

คุณธรรมทางกฎหมาย : ศึกษารณีความผิดฐานประกอบกิจการ  
ให้เช่าแลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาต  
ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551

นราวิทย์ ศักดิ์เพ็ชร\*  
รองศาสตราจารย์ อัจฉรียา ชูตินันท์\*\*

บทคัดย่อ

ในการกำหนดความผิดอาญาทุกฐานความผิดนั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อให้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองสิ่งที่มีคุณค่าสำคัญอันเป็นประโยชน์ร่วมกันของคนในสังคม และเป็นสิ่งที่สังคมต้องการคุ้มครองโดยกฎหมาย ที่เรียกว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” ซึ่งอยู่เบื้องหลังในการกำหนดความผิดอาญาแต่ละฐาน และถือเป็นองค์ประกอบประการสำคัญของความผิดฐานนั้น ๆ กล่าวคือ การกระทำใดเป็นการกระทำความผิดต่อคุณธรรมทางกฎหมาย การกระทำนั้นย่อมเป็นความผิดต่อกฎหมาย ดังนั้น เมื่อได้ทราบถึงคุณธรรมทางกฎหมายแล้ว ย่อมจะช่วยให้การตีความกฎหมายเป็นไปอย่างถูกต้อง และส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพสมดังเจตนารมณ์ของกฎหมาย ด้วยเหตุดังกล่าว วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งทำการศึกษาถึง คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่าแลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ซึ่งประสบปัญหาในการตีความถ้อยคำว่า “ประกอบกิจการ” ว่ามีขอบเขตความหมายเพียงใด เนื่องจากมิได้มีการให้ความหมายไว้ในกฎหมายฉบับนี้ จึงก่อให้เกิดการตีความกฎหมายที่แตกต่างกัน อันมีผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายในที่สุด

จากการศึกษาพบว่า ความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่าย ภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 38 มีคุณธรรมทางกฎหมาย 2 ประการ คือ “ประสิทธิภาพในการตรวจสอบและควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์” และ “สิทธิในทางการค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์และผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้อง” โดยกำหนดให้ ความผิดฐานนี้เป็นมาตรการที่ช่วยในการป้องกันมิให้มีการเผยแพร่ภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมไปสู่สาธารณชน และเป็นมาตรการที่ช่วยในการส่งเสริมอุตสาหกรรมภาพยนตร์ โดยการปราบปรามผู้ฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ เพื่อแก้ปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ที่เกิดขึ้นอย่างแพร่หลายในสังคมไทย อันเป็นการคุ้มครองผู้ประกอบการธุรกิจเกี่ยวกับภาพยนตร์ ที่ดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมายไม่ได้รับผลกระทบทางเศรษฐกิจ และเมื่อพิจารณาจาก

\* นักศึกษาลัทธิสุตมนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

\*\* ที่ปรึกษาวិทยานิพนธ์หลัก

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้แล้วจึงสามารถตีความคำว่า “ประกอบกิจการ” ที่บัญญัติในมาตรา 38 นี้ได้ว่า หมายเฉพาะการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่าย ภาพยนตร์ ที่ดำเนินการอย่างเป็นทางการเป็นปกติธุระในลักษณะต่อเนื่อง เพื่อการค้าโดยมุ่งแสวงหากำไร กล่าวคือ อยู่ในลักษณะของการดำเนินกิจการที่สามารถกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายทั้งสอง ประการดังกล่าวได้

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงขอเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น โดยเห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 กล่าวคือ กำหนดนิยามคำว่า “ประกอบกิจการ” ให้เกิดความชัดเจนและสอดคล้องกับคุณธรรมทางกฎหมาย อีกทั้งแก้ไข ระวังโทษของความผิดฐานนี้ให้เกิดความยืดหยุ่นยิ่งขึ้น เพื่อให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการ ปรับใช้กับพฤติการณ์ในแต่ละกรณีได้อย่างเหมาะสม นอกจากนี้ควรแยกการกระทำความผิด ระหว่างการประกอบกิจการที่เป็นธุรกิจ กับการประกอบกิจการที่ทำโดยได้รับผลประโยชน์ตอบแทนออกจากกันเป็นคนละฐานความผิด และกำหนดบทลงโทษให้เหมาะสมและได้สัดส่วนกับการ กระทำความผิด อันจะส่งผลให้กระบวนการยุติธรรมสามารถอำนวยความเป็นธรรมให้เกิดมีขึ้น ในสังคมได้อย่างแท้จริง

## 1. บทนำ

สืบเนื่องจากการที่ภาพยนตร์เป็นสื่อที่สามารถเข้าใจได้ง่ายและแพร่หลายได้อย่าง รวดเร็ว ทั้งยังสามารถให้ความบันเทิงแก่ผู้บริโภคได้เป็นอย่างดี ทำให้ความนิยมของผู้บริโภคที่มี ต่อภาพยนตร์เพิ่มสูงขึ้นอย่างต่อเนื่อง และส่งผลให้ภาพยนตร์กลายเป็นสื่อที่มีอิทธิพลและมี บทบาทสำคัญยิ่งในการถ่ายทอดเรื่องราวต่าง ๆ เกี่ยวกับวิถีชีวิต ขนบธรรมเนียม ประเพณี ค่านิยม ของมนุษย์ในสังคมตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน อย่างไรก็ตามได้หมายความว่าภาพยนตร์จะไม่มีข้อเสีย แต่อย่างไรก็ตาม ทั้งนี้เนื่องจากเนื้อหาของภาพยนตร์แต่ละเรื่องที่ได้สร้างขึ้นนั้น ย่อมมีความเหมาะสม กับบุคคลในช่วงวัยที่ต่างกัน โดยเฉพาะกรณีผู้ที่ยังอยู่ในช่วงวัยเยาว์ซึ่งยังไม่มีวุฒิภาวะมากพอที่จะ ใช้เหตุผลในการคิด วิเคราะห์ แยกแยะ ระหว่างการดำเนินชีวิตจริงกับภาพยนตร์บางเรื่องที่มี ลักษณะเนื้อหาค่อนข้างรุนแรงได้ ทั้งยังมีกรณีที่ผู้ผลิตภาพยนตร์ได้จัดทำภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาขัด ต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงเกิดกรณีพฤติกรรมการลอกเลียนแบบ อย่างตามภาพยนตร์และนำไปใช้ในชีวิตจริง ซึ่งทำให้เกิดปัญหาอาชญากรรม หรือปัญหาสังคม อื่น ๆ ตามมา

“ความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์” จึงเป็นสิ่งที่สังคมให้ความสำคัญและต้องการ คัดกรอง โดยเป็นคุณธรรมที่ถูกระบุขึ้นโดยกฎหมาย เพื่อปกป้องคุ้มครองผู้บริโภคทั่วไป ในสังคมจากเนื้อหาที่ไม่เหมาะสม ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยได้มีการตราพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 ซึ่งเป็นกฎหมายฉบับแรกที่มีเจตนารมณ์ ในการตราเพื่อควบคุมเนื้อหาของภาพยนตร์โดยกำหนดให้ภาพยนตร์จะต้องผ่านการตรวจ

พิจารณาและได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องเสียก่อนจึงจะสามารถเผยแพร่ออกไปสู่สาธารณชนได้ และกำหนดให้ผู้ที่ฝ่าฝืนต้องมีความรับผิดชอบทางอาญา และต่อมาก็ได้มีการพัฒนากฎหมายที่ใช้ในการควบคุมเนื้อหาของภาพยนตร์ดังกล่าวให้เหมาะสมกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นตามยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลงไป โดยปัจจุบันกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ คือ พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551

ซึ่งเจตนารมณ์ของกฎหมายนี้ นอกเหนือไปจากเรื่องการควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์แล้ว ยังมีความมุ่งหมายที่จะส่งเสริมภาคอุตสาหกรรมด้านภาพยนตร์เพิ่มเติมขึ้นด้วย ทั้งนี้ เนื่องจากปัญหาการผลิตและจำหน่ายภาพยนตร์โดยละเมิดลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ ซึ่งเป็นปัญหาสำคัญที่กระทบต่อเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องเกิดขึ้นในสังคมเป็นจำนวนมาก โดยที่การบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ไม่สามารถปราบปรามผู้กระทำผิดได้อย่างมีประสิทธิภาพเพียงพอ ทั้งนี้เนื่องจากความผิดตามกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ถูกกำหนดให้เป็นความผิดต่อส่วนตัว ซึ่งจำเป็นต้องอาศัยการร้องทุกข์ของผู้เสียหายเป็นเงื่อนไขในการเริ่มดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด จึงเกิดแนวคิดที่จะคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ เพิ่มเติมจากพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ขึ้นในกฎหมายฉบับนี้ ดังจะเห็นได้จากการกำหนดให้ผู้ที่ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับผลประโยชน์ตอบแทน จะต้องได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนตามที่กฎหมายกำหนด และหากฝ่าฝืนจะต้องมีความรับผิดชอบทางอาญา ได้แก่ โทษปรับที่มีอัตราโทษค่อนข้างสูง และกำหนดให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน ซึ่งเจ้าพนักงานที่มีอำนาจหน้าที่สามารถเริ่มดำเนินคดีได้ด้วยตนเอง ซึ่งแตกต่างไปจากหลักการเดิมของความผิดลักษณะนี้ ตามพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 ที่ได้กำหนดบทลงโทษให้ผู้ฝ่าฝืนต้องระวางโทษจำคุกด้วย นอกเหนือไปจากระวางโทษปรับ ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงการให้ความสำคัญกับคุณธรรมทางกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงไป

ความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาต มีคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายต้องการคุ้มครอง คือ “ประสิทธิภาพในการตรวจสอบและควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์” และ “สิทธิในทางการค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์และผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้อง” โดยกฎหมายได้บัญญัติให้ความผิดฐานนี้เป็นบทบัญญัติที่ใช้ในการควบคุมและจัดระบบของผู้ประกอบธุรกิจภาพยนตร์ที่ดำเนินกิจการประเภทให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ และเพื่อส่งเสริมผู้ประกอบการเกี่ยวกับภาพยนตร์ที่ดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวมาแล้ว ดังนั้น คำว่า “ประกอบกิจการ” ที่บัญญัติไว้นั้นย่อมหมายถึง การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ ซึ่งได้ดำเนินการอย่างเป็นปกติธุระในลักษณะต่อเนื่อง เพื่อการค้าโดยมุ่งแสวงหากำไร หรือเพื่อก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม กล่าวคือ อยู่ในรูปแบบการดำเนินการที่สามารถสร้างผลกำไรให้กับ

เจ้าของกิจการ และสามารถเผยแพร่ไปสู่สาธารณชนในวงกว้าง ซึ่งจำเป็นต้องเข้าสู่ระบบของกระบวนการตรวจสอบและควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ตามกฎหมายนี้ เพื่อป้องกันมิให้ผู้ประกอบกิจการเหล่านี้อาศัยกิจการดังกล่าวเป็นแหล่งหรือช่องทางในการเผยแพร่ภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาไม่เหมาะสมได้ และหากได้ดำเนินกิจการโดยฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์แล้วสามารถมีผลกระทบในทางการค้าต่อเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่ดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมายได้นั้นเอง

จากการที่ผู้บังคับใช้กฎหมายขาดความรู้ความเข้าใจ ในเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ ประกอบกับความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติดังกล่าวที่มิได้มีการให้นิยามความหมายคำว่า “ประกอบกิจการ” เอาไว้ ส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายในความผิดฐานนี้ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย จึงก่อให้เกิดผลกระทบในด้านลบขึ้นต่อประชาชน สังคม รวมถึงความเชื่อถือศรัทธาในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาอีกด้วย ดังที่ปรากฏข้อเท็จจริงในหลายกรณีจากคำพิพากษาของศาลที่ได้ตัดสินให้ผู้ที่น่าสงสารภายในบ้านที่ตนเองเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ซึ่งรวมซีดีภาพยนตร์ที่ได้ซื้อมาโดยชอบด้วยกฎหมายมาวางจำหน่ายอีกทอดหนึ่งในรูปแบบสินค้ามือสอง ซึ่งได้กระทำไปเพื่อหารายได้มาเลี้ยงดูครอบครัว มีความผิดและต้องรับโทษปรับกว่าแสนบาทโดยศาลเห็นว่าการดำเนินการเช่นนี้ มีลักษณะเป็นการประกอบกิจการโดยได้รับประโยชน์ตอบแทนแล้ว ทั้งที่การดำเนินการดังกล่าวมิได้มีลักษณะเป็นการประกอบกิจการจำหน่ายภาพยนตร์อย่างเป็นทางการเป็นปกติธุระ โดยมีเจตนาเพื่อการค้าโดยมุ่งแสวงหากำไรและยึดถือเป็นอาชีพที่เข้ามาสู่วงจรรยาณียศอย่างแท้จริง นอกจากนี้ซีดีภาพยนตร์ที่ได้นำมาจำหน่ายก็ได้ผ่านการตรวจพิจารณาจากคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์เรียบร้อยแล้วด้วย ดังนั้น การกระทำดังกล่าวย่อมไม่เป็นการดำเนินกิจการที่จะมีผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ของเจ้าหน้าที่รัฐ และไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิในทางการค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์และผู้ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับภาพยนตร์ที่ดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้แต่อย่างใด และทำให้กระบวนการยุติธรรมถูกวิพากษ์จากสังคมเป็นอย่างมาก

## 2. แนวความคิดเกี่ยวกับการกำหนดความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาต และคุณธรรมทางกฎหมาย

### 2.1 แนวคิดพื้นฐานในการกำหนดความผิดอาญา

#### 2.1.1 หลักประกันในกฎหมายอาญา

“หลักประกันในกฎหมายอาญา” ก็คือ “หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” หรือที่รู้จักกันในภาษิตลาตินที่ว่า “Nullum crimen, nulla poena, sine lege” หลักนี้ได้กลายเป็นหลักสากลได้รับการกล่าวถึงและได้แพร่หลายออกไปทั่วโลก (คณิต ณ นคร, 2556 : 82)

สำหรับประเทศไทย “หลักประกันในกฎหมายอาญา” (Nullum crimen, nulla poena, sine lege) ได้มีการรับเข้ามาในระบบกฎหมายไทยครั้งแรกเมื่อประเทศไทยได้เริ่มจัดทำประมวลกฎหมายอาญา (codification) โดยรับไว้ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วิวัฒน์กุล, 2546 : 48 - 88) ปัจจุบันสาระสำคัญของหลักประกันในกฎหมายอาญา ปรากฏในมาตรา 2 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” จากหลักตามมาตรา 2 นี้สามารถจำแนกรายละเอียดได้ว่า กฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจน ห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีมาลงโทษทางอาญาแก่บุคคล ห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญาแก่บุคคล และกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง โดยจะอธิบายเป็นลำดับไปดังนี้ (คณิต ณ นคร, 2556 : 243-249)

1) การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา มาตรา 2 บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้” คำว่า “บัญญัติ” ในกฎหมายนั้นแสดงว่า กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการบัญญัติ ดังนั้นกฎหมายจารีตประเพณีซึ่งไม่ได้เกิดขึ้นจากการบัญญัติจึงต้องห้ามมิให้นำมาใช้ในกฎหมายอาญา

2) การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา กล่าวคือ การห้ามใช้กฎหมายที่เกินขอบเขตของบทบัญญัติที่พึงหาได้จากความกฎหมายอาญา ซึ่งถือเป็นหลักที่แตกต่างไปจากกฎหมายแพ่งที่จะอ้างว่าไม่มีกฎหมายใช้บังคับแก่กรณีไม่ได้ แต่ในกฎหมายอาญานั้นจะอุดช่องว่างของกฎหมายโดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในทางที่เป็นโทษไม่ได้

3) กฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอน กล่าวคือ หลักประกันในกฎหมายอาญาถือเป็นหลักที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล ทั้งนี้เนื่องจากโทษทางอาญาถือเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐที่นำมาใช้กับประชาชน ฉะนั้นการบัญญัติกฎหมายอาญาจึงต้องมีความชัดเจนที่สุดเท่าที่จะทำได้ เพื่อให้ประชาชนโดยทั่วไปทราบว่าการกระทำใดบ้างที่เป็นความผิดต่อกฎหมายและต้องรับโทษ และเพื่อที่จะให้เป็นหลักประกันว่าสิ่งที่กฎหมายบัญญัตินั้นตรงกับเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างแท้จริง เหตุที่กฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอนก็เพราะหากบทบัญญัติของกฎหมายมีความคลุมเครืออยู่มาก เมื่อมีการบังคับใช้กับบุคคลใดแล้วบุคคลผู้ถูกบังคับก็จะขัดแย้งหรือมีความรู้สึกเป็นปฏิปักษ์ โดยถือว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมจากรัฐ

4) กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง จากถ้อยคำในมาตรา 2 ที่ว่า “กฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำ” นั้นแสดงให้เห็นถึงข้อห้ามย้อนหลังของกฎหมายอาญา การกระทำที่บุคคลจักต้องรับโทษต้องเป็นการกระทำที่เป็นความผิดอาญา ตามกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะกระทำนั้น ถ้าในขณะกระทำยังไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด แต่ต่อมามีการบัญญัติขึ้นภายหลังว่าการกระทำเช่นนั้นมีความผิด ก็จะไม่ลงโทษการกระทำก่อนที่มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดไม่ได้

### 2.1.2 การตีความกฎหมายอาญา

ในการตีความกฎหมายผู้ตีความชอบที่จะใช้การผสมผสานของหลักเกณฑ์การตีความกฎหมาย อันประกอบด้วย การตีความตามหลักภาษา การตีความตามความสัมพันธ์อย่างเป็นระบบของกฎหมาย การตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย และการตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมายประกอบกัน ทั้งนี้โดยถือเอา “การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย” เป็นหลัก ส่วนหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายอื่น ๆ นั้น เป็นเพียงปัจจัยที่จะนำไปใกล้เคียงกับความหมายที่แท้จริงของตัวบทกฎหมายเท่านั้น และในการตีความกฎหมายอาญาผู้ตีความก็ต้องปฏิบัติเช่นเดียวเดียวกันกับที่กล่าวมานี้ (คณิต ฅ นคร, 2556 : 73-78) โดยการบังคับใช้กฎหมายอาญาจะต้องอยู่ในกรอบหรือขอบเขตของความหมายของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หากใช้เกินเลยไปย่อมมิใช่การตีความกฎหมายอาญา แต่เป็นการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogie)(คณิต ฅ นคร, 2553 : 307-308) ในกฎหมายอาญา และถ้าเป็นไปในทางที่เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดแล้ว ย่อมเป็นสิ่งที่ต้องห้ามในกฎหมายอาญา (แสง บุญเฉลิมวิภาส, 2551 : 33)

### 2.2 คุณธรรมทางกฎหมาย

การพิจารณาบัญญัติความผิดฐานต่าง ๆ นั้นจะมีสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองเป็นพื้นฐานทางความคิดแฝงอยู่เบื้องหลังเสมอ โดยสิ่งนี้มีใช้สิ่งที่มีรูปร่างที่จะสามารถรับรู้ได้ด้วยสัมผัสทั้งห้า แต่เป็นสภาพพึงปรารถนาที่กฎหมายต้องการรับประกันจากการล่วงละเมิด อันเป็นเรื่องในทางความคิดอันเป็นนามธรรมซึ่งเรียกกันว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) ไม่ว่าผู้บัญญัติจะได้คำนึงถึงคุณธรรมทางกฎหมายก่อนบัญญัติหรือไม่ก็ตาม เพราะความผิดอาญามีที่มาจาก ปทัสถาน (Norm) และปทัสถานนั้นก็มาจากคุณธรรมทางกฎหมาย (คณิต ฅ นคร, 2540 : 278-279) โดยที่ปทัสถาน หมายถึง กฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่สังคมสร้างขึ้นเพื่อควบคุมพฤติกรรมของสมาชิกในสังคมให้เป็นไปในทำนองเดียวกัน เพื่อรักษาความเป็นระเบียบ ตลอดจนความสงบเรียบร้อยของสังคม นอกจากนี้ยังเป็นแบบแผนพฤติกรรมอันเป็นที่คาดหวังของสังคมซึ่งในปทัสถานนั้นมีสมบัติ (gut) แฝงอยู่ในเบื้องหลังโดยที่กฎหมายอาญานั้นได้ยกระดับ “สมบัติ” นั้นขึ้นมาเป็น “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) เช่น ปทัสถานที่ว่า “การฆ่าเป็นสิ่งที่ไม่สมควร” การที่ไม่สมควรนั้นก็เพราะว่า “ชีวิต” เป็นสิ่งที่พึงหวงแหน ดังนั้นการบัญญัติกฎหมายอาญามาตรา 288 ก็เพื่อที่จะคุ้มครองชีวิตมนุษย์ และโดยการบัญญัติความผิดฐานนี้จึงทำให้ชีวิตมนุษย์กลายเป็นคุณธรรมทางกฎหมายไป สามารถกล่าวโดยสรุปได้ว่า “สมบัติ” (gut) เรียกเป็นอีกชื่อหนึ่งได้ว่า “คุณธรรม” ที่อยู่ในความเป็นตัวตนของมนุษย์ทุกคนควรที่จะทราบว่สิ่งใดควรสิ่งใดไม่ควร แต่ก็มีได้หมายความว่า “สมบัติ” หรือคุณธรรมทุกอย่างจะถูกยกระดับมาเป็น “คุณธรรมทางกฎหมาย” ทุกกรณีไป ดังนั้น เมื่อสมบัติใดถูกยกขึ้นมาเป็นคุณธรรมทางกฎหมายแล้ว กฎหมายนั้นก็จะต้องมีหน้าที่ปกป้องคุณธรรมทางกฎหมายนั้น ๆ โดยมิยอมให้ใครมาล่วงละเมิดได้ เพราะสมบัติที่ถูกยกระดับขึ้นมาเป็นคุณธรรมทางกฎหมาย ไม่ว่าจะ

เป็นในกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่น ๆ ล้วนแล้วแต่เป็นสมบัติที่มีความสำคัญที่จำเป็นสำหรับการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมทั้งสิ้น (คณิต ฅ นคร, 2540 : 183-184) โดยในส่วนของเนื้อหาเกี่ยวกับคุณธรรมทางกฎหมายที่ได้นำมาศึกษาที่ผู้เขียนจะหมายเหตุเฉพาะคุณธรรมทางกฎหมายที่ถูกคุ้มครองโดยกฎหมายอาญาเท่านั้นซึ่งจะได้กล่าวเป็นลำดับต่อไป ดังนี้

#### 2.2.1 ความหมายของคุณธรรมทางกฎหมาย

คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) หมายถึง “ประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันที่กฎหมายคุ้มครอง” หรือ “ประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง” (คณิต ฅ นคร, 2556 : 153-154)

#### 2.2.2 ประเภทของคุณธรรมทางกฎหมาย (คณิต ฅ นคร, 2556 : 155-156)

คุณธรรมทางกฎหมายแบ่งออกได้เป็นสองประเภท ดังนี้

1) คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล (Individualrechtsgut) เช่น คุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครองในเรื่องของ “ชีวิต” “เสรีภาพ” “กรรมสิทธิ์” เป็นต้น โดยคุณธรรมทางกฎหมายในส่วนนี้อีกหนึ่งกฎหมายก็มุ่งที่จะคุ้มครองในเรื่องที่เกี่ยวกับบุคคลโดยตรง

2) คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (Universalrechtsgut) เช่น “ความปลอดภัยของการจราจร” “สภาพความแท้ของเงินตรา” เป็นต้น โดยคุณธรรมทางกฎหมายในส่วนรวมนี้กฎหมายก็มุ่งที่จะคุ้มครองในเรื่องที่เกี่ยวกับส่วนรวม โดยกำหนดให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดินซึ่งส่งผลทำให้ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดที่ยอมความกันไม่ได้

#### 2.2.3 ประโยชน์ของคุณธรรมทางกฎหมาย (คณิต ฅ นคร, 2540 : 186-188)

1) คุณธรรมทางกฎหมายเป็นเครื่องช่วยในการตีความกฎหมายได้ ทั้งนี้ เนื่องจากคุณธรรมทางกฎหมายเป็นส่วนหนึ่งของความผิดอาญาฐานต่าง ๆ การที่เราได้ศึกษาเรื่องคุณธรรมทางกฎหมาย อาจก่อให้เกิดความผิดพลาดในการตีความกฎหมายได้

2) คุณธรรมทางกฎหมายช่วยในการแบ่งแยกจัดหมวดหมู่ประเภทของการศึกษา

3) จากที่ได้ศึกษาแล้วว่าคุณธรรมทางกฎหมายนั้นได้มีการแบ่งออกเป็น ส่วนเอกชน (Individualrechtsgun) และในส่วนของส่วนรวม (universal rechtsgun) ซึ่งในการแบ่งดังกล่าวจะนำไปใช้ประโยชน์ในทางคดีในการกำหนดตัวบุคคลที่จะมีอำนาจในการดำเนินคดี (คณิต ฅ นคร, 2540 : 278-280)

### 2.3 แนวคิดและความเป็นมาเกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ตามกฎหมายเกี่ยวกับภาพยนตร์

2.3.1 พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2479 และประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 205 (ลงวันที่ 9 กันยายน พ.ศ. 2515)

พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 เป็นกฎหมายฉบับแรกที่ใช้ในการควบคุมภาพยนตร์ โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้ต้องการที่จะควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ที่จะเผยแพร่ออกไปสู่สาธารณชนเท่านั้น โดยที่การแก้ไขเพิ่มเติมในปี 2479 นั้น

เป็นไปเพื่อกำหนดนิยามความหมายของคำว่าภาพยนตร์ให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้น ส่วนในประกาศของคณะปฏิวัติในปี 2515 นั้นได้ออกใช้บังคับเพื่อแก้ปัญหาในเรื่องประสิทธิภาพของการบังคับใช้พระราชบัญญัติภาพยนตร์ โดยกำหนดให้กรมตำรวจ ซึ่งในช่วงเวลาดังกล่าวสังกัดกระทรวงมหาดไทย เป็นองค์กรที่เข้ามารับผิดชอบดำเนินการควบคุมการทำและการฉายภาพยนตร์ ทั้งนี้เนื่องจากสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในช่วงเวลานั้น คือ มีการเผยแพร่ภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาไม่เหมาะสมไปสู่สาธารณชนอย่างแพร่หลาย โดยที่ยังไม่มีการกำหนดฐานความผิดเพื่อที่จะควบคุมการประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับการจัดจำหน่ายภาพยนตร์โดยตรงขึ้นในกฎหมายนี้ และยังไม่ปรากฏแนวคิดในการคุ้มครองลิขสิทธิ์แต่อย่างใด

### 2.3.2 พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530

กฎหมายฉบับนี้ได้ออกบังคับใช้เพื่ออุดช่องว่างของพระราชบัญญัติภาพยนตร์ โดยมีเจตนารมณ์ที่จะควบคุมเนื้อหาของภาพยนตร์ที่จะเผยแพร่ออกไปสู่ผู้บริโภคให้ครอบคลุมและทันกับยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลง ทั้งนี้เนื่องจากเทคโนโลยีที่ใช้ในกระบวนการผลิตภาพยนตร์ได้มีการพัฒนาขึ้น โดยมีการบันทึกภาพยนตร์ลงในเทปหรือวัสดุโทรทัศน์ ซึ่งเทปและวัสดุโทรทัศน์เหล่านั้นไม่ได้ผ่านการตรวจพิจารณาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ เนื่องจากไม่ใช่ภาพยนตร์ตามความหมายของพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 นอกจากนี้ยังได้มีการกำหนดห้ามมิให้ผู้ใดประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายด้วยประการใด ๆ ซึ่งเทปหรือวัสดุโทรทัศน์โดยทำเป็นธุรกิจหรือโดยได้ประโยชน์ตอบแทนด้วยการคิดค่าบริการในรูปของค่าธรรมเนียมสมาชิกหรือด้วยวิธีการอื่นใด เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ตามมาตรา 6 ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการควบคุมเนื้อหาของภาพยนตร์ เนื่องจากผู้ประกอบการให้เช่าเทปภาพยนตร์บางรายได้มีการทำซ้ำเป็นจำนวนมากซึ่งเทปที่มีเนื้อหาลามกอนาจารหรือขัดต่อศีลธรรมอันดีและนำออกให้เช่าแก่ผู้บริโภคทั้งหลายซึ่งเป็นปัญหาหลักที่เกิดขึ้นในช่วงเวลานั้น อย่างไรก็ตามแนวคิดนี้ก็ยังไม่ปรากฏว่ามีการแฝงแนวคิดในการคุ้มครองลิขสิทธิ์แต่อย่างใด

### 2.3.3 พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551

กฎหมายนี้ใช้บังคับเพื่อปรับปรุงบทบัญญัติของพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 และพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 ความมุ่งหมายหลักของกฎหมายนี้ก็ยังคงเป็นการควบคุมเนื้อหาของภาพยนตร์ที่จะเผยแพร่ออกไปสู่ผู้บริโภคเช่นเดียวกับเจตนารมณ์ของกฎหมายทั้งสองฉบับที่ถูกยกเลิกไปนั่นเอง แต่เจตนารมณ์ของกฎหมายที่เพิ่มเติมขึ้นมา คือ ต้องการที่จะส่งเสริมกิจการภาพยนตร์ซึ่งเป็นธุรกิจที่มีผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศ โดยที่เจตนารมณ์ในส่วนนี้เกิดขึ้นเนื่องมาจากการผลักดันของภาคเอกชนที่เป็นกลุ่มทุนภาพยนตร์ คือสมาคมสมาพันธ์ภาพยนตร์แห่งประเทศไทย ที่แรกเริ่มนั้นได้เสนอให้มีการจัดตั้งสภาภาพยนตร์แห่งชาติ ซึ่งมีรูปแบบเป็นองค์กรภาคเอกชนขึ้นเพื่อทำหน้าที่ในการตรวจพิจารณาเนื้อหาของภาพยนตร์ที่ได้ผลิต แทนกองทะเบียน สำนักงานตำรวจแห่งชาติ และให้มีการจัดตั้งกองทุนเพื่อเป็นแหล่งรายได้ในการบริหารงานของสภาภาพยนตร์ ซึ่งแม้ว่าความต้องการ



ดังกล่าวจะไม่เกิดขึ้นก็ตาม แต่พระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดมาตรการต่าง ๆ ที่จะสามารถช่วยในการส่งเสริมและสนับสนุนอุตสาหกรรมภาพยนตร์ของไทยได้เช่นเดียวกัน เช่น กำหนดให้คณะกรรมการภาพยนตร์และวีดิทัศน์แห่งชาติซึ่งมีอำนาจในการกำหนดนโยบายเพื่อส่งเสริมอุตสาหกรรมภาพยนตร์ไทย ประกอบด้วยกรรมการที่เป็นตัวแทนจากภาคเอกชนรวมอยู่ด้วยในสัดส่วนที่ใกล้เคียงกับตัวแทนภาครัฐ รวมถึงสนองความต้องการที่จะให้มีมาตรการสำคัญที่ช่วยในการคุ้มครองผลประโยชน์ของภาคเอกชนเพิ่มเติมขึ้นจากกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ด้วย เนื่องจากความผิดตามกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ถูกกำหนดให้เป็นความผิดต่อส่วนตัว ซึ่งจำเป็นต้องอาศัยการร้องทุกข์ของผู้เสียหายเป็นเงื่อนไขในการเริ่มดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด จึงเป็นที่มาของการกำหนดห้ามมิให้ผู้ใดประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับผลประโยชน์ตอบแทน เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนตามที่กฎหมายกำหนดตามมาตรา 38 ซึ่งแม้ว่าเนื้อหาจะเป็นหลักการในทำนองเดียวกับฐานความผิดตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 แต่ก็สะท้อนให้เห็นแนวคิดในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่แฝงอยู่ในความผิดฐานนี้ได้จากบทกำหนดโทษที่เปลี่ยนแปลงไป โดยที่แต่เดิมหากมีการกระทำความผิดเป็นการฝ่าฝืนแล้วผู้กระทำจะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ แต่ในกฎหมายนี้ได้เปลี่ยนระวางโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำการฝ่าฝืนเสียใหม่โดยตัดระวางโทษจำคุกออกเสีย คงเหลือแต่ระวางโทษปรับเพียงอย่างเดียวเท่านั้น โดยที่โทษปรับดังกล่าวนี้เป็นโทษปรับที่มีอัตราที่สูงมาก ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 79 นอกจากนี้ความผิดฐานนี้ยังถูกกำหนดให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน ซึ่งเจ้าพนักงานที่มีอำนาจหน้าที่สามารถเริ่มดำเนินคดีได้ด้วยตนเอง จึงสามารถกล่าวได้ว่าแนวคิดในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ได้ปรากฏในรูปของการแฝงอยู่ในกฎหมายฉบับนี้นั่นเอง

### 3. ความผิดฐานดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายของต่างประเทศและประเทศไทย

ประเทศสิงคโปร์ ได้กำหนดความผิดฐานดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตไว้ใน Film Act 1998 section 6 (1) (a) โดยกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจ นำเข้าผลิต แจกจ่าย (Distributon) หรือจัดฉาย ภาพยนตร์ เพื่อแสวงหากำไรหรือเพื่อการอื่นใด จะต้องขอรับใบอนุญาตก่อนจึงจะสามารถดำเนินกิจการได้ ทั้งนี้ ในส่วนของการแจกจ่าย (Distribution) นั้น ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของการขาย การให้เช่า การให้ยืม หรือการให้แลกเปลี่ยนภาพยนตร์ก็ตาม จากหลักกฎหมายดังกล่าวข้างต้นสามารถพิจารณาองค์ประกอบภายนอกในส่วนของความผิดฐานประกอบกิจการแจกจ่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตในส่วนของ การกระทำ คือ ประกอบธุรกิจแจกจ่าย (Distributor) ภาพยนตร์ ในรูปแบบของการขาย การให้เช่า การให้ยืม หรือการแลกเปลี่ยน เพื่อแสวงหากำไรหรือเพื่อการอื่นใด โดยไม่ได้รับอนุญาต และองค์ประกอบภายใน คือ กระทำโดยเจตนา กล่าวคือ รู้ว่าสิ่งที่ได้นำออกขาย ให้เช่า ให้ยืม หรือให้แลกเปลี่ยนนั้น คือ ภาพยนตร์

และมุ่งกระทำเป็นธุรกิจอย่างเป็นอาชีพ และกรณีและผู้ใดกระทำการฝ่าฝืนมาตรา 6 (1) โดยประกอบธุรกิจขาย ให้เช่า ให้ยืม หรือให้แลกเปลี่ยน ภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตจาก นายทะเบียนก่อน ผู้ประกอบกิจการนั้นต้องมีความผิด และต้องระวางโทษปรับตั้งแต่ 10,000 เหรียญ ถึง 40,000 เหรียญ หรือจำคุกไม่เกิน 12 เดือน หรือทั้งจำทั้งปรับ ทั้งนี้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 6 (2)

ประเทศมาเลเซีย ได้กำหนดความผิดฐานดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตไว้ใน Perbadanan Kemajuan Filem Nasional Malaysia Act 1981 section 22 (1) โดยกำหนดให้ผู้ที่จะมีส่วนร่วมในกิจกรรม (engage in any of the activities) เกี่ยวกับภาพยนตร์ 3 ประเภท ดังต่อไปนี้ ต้องได้รับใบอนุญาต จาก Perbadanan เสียก่อน จึงจะสามารถดำเนินการได้ คือ (1) การผลิตภาพยนตร์ (film production) เพื่อการรับชมของสาธารณชน หรือประชาชน กลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง (2) การจำหน่ายภาพยนตร์ (film distribution) ซึ่งรวมถึง การให้เช่า และการให้ยืมภาพยนตร์ เพื่อแสวงหากำไรหรือเพื่อการอื่นใด หรือการนำเข้าและจัดจำหน่ายภาพยนตร์ที่ผลิตในต่างประเทศ และการจัดจำหน่ายภาพยนตร์ที่ผลิตภายในท้องถิ่น (3) การฉายภาพยนตร์ (film exhibition) ซึ่งหมายถึง การฉายภาพยนตร์ เพื่อการรับชมของสาธารณชน หรือประชาชน กลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง แต่ทั้งนี้กฎหมายได้ห้ามมิให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดมีส่วนร่วมในกิจกรรมทั้ง 3 ประเภท ในช่วงเวลาเดียวกัน โดยสามารถดำเนินการได้สูงสุดเพียง 2 ประเภทควบคู่กันเท่านั้น จากหลักกฎหมายดังกล่าวข้างต้นสามารถพิจารณาองค์ประกอบภายนอกในส่วนของความผิดฐานมีส่วนร่วมในกิจกรรมเกี่ยวกับการจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตในส่วนของกรกระทำ คือ มีส่วนร่วมในกิจกรรมเกี่ยวกับ (engage in any of the activities) การจำหน่ายภาพยนตร์ (film distribution) ซึ่งรวมถึง การให้เช่า หรือการให้ยืมซึ่งภาพยนตร์ เพื่อแสวงหากำไรหรือเพื่อการอื่นใด และการนำเข้าและจัดจำหน่ายภาพยนตร์ที่ผลิตในต่างประเทศ หรือจัดจำหน่ายภาพยนตร์ที่ผลิตในท้องถิ่น โดยไม่ได้รับอนุญาต และองค์ประกอบภายใน คือ กระทำโดยเจตนา กล่าวคือ รู้ว่าสิ่งที่ได้นำออกจำหน่าย ฉาย หรือให้เช่า นั้น คือภาพยนตร์ และมุ่งกระทำเพื่อแสวงหากำไรหรือเพื่อการอื่นใด ซึ่งหากผู้ใดกระทำการฝ่าฝืนกระทำไปโดยไม่ได้รับอนุญาตจะต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าหมื่นริงกิตหรือจำคุกไม่เกินสองปี หรือทั้งจำทั้งปรับ และปรับอีกวันละไม่เกินหนึ่งหมื่นริงกิต ตลอดระยะเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่ ทั้งนี้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 25 (1)

หากเปรียบเทียบกับประเทศไทยแล้วจะเห็นว่าในการบัญญัติความผิดนี้ตามกฎหมายของประเทศสิงคโปร์ และประเทศมาเลเซีย จะใช้ถ้อยคำที่แสดงให้เห็นถึงลักษณะของการดำเนินกิจการที่จะต้องอยู่ในบังคับตามมาตรานี้ คือ ต้องดำเนินกิจการในรูปแบบที่ทำเป็นธุรกิจ (Business) หรือ รูปแบบที่ทำในเชิงพาณิชย์ (activities of distribution) เท่านั้น กล่าวคือ การขาย การให้เช่า การให้ยืม หรือการให้แลกเปลี่ยนนั้น ต้องมีลักษณะการดำเนินการในทำนองเดียวกับรูปแบบของการประกอบธุรกิจหรือดำเนินกิจการในเชิงพาณิชย์ แม้ว่าจะได้ดำเนินการเพื่อมุ่งแสวงหากำไรหรือไม่ก็ตาม ซึ่งแตกต่างกับของประเทศไทยที่ใช้ถ้อยคำว่า “ประกอบกิจการให้

เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับประโยชน์ตอบแทน” ซึ่งในกรณีของการประกอบกิจการไปโดยได้รับประโยชน์ตอบแทนนั้น มิได้มีการบัญญัติถ้อยคำที่สามารถอธิบายความหมายของคำว่า “ประกอบกิจการ” หรือ “ได้รับประโยชน์ตอบแทน” ได้อย่างชัดเจนว่ามีความหมายแค่ไหน เพียงใด

#### 4. วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตของประเทศไทย

##### 4.1 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับความไม่ชัดเจนแน่นอนของถ้อยคำแห่งบทบัญญัติมาตรา

38

การที่มาตรา 38 วรรคหนึ่งได้บัญญัติว่า “ห้ามผู้ใดประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับประโยชน์ตอบแทน ...” นั้น ส่งผลให้เกิดการตีความถ้อยคำว่า “ประกอบกิจการ” โดยได้รับประโยชน์ตอบแทน ที่แตกต่างกันระหว่างผู้บังคับใช้กฎหมายกับผู้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย โดยที่ถ้อยคำดังกล่าวถือว่ามิผลโดยตรงต่อการวินิจฉัยความรับผิดตามมาตรา 38 ซึ่งเมื่อได้พิจารณาจากแนวคิดเบื้องหลังในการกำหนดความผิดตามมาตรา 38 ที่ได้กล่าวมาแล้วว่าความผิดฐานประกอบกิจการ ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 38 มีคุณธรรมทางกฎหมาย คือ “สิทธิในทางการค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์และผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้อง” และ “ประสิทธิภาพในการตรวจสอบและควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์” ก็ทำให้สามารถพิจารณาความหมายของคำว่า “ประกอบกิจการ” ซึ่งเป็นองค์ประกอบภายนอกในส่วนของกรกระทำในบทบัญญัติความผิดฐานนี้ได้ว่า หมายถึง การดำเนินกิจการอย่างเป็นปกติธุระที่มีลักษณะต่อเนื่อง เพื่อการค้าโดยมุ่งแสวงหากำไร กล่าวคือ เป็นการดำเนินกิจการที่อยู่ในรูปแบบของการเข้าสู่วงจรพาณิชย์อย่างแท้จริง โดยสามารถเผยแพร่ภาพยนตร์ออกไปสู่สาธารณชนได้ในวงกว้างซึ่งจำเป็นต้องเข้าสู่ระบบของกระบวนการตรวจสอบและควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ตามกฎหมายนี้ ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้ผู้ประกอบกิจการเหล่านี้อาศัยกิจการดังกล่าวเป็นแหล่งหรือช่องทางในการเผยแพร่ภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาไม่เหมาะสมได้ ซึ่งหากได้มีการดำเนินกิจการโดยฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์แล้วสามารถมีผลกระทบต่อเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่ดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมายได้นั่นเอง ดังนั้น กรณีการจำหน่าย ให้เช่า หรือแลกเปลี่ยนในลักษณะที่ไม่ได้ดำเนินการอย่างเป็นปกติธุระ และไม่ได้ทำไปเพื่อมุ่งแสวงหากำไร จึงไม่อยู่ในความหมายของคำว่า “ประกอบกิจการ”

#### 4.2 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับบทลงโทษของความผิดฐานประกอบกิจการ ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 38

มาตรา 79 ซึ่งเป็นบทกำหนดโทษผู้กระทำการฝ่าฝืนมาตรา 38 บัญญัติว่า “ผู้ใดฝ่าฝืน มาตรา 38 วรรคหนึ่ง หรือประกอบกิจการดังกล่าวในระหว่างถูกพักใช้หรือถูกเพิกถอนใบอนุญาต ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท และปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอด ระยะเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่” ซึ่งหากพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของการลงโทษปรับ ที่มุ่งในการยับยั้ง ช่มชู้ (Deterrence) โดยการลงโทษต่อทรัพย์สินของผู้กระทำผิด เพื่อให้ผู้กระทำผิดเกิดความเข็ดหลาบและ ไม่กระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก (อัจฉริยา ชูตินันท์, 2557 : 131) ดังนั้น การกำหนดโทษปรับจึงต้องมีผลกระทบต่อสถานะทางทรัพย์สินของผู้กระทำผิด และต้องให้ได้สัดส่วนและเหมาะสมกับ พฤติการณ์แห่งการกระทำความผิดในแต่ละกรณี มิฉะนั้นแล้วการลงโทษปรับอาจไม่สามารถบรรลุ วัตถุประสงค์ หรืออาจส่งผลเกินเลยไปจากวัตถุประสงค์ได้ ดังเช่นที่ปรากฏในกรณีที่ต้องโทษ ไม่มีเงินชำระค่าปรับ และต้องรับโทษกักขังแทนการชำระค่าปรับ และเมื่อพิจารณาความผิดฐาน ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 38 ซึ่ง ได้กำหนดระวางโทษปรับขั้นต่ำ เป็นจำนวนเงินที่สูงถึง 200,000 บาท เช่นนี้ ย่อมมีผลเป็นการ จำกัดดุลพินิจของศาล ที่จะพิจารณากำหนดโทษปรับให้เหมาะสมและได้สัดส่วนกับผู้กระทำ ความผิดตามพฤติการณ์ในแต่ละกรณี

#### 4.3 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการบัญญัติให้การฝ่าฝืนกฎหมายในกรณีการประกอบ กิจการโดยทำเป็นธุรกิจกับกรณีที่ทำโดยได้รับประโยชน์ตอบแทน เป็นความผิดฐานเดียวกัน และมีระวางโทษเช่นเดียวกัน

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 38 นี้ แล้วจะพบว่า กฎหมายได้มีการกำหนดลักษณะ หรือรูปแบบการกระทำความผิดออกเป็น 2 ลักษณะคือ กรณีที่หนึ่งเป็นการประกอบกิจการใน รูปแบบที่ทำเป็นธุรกิจโดยไม่ได้รับอนุญาต และกรณีที่สองเป็นการประกอบกิจการในรูปแบบที่ ได้รับประโยชน์ตอบแทนโดยไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งการกระทำความผิดทั้ง 2 รูปแบบดังกล่าวได้ถูก กำหนดให้เป็นความผิดที่อยู่ในมาตราเดียวกัน และได้กำหนดระวางโทษไว้เช่นเดียวกัน ทั้งที่การ ดำเนินการในรูปแบบของการทำเป็นธุรกิจย่อมสามารถที่จะก่อให้เกิดรายได้ และมีโอกาสที่อาจจะ กระทบหรือละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมายในระดับที่สูงกว่า เนื่องจากเป็นการกระทำในลักษณะ ถาวร ต่อเนื่อง และสามารถแพร่หลายไปยังผู้บริโภคได้ง่าย ต่างกับการกระทำในรูปแบบที่ได้รับ ผลประโยชน์ตอบแทน ซึ่งอาจจะดำเนินการจำหน่ายเป็นครั้งคราวและมีลักษณะที่ต่อเนื่องน้อย กว่าการทำเป็นธุรกิจ และจากการที่บทกำหนดโทษของความผิดฐานนี้คือโทษปรับซึ่งเป็นการ ลงโทษที่มุ่งเน้นไปที่การป้องปรามช่มชู้โดยมีวัตถุประสงค์ให้มีผลกระทบต่อฐานะทางทรัพย์สิน ของผู้กระทำผิด ดังนั้น ระวางโทษที่กำหนดก็ควรจะต้องแตกต่างกันระหว่างผู้ดำเนินการใน รูปแบบเป็นธุรกิจซึ่งโดยทั่วไปแล้วย่อมเป็นผู้ที่มีฐานะทางเศรษฐกิจที่ดีกว่า กับผู้ดำเนินการใน

รูปแบบที่ได้รับผลประโยชน์ตอบแทนซึ่งมีฐานะทางเศรษฐกิจที่ต่ำกว่าเพื่อให้เกิดความเหมาะสมกับพฤติการณ์ในการกระทำความผิด นอกจากนี้การกำหนดให้ระวางโทษของการกระทำระหว่างสองกรณีดังกล่าวให้แตกต่างกัน ยังเป็นการแยกให้เห็นถึงความหนักเบาของผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ และสามารถเป็นแนวทางในการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาในการพิจารณากำหนดโทษให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ดียิ่งขึ้นด้วย

## 5. ข้อเสนอแนะ

จากปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ผู้เขียนขอเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาในประเด็นต่างๆ ดังนี้

5.1 ควรมีการกำหนดนิยามของคำว่า “ประกอบกิจการ” เพิ่มเติมขึ้นในมาตรา 4 เป็นต้นว่า

“ประกอบกิจการ” หมายความว่า “การดำเนินกิจการอย่างเป็นปกติธุระในลักษณะต่อเนื่อง เพื่อการค้าโดยมุ่งแสวงหากำไร”

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

“มาตรา 79 ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 37 วรรคหนึ่ง หรือประกอบกิจการดังกล่าวในระหว่างถูกพักใช้หรือถูกเพิกถอนใบอนุญาต ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท และปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่”

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

5.3 ควรมีการแยกการกระทำความผิดใน 2 รูปแบบ ที่บัญญัติอยู่ในมาตรา 38 ออกเป็นคนละฐานความผิดระหว่างการประกอบกิจการที่ทำเป็นธุรกิจ โดยไม่ได้รับอนุญาตจากนายทะเบียน กับการประกอบกิจการที่ทำโดยได้รับประโยชน์ตอบแทน โดยไม่ได้รับอนุญาตจากนายทะเบียน และกำหนดบทลงโทษให้เหมาะสมกับการกระทำความผิดในแต่ละกรณี โดยการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 38 และเพิ่มความวรรคสองในมาตรา 79/1 ที่ผู้เขียนได้เสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมไว้ใน ข้อ 5.2 เป็นต้นว่า

“มาตรา 38 ห้ามผู้ใดประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยทำเป็นธุรกิจ เว้นแต่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน

ห้ามผู้ใดประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยได้รับประโยชน์ตอบแทน เว้นแต่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน

ใบอนุญาตนั้น ให้ออกสำหรับสถานที่ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์แต่ละแห่ง

การขอใบอนุญาตและการออกใบอนุญาตสำหรับกิจการตามวรรคหนึ่ง และวรรคสอง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง”

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

“ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 38 วรรคสอง หรือประกอบกิจการดังกล่าวในระหว่างถูกพักใช้หรือถูกเพิกถอนใบอนุญาต ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าแสนบาท และปรับอีกไม่เกินวันละห้าพันบาทตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่”

## บรรณานุกรม

### ภาษาไทย

#### หนังสือ

คณิต ฌ นคร. (2556). กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 5 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: วิทยุชน.

\_\_\_\_\_. (2553). กฎหมายอาญาภาคความผิด (พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: วิทยุชน.

\_\_\_\_\_. (2556). ประมวลกฎหมายอาญา: หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ (พิมพ์ครั้งที่ 11 ปรับปรุงใหม่). กรุงเทพฯ: วิทยุชน.

\_\_\_\_\_. (2540). รวมบทความทางวิชาการ. กรุงเทพฯ: สำนักงานอัยการสูงสุด.  
สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2546). บันทึกของนายยอร์ช ปาดูซ์ (Georges Padoux) ที่ปรึกษาการร่างกฎหมายของรัฐบาลสยามเกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127. กรุงเทพฯ: วิทยุชน.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2552). หลักกฎหมายอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 5 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: วิทยุชน.

อัจฉริยา ชูตินันท์. (2557). อาชญวิทยาและทัณฑวิทยา (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ : วิทยุชน.

### วิทยานิพนธ์

เฉลิมชัยศรี เพ็ญตระกูลชัย. (2552). การคุ้มครองเกียรติ: ศึกษาคุณธรรมทางกฎหมายใน  
ความผิดฐานดูหมิ่นเปรียบเทียบกับความผิดฐานหมิ่นประมาท  
(วิทยานิพนธ์ปริญญาโท). กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.  
พิชยนต์ นิพาสพงษ์.(2542). โทษปรับโดยกำหนดตามวันและรายได้ (Day Fine)  
(วิทยานิพนธ์ ปริญญาโท). กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

### รายงานการวิจัย

จินตพันธุ์ ทังสุบุตร. (2546). *กฎหมายภาพยนตร์ของสิงคโปร์* (รายงานผลการวิจัย)  
กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

### กฎหมาย

ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 205 ลงวันที่ 9 กันยายน พ.ศ. 2515.  
พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวีสดูโทรทัศน์ พ.ศ. 2530.  
พระราชบัญญัติภาพยนตร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2479.  
พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473.  
พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551.  
พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.

### เอกสารอื่นๆ

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2550). *บันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญของร่าง  
พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. ...เรื่องเสร็จที่ 190/2550.*  
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2553). *บันทึกความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา  
เรื่องเสร็จที่ 627/2553.*  
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2553). *รายงานการประชุมเพื่อพิจารณาตอบข้อหารือ  
การบังคับใช้พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551  
ครั้งที่ 1 (1/2554) 97/2553 เรื่องเสร็จที่ 627/2553.  
วันที่ 4 ตุลาคม 2553.*  
คำพิพากษากฎีกาที่ 10359/2554 กรุงเทพฯ: ส่วนงานหลังคำพิพากษา ศาลอุทธรณ์กลาง.

### ภาษาต่างประเทศ

### BOOKS

Bryan A. Garner. (2007). *Black's Law Dictionary* (Eighth Edition). U.S.A.: West.

## **LAWS**

Films Act 1998.

Perbadanan Kemajuan Filem Nasional Malaysia Act 1981.