บทที่ 1
บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

สืบเนื่องจากการที่ภาพยนตร์เป็นสื่อที่สามารถเข้าใจได้ง่ายและแพร่หลายได้อย่างรวดเร็ว ทั้งยังสามารถให้ความบันเทิงแก่ผู้บริโภคได้เป็นอย่างดี ทำให้ความนิยมของผู้บริโภคที่มีต่อภาพยนตร์เพิ่มสูงขึ้นอย่างต่อเนื่อง และส่งผลให้ภาพยนตร์กลายเป็นสื่อที่มีอิทธิพลและมีบทบาทสำคัญยิ่งในการถ่ายทอดเรื่องราวต่างๆ เกี่ยวกับวิถีชีวิต ขนบธรรมเนียม ประเพณี ค่านิยมของมนุษย์ในสังคมตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน[1] อย่างไรก็ดีมิได้หมายความว่าภาพยนตร์จะไม่มีข้อเสียแต่อย่างใด ทั้งนี้เนื่องจากเนื้อหาของภาพยนตร์แต่ละเรื่องที่ได้สร้างขึ้นนั้น ย่อมมีความเหมาะสมกับบุคคลในช่วงวัยที่ต่างกัน โดยเฉพาะกรณีผู้ที่ยังอยู่ในช่วงวัยเยาว์ซึ่งยังไม่มีวุฒิภาวะมากพอที่จะใช้เหตุผลในการคิด วิเคราะห์ แยกแยะ ระหว่างการดำเนินชีวิตจริงกับภาพยนตร์บางเรื่องที่มีลักษณะเนื้อหาค่อนข้างรุนแรงได้ ทั้งยังมีกรณีที่ผู้ผลิตภาพยนตร์ได้จัดทำภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงเกิดกรณีพฤติกรรมการลอกเลียนแบบอย่างตามภาพยนตร์และนำไปใช้ในชีวิตจริง ซึ่งทำให้เกิดปัญหาอาชญากรรม หรือปัญหาสังคมอื่นๆ ตามมา

"ความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์" จึงเป็นสิ่งที่สังคมให้ความสำคัญและต้องการคุ้มครอง โดยเป็นคุณธรรมที่ถูกยกระดับขึ้นโดยกฎหมาย[2] เพื่อปกป้องคุ้มครองผู้บริโภคทั่วไปในสังคมจากเนื้อหาที่ไม่เหมาะสม ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยได้มีการตราพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 ซึ่งกำหนดให้ภาพยนตร์จะต้องผ่านการตรวจพิจารณาและได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องเสียก่อนจึงจะสามารถเผยแพร่ออกไปสู่สาธารณชนได้ และกำหนดให้ผู้ที่ฝ่าฝืนต้องมีความรับผิดทางอาญา

เมื่อเทคโนโลยีที่ใช้ในกระบวนการผลิตภาพยนตร์ได้มีการพัฒนาขึ้นตามยุคสมัย โดยได้มีการจัดทำภาพยนตร์บันทึกลงในเทปและวัสดุโทรทัศน์นอกเหนือไปจากฟิล์ม กับมีธุรกิจในรูปแบบของการบริการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายเทปและวัสดุโทรทัศน์เหล่านั้น โดยที่เทป

---

[1] จาก *ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจภาพยนตร์* (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต) (น. 1), โดย ดนุพล เอี่ยมสกุลเวช, 2553, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

[2] จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น. 152), โดย คณิต ณ นคร ก, 2554, กรุงเทพฯ: วิญญชน.

และวัสดุโทรทัศน์ดังกล่าวไม่ได้ผ่านการตรวจพิจารณาจากเจ้าหน้าที่ เนื่องจากเทปหรือวัสดุโทรทัศน์ที่ใช้ในการบันทึกภาพยนตร์ไม่อยู่ในความหมายของ “ภาพยนตร์” ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติภาพยนตร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2479[3] ต่อมาจึงได้มีการตราพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 ขึ้นใช้บังคับควบคู่ไปด้วย โดยได้กำหนดความหมายของ “เทปหรือวัสดุโทรทัศน์” ไว้ในมาตรา 4[4] เพื่อควบคุม “ความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์” ให้ครอบคลุมถึงกรณีดังกล่าวข้างต้น

การที่สื่อภาพยนตร์ได้รับความนิยมเป็นอย่างสูงจากผู้บริโภคดังกล่าวแล้ว ส่งผลทำให้อุตสาหกรรมเกี่ยวกับภาพยนตร์ได้มีการเติบโตและขยายตัวเป็นอย่างมาก และด้วยเหตุนี้จึงเกิดมีกรณีผู้กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์โดยการประกอบกิจการผลิตและจำหน่ายภาพยนตร์อันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งส่งผลเสียกับภาคอุตสาหกรรมภาพยนตร์ที่ดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยที่การบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ไม่สามารถปราบปรามผู้กระทำผิดได้อย่างมีประสิทธิภาพเพียงพอ ทั้งนี้เนื่องจากความผิดตามกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ถูกกำหนดให้เป็นความผิดต่อส่วนตัว ซึ่งจำเป็นต้องอาศัยการร้องทุกข์ของผู้เสียหายเป็นเงื่อนไขในการเริ่มดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดนอกจากนี้การบังคับใช้พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 และพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 ควบคู่กัน ก็ทำให้เกิดความซ้ำซ้อนขององค์กรที่ทำ

---

[3] มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

“ภาพยนตร์” หมายความว่า ฟิล์ม ไม่ว่าจะเป็นชนิดเนกาติฟ (Negative) หรือโพซิติฟ (Positive) ซึ่งได้ถูกถ่าย อัด หรือกระทำด้วยวิธีใด ๆ ให้ปรากฏรูปหรือเสียง หรือทั้งรูปและเสียง เป็นเรื่องหรือเหตุการณ์ หรือข้อความอันจักถ่ายทอดรูปหรือเสียง หรือทั้งรูปและเสียงได้ด้วยเครื่องฉายภาพยนตร์ หรือเครื่องอย่างอื่นทำนองเดียวกัน และให้หมายความตลอดถึงฟิล์มซึ่งได้ถูกถ่าย อัด หรือทำด้วยวิธีใด ๆ ให้ปรากฏสี เพื่ออัดลงในฟิล์มชนิดที่กล่าวข้างต้นด้วย.

[4] มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

“เทปหรือวัสดุโทรทัศน์” หมายความว่า

(1) วัสดุที่เคลือบด้วยสารแม่เหล็กหรือสารอื่นใดซึ่งได้บันทึกภาพหรือถ่ายทอดภาพโดยการเปลี่ยนสัญญาณเป็นกระแสไฟฟ้า หรือ

(2) วัสดุอย่างอื่นใดซึ่งได้ถูกถ่าย อัด หรือกระทำด้วยวิธีใดๆ ให้เป็นเรื่องเหตุการณ์ รูป ข้อความ หรือเกมการเล่น ทั้งนี้ ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

โดยวัสดุดังกล่าวสามารถจัดถ่ายทอดออกเป็นภาพหรือเสียง หรือทั้งภาพและเสียงได้ในลักษณะต่อเนื่องกันไปด้วยเครื่องเทปโทรทัศน์หรือเครื่องถ่ายทอดวัสดุโทรทัศน์ เครื่องฉายภาพ หรือเครื่องกลไกอย่างอื่นทำนองเดียวกัน.

หน้าที่ในการตรวจพิจารณาภาพยนตร์ ทำให้เกิดปัญหาและอุปสรรคต่อการส่งเสริมพัฒนาธุรกิจภาพยนตร์ ประกอบกับสถานการณ์ในปัจจุบันซึ่งเทคโนโลยีที่ใช้ในกระบวนการผลิตภาพยนตร์ได้มีการพัฒนาไปอย่างรวดเร็ว จึงเกิดแนวคิดที่จะปรับปรุงบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยภาพยนตร์และกฎหมายว่าด้วยการควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ให้สอดคล้องกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้น จึงมีการยกเลิกกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวข้างต้น โดยได้ตราพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ขึ้นบังคับใช้แทน และเป็นกฎหมายว่าด้วยภาพยนตร์ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน

เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัตินี้จึงมุ่งในการคุ้มครอง “ความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์” โดยกำหนดห้ามมิให้นำภาพยนตร์ที่ไม่ผ่านการตรวจพิจารณาและได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์ นำออกฉาย ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายในราชอาณาจักร[5] และยังมุ่งในการส่งเสริมภาคอุตสาหกรรมเกี่ยวกับภาพยนตร์อีกด้วย ดังนั้น จึงมีแนวคิดในการคุ้มครองผู้ประกอบธุรกิจภาพยนตร์ด้านต่างๆ ที่ได้ดำเนินการถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งได้รับผลกระทบจากการประกอบกิจการผลิตและจำหน่ายภาพยนตร์ที่ได้บันทึกในแผ่นซีดี หรือแผ่นดีวีดี โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ในภาพยนตร์นั้นๆ กล่าวคือ เป็นการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ เพิ่มเติมจากพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ดังจะเห็นได้จากการกำหนดให้ผู้ที่ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับผลประโยชน์ตอบแทน โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนตามที่กฎหมายกำหนด[6] ต้องมีความรับผิดทางอาญา ได้แก่ โทษปรับที่มีอัตราโทษค่อนข้างสูง[7] และกำหนดให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน ซึ่งเจ้าพนักงานที่มีอำนาจหน้าที่สามารถเริ่มดำเนินคดีได้ด้วยตนเอง

ความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาต มีคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายต้องการคุ้มครอง คือ “ประสิทธิภาพในการตรวจสอบและควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์” และ “สิทธิในทางการค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์และผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้อง” โดยกฎหมายได้บัญญัติให้ความผิดฐานนี้เป็นบทบัญญัติที่ใช้ในการควบคุมและจัดระบบของผู้ประกอบธุรกิจภาพยนตร์ที่ดำเนินกิจการประเภทให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ และเพื่อส่งเสริมผู้ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับภาพยนตร์ที่ดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมายดังได้กล่าวมาแล้ว ดังนั้น คำว่า “ประกอบกิจการ” ที่บัญญัติไว้นั้นย่อม

---

[5] จาก พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 มาตรา 25 วรรคหนึ่ง.

[6] จาก พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 มาตรา 38 วรรคหนึ่ง.

[7] ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท และปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่.

หมายถึง การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ ซึ่งได้ดำเนินการอย่างเป็นปกติธุระในลักษณะต่อเนื่อง เพื่อการค้าโดยมุ่งแสวงหากำไร กล่าวคือ อยู่ในรูปแบบการดำเนินกิจการที่สามารถสร้างผลกำไรให้กับเจ้าของกิจการ และสามารถเผยแพร่ไปสู่สาธารณชนในวงกว้าง ซึ่งจำเป็นต้องเข้าสู่ระบบของกระบวนการตรวจสอบและควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ตามกฎหมายนี้ ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้ผู้ประกอบกิจการเหล่านี้เป็นแหล่งหรือช่องทางในการเผยแพร่ภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาไม่เหมาะสมได้ และหากได้ดำเนินกิจการโดยฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์แล้วสามารถมีผลกระทบในทางการค้าต่อเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่ดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมายได้นั่นเอง

โดยที่คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับอนุญาตที่ได้กล่าวแล้วข้างต้นนี้มีลักษณะเป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม”(Universalrechtsgut)[8] ทั้งนี้ เนื่องจากการกระทำความผิดดังกล่าวสามารถส่งผลกระทบต่อสังคมโดยรวมได้

สืบเนื่องจากการที่ผู้บังคับใช้กฎหมายขาดความความรู้ ความเข้าใจ ในเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาต ประกอบกับความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติดังกล่าว ส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายในความผิดฐานนี้ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการคุ้มครองความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์และส่งเสริมอุตสาหกรรมภาพยนตร์ จึงก่อให้เกิดผลกระทบในด้านลบขึ้นต่อประชาชน สังคม รวมถึงความเชื่อถือศรัทธาในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาอีกด้วย

ดังที่ปรากฏข้อเท็จจริงในกรณีของนางนันทนา น้อยบุญมา ซึ่งถูกศาลฎีกาพิพากษาว่ามีความผิดฐานประกอบกิจการจำหน่ายภาพยนตร์โดยได้รับประโยชน์ตอบแทนตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 มาตรา 38 วรรคหนึ่ง และลงโทษปรับเป็นเงิน 100,000 บาท จากการนำของเก่าภายในบ้านที่มิได้ใช้ประโยชน์แล้วมาวางจำหน่ายอีกทอดหนึ่งในรูปแบบสินค้ามือสองซึ่งรวมถึงวีซีดีภาพยนตร์เก่าที่ได้ซื้อมา จำนวน 10 แผ่นด้วย[9] ภายหลังจากที่ศาลฎีกาพิพากษาแล้ว นางนันทนาฯ ซึ่งไม่มีเงินชำระค่าปรับตามคำพิพากษาได้ถูกกักขังอยู่ที่เรือนจำกลางลพบุรี เป็นเวลา 2 วัน ต่อมาได้มีนายตำรวจชั้นผู้ใหญ่ช่วยชำระค่าปรับให้ โดยที่ปรากฏข้อเท็จจริงภายหลังว่า นางนันทนาฯ ประกอบอาชีพเป็นช่างเย็บผ้า และในช่วงเวลาที่เกิดการกระทำดังกล่าว

---

[8] จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น. 155), โดย คณิต ณ นคร ก. เล่มเดิม.

[9] คำพิพากษาฎีกาที่ 10359/2554

นั้นอยู่ในช่วงว่างงาน จึงนำวีซีดีภาพยนต์เก่าที่ตนเองได้ซื้อมาเพื่อรับชมออกขายที่ตลาดนัด โดยไม่ทราบว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิด ทำให้ถูกตำรวจจับกุมและถูกดำเนินคดีในที่สุด[10]

จากการศึกษาในเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายประกอบกับพิจารณาคำพิพากษาและข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้นแล้ว พบว่าปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ในความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตนั้น เกิดจากปัญหาในเรื่องการตีความกฎหมายอาญาเป็นสำคัญ โดยการตีความขอบเขตความหมายของคำว่า “ประกอบกิจการ” ที่บัญญัติในความผิดตามมาตรา 38 ที่ไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย กล่าวคือ สืบเนื่องจากความไม่เข้าใจในเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายที่อยู่เบื้องหลังการกำหนดความผิดฐานนี้ ส่งผลให้ผู้บังคับใช้กฎหมายตีความบทบัญญัตินี้คลาดเคลื่อนไปจากเจตนารมณ์ของกฎหมาย และย่อมมีผลกระทบต่อการวินิจฉัยความผิดตามมาตรานี้อย่างหลีกเลี่ยงมิได้อีกด้วย โดยหากพิจารณาถึงคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานนี้ก็จะต้องพิจารณาถึงแนวคิดในการกำหนดฐานความผิด ซึ่งได้กล่าวแล้วว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้มุ่งที่จะคุ้มครองความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ และส่งเสริมอุตสาหกรรมภาพยนตร์ซึ่งในส่วนของความผิดฐานนี้ ก็เป็นมาตรการหนึ่งที่ช่วยเสริมให้เจตนารมณ์ดังกล่าวบรรลุผลโดยการกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการที่เกี่ยวข้องกับการเผยแพร่ภาพยนตร์ในรูปแบบต่าง ๆ ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมและตรวจสอบโดยรัฐ และช่วยส่งเสริมผู้ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับภาพยนตร์ที่ดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยการกำหนดฐานความผิดซึ่งมีระวางโทษปรับสูงเพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการป้องปรามผู้ประกอบกิจการประเภทให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ที่ดำเนินการโดยฝ่าฝืนต่อกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ โดยเฉพาะการผลิตและจำหน่ายภาพยนตร์ที่บันทึกในแผ่นซีดีหรือแผ่นดีวีดี ซึ่งเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นอย่างแพร่หลายในสภาพสังคมไทยปัจจุบัน

ฉะนั้น คำว่า “ประกอบกิจการ” ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 38 นั้น จึงหมายถึง การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ ที่ทำอย่างเป็นปกติธุระเพื่อการค้าโดยมุ่งแสวงหากำไร หรืออีกนัยหนึ่งคือ เป็นการดำเนินกิจการที่อยู่ในรูปแบบของการเข้าสู่วงจรพาณิชย์อย่างแท้จริง โดยสามารถเผยแพร่ภาพยนตร์ออกไปสู่สาธารณชนได้ในวงกว้าง ซึ่งมีความจำเป็นต้องเข้ามาสู่ระบบการควบคุมและตรวจสอบความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ตามมาตรานี้ และหากได้ดำเนินกิจการโดยละเมิดต่อลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์แล้วย่อมสามารถส่งผลกระทบต่อเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับภาพยนตร์ที่ดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมายได้นั่นเอง แต่เมื่อ

---

[10] *"พงศพัศ" ช่วยจ่ายค่าปรับแม่ลูก 2 ควักเงินเกือบแสนจ่าย คดีขายซีดีเก่าโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์*. สืบค้นวันที่ 20 ตุลาคม 2555, จาก http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1336030956&grpid=02&catid=02

พิจารณาในกรณีของนางนันทนาฯ แล้วจะเห็นว่าเป็นเพียงการนำของเก่าภายในบ้านที่มิได้ใช้ประโยชน์แล้วมาวางจำหน่ายอีกทอดหนึ่งในรูปแบบสินค้ามือสองเพื่อหารายได้มาเลี้ยงดูครอบครัวเท่านั้น มิได้มีลักษณะเป็นการประกอบกิจการจำหน่ายภาพยนตร์อย่างเป็นปกติธุระ เพื่อการค้าโดยมุ่งแสวงหากำไรและยึดถือเป็นอาชีพ ซึ่งเข้ามาสู่วงจรพาณิชย์ของการจำหน่ายภาพยนตร์อย่างแท้จริงที่จะต้องเข้ามาสู่ระบบการควบคุมและตรวจสอบโดยต้องได้รับอนุญาตจากนายทะเบียนเสียก่อน นอกจากนี้วีซีดีภาพยนตร์ที่ได้นำมาจำหน่ายก็ได้ผ่านการตรวจพิจารณาจากคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์เรียบร้อยแล้วอีกด้วย ดังนั้น การกระทำของนางนันทนาฯ ย่อมไม่เป็นการดำเนินกิจการที่จะมีผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ของเจ้าหน้าที่รัฐ และไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิในทางการค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์และผู้ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับภาพยนตร์ที่ดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด และสามารถกล่าวได้ว่า นางนันทนาฯ ไม่ใช่ “ผู้ประกอบกิจการ” ที่จะต้องอยู่ในบังคับตามความในมาตรา 38 นี้

กรณีเมื่อพิจารณาไปที่บทกำหนดโทษของความผิดฐานนี้ก็พบว่ามีปัญหาเรื่องการกำหนดระวางโทษที่ไม่ยืดหยุ่น ซึ่งมีผลเป็นการจำกัดดุลพินิจของศาลในการพิจารณากำหนดโทษให้เหมาะสมกับการกระทำความผิด คือ ความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 38[11] นั้น มีระวางโทษปรับที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 79 [12] คือ ปรับขั้นต่ำตั้งแต่ 200,000 บาท ถึง 1,000,000 บาท ซึ่งการกำหนดระวางโทษเช่นนี้ทำให้ไม่สามารถนำมาปรับใช้เพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดตามพฤติการณ์แห่งการกระทำความผิดในแต่ละกรณีได้อย่างเหมาะสม ทั้งนี้เพราะในการประกอบกิจการย่อมมีความแตกต่างในด้านขนาดของธุรกิจตามต้นทุนของแต่ละบุคคล โดยที่การลงโทษปรับจำนวน 200,000 บาท กับผู้กระทำความผิดที่ประกอบกิจการขนาดใหญ่ซึ่งมีต้นทุนทางเศรษฐกิจ สังคม ความรู้ในระดับสูงแล้วย่อมไม่อาจทำให้วัตถุประสงค์ของการลงโทษปรับซึ่งต้องการให้มีผลเป็นการข่มขู่ หรือยับยั้ง (Deterrence) ผู้กระทำมิให้กระทำความผิดซ้ำขึ้นอีกให้บรรลุผลได้ และในทางตรงข้ามหากการลงโทษปรับเช่นนี้เกิดขึ้นกับผู้ประกอบกิจการขนาดเล็กแล้ว ก็ย่อมมีผลกระทบต่อฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิดอย่างรุนแรงและเกินเลยไปจากวัตถุประสงค์ดังกล่าวอีกเช่นกัน

---

[11] มาตรา 38 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ห้ามผู้ใดประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับประโยชน์ตอบแทน เว้นแต่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน”.

[12] มาตรา 79 บัญญัติว่า “ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 37 วรรคหนึ่ง มาตรา 38 วรรคหนึ่ง หรือประกอบกิจการดังกล่าวในระหว่างถูกพักใช้หรือถูกเพิกถอนใบอนุญาต ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท และปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่

ประกอบกับความผิดตามมาตรา 38 นี้ มิได้เป็นความผิดที่เห็นได้ในตัวเอง แต่เป็นความผิดเนื่องจากกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิด จึงอาจเกิดกรณีความไม่รู้ว่ากฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดขึ้นกับผู้ประกอบกิจการขนาดเล็กซึ่งย่อมจะมีความรู้และความสันทัดจัดเจนเกี่ยวกับกฎหมายที่ควบคุมการประกอบธุรกิจด้อยกว่าผู้ประกอบกิจการขนาดใหญ่

เมื่อพิจารณาในกรณีของนางนันทนาฯ ที่ต้องโทษปรับตามคำพิพากษาเป็นจำนวนเงินถึง 100,000 บาท หากเปรียบเทียบกับพฤติการณ์ในการกระทำของนางนันทนาฯ ที่ได้นำภาพยนตร์จำนวนเพียง 10 แผ่นออกมาจำหน่ายต่ออีกทอดหนึ่งในลักษณะสินค้ามือสองโดยที่ภาพยนตร์ดังกล่าวเป็นภาพยนตร์ที่ได้ผ่านการตรวจพิจารณาจากคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์เรียบร้อยแล้ว และนางนันทนาฯ เองก็เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในภาพยนตร์เหล่านั้น เพียงแต่ว่าเป็นการจำหน่ายโดยที่ไม่ได้รับอนุญาตจากนายทะเบียน ซึ่งหากจะพิจารณาว่านางนันทนาฯ เป็นผู้ประกอบกิจการตามความในมาตรา 38 ที่จะต้องรับผิดแล้ว ก็คงจะมีลักษณะเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายที่ไม่ร้ายแรงเท่าใดนัก ดังนั้น การกำหนดโทษเช่นนี้ย่อมไม่เหมาะสมกับลักษณะความผิดและไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย และศาลเองก็ทราบถึงปัญหาแล้วเช่นเดียวกันแต่ก็ต้องถูกจำกัดดุลพินิจในการพิจารณากำหนดโทษโดยบทบัญญัติของกฎหมายที่ได้กำหนดอัตราโทษปรับขั้นต่ำไว้เป็นจำนวนที่สูงเกินไป

นอกจากนี้ยังพบข้อบกพร่องของบทบัญญัติมาตรา 38 ในการกำหนดให้การฝ่าฝืนกฎหมายในกรณีการทำเป็นธุรกิจกับกรณีทำโดยได้รับผลประโยชน์ตอบแทน เป็นความผิดฐานเดียวกันและมีระวางโทษเช่นเดียวกัน คือ กรณีความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 38 นั้น ห้ามมิให้ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับผลประโยชน์ตอบแทน เว้นแต่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ดังนั้น การกระทำที่กฎหมายห้ามจึงมีอยู่ใน 2 ลักษณะ คือ

1) ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยทำเป็นธุรกิจโดยไม่ได้รับอนุญาตจากนายทะเบียน หรือ

2) ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยได้รับผลประโยชน์ตอบแทน โดยไม่ได้รับอนุญาตจากนายทะเบียน

ผู้เขียนพิจารณาเปรียบเทียบจากลักษณะการกระทำความผิดทั้ง 2 ลักษณะแล้วเห็นว่าการดำเนินการกิจการในลักษณะกระทำเป็นธุรกิจโดยไม่ได้รับอนุญาตย่อมมีโอกาสที่จะกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายได้มากกว่า เนื่องจากเป็นการกระทำในลักษณะถาวร ต่อเนื่อง และสามารถแพร่หลายไปยังผู้บริโภคได้ง่าย ต่างกับการกระทำในลักษณะที่ได้รับผลประโยชน์ตอบแทน ซึ่งโดย

สภาพย่อมเป็นกิจการขนาดเล็กที่มีการดำเนินกิจการที่มีความต่อเนื่องน้อยกว่า ทำให้โอกาสที่อาจจะเกิดการกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายย่อมน้อยกว่าด้วย แต่กฎหมายก็ได้กำหนดไว้ให้เป็นความผิดฐานเดียวกัน และได้กำหนดระวางโทษไว้เช่นเดียวกัน

ดังนั้น จึงควรที่จะทำการศึกษาเพื่อให้เกิดความชัดเจนในเรื่องของคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 ขอบเขตของความผิด รวมถึงความเหมาะสมและสัดส่วนของบทลงโทษ เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย ให้สอดคล้องกับสภาพปัญหาและเหมาะสมกับพฤติการณ์แห่งการกระทำความผิด ตลอดจนสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายและวัตถุประสงค์ของการลงโทษ เพื่อให้กระบวนการยุติธรรมสามารถที่จะอำนวยความยุติธรรมให้เกิดขึ้นแก่สังคมประเทศได้อย่างแท้จริง

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาแนวคิดในการกำหนดความผิดและโทษ หลักประกันในกฎหมายอาญา การตีความกฎหมายอาญา และคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาต ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551
2. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ปัญหา ตลอดจนผลกระทบที่เกิดขึ้นจากความไม่ชัดเจนของถ้อยคำของบทบัญญัติและความไม่เหมาะสมของบทกำหนดโทษในความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551
3. เพื่อศึกษา และวิเคราะห์เปรียบเทียบความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตของประเทศไทยกับต่างประเทศ
4. เพื่อศึกษาหาแนวทางในการพัฒนาและปรับปรุงบทบัญญัติความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาต ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ให้มีขอบเขตความรับผิด บทลงโทษ ให้สอดคล้องเหมาะสมกับลักษณะของการกระทำความผิด และก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย ตลอดจนสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

ความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 38 มีคุณธรรมทางกฎหมาย 2 ประการ คือ “ประสิทธิภาพในการตรวจสอบและ

ควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์” และ “สิทธิในทางการค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์และผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้อง” โดยในส่วนของการคุ้มครองด้านเนื้อหาของภาพยนตร์ซึ่งเป็นคุณธรรมทางกฎหมายประการแรกนั้น ความผิดฐานนี้มุ่งที่จะให้เป็นบทบัญญัติที่ใช้ในการป้องกันมิให้มีการเผยแพร่ภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมไปสู่สาธารณชน โดยการควบคุมผู้ประกอบกิจการที่เกี่ยวข้องกับการเผยแพร่ภาพยนตร์ที่ดำเนินการในลักษณะที่เป็นการมุ่งเข้าสู่ระบบการค้าหรือวงจรพาณิชย์อย่างแท้จริง ในรูปแบบของ การให้เช่า การแลกเปลี่ยน และการจำหน่าย ซึ่งถือเป็นช่องทางหนึ่งที่อาจใช้ในการเผยแพร่ภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมได้ และในส่วนของการคุ้มครองด้านลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์อันเป็นคุณธรรมทางกฎหมายประการที่สองนั้น ความผิดฐานนี้มุ่งที่จะให้เป็นบทบัญญัติที่ใช้ในการปราบปรามผู้ฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ เพื่อแก้ปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ที่เกิดขึ้นอย่างแพร่หลายในสังคมไทย อันเป็นการคุ้มครองผู้ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับภาพยนตร์ที่ดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมายไม่ให้ได้รับผลกระทบทางเศรษฐกิจ ซึ่งเป็นมาตรการที่ช่วยในการส่งเสริมอุตสาหกรรมภาพยนตร์ และเมื่อพิจารณาจากคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้แล้วสามารถตีความคำว่า “การประกอบกิจการ” ที่บัญญัติในมาตรา 38 นี้ได้ว่า หมายเฉพาะการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ ที่ดำเนินการอย่างเป็นปกติธุระในลักษณะต่อเนื่อง เพื่อการค้าโดยมุ่งแสวงหากำไร อันจะสามารถก่อให้เกิดรายได้หรือผลประโยชน์ตอบแทนให้กับเจ้าของกิจการได้อย่างแน่นอน และอยู่ในลักษณะที่สามารถกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายทั้งสองประการได้โดยแน่แท้

ดังนั้น กรณีที่เจ้าของกรรมสิทธิ์ได้นำแผ่นบันทึกภาพยนตร์ที่ได้ผ่านการตรวจพิจารณาจากคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์เรียบร้อยแล้ว มาวางจำหน่ายอีกทอดหนึ่งในรูปแบบสินค้ามือสอง โดยผู้จำหน่ายมิได้มีเจตนาที่จะประกอบกิจการจำหน่ายภาพยนตร์อย่างเป็นปกติธุระเพื่อการค้าโดยมุ่งแสวงหากำไรและยึดถือเป็นอาชีพแต่อย่างใด แม้จะเป็นการจำหน่ายโดยไม่ได้รับอนุญาต ก็ไม่อยู่ในความหมายของคำว่า “การประกอบกิจการ” ที่จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของความผิดตามมาตรา 38 นอกจากนี้การกำหนดโทษปรับขั้นต่ำเป็นจำนวนเงินถึงสองแสนบาทย่อมเป็นการไม่เหมาะสม และเป็นการจำกัดดุลพินิจของศาลในการพิจารณากำหนดโทษให้เหมาะสมกับพฤติการณ์ของการกระทำผิดในแต่ละกรณี ส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย และก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม จึงควรแก้ไขกฎหมายให้มีอัตราโทษที่ยืดหยุ่นมากกว่าที่เป็นอยู่ เพื่อสามารถปรับใช้กับทุกกรณีได้อย่างเหมาะสม และควรมีการแยกฐานความผิดระหว่างการกระทำความผิดโดยทำเป็นธุรกิจกับการกระทำโดยได้รับผลประโยชน์ตอบแทนออกเป็นคนละฐานความผิดด้วย เพื่อให้บทลงโทษมีความถูกต้องเหมาะสม ได้สัดส่วนกับการกระทำผิด และสามารถก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่สังคมได้อย่างแท้จริง

1.4 ขอบเขตการศึกษา

โดยจะทำการศึกษาแนวความคิดในการกำหนดความผิด คุณธรรมทางกฎหมาย หลักเกณฑ์ ลักษณะ ประวัติความเป็นมาของความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 ของประเทศไทย นำมาศึกษาเปรียบเทียบกับของต่างประเทศ และวิเคราะห์ถึงการกระทำที่เป็นความผิด ความเหมาะสมของการกำหนดฐานความผิด และบทลงโทษ ของความผิดฐานดังกล่าว

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

ในการศึกษาวิจัยครั้งนี้เป็นการศึกษาวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยจะทำการศึกษารวบรวมข้อมูลจากแหล่งต่างๆ ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ อาทิเช่น ความเห็นของนักนิติศาสตร์ ตำรากฎหมาย คำพิพากษาฎีกา วารสาร หนังสือบทความทางวิชาการ วิทยานิพนธ์ งานวิจัยและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนข้อมูลจากอินเตอร์เน็ตเป็นหลักในการศึกษาประกอบเข้ากับข้อมูลจากการสัมภาษณ์เชิงลึกของบุคคลที่เกี่ยวข้อง โดยนำข้อมูลที่ได้มาวิเคราะห์เปรียบเทียบ ในเรื่องของความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาต เพื่อพิจารณาถึงคุณธรรมทางกฎหมาย และความเหมาะสมของการกำหนดฐานความผิด บทลงโทษ ของความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบและเข้าใจแนวคิดในการกำหนดความผิดและโทษ หลักประกันในกฎหมายอาญา การตีความกฎหมายอาญา และคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาต ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551

2. ทำให้ทราบและเข้าใจถึงปัญหา ตลอดจนผลกระทบที่เกิดขึ้นจากความไม่ชัดเจนของถ้อยคำของบทบัญญัติ และความไม่เหมาะสมของบทกำหนดโทษในความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551

3. ทำให้ทราบแนวคิดและหลักเกณฑ์ของความผิดในลักษณะเป็นการดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตในต่างประเทศ และสามารถนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับประเทศไทย

4. ทำให้ทราบถึงแนวทางในการพัฒนาและปรับปรุงบทบัญญัติความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาต ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ให้มีขอบเขตความรับผิด บทลงโทษ ที่สอดคล้องเหมาะสมกับลักษณะของการกระทำความผิด และก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย ตลอดจนสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย