บทที่ 3

สภาพบังคับของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 กับหลักกฎหมายอาญาทั่วไป

3.1 เหตุผลที่ต้องมีสภาพบังคับทางอาญาในกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย

3.1.1 ความจำเป็นตามพันธกรณีระหว่างประเทศ

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 1 ว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยเริ่มมีการกำหนดให้การละเมิดลิขสิทธิ์เป็นความผิดทางอาญาและมีบทกำหนดโทษในพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ.2474 เป็นฉบับแรก ซึ่งนอกจากเหตุผลของความบกพร่องล้าสมัยของพระราชบัญญัติกรรมสิทธิ์ผู้แต่งหนังสือ ร.ศ.120 แล้ว ยังมีเหตุผลเรื่องพันธกรณีระหว่างประเทศของอนุสัญญาเบอร์นที่ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีอีกด้วยดังที่ได้กล่าวไปแล้ว ในขณะนั้นมีประเทศอื่น ๆ อีกหลายประเทศที่ได้มีการประกาศใช้กฎหมายลิขสิทธิ์และมีการกำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้ฝ่าฝืนเอาไว้ด้วย อันอาจเป็นแบบอย่างให้กับประเทศไทยในการร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ.2474 ก็ได้ อย่างไรก็ตาม เมื่อประเทศไทยเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญา – เบอร์นแล้วก็ย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องออกกฎหมายภายในเพื่ออนุวัติให้เป็นไปตามหลักการในอนุสัญญาเบอร์นซึ่งประเทศไทยผูกพันอยู่ กฎหมายที่ประเทศไทยประกาศใช้ก็คือพระราชบัญญัติคุ้มครอง – วรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ.2474 ดังกล่าว และอัตราโทษที่กำหนดในพระราชบัญญัติฯดังกล่าวก็เป็นโทษปรับเพียงสถานเดียว เป็นที่น่าสังเกตว่าบทบังคับของอนุสัญญาเบอร์นไม่ได้กำหนดให้มีโทษจำคุกและปรับแก่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์เลย เพียงแต่กำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิที่จะยึดสำเนางานอันละเมิดลิขสิทธิ์นั้นได้ เช่น สินค้าที่เกิดจากการทำขึ้นจากประเทศที่ไม่ให้ความคุ้มครองหรือยกเลิกการคุ้มครอง และการยึดดังกล่าวต้องเป็นไปตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ ทั้งนี้เป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 16 ของอนุสัญญาเบอร์นฉบับ Berlin Act, ค.ศ.1981[1]

---

[1]ไชยยศ เหมะรัชตะ, ปัญหากฎหมายลิขสิทธิ์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2528), หน้า 248.

และนอกจากภาระผูกพันตามอนุสัญญาเบอร์นแล้ว ยังมีความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า หรือ TRIPS (Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights) อันเป็นผลจากการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย ซึ่งมีข้อกำหนดที่เกี่ยวกับสภาพบังคับทางอาญาในเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาโดยเฉพาะลิขสิทธิ์อยู่ในภาคที่ 3 การบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ส่วนที่ 5 กระบวนการทางอาญา ข้อ 61 (Part III Enforcement of Intellectual Property Rights, Section 5: Criminal Procedures, Article 61) ดังนี้ "บรรดาสมาชิกจะกำหนดให้มีกระบวนการทางอาญา และการลงโทษอย่างน้อยที่สุดในคดีปลอมแปลงเครื่องหมายการค้าโดยเจตนา หรือการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีปริมาณในเชิงพาณิชย์ มาตรการเยียวยาความเสียหายจะรวมถึงโทษจำคุก และ/หรือโทษปรับเงินที่เพียงพอที่จะหยุดยั้งการกระทำดังกล่าว ทั้งนี้โดยสอดคล้องกับระดับของการลงโทษที่ใช้กับอาชญากรรมที่มีความรุนแรงเท่ากับ[2]"

จะเห็นได้ว่าจากข้อความข้างต้นนี้ เพียงแต่กำหนดขั้นต่ำไว้ว่าให้ประเทศที่เป็นสมาชิกจะต้องกำหนดให้การละเมิดลิขสิทธิ์มีโทษตามอาญาโดยการลงโทษจำคุกและ/หรือปรับเฉพาะกรณีที่มีปริมาณในเชิงพาณิชย์เท่านั้น ดังนั้น ถ้าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่มีปริมาณในเชิงพาณิชย์แล้วไม่บังคับว่าจะต้องมีการกำหนดให้มีโทษทางอาญาด้วย แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อเป็นเพียงการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำไว้ ประเทศสมาชิกก็ย่อมมีสิทธิที่จะกำหนดหลักเกณฑ์การลงโทษให้สูงไปกว่าข้อตกลงนี้ได้

---

[2]Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights แปลโดย กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์ กระทรวงพาณิชย์ (ตุลาคม 2537) ใน "กรรมสารสุดท้ายรวบรวมผลการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย: ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า, (TRIPS)", เอกสารประกอบการสัมมนาเรื่อง หลักการใหม่ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 การดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ เสนอที่สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการ 14-15 มกราคม 2538, หน้า 37.

เมื่อพิจารณาทั้งจากอนุสัญญาเบอร์นและความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPS) แล้ว พอจะสรุปได้ว่าหลักเกณฑ์ตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่กำหนดให้ประเทศไทยต้องมีสภาพบังคับทางอาญาในกฎหมายลิขสิทธิ์นั้น ก็จะเป็นเพียงโทษจำคุกและโทษปรับสำหรับความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีปริมาณในเชิงพาณิชย์ และการยึดสำเนางานอันละเมิดลิขสิทธิ์สำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ทั่ว ๆ ไป สำหรับโทษปรับนั้นประเทศไทยนำมาใช้กับความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์โดยทั่วไป ไม่ได้มีการแบ่งแยกว่าจะเป็นกรณีที่มีปริมาณในเชิงพาณิชย์หรือไม่ โดยเริ่มมีโทษปรับเป็นครั้งแรกในพระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ.2474 เรื่อยมา ส่วนโทษจำคุกนั้นนำมาใช้กับการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีปริมาณในเชิงพาณิชย์และเริ่มมีบัญญัติในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2521 เรื่อยมา ทั้งโทษจำคุกและโทษปรับในกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยนั้นมีการเปลี่ยนแปลงไปทุกครั้งที่มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย กล่าวคือ เมื่อมีการออกกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับใหม่โทษจำคุกและโทษปรับก็จะถูกแก้ไขให้สูงขึ้นตามไปด้วย

3.1.2 <u>ทฤษฎีการลงโทษทางอาญา</u>

ในสังคมยุคแรก ๆ นั้น การลงโทษต่อผู้กระทำผิดมีลักษณะเป็นการแก้แค้นส่วนตัว เช่น การกระทำเพื่อทดแทนความโกรธแค้นของผู้ถูกทำร้าย โทษที่ลงแก่ผู้กระทำผิดก็เป็นโทษรุนแรง เช่น ฆ่าผู้กระทำผิด หรือขับไล่ออกจากชุมชน ถ้าเป็นการทำร้ายคนในชุมชนอื่น การแก้แค้นก็อาจเป็นการต่อสู้กันระหว่างชุมชน ฝ่ายที่แพ้ต้องเสียเบี้ยปรับ (peine, penalty) ซึ่งเป็นมูลความคิดในเรื่องโทษอย่างหนึ่ง สมัยต่อมา เมื่อมีการปกครองชุมชนเป็นระเบียบชัดเจนขึ้นและอำนาจปกครองของหัวหน้าชุมชนเด่นชัดขึ้น การแก้แค้นเป็นส่วนตัวก็ลดลงกลายมาเป็นการลงโทษโดยหัวหน้าและวิวัฒนาการเป็นการเข้าสู่ระบบแก้แค้นโดยชุมชน จนในที่สุดก็กลายมาเป็นระบบการลงโทษโดยรัฐในปัจจุบัน[3]

---

[3]จิตติ ติงศภัทิย์, <u>กฎหมายอาญาภาค 1</u> (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2525), หน้า 6-8.

1. อำนาจในการลงโทษผู้กระทำผิด

มีปัญหาว่าการที่รัฐเข้ามาดำเนินการกับผู้กระทำความผิด รัฐมีความชอบธรรมหรืออาศัยมูลฐานอย่างไรในการใช้อำนาจลงโทษผู้กระทำความผิด แนวความคิดในเรื่องนี้มีต่างกันตามกาลสมัยเป็นลำดับมา ดังนี้[4]

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

(2) ระบบการลงโทษเป็นประโยชน์ แนวความคิดนี้มี Bentham เป็นผู้นำ ถือว่าการลงโทษผู้กระทำผิดมีประโยชน์และเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อให้ชุมชนดำรงอยู่ เพราะเป็นการป้องกันมิให้ชุมชนถูกบ่อนทำลาย อาจเป็นการป้องกันโดยทั่วไป คือ ขู่ไม่ให้คนทั้งหลายกระทำผิด มิฉะนั้นจะถูกลงโทษ หรือเป็นการป้องกันโดยเฉพาะ คือ ลงโทษผู้กระทำผิดโดยการเอาตัวไปคุมขังไว้ไม่ให้ทำผิดอีก แนวคิดนี้มองแต่ในแง่ของผลในการป้องกันการกระทำความผิดไม่ให้เกิดขึ้นอีก โทษจึงอาจรุนแรงไม่ได้สัดส่วนสัมพันธ์กับความผิดที่ได้กระทำลงไปแล้ว

(3) ระบบศีลธรรม มี Kant เป็นผู้นำ ถือว่าเมื่อมีการกระทำความผิดทำลายความสงบขึ้น ก็เป็นความยุติธรรมที่จะต้องลงโทษตอบแทนเพื่อนำความสงบเรียบร้อยกลับ

---

[4] เรื่องเดียวกัน, หน้า 8-11.

คืนมา โทษจึงมีส่วนสัมพันธ์กับความร้ายแรงของความผิด แนวความคิดนี้คำนึงถึงแต่ผลร้ายที่เกิดจากการกระทำความผิด มิได้คำนึงถึงจิตใจของผู้กระทำว่าได้ทำความผิดโดยมีเหตุและพฤติการณ์ต่าง ๆ ไม่เหมือนกัน

(4) ระบบผสม มี Rossi เป็นผู้นำ เป็นการนำเอาแนวความคิดเห็นแต่ก่อน ๆ มารวมกัน โดยมีการแทรกมนุษย์ธรรมและการตัดนิสัยเข้าไว้ด้วย โดยเห็นว่าการลงโทษผู้กระทำผิดเป็นเรื่องจำเป็นเพื่อปกป้องชุมชน แต่ต้องไม่เกินความจำเป็นและไม่เกินความยุติธรรม และการลงโทษจะกระทำก็ต่อเมื่อผู้กระทำผิดมีความรับผิดทางจิตใจ คือมีอิสระในการกระทำ ไม่อยู่ภายใต้การบังคับใด ๆ มีความรับผิดทางกาย คือ เป็นคนปกติ ไม่ใช่เด็กหรือคนวิกลจริต และมีความรับผิดต่อชุมชน คือ กฎหมายถือว่าการกระทำนั้นกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของชุมชน

2. วัตถุประสงค์ในการลงโทษ

ตามมูลฐานแห่งอำนาจการลงโทษที่ได้กล่าวไปแล้ว ย่อมเห็นได้ว่าความประสงค์ที่มุ่งหมายในการลงโทษมีอยู่ดังนี้[5]

(1) เป็นการกระทำตอบแทนต่อการกระทำผิด หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ เป็นการแก้แค้นทดแทน (expiation, retribution)

(2) เป็นการป้องกันสังคม อาจเป็นการป้องกันทั่วไป ซึ่งได้แก่

(ก) การปราบปราม (deterrence) ไม่ให้ผู้กระทำผิดนั้นคิดทำผิดขึ้นอีกและไม่ให้คนอื่นเอาอย่างทำผิดอย่างนั้นขึ้นบ้าง เพื่อปราบปรามให้เกรงขามและรักษาความสงบเรียบร้อยโดยทั่วไป (บางตำราเรียกวัตถุประสงค์นี้ว่าการลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่[6])

---

[5] เรื่องเดียวกัน, หน้า 12-13.

[6] อุทิศ แสนโกศิก, "หลักกฎหมายอาญา: การลงโทษ", ใน อุทิศอนุสรณ์ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, 2515), หน้า 17.

หอสมุดกลาง สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

(ข) ความมั่นคงของชุมชน (protection of society, social solidarity) โดยแสดงให้เห็นว่าชุมชนไม่ยอมให้มีการกระทำผิดเช่นนั้นเกิดขึ้น หรืออาจเป็นการป้องกันโดยเฉพาะ ได้แก่

(ก) การป้องกัน (prevention) ไม่ให้ผู้นั้นกระทำผิดได้อีก เป็นการถาวร เช่น ประหารชีวิตและจำคุกตลอดชีวิต หรือชั่วคราว เช่น จำคุกมีกำหนดเวลาและกักขัง (บางตำราเรียกวัตถุประสงค์นี้ว่าการลงโทษเพื่อตัดไม่ให้มีโอกาสกระทำความผิดได้อีก (Incapacitation)[7])

(ข) ดัดนิสัย (reformation) ให้กลับตัวเป็นพลเมืองดีต่อไป เป็นความพยายามเพื่อหาทางให้ผู้ที่ได้กระทำความผิดมาแล้ว เกิดความคิดที่จะยับยั้งไม่กระทำความผิดซ้ำอีก โดยมีวิธีการบำบัดมากกว่าการลงโทษ เช่น การอบรมทางศาสนาและศีลธรรม ฝึกหัดอาชีพ ให้การศึกษาทั่วไป การรักษาพยาบาล การแก้ไขสภาพแวดล้อม และการให้ความช่วยเหลือหลังพ้นโทษ (บางตำราเรียกวัตถุประสงค์นี้ว่าการลงโทษเพื่อปรับปรุงแก้ไข[8])

ทฤษฎีการลงโทษเป็นประโยชน์ (utilitarian theory of punishment) ถือว่าการลงโทษอาชญากรนั้นมีความมุ่งหมายแรกเพื่อเป็นการเตือนผู้อื่น และมีความมุ่งหมายที่สองคือเพื่อป้องกันผู้นั้นไม่ให้กลับมากระทำความผิดอีก[9]

อย่างไรก็ดี มีนักกฎหมายบางท่านกล่าวว่าวัตถุประสงค์ของการลงโทษในทางอาญามีอยู่ 4 ประการคือ[10]

---

[7] เรื่องเดียวกัน, หน้า 58.

[8] เรื่องเดียวกัน, หน้า 35.

[9] Walter Moberly, The Ethics of Punishment (London: Faber and Faber, 1968), P.48-49.

[10] อุทิศ แสนโกศิก, กฎหมายอาญา ภาค 1 (กรุงเทพมหานคร: ศูนย์บริการเอกสารและวิชาการ กองวิชาการ กรมอัยการ, 2525), หน้า 19.

(1) ลงโทษเพื่อเป็นการทดแทน

(2) ลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่

(3) ลงโทษเพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไข

(4) ลงโทษเพื่อเป็นการตัดไม่ให้มีโอกาสกระทำความผิดอีก

โดยถือว่าวัตถุประสงค์การลงโทษเพื่อเป็นการทดแทน เพื่อเป็นการข่มขู่ และเพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไข เป็นวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่สำคัญ ส่วนการลงโทษเพื่อเป็นการตัดไม่ให้มีโอกาสกระทำความผิดอีกนั้น ถือว่าเป็นวัตถุประสงค์การลงโทษที่มีความสำคัญรองลงมา[11]

ดังนั้น การกำหนดให้มีโทษอาญาในกฎหมายลิขสิทธิ์ ก็เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์การลงโทษที่ได้กล่าวไปแล้วทั้งหมดนั่นเอง

3.2 หลักเกณฑ์การกำหนดความผิดทางอาญา

ในการพิจารณาว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ควรจะเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่นั้น สิ่งที่จะต้องพิจารณาเป็นอันดับแรกก็คือหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดทางอาญา คือพิจารณาว่ารัฐมีหลักเกณฑ์อย่างใดในอันที่จะกำหนดว่าการกระทำหรือไม่กระทำอย่างไรควรเป็นความผิดทางอาญาและผู้กระทำหรือไม่กระทำจะต้องรับโทษ

กฎหมายอาญาและศีลธรรมนั้นมีความเกี่ยวพันกัน ความผิดอาญาที่ร้ายแรง เช่น ฆ่าผู้อื่น ชิงทรัพย์ ข่มขืนกระทำชำเรา ล้วนแต่ผิดศีลธรรมทั้งนั้น, อย่างไรก็ตามมีหลายกรณีด้วยกันที่ถือว่าผิดศีลธรรมแต่ไม่ผิดกฎหมายอาญา เช่น การพูดโกหก (เว้นแต่จะเป็นการแจ้งความเท็จต่อเจ้าพนักงานหรือฉ้อโกง เป็นต้น) การดื่มสุรา (เว้นแต่จะเมาจนครองสติไม่อยู่ และส่งเสียงเอะอะโวยวายในสาธารณสถานอาจผิดตามมาตรา 378) การทำชู้เห็นได้ชัดว่าผิดศีลธรรม แต่ใน

---

[11] อุทิศ แสนโกศิก, "หลักกฎหมายอาญา: การลงโทษ", หน้า 58.

ประเทศไทยไม่ถือว่าผิดกฎหมายอาญา การที่พระภิกษุร่วมประเวณีกับหญิงในกุฏิของพระภิกษุซึ่งอยู่ในบริเวณวัดเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรม และ "ไม่สมควรอย่างยิ่ง" แต่ไม่มีความผิดตามมาตรา 206 ฐานเหยียดหยามศาสนา (คำพิพากษาฎีกาที่ 736/2505) การกระทำบางอย่างไม่ผิดศีลธรรมแต่ผิดกฎหมายอาญา เช่น กรณีความรับผิดโดยเด็ดขาดในทางอาญา กล่าวคือ ไม่เจตนา ไม่ประมาท แต่กฎหมายก็ยังบัญญัติว่าการกระทำนั้น ๆ เป็นความผิด เช่นความผิดลหุโทษ เป็นต้น ดังนี้จะเห็นได้ว่าศีลธรรมเป็นเครื่องกำหนดความผิดอาญาไปตายตัวคงไม่ได้ เพราะสิ่งซึ่งผิดศีลธรรมของศาสนาอย่างชัด ๆ เช่น การพูดโกหก การดื่มสุรา สังคมโดยทั่ว ๆ ไปไม่ถือว่าเป็นความผิดทางอาญา (เว้นแต่บางสังคมซึ่งนำหลักศาสนามาเป็นหลักกฎหมายเลยทีเดียว)[12]

เมื่อพิจารณาจากฐานความผิดต่างๆที่มีอยู่ในกฎหมายอาญา จะเห็นได้ว่าอย่างน้อยที่สุดกฎหมายอาญานั้นต้องการที่จะทำให้บรรลุถึงซึ่งวัตถุประสงค์สามประการดังต่อไปนี้[13]

1. คุ้มครองป้องกันซึ่งตัวบุคคล (และในบางครั้งคุ้มครองสัตว์ด้วย) จากการกระทำโดยเจตนา อันเป็นการโหดเหี้ยมทารุณ หรือการประกอบกรรมทางเพศ ด้วยวิธีการอันไม่พึง - ประสงค์ต่าง ๆ

2. คุ้มครองป้องกันบุคคลจากภัยบางประการ อันเกิดจากการกระทำโดยไม่เจตนา (ตัวอย่างเช่น ภัยบนท้องถนน ภัยจากยาพิษ หรือโรคระบาด เป็นต้น)

3. คุ้มครองป้องกันกลุ่มบุคคลที่อาจถูกชักจูงให้หลงผิดได้โดยง่าย (เช่นผู้เยาว์ หรือบุคคลผู้มีจิตใจไม่สมประกอบ) จากการทำร้าย กดขี่ หรือขูดรีด อันจะเกิดแต่บุคคลหรือทรัพย์สินของบุคคลเหล่านั้น (ตัวอย่างเช่น หลอกให้ร่วมประเวณีด้วย เป็นต้น)

---

[12] เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคหนึ่ง (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), หน้า 2.

[13] Nigel Walker, Punishment, danger and stigma (Oxford: Basil Blackwell, 1980), P.2-3.

4. ป้องกันการกระทำที่ถึงแม้ว่าจะเป็นเรื่องส่วนตัวของบุคคลที่เป็นผู้ใหญ่แล้ว และยินยอมต่อการกระทำนั้นแล้ว แต่ถือว่าผิดธรรมชาติ (เช่นการร่วมประเวณีระหว่างพี่น้องท้องเดียวกัน และความสัมพันธ์ทางเพศอันผิดปกติ)

5. ป้องการกระทำบางประเภทซึ่งเมื่อได้กระทำขึ้นท่ามกลางสาธารณะชนแล้ว จะกระทบกระเทือนจิตใจบุคคลอื่นเป็นอย่างมาก (เช่นการกระทำอนาจาร ค้ากลาวผรุสวาท และอื่น ๆ)

6. ป้องกันพฤติกรรมบางประเภทอันอาจยั่วยุให้เกิดความไม่สงบขึ้นในหมู่ประชาชน

7. คุ้มครองป้องกันซึ่งทรัพย์สินของบุคคลจากการลักขโมย การฉ้อโกง หรือการทำให้เสียทรัพย์

8. ป้องกันความไม่สะดวกสบายต่าง ๆ (เช่นการกีดขวางทางสัญจร ปิดกั้นทางสาธารณะ)

9. เพื่อเก็บรวบรวมภาษีอากร (เช่น มีรถยนต์ไว้ในครอบครองโดยไม่มีทะเบียน)

10. เพื่อความมั่นคงของรัฐ (เช่น การจารกรรม)

11. เพื่อบังคับให้เกิดความเมตตากรุณาที่จำเป็น (เช่นไม่ส่งเด็กไปโรงเรียนเมื่ออยู่ในวัยบังคับเรียน ไม่ช่วยเหลือผู้ที่อยู่ในภยันตราย)

12. เพื่อป้องกันรักษาไว้ซึ่งสถาบันทางสังคม (เช่น พระมหากษัตริย์ ศาสนา)

13. เพื่อบังคับใช้วิธีการต่าง ๆ ที่จะทำให้วัตถุประสงค์ทั้งหลายเหล่านี้บรรลุผล (เช่น การขัดคำสั่งเจ้าพนักงาน การให้การเท็จ เป็นต้น)

เมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาทั้งสิบสามประการข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่าความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์น่าจะเกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์ข้อที่ 7 มากที่สุด ซึ่งก็คือการคุ้มครองป้องกันทรัพย์สินของบุคคลจากการลักขโมย ก่ารฉ้อโกง หรือการทำให้เสียทรัพย์ เพราะการคุ้มครองลิขสิทธิ์เป็นเรื่องที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองสิทธิในทางเศรษฐกิจของเจ้าของสิทธิ์ดังกล่าว สิทธิในทางเศรษฐกิจนี้ก็เป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งเพราะเป็นสิ่งที่มีราคาและถือเอาได้ ดังนั้น ถ้าถือได้ว่าการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นการกระทำที่เข้าลักษณะเดียวกันกับการลักขโมย การฉ้อโกง หรือทำให้เสียทรัพย์ ซึ่งทรัพย์สินของบุคคลอื่น เช่นนี้การละเมิดลิขสิทธิ์ก็ควรจะถูกกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาข้างต้น

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะได้มีการกำหนดหลักสิบสามประการดังที่ได้กล่าวมาแล้วก็ตาม แต่ก็

ยังเป็นที่น่าสงสัยว่าพฤติกรรมอย่างไรจึงจะจัดเข้าอยู่ในวัตถุประสงค์สิบสามประการดังกล่าวที่ - กฎหมายอาญาต้องการทำให้บรรลุผลนั้น เพราะขอบเขตของหลักเกณฑ์ข้างต้นนั้นกว้างขวางมาก พอที่จะรวมเอาพฤติกรรมเกือบทุกชนิดเอาไว้ได้ ด้วยเหตุนี้จึงได้มีการพยายามก่อตั้งหลักเกณฑ์ ต่าง ๆ ขึ้น เพื่อกำหนดขอบเขตของกฎหมายให้ชัดเจนขึ้นไปอีก ดังนี้

1. <u>หลักเกณฑ์ว่าด้วยการจำกัด</u> (limiting principles)

มีหลักเกณฑ์ว่าไม่ควรนำกฎหมายอาญามาใช้เพื่อวัตถุประสงค์บางประการหรือใน - สถานการณ์บางประเภท อันได้แก่

1.1 กฎหมายอาญาไม่ควรรวมเอาไว้ซึ่งข้อห้ามที่มีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อให้บุคคลเชื่อฟังและผลของการไม่เชื่อฟังก็คือผลร้ายในทางแก้แค้นตอบแทนเท่านั้น[14]

1.2 กฎหมายอาญาไม่ควรที่จะนำมาใช้เพื่อลงโทษพฤติกรรมที่ปราศจากพิษภัย หมายความว่า ถ้าการกระทำนั้นมิได้มีความชั่วร้ายอยู่ในตัวแล้ว การใช้กฎหมายอาญาลงโทษการกระทำนั้นย่อมถือได้ว่าเป็นการไม่สมควรอย่างยิ่ง

1.3 ไม่ควรนำกฎหมายอาญามาใช้ ถ้ามีวิธีการอื่นที่สามารถลดการกระทำนั้นลงมาได้เท่าเทียม หรือเกือบเท่าเทียมกับการใช้กฎหมายอาญา แต่ก่อให้เกิดความทุกข์เวทนาน้อยกว่าการใช้กฎหมายอาญา

1.4 กฎหมายอาญาไม่ควรรวมเอาไว้ซึ่งข้อห้ามที่ทำให้เกิดผลพลอยได้อันอาจก่อ

---

[14] หลักเกณฑ์ประการนี้มีผู้นำคือ เบคคาเรีย (Beccaria) ในหนังสือเรื่อง อาชญากรรมและการลงโทษ (Crimes and Punishments, 1764) ซึ่งเริ่มต้นมองการลงโทษว่า ทำอย่างไรจึงจะได้ผลประโยชน์มาจากการลงโทษนั้น หรือที่เราเรียกกันว่าอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarianism) โดยเสนอว่า "การป้องกันอาชญากรรมย่อมดีกว่าการลงโทษผู้กระทำผิด สิ่งนี้ควรเป็นเป้าหมายอุดมคติของการร่างกฎหมายที่ดี" Ibid., P.5.

ให้เกิดผลร้ายมากกว่าพฤติกรรมที่กฎหมายอาญาต้องการจะกำจัด

1.5 ไม่ควรนำกฎหมายอาญามาใช้ เพื่อจุดประสงค์ที่จะบังคับให้บุคคลประพฤติปฏิบัติตามแนวทางที่จะทำให้เกิดผลประโยชน์แก่ผู้ปฏิบัตินั้นเอง[15]

2. <u>หลักเกณฑ์ว่าด้วยความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติ</u> (the pragmatic approach)

หลักเกณฑ์ที่ได้กล่าวไปแล้วในข้อ 1 นั้นเป็นการพยายามที่จะจำกัดลงไปว่ากฎหมายอาญานั้นไม่ควรนำมาใช้ในกรณีใดบ้าง อาจเรียกได้ว่าเป็นการหาข้อจำกัดในทางศีลธรรม แต่ยังมีแง่มุมอื่นที่ต่างออกไป กล่าวคือ ในแง่ของการบังคับใช้กฎหมายอาญา ด้วยเหตุที่ว่ากฎหมายอาญานั้นมีบทบาทในการควบคุมพฤติกรรมของบุคคลในสังคมหนึ่งมากน้อยแตกต่างออกไปจากอีกสังคมหนึ่ง มองเตสกิเออร์ (Montesquieu) ได้กล่าวไว้ในหนังสือเรื่อง "เจตนารมณ์ของกฎหมาย" (The Spirit of the Laws) ว่า "แม้กระนั้นในสังคมทุก ๆ สังคมย่อมมีขอบเขตของพฤติกรรมบางอย่างที่กฎหมายอาญาไม่อาจควบคุมได้ และการพยายามใช้กฎหมายอาญาเพื่อควบคุมพฤติกรรมเช่นนั้นจะไม่เกิดประโยชน์อันใดเลย"[16] หลักเกณฑ์เหล่านี้ได้แก่

2.1 กฎหมายอาญาไม่ควรรวมไว้ซึ่งข้อห้ามที่ไม่ได้รับการสนับสนุนอย่างจริงจังจากมติมหาชน

2.2 กฎหมายอาญาไม่ควรรวมเอาไว้ซึ่งข้อห้ามที่บังคับใช้ไม่ได้ คำว่าบังคับไม่ได้

---

[15] จอห์น สจ๊วต มิลล์ (John Stuart Mill) ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ในบทความเรื่อง "ว่าด้วยเสรีภาพ" (on Liberty, 1859) ว่าอิสรภาพของบุคคลย่อมอยู่เหนือสิ่งอื่นใด แม้ว่าการกระทำของบุคคลจะผิดศีลธรรมหรือไม่ก็ตาม แต่ถ้าการกระทำนั้นมิได้ก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่บุคคลอื่นเว้นแต่ตัวผู้กระทำเองแล้ว รัฐก็ไม่สมควรที่จะเข้ามายุ่งเกี่ยว Ibid., P.7-8.

[16] Ibid., P.10.

ในที่นี้ หมายถึง ถ้าหาข้อพิสูจน์ว่าผู้กระทำผิดตามกฎหมายนั้นได้กระทำผิดจริงได้ยาก กฎหมายอาญาก็ไม่ควรรวม เอาความผิดนี้ไว้

2.3 กฎหมายอาญาไม่ควรรวม เอาไว้ซึ่งข้อห้ามบางประการ ซึ่งเมื่อมีการละ เมิดข้อห้ามนั้นแล้ว ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่ามีการกระทำความผิด เกิดขึ้นจริง หมายความว่ามีผู้กระทำความผิดตามบัญญัตินั้น เป็นจำนวนมากที่รอดพ้นจากการบังคับใช้กฎหมายอาญา

3. <u>หลัก เกณฑ์แบบปฏิฐาน</u> (positive justifications)

หลัก เกณฑ์ที่กล่าวไปแล้วทั้งสองหลัก เกณฑ์นั้น เป็นการพยายามจำกัดขอบ เขตของกฎหมายอาญาว่า การขยายขอบ เขตของกฎหมายอาญาควรหยุดลง ณ ที่ใด แต่การใช้หลัก เกณฑ์แบบปฏิฐานจะ เป็นการหาคำตอบของคำถามที่ว่า กฎหมายอาญานั้นควรจะมีหน้าที่อย่างไร หลัก เกณฑ์แบบปฏิฐาน เป็นหลัก เกณฑ์ที่ไม่ขึ้นตรงต่อศีลธรรม (Non-moralistic Justification) ลอร์ด เดฟลิน (Lord Devlin) ได้วางหลัก เกณฑ์ไว้ในบทความ เรื่อง "การบังคับใช้ศีลธรรม" (The Enforcement of Morals, 1959)[17] ว่า "รัฐจะต้องหาก ฎ เกณฑ์ชนิดอื่น (ที่นอก เหนือไปจากกฎแห่งศีลธรรม) ในการลงโทษผู้กระทำผิด และจะต้องค้นหาหน้าที่ของกฎหมายอาญาที่ไม่ขึ้นต่อกฎศีลธรรม การหาก ฎ เกณฑ์ชนิดนี้ไม่น่าจะยาก เย็นอะไร การทำหน้าที่อย่างราบรื่นของ - สังคม และการดำรงรักษาไว้ซึ่งความสงบ เรียบร้อยนั้น ย่อม เป็น เหตุผล เพียงพอที่ทำให้การกระทำบางอย่างถูกควบคุมโดยรัฐ" ซึ่งนับได้ว่า เป็นหลักปรัชญาประการสำคัญ ที่สนับสนุนบทบัญญัติกฎหมายอาญาสมัยใหม่ จะ เห็นได้ชัด เจนว่าในการ เก็บภาษีอากรนั้น หลัก เกณฑ์ประการสำคัญในการ

---

[17] บทความของลอร์ด เดฟลินนี้ มีจุดประสงค์เพื่อวิจารณ์ข้อ เสนอแนะของคณะกรรมการ วูล์ฟ เฟน เดน (Wolfenden Committee) ที่เสนอแนะว่าการมี เพศสัมพันธ์ระหว่างคน เพศ เดียวกันซึ่งบรรลุนิติภาวะและได้ยินยอมต่อการกระทำนั้นแล้ว และได้กระทำในที่รโหฐาน ไม่ควร เป็นความผิดทางอาญา Ibid., P.18.

บัญญัติกฎหมายอาญาขึ้นเพื่อลงโทษผู้หลีกเลี่ยงภาษีก็คือ เพื่อให้สังคมนั้นทำหน้าที่ ๆ จำเป็นอย่างราบรื่น นอกจากนี้ กฎหมายควบคุมโรคระบาด และกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันประเทศชาตินั้นย่อมมีขึ้นเพื่อให้สังคมนั้น ๆ ประกอบภาระกิจของตนไปได้อย่างราบรื่น กฎหมายอาญาอื่น ๆ เป็นจำนวนมาก ถูกบัญญัติขึ้นเพราะความจำเป็นในการรักษาไว้ซึ่งความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม

4. <u>หลักเกณฑ์แบบบริหาร</u>

เป็นหลักเกณฑ์ใหม่ที่วอล์กเกอร์ตั้งขึ้นโดยการนำเอาหลักเกณฑ์ว่าด้วยการจำกัดและหลักเกณฑ์แบบปฏิฐานมารวมกัน เป็นหลักเกณฑ์ที่ไม่ขึ้นต่อระบบคุณค่าและศีลธรรม แต่เป็นการนำเอาประสบการณ์และความจริงที่สามารถสังเกตได้มาใช้ตัดสินว่า พฤติกรรมอย่างใดที่เป็นอันตรายต่อการประกอบภารกิจของสังคมอย่างราบรื่นหรือความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม[18] เพราะการใช้ประสบการณ์และความเป็นจริงที่สามารถสังเกตได้นั้น ย่อมทำให้วัตถุประสงค์ของหลักเกณฑ์นี้ปลอดจากข้อสงสัยหลายประการที่เกิดขึ้นกับหลักเกณฑ์อื่น ๆ โดยวอล์กเกอร์ได้ยกตัวอย่างสมมติเพื่ออธิบายประกอบดังนี้[19]

สมมติว่าในประเทศหนึ่งได้เริ่มมีพฤติกรรมชนิดใหม่เกิดขึ้น ขอเรียกว่าการกระทำ ก. ประชาชนของประเทศนั้นบางคนตื่นเต้นตกใจต่อการกระทำ ก. มาก และได้ไปห้อมล้อมบ้านช่องของผู้ที่สงสัยว่าได้กระทำการ ก. บางครั้งผู้กระทำการ ก. และผู้ที่ต่อต้านการกระทำ ก. ได้ทะเลาะวิวาทกันถึงขั้นเลือดตกยางออก นับว่าเป็นโชคดีที่ผู้ร่วมทะเลาะวิวาทกันนั้นเป็นเพียงบุคคล

---

[18]Ibid., P.20-21.

[19]Nigel Walker, "The Scope of Criminal Law", in <u>Sentencing in a Rational Society</u> (Pelican Books, 1972) แปลและเรียบเรียงโดย อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ และพรทิพย์ เพ็ชรศิริ, "ขอบเขตของกฎหมายอาญา", <u>วารสารนิติศาสตร์</u>, ฉบับที่ 3 ปีที่ 9, 2521, หน้า 116-119.

สวนน้อย และยังมีบุคคลที่เป็นกลางผู้ไม่เดือดร้อนต่อการประกอบกรรม ก. อยู่อีกมากมาย บุคคลที่เป็นกลางเหล่านี้มีอิสระที่จะตัดสินว่าควรจะทำอย่างไร เพื่อป้องกันมิให้เกิดความไม่สงบและความทารุณโหดร้ายขึ้นอีกในภายหน้า สิ่งที่บุคคลส่วนใหญ่ในเรื่องสมมตินี้ต้องตัดสินใจคือ จะฟ้องผู้ต่อต้านการกระทำ ก. ในฐานทำร้ายร่างกาย หรือออกกฎหมายบังคับมิให้มีการกระทำ ก. เกิดขึ้นอีกต่อไป

บุคคลส่วนใหญ่ที่เป็นกลางและต้องการความสงบ อาจคิดหาเหตุในการตัดสินใจได้หลายทาง ในด้านศีลธรรม ผู้เป็นกลางอาจอ้างได้ว่า เมื่อการกระทำการ ก. มิได้ก่อให้เกิดภยันตรายอื่นใดนอกเหนือไปจากความรำคาญอันเกิดต่อผู้ต่อต้านการกระทำ ก. ซึ่งเป็นบุคคลส่วนน้อย ผู้ต่อต้านการกระทำ ก. จึงไม่สมควรใช้กำลังทำร้ายผู้กระทำ ก. และควรได้รับโทษจากการกระทำของตน ในด้านศีลธรรมอีกด้านหนึ่งซึ่งถือได้ว่ามีน้ำหนักเท่าเทียมกัน ผู้เป็นกลางอาจกล่าวอ้างได้เช่นกันว่า เมื่อผู้กระทำการ ก. ก่อให้เกิดความรำคาญแก่ผู้อื่นซึ่งก็คือผู้ต่อต้านการกระทำ ก. โดยผู้กระทำการ ก. สามารถหยุดการกระทำดังกล่าวได้โดยมิต้องทนทุกข์ทรมานแต่อย่างใด ผู้กระทำการ ก. ควรงดการกระทำนั้นเสีย และถ้ามีความจำเป็น จะต้องลงโทษผู้กระทำการ ก. เมื่อพิจารณาเหตุผลโดยทั่วไปของทั้งสองฝ่ายแล้ว เราอาจเห็นได้ว่าข้อโต้แย้งดังกล่าวมีน้ำหนักเท่าเทียมกัน ถ้าเราจะเลือกฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เราอาจประสบความยากลำบากในการหาเหตุผลมาหักล้างอีกฝ่ายหนึ่ง แต่ถ้าเราต้องการหาเหตุผลโดยวิธีการอันเป็นอิสระจากการให้เหตุผลทางศีลธรรมแล้ว เราอาจเริ่มต้นได้โดยการถามตนเองและผู้ชำนาญในกระบวนการบังคับใช้กฎหมายอาญาว่าการฟ้องคดฐานกระทำการ ก. หรือการฟ้องบุคคลผู้ทำร้ายผู้กระทำ ก. ประการไหนจะป้องกันมิให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยได้โดยสิ้นเปลืองน้อยที่สุด คำว่า "สิ้นเปลือง" หมายความถึงจำนวนของผู้ที่จะถูกลงโทษและการใช้บุคคลากรในการบังคับใช้กฎหมายอาญา คำถามเช่นนี้เป็นคำถามที่ไม่ยากเกินที่จะตอบได้อย่างชัดเจนเป็นแน่

ไม่ว่ากรณีใด บุคคลที่เป็นกลางและรักสงบไม่ควรมองข้ามไปว่า อาจมีวิธีการอื่นนอกเหนือไปจากการใช้กฎหมายอาญา ที่อาจลดจำนวนการกระทำ ก. ลงอย่างได้ผล ถ้ามีวิธีการอื่น บุคคลที่เป็นกลางจะตั้งคำถามว่า วิธีการอื่นนั้นจะทำให้เกิดความทุกข์เวทนาและความ - ขุ่นเคืองน้อยลงหรือไม่ และถ้าวิธีการอื่นทำให้เกิดความทุกข์เวทนาและความน้อยลง จะมีผลพลอย

ได้อื่นหรือไม่ (ตัวอย่างเช่นมีการผลิตยาที่มีประสิทธิภาพทำให้ผู้กระทำการ ก. มีความสุขมากกว่าการกระทำ ก. และวางขายในท้องตลาด การใช้วิธีการเช่นนี้จะมีผลต่อผู้เสพและครอบครัวของเขาอย่างไรหรือไม่) และถ้าคำตอบยังเป็นที่น่าพอใจอยู่ ต้องตั้งคำถามต่อไปว่า วิธีการเช่นนี้จะสิ้นเปลืองมากกว่าใช้บังคับด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยพิจารณาจากทุนทรัพย์และกำลังคนที่จะต้องใช้ในการนี้ แม้ว่าวิธีการจะสิ้นเปลืองกว่า แต่ถ้าไม่มากกว่าจนเกินไปแล้วบุคคลที่เป็นกลางและรักสงบอาจตัดสินใจเลือกวิธีการดังกล่าวก็ได้

วอล์กเกอร์กล่าวว่าหลักเกณฑ์ที่เสนอนี้ไม่ถือว่าเป็นหลักอรรถประโยชน์นิยม เพราะมิได้นำเอาความรู้สึกทางศีลธรรมมาเป็นหลักเกณฑ์วัดว่า อะไรที่ควรเป็นผิดกฎหมายอาญา การค้นหาข้อเท็จจริงตามหลักเกณฑ์ใหม่นี้ อาจก่อให้เกิดภาระที่หนักมากกว่าการโต้เถียงทางจริยธรรม แต่ในระยะยาวแล้ว หลักเกณฑ์นี้ย่อมมีรากฐานที่มั่นคงกว่าการใช้ข้อเสนอทางศีลธรรม นอกจากนี้ยังเปิดโอกาสให้มีการบัญญัติข้อห้ามของกฎหมายอาญาที่ใช้ปฏิบัติได้และมีมนุษยธรรมอีกด้วย

หลักเกณฑ์ในการกำหนดขอบเขตของกฎหมายอาญาดังกล่าวนี้จะช่วยแก้ปัญหาการเกิดกฎหมายอาญาเฟ้อ (overcriminalization) ขึ้นได้ เพราะหากรัฐมุ่งแต่จะควบคุมความประพฤติของสมาชิกในสังคมโดยใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือ โดยไม่พิจารณาถึงประสิทธิภาพและความสามารถของกลไกของรัฐที่จะใช้บังคับกฎหมายอาญาแล้ว กฎหมายจะไร้ความหมายขาดความศักดิ์สิทธิ์ และเป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าพนักงานของรัฐที่ประพฤติมิชอบมีโอกาสแสวงหาประโยชน์เพื่อตนเองจากกฎหมายเหล่านี้ หรือหากมีการใช้บังคับกฎหมายซึ่งมิได้มีการใช้บังคับเป็นเวลานาน ผู้ถูกใช้บังคับก็จะเกิดปฏิกิริยาเพราะถือว่าถูกเลือกปฏิบัติ ซึ่งจะทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้บังคับกฎหมายและชุมชนเสื่อมเสียไป[20]

เมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ของไนเกล วอล์กเกอร์ที่กำหนดไว้ข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่าการกำหนดให้ละเมิดลิขสิทธิ์เป็นความผิดอาญานั้น จะต้องปรากฏว่าพฤติกรรมดังกล่าวถึง

---

[20] เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคหนึ่ง, หน้า 6.

ขั้นที่เป็นอันตรายต่อการประกอบภาระกิจอย่างราบรื่นและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม แล้ว เป็นการนำเอาประสบการณ์และความเป็นจริงที่สามารถสังเกตได้มาใช้ตัดสิน

นอกจากหลักเกณฑ์ของวอล์กเกอร์ที่กล่าวไปแล้ว เฮอร์เบิร์ต แอล แพ็กเกอร์ (Herbert L. Packer) ยังได้กำหนดหลักเกณฑ์ในอันที่จะถือว่าการกระทำใดควรเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ในหนังสือ The Limits of Criminal Sanction ไว้ดังนี้[21]

1. การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดในความเห็นของประชาชนส่วนใหญ่ว่าเป็น - พฤติกรรมที่คุกคามสังคม และสังคมไม่ให้อภัยแก่การกระทำดังกล่าว

2. การกำหนดให้การกระทำนั้นมีโทษทางอาญา จะไม่เป็นการขัดแย้งกับวัตถุ - ประสงค์ของการลงโทษ

3. การปราบปรามการกระทำดังกล่าวจะไม่เป็นการยับยั้งการกระทำที่สังคมต้องการ

4. กับการกระทำดังกล่าว จะต้องมีการบังคับใช้กฎหมายอย่างเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ

5. การควบคุมการกระทำดังกล่าวโดยผ่านกระบวนการยุติธรรมทางอาญา จะไม่เป็นการใช้กระบวนการดังกล่าวอย่างเกินขีดความสามารถทั้งด้านคุณภาพและปริมาณ

6. ไม่มีมาตรการอื่นที่เหมาะสมอีกแล้ว นอกจากการใช้กฎหมายอาญากับการกระทำดังกล่าว

แพ็กเกอร์ยังได้กล่าวอีกว่าผู้บัญญัติกฎหมายที่ชาญฉลาดไม่ควรกำหนดให้การกระทำซึ่งเคยถูกกฎหมายกลายมาเป็นความผิดทางอาญา เว้นแต่การกระทำนั้นคุกคามผลประโยชน์ที่สำคัญของสังคม และจะมีการบังคับใช้กฎหมายอันได้แก่การสืบสวนสอบสวน การจับกุม และการตัด

---

[21]Herbert L. Packer, The Limits of Criminal Sanction (California: Stanford University Press, 1968), P.296.

สินลงโทษผู้ละเมิดกฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพเพียงพอ ซึ่งทั้งสองประการนี้เป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการกำหนดความผิดใหม่ ๆ ในทางอาญาแทบทุกกรณี[22]

ดังนั้น การจะกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดทางอาญา นอกจากจะต้องพิจารณาที่เนื้อหาของการกระทำว่าก่อความเดือดร้อนแก่สังคมหรือไม่แล้ว ยังจะต้องพิจารณาถึงกระบวนการบังคับใช้กฎหมายว่าถ้ากำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดทางอาญาแล้ว การบังคับใช้กฎหมายเพื่อควบคุมการกระทำดังกล่าวจะมีประสิทธิภาพเพียงใด เพราะกฎหมายอาญาจะดีหรือไม่นั้นมิใช่ขึ้นอยู่กับตัวบทกฎหมายอาญาแต่เพียงอย่างเดียว แต่จะต้องคำนึงถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ กล่าวคือกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องด้วย เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นจะต้องมีการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้อย่างรวดเร็วทันควัน วัตถุประสงค์ในการลงโทษนั้นจะบรรลุได้อย่างเต็มที่ก็ต่อเมื่อผู้กระทำความผิดได้รับโทษอย่างรวดเร็วหลังจากการกระทำความผิด การลงโทษอย่างรวดเร็วนั้นอาจมีผลดีกว่าการลงโทษอย่างรุนแรงเสียอีก เพราะจะได้ผลเป็นการแก้แค้น ข่มขู่ ตัดนิสัย และให้ความปลอดภัยด้วยการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมอย่างรวดเร็ว และแม้ว่าการบัญญัติกฎหมายอาญาเพื่อบังคับให้บุคคลประพฤติปฏิบัติตามที่สังคมนั้นต้องการ ย่อมไม่ต้องการเหตุผลมาสนับสนุนบทบัญญัติดังกล่าวมากนัก เพียงอ้างว่าก็เพราะสังคมต้องการเช่นนั้นก็น่าจะถือได้ว่าเพียงพอแล้ว แต่ในระยะยาวแล้ว ผู้ที่จะยกร่างกฎหมายย่อมไม่ต้องการให้มีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายนั้นบ่อยครั้งจนเกินไป เพราะนอกจากจะสร้างความสับสนให้แก่ผู้บังคับใช้กฎหมายอาญาแล้ว บุคคลทั่วไปคงไม่ทราบว่าเมื่อใดการกระทำของตนจะถูกกำหนดให้เป็นความผิด

ดังนั้น การกำหนดให้การละเมิดลิขสิทธิ์เป็นความผิดทางอาญาจึงต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ได้กล่าวไปแล้ว โดยพิจารณาทั้งด้านเนื้อหาของการกระทำและประสิทธิภาพของกระบวนการบังคับใช้กฎหมายว่าสมควรจะกำหนดให้การละเมิดลิขสิทธิ์เป็นความผิดทางอาญาหรือไม่ และอาจมีมาตรการอันใดที่เหมาะสมกว่าการใช้สภาพบังคับของกฎหมายอาญาหรือไม่ เพราะ

---

[22]Ibid., P.272.

ว่าสถาบันกฎหมายอาญานั้นเป็นสถาบันที่ล้มเปลืองที่สุดสถาบันหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นในด้านความล้มเปลืองทางเศรษฐศาสตร์หรือความล้มเปลืองในด้านความสุขของมวลมนุษย์[23]

3.3 <u>ลักษณะความผิดที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537</u>

ความรับผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 แบ่งออกเป็นความรับผิดในทางแพ่งและความรับผิดทางอาญาเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2521 ความรับผิดในทางแพ่งนั้นเป็นความรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability) ซึ่งมีลักษณะพิเศษกว่าการละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะกฎหมายลิขสิทธิ์มิได้บังคับว่าผู้กระทำจะต้องจงใจหรือประมาท จึงถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ อีกทั้งความเสียหายจะมีหรือไม่อย่างไรโจทก์ในคดีแพ่งก็ไม่ต้องนำสืบ แต่อย่างไรก็ตามถ้าโจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหายในคดีด้วย ศาลก็จะต้องพิจารณากำหนดค่าสินไหมทดแทนให้แก่โจทก์เพื่อความเสียหายและผลกำไรที่ขาดหายไปเพราะการละเมิดลิขสิทธิ์ของจำเลย[24] ส่วนความรับผิดในทางอาญานั้น หลักกฎหมายอาญามีอยู่ว่าบุคคลจะต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อผู้กระทำนั้นได้กระทำการซึ่งกฎหมายในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2) เมื่อพิจารณาตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ถ้าปรากฏว่าเรื่องใดที่กฎหมายมิได้บัญญัติว่าเป็นความผิดไว้ ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับโทษทางอาญาเช่นตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 18 ในส่วนที่เกี่ยวกับ "ธรรมสิทธิ์" หากเป็นการละเมิดธรรมสิทธิ์ไม่เป็นความผิดในทางอาญาตามกฎหมายไทย นอกจากนี้ การกระทำความผิดทางอาญาต้องเป็นการกระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำโดยประมาทในกรณีที่กฎหมายบัญญัติ

---

[23]อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ และพรทิพย์ เพ็ชรศิริ, "ขอบเขตกฎหมาย" หน้า 114.

[24]ไชยยศ เหมะรัชตะ, <u>ย่อหลักกฎหมายลิขสิทธิ์</u> (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536), หน้า 105.

ไว้โดยชัดแจ้งให้ต้องรับผิดแม้ได้กระทำโดยประมาท (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59) ซึ่งบทกำหนดความผิดในกฎหมายลิขสิทธิ์ไม่มีมาตราใดที่กำหนดให้บุคคลต้องรับผิดในทางอาญา เมื่อได้กระทำโดยประมาท หรือรับผิดแม้กระทำโดยไม่เจตนา ดังนั้น การละเมิดลิขสิทธิ์ในทางอาญาผู้กระทำจึงรับผิดชอบเฉพาะการกระทำโดยเจตนาเท่านั้น[25]

ลักษณะหรือฐานความผิดที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มีมากมายหลายฐานความผิดซึ่งพอจะแยกออกได้เป็น 3 ประเภทใหญ่คือ ความผิดที่เกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ (มาตรา 27-31) ความผิดที่เกี่ยวกับการละเมิดสิทธินักแสดง (มาตรา 52) และความผิดที่เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติฯ (มาตรา 71-72) ในที่นี้จะศึกษาเฉพาะความผิดที่เกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้น

ความผิดที่เกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ได้บัญญัติไว้ในส่วนที่ 5 มาตรา 27-31 โดยมาตรา 27-30 จะเป็นเรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้น (primary infringement) ส่วนมาตรา 31 จะเป็นเรื่องการละเมิดลิขสิทธิขั้นรอง (secondary infringement)[26] (บางตำราเรียกว่าการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงกับการละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อม[27]) ในที่นี้จะพิจารณาลักษณะความผิดทั้งสองประเภทในทางอาญา

3.3.1 <u>ความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้น</u>

ก่อนที่จะกล่าวถึงความผิดอาญาฐานละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เห็นว่าควรจะพิจารณาถึงการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ดังกล่าวเสียก่อน มาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 บัญญัติว่า "การกระทำอย่างใด

---

[25] เรื่องเดียวกัน, หน้า 109-110.

[26] ธัชชัย ศุภผลศิริ, <u>หลักกฎหมายลิขสิทธิ์</u> (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2535), หน้า 88.

[27] สมพร พรหมหิตาธร, <u>กฎหมายลิขสิทธิ์</u> (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2535), หน้า 63.

I 19476318

อย่างหนึ่งแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 15 (5) ให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำดังต่อไปนี้

(1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง

(2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน

สรุปได้ว่า การละเมิดลิขสิทธิ์ก็คือการทำซ้ำหรือดัดแปลง หรือการเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์นั้น และเป็นการกระทำต่อส่วนที่เป็นสาระสำคัญของงาน (substantiality) ด้วย[28] ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าวมีความรับผิดต้องชดใช้ค่าเสียหายในทางแพ่งให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ แต่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 69 บัญญัติให้ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ตาม 27 นี้ต้องรับโทษทางอาญาด้วย ดังนั้น ความผิดอาญาฐานละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้นจึงเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในทางแพ่งตามมาตรา 27 ซึ่งเป็นการกระทำที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดประกอบกับบทลงโทษทางอาญาตามมาตรา 69 นั่นเอง

นอกจากความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์งานทั่ว ๆ ไปตามมาตรา 27 ประกอบกับมาตรา 69 แล้ว ยังมีความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์งานบางประเภทซึ่งมีองค์ประกอบความผิดทั่วไปเหมือนกัน แต่อาจมีองค์ประกอบในด้านการกระทำแตกต่างไปบ้าง เช่น งานโสตทัศนวัสดุ ภาพยนต์ หรือสิ่งบันทึกเสียง และงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ก็จะมีการให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนางานดังกล่าวเป็นองค์ประกอบทางด้านการกระทำเพิ่มเข้ามา (มาตรา 28 และ 30 ประกอบกับมาตรา 69) หรืองานแพร่เสียงแพร่ภาพก็จะมีการจัดทำโสตทัศนวัสดุ ภาพยนต์ สิ่งบันทึกเสียง หรืองานแพร่เสียงแพร่ภาพ อันเป็นทำซ้ำโดยการเปลี่ยนลักษณะของงาน และการจัดให้ประชาชนฟัง และหรือชมงานแพร่เสียงแพร่ภาพโดยเรียกเก็บเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่นในทางการค้า (มาตรา 29 ประกอบกับมาตรา 69) อันเป็นองค์ประกอบด้านการกระทำที่เพิ่มเข้ามาต่างหากจากองค์ประกอบความผิดของการละเมิดลิขสิทธิ์งานทั่ว ๆ ไปที่มีอยู่ซึ่งทั้งหมดนี้จัดเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้น เป็นการ -

---

[28] ธัชชัย ศุภผลศิริ, หลักกฎหมายลิขสิทธิ์, หน้า 90.

กระทำแก่ตัวงานลิขสิทธิ์โดยตรง

3.3.2 ความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นรอง

การละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นรองได้มีบัญญัติไว้ในมาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ว่า "ผู้ใดรู้อยู่แล้วหรือมีเหตุอันควรรู้ว่างานใดได้กระทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่น กระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานนั้นเพื่อหากำไร ให้ถือว่าผู้นั้นกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำดังต่อไปนี้

(1) ขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขาย ให้เช่า เสนอให้เช่า ให้เช่าซื้อ หรือเสนอให้เช่าซื้อ

(2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน

(3) แจกจ่ายในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์

(4) นำหรือสั่งเข้ามาในราชอาณาจักร"

เป็นการบัญญัติลักษณะของการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นรองซึ่งเป็นเรื่องในแพ่งเช่นเดียวกันกับการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้นตามมาตรา 27 ที่เรียกว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นรองก็เพราะเป็นการกระทำต่องานที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์อีกชั้นหนึ่ง มิได้เป็นการกระทำต่องานลิขสิทธิ์โดยตรง นอกจากนี้จะต้องเป็นการกระทำเพื่อหากำไรด้วย ถ้าผู้กระทำมิได้กระทำเพื่อหากำไร เช่นทำเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือสาธารณกุศล ก็ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรานี้[29] ในส่วนที่เป็นความผิดทางอาญานั้นก็เนื่องจากมีการบัญญัติโทษไว้ในมาตรา 70 ดังนั้น ความผิดทางอาญาฐานละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นรองจึงเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในทางแพ่งตามมาตรา 31 ซึ่งเป็นการกระทำที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดประกอบกับบทลงโทษทางอาญาตามมาตรา 70 นั่นเอง

เมื่อพิจารณาจากความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้นและขั้นรองแล้ว จะเห็นได้ว่าเหตุที่การละเมิดลิขสิทธิ์ทั้งสองประเภทดังกล่าวเป็นความผิดอาญาก็เพราะว่าในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์

---

[29]สมพร พรหมมิตาธร, กฎหมายลิขสิทธิ์, หน้า 70.

พ.ศ.2537 นั้นเองบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดและได้กำหนดโทษสำหรับความผิด - ดังกล่าวไว้ ดังนั้น การกระทำอื่น ๆ ที่กฎหมายลิขสิทธิ์ดังกล่าวมุ่งคุ้มครองแต่มิได้กำหนดบทลงโทษไว้สำหรับผู้ฝ่าฝืนจึงไม่ใช่ความผิดอาญา เช่น การละเมิดธรรมสิทธิ์ของผู้สร้างสรรค์ (มาตรา 18) จะเห็นว่าในหมวด 8 ว่าด้วยบทกำหนดโทษนั้น ไม่มีบัญญัติที่กำหนดโทษสำหรับผู้รับโอนในการกระทำการบิดเบือน ตัดทอน ดัดแปลง หรือทำโดยประการอื่นใดแก่งานนั้นจนเกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของผู้สร้างสรรค์ การกระทำดังนี้ จึงไม่มีความรับผิดทางอาญา เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษเอาไว้ (ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2) อย่างไรก็ดี มิได้หมายความว่าผู้ที่กฎหมายลิขสิทธิ์นี้มุ่งคุ้มครองจะไม่มีสิทธิหรืออำนาจที่จะปกป้องสิทธิหรือผลประโยชน์ของตน เพราะบุคคลเหล่านี้ยังมีสิทธิที่จะดำเนินคดีทางแพ่งโดยอาศัยอำนาจที่กฎหมายลิขสิทธิ์ดังกล่าวให้ความรับรองคุ้มครองอยู่แล้วนั่นเอง

3.3.3 <u>การละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้า</u>

นอกจากผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ทั้งขั้นต้นและขั้นรองจะต้องรับโทษที่บัญญัติไว้ในพระราช - บัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 69 วรรคแรก และมาตรา 70 วรรคแรกแล้ว ผู้กระทำยังอาจต้องรับโทษเพิ่มขึ้นถ้าการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเป็นการกระทำเพื่อการค้าตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 69 วรรคสองและมาตรา 70 วรรคสอง เหตุที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นนี้เรียกว่าเหตุเพิ่มโทษหรือเหตุฉกรรจ์ เป็นเหตุร้ายแรงที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าโทษที่ระบุไว้ในมาตรานั้น ๆ[30] กล่าวคือในเบื้องต้นการกระทำนั้นต้องครบองค์ประกอบความผิดทั้งหมดทั้งองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในสำหรับความผิดนั้น ๆ เสียก่อน และผู้กระทำได้กระทำไปโดยมี

---

[30]ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, <u>กฎหมายอาญา สาระสำคัญ เล่ม 2</u> (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญชน, 2537), หน้า 16.

เหตุฉกรรจ์ด้วย[31] ดังนั้น สำหรับความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์จะต้องเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดทุกข้อของมาตรา 27-31 แล้วแต่กรณี และผู้กระทำได้กระทำไปโดยมีเหตุฉกรรจ์ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 69 วรรคสอง หรือมาตรา 70 วรรคสอง คือได้กระทำไปเพื่อการค้า การละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้าตามมาตรา 69 วรรคสองและมาตรา 70 วรรคสองนี้ จึงเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ในทางอาญาโดยเฉพาะ เป็นองค์ประกอบที่เพิ่มเข้ามาเพื่อให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น เพราะการเรียกค่าเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ในทางแพ่งนั้นผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมมีหน้าที่พิสูจน์ถึงความเสียหายที่ตนได้รับจากการละเมิดลิขสิทธิ์อยู่แล้ว ไม่ว่าการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นจะเป็นการกระทำเพื่อการค้าหรือไม่ก็ไม่เป็นประเด็นสำคัญในคดีแพ่ง

การกระทำเพื่อการค้า หมายถึงการกระทำที่กระทำเป็นธุรกิจปกติเพื่อหากำไร มิใช่เพื่อการซื้อขายรายหนึ่งรายเดียว[32] เป็นการดูจากพฤติการณ์ของผู้กระทำละเมิด โดยเฉพาะดูจากจำนวนของการกระทำ เช่น การขายให้กับเพื่อนฝูงเพียงครั้งเดียวก็จะไม่ใช่ทำเพื่อการค้า แต่ถ้าเป็นร้านค้าซึ่งจำหน่ายสิ่งนั้นเป็นปกติอยู่แล้ว และมีการขายสินค้านั้นหลายครั้ง เช่นนี้คงเป็นการกระทำเพื่อการค้า[33] ดังนั้น การกระทำเพื่อการค้าตามมาตรา 69 วรรคสอง และมาตรา 70 วรรคสอง จึงต่างกับการกระทำเพื่อหากำไรตามมาตรา 31 เพราะการกระทำเพื่อหากำไรไม่จำเป็นต้องเป็นการซื้อขายหลายครั้งหรือเป็นการจำหน่ายสิ่งนั้นเป็นปกติ แต่เป็นการที่ผู้กระทำได้กระทำไปเพื่อหวังผลตอบแทนที่เป็นประโยชน์ในทางทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งกลับมา แม้จะ

---

[31]หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 2-3 เล่ม 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2515), หน้า 303.

[32]ชัยวัฒน์ ตันติเปลง และพงษ์ศักดิ์ กิติสมเกียรติ, รวมเอกสารชุดกฎหมายลิขสิทธิ์ (กรุงเทพมหานคร: กรมศิลปากร, 2527), หน้า 150.

[33]ไชยยศ เหมะรัชตะ, ปัญหากฎหมายลิขสิทธิ์, หน้า 179.

เป็นการซื้อขายเพียงรายหนึ่งรายเดียว หรือการขายให้กับญาติมิตรก็เป็นการกระทำเพื่อหากำไร ตามมาตรา 31 ได้ แต่การกระทำเพื่อการค้าจะต้องเป็นการกระทำเพื่อหากำไรด้วย จึงสรุปได้ว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้า ก็คือการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้นตามมาตรา 70 หรือการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นรองตามมาตรา 31 แล้วแต่กรณีซึ่งผู้กระทำได้กระทำเป็นปกติธุระโดยหวังผลประโยชน์ตอบแทนในทางทรัพย์สินจากการกระทำการละเมิดดังกล่าว

เมื่อพิจารณาถึงสภาพความร้ายแรงของการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ทั้งที่เป็นการกระทำเพื่อการค้า และที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้าแล้ว จะเห็นว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของงานลิขสิทธิ์มากกว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้าอยู่มาก และโดยวัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์แล้วย่อมมุ่งคุ้มครอง – ประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นหลัก เพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าวจึงกำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์แต่เพียงผู้เดียวที่มีสิทธิทำซ้ำ ดัดแปลง หรือนำออกเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน บุคคลอื่นย่อมไม่มีสิทธิที่จะมากระทำการดังกล่าวกับงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากตนเสียก่อน การอนุญาตหรือการให้ความยินยอมนี้ย่อมหมายถึงสิทธิในทางเศรษฐกิจของเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่จะเรียกร้องเอาค่าตอบแทนในการให้ความยินยอมดังกล่าวได้ การมีบุคคลอื่นมากระทำการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือนำออกเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของงานเสียก่อนอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น มีผลให้เจ้าของงานลิขสิทธิ์ต้องขาดไร้ซึ่งรายได้หรือค่าตอบแทนที่ตนควรจะได้รับจากการอนุญาตให้ใช้งานลิขสิทธิ์ของตนจากผู้ที่มาละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าว แต่ถ้าเป็นกรณีของการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้าแล้ว นอกจากความเสียหายที่เป็นการขาดไร้ค่าตอบแทนที่เจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ควรจะได้รับจากผู้ – ละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว เจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ยังต้องเสียหายเพราะการเสื่อมค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนทั้งคุณค่าในทางศิลปกรรมหรือวรรณกรรม และคุณค่าในทางเศรษฐกิจ เนื่องจากการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้ายอมเป็นการกระจายสำเนาจำลองของงานอันละเมิดลิขสิทธิ์– ออกไปสู่สาธารณชน งานอันละเมิดลิขสิทธิ์ที่แพร่หลายออกไปนี้ย่อมมีราคาต่ำกว่างานอันมีลิขสิทธิ์ เพราะผู้ละเมิดมิได้เป็นผู้ลงทุนลงแรงในการสร้างสรรค์งานดังกล่าว อันทำให้มีต้นทุนในการผลิตสำเนาจำลองของงานอันละเมิดลิขสิทธิ์นั้นต่ำลงไปด้วย ประชาชนผู้บริโภคทั้งหลายย่อมเลือกที่จะ

ซื้อหรือเช่างานละเมิดลิขสิทธิ์นั้น เพราะว่ามีราคาต่ำกว่าในขณะที่มีเนื้อหาของงานเหมือนหรือใกล้เคียงกับงานอันมีลิขสิทธิ์ เป็นผลให้คุณค่าทางเศรษฐกิจของงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นต้องตกต่ำลงไป นอกจากนี้ จำนวนของสำเนาจำลองของงานอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีการจำหน่ายออกไปมากเท่าใด ย่อมหมายถึงการขาดไร้ซึ่งค่าตอบแทนที่ควรจะได้รับของเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์มีมากขึ้นเท่านั้น และการที่มีสำเนาจำลองของงานอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ออกเผยแพร่ต่อสาธารณชนมากเกินไปย่อมทำให้คุณค่าในทางวรรณกรรมหรือศิลปกรรมของงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นด้อยลงไปด้วย เช่นกัน ความร้ายแรงของความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้าจึงใกล้เคียงหรือเทียบเท่ากับความร้ายแรงของความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์หรือความผิดฐานลักทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญาเลยทีเดียว ส่วนความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่ได้เป็นการกระทำเพื่อการค้า นั้น เจ้าของงานลิขสิทธิ์จะเสียหายเฉพาะแต่การขาดไร้ซึ่งรายได้หรือค่าตอบแทนจากการอนุญาตให้ใช้งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นจากผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ อาจเทียบได้กับการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินของผู้อื่นโดยพลการและไม่จ่ายค่าเช่าหรือค่าตอบแทนให้แก่เจ้าของทรัพย์สินนั้น ความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้านี้จึงแทบจะไม่ร้ายแรงหรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์เลย

อย่างไรก็ดี ยังมีการกำหนดข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์เอาไว้ ทำให้การกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้นหรือขั้นรองไม่เป็นความผิดทางอาญาและผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดทางแพ่งด้วยกล่าวคือ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯได้บัญญัติข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ในมาตรา 32-43 โดยปรับปรุงมาจากข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2521 แต่เป็นการปรับปรุงในลักษณะที่เป็นการขยายขอบเขตความรับผิดของผู้ที่มากระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นให้มากยิ่งขึ้น ตัวอย่างเช่นในมาตรา 32 ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์การยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ทั่ว ๆ ไปของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 กำหนดให้การกระทำที่จะได้รับยกเว้นไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์จะต้องไม่เป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบธรรมด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ใหม่ที่ไม่ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2521 นอกจากนี้ในข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.

2537 บางมาตราก็ได้เพิ่มเงื่อนไขว่าจะต้องไม่เป็นการกระทำเพื่อหากำไรด้วย เช่น มาตรา 32 (1) การศึกษาหรือวิจัยงานนั้น และ (6) การดัดแปลง นำออกแสดง หรือทำให้ปรากฏโดยผู้สอน เพื่อประโยชน์ในการสอนของตน และยังมีการแก้ไขคำว่า "ญาติมิตร" จากในพระราช-บัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2521 มาใช้คำว่า "ญาติสนิท" ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 แทน ทำให้ข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 32 (2) เป็นการใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองและบุคคลอื่นในครอบครัวหรือญาติสนิท ซึ่งมีขอบเขตการยกเว้นแคบลงมาเนื่องจากตัดคำว่า "มิตร" หรือเพื่อนออกไป และยังเติมคำว่า "สนิท" ต่อท้ายคำว่า "ญาติ" ด้วย ซึ่งหมายความว่าจะต้องเป็นญาติที่ใกล้ชิดสนิทสนมเท่านั้นจึงจะได้รับการยกเว้นตามมาตรานี้

การที่ผู้กระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์นี้ โดยหลักแล้วจะต้องเป็นการกระทำที่ไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และต้องไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร (มาตรา 32 วรรคแรก) ซึ่งน่าจะหมายถึงการกระทำนั้นจะต้องไม่มีลักษณะที่ทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์เสียประโยชน์ในด้านการค้าหรือทำให้คุณค่าของงานสร้างสรรค์ของเขาด้อยลงจากการกระทำนั้น ๆ[34] แต่โดยทางปฏิบัติแล้วไม่ว่าผู้ละเมิดลิขสิทธิ์นั้นจะได้กระทำไปในทางการค้าหรือไม่ เจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นผู้เสียหายก็ย่อมจะต้องกล่าวอ้างว่าการกระทำของผู้ละเมิดลิขสิทธิ์นั้นทำให้ตนต้องเสียประโยชน์ในด้านการค้าหรือเป็นการทำให้คุณค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์ของตนด้อยลงไป เพื่อไม่ให้ผู้ละเมิดได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นดังกล่าว เมื่อเป็นเช่นนี้ ผู้ที่มีอำนาจชี้ขาดว่าการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเป็นการกระทำที่ทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์เสียประโยชน์ในด้านการค้าหรือทำให้คุณค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นด้อยลงไปหรือไม่ก็จะมีแต่เพียงศาลเท่านั้น อันเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้เกิดคดีละเมิดลิขสิทธิ์ขึ้นสู่ศาลมากเกินไป และยังเป็นการเปิดช่องให้มีการนำคดีอาญามาบีบบังคับกันเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายในทางแพ่งซึ่งเป็นการผิดวัตถุประสงค์ของการดำเนินคดีอาญาที่มุ่งลงโทษผู้กระทำความผิดอีกด้วย

---

[34]สมพร พรหมมิตาธร, กฎหมายลิขสิทธิ์, หน้า 93.

3.4 การลงโทษจำเลยในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537

3.4.1 บทกำหนดโทษตามกฎหมาย

ในความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ได้มีการกำหนดอัตราโทษโดยแบ่งออกเป็น 4 ประเภทตามลักษณะความผิดคือ

(1) ความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้นที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้า ผู้กระทำต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท (มาตรา 69 วรรคแรก)

(2) ความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นรองที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้า ผู้กระทำต้องระวางโทษปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นถึงหนึ่งแสนบาท (มาตรา 70 วรรคแรก)

(3) ความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้นที่เป็นการกระทำเพื่อการค้า ผู้กระทำผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสี่ปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงแปดแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ (มาตรา 69 วรรคสอง)

(4) ความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นรองที่เป็นการกระทำเพื่อการค้า ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงสองปี หรือปรับตั้งแต่ห้าหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ (มาตรา 70 วรรคสอง)

จะเห็นได้ว่าเจตนารมย์ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มุ่งเอาผิดกับผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้าเป็นหลัก เพราะได้มีการกำหนดโทษจำคุกซึ่งเป็นโทษที่หนักกว่าโทษปรับแก่ความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้า ในขณะที่ความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้ากลับมีแต่โทษปรับสถานเดียว และเป็นหลักการที่ใช้มาตั้งแต่กฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับก่อนคือพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2521 เนื่องจากผู้บัญญัติกฎหมายลิขสิทธิ์ยอมเล็งเห็นว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้ายอมก่อให้เกิดความเสียหายเป็นอย่างมากแก่เจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์และสังคมโดยส่วนรวม ในขณะที่การละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้าไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์และสังคมสักเท่าใดนักจึงได้กำหนดให้ความผิดทั้งสองฐานมีอัตราโทษต่างกันมาก

อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าความเสียหายที่เจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ได้รับจะมากหรือน้อย

เพียงใด เมื่อมีกฎหมายกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาและผู้กระทำต้องรับโทษแล้ว ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ที่มิได้กระทำเพื่อการค้าก็ย่อมต้องถูกดำเนินคดีและถูกปฏิบัติเช่นเดียวกันกับผู้กระทำความผิดอาญาประเภทอื่น และแม้ว่าจะเป็นความผิดที่มีโทษปรับสถานเดียว พนักงานสอบสวนก็ไม่มีอำนาจเปรียบเทียบปรับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 37 เนื่องจากคดีความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้าเป็นความผิดที่มีอัตราโทษสูงกว่าความผิดลหุโทษ[35] และคดีอื่นที่มีโทษปรับสถานเดียวอย่างสูงไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท การเปรียบเทียบปรับคดีละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการทำเพื่อการค้านี้ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 77 กำหนดให้เป็นอำนาจของอธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญาเท่านั้น ดังนั้น เมื่อผู้กระทำความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้าถูกพนักงานสอบสวนจับกุมแล้ว ก็จะต้องถูกควบคุมตัวไว้จนกว่าอธิบดีฯ จะได้ทำการเปรียบเทียบปรับซึ่งค่าปรับจะต้องไม่ต่ำกว่าสองหมื่นบาทสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้นและไม่ต่ำกว่าหนึ่งหมื่นบาทสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นรอง เมื่อเปรียบเทียบกับความร้ายแรงของการกระทำและความเสียหายที่เจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ได้รับซึ่งอาจไม่มากมายนักกับผลร้ายที่ผู้กระทำจะต้องได้รับจากการถูกดำเนินคดีอาญาแล้ว จะเห็นได้ว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มิได้กระทำเพื่อการค้าไม่ควรจะต้องเป็นความผิดทางอาญาเลย ตัวอย่างเช่น นาย ก. อัดเทปบันทึกเสียงซึ่งบริษัท ข. เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์เพื่อแจกให้เพื่อนของตนสองสามคน อันเป็นการทำซ้ำสิ่งบันทึกเสียงซึ่งเป็นงานลิขสิทธิ์ การกระทำดังกล่าวของนาย ก. ไม่ใช่การกระทำเพื่อการค้าแต่ก็ไม่เข้าข้อยกเว้นที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 กำหนดไว้ในมาตรา 32 (2) เนื่องจากเพื่อนของนาย ก. ไม่ใช่ญาติสนิท นาย ก. มีเพียงข้อต่อสู้เดียวตามมาตรา 32 วรรคแรกว่าการกระทำของตนไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรใน-

---

[35]ความผิดลหุโทษ คือความผิดซึ่งต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 102)

อันที่จะถือได้ว่าไม่เป็นความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ แต่บริษัท ข. ซึ่งเป็นเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ย่อมโต้แย้งว่าการกระทำของนาย ก. ทำให้บริษัท ข. เสียหายอันเป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์ของบริษัท ข. แล้ว ข้อพิพาทที่เป็นปัญหาข้อกฎหมายเช่นนี้ย่อมจะต้องรอให้ศาลเป็นผู้ตัดสิน แต่นาย ก. ซึ่งเป็นผู้ต้องหาคงไม่ต้องการให้คดียืดเยื้อไปถึงชั้นศาล เพราะเท่ากับทำให้ตนต้องมีภาระหนักขึ้น เช่น ต้องถูกควบคุมตัวโดยพนักงานสอบสวน ถ้าไม่ต้องการถูกควบคุมตัวก็ต้องทำเรื่องขอประกันตัวกับพนักงานสอบสวน หรือยอมชำระค่าปรับที่อธิบดีฯ เปรียบเทียบ ถ้านาย ก. ไม่ยอมชำระค่าปรับหรือไม่มีเงินพอชำระค่าปรับ พนักงานสอบสวนก็ต้องทำเรื่องส่งอัยการเพื่อสั่งฟ้องนาย ก. และถ้าคดีมาถึงชั้นศาลแล้วศาลมีคำพิพากษาให้นาย ก. แพ้คดีต้องโทษปรับซึ่งจะต้องปรับไม่ต่ำกว่าสองหมื่นบาทเนื่องจากเป็นความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้น แล้วนาย ก. ไม่มีเงินชำระค่าปรับนาย ก. ก็จะต้องถูกกักขังแทนค่าปรับในอัตราเจ็ดสิบบาทต่อหนึ่งวัน (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 30) ทำให้นาย ก. จะต้องถูกกักขังแทนค่าปรับตั้งแต่ 286 วันขึ้นไปจนถึง 2 ปีแล้วแต่ค่าปรับที่ศาลพิพากษา ซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นการทำให้นาย ก. ต้องได้รับผลร้ายมากเกินไปทั้งที่การกระทำของนาย ก. เพียงแต่ทำให้บริษัท ข. อาจได้รับความเสียหายเพราะขาดรายได้จากการขายเทปบันทึกเสียงสองสามตลับอันเป็นราคาเพียงสองร้อยบาทเศษเท่านั้น ที่ใช้คำว่า "อาจได้รับความเสียหาย" เนื่องจากแม้ว่านาย ก. จะไม่ได้อัดเทปบันทึกเสียงดังกล่าวให้แก่เพื่อนของตนไป เพื่อนของนาย ก. ก็อาจไม่ซื้อเทปบันทึกเสียงที่มีลิขสิทธิ์จากบริษัท ข. อยู่นั่นเองก็เป็นได้ และแม้ว่าพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 66 จะได้บัญญัติให้ความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์เป็นความผิดอันยอมความได้ แต่ถ้าผู้เสียหายซึ่งเป็นเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ไม่ตกลงประนีประนอมกับผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นผู้ต้องหาแล้ว พนักงานสอบสวนหรือศาลก็จะต้องดำเนินคดีกับผู้ต้องหาหรือจำเลยแล้วแต่กรณีตามขั้นตอนของกฎหมายต่อไป

ดังนั้น การที่กฎหมายกำหนดให้การละเมิดในทุกกรณีเป็นความผิดทางอาญาไม่ว่าการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเป็นการกระทำเพื่อการค้าหรือไม่ก็ตาม จึงเป็นการเปิดช่องให้มีการนำเอาคดีอาญามาบังคับชำระกันได้ง่ายเกินไประหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์กับผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ เนื่องจากการใช้สภาพบังคับทางอาญาย่อมมีผลกระทบต่อชื่อเสียงและเสรีภาพของบุคคลที่ถูกกฎหมายนั้น ๆ บังคับใช้ บุคคลทั่วไปจึงเกรงกลัวสภาพบังคับของกฎหมายที่มีโทษทางอาญามากกว่าสภาพบังคับของ

กฎหมายประเภทอื่น ๆ การนำเอาคดีอาญามาเป็นข้อต่อรองจึงเป็นที่นิยมมากโดยเฉพาะสำหรับผู้เสียหายหรือโจทก์ในคดีอาญาที่ยอมความกันได้ เช่นในคดีอาญาที่เกี่ยวกับความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค มีปรากฏให้เห็นอยู่เสมอ ๆ ว่าผู้ทรงเช็คฟ้องคดีอาญาต่อผู้ออกเช็คในข้อหาออกเช็คโดยไม่มีเงินในบัญชีหรือเงินในบัญชีมีไม่พอ ทั้ง ๆ ที่ขณะออกเช็คนั้นผู้ออกเช็คและผู้ทรงเช็คได้ตกลงกันแล้วว่าเป็นการออกเช็คเพื่อเป็นหลักฐานแห่งหนี้ จะไม่นำเช็คดังกล่าวไปขึ้นเงิน หรือจะไม่ - ประสงค์ดำเนินคดีอาญาตามเช็คต่อกัน แต่ต่อมาในภายหลังผู้ทรงเช็คกลับนำเช็คดังกล่าวไปขึ้นเงินเมื่อปรากฏว่าธนาคารตามเช็คปฏิเสธการจ่ายเงินเพราะไม่มีเงินในบัญชีหรือเงินในบัญชีไม่พอจ่าย ผู้ทรงเช็คก็นำเช็คดังกล่าวมาฟ้องคดีอาญาเอาผิดกับผู้ออกเช็คซึ่งแม้ว่าในที่สุดศาลฎีกาจะพิพากษาให้ผู้ออกเช็คไม่มีความผิดก็ตาม[36] แต่ผู้ออกเช็คดังกล่าวก็จะต้องมีภาระถูกดำเนินคดีตามขั้นตอนของคดีอาญามาในระดับหนึ่ง เช่นต้องถูกจับกุมและถูกควบคุมตัวโดยพนักงานสอบสวน ต้องไปให้ปากคำแก่พนักงานสอบสวน ต้องหาหลักทรัพย์เพื่อมาประกันตัว ต้องหาทนายความมาเพื่อต่อสู้คดี ต้องไปให้การในชั้นศาล เป็นต้น นอกจากนี้ ยังมีคดีความผิดอันเกิดจากการใช้เช็คอีกมากที่ยุติลงก่อนที่คดีจะไปถึงศาลฎีกา เพราะผู้ต้องหาหรือจำเลยยอมประนีประนอมกับผู้เสียหายหรือโจทก์เพียงเพราะไม่ต้องการถูกดำเนินคดีอาญาเนื่องจากกลัวเสื่อมเสียชื่อเสียง ในกรณีเช่นนี้ผู้เสียหายหรือโจทก์ย่อมอยู่ในฐานะที่ได้เปรียบและอาศัยความได้เปรียบนี้เรียกร้องให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยชดใช้เงินตามเช็คให้แก่ตนหรือในบางครั้งอาจเรียกร้องมากกว่าจำนวนเงินที่ระบุในเช็คก็ได้ ในกรณีเช่นนี้ผู้ต้องหาหรือจำเลยย่อมมีทางเลือกเพียง 2 ทางว่าจะยอมตามที่ผู้เสียหายหรือโจทก์เรียกร้องหรือจะยอมถูกดำเนินคดีอาญาต่อไปซึ่งเสี่ยงต่อการที่จะถูกศาลพิพากษาลงโทษทั้งจำคุกและปรับ จึงมีผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีพระราชบัญญัติความผิดอันเกี่ยวกับการใช้เช็คจำนวนไม่น้อยที่ต้องยอมชดใช้เงินให้ตามที่ผู้เสียหายหรือโจทก์เรียกร้องมาซึ่งสูงกว่ามูลค่าตามเช็คพิพาทอันไม่เป็นธรรมแก่ผู้ออกเช็คซึ่งก็คือผู้ต้องหาหรือจำเลย ทั้ง ๆ ที่ผู้ทรงเช็คย่อมมีสิทธิที่จะฟ้องร้องผู้ออกเช็คเป็น

---

[36]คำพิพากษาฎีกาที่ 988/2513, 1783-1799/2519 และ 1651/2520

คดีแพ่งเพื่อให้ชำระเงินตามเช็คได้อยู่แล้ว แต่ผู้ทรงเช็คมักเลือกที่จะดำเนินคดีอาญามากกว่าคดีแพ่ง เพราะไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลและค่าใช้จ่ายอื่น ๆ เหมือนในคดีแพ่ง และที่สำคัญมีผลในการบังคับชดใช้ผู้ออกเช็คดีกว่าการฟ้องคดีแพ่ง ทั้งยังไม่เป็นการตัดสิทธิผู้ทรงเช็คที่จะฟ้องคดีแพ่งในภายหลังอีกด้วย อันเป็นการเปิดช่องให้มีคดีความผิดอันเกี่ยวกับการใช้เช็คขึ้นสู่ศาลมากเกินความจำเป็น เพราะโดยส่วนใหญ่แล้วผู้ทรงเช็คไม่ประสงค์ที่จะให้ผู้ออกเช็คต้องรับโทษทางอาญา เพียงแต่ต้องการให้ผู้ออกเช็คชดใช้เงินให้แก่ตนและการฟ้องคดีอาญาก็เป็นเพียงวิธีการบังคับให้ผู้ออกเช็คกระทำดังกล่าวเท่านั้น ทำให้ไม่ตรงกับวัตถุประสงค์ของการดำเนินคดีอาญาที่มุ่งให้จำเลยได้รับการลงโทษจากการกระทำความผิดของตน

ในคดีความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ก็เช่นเดียวกัน การที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ทั้งฉบับก่อนและฉบับปัจจุบันกำหนดให้การละเมิดลิขสิทธิ์ทั้งที่เป็นการกระทำเพื่อการค้าและที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้าเป็นความผิดทางอาญา ในขณะที่กฎหมายดังกล่าวก็กำหนดให้ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดอันยอมความได้ด้วย (พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2521 มาตรา 48 และพระราช-บัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 66) อันเป็นเหตุให้มีการนำคดีอาญามาบีบบังคับกันในทำนองเดียวกันกับคดีความผิดอันเกิดจากการใช้เช็คได้ อย่างไรก็ดี แม้ความผิดอันเกิดจากการใช้เช็คจะเป็นความผิดที่เกี่ยวกับธุรกิจทำนองเดียวกับความผิดตามกฎหมายลิขสิทธิ์ แต่เช็คเป็นตัวเงินที่มีความสำคัญและใช้กันแพร่หลายมากที่สุดในสังคมธุรกิจยุคปัจจุบัน รัฐมีเจตนารมณ์ที่จะสนับสนุนให้มีการใช้เช็คอย่างแพร่หลาย มุ่งให้เกิดความสะดวกและเป็นหลักประกันการประกอบธุรกิจการค้ามุ่งประสงค์ที่จะสร้างความเชื่อมั่นให้แก่ผู้ซึ่งได้รับเช็คไว้ในครอบครองว่าจะได้รับเงินตาม - จำนวนที่ระบุไว้ในเช็ค และลงโทษผู้กระทำความผิดฐานฉ้อโกงโดยอาศัยเช็คเป็นเครื่องมือ[37] ซึ่งเป็นผลให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนโดยทั่ว ๆ ไป ตลอดจนมีผลกระทบกระเทือนต่อวง

---

[37]สนิท สนั่นศิลป์, คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ.2534 (กรุงเทพมหานคร: สูตรไพศาลการพิมพ์, 2534) หน้า ฉ.

การค้าธุรกิจและความเจริญในทางเศรษฐกิจของชาติด้วย[38] ส่วนการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นยังไม่เป็นที่แน่ชัดว่าทำให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนทั่ว ๆ ไปหรือแก่เศรษฐกิจและสังคมโดยรวม เว้นเสียแต่การละเมิดลิขสิทธิ์นั้นจะเป็นการกระทำเพื่อการค้า แม้แต่เหตุผลในการแก้ไขหรือออกกฎหมายลิขสิทธิ์แต่ละครั้งก็มักจะเป็นเรื่องการปรับปรุงขอบเขตการคุ้มครองลิขสิทธิ์หรืออัตราโทษเท่านั้น[39] มิได้กล่าวถึงความเสียหายอันเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีต่อประชาชนหรือเศรษฐกิจและสังคมเลย นอกจากนี้วัตถุประสงค์ในการออกกฎหมายลิขสิทธิ์ในยุคแรก ๆ ก็เป็นเรื่องที่มุ่งคุ้มครองผลประโยชน์ของบุคคลบางกลุ่ม เช่นกรรมสัมปาทิกสภา หรือผู้แต่งหนังสือทั่วไป[40] ซึ่งก็มิได้กล่าวถึงความเสียหายอันเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีต่อเศรษฐกิจหรือสังคมแต่อย่างใดเช่นกัน จึงเห็นได้ชัดเจนว่าการละเมิดลิขสิทธิ์มิได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนหรือเศรษฐกิจและสังคมไปเสียทั้งหมด คงมีแต่การละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้าเท่านั้นที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์โดยตรงและทำให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนและเศรษฐกิจโดยรวมอย่างเห็นได้ชัด การกำหนดให้การละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้าเป็นความผิดทางอาญาไปด้วยจึงเป็นการไม่เหมาะสม นอกจากจะเป็นการเปิดช่องให้มีการนำคดีอาญามาบีบบังคับข่มขู่กันและทำให้มีคดีขึ้นสู่ศาลมากเกินความจำเป็นดังที่ได้กล่าวมาแล้ว เมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดทางอาญาก็จะเห็นว่ามีเหตุผลอื่น ๆ อีกหลายประการที่ไม่ควรกำหนดให้การละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้าเป็นความผิดอาญา เช่น

---

[38]ประพันธ์ ทุรพย์แสง, คำอธิบายเช็ค (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2527), หน้า 5.

[39]โปรดดูหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2521 และพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537.

[40]โปรดดูประวัติความเป็นมาของประกาศหอสมุดวชิรญาณ ร.ศ.111 และพระราชบัญญัติผู้แต่งหนังสือ ร.ศ.120 ในบทที่ 2

ก. พิจารณาตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญา

ในวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาทั้ง 13 ข้อที่ได้กล่าวไปแล้วนั้น คงจะมีแต่วัตถุ - ประสงค์ข้อ 7 ที่ว่า "คุ้มครองป้องกันซึ่งทรัพย์สินของบุคคลจากการลักขโมย การฉ้อโกง หรือการทำให้เสียทรัพย์" ที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ เพราะเป็นเรื่องของการคุ้มครองทรัพย์สินของบุคคลเช่นเดียวกัน แต่จะถือได้หรือไม่ว่าการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นการกระทำพวกเดียวกันกับการลักขโมย การฉ้อโกง หรือการทำให้เสียทรัพย์ตามวัตถุประสงค์ดังกล่าว

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้าและการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้า นั้น มีความร้ายแรงและก่อให้เกิดผลร้ายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ที่เป็นผู้เสียหายแตกต่างกันอย่างเห็นได้ชัด การละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้าจะมีผลให้เจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ต้องเสียหายเพราะการขาดไร้รายได้จำนวนมากจากการอนุญาตให้ใช้งานลิขสิทธิ์ของตน ขณะเดียวกันสำเนาจำลองของงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งแพร่กระจายออกไปก็เป็นการทำให้เสื่อมลงซึ่งคุณค่าของงานลิขสิทธิ์ที่ถูกละเมิด ทั้งคุณค่าในทางศิลปหรือวรรณกรรมและคุณค่าในทางเศรษฐกิจ ในขณะที่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้ากลับมีรายได้หรือผลกำไรมากมายจากการละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าว เพราะว่าตนไม่ต้องลงทุนลงแรงในการสร้างสรรค์งาน - ดังกล่าวขึ้นเลยจึงทำให้มีต้นทุนในการผลิตงานละเมิดลิขสิทธิ์ต่ำลง เห็นได้ชัดว่าการกระทำของผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้านี้เป็นการเอารัดเอาเปรียบเจ้าของลิขสิทธิ์อย่างไม่เป็นธรรม เป็นการฉกฉวยแย่งเอาผลประโยชน์จากผู้อื่นและเป็นการทำลายคุณค่าของทรัพย์สินของผู้อื่นอย่างเห็นได้ชัด ความร้ายแรงของความผิดนี้จึงเทียบได้กับการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์และทำให้เสียทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญาเลยทีเดียว ดังนั้น เมื่อพิจารณาตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาข้อดังกล่าว การกำหนดให้การละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้าเป็นความผิดทางอาญาก็เป็นการเหมาะสมแล้ว แต่การละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้านั้น เมื่อพิจารณาในแง่ของความเสียหายในทางเศรษฐกิจที่เจ้าของลิขสิทธิ์จะได้รับแล้ว จะเห็นได้ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์เพียงแต่ขาดรายได้จากการอนุญาตให้ใช้งานลิขสิทธิ์ของตนจากผู้ละเมิดและบุคคลที่เกี่ยวข้องอีกเพียงหนึ่งหรือสองรายเท่านั้น ซึ่งถือได้ว่าเป็นจำนวนเล็กน้อยมากถ้าเทียบกับค่าตอบแทนที่เจ้าของลิขสิทธิ์ยังได้รับจากการอนุญาตให้ใช้งานลิขสิทธิ์ทั่ว ๆ ไปที่ตนได้รับอยู่ และงานอันเกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งมีเพียงหนึ่งหรือสองชุดนั้นคงไม่ทำให้คุณค่าในทางศิลปหรือวรรณกรรมและ

คุณค่าในทางเศรษฐกิจของงานลิขสิทธิ์ของตนลดลงไปแต่อย่างใด อีกทั้งการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้าก็มิได้ทำให้ผู้ละเมิดมีผลกำไรหรือรายได้มากมายจากการละเมิดนั้น ๆ ในบางกรณีอาจไม่ได้ผลตอบแทนเลย เสียด้วย เราไม่อาจพูดได้ว่าอย่างเต็มปากว่าผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้าเป็นผู้ฉกฉวยโอกาสเอารัดเอาเปรียบจากเจ้าของลิขสิทธิ์โดยไม่เป็นธรรม ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้านี้แทบจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์เลย อาจพูดได้ว่าแทบไม่มีผลกระทบต่อเจ้าของลิขสิทธิ์เลยด้วยซ้ำ การกระทำของผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้า นั้น ไม่ร้ายแรงถึงขั้นลักขโมย ฉ้อโกง หรือทำให้เสียทรัพย์ ถ้าจะเปรียบเทียบก็คงเทียบได้กับการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินของผู้อื่นโดยไม่ได้แจ้งให้เจ้าของทรัพย์สินได้ทราบและไม่ได้จ่ายค่าตอบแทนให้แก่เจ้าของทรัพย์สินดังกล่าวเท่านั้น ถ้าจะติดใจเรียกร้องกันก็ควรเป็นเรื่องในทางแพ่ง การละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้าจึงไม่ควรเป็นความผิดอาญาดังเหตุผลที่ได้กล่าวมาแล้ว

ข. พิจารณาตามหลักเกณฑ์ของไนเกล วอล์กเกอร์

ตามหลักเกณฑ์ของวอล์กเกอร์นั้น การพิจารณาว่าการกระทำใดที่ควรจะถือว่าเป็นความผิดทางอาญานั้น จะต้องมีการนำประสบการณ์และความเป็นจริงที่สามารถสังเกตได้มาใช้ตัดสินว่าการกระทำนั้นเป็นอันตรายต่อการประกอบภารกิจของสังคมอย่างราบรื่นหรือความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคมหรือไม่

เมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ดังกล่าว จะเห็นได้ว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้านั้นเป็นอันตรายต่อการประกอบภารกิจของสังคมอย่างราบรื่นและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคมอย่างเห็นได้ชัด เพราะนอกจากการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้าจะก่อให้เกิดผลร้ายแก่ตัวเจ้าของลิขสิทธิ์แล้ว ยังมีผลกระทบต่อสังคมในด้านของการพัฒนาและการใช้ประโยชน์ในงานลิขสิทธิ์นั้น ๆ ด้วย ตัวอย่างเช่นลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ เดิมนั้นตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์พ.ศ.2521 ไม่ได้บัญญัติคุ้มครองลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ไว้โดยชัดแจ้งเหมือนกับกฎหมายลิขสิทธิ์ในปัจจุบัน (มาตรา 4 วรรค 4 และมาตรา 30) เป็นเหตุให้มีการทำซ้ำหรือดัดแปลง และนำออกเผยแพร่ในทางการค้าซึ่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยที่เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่ยินยอมเป็นจำนวนมาก นอกจากผลเสียที่เกิดกับตัวผู้สร้างสรรค์โปรแกรมคอมพิวเตอร์

ดังกล่าวแล้ว ผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อสังคมไทยก็คือ ทำให้คนไทยไม่นิยมที่จะค้นคิดโปรแกรมคอม - พิวเตอร์ใหม่ ๆ ขึ้นเอง เพราะเกรงว่าจะไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ เป็นเหตุให้งานด้านโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของไทยไม่พัฒนาไปเท่าที่ควร นอกจากนี้ยังเป็นเหตุให้เจ้าของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ต้องเสียผลประโยชน์พยายามปกป้องผลประโยชน์ของตนโดยการสร้างโปรแกรมป้องกันการทำซ้ำหรือดัดแปลงขึ้นอีกชั้นหนึ่ง เพื่อไม่ให้ผู้อื่นมาทำซ้ำหรือดัดแปลงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของตน อันเป็นเหตุให้ต้องมีต้นทุนการผลิตสูงขึ้นและผู้ผลิตย่อมต้องผลักภาระต้นทุนที่เพิ่มขึ้นนี้ให้แก่ผู้บริโภคซึ่งก็ได้แก่ประชาชนในสังคม ยิ่งไปกว่านั้นเจ้าของโปรแกรมคอมพิวเตอร์บางรายถึงกับโต้ตอบผู้ที่ทำซ้ำหรือดัดแปลงโปรแกรมของตนด้วยการสร้างโปรแกรมไวรัสแฝงไว้กับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของตน ผู้ที่มาทำซ้ำหรือดัดแปลงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ดังกล่าวโดยไม่ได้รับอนุญาตก็จะถูกโปรแกรมไวรัสนั้นทำลายข้อมูลในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ทำซ้ำหรือดัดแปลงขึ้นมา และจะลามไปทำลายข้อมูลในโปรแกรมคอมพิวเตอร์อื่นในเครื่องคอมพิวเตอร์อีกด้วย และเมื่อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ดังกล่าวแพร่หลายออกไปก็เท่ากับเป็นการแพร่กระจายของโปรแกรมไวรัสที่แฝงมาด้วย อันเป็นการสร้างความเสียหายแก่ประชาชนและสังคมได้ เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะสังคมไม่มีมาตรการที่จะให้คุ้มครองแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์จากการกระทำที่เอาเปรียบเพื่อประโยชน์ในทางการค้านั่นเอง เมื่อพิจารณาจากตัวอย่างที่เคยเกิดขึ้นมาแล้วก็จะเห็นว่าเป็นการเหมาะสมแล้วที่จะกำหนดให้การละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้าเป็นความผิดทางอาญา เนื่องจากไม่มีวิธีการอื่นใดที่จะเหมาะสมกว่าการใช้กฎหมายอาญามาควบคุมการกระทำที่อาจจะก่อให้เกิดผลร้ายต่อสังคมเช่นนี้ได้ เพราะการปล่อยให้มีการควบคุมกันเองหรือใช้มาตรการอื่นเข้าแก้ไขเช่นการเรียกร้องกันทางแพ่งดังที่ผ่านมานั้นไม่เป็นการแก้ไขปัญหาและความเสียหายที่เกิดจากการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้าได้

ส่วนการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้านั้น เมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ของวอล์กเกอร์ จะเห็นได้ว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้านี้แทบจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์เลย ถ้าไม่มีกฎหมายอาญาแล้วเจ้าของลิขสิทธิ์ก็คงจะไม่คิดใจดำเนินการอย่างใด ๆ กับผู้ละเมิดประเภทนี้มากไปกว่าการตักเตือนหรือเรียกร้องเอาค่าตอบแทนตามสมควร ต่างจากผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้าที่แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายอาญา

เอาผิด เจ้าของลิขสิทธิ์เองก็ย่อมที่จะต้องเรียกร้องค่าเสียหายในทางแพ่งหรือดำเนินการอย่างใด ๆ กับผู้ละเมิดดังกล่าวอยู่นั่นเอง การละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้าจึงไม่ร้ายแรงถึงขั้นที่เป็นอันตรายต่อการประกอบภารกิจหรือความเป็นระเบียบวินัยของสังคมแต่อย่างใด นอกจากนี้ การบังคับใช้กฎหมายอาญากับการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้านี้ยังทำได้ยากลำบากกว่าการบังคับใช้กฎหมายอาญากับการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้าทั้งในด้านการสืบหาตัวผู้กระทำความผิดและพยานหลักฐานที่ใช้พิสูจน์การกระทำความผิด และ - วอล์กเกอร์ก็ไม่เห็นการแก้ปัญหาด้วยการใช้กฎหมายอาญาแต่เพียงอย่างเดียว แต่ได้พิจารณาถึงวิธีการอื่น ๆ ที่น่าจะเหมาะสมกว่าด้วย ซึ่งในกรณีของการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้านี้เจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมมีสิทธิที่จะเรียกร้องในทางแพ่งอยู่แล้ว ดังนั้น ถ้าเจ้าของลิขสิทธิ์เห็นว่าตนเสียหายจากการกระทำดังกล่าว ก็อาจฟ้องเป็นคดีแพ่งเพื่อให้ชดใช้ค่าเสียหายก็ได้ ซึ่งเข้าใจว่าคงไม่มีผู้ใดทำ เพราะจริง ๆ แล้วก็ไม่มีความเสียหายถึงขนาดที่จะต้องฟ้องร้องกันนั่นเอง จึงสรุปได้ว่าไม่ควรกำหนดให้การละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้าเป็นความผิดทางอาญาตามเหตุผลที่ได้กล่าวไปแล้ว

ค. หลักเกณฑ์ของเฮอร์เบิร์ต แอล แพ็กเกอร์

เมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ของแพ็กเกอร์ทั้ง 6 ประการแล้ว จะเห็นได้ว่าความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้าจะเข้าหลักเกณฑ์ที่แพ็กเกอร์กำหนดไว้ทุกประการ กล่าวคือ คนส่วนใหญ่ในสังคมถือว่าการกระทำเช่นนี้มีผลกระทบต่อสังคม เพราะเป็นการขัดขวางการสร้างสรรค์งานให้แก่สังคมและคนส่วนใหญ่ยังเห็นว่าผู้กระทำควรถูกลงโทษ เพราะการละเมิดเช่นนี้เป็นการกระทำที่เอารัดเอาเปรียบผู้อื่นอย่างไม่เป็นธรรมอย่างมาก และการลงโทษผู้ - กระทำความผิดฐานนี้ก็ไม่เป็นการขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ต่าง ๆ ของการลงโทษ นอกจากนี้การป้องกันและปราบปรามการละเมิดลิขสิทธิ์ชนิดนี้ก็ไม่เป็นการยับยั้งหรือทำให้การกระทำอื่น ๆ ที่สังคมเห็นว่าถูกต้องหรือต้องการให้กระทำลดลงแต่อย่างใด อีกทั้งการบังคับใช้กฎหมายและการควบคุมกระทำดังกล่าวโดยผ่านกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสามารถทำได้อย่างเสมอภาคเท่าเทียมกันและมีประสิทธิภาพ เนื่องจากสามารถหาตัวผู้กระทำผิดและพยานหลักฐานได้ง่าย และที่สำคัญคือไม่มีมาตรการอื่นใดที่เหมาะสมไปกว่าการใช้กฎหมายอาญาเพื่อควบคุมการละเมิดลิขสิทธิ์

ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้านี้ เพราะแม้ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์จะมีสิทธิฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายในทางแพ่งจากผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ได้ก็ตาม แต่ก็ยังมีผู้ละเมิดอีกมากที่ยังไม่ถูกฟ้อง และแม้ว่าจะถูกฟ้องก็เป็นการเสี่ยงที่คุ้มกับการลงทุนต่ำแต่ได้กำไรสูง เช่นนี้ อันเป็นเหตุให้การควบคุมด้วยการฟ้องคดีแพ่งระหว่างเอกชนด้วยกันเองไม่ได้ผล การนำกฎหมายอาญามาใช้จึงเป็นมาตรการที่เหมาะสมที่สุดแล้วสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้า

ส่วนความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้านั้น เมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ของแฟ็กเกอร์แล้ว จะเห็นได้ว่าความผิดฐานนี้ยังไม่ครบตามหลักเกณฑ์ที่แฟ็กเกอร์กำหนดไว้หลายประการ เช่น ในความเห็นของคนส่วนใหญ่แล้วการละเมิดลิขสิทธิ์ชนิดนี้ไม่ใช่เรื่องเสียหายร้ายแรงถึงขนาดที่จะมีผลกระทบต่อสังคม สังเกตได้จากยังมีคนในสังคมอีกจำนวนไม่น้อยที่ยังมีการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่นนี้อยู่โดยเฉพาะเกี่ยวกับการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ นอกจากนี้การกำหนดให้ผู้ที่กระทำเช่นนี้ต้องรับโทษทางอาญาก็ยังเป็นการขัดกับวัตถุประสงค์การลงโทษอีกด้วย เนื่องจากโทษที่ลงแก่ผู้กระทำนั้นร้ายแรงเกินกว่าที่จะถือได้ว่าเป็นการแก้แค้นทดแทนเมื่อเทียบกับผลของการกระทำที่เป็นความผิดดังกล่าว และแม้ว่าการกำหนดอัตราโทษสำหรับความผิดฐานนี้ไว้ค่อนข้างสูงก็เพื่อเป็นการข่มขู่ไม่ให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น แต่โดยทางปฏิบัติแล้วการควบคุมการกระทำความผิดที่ได้ผลนั้น ขึ้นอยู่ประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาโดยเฉพาะการบังคับใช้กฎหมายเป็นหลักและอาจมีผลดีกว่าการลงโทษอย่างรุนแรงเสียอีก ส่วนวัตถุประสงค์ในการลงโทษอื่น ๆ เช่นลงโทษเพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไข เห็นว่าคงไม่จำเป็นต่อการกระทำความผิดฐานนี้เท่าใดนัก เพราะไม่มีโทษจำคุก นอกจากเรื่องวัตถุประสงค์ของการลงโทษแล้ว การปราบปรามการกระทำเช่นนี้อาจมีผลให้ประชาชนทั่วไปเกิดความสงสัยว่าการกระทำเช่นไรจึงจะเข้าข่ายความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้านี้ ต่างจากการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้าที่จะเห็นได้ชัดเจนกว่า การกำหนดเช่นนี้อาจทำให้คนทั่วไปเกิดความสับสนว่าการกระทำของตนที่เกี่ยวกับงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นจะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ อันอาจมีผลทำให้การใช้ประโยชน์งานลิขสิทธิ์ต่าง ๆ ลดลงในภายหลังได้ นอกจากนี้การบังคับใช้กฎหมายโดยการใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาเข้าควบคุมการกระทำดังกล่าวยังกระทำได้ยากและล้าเปลืองมาก เนื่องจากการกระทำความผิดประเภทนี้จะลึบหาตัว

ผู้กระทำผิดและหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ความผิดได้ยาก ไม่เหมือนกับการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้าซึ่งจะมีสำเนาจำลองของงานที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เผยแพร่ออกไปในชุมชน ทำให้สามารถค้นหาหลักฐานและตัวผู้กระทำความผิดได้ง่าย ดังนั้น การนำกฎหมายอาญามาใช้กับการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้าจึงไม่เป็นมาตรการที่เหมาะสม เพราะอาจมีวิธีการอันที่เหมาะสมกว่า เช่น การตักเตือน การยึดหรือทำลายงานที่เกิดขึ้นจากการละเมิดลิขสิทธิ์ การประนีประนอมยอมความ หรือในกรณีที่ผู้ที่เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์เห็นว่าเป็นเรื่องร้ายแรงก็ยังมีสิทธิฟ้องคดีแพ่งเพื่อเรียกค่าเสียหายได้ เป็นต้น สรุปตามหลักเกณฑ์ของแพ็กเกอร์แล้วก็ยังไม่ควรกำหนดให้การละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้าเป็นความผิดทางอาญา

3.4.2 <u>แนวบรรทัดฐานของศาลในการลงโทษจำเลย</u>

การดำเนินคดีอาญาในความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ อาจทำได้ 2 วิธีคือ วิธีแรกผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ฟ้องคดีเองในฐานะผู้เสียหาย หรือวิธีที่สองให้พนักงานอัยการเป็นโจทก์ฟ้องคดีให้ ในวิธีที่สองนั้น จะต้องมีการสอบสวนในความผิดที่ได้กระทำขึ้นโดยพนักงานสอบสวนผู้มีอำนาจเสียก่อน และพนักงานสอบสวนจะทำการสอบสวนได้ก็ต่อเมื่อได้มีการแจ้งความร้องทุกข์โดยผู้เสียหายให้ดำเนินคดีกับผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดเสียก่อนด้วย (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 120, 121 และ 123) ผู้เสียหายก็คือผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ สวนผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดก็คือผู้ละเมิดลิขสิทธิ์นั่นเอง

ในกรณีที่ผู้เสียหายไปแจ้งความร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนนั้น หน่วยงานที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับเรื่องนี้ก็คือ กองบังคับการปราบปรามสอบสวนคดีเศรษฐกิจ (งาน 1 กองกำกับการ 3) กรมตำรวจ เนื่องจากมีหน้าที่สืบสวนสอบสวนและจับกุมผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาโดยเฉพาะ เมื่อพนักงานสอบสวนของหน่วยงานดังกล่าวได้รับแจ้งความจากผู้เสียหายแล้วก็จะทำการสอบสวนจนเสร็จพร้อมกับทำความเห็นว่าเห็นควรสั่งฟ้องหรือเห็นควรสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหา จากนั้นก็จะส่งสำนวนไปยังพนักงานอัยการเพื่อให้มีความเห็นในการสั่งคดีต่อไป จากสถิติ

การดำเนินคดีอาญาความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ของพนักงานสอบสวน[41] ปรากฏว่าคดีความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ที่ผู้เสียหายมาแจ้งความร้องทุกข์ที่กองบังคับการสืบสวนสอบสวนคดีเศรษฐกิจในปี พ.ศ. 2537 และ 2538 จำนวน 685 คดี เป็นกรณีความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้าทั้งหมด เป็นคดีที่ส่งฟ้องศาลและพนักงานสอบสวนทราบผลแห่งคดีแล้วจำนวน 200 คดี ในคดีทั้ง 200 คดีที่พนักงานสอบสวนทราบผลแห่งคดีแล้วนี้ ทุกคดีล้วนเป็นคดีที่ศาลพิพากษาลงโทษ - จำเลยทั้งสิ้น แบ่งเป็นคดีที่ศาลพิพากษาลงโทษปรับสถานเดียว 176 คดี (คิดเป็น 88% ของคดีที่พนักงานสอบสวนทราบผลแล้ว) และเป็นคดีที่ศาลพิพากษาลงโทษจำคุกและปรับ 24 คดี (คิดเป็น 12% ของคดีที่พนักงานสอบสวนทราบผลแล้ว) แต่คดีที่ศาลลงโทษจำคุกทุกคดีนั้นศาลให้รอการลงโทษไว้

ในส่วนของผลการดำเนินคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในปี 2537-2538 ของสำนักงานอัยการสูงสุด กองคดีเศรษฐกิจและทรัพยากร 1, 2 และธนบุรี และศาลแพ่ง ปรากฏว่าคดีละเมิดลิขสิทธิ์จำนวน 251 คดี ผลคดีส่วนใหญ่ศาลพิพากษาลงโทษปรับ 10,000 - 70,000 บาท จำคุก 4 เดือน 1 ปี จำเลยสารภาพลดโทษกึ่งหนึ่ง โทษจำคุกให้รอลงอาญา[42]

เมื่อพิจารณาจากข้อมูลข้างต้น จะเห็นได้ว่าการดำเนินคดีความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์โดยหน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้องนั้น จะเป็นการดำเนินคดีกับผู้ต้องหาว่ากระทำความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้าเท่านั้น ซึ่งศาลก็ได้พิพากษาลงโทษจำเลยในคดีความผิดดังกล่าวทั้งโทษจำคุกและโทษปรับ อันเป็นการแสดงให้เห็นถึงความเหมาะสมของลักษณะความผิดและโทษของความผิดฐานนี้แล้ว แต่จากข้อมูลเดียวกันนี้ แสดงให้เห็นว่าไม่มีการดำเนินคดีกับความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้าเลย สาเหตุหนึ่งอาจเกิดจากการไม่มีผู้เสียหาย

---

[41]ที่มา: งาน 1 กองกำกับการ 3 กองบังคับการสืบสวนสอบสวนคดีเศรษฐกิจ กรมตำรวจ, 9 พฤษภาคม 2539.

[42]ที่มา: กองวิชาการ กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์, 10 พฤษภาคม 2539.

มาแจ้งความร้องทุกข์ในความผิดดังกล่าว เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะความเสียหายที่เกิดจากการ – ละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้ามีผลกระทบต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นผู้เสียหายน้อยมากจนเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่สามารถทราบถึงการละเมิดดังกล่าวได้ และถึงแม้จะทราบถึงการละเมิดดังกล่าว ผู้เสียหายก็มักไม่ใส่ใจที่จะดำเนินคดีกับผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ประเภทนี้เท่าใดนัก เนื่องจากเห็นว่าเป็นเรื่องเล็กน้อยและไม่คุ้มกับเวลาและค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียไปในการดำเนินคดีกับความผิดประเภทนี้ อันเป็นเหตุให้คดีความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้าแทบไม่มีไปสู่การพิจารณาของศาลเลย

อย่างไรก็ตาม แม้แต่ในคดีความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้าซึ่งศาลพิพากษาลงโทษจำคุกและปรับจำเลยนั้น ศาลก็จะลงแต่เพียงโทษปรับเท่านั้น ส่วนโทษจำคุกให้รอไว้ทั้งสิ้น จึงแสดงให้เห็นถึงแนวบรรทัดฐานของศาลในคดีอาญาฐานละเมิดลิขสิทธิ์ว่าศาลประสงค์ที่จะลงแต่โทษปรับจำเลยเท่านั้น ถ้ามีโทษจำคุกก็จะให้รอการลงโทษไว้ซึ่งอาจมีเหตุผลมาจากการที่ศาลเห็นว่าคดีอาญาฐานละเมิดลิขสิทธิ์ยังไม่เป็นคดีที่ร้ายแรงถึงขนาดที่จำเลยจะต้องรับโทษจำคุกก็ได้

3.5 <u>ความรับผิดของผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ตามบทบัญญัติพิเศษ</u>

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่าบทกำหนดโทษสำหรับความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราช-บัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มีทั้งโทษจำคุก โทษปรับและโทษริบทรัพย์สิน สำหรับโทษปรับและโทษริบทรัพย์สินนั้น ได้มีบทบัญญัติพิเศษไว้ในมาตรา 76 และ 75 ตามลำดับ นอกจากนี้ยังมีเรื่องการเพิ่มโทษในกรณีที่มีการกระทำความผิดอีก เหตุที่กล่าวว่าเป็นบทบัญญัติพิเศษนั้นก็เนื่องจากบทบัญญัติเหล่านี้ได้ถูกกำหนดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อทดแทนความเสียหายที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับจากการละเมิดลิขสิทธิ์และเป็นการป้องกันมิให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์อีกอันมีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายอาญาซึ่งจะได้กล่าวโดยละเอียดต่อไป

3.5.1 <u>การแบ่งเงินค่าปรับที่ศาลกำหนดไว้ครึ่งหนึ่งให้แก่เจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์</u>

เกี่ยวกับโทษปรับนั้น พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ในมาตรา 76 ว่า "ค่าปรับที่ได้ชำระตามคำพิพากษา ให้จ่ายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงเป็นจำนวนกึ่งหนึ่ง แต่ทั้งนี้ไม่เป็นการกระทบกระเทือนถึงสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายในทางแพ่งสำหรับส่วนที่เกินจำนวนค่าปรับที่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงได้รับแล้วนั้น" เหตุที่กล่าวว่าเป็นบทบัญญัติพิเศษนั้นก็เพราะโดยหลักทั่วไปแล้วเงินค่าปรับในคดีอาญายอมต้องตกได้แก่รัฐทั้งสิ้น แต่ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 กลับบัญญัติให้แบ่งค่าปรับที่จำเลยซึ่งเป็นผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ต้องชำระให้แก่โจทก์หรือผู้เสียหายซึ่งเป็นเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ อันเป็นแนวทางเดียวกันกับที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2521 ได้เคยบัญญัติไว้ นอกจากนี้ เจ้าของงานที่ถูกละเมิดลิขสิทธิ์ยังมีสิทธิฟ้องคดีแพ่งเรียกค่าเสียหายสำหรับส่วนที่เกินเงินค่าปรับที่เจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ได้รับมาแล้วจากในคดีอาญา ทำให้ดูเหมือนว่าค่าปรับในคดีอาญาที่เจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ได้รับมาแล้วนั้นเป็นส่วนหนึ่งของค่าเสียหายในทางแพ่งด้วย แต่ก่อนที่จะพิจารณารายละเอียดในเรื่องนี้ จะขอกล่าวถึงลักษณะและที่มาของโทษปรับในทางอาญาเสียก่อน

โทษปรับเป็นโทษอันดับที่ 4 ซึ่งถือว่าหนักกว่าโทษริบทรัพย์สินซึ่งเป็นโทษอันดับสุดท้าย แต่เบากว่าโทษกักขัง โทษปรับและโทษริบทรัพย์สินถือว่าเป็นโทษสถานเบา เหตุที่ว่าเป็นโทษสถานเบาก็เพราะเป็นโทษเกี่ยวกับทรัพย์สิน เพราะเมื่อเปรียบเทียบกับโทษอื่น ๆ ที่เหลือแล้ว จะเห็นได้ว่าโทษประหารชีวิตเป็นโทษที่หนักที่สุด เนื่องจากเป็นโทษที่เกี่ยวกับชีวิต รองลงมาคือโทษจำคุกและโทษกักขังซึ่งเป็นโทษที่เกี่ยวกับอิสรภาพเนื้อตัวร่างกาย โทษที่เบาที่สุดจึงเป็นโทษที่เกี่ยวกับทรัพย์สินอันได้แก่โทษปรับและโทษริบทรัพย์สิน

โทษปรับ เป็นโทษที่บังคับเอาแก่ทรัพย์สินอันได้แก่ตัวเงินของผู้กระทำความผิดเพื่อตกได้แก่แผ่นดิน การตกได้แก่แผ่นดินในระยะแรก ๆ ถือว่าเป็นการจ่ายค่าทรัพย์สินเป็นการไถ่โทษ (composition) กล่าวคือ เมื่อผู้กระทำผิดจ่ายค่าไถ่โทษแก่รัฐและผู้เสียหายแล้ว ก็จะไม่มีการ

แก้แค้นทดแทนกันต่อไป ดังที่ปรากฏในกฎหมาย 12 โต๊ะ[43] นักมัฒนวิทยาเรียกระบบเช่นนี้ว่า ระบบความยุติธรรมโดยเอกชน (private settlement) แต่ความผิดบางอย่างรัฐเป็นผู้เสียหายโดยตรง เช่น การทรยศต่อชาติ การเป็นไส้ศึก การทำลายทรัพย์สินของแผ่นดิน หรือการกระทำผิดต่อคนเป็นจำนวนมาก รัฐจึงตกอยู่ในฐานะประหนึ่งผู้เสียหาย รัฐจึงควรได้ค่าไถ่โทษด้วย ความคิดนี้ทำให้ค่าปรับตกได้แก่แผ่นดินมีเหตุผลแน่นแฟ้นยิ่งขึ้น เมื่อระบบศาลเป็นรูปเป็นร่าง - ชัดเจนขึ้น การบังคับคดีของเอกชนต้องกระทำในศาลของแผ่นดินก็มีความจำเป็นเสียค่าขึ้นศาลหรือภาษีสำหรับพิจารณาคดี ตลอดจนค่าตอบแทนค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ของรัฐที่เข้ามารับจัดระบบความ - ยุติธรรม สิ่งเหล่านี้ยิ่งเป็นเหตุผลมากขึ้นที่รัฐเรียกเอาค่าปรับตกได้แก่แผ่นดิน ในบางประเทศแม้กระทั่งประเทศไทยจนถึงสมัยก่อนรัชกาลที่ 5 ยังมีธรรมเนียมให้ผู้พิพากษาเอาค่าปรับตกได้- เป็นเงินเดือนหรือค่าตอบแทนการทำงาน ตามกฎหมายไทยโบราณซึ่งมีที่มาส่วนใหญ่จากกฎหมายคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ โทษปรับก็อยู่ในลักษณะอย่างเดียวกัน คือพัฒนามาจากปรับให้เป็นของหลวงและปรับให้แก่ผู้เสียหายที่เรียกว่า ปรับไหมทั่ง พินัยทั่ง การดำเนินคดีเช่นนี้ จึงมีลักษณะผสมซึ่งตามหลักกฎหมายฝรั่งเศสเรียกว่า action mixte โดยถือว่าเป็นสิทธิของผู้เสียหายที่จะร้องขอไม่เกี่ยวกับอัยการ หลักนี้ในเวลาต่อมาแม้จะยกเลิกไปในการดำเนินคดีอาญา เพราะถือว่าการปรับเป็นเรื่องทางอาญาไม่เกี่ยวกับทางแพ่ง แต่ก็นับได้ว่าเป็นที่มาทางหนึ่งของคดีอาญาลินไหมหรือคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องคดีอาญาดังที่รับรองไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา[44]

ก่อนหน้าจะมีการจัดทำกฎหมายลักษณะอาญา เคยมีการตราพระราชบัญญัติลักษณะความผิดส่วงพระราชอาญาอันมีโทษหลวงในสมัยรัชกาลที่ 5 เมื่อ ร.ศ.114 ได้กำหนดการกระทำผิด

---

[43]จิก เมน ภัทรภิรมย์, "โทษปรับ", บทบัณฑิตย์ 16 (กันยายน 2516): 456.

[44]สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, "บันทึกของนายยอร์ช ปาดูซ์ (Georges Padoux) ที่ปรึกษาการร่างกฎหมายของรัฐบาลสยามเกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127", วารสารนิติศาสตร์ 18 (มิถุนายน 2531): 34-35.

อาญาแผ่นดิน ผู้กระทำผิดอาจถูกลงโทษได้ 6 สถาน คือ

1. ประหารชีวิต

2. จำคุกไว้ใช้งานหนัก

3. ขังคุกโดยให้ทำงาน หรือไม่ทำงานก็ได้

4. ริบราชบาท เอาสมบัติเป็นของแผ่นดิน

5. ปรับเป็นพินัย

6. เฆี่ยน

ที่เรียกว่า ปรับเป็นพินัย ก็คือปรับเป็นของหลวง ซึ่งแตกต่างจากปรับเป็นสินไหมให้แก่ผู้เสียหาย ตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดว่า การปรับเป็นพินัยนั้น ให้ปรับตามยศถาบรรดาศักดิ์ หรือตามศักดินาขั้นเอง แต่ถ้าปัญหาเป็นที่สงสัยว่าจะต้องให้ปรับอย่างไร เพราะไม่มีการกำหนดกฎเกณฑ์ไว้ ก็ให้ปรับได้ตามสมควร ซึ่งมาตรา 11 บัญญัติว่า "แต่อย่าให้ปรับไหมให้มากเหลือเกินหนัก" ซึ่งเข้าใจว่าผู้ร่างกฎหมายนี้ คงได้แนวความคิดมาจากอังกฤษ ตามหลักเรื่องการห้ามปรับเกินสมควร (Excessive Fine) ซึ่งมีที่มาจาก Magna Carta ของอังกฤษในสมัยศตวรรษที่ 13 และได้นำมากำหนดอีกครั้งใน Bill of Rights เมื่อศตวรรษที่ 17 จนต่อมาได้กลายมาเป็นหลักในรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา[45] เพราะถือว่า การลงโทษปรับที่เกินสมควรจะถือเป็นเรื่องทารุณโหดร้ายหรือไม่ก็ตาม แต่ถ้ากำหนดเกินสมควรเสียแล้ว ย่อมตัดโอกาสของผู้กระทำผิดไม่ให้ต้องรับโทษชนิดนี้ ซึ่งอาจจะเป็นเหตุให้ต้องไปรับโทษอื่นแทน และเป็นการลงโทษทางเศรษฐกิจที่มีผลกระทบกว้างขวางทำนองเดียวกับการเรียกประกันเกินสมควร (Excessive Bail) ซึ่งเท่ากับว่าเป็นการตัดโอกาสไม่ให้มีทางได้รับประกันตัวนั่นเอง

---

[45]Magna Carta, 1215, Bill of Rights, 1689. และบทแก้ไขรัฐธรรมนูญสหรัฐบทที่ 8 อ้างถึงใน พิรุฬห์ โตศุกลวรรณ์, "การลงโทษปรับทางอาญา" (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2532), หน้า 17.

จึงสรุปได้ว่าโทษปรับมีลักษณะดังนี้

1. เป็นโทษที่บังคับเอาแก่ทรัพย์สินอันได้แก่ตัวเงินของผู้กระทำความผิด การบังคับเอาแก่ทรัพย์สินอื่นที่ไม่ใช่เงินตราจึงไม่ใช่โทษปรับ ถ้าทรัพย์นั้นเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด ก็ถือว่าเป็นโทษริบทรัพย์สิน (confiscation) แต่ถ้าไม่มีเงินค่าปรับ อาจถูกยึดทรัพย์สินได้ การยึดทรัพย์สินจึงมิใช่โทษริบทรัพย์สิน เพราะมิได้กระทำต่อทรัพย์อันเกี่ยวกับการกระทำความผิด

2. เงินที่บังคับได้มาหรือค่าปรับต้องตกเป็นของแผ่นดินหรือตกเป็นของหลวง เนื่องจากโทษทางอาญากับค่าเสียหายในทางแพ่งควรแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด จะเอาค่าเสียหายที่จำเลยต้องรับผิดในทางแพ่งมารับเป็นโทษทางอาญาไม่สมควร[46] ต้องใช้เวลานานพอสมควรกว่าจะแยกโทษปรับออกจากเรื่องค่าเสียหายในทางแพ่งได้ อาจกล่าวได้ว่า ลักษณะข้อนี้เริ่มชัดเจนขึ้นเมื่อได้เปลี่ยนความคิดจาก "ระบบความยุติธรรมโดยเอกชน" มาเป็น "ระบบความยุติธรรมโดยรัฐ" กล่าวคือรัฐเข้ามาเป็นผู้เสียหายหรือเข้ามาเป็นผู้จัดความยุติธรรมแทนผู้เสียหาย และเมื่อมีการแยกกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญาชัดเจนขึ้น

3. โทษปรับเป็นโทษที่อาจใช้เป็นเอกเทศโดยไม่มีโทษอื่นด้วยก็ได้ หรืออาจให้ควบคู่กับโทษอาญาสถานอื่นก็ได้ กฎหมายต่างประเทศนิยมใช้โทษปรับสถานเดียวสำหรับความผิดเล็กน้อย เช่น ประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น ประมวลกฎหมายอาญาอาเยนตินา ใช้ลงโทษในความผิดลหุโทษ ตามกฎหมายไทย โทษปรับสถานเดียวจะใช้ในความผิดที่สมควรมีโทษเล็กน้อย หรือมิฉะนั้นก็มักนิยมใช้กับความผิดใหม่ ๆ ซึ่งเพิ่งสร้างขึ้นให้เป็นความผิดอาญา ตัวอย่างจะเห็นได้ชัดในกรณีความผิดอาญาทางเศรษฐกิจ การคุ้มครองผู้บริโภค การค้าที่ไม่เป็นธรรม ความผิดของกรรมการในกรณีนิติบุคคลควรรับโทษทางอาญาซึ่งส่วนแต่เป็นพฤติกรรมทางธุรกิจที่เอารัดเอาเปรียบ (aggressive business behaviour)[47] ส่วนการใช้โทษปรับควบคู่กับความผิดอาญาสถานอื่น เช่น

---

[46] เนติบัณฑิต, "โทษปรับ", นิติสาสน์ 9, แผนกสามัญ (มีนาคม 2479): 1011.

[47] รองพล เจริญพันธ์, "การใช้โทษปรับเป็นมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคในเรื่องค่าพรรณาคุณภาพสินค้าหรือการโฆษณาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค", วารสารนิติศาสตร์ 10 (2521): 316-319.

จำคุกและปรับ ก็เพื่อให้ผู้กระทำความผิดรับโทษหนักขึ้น รุนแรงขึ้น อันจะมีผลเป็นการข่มขู่ได้ดีกว่าโทษใดโทษหนึ่งเพียงสถานเดียว แต่ในทางปฏิบัติ ศาลใช้โทษจำคุกมากกว่าโทษปรับ ทั้งนี้เนื่องจากว่าโทษปรับเป็นการบังคับเอาจากทรัพย์สินของผู้ถูกปรับ ถ้าจำเลยเป็นคนยากจนย่อมทำให้เดือดร้อนแก่การกินการอยู่ของผู้นั้น และเดือดร้อนไปถึงลูกเมียครอบครัวของผู้นั้นด้วย[48]

4. โทษปรับมีลักษณะเหมือนกับเป็นโทษใช้แทนโทษที่เกี่ยวกับเสรีภาพของผู้กระทำความผิดโดยกฎหมายเห็นว่า ถ้าผู้กระทำความผิดไม่ควรถูกลงโทษถึงขนาดตัดรอนเสรีภาพ ก็ให้ลงโทษต่อทรัพย์สินคือโทษปรับแทน[49] ข้อนี้เห็นได้ชัดยิ่งขึ้นจากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 55 ซึ่งบัญญัติว่า "ถ้าโทษจำคุกที่ผู้กระทำความผิดจะต้องรับมีกำหนดเวลาเพียงสามเดือนหรือน้อยกว่า ศาลจะกำหนดโทษจำคุกให้น้อยลงอีกก็ได้ หรือถ้าโทษจำคุกที่ผู้กระทำความผิดจะต้องรับมีกำหนดเวลาเพียงสามเดือนหรือน้อยกว่าและมีโทษปรับด้วย ศาลจะกำหนดโทษจำคุกให้น้อยลง หรือจะยกโทษจำคุกเสีย คงให้ปรับแต่อย่างเดียวก็ได้"

เมื่อกลับมาพิจารณาอัตราโทษปรับที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 สำหรับความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 69 และมาตรา 70 จะเห็นได้ว่าความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้าตามวรรคแรกของมาตรา 69 และ 70 นั้นได้กำหนดเอาไว้แต่เพียงโทษปรับ แต่ก็กำหนดค่าปรับไว้ค่อนข้างสูง (ตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทขึ้นไป) เนื่องจากความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์เป็นความผิดอาญาทางเศรษฐกิจ ถ้าจะลงเป็นโทษจำคุกก็อาจเป็นโทษหนักเกินไป จึงลงโทษปรับแทนโดยกำหนดค่าปรับให้สูงสมกับที่เป็นความผิดทางเศรษฐกิจโดยถือว่าเป็นการลงโทษแก่เศรษฐกิจของผู้กระทำความผิดนั่นเอง ส่วนความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์เป็นการกระทำเพื่อการค้าตามมาตรา 69 และ 70 วรรคสอง แม้จะมีทั้งโทษจำคุกและโทษปรับ แต่ในทางปฏิบัติแล้ว ศาลมักพิพากษาลงโทษปรับเป็นส่วนใหญ่ แม้จะมีส่วนน้อยที่ศาลพิพากษาลงโทษจำคุก

---

[48] เนติบัณฑิต, "โทษปรับ", หน้า 1008.

[49] สมพร พรหมมิตาธร, "โทษปรับ", อัยการนิเทศ 31, (2521): 443.

ด้วย โทษจำคุกดังกล่าวให้รอการลงโทษไว้เสียทุกคดี เหตุที่ศาลในคดีอาญาฐานละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้ามักพิพากษาให้ลงโทษปรับจำเลยมากกว่าจำคุกซึ่งต่างจากคดีอาญาทั่ว ๆ ไปนั้น เป็นเพราะจำเลยในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้ามักจะเป็นบุคคลที่มีฐานะทางเศรษฐกิจค่อนข้างดี การใช้โทษปรับอันเป็นการบังคับเอาจากทรัพย์สินของจำเลยจึงไม่เป็นการก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่การกินการอยู่ตลอดจนครอบครัวของจำเลยเท่าใดนัก

แนวคิดที่ให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้เงินจำนวนหนึ่งจากค่าปรับตามคำพิพากษาของศาล - หลักการนี้สืบเนื่องมาจากความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศอังกฤษ - โดยกำหนดให้ผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ของบริษัท STATIONER ต้องระวางโทษทางอาญาด้วยการริบหนังสือที่ทำขึ้นโดยละเมิด และให้ปรับใช้เพื่อประโยชน์ของสังคม[50] ส่วนสาเหตุที่กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยกำหนดไว้เช่นนี้ก็เพราะว่าเงินค่าปรับในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 69 หรือ 70 อย่างน้อยก็ตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทขึ้นไป ถ้าแบ่งให้เจ้าของลิขสิทธิ์ครึ่งหนึ่งแล้วเขาอาจพอใจ และอาจไม่ติดใจฟ้องเรียกค่าเสียหายทางแพ่งอีกก็ได้[51]

ตามมาตรา 76 โจทก์ต้องมีคำขอค่าปรับมาในคำฟ้อง ในคำขอท้ายฟ้องหรือไม่ และต้องเสียค่าขึ้นศาลหรือไม่ คำพิพากษาฎีกาที่ 3895/2535 ตามบทบัญญัติเดิม วินิจฉัยว่าเป็นบทบัญญัติให้สิทธิในเงินค่าปรับที่จำเลยได้ชำระตามคำพิพากษาจำนวนกึ่งหนึ่งแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ เพื่อบรรเทาความเสียหายและเป็นการชดใช้ค่าเสียหายในทางแพ่ง ถือได้ว่าเป็นบทบัญญัติพิเศษซึ่งไม่เกี่ยวกับคำฟ้องในคดีอาญา และไม่มีกฎหมายบังคับให้โจทก์ต้องระบุขอเงินค่าปรับมาในคำขอท้ายฟ้องคดีอาญา แม้โจทก์มิได้ขอไว้ในคำขอท้ายฟ้อง ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ก็มีสิทธิได้รับเงินค่าปรับที่จำเลยชำระตามคำพิพากษากึ่งหนึ่ง ตามคำพิพากษาศาลฎีกานี้ ' แสดงว่าบทบัญญัติมาตรา 76 นี้เป็นบทบัญญัติพิเศษเพื่อคุ้มครองและทดแทนความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์จริง ๆ ดังนั้นแม้โจทก์

---

[50] ไชยยศ เหมะรัชตะ, ย่อหลักกฎหมายลิขสิทธิ์, หน้า 111.

[51] สมพร พรหมหิตาธร, กฎหมายลิขสิทธิ์, หน้า 130.

ไม่มีคำขอท้ายฟ้องในคดีอาญาคดีนั้นเลย ศาลก็ต้องมีคำสั่งให้จ่ายค่าปรับที่ผู้กระทำผิดชำระตามคำพิพากษานั้น และยิ่งกว่านั้นยังคงมีสิทธิฟ้องเรียกร้องในทางแพ่งสำหรับส่วนที่เกินจำนวนเงินค่าปรับที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับ[52]

เงินค่าปรับนี้เป็นเงินค่าปรับที่ได้ชำระตามคำพิพากษาเท่านั้น มิใช่เงินค่าปรับที่อธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญาเปรียบเทียบปรับตามมาตรา 77 เพราะในกรณีเปรียบเทียบปรับนี้อธิบดีฯมีอำนาจเปรียบเทียบค่าเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้อยู่แล้วตามป.วิ.อ.มาตรา 38 (2) ดังกล่าวข้างต้น[53]

> โทษปรับถือกันว่าเป็นโทษที่ดีกว่าโทษจำคุก โดยเฉพาะอย่างยิ่งโทษจำคุกระยะสั้น ซึ่งนักอาชญาวิทยามีความเห็นพ้องต้องกันว่า ไม่ได้ผลในทางปราบปรามการกระทำความผิด เพราะผู้ถูกลงโทษไม่เข็ดหลาบ ไม่ได้ผลในทางแก้ไขปรับปรุงตัวผู้กระทำความผิด เพราะระยะเวลาสั้นเกินไป โทษจำคุกทำให้ผู้ต้องโทษมีจิตใจแข็งกระด้าง การจำคุกทำให้ผู้ต้องโทษเข้าไปปะปนอยู่ในสมาคมของอาชญากร ทำให้ผู้นั้นกลายเป็นอาชญากรหนักยิ่งขึ้นไปอีก โทษจำคุกมักจะทำให้ผู้ถูกลงโทษเสียคน เมื่อพ้นโทษมาแล้วก็มักจะเข้าสังคมไม่ได้ หรือเข้าได้ยาก เช่น ไปสมัครทำงานที่ไหนก็ไม่มีคนรับ แต่โทษปรับไม่เป็นเช่นนั้น ผู้ที่โดนปรับไม่ถือกันว่าเสียหายมากนัก ยังเข้าสังคมได้ โทษจำคุกถ้าโดนเข้าหลาย ๆ ครั้งก็ชิน ไม่ได้ผลในการลงโทษ จึงต้องมีกฎหมายให้กักกันอันเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยต่อไปอีก แต่โทษปรับนั้นผู้ถูกลงโทษไม่มีทางที่จะชินกับมันได้ ถูกปรับเมื่อใดก็เจ็บทุกครั้ง และถูกปรับไม่กี่ครั้งก็เข็ด สำหรับความผิดที่กระทำได้กระทำไปด้วยความโลภอยากได้ทรัพย์สินของเขา ถ้าถูกลงโทษปรับ กลับต้องเอาทรัพย์สินของตนไปจ่าย แทนที่จะได้มากลับ

---

[52]พลประสิทธิ์ ฤทธิ์รักษา, พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ฉบับประยุกต์ใช้งานทางปฏิบัติ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญชน, 2538), หน้า 49.

[53]สมพร พรหมมิตาธร, กฎหมายลิขสิทธิ์; หน้า 130.

ต้องเสียทรัพย์ไป เช่นนี้ เป็นการแก้นิสัยโลภที่ตรงจุดที่สุด.....[54]

จากข้อความข้างต้น จะเห็นได้ว่าเป็นการเหมาะสมแล้วที่มีการใช้โทษปรับกับความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ ยิ่งถ้าเป็นความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้าแล้วก็จะมีโทษจำคุกด้วย ซึ่งถ้าศาลจะลงโทษจำคุกจำเลยเพียงสามเดือนหรือต่ำกว่าสามเดือน ศาลก็อาจให้ยกโทษจำคุกของจำเลยเสียแล้วลงแต่โทษปรับก็ได้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 55 เป็นการลงโทษปรับแทนการลงโทษจำคุกระยะสั้น และยังเป็นการลงโทษสำหรับความผิดที่ผู้กระทำได้กระทำไปด้วยความโลภอีกด้วย

อย่างไรก็ตาม การจะพิจารณาว่าการที่กฎหมายลิขสิทธิ์กำหนดให้มีการแบ่งเงินค่าปรับที่ศาลพิพากษาครึ่งหนึ่งให้แก่ผู้เสียหายเป็นการถูกต้องเหมาะสมหรือไม่เพียงใดนั้น คงต้องพิจารณาจากลักษณะของโทษปรับที่ได้กล่าวไปแล้วเป็นสำคัญ ซึ่งจะเห็นได้ว่าลักษณะสำคัญประการหนึ่งของโทษปรับก็คือเงินค่าปรับที่ได้จะต้องตกเป็นของแผ่นดินหรือของรัฐ[55] เป็นแนวคิดที่มุ่งแยกโทษปรับในกฎหมายอาญาออกจากการเรียกค่าเสียหายในกฎหมายแพ่ง เนื่องจากค่าปรับเป็นการลงโทษผู้กระทำความผิด ส่วนค่าเสียหายเป็นการเรียกร้องกันตามสิทธิระหว่างบุคคลที่มีนิติสัมพันธ์กัน หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับโทษปรับนี้เป็นหลักเกณฑ์ของกฎหมายอาญาและใช้กับกฎหมายอื่นที่มีโทษทางอาญาด้วย เว้นแต่กฎหมายนั้น ๆ จะได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 17) ดังนั้น การลงโทษปรับในคดีอาญาทั่วไปศาลจึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับเพื่อประกอบการกำหนดจำนวนเงินที่จะปรับจำเลย ต่างจากคดีแพ่งที่ศาลจะกำหนดค่าเสียหายซึ่งจำเลยจะต้องชดใช้ให้แก่โจทก์ได้ก็ต่อเมื่อศาลได้พิจารณาถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นในคดีแล้ว เพราะศาลในคดีแพ่งจะไม่พิพากษาให้มีการชดใช้ค่าเสียหายเกินกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง และแม้ว่าพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2521 และ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์

---

[54]โกเมน ภัทรภิรมย์, "โทษปรับ", หน้า 457.

[55]ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 28 บัญญัติว่าผู้ใดต้องโทษปรับ ผู้นั้นจะต้องชำระเงิน

พ.ศ.2537 จะเป็นกฎหมายที่มีโทษทางอาญาด้วยก็ตาม แต่ก็มีการบัญญัติเกี่ยวกับโทษปรับให้เป็นประการอื่น กล่าวคือมิได้กำหนดให้เงินค่าปรับตกได้แก่รัฐทั้งหมด แต่ให้แบ่งครึ่งแก่ผู้เสียหายซึ่งเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งแม้ว่าจะเป็นกรณีที่สามารถกระทำได้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 17 แต่โดยหลักแล้วการบัญญัติเช่นนี้อาจทำให้หลักเกณฑ์การแบ่งแยกกฎหมายอาญาและกฎหมายแพ่งผิดเพี้ยนไปได้ เพราะมีลักษณะที่เป็นการผสมระหว่างโทษปรับในทางอาญากับการเรียกค่าเสียหายในทางแพ่งดังที่เคยปรากฏในกฎหมายอาญาของไทยในสมัยก่อนที่เรียกว่า ปรับไหมกึ่ง พินัยกึ่ง ซึ่งปัจจุบันได้ยกเลิกไปแล้ว ที่กล่าวว่าทำให้ผิดเพี้ยนไปนั้นก็เพราะว่าหลักเกณฑ์ในการพิจารณาของศาลในคดีอาญาและคดีแพ่งย่อมแตกต่างกันดังที่กล่าวไปแล้ว เมื่อบัญญัติให้มีการแบ่งค่าปรับให้แก่ผู้เสียหายเช่นนี้ ศาลในคดีอาญาก็อาจมีข้อสังเลสงสัยในการกำหนดค่าปรับที่จะลงแก่จำเลยว่าควรจะคำนึงถึงความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับด้วยหรือไม่ เพราะหลักการกำหนดค่าเสียหายในคดีแพ่งนั้นศาลย่อมกำหนดให้ไม่เกินความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง ถ้าผู้เสียหายในคดีแพ่งได้รับค่าเสียหายเกินกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงแล้วก็จะเป็นการขัดต่อหลักกฎหมายแพ่งซึ่งมุ่งทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นให้กลับคืนสู่สภาพเดิมให้มากที่สุด แต่จริง ๆ แล้วศาลในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ก็ไม่อาจใช้ดุลพินิจในการกำหนดค่าปรับที่จะลงแก่จำเลยได้มากนัก ทั้งนี้เพราะศาลย่อมต้องกำหนดโทษไปตามบทลงโทษที่กฎหมายลิขสิทธิ์ดังกล่าวได้บัญญัติไว้อยู่แล้ว

อย่างไรก็ดี เนื่องจากการแบ่งค่าปรับครึ่งหนึ่งให้แก่ผู้เสียหายนี้เป็นการชดเชย – ความเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในเบื้องต้น การกำหนดให้มีการแบ่งค่าปรับครึ่งหนึ่งแก่ผู้เสียหายจึงอาจจะเหมาะสมกับสภาพการดำเนินคดีลิขสิทธิ์ในปัจจุบันก็เป็นได้ ถ้าการละเมิดลิขสิทธิ์นั้นเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์มากจนถึงขนาดที่ว่าแม้ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายลิขสิทธิ์ เจ้าของลิขสิทธิ์ก็ย่อมฟ้องคดีแพ่งเพื่อเรียกค่าเสียหายจากผู้ละเมิดอยู่แล้ว ที่กล่าวว่าเหมาะสมก็เพราะว่าเมื่อได้รับเงินส่วนแบ่งจากค่าปรับตามบทบัญญัติของกฎหมายลิขสิทธิ์ดังกล่าวแล้ว เจ้าของลิขสิทธิ์อาจไม่คิดใจดำเนินคดีแพ่งเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายในส่วนที่ยังขาดอยู่ก็ได้ถ้าเห็นว่าเงินส่วนแบ่งที่ได้รับนั้นเป็นจำนวนพอสมควรแล้ว หรือถ้าเป็นกรณีที่เงินส่วนแบ่งจากค่าปรับที่ได้รับนั้นมากกว่าความเสียหายที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับ ก็จะเป็นการตัดสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายในทางแพ่งไปในตัวด้วย

สรุปได้ว่าการแบ่งเงินค่าปรับที่ศาลพิพากษาครึ่งหนึ่งให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ตามมาตรา 76 เป็นบทบัญญัติพิเศษที่ยกเว้นหลักเกณฑ์เรื่องโทษปรับทางอาญา เป็นการนำเอาหลักการผสมระหว่างคดีอาญาและคดีแพ่งในอดีตกลับใช้อีก ซึ่งเหมาะสมที่จะนำมาใช้กับการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์มากและมีผลกระทบต่อสังคมอันได้แก่ความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้านั่นเอง

3.5.2 <u>การให้ทรัพย์สินที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตกเป็นของเจ้าของลิขสิทธิ์</u>

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 75 กำหนดให้สิ่งที่ได้ทำขึ้นหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ และยังเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้กระทำความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ ให้ตกเป็นของเจ้าของลิขสิทธิ์ ส่วนสิ่งที่ได้ใช้ในการกระทำความผิดให้ริบทั้งหมด

หลักการนี้เป็นหลักการที่ใช้มาตั้งแต่พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ.2474 และพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2521 แล้ว (พระราชบัญญัติคุ้มครองวรรณกรรมและศิลปกรรม พ.ศ.2474 มาตรา 23 และพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2521 มาตรา 47) ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่าเป็นเรื่องของโทษริบทรัพย์สินในทางอาญา แต่ที่กล่าวว่าเป็นบทบัญญัติพิเศษก็เนื่องจากการริบทรัพย์สินตามกฎหมายลิขสิทธิ์มีลักษณะแตกต่างจากโทษริบทรัพย์ทั่วไปตามประมวลกฎหมายอาญา ในที่นี้จะขอกล่าวถึงที่มาของโทษริบทรัพย์สินเสียก่อน

โทษริบทรัพย์สินเป็นโทษที่มีมาแต่โบราณ ซึ่งในครั้งนั้นมีลักษณะเป็นเป็นโทษแท้ คือริบทรัพย์สินที่ทั้งหมดของผู้กระทำความผิดเอาเป็นของรัฐทั้งสิ้น เรียกว่าริบราชบาต (la confiscation generale) ซึ่งมีผลร้ายมากแก่ครอบครัวของผู้ต้องโทษมากเกินไป กฎหมายจึงยกเลิกเสีย[56] และเปลี่ยนมาเป็นการริบทรัพย์สินเฉพาะสิ่งที่เกี่ยวกับความผิด (la confiscation

---

[56]การริบราชบาตนี้ถูกยกเลิกโดยกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, "บันทึกของนายยอร์ช ปาดูซ์ (Georges Padoux) ที่ปรึกษาการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127", หน้า 24.

speciale) การริบทรัพย์สินจึงเปลี่ยนลักษณะมาเป็นโทษปะปนกับวิธีการเพื่อความปลอดภัย[57] ที่ว่าเป็นโทษก็เพราะเป็นการกระทำต่อทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด และที่ว่าเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยก็เพราะว่าแม้จะไม่มีการกระทำความผิดก็อาจริบทรัพย์สินที่บุคคลมีไว้เพื่อใช้กระทำความผิดก็ได้

การริบทรัพย์สินอาจเป็นโทษตามประมวลกฎหมายอาญาหรือเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมายอื่นโดยเฉพาะก็ได้ โทษริบทรัพย์สินที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ทรัพย์สินที่จะริบแบ่งเป็น 3 ประเภทคือ[58]

1. ทรัพย์สินที่ศาลต้องริบเสมอ (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 32)

2. ทรัพย์สินที่ศาลต้องริบ เว้นแต่จะเป็นของผู้อื่นซึ่งมิได้รู้เห็นเป็นใจด้วยในการกระทำความผิด (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 34)

3. ทรัพย์สินที่ศาลมีอำนาจที่จะสั่งให้ริบก็ได้ (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 33)

<u>ทรัพย์สินที่ศาลจะต้องริบเสมอ</u> เป็นการริบโดยไม่มีข้อยกเว้น ได้แก่ทรัพย์สินที่ทำขึ้นเป็นความผิด เช่น เงินตราปลอม หรือทรัพย์สินที่มีไว้เป็นความผิด เช่น ยาเสพติด

<u>ทรัพย์สินที่ศาลต้องริบ เว้นแต่จะเป็นของผู้อื่นซึ่งมิได้รู้เห็นเป็นใจด้วยในการกระทำความผิด</u> ได้แก่ทรัพย์สินที่ได้ให้หรือรับในความผิดฐานติดสินบนเจ้าพนักงานและเจ้าพนักงานในการยุติธรรม และทรัพย์สินที่ได้ให้เพื่อจูงใจบุคคลให้กระทำความผิด หรือเพื่อเป็นรางวัลในการที่บุคคลได้กระทำความผิด

<u>ทรัพย์สินที่ศาลมีอำนาจจะสั่งให้ริบก็ได้</u> ได้แก่ทรัพย์สินซึ่งบุคคลได้ใช้ หรือมีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิด และทรัพย์สินซึ่งบุคคลได้มาโดยได้กระทำความผิด เว้นแต่ทรัพย์สินเหล่า

---

[57] จิตติ ติงศภัทิย์, <u>กฎหมายอาญาภาค 1</u>, หน้า 335-936.

[58] หยุด แสงอุทัย, <u>กฎหมายอาญาภาค 1</u> (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 269.

นี้เป็นทรัพย์สินของผู้อื่นซึ่งมิได้รู้เห็นเป็นใจด้วยในการกระทำความผิด เป็นดุลพินิจของศาลที่จะสั่งริบหรือไม่ก็ได้

นอกจากนี้การริบทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญาที่ได้กล่าวไปแล้ว ยังมีการริบทรัพย์สินตามกฎหมายอื่น ๆ อีกมาก ได้แก่ พระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ.2496 พระราช-บัญญัติการพนัน พ.ศ.2478 พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484 เป็นต้น แต่การจัดการกับทรัพย์สินที่ริบเหล่านี้ส่วนเป็นไปตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 35 ซึ่งบัญญัติว่า "ทรัพย์สินซึ่งศาล - พิพากษาให้ริบให้ตกเป็นของแผ่นดิน แต่ศาลจะพิพากษาให้ทำให้ทรัพย์สินนั้นใช้ไม่ได้หรือทำลายทรัพย์สินนั้นเสียก็ได้" การจัดการทรัพย์สินที่ริบมาได้จึงเป็นไปได้ 2 กรณีคือตกเป็นของรัฐประการหนึ่ง และทำให้ทรัพย์สินนั้นใช้การไม่ได้หรือทำลายทรัพย์สินนั้นเสียอีกประการหนึ่ง ซึ่งแล้วแต่ดุลพินิจของศาลว่าจะเห็นสมควรประการใด กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ริบนั้นจึงสูญสิ้นไปจากเจ้าของเดิมโดยผลของคำพิพากษา (คำพิพากษาฎีกาที่ 532/2513) โดยไม่ต้องรอให้คำพิพากษาถึงที่สุด จนกว่าคำพิพากษานั้นจะถูกเปลี่ยนแปลงในภายหลัง[59]

การจัดการทรัพย์สินตามมาตรา 75 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ก็เป็นโทษริบทรัพย์สินในทางอาญาเช่นกัน ที่กล่าวว่าเป็นโทษก็เพราะเป็นการกระทำต่อสิ่งที่ได้ทำขึ้นหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งก็คือทรัพย์สินที่กฎหมายบัญญัติว่าทำขึ้นเป็นความผิดนั่นเอง เนื่องจากการทำซ้ำหรือดัดแปลงงานอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ในทุกกรณีเป็นความผิดทางอาญา ดังนั้น สิ่งที่ทำขึ้นแล้วเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ก็คือสิ่งที่ทำขึ้นแล้วเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 นั่นเอง และในมาตราเดียวกันนี้ยังมีบทบัญญัติให้ริบสิ่งที่ได้ใช้ในการกระทำความผิดอันได้แก่อุปกรณ์ เครื่องมือ - เครื่องใช้ต่าง ๆ ที่ใช้ในการละเมิดลิขสิทธิ์อีกด้วย แต่ที่กล่าวว่าบทบัญญัติตามมาตรา 75 นี้เป็นบทบัญญัติพิเศษก็เพราะมาตรานี้มิได้บัญญัติให้ริบสิ่งที่ได้ทำขึ้นหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรอันเป็น -

---

[59] จิตติ ติงศภัทิย์, กฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 993.

การละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นสิ่งที่ทำขึ้นเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 32 แต่ได้บัญญัติให้ทรัพย์สินดังกล่าวตกแก่ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ ถ้าสิ่งเหล่านั้นยังเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ละเมิดลิขสิทธิ์อยู่ , สาเหตุที่กฎหมายบัญญัติเช่นนี้เพื่อเป็นการทดแทนความเสียหายของเจ้าของลิขสิทธิ์[60] นอกจากนี้สิ่งของที่ได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ก็ดี หรือที่นำเข้ามาในราชอาณาจักรอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นรองตามมาตรา 31 ก็ดี ยังมีค่าในทางการค้า กฎหมายลิขสิทธิ์จึงให้ตกเป็นของเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งเป็นการชดใช้ค่าเสียหายอีกทางหนึ่งนอกเหนือไปจากค่าเสียหายอื่นที่เขาอาจได้รับจากคำพิพากษาของศาล[61] และจุดที่แตกต่างกันอีกประการหนึ่งก็คือทรัพย์สินที่ทำขึ้นเป็นความผิดตามหลักทั่วไปนั้น ศาลสั่งริบได้โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าเป็นของผู้กระทำความผิดหรือไม่ แต่การกำหนดให้สิ่งที่ทำขึ้นหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตกเป็นของเจ้าลิขสิทธิ์ได้นั้น จะต้องได้ความเสียก่อนว่าสิ่งเหล่านั้นยังเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้กระทำความผิด มิฉะนั้น ก็จะนำบทบัญญัตินี้มาใช้ไม่ได้ นอกจากนี้บทบัญญัติตามมาตรา 70 ยังมีลักษณะพิเศษในทางแพ่ง กล่าวคือแม้ว่าโจทก์ในคดีละเมิดลิขสิทธิ์จะมิได้ฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยเป็นคดีอาญา ศาลก็มีอำนาจสั่งให้ทรัพย์สินดังกล่าวตกแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ตามมาตรานี้ได้

ในส่วนที่เกี่ยวกับสิ่งที่ใช้ในการกระทำความผิดตามกฎหมายลิขสิทธิ์นี้ แม้จะเป็นการริบทรัพย์สินที่ใช้ในการกระทำความผิดทั่ว ๆ ไป แต่การริบสิ่งที่ใช้ในการกระทำความผิดตามกฎหมายลิขสิทธิ์เป็นการบังคับว่าศาลจะต้องริบ ต่างจากการริบทรัพย์สินที่ใช้ในการกระทำผิดตามประมวลกฎหมายอาญาที่ให้ดุลพินิจศาลที่จะมีคำสั่งให้ริบหรือไม่ก็ได้ แต่การบัญญัติเช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่าไม่เหมาะสมในกรณีที่ทรัพย์สินนั้นเป็นของผู้อื่นซึ่งมิได้รู้เห็นเป็นใจด้วยกับการกระทำความผิด นอกจากนี้ การจัดการทรัพย์สินที่ริบตามมาตรานี้ คงทำได้แต่เพียงให้ทรัพย์สินดังกล่าวตกเป็นของ

---

[60]พลประสิทธิ์ ฤทธิ์รักษา, พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ฉบับประยุกต์ใช้งานทางปฏิบัติ, หน้า 49.

[61]สมพร พรหมพิตาธร, กฎหมายลิขสิทธิ์, หน้า 130.

แผ่นดินเท่านั้น เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวมิได้บัญญัติให้ทำลายทรัพย์สินที่ริบ (คำพิพากษาฎีกาที่ 4076/2533 ตัดสินตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2521 มาตรา 47)

สรุปได้ว่า แม้โทษริบทรัพย์สินตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 จะมีหลักเกณฑ์แตกต่างไปจากโทษริบทรัพย์สินในกรณีทั่วไปหลายประการ ก็เป็นเรื่องที่สามารถทำได้ เพราะโทษริบทรัพย์สินมิได้ทั้งกรณีริบทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญาและกรณีตามกฎหมายอื่นที่มีโทษริบทรัพย์สินบัญญัติไว้โดยเฉพาะ อีกทั้งการบัญญัติหลักเกณฑ์การริบทรัพย์สินเช่นนี้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ก็มีจุดมุ่งหมายเพื่อทดแทนความเสียหายของเจ้าของลิขสิทธิ์อีกวิธีหนึ่งนั่นเอง อย่างไรก็ดี ควรจะมีการแก้ไขบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินที่ใช้ในการกระทำความผิดตามมาตรา 75 ตอนท้าย โดยให้เพิ่มข้อความต่อท้ายว่า " เว้นแต่ทรัพย์สินนั้นเป็นของผู้อื่นซึ่งมิได้รู้เห็นเป็นใจด้วยในการกระทำความผิด" เพื่อให้เจ้าของทรัพย์สินที่แท้จริงและสุจริตได้รับความคุ้มครองด้วย

3.5.3 <u>การเพิ่มโทษเพราะกระทำความผิดอีก</u>

การเพิ่มโทษเพราะกระทำความผิดอีก เป็นหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 92 และ 93 เหตุที่ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติเรื่องนี้ไว้ เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาได้ถือเป็นหลักว่า ผู้ที่ถูกลงโทษจำคุกไปแล้ว และยังกระทำความผิดขึ้นอีกภายในเวลาที่ประมวลกฎหมายอาญากำหนดไว้ ศาลจะต้องเพิ่มโทษในความผิดครั้งหลังแก่ผู้กระทำความผิด เพราะการที่บุคคลนั้นมากระทำความผิดขึ้นอีกย่อมแสดงว่าบุคคลนั้นไม่เข็ดหลาบ จุดมุ่งหมายที่ให้ศาลมีอำนาจเพิ่มโทษให้สูงขึ้น แม้จะสูงกว่าอัตราโทษขั้นสูงที่กฎหมายกำหนดไว้มีดังนี้[62]

1. เพื่อให้ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจลงโทษผู้กระทำให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด แม้โทษนั้นจะสูงกว่าอัตราโทษขั้นสูงที่กฎหมายกำหนดไว้

2. เพื่อให้ตัวผู้กระทำความผิดเองรู้สำนึกว่า การกระทำความผิดซ้ำจะต้องถูกเพิ่ม

---

[62]หยุด แสงอุทัย, <u>กฎหมายอาญาภาค 1</u>, หน้า 297.

โทษ ซึ่งจะทำให้ผู้ที่เคยถูกลงโทษจำคุกมาแล้วไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำอีก

การเพิ่มโทษเพราะกระทำความผิดอีกตามประมวลกฎหมายอาญาแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ

ก. การเพิ่มโทษหนึ่งในสามของโทษที่ศาลกำหนดสำหรับความผิดครั้งหลัง (มาตรา 92) มีองค์ประกอบ ดังนี้

1. บุคคลนั้นต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุก

2. ได้กระทำความผิดใด ๆ อีกในระหว่างที่ยังต้องรับโทษอยู่ หรือภายในเวลา 5 ปีนับแต่วันพ้นโทษ และ

3. ศาลจะพิพากษาโทษครั้งหลังถึงจำคุก

ข. การเพิ่มโทษกึ่งหนึ่งของโทษที่ศาลกำหนดสำหรับความผิดครั้งหลัง (มาตรา 93) มีองค์ประกอบดังนี้

1. บุคคลนั้นต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุก

2. ได้กระทำความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดในอนุมาตราต่างๆของมาตรา 93 ซ้ำในอนุมาตราเดียวกันอีกในระหว่างที่ยังต้องรับโทษอยู่ หรือภายในสามปีนับแต่วันพ้นโทษ

3. ความผิดครั้งแรกเป็นความผิดซึ่งศาลพิพากษาลงโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 6 เดือน และ

4. ศาลจะพิพากษาลงโทษครั้งหลังถึงจำคุก

แต่การเพิ่มโทษทั้งสองกรณีข้างต้นนี้มีข้อยกเว้นตามมาตรา 94 กล่าวคือถ้าความผิดครั้งก่อนหรือครั้งหลัง เป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท ความผิดลหุโทษหรือความผิดซึ่งผู้กระทำได้กระทำในขณะที่มีอายุยังไม่เกิน 17 ปี ไม่ถือเป็นความผิดเพื่อการเพิ่มโทษ

อย่างไรก็ดี การเพิ่มโทษที่กล่าวไปแล้วข้างต้นเป็นหลักทั่วไปในการที่ศาลจะเพิ่มโทษเพราะการกระทำความผิดอีก ซึ่งอาจมีกฎหมายอื่นที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะในเรื่องนี้ ซึ่งจะนำบทบัญญัติข้างต้นไปใช้บังคับตามมาตรา 17 ของประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้[63] บทบัญญัติในการ

---

[63] จิตติ ติงศภัทิย์, กฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 590.

เพิ่มโทษเพราะการกระทำความผิดอีกตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 73 บัญญัติไว้ว่า "ผู้ใดกระทำความผิดต้องระวางโทษตามพระราชบัญญัตินี้ เมื่อพ้นโทษแล้วยังไม่ครบกำหนด 5 ปี กระทำความผิดต่อพระราชบัญญัตินี้อีก ต้องระวางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น" อันแสดงว่าพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ก็เป็นกฎหมายอื่นที่มีบทบัญญัติเรื่องการเพิ่มโทษเพราะการกระทำความผิดอีกไว้โดยเฉพาะเช่นกัน จึงมีลักษณะแตกต่างจากหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา

เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำที่ปรากฏอยู่ใน มาตรา 73 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 แล้ว จะเห็นได้ว่าตัวบทดังกล่าวมิได้บัญญัติว่าจะต้องเป็นโทษจำคุก อีกทั้งยังไม่ได้บัญญัติว่า "ต้องคำพิพากษา" แต่กลับใช้คำว่า "ต้องระวางโทษ" แทน ระวางโทษตามพระราชบัญญัตินี้คือโทษที่กำหนดไว้ในบทมาตรานั้น ๆ คือมาตรา 68 หรือ 70 หรือ 71 หรือ 72 มิใช่โทษที่ศาลพิพากษา ดังนั้นแม้ศาลลงโทษจำคุกหรือปรับสถานเดียว หรือลงโทษจำคุกแต่ให้รอการลงโทษจำคุกไว้ หรือแม้จะรอการกำหนดโทษจำคุกก็ตาม ถือว่ากระทำความผิดต้องระวางโทษตามพระราชบัญญัตินี้แล้ว หากกระทำผิดซ้ำไม่ว่าตามบทมาตราใดหรือฐานใด ถ้ายังไม่ครบกำหนดห้าปีนับแต่วันพ้นโทษคดีก่อน จะต้องถูกเพิ่มโทษตามมาตรา 73 นี้[64] และบทบัญญัตินี้ยังไม่มีข้อยกเว้นเกี่ยวกับอายุของผู้กระทำเช่นในมาตรา 94 ของประมวลกฎหมายอาญาอีกด้วย จึงสรุปได้ว่า การเพิ่มโทษเพราะการกระทำความผิดอีกตามกฎหมายลิขสิทธิ์นี้มีเงื่อนไขทำให้รับโทษเพิ่มได้ง่ายกว่าหลักทั่วไปตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นที่น่าสังเกตุว่าผู้กระทำความผิดฐานอื่น ๆ ที่มีความร้ายแรงสูงกว่าหรือพอเทียมกันกลับมีเงื่อนไขที่จะได้รับโทษเพิ่มเพราะกระทำความผิดอีกต่ำกว่าความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ อันเป็นเรื่องที่ควรจะพิจารณาว่ากฎหมายในส่วนนี้ไม่เหมาะสมและควรได้รับการแก้ไขหรือไม่ แต่เมื่อพิจารณาจากแนวบรรทัดฐานของศาลในคดีความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว ปรากฏว่าคดีความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ที่ขึ้นสู่ศาลทั้งหมด

---

[64] สมพร พรหมหิตาธร, กฎหมายลิขสิทธิ์, หน้า 129.

เป็นคดีละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้าซึ่งมีทั้งโทษปรับและโทษจำคุก แต่ศาลมักจะพิพากษาลงแต่โทษปรับจำเลยเป็นส่วนใหญ่ จะมีเพียงส่วนน้อยที่ศาลพิพากษาจำคุก และโทษจำคุกศาลก็จะให้รอการลงโทษไว้เสียทุกคดี ดังนั้น ถ้าพิจารณาหลักเกณฑ์การเพิ่มโทษเพราะการกระทำความผิดอีกตามประมวลกฎหมายอาญาแล้ว จำเลยในคดีความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ก็จะไม่ต้องรับโทษเพิ่มเลย แต่ตามมาตรา 73 นี้ ถ้าจำเลยกระทำความผิดอีกภายในเวลาที่กำหนด จำเลยก็จะต้องรับโทษไม่ว่าโทษที่จะลงใหม่มีโทษจำคุกด้วยหรือไม่ ทั้งนี้เพื่อให้จำเลยเกิดความเข็ดหลาบไม่กระทำความผิดอีกนั่นเอง

3.6 <u>ความไม่เหมาะสมของความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้า</u>

จากหลักเกณฑ์ในเรื่องโทษปรับที่ได้ศึกษาไปแล้วนั้น จะเห็นได้ว่าโทษปรับเหมาะสมที่จะนำมาใช้กับความผิดที่ผู้กระทำได้กระทำไปด้วยความโลภ หรือความผิดทางเศรษฐกิจซึ่งเป็นพฤติกรรมที่เอารัดเอาเปรียบในทางธุรกิจ อย่างไรก็ดี ถ้าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มิใช่เป็นการกระทำเพื่อการค้าแล้ว คงถือไม่ได้ว่าผู้กระทำได้กระทำไปด้วยความโลภหรือเป็นพฤติกรรมที่เอารัดเอาเปรียบในทางธุรกิจ นอกจากนี้ แม้กฎหมายลิขสิทธิ์จะกำหนดให้การละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้าได้รับโทษเฉพาะโทษปรับก็ตาม แต่ก็เป็นโทษปรับในอัตราค่อนข้างสูงคือตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทขึ้นไป ถ้าผู้กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ไม่ใช่ผู้ที่มีฐานะพอสมควร ก็อาจไม่มีเงินชำระค่าปรับอันเป็นเหตุให้ต้องถูกกักขังแทนค่าปรับก็ได้ (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 29) อันเป็นการผิดวัตถุประสงค์ของการลงโทษปรับ และเมื่อพิจารณาถึงความเสียหายของเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ได้รับจากกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้าแล้ว จะเห็นว่ามีน้อยมากเมื่อเปรียบเทียบกับโทษที่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้าได้รับ และเมื่อกฎหมายบังคับว่าจะต้องแบ่งเงินค่าปรับที่ศาลพิพากษาครึ่งหนึ่งให้แก่ผู้เสียหายซึ่งเป็นเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์แล้ว ก็จะกลายเป็นการได้รับค่าสินไหมทดแทนความเสียหายเกินกว่าความเสียหายที่ได้รับจริง อันผิดหลักเกณฑ์ในเรื่องค่าเสียหายกรณีละเมิด ค่าเสียหายในคดีละเมิดนั้นจะต้องไม่เกินความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง เพราะกฎหมายเรื่องละเมิดมีวัตถุประสงค์เพื่อทดแทนความเสีย

หายให้แก่ผู้ได้รับความเสียหายให้กลับคืนสู่สภาพเดิมก่อนมีการละเมิด[65] และโดยทางปฏิบัติแล้ว ผู้กระทำความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้ามักจะเป็นบุคคลธรรมดาทั่วไป ต่างจากกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้าซึ่งผู้กระทำความผิดมักจะเป็นกลุ่มบุคคลหรือนิติบุคคลที่มักจะมีฐานะทางการเงินดี ดังนั้น การกำหนดให้แบ่งค่าปรับที่ศาลพิพากษาครึ่งหนึ่งให้แก่เจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ในคดีความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้าอาจกลายเป็นการบังคับเอาเงินจากผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นบุคคลที่ยากจน เพื่อเอาไปให้แก่เจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นผู้ร่ำรวยก็ได้ เพราะปัจจุบันผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์จำนวนมากที่ไม่ได้เป็นผู้สร้างสรรค์งานเอง แต่ได้รับโอนงานลิขสิทธิ์จากผู้สร้างสรรค์หรือผู้มีลิขสิทธิ์ในงานนั้นอีกทอดหนึ่ง ตามมาตรา 17 หรืออาจเป็นกรณีที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์งานขึ้นในฐานะพนักงานหรือลูกจ้าง และได้มีการตกลงกันเป็นหนังสือกับนายจ้างว่าให้งานที่สร้างสรรค์ขึ้นนั้นตกเป็นลิขสิทธิ์ของนายจ้าง ตามมาตรา 9 หรือเป็นกรณีที่เป็นการว่าจ้างให้ผู้อื่นสร้างสรรค์งานให้ ลิขสิทธิ์ในงานที่สร้างสรรค์ขึ้นนี้ก็จะตกแก่ผู้ว่าจ้างตามมาตรา 10 อันจะเห็นได้ว่าเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นผู้รับโอนงานลิขสิทธิ์มาจากผู้อื่น ผู้ที่เป็นนายจ้างหรือผู้ที่เป็นผู้ว่าจ้างเหล่านี้มักจะเป็นผู้ที่มีฐานะทางการเงินดีและโดยมากมักจะอยู่ในรูปบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนซึ่งเป็นนิติบุคคลอันมีฐานะและอำนาจต่อรองสูงกว่าผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้าซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาอยู่มาก แต่ถ้าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีมูลค่าความเสียหายเพียงเล็กน้อยหรือที่ไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ถึงขนาดจะต้องฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายต่อกันแล้ว การกำหนดให้มีการแบ่งเงินค่าปรับครึ่งหนึ่งแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ก็ดูจะไม่เหมาะสมเท่าใดนัก เพราะว่าเงินส่วนแบ่งจากค่าปรับที่เจ้าของลิขสิทธิ์จะได้รับนั้นสูงกว่ามูลค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริงมาก อันจะเป็นการขัดต่อหลักกฎหมายแพ่งในเรื่องการกำหนดค่าเสียหายอย่างเห็นได้ชัด และอาจเป็นเหตุให้มีการดำเนินคดีอาญากันเกินความจำเป็นเพียงเพราะต้องการเงินส่วนแบ่งจากค่าปรับดังกล่าว ดังนั้น ควรมีการแก้

---

[65] เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคหนึ่ง, หน้า 9.

ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยในส่วนที่เกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้า โดยกำหนดให้ไม่เป็นความผิดทางอาญา อันจะมีผลให้การละเมิดลิขสิทธิ์ประเภทนี้เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในทางแพ่งอย่างเดียว ในขณะที่กำหนดให้การละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้าเป็นทั้งการละเมิดลิขสิทธิ์ในทางแพ่งและเป็นความผิดทางอาญาด้วย เช่นนี้แล้วโทษปรับที่ให้แบ่งค่าปรับครึ่งหนึ่งแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ก็จะเหมาะสมที่จะนำมาใช้กับกฎหมายลิขสิทธิ์ไทยมากยิ่งขึ้น นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากเหตุผลอื่น ๆ อีกหลายประการ อันได้แก่

1. เหตุผลตามทฤษฎีการลงโทษทางอาญา จะเห็นได้ว่าการลงโทษอาญาแก่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้านั้นไม่เป็นการก่อให้เกิดประโยชน์ต่อตัวผู้กระทำความผิดและสังคมแต่อย่างใด เพราะการละเมิดลิขสิทธิ์ประเภทนี้ไม่ร้ายแรงถึงขั้นที่จะมีการแก้แค้นโดยตัวผู้เสียหายเอง ไม่มีผลกระทบต่อสังคมถึงขั้นที่จะต้องมีการขมขู่ไม่ให้เป็นเยี่ยงอย่าง ไม่มีความจำเป็นต้องควบคุมตัวผู้กระทำเพื่อปรับปรุงแก้ไขหรือตัดโอกาสไม่ให้กระทำผิดอีก เพราะผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ประเภทนี้ไม่ได้มีเจตนาร้ายถึงขั้นทุจริตฉ้อโกงหรือเอารัดเอาเปรียบผู้อื่นโดยไม่เป็นธรรม

2. เหตุผลตามหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดทางอาญา เนื่องจากการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้าไม่ใช่เรื่องร้ายแรงถึงขนาดที่จะมีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม และการบังคับใช้กฎหมายอาญากับความผิดฐานนี้ก็ไม่อาจทำได้อย่างมีประสิทธิภาพทั้งยังสิ้นเปลืองมาก อีกทั้งการปราบปรามการละเมิดลิขสิทธิ์ประเภทนี้อาจมีผลให้มีการใช้ประโยชน์ในงานลิขสิทธิ์ลดลง และที่สำคัญยังมีวิธีการอื่น ๆ ที่เหมาะสมกว่าการบังคับใช้กฎหมายกับการกระทำประเภทนี้

3. การละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้าในหลาย ๆ กรณีมีความใกล้เคียงกันกับข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่น การใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง (private use) ตามมาตรา 32 (2) การคัดลอกอ้างอิงงานลิขสิทธิ์ของผู้อื่นบางตอนตามสมควรตามมาตรา 35 เหล่านี้ในบางครั้งจากข้อเท็จจริงที่มีอยู่ก็ยากที่จะชี้ชัดลงไปได้ว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ เช่นใช้แค่ไหนเพียงใดจึงจะถือว่าเป็นการใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง การคัดลอกอ้างอิงเท่าใดจึงจะถือว่าไม่เกินสมควร หากเจ้าของงานลิขสิทธิ์รายหนึ่งอ้างว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่เป็นการใช้เกินกว่าเพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเป็นการคัดลอกอ้างอิงมากกว่าบางตอนตาม

สมควรแล้ว ก็อาจจะไม่เข้าข่ายกระทำและเป็นความผิดขึ้นมาได้ เพราะเพื่อเป็นความผิดทางอาญา ก็ต้องมีการนำกระบวนการทางอาญามาใช้กับผู้กระทำ ซึ่งมีผลกระทบต่อชื่อเสียงและอิสระภาพของผู้กระทำ การกระทำที่ยากจะชี้ชัดลงไปว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่เช่นนี้ ถ้าได้กำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาแล้ว ย่อมจะเป็นผลร้ายต่อผู้กระทำมากเกินไป และอาจเป็นหนทางให้มีการนำกระบวนการทางอาญามาบังคับข่มขู่กันได้

4. การเรียกร้องกันในทางแพ่งก็เป็นอีกวิธีหนึ่งที่สามารถนำมาใช้กับการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้านี้ได้ และการดำเนินคดีแพ่งในเรื่องนี้น่าจะมีประสิทธิภาพและรวดเร็วยิ่งขึ้น เมื่อได้มีการจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศแล้ว เพราะกฎหมายในเรื่องดังกล่าวให้อำนาจศาลในการออกข้อบังคับที่เกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคดีที่เหมาะสมได้ และเท่าที่มีการร่างกฎหมายเกี่ยวกับศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯนี้ก็เห็นได้ว่ามีความมุ่งหมายให้คดีความดำเนินไปได้โดยรวดเร็วยิ่งขึ้นนั่นเอง

จะเห็นได้ว่าการกำหนดให้การละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้าเป็นความผิดทางอาญาจึงเป็นการไม่เหมาะสมตามเหตุผลที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น