

ความเหมาะสมและประสิทธิภาพในการลงโทษในคดีลิขสิทธิ์

4.1 ความเป็นมาและความมุ่งหมายของการลงโทษ

โทษ คือ วิธีการที่รัฐใช้ปฏิบัติต่อผู้ที่กระทำความผิดทางอาญา และการที่ศาลจะลงโทษประการใดนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดความผิด และกำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิด รวมถึงสภาพขณะกระทำความผิด สภาพลักษณะการกระทำความผิด และพิจารณาตลอดไปถึงสภาพสังคมเศรษฐกิจในขณะที่มีการลงโทษด้วย ดังนั้นการกำหนดระวางโทษตามกฎหมายและการใช้ดุลพินิจในการกำหนดอัตราโทษที่จะลงแก่จำเลยจึงต้องคำนึงถึงความมุ่งหมายของการลงโทษทางอาญาด้วย ซึ่งการลงโทษที่จะได้ผลเป็นการควบคุมอาชญากรรมมาน้อยเพียงใดนั้นมิได้ขึ้นอยู่กับความรุนแรงของโทษแต่อยู่ที่ความแน่นอนว่า เมื่อผู้ใดได้กระทำความผิดขึ้นแล้วจะต้องได้ตัวผู้นั้นมาลงโทษแต่ถ้าไม่เป็นเช่นนั้นแม้จะกำหนดโทษไว้หนักแต่โทษก็ไม่มีผลจะลงแก่ผู้ใดได้ทั้งไม่มีความจำเป็นต้องกำหนดการกระทำนั้นให้เป็นความผิดอาญาด้วย และการลงโทษทำได้เพียงเท่าที่จำเป็น เพื่อป้องกันสังคมให้มั่นคงอยู่เท่านั้น เกินไปกว่านั้นแล้วย่อมไม่มีความชอบธรรมที่จะลงโทษอีกได้ การลงโทษจึงกระทำเพื่อให้ตัวผู้ได้รับโทษเข็ดหลาบไม่กล้ากระทำความผิดอีกต่อไป และให้เป็นเยี่ยงอย่างแก่ผู้อื่นมิให้กระทำความผิดเช่นนั้นขึ้นบ้างเท่านั้น ทั้งต้องได้สัดส่วนกับความผิดที่กระทำลงนั้นด้วย¹ คดีละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายของประเทศไทยกำหนดไว้ให้เป็นความผิดทางอาญาโดยอาศัยการลงโทษเพื่อป้องกันและควบคุมอาชญากรรมทางเศรษฐกิจในคดีลิขสิทธิ์ ดังนั้นการวิเคราะห์ถึงประสิทธิภาพในการลงโทษต้องพิจารณาถึงประวัติและทฤษฎีในเรื่องของการลงโทษด้วย

4.1.1 ความเป็นมาของโทษ

การที่มนุษย์อยู่รวมกันเป็นสังคมย่อมมีความขัดแย้งกันเป็นธรรมดา และเมื่อเกิดความขัดแย้งขึ้นในชั้นเดิมผู้ที่ได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำอันมิชอบของผู้อื่นมีอำนาจที่จะทำการแก้แค้น โดยกระทำให้บุคคลผู้เป็นตัวก่อการอันมิชอบนั้นต้องรับความเสียหายทำนองเดียวเท่าเทียมกันกับที่ตนได้รับมาแล้วเป็นการตอบแทน อาศัยอำนาจตามกฎหมายตาลีโอ (Lex talionis) อันเป็นกฎหมายที่บัญญัติถึงการแก้แค้นตอบแทนกัน “ตาต่อตาฟันต่อฟัน” แต่ผู้เสียหายซึ่งมีสิทธิทำการแก้แค้นนั้น อาจจะสละไม่ทำการแก้แค้นตามที่ตนมีสิทธิอยู่ก็ได้ ตนอาจจะให้อภัยยกโทษ

¹ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1 , พิมพ์ครั้งที่ 9. (กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2536) , หน้า 8.

โดยเรียกเอาค่าทำขวัญ ซึ่งตนกับผู้ก่อความเสียหายจะได้ปรองดองตกลงกัน ดังนี้เราย่อมเห็นว่า ค่าทำขวัญอาจใช้แทนการแก้แค้นได้ แต่ทั้งนี้ต้องเป็นเรื่องว่าบุคคลแต่ละฝ่ายได้มีประสงค์เช่นนั้น เพื่อผ่อนผันแก่กัน โดยบุคคลผู้เป็นฝ่ายรุกรานยังไม่ได้ตกอยู่ในฐานะเป็นลูกหนี้โดยแท้จริง และบุคคลผู้เป็นฝ่ายต้องเสียหายยังไม่ถูกผูกพันให้ต้องรับเอาค่าทำขวัญด้วย

ที่มาของโทษนั้นตามประวัติศาสตร์กฎหมายกล่าวว่า ตั้งแต่สมัยที่มนุษย์เพิ่งจะเจริญขึ้น มากก็เริ่มตั้งครอบครัวรวบรวมกันอยู่เป็นหมู่เป็นเผ่า มีหัวหน้าครอบครัวเป็นผู้ปกครองดูแล การจะลงโทษผู้ใดอยู่ในอำนาจเด็ดขาดของผู้ที่เป็นหัวหน้าไม่มีกฎหมายหรือระเบียบอันใดในการลงโทษ เพราะรัฐยังไม่เป็นรูปเป็นร่างขึ้นแน่นอน และอำนาจของรัฐในการลงโทษผู้กระทำผิดยังไม่มีหากมีการกระทำผิดขึ้นระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกัน หัวหน้าครอบครัวก็เป็นผู้จัดการลงโทษ ซึ่งในครั้งนั้นมักจะรุนแรงถึงตายหรือไม่ก็ขับไล่ออกจากครอบครัวไป แต่หากเป็นกรณีที่คนในครอบครัวหนึ่งหรือเผ่าหนึ่งไปกระทำผิดต่อคนในครอบครัวหรือเผ่าอื่น การลงโทษในที่นี้ก็มีแต่การแก้แค้น ซึ่งครอบครัวหรือเผ่าของฝ่ายที่ถูกรุกรานกระทำต่อครอบครัวต่อเผ่าของฝ่ายผู้รุกราน การแก้แค้นนี้เป็นเหตุให้เกิดการต่อสู้ระหว่างครอบครัวหรือระหว่างเผ่าจนกว่าฝ่ายผู้รุกรานจะยอมจ่ายทรัพย์สินเป็นค่าไถ่โทษ (compensation) ให้แก่ครอบครัวของฝ่ายที่ถูกรุกรานจนเป็นที่พอใจ อำนาจยุติธรรมภายในครอบครัว และการแก้แค้นเป็นส่วนรวมระหว่างครอบครัวต่อครอบครัว หรือระหว่างเผ่าต่อเผ่านี้ เป็นระบบที่เรียกกันว่า “ความยุติธรรมโดยเอกชน” (la justice private)²

ต่อมาเมื่อรัฐได้เริ่มมีอำนาจปกครองจริงจังขึ้นมากก็ได้ค่อย ๆ พยายามกำจัดอำนาจ ความยุติธรรมโดยเอกชนนี้ลงไป โดยลดอำนาจของหัวหน้าครอบครัวที่จะลงโทษถึงชีวิตแก่คนในครอบครัวลงไปก่อน แล้วจึงจำกัดสิทธิแก้แค้นระหว่างครอบครัวให้เหลือเพียงว่าการแก้แค้นจะต้องไม่ร้ายแรงเกินกว่าที่ผู้เสียหายได้ถูกกระทำมา ซึ่งข้อนี้เป็นที่มาของกฎหมายโบราณที่ว่า “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” (loi du talion)

ในระยะต่อมาสิทธิในการแก้แค้นได้เปลี่ยนไปอีกขั้นหนึ่งว่า ครอบครัวของผู้รุกรานจะหลีกเลี่ยงให้พ้นจากการถูกแก้แค้นได้โดยส่งตัวผู้รุกรานให้แก่ครอบครัวของผู้เสียหายเสีย ในตอนนี้เป็นหัวเลี้ยวหัวต่อที่ความรับผิดชอบเป็นส่วนรวมของคนในครอบครัวเดียวกัน จะเปลี่ยนมาเป็นความรับผิดชอบเฉพาะตัวของผู้กระทำผิด

² โกลเมน ภัทรภิมมย์, “โทษปรับ,” บทบัญญัติ (16 กันยายน 2516) : 455.

ขณะเดียวกันรัฐก็ยอมรับเอาวิธีจ่ายทรัพย์สินเป็นค่าไถ่โทษ (compensation) เข้ามาใช้ โดยพยายามให้คู่พิพาทเลิกต่อสู้แก้แค้นกัน แต่ให้ตกลงกันในเรื่องค่าไถ่โทษแทนในชั้นแรกก็ให้เป็นไปตามความสมัครใจของคู่พิพาท ต่อมาก็เป็นการบังคับ ผู้กระทำผิดถูกบังคับให้จ่ายทรัพย์สินเป็นค่าไถ่โทษแก่ผู้เสียหาย และผู้เสียหายก็ถูกบังคับให้ยอมรับค่าไถ่โทษและสละสิทธิในการแก้แค้น รัฐได้กำหนดอัตราค่าไถ่โทษขึ้นเป็นกฎหมาย ดังเช่นที่มีปรากฏอยู่ในกฎหมาย 12 โຕະ เป็นต้น

หลังจากนั้นเมื่อหมู่ชนได้ค่อยรวบรวมเข้าเป็นปึกแผ่น และรัฐได้ค่อยมีความมั่นคงขึ้น จึงได้เกิดมีการพยายามหาทางห้ามกัน มิให้มีการแก้แค้นระหว่างบุคคลต่อบุคคล และระหว่างครอบครัวต่อครอบครัว อันเป็นเหตุให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม ประชาชนต้องรับความกระทบกระเทือนเนื่องนี้ จึงมีข้อบังคับเกิดขึ้นให้บุคคลผู้ต้องความเสียหายละเลิกการทำตอบแทนแก้แค้นเสีย และมีการกำหนดจำนวนเงินค่าทำขวัญที่ผู้ต้องเสียหายจำจะต้องพอใจรับเอาสำหรับการละเมิดเรื่องหนึ่ง ๆ ซึ่งเกิดขึ้นแก่ตน และซึ่งบุคคลผู้กระทำละเมิด จะต้องถูกบังคับให้จำต้องชำระให้ตามจำนวนนั้น ต่อมาในตอนี้ผู้กระทำละเมิดได้กลายมาเป็นลูกหนี้อันแท้จริงของผู้ต้องความเสียหาย โดยกระบวนการเช่นนี้ หนี้จึงได้เกิดมีขึ้นและตามที่กล่าวนี้คือบัญญัติในเรื่องละเมิดนั่นเอง³

ในที่สุดเมื่อรัฐรู้สึกว่าคุณมีความมั่นคงเพียงพอ จึงได้วางกำหนดการลงโทษไม่แต่เพียงสำหรับผู้กระทำผิด ซึ่งมุ่งร้ายต่อรัฐ เช่น การขบถ การคบคิดประทุษร้ายต่ออาณาจักร ฯลฯ เท่านั้น แต่หากยังวางบทบัญญัติลงโทษสำหรับความผิดที่มุ่งต่อเอกชนอีกด้วย เช่น การฆ่าคนตาย การลักทรัพย์ การทำร้ายร่างกาย เป็นต้น โทษเป็นวิธีการบังคับ (sanction) ที่รัฐใช้ปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดอาญาเดิมทีเดียวก็เป็นการกระทำตอบของชุมชนต่อผู้ที่ทำลายความสงบและความมั่นคงของชุมชนนั้น เมื่อชุมชนมีสภาพเป็นบ้านเมือง ซึ่งการกระทำต่อนั้นก็คือ ผลร้ายที่ศาลหรือผู้พิพากษากำหนดให้ปฏิบัติต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เพราะผู้นั้นได้กระทำความผิดขึ้น เพื่อแสดงว่าชุมชนไม่ประสงค์ให้มีการกระทำอันเป็นความผิดเช่นนั้น⁴

³ ร. แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยเล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 1. (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), หน้า 72 - 73.

⁴ จิตติ ดิงศภิทัย, กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 8 - 10.

วิวัฒนาการนี้ทำให้เกิดการปรับเปลี่ยนระบบการลงโทษโดยเอกชนเป็นระบบการลงโทษโดยรัฐ มีปัญหาว่าการที่รัฐเข้ามาดำเนินการกับผู้กระทำความผิด รัฐมีความชอบธรรมหรืออาศัยมูลฐานอย่างไรในการใช้อำนาจลงโทษผู้กระทำความผิด แนวความคิดในเรื่องนี้ต่างกันตามกาลสมัยเป็นลำดับมา ดังนี้⁵

(1) ระบบสัญญา เป็นความคิดเนื่องมาจากสัญญาประชาคม (Social contract) ของ Rousseau ถือว่าอำนาจการลงโทษเป็นอำนาจการป้องกันตัวของบุคคลที่โอนมาให้รัฐเมื่อบุคคลเหล่านั้นตกลงรวมเข้ากันเป็นชุมชน แนวความคิดของระบบนี้ทำให้คลายความคิดเดิมที่มีแต่การลงโทษกันอย่างรุนแรง Beccaria ซึ่งมีความคิดเห็นตามระบบนี้ด้วยได้วางหลักเกณฑ์เรื่องความแน่นอนในการลงโทษไว้ 2 ประการว่า (1) การลงโทษที่จะได้ผลนั้น มิได้อยู่ที่ความรุนแรงของโทษ แต่อยู่ที่ความแน่นอนว่าจะต้องได้ตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ และ (2) อำนาจการลงโทษนั้นทำได้เพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อป้องกันให้สังคมสามารถดำรงอยู่อย่างมั่นคงเท่านั้น การลงโทษจึงกระทำเพียงเพื่อให้ตัวผู้รับโทษเข็ดหลาบไม่กระทำความผิดต่อไปและให้เป็นเยี่ยงอย่างแก่ผู้อื่นมิให้กระทำความผิดเช่นนั้นขึ้นบ้างเท่านั้น ทั้งต้องได้สัดส่วนกับความผิดที่กระทำลงนั้นด้วย

(2) ระบบการลงโทษเป็นประโยชน์ แนวความคิดนี้มี Bentham เป็นผู้นำ ถือว่าการลงโทษผู้กระทำความผิดมีประโยชน์และเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อให้ชุมชนดำรงอยู่ เพราะเป็นการป้องกันมิให้ชุมชนถูกบ่อนทำลาย อาจเป็นการป้องกันโดยทั่วไป คือ ชูไม่ให้คนทั้งหลายกระทำความผิด มิฉะนั้นจะถูกลงโทษหรือเป็นการป้องกันโดยเฉพาะ คือ ลงโทษผู้กระทำความผิดโดยการเอาตัวไปคุมขังไว้ไม่ให้ทำความผิดอีก แนวคิดนี้มองแต่ในแง่ของผลในการป้องกันการกระทำความผิดไม่ให้เกิดขึ้นอีก โทษจึงอาจรุนแรงไม่ได้ส่วนสัมพันธ์กับความผิดที่ได้กระทำลงไปแล้ว

(3) ระบบศีลธรรม มี Kant เป็นผู้นำ ถือว่าเมื่อมีการกระทำความผิดทำลายความสงบขึ้น ก็เป็นความยุติธรรมที่จะต้องลงโทษตอบแทนเพื่อนำความสงบเรียบร้อยกลับคืนมา โทษจึงมีส่วนสัมพันธ์กับความร้ายแรงของความผิด แนวความคิดนี้คำนึงถึงแต่ผลร้ายที่เกิดจากการกระทำความผิด มิได้คำนึงถึงจิตใจของผู้กระทำว่าได้ทำความผิดโดยมีเหตุและพฤติการณ์ต่าง ๆ ไม่เหมือนกัน

⁵ จิตติ ดิงศภัทย์, เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

(4) ระบบผสม มี Rossi เป็นผู้นำ เป็นการนำเอาแนวความคิดเห็นแต่ก่อน ๆ มารวมกัน โดยมีการแทรกมนุษยธรรมและการตัดสินใจเข้าไว้ด้วย โดยเห็นว่าการลงโทษผู้กระทำผิดเป็นเรื่องจำเป็นเพื่อปกป้องชุมชน แต่ต้องไม่เกินความจำเป็นและไม่เกินความยุติธรรม และการลงโทษจะกระทำก็ต่อเมื่อผู้กระทำผิดมีความรับผิดชอบจิตใจ คือมีอิสระในการกระทำ ไม่อยู่ภายใต้การบังคับใด ๆ มีความรับผิดชอบทางกาย คือ เป็นคนปกติ ไม่ใช่เด็กหรือวิกลจริต และมีความรับผิดชอบต่อชุมชน คือ กฎหมายถือว่าการกระทำนั้นกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของชุมชน

4.1.2 ความเป็นมาของโทษในประเทศไทย

ในสมัยสุโขทัย โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดมี 6 สถาน คือ ประหารชีวิต ตัดตีนตัดมือ ทวน (เชี่ยน) จำไซ้ตรวน ชี้อคา ปรับไหม และภาคธรรม (ทัณฑ์) และในคดีเรื่องโจจะใช้โทษสถานใดเป็นดุลพินิจในการกำหนดโทษของผู้พิพากษา เช่น กฎหมายลักษณะละเมิดก็กำหนดโทษว่า หากเอาเข้าของผู้อื่นไปเกินสามวัน ปรับวันละหมื่นหนึ่งพัน ดังนี้ไปจนถึงห้าวัน ถ้าเอาไปตั้งแต่ห้าวันปรับเพิ่มวันละห้าหมื่นห้าพัน จนถึงแปดวัน ถ้าเกินแปดวันแม้เพียงวันเดียว นอกจากปรับวันละห้าหมื่นห้าพันต้องเพิ่มสินไหมเท่ากับผู้ทำผิดลักทรัพย์ของผู้อื่น ซึ่งในสมัยโบราณการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ลงโทษปรับ และการนำของกลางมาคืนก็มีกำหนดให้มีสิทธิได้ ส่วนแบ่งในทรัพย์ทั้งหมด ทั้งการจับผู้ร้ายได้ก็มีบำเหน็จรางวัลแก่ผู้ซึ่งจับผู้ร้ายได้และในกฎหมายมังรายศาสตร์ก็มีระบุถึง กรณีที่หญิงมีชู้ก็ให้ไหม 100 เงินเท่าชายชู้ ซึ่งกรณีนี้ให้แก่สามี⁶ ซึ่งการปรับในลักษณะนี้ก็ยังมียุติถึงในสมัยกรุงศรีอยุธยา

ต่อมาในสมัยกรุงศรีอยุธยานั้น ระบบการปกครองเป็นแบบเทศนิยม กษัตริย์เป็นสมมติเทพ เป็นตัวแทนของสิ่งศักดิ์สิทธิ์ ในระบบการปกครองเป็นแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ สำหรับระบบกฎหมายสารบัญญัติ การประทุษร้ายต่อกันไม่ว่าต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สิน ยังไม่ได้แยกออกเป็นแพ่งและอาญา แต่ผลร้ายก็ตกอยู่แก่ผู้ละเมิดเช่นเดียวกันในฐานะที่ประทุษร้ายต่อกัน แม้จะว่ากันตามกฎหมายในปัจจุบัน การกระทำอันเดียวกันอาจเป็นได้ทั้งความผิดในทางอาญาและละเมิดในทางแพ่ง ดังนั้น การลงโทษและการเยียวยาค่าเสียหายแก่ผู้เสียหายจะเป็นไปในคราวเดียวกันกับการลงโทษทางอาญา ซึ่งอาจเป็นจำคุกหรือปรับ และโทษขั้นสูงที่มีกล่าวถึงใน

⁶ หลวงสุทธิวาทหนฤตติ, คำบรรยายประวัติศาสตร์กฎหมายชั้นปริญญาโท, พิมพ์ครั้งที่ 1.

กฎหมายเก่าเป็นมหันตโทษ เป็นโทษพันคอ ธิบเรื่อน ประหารทั้งโคตร โทษทวน โทษประจาน หมิ่น
ประมาทอาจถูกแหะปาก ถ้าเป็นโจรอาจถูกตัดมือตัดเท้า และถัดมาเป็นโทษปรับ โดยการปรับจะ
ปรับเป็นสินไหมกึ่งพินัยกึ่งซึ่งสินไหมให้แก่ ผู้ต้องเสียหาย ส่วนพินัยนั้นเข้ารัฐ⁷

จะเห็นได้ว่า ตามกฎหมายเก่ามิได้แยกความผิดออกเป็นความผิดทางแพ่งและความผิด
ทางอาญาเช่น ในปัจจุบัน แต่จะพิจารณาคดีรวม ๆ กันไป ผู้เสียหายอาจจะได้รับการชดเชยในค่า
เสียหายที่เรียกว่าสินไหม มีข้อสังเกตว่า การลงโทษเท่าใดถือเอาตัวผู้ถูกกระทำเป็นเกณฑ์โดย
กำหนดคุณค่าของแต่ละคนเข้าไป แล้วจึงกำหนดโทษโดยมีเหตุผลว่า ความสำคัญของแต่ละคนใน
บ้านเมืองไม่เท่ากัน นอกจากนี้ในส่วนที่เกี่ยวกับการลงโทษปรับนั้น แต่เดิมมีลักษณะพิเศษคือ โทษ
ปรับนั้นจะมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับ ชนิดของอาชญาหรือวัตถุที่ใช้ในการทำร้ายร่างกาย และลักษณะ
บาดแผลว่าเป็นแต่เพียงฟกช้ำ หรือเป็นบาดแผลเปิดและตามแต่ว่า บาดแผลนั้นจะเกิดแก่ส่วนใด
ของร่างกาย ทั้งนี้กฎหมายจะกำหนดลำดับขั้นของความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ตามลักษณะอาชญา
หรือวัตถุที่ใช้ และบาดแผลที่เกิดขึ้น ความบกพร่องของบทบัญญัติเช่นนี้ก็คือ เป็นการกำหนดโทษ
โดยพิจารณาจากพฤติการณ์ภายนอกของความผิด โดยไม่ได้พิจารณาจากระดับความร้ายแรงที่
แท้จริงของการกระทำความผิด (degree reel de criminalite) หรือระดับของความรับผิดชอบ
อาญาของผู้กระทำผิดแต่อย่างใด ต่อมาต่อมาได้มีการแก้ไขความบกพร่องในเรื่องดังกล่าวอีก
หลายครั้งประกอบการวิวัฒน์แนวความคิดในเชิงกฎหมายแยกความรับผิดชอบทางอาญาและทางแพ่ง
ออกจากกัน ในที่สุดการกำหนดอัตราโทษปรับขึ้นอยู่กับการกระทำอันเป็นความผิดนั้น ๆ หาได้ขึ้น
อยู่กับคุณสมบัติของตัวผู้กระทำแต่อย่างใดโดยมีบทบัญญัติที่กำหนดอัตราโทษขั้นสูงต่ำไว้แน่นอน
ดังเช่นในปัจจุบัน และโทษปรับตกได้แก่รัฐทั้งหมดหากเอกชนได้รับความเสียหายชอบที่จะไปฟ้อง
ร้องในทางแพ่งเอาเอง ส่วนการลงโทษในกรณีอื่นๆ ได้มีการพัฒนาขึ้นมาเป็นลำดับโดยมีการ

⁷ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, “ปาฐกถาเรื่องกฎหมายสมัยกรุงศรีอยุธยา, บรรยาย ณ หอสมุด
แห่งชาติ ทำวาสกรี พระนคร, 8 เมษายน 2510 หน้า 5. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

⁸ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, “บันทึกของนายอริช ปาดูซ์ (Georges Padoux) ที่ปรึกษาการ
ร่างกฎหมายของรัฐบาลสยามเกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127,” ใน วารสาร
นิติศาสตร์ (2531) : 6-7.

เปลี่ยนแปลงจากการทรมานต่อเนื่องต่อร่างกายแต่ยังดำรงชีวิตอยู่ได้มาเป็นโทษที่จำกัดเสรีภาพ เช่น โทษจำคุก หรือ โทษกักขัง แทน ส่วนโทษประหารชีวิตถือว่าเป็นที่ลงแก่ชีวิตในกรณีที่มีการกระทำความผิดร้ายแรงเป็นภัยต่อความมั่นคงของประเทศหรือเป็นภัยต่อการดำรงชีวิตอยู่ของบุคคลในสังคม โดยผู้ที่จะต้องรับโทษทั้งหลายเหล่านี้ต้องรับผลอันเนื่องมาจากระดับความร้ายแรงและผลกระทบที่เกิดขึ้นซึ่งเป็นพฤติการณ์ภายในอันเนื่องมาจากการกระทำความผิดของตนเอง

4.1.3 โทษของประเทศไทยในปัจจุบัน

จากการวิวัฒนาการแนวความคิดเห็นในทางกฎหมายในเรื่องการแยกความรับผิดชอบทางอาญาและค่าความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับออกจากกัน ดังนั้น โทษจึงใช้ในความผิดอาญาเท่านั้น ส่วนทางแพ่งไม่ถือว่าเป็นโทษแต่เป็นการชดเชยค่าเสียหายอันเกิดจากการกระทำหรืองดเว้นกระทำ โดยผิดกฎหมายเท่านั้น แต่ในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นหลักในเรื่องค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (punitive damages) ซึ่งถือว่าเป็นค่าเสียหายในทางแพ่ง แต่มีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษจำเลยมิให้มีการกระทำเช่นเดียวกันอีก และค่าเสียหายในเชิงลงโทษนี้ ผู้เสียหายจะได้รับ นอกเหนือไปจากค่าเสียหายที่แท้จริง อย่างไรก็ตาม ค่าความเสียหายในทางแพ่งในประเทศไทยมีหลักในการวินิจฉัยว่า ค่าเสียหายที่จะได้รับนั้นต้องไม่เกินกว่าความเสียหายที่แท้จริงโดยมิได้กำหนดแน่นอนตายตัว ขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ที่เกิดขึ้น และดุลพินิจของผู้พิพากษาแต่ละท่าน แต่สำหรับโทษนั้นเป็นส่วนประกอบของกฎหมายอาญา ดังนั้นจึงมีลักษณะแน่นอนมีอัตราโทษขั้นสูงขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในกฎหมายและแตกต่างกันไป ตามการกระทำที่เกิดขึ้นซึ่งประชาชนโดยทั่วไปก็จะทราบได้ว่า หากตนกระทำความผิดจะต้องรับโทษสูงสุดหรือต่ำสุดเท่าใดเนื่องจากการบัญญัติไว้ชัดเจน และการลงโทษเป็นอำนาจของศาล แต่ในบางกรณีกฎหมายให้เจ้าพนักงานของรัฐอื่น ๆ มีอำนาจในการลงโทษได้ เช่น การเปรียบเทียบปรับ

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 18 ได้แยกประเภทของโทษไว้ 3 ประเภทคือ

- 1) โทษที่บังคับต่อชีวิต ได้แก่ โทษประหารชีวิต
- 2) โทษที่บังคับต่อเสรีภาพ ได้แก่ โทษจำคุกและโทษกักขัง ใช้ในกรณีที่เห็นว่า หากผู้กระทำความผิดยังอยู่ในสังคมในช่วงเวลานั้นๆ อาจเป็นอันตรายดำรงชีวิตโดยปกติสุขของบุคคลอื่นหรืออาจมีการกระทำความผิดซ้ำ หรืออาจกระทำความผิดอื่นในลักษณะที่รุนแรงขึ้นจึงใช้โทษจำคุกเพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม หากกฎหมายกำหนดโทษจำคุกและปรับถ้าศาลเห็น

สมควรจะลงแต่โทษจำคุกก็ได้ หรือหากเห็นว่ากรณีนั้นจำเลยยังไม่ควรต้องรับโทษจำคุกอาจยกโทษจำคุกคงให้ปรับอย่างเดียวก็ได้ ส่วนโทษกักขังจะใช้ในกรณีที่ผู้ต้องโทษปรับไม่ชำระค่าปรับแม้จะไม่สมจุดมุ่งหมายในการลงโทษปรับแต่ก็เป็นข้อที่ทำให้โทษปรับศักดิ์สิทธิ์และเป็นที่ยอมรับว่าการยึดทรัพย์สินแทนค่าปรับ

3) โทษที่บังคับต่อทรัพย์สิน ได้แก่ โทษปรับและริบทรัพย์สิน เป็นโทษที่มุ่งถึงทรัพย์สินที่อยู่ในความครอบครองของผู้กระทำความผิด สำหรับโทษปรับ คือ โทษที่เจ้าพนักงานของรัฐหรือศาลใช้ลงโทษอันเนื่องมาจากการกระทำความผิดทางอาญา โดยบังคับให้ผู้กระทำความผิดชำระเงินต่อเจ้าพนักงานหรือต่อศาลเพื่อให้เกิดความยากลำบากทางการเงินในการดำรงชีวิตแก่ผู้ถูกลงโทษ โดยผู้ถูกลงโทษปรับจะต้องชำระเงินตามจำนวนที่กำหนดไว้ในคำพิพากษาต่อศาลหากไม่ชำระค่าปรับอาจถูกยึดทรัพย์สินใช้ค่าปรับ หรือต้องถูกกักขังแทนค่าปรับ แต่หากไม่มีเงินชำระค่าปรับอาจยื่นคำร้องแสดงเหตุอันควรเพื่อขอทำงานบริการสังคมหรือทำงานบริการสาธารณประโยชน์ และต่อไปอาจขอเปลี่ยนเป็นรับโทษปรับหรือกักขังแทนค่าปรับก็ได้ ในกรณีที่ศาลพิจารณาให้ปรับผู้กระทำความผิดหลายคนในความผิดอันเดียวกัน ในกรณีเดียวกันศาลต้องลงโทษปรับเรียงตามรายตัวบุคคล และหากคดีที่มีโทษปรับสถานเดียวถ้าผู้ต้องหาวางการกระทำความผิด นำค่าปรับในอัตราอย่างสูงสำหรับความผิดนั้นมาชำระก่อนที่ศาลเริ่มต้นสืบพยานคดีอาญานั้นก็เป็นอันระงับไป ในเรื่องของการริบทรัพย์สินนั้น มีวัตถุประสงค์ในหลายกรณี เช่น การริบทรัพย์สินที่ทำหรือมีไว้เป็นความผิด หรือมีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิดดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 32 มาตรา 33 และมาตรา 34 นอกจากมีวัตถุประสงค์เป็นการลงโทษจำเลยแล้วยังเป็นเรื่องของวิธีการเพื่อความปลอดภัยในอันที่จะป้องกันการกระทำผิดกฎหมายที่จะเกิดขึ้นในอนาคตด้วย หรือการริบทรัพย์สินที่ได้มาโดยได้กระทำความผิดนี้ก็เป็นการลงโทษอย่างหนึ่ง

การบัญญัติกฎหมายที่มีโทษทางอาญามักจะกำหนดให้มีโทษปรับเป็นทางเลือกในการบังคับใช้กฎหมายด้วยเสมอแต่อัตราโทษปรับตามประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบันมีอัตราต่ำกว่าความร้ายแรงที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดดังนั้นโทษที่เป็นข้อหวั่นเกรงของผู้กระทำความผิดจึงเป็นโทษจำคุก ซึ่งศาลอาจใช้ดุลพินิจได้ตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏในแต่ละคดี แต่โทษปรับในปัจจุบันมักจะกำหนดอัตราโทษไว้สูง ควบคู่ไปกับโทษจำคุกทำให้เกิดผลที่ว่า ผู้ถูกลงโทษปรับรู้สึกถึงผลของการได้รับโทษปรับว่าเดือดร้อนและได้รับความทุกข์ทรมานเพียงใดจากการลงโทษ ทำให้ผู้กระทำความผิดยับยั้งชั่งใจก่อนการกระทำความผิดว่า ผลตอบแทนจากการกระทำความผิดอาจ

ไม่คุ้มกับโทษที่ได้รับ และการลงโทษปรับนี้จะเหมาะสมกับความผิดที่ได้กระทำไปด้วยความโลภ⁹ เช่น ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน หรือความผิดที่เป็นอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ หรือความผิดที่ผู้กระทำผิดหวังผลประโยชน์เป็นกำไรจากการกระทำผิด ซึ่งได้แก่ การบั่นหุน การฉ้อโกงประชาชน การกระทำ ความผิดเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม การผลิตหรือขายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น นอกจากนี้อัตราโทษ อาญาตามกฎหมายนั้นจะมีการประกาศให้ประชาชนทราบว่า หากกระทำความผิดเช่นนั้นโทษที่ จะลงมีอัตราเท่าใด ซึ่งในเรื่องเหล่านี้ย่อมสนับสนุนให้โทษแยกต่างหากจากค่าสินไหมทดแทนใน ความเสียหายอย่างชัดเจน ต่างไปจากอดีตที่กำหนดให้การลงโทษโดยใช้โทษปรับนั้นต้องชำระให้ แก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายด้วย อันจะทำให้ผู้เสียหายรู้สึกว่าได้รับการเยียวยาโดยกฎหมายในทันที

4.1.4 ความมุ่งหมายของการลงโทษ

4.1.4.1 เพื่อทดแทนให้สาสมกับความผิด (Retribution) โดยถือว่าเป็นการชดเชยความผิด อย่างหนึ่ง¹⁰ และจะได้ผลก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยรวดเร็วและรุนแรง มิฉะนั้นแล้ว ประชาชนก็อาจ ขาดความเชื่อมั่นในกระบวนการยุติธรรมของบ้านเมือง และอาจหาทางแก้แค้นผู้กระทำผิดด้วยตนเองก็ได้¹¹ โดยโทษดังกล่าวสร้างขึ้นเพื่อทดแทนการกระทำของผู้กระทำผิดให้เกิดความทุกข์ทรมาน ในการดำรงชีวิตด้านใดด้านหนึ่ง ให้สาสมกับที่ผู้กระทำผิดก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคม เช่น หากการกระทำร้ายแรงเป็นภัยต่อความมั่นคงของประเทศอาจถูกลงโทษประหารชีวิต หรือแนว ความคิดของการลงโทษปรับขั้นเดิมเป็นไปเพื่อการแก้แค้นทดแทนความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ จากการกระทำความผิดและถือว่าการจ่ายค่าปรับเป็นการไถ่โทษ(compensation)

4.1.4.2 เพื่อป้องกันความผิด (Deterrence) โทษอาญามีขึ้น เพื่อป้องกันหรือห้ามปรามมิ ให้มีการกระทำผิดเกิดขึ้น โดยหวังว่าโทษจะมีผลต่อบุคคลทั่วไปไม่ให้เอาเยี่ยงอย่างเป็นการยับยั้ง ช่มชู้ อันเป็นการมองผลเพื่อป้องกันทั่วไป และมีผลโดยตรงต่อผู้กระทำผิด¹² เป็นการมองไปถึงผล กระทบในอนาคตของการลงโทษ การลงโทษก็เพื่อให้ผู้กระทำความผิดเกิดความยากลำบากในการ ดำรงชีวิตด้านใดด้านหนึ่ง ส่งผลให้หวาดกลัวไม่กล้ากระทำผิดอีก ทั้งเป็นการช่มชู้บุคคลทั่วไปไม่ให้ เอาเยี่ยงอย่างเพราะอาจได้รับโทษอย่างเดียวกับผู้กระทำความผิด

⁹ โทเมเน ภัทรภรณ์, "โทษปรับ," บทบัณฑิตย 2516 :457.

¹⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายอาญา : หลักและปัญหา, หน้า 349.

¹¹ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ นคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), หน้า 706.

¹² ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายอาญา : หลักและปัญหา, หน้า 350.

4.1.4.3 เพื่อดัดนิสัยผู้กระทำความผิด (Reformation) ให้กลับตัวเป็นพลเมืองดี เพราะการลงโทษนอกเหนือจากโทษประหารชีวิตแล้ว วันหนึ่งผู้รับโทษจะต้องผ่านและพ้นโทษนั้น จึงเป็นการที่ดีที่จะใช้การลงโทษดังกล่าว เพื่อแก้ไขปรับปรุงตัวผู้กระทำความผิดไปด้วยในตัว¹³ ทฤษฎีนี้ไม่ควรใช้คำว่า การลงโทษ (punishment) แต่ควรเรียกว่า การบำบัด (treatment)¹⁴ เช่น การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินเป็นการกระทำด้วยความโลภและถือว่าเป็นการเอาเปรียบผู้อื่น การลงโทษปรับสามารถดัดนิสัยโลกได้ตรงจุดที่สุด

4.1.4.4 เพื่อดัดผู้กระทำความผิดออกไปจากสังคม (Incapacitation) อาจเป็นการชั่วคราวหรือถาวรก็ได้เป็นการคุ้มครองมิให้ผู้กระทำความผิดกลับมาทำร้ายหรือเป็นภัยอันตรายต่อสังคมอีกตลอดไปหรือชั่วคราวระยะเวลาหนึ่ง¹⁵ กรณีนี้ใช้เมื่อคาดเห็นได้ว่า หากผู้กระทำความผิดยังอยู่ในสังคมอาจเกิดอันตรายต่อการดำรงชีวิตโดยปกติสุขของคนในสังคมได้ เช่น การลงโทษจำคุก

4.1.4.5 เพื่อสร้างจิตสำนึก (Consciousness) ให้บุคคลทั่วไปให้ปฏิบัติตามกฎหมาย¹⁶ โดยปกติแล้วทุกความมุ่งหมายของการลงโทษมีเหตุผลในข้อนี้อยู่แล้ว การลงโทษปรับสามารถใช้ในกรณีที่เห็นว่าผู้กระทำความผิดยังไม่ควรต้องถูกตัดออกจากสังคมเนื่องจากพฤติกรรมแห่งการกระทำผิดยังไม่ร้ายแรงต่อการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกับสังคมส่วนรวม และเพียงการรอการลงโทษจำคุกและปรับ หรือยกโทษจำคุกคงให้ปรับแต่เพียงอย่างเดียวเช่นนี้ในหลายๆการกระทำก็อาจเพียงพอที่จะสร้างจิตสำนึกแก่ตัวผู้กระทำความผิดมิให้ปฏิบัติตนฝ่าฝืนกฎหมายอีกได้ ในส่วนของโทษปรับนั้น การแบ่งค่าปรับให้แก่ผู้เสียหายจะทำให้ความมุ่งหมายในข้อนี้ชัดเจนยิ่งขึ้นเนื่องจากผู้กระทำความผิดรับรู้ถึงความเสียหายจากการกระทำของตนส่งผลกระทบต่อผู้เสียหายและต่อสังคมอย่างไร การลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นมักจะไม่ใช้ทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่ง โดยเคร่งครัดแต่จะใช้หลายทฤษฎีเหล่านี้ควบคู่กันไปในการลงโทษบุคคลผู้กระทำความผิดและทั้งการลงโทษยังต้องคำนึงถึงคุณสมบัติส่วนตัวของผู้กระทำความผิดและลักษณะของการกระทำและผลกระทบที่เกิดขึ้นอันเป็นข้อเท็จจริงที่ต้องนำมาปรับใช้หลังจากมองทฤษฎีการลงโทษดังกล่าวเพื่อทำให้การลงโทษเป็นไปอย่างเป็นธรรมและเหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิดด้วย ในจุดมุ่งหมายเพื่อป้องกันและควบคุมอาชญากรรมในสังคม ดังนั้นการกำหนดว่าการกระทำใดควรเป็นความผิดทางอาญา

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

¹⁴ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 707.

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 707.

¹⁶ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายอาญา : หลักและปัญหา, หน้า 351.

หรือไม่จะต้องพิจารณาประกอบกับอัตราโทษในขณะที่จะออกกฎหมายนั้นๆ และซึ่งการจะนำโทษประเภทใดมาใช้กับอาชญากรรมประเภทใดต้องพิจารณาประกอบทุกเหตุผลที่เกี่ยวข้องในการบัญญัติเป็นกฎหมายที่จะใช้บังคับกับอาชญากรรมประเภทนั้นซึ่งผลสุดท้ายการกำหนดอัตราโทษและการกำหนดความผิดจะมีผลเป็นการป้องกันและควบคุมอาชญากรรมได้ดีมากน้อยเพียงไรย่อมขึ้นอยู่กับการบังคับใช้กฎหมายเป็นสำคัญและการบังคับใช้กฎหมายย่อมขึ้นอยู่กับสภาพสังคมในช่วงเวลานั้นๆ ว่าจะบังคับใช้กฎหมายอย่างไรเพื่อป้องกันและควบคุมอาชญากรรมสำหรับแนวความคิดในเรื่องการลงโทษเพื่อป้องกันและเพื่อควบคุมอาชญากรรมมาจากความคิดของสองสำนักอาชญาวิทยา คือ¹⁷

1. สำนักอาชญาวิทยาดั้งเดิม (The classical school of criminology) มีความเห็นว่าการลงโทษผู้กระทำความผิดต้องให้สอดคล้องกับความผิดจึงจะสามารถยับยั้งอาชญากรรมได้ โดยเชื่อว่าผู้กระทำความผิดจะเกิดความเกรงกลัว หลาบจำ และไม่กล้าที่จะก่ออาชญากรรมอีก

2. สำนักอาชญาวิทยาปฏิฐานนิยม (The positive school of criminology) สำนักนี้คัดค้านไม่เห็นด้วยกับสำนักอาชญาวิทยาดั้งเดิม โดยมีแนวคิดว่าการลงโทษควรให้สมเหตุสมผลกับการกระทำความผิด การลงโทษควรเป็นการสร้างสรรค์มิใช่ลงโทษเพื่อแก้แค้น ควรลงโทษเพื่อการบำบัดฟื้นฟูสภาพจิตใจ การแก้ไข ปรับเปลี่ยนบุคลิกภาพเพื่อให้โอกาสผู้กระทำผิดกลับมาดำรงชีวิตใหม่ในสังคมได้

ทั้งสองทฤษฎีดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์การกำหนดว่าความผิดใดควรเป็นความผิดอาญาทั้งนี้โดยประกอบกับหลักเกณฑ์การจำกัดขอบเขตของกฎหมายอาญาเพื่อมิให้มีการบัญญัติกฎหมายอาญามากเกินไปอันอาจจะก่อให้เกิดกฎหมายอาญาเฟ้อ แต่เมื่อการกระทำนั้น ๆ เป็นความผิดแล้วรูปแบบการลงโทษจะเป็นแค่ไหนเพียงไรย่อมต้องอาศัยจุดมุ่งหมายของการลงโทษมาพิจารณาประกอบเป็นสำคัญ ซึ่งจุดมุ่งหมายมีหลายประการอาจสนับสนุนซึ่งกันและกันหรืออาจขัดแย้งกันได้

ในยุคใหม่นักอาชญาวิทยาและนักทัณฑวิทยาได้ให้ความสนใจกับหลักของสำนักปฏิฐานนิยมและลดความสำคัญดั้งเดิมลง ด้วยเหตุนี้การปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิด จึงมีการภาคทัณฑ์ด้วยการคุมประพฤติ (probation) การบำบัดแก้ไข (Therapy) ซึ่งเป็นการใช้มาตรการในการรักษาและปรับเปลี่ยนพฤติกรรมของบุคคลเพื่อจะช่วยเหลือตัวเองได้ไม่กลับไปกระทำผิดอีก ดังนั้น ในสมัยต่อมาจึงคำนึงถึงคุณธรรมในการลงโทษมากขึ้น การใช้การลงโทษที่รุนแรงลดน้อยลงทั้งในด้านปริมาณและรูปแบบของการลงโทษ

¹⁷ นवलจันทร์ ทัศนชัยกุล, อาชญากรรม (การป้องกัน : การควบคุม) หน้า 277-279.

การวิเคราะห์เปรียบเทียบความคิดเห็นของสำนักปฏิฐานนิยมและนักอาชญาวิทยา¹⁸

สำนักปฏิฐานนิยม	สำนักอาชญาวิทยา
1. การแก้ไขคือ การทำให้ผู้กระทำผิดกลับคืนสู่สภาพเดิมอยู่ในสังคมได้	1. การทำให้กลับคืนสู่สภาพเดิมนั้นเป็นเพียงแนวคิดทางอาชญาวิทยา
2. การป้องกันอาชญากรรมต้องศึกษาผู้กระทำผิดเฉพาะรายโดยไม่สนใจสภาวะแวดล้อมซึ่งก่อให้เกิดอาชญากรรม	2. การป้องกันเฉพาะรายไม่สามารถควบคุมได้
3. การกลับคืนสภาพเดิมสามารถทำได้โดยการฟื้นฟูจิตใจ	3. พฤติกรรมของบุคคลไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้โดยใช้การฟื้นฟูจิตใจ
4. การลงโทษไม่ใช่วิธีการป้องกันมิให้กระทำ ความผิด	4. การลงโทษเท่านั้นที่สามารถควบคุมพฤติกรรมของมนุษย์ได้
5. พฤติกรรมของมนุษย์สามารถควบคุมได้ โดยใช้การบำบัด การเปลี่ยนแปลงพฤติกรรม	5. พฤติกรรมของมนุษย์จะควบคุมได้ก็ต่อเมื่อใช้มาตรการอย่างเด็ดขาดรุนแรง
6. การเกิดอาชญากรรมมีสาเหตุมาจากประสบการณ์ในอดีต และลักษณะทางพันธุกรรม	6. สาเหตุการเกิดอาชญากรรมขึ้นอยู่กับสภาวะสิ่งแวดล้อมขณะนั้น
7. อาชญาวิทยาควรมุ่งเน้นไปที่การบำบัดรักษา การแก้ไข	7. อาชญาวิทยาควรเน้นการป้องกันก่อนเกิดการกระทำความผิด
8. ควรศึกษาปัญหาส่วนตัวของผู้กระทำความผิด จะเป็นประโยชน์กว่าการวิจัยแต่ละประเภท	8. ควรศึกษาวิจัยสาเหตุการเกิดอาชญากรรมแต่ละประเภท

อย่างไรก็ตามระบบการลงโทษควรจะเป็นอิสระจากการแก้แค้นทดแทนผู้กระทำความผิด แต่เพียงอย่างเดียว ดังนั้นสังคมจึงควรจัดมุ่งหมายในการลงโทษดังนี้¹⁹

¹⁸ นवलจันทร์ ทิศนชัยกุล.อาชญากรรม (การป้องกัน : การควบคุม),(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์,2543), หน้า 278.

¹⁹ ประธาน วัฒนวานิชย์, "การปฏิรูประบบการลงโทษแนวทางสหวิทยาการ โดยเน้นทางอาชญาวิทยา" ในบทบัณฑิตย เล่มที่ 54 ตอน 4 ปี 2541, หน้า 19.

1. เพื่อคุ้มครองผู้กระทำความผิดและผู้ต้องสงสัยว่ากระทำความผิด มิให้ถูกแก้แค้นจากผู้เสียหาย
2. เพื่อระงับยับยั้งการกระทำความผิดที่กฎหมายห้าม
3. ก่อให้เกิดความทุกข์น้อยที่สุดพอที่จะบรรลุจุดมุ่งหมาย อันเป็นหลักมนุษยธรรมนิยม
4. ดำเนินการเพื่อทำให้ผู้กระทำความผิดรู้สึกสำนึกผิดโดยได้รับความทุกข์จากการกระทำของตน

ผู้กำหนดนโยบายการลงโทษอาจเลือกแนวทางใดแนวทางหนึ่งหรือหลายแนวทางที่ส่งเสริมสนับสนุนซึ่งกันและกันและไม่ขัดแย้งกัน และมีความเหมาะสมต่อสังคมเศรษฐกิจ และวัฒนธรรม ดังนั้นการกำหนดกฎหมายและบังคับใช้กฎหมายจึงควรเป็นไปเพื่อจุดมุ่งหมายในการลงโทษดังกล่าวมานี้ แต่หากกฎหมายใดไม่สามารถบรรลุผลความมุ่งหมายนี้ไม่ว่าจะด้วยข้อบกพร่องของตัวกฎหมายเองหรือประสิทธิภาพในการบังคับใช้ หรือมีการบิดเบือนวัตถุประสงค์ของกฎหมายไปใช้ในทางไม่สุจริตจำต้องมีการแก้ไขเพื่อให้บรรลุความมุ่งหมายดังกล่าวมานี้

ดังนั้นการลงโทษก็จะเป็นไปเพื่อตอบสนองความมุ่งหมายของการลงโทษดังกล่าวมาแล้ว และเพื่อทำให้บรรลุถึงซึ่งวัตถุประสงค์สืบสามประการของกฎหมายอาญาดังต่อไปนี้²⁰

1. การคุ้มครองมนุษย์ (และในบางครั้งคุ้มครองสัตว์ด้วย) จากการกระทำโดยเจตนา อันเป็นการโหดเหี้ยมทารุณ หรือการประกอบกรรมทางเพศ ด้วยวิธีการอันไม่พึงประสงค์ ต่าง ๆ
2. การคุ้มครองป้องกันบุคคลจากภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการกระทำโดยไม่เจตนา เช่น การกระทำผิดกฎหมายจราจร มลพิษ หรือโรคระบาด เป็นต้น
3. การคุ้มครองป้องกันกลุ่มบุคคลที่อาจถูกชักจูงให้หลงผิดได้โดยง่าย (เช่น ผู้เยาว์ หรือบุคคล ผู้มีจิตใจไม่สมบูรณ์) จากการทำร้าย กดขี่ หรือขูดรีด อันจะเกิดแต่บุคคลหรือทรัพย์สินของบุคคลเหล่านั้น (ตัวอย่างเช่น หลอกให้ร่วมประเวณีด้วย เป็นต้น)
4. การป้องกันการกระทำที่ถึงแม้ว่าจะเป็นเรื่องส่วนตัวของบุคคลที่เป็นผู้ใหญ่แล้ว และยินยอมต่อการกระทำนั้นแล้ว แต่ถือว่าผิดธรรมชาติ (เช่น การร่วมประเวณีระหว่างพี่น้องท้องเดียวกัน และความสัมพันธ์ทางเพศอันผิดปกติ)
5. การป้องกันการกระทำบางประเภทซึ่งเมื่อได้กระทำขึ้นท่ามกลางสาธารณชนแล้ว จะเป็นการไม่สมควร (เช่น การกระทำอนาจาร หรือมีความสัมพันธ์ทางเพศ คำกล่าวผิดสุภาพ ในที่สาธารณะ)

²⁰ ประธาน วัฒนวานิชย์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 11.

6. การป้องกันพฤติกรรมบางประเภทอันอาจยั่วยุให้เกิดความไม่สงบขึ้นในหมู่ประชาชน
7. การคุ้มครองป้องกันซึ่งทรัพย์สินของบุคคลจากการลักขโมย การฉ้อโกง การยกยอกหรือการทำให้เสียทรัพย์สิน
8. การป้องกันความไม่สะดวกสบายต่าง ๆ (เช่นการกีดขวางทางสัญจร ปิดกั้นทางสาธารณะ)
9. การเก็บรวบรวมภาษีอากร (เช่น มีรถยนต์ไว้ในครอบครองโดยไม่มีทะเบียน)
10. เพื่อความมั่นคงของรัฐ (เช่น การจารกรรม)
11. การบัญญัติความผิดสำหรับการไม่ทำตามนโยบายของรัฐ เช่น ไม่ส่งบุตรไปเข้ารับการศึกษาระดับมัธยม ไม่ไปเลือกตั้ง
12. เพื่อป้องกันรักษาไว้ซึ่งสถาบันทางสังคม (เช่น พระมหากษัตริย์ ศาสนา)
13. การบังคับใช้กฎหมายที่รัฐเห็นว่ามีค่าสำคัญต่อการอำนวยความสะดวกเพื่อบังคับใช้วิธีการต่าง ๆ ที่จะทำให้เกิดวัตถุประสงค์ทั้งหลายเหล่านี้บรรลุผล (เช่น การขูดคำสั่งเจ้าพนักงาน การให้การเท็จ หรือการกำหนดให้เจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่กระทำผิดต่อหน้าที่ต้องรับโทษสูงขึ้น เป็นต้น)

พิเคราะห์แล้ว วัตถุประสงค์ในการลงโทษในข้อ 7 นั้น เป็นการคุ้มครองป้องกันสิทธิในทรัพย์สินซึ่งถือว่าเป็นสิทธิทางเศรษฐกิจของทุก ๆ คนที่พึงจะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย และการละเมิดสิทธิก็เป็นการละเมิดสิทธิในทางเศรษฐกิจเช่นเดียวกัน เนื่องจากทำให้ผลกำไรที่ควรจะได้รับโดยชอบของเจ้าของลิขสิทธิ์ขาดไป ซึ่งผลที่เป็นเกิดแก่ทรัพย์สินและจะกระทบถึงสังคมในวงกว้างเนื่องจากการละเมิดลิขสิทธิ์ส่งผลกระทบต่อการค้าการลงทุนของประเทศดังนั้นจึงกำหนดให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์โดยใช้กฎหมายอาญา เช่นเดียวกับการคุ้มครองทรัพย์สินอื่น ๆ และยิ่งไปกว่านั้นเนื่องจากในคดีละเมิดลิขสิทธิ์มีการแบ่งค่าปรับแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ด้วย อย่างไรก็ตามแม้ในประเทศไทยจะใช้กฎหมายอาญาในการคุ้มครองป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์แต่การละเมิดลิขสิทธิ์ยังเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องและมีแนวโน้มในการกระทำความผิดเพิ่มขึ้นในรูปแบบต่างๆกันโดยไม่เกรงกลัวการลงโทษทางอาญา ดังนั้นการลงโทษในคดีลิขสิทธิ์จึงกลับไม่ได้ผลเป็นป้องกันและควบคุมการละเมิดลิขสิทธิ์เท่าที่ควรจะเป็นเนื่องจากการกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้ทำให้ซึ่งส่งผลกระทบต่อระบบการค้าการลงทุนของประเทศและต่อตัวเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานที่ถูกผู้ดำเนินคดีลิขสิทธิ์ใช้กฎหมายและเจ้าพนักงานของรัฐเป็นเครื่องมือในการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ

4.2 ลักษณะของโทษอาญา

ลักษณะของโทษอาญานั้น จะต้องมิชอบเขตที่ชัดเจนพอสมควร มิฉะนั้นแล้วอาจมีช่องทางให้มีผู้นำเอาโทษที่มีลักษณะทางอาญาไปบัญญัติโดยเรียกเป็นอย่างอื่น ทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชน ถูกลดทอนไปได้โดยง่าย เพราะการลงโทษมีหลายประเภท ซึ่งอาจไม่ใช่การลงโทษทางอาญาก็ได้²¹ กล่าวคืออาจมีการลงโทษในทางแพ่ง(Civil Penalty) ซึ่งเป็นการลงโทษทางทรัพย์สิน เช่นเดียวกับโทษปรับหรือโทษริบทรัพย์สิน หรือการบังคับให้จ่ายค่าเสียหายเชิงลงโทษก็มีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญา

ลักษณะของโทษอาญา²²

4.2.1 โทษจะต้องลงแก่ผู้กระทำเนื่องจากการกระทำความผิดตามกฎหมาย กล่าวคือ จะต้องมีความผิดตามกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดและมีโทษสำหรับความผิดนั้น เช่น ถ้าเขาได้รับการกักกันโดยมิได้กระทำความผิด หรือถูกควบคุมตัวไว้ในสถานพยาบาล เพื่อป้องกันโรคติดต่อ ดังนี้ ไม่ใช่การลงโทษ เป็นต้น

4.2.2 โทษจะต้องเป็นไปโดยเสมอภาค จะมีขึ้นเพื่อลงโทษบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะไม่ได้

4.2.3 โทษจะต้องบังคับใช้โดยรัฐ กล่าวคือ จะต้องมีการบวนการตามที่กฎหมายกำหนด บุคคลอื่นใดจะลงโทษกันเอง เช่น พ่อแม่ตีลูก หรือยอมให้เพื่อนลงโทษ เพราะตนไปกระทำความผิด ดังนี้ ไม่ใช่โทษ

4.2.4 โทษนั้นจะต้องเป็นผลร้าย (pain) แก่ผู้กระทำความผิดไม่ว่าจะเป็นการจำกัดเสรีภาพทางร่างกาย หรือถูกปรับ หรือริบทรัพย์สินก็ตาม ถ้าไม่ใช่ผลร้าย เช่น ให้นำตัวไปไว้ในสถานพยาบาล เพื่อรับการบำบัดรักษาโดยห้ามออกมาก่อนเวลาที่กำหนด ดังนี้ ไม่เป็นการควบคุมที่เป็นผลร้ายแก่ผู้ถูกควบคุม โดยผู้ถูกทำโทษจะรู้สึกว่าเขาได้รับความลำบากต้องทนทุกข์ทรมานหรืออย่างน้อยก็ถูกจำกัดตติสิทธิ

²¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. กฎหมายอาญาหลักและปัญหา , หน้า 347.

²² เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

4.2.5 ผลร้ายนั้นเป็นไปเพื่อดำเนินการกระทำ (disapproved) ของผู้กระทำ ดังนั้น การเอาผู้ป่วยโรคติดต่อควบคุมไว้ เพื่อมิให้โรคดังกล่าวระบาดจึงไม่ใช่โทษ เพราะไม่ได้มีความประสงค์ที่จะดำเนินผู้กระทำ

4.2.6 โทษจะต้องมีการกำหนดไว้ก่อน การกระทำความผิดเพื่อให้ประชาชนผู้ต้องถูกบังคับตามโทษทราบว่า การกระทำอันเป็นความผิดนั้นจะต้องรับโทษสูงสุดหรือต่ำสุดเท่าใด²³

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า การละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายของประเทศไทยนั้นได้กำหนดให้เป็นความผิดที่มีโทษทางอาญาเพื่อให้เป็นข้อหวั่นเกรงแก่ผู้กระทำความผิดอันเนื่องมาจากผลของการบังคับใช้โทษอาญา รั้งโทษนั้นเป็นผลร้ายที่ผู้ต้องรับโทษจะต้องได้รับการกระทำความผิดของตน ส่วนการจะลงโทษประการใดนั้นขึ้นอยู่กับกฎหมายที่บัญญัติถึงการกระทำความผิดและระวางโทษตามกฎหมาย และทั้งผลกระทบที่เกิดขึ้นจากความผิดนั้นๆ ในส่วนนี้เป็นข้อเท็จจริงที่จะต้องพิจารณาถึงสภาพสังคม เศรษฐกิจในขณะนั้น ประกอบกับดุลพินิจของผู้พิพากษาที่ตรึงตรงความจริงที่เกิดขึ้นทั้งปวงแล้ว และเพื่อให้การลงโทษได้ผลเป็นการบรรลุความมุ่งหมายของการลงโทษตามที่ควรจะเป็น จึงจำเป็นต้องวิเคราะห์ผลกระทบการละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อเปรียบเทียบวิธีการลงโทษและประสิทธิภาพของการลงโทษที่เกิดขึ้นจริง

4.3 วิเคราะห์ผลกระทบการละเมิดลิขสิทธิ์

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า กฎหมายลิขสิทธิ์นั้นมุ่งคุ้มครองสิทธิทางเศรษฐกิจเป็นสำคัญเพื่อให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิได้ประโยชน์จากงานสร้างสรรค์นั้น ๆ และสิทธิทางเศรษฐกิจนี้ก็เป็นสิทธิในทรัพย์สินที่เจ้าของลิขสิทธิ์พึงได้ และกฎหมายได้คุ้มครองโดยหวังกันมิให้บุคคลอื่นมา ทำซ้ำ (Copy) ดัดแปลงหรือเผยแพร่ต่อสาธารณชน ซึ่งกฎหมายในเรื่องนี้นอกเหนือจากเหตุผลทางด้านการเมืองระหว่างประเทศแล้วเมื่อพิจารณาประกอบเหตุผลในทางที่เป็นธรรมก็สนับสนุนว่าทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิ่งที่ควรที่จะคุ้มครองตามกฎหมายและควรให้ความคุ้มครองเป็นอย่างเดียวกับกับสิทธิในทรัพย์สินประเภทอื่นและถือว่าลิขสิทธิ์เป็นสิทธิที่ไม่มีรูปร่างแต่มีราคาและอาจถือเอาได้ เนื่องจากเป็นผลผลิตที่ได้มาจากการแสดงออกซึ่งความคิดของผู้สร้างสรรค์ดังนั้นผู้สร้างสรรค์จึงควรได้รับประโยชน์จากงานนั้น ๆ การคุ้มครองที่เป็นรูปธรรมคือ ให้ความคุ้มครองการแสวงหา

²³ โกเมน ภัทรภิมย์, “คำอธิบายกฎหมายอาญาฝรั่งเศส” (เอกสารอ่านประกอบการศึกษา วิชากฎหมายอาญาเปรียบเทียบสำหรับการศึกษาในชั้นปริญญาโท.) หน้า 2.

ประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ กล่าวคือ หากมีบุคคลใดมาทำซ้ำ (Copy) ดัดแปลงหรือเผยแพร่ต่อสาธารณชน งานอันมีลิขสิทธิ์จะทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับประโยชน์น้อยลงเนื่องจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นไม่มีต้นทุนการวิจัย พัฒนา และไม่ต้องคิดสร้างสรรค์สิ่งใหม่ได้ขึ้นในสาระสำคัญ รวมทั้งไม่ต้องมีการโฆษณาเพียงอาศัยความมีชื่อเสียงหรือผลิตภัณฑ์ที่ผู้อื่นคิดค้นขึ้นไปแสวงหาประโยชน์ จึงมีต้นทุนในการผลิตคิดค้นที่ต่ำกว่าเจ้าของลิขสิทธิ์มากทำให้การแข่งขันทางการค้าเจ้าของลิขสิทธิ์จะเสียเปรียบเป็นอย่างมากเพราะต้นทุนการผลิตต่างกันจึงมีการกำหนดให้การทำซ้ำ (Copy) ดัดแปลงหรือเผยแพร่ต่อสาธารณชน และการขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขาย ให้เช่า เสนอให้เช่า ให้เช่าซื้อ หรือเสนอให้เช่าซื้อ เผยแพร่ต่อสาธารณชน แจกจ่ายในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ นำหรือส่งเข้ามาในราชอาณาจักรในงานอันมีลิขสิทธิ์และกระทำสิ่งเหล่านี้เป็นความผิดตามกฎหมาย โดยกำหนดความผิดขั้นแรกตั้งแต่การทำซ้ำหรือ ดัดแปลงก็เป็นความผิดแล้ว ส่วนความผิดอื่นถือเป็นความผิดสืบเนื่องจากการกระทำผิดขั้นแรก

กรณีศึกษา

1) นางเจ เป็นนักเขียนมีฐานะยากจน ได้แต่งหนังสือ เกี่ยวกับเด็กซึ่งเรียนในโรงเรียนที่สอนแต่เรื่องไสยศาสตร์และได้นำออกขาย ต่อมา มีผู้นิยมงานเขียนของนางเจ ทั่วโลกและมีการนำเรื่องราวตามหนังสือดังกล่าวไปผลิตเป็นภาพยนตร์ออกฉาย ทำให้นางเจ มีรายได้ต่อปีถึง 1000 ล้านบาท การที่นางเจมีรายได้อันเนื่องมาจากการใช้ความคิดความรูุ้ตสาหะแต่งหนังสือเล่มดังกล่าวขึ้นมา นั้นหากไม่มีกฎหมายลิขสิทธิ์คุ้มครอง และมีบุคคลอื่นนำหนังสือของนางเจ ไปพิมพ์ขายหรือเอาไปทำเป็นภาพยนตร์ โดยที่นางเจ มิได้ให้ความยินยอมและมีได้รับประโยชน์ใดๆ ก็จะทำให้นางเจขาดแรงจูงใจที่จะสร้างสรรค์งานใหม่ขึ้นมา นอกจากนี้ยังเป็นการลอกเลียนแบบและใช้ประโยชน์กับงานของนางเจ โดยไม่เป็นธรรมต่อนางเจ ด้วย หากไม่มีกฎหมายลิขสิทธิ์คุ้มครองงานเช่นนี้แล้วอาจทำให้วันหนึ่งไม่มีผู้ใดยากคิดค้นสร้างสรรค์สิ่งใหม่ๆ อันจะเกิดประโยชน์ต่อสังคมต่อไป การพัฒนาของสังคมก็จะหยุดชะงักลง

2) บริษัทคอมพิวเตอร์แห่งหนึ่งได้คิดค้นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ขึ้นมาโดยใช้ระยะเวลาในการคิดค้นและพัฒนาหลายสิบปี มีต้นทุนการค้นคว้าวิจัยและโฆษณาสูงมาก เมื่อนำออกขายและเผยแพร่ต่อสาธารณชนได้รับความนิยมทั่วโลก แต่ในประเทศหนึ่งการใช้งานดังกล่าวไม่นิยมใช้งานอันมีลิขสิทธิ์มีการทำซ้ำและนำไปขายในราคาต่ำกว่างานอันมีลิขสิทธิ์มาก เช่น โปรแกรมคอมพิวเตอร์อันมีลิขสิทธิ์ราคา 17,000 บาท แต่แผ่นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ละเมิดลิขสิทธิ์ราคา 170 บาท เห็นได้ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์เสียเปรียบเป็นอย่างมากเนื่องจากผู้ละเมิดไม่มีต้นทุนการค้นคว้าวิจัยและโฆษณาซึ่งเป็นการเอาเปรียบในทางการค้า ทำให้ประเทศผู้ผลิตอาจไม่ต้องการค้าขายหรือถ่ายทอดเทคโนโลยีมายังประเทศนั้นๆ เพราะมีการละเมิดลิขสิทธิ์อยู่เสมอ

3) ที่สิงคโปร์พบว่า มีการอัดเสียงดนตรีโดยละเมิดลิขสิทธิ์จำนวนประมาณ 40 ล้านดลัปในแต่ละปี ซึ่งสามารถนำเงินได้ไม่ต่ำกว่า 50 ล้านดอลลาร์สหรัฐและในฮ่องกงมีอาชญากรรมที่ผลิตเครื่องคอมพิวเตอร์ปลอมยี่ห้อ IBM และ APPLE²⁴ และสำหรับในประเทศไทยก็มีปรากฏให้พบเห็นกันอยู่ทั่วไปตามร้านค้าแผงลอย หรือศูนย์การค้าที่มีการจำหน่ายให้บริการ หรือประกอบบริการพาณิชย์ อันเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ สำหรับรูปแบบลักษณะในการกระทำความผิดดังกล่าวที่พบเห็นได้โดยทั่วไปได้แก่²⁵

- ทำซ้ำหรือคัดลอกเพลง ทั้งของค่ายเพลงต่างประเทศ และในประเทศพบเห็นได้ในลักษณะของการขายแผ่นซีดี MP3 หรือแผ่นซีดีเถื่อนที่คัดลอกเพลง

- ทำซ้ำหรือคัดลอกภาพยนตร์ มีทั้งขายและให้เช่า ในรูปแบบแผ่นซีดี และพบการละเมิดในรูปแบบวิดีโอ ตามร้านให้เช่าวิดีโอ ซึ่งส่วนมากเป็นร้านที่ไม่ได้อยู่ในเครือธุรกิจแฟรนไชส์

- การละเมิดงานวรรณกรรม พบเห็นเสมอตามสถานศึกษา ที่นิยมถ่ายสำเนาตำราเรียนจากต่างประเทศ เนื่องจากการถ่ายสำเนาใช้ต้นทุนต่ำกว่าจะซื้อตำราจากผู้มีสิทธิ

- การละเมิดสิทธิในลักษณะโปรแกรมคอมพิวเตอร์ พบได้เกือบทุกภาค ตามศูนย์การค้าที่มีการขายอุปกรณ์เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์

เห็นได้ว่า การละเมิดลิขสิทธิ์เหล่านี้ไม่มีต้นทุนในการสร้างสรรค์ดังนั้นจึงสามารถนำไปแสวงหากำไรได้มากเนื่องจากราคาการผลิตต่ำ อันจะเป็นทางให้เจ้าของลิขสิทธิ์เสียเปรียบในการการค้าเป็นอย่างมากเพราะทำให้กำไรที่ควรจะได้รับหากมีการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบของเจ้าของลิขสิทธิ์ขาดไป แม้ความเสียหายจะเป็นเรื่องในอนาคตที่คาดว่าจะได้รับก็ตามแต่ก็เป็นสิ่งที่คาดการณ์ได้ค่อนข้างแน่นอนเมื่อพิจารณาจากเนื้องานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ๆ ดังนั้นความเสียหายจึงอาจคำนวณเป็นราคาเงินได้ และความเสียหายแก่งานอันมีลิขสิทธิ์จะเป็นเท่าใดในประเทศแคนาดาให้พิจารณาถึงชื่อเสียงของงานนั้นและในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีหลักการสำคัญประการหนึ่งว่าให้พิจารณาจากความสามารถในการผลิตงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นว่าเจ้าของลิขสิทธิ์มีความสามารถเพียงพอต่อความต้องการของตลาดหรือไม่ เช่น หากเจ้าของลิขสิทธิ์ผลิตแผ่นเพลงได้ 10,000 แผ่น แต่ความต้องการในงานนั้น ๆ มีถึง 1,000,000 แผ่น ก็เท่ากับว่าแม้หากไม่มีการละเมิดลิขสิทธิ์เจ้าของลิขสิทธิ์ก็ไม่มีความสามารถเพียงพอที่จะผลิตงานให้พอเพียงกับความต้องการของตลาดได้เช่นนี้ถือว่ามีความเสียหายน้อย

²⁴ กุลพล พลวัน, การบริหารกระบวนการยุติธรรม, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544) หน้า 195.

²⁵ วีระพงษ์ บุญญาภาส, อาชญากรรมทางเศรษฐกิจ, หน้า 406.

ความเสียหายของเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นส่วนมากเป็นความเสียหายทางทรัพย์สินและการละเมิดลิขสิทธิ์ทำให้ผู้กระทำผิดได้รับเงินเป็นจำนวนมาก ดังนั้นการลงโทษปรับจะทำให้ผู้กระทำผิดไม่ได้รับผลประโยชน์จากการกระทำของตน แต่อย่างไรก็ตามโทษปรับนี้ส่วนมากหาได้กำหนดให้มีความสัมพันธ์กับผลประโยชน์ที่ผู้กระทำผิดได้รับไม่โทษปรับนี้กล่าวคือ โทษปรับส่วนมากมีอัตราต่ำกว่าทรัพย์สินที่ได้ไปจากการกระทำผิด ในเบื้องต้นได้มีข้อสังเกตกันว่า ประโยชน์ที่ผู้กระทำผิดได้รับไป (gain) นั้นเป็นคนละสิ่งและอาจมีจำนวนไม่เท่ากับจำนวนความเสียหายต่อสังคม (social harm) ก็ได้²⁶ เช่น ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์อาจได้รับเงินเป็นจำนวนสิบล้านบาท แต่การถูกตัดโอกาสทางการค้าจากประเทศผู้ถูกละเมิดลิขสิทธิ์อาจทำให้ประเทศผู้ละเมิดต้องสูญเสียโอกาสที่จะได้รับเงินหลายหมื่นล้านบาท ผลกระทบในมุมมองนี้ผู้กระทำผิดและผู้สนับสนุน (ผู้ที่ใช้งานอันละเมิดลิขสิทธิ์) อาจไม่ทราบ ดังนั้นการกำหนดให้การละเมิดงานอันมีลิขสิทธิ์เป็นความผิดทางอาญาจึงเหมาะสม เนื่องจากเป็นสถานะที่รัฐควรจะมีการดูแลให้มีสภาพบังคับที่เด็ดขาดและรวดเร็วโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็น อีกทั้งมีการแบ่งค่าปรับเพื่อบรรเทาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายอันจะเป็นแรงจูงใจในการพิทักษ์สิทธิของตนเองซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการเฝ้าระวังการกระทำผิดซึ่งนานาประเทศได้พยายามกำหนดหลักเกณฑ์ในกฎหมายอาญาเพื่อส่งเสริมการพิทักษ์สิทธิเช่นเดียวกันนี้และถือเป็นการคุ้มครองโดยทั่วไปในการส่งเสริมและสนับสนุนระบบการค้าเสรีเพื่อมิให้เกิดความได้เปรียบหรือเสียเปรียบกับในทางการค้าการลงทุน

นอกจากนี้การละเมิดลิขสิทธิ์นี้ได้ถูกยกขึ้นเป็นข้อหนึ่งในการโจมตีการลงนามในเรื่องเขตการค้าเสรีระหว่างประเทศโดย Dr. JEFFEY RACE ได้ให้การต่อคณะกรรมการนโยบายการค้าเสรีของประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อวันที่ 26 มีนาคม 2547 เรื่อง The rule of law in THAILAND ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ควรทำการค้าเสรีกับประเทศไทยเนื่องจากคนไทยไม่เคารพกฎหมายและไม่ทำให้กฎหมายศักดิ์สิทธิ์ทั้งเจ้าหน้าที่ก็เฉยเมยกับการบังคับใช้กฎหมาย คนยิ่งใหญ่อยู่เหนือกฎหมายแท้จริงก็คือ ผู้มีอำนาจปิดกั้นและโกงทรัพย์สิน ในส่วนของผู้นำสามารถลงนามได้แต่ขาดซึ่งความสามารถในภาคปฏิบัติที่จะทำตามข้อตกลงประเทศสหรัฐอเมริกาจะต้องทนถูกดูหมิ่นเหยียดหยามหากลงนามทางการค้าเสรีกับประเทศไทย²⁷ ซึ่งโอกาสทางการค้ามีผลกระทบต่อเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศไทย และในข้อนี้เป็นผลกระทบต่อรัฐไม่น้อยไปกว่าสิทธิของเอกชน ดังนั้นรัฐจึงมีความจำเป็นที่จะต้องบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

²⁶ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, "โทษอาญาทางเศรษฐกิจ" ในวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (ปีที่ 23 ฉบับที่ 3 : 2536) หน้า 575 – 578.

²⁷ สมเกียรติ อ่อนวิมล, รายการโทรทัศน์. โลกยามเช้า (Morning World). กรุงเทพมหานคร: โมเดิร์นไนน์ทีวี, 26 มีนาคม 2547 และ <http://www.camlab.com> [26 MARCH 2527]

อย่างไรก็ดีแม้เจ้าของลิขสิทธิ์จะได้รับผลกระทบโดยตรงจากการละเมิดลิขสิทธิ์และการละเมิดลิขสิทธิ์จะส่งผลกระทบโดยอ้อมต่อการค้าการลงทุนดังที่ได้กล่าวมาแล้วก็ตาม แต่ก่อนที่จะมาเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น มีข้อพิจารณาว่าเจ้าของลิขสิทธิ์ยอมใช้องค์ความรู้อื่นๆ มาประกอบกันขึ้นเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ หมายความว่า ประชาชนคนอื่นๆ ก็มีส่วนโดยตรงหรือโดยอ้อมในงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น ดังนั้นการกำหนดให้เป็นสิทธิแต่ผู้เดียวอันเป็นการกำหนดประโยชน์เด็ดขาดแก่เจ้าของลิขสิทธิ์จึงควรขึ้นอยู่กับความเป็นธรรมในการแสวงหาประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ด้วย ว่าประโยชน์ที่เจ้าของลิขสิทธิ์ควรจะได้รับควรจะเป็นเท่าใดและการดำเนินธุรกิจของเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นเป็นธรรมต่อประชาชนคนอื่นๆ แล้วหรือไม่²⁸ กล่าวคือการแสวงหากำไรจากงานอันมีลิขสิทธิ์ต้องไม่เป็นการเอาเปรียบหรือค้ำกำไรเกินสมควรด้วย

4.4 ปัจจัยและเหตุผลในการใช้ดุลพินิจการกำหนดโทษ²⁹

เมื่อพิจารณาแนวคิดเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษผู้กระทำผิด ลักษณะความผิดและอัตราโทษในคดีลิขสิทธิ์แล้ว มีข้อที่น่าพิจารณาเกี่ยวกับดุลพินิจในการกำหนดโทษ ดังต่อไปนี้

4.4.1. แนวทางที่มีการใช้โทษปรับเป็นหลักเป็นส่วนใหญ่นั้น น่าจะเหมาะสมกับลักษณะความผิดคดีทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการค้าและผลประโยชน์ทางการค้า และได้ผลตามทฤษฎีการลงโทษ ทั้งไม่มีผลกระทบต่อสังคมจากคนที่พ้นโทษจำคุก และไม่เป็นการงบประมาณงานราชทัณฑ์ด้วย เว้นแต่คดีที่มีผลเสียหายจากการกระทำผิดที่ร้ายแรงเห็นได้ชัด

4.4.2. การวางโทษปรับเท่าใดถึงจะเหมาะสม โดยหลักกว้างๆ ก็ต้องดูสภาพความผิดว่าผู้กระทำผิดทำผิดร้ายแรงเพียงใด และผู้เสียหายได้รับผลเสียหายมากน้อยเพียงใด ขนาดที่พอจะประมาณได้เบื้องต้น คือ ค่าปรับนั้นควรมากกว่าผลประโยชน์ที่จำเลยควรได้รับจากการกระทำ ความผิด และสูงมากเพียงใดก็อาจดูได้จากประโยชน์ของจำเลยที่จะได้จากการกระทำผิดกับความเสียหายของผู้เสียหาย แต่สำหรับความเสียหายของผู้เสียหายนั้น หากมีโอกาสทำได้น่าจะไม่ลืมนึกว่าผู้เสียหายเองนั้นใช้สิทธิแต่ผู้เดียวในการผูกขาดแสวงหาประโยชน์จากผู้บริโภคเกินสมควรหรือไม่ด้วย มิฉะนั้น อาจกลายเป็นเครื่องมือคุ้มครองผู้เอาเปรียบสังคมมากเกินไปก็ได้ เช่น ผู้เสียหายขายสินค้าสูงกว่าราคาต้นทุนสินค้า และประโยชน์อันควรได้จากสิทธิในทรัพย์สินทาง

²⁸ รองศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. สัมภาษณ์, 25 เมษายน 2547.

²⁹ สุรินทร์ นาควิเชียร, "การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษคดีทรัพย์สินทางปัญญา," วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ (ธันวาคม 2543) : 327.

ปัญหาหลายเท่าตัว ซึ่งที่ถูกไม่ควรให้ทำได้เช่นนั้น กรณีเช่นนี้ถ้าคิดถึงคดีทำร้ายร่างกายที่ผู้เสียหายเป็นผู้ก่อขึ้นก่อนก็อาจนำมาใช้ประกอบดุลพินิจการวางโทษได้

4.4.3. ข้อเท็จจริงอื่น ๆ ที่น่าจะมีผลต่อการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ เช่น คดีลิขสิทธิ์และสิทธิบัตร มูลค่าของสินค้าและจำนวนสินค้า ในทางปฏิบัติมักจะรู้แต่จำนวนสินค้าของกลาง แต่ไม่รู้มูลค่าซึ่งเป็นข้อมูลสำคัญด้วย เช่น กรณีทำซ้ำงาน อันมีลิขสิทธิ์หรือเผยแพร่หรือให้เช่า วีดีโอเทป หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ถ้าเป็นภาพยนตร์เก่าที่ไม่ค่อยนิยมแล้ว หรือโปรแกรมเก่า น่าจะมีมูลค่าทางการค้าน้อยกว่าของที่กำลังอยู่ในความนิยม ผลประโยชน์ที่จำเลยได้รับต่อหน่วยของสินค้า และผลเสียหายของผู้เสียหายน่าจะน้อย เช่น มีโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไว้เพื่อขาย ถ้าเป็นโปรแกรมล้ำสมัยแม้จำนวนมากก็อาจร้ายแรงน้อยกว่ามีเพื่อขาย ซึ่งโปรแกรมที่กำลังนิยมจำนวนน้อย เป็นต้น เพราะฉะนั้นถ้าพิจารณาแต่จำนวนสินค้าของกลางเท่านั้น ก็ยากจะกำหนดโทษได้เหมาะสมกับสภาพความผิด นอกจากนี้ยังต้องพิจารณาด้วยว่า จำเลยเป็นเจ้าของกิจการหรือลูกจ้าง และถ้าเป็นเจ้าของกิจการเองก็อาจต้องดูลักษณะกิจการเล็กหรือใหญ่ หรือเป็นเพียงหาบเร่ แผงลอย

ในทางทฤษฎีมีแนวคิดว่าการค้าของประเทศไทยเป็นระบบการค้าเสรี ซึ่งทุกคนมีสิทธิในการประกอบการค้าอย่างเสรีเท่าเทียมกันทั้งในการค้าภายในและระหว่างประเทศ สิ่งที่จะต้องตระหนักคือ การค้าเสรีนั้นอยู่บนพื้นฐานของการมีอำนาจต่อรอง (Bargaining Power) เท่าเทียมกัน แต่ในข้อเท็จจริงคู่สัญญาอาจมีอำนาจต่อรองไม่เท่าเทียมกันอย่างแท้จริง ดังนั้น อาจเกิดคำถามว่า การใช้ดุลพินิจในการลงโทษจะต้องคำนึงถึงปัจจัยดังกล่าวหรือไม่ อย่างไรก็ตาม การใช้ดุลพินิจในการลงโทษควรอยู่บนพื้นฐานของหลักนิติธรรม (The Rule of Law) กล่าวคือ ความชอบธรรมคือ กฎหมาย ซึ่งแตกต่างจากความคิดที่ว่า กฎหมายคือความชอบธรรม³⁰ กล่าวคือการใช้ดุลพินิจในการลงโทษต้องคำนึงถึงความเป็นธรรมยิ่งไปกว่ากฎหมายโดยใช้ข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคดีมาปรับเพื่อให้เกิดความเหมาะสมในการลงโทษแต่ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมาย

4.5 วิเคราะห์ความเหมาะสมในการลงโทษในคดีลิขสิทธิ์

การละเมิดลิขสิทธิ์เป็นอาชญากรรมทางเศรษฐกิจที่ทำให้ผู้กระทำผิดได้รับผลประโยชน์ในทางทรัพย์สินเป็นจำนวนมากแต่ผลกระทบที่เกิดขึ้นไม่ใช่ผลกระทบถึงความปลอดภัยในชีวิตหรือปลอดภัยในทรัพย์สินของประชาชนในสังคม ดังนั้นการลงโทษผู้กระทำผิดจึงไม่จำเป็นต้องถึงกับตัดออกจากสังคมแต่การลงโทษจำเป็นต้องมีมาตรการในการบังคับโทษที่ได้ผลเป็นการตอบสนอง

³⁰ เรื่องเดียวกัน , หน้า 330-331.

ความมุ่งหมายในการลงโทษ เรื่องการลงโทษปรับนั้นในด้านทฤษฎีปริมาณการกระทำผิดจะมุ่งพิจารณาถึงส่วนต่างระหว่างประโยชน์ที่ได้รับจากการกระทำผิดเป็นสำคัญ (classical deterrence หรือ theory of gain-based deterrence) โดยมุ่งหมายมิให้ผู้กระทำผิดได้รับประโยชน์จากการกระทำของตน แต่การดำเนินการลงโทษก็สร้างภาระกับสังคมเช่นกัน (social cost) กล่าวคือ

- (1) ภาระต่อสังคมที่เกิดจากการกระทำนั้น
- (2) ค่าใช้จ่ายในการตรวจตราจับกุม และ
- (3) ค่าใช้จ่ายในการดำเนินการลงโทษ (บังคับค่าปรับหรือจัดให้มีเรือนจำเพื่อกักขัง)

ดังนั้น Becker จึงได้เสนอทฤษฎีค่าสูงสุดของการปรับ (optimal deterrence model) โดยเห็นว่าการลงโทษปรับจะเกิดภาระแก่สังคมน้อยกว่าการปล่อยให้มีการกระทำเช่นนั้นต่อไป หากลงโทษไปแล้วเป็นภาระแก่สังคมมากขึ้นก็ไม่ลงโทษเสียดีกว่า นอกจากนี้ การกำหนดโทษต่ำไป (under deterrent) ผู้คนก็จะไม่เกรงกลัวที่จะทำผิด โดยอาจเข้าใจเพียงว่าอาชญาปัญหาต่าง ๆ ในการทำผิดได้ด้วยการยอมใช้เงินค่าปรับเท่านั้น แต่หากกำหนดโทษสูงไป (over deterrence) คนก็จะระมัดระวังเกินไปและเสียค่าใช้จ่ายในการระวางมากไปจนไม่ซ่องแหวะเข้ามาเกี่ยวข้องเลย เช่น ในกรณีการแข่งขันทางการค้า ก็อาจเลิกแข่งขันไปเลยเพราะเกรงกฎที่รุนแรง³¹

ดังนั้นการลงโทษปรับจึงถูกสนับสนุนด้วยแนวความคิดดังกล่าว เนื่องจากโทษปรับไม่ทำให้เกิดภาระและค่าใช้จ่ายแก่สังคมในการดำเนินการลงโทษ นอกจากนี้การใช้โทษปรับยังต้องคำนึงถึงความเหมาะสมกับสภาพความผิดด้วย ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า โทษปรับเป็นโทษที่ป้องกันการกระทำผิดเพื่อหวังประโยชน์เป็นกำไร เมื่อพิจารณาถึงลักษณะการคุ้มครองลิขสิทธิ์นั้นเป็นการคุ้มครองสิทธิทางเศรษฐกิจเพื่อให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิได้ประโยชน์ในการแสวงหากำไรจากงานสร้างสรรค์นั้น ๆ สิทธิทางเศรษฐกิจนี้เป็นสิทธิในทรัพย์สินที่เจ้าของลิขสิทธิ์พึงได้และกฎหมายได้คุ้มครองสิทธิทางเศรษฐกิจของผู้สร้างสรรค์โดยหวังกันมิให้บุคคลอื่นมา ทำซ้ำ (Copy) ดัดแปลงหรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนในงานอันมีลิขสิทธิ์ และให้เป็นสิทธิแต่ผู้เดียวในการกระทำดังกล่าว เนื่องจากเป็นผลผลิตที่ได้มาจากการแสดงออกซึ่งความคิดของผู้สร้างสรรค์ดังนั้นผู้สร้างสรรค์จึงควรได้รับประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากงานนั้น ๆ สำหรับแนวความคิดในการคุ้มครองลิขสิทธิ์เนื่องจากผู้สร้างสรรค์ผลงานต่าง ๆ มีส่วนในการพัฒนาของมวลมนุษยชาติ จึงเกิดมีกฎหมายที่มุ่งจะคุ้มครองการแสดงออกซึ่งความคิดเหล่านี้โดยมีรายละเอียดในความคุ้มครองและการเรียกชื่อต่างกัน โดยกฎหมายลิขสิทธิ์ประสงค์ที่จะให้ผู้สร้างสรรค์งานเกิดแรงจูงใจที่จะคิดสร้างสรรค์งานประเภทต่าง ๆ หรือมีกำลังใจในการที่จะช่วยกันคิดช่วยกันสร้างผลงานที่เป็นประโยชน์

³¹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, "โทษอาญาทางเศรษฐกิจ", หน้า 575 - 578.

แก่ผู้สร้างสรรค์และสังคม ซึ่งเป็นแนวความคิดที่เป็นนามธรรม สิ่งที่จะทำให้แนวความคิดนี้บังเกิดผลอย่างเป็นรูปธรรมก็คือ การที่กฎหมายแสดงออกว่าให้ความคุ้มครองสิทธิทางเศรษฐกิจ (Economic Right) ในอันที่เจ้าของลิขสิทธิ์จะแสวงหาประโยชน์จากงานสร้างสรรค์ของตน และสิทธิทางเศรษฐกิจนี้เป็นสิทธิทางทรัพย์สินอย่างหนึ่งซึ่งอยู่ในสิบบสามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายอำมมุ่งจะคุ้มครองจึงมีการกำหนดให้การประทุษร้ายต่อทรัพย์สินเป็นความผิดอาญา และการคุ้มครองลิขสิทธิ์นี้จึงเป็นอย่างเดียวกันกับการคุ้มครองทรัพย์สินอื่นๆ ทั้งการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นการกระทำให้เกิดความเสียหายในเชิงทรัพย์สินและผู้กระทำผิดกระทำไปด้วยความโลภอยากได้ประโยชน์ด้วยวิธีทางอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย การลงโทษปรับแทนที่จะเงินมาแต่กลับต้องสูญเสียเงินไปทุกครั้งก็กระทำความผิดดั่งนั้นโทษปรับจึงเหมาะสมกับความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ และอีกเหตุผลหนึ่งที่สนับสนุนการลงโทษปรับกับคดีลิขสิทธิ์ก็คือ เมื่อเปรียบเทียบกับนานาประเทศแล้วเห็นได้ว่าการกำหนดโทษปรับไว้สูงกว่าโทษจำคุก ผู้เขียนเห็นว่า ความเสียหายและประโยชน์ที่ได้รับนอกเหนือไปจากเหตุผลทางด้านการเมืองระหว่างประเทศ ประเทศดังกล่าวมาข้างต้นยังเห็นกันว่า การละเมิดลิขสิทธิ์นั้นไม่ควรถึงกับต้องตัดผู้กระทำผิดออกจากสังคมโดยใช้โทษจำคุก การลงโทษปรับในอัตราสูงก็น่าจะเพียงพอในการตัดแรงจูงใจในการกระทำผิดได้และใช้มาตรการทางแพ่งเรียกร้องค่าเสียหายคือกำไรที่จำเลยได้รับไปจากการกระทำผิดก็เพียงพอในอันที่จะเยียวยาความเสียหายได้ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าในประเทศอังกฤษใช้กระบวนการทางแพ่งในการเรียกค่าเสียหายมากกว่ากระบวนการทางอาญาเพราะมีบรรยากาศในการดำเนินคดีที่เหมาะสมจะตกลงกันในเรื่องความเสียหายทางทรัพย์สิน แต่ในประเทศไทยนั้นการจะใช้กระบวนการทางแพ่งให้ได้ผลเป็นการป้องปรามการละเมิดลิขสิทธิ์โดยรวดเร็วดูจะเป็นไปได้ยาก ดังคำกล่าวที่ว่า คนไม่กลัวเสียเงินแต่กลัวติดคุก ทั้งวิธีพิจารณาคดีทางแพ่งมีระยะเวลาในการดำเนินคดีนานทั้งหลังจากมีคำพิพากษาเจ้าของลิขสิทธิ์(เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษา) ในทางปฏิบัติส่วนมากยังต้องดำเนินการบังคับคดีโดยสืบหาทรัพย์สินของจำเลยนำยึดออกขายทอดตลาดเพื่อนำเงินมาชำระหนี้ตามคำพิพากษาต่อไปอีกภายในสิบปีนับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดซึ่งหากใช้หลักเกณฑ์ตามวิธีพิจารณาคดีแพ่งดังกล่าว คงจะไม่สอดคล้องกับข้อตกลง TRIPS ในภาค 3 การบังคับให้เป็นไปตามสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญา ตอน 1 พันธกรณีทั่วไป ข้อ 41 (1) ซึ่งกำหนดให้มีการเยียวยาโดยไม่ชักช้าเพื่อป้องกันการละเมิด ดังนั้นในทางปฏิบัติการแบ่งค่าปรับจากโทษปรับในคดีอาญาอันจะส่งผลให้เป็นหน้าที่ของผู้กระทำผิดต้องนำเงินมาชำระต่อศาลเพื่อที่จะได้แบ่งให้แก่ผู้เสียหายต่อไปมิฉะนั้นอาจถูกกักขังแทนค่าปรับได้ (แม้จะไม่ใช้ความมุ่งหมายของการลงโทษที่พึงประสงค์ก็ตามแต่เป็นมาตรการหนึ่งที่ทำให้เกิดความเกรงกลัวต่อโทษปรับยิ่งไปกว่าการยึดทรัพย์สินเพื่อนำมาชำระค่าปรับ)

ลักษณะพิเศษของโทษปรับตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ที่มีการแบ่งค่าปรับให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์นั้นเป็นโทษที่เป็นประโยชน์ต่อรัฐและต่อเจ้าของลิขสิทธิ์เอง เนื่องจากมีการชดเชยความเสียหาย

หายโดยใช้มาตรการทางอาญา ประกอบกับนักอาชญาวิทยาปัจจุบันมีความเห็นโน้มเอียงว่า หากศาลกำหนดมาตรการบังคับให้ผู้กระทำผิดชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้เสียหาย ดังเช่นกรณีการให้ผู้กระทำความผิดเสียค่าปรับแก่รัฐแล้ว อาจจะเป็นวิธีทางหนึ่งที่จะช่วยลดการกระทำผิดฐานประทุษร้ายต่อทรัพย์สินให้ลดน้อยลงได้ และนับเป็นวิธีการลงโทษที่เหมาะสมกับภาวะสังคมปัจจุบัน โดยเหตุผลที่ว่า การประกอบอาชญากรรมเป็นการจงใจประทุษร้ายต่อรัฐ และก่อให้เกิดความเสียหายทั้งในด้านส่วนตัว และในทรัพย์สินของบุคคลตามหลักวิทยาการว่าด้วยผู้ถูกกระทำร้าย (Victimology) ถือว่า การก่ออาชญากรรมแสดงถึงความสัมพันธ์เกี่ยวข้องระหว่างอาชญากร และผู้เสียหายทั้งโดยตรงหรือปริยาย จึงเป็นการชอบธรรมที่ผู้กระทำจะต้องชดเชยค่าเสียหายอย่างได้สัดส่วน ตามลักษณะความรุนแรงของอาชญากรรม แฮนส์ วอน เฮนติก (Hans Von Hentig) นักอาชญาวิทยาชาวเยอรมันผู้บุกเบิกวิทยาการว่าด้วยผู้ถูกกระทำร้าย ได้เสนอแนะว่า “ในกรณีที่มีการชดใช้ค่าเสียหาย แห่งอาชญากรรมแก่ผู้เสียหายจะมีผลต่อการกระตุ้นความสำนึกผิดของอาชญากร ยิ่งไปกว่าการชดใช้ค่าปรับแก่รัฐ”³²

แนวความคิดเกี่ยวกับการชดใช้ค่าเสียหายแก่อาชญากรรม ได้มีมาตั้งแต่สมัยกรีกโบราณ (Ancient Greece) แล้ว แต่วิธีการปฏิบัติในสมัยนั้น มุ่งกระทำตอบแทนแก้แค้นแก่ผู้กระทำผิดเป็นสำคัญ ต่อมาในคราวประชุมว่าด้วยการลงโทษและการราชทัณฑ์นานาชาติ ณ กรุงปารีส เมื่อปี ค.ศ. 1895 และกรุงบรัสเซลส์ เมื่อปี ค.ศ. 1900 ได้มีการรื้อฟื้นทบทวนหลักการชดใช้ค่าเสียหายขึ้นอีก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในการประชุมระหว่างประเทศว่าด้วยอาชญาวิทยาครั้งที่ 6 (VI International Congress on Criminology) ณ กรุงแมดริดประเทศสเปน ระหว่างวันที่ 21 - 27 กันยายน 1970 การประชุมระหว่างประเทศว่าด้วยวิทยาการผู้ถูกกระทำร้ายครั้งที่ 1 (First International Symposium on Victimology) ระหว่างวันที่ 2 - 6 กันยายน 1973 ณ เมืองเยรูซาเลม ประเทศอิสราเอล และการประชุมระหว่างประเทศ ว่าด้วยวิทยาการผู้ถูกกระทำร้ายซึ่งจัดในครั้งที่ 2 (Second International Symposium on Victimology) ระหว่างวันที่ 5 - 11 กันยายน 1976 ณ บอสตัน สหรัฐอเมริกา กอปรกับความเจริญก้าวหน้าของการศึกษาอาชญาวิทยาแผนใหม่ เป็นผลให้นักอาชญาวิทยาได้หยิบยกปัญหาว่าด้วยการชดใช้ค่าเสียหายแก่อาชญากรรม ในฐานะเป็นระบบหนึ่งแห่งมาตรการลงโทษ มาวิพากษ์วิจารณ์เสนอแนะ สนับสนุนให้หน่วยงานกระบวนการ

³² ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์ศานต์, เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

ยุติธรรมใช้บทลงโทษนี้แก่อาชญากรขยายให้กว้างขวางยิ่งขึ้น ดังเช่น แนวความคิดของ สตีเฟิน ชาเฟอร์ (Stephen Schafer) ศาสตราจารย์ทางอาชญาวิทยาและสังคมวิทยาแห่งอเมริกา ผู้สนับสนุนให้ศาลสั่งให้ผู้กระทำผิดชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้เสียหาย โดยได้กล่าวว่า “การชดใช้ค่าเสียหายแก่อาชญากรในแง่ทัศนวิทยา มีความแตกต่างไปจาก การชดใช้ค่าเสียหายทางแพ่ง เนื่องจาก การชดใช้ค่าเสียหายแก่อาชญากรถือเป็นภาระส่วนตัวของอาชญากร ที่จะต้องรับผิดชอบ ต่อความเสียหายที่ตนได้ก่อขึ้น จึงเท่ากับเป็นการเตือนสติอาชญากรให้ตระหนักถึงผลร้ายที่ตนได้กระทำลงไป โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงว่า ผู้กระทำผิดนั้นอยู่ในฐานะร่ำรวยหรือยากจน” เฮอริเบิร์ต สเปนเซอร์ (Herbert Spencer) นักวิทยาศาสตร์สังคมผู้มีชื่อเสียงอีกผู้หนึ่ง ได้เสนอแนะว่า “เรือนจำควร จะกำหนด ให้มีวิธีการหักรายได้ หรือรางวัลปันผล จากการฝึกอาชีพของผู้ต้องขัง เพื่อนำไปชดใช้ค่าเสียหายแก่เหยื่ออาชญากรรม ทั้งควรจะควบคุมผู้ต้องขังไว้ในเรือนจำ จนกว่าจะชดใช้ค่าเสียหายเสร็จสิ้นโดยบริบูรณ์แล้ว” หรือศาสตราจารย์มารวิน ดับบลิว. โวล์ฟแกงก์ (Marvin W. Wolfgang) แห่งมหาวิทยาลัยเพนซิลวาเนีย ก็ได้ให้เหตุผลสนับสนุนว่า “การลงโทษและแก้ไขความประพฤติของผู้กระทำผิด ซึ่งเป็นแนวทางปฏิบัติที่มีมาแต่เดิม ยังไม่เป็นการเพียงพอ ควรที่สังคมจะขยายขอบเขตการลงโทษ โดยให้อาชญากรชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้ถูกประทุษร้ายจากอาชญากรรมนั้น”³³

จากหลักการและเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า การบังคับให้อาชญากรชดใช้ค่าเสียหาย ถือเป็นมาตรการในทางอาญาที่มุ่งชดเชยความเสียหายแก่ผู้เสียหายจากการทำความผิด นอกเหนือไปจากการชดเชยความเสียหายทางแพ่งที่มีกฎหมายเรื่องละเมิดคุ้มครองโดยทั่วไปอยู่แล้ว ที่กำหนดเงื่อนไขในมาตรการการลงโทษที่ย้อนกลับไปใช้หลักเกณฑ์ของโทษปรับในอดีต ในความมุ่งหมายที่จะเตือนใจให้ผู้กระทำผิดได้สำนึกถึงผลร้ายจากการกระทำของตนที่กระทำต่อผู้อื่นโดยมุ่งผลถึงการกระทำที่ได้ซึ่งทรัพย์สินและเป็นการบรรเทาความเสียหายแก่ผู้เสียหาย ทั้งเป็นแรงจูงใจให้เจ้าของลิขสิทธิ์พิทักษ์สิทธิของตนเอง ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการเฝ้าระวังการกระทำ ความผิดซึ่งโทษปรับในอดีตลิขสิทธิ์เป็นโทษปรับเดียวที่มีลักษณะสอดคล้องกับความเห็นของนักกฎหมายดังกล่าวข้างต้นว่า มาตรการการชดเชยความเสียหายโดยใช้โทษปรับนี้เป็นวิถีทางหนึ่งที่จะช่วยลดการกระทำผิดฐานประทุษร้ายต่อทรัพย์สินให้ลดน้อยลงได้ ดังนั้นการใช้โทษปรับกับคดีลิขสิทธิ์เมื่อมองถึงประโยชน์ของทุกฝ่ายแล้วจึงเป็นการเหมาะสมต่อสภาวะการละเมิดดังเหตุผลที่

³³ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสตร์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 41.

ได้กล่าวมา แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่าโทษปรับจะมีความเหมาะสมกับความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ดังที่ได้ศึกษาวิเคราะห์มาแล้วแต่การบังคับโทษดังกล่าวไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควรเนื่องจากมีปัญหาในเรื่องไขของกฎหมายที่กำหนดให้ความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์เป็นความผิดอันยอมความได้ทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่ได้ผลเป็นการควบคุมและป้องกันอาชญากรรมการละเมิดลิขสิทธิ์

4.6 ปัญหาในการบังคับใช้โทษในคดีลิขสิทธิ์

4.6.1 ปัญหาเรื่องการยอมความ³⁴

แม้ว่าโทษปรับจะเหมาะสมกับการกระทำความผิดในคดีลิขสิทธิ์ แต่ในปัจจุบันพบว่าการลงโทษปรับไม่ได้มีผลเป็นการลดอาชญากรรมทางเศรษฐกิจในความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์แต่อย่างใด เนื่องจากตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ มาตรา 66 กำหนดให้คดีลิขสิทธิ์เป็นความผิดอันยอมความได้จึงปรากฏเสมอว่าเมื่อมีการจับผู้ละเมิดลิขสิทธิ์แล้วมีการยอมความกันโดยกำหนดอัตราค่ายอมความเป็นเงินจำนวนมาก ทำให้กฎหมาย เจ้าพนักงานตำรวจ เจ้าพนักงานอื่น ๆ และการลงโทษในคดีลิขสิทธิ์เป็นเพียงเครื่องมือสำรองในการเรียกค่าเสียหายทางแพ่ง ยิ่งกว่านั้นยังมีการซื้อขายใบมอบอำนาจจากเจ้าของลิขสิทธิ์ไปหนึ่งๆ ราคาหลายแสนบาท จากนั้นผู้รับมอบอำนาจได้นำเจ้าพนักงานตำรวจไปจับผู้ละเมิดลิขสิทธิ์แล้วเรียกเงินเมื่อได้เงินแล้วต่อมาก็ยอมความกัน และมีการกำหนดค่ายอมความกันในอัตราสูงโดยคำนึงถึงโทษตามกฎหมายทำให้ผู้กระทำความผิดไม่เกรงกลัวเพราะทำผิดแล้วยังสามารถตกลงกันได้ดังนั้นการที่กำหนดให้คดีลิขสิทธิ์เป็นความผิดอันยอมความได้จึงเป็นอุปสรรคที่สำคัญอันหนึ่งในการบังคับใช้กฎหมายนี้

จากการศึกษาพบว่า ในปี พ.ศ.2546

มีคดีละเมิดลิขสิทธิ์	1366	คดี
มีการยอมความ	820	คดี
มูลค่าความเสียหายเท่าที่ทราบประมาณ	26,914,700	บาท
ไม่ทราบมูลค่าของการยอมความ	54	คดี

³⁴ ความผิดอันยอมความได้นั้นการเริ่มคดีจะเริ่มที่ผู้เสียหายมาทำการร้องทุกข์ตามระเบียบ จากนั้นพนักงานสอบสวนถึงจะมีอำนาจทำการสอบสวนเพื่อสรุปสำนวนทำความเห็นส่งพนักงานอัยการมีคำสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้องต่อไป หากมีการฟ้องคดีต่อศาลชั้นต้นในความผิดนี้ศาลจะทำการวินิจฉัยหากเห็นว่ามีความผิดก็จะปรับบทลงโทษและหากคู่ความไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินและคดีไม่ต้องห้ามอุทธรณ์หรือฎีกา คู่ความก็อาจอุทธรณ์หรือฎีกาไปตามลำดับชั้นศาล โดยการยอมความนี้สามารถยอมความได้ในทุกขั้นตอนของการดำเนินคดีก่อนอ่านคำพิพากษาศาลฎีกา

สำหรับอีก 546 คดีที่มีได้มีการยอมความกันนั้นส่วนมากผู้ต้องหามักเป็นลูกจ้างไม่มีเงิน จะชำระให้แก่ผู้เสียหาย (ซึ่งส่วนมากเป็นผู้รับมอบอำนาจ) เห็นได้ว่าการยอมความกันถึง ประมาณร้อยละ 60 ของคดีที่มีการตรวจสอบพบทั้งหมด นอกจากนี้การกำหนดให้คดีลิขสิทธิ์เป็น ความผิดอันยอมความได้จึงทำให้มีการใช้เจ้าพนักงานตำรวจเป็นเครื่องมือในการจับผู้กระทำผิด พอเรียกเงินได้แล้วก็ยอมความกัน³⁵ ในเรื่องการบังคับสิทธินี้เจ้าของสิทธิส่วนมากจะมองเห็นความ สำคัญของการบังคับสิทธิเพราะต้องการให้สินค้ามีความมั่นคงทางการตลาด แต่ผู้รับมอบอำนาจ มักจะไม่มองถึงประโยชน์โดยรวมของเจ้าของลิขสิทธิ์ และหลายครั้งที่เจ้าพนักงานตำรวจไปทำการ จับยึดเครื่องจักรที่ใช้ผลิตงานละเมิดลิขสิทธิ์ โดยเสียเวลาไปเฝ้าเป็นแรมเดือนแรมปีกว่าเรื่องจะขึ้นสู่ การพิจารณาของศาล เมื่อมีการพิจารณาคดีผู้รับมอบอำนาจกลับไปทำยอมความกับผู้กระทำ ความผิดทำให้เจ้าหน้าที่รู้สึกล่าในการปฏิบัติหน้าที่ และการยอมความทำให้ผู้กระทำผิดได้ ใจเพราะถือว่าสามารถปั๊มเม็ดเงินเม็ดเงินได้ในระยะเวลาสั้นๆ แต่ได้กำไรมหาศาล จึงเป็นเหตุให้มีการ ละเมิดกันอย่างต่อเนื่อง ทั้งยังไม่สามารถสาวไปถึงตัวการใหญ่ได้เนื่องจากการขายสินค้า ละเมิดลิขสิทธิ์นั้นส่วนมากเป็นผู้รับจ้างขายโดยผู้ที่จ้างมักจะใช้เด็กเป็นเครื่องมือในเรื่องนี้หากมี การสอบสวนไปเรื่อยๆโดยไม่มีการยอมความกันก็จะสามารถสาวไปถึงตัวการใหญ่ได้ ประกอบกับ การกระทำความผิดมีลักษณะเป็นเครือข่ายองค์กรอาชญากรรม เพราะความผิดประเภทนี้ลงทุน เพียงครั้งเดียวแต่ให้ผลประโยชน์คุ้มค่าในเวลาทีรวดเร็ว³⁶ เนื่องจากการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา สามารถทำกำไรได้ประมาณ 800 %³⁷ ดังนั้นบทกำหนดที่ให้ความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์เป็นความ ผิดอันยอมความได้จึงส่งผลกระทบต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายโดยผู้ปฏิบัติงาน ถูกใช้เป็นเครื่องมือในการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบของเจ้าของลิขสิทธิ์ และทำให้การลงโทษและกระบวนการทางอาญาไม่ได้ผลเป็นการควบคุมอาชญากรรมในเรื่องละเมิดลิขสิทธิ์

³⁵ ข้อมูลจากสำนักงานรองผู้บัญชาการตำรวจสอบสวนกลาง พลตำรวจตรีเอกรัตน์ มี ปรึชา

³⁶ สุชาติ กาญจนวิเศษ, รายงานพิเศษการสัมมนาของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการ ค้าระหว่างประเทศกลาง เรื่อง ปัญหาการบังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศไทย: วิเคราะห์จุดอ่อน และแนวทางแก้ไขมาตรการทางแพ่งและทางอาญา, เมื่อวันที่ 8-9 ธันวาคม 2546 โดย ลัดดาวัลย์ สีกาแก้ว ในวารสารข่าว กฎหมายใหม่ ปีที่ 1 ฉบับที่ 19:2547 หน้า 4-9.

³⁷ ลัดดาวัลย์ สีกาแก้ว, ปัญหาการบังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศไทย: วิเคราะห์จุดอ่อน และแนวทางแก้ไขมาตรการทางแพ่งและทางอาญา, รายงานพิเศษการสัมมนา ของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง เมื่อวันที่ 8-9 ธันวาคม 2546 ใน วารสารข่าว กฎหมายใหม่ ปีที่ 1 ฉบับที่ 19:2547 หน้า 4-9.

ยิ่งกว่านั้นมีการซื้อขายใบมอบอำนาจจากเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นเงินใบละหลายแสนบาท เพื่อนำใบมอบอำนาจไปบีบบังคับให้ชดใช้ค่าเสียหายโดยปราศจากเจ้าพนักงานของรัฐโดยใช้เงื่อนไขทางกฎหมายเป็นเครื่องมือในการเจรจาต่อรองเพื่อแลกกับการไม่ร้องทุกข์กล่าวโทษเพื่อดำเนินคดีโดยมีการตั้งกลุ่มผู้รับมอบอำนาจเพื่อกระทำการนี้โดยเฉพาะ³⁸

ดังนั้นการยอมความจึงเป็นการตอยอดของปัญหาเป็นการสิ้นเปลืองและเป็นการใช้ทรัพยากรของส่วนรวมที่ไม่ชอบ

การบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์มีมาตรการทั้งทางแพ่งและทางอาญาแต่ในประเทศไทยมักใช้มาตรการทางอาญามากกว่าเนื่องจากได้ผลรวดเร็ว ค่าใช้จ่ายไม่สูง³⁹

4.6.2 ปัญหาเรื่องความรวดเร็วในการบังคับใช้กฎหมาย

เนื่องจากผู้กระทำความผิดใช้ความรวดเร็วในการ copy สินค้าดังนั้นกระบวนการสืบสวนจับกุมเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ และการพิจารณาคดีของศาลจำเป็นต้องมีความรวดเร็วเพื่อแสดงให้เห็นถึงประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย

4.6.3 ปัญหาเรื่องทัศนคติของประชาชนในสังคม

โดยหลักแล้วในเรื่องของการละเมิดลิขสิทธิ์ต้องทำให้สินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ออกไปจากตลาดให้มากที่สุด แล้วทำให้สินค้าที่มีลิขสิทธิ์ออกมาสู่ประชาชนเพื่อให้ประชาชนเลือกที่จะบริโภคสินค้าหรือไม่ แต่อย่างไรก็ดีทัศนคติของประชาชนในสังคมยังพอใจบริโภคสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์อยู่เนื่องจากมีราคาต่ำกว่างานอนมีลิขสิทธิ์มาก จึงจำเป็นต้องวิธีมีการปรับทัศนคติของประชาชนในการบริโภคสินค้า

ปัญหาเรื่องการยอมความนั้นทำให้กระทบถึงการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานผู้เกี่ยวข้อง เนื่องจากแม้ว่าเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานในส่วนของ การบังคับใช้กฎหมายได้ปฏิบัติงานอย่างเข้มแข็ง แต่เมื่อทำหน้าที่ไปแล้วสุดท้ายก็มีการยอมความกันโดยเจตนาที่แท้จริงคือการใช้อำนาจรัฐไปบีบบังคับให้ผู้ต้องหาจ่ายค่าเสียหาย ซึ่งไม่ต่างอะไรจากการเรียกค่าคุ้มครองเพื่อการไม่ดำเนินคดีกับการกระทำที่ผิดกฎหมายเป็นการใช้กระบวนการทางอาญาการบีบบังคับให้ชำระค่าเสียหายโดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นการกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้ทำให้กฎหมายและการลงโทษไม่

³⁸ ข้อมูลจากสำนักงานรองผู้บัญชาการตำรวจสอบสวนกลาง พลตำรวจตรีเอกรัตน์ มณีปรีชา

³⁹ สัตยะพล สัจจเดชะ, ปัญหาการบังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศไทย: วิเคราะห์จุดอ่อน และแนวทางแก้ไขมาตรการทางแพ่งและทางอาญา, รายงานพิเศษการสัมมนาของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง เมื่อวันที่ 8-9 ธันวาคม 2546, โดย สัตดาวลัย สีกาแก้ว ในวารสารข่าว กฎหมายใหม่ ปีที่ 1 ฉบับที่ 19:2547 หน้า 4-9.

มีประสิทธิภาพในการควบคุมอาชญากรรมในเรื่องนี้ กล่าวคือมีกฎหมายเพื่อใช้ในการเจรจาตกลงทางแพ่งเท่านั้นไม่ต่างอะไรกับการใช้กฎหมายอาญาเพื่อบีบให้ชำระหนี้ในทางแพ่งโดยที่ผู้กระทำ ความผิดมิได้รู้สึกว่าการทำความผิดอาญาเพราะ มีกระบวนการเจรจาต่อรองกันเท่านั้นและเมื่อตกลงยอมความได้คดีก็ยุติ จากนั้นผู้ต้องหาจะไปกระทำความผิดซ้ำแล้วนำเงินมาจ่ายค่ายอมความ เป็นวัฏจักรวนเวียนไปอย่างนี้ ความศักดิ์สิทธิ์ในกฎหมายจำต้องคลายลงเพราะปัญหานี้และจะไม่สามารถแก้ไขการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ แม้ว่าการลงโทษปรับจะเหมาะสมต่อการกระทำความผิดแต่เมื่อผู้กระทำความผิดไม่ได้เข้าไปสู่กระบวนการในการปรับ เนื่องจากมีการเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์ที่กำหนดให้การละเมิดลิขสิทธิ์เป็นความผิดอาญาเป็นเพียงการใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ เพื่อใช้อำนาจรัฐในการบีบให้ชำระค่าเสียหาย และยังกระทบต่อรายได้ของรัฐที่ควรจะได้จากการลงโทษปรับซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อรัฐและต่อตัวเจ้าของลิขสิทธิ์เอง การกำหนดให้คดีลิขสิทธิ์เป็นความผิดอันยอมความได้จึงเป็นช่องว่างของกฎหมายทำให้ผู้เสียหายแสวงหาผลประโยชน์โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและทำให้ผู้ต้องหากระทำความผิดซ้ำ การบังคับใช้กฎหมายไม่ได้ผลในการควบคุมอาชญากรรมเรื่องละเมิดลิขสิทธิ์ ส่งผลให้เกิดความเสียหายต่อส่วนรวมและต่อประเทศชาติในด้านการค้าการลงทุนมากซึ่งผลกระทบเรื่องนี้เป็นผลกระทบโดยอ้อมต่อการดำเนินชีวิตของประชาชนทุกคนในประเทศไทย

4.7 ประสิทธิภาพในการบังคับใช้โทษในคดีลิขสิทธิ์

โทษในคดีลิขสิทธิ์มีทั้งโทษปรับและโทษจำคุกปรับ สำหรับโทษปรับกำหนดไว้สูงสุดถึงแปดแสนบาท แต่ในทางปฏิบัติการละเมิดลิขสิทธิ์ก็ยังมีอยู่และบทลงโทษดังกล่าวหาได้ผลเป็นการยับยั้งชั่งใจไม่ เนื่องจากมีการยอมความกันก่อนที่จะเข้าสู่การพิจารณาของศาลเป็นจำนวนมากโดยในปัจจุบันเจ้าของลิขสิทธิ์มองการยอมความเป็นเรื่องธุรกิจที่สร้างรายได้ให้แก่ตนเองและไม่ได้หวังผลในการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์แต่เป็นไปเพื่อธุรกิจการค้านอกเหนือไปจากการขายงานอันมีลิขสิทธิ์ เช่น การขายใบมอบอำนาจ 20 ใบ ราคา 500,000 บาท เท่ากับราคาใบละ 10,000 บาท โดยกำหนดเขตพื้นที่ในการร้องทุกข์จับกุม และกำหนดเวลาไว้ 1 เดือน จากนั้นก็นำตำรวจไปจับเพื่อเรียกร้อยเงินในการยอมความโดยเรียกค่ายอมความในการขายงานละเมิดลิขสิทธิ์ราคา 30,000 บาท ต่อหนึ่งชิ้นงานละเมิด ถ้าไร 20,000 บาท ต่อหนึ่งชิ้นงานละเมิดและกลายเป็นอาชีพหนึ่งโดยซื้อใบมอบอำนาจมาแล้วไปเรียกร้อยเงินโดยมิได้มีเจตนามุ่งหมายในการปราบปรามการละเมิดลิขสิทธิ์แต่อย่างใด ในปัจจุบันการขายใบมอบอำนาจนี้จะมีการแบ่งเขตของผู้รับมอบอำนาจ หมายความว่า การรับมอบอำนาจจะมีการจำกัดเขตในการแจ้งความร้องทุกข์ว่ามีอำนาจในการแจ้งความร้องทุกข์ในเขตใดหลังจากนั้นก็ให้นำเจ้าพนักงานตำรวจไปจับแล้วก็เรียกเงินเพื่อยอมความเนื่องจากมีต้นทุนดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นในการรับมอบอำนาจเพื่อดำเนินคดี ดังนั้นจำเป็นต้อง

เจรจาตกลงยอมความให้ได้กำไรจากการลงทุนซื้อใบมอบอำนาจ⁴⁰ ผู้รับมอบอำนาจหลังจากจับแล้วจึงต้องเกลี้ยกล่อมให้ผู้กระทำความผิดจ่ายค่ายอมความ เนื่องจากหากปล่อยให้การดำเนินคดีเป็นไปตามขั้นตอนรายได้ที่ได้รับจากการแบ่งค่าปรับไม่แน่นอน การยอมความสามารถสร้างรายได้ที่แน่นอนกว่า ในส่วนของเจ้าของลิขสิทธิ์พอใจกับรายได้จากการขายใบมอบอำนาจ และผู้กระทำความผิดก็พอใจที่จะจ่ายค่ายอมความมากกว่าการถูกลงโทษปรับเนื่องจากปรับเนื่องจากการถูกลงโทษปรับมีประวัติในการกระทำความผิดหากกระทำความผิดซ้ำอาจถูกเพิ่มโทษและหากกระทำซ้ำอีกอาจถูกจำคุกในที่สุด การยอมความจึงเป็นทางเลือกที่ทั้งเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้กระทำผิดพอใจ ดังนั้นการซื้อขายใบมอบอำนาจจึงกลายเป็นช่องทางหนึ่งในการหารายได้ทางธุรกิจของเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของการสนับสนุนให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์ต่อไปเป็นการต่อยอดของปัญหาและการจ่ายค่ายอมความจึงกลายเป็นค่าคุ้มครองการกระทำความผิด ต่อไปอาจจะไม่มีการนำกำลังเจ้าพนักงานตำรวจไปจับแต่มีเพียงการเสียค่าคุ้มครองโดยจะไม่แจ้งความดำเนินคดีหากมีการจ่ายค่าคุ้มครองให้ กล่าวคือในขั้นนี้เจ้าพนักงานตำรวจไปจับก่อนให้ผู้ขายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์จำนวนมากรับรู้ว่าเป็นความผิดทางอาญาถ้าไม่จ่ายเงินให้อาจถูกดำเนินคดี เมื่อสร้างบรรทัดฐานในการใช้กฎหมายแล้วก็ใช้วิธีการเรียกค่าคุ้มครองในการอนุญาตให้กระทำความผิดตามกฎหมายได้ และหากเป็นเช่นนั้นประเทศไทยก็ต้องตกเป็นจำเลยของโลกการค้าการลงทุนเพราะเหตุว่า ยินยอมให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นโดยที่ไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายให้มีผลเป็นการควบคุมอาชญากรรมได้ ดังนั้นการกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาและการลงโทษจึงไม่มีผลเป็นการควบคุมอาชญากรรมเท่าใดนักเนื่องจากมีการยอมความกัน ทำให้การบังคับใช้โทษในคดีลิขสิทธิ์ไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร

ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁴⁰ พลตำรวจตรีเอกรัตน์ มีปรีชา.รองผู้บัญชาการตำรวจสอบสวนกลาง.สัมภาษณ์,