

การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537
และพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

มณีนุช แสงสุวรรณกุล*
อาจารย์กรรกริรมย์ โกมลารชุน**

บทคัดย่อ

ศาลเป็นองค์กรสำคัญและมีความเกี่ยวข้องกับการใช้กฎหมายอาญามากที่สุด กล่าวคือ ศาลจะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษทางอาญาเพื่อลงแก่ผู้กระทำความผิด วัตถุประสงค์ของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษของศาลอยู่ที่ว่าจะต้องทำให้เกิดความเหมาะสมในการกำหนดโทษ และได้สัดส่วนกับความร้ายแรงหรือความน่าตำหนิของผู้กระทำความผิดแต่ละราย อันจะก่อให้เกิดความยุติธรรมตามเนื้อหา ที่เกิดขึ้นจากการที่กฎหมายอาญาสารบัญญัติถูกใช้บังคับอย่างมีประสิทธิภาพ ทำให้สังคมเกิดความปลอดภัยจากผู้กระทำความผิดที่เซ็ดหลาบและไม่กลับมากระทำความผิดนั้นอีก และยังก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทางด้านผู้กระทำความผิดที่จะถูกลงโทษอย่างเหมาะสม และได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด และเนื่องจากกฎหมายลิขสิทธิ์และกฎหมายเครื่องหมายการค้ามุ่งที่จะคุ้มครองทั้งทางด้านเศรษฐกิจ และการค้าเป็นหลัก การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษจึงต้องเป็นไปเพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ดังกล่าวของกฎหมาย อีกทั้งยังต้องคำนึงถึงทฤษฎีการลงโทษ ทั้งตามทฤษฎีแก้แค้นทดแทนและตามทฤษฎีข่มขู่และยับยั้งอาชญากรรมอีกด้วย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาปัญหาเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ทั้งสิ้น 3 ประการ กล่าวคือ ประการแรกเป็นปัญหาเกี่ยวกับข้อจำกัดของบทกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ประการที่สอง เป็นปัญหาการลงโทษอาจไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ และประการสุดท้าย เป็นปัญหาการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลกับการตีความคำว่า “พ้นโทษ”

จากการศึกษาพบว่า ในกรณีคดีละเมิดลิขสิทธิ์ที่ของกลางมีจำนวนเล็กน้อย ศาลมักใช้ดุลพินิจในการรอกการกำหนดโทษแทนการลงโทษปรับ เนื่องจากบทกำหนดโทษตามมาตรา 69 และมาตรา 70 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มีระวางโทษปรับขั้นต่ำค่อนข้างสูง เป็นข้อจำกัดที่ทำให้ศาลไม่สามารถใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิดและให้สอดคล้อง

* นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

** ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

กับความร้ายแรงหรือความน่าตำหนิของผู้กระทำผิดได้ เกิดเป็นปัญหาประการแรก **ปัญหาเกี่ยวกับข้อจำกัดของบทกำหนดโทษ**

กรณีดังกล่าวยังมีผลทำให้วัตถุประสงค์การลงโทษไม่บรรลุผล เพราะการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษไม่สอดคล้องกับทฤษฎีการลงโทษทั้งทฤษฎีแก้แค้นทดแทนและทฤษฎีข่มขู่และยับยั้งอาชญากรรม ทั้งนี้เนื่องจากการรอกการกำหนดโทษนั้นไม่อาจทดแทนความเสียหายในทางเศรษฐกิจ ไม่อาจยับยั้งผู้กระทำให้รู้สึกเข็ดหลาบไม่กล้ากระทำผิดซ้ำ รวมถึงไม่อาจป้องกันผู้อื่นไม่ให้ทำผิดแบบเดียวกันอีก เกิดเป็นปัญหาที่เรียกว่า **ปัญหาการลงโทษอาจไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ**

นอกจากนี้ยังพบว่า กรณีที่คดีก่อนศาลพิพากษาให้ลงโทษปรับ และจำเลยอยู่ระหว่างการที่ได้รับอนุญาตจากศาลให้ผ่อนชำระค่าปรับ หากจำเลยมากระทำความผิดซ้ำในช่วงระยะเวลาการขอผ่อนชำระค่าปรับนั้น เท่ากับว่าจำเลยยังไม่พ้นโทษในคดีก่อน ศาลจึงไม่อาจวางโทษเป็นสองเท่าของโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ตามมาตรา 73 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หรือวางโทษทวีคูณ ตามที่มาตรา 113 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 กำหนดไว้ได้ เกิดเป็นปัญหาประการสุดท้าย **ปัญหาการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลกับการตีความคำว่า “พ้นโทษ”**

จากการศึกษาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเยอรมนีและประเทศอังกฤษพบว่า ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ว่าด้วยเรื่องบทกำหนดโทษของทั้ง 2 ประเทศได้ให้ดุลพินิจของศาลที่จะกำหนดโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดไว้กว้าง มีการบัญญัติบทกำหนดโทษไว้ในลักษณะกำหนดอัตราโทษจำคุกหรือโทษปรับขั้นสูง โดยไม่มีโทษขั้นต่ำ ทำให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษได้อย่างเหมาะสมกับการกระทำผิดและตัวผู้กระทำความผิด นอกจากนี้ทั้ง 2 ประเทศยังมีการบัญญัติหลักกฎหมายที่เป็นแนวทางในเรื่องการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษไว้ชัดเจน เพื่อให้ศาลถือตามแนวทางดังกล่าว และต้องบังคับให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์แนวทางการกำหนดโทษที่ระบุไว้ ซึ่งทั้ง 2 ประเทศจะมีความแตกต่างกันอยู่บ้างในรายละเอียดของหลักการ แต่พิจารณาเห็นว่าหลักกฎหมายของประเทศเยอรมนีว่าด้วยการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษดูจะมีความละเอียดและชัดเจนมากกว่ากฎหมายของประเทศอังกฤษอยู่เล็กน้อย

ดังนั้น จึงควรเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยให้ยกเลิกโทษปรับขั้นต่ำตามมาตรา 69 และมาตรา 70 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ให้มีการบัญญัติเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษทำนองเดียวกับมาตรา 46 ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย เพื่อให้การลงโทษในคดีลิขสิทธิ์สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ และบัญญัติเพิ่มคำว่า “ในระหว่างที่ยังจะต้องรับโทษอยู่” ซึ่งเป็นหลักการเดียวกันกับมาตรา 92 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เพื่อให้สามารถใช้ได้กับกรณีจำเลยซึ่งอยู่ในระหว่างการขอผ่อนชำระค่าปรับมากระทำความผิดซ้ำอีก ทั้งนี้ เพื่อให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ

ให้เหมาะสม สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ และเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายในเรื่องดังกล่าวอย่างแท้จริง

1. บทนำ

ศาลเป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญในการใช้กฎหมายซึ่งเป็นเครื่องมือในการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาศาลมีอำนาจและหน้าที่ในการใช้ดุลพินิจในหลายขั้นตอน แยกพิจารณาได้เป็นขั้นตอนการใช้ดุลพินิจของศาลในการวินิจฉัยความผิด และขั้นตอนการใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษ การใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษนั้นมีส่วนสำคัญที่จะก่อให้เกิดความยุติธรรมตามเนื้อหา อันจะเกิดขึ้นจากการที่กฎหมายอาญาสารบัญญัติถูกใช้บังคับอย่างมีประสิทธิภาพ เพราะกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายซึ่งกระทบถึงสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลโดยตรง การใช้ดุลพินิจจึงต้องคำนึงถึงความยุติธรรมเฉพาะกรณีหรือเฉพาะรายบุคคล (individualized justice) โดยเฉพาะในเรื่องการกำหนดโทษ (impose penalties) ศาลจำต้องใช้ดุลพินิจอย่างเหมาะสม

การใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษในคดีอาญา ถือเป็นประเด็นที่สำคัญและเป็นหัวข้อการศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เพราะการกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ศาลจะต้องพิจารณาหลักที่สำคัญ 2 ประการ กล่าวคือ หลักการพิจารณาลงโทษให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงตามพฤติเหตุแวดล้อมคดี ซึ่งเป็นการให้ความยุติธรรมเฉพาะกรณีมากที่สุด เพราะจะเป็นเครื่องช่วยกำหนดให้ผู้กระทำความผิดติดนิสัยได้รับโทษต่างกับผู้กระทำความผิดอันควรปรานี และหลักการพิจารณาลงโทษให้เหมาะสมกับทฤษฎีทางอาชญาวิทยาและทฤษฎีการลงโทษ วัตถุประสงค์ของการลงโทษนั้นมีหลายประการ แต่ละประการย่อมเป็นผลประโยชน์ต่างกัน ฉะนั้น จึงเป็นหน้าที่ของศาลที่จะกำหนดบทลงโทษให้เหมาะสมกับวัตถุประสงค์แห่งการลงโทษนั้นๆ เช่น เพื่อมิให้ผู้นั้นกลับมากระทำความผิดได้อีก เพื่อให้เขากลับใจแก้ไขเสียใหม่ รวมถึงเพื่อข่มขู่ให้กลัวเกรงด้วย¹

สำหรับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในเรื่องการละเมิดลิขสิทธิ์และการละเมิดเครื่องหมายการค้าของประเทศไทยในทางอาญานั้น แม้จะมีพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 กำหนดฐานความผิดและบทกำหนดโทษไว้ ประกอบกับในทางปฏิบัติก็ได้มีการฟ้องคดีเป็นจำนวนมาก พิจารณาได้จากสถิติปริมาณการฟ้องคดีอาญาของศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง ทั้งหมดในแต่ละปี โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีลิขสิทธิ์นั้น ปริมาณการฟ้องคดีอาญาในปี 2555 เมื่อเทียบกับคดีลิขสิทธิ์ทั้งหมด มีจำนวนถึง 1, 154 คดี คิดเป็นร้อยละ 98.93 และปริมาณการฟ้องคดีอาญาในปี 2556 เมื่อเทียบกับคดีลิขสิทธิ์ทั้งหมด

¹ นพพร โปธิรังสิยากร. (2524). การใช้ดุลพินิจของศาลในการลงโทษ. น. 19-21

มีจำนวนถึง 1, 001 คดี คิดเป็นร้อยละ 95.52² แต่การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษในคดีลิขสิทธิ์ และคดีเครื่องหมายการค้าก็ยังคงมีปัญหาทั้งสิ้น 3 ประการ กล่าวคือ ประการแรก เป็นปัญหาเกี่ยวกับข้อจำกัดของบทกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ประการที่สอง เป็นปัญหาการลงโทษอาจไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ และประการสุดท้าย เป็นปัญหาการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลกับการตีความคำว่า “พ้นโทษ”

ดังนั้น ในบทความฉบับนี้จะขอศึกษาและวิเคราะห์เกี่ยวกับปัญหาทั้ง 3 ประการดังกล่าว เริ่มจากแนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยการใช้ดุลพินิจในการลงโทษ โดยศึกษาถึงความหมายของดุลพินิจ แนวคิดเกี่ยวกับการลงโทษ และทฤษฎีเกี่ยวกับวัตถุประสงค์การลงโทษ จากนั้นก็จะกล่าวถึงแนวทางการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ โดยศึกษาในเรื่องแนวทางการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษในปัจจุบัน และหลักกฎหมายเกี่ยวกับคดีลิขสิทธิ์และคดีเครื่องหมายการค้า ตลอดจนการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษในประเทศเยอรมนีและประเทศอังกฤษ วิเคราะห์เปรียบเทียบกับ การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษตามกฎหมายลิขสิทธิ์และคดีเครื่องหมายการค้าของประเทศไทย

2. แนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยการใช้ดุลพินิจในการลงโทษ

การพิจารณาถึงปัญหาต่างๆ เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษนั้น จะต้องมียุติธรรมเป็นเบื้องต้นเกี่ยวกับความหมายของ “ดุลพินิจ” แนวคิดเกี่ยวกับการลงโทษ และทฤษฎีวัตถุประสงค์การลงโทษ ดังต่อไปนี้

2.1 ความหมายของดุลพินิจ

คำว่า “ดุลพินิจ” ความหมายโดยทั่วไปหมายถึง การวินิจฉัยเห็นสมควร³ มีลักษณะเป็นคำนาม ตรงกับคำว่า “Discretion” อันมาจากรากศัพท์ภาษาลาตินว่า “Discretio”

สำหรับความหมายในทางกฎหมาย มีความหมายว่า เป็นอำนาจหรือสิทธิพิเศษ (privilege) ของศาลที่จะพิจารณาตามหลักความยุติธรรม ซึ่งสิทธิพิเศษหรืออำนาจนี้พิจารณาไปตามภาวะแวดล้อมแห่งพฤติการณ์ และรวมถึงการใช้วิจารณญาณในการตัดสินคดีของตัวผู้พิพากษานั้นเอง โดยไม่ขึ้นอยู่กับวิจารณญาณหรือการตัดสินของบุคคลอื่นใด⁴

อย่างไรก็ตาม ความหมายในทางกฎหมายของคำว่า “ดุลพินิจ” มิได้จำกัดอยู่เพียงแค่นั้น หากนำข้อเท็จจริงเกี่ยวกับปัญหาดุลพินิจทั้งหมดมาแยกพิจารณาแล้ว ความหมายดุลพินิจคงมีอยู่เพียง 3 ประการเท่านั้น คือ

²ข้อมูลจากสถิติคดี. สืบค้นเมื่อวันที่ 22 มกราคม 2557, จาก <http://www.ipitc.coj.go.th/info.php?cid=20&pm=20>)

³พจนานุกรมไทย ฉบับทันสมัยและสมบูรณ์. (2552). น. 399.

⁴Bryan A. Gerner. (2004). *Black's Law Dictionary*. p. 499.

1. ค้นหาความจริง (finds facts)
2. ปรับข้อเท็จจริงเข้ากับหลักกฎหมาย (applies law)
3. พิจารณาเกี่ยวกับพฤติการณ์ต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ภายหลังจากที่ทราบข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายแล้ว (decides what is desirable in the circumstances after facts and law are known)

องค์ประกอบ 3 ประการของดุลพินิจนี้ เป็นที่ยอมรับกันว่าครอบคลุมความหมายทั้งหมดของคำว่าดุลพินิจในทางกฎหมาย และมักเรียกองค์ประกอบทั้ง 3 นี้รวมกันว่า “การใช้ดุลพินิจ” (the exercise of discretion)⁵

ด้วยเหตุที่ดุลพินิจในทางกฎหมาย มีความหมายและพฤติการณ์ดังได้กล่าวไว้แล้วนี้เอง ทางปฏิบัติเกี่ยวกับบรรทัดในหลายๆ ครั้งจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องแยกข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และดุลพินิจออกจากกัน⁶ ข้อเท็จจริงที่ใช้ในวัตถุประสงค์ของการกำหนดปรับใช้กฎหมายหรือนโยบายหรือพฤติกรรมแห่งดุลพินิจเรียกว่า “legislative facts” และไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไรก็ตาม องค์ประกอบสำคัญที่จะทำให้กฎหมายอาญาดำเนินไปด้วยความราบรื่นและยุติธรรมจำต้องประกอบขึ้นด้วยข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และดุลพินิจ⁷

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการลงโทษ

การที่มนุษย์มาอยู่รวมกันเป็นสังคมนั้น จำเป็นต้องสร้างระเบียบของสังคมขึ้น เพื่อบังคับแก่มนุษย์ผู้อยู่ในสังคม หากบุคคลใดฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ของสังคม บุคคลนั้นจะต้องได้รับโทษ และโทษจะต้องเป็นผลร้ายแก่บุคคลผู้กระทำการฝ่าฝืน การลงโทษจึงถือเป็นสิ่งจำเป็นที่ทุกสังคมจะต้องมี

คำว่า “การลงโทษ” มีความหมายถึง ผลร้ายที่ผู้กระทำความผิดได้รับเนื่องจากการกระทำที่กฎหมายที่ใช้ในขณะนั้นบัญญัติว่าเป็นความผิดซึ่งกฎหมายกำหนดโทษไว้ อันเป็นการให้ผลร้ายหรือโทษแก่ผู้กระทำความผิด โดยการได้รับโทษดังกล่าวทดแทนกันมิได้ การลงโทษก็มีอยู่หลากหลายวิธี รวมทั้งแนวคิดในการลงโทษทางอาญาก็มีอยู่หลายแนวคิด ในที่นี้จะขอกล่าวเฉพาะที่สำคัญ ดังนี้

2.2.1 แนวความคิดการลงโทษของเจเรมี เบนแธม (Jeremy Bentham)

เบนแธม เป็นผู้นำแนวความคิดที่ว่า ระบบลงโทษเป็นประโยชน์ ซึ่งถือว่าการที่ลงโทษผู้กระทำความผิดก็เพราะว่าการลงโทษนั้นมีประโยชน์ และเป็นการจำเป็นที่จะต้องลงโทษ

⁵Kenneth Culp Davis (1969). Discretion Justice. p.4 โปรดดู นพพร โพธิ์รังสิยากร. (2524). การใช้ดุลพินิจของศาลในการลงโทษ. น. 7. ที่แปลคำว่า “the exercise of discretion” ว่าหมายถึง “พฤติการณ์แห่งดุลพินิจ”

⁶แหล่งเดิม.

⁷แหล่งเดิม. น. 8.

เพื่อป้องกันมิให้ชุมชนถูกบ่อนทำลาย⁸ โดยเบนแธมเห็นว่าการกระทำให้ประชาชนกลัวไม่กล้ากระทำผิดอาญานั้น จะต้องบังคับโทษโดยมีลักษณะ 4 ประการดังนี้⁹ กล่าวคือ การลงโทษจะต้องแน่นอน (certainty) มีความรุนแรง (severity) กระทำโดยฉับไว (celerity) และต้องกระทำโดยเปิดเผยต่อสาธารณชน (publicity)

2.2.2 แนวความคิดการลงโทษของเอ็มมานูเอล ค้านท์ (Immanuel Kant)

ค้านท์ เป็นผู้นำแนวความคิดระบบศีลธรรม ซึ่งถือว่าเมื่อมีการกระทำผิดซึ่งทำลายความสงบ ก็เป็นความยุติธรรมที่จะต้องลงโทษตอบแทน (expiation) เพื่อนำความสงบเรียบร้อยกลับคืนมา โทษจึงมีส่วนสัมพันธ์กับความร้ายแรงของความผิด¹⁰ การลงโทษผู้กระทำความผิดจึงค้ำประกันเพียงว่าเมื่อมีการกระทำผิดก็ต้องมีการลงโทษ เพราะกฎหมายอาญาเป็นคำสั่งเด็ดขาด (The penal law in a categorical imperative)¹¹

2.2.3 แนวความคิดการลงโทษของฌอง ชัค รูสโซ (Jean Jacques Rousseau) และซีซาร์ เบ็คคาเรีย (Cesare Beccaria)

ทั้งสองเห็นว่า ทุกคนควรเท่ากันในทัศนะของกฎหมาย ในการที่จะลงโทษผู้กระทำความผิด ควรพิจารณาแต่กรรมที่เขาได้ประกอบเท่านั้น ไม่ควรคำนึงถึงว่าผู้นั้นจะเป็นผู้ใด เพราะถือว่าทุกคนกระทำอะไรลงไปโดยมีเจตจำนงอิสระ (free will)¹² จึงต้องกำหนดโทษให้เหมาะสมกับความผิด (punishment to fit the crime) ซึ่งตามทฤษฎีนี้ ถือว่าการกำหนดโทษไว้ให้เหมาะสมกับความผิด และโทษตายตัวซึ่งเมื่อผู้ใดกระทำความผิดนั้นย่อมต้องรับโทษเช่นนั้นเหมือนกันหมด จุดอ่อนของทฤษฎีนี้มีผลทำให้ได้รับการคัดค้าน โดยทำให้นักอาชญาวิทยารุ่นต่อมาได้เปลี่ยนแนวคิดที่ไม่เห็นด้วยกับทฤษฎีที่ “ต้องกำหนดโทษให้เหมาะสมกับความผิด” มานิยมแนวความคิดใหม่ที่เห็นว่า “ต้องกำหนดโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิด” (punishment to fit the criminal) ซึ่งเห็นว่ามีเหมาะสมและคำนึงถึงความเป็นจริงมากกว่า¹³

2.2.4 แนวความคิดการลงโทษของคริสเตียน โทมัสซิอุส (Christian Thomasius)

โทมัสซิอุสเห็นว่า กฎหมายเป็นเรื่องของรัฐ กฎหมายจะบังคับได้กับสิ่งภายนอกที่เห็นชัดเจนได้แก่ความประพฤติ การฝ่าฝืนข้อห้ามเป็นเหตุให้ถูกลงโทษ แต่การลงโทษต้องเป็นการลงโทษการกระทำของคน มิใช่ลงโทษความคิดของคน ดังนั้นอำนาจของบ้านเมืองจึงไม่อาจไปยุ่งกับเรื่องความคิดมโนธรรมภายในซึ่งเป็นเรื่องศีลธรรม ไม่อาจใช้วิธีการที่ทรมาณหรือวิธีการ

⁸จิตติ ดิงศภัทย์. (2546). *กฎหมายอาญา ภาค 1*. น. 9.

⁹ณรงค์ ใจหาญ. (2543). *กฎหมายอาญาวาดด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย*. น. 29.

¹⁰จิตติ ดิงศภัทย์, เล่มเดิม. น. 9.

¹¹ไฉง ปราศจากศัตรู. (2549). *การนำมาตรการอื่นมาทดแทนการกักขังแทนค่าปรับในโทษทางอาญา (รายงานผลการวิจัย)*. น.9.

¹²ประเทือง ธนียผล. (2523). *หลักทัณฑ์วิทยา*. น. 51.

¹³อัจฉริยา ชูตินันท์. (2557). *อาชญาวิทยาและทัณฑ์วิทยา*. น. 141

ที่ทารุณโหดร้ายเพื่อให้เขาสารภาพให้รับผิด อันเป็นการฝ่าฝืนต่อหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และเป็นการลงโทษผู้ต้องหา ก่อนจะมีการพิสูจน์ความผิด การทรมานเป็นวิธีการที่ไม่ชอบในการที่จะใช้เพื่อแสวงหาความจริง¹⁴

2.3 ทฤษฎีเกี่ยวกับวัตถุประสงค์การลงโทษ

เมื่อมีการกระทำความผิดขึ้นในสังคม สังคมจะต้องหาวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่งในการจัดการกับคนที่ทำผิดหรือละเมิดกฎเกณฑ์ของสังคม หากสังคมไม่จัดการกับคนที่ทำผิด ก็เท่ากับว่าสังคมยอมรับการกระทำผิดดังกล่าว วิธีการต่าง ๆ ที่จะนำมาใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดก็จะต้องตั้งอยู่บนทฤษฎีในการลงโทษผู้กระทำความผิดต่าง ๆ ซึ่งได้พัฒนาขึ้นเป็นลำดับ ดังนี้

2.3.1 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทน (Retribution)

การลงโทษทางอาญาไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะสร้างประโยชน์ใด ๆ ให้เกิดขึ้นในสังคม แต่การลงโทษทางอาญามีไว้เพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนอย่างเป็นทางการกระทำความผิดที่ผู้กระทำได้กระทำไป¹⁵ ทฤษฎีนี้มีชื่อเรียกอีกอย่างว่า **ทฤษฎีเด็ดขาด** (Absolute Theorie) ทั้งนี้เพราะการลงโทษตามทฤษฎีดังกล่าวไม่ได้คำนึงถึงผลของการลงโทษที่จะเกิดขึ้นในสังคม¹⁶

2.3.2 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อการข่มขู่และยับยั้งอาชญากรรม (Deterrence)

เป้าหมายหลักของการลงโทษเป็นไปเพื่อให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวเข็ดหลาบ ไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก และเพื่อแสดงให้เห็นบุคคลทั่วไปได้เห็นว่า การกระทำความผิดนั้นย่อมจะต้องได้รับการลงโทษเสมอ ซึ่งนับเป็นการข่มขู่หรือปรามบุคคลทั่วไปมิให้ก่ออาชญากรรมขึ้นในสังคม¹⁷

2.3.3 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อตัดโอกาสผู้กระทำความผิด (Incapacitation)

เป็นการลงโทษเพื่อตัดโอกาสมิให้ผู้กระทำความผิดกลับมากระทำความผิดอีก¹⁸

2.3.4 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (Rehabilitation)

เป็นการลงโทษเพื่อวัตถุประสงค์ในอนาคต มีลักษณะคล้ายกับการลงโทษเพื่อการข่มขู่ แต่มีความมุ่งหมายที่แคบกว่า เพียงมุ่งเป็นการเฉพาะตัวแก่ผู้กระทำความผิดเท่านั้น ไม่ได้มีความมุ่งหมายจะให้ผลถึงบุคคลอื่นในสังคมโดยตรง

¹⁴ ปรีดี เกษมทรัพย์. (2551). *นิติปรัชญา*. น. 216.

¹⁵ นที จิตสง่าง. (2548). *หลักทฤษฎีวิทยา*. น. 24.

¹⁶ Roxin. *Strafrecht*. (1997). *Allgemeiner Teil*. Band I. 3. Auflage. Paragraph 3. หัวข้อ 2 . อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. (2548). *การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ (รายงานผลการวิจัย)*. น. 8.

¹⁷ ประเสริฐ เมฆมณี. (2523). *หลักทฤษฎีวิทยา*. น. 60.

¹⁸ ณรงค์ ใจหาญ. (2543). *กฎหมายอาญาว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย*. น. 34.

3. แนวทางการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษและหลักกฎหมาย

3.1 แนวทางการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ

การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษของไทยในปัจจุบันจะต้องคำนึงถึงสิ่งต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

- 1) ต้องเป็นกลางปราศจากอคติ
- 2) ต้องเป็นไปตามอัตราโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมาย
- 3) ต้องคำนึงถึงทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษ
- 4) การกำหนดโทษต้องอยู่ภายใต้มาตรฐานเดียวกัน กล่าวคือ ต้องเป็นไปตามบัญญัติอัตราโทษ (ยี่ตอก) ที่กำหนดไว้
- 5) ต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงต่าง ๆ ในคดี เช่น สภาพและพฤติการณ์แห่งการกระทำความผิด ลักษณะของผู้กระทำความผิด ลักษณะของผู้ถูกทำร้าย ประโยชน์ของรัฐ ผลของการกระทำความผิด ขนบธรรมเนียมประเพณีท้องถิ่น สาเหตุแห่งการกระทำความผิด เป็นต้น

3.2 หลักกฎหมาย

หลักกฎหมายที่ต้องทำการศึกษาคือ ความผิดอาญาและโทษทางอาญาในกฎหมายลิขสิทธิ์ ความผิดอาญาและโทษทางอาญาในกฎหมายเครื่องหมายการค้า และกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้อง

3.2.1 ความผิดอาญาและโทษทางอาญาในกฎหมายลิขสิทธิ์

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้บัญญัติฐานความผิดไว้ในมาตรา 27 ถึงมาตรา 31 โดยแบ่งเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้น (primary infringement) มาตรา 27 ถึงมาตรา 30 และการละเมิดลิขสิทธิ์ชั้นรอง (secondary infringement) มาตรา 31 บทกำหนดโทษสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้นปรากฏอยู่ในมาตรา 69 ซึ่งมีโทษหนักกว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ชั้นรอง ตามมาตรา 70 นอกจากนี้ คดีที่ขึ้นสู่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลางส่วนมากจะเป็นกรณีความผิดที่กระทำเพื่อการค้า อันจะต้องรับโทษตามมาตรา 69 วรรคสอง ที่มีระวางโทษปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงแปดแสนบาท และมาตรา 70 วรรคสอง ที่มีระวางโทษปรับตั้งแต่ห้าหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

3.2.2 ความผิดอาญาและโทษทางอาญาในกฎหมายเครื่องหมายการค้า

ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ได้บัญญัติฐานความผิดและบทกำหนดโทษไว้ในมาตรา 108 ถึงมาตรา 110 โดยแบ่งการกระทำความผิดเป็นฐานปลอมเครื่องหมายการค้า มาตรา 108 และฐานเลียนเครื่องหมายการค้า มาตรา 109 หรือฐานจำหน่ายเสนอจำหน่าย หรือมีไว้เพื่อจำหน่าย ซึ่งสินค้าที่มีเครื่องหมายการค้าปลอมหรือที่เลียนเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น มาตรา 110 ซึ่งมีโทษที่แตกต่างกันไป คือตามมาตรา 108 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสี่ปี หรือปรับไม่เกินสี่แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ หรือตามมาตรา 109 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

3.2.3 กฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้อง

เนื่องจากพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 และพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2534 มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการวางโทษทวีคูณหรือวางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กฎหมายบัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้น จึงเห็นสมควรศึกษาหลักกฎหมาย มาตรา 92 และ 93 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับเรื่องการเพิ่มโทษ ซึ่งแบ่งเป็น 2 กรณี ดังนี้

1. การเพิ่มโทษที่จะลงหนึ่งในสาม มาตรา 92 บัญญัติให้เพิ่มโทษเมื่อมีการกระทำความผิดหลังจากมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว ตามบทบัญญัติใช้คำว่า “ในระหว่างที่ยังจะต้องรับโทษอยู่ก็ดี” หรือ “ภายในเวลาห้าปีนับแต่วันพ้นโทษก็ดี” จึงไม่จำเป็นต้องพ้นโทษไปแล้วแต่อย่างใด หากกระทำความผิดอีกในระหว่างยังต้องรับโทษอยู่ ศาลก็สามารถเพิ่มโทษได้หนึ่งในสาม

2. การเพิ่มโทษที่จะลงกึ่งหนึ่ง เป็นอัตราการเพิ่มโทษในความผิดเฉพาะอย่างตาม มาตรา 93 ประมวลกฎหมายอาญา

4. วิเคราะห์เปรียบเทียบ

จากการศึกษาสามารถวิเคราะห์ประเด็นปัญหาทั้ง 3 ประการ ได้ดังนี้

4.1 วิเคราะห์ปัญหาข้อจำกัดของบทกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

4.1.1 วิเคราะห์ที่มาและสาเหตุที่ศาลใช้ดุลพินิจในการรอกำหนดโทษ

จากการศึกษาพบว่าที่มาและสาเหตุที่ศาลใช้ดุลพินิจในการรอกำหนดโทษเกิดจาก มีบัญญัติระวางโทษปรับขั้นต่ำไว้ในมาตรา 69 และ 70 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งหากศาลจะลงโทษปรับ ศาลก็ต้องลงโทษไม่ต่ำกว่าโทษขั้นต่ำที่กฎหมายบัญญัติไว้ ศาลไม่อาจใช้ดุลพินิจลงโทษปรับจำเลยให้ต่ำกว่าโทษนั้นได้ ศาลจึงมักใช้ดุลพินิจให้รอกำหนดโทษไว้ในกรณีความผิดที่มีของกลางเพียงเล็กน้อย

4.1.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบกับความผิดต่อพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

คดีละเมิดลิขสิทธิ์และคดีละเมิดเครื่องหมายการค้าเป็นคดีทรัพย์สินทางปัญญาและเป็นคดีที่ก่อให้เกิดความเสียหายทางเศรษฐกิจ แต่กลับมีการบัญญัติโทษปรับที่ต่างกัน บทกำหนดโทษในมาตรา 108 และมาตรา 109 ของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ได้บัญญัติโทษปรับโดยมีเพียงระวางโทษปรับขั้นสูงเท่านั้น เมื่อศาลพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดตามบทกฎหมายดังกล่าว ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษได้อย่างเหมาะสมกับพฤติการณ์ ความผิดและตัวผู้กระทำความผิดแต่ละราย แม้ของกลางจะมีจำนวนเพียงเล็กน้อยก็ตาม

4.1.3 วิเคราะห์ผลดีและผลเสียในการใช้ดุลพินิจรอกำหนดโทษ

การรอกำหนดโทษมีผลดีในด้านความยุติธรรม เป็นธรรมและเหมาะสมกับผู้กระทำความผิดในกรณีที่กระทำความผิดโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์ และพร้อมที่จะกลับตัว ไม่กระทำความผิดซ้ำอีกต่อไป แต่ในอีกด้านหนึ่งก็มีผลเสียเช่นกัน ผลเสียต่อตัวผู้กระทำความผิด คือ ทำให้ไม่เข็ดหลาบ

ไม่สำนึกผิด และอาจกลับมาก่อทำความผิดซ้ำอีก ผลเสียต่อผู้เสียหาย คือ เกิดผลกระทบต่อผู้เสียหาย ทำให้ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งมีสิทธิจะได้รับเงินค่าปรับจำนวนกึ่งหนึ่งของค่าปรับที่จำเลยได้ชำระตามคำพิพากษาไม่ได้รับการเยียวยา นอกจากนี้ ยังเกิดผลเสียต่อชุมชนและสังคมด้วย เพราะเมื่อมีการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ของกลางมีจำนวนเพียงเล็กน้อย และศาลพิพากษาให้รอการกำหนดโทษจำเลยไว้ อาจส่งผลให้ประชาชนทั่วไปไม่เคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย มีการเลียนแบบการกระทำผิดโดยไม่เกรงกลัวต่อการลงโทษได้ มีผลทำให้ประชาชนขาดความเชื่อมั่นต่อระบบกฎหมายเพราะการใช้บังคับกฎหมายอาญาสารบัญญัติไม่มีประสิทธิภาพ

4.1.4 วิเคราะห์เปรียบเทียบบทกำหนดโทษตามกฎหมายลิขสิทธิ์ไทยกับต่างประเทศ

กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเยอรมนีได้บัญญัติเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์และบทกำหนดโทษไว้ในรัฐบัญญัติลิขสิทธิ์ German Copyright Act 1965 มาตรา 106 มาตรา 107 มาตรา 108 และมาตรา 108a โดยได้บัญญัติเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์และกำหนดโทษไว้ในมาตรา 106 ถึง 108 มีทั้งโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับ และในมาตรา 108a บัญญัติกรณีที่เป็นการกระทำเพื่อการค้าหรือหากำไร จะต้องได้รับจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับ

ส่วนกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษ มีบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางอาญาฐานละเมิดลิขสิทธิ์และบทกำหนดโทษไว้ในมาตรา 107 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ การออกแบบผลิตภัณฑ์ และสิทธิบัตร พ.ศ. 2531 (Copyright, Design and Patents Act 1988; CDPA) เช่น จำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 50,000 ปอนด์ หรือทั้งจำคุกและปรับ (มาตรา 107(4)(a)) หรือจำคุกไม่เกิน 3 เดือน หรือปรับไม่เกิน 50,000 ปอนด์ หรือทั้งจำคุกและปรับ (มาตรา 107(4A)(a))

หลักกฎหมายในเรื่องบทกำหนดโทษของทั้ง 2 ประเทศ ได้ให้ดุลพินิจของศาลที่จะกำหนดโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดไว้กว้าง มีการบัญญัติบทกำหนดโทษไว้ในลักษณะกำหนดอัตราโทษจำคุกหรือโทษปรับขั้นสูง โดยไม่มีโทษขั้นต่ำ ซึ่งทำให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษจำคุก หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับได้อย่างเหมาะสมกับพฤติการณ์ความผิดและตัวผู้กระทำความผิดแต่ละรายกรณี แม้กรณีที่ของกลางมีจำนวนเพียงเล็กน้อย ศาลก็สามารถปรับใช้ดุลพินิจในการลงโทษผู้กระทำความผิดได้อย่างเหมาะสมกับพฤติการณ์ความผิดและตัวผู้กระทำความผิดแต่ละรายกรณี ทำให้เกิดความยืดหยุ่นในการปรับใช้กฎหมาย

4.2 วิเคราะห์ปัญหาการกำหนดโทษอาจไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ

สืบเนื่องจากปัญหาในข้อ 4.1 หากศาลยังใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษในคดีละเมิดลิขสิทธิ์โดยให้รอการกำหนดโทษกรณีของกลางมีจำนวนเพียงเล็กน้อยเช่นนี้เรื่อยไป ความยุติธรรมตามเนื้อหาก็คงไม่อาจจะเกิดขึ้น เพราะกฎหมายอาญาสารบัญญัติไม่ถูกนำไปใช้บังคับได้อย่างสมบูรณ์ ไม่อาจทดแทนความเสียหายในทางเศรษฐกิจและไม่อาจทดแทนหรือแก้แค้นให้แก่ผู้เสียหาย อีกทั้งไม่สามารถข่มขู่หรือป้องกันการกระทำผิดแบบเดียวกัน

จากการศึกษาวิเคราะห์ในเรื่องของการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของไทยนั้น จะเห็นว่ากฎหมายของไทยไม่ได้บัญญัติหลักการไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร มีเพียงแนวทางในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษเท่านั้น ซึ่งพอสรุปได้ว่า การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษจะต้องคำนึงถึงสิ่งต่อไปนี้ คือ ต้องเป็นกลางปราศอคติ เป็นไปตามอัตราโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ไม่ต่ำกว่าระวางโทษขั้นต่ำ หรือไม่สูงกว่าระวางโทษขั้นสูงที่กฎหมายกำหนดไว้ ต้องคำนึงถึงทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษ โดยอยู่ภายใต้มาตรฐานเดียวกัน และต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงต่างๆ ในคดีประกอบการใช้ดุลพินิจ แนวทางนี้เป็นเพียงแนวทางทั่วไปไม่มีการบังคับใช้กันอย่างจริงจัง นอกจากนั้น ไม่มีหลักเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ ส่วนบัญญัติอัตราโทษก็ไม่สามารถใช้เป็นเครื่องมือนำไปสู่การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่เป็นธรรมได้ เพราะบัญญัติอัตราโทษให้ความสำคัญเฉพาะแต่การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษที่เกี่ยวข้องกับความร้ายแรงของการกระทำความผิดเท่านั้น มิได้คำนึงถึงความเหมาะสมของการกระทำผิดกับผู้กระทำความผิดแต่ละราย (individual of punishment) นอกจากนั้น แนวทางที่ต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงต่างๆ นั้น ก็ไม่ได้ระบุไว้ว่ามีข้อเท็จจริงใดบ้างที่ศาลจะต้องคำนึงเมื่อใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ แม้จะมีข้อดีในแง่ที่ทำให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง แต่ยังมีขาดหลักเกณฑ์ที่ควรจะมีบัญญัติไว้อย่างชัดเจน

เมื่อเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายเยอรมัน ในทางทฤษฎีของกฎหมายเยอรมันว่าด้วยเรื่องดุลพินิจในการลงโทษนั้น ต้องแยกความแตกต่างระหว่างโทษอาญาที่กำหนดไว้ในกฎหมาย และการใช้ดุลพินิจในการลงโทษโดยผู้พิพากษา หลักกฎหมายว่าด้วยการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษมีบัญญัติไว้ในมาตรา 46 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษอาศัยความนำคำพิพากษาของผู้กระทำความผิดเป็นองค์ประกอบหลัก มาตราดังกล่าวได้วางหลักเกณฑ์ให้ศาลผู้ใช้ดุลพินิจต้องคำนึงถึงผลของการลงโทษที่คาดว่าจะเกิดขึ้นต่อการใช้ชีวิตในสังคมในอนาคตของผู้กระทำความผิดด้วย ประกอบกับให้ศาลใช้ดุลพินิจซึ่งน้ำหนักของข้อเท็จจริงในคดีตามที่บัญญัติไว้

อีกทั้ง การใช้ดุลพินิจการลงโทษของศาลเยอรมันยังมีขั้นตอนกระบวนการในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษที่ชัดเจน กล่าวคือ มีขั้นตอนการกำหนดวัตถุประสงค์ในการลงโทษ เมื่อวัตถุประสงค์ของการลงโทษมีความชัดเจนแน่นอนแล้วจึงจะสามารถวินิจฉัยได้ว่าข้อเท็จจริงใดบ้างในคดีที่จะเป็นข้อเท็จจริงที่มีความสำคัญต่อการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ ขั้นตอนต่อมาคือ การค้นหาข้อเท็จจริงสำหรับใช้ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ ซึ่งจะต้องมีการตรวจสอบข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษ เป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อเท็จจริงต่างๆ เฉพาะคดีไป และขั้นตอนสุดท้าย คือ การอธิบายถึงข้อพิจารณาของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ เป็นการประสานข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษให้เข้ากับวัตถุประสงค์ในการลงโทษอย่างมีเหตุผลโดยปราศจากข้อโต้แย้งใด ๆ

สำหรับในประเทศอังกฤษ มีกฎหมายหลักที่กำหนดหลักเกณฑ์การลงโทษของศาลอยู่ 3 ฉบับคือ the Criminal Justice Act 1991, the Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000 และ the Criminal Justice Act 2003 นอกจากกฎหมายหลักทั้ง 3 ฉบับดังกล่าวแล้ว ในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษยังต้องคำนึงถึงแนวทางการกำหนดโทษตาม Sentencing Guideline ด้วย ซึ่งผลของแนวทางการกำหนดโทษ เมื่อประกาศออกมาแล้ว CJA 2003 s. 172 กำหนดให้ผู้พิพากษาต้องถือตามแนวทางการกำหนดโทษ และต้องบังคับให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่แนวทางการกำหนดโทษระบุไว้

ทั้งนี้ แนวทางการกำหนดโทษนั้นมีพื้นฐานในการจัดทำเพื่อต้องการให้การลงโทษในอังกฤษมีความเสมอภาคและเป็นแนวทางเดียวกันทั่วประเทศ เป็นแนวทางให้ศาลในอังกฤษและเวลส์ใช้เพื่อกำหนดโทษในความผิดที่ระบุไว้ใน guidelines เป็นแนวทางในการเสริมสร้างประสิทธิภาพในการลงโทษเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ เพื่อเป็นการส่งเสริมให้ประชาชนเชื่อมั่นในกระบวนการยุติธรรม และเพื่อนำนโยบายในการกำหนดโทษของ the Council มาใช้ให้เกิดผลในทางปฏิบัติจริง¹⁹

พิจารณาเห็นได้ หลักกฎหมายเยอรมันและหลักกฎหมายของอังกฤษ มีการบัญญัติแนวทางในเรื่องการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษไว้ชัดเจน เพื่อให้ศาลถือตามแนวทางดังกล่าว และต้องบังคับให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์แนวทางการกำหนดโทษระบุไว้ หลักกฎหมายของ 2 ประเทศดังกล่าว มีความแตกต่างกันในรายละเอียดของหลักการอยู่บ้าง หลักกฎหมายเยอรมันว่าด้วยการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษดูจะมีความละเอียดและชัดเจนมากกว่ากฎหมายอังกฤษอยู่เล็กน้อย ทั้งในหลักเกณฑ์ แนวทาง และขั้นตอนกระบวนการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษสมควรที่จะนำมาเป็นแนวทางในการพัฒนาปรับปรุงกฎหมายของไทยต่อไป

4.3 วิเคราะห์ปัญหาการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลกับการตีความคำว่า “พ้นโทษ”

จากศึกษาพบว่าได้เริ่มมีการบัญญัติหลักเรื่องการวางโทษเป็นสองเท่าหรือการวางโทษทวีคูณสำหรับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาขึ้นเป็นครั้งแรกในร่างกฎหมายลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 โดยในการพิจารณาวาระที่ 1 และ 2 ของร่างกฎหมายฉบับดังกล่าว ได้มีการพิจารณาเทียบเคียงหลักเกณฑ์ต่างๆ จากมาตรา 92 และ 93 ของประมวลกฎหมายอาญาเป็นสำคัญ ซึ่งในปัจจุบันหลักดังกล่าวได้บัญญัติไว้ในมาตรา 73 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และมาตรา 113 พระราชบัญญัติเครื่องหมาย พ.ศ. 2534 อันมีลักษณะเป็นบทบัญญัติพิเศษที่เพิ่มระวางโทษตามที่กฎหมายบัญญัติ มิใช่กรณีที่เพิ่มโทษจากโทษที่ศาลกำหนดซึ่งต่างกับมาตรา 92 และ 93 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

¹⁹ ณรงค์ ใจหาญ และคณะ. (2549). ศึกษาความเป็นไปได้ในการกำหนดชั้นโทษและการนำไปปรับใช้ ในประมวลกฎหมายอาญา (รายงานผลการวิจัย). น. 100.

เจตนารมณ์ของบทบัญญัติของกฎหมาย มาตรา 73 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และมาตรา 113 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 คือ เพื่อจะลงโทษจำเลย ที่กระทำความผิดซ้ำ อันเป็นการกระทำที่ไม่เคารพต่อกฎหมาย ไม่รู้สำนึกเข็ดหลาบกับโทษที่ศาล ได้ลงโทษในคดีก่อน

ในกรณีที่จำเลยซึ่งเคยต้องโทษปรับตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 หรือตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาก่อน และกลับมาก่อทำความผิดต่อพระราชบัญญัตินั้นซ้ำอีก โดยที่จำเลยยังอยู่ในระหว่างการขอผ่อนชำระค่าปรับต่อศาล ศาลจะไม่อาจวางโทษ ทัณฑ์ตามมาตรา 113 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 หรือวางโทษเป็นสองเท่า ของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นตามมาตรา 73 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้ ทั้งนี้ เพราะศาลถือว่าจำเลยยังไม่ “พ้นโทษ” ในคดีก่อน

อีกทั้ง กรณีที่คดีก่อนศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุกและปรับ หากผู้กระทำความผิด ชำระค่าปรับครบถ้วนในวันเวลาใด ก็ถือว่าพ้นโทษในวันที่ชำระค่าปรับนั้น แม้ยังอยู่ในระหว่าง รอคอยลงโทษจำคุกก็ตาม ถ้าพ้นโทษแล้วยังไม่ครบกำหนด 5 ปี ได้กลับมาก่อทำความผิดซ้ำตาม พระราชบัญญัติดังกล่าวอีก ศาลสามารถวางโทษเป็นสองเท่าหรือวางโทษทัณฑ์ได้ แต่หากเป็น กรณีที่คดีก่อนศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุก โดยโทษจำคุกให้รอการลงโทษไว้ หรือคดีก่อนศาล ให้รอการกำหนดโทษไว้ภายในระยะเวลาที่ศาลเห็นสมควร ศาลถือว่าการที่ศาลรอการลงโทษไว้ หรือรอการกำหนดโทษไว้ ยังถือไม่ได้ว่าจำเลยพ้นโทษ แม้จำเลยกระทำความผิดในคดีนี้ภายใน ระยะเวลาที่ศาลรอการลงโทษหรือรอกำหนดโทษจำเลยในคดีก่อนไว้ แต่ศาลก็ไม่อาจวางโทษเป็น สองเท่าหรือวางโทษทัณฑ์ได้ กรณีดังกล่าวไม่น่าจะตรงตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัติกฎหมาย ในเรื่องการเพิ่มโทษ

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาและวิเคราะห์กรณีปัญหาข้างต้น เพื่อให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการ กำหนดโทษในคดีลิขสิทธิ์และคดีเครื่องหมายการค้าให้เหมาะสมและได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของ การกระทำผิด และเหมาะสมกับความน่าตำหนิของผู้กระทำความผิดแต่ละราย โดยคำนึงถึงทฤษฎี การลงโทษ ทั้งตามทฤษฎีแก้แค้นทดแทนและตามทฤษฎีข่มขู่และยับยั้งอาชญากรรม ซึ่งจะก่อให้เกิด ความยุติธรรมตามเนื้อหา อันเกิดขึ้นจากการที่กฎหมายอาญาสารบัญญัติถูกใช้บังคับอย่างมี ประสิทธิภาพ มีความสอดคล้องและเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายในเรื่องดังกล่าว อย่างแท้จริง จึงขอเสนอแนวทางและวิธีการแก้ไขปัญหาดังนี้

1. เสนอแนวทางแก้ปัญหาลงโทษจำคุกของบทกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 โดยให้ยกเลิกการวางโทษปรับขั้นต่ำในมาตรา 69 และมาตรา 70 ตามพระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 คงบัญญัติไว้เพียงแต่ระวางโทษปรับขั้นสูงเท่านั้น ดังเช่นบทกำหนดโทษ ในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ที่มีการบัญญัติโทษปรับไว้เฉพาะขั้นสูง

2. เสนอแนวทางแก้ปัญหาการกำหนดโทษของศาลที่อาจไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ โดยให้มีการบัญญัติเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษในทำนองเดียวกับมาตรา 46 ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย เพื่อการลงโทษในคดีลี้ขลิตีจะด้มีความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ ทั้งนี้ ให้มีการบัญญัติเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายอาญาของไทยไว้ใน ภาค 1 ส่วนที่ 3 โดยเปลี่ยนชื่อส่วนที่ 3 จาก “วิธีการเพิ่มโทษ ลดโทษและการรอกการลงโทษ” เป็น “หลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ วิธีการเพิ่มโทษ ลดโทษและการรอกการลงโทษ” และบัญญัติเพิ่มมาตรา 50/1 โดยให้มีข้อความดังนี้

“มาตรา 50/1 การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษต้องคำนึงถึงสิ่งต่อไปนี้

(1) ความนำตำหนิของผู้กระทำคามผิดเป็นพื้นฐานสำหรับการกำหนดโทษ ผลที่คาดว่าจะเกิดขึ้นจากการลงโทษสำหรับการใช้ชีวิตในสังคมในอนาคตของผู้กระทำคามผิด จะต้องถูกนำมาพิจารณาประกอบด้วย

(2) ในการกำหนดโทษนั้น ให้ศาลใช้ดุลพินิจซึ่งนำหนักของข้อเท็จจริงในคดี ทั้งที่เป็นผลดีและผลร้ายแก่ผู้กระทำคามผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งมูลเหตุจูงใจและเป้าหมาย ที่วางไว้ของผู้กระทำคามผิด ทศนคติในทางศีลธรรมที่แสดงออกให้เห็นจากการกระทำผิดและความตั้งใจในการกระทำคามผิด ระดับของการละเมิดต่อหน้าที่ รูปแบบของการกระทำคามผิด และผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำคามผิดที่ตำหนิได้ ชีวิตที่แล้วมาของผู้กระทำคามผิด ความสัมพันธ์ทงส่วนตัวและเศรษฐกิจของผู้กระทำคามผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งความพยายามที่จะชดใช้ค่าเสียหายและความพยายามของผู้กระทำผิดที่จะให้ผู้เสียหายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิม

(3) ข้อเท็จจริงต่างๆ ในคดีที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบคามผิดอยู่แล้ว จะไม่ถูกนำมาพิจารณาอีก”

3. เสนอแนวทางแก้ปัญหาการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลกับการตีความคำว่า “พ้นโทษ” โดยให้มีการบัญญัติเพิ่มเติมคำว่า “ในระหว่างที่ยังจะต้องรับโทษอยู่ก็ดี” ซึ่งเป็นหลักการเดียวกันกับมาตรา 92 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมาย ให้ใช้ได้กับกรณีที่ จำเลยซึ่งอยู่ในระหว่างการขอผ่อนชำระค่าปรับมากระทำคามผิดซ้ำอีก นอกจากนี้เพื่อให้ครอบคลุมถึงกรณีที่ศาลได้พิพากษาให้รอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษไว้ในคดีก่อนและจำเลยได้ กลับมากระทำผิดตามพระราชบัญญัติดังกล่าวซ้ำอีก จึงเห็นควรให้มีการบัญญัติเพิ่มเติมคำว่า “หรือภายในระยะเวลาที่รอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษไว้ในคดีก่อนก็ดี” เข้าไว้ด้วย โดยให้มีการแก้ไขดังนี้

มาตรา 73 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 แก้ไขใหม่ให้มีข้อความดังนี้

“ผู้ใดกระทำความผิดต้องระวางโทษตามพระราชบัญญัตินี้ ในระหว่างที่ยังจะต้องรับโทษอยู่ก็ดี หรือภายในระยะเวลาที่รอการกำหนดโทษหรือรอการลงโทษไว้ในคดีก่อนก็ดี หรือภายในระยะเวลาห้าปีนับแต่วันพ้นโทษก็ดี ถ้าได้กระทำความผิดต่อพระราชบัญญัตินี้อีก ต้องระวางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น” และ

มาตรา 113 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขใหม่ให้มีข้อความดังนี้

“บุคคลใดกระทำความผิดต้องระวางโทษตามพระราชบัญญัตินี้ อีก ในระหว่างที่ยังจะต้องรับโทษอยู่ก็ดี หรือภายในระยะเวลาที่รอการกำหนดโทษหรือรอการลงโทษไว้ในคดีก่อนก็ดี หรือภายในระยะเวลาห้าปีนับแต่วันพ้นโทษก็ดี ถ้าได้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้อีก ให้วางโทษทวีคูณ”

บรรณานุกรม

หนังสือ

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2551). *คำอธิบายกฎหมายอายุ ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์พลสยาม พรินติ้ง (ประเทศไทย).

จิตติ ดิงศภักดิ์. (2546). *กฎหมายอายุ ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

ณรงค์ ใจหาญ. (2543). *กฎหมายอายุว่าด้วยโทษ และวิธีการเพื่อความปลอดภัย*. กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

ประเทือง ธนิยผล. (2552). *อาชญาวิทยาและทัณฑ์วิทยา*. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

ประเสริฐ เมฆมณี. (2523). *หลักทัณฑ์วิทยา*. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์บพิธการพิมพ์.

ปรีดี เกษมทรัพย์. (2551). *นิติปรัชญา* (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

นันทิ จิตสว่าง. (2548). *หลักทัณฑ์วิทยา* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ : กรมราชทัณฑ์.

อัจฉริยา ชูตินันท์. (2557). *อาชญาวิทยาและทัณฑ์วิทยา* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

วิทยานิพนธ์

เกียรติภูมิ แสงศศิธร. (2533). *กระบวนการกำหนดโทษจำเลยในคดีอาญา : เปรียบเทียบของไทยกับต่างประเทศ* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

นพพร โปธิรังสิยากร. (2524). การใช้ดุลพินิจของศาลในการลงโทษ (วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต) กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สทธร รัตน์ไพจิตร. (2527). ความประสงค์ของการลงโทษอาญา:ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้
กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา. (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต)
กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

บทความ

วิชา มหาคุณ. (2527, มีนาคม-เมษายน). “ผู้พิพากษากับการใช้ดุลพินิจในการลงโทษ.” ดุลพาห
23(2).

รายงานการวิจัย

ณรงค์ ใจหาญ และคณะ. (2549). ศึกษาความเป็นไปได้ในการกำหนดชั้นโทษและการนำไปปรับใช้
ในประมวลกฎหมายอาญา (รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยและ
ให้คำปรึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ไถง ปราศจากศัตรู. (2549). การนำมาตรการอื่นมาทดแทนการกักขังแทนค่าปรับในโทษทางอาญา
(รายงานผลการวิจัย). เสนอต่อสำนักงานศาลยุติธรรม.

สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. (2548). การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ (รายงานผลการวิจัย).
เสนอต่อสำนักงานศาลยุติธรรม.

สารสนเทศจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์

ข้อมูลจากสถิติคดี. สืบค้นเมื่อวันที่ 22 มกราคม 2557, จาก [http://www.ipitc.coj.go.th/
info.php?cid=20&pm=20](http://www.ipitc.coj.go.th/info.php?cid=20&pm=20)