

## บทที่ 5

### วิเคราะห์สภาพปัญหาและแนวทางการแก้ไขปัญหา

ปัจจุบันแม้กฎหมายคุ้มครองลิขสิทธิ์และเครื่องหมายการค้าของประเทศไทยจะได้รับการปรับปรุงแก้ไขจนมีระดับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเทียบเท่ากับการคุ้มครองในระดับสากลครบถ้วน โดยมีการกำหนดฐานความผิดและโทษทางอาญาไว้ แต่ในทางปฏิบัติการใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษในกรณีที่มีการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 นั้น ยังคงมีปัญหาที่เห็นสมควรหยิบยกขึ้นพิจารณาดังนี้ ประการแรก คือ ปัญหาข้อจำกัดของบทกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ประการที่สอง คือ ปัญหาการกำหนดโทษของศาลอาจไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ และประการสุดท้าย คือ ปัญหาการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลกับการตีความคำว่า “พ้นโทษ” อันมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

#### 5.1 วิเคราะห์สภาพปัญหาและแนวทางการแก้ปัญหาข้อจำกัดของบทกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

##### 5.1.1 สภาพปัญหา

คดีความผิดต่อพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่สำคัญแบ่งออกเป็น การละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้น (Primary Infringement) คือ การกระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์โดยตรง อาทิ การละเมิดลิขสิทธิ์งานวรรณกรรม ศิลปกรรม นาฏกรรม และดนตรีกรรม (มาตรา 27) การละเมิดลิขสิทธิ์งานโสตทัศนวัสดุ งานภาพยนตร์ หรืองานสิ่งบันทึกเสียง (มาตรา 28) การละเมิดลิขสิทธิ์งานแพร่เสียงแพร่ภาพ (มาตรา 29) การละเมิดลิขสิทธิ์งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (มาตรา 30) สำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นรอง (Secondary Infringement) คือ การกระทำต่องานที่มีผู้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ ตามมาตรา 27 ถึง 30 ข้างต้น โดยผู้กระทำรู้ หรือมีเหตุอันควรรู้ว่างานที่ตนกระทำต่อนั้นเป็นงานที่ได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ (มาตรา 31) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในความผิดฐานขาย เสนอขาย มีไว้เพื่อขาย ให้เช่า เสนอให้เช่า ให้เช่าซื้อ หรือเสนอให้เช่าซื้อซึ่งสินค้าอันละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 27 ถึง 30 เพื่อหากำไร (มาตรา 31(1)) หรือความผิดฐานเผยแพร่ต่อสาธารณชนซึ่งงานอันละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อหากำไร (มาตรา 31(2)) นั้น เป็นความผิดที่ฟ้องคดีต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้บัญญัติบทกำหนดโทษสำหรับฐานความผิดตามมาตรา 27 ถึงมาตรา 30 ไว้ในมาตรา 69 และบัญญัติบทกำหนดโทษสำหรับฐานความผิดมาตรา 31 ไว้ในมาตรา 70 โดยคดีที่ขึ้นสู่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง ส่วนมากจะเป็นกรณีความผิดที่กระทำเพื่อการค้า อันจะต้องรับโทษตามมาตรา 69 วรรคสอง ที่มีกำหนดโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสี่ปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงแปดแสนบาท และมาตรา 70 วรรคสอง ที่มีกำหนดโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงสองปี หรือปรับตั้งแต่ห้าหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท บทบัญญัติดังกล่าวของกฎหมายส่งผลให้การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง เกิดข้อขัดข้องไม่สามารถลงโทษให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิดและให้สอดคล้องกับความร้ายแรงหรือความน่าตำหนิของจำเลยได้ กล่าวคือ ในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีทั้งโทษจำคุกและโทษปรับ โดยโทษปรับขั้นต่ำมีระวางโทษค่อนข้างสูง เช่น ในมาตรา 69 วรรคสอง ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่มีกำหนดโทษปรับขั้นต่ำหนึ่งแสนบาท หรือมาตรา 70 วรรคสอง ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่มีกำหนดโทษปรับขั้นต่ำห้าหมื่นบาท หากศาลจะลงโทษปรับ ก็ต้องลงโทษปรับในจำนวนที่สูงตามที่กฎหมายกำหนด ไม่อาจใช้ดุลพินิจลงโทษปรับต่ำกว่านั้นได้ แม้จำเลยจะให้การรับสารภาพ และศาลพิจารณาเห็นว่ามีความผิดโทษ ควรลดโทษให้กึ่งหนึ่ง โทษปรับก็ยังคงสูงอยู่ ดังนั้น ในกรณีที่คดีลิขสิทธิ์ที่ของกลางมีจำนวนเล็กน้อย เช่น 1 ชิ้น 15 ชิ้น หรือ 30 ชิ้น ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง จึงใช้ดุลพินิจในการรอการกำหนดโทษจำเลยโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 56 ประมวลกฎหมายอาญา แทนการลงโทษปรับ อาทิเช่น

#### 1. กรณีละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้น (Primary Infringement)

เช่น กรณีจำเลยได้ละเมิดลิขสิทธิ์ โดยทำซ้ำงานสิ่งบันเทิงที่มีคำร้อง ทำนองเพลง และบันทึกการแสดง และเผยแพร่ต่อสาธารณชน อันเป็นการกระทำเพื่อแสวงหากำไรในทางการค้า ศาลพิพากษาว่าจำเลยมีความผิด แต่เมื่อศาลได้พิเคราะห์พฤติการณ์แห่งคดีประกอบกับไม่ปรากฏว่าจำเลยเคยได้รับโทษจำคุกมาก่อน เห็นสมควรให้โอกาสจำเลยกลับตัวต่อไปหรือการกำหนดโทษไว้มีกำหนด 1 ปี<sup>1</sup>

#### 2. กรณีละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นรอง (Secondary Infringement)

เช่น กรณีจำเลยได้ละเมิดลิขสิทธิ์ โดยการนำแผ่นวีซีดีภาพยนตร์ที่ได้มีผู้ทำซ้ำหรือคัดแปลงขึ้น โดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้เสียหาย จำนวน 4 แผ่น ออกขาย เสนอขายและมีไว้เพื่อขายแก่บุคคลทั่วไป ศาลพิพากษาให้รอการกำหนดโทษไว้มีกำหนด 1 ปี<sup>2</sup>

<sup>1</sup>คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.511/2556

<sup>2</sup>คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.4505/2555

เช่นเดียวกับ กรณีจำเลยได้ละเมิดลิขสิทธิ์โดยนำเอาสินค้าสมุทรชายสี่ ยางลบ พวงกุญแจ พัดมือ ค้อน และกระเป๋าตังค์ที่มีรูปภาพตัวการ์ตูน โดราเอมอน รวมจำนวน 47 ชิ้น ซึ่งได้มีผู้ทำซ้ำขึ้นหรือคัดแปลงขึ้น โดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้เสียหายออกขาย เสนอขายและมีไว้เพื่อขาย ซึ่งศาลพิพากษาให้รอกำหนดโทษไว้ 2 ปี<sup>3</sup>

นอกจากนี้ ยังมีกรณีศาลเคยพิพากษาให้รอกำหนดโทษครั้งหนึ่งแล้ว ต่อมา มีการกระทำผิดซ้ำอีก ในครั้งหลังศาลก็ยังให้โอกาสจำเลยโดยให้รอกำหนดโทษไว้อีก โดยข้อเท็จจริงมีว่า คดีก่อน จำเลยได้ละเมิดลิขสิทธิ์โดยนำอัลบั้มบันทึกการแสดงสด แผ่นวีซีดี จำนวน 3 แผ่น ซึ่งมีผู้ทำซ้ำ คัดแปลงขึ้น โดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้เสียหาย ออกขาย เสนอขาย ศาลพิพากษาให้รอกำหนดโทษ 1 ปี<sup>4</sup> ต่อมาจำเลยได้ถูกฟ้องอีกคดี โดยอัยการ โจทก์ฟ้องว่า จำเลยได้ละเมิดลิขสิทธิ์ โดยการนำภาพยนตร์ในลักษณะเป็นแผ่นวีซีดีที่บันทึกภาพและเสียง ภาพยนตร์ ที่มีผู้ทำซ้ำ คัดแปลงขึ้น โดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้เสียหาย รวมจำนวน 7 แผ่น ออกขาย เสนอขาย เพื่อแสวงหากำไรในทางการค้า ซึ่งศาลก็ยังให้โอกาสจำเลยโดยพิพากษาว่า พิเคราะห์พฤติการณ์แห่งคดีเห็นควรให้รอกำหนดโทษไว้ 1 ปี<sup>5</sup>

คดีทั้ง 3 ที่กล่าวมานี้ เป็นตัวอย่างการใช้ดุลพินิจในการรอกำหนดโทษ ในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้นที่เป็นลักษณะการเผยแพร่งานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาต หรือกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ชั้นรองที่ของกลางมีจำนวนเล็กน้อย

มีข้อสังเกตว่า เนื่องการกำหนดอัตราโทษปรับขึ้นต่ำทำให้ศาลไม่อาจใช้ดุลพินิจ ในการกำหนดโทษได้อย่างอิสระ กล่าวคือ ทำให้เกิดข้อจำกัดในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ เพื่อลงแก่ผู้กระทำความผิดในกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีของกลางจำนวนเพียงเล็กน้อย ซึ่งเปรียบได้กับ แพทย์ที่ขาดการรักษาโรคที่จะรักษาผู้ป่วย ด้วยเหตุนี้ศาลจึงต้องใช้ดุลพินิจรอกำหนดโทษแทน การลงโทษปรับตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ เพราะศาลเห็นว่าเป็นการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้กระทำความผิด แต่การรอกำหนดโทษดังกล่าวก็มีช่องทางออก ที่ถูกต้อง เปรียบเสมือนให้ยารักษาโรคที่ไม่ตรงกับโรค เป็นเพียงแค่การทุเลาอาการของโรคเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม มีบางกรณีที่ศาลใช้ดุลพินิจกำหนดโทษปรับทันทีถ้ามีการกระทำความผิด ซ้ำอีกเป็นครั้งที่สอง โดยศาลจะไม่รอกำหนดโทษให้ เช่น กรณีที่จำเลยกระทำความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ผู้อื่นเพื่อการค้า โดยจำเลยนำแผ่นวีซีดีภาพยนตร์ที่บันทึกภาพและเสียงภาพยนตร์ ที่ได้มีผู้ทำซ้ำโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้เสียหายทั้งสาม รวมจำนวน 6 แผ่น ออกให้เช่า เสนอให้เช่า

<sup>3</sup> คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.2728/2555

<sup>4</sup> คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.157/2556

<sup>5</sup> คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.4604/2556

และมีไว้เพื่อให้เช่า ศาลพิพากษาให้ลงโทษปรับ 50, 000 บาท จำเลยให้การรับสารภาพลดโทษให้กึ่งหนึ่ง คงปรับ 25, 000 บาท<sup>6</sup> ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีก่อนมีว่า จำเลยได้นำเอาแผ่นซึ่งมีผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้เสียหายออกให้เช่าแก่บุคคลทั่วไป และถูกศาลพิพากษาให้รอกการกำหนดโทษ 1 ปี หรือกรณีที่จำเลยกระทำความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ผู้อื่นเพื่อการค้า โดยจำเลยได้เสนอจำหน่ายและมีไว้เพื่อจำหน่ายซึ่งสินค้าแผ่นวีดิทัศน์จำนวน 4 แผ่น ที่มีผู้ทำซ้ำหรือดัดแปลงขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้เสียหาย ศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุก 3 เดือน และปรับ 70, 000 บาท จำเลยให้การรับสารภาพลดโทษให้กึ่งหนึ่ง คงจำคุก 1 เดือน 15 วัน และปรับ 35, 000 บาท โดยโทษจำคุกให้รอกการลงโทษไว้มีกำหนด 1 ปี<sup>7</sup>

นอกจากนี้ ยังมีอีกหลายคดีที่ศาลใช้ดุลพินิจลงโทษปรับ หรือลงโทษทั้งจำคุกและปรับ โดยโทษจำคุกให้รอกการลงโทษไว้ แม้ของกลางมีจำนวนเล็กน้อย เช่น คำพิพากษาของศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.21/2556 อ.67/2556 อ.173/2556 อ.174/2556 อ.629/2556 อ.917/2556 และ อ.986/2556 เป็นต้น

จากการศึกษาและการรวบรวมสถิติปีล่าสุดในช่วงปี 2556 พบว่า การที่ศาลใช้ดุลพินิจลงโทษปรับ หรือทั้งจำคุกและปรับเช่นตัวอย่างข้างต้น เนื่องจากศาลได้พิจารณาเห็นว่า พฤติกรรมแห่งคดีไม่สมควรที่จะรอกการกำหนดโทษให้อีกต่อไป เพราะจำเลยเคยได้รับโอกาสให้กลับตัวเป็นคนดีโดยศาลได้รอกการกำหนดโทษไว้ในคดีก่อนแล้ว แต่จำเลยยังกลับมากระทำความผิดในลักษณะเดียวกันนี้ซ้ำอีก จึงเห็นสมควรให้ศาลใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษปรับ หรือทั้งจำคุกและปรับ เพื่อลงโทษจำเลยให้เข็ดหลาบในการกระทำความผิดในครั้งหลังนี้อย่างจริงจัง แม้ของกลางจะมีจำนวนเพียงเล็กน้อย แต่การใช้ดุลพินิจลักษณะดังกล่าวมีไม่มากนัก

อย่างไรก็ดี มีคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ไม่เห็นพ้องด้วยกับคำพิพากษาของศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง ที่ให้รอกการกำหนดโทษ โดยศาลฎีกาพิพากษาแก้โทษเป็นลงโทษจำคุกและปรับโทษจำคุกให้รอกการลงโทษไว้ ข้อเท็จจริงในคดีมีอยู่ว่า จำเลยได้กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยการนำแผ่นวีดิทัศน์ภาพยนตร์ในงานภาพยนตร์ที่มีผู้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ รวมจำนวน 25 แผ่น ออกขายเสนอขาย มีไว้เพื่อขาย แก่บุคคลทั่วไป เพื่อหากำไรและเพื่อการค้า ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลางพิพากษาให้รอกการกำหนดโทษไว้ 1 ปีศาลฎีกาพิพากษาแก้เป็นว่า ให้ลงโทษจำคุก 1 เดือน 15 วัน และปรับ 25, 000 บาท โทษจำคุกให้รอกการลงโทษไว้มีกำหนด 1 ปี<sup>8</sup>

<sup>6</sup>คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.1234/2557

<sup>7</sup>คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.845/2556

<sup>8</sup>คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1897/2556

จากคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ จะเห็นถึงแนวทางการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลฎีกาในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ผู้อื่นเพื่อการค้าที่ของกลางมีจำนวนเล็กน้อย แม้จะเป็นแผ่นดินวิดิภาพยนตร์เพียง 25 แผ่น แต่ศาลฎีกาก็พิพากษาให้ลงโทษทั้งจำคุกและปรับ โทษจำคุกให้รอการลงโทษไว้ โดยให้เหตุผลไว้สองประการ ประการแรก คือ การกระทำความผิดดังกล่าวยอมก่อให้เกิดความเสียหายทางเศรษฐกิจแก่ผู้เสียหายทั้งสอง เหตุผลประการที่สอง คือ เมื่อพิเคราะห์พฤติการณ์การกระทำความผิดของจำเลยและจำนวนของกลางที่มีจำนวนไม่น้อยแล้ว เห็นควรลงโทษจำเลยให้หลบจำเพื่อมิให้หลบกลับมากระทำความผิดในทำนองเดียวกันนี้อีก ซึ่งเห็นว่าเหตุผลของศาลฎีกาดังกล่าวได้พิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายลิขสิทธิ์และยังได้พิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของการลงโทษ ซึ่งเป็นแนวทางการใช้ดุลพินิจที่ควรนำมาปรับใช้กับกรณีอย่างเดียวกันต่อไป

### 5.1.2 วิเคราะห์

ในหัวข้อนี้จะได้วิเคราะห์เกี่ยวกับที่มาและสาเหตุที่ศาลใช้ดุลพินิจในการรอการกำหนดโทษ วิเคราะห์เปรียบเทียบกับความผิดตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 วิเคราะห์ผลดีและผลเสียในการใช้ดุลพินิจรอการกำหนดโทษ และวิเคราะห์เปรียบเทียบบทกำหนดโทษตามกฎหมายลิขสิทธิ์ต่างประเทศกับของไทย ดังนี้

#### 1. วิเคราะห์ที่มาและสาเหตุที่ศาลใช้ดุลพินิจในการรอการกำหนดโทษ

สาเหตุที่มาตรา 69 และมาตรา 70 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นี้มีการบัญญัติโทษปรับขึ้นต่ำไว้สูง เพื่อหลีกเลี่ยงการใช้ดุลพินิจของศาลที่จะลงโทษปรับขึ้นต่ำในจำนวนเล็กน้อย แต่การบัญญัติเช่นนี้กลับสร้างปัญหาในกรณีที่มีการฟ้องคดีละเมิดลิขสิทธิ์ต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง ศาลมักเห็นว่า บทกำหนดโทษในมาตรา 69 และ 70 โดยเฉพาะในวรรคสอง ที่เป็นการกระทำเพื่อการค้านั้น มีระวางโทษปรับสูงเกินไป คือ ระวางโทษปรับขึ้นต่ำหนึ่งแสนบาท และห้าหมื่นบาท ซึ่งในคดีความผิดที่มีพฤติการณ์แห่งคดีร้ายแรงมาก ศาลอาจใช้ดุลพินิจกำหนดโทษจำคุกและปรับ โดยอาจจะรอการลงโทษไว้หรือไม่ก็ตาม แต่หากการกระทำความผิดที่มีพฤติการณ์แห่งคดีร้ายแรงปานกลาง ศาลก็จะใช้ดุลพินิจกำหนดโทษลงโทษปรับแต่เพียงอย่างเดียว แต่ปัญหาจะเกิดขึ้นเมื่อการกระทำความผิดที่มีพฤติการณ์แห่งคดีไม่ร้ายแรง ประกอบกับของกลางมีจำนวนเพียงเล็กน้อย เช่น จำนวน 1 ชิ้น 15 ชิ้น หรือ 30 ชิ้น เป็นต้น ซึ่งหากศาลจะลงโทษปรับศาลก็ต้องลงโทษโดยไม่ต่ำกว่าบทบัญญัติขั้นต่ำที่กฎหมายบัญญัติไว้ ไม่อาจใช้ดุลพินิจลงโทษปรับจำเลยให้ต่ำกว่าโทษนั้นได้ ศาลจึงมักใช้ดุลพินิจให้รอการกำหนดโทษไว้ มีกำหนดระยะเวลาตามที่ศาลเห็นสมควร โดยมีเหตุผลหลักๆ ว่า “เมื่อพิเคราะห์พฤติการณ์แห่งคดีของกลางมีจำนวนเพียงเล็กน้อย ประกอบกับจำเลยไม่เคยได้รับโทษจำคุกมาก่อน จึงเห็นควรให้โอกาสจำเลยกลับตัวเป็นพลเมืองดีต่อไป โดยให้รอการกำหนดโทษไว้ 1 ปี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56”

การกระทำความผิดในคดีละเมิดลิขสิทธิ์นั้น เป็นคดีที่ก่อให้เกิดความเสียหายทางเศรษฐกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่เป็นการกระทำเพื่อการค้าด้วยแล้ว ยิ่งสมควรที่จะลงโทษให้จำเลยซัดหาลาบและทดแทนการกระทำความผิดของจำเลยด้วยการพิพากษาลงโทษปรับ แต่อัตราโทษปรับขั้นต่ำที่บัญญัติไว้ในมาตรา 69 และ 70 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นั้น เป็นอุปสรรคและข้อขัดข้องในการที่ศาลจะใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิดเป็นรายกรณีไป อาจกล่าวได้ว่า ระวังโทษปรับขั้นต่ำที่บัญญัติไว้ในบทกำหนดโทษของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เป็นสาเหตุที่ทำให้ศาลไม่อาจใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษเพื่อให้เกิดความยุติธรรมอย่างแท้จริง ด้วยเหตุนี้ ทำให้ศาลต้องใช้ดุลพินิจในการรอกการกำหนดโทษแทน

## 2. วิเคราะห์เปรียบเทียบกับความผิดต่อพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

เนื่องจากคดีความผิดตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 เป็นกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและเป็นคดีที่ก่อให้เกิดความเสียหายทางเศรษฐกิจเช่นเดียวกับคดีความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จึงนำมาศึกษาเปรียบเทียบกัน ดังนี้

แม้คดีความผิดตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 จะเป็นกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และเป็นคดีที่ก่อให้เกิดความเสียหายทางเศรษฐกิจเช่นเดียวกับคดีความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 แต่กลับมีการบัญญัติระวางโทษปรับที่ต่างกัน เช่น มาตรา 108 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 บัญญัติกรณีกระทำความผิดฐานปลอมเครื่องหมายการค้าให้ระวางโทษปรับไม่เกินสี่แสนบาท และมาตรา 109 บัญญัติความผิดฐานเลียนเครื่องหมายการค้าให้ระวางโทษปรับไม่เกินสองแสนบาท อันเป็นกรณีที่มีการบัญญัติอัตราโทษปรับโดยมีเพียงระวางโทษปรับขั้นสูงเท่านั้น เมื่อศาลพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดตามบทกฎหมายดังกล่าว ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษจำคุก หรือโทษปรับ หรือทั้งโทษจำคุก และโทษปรับได้อย่างเหมาะสมกับพฤติการณ์ความผิดและตัวผู้กระทำผิดแต่ละรายกรณี แม้กรณีของกลางมีจำนวนเพียงเล็กน้อย เช่น จำเลยได้กระทำความผิดฐานจำหน่ายสินค้าที่มีการปลอมเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น เป็นสินค้าโทรศัพท์มือถือ จำนวน 3 เครื่อง ศาลพิพากษาลงโทษปรับ 1,000 บาท<sup>9</sup> หรือกรณีจำเลยกระทำความผิดฐานจำหน่ายสินค้าที่มีการเลียนเครื่องหมายโดยการค้าของผู้อื่น เป็นสินค้ารองเท้า จำนวน 6 คู่ ศาลพิพากษาให้ลงโทษปรับ 500 บาท<sup>10</sup> เช่นเดียวกับ กรณีจำเลยกระทำความผิดฐานจำหน่ายสินค้าที่มีการเลียนเครื่องหมายโดยการค้าของผู้อื่น เป็นสินค้าเสื้อยืด จำนวน 35 ตัว ศาลพิพากษาให้ลงโทษปรับ 750 บาท<sup>11</sup> เป็นต้น

<sup>9</sup>คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.2464/2555

<sup>10</sup>คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.3991/2555

<sup>11</sup>คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.5051/2555

เมื่อมีการบังคับใช้กฎหมายในช่วงระยะเวลาหนึ่ง หากต่อมามีความเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นทางด้านเศรษฐกิจ หรือทางด้านสังคม ศาลก็สามารถจะปรับใช้ดุลพินิจในการลงโทษผู้กระทำความผิดให้เหมาะสม ทำให้เกิดความยืดหยุ่นในการปรับใช้กฎหมาย โดยอาจมีการพิพากษาลงโทษให้หนักขึ้น ทั้งนี้สืบเนื่องมาจากพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ไม่ได้บัญญัติระวางโทษปรับขั้นต่ำไว้ คงบัญญัติแต่เพียงระวางโทษปรับขั้นสูงไว้ในมาตรา 108 และมาตรา 109 เท่านั้น เช่น กรณีจำเลยกระทำความผิดฐานจำหน่ายสินค้าที่มีการปลอมเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นเป็นสินค้าเสีย จำนวน 20 ชิ้น ศาลพิพากษาให้ลงโทษปรับ 5,000 บาท<sup>12</sup> หรือในกรณีที่จำเลยกระทำความผิดฐานจำหน่ายสินค้าที่มีการปลอมเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นและละเมิดลิขสิทธิ์ผู้อื่นเพื่อการค้า โดยจำเลยได้เสนอจำหน่ายและมีไว้เพื่อจำหน่ายเมมโมรี่สติ๊ก จำนวน 20 ชิ้น หูฟังจำนวน 3 ชิ้น และแบตเตอรี่ จำนวน 4 ชิ้น อันเป็นเครื่องหมายการค้าปลอม และจำเลยยังได้นำแผ่นดีวีดี โปรแกรมคอมพิวเตอร์ โปรแกรมเมอร์ทูลส์ (รหัสห้องเพลย์สเตชัน) รวมจำนวน 130 แผ่น ซึ่งมีผู้ทำซ้ำ คัดแปลงขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้เสียหาย ออกขาย เสนอขายแก่บุคคลทั่วไป ศาลพิพากษาให้ลงโทษปรับสองกระทง รวมปรับ 36,000 บาท<sup>13</sup>

จากตัวอย่าง 2 คดีข้างต้น จะเห็นได้ว่า ในคดีละเมิดเครื่องหมายการค้า ศาลได้พิพากษาลงโทษหนักขึ้น โดยพิจารณาถึงความเหมาะสมและความเป็นธรรมเป็นสำคัญ รวมถึงพิจารณาความเปลี่ยนแปลงในด้านต่างๆ ประกอบกัน ทำให้กฎหมายอาญาสามารถบังคับใช้ได้จริงจัง และมีประสิทธิภาพในการปราบปรามการกระทำความผิด

นอกจากนี้ ยังมีตัวอย่างการใช้ดุลพินิจลงโทษในกรณีอื่นๆ เช่น

1) คดีละเมิดลิขสิทธิ์ผู้อื่นเพื่อการค้าที่ศาลลงโทษปรับ กรณีจำเลยได้ละเมิดลิขสิทธิ์โดยการนำแผ่นซีดีรอม เพลงเอ็มพีสาม รวม 46 แผ่น ซึ่งมีผู้ทำซ้ำ คัดแปลงขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้เสียหาย ออกขาย เสนอขายแก่บุคคลทั่วไป ศาลพิพากษาให้ลงโทษปรับ 25,000 บาท<sup>14</sup> หรือกรณีที่จำเลยละเมิดลิขสิทธิ์ผู้อื่นเพื่อการค้า โดยนำสินค้าหุ่นโมเดลตัวประกอบ “เบ็นเท็น” จำนวน 720 ชิ้น ซึ่งได้มีผู้ทำซ้ำหรือคัดแปลงขึ้นออกขาย เสนอขายและมีไว้เพื่อขายแก่บุคคลทั่วไป เพื่อแสวงหากำไรในทางการค้า ศาลได้พิพากษาให้ลงโทษปรับ 25,000 บาท เป็นต้น<sup>15</sup>

<sup>12</sup>คำพิพากษาศาลทฤษฎีสิทธิทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.5208/2556

<sup>13</sup>คำพิพากษาศาลทฤษฎีสิทธิทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.1644/2556

<sup>14</sup>คำพิพากษาศาลทฤษฎีสิทธิทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.3/2556

<sup>15</sup>คำพิพากษาศาลทฤษฎีสิทธิทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.1632/2556

2) ตัวอย่างคดีที่ศาลพิพากษาลงโทษจำคุกโดยไม่รอกการลงโทษ เช่น

(1) คดีความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้น (Primary Infringement) กรณีจำเลยกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ โดยการทำซ้ำแผ่นต้นฉบับวีซีดีภาพยนตร์ที่บันทึกภาพและเสียงภาพยนตร์ แผ่นต้นฉบับซีดีรอมเอ็มพีสาม แผ่นต้นฉบับวีซีดีเพลงคาราโอเกะ ใส่เข้าไปในเครื่องคอมพิวเตอร์ แล้วนำแผ่นวีซีดีเปล่าใส่เข้าไปในช่องในแผ่นวีซีดีเปล่า รวมจำนวน 27, 708 แผ่น ศาลได้พิพากษาว่า จำเลยทั้งสองมีความผิดฐานร่วมกันละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่นเพื่อการค้า จำคุกคนละ 2 ปี ลดโทษให้คนละหนึ่งในสาม คงจำคุกจำเลยทั้งสองคนละ 1 ปี<sup>16</sup>

(2) คดีความผิดฐานจำหน่ายสินค้าปลอมเครื่องหมายการค้าที่ศาลลงโทษจำคุกโดยไม่รอกการลงโทษ เช่น กรณีจำเลยกระทำความผิดฐานจำหน่ายสินค้าที่มีการปลอมเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น โดยได้เสนอจำหน่ายและมีไว้เพื่อจำหน่ายซึ่งสินค้ากางเกงชั้นในและสินค้าเสื้อ รวมจำนวน 20 ชิ้น ศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุก 6 เดือน ลดโทษให้กึ่งหนึ่ง คงจำคุก 3 เดือน<sup>17</sup> เป็นต้น

3) ตัวอย่างคดีความผิดฐานจำหน่ายสินค้าปลอมเครื่องหมายการค้า ที่มีของกลางจำนวนมาก ศาลพิพากษาให้จำคุก 1 เดือน 15 วัน และปรับ 65, 000 บาท โทษจำคุกให้รอกการลงโทษไว้มีกำหนด 1 ปี เช่น กรณีจำเลยกระทำความผิดฐานจำหน่ายสินค้าที่มีการปลอมและสินค้าเลียนเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น โดยได้เสนอจำหน่ายและมีไว้เพื่อจำหน่ายสินค้าเสื้อ กางเกงชั้นใน กางเกง หมวก อันเป็นเครื่องหมายการค้าปลอมของผู้เสียหายที่ 1 ถึงที่ 14 และจำเลยได้เสนอจำหน่ายและมีไว้เพื่อจำหน่ายซึ่งสินค้ากางเกงชั้นใน จำนวน 3, 315 ตัว ที่มีผู้ทำปลอมและเลียนขึ้นซึ่งเครื่องหมายการค้าของซึ่งได้จดทะเบียนโดยชอบ เพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นสินค้าที่แท้จริงของผู้เสียหายที่ 3 รวมจำนวนทั้งสิ้น 14, 843 ชิ้น โดยจำเลยรู้อยู่แล้วว่าเป็นสินค้าที่มีการปลอมและเลียนเครื่องหมายการค้าของผู้เสียหายที่ 1 ถึงที่ 14<sup>18</sup>

จากตัวอย่างการใช้ดุลพินิจลงโทษในกรณีอื่นๆ ข้างต้น ทั้งคดีละเมิดลิขสิทธิ์ผู้อื่นเพื่อการค้าที่ศาลพิพากษาลงโทษปรับ คดีที่ศาลพิพากษาลงโทษจำคุกโดยไม่รอกการลงโทษ และคดีความผิดฐานจำหน่ายสินค้าปลอมเครื่องหมายการค้า ที่มีของกลางจำนวนมาก ศาลพิพากษาให้จำคุกและปรับ โดยโทษจำคุกให้รอกการลงโทษไว้ เป็นกรณีที่พฤติการณ์แห่งความผิดมีลักษณะร้ายแรง ศาลจึงใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษให้เหมาะสม และให้ได้สัดส่วนกับการกระทำ ความผิดในแต่ละกรณีไป ซึ่งเป็นการลงโทษที่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายและวัตถุประสงค์ของการลงโทษอย่างแท้จริง

<sup>16</sup>คำพิพากษาศาลทฤษฎีชั้นทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.68/2556

<sup>17</sup>คำพิพากษาศาลทฤษฎีชั้นทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.4327/2556

<sup>18</sup>คำพิพากษาศาลทฤษฎีชั้นทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.19/2556

เมื่อพิจารณาประกอบกับข้อมูลสถิติคดี ปรากฏว่าปริมาณการฟ้องคดีอาญาของศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง ทั้งหมดในแต่ละปี โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีลิขสิทธิ์นั้น ปริมาณการฟ้องคดีอาญาในปี 2555 เมื่อเทียบกับคดีลิขสิทธิ์ทั้งหมด มีจำนวนถึง 1, 154 คดี ซึ่งคิดเป็นร้อยละ 98.93<sup>19</sup> และปริมาณการฟ้องคดีอาญาในปี 2556 เมื่อเทียบกับคดีลิขสิทธิ์ทั้งหมด มีจำนวนถึง 1, 001 คดี ซึ่งคิดเป็นร้อยละ 95.52<sup>20</sup> พิจารณาเห็นได้ว่า มีการบังคับใช้สิทธิโดยการฟ้องเป็นคดีอาญาสูงกว่าการบังคับใช้สิทธิทางแพ่งเป็นอย่างมาก อาจกล่าวได้ว่า ในคดีละเมิดลิขสิทธิ์จะบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ในทางอาญาเป็นหลัก อีกทั้งเมื่อพิจารณาถึงคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในทางอาญาซึ่งของกลางมีจำนวนเล็กน้อย ในปี 2556 ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง ศาลได้ใช้ดุลพินิจรอการกำหนดโทษเป็นจำนวนสูงถึง 580 คดี หรือคิดเป็นร้อยละ 57<sup>21</sup> ของคดีละเมิดลิขสิทธิ์ในทางอาญาทั้งหมดที่ศาลได้พิจารณาเสร็จ ซึ่งจากสถิติคดีดังกล่าว สามารถแสดงให้เห็นถึงปริมาณคดีที่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง ไม่อาจใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายและวัตถุประสงค์ของการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อทดแทนหรือเพื่อข่มขู่และยับยั้งอาชญากรรมที่มีอยู่เป็นจำนวนมาก

### 3. วิเคราะห์ผลดีและผลเสียในการใช้ดุลพินิจรอการกำหนดโทษ

เมื่อศาลใช้ดุลพินิจให้รอการกำหนดโทษไว้มีกำหนด 1 ปี หรือ 2 ปี ในกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้นที่ศาลพิจารณาเห็นว่ามีความผิดไม่ร้ายแรงซึ่งจะไม่มีของกลางนั้น หรือกรณีละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นรองตามมาตรา 31 ซึ่งของกลางมีจำนวนเล็กน้อย มีทั้งผลดีและผลเสียดังต่อไปนี้

- 1) ผลดี ในด้านความยุติธรรม เป็นธรรมและเหมาะสมกับกรณีผู้กระทำความผิดที่กระทำความผิดโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์ และพร้อมที่จะกลับตัว ไม่กระทำความผิดซ้ำอีกต่อไป
- 2) ผลเสีย สามารถแยกพิจารณาได้ 3 ด้าน กล่าวคือ
  - (1) ผลเสียต่อตัวผู้กระทำความผิด คือ ทำให้ไม่เช็ดหลาบ ไม่สำนึกผิด และอาจกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก

<sup>19</sup>โปรดดู บทที่ 2 ตารางที่ 2.1 ตารางสถิติคดีละเมิดลิขสิทธิ์ทั้งคดีแพ่งและคดีอาญา และอัตราส่วนคดีอาญาลิขสิทธิ์เทียบกับคดีลิขสิทธิ์ทั้งหมดที่ฟ้องใหม่ต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง ในปี พ.ศ. 2554 – 2556

<sup>20</sup>แหล่งเดิม.

<sup>21</sup>โปรดดู บทที่ 2 ตารางที่ 2.2 ตารางสถิติคดีอาญาข้อหาละเมิดลิขสิทธิ์ ปี 2556 จำแนกตามผลของคำพิพากษา

(2) ผลเสียต่อผู้เสียหาย เกิดผลกระทบต่อทางด้านผู้เสียหายทำให้ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งมีสิทธิจะได้รับเงินค่าปรับจำนวนกึ่งหนึ่งของค่าปรับที่จำเลยได้ชำระตามคำพิพากษา ไม่ได้รับการเยียวยา<sup>22</sup>

(3) ผลเสียต่อชุมชนและสังคม กล่าวคือ เมื่อมีการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ของกลางมีจำนวนเพียงเล็กน้อย และศาลพิพากษาให้รอกำหนดโทษจำเลยไว้ อาจทำให้ประชาชนทั่วไปไม่เคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย มีการเอาเยี่ยงอย่างในการกระทำผิดแบบเดียวกัน โดยไม่เกรงกลัวต่อการลงโทษได้ อาจกล่าวได้ว่าทำให้ประชาชนขาดความเชื่อมั่นต่อระบบกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการใช้บังคับกฎหมายอาญาสารบัญญัติ อันจะส่งผลให้ชุมชนและสังคมขาดความมั่นคง

#### 4. วิเคราะห์เปรียบเทียบบทกำหนดโทษตามกฎหมายลิขสิทธิ์ไทยกับต่างประเทศ

ในประเทศเยอรมนีมีการบัญญัติเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์และบทกำหนดโทษไว้ในรัฐบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2508 (German Copyright Act 1965 หรือ Urheberrechtsgesetz) มาตรา 107 มาตรา 108 และมาตรา 108a ได้บัญญัติเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์และบัญญัติบทกำหนดโทษไว้ ตามมาตรา 106 ถึง 108 มีทั้งโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับ และตามมาตรา 108a บัญญัติกรณีที่เป็นการกระทำเพื่อการค้าหรือหากำไร ให้ต้องรับจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับ

ส่วนกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศอังกฤษ มีบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางอาญาละเมิดลิขสิทธิ์และบทกำหนดโทษไว้ในมาตรา 107 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ การออกแบบผลิตภัณฑ์และสิทธิบัตร 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))

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ของไทยได้บัญญัติบทกำหนดโทษสำหรับฐานความผิดตามมาตรา 27 ถึงมาตรา 30 ไว้ในมาตรา 69 และบัญญัติบทกำหนดโทษสำหรับฐานความผิดตามมาตรา 31 ไว้ในมาตรา 70 โดยคดีที่ขึ้นสู่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง ส่วนมากจะเป็นกรณีความผิดที่กระทำเพื่อการค้า อันจะต้องรับโทษตามมาตรา 69 วรรคสอง ที่มีกำหนดโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสี่ปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงแปดแสนบาท และมาตรา 70 วรรคสอง ที่มีกำหนดโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงสองปี หรือปรับตั้งแต่ห้าหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

<sup>22</sup>พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 76

ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ว่าด้วยเรื่องบทกำหนดโทษของทั้งประเทศเยอรมนีและอังกฤษ ได้ให้ดุลพินิจของศาลที่จะกำหนดโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดไว้กว้าง มีการบัญญัติบทกำหนดโทษไว้ในลักษณะกำหนดอัตราโทษจำคุกหรือโทษปรับขั้นสูง โดยไม่มีโทษขั้นต่ำ ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษได้อย่างเหมาะสมกับการกระทำผิดและตัวผู้กระทำความผิด ตามมาตรา 69 และมาตรา 70 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ของไทย ในส่วนของโทษปรับมีการบัญญัติอัตราโทษปรับขั้นต่ำไว้ โดยมีระวางโทษค่อนข้างสูง ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษของศาล จึงเห็นสมควรแก้ไขปัญหาดังกล่าวเพื่อให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจกำหนดโทษปรับให้เหมาะสมกับการกระทำผิดของผู้กระทำเป็นรายกรณี สอดคล้องกับหลักปัจเจกบุคคลในการลงโทษ (Individual of punishment)

### 5.1.3 แนวทางการแก้ปัญหา

จากการที่ได้ศึกษาถึงสภาพปัญหาและวิเคราะห์ในข้อ 5.1.1 และ 5.1.2 พบว่า บทกำหนดโทษที่ได้บัญญัติระวางโทษปรับขั้นต่ำไว้ นั้น เป็นอุปสรรคในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาล เพราะการลงโทษปรับตามอัตราขั้นสูงสุดและต่ำสุดที่มีกำหนดไว้ในกฎหมายเป็นการกำหนดอัตราโทษปรับที่แน่นอน (fixed sum) กล่าวคือ จะปรับได้ไม่ต่ำกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนด และต้องไม่เกินอัตราที่กฎหมายกำหนด เมื่อกฎหมายกำหนดโทษขั้นต่ำไว้ ศาลจะลงโทษต่ำกว่านั้นไม่ได้<sup>23</sup> แม้โดยเจตนาธรรมจะเป็นการแสดงให้ศาลทราบว่า ควรลงโทษไม่ต่ำกว่าอัตราโทษขั้นต่ำ แต่หากกรณีดังกล่าวมีเหตุผลโทษต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ ศาลก็ยังคงกำหนดให้ต่ำกว่าโทษขั้นต่ำได้ ดังนั้น การกำหนดโทษปรับไม่จำเป็นต้องกำหนดจำนวนอัตราโทษปรับไว้ตายตัว ควรปล่อยให้ศาลเป็นดุลพินิจของศาล โดยใช้หลักความร้ายแรงในการกระทำความผิดและหลักความเหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละราย

ในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลเพื่อก่อให้เกิดความเหมาะสมในการกำหนดโทษนั้น จะต้องคำนึงถึงลักษณะส่วนตัวของผู้กระทำความผิดอาญาในช่วงก่อนการพิพากษา (Personalisation des peines)<sup>24</sup> ศาลจะเป็นผู้มีบทบาทในการกำหนดโทษและ

<sup>23</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 849/2482.

<sup>24</sup> กรณีต่างกับการคำนึงถึงลักษณะส่วนตัวของผู้กระทำความผิดอาญาในช่วงระหว่างการลงโทษ (Individualisation des peines) ซึ่งเป็นช่วงภายหลังมีคำพิพากษาแล้ว กล่าวคือ ระหว่างที่นักโทษต้องรับโทษอยู่ในเรือนจำ การปรับใช้โทษให้เหมาะสมกับนักโทษแต่ละคนได้ถูกนำมาใช้อย่างกว้างขวางเพื่อวัตถุประสงค์ในการฟื้นฟูและปรับปรุงแก้ไข โดยศาลหรือองค์กรอื่นที่มีหน้าที่ควบคุมดูแลนักโทษปรับใช้โทษให้เหมาะสมกับนักโทษแต่ละคนเพื่อส่งเสริมการฟื้นฟูปรับปรุงแก้ไขให้จำเลย พร้อมทั้งจะกลับเข้าใช้ชีวิตในสังคมต่อไป อ้างถึงใน ปกป้อง ศรีสนิท. (2550). “การปรับใช้ให้เหมาะสมกับนักโทษแต่ละคน.” *บทบัญญัติ*. 63(2). น. 34.

ระยะเวลาการลงโทษให้เหมาะสมกับจำเลย โดยการพิจารณาถึงความหนักเบาของความผิดที่จำเลย ได้กระทำ เหตุบรรเทาโทษต่างๆ และลักษณะส่วนตัวของจำเลย<sup>25</sup> โดยการกระทำของมนุษย์ ถูกกำหนดจากปัจจัยต่างๆ มนุษย์ไม่สามารถเลือกกระทำได้อย่างอิสระ แต่มนุษย์ถูกกดดันหล่อหลอม จากสิ่งแวดล้อมและปัจจัยต่างๆ จนมีบุคลิกภาพที่บกพร่องและหัน ไปสู่การกระทำความผิด ดังนั้น การกระทำของมนุษย์เป็นผลมาจากปัจจัยหลายอย่างรวมกันซึ่งอยู่เหนือการควบคุมของมนุษย์ การกระทำความผิดจึงเกิดจากปัจจัยหลายอย่างรวมกันด้วย ซึ่งอาจแตกต่างกันออกไปในแต่ละบุคคล<sup>26</sup>

ดังนั้น การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษจึงต้องพิจารณาถึงบุคลิกภาพของผู้กระทำผิด เป็นสำคัญ ต้องคำนึงว่าจะกำหนดโทษอย่างไรจึงจะแก้ไขบุคลิกภาพที่ไม่เหมาะสม ให้กลายเป็น บุคลิกภาพที่เหมาะสมได้ ในการลงโทษจะต้องพิจารณาประวัติความเป็นมาของผู้กระทำความผิด เสียก่อน โดยต้องพิจารณาทั้งอายุ ประวัติการศึกษา ประวัติการงานอาชีพ ฐานะทางเศรษฐกิจฯ สิ่งเหล่านี้จะต้องได้รับการพิจารณาก่อนการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ การลงโทษจึงออกมา ในรูปแบบที่เหมาะสมกับบุคลิกภาพของแต่ละบุคคล ซึ่งสอดคล้องกับความเห็นของอาจารย์จิตติ ที่เห็นว่า “ภายในขอบเขตนั้นศาลใช้ดุลพินิจได้ตามสมควร เพราะแต่ละคดีผู้กระทำความผิดแต่ละคน ย่อมมีพฤติการณ์แตกต่างกัน จะลงโทษเท่ากันเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันเสียทุกเรื่องทุกราย กลับกลายเป็นว่าไม่ยุติธรรมไป กลายเป็นให้การกระทำและผู้กระทำที่ไม่เหมือนกันต้องรับโทษ เท่ากัน ผิดหลักเรื่องความเสมอภาคในการลงโทษ”<sup>27</sup> และยังสอดคล้องกับผลการวิเคราะห์ ความคิดเห็นที่มีต่อการกำหนดโทษทางอาญา ในหัวข้อ “การลงโทษปรับควรคำนึงถึงฐานะ ผู้กระทำผิด” ที่สรุปว่าการลงโทษด้วยการเสียค่าปรับควรคำนึงถึงฐานะของผู้ที่ถูกลงโทษด้วย<sup>28</sup>

<sup>25</sup> หลักการเช่นเดียวกับในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งการที่ศาลจะพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิดในกฎหมาย ฝรั่งเศสในปัจจุบัน ไม่ได้พิจารณาเฉพาะแต่การกระทำความผิดและความร้ายแรงของการกระทำความผิดเท่านั้น แต่ได้พิจารณาถึงตัวผู้กระทำความผิดด้วยว่าเป็นอย่างไร ตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 132-24 บัญญัติว่า “ภายใต้ข้อจำกัดตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ศาลเป็นผู้ลงโทษอาญาและกำหนดโทษ โดยคำนึงถึง พฤติการณ์แห่งการกระทำความผิดและลักษณะของผู้กระทำความผิดในกรณีที่ศาลพิพากษาลงโทษปรับ จะต้อง กำหนดโทษปรับโดยคำนึงถึงรายได้และภาระของผู้กระทำความผิดด้วย” โปรคดู ณรงค์ โจหาญ และคณะ. (2549). *ศึกษาความเป็นไปได้ในการกำหนดชั้นโทษและการนำไปปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา* (รายงานผลการวิจัย). น. 146.

<sup>26</sup> นที จิตสว่าง (2548) *หลักทฤษฎีวิทยา*. น.24

<sup>27</sup> จิตติ ดิงศักดิ์. (2546). *กฎหมายอาญา ภาค 1*. หน้า 1180.

<sup>28</sup> คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2548). *โครงการยุติธรรมโพล “การกำหนดโทษทางอาญา ในประเทศไทย” (ครั้งที่ 2)* (รายงานผลการวิจัย). เสนอสำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม น.22 และน.74.

เมื่อการกำหนดอัตราโทษปรับขั้นต่ำทำให้ศาลไม่อาจใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษได้อย่างเต็มที่ จึงเห็นควรเพิ่มเครื่องมือให้กับศาลในการใช้ดุลพินิจให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละราย และให้สอดคล้องกับทฤษฎีการลงโทษ โดยการบัญญัติไว้เฉพาะแต่เพียงโทษปรับขั้นสูง การบัญญัติเช่นนี้ก่อให้เกิดความยืดหยุ่นของโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด หากศาลเห็นว่าพฤติการณ์แห่งการกระทำความผิดบุคคลนั้นมีผลกระทบร้ายแรงต่อสังคมและเศรษฐกิจมาก ศาลก็จะกำหนดโทษปรับให้ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการกระทำความผิดนั้นๆ โดยอาจใช้แนวทางการกำหนดโทษ ดังเช่นของประเทศเยอรมนีหรืออังกฤษ เป็นต้น เพื่อให้ศาลลงโทษน้อยเท่าใดก็ได้ เช่นนี้เป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติให้อำนาจการใช้ดุลพินิจแก่ศาลในการลงโทษผู้กระทำความผิด ซึ่งเป็นลักษณะเดียวกับประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสฉบับปัจจุบัน

ประกอบกับเมื่อทำการศึกษาเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ที่มีลักษณะเป็นความผิดทางทรัพย์สินทางปัญญาเช่นเดียวกัน ซึ่งบัญญัติบทกำหนดโทษในมาตรา 108 และมาตรา 109 ได้มีการบัญญัติไว้แต่เฉพาะโทษปรับขั้นสูง ซึ่งศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลางสามารถที่จะใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษปรับให้เหมาะสมกับความน่าตำหนิหรือความชั่วของผู้กระทำความผิดแต่ละรายได้ และมีความยืดหยุ่นในกรณีที่สภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไป ศาลก็สามารถปรับใช้ดุลพินิจกำหนดโทษให้เกิดความเหมาะสมกับกรณีๆ ไป จึงขอเสนอแนวทางการแก้ปัญหาคือข้อจำกัดของบทกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ดังกล่าว โดยเสนอให้ยกเลิกบทบัญญัติกฎหมายที่กำหนดอัตราโทษปรับขั้นต่ำ ในมาตรา 69 และมาตรา 70 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

โดยแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 69 จากเดิมซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงตามมาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 30 หรือมาตรา 52 ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำเพื่อการค้า ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสี่ปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงแปดแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

บัญญัติใหม่โดยตัดข้อความในส่วน of ระวังโทษปรับขั้นต่ำออก กล่าวคือ ตัดคำว่า “ตั้งแต่สองหมื่นบาทถึง” ในวรรคหนึ่งออก และตัดคำว่า “ตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึง” ในวรรคสองออก เพิ่มถ้อยคำว่า “ไม่เกิน” เข้าไปแทนที่ โดยมีข้อความในมาตรา 69 ใหม่ว่า

“ผู้ใดกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงตามมาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 30 หรือมาตรา 52 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองแสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำเพื่อการค้า ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสี่ปี หรือปรับไม่เกินแปดแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

นอกจากนี้ควรแก้ไขมาตรา 70 จากเดิมซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 31 ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงหนึ่งแสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำเพื่อการค้า ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงสองปี หรือปรับตั้งแต่ห้าหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

บัญญัติใหม่โดยตัดข้อความในส่วนของการระวางโทษปรับขั้นต่ำออก กล่าวคือ ตัดคำว่า “ตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึง” ในวรรคหนึ่งออก และตัดคำว่า “ตั้งแต่ห้าหมื่นบาทถึง” ในวรรคสองออก เพิ่มถ้อยคำว่า “ไม่เกิน” เข้าไปแทนที่ โดยมีข้อความในมาตรา 70 ใหม่ว่า

**“ผู้ใดกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 31 ต้องระวางโทษไม่เกินหนึ่งแสนบาท**

**ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำเพื่อการค้า ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงสองปี หรือปรับไม่เกินสี่แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”**

ทั้งนี้ เพื่อเป็นการเปลี่ยนแปลงโดยมอบอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติที่บัญญัติกรอบอัตราโทษของกฎหมายขึ้นต่ำ ให้เป็นอำนาจตุลาการในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษได้อย่างเหมาะสมกับความร้ายแรงของสภาพความผิดและความน่าตำหนิของผู้กระทำผิดแต่ละรายบุคคล

## 5.2 วิเคราะห์สภาพปัญหาและแนวทางการแก้ปัญหาการลงโทษอาจไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ

### 5.2.1 สภาพปัญหา

ปัญหาว่าการลงโทษอาจไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษในกรณีที่ศาลเห็นว่าโทษปรับขั้นต่ำมีจำนวนสูงเกินสมควร จึงหันไปใช้โทษจำคุก โดยให้รื้อการกำหนดโทษจำคุกไว้หากต่อมาผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดซ้ำอีก ศาลจะกำหนดโทษจำคุกที่รอไว้ในคดีแรกแล้วนำมาบวกเข้ากับโทษจำคุกในคดีหลัง มีผลให้ผู้กระทำความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์รายเล็กซึ่งมีของกลางจำนวนเพียงเล็กน้อยต้องรับโทษหนักกว่าผู้ที่ละเมิดลิขสิทธิ์รายใหญ่ซึ่งของกลางมีจำนวนมากกว่า กรณีดังกล่าวทำให้วัตถุประสงค์การลงโทษไม่บรรลุผล ความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายก็จะถูกลดคุณค่าลงเพราะประชาชนทั่วไปอาจขาดความเคารพเชื่อถือต่อกฎหมาย อีกทั้งไม่เป็นธรรมต่อผู้เสียหายผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งมีสิทธิจะได้รับเงินค่าปรับจำนวนกึ่งหนึ่งอีกด้วย

กรณีตัวอย่าง เช่น ในกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์ประเภทภาพยนตร์ โดยการนำแผ่นวีดีโอ (วีซีดี) ภาพยนตร์ซึ่งได้มีผู้ทำซ้ำหรือคัดแปลงขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้เสียหายรวมจำนวน 8 แผ่น ออกขาย เสนอขายและมีไว้เพื่อขาย อันเป็นการกระทำเพื่อแสวงหากำไร

ในทางการค้า<sup>29</sup> ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง จะพิพากษาให้รื้อการกำหนดโทษไว้มีกำหนด 1 ปี หรือ 2 ปี โดยไม่พิพากษาลงโทษปรับ เป็นปัญหาที่สืบเนื่องมาจากการบัญญัติอัตราโทษปรับขั้นต่ำ ดังที่กล่าวไว้ในข้อ 5.1.1 หากต่อมาผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดซ้ำอีก จะถูกกำหนดโทษจำคุก และบวกเข้ากับโทษจำคุกในคดีหลัง ซึ่งมีผลทำให้ผู้กระทำความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์รายเล็ก ซึ่งของกลางมีจำนวนเล็กน้อยกลับต้องรับโทษที่หนักกว่าผู้ที่ละเมิดลิขสิทธิ์รายใหญ่ซึ่งของกลาง มีจำนวนมากกว่า และอาจกล่าวได้ว่าผู้กระทำความผิดในคดีละเมิดลิขสิทธิ์ส่วนใหญ่ในกรณีนี้ ของกลางมีจำนวนเพียงเล็กน้อยกลับไม่ได้รับโทษใดๆ เลย แม้จะกระทำความผิดจริง กรณีดังกล่าว อาจทำให้วัตถุประสงค์ในการลงโทษในคดีลิขสิทธิ์และคดีเครื่องหมายการค้าไม่ว่าจะเป็นทฤษฎี การแก้แค้นทดแทน ทฤษฎีการข่มขู่และยับยั้งอาชญากรรมนั้น ไม่บรรลุผล

### 5.2.2 วิเคราะห์

โดยจะวิเคราะห์ถึงความไม่สอดคล้องกับทฤษฎีการลงโทษ แบ่งออกเป็นการ วิเคราะห์รายละเอียดความไม่สอดคล้องกับทฤษฎีการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทน และ วิเคราะห์ความไม่สอดคล้องกับทฤษฎีการลงโทษเพื่อการข่มขู่และยับยั้งอาชญากรรม อีกทั้งจะทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของไทยและต่างประเทศ ดังนี้

#### 1. วิเคราะห์ความไม่สอดคล้องกับทฤษฎีการลงโทษ

เมื่อวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวโดยอาศัยทฤษฎีวัตถุประสงค์การลงโทษมาปรับแล้ว จะเห็นว่า การกระทำความผิดตามมาตรา 27 ถึงมาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่เป็นการกระทำเป็นความผิดเล็กน้อย ซึ่งผู้กระทำมิได้มีปัญหาเกี่ยวกับการกลับคืนสู่สังคม ทฤษฎี การข่มขู่ยับยั้งเฉพาะรายหรือทฤษฎีการป้องกันพิเศษจึงไม่น่าจะมีความสำคัญในลำดับต้นๆ ในกรณีนี้ อย่างไรก็ตาม หากปล่อยให้มีการกระทำความผิดลักษณะนี้เรื่อยไป ความยุติธรรม ตามเนื้อหาที่ไม่อาจจะเกิดขึ้นได้โดยสมบูรณ์ เพราะกฎหมายอาญาสารบัญญัติไม่ถูกนำไปใช้บังคับ ทฤษฎีการข่มขู่ยับยั้งทั่วไปหรือทฤษฎีการป้องกันทั่วไปที่มุ่งยับยั้งมิให้ประชาชนโดยทั่วไป ตัดสินใจไปกระทำความผิดก็ไม่ควรที่จะถูกมองข้ามไป นอกจากนั้น ยังอาจพิจารณาได้ในอีกแง่มุม หนึ่งว่า บทบัญญัติของกฎหมายที่ห้ามการละเมิดลิขสิทธิ์หรือเครื่องหมายการค้านี้ มุ่งคุ้มครองความคิด สร้างสรรค์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ในตนเองเดียวกับที่ความผิดฐานลักทรัพย์มุ่งคุ้มครอง กรรมสิทธิ์ ทฤษฎีการแก้แค้นทดแทนที่ว่า “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” (an eye for an eye, a tooth for a tooth) จึงน่าจะมีบทบาทสำคัญ โดยความสำคัญของทฤษฎีการแก้แค้นทดแทนยังถูกสะท้อน ให้เห็นในมาตรา 76 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ด้วย ในบทบัญญัติที่ให้เจ้าของลิขสิทธิ์

<sup>29</sup>คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดง ที่ อ.474/2556

มีสิทธิได้รับเงินเป็นจำนวนกึ่งหนึ่งของค่าปรับที่ศาลลงโทษ เมื่อเป็นเช่นนี้การลงโทษจำคุกหรือการรอกำหนดโทษจึงไม่สอดคล้องทฤษฎีวัตถุประสงค์การลงโทษ โดยแยกพิจารณาได้ดังนี้

1) กรณีไม่สอดคล้องทฤษฎีการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทน

ตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทน โทษที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับนั้นจะต้องได้สัดส่วนพอดีกับทั้งสภาพและความหนักเบาของความผิดของจำเลย ดังนั้น หลักการพิจารณาในเรื่องสัดส่วนของโทษจะต้องพิจารณาถึงสภาพและความหนักเบาของความผิด ซึ่งประกอบด้วย ความร้ายแรงของความเสียหายในทางการกระทำและผลต่อสังคมอันเกิดจากการทำความผิดนั้น โดยพิจารณาเงื่อนไข 3 ประการประกอบกัน กล่าวคือ การลงโทษต้องเป็นการทดแทนความเสียหายเพื่อทดแทนหรือแก้แค้นให้แก่ผู้เสียหาย และต้องทำให้ผู้เสียหายรู้สึกพอใจและคิดว่าเป็นการกระทำที่ยุติธรรมแล้ว เนื่องจากการลงโทษต้องกระทำเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม อีกทั้งการลงโทษยังจะต้องทำให้ผู้ที่กระทำความผิดและบุคคลอื่นที่เชื่อฟังกฎหมายตระหนักว่า บุคคลที่ละเมิดกฎหมายจะต้องถูกดำเนินคดีและจะต้องถูกลงโทษ และที่สำคัญการลงโทษจะต้องได้สัดส่วนกับความน่าตำหนิหรือความชั่วของผู้กระทำความผิด

เมื่อพิจารณาจากคดีละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีของกลางจำนวนเพียงเล็กน้อยดังที่ได้ยกตัวอย่างในข้อ 5.1.1 จะเห็นว่า การศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง พิพากษาว่าจำเลยกระทำความผิดแต่ให้รอกำหนดโทษจำคุกไว้นั้น ไม่สอดคล้องทฤษฎีการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทนที่มุ่งเน้นและให้ความสำคัญกับการลงโทษที่ได้สัดส่วนกับความน่าตำหนิ เพราะการลงโทษผู้กระทำความผิดด้วยวิธีให้รอกำหนดโทษไม่อาจทดแทนความเสียหายในทางเศรษฐกิจของผู้เสียหายได้ ไม่อาจทำให้ผู้เสียหายรู้สึกพอใจ ซึ่งจะทำให้ผู้เสียหายคิดว่าการลงโทษดังกล่าวไม่ยุติธรรมหรือไม่เป็นธรรมแต่อย่างใด

2) กรณีไม่สอดคล้องทฤษฎีการลงโทษเพื่อการข่มขู่และยับยั้งอาชญากรรม

การข่มขู่ยับยั้งโดยทั่วไปเป็นการลงโทษผู้กระทำความผิด แต่เพื่อวัตถุประสงค์ของการลงโทษตามทฤษฎีการป้องกันทั่วไปนี้ไม่ได้อยู่ที่การแก้แค้นทดแทนหรือการที่โทษทางอาญามีผลต่อตัวประชาชนโดยทั่วไปไปที่จะเป็นการยับยั้งไม่ให้คนกระทำความผิด ข่มขู่หรือป้องกันไม่ให้คนอื่นในสังคมกระทำความผิดแบบเดียวกันเพราะเกรงกลัวต่อการลงโทษ ด้วยความเชื่อที่ว่า การลงโทษผู้กระทำความผิดคนหนึ่งจะสามารถยับยั้งไม่ให้คนอื่นกระทำความผิดเช่นนั้นอีก อาจกล่าวได้ว่าทฤษฎีดังกล่าวเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิดอาญามาตั้งแต่เริ่มต้น โดยมีเป้าหมายหลักของการลงโทษเป็นไปเพื่อให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวซัดหาลาบไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก เพื่อแสดงให้เห็นบุคคลทั่วไปได้เห็นว่า การกระทำผิดนั้นย่อมจะต้องได้รับการลงโทษเสมอ ซึ่งนับเป็นการข่มขู่หรือป้องปรามบุคคลทั่วไปมิให้ก่ออาชญากรรมขึ้นในสังคม

ดังนั้น การที่จะให้ทฤษฎีว่าด้วยการป้องกันทั่วไปประสบผลสำเร็จจึงไม่ได้อยู่ที่การเพิ่มโทษ หากแต่อยู่ที่ประสิทธิภาพของการจับตัวผู้กระทำความผิดมาดำเนินคดีให้ได้ การใช้ดุลพินิจของศาลก็จำเป็นจะต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ประการลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่และยับยั้งด้วย โดยศาลต้องใช้ดุลพินิจให้ประชาชนเกิดความเชื่อมั่นและไว้วางใจต่อระบบกฎหมายที่มีจากการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษและลงโทษผู้กระทำความผิด

ส่วนกรณีคดีตัวอย่างการกระทำความผิดคดีละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีของกลางจำนวนเล็กน้อยซึ่งศาลอาจพิจารณาประเภทและราคาประกอบกัน เช่น ของกลางเพียง 1 ชิ้น 15 ชิ้น หรือ 30 ชิ้น เป็นต้น ศาลจะรอการกำหนดโทษให้ ซึ่งมีผลเท่ากับผู้กระทำความผิดกลับไม่ถูกลงโทษจริงทั้งปรับหรือจำคุกใดๆ ผู้กระทำความผิดจึงจะไม่เข็ดหลาบต่อการกระทำความผิดนั้น และมีหลายคดีที่มีผู้กระทำความผิดดังกล่าวกลับมากระทำความผิดซ้ำอีกในลักษณะเช่นเดิม ซึ่งกรณีนี้ไม่สอดคล้องการข่มขู่ยับยั้งเฉพาะรายที่เป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อให้ผู้กระทำความผิดนั้นเข็ดหลาบต่อการลงโทษ และไม่กล้ากลับมากระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก อันแสดงให้เห็นว่าภารกิจของกฎหมายอาญาในการสร้างและรักษาความสงบเรียบร้อย ความปลอดภัยและความมั่นคงของสังคมนั้น ไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ในการลงโทษได้อย่างแท้จริง

อีกทั้ง หากมีการกระทำความผิดทางอาญาเกิดขึ้น แต่ผู้กระทำความผิดกลับไม่ได้รับโทษ ก็จะเป็นพฤติกรรมที่นำไปสู่การเลียนแบบการกระทำความผิด กล่าวคือ อาจเนื่องมาจากการใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษโดยการรอการลงโทษแทนการลงโทษปรับ ที่ทำให้ประชาชนไม่เคารพกฎหมาย ขาดความเชื่อมั่นต่อระบบกฎหมายและนำไปสู่การเลียนแบบการกระทำความผิด

## 2. วิเคราะห์เปรียบเทียบการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของไทยและต่างประเทศ

กฎหมายของประเทศไทยไม่ได้บัญญัติหลักการในเรื่องของการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษไว้ชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร มีเพียงแนวทางในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษพอสรุปได้ว่า การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษจะต้องคำนึงถึงสิ่งต่อไปนี้ คือ

- 1) ต้องเป็นกลางปราศอคติ
- 2) ต้องเป็นไปตามอัตราโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมาย
- 3) ต้องคำนึงถึงทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษ
- 4) การกำหนดโทษต้องอยู่ภายใต้มาตรฐานเดียวกัน กล่าวคือ ต้องเป็นไปตามบัญญัติอัตราโทษ (ยึดถือ) ที่กำหนดไว้
- 5) ต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงต่างๆ ในคดี เช่น สภาพและพฤติการณ์แห่งการกระทำความผิด ลักษณะของผู้กระทำความผิด ลักษณะของผู้ถูกทำร้าย ประโยชน์ของรัฐ ผลของการกระทำความผิด ขนบธรรมเนียมประเพณีท้องถิ่น สาเหตุแห่งการกระทำความผิด เป็นต้น

แนวทางการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษของประเทศไทยในปัจจุบันที่กล่าวไว้นั้น พิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้พิพากษาซึ่งเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษจะต้องใช้ดุลพินิจด้วยความเป็นกลางปราศอคติ เป็นไปตามอัตราโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมาย เช่น ไม่ต่ำกว่าระวางโทษขั้นต่ำและไม่สูงกว่าระวางโทษขั้นสูงที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือไม่สูงกว่าระวางโทษขั้นสูงที่กฎหมายกำหนดไว้ เป็นต้น ทั้งนี้จะต้องพิจารณาถึงทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษ ซึ่งในความผิดตามกฎหมายลิขสิทธิ์และกฎหมายเครื่องหมายการค้า นั้น น่าจะมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษมุ่งเน้นที่ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนความผิด และทฤษฎีการข่มขู่และยับยั้งอาชญากรรมเป็นสำคัญ ซึ่งการยับยั้งไม่ให้คนกระทำความผิด โดยการปราบปรามไม่ให้ผู้กระทำความผิดนั้นคิดทำผิดขึ้นอีก และป้องกันไม่ให้คนอื่นในสังคมกระทำความผิดแบบเดียวกันอันเป็นพฤติกรรมเลียนแบบการกระทำความผิดทำให้ประชาชนทั่วไปเคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย (การข่มขู่ยับยั้งทั่วไป) และทำให้ผู้กระทำความผิดเข็ดกลัวต่อการลงโทษ ไม่กล้ากลับมากระทำความผิดซ้ำอีก (การข่มขู่เฉพาะราย) โดยเห็นว่า มีลักษณะที่เป็นการป้องกันสังคม ซึ่งตรงกับทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกัน (ทฤษฎีการป้องกันทั่วไป และทฤษฎีการป้องกันพิเศษ) ตามกฎหมายเยอรมันนั่นเอง

ในทางปฏิบัติเพื่อให้การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษเป็นไปในทิศทางเดียวกัน จึงได้มีบัญญัติอัตราโทษ (ยึดถือ) กำหนดไว้ เพื่อให้ศาลใช้ดุลพินิจกำหนดโทษภายใต้มาตรฐานเดียวกัน ในข้อนี้มีผู้ให้ความเห็นไว้ว่า “...บัญญัติอัตราโทษไม่สามารถเป็นเครื่องมือที่จะนำไปจะนำไปสู่การบรรลุเป้าหมายของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่เป็นธรรมได้ เพราะบัญญัติอัตราโทษให้ความสำคัญเฉพาะแต่การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษในส่วนของความร้ายแรงของการกระทำความผิด อีกทั้งบัญญัติอัตราโทษยังเป็นสิ่งที่สวนทางกับการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษในส่วนของ การกำหนดโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดเป็นรายๆ ไป เพราะบุคคลย่อมมีความแตกต่างกันออกไปไม่ว่าจะเป็นในแง่ของพื้นฐานความเป็นมาของชีวิต สาเหตุของการกระทำความผิด เป็นต้น<sup>30</sup>” ซึ่งเห็นว่าความเห็นดังกล่าวน่าจะเป็นความเห็นที่ถูกต้อง

นอกจากนี้ การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลยังต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงต่างๆ ในคดี จากการศึกษาพบว่าในประเด็นนี้ความเห็นในทางคำราชของไทยดูเหมือนจะเป็นไปในแนวทางเดียวกัน จะแตกต่างกันไปบ้างในส่วนของรายละเอียดของข้อเท็จจริงว่า ข้อเท็จจริงใดบ้าง ที่ศาลจะต้องคำนึงเมื่อใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่แม้จะมีข้อดีในแง่ที่ทำให้ผู้พิพากษาสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง แต่ยังคงขาดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนซึ่งบัญญัติไว้อย่างชัดเจน

เมื่อเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายเยอรมัน ในทางทฤษฎีของระบบกฎหมายเยอรมันว่าด้วยเรื่องดุลพินิจในการลงโทษนั้นต้องแยกความแตกต่างระหว่างโทษอาญาที่กำหนดไว้

<sup>30</sup> สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. (2548). *การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ* (รายงานผลการวิจัย). น. 47

ในกฎหมาย และการใช้ดุลพินิจในการลงโทษโดยผู้พิพากษา ประเทศเยอรมนีได้มีหลักการว่าด้วยการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ (Grundsätze der Strafzumessung) บัญญัติไว้ชัดเจนในมาตรา 46 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (StGB) โดยในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษต้องพิจารณาถึงความน่าคำห็นเป็นหลักสำคัญ กล่าวคือ ความน่าคำห็นนั้นเป็นสิ่งที่ผู้พิพากษาจะต้องคำนึงถึง และใช้ดุลพินิจชั่งน้ำหนักเพื่อที่จะกำหนดโทษให้มีความเหมาะสมแก่ความน่าคำห็นและเป็นการกำหนดโทษที่เป็นธรรม (มาตรา 46 (1) ประโยคแรก) และมาตราดังกล่าวยังวางหลักให้ศาลต้องคำนึงถึงผลที่คาดว่าจะเกิดขึ้นจากการลงโทษต่อชีวิตของผู้กระทำความผิดที่จะใช้ชีวิตในสังคมในอนาคตด้วย (ในมาตรา 46 (1) ประโยคที่สอง) อาจกล่าวได้ว่า ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ ผู้พิพากษาไม่ได้พิจารณาวัตถุประสงค์ของการลงโทษอยู่ที่การแก้แค้นทดแทนเท่านั้น ในขณะที่เดียวกันต้องคำนึงถึงทฤษฎีการป้องกันทั่วไปซึ่งเป็นวัตถุประสงค์หนึ่งของการลงโทษที่มีไว้เพื่อภารกิจของกฎหมายอาญาในฐานะที่เป็นการคุ้มครองระเบียบของกฎหมาย

และศาลยังต้องพิจารณาข้อเท็จจริงต่างๆ ในคดีตามที่บัญญัติไว้ (มาตรา 46 (2)) เพื่อเป็นแนวทางในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่ใช้ในการพิจารณากับความผิดอาญาทุกประเภท และผู้พิพากษาจะต้องชั่งน้ำหนักของข้อเท็จจริงแห่งคดีทั้งที่เป็นผลดีและผลร้ายแก่ตัวผู้กระทำความผิด โดยจะต้องนำข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษมาพิจารณาคบคู่กับวัตถุประสงค์ในการลงโทษตามหลักการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษเพื่อที่จะได้กำหนดว่าจะเอาทฤษฎีการลงโทษใดเป็นตัวตั้ง เป็นข้อเท็จจริงที่จะใช้ในการกำหนดระดับของความน่าคำห็น รวมทั้งความจำเป็นที่จะใช้การป้องกันพิเศษที่แตกต่างกันออกไปได้ด้วย ภายหลังจากนั้นก็ให้นำผลที่ได้มาชั่งน้ำหนักกัน ตามมาตรา 46 (1) นอกจากนี้ ข้อเท็จจริงต่างๆ ในคดีที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิดอยู่แล้วจะต้องไม่ถูกนำมาพิจารณาอีก (ตามมาตรา 46 (3)) ด้วย

อีกทั้งยังมีขั้นตอนกระบวนการในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษที่ชัดเจน โดยมีขั้นตอนการกำหนดวัตถุประสงค์ในการลงโทษ เมื่อวัตถุประสงค์ของการลงโทษมีความชัดเจนแน่นอนแล้วจึงจะสามารถวินิจฉัยได้ว่าข้อเท็จจริงใดบ้างในคดีที่จะเป็นข้อเท็จจริงที่มีความสำคัญต่อการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ ขั้นตอนต่อมาคือ การค้นหาข้อเท็จจริงสำหรับใช้ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ ซึ่งจะต้องมีการตรวจสอบข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษ เป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อเท็จจริงต่างๆ เฉพาะคดีไป และขั้นตอนสุดท้าย คือ การอธิบายถึงข้อพิจารณาของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ<sup>31</sup> อันเป็นการประสานข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษให้เข้ากับวัตถุประสงค์ในการลงโทษอย่างมีเหตุมีผล โดยปราศจากข้อโต้แย้งใดๆ

<sup>31</sup> โปรตดู บทที่ 4 หัวข้อที่ 4.1.2 ขั้นตอนกระบวนการในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ

เมื่อเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายอังกฤษ พิจารณาเห็นว่าได้มีการบัญญัติเป็นกฎหมายว่าด้วยเรื่องการลงโทษของศาล โดยกฎหมายหลักที่กำหนดหลักเกณฑ์การลงโทษของศาลในปัจจุบัน มีกฎหมายหลักอยู่ 3 ฉบับคือ the Criminal Justice Act 1991, the Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000 และ the Criminal Justice Act 2003 นอกจากกฎหมายหลักทั้ง 3 ฉบับดังกล่าว ในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษยังต้องคำนึงถึงแนวทางการกำหนดโทษตาม Sentencing Guideline ด้วย ซึ่งผลของแนวทางการกำหนดโทษ เมื่อประกาศออกมาแล้ว CJA 2003 มาตรา 172 กำหนดให้ผู้พิพากษาต้องถือตามแนวทางการกำหนดโทษ ในการกำหนดโทษผู้กระทำความผิด และต้องบังคับให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่แนวทางการกำหนดโทษระบุไว้

ทั้งนี้ แนวทางการกำหนดโทษนั้นมีพื้นฐานในการจัดทำเพื่อต้องการให้การลงโทษในอังกฤษมีความเสมอภาคและเป็นแนวทางเดียวกันทั่วประเทศ เป็นแนวทางให้ศาลในอังกฤษและเวลส์ใช้เพื่อกำหนดโทษในความผิดที่ระบุไว้ใน Guidelines เป็นแนวทางในการเสริมสร้างประสิทธิภาพในการลงโทษเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ เพื่อเป็นการส่งเสริมให้ประชาชนเชื่อมั่นในกระบวนการยุติธรรม และเพื่อนำนโยบายในการกำหนดโทษของ the Council มาใช้ให้เกิดผลในทางปฏิบัติจริง

จากบทวิเคราะห์ข้างต้น จะเห็นได้ว่า หลักกฎหมายเยอรมันและหลักกฎหมายของอังกฤษ มีการบัญญัติแนวทางในเรื่องการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษไว้ชัดเจน เพื่อให้ศาลถือตามแนวทางดังกล่าว และต้องบังคับให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์แนวทางการกำหนดโทษระบุไว้ หลักกฎหมายของ 2 ประเทศดังกล่าวมีความแตกต่างกันในรายละเอียดของหลักการอยู่บ้าง โดยตามหลักกฎหมายเยอรมันว่าด้วยการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษจะมีความละเอียดและชัดเจนมากกว่ากฎหมายอังกฤษอยู่เล็กน้อย ทั้งในหลักเกณฑ์ แนวทาง และขั้นตอนกระบวนการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ สมควรที่จะนำมาเป็นแนวทางในการพัฒนาปรับปรุงกฎหมายของไทยต่อไป

### 5.2.3 แนวทางการแก้ปัญหา

การใช้ดุลพินิจเกี่ยวกับการกำหนดโทษเป็นอำนาจโดยแท้ของศาล ไม่มีกฎหมายบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ และสิ่งที่เป็นหลักอยู่เบื้องหลังการใช้ดุลพินิจทำนองนี้ก็คือความเหมาะสมในการลงโทษและความสอดคล้องกับความน่าตำหนิหรือความชั่วของผู้กระทำ ถ้าพิจารณาตามหลักกฎหมายเยอรมันแล้วจะเห็นได้ว่าในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ ศาลเยอรมันจะคำนึงถึงทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษทั้งสามทฤษฎี อันได้แก่ทฤษฎีแก้แค้นทดแทน ทฤษฎีป้องกันทั่วไป และทฤษฎีป้องกันพิเศษ ประกอบกัน กล่าวคือ ทฤษฎีผสมผสานที่เน้นการแก้แค้นทดแทน โดยมีบทบัญญัติของกฎหมายกล่าวคือ มาตรา 46 ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน เป็นหลักกฎหมายที่จะให้ศาลใช้เป็นแนวทางในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ ในขณะที่ตามกฎหมายไทยไม่ได้มีการ

บัญญัติหลักการว่าด้วยการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษไว้อย่าง มาตรการ 46 ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อเท็จจริงใดที่ควรนำมาพิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ ดังนั้น จึงควรที่จะมีการบัญญัติมาตราดังกล่าวไว้ในกฎหมายอาญาของไทย โดยให้มีการบัญญัติเพิ่มเติมไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญามาตรา 17 ได้บัญญัติให้ใช้หลักเกณฑ์ของบทบัญญัติในภาค 1 แก่ความผิดตามกฎหมายอาญาอื่น<sup>32</sup> ซึ่งความผิดที่มีโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ก็ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น จึงนำหลักเกณฑ์ต่างๆ ในภาค 1 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับด้วย

จึงเสนอให้บัญญัติเพิ่มเติมหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย ภาค 1 ส่วนที่ 3 โดยเปลี่ยนชื่อส่วนที่ 3 จาก “วิธีการเพิ่มโทษ ลดโทษและการรอกการลงโทษ” และใช้ชื่อส่วนนี้ใหม่ว่า “หลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ วิธีการเพิ่มโทษ ลดโทษและการรอกการลงโทษ” โดยบัญญัติใหม่เป็นมาตรา 50/1 และให้มีข้อความดังนี้

“มาตรา 50/1 การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษต้องคำนึงถึงสิ่งต่อไปนี้

(1) ความน่าตำหนิของผู้กระทำความผิดเป็นพื้นฐานสำหรับการกำหนดโทษ ผลที่คาดว่าจะเกิดขึ้นจากการลงโทษสำหรับการใช้ชีวิตในสังคมในอนาคตของผู้กระทำความผิด จะต้องถูกนำมาพิจารณาประกอบด้วย

(2) ในการกำหนดโทษนั้น ให้ศาลใช้ดุลพินิจซึ่งนำหนักของข้อเท็จจริงในคดีทั้งที่เป็นผลดีและผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งมูลเหตุจูงใจและเป้าหมายที่วางไว้ของผู้กระทำความผิด ทักษะดีในทางศีลธรรมที่แสดงออกให้เห็นจากการกระทำผิดและความตั้งใจในการกระทำความผิด ระดับของการละเมิดต่อหน้าที่ รูปแบบของการกระทำความผิดและผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิดที่ตำหนิได้ ชีวิตที่แล้วมาของผู้กระทำความผิด ความสัมพันธ์ทางส่วนตัวและเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งความพยายามที่จะชดใช้ค่าเสียหายและความพยายามของผู้กระทำผิดที่จะให้ผู้เสียหายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิม

(3) ข้อเท็จจริงต่างๆ ในคดีที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิดอยู่แล้วจะไม่ถูกนำมาพิจารณาอีก”

หากมีบทบัญญัติเช่นนี้ น่าจะทำให้หลักการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของประเทศไทย มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น โดยศาลซึ่งเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษจะต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์

<sup>32</sup>ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 17 บัญญัติว่า “บทบัญญัติในภาค 1 แห่งประมวลกฎหมายนี้ ให้ใช้ในกรณีแห่งความผิดตามกฎหมายอื่นด้วย เว้นแต่กฎหมายนั้นๆ จะได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น”

ในการลงโทษอย่างจริงจังโดยพิจารณาเป็นรายกรณีไป เพื่อให้ภารกิจของกฎหมายอาญาบรรลุวัตถุประสงค์การลงโทษอย่างแท้จริง

ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษของผู้พิพากษาเป็นไปโดยสมบูรณ์ขึ้น จึงได้เสนอให้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษไว้ในกฎหมาย โดยเห็นพ้องด้วยคั้งที่มีผู้ให้ข้อเสนอแนะไว้ว่า “เพราะจะทำให้การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษของศาล เป็นไปในแนวทางเดียวกัน โดยเสนอให้บัญญัติหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษไว้ในกฎหมาย อย่างในกฎหมายอาญาเยอรมันมาตรา 46 ซึ่งไม่เพียงแต่จะทำให้การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ มีมาตรฐานเดียวกัน ยังจะทำให้การคำนึงถึงวัตถุประสงค์ในการลงโทษจากการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษ มีความชัดเจนขึ้น รวมทั้งหลักการที่ว่าโทษต้องได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการกระทำความผิด มีความชัดเจนขึ้นด้วย เพราะจะทำให้หลักดังกล่าวที่แต่เดิมเป็นแต่ความเห็นในทางตำรากลายเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้และผูกมัดศาลให้ต้องคำนึงถึงหลักการดังกล่าวในการใช้ดุลพินิจ กำหนดโทษ”<sup>33</sup>

### 5.3 วิเคราะห์สภาพปัญหาและแนวทางการแก้ปัญหาการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลกับการตีความคำว่า “พ้นโทษ”

#### 5.3.1 สภาพปัญหา

ประเด็นปัญหาประการที่สาม คือ ปัญหาการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลกับการตีความคำว่า “พ้นโทษ” ในกรณีที่จำเลยซึ่งเคยต้องโทษปรับตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หรือตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาก่อน และกลับมาก่อทำความผิดต่อพระราชบัญญัตินั้นซ้ำอีก โดยที่จำเลยยังอยู่ในระหว่างการขอผ่อนชำระค่าปรับต่อศาล ศาลจะไม่อาจวางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ตามมาตรา 73 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หรือวางโทษทวีคูณ ตามมาตรา 113 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ได้ ทั้งนี้ เพราะศาลเห็นว่าจำเลยยังไม่ “พ้นโทษ” ในคดีก่อน กรณีกลายเป็นว่าจำเลยที่ขอผ่อนชำระค่าปรับได้รับประโยชน์จากการตีความคำว่า “พ้นโทษ” กล่าวคือ ตราบไคที่จำเลยยังผ่อนชำระค่าปรับอยู่ ศาลถือว่าจำเลยยังไม่พ้นโทษในคดีก่อน จึงวางโทษเป็นสองเท่าหรือวางโทษทวีคูณไม่ได้ แต่จำเลยที่ชำระค่าปรับเต็มจำนวนในคราวเดียวกลับได้รับผลร้ายจากการตีความดังกล่าว เพราะศาลสามารถวางโทษเป็นสองเท่าหรือวางโทษทวีคูณในคดีหลังได้ทันทีที่จำเลยชำระค่าปรับครบถ้วน กรณีดังกล่าว

<sup>33</sup> สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. เล่มเดิม. น. 48.

ไม่น่าจะตรงตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัติของกฎหมาย มาตรา 73 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และมาตรา 113 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

จากการศึกษาถึงขั้นร่างกฎหมายของชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา และในชั้นการประชุมของรัฐสภาของกฎหมายมาตรา 73 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และมาตรา 113 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับเรื่องการวางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นหรือการวางโทษทวีคูณ ปรากฏความมุ่งหมายที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดตามกฎหมายลิขสิทธิ์หรือกฎหมายเครื่องหมายการค้าที่ได้กลับมามีการกระทำความผิดซ้ำอีก จึงได้บัญญัติให้ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษทวีคูณ คือเป็นสองเท่าของระวางโทษตามที่กฎหมายมาตรานั้นๆ กำหนดไว้ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายอื่นๆ ไม่เคยมีการบัญญัติหลักการเช่นนี้ไว้

เมื่อพิจารณามติบทบัญญัติในเรื่องของการกระทำความผิดซ้ำตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ประกอบกับเหตุผลในชั้นการร่างกฎหมายทั้งสามฉบับดังกล่าวแล้ว มีข้อสังเกตว่า ถ้อยคำว่า “วางโทษทวีคูณ” กับคำว่า “วางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กำหนดไว้” แม้ถ้อยคำจะแตกต่างกันอยู่บ้างแต่ก็มีหลักการเป็นอย่างเดียวกัน กล่าวคือ เป็นการเพิ่มระวางโทษตามกฎหมายเป็นสองเท่าในกรณีที่มีการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินั้นซ้ำอีก เนื่องจากเพราะการที่บุคคลนั้นมากระทำความผิดขึ้นอีก ย่อมแสดงว่าบุคคลนั้นไม่เจตนา

### 5.3.2 วิเคราะห์

โดยจะทำการวิเคราะห์ถึงที่มาและลักษณะพิเศษของบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในเรื่องการวางโทษเป็นสองเท่าหรือการวางโทษทวีคูณ และวิเคราะห์ปัญหาการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลกับการตีความคำว่า “พ้นโทษ”

1. วิเคราะห์ที่มาและลักษณะพิเศษของบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในเรื่องการวางโทษเป็นสองเท่าหรือวางโทษทวีคูณ

จากการศึกษาพบว่า ได้เริ่มมีการบัญญัติหลักการการวางโทษเป็นสองเท่าหรือการวางโทษทวีคูณดังกล่าวเป็นครั้งแรกไว้ในร่างกฎหมายลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 โดยในการพิจารณา วาระที่ 1 และที่ 2 ของร่างกฎหมายฉบับดังกล่าว ได้มีการพิจารณาเทียบเคียงหลักเกณฑ์ต่างๆ จากมาตรา 92 และมาตรา 93 ของประมวลกฎหมายอาญาเป็นสำคัญ

ในปัจจุบัน หลักเกณฑ์ในเรื่องการวางโทษเป็นสองเท่าได้บัญญัติอยู่ในมาตรา 73 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เช่นเดียวกับกับการวางโทษทวีคูณ ซึ่งได้บัญญัติอยู่ในมาตรา 113 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 อันมีลักษณะเป็นบทบัญญัติพิเศษที่บัญญัติขึ้นมาเพื่อ

อุดช่องว่างของกฎหมายทั่วไปในมาตรา 92 ประมวลกฎหมายอาญา หลักในเรื่องการกระทำความผิด อีกจะเพิ่มโทษที่จะลงหนึ่งในสามและมาตรา 93 ประมวลกฎหมายอาญา การเพิ่มโทษที่จะลงหนึ่งในสอง แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้น ใช้ได้เฉพาะกับกรณีโทษจำคุกเท่านั้น ไม่สามารถเพิ่มโทษกรณีศาลลงโทษปรับได้ อีกทั้งมาตรา 92 และ 93 เป็นกรณีที่เพิ่มโทษจากโทษที่ศาลกำหนด มิใช่เพิ่มระวางโทษตามที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งต่างกับมาตรา 73 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และมาตรา 113 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

2. วิเคราะห์ปัญหาการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลกับการตีความคำว่า “พ้นโทษ” แยกพิจารณาออกเป็น 3 กรณี ดังต่อไปนี้

1) กรณีที่คดีก่อนศาลพิพากษาให้ลงโทษปรับ

การที่ศาลอนุญาตให้ผ่อนชำระค่าปรับได้ไม่จำเป็นต้องยึดทรัพย์สินนั้น เป็นการใช้ดุลพินิจเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและเหมาะสม ซึ่งศาลดำเนินการได้ภายในเวลา 5 ปี ตามมาตรา 99 กรณีนี้ไม่ใช่เรื่องของการขยายเวลาตาม มาตรา 23 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เพราะไม่นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้กับประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นกฎหมายสารบัญญัติ<sup>34</sup> โดยศาลน่าจะหมายความว่า มาตรา 99 นั้น เป็นกำหนดเวลาล่วงเลยการลงโทษ ซึ่งเป็นกฎหมายสารบัญญัติจะขยายเวลาไม่ได้

ในทางปฏิบัติ จำเลยที่ไม่มีเงินเพียงพอชำระค่าปรับตามคำพิพากษาของศาลทั้งหมดสามารถขอชำระค่าปรับบางส่วนพร้อมกับยื่นต้องคำร้องขอผ่อนชำระค่าปรับตามคำพิพากษา<sup>35</sup> พร้อมกับต้องทำสัญญาขอปล่อยตัวชั่วคราวต่อศาลอีกฉบับหนึ่ง หากศาลพิจารณาเห็นสมควรก็จะอนุญาตตามคำร้องดังกล่าว โดยเป็นดุลพินิจของศาลที่จะพิจารณาความเหมาะสมเป็นรายกรณี ทั้งนี้ โดยมีประกันหรือหลักประกันต่อศาล หรือขอปล่อยตัวชั่วคราวโดยไม่มีประกันและหลักประกันก็ตาม เช่น จำเลยถูกศาลพิพากษาลงโทษปรับ 100, 000 บาท จำเลยมีเงินไม่พอที่จะชำระค่าปรับทั้งจำนวน จึงขอชำระค่าปรับเพียงบางส่วน และในส่วนที่เหลือขอผ่อนชำระค่าปรับต่อศาลเป็นรายเดือน ศาลพิจารณาเห็นควรอนุญาต โดยให้จำเลยชำระเงินบางส่วนจำนวน 60, 000 บาท ในส่วนที่เหลือให้ผ่อนชำระได้ โดยมีประกันหรือวางหลักประกันต่อศาลไว้ เป็นต้น ซึ่งหาก

<sup>34</sup>คำพิพากษาฎีกาที่ 1579/2521

<sup>35</sup>โดยมีข้อความว่า

“ข้อ 1 คดีนี้ศาลมีคำพิพากษาลงโทษปรับ (นาย/นาง/นางสาว) ....จำเลย เป็นเงินจำนวน....บาท แต่เนื่องจากจำเลยไม่มีเงินพอชำระค่าปรับ คงมีเงินเพียง....บาท ซึ่งจะขอชำระเป็นค่าปรับบางส่วนก่อน ส่วนค่าปรับที่เหลือจำนวน ....บาท จำเลยขอผ่อนชำระงวดละ....บาท จำนวน....งวด ทุกวันที่....ภายในระยะเวลา...เดือน/ปี...” โปรดดูภาคผนวก.

ขณะกระทำความผิดคดีหลัง จำเลยยังชำระค่าปรับในคดีก่อนไม่ครบถ้วน มีผลเท่ากับว่าจำเลยยังไม่พ้นโทษในคดีก่อน ศาลก็จะพิพากษาให้ยกคำขอให้วางโทษเป็นสองเท่า ตัวอย่างเช่น ก่อนหน้านี้จำเลยเคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดของศาลนี้ ในคดีหมายเลขแดงที่ อ.2721/2548 โดยถูกฟ้องว่าเมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม 2548 กระทำความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่นเพื่อการค้า และศาลได้พิพากษาให้ลงโทษจำคุก 1 เดือน 15 วัน และปรับ 26,000 บาท โดยโทษจำคุกให้รอการลงโทษไว้ 1 ปี โดยจำเลยมีเงินไม่พอที่จะชำระค่าปรับ จำเลยจึงขอชำระเพียงบางส่วนและที่เหลือขอผ่อนชำระต่อศาล ต่อมาวันที่ 15 พฤศจิกายน 2548 แต่ในระหว่างนั้น จำเลยกลับมากกระทำความผิดซ้ำฐานละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่นเพื่อการค้าซ้ำอีก ศาลพิพากษาว่าการกระทำของจำเลยเป็นความผิดแต่ละกระทำความผิดคดีนี้จำเลยยังชำระค่าปรับในคดีก่อนไม่ครบถ้วน จึงเป็นกรณีที่จำเลยยังไม่พ้นโทษในคดีก่อน ให้ยกคำขอให้วางโทษเป็นสองเท่า<sup>36</sup>

พิจารณาเห็นได้ว่าบทบัญญัติตามมาตรา 73 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และตามมาตรา 113 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ไม่สามารถใช้ได้กับกรณีที่จำเลยยังขอผ่อนชำระค่าปรับอยู่ ซึ่งเท่ากับจำเลยยังไม่พ้นโทษในคดีก่อน แม้บุคคลผู้ที่กระทำความผิดต้องระวางโทษตามพระราชบัญญัตินั้นๆ มาครั้งหนึ่งและกลับมากกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินั้นๆ อีก ในระหว่างที่จำเลยอยู่ระหว่างการผ่อนชำระค่าปรับ ศาลไม่สามารถวางโทษเป็นสองเท่าหรือวางโทษทวีคูณแก่จำเลยได้ ซึ่งพิจารณาเห็นว่าเป็นช่องว่างของกฎหมายในเรื่องการเพิ่มโทษ จึงเห็นสมควรเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมกรณีดังกล่าว

2) กรณีที่คดีก่อนศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุก ไม่ว่าจะมิโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตาม โดยโทษจำคุกนั้นศาลให้รอการลงโทษ แยกพิจารณาได้ 2 กรณี กล่าวคือ

(1) กรณีที่ศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุก มีแนวการตีความคำว่า “พ้นโทษ” ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6923/2551 วางหลักเกี่ยวกับในเรื่องนี้ไว้ว่า การที่ศาลรอการลงโทษไว้ยังถือไม่ได้ว่าจำเลยพ้นโทษไปแล้ว

(2) กรณีที่ศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และปรับ ไม่ว่าจะโทษจำคุกจะให้รอการลงโทษไว้หรือไม่ก็ตาม ตามคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 8878/2542 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1515/2543 ได้วางแนวทางไว้ว่า หากผู้กระทำชำระค่าปรับครบถ้วนในวันเวลาใด ก็ถือว่าพ้นโทษในวันที่ชำระค่าปรับนั้น แม้ยังอยู่ในระหว่างรอการลงโทษจำคุกก็ตาม เมื่อพ้นโทษแล้วยังไม่ครบกำหนด 5 ปี ได้กลับมากกระทำความผิดซ้ำอีก เช่นนี้ศาลสามารถวางโทษเป็นสองเท่าหรือวางโทษทวีคูณได้ ซึ่งฎีกาดังกล่าวมีใจความสำคัญว่า “...พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 113 ซึ่งบัญญัติไว้เป็นพิเศษ การพ้นโทษตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงรวมถึง

<sup>36</sup> คำพิพากษาศาลทฤษฎีสนทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.5385/2548

การพ้นโทษปรับในคดีก่อนด้วย ... ในการวางโทษทัณฑ์เมื่อบุคคลใดกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แล้วกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวอีก เมื่อพ้นโทษแล้วยังไม่ครบกำหนด 5 ปี ศาลวางโทษทัณฑ์ตามมาตรา 113 แก่จำเลยได้” เนื่องจากศาลเห็นว่าโทษปรับเป็นโทษอย่างหนึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18

การวางโทษเป็นสองเท่าตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หรือการวางโทษทัณฑ์ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 นั้น ต่างจากคำว่า “พ้นโทษ” ที่บัญญัติในมาตรา 92 และมาตรา 93 ประมวลกฎหมายอาญา อันย่อมหมายถึงพ้นโทษจำคุก เพราะมาตราดังกล่าวบัญญัติไว้ชัดเจนแล้วว่า “ในคดีก่อนผู้กระทำความผิดต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุก” ด้วยเหตุนี้ หากคดีก่อนศาลลงโทษจำคุกแต่รอการลงโทษ โดยศาลลงโทษปรับด้วย (โทษปรับจะรอการลงโทษไม่ได้) หากผู้กระทำชำระค่าปรับครบถ้วนในวันเวลาใด ก็ถือว่าพ้นโทษในวันที่ชำระค่าปรับนั้น หากผู้กระทำไปกระทำความผิดภายในเวลา 3 ปี หรือ 5 ปี นับแต่วันที่ชำระค่าปรับครบถ้วน และศาลในคดีหลังพิพากษาลงโทษจำคุกโดยไม่รอการลงโทษ จะมีการเพิ่มโทษตามมาตรา 92 หรือมาตรา 93 ไม่ได้ เพราะมาตรา 92 หรือมาตรา 93 หมายถึงภายในระยะเวลา 3 ปี หรือ 5 ปี นับแต่วันพ้นโทษจำคุกโดยได้รับโทษจำคุกจริงๆ มิใช่ นับแต่วันพ้นโทษปรับ<sup>37</sup>

3) กรณีที่คดีก่อนศาลพิพากษาว่าจำเลยมีความผิด แต่ให้รอการกำหนดโทษไว้ภายในระยะเวลาที่ศาลเห็นสมควร

กรณีจำเลยเคยกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หรือพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 และถูกศาลพิพากษาให้รอการกำหนดโทษไว้ โดยมีกำหนด 1 ปี หรือ 2 ปี หากต่อมาได้มากระทำความผิดตามพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวอีก แม้จำเลยกระทำความผิดในคดีนี้ภายในระยะเวลาที่ศาลรอการกำหนดโทษจำเลยในคดีดังกล่าว ศาลก็ไม่อาจวางโทษเป็นสองเท่าหรือวางโทษทัณฑ์ได้เนื่องจากการที่ศาลรอการกำหนดโทษไว้ ยังไม่ถือว่าจำเลย “พ้นโทษ” ไปแล้ว<sup>38</sup>

จาก 3 กรณีข้างต้น สามารถสรุปได้ว่า ถ้าคดีก่อนศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุกและปรับ หากผู้กระทำชำระค่าปรับครบถ้วนในวันเวลาใด ก็ถือว่าพ้นโทษในวันที่ชำระค่าปรับนั้น แม้ยังอยู่ในระหว่างรอการลงโทษจำคุกก็ตาม ถ้าพ้นโทษแล้วยังไม่ครบกำหนด 5 ปี ได้กลับมากระทำความผิดซ้ำตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวอีก เช่นนี้ศาลสามารถวางโทษเป็นสองเท่าหรือวางโทษทัณฑ์ได้ แต่หากเป็นกรณีที่คดีก่อนศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุก โดยโทษจำคุกให้รอการลงโทษ หรือคดีก่อนศาลให้รอการกำหนดโทษไว้ภายในระยะเวลาที่ศาลเห็นสมควร

<sup>37</sup> เกียรติจิตร วัจนะสวัสดิ์. (2551). คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. น. 942-943.

<sup>38</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4747/2553

มีหลักในการวินิจฉัยกรณี “พ้นโทษ” กล่าวคือ การที่ศาลรอการลงโทษไว้หรือรอการกำหนดโทษไว้ ยังถือไม่ได้ว่าจำเลยพ้นโทษ แม้จำเลยกระทำความผิดในคดีนี้ภายในระยะเวลาที่ศาลรอการลงโทษหรือรอกำหนดโทษจำเลยในคดีก่อนไว้ ศาลก็ไม่อาจวางโทษเป็นสองเท่าหรือวางโทษทวีคูณได้ เช่นเดียวกับกรณีที่คดีก่อนศาลพิพากษาให้ลงโทษปรับ และจำเลยยังชำระค่าปรับในคดีก่อน ไม่ครบถ้วน อยู่ระหว่างการขอผ่อนชำระค่าปรับ มีผลเท่ากับว่าจำเลยยังไม่พ้นโทษในคดีก่อน หากจำเลยมากระทำความผิดซ้ำ ศาลก็ไม่อาจวางโทษเป็นสองเท่าหรือวางโทษทวีคูณได้ จะต้องพิพากษาให้ยกค่าขอดังกล่าว

นอกจากนี้ ยังมีข้อที่จะต้องพิจารณาเกี่ยวกับรายละเอียดของวันกระทำความผิด กล่าวคือ การกระทำความผิดที่ถูกฟ้องครั้งหลังนั้น จะต้องเกิดขึ้นเมื่อศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษในคดีก่อนแล้ว ถ้าการกระทำความผิดที่ถูกฟ้องครั้งหลังได้เกิดขึ้นก่อนที่จะศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดในคดีก่อน เช่นนี้จะวางโทษเป็นสองเท่าตามมาตรา 73 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หรือวางโทษทวีคูณตามมาตรา 113 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ไม่ได้ เช่น โจทก์ฟ้องว่า เมื่อวันที่ 3 กันยายน 2556 จำเลยได้กระทำการเสนอจำหน่ายและมีไว้เพื่อจำหน่าย ซึ่งสินค้าเลียนเครื่องหมายการค้าของผู้อื่น โจทก์มีคำขอให้วางโทษทวีคูณตามมาตรา 113 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ศาลพิพากษาให้ลงโทษคงปรับ 2,500 บาท ค่าขออื่นนอกจากนี้ให้ยก ซึ่งความหมายของคำว่า “ค่าขออื่นให้ยก” นี้ หมายถึง ศาลพิพากษาให้ยกค่าขอของโจทก์ที่ขอให้วางโทษทวีคูณ ตามมาตรา 113 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 โดยศาลให้เหตุผลว่า เนื่องจากจำเลยกระทำความผิดในคดีนี้ก่อนศาลมีคำพิพากษาในคดีหมายเลขแดงที่ 3948/2556 ของศาลนี้ ซึ่งอัยการ โจทก์ฟ้องว่าจำเลยกระทำความผิด เมื่อวันที่ 3 ตุลาคม 2556 จึงมิใช่กรณีจำเลยกระทำความผิดภายหลังพ้นโทษแล้วยังไม่ครบกำหนดห้าปีตามมาตรา 113 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ไม่อาจวางโทษทวีคูณได้ ให้ยกค่าขอในส่วนนี้<sup>39</sup>

3. ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง ซึ่งได้มีการปรับใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษในเรื่องการขวางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นตามมาตรา 73 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หรือในเรื่องการขวางโทษทวีคูณ ตามมาตรา 113 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 เช่น

1) กรณีจำเลยกระทำความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่นเพื่อการค้า ซึ่งเป็นกรณีกระทำความผิดซ้ำหลายครั้ง โดยจำเลยได้นำแผ่นซีดีรอม (เอ็มพีสาม) รวม 15 แผ่น ซึ่งมีผู้ทำซ้ำ คัดแปลงขึ้น โดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้เสียหายทั้งสาม ออกขาย เสนอขายแก่บุคคลทั่วไป เพื่อแสวงหากำไร

<sup>39</sup> คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.115/2557

ในทางการค้า ศาลได้พิพากษาให้วางโทษเป็นสองเท่าตามที่กฎหมายกำหนดไว้ตามมาตรา 73 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 คงปรับ 50, 000 บาท<sup>40</sup> ซึ่งคดีนี้เป็นตัวอย่างในการบังคับใช้กฎหมายอย่างจริงจังของศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง เนื่องจากก่อนที่จำเลยจะถูกฟ้องเป็นคดีนี้ จำเลยได้เคยกระทำความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อการค้ามาแล้ว 5 ครั้ง ภายในระยะเวลาไม่ถึง 3 ปี ดังจะเห็นได้จากตารางสรุปข้อเท็จจริงการกระทำความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อการค้าของจำเลย ในคดีนี้

**ตารางที่ 5.1** ตารางสรุปข้อเท็จจริงการกระทำความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อการค้าของจำเลย ในคดีหมายเลขแดงที่ อ.4515/2556

ลำดับที่	หมายเลขคดีแดงที่	วันที่กระทำความผิด	จำนวนของกลาง (แผ่น)	โทษสุทธิตามคำพิพากษาเมื่อลดโทษแล้วกึ่งหนึ่ง
1	อ.4515/2556	13/06/2556	15	ปรับ 50, 000 บาท
2	อ.2272/2554	31/01/2556	12	รอกการกำหนดโทษ 1 ปี
3	อ.2240/2554	25/02/2554	107	ปรับ 25, 000 บาท
4	อ.2613/2554	28/04/2554	5	รอกการกำหนดโทษ 1 ปี
5	อ.2166/2554	22/02/2554	42	ปรับ 25, 000 บาท
6	อ.4865/2553	04/08/2554	38	รอกการกำหนดโทษ 1 ปี

**ที่มา:** รวบรวมจากคำพิพากษาของศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง

มีข้อสังเกตว่า ในกรณีของกลางมีจำนวนเล็กน้อย แต่ศาลมิได้รอกการกำหนดโทษนั้น อาจเพราะศาลได้พิเคราะห์แล้วเห็นว่า คดีดังกล่าวมีพฤติการณ์แห่งคดีไม่สมควรที่จะให้รอกการกำหนดโทษตามมาตรา 56 เช่น มีการกระทำความผิดก่อนหน้าหลายคดี และศาลได้รอกการกำหนดโทษไว้หลายครั้งแล้ว แต่จำเลยยังกลับมากระทำความผิดซ้ำเป็นคดีนี้อีก ดังนั้น แม้ของกลางในคดีนี้จะมีเพียงเล็กน้อย ศาลจึงเห็นควรลงโทษให้หลายจำโดยไม่รอกการกำหนดโทษอีก

ในเรื่องของวันกระทำความผิด ถ้ากระทำความผิดภายในกำหนดเวลาห้าปีนับแต่วันพ้นโทษในคดีก่อนแล้ว ก็จะต้องถูกวางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น หรือ

<sup>40</sup>คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.4515/2556

วางโทษทวิคูณ โดยพิจารณาที่วันกระทำความผิดเป็นสำคัญ ไม่ใช่พิจารณาวันที่ศาลมีคำพิพากษา ถ้าเข้าองค์ประกอบกฎหมาย มาตรา 73 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หรือมาตรา 113 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แล้ว แม้ศาลจะพิพากษาภายหลังจากวันที่พ้นโทษคดีก่อนเกิน 5 ปี ก็เข้าหลักเกณฑ์ที่ศาลสามารถวางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นหรือวางโทษทวิคูณได้

นอกจากนี้ ยังมีตัวอย่างพิพากษาที่ศาลได้วางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กฎหมายบัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้นตามมาตรา 73 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ในคำพิพากษาของศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.849/2556 อ.1461/2556 อ.1938/2556 อ.3615/2556 และ อ.3905/2556 เป็นต้น

2) กรณีจำเลยกระทำความผิดฐานจำหน่ายสินค้าปลอมเครื่องหมายการค้า ซึ่งเป็นการกระทำผิดซ้ำ เสนอจำหน่ายและมีไว้เพื่อจำหน่ายซึ่งสินค้าครอบโทรศัพท์ จำนวน 1 ชิ้น ศาลพิพากษาให้วางโทษทวิคูณตามมาตรา 113 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ปรับ 10,000 บาท จำเลยให้การรับสารภาพเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา มีเหตุบรรเทาโทษลดโทษให้กึ่งหนึ่ง คงปรับ 5,000 บาท<sup>41</sup>

ยังมีกรณีจำเลยกระทำความผิดฐานจำหน่ายสินค้าเลียนเครื่องหมายการค้าซึ่งเป็นการกระทำผิดซ้ำ จำเลยได้เสนอจำหน่ายและมีไว้เพื่อจำหน่ายซึ่งสินค้ากางเกงขาสั้น จำนวน 1 ตัว เพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อว่าเป็นเครื่องหมายการค้าที่แท้จริงของผู้เสียหาย ศาลพิพากษาวางโทษทวิคูณ ตามมาตรา 113 ให้ลงโทษปรับ 5,000 บาท จำเลยให้การรับสารภาพ ลดโทษให้กึ่งหนึ่ง คงปรับ 2,500 บาท<sup>42</sup>

นอกจากนี้ กรณีจำเลยกระทำความผิดความผิดทั้งฐานจำหน่ายสินค้าปลอมเครื่องหมายการค้าและฐานละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่นเพื่อการค้า ซึ่งเป็นการกระทำผิดซ้ำ โดยจำเลยได้ละเมิดลิขสิทธิ์โดยนำแผ่นดีวีดี โปรแกรมคอมพิวเตอร์ฯ รวม 130 แผ่น ซึ่งมีผู้ทำซ้ำ คัดแปลงขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้เสียหาย ออกขาย เสนอขายแก่บุคคลทั่วไป และจำเลยได้เสนอจำหน่ายและมีไว้เพื่อจำหน่ายเมมโมรี่สติ๊ก จำนวน 20 ชิ้น หูฟัง จำนวน 3 ชิ้น และแบตเตอรี่ จำนวน 4 ชิ้น อันเป็นเครื่องหมายการค้าปลอมที่มีผู้ทำปลอมเครื่องหมายการค้าที่แท้จริงของผู้เสียหาย ศาลพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า

<sup>41</sup>คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.1708/2556

<sup>42</sup>คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.1583/2556

พ.ศ. 2534 เป็นการกระทำหลายกรรมต่างกันให้ลงโทษทุกกรรมเป็นกระหนงความผิด รวมโทษทุกกระหนงปรับ 72, 000 บาท จำเลยให้การรับสารภาพลดโทษให้กึ่งหนึ่ง คงปรับ 36, 000 บาท<sup>43</sup>

กรณีตัวอย่างข้างต้น เป็นตัวอย่างที่ศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง ได้ปรับใช้ดุลพินิจในการการเพิ่มโทษเป็นสองเท่าตามมาตรา 73 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 หรือวางโทษทวีคูณตามมาตรา 113 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายดังกล่าวแล้ว ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้ที่กระทำความผิดซ้ำอีกได้เจ็ดหลาบกับโทษที่สูงขึ้นเป็นสองเท่า

### 5.3.3 แนวทางการแก้ปัญหา

ตามมาตรา 73 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และตามมาตรา 113 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์การวางโทษเป็นสองเท่าหรือการวางโทษทวีคูณไว้ แต่เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวใช้ไม่ได้กับกรณีที่จำเลยยังขอผ่อนชำระค่าปรับอยู่ เพราะจำเลย “ยังไม่พ้นโทษ” ในคดีก่อน ศาลจึงไม่สามารถใช้วางโทษเป็นสองเท่าหรือวางโทษทวีคูณแก่จำเลย ซึ่งการที่ศาลผ่อนเวลาให้โอกาสจำเลยสามารถผ่อนชำระค่าปรับได้โดยไม่ต้องยึดทรัพย์สินนั้น เป็นการใช้ดุลพินิจเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและเหมาะสม โดยศาลจะต้องดำเนินการได้ภายในเวลา 5 ปี ตามมาตรา 99 เท่านั้น

การที่จำเลยกลับมากระทำความผิดซ้ำตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวที่เคียดต้องระวางโทษก่อนแล้ว เป็นการกระทำที่ไม่เคารพต่อกฎหมาย ไม่รู้สำนึกเจ็ดหลาบกับโทษที่ศาลได้ลงโทษในคดีก่อน จึงเห็นสมควรแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายมาตรา 73 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และ มาตรา 113 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ให้ครอบคลุมกรณีที่จำเลยซึ่งอยู่ในระหว่างการขอผ่อนชำระค่าปรับมากระทำความผิดซ้ำอีก โดยเพิ่มเติมหลักการวางโทษทวีคูณคำว่า “ในระหว่างที่ยังจะต้องรับโทษอยู่ก็ดี” หากจำเลยกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวอีกก็ให้วางโทษทวีคูณได้ เทียบเคียงมาจากหลักกฎหมายมาตรา 92 ประมวลกฎหมายอาญา

นอกจากนี้ เพื่อให้ครอบคลุมถึงกรณีที่ศาลได้พิพากษาให้รอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษไว้ในคดีก่อนและจำเลยได้กลับมากระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวซ้ำอีก จึงเห็นควรให้มีการบัญญัติเพิ่มเติมคำว่า “หรือภายในระยะเวลาที่รอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษไว้ในคดีก่อนก็ดี” เข้าไว้ด้วย

โดยทำการเสนอเกี่ยวกับปัญหาการใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษกับคำว่า “พ้นโทษ” เสนอให้มีการบัญญัติเพิ่มเติมคำว่า “ในระหว่างที่ยังจะต้องรับโทษอยู่ก็ดี” ซึ่งเป็นหลักการเดียวกันกับมาตรา 92 แห่งประมวลกฎหมายอาญา อีกทั้งบัญญัติเพิ่มเติมคำว่า “หรือภายในระยะเวลาที่รอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษไว้ในคดีก่อนก็ดี” ไว้ถัดจากข้อความที่เพิ่มเติมข้างต้น

<sup>43</sup>คำพิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ กลาง คดีหมายเลขแดงที่ อ.1644/2556

เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมาย ให้ครอบคลุมถึงกรณีที่จำเลยซึ่งอยู่ในระหว่างการขอผ่อนชำระค่าปรับ หรืออยู่ในระหว่างรอกำหนดโทษหรือรอการลงโทษ แต่ได้กลับมาก่อทำความผิดซ้ำอีก

โดยแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 73 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จากเดิมซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดต้องระวางโทษตามพระราชบัญญัตินี้ เมื่อพ้นโทษแล้วยังไม่ครบกำหนดห้าปี กระทำความผิดต่อพระราชบัญญัตินี้ อีก ต้องระวางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กำหนดไว้สำหรับ ความผิดนั้น”

บัญญัติใหม่ให้มีข้อความดังนี้

“ผู้ใดกระทำความผิดต้องระวางโทษตามพระราชบัญญัตินี้ ในระหว่างที่ยังจะต้องรับโทษ อยู่ก็ดี หรือภายในระยะเวลาที่รอกำหนดโทษหรือรอการลงโทษก็ดี หรือภายในระยะเวลาห้าปี นับแต่วันพ้นโทษก็ดี ถ้าได้กระทำความผิดต่อพระราชบัญญัตินี้ อีก ต้องระวางโทษเป็นสองเท่า ของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น”

แก้ไขบทบัญญัติมาตรา 113 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 จากเดิม ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลใดกระทำความผิดต้องระวางโทษตามพระราชบัญญัตินี้ เมื่อพ้นโทษแล้ว ยังไม่ครบกำหนดห้าปี กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ อีก ให้วางโทษทวีคูณ”

บัญญัติใหม่ให้มีข้อความดังนี้

“บุคคลใดกระทำความผิดต้องระวางโทษตามพระราชบัญญัตินี้ ในระหว่างที่ยังจะต้อง รับโทษอยู่ก็ดี หรือภายในระยะเวลาที่รอกำหนดโทษหรือรอการลงโทษก็ดี หรือภายในระยะเวลาห้าปี นับแต่วันพ้นโทษก็ดี ถ้าได้กระทำความผิดต่อพระราชบัญญัตินี้ อีก ให้วางโทษทวีคูณ”

หากมีการบัญญัติเพิ่มเติมข้อความดังกล่าว จะช่วยอุดช่องว่างของกฎหมายได้อย่าง มีประสิทธิภาพ แม้กรณีดังกล่าวจะยังถือไม่ได้ว่าจำเลย “พ้นโทษ” ไปแล้ว ถ้าจำเลยมากระทำความผิดอีก ภายในระหว่างที่ยังจะต้องรับโทษอยู่ หรือภายในระยะเวลาที่รอกำหนดโทษหรือรอการลงโทษอยู่ ศาลก็สามารถวางโทษทวีคูณได้ อันเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายในเรื่องดังกล่าวอย่างแท้จริง