นต่ำเป็นจำนวน 200,000 บาท ที่สูงเกินไปและส่งผลให้เกิดการจำกัดดุลพินิจของผู้พิพากษาในการพิจารณากำหนดโทษนั่นเอง

ในทางกลับกันหากเป็นกรณีผู้กระทำผิดแบบเดียวกันแต่เป็นผู้ที่มีฐานะดี โดยอาจกระทำผิดในลักษณะทำเป็นธุรกิจ เมื่อถูกศาลพิพากษาให้ปรับเช่นเดียวกันกับนายสุรัตน์ฯ ก็ย่อมสามารถที่จะชำระได้โดยที่การลงโทษปรับดังกล่าวอาจจะไม่มีผลกระทบต่อสถานะทางทรัพย์สินของผู้นั้นแต่อย่างใด และไม่ก่อให้เกิดความเข็ดหลาบแต่อย่างใด ซึ่งย่อมไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษปรับ และก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นระหว่างบุคคลขึ้นในสังคม

โดยกรณีปัญหาทั้งหลายดังที่กล่าวมานี้ไม่ว่าจะเป็นเรื่องความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติที่กำหนดความผิด หรือบทกำหนดโทษที่สูงเกินไปก็ตาม หากเกิดขึ้นในประเทศสิงคโปร์ หรือประเทศมาเลเซียแล้วรัฐมนตรีผู้รักษาการตามกฎหมายภาพยนตร์ของประเทศทั้งสองเห็นว่าการบังคับใช้กฎหมายเช่นนี้เป็นการไม่เหมาะสมและก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นในสังคม รัฐมนตรีดังกล่าวมีอำนาจที่จะยกเว้นไม่นำมาบังคับใช้กับบุคคลเหล่านั้นได้ซึ่งสามารถแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นได้

อย่างทันทีที่ แต่ของประเทศไทยนั้นไม่มีการบัญญัติให้อำนาจรัฐมนตรีผู้รักษาการตามกฎหมาย ภาพยนตร์ซึ่งเป็นฝ่ายบริหารไว้เช่นนั้น โดยที่แม้ว่าข้อดีของการให้อำนาจไว้เช่นนี้จะทำให้การ บังคับใช้กฎหมายมีความยืดหยุ่น และสามารถปรับใช้ได้กับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปใน อนาคต ซึ่งข้อเสียก็คือเป็นการให้อำนาจฝ่ายบริหารในการลบล้างกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ทำให้กฎหมายขาดความชัดเจนแน่นอน โดยเฉพาะกฎหมายที่มีโทษทางอาญาเช่นนี้ และอาจจะเป็น ช่องทางที่ใช้ในการเอื้อประโยชน์ให้แกกันได้ ซึ่งการให้อำนาจเช่นนี้จะสามารถใช้ได้ผลดีกับ ประเทศที่คุณภาพของคนที่ได้รับการพัฒนาอย่างดีแล้วและกระบวนการยุติธรรมมีความเข้มแข็งอย่าง แท้จริงเท่านั้น ซึ่งในมุมมองของผู้เขียนเห็นว่าสำหรับประเทศไทยนั้นยังไม่สมควรที่จะมีการ กำหนดให้อำนาจเช่นนั้นไว้ โดยเห็นว่าควรมีการแก้ไขปรับปรุงในเรื่องของถ้อยคำของบทบัญญัติ กฎหมายให้มีความชัดเจนและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย รวมถึงการแก้ไขอัตราโทษ ขึ้นต่ำเพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้พิพากษาสามารถปรับใช้ดุลพินิจได้อย่างเหมาะสมกับพฤติการณ์ ในแต่ละกรณี โดยอาจนำกฎหมายภาพยนตร์ของประเทศสิงคโปร์ และประเทศมาเลเซียมาเป็น แนวทางในการปรับปรุงแก้ไข ซึ่งจะเป็นการเหมาะสมยิ่งกว่าดังจะได้กล่าวโดยละเอียดในบทที่ 5 ต่อไป

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

ในการกำหนดความผิดอาญาทุกฐานความผิดนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อให้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองสิ่งที่มีคุณค่าสำคัญอันเป็นประโยชน์ร่วมกันของคนในสังคม และเป็นสิ่งที่สังคมต้องการคุ้มครองโดยกฎหมาย ที่เรียกว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” ซึ่งเป็นสิ่งที่อยู่เบื้องหลังในการกำหนดความผิดอาญาแต่ละฐาน และถือเป็นองค์ประกอบประการสำคัญของความผิดฐานนั้นๆ กล่าวคือ การกระทำใดเป็นการกระทบหรือละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมายแล้ว การกระทำนั้นย่อมเป็นความผิดต่อกฎหมาย

ความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ก็มีคุณธรรมทางกฎหมายอยู่เบื้องหลังในการกำหนดความผิด และกรณีที่ตีความถ้อยคำของบทบัญญัติมาตรานี้ อันจะนำไปสู่การวินิจฉัยความผิดตามมาตรานี้ได้ถูกต้อง และส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ จำเป็นต้องทราบความหมายของคำว่า “ประกอบกิจการ” ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 38 แต่เนื่องจากพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 นั้น มิได้กำหนดนิยามความหมายเอาไว้ จึงจำเป็นต้องศึกษาเพื่อค้นหาความหมายของคำว่า “ประกอบกิจการ” โดยอาศัยคุณธรรมทางกฎหมายที่อยู่เบื้องหลังความผิดฐานนี้ เป็นเครื่องมือที่ช่วยในการตีความกฎหมาย และในการที่จะทราบถึงคุณธรรมทางกฎหมายได้นั้นจะต้องศึกษาจากประวัติความเป็นมา แนวคิดในการกำหนดความผิดและพัฒนาการของความผิดดังกล่าวนี้จากกฎหมายที่เกี่ยวข้องตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน โดยความผิดฐานนี้เป็นบทบัญญัติที่เกิดขึ้นเพื่อไขปัญหาของสังคมตามยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลงไป โดยมีพัฒนาการมาจากกฎหมายจำนวน 4 ฉบับ คือ

- 1) พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473
- 2) พระราชบัญญัติภาพยนตร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2479
- 3) ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 205 ลงวันที่ 9 กันยายน พ.ศ. 2515
- 4) พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทพและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530

ตั้งแต่เดิมในช่วงเวลาที่มีการบังคับใช้พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้ในการควบคุมภาพยนตร์ฉบับแรกนั้น โดยที่เจตนารมณ์ในการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้เป็นไปเพื่อควบคุมภาพยนตร์ที่ได้มีการทำหรือผลิตขึ้นให้มีเนื้อหาที่เหมาะสมก่อนที่จะได้เผยแพร่ไปสู่สาธารณชนเท่านั้น แม้ต่อมาจะได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติภาพยนตร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2479 และประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 205 ลงวันที่ 9 กันยายน พ.ศ. 2515 ในส่วนของเจตนารมณ์ในการบังคับใช้กฎหมายก็ยังคงเป็นเช่นเดิม คือ ต้องการควบคุมเนื้อหาของภาพยนตร์เป็นสำคัญ โดยที่การแก้ไขปรับปรุงตามกฎหมายทั้งสองฉบับมีเนื้อหาเป็นการกำหนดนิยามคำว่าภาพยนตร์ และปรับปรุงถ้อยคำอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องให้เกิดความชัดเจนในการบังคับใช้และเพิ่มประสิทธิภาพในการควบคุมเนื้อหาของภาพยนตร์โดยการปรับเปลี่ยนให้กรมตำรวจ ซึ่งในช่วงเวลาดังกล่าวสังกัดกระทรวงมหาดไทย เป็นองค์กรที่เข้ามาทำหน้าที่ควบคุมเนื้อหาภาพยนตร์ โดยที่ยังไม่ปรากฏว่าได้มีการกำหนดความผิดเพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับการจัดจำหน่ายภาพยนตร์

จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2530 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 ซึ่งเหตุผลประการสำคัญของการออกกฎหมายฉบับนี้ คือ เพื่ออุดช่องว่างของพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ในการควบคุมเนื้อหาของภาพยนตร์ ซึ่งได้มีการพัฒนาวัสดุที่ใช้ในการบันทึกภาพยนตร์ในรูปแบบของเทปหรือวัสดุโทรทัศน์เพิ่มเติมขึ้นนอกเหนือไปจากฟิล์ม และไม่ต้องผ่านการตรวจพิจารณาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐเนื่องจากเทปหรือวัสดุโทรทัศน์ดังกล่าวไม่ได้อยู่ในความหมายของภาพยนตร์ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 และที่แก้ไขเพิ่มเติม นอกเหนือไปจากการควบคุมตัวภาพยนตร์ที่ได้นำขึ้นทูลเกล้าฯ หรือวัสดุโทรทัศน์แล้ว พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 นี้ ยังได้กำหนดความผิดที่ใช้ในการควบคุมผู้ประกอบการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายเทปและวัสดุโทรทัศน์เพิ่มเติมขึ้นด้วย เนื่องจากเกิดการขยายตัวของกิจการเช่นนี้เป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะกิจการให้เช่าเทปภาพยนตร์ ซึ่งกลายเป็นแหล่งในการเผยแพร่เทปภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาไม่เหมาะสมไปสู่สมาชิกผู้เช่า อันเป็นปัญหาหลักที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาดังกล่าว ดังนั้น เพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นกฎหมายฉบับนี้จึงได้กำหนดให้ผู้ประสงค์จะประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายด้วยประการใด ๆ ซึ่งเทปหรือวัสดุโทรทัศน์โดยทำเป็นธุรกิจหรือโดยได้ประโยชน์ตอบแทนด้วยการคิดค่าบริการในรูปแบบของค่าธรรมเนียมสมาชิกหรือด้วยวิธีการอื่นใดนั้นจะต้องได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนเสียก่อนจึงจะสามารถดำเนินกิจการได้ ตามบทบัญญัติในมาตรา 6 ซึ่งหากมีการฝ่าฝืนโดยการประกอบกิจการไปโดยมิได้รับอนุญาตแล้วก็จะต้องมีความผิดและต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามบทบัญญัติมาตรา 34 โดยเมื่อพิจารณาจาก

บทบัญญัติมาตรา 6 แล้วเห็นได้ว่าเจตนารมณ์ของการกำหนดความผิดฐานนี้เป็นไปเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการตรวจสอบและควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ โดยมุ่งเน้นไปที่ผู้ประกอบการประเภทการให้เช่าภาพยนตร์ และสามารถกล่าวได้ว่า การกำหนดฐานความผิดเพื่อควบคุมการประกอบการที่เกี่ยวกับการจัดจำหน่ายภาพยนตร์ได้เกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในกฎหมายฉบับนี้

ต่อมาได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 เพื่อลดปัญหาความซ้ำซ้อนในการบังคับใช้กฎหมายทั้งหลายที่เกี่ยวกับภาพยนตร์และมีผลเป็นการยกเลิกกฎหมายทั้ง 4 ฉบับข้างต้น โดยที่กฎหมายนี้ก็ยังคงมีเจตนารมณ์ที่จะควบคุมเนื้อหาของภาพยนตร์เป็นหลักเช่นเดิม รวมถึงยังคงมีการกำหนดความผิดที่ใช้สำหรับควบคุมการประกอบการที่เกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพยนตร์ คือ ความผิดตามมาตรา 38 ซึ่งเป็นการนำหลักการของมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 มาบัญญัติไว้ โดยกำหนดให้ผู้ที่ประสงค์จะประกอบการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์จะต้องได้รับอนุญาตจากนายทะเบียนเสียก่อนจึงจะสามารถดำเนินกิจการได้ ซึ่งหากมีการฝ่าฝืนโดยการประกอบการไปโดยมิได้รับอนุญาตแล้วก็ต้องมีความผิดและต้องระวางโทษต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท และปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่

อย่างไรก็ดี แม้ว่าความผิดตามมาตรา 38 จะเป็นการนำหลักการของมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 มาบัญญัติไว้ก็ตามแต่ก็มิได้หมายความว่าจะมีวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้ที่เหมือนกันเสียทั้งหมด ทั้งนี้เนื่องจากความผิดทั้งสองฐานนี้มีแนวคิดที่อยู่เบื้องหลังที่แตกต่างกันอันเนื่องมาจากสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ส่งผลทำให้มีสิ่งที่ต้องการคุ้มครองที่แตกต่างกัน โดยที่ความผิดฐานตามมาตรา 38 นี้ ได้มีแนวคิดในเรื่องการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ รวมอยู่ด้วยสะท้อนให้เห็นได้จากกระวางโทษซึ่งได้ตัดโทษจำคุกออกไปคงเหลือเพียงแต่โทษปรับที่มีอัตราโทษค่อนข้างสูงทั้งยังกำหนดโทษปรับขั้นต่ำเอาไว้ด้วย ส่งผลทำให้คุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานนี้ได้เปลี่ยนแปลงไปตามสภาพสังคมด้วย โดยคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ สิทธิในทางการค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์และผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้อง ซึ่งเป็นคุณธรรมทางกฎหมายหลัก โดยมีประสิทธิภาพในการตรวจสอบและควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ เป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่มีความสำคัญเป็นลำดับรองลงไป ทั้งนี้เพื่อให้ความผิดฐานนี้เป็นเครื่องมือที่ช่วยในการส่งเสริมกิจการภาพยนตร์ที่ดำเนินการโดยถูกต้องตามกฎหมาย ที่ได้รับผลกระทบจากการประกอบการจำหน่าย ให้เช่า หรือแลกเปลี่ยน ซึ่งภาพยนตร์ที่ผลิตขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งเป็นปัญหาของสังคมที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาก่อนมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551

เมื่อได้ทราบถึงคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาต ตามมาตรา 38 แล้วจึงสามารถวิเคราะห์ ความหมายของคำว่า “ประกอบกิจการ” ได้ว่าหมายเฉพาะ การดำเนินกิจการอย่างเป็นปกติธุระใน ลักษณะต่อเนื่อง เพื่อการค้าโดยมุ่งแสวงหากำไร และอยู่ในรูปแบบที่สามารถก่อให้เกิดรายได้กับ เจ้าของกิจการ ได้อย่างแน่นอน กล่าวคือ เป็นการดำเนินกิจการที่อยู่ในรูปแบบของการเข้าสู่วงจร พาณิชย์อย่างแท้จริง และสามารถเผยแพร่ภาพยนตร์ออกไปสู่สาธารณชนได้ในวงกว้างซึ่ง จำเป็นต้องเข้าสู่ระบบของกระบวนการตรวจสอบและควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ ตามกฎหมายนี้ เพื่อป้องกันมิให้ผู้ประกอบกิจการเหล่านี้เป็นแหล่งหรือช่องทางในการเผยแพร่ ภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาไม่เหมาะสมได้ และหากได้มีการดำเนินกิจการโดยฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วย ลิขสิทธิ์แล้วสามารถมีผลกระทบต่อผู้ประกอบธุรกิจที่ดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมายได้นั้นเอง ดังนั้น กรณีการจำหน่าย ให้เช่า หรือแลกเปลี่ยนภาพยนตร์ในลักษณะที่ไม่ได้ดำเนินการอย่างเป็น ปกติธุระในลักษณะต่อเนื่อง และไม่ได้ทำไปเพื่อแสวงหากำไร จึงย่อมไม่อยู่ในความหมายของ “ประกอบกิจการ” ตามมาตรา 38 นี้ ซึ่งในประเทศสิงคโปร์และประเทศมาเลเซียนั้น ความผิดฐาน ดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตที่กำหนดไว้ใน Film Act 1998 และ Perbadanan Kemajuan Filem Nasional Malaysia Act 1981 ตามลำดับ ได้บัญญัติกฎหมายโดยใช้ ถ้อยคำที่สามารถอธิบายลักษณะของผู้ประกอบกิจการที่จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของความผิดตาม บทบัญญัติมาตรานี้ได้ค่อนข้างชัดเจนว่า จำกัดเฉพาะผู้ที่ดำเนินกิจการอย่างเป็นกิจจะลักษณะ ในรูปแบบดังเช่นการประกอบธุรกิจเชิงพาณิชย์เท่านั้น ไม่ว่าจะกิจการดังกล่าวจะได้ดำเนินไปเพื่อ แสวงหากำไรหรือไม่ก็ตาม ซึ่งต่างจากบทบัญญัติมาตรา 38 ของประเทศไทยที่บัญญัติโดยใช้ถ้อยคำ ว่า “โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับประโยชน์ตอบแทน” โดยเฉพาะถ้อยคำที่ว่า “ได้รับประโยชน์ตอบ แทน” ซึ่งก่อให้เกิดความสับสนในการตีความของผู้บังคับใช้กฎหมายและส่งผลให้เกิดการบังคับใช้ ที่ไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

ในส่วนของบทกำหนดโทษของความผิดตามมาตรา 38 ที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 79 คือ ปรับขั้นต่ำตั้งแต่ 200,000 บาท ถึง 1,000,000 บาท ก็มีลักษณะเป็นการกำหนดระวางโทษที่ไม่ยืดหยุ่น และมีผลเป็นการจำกัดดุลพินิจของศาลในการพิจารณากำหนดโทษให้เหมาะสมกับการ กระทำความผิด ซึ่งการกำหนดระวางโทษเช่นนี้ทำให้ไม่สามารถนำมาปรับใช้เพื่อลงโทษผู้กระทำ ความผิดตามพฤติการณ์ในการกระทำความผิดในแต่ละกรณีได้อย่างเหมาะสม โดยที่บทกำหนด โทษของความผิดฐานนี้ตามกฎหมายภาพยนตร์ของประเทศมาเลเซีย (Perbadanan Kemajuan Filem Nasional Malaysia Act 1981) ในส่วนของระวางโทษปรับจะมีได้มีการกำหนดโทษปรับขั้นต่ำ

เอาไว้ ซึ่งทำให้กฎหมายมีความยืดหยุ่นและสามารถปรับใช้ได้อย่างเหมาะสมในแต่ละพฤติการณ์ของการกระทำความผิด

นอกจากนี้รูปแบบของการกระทำที่เป็นความผิดตามมาตรา 38 ซึ่งมีสองลักษณะ คือ การฝ่าฝืนกฎหมายในกรณีการทำให้เป็นธุรกิจ กับกรณีทำโดยได้รับผลประโยชน์ตอบแทน ก็ถูกกำหนดให้เป็นความผิดฐานเดียวกันและมีระวางโทษเช่นเดียวกัน ทั้งที่ย่อมเห็นได้ว่าผลกระทบที่เกิดขึ้นกับคุณธรรมทางกฎหมายในลักษณะการประกอบกิจการ โดยทำให้เป็นธุรกิจย่อมมีผลกระทบมากกว่าการประกอบกิจการ โดยได้รับผลประโยชน์ตอบแทน

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาพบว่าสาเหตุของปัญหาการบังคับใช้กฎหมายมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 เกิดขึ้นจากความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติซึ่งได้ใช้ถ้อยคำในลักษณะที่ก่อให้เกิดการตีความที่ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัติ การกำหนดบทลงโทษของความผิดฐานนี้ตามมาตรา 79 ที่ไม่ยืดหยุ่นและเป็นการจำกัดการใช้ดุลพินิจของศาล รวมไปถึงการกำหนดให้การกระทำที่มีผลกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายแตกต่างกันเป็นความผิดฐานเดียวกัน ซึ่งผู้เขียนขอเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังนี้

5.2.1 เพื่อให้เกิดความชัดเจนในขอบเขตของการบังคับใช้กฎหมาย ควรมีการกำหนดนิยามของคำว่า “ประกอบกิจการ” เพิ่มเติมขึ้นในมาตรา 4 เป็นต้นว่า

“ประกอบกิจการ” หมายความว่า “การดำเนินกิจการอย่างเป็นปกติธุระในลักษณะต่อเนื่อง เพื่อการค้าโดยมุ่งแสวงหากำไร”

5.2.2 เพื่อความยืดหยุ่นของการบังคับใช้กฎหมายและเปิดโอกาสสำหรับการใช้ดุลพินิจของศาลในการพิจารณากำหนดโทษได้อย่างเหมาะสมกับพฤติการณ์การกระทำความผิดในแต่ละกรณี ควรมีการแก้ไขบทกำหนดโทษที่บัญญัติไว้ในมาตรา 79 โดยตัดถ้อยคำว่า “มาตรา 38 วรรคหนึ่ง” ออกไปเสีย และเพิ่มบทบัญญัติมาตรา 79/1 ขึ้น เป็นต้นว่า

“มาตรา 79 ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 37 วรรคหนึ่ง หรือประกอบกิจการดังกล่าวในระหว่างถูกพักใช้หรือถูกเพิกถอนใบอนุญาต ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท และปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่”

“มาตรา 79/1 ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 38 วรรคหนึ่ง หรือประกอบกิจการดังกล่าวในระหว่างถูกพักใช้หรือถูกเพิกถอนใบอนุญาต ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งล้านบาท และปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่”

5.2.3 เพื่อแยกให้เห็นถึงระดับของการกระทำที่มีผลกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่แตกต่าง กัน และสามารถเป็นแนวทางในการพิจารณากำหนดโทษของศาลได้อย่างเหมาะสม ควรมีการแยก การกระทำความคิดใน 2 รูปแบบ ที่บัญญัติอยู่ในมาตรา 38 ออกเป็นคนละฐานความคิดระหว่างการ ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยทำเป็นธุรกิจ โดยไม่ได้รับอนุญาต จากนายทะเบียน กับการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยได้รับ ประโยชน์ตอบแทน โดยไม่ได้รับอนุญาตจากนายทะเบียน โดยที่การประกอบกิจการเช่นใด จะมีลักษณะทำเป็นธุรกิจหรือเป็นการทำโดยได้รับประโยชน์ตอบแทน ให้กำหนดหลักเกณฑ์ใน การพิจารณาไว้ในกฎกระทรวง และกำหนดบทลงโทษให้เหมาะสมกับการกระทำความคิดใน แต่ละกรณี โดยการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 38 และเพิ่มความวรรคสองในมาตรา 79/1 ที่ผู้เขียนได้ เสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมไว้ใน ข้อ 5.2.2 เป็นต้นว่า

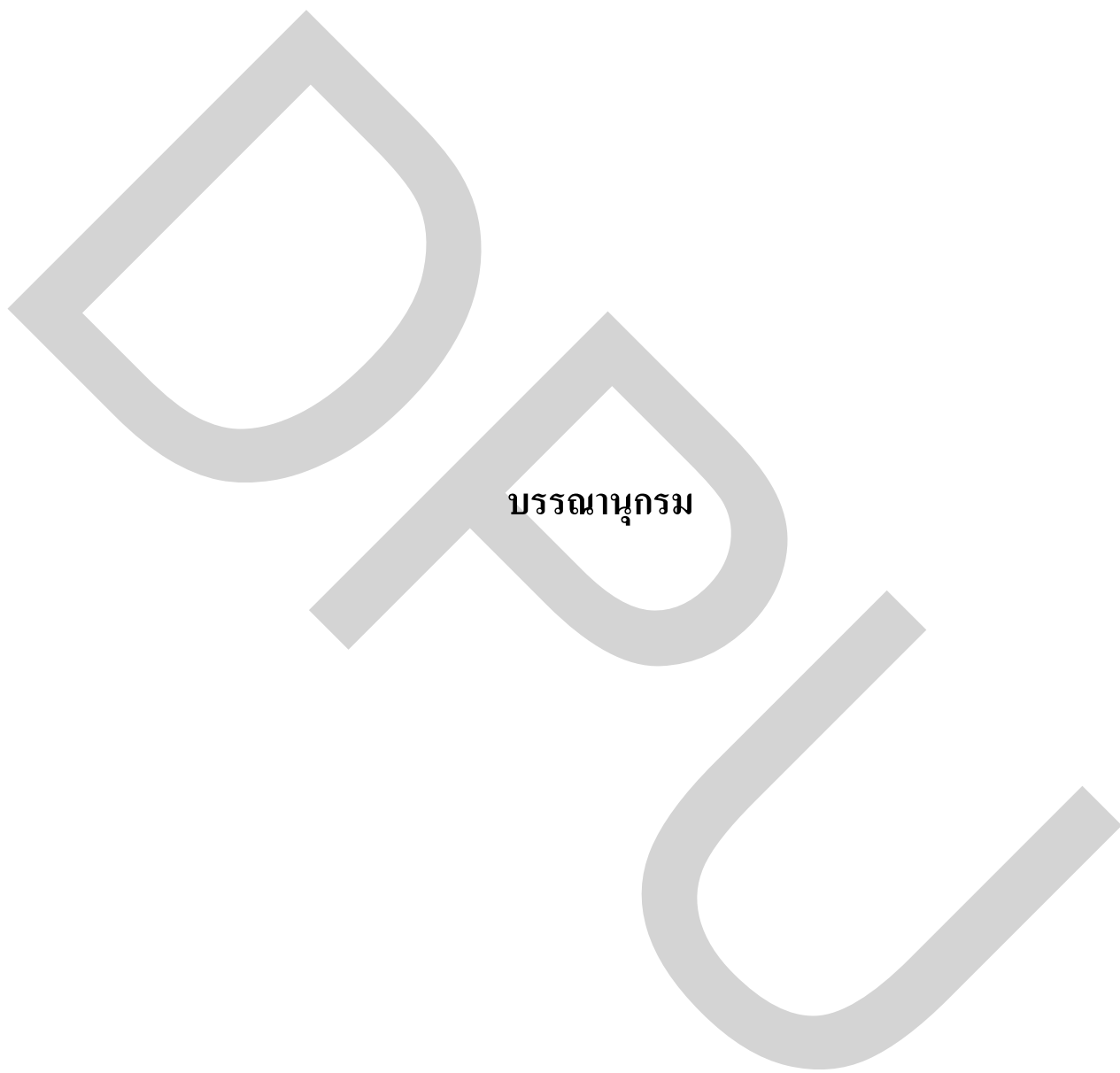
“มาตรา 38 ห้ามผู้ใดประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยทำ เป็นธุรกิจ เว้นแต่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน

ห้ามผู้ใดประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยได้รับประโยชน์ ตอบแทน เว้นแต่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน

ใบอนุญาตนั้น ให้ออกสำหรับสถานที่ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์แต่ละแห่ง การขอใบอนุญาตและการออกใบอนุญาตสำหรับกิจการตามวรรคหนึ่ง และวรรคสองให้ เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง”

“มาตรา 79/1 ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 38 วรรคหนึ่ง หรือประกอบกิจการดังกล่าวในระหว่าง ถูกพักใช้หรือถูกเพิกถอนใบอนุญาต ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งล้านบาท และปรับอีกไม่เกิน วันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่”

“ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 38 วรรคสอง หรือประกอบกิจการดังกล่าวในระหว่างถูกพักใช้หรือ ถูกเพิกถอนใบอนุญาต ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าแสนบาท และปรับอีกไม่เกินวันละห้าพันบาท ตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่”



**บรรณานุกรม**

## บรรณานุกรม

### ภาษาไทย

#### หนังสือ

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2550). *กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2*. กรุงเทพฯ: จีรัชการพิมพ์.
- \_\_\_\_\_. (2551). *คำอธิบายวิชากฎหมายอาญา ภาค ๑* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: พลสยามพรีนติ้ง.
- คณิต ณ นคร. (2556). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 5 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- \_\_\_\_\_. (2553). *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- \_\_\_\_\_. (2556). *ประมวลกฎหมายอาญา: หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ* (พิมพ์ครั้งที่ 11 ปรับปรุงใหม่). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- \_\_\_\_\_. (2540). *รวมบทความทางวิชาการ*. กรุงเทพฯ: สำนักงานอัยการสูงสุด.
- \_\_\_\_\_. (2552). *วิอาญาวิพากษ์*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ณรงค์ ใจหาญ. (2543) *กฎหมายอาญา ว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2547). *กฎหมายอาญา หลักและปัญหา*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- \_\_\_\_\_. (2551). *สังคัมกับกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 4 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2552). *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์* (พิมพ์ครั้งที่ 3 ปรับปรุงใหม่). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. (2538). *สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: กองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.).
- สง่า ลีนะสมิต. (2514). *กฎหมายอาญา เล่ม 2*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2546). *บันทึกของนายออร์ซ ปาดูซ์ (Georges Padoux) ที่ปรึกษาการร่างกฎหมายของรัฐบาลสยามเกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- \_\_\_\_\_. (2536). *รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ จิตติ ตึงศภัทย์*. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- เสนีย์ ปราโมช. (2520). *กฎหมายลักษณะทรัพย์* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: อักษรศาสตร์.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2552). *หลักกฎหมายอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 5 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.  
 หยุต แสงอุทัย. (2537). *กฎหมายอาญากฎ 1* (พิมพ์ครั้งที่ 16). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.  
 อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. (2552). *ทฤษฎีอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.  
 อัจฉริยา ชูตินันท์. (2557). *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.  
 WIPO. (n.d). *เข้าใจลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง* [Understanding Copyright and Related Rights]  
 กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์. กรุงเทพฯ: ม.ป.พ.

### บทความ

วิษซ์ จีรแพทย์. (2550). การออกกฎหมายในกรอบจริยธรรมและศีลธรรม. *ข่าวเนติบัณฑิตยสภา*,  
 19 (210), 5.  
 วิสิฐ ญาณภีร์. (2555). First Sale Doctrine กับการค้ากำไรในสินค้าอันมีลิขสิทธิ์.  
*วารสารนิติศาสตร์*, 3, 102 - 103.

### วิทยานิพนธ์

กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2523). *ความยินยอมในกฎหมายอาญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท).  
 กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.  
 เฉลิมชัยศรี เพ็ญตระกูลชัย. (2552). *การคุ้มครองเกียรติ: ศักยภาพของกฎหมายในความผิด  
 ฐานดูหมิ่นเปรียบเทียบความผิดฐานหมิ่นประมาท* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท).  
 กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.  
 คณพล เอี่ยมสกุลเวช. (2553). *ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจภาพยนตร์*  
 (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท). กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง.  
 พิษยนต์ นิพาสพงษ์. (2542). *โทษปรับโดยกำหนดตามวันและรายได้ (Day Fine)* (วิทยานิพนธ์  
 ปริญญาโท). กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.  
 พิรุฬ โตศุภวรรณ์. (2532). *การลงโทษปรับทางอาญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท).  
 กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.  
 สุรัช นาควงษ์วัลย์. (2553). *ปัญหากฎหมายอุตสาหกรรมภาพยนตร์ไทยตามพระราชบัญญัติ  
 ภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551* (สารนิพนธ์ปริญญาโท).  
 กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยศรีปทุม.

สุรพงษ์ เอี่ยมแทน. (2544). *ความคิดอันยอมความได้กับความผิอาญาแผ่นดิน* ศึกษาตามกฎหมาย  
*อาญาสารบัญญัติ* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

### รายงานการวิจัย

จินตพันธุ์ ทั้งสุบุตร. (2546). *กฎหมายภาพยนตร์ของสิงคโปร์* (รายงานผลการวิจัย)

กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

ณรงค์ โจหาญและคณะ. (2549). *ศึกษาความเป็นไปได้ในการกำหนดชั้นโทษและการนำไปปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา*. กรุงเทพฯ: สำนักงานกิจการยุติธรรม.

ประดิษฐ์ มีภู และคณะ. (2554). *ปัญหาความชัดเจนแน่นอนในการบัญญัติ มาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายอาญา กรณีความผิดฐานเป็นเจ้าของพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ* (โครงการพัฒนาระบบงานกฎหมายหลักสูตรการพัฒนานักกฎหมายภาครัฐระดับปฏิบัติการ). กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

ยอดฉัตร ตสาริกา. (2546). *กฎหมายภาพยนตร์ของประเทศไทย* (รายงานผลการวิจัย)

กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

วิจิต จรัสสุขสวัสดิ์. (2546). *กฎหมายภาพยนตร์ของประเทศไทย* (รายงานผลการวิจัย)

กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

### กฎหมาย

คำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 22 ลงวันที่ 13 ตุลาคม พ.ศ. 2519.

ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 205 ลงวันที่ 9 กันยายน พ.ศ. 2515.

ประกาศของคณะปฏิรูปการปกครอง.

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา.

ประมวลกฎหมายอาญา.

พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530.

พระราชบัญญัติภาพยนตร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2479.

พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473.

พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551.

พระราชบัญญัติมาตราชั่งตวงวัด พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติยกเลิกคำสั่งของคณะกรรมการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 22 ลงวันที่ 13 ตุลาคม

พ.ศ. 2519 พ.ศ. 2522.

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550.

### เอกสารอื่นๆ

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. *เอกสารประกอบการเรียนวิชาปัญหาชั้นสูงในกฎหมายอาญา*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2550). *บันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. ...เรื่องเสร็จที่ 190/2550*.

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2553). *บันทึกความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 627/2553*.

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2553). *รายงานการประชุมเพื่อพิจารณาตอบข้อหารือการบังคับใช้พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ครั้งที่ 1 (1/2554) 97/2553 เรื่องเสร็จที่ 627/2553. วันที่ 4 ตุลาคม 2553*.

คำพิพากษาฎีกาที่ 877/2501 ประชุมใหญ่ (น. 1588). กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา.

คำพิพากษาฎีกาที่ 59/2502. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลยุติธรรม.

คำพิพากษาฎีกาที่ 657/2519 (น. 1092-1093), กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา.

คำพิพากษาฎีกาที่ 2611/2527 (น. 1915-1917), กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา.

คำพิพากษาฎีกาที่ 536/2528 (น. 275), กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา.

คำพิพากษาฎีกาที่ 313/2528 (น. 175), กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา.

คำพิพากษาฎีกาที่ 75/2532 (น. 3-4), กรุงเทพฯ: สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ.

คำพิพากษาฎีกาที่ 5354/2539 (น. 18). กรุงเทพฯ: สำนักงานส่งเสริมตุลาการ.

คำพิพากษาฎีกาที่ 6666/2542 (น. 151), กรุงเทพฯ: สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ.

คำพิพากษาฎีกาที่ 2286/2545 (น. 840). กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา.

คำพิพากษาฎีกาที่ 5161/2547 (น. 940). กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา.

คำพิพากษาฎีกาที่ 10359/2554 กรุงเทพฯ: ส่วนงานหลังคำพิพากษา ศาลอุทธรณ์กลาง.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5241/2555 กรุงเทพฯ: ศูนย์วิชาการงานคดี สำนักอำนวยการประจำศาลฎีกา.

คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 6719/2554 กรุงเทพฯ: ส่วนงานหลังคำพิพากษา ศาลอุทธรณ์กลาง.

คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 1592/2555 กรุงเทพฯ: ส่วนงานหลังคำพิพากษา ศาลอุทธรณ์กลาง.  
คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 3471/2555 กรุงเทพฯ: ส่วนงานหลังคำพิพากษา ศาลอุทธรณ์กลาง.

### สารสนเทศจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์

“การสิ้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (*Exhaustion of Intellectual Property Rights*).”

ข่าวสารพัฒนากฎหมาย ลำดับที่ 80 วันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2556.

โดยฝ่ายพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

สืบค้นวันที่ 14 กันยายน 2557 จาก [http://www.lawreform.go.th/lawreform/images/th/content/en/635/c635\\_1.pdf](http://www.lawreform.go.th/lawreform/images/th/content/en/635/c635_1.pdf).

การเมืองการปกครอง : มาเลเซีย (*Malaysia*). สืบค้นวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2557.

จาก [http://www.baanjomyut.com/libraly\\_2/asean\\_community/malaysia/03.html](http://www.baanjomyut.com/libraly_2/asean_community/malaysia/03.html).

"พงศพัศ" ช่วยจ่ายค่าปรับแม่ลูก 2 ควักเงินเกือบแสนจ่าย คดีขายซีดีเก่าโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์.

สืบค้นวันที่ 20 ตุลาคม 2555 จาก [http://www.matichon.co.th/news\\_detail.php?newsid=1336030956&grpid=02&catid=02](http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1336030956&grpid=02&catid=02).

รายงานสรุปสถิติคดีที่มาสู่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ.

สืบค้นวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2557.

จาก <http://www.ipict.coj.go.th/info.php?cid=20&pm=20>

*Films Act* . สืบค้นเมื่อวันที่ 26 กุมภาพันธ์ 2556. จาก <http://www.mda.gov.sg/Industry/Films/PoliciesLegislation/Pages/FilmsAct.aspx>.

### ภาษาต่างประเทศ

### BOOKS

Garner B. A.. (2007). *Black's Law Dictionary* (8th ed.). U.S.A.: West.

Hall J.. (1960). *Principle of criminal law*. IN: The Bobbs-Merrill.

Lafave W. R.. (2010). *Criminal law* (5th ed.). St. Paul MN: West.

Kadish S. H. and Paulsen M. G. (1969). *Criminal Law and its Processes : Cases and Materials* (2nd ed.). Boston: Little, Brown.

**LAWS**

Films Act 1998.

Perbadanan Kemajuan Filem Nasional Malaysia Act 1981.



ด

ด

ภาคผนวก

ด

ผนวก ก

การสัมภาษณ์ นางสาวธำรงค์ลักษณ์ ลาพินี  
ผู้อำนวยการกองกฎหมายทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม  
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

## ผนวก ก

การสัมภาษณ์ นางสาวธารงลักษณ์ ลาพินี ตำแหน่ง ผู้อำนวยการกองกฎหมาย ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เกี่ยวกับพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ในวันที่ 14 ก.พ. 57

1. ท่านมีส่วนร่วมหรือมีความเกี่ยวข้องอย่างไร กับพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551

**ตอบ** ณ ช่วงเวลาที่ได้มีการสร้างพระราชบัญญัตินี้มายังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อตรวจพิจารณานั้น ข้าพเจ้าดำรงตำแหน่ง ผู้อำนวยการฝ่ายกฎหมายการค้าและอุตสาหกรรม และทำหน้าที่เป็นเลขานุการคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 5) ซึ่งรับผิดชอบในการตรวจพิจารณาปรับปรุงร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

2. พระราชบัญญัตินี้มีที่มา ตลอดจนแนวคิดในการเสนอให้มีการบังคับใช้อย่างไร

**ตอบ** แรกเริ่มนั้น ในช่วงระหว่างปี 2542 ถึง 2543 กรมประชาสัมพันธ์ ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ควบคุมสื่อต่างๆ และอยู่ภายใต้การควบคุมของสำนักนายกรัฐมนตรี โดยมีท่านคุณหญิงสุพัตรา ซึ่งดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรี และดำรงตำแหน่งประธานคณะกรรมการส่งเสริมอุตสาหกรรมภาพยนตร์ไทยในขณะนั้น ได้เสนอให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งเป็นกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในช่วงเวลาดังกล่าว ทั้งนี้โดยการสนับสนุนและผลักดันของสมาคมสมาพันธ์ภาพยนตร์แห่งประเทศไทย (องค์กรภาคเอกชนซึ่งสมาชิกส่วนใหญ่ คือ กลุ่มทุนด้านภาพยนตร์) โดยมีแนวคิดในการเสนอ คือ ให้มีการจัดตั้ง สภาภาพยนตร์แห่งชาติ ซึ่งมีรูปแบบเป็นองค์กรภาคเอกชนขึ้นเพื่อทำหน้าที่ในการตรวจพิจารณาเนื้อหาภาพยนตร์ที่ได้ผลิต แทนกองทะเบียน สำนักงานตำรวจแห่งชาติ และให้มีการจัดตั้งกองทุนเพื่อเป็นแหล่งรายได้ในการบริหารงานของสภาภาพยนตร์ ซึ่งคณะรัฐมนตรีก็ได้อนุมัติในหลักการ และมอบหมายให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณา

โดยคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 5) ได้พิจารณาแล้วเห็นว่า เพื่อลดปัญหาความซ้ำซ้อนในการบังคับใช้กฎหมาย 2 ฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 และพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวีดิทัศน์ พ.ศ. 2530 ซึ่ง มีนิยามความหมาย “ภาพยนตร์” ที่จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่แตกต่างกัน โดยพิจารณาจากวีดิทัศน์ที่ใช้ในการบันทึก ระหว่างฟิล์ม กับ เทป ซึ่งทำให้เกิดภาระแก่ผู้ประกอบการที่จะต้องนำภาพยนตร์ที่บันทึกในฟิล์มไปผ่านการตรวจพิจารณาจากเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 และแม้ว่าภาพยนตร์ดังกล่าวได้ผ่านการพิจารณาแล้ว แต่เมื่อได้นำไปบันทึกลงในเทปก็จะต้องนำไปผ่านการตรวจพิจารณาจาก

เจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 อีกครั้งหนึ่ง ในการนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกาจึงได้ทำความเห็นเสนอไปที่คณะรัฐมนตรีให้พิจารณาทบทวนโดยเสนอให้มีการร่างกฎหมายว่าด้วยภาพยนตร์ขึ้นบังคับใช้ใหม่ทั้งฉบับ และให้มีผลบังคับใช้แทนพระราชบัญญัติภาพยนตร์ และพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ โดยให้ความหมายคำว่า “ภาพยนตร์” เสียใหม่ให้ครอบคลุมกับทุกกรณี โดยไม่คำนึงถึงวัสดุที่ใช้ในการบันทึก เพื่อให้กฎหมายสามารถบังคับใช้ได้ทันกับวิทยาการทางเทคโนโลยีที่พัฒนาตลอดเวลาและลดปัญหาความซ้ำซ้อนดังกล่าว

และในกรณีที่จะให้มีการจัดตั้งสภาภาพยนตร์ ขึ้นทำหน้าที่พิจารณาภาพยนตร์แทนกองทะเบียน สำนักงานตำรวจแห่งชาตินั้น คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 5) พิจารณาแล้วเห็นว่า การใช้อำนาจดังกล่าว เป็นการใช้อำนาจรัฐในการออกใบอนุญาตซึ่งมีผลกระทบต่อบุคคลภายนอกทั้งที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจภาพยนตร์และประชาชนอื่นในวงกว้าง เนื่องจากโดยทั่วไปองค์กรภาคเอกชนที่จะใช้อำนาจแทนรัฐได้นั้นต้องมีวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะหรือเป็นองค์กรควบคุมวิชาชีพ เช่น สภานายความ สภาวิศวกร เป็นต้น ดังนั้น จึงเห็นเป็นการไม่สมควรที่จะให้ภาคเอกชนทำหน้าที่ดังกล่าว ซึ่งคณะรัฐมนตรีก็ได้เห็นชอบให้ดำเนินการตามที่เสนอ (แต่อย่างไรก็ดี ในที่สุดแล้วพระราชบัญญัตินี้ก็ได้กำหนดให้มีตัวแทนจากภาคเอกชนเข้ามาทำหน้าที่เป็นกรรมการในคณะกรรมการภาพยนตร์และวีดิทัศน์แห่งชาติซึ่งทำหน้าที่ควบคุมและดูแลธุรกิจภาพยนตร์ ในสัดส่วนที่ใกล้เคียงกับตัวแทนจากรัฐ)

ต่อมาในปี 2545 ได้มีการปรับปรุงโครงสร้างส่วนราชการ ตามพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 โดยได้มีการจัดตั้งกระทรวงวัฒนธรรมขึ้น โดยได้รับผิดชอบในการกิจควบคุมภาพยนตร์แทนสำนักงานตำรวจแห่งชาติและกระทรวงมหาดไทย ซึ่งในปี 2547 กระทรวงวัฒนธรรมได้เสนอร่างพระราชบัญญัติภาพยนตร์ และร่างพระราชบัญญัติกองทุนส่งเสริมภาพยนตร์ และคณะรัฐมนตรีได้อนุมัติหลักการของร่างพระราชบัญญัติภาพยนตร์ ตามที่กระทรวงวัฒนธรรมเสนอ โดยมอบให้คณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาพร้อมกับร่างที่คณะรัฐมนตรีมอบหมายให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาขึ้นทั้งฉบับ แต่ในส่วนของร่างพระราชบัญญัติกองทุนส่งเสริมภาพยนตร์นั้น คณะรัฐมนตรีได้ให้กระทรวงวัฒนธรรมรับไปทบทวนโดยกำหนดให้นำไปผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องกองทุนกระทรวงการคลังเสียก่อน ประกอบกับคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 5) ก็ไม่เห็นด้วยที่จะให้มีการจัดตั้งกองทุนดังกล่าว ทั้งนี้เนื่องจากเห็นว่ากองทุนไม่มีแหล่งรายได้ที่ชัดเจนที่จะสามารถพึ่งพาตนเองได้ อันเป็นการขัดกับหลักการทั่วไปในการจัดตั้งกองทุน และจะก่อให้เกิดภาระกับ

งบประมาณแผ่นดิน ภายหลังจากที่ได้ทบทุนในที่สุดแล้วกระทรวงวัฒนธรรมก็ได้ถอนร่างนี้ ออกไปจากการพิจารณา

### 3. พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ 2551 มีเจตนารมณ์ในการบังคับใช้คืออะไร

**ตอบ** เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัตินี้ คือ เพื่อลดปัญหาเรื่องความซ้ำซ้อนในการบังคับใช้ กฎหมายดังกล่าวมาแล้ว และเพื่อควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ที่เผยแพร่ไปสู่ สาธารณชน นอกจากนี้ที่เพิ่มเติมขึ้นมาคือ เพื่อส่งเสริมอุตสาหกรรมภาพยนตร์ ซึ่งแม้ว่าจะได้มีการ จัดตั้งกองทุนส่งเสริมภาพยนตร์ ตามที่ภาคเอกชนและกระทรวงวัฒนธรรมได้เสนอมาก็ตาม แต่ทั้งนี้พระราชบัญญัตินี้ก็ได้กำหนดมาตรการต่างๆ ที่จะสามารถช่วยในการส่งเสริมและสนับสนุน อุตสาหกรรมภาพยนตร์ของไทยได้เช่นเดียวกัน เช่น กำหนดให้คณะกรรมการภาพยนตร์และ วีดิทัศน์แห่งชาติซึ่งมีตัวแทนจากภาคเอกชนเป็นกรรมการอยู่ด้วย มีอำนาจในการกำหนดนโยบาย เพื่อส่งเสริมอุตสาหกรรมภาพยนตร์ไทย เป็นต้น ดังนั้นกล่าวโดยสรุปได้ว่า เจตนารมณ์ของ กฎหมายนี้ คือการควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ และการส่งเสริมอุตสาหกรรม ภาพยนตร์ควบคู่กันไป

4. การกำหนดให้ผู้ประสงค์จะประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ จะต้อง ได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่เสียก่อนจึงจะสามารถดำเนินการได้ตามมาตรา 38 ซึ่งหากฝ่าฝืนจะต้อง มีความผิดนั้น ได้สะท้อนให้เห็นถึงการแฝงแนวคิดในเรื่องของ “การคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงาน ภาพยนตร์” ในพระราชบัญญัตินี้ด้วยหรือไม่ อย่างไร และท่านเห็นว่าความผิดตามมาตรา 38 มีส่วน ช่วยในการป้องกันและปราบปรามการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ได้หรือไม่ เพียงใด

**ตอบ** ความผิดตามมาตรา 38 นี้ ถ้าจะวิเคราะห์ต้องพิจารณาในเรื่องของบทกำหนดโทษตาม มาตรา 79 โดยที่บทกำหนดโทษของมาตรานี้ กลุ่มบุคคลที่ได้มีการผลักดันให้มีโทษค่อนข้างสูงโดย ใช้โทษปรับ ก็คือภาคเอกชน ได้แก่กลุ่มทุนภาพยนตร์ ซึ่งในหลักการเดิมตามมาตรา 6 แห่ง พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 จะมีระวางโทษคือโทษจำคุกและกั โทษปรับที่ไม่สูงนัก โดยที่ตามร่างฯ เดิมนั้นบทกำหนดโทษของมาตรา 38 นี้ก็ยังคงมีโทษจำคุกอยู่ แต่ตามร่างใหม่นั้นคงมีแต่เพียงโทษปรับโดยตัดโทษจำคุกออกไป ซึ่งทางภาคเอกชนมองว่า การที่มี บุคคลได้กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์โดยประกอบกิจการไปโดยไม่ได้รับอนุญาตซึ่งทำให้เกิดความ เสียหายแก่ภาคเอกชนที่เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์แล้ว ภาคเอกชนจึงต้องการให้โทษที่จะลงนั้นเป็นโทษ ปรับในอัตราค่อนข้างสูง เพื่อที่จะป้องกันและปราบปรามไม่ให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์ส่วนหนึ่ง และกั เพื่อให้มันอยู่ในระบบของการซื้อขายที่ผ่านการดูแลในเรื่องลิขสิทธิ์กันอย่างเรียบร้อย โดยมองว่า หากใช้โทษจำคุกจะส่งผลให้โทษปรับมีอัตราที่ต่ำ และสุดท้ายศาลก็จะลงโทษปรับเท่านั้น ซึ่งส่วน

ใหญ่ก็จะปรับต่ำ เพราะฉะนั้นคนก็จะไม่เกรงกลัวจึงให้ตัดโทษจำคุกออกไป และก็เกิดปัญหาขึ้นในกรณีของคนเก็บของเก่าไปขาย ซึ่งจริงๆ แล้วทางอัยการและตำรวจก็ต้องการให้นำโทษจำคุกกลับคืนมา แต่ทางสมาคมสมาพันธ์ภาพยนตร์แห่งประเทศไทยก็ยังยืนยันที่จะใช้โทษปรับเช่นเดิม เพื่อให้ความผิดฐานนี้สามารถช่วยคุ้มครองผลประโยชน์ของคนได้

ในส่วนของการช่วยในการป้องกันและปราบปรามการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ได้หรือไม่ เพียงใดนั้น เห็นว่าโดยที่มาตรา 38 นี้ ได้นำหลักการมาจากกฎหมายเดิม คือ มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 โดยวัตถุประสงค์หลักประการหนึ่งของมาตรานี้ ต้องการคุ้มครองเรื่องลิขสิทธิ์ คือ คุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ด้วย ซึ่งถ้าพิจารณาต่อไปในพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ 2551 จะมีอีกบทบัญญัติหนึ่งที่เกี่ยวข้อง คือ มาตรา 43 ที่จะกำหนดว่าภาพยนตร์ที่จะนำออกมาให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายจะต้องมีเนื้อหาสาระเช่นเดียวกับภาพยนตร์ที่ผ่านการตรวจพิจารณาและได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ โดยตัวภาพยนตร์ที่นั้นจะมีเครื่องหมายที่แสดงถึงการได้รับอนุญาตแล้ว ซึ่งมันจะสามารถช่วยในการป้องกันและปราบปรามการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ได้ระดับหนึ่ง แต่ถ้าพิจารณาจากสภาพสังคมในปัจจุบันมาตรานี้ช่วยคุ้มครองในเรื่องลิขสิทธิ์ได้น้อยลง เนื่องจากในปัจจุบันได้ไปไกลกว่าการรับชมภาพยนตร์ในรูปของแผ่นซีดีแล้ว โดยมีการรับชมและดาวน์โหลดภาพยนตร์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ต กล่าวคือ เทคโนโลยีได้พัฒนาไปไกลเกินกว่าที่กฎหมายจะเอื้อมเข้าไปกำกับดูแลได้นั่นเอง

5. จากรายงานการประชุมเพื่อพิจารณาตอบข้อหารือของกระทรวงวัฒนธรรม เรื่องเสร็จที่ 627/2553 ท่านวัฒนา รัตนวิจิตร ซึ่งเป็นประธานในที่ประชุมได้ให้ความเห็นไว้ว่า การนำวีซีดีที่ได้ซื้อมาออกจำหน่ายในลักษณะสินค้ามือสองในปริมาณ ไม่กี่แผ่น โดยทำเป็นครั้งคราวนั้น ไม่น่าจะอยู่ในความหมายของการประกอบกิจการตามมาตรา 38 นั้น ท่านมีความเห็นอย่างไรต่อกรณีดังกล่าวนี้ และคำว่า “ประกอบกิจการ” ตามมาตรา 38 ในมุมมองของท่าน มีความหมายแค่ไหน เพียงไร

**ตอบ** ในเรื่องนี้ก็มีการถกเถียงกันค่อนข้างเยอะ คือ ทางอัยการก็มีปัญหาในการพิสูจน์ต่อศาลว่าลักษณะอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นการประกอบกิจการโดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับประโยชน์ตอบแทน แต่จริงๆ ในชั้นการยกร่างมาตรานี้เราใช้สองคำประกอบกันอยู่ คือ ประกอบกิจการโดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับประโยชน์ตอบแทน ซึ่งการประกอบกิจการก็อย่างที่ท่านประธานวัฒนาท่านพูด คือมันต้องทำในลักษณะต่อเนื่อง ไม่ใช่แบบว่ามีแผ่นเก่าแล้วเมื่อไม่อยากจะแล้วจึงไปขายให้เพื่อนหรือบุคคลอื่น คือมันยังไม่มีลักษณะเป็นการประกอบกิจการซึ่งจะต้องมีลักษณะเป็นการถาวร ต่อเนื่อง ซึ่งทางอัยการก็บอกว่าแล้วแค่นั้นจึงจะถือว่าเป็นการถาวร ซึ่งมันก็จะเป็นลักษณะที่พิสูจน์ให้ศาลเห็นเป็นกรณีไป ก็ได้มีความพยายามของบางกลุ่ม โดยเฉพาะกรมส่งเสริมวัฒนธรรมหรืออัยการ ซึ่ง

อยากให้มีการกำหนดไปเลยว่าขายก็แผ่นหรือมีเท่าไรจึงจะถือว่ามียกฐานะเป็นการประกอบกิจการ ซึ่งทางคณะกรรมการกฤษฎีกาก็พิจารณาแล้วว่าถ้าไปเขียนกฎหมายเช่นนั้น ก็จะเกิดปัญหาที่ผู้ประกอบการก็จะลดปริมาณของแผ่นภาพยนตร์ให้ต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนดเล็กน้อยเพื่อหลีกเลี่ยงให้ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมาย ซึ่งลักษณะการเขียนกฎหมายเราจะพยายามเขียนให้ครอบคลุมให้หมดแล้วจึงไปพิสูจน์เอาในแต่ละกรณี โดยความเห็นส่วนตัวของดิฉันสำหรับความหมายของการประกอบกิจการก็เห็นด้วยกับท่านประธานวุฒนา ซึ่งในตอนที่เราได้มีการพูดคุยกันในลักษณะเช่นนี้ แต่ดิฉันมองว่าเรื่องของโทษยังอาจจะมีปัญหาอยู่ที่ได้กำหนดคราวโทษปรับขั้นต่ำไว้สูงมาก ซึ่งสำหรับคนที่ทำผิดเล็กๆ น้อยๆ ก็จะถูกลงโทษค่อนข้างสูงมาก ซึ่งทางอัยการก็ได้แจ้งว่าในกรณีนี้ศาลก็ไม่สามารถที่จะพิพากษาให้บำเพ็ญประโยชน์ตามมาตรา 30/1 แห่งประมวลกฎหมายอาญาได้ เพราะโทษปรับนั้นเกินกว่าแปดหมื่นบาท ซึ่งในประเด็นนี้ทางกระทรวงวัฒนธรรมก็ได้มีการเสนอให้มีการแก้ไขปรับปรุงบทกำหนดโทษ ซึ่งดิฉันก็ได้เสนอว่าให้แก้ไขโทษปรับขั้นต่ำให้ลดลงมา เพื่อให้สามารถรองรับกับพฤติกรรมอื่นๆ ที่เกิดขึ้นได้อย่างเหมาะสม โดยอย่างที่ได้อธิบายแล้วว่าในเรื่องของโทษตามมาตรา 38 ทางสมาคมสมาพันธ์ภาพยนตร์แห่งประเทศไทยเป็นคนเสนอมา ซึ่งพอทางคณะกรรมการกฤษฎีกาปรับแก้ไป ทางสมาคมฯ ก็ยังคงยืนยันเช่นเดิม โทษปรับที่ออกมาบังคับใช้จึงมีอัตราที่สูงเช่นนี้ โดยที่กฎหมายนี้ค่อนข้างมีปัญหาพอสมควร ซึ่งโดยส่วนตัวคิดว่าถ้าจะแก้ไขก็น่าจะเป็นเรื่องโทษขั้นต่ำที่สูงเกินไป ส่วนเรื่องถ้อยคำของบทบัญญัติก็น่าจะเหมาะสมแล้ว หากเขียนเป็นอย่างอื่นก็อาจจะมีปัญหาเรื่องการหลีกเลี่ยงกฎหมายขึ้นอีก

**6. ถ้อยคำว่า “ได้รับประโยชน์ตอบแทน” ที่บัญญัติอยู่ในมาตรา 38 นั้น ท่านเห็นว่ามียกฐานะเป็นการใช้ถ้อยคำที่มีความหมายค่อนข้างกว้างเกินไป หรือไม่ อย่างไร**

**ตอบ** ในประเด็นนี้ก็สามารถมองได้ว่ามันเป็นถ้อยคำที่กว้างกว่า แต่หากพิจารณาแล้วมาตรานี้เราใช้สองคำประกอบกันอยู่ คือ ประกอบกิจการ โดยทำเป็นธุรกิจ หรือประกอบกิจการ โดยได้รับประโยชน์ตอบแทน ซึ่งการใช้ถ้อยคำในตอนต้นที่ว่า โดยทำเป็นธุรกิจ ก็ถือเป็นการแสวงหากำไรอยู่แล้ว และในการใช้ถ้อยคำว่า ได้รับประโยชน์ตอบแทน ก็เพื่อให้สามารถครอบคลุมกับกรณีอื่นๆ และป้องกันการหลีกเลี่ยงกฎหมาย โดยประเด็นสำคัญอยู่ที่การดำเนินการนั้นจะต้องเป็นไปในรูปแบบของการประกอบกิจการที่เป็นกิจจะลักษณะด้วย มิใช่กระทำเป็นครั้งคราว ซึ่งไม่ถือว่าอยู่ในความหมายของการประกอบกิจการ

ผนวก ข

การสัมภาษณ์ นางสาวสุจินต์ เจนพาณิชย์พงศ์

ผู้พิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง

## ภาคผนวก ข

การสัมภาษณ์ นางสาวสุจินต์ เจนพาณิชย์พงศ์ ตำแหน่ง ผู้พิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาและ  
การคุ้มครองประเทศกลาง เกี่ยวกับพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551

วันที่ 5 ก.พ. 2557

1. คำว่า “ประกอบกิจการ” ในความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่าย  
ภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 38 นี้ ในความเห็นของท่านนั้นมีความหมายแคบไปไหน  
เพียงใด และท่านเห็นว่าการบัญญัติความผิดฐานนี้มีการบัญญัติไว้เหมาะสมชัดเจนเพียงพอต่อการ  
บังคับใช้แล้วหรือไม่ อย่างไร

**ตอบ** คำว่า “ประกอบกิจการ” นี้กฎหมายไม่ได้กำหนดนิยามไว้ โดยความเห็นส่วนตัวคิดว่า  
น่าจะหมายถึง ผู้ที่ทำการนี้โดยตรง อย่างเป็นทางการจะลักษณะ โดยต้องทำเป็นอาชีพซึ่งไม่  
จำเป็นต้องเป็นกิจการที่ใหญ่โต เช่นในกรณีคนที่มืออาชีพเก็บของเก่ามาขายอย่างที่ปรากฏตามข่าว  
ถ้าบุคคลนั้นได้ทำอย่างนี้ทุกครั้งที่เกิดขึ้นได้ คือทุกวันที่เก็บแผ่นซีดีภาพยนตร์ได้ ก็จะรวมไว้แล้วก็  
มาขายอย่างนี้ ก็ถือว่าเป็นกิจจะลักษณะอย่างหนึ่ง แต่ถ้าเป็นกรณีในอดีตที่ผ่านมาไม่เคยทำเลย  
ต่อมาจะมาขายแผ่นซีดีภาพยนตร์ เป็นต้นว่า ซื้อมาแล้วดูจนเกิดความเบื่อหน่ายแล้ว เผอิญมีเพื่อน  
ต้องการต่อก็ขายไปอย่างนี้ไม่ใช่ แต่ถ้ามีอาชีพเก็บของเก่ารวมทั้งซีดีภาพยนตร์ที่ผู้อื่นไม่ต้องการ  
แล้วนำมาขายต่อ ดังที่ปรากฏในย่านที่ขายของเก่าทั้งหลาย เช่น คลองหลอด จะเห็นพวกแผ่นซีดีเก่า  
ที่ล้ำสมัยแล้ว วางขายอยู่ในร้านขายของมือสอง กรณีเช่นนี้ ก็ถือเป็นการประกอบกิจการ ก็คือได้ทำ  
ธุรกิจที่มันเกี่ยวข้องกับสิ่งนั้นโดยตรง และคำว่าทำเป็นกิจจะลักษณะก็ไม่ได้หมายความว่าต้องทำ  
ทุกวัน เป็นต้นว่าถ้าเป็นร้านที่ขายของเก่าทั้งหลายตามตลาดนัดที่เปิดเฉพาะวันใดวันหนึ่งในสัปดาห์  
โดยในทุกวันนี้ก็จะสามารถมาหาซื้อได้ที่นี้ เป็นร้านขายของเก่าที่มาประจำ แต่ทั้งนี้การจะให้คำ  
นิยามว่าอย่างไรก็เป็นการยาก ดังนั้น กฎหมายจึงไม่ได้ให้นิยามเอาไว้หรือไม่ แต่การที่ไม่มีคำนิยาม  
ก็ทำให้ไม่มีกรอบที่ชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมาย

2. ในส่วนรูปแบบของการประกอบกิจซึ่งกฎหมายแยกเป็นสองลักษณะ คือดำเนินเป็นธุรกิจ กับ  
ได้ผลประโยชน์ตอบแทน ซึ่งมีลักษณะที่แตกต่างกัน แต่มีระวางโทษเช่นเดียวกันนั้น ควรมีการ  
แยกออกเป็นคนละฐานความผิดหรือไม่ อย่างไร

**ตอบ** ไม่จำเป็นต้องแยก คือ การประกอบธุรกิจนั้นจะมองว่าผลที่ได้รับ คือรายได้ แต่กรณี  
ผลประโยชน์ตอบแทนนั้น บัญญัติให้เห็นว่าทำอะไรก็ได้เพื่อให้ได้ผลตอบแทนซึ่งกันและกัน  
ซึ่งมันไม่ใช่เรื่องของเงิน กล่าวคือ มีลักษณะที่กว้างกว่าเท่านั้นเอง เช่น กรณีมีการแลกเปลี่ยนกันแต่  
ทำเป็นธุรกิจเลย เช่นในรูปแบบคนหนึ่งขายลำไย กับอีกคนหนึ่งปลูกข้าวโดยเราไม่ใช้เงินเป็นตัวกลาง

แต่ใช้การแลกเปลี่ยนกันเองระหว่างลำไยกับข้าว อย่างนี้ ก็คือความหมายของการได้รับประโยชน์ตอบแทน

**3. เจตนารมณ์ของการบัญญัติความผิดตามมาตรา 38 ในความเห็นของท่าน คืออะไร และท่านเห็นว่าการแฝงแนวคิดในเรื่องของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ในความผิดมาตรานี้ ด้วยหรือไม่อย่างไร**

**ตอบ** ความผิดฐานนี้วัตถุประสงค์คือ การคุ้มครองวัฒนธรรม คุ้มครองเด็ก และคุ้มครองสังคม เพื่อให้สิ่งที่มีมันไม่ถูกต้องหรือไม่ชอบมาพากลไม่ให้มีการแพร่กระจายออกไป ดังนั้น การจะทำการกิจการลักษณะนี้รัฐถึงต้องเข้ามาดูแลกำกับ โดยกฎหมายนี้จึงอยู่ในความดูแลของกระทรวงวัฒนธรรม เพราะวัตถุประสงค์มันเกิดขึ้นจากตรงนี้ ดังนั้น ไม่ว่าจะเป็แผ่นที่ถูกต้องตามกฎหมายหรือแผ่นที่ผลิตขึ้นโดยละเมิดกฎหมายจึงเป็นความผิด ซึ่งจริงๆ แล้ววัตถุประสงค์ของการให้มาขอรับใบอนุญาตก่อนประกอบกิจการ ก็มีขึ้นสำหรับแผ่นซีดีที่ดำเนินการถูกต้องตามกฎหมายลิขสิทธิ์ เพราะต้องการคุ้มครองวัฒนธรรม คุ้มครองเด็ก และคุ้มครองสังคม ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในเรื่องของการคุ้มครองลิขสิทธิ์เพียงแต่ว่างานที่มีมันไม่มีลิขสิทธิ์ยอมไม่สามารถขอใบอนุญาตได้ เพราะคงไม่มีใครไปขอใบอนุญาตเพื่อที่จะมาประกอบกิจการที่เป็นการละเมิดกฎหมายอีกฉบับหนึ่ง ฉะนั้น เมื่อเป็นการดำเนินคดีกับร้านที่ขายแผ่นที่ละเมิดลิขสิทธิ์จึงพบว่าการดำเนินคดีในข้อหานี้ไปด้วย

กล่าวโดยสรุป คือ ความผิดฐานนี้ช่วยควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ โดยถ้าพิจารณารายละเอียดของการที่ว่าหนังที่จะสามารถนำมาฉาย ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายก็ต้องผ่านการตรวจเนื้อหาแล้ว โดยที่กระบวนการในเรื่องนี้จะสอดคล้องกันหมด คือจะเข้ามาสู่ระบบการตรวจพิจารณาของเจ้าหน้าที่ซึ่งมันจะเป็นกระบวนการหนึ่งที่จะช่วยในการควบคุมเนื้อหาได้ด้วย

สำหรับเรื่องการแฝงแนวคิดในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์หรือไม่นั้น ต้องเรียนว่าไม่ทราบ เพราะยังไม่มีโอกาสได้เห็นหรือมีส่วนร่วมในชั้นของการยกร่างกฎหมายฉบับนี้

**4. ระยะเวลาของผู้ที่ฝ่าฝืนมาตรา 38 นี้ ซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 79 คือ ปรับตั้งแต่สองแสน ถึง หนึ่งล้านบาท และปรับวันละหนึ่งหมื่นตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืนนั้น ในความเห็นของท่านคิดว่าเป็นการเหมาะสมและยืดหยุ่นเพียงพอที่จะสามารถใช้ได้กับทุกพฤติกรรมหรือไม่ อย่างไร**

**ตอบ** ถ้าพูดถึงเกณฑ์โทษขั้นต่ำที่วางไว้คิดว่าค่อนข้างสูงเกินไปสำหรับการที่จะใช้ดุลพินิจในแต่ละเรื่อง ส่วนอัตราโทษขั้นสูงที่สูงขนาดนั้น ก็ขึ้นอยู่กับว่าอาจจะมีการประกอบกิจการที่มีลักษณะใหญ่หรือกิจการที่กระทบต่อวัฒนธรรมหรืออันตรายต่อเด็กได้ แต่เกณฑ์ขั้นต่ำนั้นสูงเกินไปสำหรับพฤติกรรมบางอย่าง ส่วนที่ปรากฏตามข่าวบางเรื่องอาจจะไม่ใช่ความผิดฐานนี้ด้วยซ้ำ

ซึ่งเป็นปัญหาเรื่องของคำว่า ประกอบกิจการ แต่ไม่ใช่กับกรณีพฤติการณ์ที่กล่าวถึงนี้ ซึ่งจะต้องผ่านในประเด็นนี้มาก่อนแล้วว่าเป็นการประกอบกิจการ ซึ่งส่วนตัวเห็นว่าต้องกระทำเป็นเรื่องของธุรกิจที่เป็นกิจจะลักษณะ มีอาชีพทางนี้โดยตรงแต่ไม่จำเป็นต้องทำทุกวันและไม่จำเป็นต้องเป็นกิจการใหญ่โต อาจเป็นการนั่งขายอยู่ริมถนน โดยที่ไม่มีเป็นร้านค้า และแม้จะเป็นการขายวันละหนึ่งแผ่น แต่ขายทุกวันก็ใช่ รวมถึงการขายในลักษณะของมือสองก็ได้ อย่างนี้ถือว่าเป็นกรณีที่จะต้องขอใบอนุญาต ซึ่งสำหรับกรณีขายวันละแผ่นเช่นนี้แต่โทษขั้นต่ำคือสองแสน ซึ่งลักษณะแบบนี้ช่วงของอัตราโทษมันค่อนข้างแคบเกินไปที่จะใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษกับเหตุการณ์เช่นนี้ได้

แต่อย่างไรก็ดี อย่างมองแต่ในมุมของผู้ประกอบการอย่างเดียวว่าเค้าเป็นผู้ประกอบการขนาดเล็ก ปริมาณการขายเล็กน้อย รายได้เค้าเมื่อเทียบกับโทษที่จะได้รับมันเทียบกันไม่ได้ และจะทำให้เรามองว่าอัตราโทษนั้นสูงเกินไป ทั้งนี้ต้องพิจารณาในแง่ของวัตถุประสงค์ของการที่มีกฎหมายซึ่งเป็นไปเพื่อคุ้มครองวัฒนธรรม เด็ก และสังคมที่จะถูกระทบประกอบด้วยว่าอัตราโทษดังกล่าวมันสูงเกินไปหรือไม่

#### 5. ความผิดตามมาตรา 38 นี้ จะมีแนวทางในการแก้ไข อย่างไร

**ตอบ** แนวทางในการแก้ไข คือ ควรจะทำให้ความหมายของคำว่า “ประกอบกิจการ” มีความชัดเจนขึ้น ซึ่งในเวลาที่มีการบัญญัติกฎหมายนั้น ผู้ร่างอาจจะคิดว่าถ้อยคำนี้มันชัดเพียงพอแล้ว แต่เมื่อเกิดปัญหาขึ้นตามข่าวที่ออกมา ซึ่งมีบุคคลเห็นว่ากรณีเช่นนั้นยังไม่ถือเป็นผู้ประกอบกิจการ แต่มีบุคคลอื่นเข้าใจว่ามันเป็นการประกอบกิจการและเป็นการกระทำที่เป็นความผิดด้วยถ้อยคำนี้ กล่าวคือ ถ้อยคำนี้มันสื่อแล้วทำให้คนเห็นเป็นสองข้าง ก็ควรจะต้องแก้ไขที่ถ้อยคำนี้ และควรมีการปรับโทษขั้นต่ำให้ลดลงมาด้วยเพื่อให้สามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษได้เหมาะสมกับบางพฤติการณ์

ผนวก ค

รายงานสรุปสถิติคดีอาญาของศาลทรัพย์สินทางปัญญา  
และการค้าระหว่างประเทศกลาง ตาม พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537  
ในข้อหาความผิดฐาน จำหน่าย มีไว้เพื่อจำหน่ายงานละเมิดลิขสิทธิ์  
ตามมาตรา 27 - 30 (มาตรา 31) ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2540 - 2556

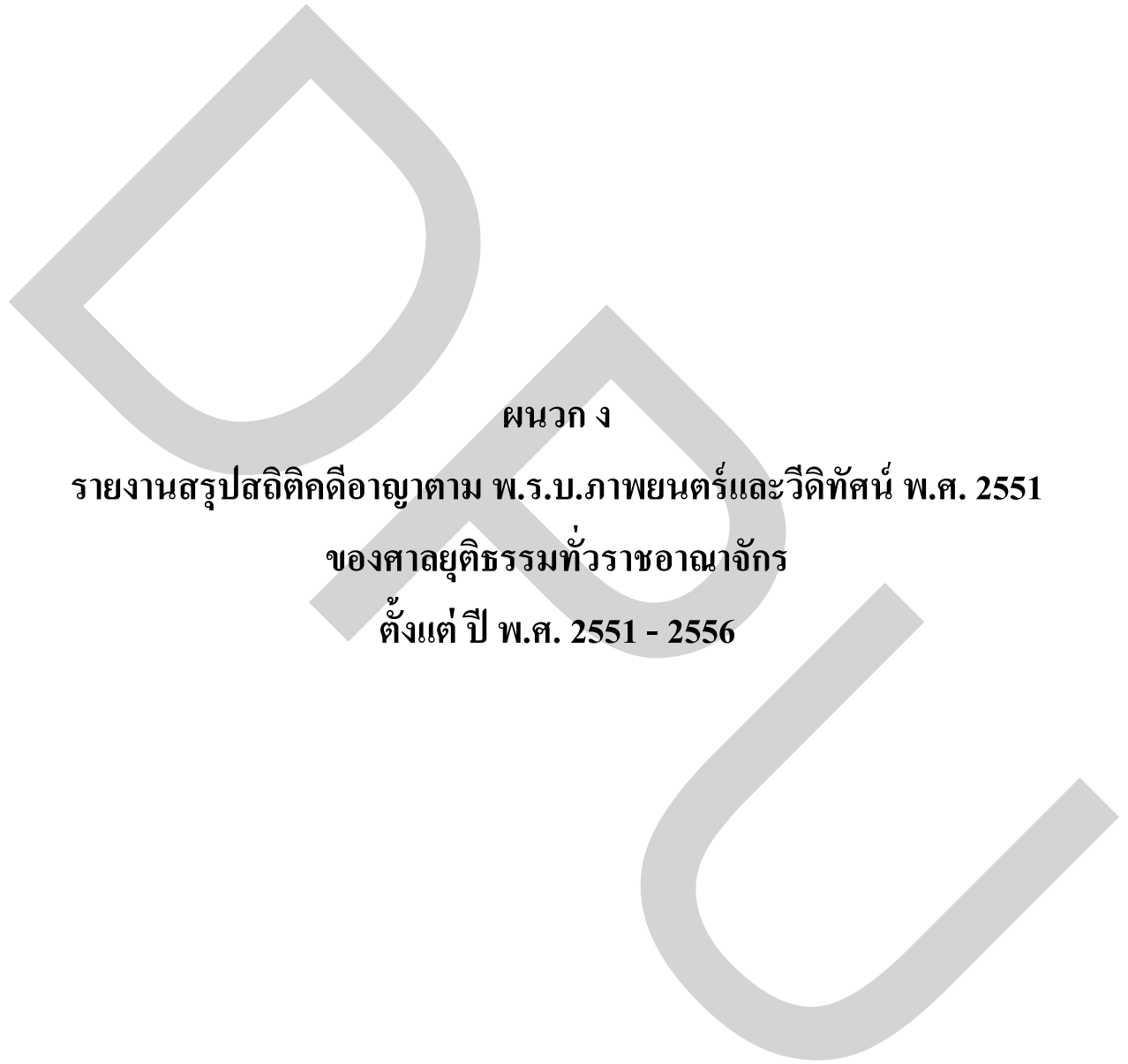
ผนวก ค

รายงานสรุปสถิติคดีอาญาตาม พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง  
ในข้อหาความผิดฐาน จำหน่าย มีไว้เพื่อจำหน่ายงานละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 27 - 30 (มาตรา 31)

ปี พ.ศ. ประเภทงาน	2540	2541	2542	2543	2544	2545	2546	2547	2548	2549	2550	2551	2552	2553	2554	2555	2556
โปรแกรม คอมพิวเตอร์	5	26	28	17	58	81	66	60	73	207	147	108	96	107	77	59	51
งานวรรณกรรม	1	5	11	3	17	23	23	25	12	117	107	43	24	17	20	12	22
งานภาพยนตร์	6	216	192	237	359	245	217	618	990	1,445	1,098	958	719	456	283	284	220
งานบันทึกเสียง	1	40	84	146	261	80	52	31	6	30	34	9	6	1	2	1	3
งานศิลปกรรม	-	18	41	40	157	176	196	380	845	467	302	197	385	428	325	346	224
งานดนตรี	-	9	45	209	237	233	875	1,606	975	1,005	856	701	753	612	419	413	447
งานสอดทศน์วัสดุ	-	1	1	14	23	36	40	47	30	70	73	34	8	2	2	4	4
งานแพร่เสียง แพร่ภาพ	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	18	31	32	20	16	14	11

ที่มา : ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง

<http://www.ipict.coj.go.th/info.php?cid=20&pm=20>



ผนวก ง

รายงานสรุปสถิติคดีอาญาตาม พ.ร.บ.ภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551

ของศาลยุติธรรมทั่วราชอาณาจักร

ตั้งแต่ ปี พ.ศ. 2551 - 2556

ผนวก ง

รายงานสรุปสถิติคดีอาญาทุกฐานความผิดตาม พ.ร.บ. ภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมทั่วประเทศ  
ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2551 – พ.ศ. 2556

ศาล	คดีที่ขึ้นสู่การพิจารณา (ปี พ.ศ.)					
	2551	2552	2553	2554	2555	2556 (ม.ค. – พ.ย.)
ศาลชั้นต้น ทั่วประเทศ	140	471	245	190	170	171
ศาลอุทธรณ์และ ศาลอุทธรณ์ภาค 1-9	1	52	49	26	20	8
ศาลฎีกา	-	-	1	16	13	7

ที่มา : สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักแผนงานและงบประมาณ กลุ่มระบบข้อมูลและสถิติ

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ - สกุล

นายนราวิทย์ ศักดิ์เพชร

ประวัติการศึกษา

ศิลปศาสตรบัณฑิต (รัฐศาสตร์) มหาวิทยาลัยรามคำแหง  
พ.ศ. 2547

นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2551

เนติบัณฑิตไทยสมัยที่ 62 สำนักอบรมศึกษากฎหมาย  
แห่งเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2553

ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน

นิติกรปฏิบัติการ สำนักงานป้องกันและปราบปราม  
การฟอกเงิน (สำนักงาน ปปง.)