



นางสาวพินิตา ตันรังสรรค์  
นิติกร สำนักกฎหมาย

## ความเหมาะสมของการกำหนดโทษอาญา ในกฎหมายบางฉบับ<sup>๑</sup>

จุลนิติฉบับที่ผ่านมา ท่านผู้อ่านคงได้ทราบข้อมูลเกี่ยวกับแนวคิดและทฤษฎีของกฎหมายอาญา และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งแนวคิดในการกำหนดโทษทางอาญาของต่างประเทศและประเทศไทย ตลอดจนแนวคิดในการปรับปรุงอัตราโทษหรือระวางโทษทางอาญาที่เหมาะสม ซึ่งวิทยากรผู้ทรงคุณวุฒิ ได้มีการอภิปรายและวิพากษ์ไว้อย่างกว้างขวาง ตามที่ได้นำเสนอไปในฉบับที่แล้วนั้น<sup>๒</sup>

สำหรับฉบับนี้ ทางผู้เขียนใคร่ขอนำเสนอข้อมูลเกี่ยวกับ “ความเหมาะสมของการกำหนดโทษอาญาในกฎหมายบางฉบับ” โดยเฉพาะพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. ๒๕๓๔ และพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ฝ่ายเลขานุการคณะกรรมการดำเนินการศึกษาและปรับปรุงกฎหมายเพื่อป้องกันมิให้มีการใช้ประโยชน์จากโทษตามกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย ได้ดำเนินการศึกษา วิเคราะห์ และจัดทำเป็นตัวอย่างเสนอต่อคณะกรรมการพัฒนากฎหมายและคณะรัฐมนตรีเพื่อประกอบการพิจารณา รวมทั้งข้อมูลข้อเสนอแนะในการปรับปรุงอัตราโทษหรือระวางโทษทางอาญาที่เหมาะสม เพื่อเป็นแนวทางในการนำไปใช้หรือถือปฏิบัติต่อไป

การวิเคราะห์ความเหมาะสมของการกำหนดโทษอาญาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. ๒๕๓๔ และพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗”<sup>๓</sup> โดย นางสาวนริศรา แดงไผ่ ผู้อำนวยการกองกฎหมายกระบวนกรยุติธรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และฝ่ายเลขานุการคณะกรรมการดำเนินการศึกษาและปรับปรุงกฎหมายเพื่อป้องกันมิให้มีการใช้ประโยชน์จากโทษอาญาตามกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย มีสาระสำคัญสรุปได้ ดังนี้

<sup>๑</sup>จัดโดย กองกฎหมายกระบวนกรยุติธรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ในการจัดการสัมมนา เรื่อง “หลักเกณฑ์การกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมาย” ในวันที่ ๑๓ กันยายน ๒๕๖๐ เวลา ๐๘.๓๐ - ๑๔.๓๐ นาฬิกา ณ ห้องเมย์แพร์บอลรูม ซี ชั้น ๑๑ โรงแรม เดอะ เบอร์เคลีย์ (ประตูน้ำ).

<sup>๒</sup>โปรดดู สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา ปฏิบัติหน้าที่สำนักงานเลขาธิการสภานิติบัญญัติแห่งชาติ. “หลักเกณฑ์การกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมาย”. *จุลนิติ*. ปีที่ ๑๕ ฉบับที่ ๑ เดือนมกราคม - กุมภาพันธ์ พ.ศ. ๒๕๖๑. น. ๗๕-๘๙.

<sup>๓</sup>โปรดดู บทความ “ตัวอย่างบทวิเคราะห์ความเหมาะสมของการกำหนดโทษอาญาในกฎหมายบางฉบับ”, ตามเอกสารประกอบการสัมมนา เรื่อง “หลักเกณฑ์การกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมาย” โดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ๒๕๖๐, น. ๖๔ - ๗๐.



● **พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. ๒๕๓๔**

“เช็ค” ถือเป็นตราสารทางการเงินที่มีความสำคัญในทางธุรกิจการค้าและเป็นเครื่องมือในการทำธุรกรรมหรือชำระหนี้ที่มีความแพร่หลายมากที่สุดวิธีหนึ่ง โดยสถิติการใช้เช็คในช่วงระยะเวลา ๔ ปีที่ผ่านมา (พ.ศ. ๒๕๕๗ - ๒๕๖๐) พบว่ามีปริมาณการใช้เช็คเฉลี่ยประมาณ ๑๓๐ ล้านฉบับต่อปี ซึ่งเป็นอัตราที่สูงมาก ด้วยความสำคัญดังกล่าว “ความน่าเชื่อถือของเช็ค” จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. ๒๕๓๔ จึงเป็นกฎหมายที่สนับสนุนให้มีการใช้เช็คเพื่อเพิ่มความสะดวกในการใช้เช็ค และการกำหนดให้มีโทษอาญาเพื่อสร้างความน่าเชื่อถือให้แก่เช็ค โดยกำหนดความผิดสำหรับผู้มีเจตนาทุจริตในการใช้เช็คโดยไม่มีเงินที่จะชำระตามจำนวนที่สั่งจ่าย หรือใช้เช็คเป็นเครื่องมือในการฉ้อโกงหลอกลวงเพื่อสร้างความเสียหายให้แก่ผู้อื่น แต่อย่างไรก็ตาม “การกำหนดโทษอาญา” ที่ถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการบังคับลูกหนี้ที่ออกเช็คให้ชำระหนี้ตามเช็คหรือให้ความผิดทางอาญาเกี่ยวกับการใช้เช็ค นั้น ได้ก่อให้เกิดปัญหาหลายประการ ดังนี้

**ประการแรก** ความผิดทางอาญาตามกฎหมายว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็คเป็นความผิดซึ่งเกิดจากกฎหมายห้าม (mala prohibita) ไม่ใช่ความผิดของอาชญากรชั่วร้าย กล่าวคือ ความผิดที่มีโทษทางอาญาและการกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. ๒๕๓๔ เป็นความผิดเนื่องจากการฝ่าฝืนกฎหมายที่รัฐกำหนดขึ้น (mala prohibita) ไม่ใช่ความผิดที่มีลักษณะเป็นอาชญากรที่เป็นความผิดในตัว (mala in se) ซึ่งการลงโทษทางอาญาแก่ผู้ไม่มีเงินชำระหนี้ตามเช็คโดยมิได้แยกว่าผู้ออกเช็คคนใดมีเจตนาทุจริตหรือไม่ จึงรุนแรงเกินไปและขัดกับหลักการกำหนดความผิดทางอาญาที่มุ่งลงโทษกับผู้ที่มีความชั่วร้าย เช่น การใช้เช็คเป็นเครื่องมือในการหลอกลวง ฉ้อฉล ฉ้อโกงซึ่งมีลักษณะของอาชญากรที่สมควรถูกลงโทษทางอาญา เป็นต้น

**ประการที่สอง** ผู้ออกเช็คอาจต้องรับผิดทางอาญาแม้ไม่มีเจตนาทุจริต กล่าวคือ ผู้ออกเช็คจำนวนไม่น้อยที่ออกเช็คโดยไม่มีเจตนาที่จะฉ้อฉลหรือต้องการใช้เป็นเครื่องมือในการหาประโยชน์อันมิควรได้จากอีกฝ่ายหนึ่ง แต่เนื่องจากไม่สามารถหาเงินมาชำระหนี้ได้ทันตามกำหนดด้วยเหตุผลต่าง ๆ ทางธุรกิจ แต่กฎหมายให้สันนิษฐานว่าผู้ออกเช็คดังกล่าวล้วนอยู่ในข่ายที่อาจต้องรับผิดตามกฎหมายเนื่องจากกฎหมายมิได้แยกแยะว่าการไม่มีเงินในบัญชีหรือมีแต่ไม่เพียงพอ นั้นเป็นเพราะสาเหตุใด จึงทำให้บุคคลเหล่านี้ต้องรับโทษทางอาญาตามมาตรา<sup>๔</sup> ซึ่งทำให้เกิดประเด็นปัญหาความเหมาะสมของการกำหนดความผิดทางอาญาเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดซึ่งมิได้มีเจตนาทุจริต

“พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. ๒๕๓๔ มาตรา ๔ บัญญัติว่า  
“มาตรา ๔ ผู้ใดออกเช็คเพื่อชำระหนี้ที่มีอยู่จริงและบังคับได้ตามกฎหมายโดยมีลักษณะหรือมีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้  
(๑) เจตนาที่จะไม่ให้มีการใช้เงินตามเช็คนั้น  
(๒) ในขณะที่ออกเช็คคนนั้นไม่มีเงินอยู่ในบัญชีอันจะพึงให้ใช้เงินได้  
(๓) ให้ใช้เงินมีจำนวนสูงกว่าจำนวนเงินที่มีอยู่ในบัญชีอันจะพึงให้ใช้เงินได้ในขณะที่ออกเช็คนั้น  
(๔) ถอนเงินทั้งหมดหรือแต่บางส่วนออกจากบัญชีอันจะพึงให้ใช้เงินตามเช็คจนเงินเหลือไม่เพียงพอที่จะใช้เงินตามเช็คนั้นได้  
(๕) ห้ามธนาคารมิให้ใช้เงินตามเช็คนั้นโดยเจตนาทุจริต  
เมื่อได้มีการยื่นเช็คเพื่อให้ใช้เงินโดยชอบด้วยกฎหมาย ถ้าธนาคารปฏิเสธไม่ให้ใช้เงินตามเช็คนั้น ผู้ออกเช็คมีความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือทั้งปรับทั้งจำ”.



**ประการที่สาม** การนำโทษทางอาญามาบีบบังคับให้ผู้ออกเช็คชำระหนี้ทางแพ่ง กล่าวคือ ความผิดอันเกิดจากการใช้เช็คเป็นความผิดอันยอมความได้<sup>๕</sup> ดังนั้น โทษทางอาญาในความผิดอันเกิดจากการใช้เช็คจึงมีผู้เสียหายเป็นสาระสำคัญของการดำเนินกระบวนการยุติธรรม ทำให้เกิดปัญหาการใช้โทษทางอาญามาบีบบังคับให้ผู้ออกเช็คชำระหนี้ทางแพ่ง และอาจใช้การดำเนินคดีอาญาที่ต้องใช้เวลานานเพื่อประวิงเวลาในการชำระหนี้ด้วย

**ประการที่สี่** การนำคดีขึ้นสู่ศาลเป็นจำนวนมาก กล่าวคือ เมื่อกำหนดให้ความผิดอันเกิดจากการใช้เช็คเป็นความผิดที่มีโทษทางอาญา จึงทำให้ในแต่ละปีมีจำนวนคดีความผิดดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลชั้นต้นมากถึง ๑๐,๐๐๐ - ๑๕,๐๐๐ คดี ซึ่งทำให้รัฐต้องสูญเสียงบประมาณที่มีที่มาจากเงินภาษีของประชาชนเป็นค่าใช้จ่ายในกระบวนการยุติธรรมเพื่อการติดตามทวงหนี้ของเอกชน

**ประการที่ห้า** การเลือกดำเนินคดีอาญาเกี่ยวกับเช็คเพื่อไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล ในทางปฏิบัติผู้ทรงเช็คซึ่งเป็นผู้เสียหายมักจะดำเนินคดีอาญากับผู้ออกเช็คที่ถูกธนาคารปฏิเสธการจ่ายเงินตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. ๒๕๓๔ มากกว่าจะเลือกฟ้องเป็นคดีแพ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวเงินและเช็ค เพราะการดำเนินคดีอาญาตามพระราชบัญญัตินี้ โจทก์ไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมเหมือนเช่นในคดีแพ่ง ผู้ทรงเช็คจึงอาศัยช่องทางกฎหมายดังกล่าวในการดำเนินคดีอาญากับผู้ออกเช็คแทนการดำเนินคดีแพ่งเพื่อหลีกเลี่ยงค่าธรรมเนียมศาล ทำให้รัฐต้องสูญเสียรายได้จากค่าธรรมเนียมศาลดังกล่าว

**ประการสุดท้าย** การกำหนดโทษอาญาขัดกับหลักสิทธิมนุษยชน เนื่องจากกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ ๑๑ กำหนดห้ามรัฐภาคีจำกัดบุคคลใดเพียงเพราะการที่บุคคลนั้นไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ ดังนั้น การลงโทษจำคุกผู้ออกเช็คซึ่งเป็นเพียงผู้ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาเช็คจึงขัดต่อข้อ ๑๑ ของกติการะหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคีของกติกาสากลดังกล่าว

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกฎหมายของต่างประเทศ โดยเฉพาะในประเทศเยอรมนี ฝรั่งเศส อังกฤษ และสหรัฐอเมริกาแล้ว พบว่ามีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับเช็คไว้ ดังนี้

**ประเทศเยอรมนี** มาตรา ๒๖๖ ปี แห่งประมวลกฎหมายอาญา ได้กำหนดความผิดอาญาเฉพาะกรณีใช้เช็คหรือบัตรเครดิตในทางทุจริตเท่านั้น โดยให้มีโทษจำคุกไม่เกิน ๓ ปี หรือปรับ

**ประเทศฝรั่งเศส** เดิมได้กำหนดให้การออกเช็คโดยไม่มีเงินในบัญชีไม่มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา เว้นแต่กระทำในลักษณะฉ้อโกง แต่ต่อมาได้มีกฎหมายฉบับลงวันที่ ๒ สิงหาคม ค.ศ. ๑๙๑๗ กำหนดลงโทษทางอาญากับผู้กระทำความผิดนี้ โดยใช้โทษของความผิดฐานยักยอกตามมาตรา ๔๐๘ และขยายไปถึงการถอนเงินออกจากบัญชีเงินเป็นเหตุให้มีเงินไม่พอจ่ายตามเช็ค อย่างไรก็ตาม โทษดังกล่าวอาจไม่รุนแรงเท่าที่ควรเพราะมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับการใช้เช็คมากขึ้น จึงได้มีกฎหมายฉบับลงวันที่ ๑๒ สิงหาคม ค.ศ. ๑๙๒๖ ให้ลงโทษความผิดดังกล่าวโดยใช้โทษของความผิดฐานฉ้อโกงตามมาตรา ๔๐๕ แทน และได้เพิ่มกรณีการสั่งห้ามธนาคารจ่ายเงินตามเช็คให้เป็นความผิดด้วย ต่อมา มีกฎหมาย

<sup>๕</sup>พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. ๒๕๓๔ มาตรา ๕ บัญญัติว่า “มาตรา ๕ ความผิดตามมาตรา ๔ เป็นความผิดอันยอมความได้”.



ฉบับลงวันที่ ๓๐ ตุลาคม ค.ศ. ๑๙๓๕ ซึ่งเป็นการรวมความผิดเกี่ยวกับการใช้เช็คโดยไม่มีเงินบัญชีไว้ ในมาตรา ๖๖ ของกฎหมายฝรั่งเศส โดยกำหนดให้ระวางโทษจำคุกหรือปรับ นอกจากนี้ ยังมีมาตรการอื่น ๆ มาใช้เสริมเพื่อให้วัตถุประสงค์ที่ต้องการให้เช็คเป็นตราสารที่มีคุณค่าในทางการเงินบรรลุผล เช่น ผู้กระทำความผิดอาจถูกห้ามเข้าเขตที่กำหนดไม่เกิน ๕ ปี และอาจถูกตัดสิทธิตามกฎหมายอื่น แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อวันที่ ๓๐ ธันวาคม ค.ศ. ๑๙๙๑ ประเทศฝรั่งเศสได้ยกเลิกความผิดเกี่ยวกับเช็คแล้วโดยสิ้นเชิง จะคงไว้ เฉพาะพฤติกรรมฉ้อโกงและพฤติกรรมการออกเช็คซ้ำ ๆ ที่ถูกมาตรการทางธนาคารห้ามออกเช็คเท่านั้น

**ประเทศอังกฤษ** ในประเทศอังกฤษไม่มีกฎหมายกำหนดความผิดเกี่ยวกับการใช้เช็คให้เป็น ความผิดอาญา แม้ผู้ออกเช็คจะมีเจตนาไม่ให้ผู้รับเช็คได้รับชำระเงินตามเช็คก็ตาม เว้นแต่การกระทำ ของผู้ออกเช็คนั้นเข้าองค์ประกอบความผิดอาญาฐานใดฐานหนึ่ง ผู้ทรงจึงจะสามารถฟ้องให้ผู้สั่งจ่ายเช็ค รับผิดโดยอาศัยกฎหมายแพ่งในเรื่องตัวเงินเพื่อเรียกให้รับผิดชอบคดีแพ่งได้เท่านั้น ซึ่งเป็นไปตามกฎหมาย Bill of Exchange Act 1882 อย่างไรก็ดี ในส่วนของความรับผิดทางอาญาที่เกี่ยวข้องกับการใช้เช็คนั้น อาจเป็นความผิดทางอาญาได้หากเข้าองค์ประกอบความผิดฐานฉ้อโกงตามมาตรา ๑๕ ของ Theft Act 1968 หรือปลอมแปลงเอกสารในมาตรา ๑ ของ The Forgery and Counterfeiting Act 1981

**ประเทศสหรัฐอเมริกา** ได้กำหนดให้การกระทำความผิดอันเกิดจากการใช้เช็คกรณีออกเช็ค โดยไม่มีเงินในธนาคารเพียงพอที่จะสั่งจ่ายต้องรับผิดตามกฎหมายอาญา ๒ ฐาน คือ ฐานฉ้อโกง และ ฐานลักทรัพย์โดยใช้กลอุบาย นอกจากนี้ บางมลรัฐได้มีบทบัญญัติเฉพาะเกี่ยวกับความผิดอันเกิดจากการ ใช้เช็ค ซึ่งอัตราโทษอาจจะรุนแรงน้อยกว่าหรือแตกต่างจากที่กำหนดไว้ในกฎหมายอาญาทั่วไปดังกล่าว เช่น มลรัฐเคนทักกี กำหนดให้ทั้งการสั่งจ่ายเช็คโดยไม่มีเงิน และการกระทำความผิดเกี่ยวกับเช็ค เป็นความผิดอาญาทั้งสิ้น

**สำหรับบทวิเคราะห์ความเหมาะสมของการกำหนดโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติฉบับนี้** คือ แม้ว่าการกำหนดความผิดทางอาญาในพระราชบัญญัติว่าด้วยความรับผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. ๒๕๓๔ จะมีเจตนารมณ์เพื่อสร้างความเชื่อถือของการใช้เช็คแทนเงินสด โดยกำหนดเงื่อนไขอันเป็นองค์ประกอบ ของความผิดที่เปรียบเสมือนบทสันนิษฐานถึงเจตนาของผู้ออกเช็คหากปรากฏพฤติกรรมตามที่กฎหมาย กำหนด เช่น การออกเช็คโดยไม่มีเงินในบัญชี หรือมีอยู่แต่ไม่เพียงพอที่จะใช้เงินตามเช็ค ให้ต้องรับผิด อันทำให้เกิดความสับสนในการดำเนินคดีกับผู้ออกเช็คที่ธนาคารปฏิเสธการใช้เงินก็ตาม **แต่อีกด้านหนึ่ง** ได้ก่อให้เกิดผลกระทบแก่ผู้ที่ออกเช็คโดยไม่ได้มีเจตนาทุจริตหรือไม่ได้มีเจตนาที่จะหาผลประโยชน์ โดยมีขอบ เพียงแต่อาจมีเหตุขัดข้องทางธุรกิจบางประการที่ทำให้ไม่มีเงินในบัญชีเพียงพอที่จะชำระหนี้ ได้ตามเช็ค ผู้ออกเช็คก็ต้องรับโทษทางอาญาตามที่กฎหมายกำหนดไว้ อันไม่สอดคล้องกับแนวคิด ในการลงโทษทางอาญาที่มุ่งนำตัวบุคคลผู้เป็นอาชญากรโดยสันดานมาลงโทษเพื่อให้เข็ดหลาบ หรือ วัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญา ดังนี้

- **วัตถุประสงค์เพื่อแก้แค้นทดแทน** กล่าวคือ การนำตัวผู้ออกเช็คที่ไม่มีเจตนาทุจริต ไปลงโทษจำคุกอาจจะไม่ตอบสนองต่อความต้องการที่แท้จริงของเจ้าหน้าที่ คือ ไม่ได้รับเงินเสียหาย ตามที่ควรจะได้รับ แต่กลับจะยิ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหน้าที่มากยิ่งขึ้น เพราะผู้ออกเช็คจะไม่สามารถ ประกอบการใดเพื่อให้ได้มาซึ่งการชำระหนี้





- **วัตถุประสงค์เพื่อป้องกันผู้กระทำความผิดออกจากสังคม** กล่าวคือ การที่ผู้ออกเช็คไม่สามารถหาเงินมาชำระหนี้ตามเช็คได้โดยไม่ได้เกิดจากเจตนาทุจริตนั้น ไม่ทำให้บุคคลเหล่านั้นเป็นอาชญากรที่ควรกันออกจากสังคมเพื่อป้องกันมิให้ไปทำอันตรายแก่ผู้อื่นแต่อย่างใด

- **วัตถุประสงค์เพื่อฟื้นฟูผู้กระทำความผิด** กล่าวคือ เมื่อผู้ออกเช็คไม่มีเจตนาทุจริต การนำบุคคลเหล่านี้มาลงโทษจึงไม่เป็นการแก้ไขฟื้นฟูพฤติกรรมแต่อย่างใด เพราะการที่บุคคลเหล่านี้ไม่มีเงินชำระหนี้ตามเช็คมิใช่พฤติกรรมหรือการกระทำที่บุคคลเหล่านี้จะควบคุมได้ การให้รับโทษจำคุกจึงมีแต่ก่อให้เกิดตราบาปและต้องประสบความยากลำบากในการหาเงินมาชำระหนี้มากยิ่งขึ้น

จะเห็นได้ว่าการลงโทษผู้ออกเช็คที่ไม่มีเจตนาทุจริตไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาดังกล่าว และเมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา ๔ (๒) (๓) และ (๔) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. ๒๕๓๔ แล้วจะพบว่า ผู้ออกเช็คมิได้มีเจตนาทุจริตที่จะไม่ใช้เงินตามเช็ค หรือกฎหมายมิได้กำหนดให้ต้องมีเจตนาทุจริตเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิดด้วย จึงสมควรพิจารณายกเลิกโทษทางอาญาตามมาตรา ๔ (๒) (๓) และ (๔) ดังกล่าว โดยอาจใช้มาตรการอื่นแทน เพื่อให้เช็ดยังคงความน่าเชื่อถือไว้ดังเดิม ซึ่งมาตรการอื่นที่อาจนำมาใช้ทดแทนโทษอาญาได้ มีดังนี้

๑) **มาตรการห้ามทำธุรกรรมทางการเงินเป็นระยะเวลาหนึ่ง** โดยห้ามทำธุรกรรมเกี่ยวกับธนาคาร ไม่ว่าจะเปิดบัญชีหรือบัตรเครดิตเป็นระยะเวลา ๕ ปี แต่หากผู้ออกเช็คที่ธนาคารปฏิเสธการใช้เงินได้ชำระหนี้ตามเช็คครบถ้วนแล้วก่อนครบระยะเวลา ๕ ปี สิทธิในการทำธุรกรรมทางการเงินจากธนาคารจึงจะกลับคืนดังเดิม

๒) **มาตรการภายในของธนาคารพาณิชย์** ถือเป็นมาตรการเบื้องต้นที่ใช้ในการกลั่นกรองคุณภาพของลูกค้าที่เข้ามาเปิดบัญชีกระแสรายวัน และเป็นมาตรการสอดส่องดูแลการใช้เช็คของลูกค้าภายหลังได้รับอนุญาตการเปิดบัญชีแล้ว ซึ่งจะช่วยสร้างความน่าเชื่อถือให้กับเช็คได้อีกทางหนึ่ง เช่น หากธนาคารกำหนดเงื่อนไขของลูกค้าให้ผู้ใดทำการส่งจ่ายเช็คแล้วต่อมาถูกธนาคารปฏิเสธการจ่ายเงินโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรเป็นจำนวนครั้งเกินกว่าที่กำหนดไว้ ธนาคารจะถือเป็นเหตุให้ปิดบัญชีของลูกค้ารายนั้นได้ทันที และไม่สามารถใช้เช็คของธนาคารนั้นได้อีกต่อไป

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติอาจปฏิเสธไม่ได้ว่าการดำเนินธุรกิจของธนาคารพาณิชย์มีการแข่งขันกันค่อนข้างสูง หากธนาคารใดจะกำหนดมาตรการดังกล่าวก็ต้องคำนึงถึงปัจจัยด้านการแข่งขันด้วย เพราะผู้ขอเปิดบัญชีย่อมจะเลือกเปิดบัญชีกับธนาคารที่ไม่เข้มงวด ดังนั้น มาตรการนี้จะมีประสิทธิภาพก็ต่อเมื่อธนาคารพาณิชย์ต่าง ๆ ร่วมมือกันกำหนดมาตรการบังคับนี้ให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน เพื่อมิให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบกันในทางธุรกิจ

๓) **มาตรการภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจข้อมูลเครดิต พ.ศ. ๒๕๔๕** โดยนำมาใช้เพื่อพิจารณาอนุมัติการใช้เช็คของลูกค้าของธนาคาร ซึ่งต้องประกาศให้การใช้เช็คเป็น “สินเชื่อ” ตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจข้อมูลเครดิตฯ หรือแก้ไขบทนิยามคำว่า “ข้อมูลเครดิต” ให้หมายความรวมถึง “ข้อมูลประวัติการใช้เช็คหรือเช็คที่ถูกปฏิเสธอันเนื่องมาจากไม่มีเงินเพียงพอในบัญชี” เช่นเดียวกับประเทศออสเตรเลียและแคนาดา ที่กำหนดให้ข้อมูลเครดิตครอบคลุมถึงประวัติการใช้เช็คด้วย



สำหรับความผิดจากการออกเช็คโดยมีเจตนาที่จะไม่ให้มีการใช้เงินตามเช็คตามมาตรา ๔ (๑) และห้ามธนาคารมิให้ใช้เงินตามเช็คโดยเจตนาทุจริตตามมาตรา ๔ (๕) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. ๒๕๓๔ นั้น มิใช่เป็นการลงโทษจำคุกเพราะเหตุผลว่าไม่อาจปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาได้ แต่เป็นการลงโทษเนื่องจากความไม่สุจริตของผู้ออกเช็ค ซึ่งไม่ขัดต่อการลงโทษทางอาญาและกติการะหว่างประเทศดังได้กล่าวแล้วข้างต้น จึงควรคงโทษทางอาญาไว้เพื่อสร้างความน่าเชื่อถือให้กับเช็คต่อไป

นอกจากนี้ หากยกเลิกโทษทางอาญาตามมาตรา ๔ ทั้งหมด โดยใช้โทษอาญาเมื่อการออกเช็คเข้าลักษณะเป็นความผิดฐานฉ้อโกงตามมาตรา ๓๔๑ แห่งประมวลกฎหมายอาญาแล้ว อาจมีผลเป็นการลดทอนความน่าเชื่อถือของเช็คได้ เพราะการพิสูจน์ความผิดฐานฉ้อโกงทำได้ยากกว่าความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็คฯ ซึ่งมีองค์ประกอบความผิดที่แตกต่างกัน โดยเฉพาะความผิดฐานฉ้อโกงต้องพิจารณาถึงการหลอกลวงให้หลงเชื่อเพื่อได้ไปซึ่งทรัพย์สิน แต่การใช้เช็คอาจไม่เข้าข่ายลักษณะดังกล่าว

ดังนั้น ความผิดอันเกิดจากการใช้เช็คควรกำหนดโทษทางอาญาเฉพาะกรณีที่ผู้กระทำมีเจตนาทุจริตเท่านั้น ซึ่งจะสอดคล้องกับทฤษฎีการลงโทษทางอาญาที่มุ่งเอาผิดกับการกระทำที่มีลักษณะเป็นอาชญากร ส่วนกรณีที่ไม่เจตนาทุจริตอาจใช้มาตรการอื่นแทนได้ เช่น ห้ามทำธุรกรรมทางธนาคารเป็นระยะเวลาหนึ่ง ใช้มาตรการภายในของธนาคารพาณิชย์ และมาตรการภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจข้อมูลเครดิต พ.ศ. ๒๕๔๕ เป็นต้น

● **พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗<sup>๖</sup>**

การตรากฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ขึ้นใช้บังคับเพื่อคุ้มครองลิขสิทธิ์อันเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่งนั้น มีเหตุผลในประการที่สำคัญ ดังนี้

- **เหตุผลด้านความเป็นธรรมตามธรรมชาติ (Principle of Natural Justice)** เนื่องจากผู้สร้างสรรค์เป็นผู้ใช้สติปัญญา ความชำนาญ และแรงงานในการสร้างสรรค์ เจ้าของงานจึงควรมีสสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Rights) ในการกำหนดรูปแบบและสภาพ รวมทั้งเวลาของการใช้งานนั้น ตลอดจนป้องกันมิให้ผู้อื่นมาใช้ประโยชน์จากงานของตนโดยมิได้รับอนุญาต และหากงานนั้นสามารถสร้างมูลค่าเป็นทรัพย์สินขึ้นมา ผู้สร้างสรรค์ก็ควรได้รับประโยชน์จากการนั้นในรูปของค่าตอบแทนการใช้สิทธิ (Royalty)

- **เหตุผลทางด้านเศรษฐกิจ (Economic Argument)** การสร้างสรรค์งานนั้นจำเป็นต้องมีการลงทุน ไม่ว่าจะเป็นในขณะสร้างงานหรือการนำงานออกเผยแพร่ต่อสาธารณชน โดยผู้ลงทุนย่อมคาดหวังผลกำไรจากการลงทุนดังกล่าว ดังนั้น จึงจำเป็นต้องให้ความคุ้มครองแก่ผู้ลงทุน

- **เหตุผลทางด้านวัฒนธรรม (Cultural Argument)** การสร้างสรรค์จะกลายเป็นสมบัติทางวัฒนธรรมของชาติ ทั้งในแง่ของการสะท้อนหรือบ่มเพาะให้เห็นถึงวัฒนธรรมรูปแบบต่าง ๆ และการเปลี่ยนแปลงในสังคม ซึ่งเป็นประโยชน์แก่สาธารณะในการสร้างเสริมวัฒนธรรมให้เจริญก้าวหน้ายิ่งขึ้น ดังนั้น ผู้สร้างสรรค์งานจึงควรได้รับความคุ้มครอง

<sup>๖</sup>สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *อ่างไว้ เจริญรอยที่* ๓, น. ๗๐-๘๗.



- **เหตุผลทางด้านสังคม (Social Argument)** การเผยแพร่งานต่อสาธารณชนทำให้เกิดความเชื่อมโยงและหล่อหลอมความรู้ของคนในสังคมทุกเพศ ฐานะ อายุ และสีผิว การให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์จึงก่อให้เกิดความมั่นคงและเป็นปึกแผ่นของสังคม

โดย “**สภาพปัญหาเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์**” ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น เมื่อพิจารณาตามเจตนา และลักษณะของการกระทำแล้วสามารถแบ่งออกได้เป็น ๒ ลักษณะ คือ “**การละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้า**” ซึ่งเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยการทำซ้ำหรือดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์และจำหน่าย จ่าย แจกงานอันมีลิขสิทธิ์ดังกล่าวเป็นปกติธุระหรือกระทำไปโดยไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อหากำไร และ “**การละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้า**” ซึ่งเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยการทำซ้ำหรือดัดแปลงงานอันมีลิขสิทธิ์ที่กระทำเป็นปกติธุระและมีจุดประสงค์เพื่อหากำไรมิใช่เพื่อการซื้อขายรายหนึ่งรายเดียว โดยจะพิจารณาจากจำนวนของการกระทำ อาทิ การขายให้เพื่อนฝูงเพียงครั้งเดียว มิใช่การกระทำเพื่อการค้า แต่ถ้าเป็นร้านค้าซึ่งจำหน่ายสิ่งนั้นเป็นปกติและมีการจำหน่ายสิ่งนั้นหลายครั้ง เช่นนี้เป็นการกระทำเพื่อการค้า

ทั้งนี้ สภาพปัญหาเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าว และบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ ที่กำหนดฐานความผิดที่มีโทษทางอาญาอันสมควรได้รับการพิจารณาปรับปรุงแก้ไข มีสาระสำคัญ ดังนี้

### ๑) ความผิดเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้า

ความผิดเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้า ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ ได้แก่ มาตรา ๖๙ วรรคหนึ่ง<sup>๗</sup> มาตรา ๖๙/๑ ซึ่งครอบคลุมทั้งการกระทำเพื่อการค้าและไม่ใช่เพื่อการค้า<sup>๘</sup> มาตรา ๗๐ วรรคหนึ่ง<sup>๙</sup> และมาตรา ๗๐/๑ วรรคหนึ่ง<sup>๑๐</sup> เมื่อวิเคราะห์แล้วพบว่า การละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้าทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับความเสียหายน้อยมากและผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ก็ได้รับประโยชน์น้อยมากเช่นกัน หรือกล่าวอีกนัยคือ เจ้าของลิขสิทธิ์ขาดรายได้หรือค่าตอบแทนจากการอนุญาตให้ใช้งานอันมีลิขสิทธิ์นั้นเพียงไม่กี่ชิ้น เพราะบุคคลอื่นอีกจำนวนมากยังคงซื้อผลงานอันถูกลิขสิทธิ์จากเจ้าของลิขสิทธิ์อยู่ในขณะที่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์อาจได้รายได้เพียงเล็กน้อยจากการจำหน่ายงานอันละเมิดลิขสิทธิ์เพียงไม่กี่ชิ้นดังกล่าว ซึ่งแสดงให้เห็นว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ในลักษณะนี้ไม่ได้กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมโดยรวม ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์มีระดับความชั่วร้าย

<sup>๗</sup>มาตรา ๖๙ ผู้ใดกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงตามมาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ มาตรา ๒๙ มาตรา ๓๐ หรือมาตรา ๕๒ ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำเพื่อการค้า ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสี่ปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงแปดแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

<sup>๘</sup>มาตรา ๖๙/๑ ผู้ใดกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา ๒๘/๑ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสี่ปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงแปดแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

<sup>๙</sup>มาตรา ๗๐ ผู้ใดกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา ๓๑ ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงหนึ่งแสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำเพื่อการค้า ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงสองปี หรือปรับตั้งแต่ห้าหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

<sup>๑๐</sup>มาตรา ๗๐/๑ ผู้ใดกระทำการละเมิดข้อมูลการบริหารสิทธิตามมาตรา ๕๓/๑ หรือมาตรา ๕๓/๒ หรือละเมิดมาตรการทางเทคโนโลยีตามมาตรา ๕๓/๔ ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงหนึ่งแสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำเพื่อการค้า ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงสองปี หรือปรับตั้งแต่ห้าหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ



หรือความเป็นอาชญากรต่ำ แต่ถ้าหากเจ้าของลิขสิทธิ์เสียหายมากขึ้นเท่าใดหรือผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ได้รับประโยชน์ซึ่งเป็นประโยชน์โดยมิชอบมากขึ้นเท่าใด ระดับผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยระดับความชั่วร้าย หรือระดับความเป็นอาชญากรก็จะมากขึ้นเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม การละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้าดังกล่าวยังมีความชั่วร้ายหรือความเป็นอาชญากรอยู่บ้าง ซึ่งแม้จะเพียงเล็กน้อยแต่ถ้ามีเป็นจำนวนมากกล่าวคือ ละเมิดกันคนละเล็กน้อยแต่ละเมิดกันหลายคนก็จะก่อความเสียหายอย่างมากต่อทั้งเจ้าของลิขสิทธิ์และผลประโยชน์ของสังคมโดยรวม อาทิ ต่างประเทศอาจไม่เชื่อมั่นว่า หากนำผลงานอันมีลิขสิทธิ์มาขายในประเทศไทยแล้วจะได้รับผลกำไรในจำนวนที่ควรจะได้รับหรือไม่ อันทำให้ประเทศไทยอาจถูกตัดโอกาสทางการค้าและการลงทุน รวมทั้งสูญเสียรายได้เป็นจำนวนมาก

## ๒) ความผิดเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้า

ความผิดเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้า ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ ได้แก่ มาตรา ๖๙ วรรคสอง มาตรา ๖๙/๑ ซึ่งครอบคลุมทั้งการกระทำเพื่อการค้าและไม่ใช่เพื่อการค้า มาตรา ๗๐ วรรคสอง และมาตรา ๗๐/๑ วรรคสอง เมื่อวิเคราะห์แล้วพบว่า การละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้าทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับความเสียหายอย่างมาก และผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ก็ได้รับประโยชน์โดยมิชอบจากการละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าวอย่างมากเช่นเดียวกัน กล่าวคือ ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์นำผลงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์ไปจำหน่ายต่อสาธารณชนเป็นจำนวนมาก โดยราคาจำหน่ายจะถูกกว่าผลงานที่ถูกลิขสิทธิ์ เพราะผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ไม่ได้ใช้ทรัพยากรในการคิดค้นหรือสร้างสรรค์งานนั้นด้วยตนเอง แต่ใช้ต้นทุนเพียงเล็กน้อยในการคัดลอกหรือทำซ้ำงานดังกล่าวโดยมิชอบ เมื่อราคาจำหน่ายถูกกว่า สาธารณชนก็จะซื้อแต่ผลงานอันละเมิดลิขสิทธิ์ ทำให้ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ได้รับรายได้อย่างมหาศาล ในขณะที่ผู้สร้างสรรค์ผลงานที่ถูกลิขสิทธิ์ซึ่งลงทุนลงแรงอย่างมากในการสร้างสรรค์งานดังกล่าวกลับขายงานอันถูกลิขสิทธิ์ของตนไม่ได้ ทำให้ต้องสูญเสียรายได้ที่ควรจะได้รับ นอกจากนี้ การละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้านี้ ยังสร้างความเสียหายต่อสังคม (social harm) อย่างมหาศาลจนอาจจะมากกว่าประโยชน์ที่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์จะได้รับ (gain) อีกด้วย ยกตัวอย่างเช่น ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์อาจได้รับเงินเป็นจำนวนสิบล้านบาท แต่การถูกตัดโอกาสทางการค้าจากประเทศผู้ถูกละเมิดลิขสิทธิ์อาจทำให้ประเทศผู้ละเมิดต้องสูญเสียโอกาสที่จะได้รับเงินหลายหมื่นล้านบาท จะเห็นได้ว่า การละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้า นอกจากผู้กระทำจะมีความชั่วร้าย มีความเป็นอาชญากรโดยจากการมุ่งแสวงหาประโยชน์แก่ตนโดยมิชอบแล้ว ยังสร้างผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและผลประโยชน์ของสังคมโดยรวมอย่างมหาศาลจากการที่ประเทศต้องถูกตัดโอกาสทางการค้าการลงทุนอีกด้วย

## ๓) ความผิดเกี่ยวกับการไม่มาให้ถ้อยคำหรือไม่ส่งเอกสารตามมาตรา ๗๑

มาตรา ๗๑ แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ เป็นบทบัญญัติที่กำหนดความผิดให้กับผู้ที่ไม่มาให้ถ้อยคำหรือไม่ส่งเอกสารหรือวัตถุใด ๆ ตามที่ “คณะกรรมการลิขสิทธิ์” หรือ “คณะอนุกรรมการ” สั่งตามมาตรา ๖๐ วรรคสาม ก็คือ การออกคำสั่งเป็นหนังสือเรียกบุคคลใดมาให้ถ้อยคำหรือให้ส่งเอกสารหรือวัตถุใด ๆ มาเพื่อประกอบการพิจารณาได้ตามความจำเป็น ซึ่งคณะกรรมการหรือคณะอนุกรรมการดังกล่าว แม้กฎหมายจะมีได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นเจ้าพนักงาน แต่เมื่อพิจารณาอำนาจหน้าที่





ของคณะกรรมการรวมถึงคณะอนุกรรมการตามมาตรา ๖๐ แล้ว ถือเป็นคณะบุคคลซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย จึงเป็น “เจ้าหน้าที่” ตามมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ และยังเป็น ผู้ซึ่งได้รับแต่งตั้งตามกฎหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ราชการ จึงเป็น “เจ้าพนักงาน” ตามมาตรา ๑ (๑๖) แห่งประมวลกฎหมายอาญา และประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติความผิดฐานฝ่าฝืนคำสั่งของ เจ้าพนักงานไว้แล้วในมาตรา ๓๖๘ ซึ่งเป็นความผิดลหุโทษ

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการแล้วเห็นว่า มีเพียงมาตรา ๖๐ (๒) เท่านั้นที่สมควรมีสภาพบังคับของการฝ่าฝืนที่มีความรุนแรงในระดับหนึ่ง เพราะเป็นการเรียกมา ให้ถ้อยคำเพื่อประกอบการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งมีผลทางกฎหมายต่อเอกชนที่เกี่ยวข้องโดยตรง กล่าวคือ กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของเอกชนที่เกี่ยวข้อง จึงควรมีสภาพบังคับให้ผู้ที่เกี่ยวข้องมาให้ถ้อยคำ โดยเร็ว เช่นเดียวกับความผิดฐานต่าง ๆ ในกรณีที่เจ้าพนักงานในการยุติธรรมเรียกให้มาให้ถ้อยคำ แล้วผู้นั้นไม่มาหรือมาแต่ไม่ยอมให้ถ้อยคำตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๖๘ ถึงมาตรา ๑๗๑ ส่วนกรณีการไม่มาให้ถ้อยคำเพื่อประกอบการดำเนินงานของคณะกรรมการตามมาตรา ๖๐ (๑) (๓) และ (๔) นั้น โดยปกติแล้วไม่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของเอกชนที่เกี่ยวข้องโดยตรง เพราะเป็นเพียง งานการให้คำปรึกษาแนะนำ หรือสนับสนุนส่งเสริม ซึ่งงานเหล่านี้ไม่มีความจำเป็นเร่งด่วนถึงขนาด ต้องบังคับให้มา แต่ควรเป็นการเชิญให้มาด้วยความสมัครใจ และถึงแม้ว่าจะมีสถานการณ์ฉุกเฉินที่จำเป็น เร่งด่วนต้องขอคำปรึกษาแนะนำหรือสนับสนุนส่งเสริมโดยเร็วซึ่งต้องออกคำสั่งบังคับก็ตาม ก็ไม่ควร มีสภาพบังคับที่รุนแรง การกำหนดให้เป็นความผิดลหุโทษตามมาตรา ๓๖๘ จึงเหมาะสมเพียงพอแล้ว เพราะหากไม่มาตามคำสั่งก็สามารถเชิญผู้อื่นมาแทนได้โดยไม่ส่งผลเสียหายร้ายแรงมากนัก ต่างจากการ เรียกมาให้ถ้อยคำเพื่อออกคำสั่งทางปกครองซึ่งต้องให้ผู้อยู่เกี่ยวข้องเท่านั้นมาให้ถ้อยคำจะเชิญผู้อื่นมาไม่ได้ ดังนั้น จึงเห็นควรให้ยกเลิกความผิดของการฝ่าฝืนคำสั่งของคณะกรรมการที่เรียกให้มาให้ถ้อยคำ เพื่อประกอบการดำเนินงานตามมาตรา ๖๐ (๑) (๓) และ (๔) โดยคงไว้เฉพาะความผิดฐานฝ่าฝืน คำสั่งของคณะกรรมการที่เรียกให้มาให้ถ้อยคำเพื่อประกอบการดำเนินงานตามมาตรา ๖๐ (๒) เท่านั้น

**๔) ความผิดเกี่ยวกับการขัดขวางหรือไม่อำนวยความสะดวกแก่เจ้าพนักงานตามมาตรา ๗๒**

มาตรา ๗๒ เป็นบทบัญญัติที่กำหนดความผิดสำหรับผู้ที่ขัดขวางหรือไม่อำนวยความสะดวก แก่พนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา ๖๗ หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของพนักงาน เจ้าหน้าที่ซึ่งสั่งตามมาตรา ๖๗ เมื่อพิจารณาอำนาจหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา ๖๗ แล้ว จะเห็นว่า มีความคล้ายคลึงกับเจ้าหน้าที่ตำรวจและเป็นอำนาจหน้าที่ที่สำคัญ เพราะเป็นการแสวงหา ข้อมูลเพื่อประกอบการวินิจฉัยความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ จึงสมควรกำหนดสภาพบังคับที่มีความรุนแรง ในระดับหนึ่ง อย่างไรก็ดี ฐานความผิดตามมาตรานี้ เฉพาะส่วนที่เป็นการ “ขัดขวาง” พนักงานเจ้าหน้าที่ จะมีความซ้ำซ้อนกับความผิดฐานต่อผู้ขัดขวางเจ้าพนักงานตามมาตรา ๑๓๘ แห่งประมวล กฎหมายอาญา ซึ่งกำหนดอัตราโทษไว้สูงกว่า จึงเห็นควรให้แก้ไขมาตรา ๗๒ โดยยกเลิกความผิด ฐานขัดขวางพนักงานเจ้าหน้าที่ และคงไว้เฉพาะความผิดฐานไม่อำนวยความสะดวก ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติ ตามคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่เท่านั้น



### ๕) การเพิ่มโทษสำหรับการกระทำความผิดซ้ำตามมาตรา ๗๓

การที่บุคคลกระทำความผิดซ้ำแสดงว่าบุคคลนั้นไม่เข็ดหลาบ กฎหมายจึงต้องเพิ่มโทษให้สูงขึ้น โดยมาตรา ๗๓ เป็นบทบัญญัติที่กำหนดเพิ่มโทษสำหรับการกระทำความผิดซ้ำ ซึ่งได้มีบัญญัติไว้แล้วในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๒ ถึงมาตรา ๗๔ ทั้งนี้ การจะเพิ่มโทษตามประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าวได้ ครั้งแรกผู้นั้นต้องมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุก และครั้งหลังศาลจะพิพากษาลงโทษถึงจำคุกด้วย แต่สำหรับ “คดีลิขสิทธิ์” ที่ขึ้นสู่ศาลจะมีแต่การละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้าและในทางปฏิบัติศาลจะพิพากษาลงโทษปรับแต่เพียงอย่างเดียว มีเพียงส่วนน้อยเท่านั้นที่พิพากษาลงโทษจำคุกด้วย และถ้าพิพากษาลงโทษจำคุกด้วยแล้วก็จะ “รอกการลงโทษ” ไว้ทุกคดี ดังนั้น หากจะกำหนดให้คดีลิขสิทธิ์ไปใช้บทบัญญัติว่าด้วยการเพิ่มโทษเพราะกระทำความผิดซ้ำตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๒ ถึงมาตรา ๗๔ แล้ว อาจจะไม่จำเป็นในคดีลิขสิทธิ์คนใดที่ได้รับการเพิ่มโทษ การบัญญัติเรื่องการเพิ่มโทษเมื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ซ้ำไว้เป็นการเฉพาะในมาตรา ๗๓ โดยใช้คำว่า “ผู้ใดกระทำความผิดต้องระวางโทษตามพระราชบัญญัตินี้...” แทนที่จะใช้คำว่า “ผู้ใดต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุก...” ดังเช่นประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๒ ถึงมาตรา ๗๔ เพื่อเปิดช่องให้มีการเพิ่มโทษเมื่อกระทำความผิดซ้ำอีกได้ ไม่ว่าจะศาลจะพิพากษาครั้งแรกหรือครั้งหลัง ให้จำคุกหรือปรับหรือรอกการลงโทษ รอกการกำหนดโทษ หรือให้กักขังแทนการจำคุก ถือว่ามีความเหมาะสมแล้ว

อย่างไรก็ดี การเพิ่มโทษเพราะกระทำความผิดเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ซ้ำตามมาตรา ๗๓ นั้น มีความแตกต่างจากมาตรา ๗๒ ถึงมาตรา ๗๔ แห่งประมวลกฎหมายอาญา กล่าวคือ ตามประมวลกฎหมายอาญาใช้คำว่า “ถ้าและได้กระทำความผิดใด ๆ อีก ในระหว่างที่ยังจะต้องรับโทษอยู่ก็ดี ภายในเวลาห้าปีนับแต่วันพ้นโทษก็ดี...” ส่งผลให้ผู้กระทำความผิดอีกในระหว่างที่ยังรับโทษอยู่ในคดีก่อน เช่น กระทำความผิดซ้ำอีกในขณะที่รับโทษจำคุกจากการกระทำความผิดครั้งก่อน ต้องถูกเพิ่มโทษตามประมวลกฎหมายอาญา แต่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ มาตรา ๗๓ ใช้คำว่า “...เมื่อพ้นโทษแล้วยังไม่ครบกำหนดห้าปี กระทำความผิดต่อพระราชบัญญัตินี้...” ส่งผลให้ผู้กระทำความผิดโดยการละเมิดลิขสิทธิ์อีก ในระหว่างที่ยังรับโทษอยู่หรือยังไม่พ้นโทษ ไม่ถูกเพิ่มโทษตามมาตรา ๗๓ แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ แต่ต้องไปเพิ่มโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๒ ถึงมาตรา ๗๔ แทน ซึ่งเพิ่มโทษน้อยกว่าที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ อันไม่เป็นธรรมเท่าที่ควร จึงเห็นควรให้มีการแก้ไขมาตรา ๗๓ โดยใช้ถ้อยคำที่มีนัยเช่นเดียวกันกับในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๗๒ ถึงมาตรา ๗๔ เพื่อให้ผู้กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ซ้ำอีก ไม่ว่าจะอยู่ระหว่างรับโทษจากการละเมิดลิขสิทธิ์ครั้งก่อนหรือพ้นโทษมาแล้วไม่เกินห้าปี ต้องถูกเพิ่มโทษอย่างเสมอภาคกัน

### ๖) การเปรียบเทียบคดีตามมาตรา ๗๗

มาตรา ๗๗ กำหนดให้ความผิดตามมาตรา ๖๙ วรรคหนึ่ง มาตรา ๗๐ วรรคหนึ่ง และมาตรา ๗๐/๑ วรรคหนึ่ง ให้ “อธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญา” หรือผู้ซึ่งอธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญามอบหมายมีอำนาจเปรียบเทียบได้ ทั้งนี้ ความผิดที่เปรียบเทียบได้ดังกล่าวล้วนเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้า ซึ่งถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ร้ายแรงหรือสร้างความเสียหายไม่มาก จึงไม่ถึงขนาดต้องดำเนินการถึงชั้นศาล การกำหนดให้ความผิดเหล่านี้สามารถเปรียบเทียบได้จึงมีความ



เหมาะสมแล้ว เพราะจะทำให้กระบวนการดำเนินคดียุติลงได้ในฝ่ายบริหาร อันทำให้เกิดความสะดวกรวดเร็วแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย อย่างไรก็ตาม การให้อธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญาหรือผู้ซึ่งอธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญามอบหมายมีอำนาจเปรียบเทียบได้เท่านั้น อาจสร้างความไม่สะดวกอยู่บ้าง ดังนั้น หากแก้ไขเพิ่มเติมให้ “พนักงานสอบสวน” มีอำนาจเปรียบเทียบปรับได้จะก่อให้เกิดความสะดวกรวดเร็วยิ่งขึ้น

๗) การกำหนดให้ความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็นความผิดอันยอมความได้ตามมาตรา ๖๖ การกำหนดให้ความผิดทุกฐานความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ เป็นความผิดอันยอมความได้อาจไม่เหมาะสมเท่าที่ควร เพราะอาจก่อให้เกิดการข่มขู่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ให้นำเงินซึ่งปกติจะเป็นจำนวนมากมาจ่ายเพื่อเป็นค่ายอมความ โดยผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ส่วนใหญ่จะยินยอมจ่าย เพราะไม่ต้องการถูกดำเนินคดีอาญาซึ่งจะทำให้มีประวัติการกระทำความผิดติดตัวไปตลอด และหากกระทำความผิดซ้ำอีกก็อาจถูกเพิ่มโทษหรือถูกจำคุกในที่สุด รวมทั้งการเปิดช่องให้มีการยอมความได้ยังก่อให้เกิดกระบวนการซื้อขายใบมอบอำนาจ กล่าวคือ เจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นผู้เสียหายจากการถูกละเมิดลิขสิทธิ์จะขายใบมอบอำนาจร้องทุกข์และดำเนินคดีให้แก่ผู้รับมอบอำนาจอาทิ มีการซื้อขายกัน ๒๐ ใบ ราคาใบละ ๑๐,๐๐๐ บาท ผู้รับมอบอำนาจก็จะนำไปข่มขู่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ให้จ่ายค่ายอมความ โดยอาจจะให้จ่ายรายละ ๓๐,๐๐๐ บาท ซึ่งทำให้ผู้รับมอบอำนาจได้กำไรรายละ ๒๐,๐๐๐ บาท จะเห็นได้ว่าผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายมิได้คาดหวังถึงผลที่จะป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่ต่างฝ่ายต่างมุ่งหวังถึงผลประโยชน์ในทางทรัพย์สินของตนเองเท่านั้น โดยใช้ทรัพยากรของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นตำรวจ อัยการ หรือศาล เป็นเครื่องมือ ซึ่งไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษทางอาญา และเป็นการใช้ทรัพยากรของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาซึ่งเป็นทรัพยากรของรัฐ เพื่อตอบสนองความต้องการส่วนตัวของเอกชนในทางทรัพย์สินเท่านั้น นอกจากนี้ การกำหนดให้การละเมิดลิขสิทธิ์เป็นความผิดอันยอมความได้ยังทำให้ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นตัวการใหญ่ของขบวนการละเมิดลิขสิทธิ์หลุดพ้น เพราะผู้รับจ้างขายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ต่าง ๆ ซึ่งเป็นเพียง “ปลาชิวปลาสร้อย” ได้ยอมจ่ายค่ายอมความไปก่อนแล้วนั่นเอง

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกฎหมายลิขสิทธิ์ของต่างประเทศและความตกลงระหว่างประเทศ โดยเฉพาะการกำหนดโทษทางอาญาในคดีลิขสิทธิ์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยแล้ว มีดังนี้

**ประเทศสหรัฐอเมริกา** กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา (Copyright Act of 1976) ได้กำหนดวิธีการเยียวยาความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์โดยให้เป็นเรื่องทางแพ่ง และกำหนดโทษทางอาญาสำหรับผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ ทั้งโทษจำคุก ปรับ และริบทรัพย์สิน<sup>๑๑</sup> โดยลักษณะการกำหนดโทษอาญาจะสัมพันธ์กับลักษณะของงานที่ถูกละเมิดและจำนวนครั้งของความผิดที่ได้กระทำ เช่น ถ้าได้ทำซ้ำหรือจำหน่ายสำเนาของงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์ ๗ - ๖๕ ชุด ภายในช่วงระยะเวลา ๑๘๐ วัน ต้องรับโทษปรับไม่เกิน ๒๕๐,๐๐๐ ดอลลาร์สหรัฐ หรือจำคุกไม่เกิน ๒ ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ และโทษจำคุกอาจเพิ่มเป็นไม่เกิน ๕ ปี

<sup>๑๑</sup>ผู้กระทำความผิดจะถูกลงโทษตาม U.S. Code : TITLE 18 - Crimes AND CRIMINAL PROCEDURE : PART 1 - CRIMES : CHAPTER 113 - STOLEN PROPERTY : Section 2319.



ถ้ามีการจำหน่ายสำเนาของงานที่ละเมิดลิขสิทธิ์เกิน ๖๕ ชุด ภายในช่วงระยะเวลา ๑๘๐ วัน หรือถ้าเป็นการกระทำความผิดครั้งที่ ๒ ส่วนความผิดอาญาละเมิดลิขสิทธิ์ในกรณีอื่น ๆ ได้กำหนดให้ต้องรับโทษปรับไม่เกิน ๒๕,๐๐๐ ดอลลาร์สหรัฐ หรือจำคุกไม่เกิน ๑ ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ

ส่วนการเยียวยาความเสียหายจากการละเมิดลิขสิทธิ์นั้น เจ้าของลิขสิทธิ์อาจเลือกในเวลาใดก่อนที่จะมีคำพิพากษาเด็ดขาดให้ชดใช้ค่าเสียหายตามที่กฎหมายกำหนดแทนการชดใช้ค่าเสียหายที่แท้จริงและกำไรสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ทั้งหมดที่ฟ้องร้อง เป็นจำนวนเงินไม่น้อยกว่า ๕๐๐ ดอลลาร์สหรัฐ แต่ไม่เกิน ๒๐,๐๐๐ ดอลลาร์สหรัฐ ตามที่ศาลจะเห็นสมควรเพื่อความยุติธรรม และกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์เป็นผู้มีภาระนำสืบ และศาลเห็นว่า การละเมิดลิขสิทธิ์นั้นได้ทำขึ้นโดยมีเจตนาจะให้เจ้าของลิขสิทธิ์เสียหาย ศาลอาจใช้ดุลพินิจสั่งให้เพิ่มค่าเสียหายตามที่กฎหมายกำหนดเป็นเงินไม่เกิน ๑๐,๐๐๐ ดอลลาร์สหรัฐ แต่ถ้าผู้ละเมิดไม่ทราบหรือไม่มีเหตุอันควรทราบ ศาลอาจใช้ดุลพินิจลดค่าเสียหายตามที่กฎหมายกำหนดลงมาเป็นเงินไม่เกิน ๒๐๐ ดอลลาร์สหรัฐ ทั้งนี้ กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้กำหนดให้ความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์เป็นความผิดอันยอมความได้

อนึ่ง เนื่องจากปัจจุบันมีการละเมิดลิขสิทธิ์ทางอินเทอร์เน็ตเป็นจำนวนมาก รัฐบาลกลางของสหรัฐอเมริกาจึงได้ตรา Digital Millennium Copyright Act (DMCA) ขึ้น เพื่อป้องกันการกระทำความผิดดังกล่าว เช่น การขโมยข้อมูลโปรแกรมทางอินเทอร์เน็ต กฎหมายได้กำหนดทางเลือกในการลงโทษผู้กระทำความผิดทั้งทางแพ่งและทางอาญา กล่าวคือ เจ้าของลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์มีสิทธิฟ้องได้ทั้งคดีแพ่งและคดีอาญา โดยคดีแพ่งมีโทษปรับถึง ๑๕๐,๐๐๐ ดอลลาร์สหรัฐต่องานที่ละเมิดหนึ่งชิ้น ส่วนความรับผิดทางอาญาสามารถปรับได้ถึง ๒๕๐,๐๐๐ ดอลลาร์สหรัฐ และจำคุกไม่เกิน ๕ ปี นอกจากนี้ ยังให้ความคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์แม้ว่าผู้กระทำละเมิดจะอยู่ต่างประเทศก็ตาม

**ประเทศอังกฤษ** ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษจะแยกกระบวนการทางแพ่งและกระบวนการทางอาญาในเรื่องการเยียวยาความเสียหายออกจากกัน โดยผู้เสียหายมักจะใช้กระบวนการทางแพ่งเป็นสำคัญ เนื่องจากมีการเยียวยาความเสียหายและการคุ้มครองชั่วคราวหรือถาวรโดยห้ามการกระทำละเมิดซึ่งเป็นประโยชน์ต่อนักธุรกิจมากกว่าการลงโทษทางอาญา เพราะการใช้กระบวนการทางอาญาไม่มีเรื่องการขอคุ้มครองชั่วคราวให้หยุดการกระทำในระหว่างการพิจารณา อีกทั้งการพิสูจน์ความผิดในคดีอาญาต้องพิสูจน์โดยปราศจากข้อสงสัยให้เห็นถึงเจตนาหรือความจงใจอันเป็นองค์ประกอบของความผิดด้วย เช่น ต้องพิสูจน์ให้ปราศจากข้อสงสัยว่าผู้กระทำได้รู้หรือควรรู้ว่าเป็นกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่ในทางแพ่งแค่พิสูจน์ว่าเป็นผู้กระทำการอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ก็เพียงพอที่จะพิพากษาให้ชดใช้ค่าเสียหายได้

ทั้งนี้ การดำเนินคดีอาญาในความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ตาม Copyright Designs and Patents Act 1988 หากเป็นกรณีเล็กน้อยจะพิจารณาแบบรวบรัดใน Magistrates' Court ซึ่งเป็นศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีความผิดเล็กน้อย (summary offence) โดยศาลจะลงโทษจำคุกได้ไม่เกิน ๖ เดือน หรือปรับไม่เกินกว่ามูลค่าความเสียหายที่แท้จริงสูงสุด (a fine not exceeding the statutory) หรือทั้งจำทั้งปรับ แต่หากเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ก่อให้เกิดความเสียหายมาก (พิจารณาจากคำฟ้องเป็นเกณฑ์) จะต้องพิจารณาคดีใน Crown Court ซึ่งศาลมีอำนาจลงโทษจำคุกไม่เกิน ๒ ปี หรือปรับไม่จำกัดจำนวน หรือทั้งจำทั้งปรับ





**ประเทศญี่ปุ่น** กฎหมายของประเทศญี่ปุ่นได้ให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ ในทางแพ่ง และมีบทลงโทษทางอาญาแก่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ โดยกำหนดโทษอาญาไว้ในลักษณะที่ ๘ ว่าด้วยบทกำหนดโทษ (Chapter VIII Penal Provision) ในมาตรา ๑๑๙ มาตรา ๑๒๑ และมาตรา ๑๒๑ ทวิ<sup>๑๖</sup> โดยมาตรา ๑๑๙ (๑) ถือเป็นหลักการของความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์และมีโทษหนักที่สุด คือ จำคุกไม่เกิน ๓ ปี หรือปรับไม่เกิน ๑,๐๐๐,๐๐๐ เยน ส่วนมาตรา ๑๑๙ (๒) เป็นการให้ผู้อื่นกระทำความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ในทางการค้าซึ่งมีอัตราโทษเท่ากัน มีหลักการเดียวกันกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๘๔ เรื่องผู้ใช้ สำหรับความผิดฐานระบุชื่อผู้สร้างสรรค์ปลอมตามมาตรา ๑๒๑ และความผิดตามมาตรา ๑๒๑ ทวิ ซึ่งบัญญัติขึ้นเพื่อปราบปรามสิ่งบันเทิงที่เสี่ยงอันละเมิดลิขสิทธิ์ที่ผลิตจากต่างประเทศนั้น มีโทษจำคุกไม่เกิน ๑ ปี หรือปรับไม่เกิน ๓๐๐,๐๐๐ เยน การจะฟ้องร้องให้ลงโทษในความผิดดังกล่าวได้ ต้องมีการยื่นคำร้องทุกข์ตามมาตรา ๑๒๓ แล้ว

**ประเทศแคนาดา** คดีลิขสิทธิ์ของประเทศแคนาดามีทั้งโทษจำคุกและโทษปรับ โดยโทษปรับตามกฎหมายลิขสิทธิ์ก่อนปี ค.ศ. ๑๙๘๘ ไม่รุนแรงเท่าที่ควร จึงไม่ค่อยมีผลในการยับยั้งข่มขู่ผู้กระทำความผิด กล่าวคือ ปรับเพียง ๑๐ ดอลลาร์ ซึ่งเท่ากับความผิดเล็กน้อย แต่ปัจจุบันกฎหมายได้มีการเพิ่มโทษปรับให้สูงขึ้นมากถึง ๑,๐๐๐,๐๐๐ ดอลลาร์ และจำคุกไม่เกิน ๕ ปี ทำให้การบังคับใช้กฎหมายในเรื่องนี้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ โดยกฎหมายที่นำมาใช้ คือ ประมวลกฎหมายอาญาในความผิดลักทรัพย์หรือฉ้อโกง เพราะถือว่าการละเมิดลิขสิทธิ์เสมือนเป็นบทลงโทษที่มีข้อห้ามเช่นเดียวกันกับการลักทรัพย์หรือฉ้อโกง นอกจากนี้ ยังได้บัญญัติถึงสิทธิทางแพ่งในส่วนของการเยียวยาความเสียหายไว้ ในหมวดที่ ๑๕ ว่าด้วยบุคคลและทรัพย์สินทางปัญญาและประกันภัย (CHAPTER 15 PERSONAL AND INTELLECTUAL PROPERTY AND INSURANCE) โดยกำหนดให้ค่าเสียหายในคดีละเมิดลิขสิทธิ์เป็นความพยายามที่จะชดเชยให้ผู้ถูกละเมิดลิขสิทธิ์ได้รับกำไรอันสมควรที่ขาดหายไปจากการละเมิดลิขสิทธิ์ และผู้เสียหายอาจเรียกให้จำเลยชดใช้กำไรจากการขายงานอันละเมิดลิขสิทธิ์ให้ได้ หากยังไม่เพียงพอกับความเสียหายที่แท้จริง ศาลอาจพิพากษาให้จำเลยจ่ายค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (punitive damages) เพื่อเป็นการลงโทษและชดเชยความเสียหายให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์อีกด้วย

<sup>๑๖</sup> การละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา ๑๑๙

(๑) ละเมิดกรรมสิทธิ์ ลิขสิทธิ์ สิทธิในการพิมพ์ หรือสิทธิข้างเคียง (นอกจากเป็นการทำซ้ำด้วยตนเองเพื่อประโยชน์ของตนและครอบครัว หรือกรณีอื่นในทำนองเดียวกัน)

(๒) เพื่อวัตถุประสงค์ในการหากำไร ก่อให้ผู้อื่นใช้เครื่องจักรที่ใช้ในการทำซ้ำอัตโนมัติ เพื่อการทำซ้ำซึ่งงานต่าง ๆ อันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ สิทธิในการพิมพ์ หรือสิทธิข้างเคียง

ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งล้านเยน

การแจ้งเท็จเกี่ยวกับชื่อของผู้สร้างสรรค์ผลงานตามมาตรา ๑๒๑

ผู้ใดเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งสำเนาของงานที่มีชื่อของผู้อื่นที่ไม่ใช่ผู้สร้างสรรค์แต่แสดงว่าเป็นชื่อของผู้สร้างสรรค์ (รวมถึงงานที่เป็นผลสืบเนื่องและงานดัดแปลงด้วย) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสามแสนเยน

การลอกเลียนสิ่งบันเทิงเสี่ยงตามมาตรา ๑๒๑ ทวิ

ผู้ใดเผยแพร่ต่อสาธารณชนหรือครอบครองเพื่อเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งสำเนาของสิ่งบันเทิงเสี่ยงในทางการค้าตามที่กำหนด (รวมถึงสำเนาของสิ่งบันเทิงเสี่ยงดังกล่าวด้วย) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสามแสนเยน ถ้าการทำเผยแพร่ต่อสาธารณชนหรือครอบครองสำเนาดังกล่าวได้กระทำขึ้นภายในช่วงระยะเวลาห้าปีนับจากปีที่ผลิตจากปีที่มีการบันทึกเสียงลงในสิ่งบันเทิงเสี่ยงนั้นเป็นครั้งแรก.



ความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า ในความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights - TRIPS) ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคี ได้กำหนดหลักเกณฑ์ขั้นต่ำว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้า ให้มีโทษทางอาญาโดยเป็นโทษปรับ และหรือจำคุกที่รุนแรงมากเพียงพอที่จะหยุดยั้งการกระทำดังกล่าว ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับระดับการลงโทษกับอาชญากรรมที่มีความรุนแรงเท่ากัน

นอกเหนือจากบทบัญญัติของกฎหมายลิขสิทธิ์ในต่างประเทศที่ควรนำมาพิจารณาประกอบการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับคดีลิขสิทธิ์ของไทยดังกล่าวแล้ว ยังมี “มาตรการทางเลือก” อื่น ๆ ที่อาจนำมาปรับใช้ได้ ดังนี้

### ๑) การปรับตามรายได้ (day fines)

กฎหมายของไทยเกือบทุกฉบับได้มีการกำหนดโทษทางอาญาไว้ โดยโทษที่ใช้ส่วนใหญ่เป็นโทษจำคุกและโทษปรับแบบตายตัว สำหรับโทษปรับนั้น รายงานการวิจัยของ ดร.สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์ และคณะ ได้เสนอให้นำโทษปรับตามรายได้ (day fines) มาใช้แทนโทษปรับแบบตายตัว (fixed sum fines) ที่ใช้ในปัจจุบัน เนื่องจากโทษปรับตามรายได้สามารถแก้ไขปัญหาความเหลื่อมล้ำทางรายได้ของกลุ่มต่าง ๆ ได้ และยังสามารถเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพเศรษฐกิจซึ่งทำให้โทษปรับที่แท้จริงไม่ลดลงเมื่อเปรียบเทียบกับเงินเพื่อ ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดไม่สามารถชำระค่าปรับได้ก็ให้ใช้ “โทษบริการสังคม” แทน ส่วน “โทษจำคุก” ให้ใช้เฉพาะกรณีที่เป็นการกระทำความผิดร้ายแรงหรือไม่สามารถให้การลงโทษอื่นได้เท่านั้น

“โทษปรับแบบตายตัว” ที่ใช้ในปัจจุบัน เป็นการปรับจำนวนเท่ากันโดยไม่คำนึงถึงรายได้ของผู้กระทำความผิด จึงมักมีข้อโต้แย้งว่าโทษปรับแบบตายตัวนั้นมีผลกระทบต่อผู้มีรายได้น้อยมากกว่าผู้มีรายได้น้อย ดังนั้น จึงมีแนวคิดการใช้ “โทษปรับตามรายได้” เพื่อรักษาดุลยภาพระหว่างประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจและความเป็นธรรม เพราะค่าปรับสามารถกำหนดให้สอดคล้องกับความหนักเบาของความผิดและรายได้ของผู้กระทำความผิด โดยค่าปรับที่ผู้กระทำความผิดแต่ละคนจะต้องเสียนั้นสามารถคำนวณได้ตามสูตรดังต่อไปนี้

$$\text{ค่าปรับตามรายได้} = \text{จำนวนหน่วยวันปรับ} \times \text{รายได้สุทธิต่อวัน}$$

ทั้งนี้ การใช้โทษปรับตามรายได้นี้ต้องมียอดประกอบ ๔ ส่วน ดังนี้

๑.๑) การคำนวณค่าปรับตามรายได้ ต้องมีการกำหนด “หน่วยวันปรับ” (day-fine unit) ตามความร้ายแรงของการกระทำความผิด โดยอาจทำเป็นตารางสำเร็จรูปเพื่อความสะดวกในการใช้ และ “การคำนวณรายได้สุทธิต่อวัน” เพื่อคำนวณหาค่าปรับทั้งหมด

๑.๒) การประเมินรายได้สุทธิต่อวันของผู้กระทำความผิด มีสูตรในการคำนวณ ๒ สูตรหลัก ๆ ได้แก่ “การประเมินรายได้แบบเข้มงวด” (strict economy) ซึ่งผู้กระทำความผิดจะถูกยึดรายได้หลังหักค่าใช้จ่ายที่จำเป็นในการดำรงชีวิตไปทั้งหมด และ “การประเมินรายได้แบบผ่อนปรน” (net income)



ซึ่งผู้กระทำความผิดจะถูกรายได้ทั้งหมดหลังหักค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่อนุญาตให้หักได้ในการคิดภาษีเงินได้ และหลังหักภาษีเงินได้แล้ว

อนึ่ง ไม่ว่าจะใช้สูตรใดในการคำนวณเงินได้สุทธิก็ตาม ขั้นตอนต่อไป คือ การประมาณการรายได้ทั้งหมดของผู้กระทำความผิด ซึ่งศาลจำเป็นต้องมีอำนาจเข้าถึงข้อมูลทางการเงินของผู้กระทำความผิด เช่น ข้อมูลการเสียภาษี หรือมิฉะนั้นก็ต้องใช้ข้อมูลจากการสอบสวนของตำรวจ หรือการไต่สวนของศาล เพื่อให้ทราบว่าผู้กระทำความผิดมีอาชีพอะไร และมีรายได้เท่าใด สำหรับในกรณีของประเทศไทยนั้น ประชาชนจำนวนมากมีรายได้จากภาคเศรษฐกิจนอกระบบและไม่ต้องยื่นเสียภาษีเงินได้ประจำปี อีกทั้งผู้กระทำความผิดจำนวนหนึ่งมีรายได้จากกิจกรรมที่ผิดกฎหมาย การประเมินรายได้สุทธิต่อวันจึงอาจจะยุ่งยากกว่ากรณีของประเทศอุตสาหกรรม

๑.๓) **การจัดเก็บค่าปรับ** การใช้โทษปรับตามรายได้จำเป็นต้องมีการกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสมในการจ่ายค่าปรับ มีการจัดตั้งหน่วยงานและบุคลากร รวมทั้งมีระบบข้อมูลเกี่ยวกับภูมิลำเนา หรือที่พักอาศัยของผู้ถูกลงโทษที่ถูกต้อง เพื่อประสิทธิภาพในการจัดเก็บค่าปรับ

๑.๔) **การลงโทษเสริม** สำหรับผู้กระทำความผิดที่มีฐานะยากจนและต้องเสียค่าปรับจำนวนมาก ศาลอาจเปลี่ยนไปใช้การลงโทษเสริมอื่น ๆ เช่น การทำงานบริการชุมชนตามเวลาที่กำหนด แทนการลงโทษปรับก็ได้

๒) **การให้ความผิดเกี่ยวกับลิขสิทธิ์เป็นความผิดมูลฐานตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน**

มาตรการหนึ่งที่สามารถช่วยลดปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ รวมถึงการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น ๆ คือ การเพิ่มความในบทนิยามคำว่า “ความผิดมูลฐาน” ในมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. ๒๕๔๒ ให้รวมถึง “ความผิดเกี่ยวกับการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาตามกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ กฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้า และกฎหมายว่าด้วยสิทธิบัตร ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง” เพื่อช่วยลดปัญหาการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา ลดความเสียหายที่มีต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ทั้งในประเทศไทยและประเทศคู่ค้า รวมทั้งจะมีผลทำให้มีการประดิษฐ์คิดค้นผลงานใหม่ ๆ นักลงทุนมั่นใจที่จะลงทุน ลดปัญหาต่างประเทศกีดกันทางการค้า การถูกตัดสิทธิพิเศษทางศุลกากร และทำให้ผู้กระทำความผิดไม่สามารถนำเงินไปใช้ทำสิ่งผิดกฎหมายประเภทอื่น ตลอดจนสามารถตัดวงจรในการกระทำความผิดแม้จะมีการกระทำผิดในรูปแบบองค์กรอาชญากรรม อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี ความผิดเกี่ยวกับการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา ควรหมายรวมถึงความผิดที่กระทำโดยผู้ผลิตซึ่งเป็นกรณีที่ร้ายแรงเท่านั้น โดยไม่ควรรวมถึงความผิดที่กระทำโดยผู้ค้าส่ง ผู้ค้าปลีก หรือผู้กระทำความผิดรายย่อย เพื่อสนับสนุนให้การปราบปรามการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญามีประสิทธิภาพมากขึ้น



สำหรับบทวิเคราะห์ความเหมาะสมของการกำหนดโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ เมื่อพิจารณาตามสภาพปัญหาแต่ละประการที่เกิดขึ้นดังกล่าวข้างต้น เห็นสมควรให้พิจารณาปรับปรุงหรือยกเลิกโทษทางอาญา รวมทั้งใช้มาตรการอื่นแทน ดังนี้

๑) การละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้า ความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้า ซึ่งได้แก่ มาตรา ๖๙ วรรคหนึ่ง มาตรา ๖๙/๑ (ซึ่งครอบคลุมทั้งการกระทำเพื่อการค้าและไม่ใช่เพื่อการค้า) มาตรา ๗๐ วรรคหนึ่ง และมาตรา ๗๐/๑ วรรคหนึ่ง เห็นว่ายังคงต้องกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาต่อไป แต่ไม่ควรกำหนดโทษไว้ถึงขั้นจำคุก ควรกำหนดไว้ให้มีแต่โทษปรับเพียงอย่างเดียว โดยโทษปรับดังกล่าวให้ใช้ระบบโทษปรับตามรายได้ (day fines)

### ๒) การละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้า

ความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้า ซึ่งได้แก่กรณีตามมาตรา ๖๙ วรรคสอง มาตรา ๖๙/๑ (ซึ่งครอบคลุมทั้งการกระทำเพื่อการค้าและไม่ใช่เพื่อการค้า) มาตรา ๗๐ วรรคสอง และมาตรา ๗๐/๑ วรรคสอง เห็นว่าสมควรกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา โดยกำหนดให้มีโทษจำคุกปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ โดยโทษปรับนั้นให้ใช้ระบบโทษปรับตามรายได้ (day fines) ส่วนโทษจำคุกสมควรกำหนดระยะเวลาให้เหมาะสม โดยอาจเทียบเคียงกับกฎหมายฉบับอื่น ๆ ที่มีลักษณะของการกระทำหรือความร้ายแรงที่ใกล้เคียงกัน เช่น อาจเทียบเคียงกับความผิดฐานลักทรัพย์ ทำให้เสียหายหรือฉ้อโกงตามประมวลกฎหมายอาญา การละเมิดสิทธิบัตรตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ และการละเมิดเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔ เป็นต้น

### ๓) ข้อเสนอแนะเพิ่มเติมสำหรับมาตรา ๖๙/๑

เนื่องจากมาตรา ๖๙/๑ ในปัจจุบันได้กำหนดโทษสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ (บันทึกภาพและหรือเสียงของภาพยนตร์ตามมาตรา ๒๘/๑) ให้มีโทษจำคุก ปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ สำหรับทั้งการกระทำเพื่อการค้าและที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้า ซึ่งแตกต่างจากมาตรา ๖๙ มาตรา ๗๐ และมาตรา ๗๐/๑ ที่แยกออกเป็นสองวรรค โดยวรรคหนึ่งกำหนดโทษสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้า ซึ่งมีเพียงโทษปรับ ส่วนวรรคสองกำหนดโทษสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้า ซึ่งมีโทษทั้งจำคุก ปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ ดังนั้น หากจะกำหนดให้การละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา ๖๙/๑ เฉพาะที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้าให้มีเพียงโทษปรับเท่านั้น ส่วนที่เป็นการกระทำเพื่อการค้านั้นให้มีโทษจำคุก ปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ ต้องยกเลิกมาตรา ๖๙/๑ โดยแก้ไขให้เป็นสองวรรคตามความต่อไปนี้

“ผู้ใดกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา ๒๘/๑ ต้องระวางโทษปรับ...

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำเพื่อการค้า ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุก... หรือปรับ... หรือทั้งจำทั้งปรับ”





#### ๔) ความผิดเกี่ยวกับการไม่มาให้ถ้อยคำหรือไม่ส่งเอกสารตามมาตรา ๗๑

จากที่ได้วิเคราะห์แล้วว่า ในบรรดาอำนาจหน้าที่ต่าง ๆ ของคณะกรรมการตามมาตรา ๖๐ นั้น จะมีเฉพาะแต่ในมาตรา ๖๐ (๒) เท่านั้นที่มีความสำคัญ เพราะเป็นการเรียกมาให้ถ้อยคำเพื่อประกอบการออกคำสั่งทางปกครอง ส่วนในมาตรา ๖๐ (๑) (๓) และ (๔) นั้น มีความสำคัญน้อยกว่า เพราะเป็นเพียงงานการให้คำปรึกษาแนะนำ งานสนับสนุน และส่งเสริม ซึ่งไม่ได้เป็นเรื่องจำเป็นเร่งด่วนมากนัก ดังนั้น จึงเห็นควรให้ยกเลิกความผิดของการฝ่าฝืนคำสั่งของคณะกรรมการที่เรียกให้มาให้ถ้อยคำเพื่อประกอบการดำเนินงานตามมาตรา ๖๐ (๑) (๓) และ (๔) และสมควรคงไว้แต่เฉพาะความผิดฐานฝ่าฝืนคำสั่งของคณะกรรมการที่เรียกให้มาให้ถ้อยคำเพื่อประกอบการดำเนินงานตามมาตรา ๖๐ (๒) โดยให้ยกเลิกโทษจำคุก และใช้โทษปรับตามรายได้ (day fines) เพียงอย่างเดียว

ทั้งนี้ เหตุผลที่ควรยกเลิกโทษจำคุกในมาตรา ๗๑ ดังกล่าว เพราะเมื่อเทียบกับอัตราโทษของความผิดฐานไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน ซึ่งเป็นความผิดหลัโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๖๘ แล้ว จะเห็นว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๖๘ กำหนดระวางโทษจำคุกไว้เพียงไม่เกิน ๑๐ วัน ดังนั้น ถ้าจะกำหนดโทษจำคุกของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ มาตรา ๗๑ ไว้ให้เท่ากับหรือสูงกว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๖๘ ไปไม่มากแล้ว โทษจำคุกนั้นก็จะเป็นโทษจำคุกกระยะสั้น ซึ่งสมควรหลีกเลี่ยง เพราะสิ้นเปลืองทรัพยากรของรัฐ อีกทั้งระยะเวลายังไม่ยาวนานพอที่จะตัดสินผู้กระทำความผิด ดังนั้น จึงสมควรยกเลิกโทษจำคุกในมาตรา ๗๑ โดยให้มีเพียงโทษปรับตามรายได้ (day fines) เท่านั้น

#### ๕) ความผิดเกี่ยวกับการขัดขวางหรือไม่อำนวยความสะดวกแก่เจ้าพนักงานตามมาตรา ๗๒

การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา ๖๗ ถือว่าสำคัญมาก เพราะเป็นการแสวงหาข้อมูลเพื่อประกอบการวินิจฉัยความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ อย่างไรก็ตาม ในส่วนของ “การขัดขวาง” พนักงานเจ้าหน้าที่นั้นมีความซ้ำซ้อนกับความผิดฐานต่อสู้ขัดขวางเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๓๘ ดังนั้น จึงเห็นควรแก้ไขมาตรา ๗๒ โดยตัดความผิดฐานขัดขวางพนักงานเจ้าหน้าที่ออกไป ให้คงไว้แต่ความผิดฐานไม่อำนวยความสะดวก ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่เท่านั้น โดยให้ยกเลิกโทษจำคุก และใช้โทษปรับตามรายได้ (day fines) เพียงอย่างเดียว

ทั้งนี้ สำหรับเหตุผลที่ควรยกเลิกโทษจำคุกในมาตรา ๗๒ ดังกล่าวก็เช่นเดียวกับกรณีมาตรา ๗๑ คือ เมื่อเทียบกับอัตราโทษของความผิดฐานไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน ซึ่งเป็นความผิดหลัโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๖๘ แล้ว จะเห็นได้ว่ากำหนดระวางโทษจำคุกไว้เพียงไม่เกิน ๑๐ วัน ดังนั้น ถ้าจะกำหนดโทษจำคุกของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ มาตรา ๗๒ ไว้ให้เท่ากับหรือสูงกว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๓๖๘ ไปไม่มากแล้ว โทษจำคุกนั้นก็จะเป็นโทษจำคุกกระยะสั้น ซึ่งสมควรหลีกเลี่ยงเพราะสิ้นเปลืองทรัพยากรของรัฐ อีกทั้งระยะเวลายังไม่ยาวนานพอที่จะตัดสินผู้กระทำความผิดได้ ดังนั้น จึงสมควรยกเลิกโทษจำคุกในมาตรา ๗๒ นี้ให้มีเพียงโทษปรับตามรายได้ (day fines) เท่านั้น



## ๖) การเพิ่มโทษสำหรับการกระทำความผิดซ้ำตามมาตรา ๗๓

ดังได้วิเคราะห์แล้วว่า คดีเกี่ยวกับลิขสิทธิ์นั้นในทางปฏิบัติศาลมักจะพิพากษาลงโทษปรับ แต่เพียงอย่างเดียว มีเพียงส่วนน้อยที่จะพิพากษาลงโทษจำคุกด้วย และถ้าจะพิพากษาลงโทษจำคุกด้วย ก็มักจะรอการลงโทษไว้เสียทุกกรณี และบทเพิ่มโทษตามมาตรา ๗๓ นี้ยังมีช่องว่าง คือ หากผู้นั้น กระทำละเมิดลิขสิทธิ์อีกในระหว่างที่ยังรับโทษหรือยังไม่พ้นโทษ ผู้นั้นจะไม่ถูกเพิ่มโทษตามมาตรา ๗๓ แต่จะต้องไปใช้บทเพิ่มโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๙๒ ถึงมาตรา ๙๔ แทน ดังนั้น จึงเห็นว่าการที่มาตรา ๗๓ ใช้คำว่า “ผู้ใดกระทำความผิดต้องระวางโทษตามพระราชบัญญัตินี้...” แทนที่จะใช้คำว่า “ผู้ใดต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุก...” ดังเช่นในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๙๒ ถึงมาตรา ๙๔ เพื่อเปิดช่องให้มีการเพิ่มโทษเมื่อกระทำความผิดซ้ำอีกหรือให้กักขังแทนการจำคุก ฯลฯ มีความเหมาะสมแล้ว แต่อย่างไรก็ตาม ควรแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๗๓ ให้มีถ้อยคำที่มีนัยเดียวกันกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๙๒ ถึงมาตรา ๙๔ คือ ยกเลิกความเดิมที่ว่า “...เมื่อพ้นโทษแล้วยังไม่ครบกำหนดห้าปี กระทำความผิดต่อพระราชบัญญัตินี้อีก...” เป็น “...เมื่อในระหว่างที่ยังจะต้องรับโทษอยู่ หรือเมื่อพ้นโทษแล้วยังไม่ครบกำหนดห้าปีกระทำความผิดต่อพระราชบัญญัตินี้...” เพื่อให้ผู้ที่กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ซ้ำอีก ไม่ว่าจะระวางรับโทษจากการละเมิดลิขสิทธิ์ครั้งก่อนอยู่หรือพ้นโทษมาแล้วไม่เกิน ๕ ปี ต้องถูกเพิ่มโทษอย่างเสมอภาคกัน

## ๗) การเปรียบเทียบคดีตามมาตรา ๗๗

ความผิดต่าง ๆ ที่มาตรา ๗๗ กำหนดให้เปรียบเทียบปรับได้นั้นล้วนเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ไม่เป็นการกระทำเพื่อการค้า ซึ่งการกระทำความผิดแต่ละครั้งเป็นการกระทำที่ไม่ร้ายแรง สร้างความเสียหายไม่มาก และอาจจะไม่ใช่เรื่องใหญ่ถึงขนาดที่จะต้องดำเนินการไปถึงชั้นศาล ซึ่งการที่ให้ความผิดเหล่านี้สามารถเปรียบเทียบปรับได้นั้นจะทำให้เกิดความสะดวกรวดเร็วขึ้นแก่ทุกฝ่าย แต่การที่ให้อธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญาหรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมายเท่านั้นที่มีอำนาจเปรียบเทียบปรับได้ อาจจะสร้างความไม่สะดวก ดังนั้น จึงเห็นควรกำหนดให้พนักงานสอบสวนหรือตำรวจมีอำนาจเปรียบเทียบปรับด้วย นอกเหนือจากอธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญา หรือผู้ซึ่งอธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญามอบหมาย

## ๘) การกำหนดให้ความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็นความผิดอันยอมความได้ตามมาตรา ๖๖

การที่การละเมิดลิขสิทธิ์เป็นความผิดอันยอมความได้นั้น อาจก่อให้เกิดการข่มขู่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ให้นำเงินมาจ่ายเพื่อเป็นค่ายอมความ หากไม่จ่ายจะถูกดำเนินคดีอาญา นอกจากนี้ ยังอาจก่อให้เกิดกระบวนการซื้อขายใบมอบอำนาจเพื่อรีดไถค่าคุ้มครองจากผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ และการใช้ทรัพยากรของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาซึ่งเป็นทรัพยากรของรัฐเพื่อตอบสนองความต้องการส่วนตัวในทางทรัพย์สิน รวมทั้งการสอบสวนของพนักงานสอบสวนก็ต้องยุติลงทำให้สาวไปไม่ถึงตัวการใหญ่ของขบวนการละเมิดลิขสิทธิ์ เพราะผู้รับจ้างขายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นเพียงปลาชิวปลาสร้อยได้ยอมจ่ายค่ายอมความไปก่อนแล้ว ดังนั้น จึงเห็นควรกำหนดให้ความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ถือว่ารัฐเป็นผู้เสียหายร่วม กล่าวคือ เมื่อมีการดำเนินคดีอาญาโดยใช้เจ้าหน้าที่ของรัฐ จะยอมความได้ก็ต่อเมื่อเจ้าพนักงานผู้ดำเนินการในชั้นนั้น ๆ ยินยอมด้วย เพราะถือว่าการร้องทุกข์กล่าวโทษเพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินคดีนั้นถือว่าประสงคืให้รัฐเป็นผู้เสียหายร่วมในการดำเนินคดี แต่หากเจ้าของลิขสิทธิ์ประสงค์จะดำเนินคดีแพ่งต่างหาก



ก็สามารถกระทำได้ รวมทั้งกำหนดเงื่อนไขในการยอมความในคดีอาญาโดยพิจารณาจากความเสียหายที่เกิดขึ้น หรือใช้ทุนทรัพย์เป็นตัวกำหนดเงื่อนไข เช่น จะยอมความได้ต่อเมื่อความเสียหายที่เกิดขึ้น คำนวณเป็นราคาเงินได้ไม่เกิน ๒,๐๐๐,๐๐๐ บาท โดยถือว่าเป็นความผิดเล็กน้อย เป็นต้น

### ๓) การให้ความผิดเกี่ยวกับลิขสิทธิ์เป็นความผิดมูลฐานตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน

ดังได้อธิบายหลักการเรื่องการให้ความผิดเกี่ยวกับลิขสิทธิ์เป็นความผิดมูลฐานตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินแล้วว่าจะช่วยตัดวงจรไม่ให้ผู้กระทำความผิดนำเงินไปใช้ก่ออาชญากรรมอื่น ๆ ซึ่งจะช่วยลดปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีลักษณะเป็นเครือข่ายขนาดใหญ่ได้นั้น จึงมีความเห็นว่าควรเพิ่มความว่า “(...) ความผิดเกี่ยวกับการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา ตามกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ กฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้า และกฎหมายว่าด้วยสิทธิบัตร ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง” ไว้เป็นอนุมาตราใหม่ของมาตรา ๓ แห่งบทนิยามคำว่า “ความผิดมูลฐาน” ในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. ๒๕๕๒ นอกจากนี้ ควรมีการออกกฎกระทรวงตามความในอนุมาตราใหม่ดังกล่าว เพื่อกำหนดครอบคลุมความหมายของความผิดเหล่านี้ให้หมายถึงเฉพาะความผิดที่กระทำโดยผู้ผลิตซึ่งเป็นกรณีที่ร้ายแรง แต่ไม่รวมถึงความผิดที่กระทำโดยผู้ค้าส่ง ผู้ค้าปลีก หรือผู้กระทำความผิดรายย่อย

**กล่าวโดยสรุป** ผู้เขียนมีความคิดเห็นว่า จากสภาพปัญหาในปัจจุบันที่มีกฎหมายเป็นจำนวนมาก กำหนดโทษทางอาญา และในมุมมองของบุคคลทั่วไปจะเห็นชอบให้นำมาตรการในทางอาญามาใช้แก้ไขปัญหา เนื่องจากเสียค่าใช้จ่ายน้อยกว่าการใช้มาตรการในทางแพ่ง และมีมาตรการบังคับหรือยับยั้งไม่ให้เกิดการฝ่าฝืนกฎหมายที่ชัดเจน แต่จากข้อมูลการศึกษาวิจัยพบว่า ค่าใช้จ่ายหรือต้นทุนที่ใช้ในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเมื่อเปรียบเทียบกับกระบวนการทางแพ่งแล้วจะสูงกว่ามาก และรัฐต้องเป็นผู้แบกรับภาระนั้นไว้ทั้งหมด ซึ่งแต่ละคดีคิดเป็นมูลค่าโดยเฉลี่ยประมาณ ๑๐๐,๐๐๐ บาท<sup>๑๑</sup> นอกจากนี้ ยังทำให้เกิดปัญหาต่าง ๆ ตามมา อาทิ ปัญหาคดีล้นศาล และนักโทษล้นเรือนจำ อันส่งผลให้การฟื้นฟูพฤติกรรมของนักโทษไม่สามารถดำเนินการได้อย่างเต็มประสิทธิภาพ และทำให้บุคคลที่ถูกลงโทษมีประวัติอาชญากรติดตัวโดยไม่จำเป็น ดังนั้น จึงเห็นด้วยเป็นอย่างยิ่งกับบทบัญญัติในมาตรา ๗๗ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ที่กำหนดให้ “การกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมายพึงกำหนดได้เฉพาะความผิดร้ายแรงเท่านั้น” และเห็นด้วยกับข้อมูลข้อเสนอแนะของ “คณะกรรมการดำเนินการศึกษาและปรับปรุงกฎหมายเพื่อป้องกันมิให้มีการใช้ประโยชน์จากโทษตามกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย” ที่ได้ดำเนินการศึกษาและปรับปรุงกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดโทษอาญาดังกล่าว รวมทั้งความคิดเห็นต่าง ๆ ที่วิทยากรผู้ทรงคุณวุฒิและผู้เข้าร่วมการสัมมนาได้แสดงความคิดเห็นไว้ อันมีสาระสำคัญ ดังนี้

<sup>๑๑</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, “สภาพปัญหาของการมีกฎหมายอาญาเพื่อและไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย,” อ้างถึงในสำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา ปฏิบัติหน้าที่สำนักงานเลขาธิการสภานิติบัญญัติแห่งชาติ, *อ่าวไว้เชิงอรุณที่ ๒*, น. ๘๕.



(๑) การกำหนดโทษอาญาให้กำหนดเฉพาะกรณีความผิดหรือกระทำต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงเท่านั้น

(๒) การกำหนดโทษอาญาต้องเป็นกรณีที่ไม่สามารถใช้มาตรการอื่นเพื่อบังคับใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะทำให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายได้

(๓) ความผิดอาญาที่มีโทษปรับสถานเดียวหรือมีโทษจำคุกและเปรียบเทียบได้เพื่อให้คดีอาญาระงับได้นั้น หากโดยสภาพแล้วไม่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง สมควรใช้โทษปรับทางปกครองแทน

(๔) สำหรับกฎหมายที่จะตราขึ้นใหม่ให้พิจารณากำหนดโทษอาญาตามหลักเกณฑ์ ๓ ประการข้างต้น สำหรับความผิดทางอาญาที่บัญญัติไว้ในกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันนั้น หากเป็นกฎหมายที่จำเป็นต้องใช้บังคับต่อไป ต้องดำเนินการปรับปรุงแก้ไขให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั้ง ๓ ประการดังกล่าว ส่วนกฎหมายที่ไม่มีการบังคับใช้จริงอาจยกเลิกความผิดอาญาในความผิดต่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจของเอกชนโดยแท้ หรือที่ไม่มีผลกระทบต่อสาธารณะหรือฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน รวมทั้งนำแนวคิดเรื่องค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (punitive damages) และโทษทางปกครอง ตลอดจนมาตรการอื่น ๆ ที่จะนำมาใช้แทนโทษทางอาญา อาทิ การใช้เทคโนโลยีหรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์สำหรับควบคุมผู้กระทำผิด (Electronic Monitoring - EM) ที่ทันสมัยมาใช้แทน. ๑