

บทที่ 2

แนวความคิดเกี่ยวกับการกำหนดความผิด

ฐานประกอบกิจการให้เข้า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์

โดยไม่ได้รับอนุญาต และคุณธรรมทางกฎหมาย

โดยธรรมชาตินั้น มนุษย์เป็นสัตว์สังคมที่ต้องการอยู่อาศัยร่วมกันเป็นกลุ่มเพื่อพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกันทั้งในด้านของสังคม เศรษฐกิจ ความมั่นคง ฯลฯ และเมื่อมนุษย์ได้มาอยู่ร่วมกันเป็นจำนวนมากขึ้นจนก่อตัวเป็นสังคมขึ้นแล้ว ก็ย่อมเกิดการกระทบกระทั่งระหว่างกัน ดังนั้น เพื่อให้การอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมดำเนินไปอย่างสงบเรียบร้อย จึงจำเป็นต้องมีการกำหนดกฎเกณฑ์ของสังคมขึ้นเพื่อให้ทุกคนยึดถือและปฏิบัติตาม โดยหากมีบุคคลใดกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎเกณฑ์นั้นแล้ว บุคคลดังกล่าวย่อมจะต้องถูกลงโทษจากคนในสังคม โดยโทษที่จะได้รับก็จะขึ้นอยู่กับร้ายแรงของการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนนั้น ซึ่งต่อมากฎเกณฑ์นี้ได้พัฒนาไปตามลำดับจนเกิดเป็นกฎหมายอาญาในที่สุด โดยที่แนวคิดเบื้องต้นในการกำหนดความผิดอาญานั้น ในระยะเริ่มแรกจะได้รับอิทธิพลมาจากในเรื่องของความเชื่อทางศาสนา โดยความผิดส่วนใหญ่จะมีที่มาจากหลักศีลธรรม¹ ที่มีลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดในตัวเอง และต่อมาก็มีความผิดในอีกลักษณะหนึ่งเกิดขึ้นซึ่งเป็นการผิดในทางเทคนิคที่มีได้มีลักษณะเป็นความผิดในตัวเอง หรือที่เรียกว่าเป็นความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติขึ้น โดยส่วนใหญ่แล้วความผิดลักษณะนี้จะเป็นเรื่องของการรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ของคนส่วนรวมเป็นสำคัญ เช่น กฎหมายควบคุมโรงงานอุตสาหกรรมต่างๆ ไม่ให้มีการปล่อยสารพิษออกมาเป็นอันตรายต่อคนในชุมชน การควบคุมเขตพื้นที่ที่สามารถตั้งโรงงานอุตสาหกรรมได้ที่จะไม่ส่งผลกระทบต่อชุมชนโดยรอบ หรือกฎหมายควบคุมการสัญจรของผู้ขับขี่ยานยนต์บนท้องถนนสาธารณะไม่ให้กีดขวางการสัญจรของผู้อื่นและป้องกันอันตรายที่อาจเกิดขึ้นกับผู้ร่วมสัญจร เป็นต้น ซึ่งผู้กระทำความผิดดังกล่าวจะต้องรับผิดแม้ว่าจะได้กระทำไปโดยไม่เจตนา (strict liability)² ซึ่งจะขอก้าวเป็นลำดับไป ดังนี้

¹ จาก กฎหมายอาญา หลักและปัญหา (น. 2), โดย ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ก, 2547, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

² แหล่งเดิม. (น. 3).

1) ความผิดในตัวเอง (mala in se)

ความผิดอาญาที่เป็นความผิดในตัวเอง (wrong in themselves) หรือที่ที่มีความชั่วร้ายตามธรรมชาติ (inherently evil)³ โดย Black's Law Dictionary ได้ให้ความหมายไว้ว่า “เป็นการกระทำ ความผิดในตัวเอง การกระทำที่ผิดศีลธรรม และการกระทำที่ละเมิดต่อความรู้สึกผิดชอบชั่วดี” mala in se ถือเป็นความผิดตามธรรมชาติที่มนุษย์สามารถรับรู้ได้ด้วยตนเองว่าการกระทำใด เป็นความผิด⁴ เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตาย ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย เป็นต้น ความผิดประเภทนี้ เวลาบัญญัติกฎหมายไม่ต้องบัญญัติบังคับให้กระทำการใดหรือห้ามมิให้กระทำการใดเสียก่อนจึงจะ บัญญัติว่าถ้าฝ่าฝืนแล้วมีความผิด แต่จะบัญญัติลงไปแล้วว่าการกระทำอย่างนี้มีผิด และต้องรับ โทษโดยมักจะกำหนดบทลงโทษของการกระทำความผิดดังกล่าวไว้ในบทบัญญัตินั้น ๆ ด้วยเลย

2) ความผิดอาญาเพราะมีกฎหมายห้าม (mala prohibita)

ความผิดอาญาเพราะมีกฎหมายห้าม ไม่มีลักษณะเป็นความผิดอาญาที่เป็นความชั่วร้ายตามธรรมชาติ (not inherently evil) แต่ถือว่าเป็นความผิดก็เพราะเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตาม บทบัญญัติของกฎหมาย (wrong only because prohibited by legislation)⁶ โดย Black's Law Dictionary ได้ให้ความหมายไว้ว่า “เป็นการกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดเพราะมีข้อห้าม หรือการกระทำที่เป็นความผิดเพราะมีกฎหมายบัญญัติขึ้น” การกำหนดความผิดมีลักษณะเป็นข้อตกลงไม่ใช่ เป็นความผิดโดยธรรมชาติ ความผิดประเภทนี้ไม่ได้บัญญัติจากเรื่องที่เกี่ยวข้องกับศีลธรรมเลย แต่ที่เป็น ความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดเท่านั้น โดยมองไม่เห็นความชั่วของผู้กระทำความผิด ได้โดยตนเอง เช่นการมีอาวุธโดยไม่ได้รับอนุญาต การนำของต้องห้ามเข้ามาในราชอาณาจักร เป็นต้น ความผิดประเภทนี้เวลาบัญญัติกฎหมายจะต้องบัญญัติบังคับให้กระทำหรือห้ามมิให้กระทำ ก่อนแล้วจึงบัญญัติว่าถ้าฝ่าฝืนจะมีความผิด⁷ โดยในปัจจุบันมักจะกำหนดบทลงโทษไว้ในอีก บทบัญญัติหนึ่งต่างหาก

อย่างไรก็ดี ไม่ว่าจะจะเป็นความผิดในตัวเอง (mala in se) หรือความผิดเพราะมีกฎหมาย ห้าม (mala prohibita) ก็ตาม ต่างก็มีแนวคิดที่เป็นหลักการพื้นฐานในการกำหนดให้เป็นความผิด อาญารวมถึงความเหมาะสมในการกำหนดโทษสำหรับการกระทำนั้น ว่าเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ เช่นไร โดยได้มีพัฒนาการมาเป็นลำดับตามยุคสมัย แต่ทั้งนี้ไม่ว่าจะในยุคสมัยใดก็ตามในการที่จะ

³ From *Criminal law* (p. 39), by W. R. Lafave, 2010, St. Paul Minn: West.

⁴ From *General principle of criminal law* (p. 337), by J. Hall, 1960, Indianapolis: The Bobbs-Merrill.

⁵ จาก *กฎหมายอาญา เล่ม 2* (น. 22), โดย สง่า ลีนะสมิต, 2514, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง

⁶ From *Criminal law*. Loc.cit.

⁷ จาก *กฎหมายอาญา เล่ม 2* (น. 22-23). เล่มเดิม.

กำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญานั้น จะต้องมิคุณธรรมทางกฎหมายซึ่งเป็นคุณค่าที่สังคมหนึ่ง ๆ ให้ความสำคัญตามแต่ยุคสมัยและค่านิยมของแต่ละสังคมเป็นพื้นฐานในทางความคิดด้วยเสมอ โดยเห็นว่าจะต้องปกป้องคุ้มครองคุณค่านั้นด้วยกฎหมาย⁸

กรณีการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาต ตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ก็เป็นกรณีที่ถูกกฎหมายได้บัญญัติให้เป็นความผิดอาญา โดยเป็นความผิดก็เพราะเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามบทบัญญัติของกฎหมาย (mala prohibita) ซึ่งจะต้องมิคุณธรรมทางกฎหมายเป็นพื้นฐานในการกำหนดความผิดด้วยเช่นกัน ดังนั้น ในบทที่ 2 นี้ ผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาแนวคิดในการกำหนดความผิดและโทษ หลักประกันในกฎหมายอาญา การตีความกฎหมายอาญา และคุณธรรมทางกฎหมาย ซึ่งจะได้กล่าวเป็นลำดับไปดังต่อไปนี้

2.1 แนวคิดพื้นฐานในการกำหนดความผิดอาญาและการกำหนดโทษ

กฎหมายอาญานั้นประกอบด้วยสองส่วนใหญ่ ๆ คือ ความผิดอาญาและส่วนที่ว่าด้วยผลทางกฎหมาย หรือที่เรียกว่ามาตรการบังคับทางอาญา หรือเรียกเป็นภาษาทั่วไปว่า โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด องค์ประกอบทั้งสองส่วนมีความสอดคล้องกันในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมให้ปราศจากการกระทำที่น่าตำหนิ การกระทำที่เป็นผลกระทบต่อประชาชนโดยรวม แต่เมื่อใดก็ตามที่มีการกระทำผิดอาญาตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดเกิดขึ้น บทลงโทษทางอาญาก็จะเข้ามามีความสัมพันธ์กับผู้กระทำความผิด จากลักษณะดังกล่าวนี้จะเห็นได้ว่าการลงโทษเป็นสิ่งสำคัญในกฎหมายอาญา⁹

โดยในหัวข้อนี้จะแยกพิจารณาเพื่อทำการศึกษาเกี่ยวกับแนวคิดในการกำหนดความผิดอาญา แนวคิดในการกำหนดโทษ หลักประกันในกฎหมายอาญา และการตีความกฎหมายอาญา เพื่อให้ทราบถึงหลักการพื้นฐานหรือวัตถุประสงค์โดยทั่วไปในการกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญาและวัตถุประสงค์ในการลงโทษสำหรับการกระทำนั้น ๆ ตลอดจนทราบถึงหลักการใช้และตีความกฎหมายอาญา ดังนี้

⁸ จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น. 151). เล่มเดิม.

⁹ จาก *การคุ้มครองเกียรติ: ศึกษาคุณธรรมทางกฎหมายในความคิดฐานดูหมิ่นเปรียบเทียบกับความผิดฐานหมิ่นประมาท* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารบัณฑิต) (น. 29), โดย เฉลิมชัยศรี เพ็ญตระกูลชัย, 2552, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

2.1.1 แนวคิดในการกำหนดความผิดอาญา

การที่จะพิจารณาว่าสมควรที่จะกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญานั้น ในเบื้องต้นจะต้องคำนึงถึงว่ากฎหมายอาญานั้นต้องการที่จะทำให้บรรลุซึ่งวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งในหกประการดังนี้ คือ

1) คุ่มครองป้องกันบุคคลในสังคม จากภัยอันตรายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของมนุษย์ที่อยู่ร่วมในสังคมเดียวกัน ทั้งที่เกิดขึ้นโดยเจตนาและไม่เจตนา ให้ได้รับความคุ้มครองในชีวิต ร่างกาย และสิทธิอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับตัวของบุคคล ได้อย่างเหมาะสมกับสภาพของแต่ละบุคคลในสังคม เช่น คุ่มครองการแสวงหาประโยชน์จากกลุ่มบุคคลที่อาจถูกชักจูงให้หลงผิดได้ง่าย ได้แก่ ผู้เยาว์ และบุคคลที่มีจิตไม่สมประกอบ เป็นต้น

2) คุ่มครองป้องกันสภาวะจิตใจของสมาชิกในสังคม มิให้ถูกกระทบกระเทือนจากการกระทำของบุคคลอื่น เช่น การป้องกันการกระทำบางอย่าง ซึ่งหากได้กระทำต่อหน้าสาธารณชนแล้ว ย่อมก่อให้เกิดความอับอายต่อผู้ถูกกระทำ ได้แก่ การกระทำอนาจาร การใส่ร้ายป้ายสี การดูหมิ่นด้วยถ้อยคำหยาบคาย เป็นต้น

3) คุ่มครองป้องกันซึ่งทรัพย์สินของบุคคลในสังคม มิให้ถูกแย่งชิงจากบุคคลอื่นด้วยวิธีการต่าง ๆ อันเป็นการไม่ถูกต้องชอบธรรม

4) คุ่มครองป้องกันบุคคลในสังคมจากความไม่สะดวกในการใช้สิ่งของสาธารณะที่ทุกคนมีสิทธิใช้ร่วมกัน เช่น การกีดขวางทางสัญจร ปิดกั้นทางสาธารณะ เป็นต้น รวมทั้งการใช้สภาพบังคับทางอาญาเพื่อเก็บรวบรวมภาษีอากร เป็นต้นว่า ห้ามมิรถยนต์โดยไม่มีทะเบียน

5) คุ่มครองป้องกันและรักษาไว้ซึ่งสถาบันต่าง ๆ ของสังคม เช่น สถาบันพระมหากษัตริย์ สถาบันศาสนา เป็นต้น รวมถึงเพื่อบังคับให้เกิดความเมตตากรุณาที่จำเป็นต่อการอยู่ร่วมกัน เช่น การไม่ช่วยเหลือผู้ที่ตกอยู่ในภัยอันตราย เป็นต้น

6) เพื่อคุ่มครองการบังคับใช้วิธีการต่าง ๆ ที่จะทำให้วัตถุประสงค์ทั้งหลายที่กล่าวมานี้ บรรลุผล เป็นต้นว่า การขัดคำสั่งเจ้าพนักงาน การให้การเท็จ¹⁰

2.1.2 แนวคิดและวัตถุประสงค์ในการลงโทษ

การลงโทษ หมายถึง การกระทำเพื่อให้เกิดผลร้ายแก่ผู้ต้องรับโทษซึ่งอาจจะเป็นผลร้ายต่อร่างกาย จิตใจหรือทรัพย์สิน ซึ่งการลงโทษนั้นเป็นเสมือนเครื่องมือของการตัดสินของสาธารณะ ซึ่งประเด็นสำคัญในการลงโทษได้แก่ วิธีการที่เกี่ยวข้องกับความเจ็บปวดหรือการทรมานซึ่งเป็นผล

¹⁰ From *The scope of criminal law in Sentencing in a rational society*, by N. Walker, 1972, Pelican Books. อ้างถึงใน *ทฤษฎีอาญา* (น. 49-50), โดย อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, 2552 กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

จากการตัดสินโดยค่านิยมบางอย่างของสังคม¹¹ นอกจากนี้ มีนักวิชาการหลายท่านเห็นว่า การลงโทษเป็นการกระทำตามสัญชาตญาณการแก้แค้น โดยเป็นกระบวนการที่ยุ่ยกยับซับซ้อน อาชญากรรมบางประเภทและการกระทำบางชนิดถูกมองว่าผิด และทำให้สังคมเสียสมดุล ทำให้เสียผลประโยชน์ของบุคคลหรือสมาชิก ปฏิบัติการลงโทษต่างๆ จึงเป็นส่วนหนึ่งในการทำลายความไม่สมดุลที่เกิดขึ้น ดังนั้น การลงโทษอาจเป็นเพียงหนึ่งในปฏิกริยาหลาย ๆ อย่างต่อการฝ่าฝืนกฎหมาย¹²

การลงโทษในกฎหมายอาญาเป็นการกระทำต่อผู้กระทำความผิดอย่างมีวัตถุประสงค์ ซึ่งวัตถุประสงค์ของการลงโทษมีการพัฒนาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน โดยในแต่ละวัตถุประสงค์นั้นก็ส่งผลกระทบต่อผู้กระทำความผิดแตกต่างกันไป ดังจะได้กล่าวเป็นลำดับไป ดังนี้

1) วัตถุประสงค์เพื่อเป็นการทดแทน (Retribution) แนวคิดนี้เป็นหลักการดั้งเดิมในการกำหนดโทษทางอาญา โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด เป็นเครื่องมือในการแก้แค้นทดแทนให้สาสมกับการกระทำความผิดของผู้นั้น โดยกฎหมายที่ปรากฏแนวคิดนี้ อย่างชัดเจนคือกฎหมายฮัมมูราบีที่ว่า หลักตาต่อตา ฟันต่อฟัน¹³ ซึ่งการลงโทษด้วยวิธีนี้เป็นการแก้แค้นตอบแทนผู้กระทำความผิด โดยไม่มีข้อกำหนดหรือหลักเกณฑ์ที่แน่นอน และในการลงโทษจะใช้วิธีการที่มีความทารุณโหดร้ายปราศจากมนุษยธรรม และขึ้นอยู่กับความพอใจเป็นสำคัญ¹⁴ กล่าวคือ มุ่งเน้นให้โทษที่ลงแก่ผู้กระทำความผิดสามารถสนองตอบต่ออารมณ์และความรู้สึกตามสามัญสำนึกของประชาชนส่วนมากในสังคมได้ โดยให้เกิดความพึงพอใจเมื่อได้เห็นว่าผู้กระทำความผิดได้ถูกลงโทษได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่งนั้น หรือตามสำนวนที่นักนิติศาสตร์ญี่ปุ่นใช้ว่า การทำให้หมาชนพึงพอใจเมื่อถูกขย้ำ โดยการกระทำผิดอย่างร้ายแรงของบุคคลหนึ่ง นอกจากนี้ยังมีผลในการป้องกันสังคม เพราะการใช้วิธีการลงโทษแบบนี้ย่อมส่งผลทั้งต่อตัวผู้กระทำความผิดเองโดยทำให้ผู้กระทำความผิดรู้สำนึกตัว และมีผลทำให้ผู้อื่นเกิดความเกรงกลัวต่อโทษที่จะได้รับด้วย¹⁵ ในปัจจุบัน การลงโทษโดยถือหลักการทดแทนได้วิวัฒนาการไปตามแนวความคิดทางอาชญาวิทยาสมัยใหม่ คือหลีกเลี่ยงการใช้วิธีการทารุณร่างกาย โดยใช้วิธีการจำคุกแทน แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันว่า สังคมปัจจุบันยังคงมีแรงกระตุ้นเตือนในการแก้แค้นผู้กระทำ

¹¹ จาก *สังคมวิทยาว่าด้วยอาชญากรรมและการลงโทษ* (น.126), โดย พงจจิตต์ อธิคมนันท์, 2525, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง. อ้างถึงใน *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา* (น.130), โดย อัจฉริยา ชูตินันท์, 2557, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

¹² แหล่งเดิม.

¹³ จาก *ทฤษฎีอาญา* (น. 84-89), โดย อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, 2552, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

¹⁴ จาก *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา*. หน้าเดิม.

¹⁵ จาก *ทฤษฎีอาญา*. หน้าเดิม.

ความผิด ซึ่งการมีบทลงโทษต่างๆ เป็นการเปิดโอกาสให้ชุมชนได้แก้แค้นผู้กระทำความผิดผ่านทางกฎหมาย ที่เปรียบเสมือนเครื่องมือเพื่อการลงโทษแทน¹⁶

2) วัตถุประสงค์เพื่อเป็นการข่มขู่ ยับยั้ง (Deterrence) แนวคิดนี้ถือได้ว่าเป็นหลักการดั้งเดิมควบคู่กับหลักการแก้แค้นทดแทน โดยมีแนวคิดว่า การลงโทษผู้กระทำความผิดด้วยโทษที่รุนแรงจะสามารถป้องปรามผู้นั้น รวมถึงบุคคลภายนอกมิให้ประพฤติปฏิบัติเอาเยี่ยงอย่าง ซึ่งแนวความคิดนี้เห็นว่าการที่บุคคลใดจะลงมือกระทำการสิ่งใดที่เป็นความผิดนั้น บุคคลดังกล่าวย่อมจะคิดและชั่งตรองดูเสียก่อนว่าการที่ตนจะกระทำเช่นนั้นจะส่งผลดีหรือผลร้ายให้แก่ตนมากน้อยเพียงไร¹⁷ กล่าวคือ วัตถุประสงค์เพื่อเป็นการยับยั้งการกระทำความผิดซ้ำของผู้นั้น (specific deterrence) โดยเป็นการลงโทษเพื่อให้บทเรียนกับผู้กระทำให้สำนึกผิด เกิดความเข็ดหลาบและไม่คิดกระทำอีกในอนาคต ซึ่งเรียกว่า “การยับยั้งเป็นพิเศษ” (special deterrence) และเพื่อให้ผู้อื่นเกิดความเกรงกลัวไม่กล้าเอาเยี่ยงอย่าง ซึ่งเรียกว่า “การยับยั้งโดยทั่วไป” (general deterrence)¹⁸ อย่างไรก็ตาม Jeremy Bentham ได้กล่าวว่า การลงโทษที่จะส่งผลเป็นการยับยั้งไม่ได้หมายถึงการกำหนดโทษที่รุนแรงแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่ต้องประกอบไปด้วยองค์ประกอบสี่ประการ คือ ประการแรก การบังคับโทษต้องแน่นอน ไม่เลือกปฏิบัติ ประการที่สอง การลงโทษต้องร้ายแรงพอที่จะยับยั้งมิให้คนคิดที่จะกระทำความผิด ประการที่สาม การลงโทษต้องรวดเร็ว และประการที่สี่ การลงโทษต้องเปิดเผยต่อสาธารณชนเพื่อให้คนทั่วไปได้รับรู้ถึงผลของการกระทำความผิด อันถือเป็นการข่มขู่โดยทั่วไปด้วย¹⁹

3) วัตถุประสงค์ในการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (Rehabilitation and Correction) แนวคิดนี้เป็นหลักการที่ปรากฏในอยู่ในหลักของศาสนาคริสต์ตั้งแต่โบราณกาล โดยเป็นเรื่องของการไถ่บาป หรือการสารภาพบาปของผู้ที่สำนึกผิดในการกระทำของตน เพื่อให้ผู้กระทำได้มีโอกาสเริ่มต้นชีวิตใหม่²⁰ โดยผู้ให้คำจำกัดความในเรื่องของการแก้ไขผู้กระทำความผิดเป็นคนแรก คือ นักวิชาการชาวอเมริกันชื่อ ศาสตราจารย์เลน²¹ ได้กล่าวว่า พฤติกรรมของมนุษย์นั้นเป็นผลสืบเนื่องมาจากอดีต เหตุเหล่านี้เป็นส่วนหนึ่งของสภาพทางธรรมชาติของมนุษย์ที่สามารถศึกษาให้เข้าใจถึง

¹⁶ จาก *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา* (น. 131). เล่มเดิม.

¹⁷ จาก *ทฤษฎีอาญา* (น. 89 - 90). เล่มเดิม.

¹⁸ จาก *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา*. หน้าเดิม.

¹⁹ จาก *กฎหมายอาญา ว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย* (น. 29), โดย ณรงค์ ใจหาญ, 2543, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

²⁰ จาก *ทฤษฎีอาญา* (น. 91). เล่มเดิม.

²¹ แหล่งเดิม.

สาเหตุที่มาของพฤติกรรมดังกล่าวและสามารถแก้ไขควบคุมพฤติกรรมเช่นนั้นของมนุษย์ได้ ซึ่งลักษณะเด่นของหลักการนี้คือ วิธีการทั้งหลายที่จะนำมาปฏิบัติกับผู้ต้องโทษ จะต้องมิลักษณะของการบำบัด ตัดโอกาสหรือจำกัดความสามารถในการกระทำความผิดเพื่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของผู้ต้องโทษ²² ดังนั้นการลงโทษตามวัตถุประสงค์นี้เป็นการแก้ไขด้วยการบำบัดรักษา แทนการลงโทษโดยจะพิจารณาถึงลักษณะเฉพาะของผู้กระทำผิดเป็นรายบุคคลไป

4) วัตถุประสงค์เพื่อตัดผู้กระทำผิดออกจากสังคม (Incapaciation) การลงโทษตามวัตถุประสงค์นี้เน้นการลงโทษในลักษณะที่เป็นการตัดหรือจำกัดโอกาสในการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิด เช่น กรณีที่เป็นการตัดโอกาสในการกระทำความผิดอย่างถาวร ได้แก่ โทษประหารชีวิต หรือโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือในปัจจุบันมีโทษในลักษณะของการกักกันผู้กระทำความผิดติดเป็นนิตย์ เพื่อให้ผู้นั้นก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคมจนกว่าจะพ้นจากสภาพความเป็นอันตรายต่อสังคม แนวคิดนี้มุ่งเน้นประโยชน์สุขของสังคมเป็นหลัก โดยใช้มาตรการควบคุมอย่างเข้มงวดเพื่อความปลอดภัยของสังคมส่วนรวมเป็นหลัก²³

5) วัตถุประสงค์เพื่อเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย (Restitution) เป็นหลักการที่ให้ความสำคัญแก่ผู้เสียหายหรือเหยื่อในคดีอาญา แนวคิดนี้เป็นหลักการใหม่โดยที่แต่เดิมการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดจะเป็นเรื่องระหว่างรัฐกับผู้กระทำความผิดเท่านั้น หากต้องการเรียกร้องค่าเสียหายผู้เสียหายต้องไปดำเนินคดีแพ่งต่างหากเอง ซึ่งในหลักการนี้การกำหนดโทษของศาลนั้น จะต้องคำนึงถึงความพอใจของผู้เสียหายที่ได้รับการชดเชยค่าเสียหายจากผู้ที่ทำให้เกิดความผิด หากผู้เสียหายได้รับการชดเชยผู้กระทำความผิดก็จะได้รับโทษน้อยลง หรือในบางกรณีศาลจะมีอำนาจสั่งให้ผู้กระทำความผิดชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายได้

6) วัตถุประสงค์เพื่อกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Restorative justice) แนวความคิดนี้มุ่งเน้นการประนีประนอมยอมความระหว่างผู้เสียหายกับผู้กระทำความผิด โดยเน้นที่การสื่อสารทำความเข้าใจให้ผู้กระทำความผิดได้เข้าใจและตระหนักถึงความเสียหายที่ตนได้ก่อขึ้นและส่งผลให้เกิดสำนึกในการยอมรับต่อการกระทำความผิดนั้น และมีหน้าที่ต้องดำเนินการเพื่อทำให้ผู้เสียหายได้รับสิ่งที่สูญเสียไปกลับคืนมาให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ ซึ่งอาจไม่ใช่การชดเชยด้วยเงินตราแต่เป็นการขอโทษ หรือเป็นการทำงานชดเชยให้แก่ผู้เสียหาย เพื่อประสงค์ที่จะขจัดหรือลดความขัดแย้งต้นเหตุของปัญหาที่จะนำไปสู่การกระทำผิดซ้ำอีก แนวความคิดนี้เป็นมาตรการที่นำมาใช้กับผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กหรือเยาวชน โดยใช้กระบวนการประชุมครอบครัว แต่ใน

²² แหล่งเดิม (น. 92).

²³ จาก กฎหมายอาญา ว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย (น. 34). เล่มเดิม.

บางประเทศอย่างอังกฤษ อเมริกา ได้นำแนวความคิดดังกล่าวมาใช้ในมาตรการลงโทษในชุมชน สำหรับผู้กระทำความผิดที่เป็นผู้ใหญ่ด้วย²⁴

2.1.3 หลักประกันในกฎหมายอาญา

“หลักประกันในกฎหมายอาญา”²⁵ เดิมทีเดียวหาใช่ความคิดในทางกฎหมายอาญาไม่ แต่เป็นความคิดในทางการเมืองที่ต้องการจะจำกัดอำนาจรัฐ²⁶ เป็นต้นว่า รัฐธรรมนูญอเมริกัน ค.ศ. 1776 ได้บัญญัติถึงการห้ามออกกฎหมายย้อนหลัง²⁷

ครั้นเมื่อหลักนิติรัฐ ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางจึงได้มีการวางหลักประกันในกฎหมายอาญาขึ้น โดยนักกฎหมายชาวเยอรมันที่ชื่อว่า Anselm von Feuerbach ซึ่งได้วางหลักไว้สามประการ คือ²⁸

- (1) การลงโทษต้องมีกฎหมาย (nulla poena sine lege)
- (2) การลงโทษต้องขึ้นอยู่กับกรมืออยู่ของการกระทำ (nulla poena sine crimine)
- (3) โทษที่จะลงต้องเป็นโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมาย (nullum crimen sine poena legali)

จากหลักดังกล่าวข้างต้นจึงกล่าวได้ว่า “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ก็คือ “หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” หรือที่รู้จักกันในภาษิตลาตินที่ว่า “Nullum crimen, nulla poena, sine lege” โดยที่ต่อมาหลักนี้ได้รับการกล่าวถึงและได้แพร่หลายออกไปทั่วโลก จนกลายเป็นหลักสากลไปแล้ว หลักนี้แสดงให้เห็นว่ากฎหมายอาญามีหลักสำคัญมาจากการบัญญัติกฎหมาย การบัญญัติกฎหมายอาญามีผลมาจากอำนาจในการลงโทษของรัฐ และรัฐมีความจำเป็นที่จะต้องมีการลงโทษเพราะถ้ารัฐไม่มีกฎหมายแล้วการอยู่ร่วมกันของคนในรัฐจะถูกกระทบกระเทือนได้ง่าย ดังนั้นรัฐจึงต้องเป็นผู้รับผิดชอบหากผู้ใดกระทำความผิดอาญาผู้นั้นจะต้องถูกลงโทษ

²⁴ จาก ศึกษาความเป็นไปได้ในการกำหนดชั้นโทษและการนำไปปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา (น.14-15), โดยณรงค์ ใจหาญและคณะ, 2549, กรุงเทพฯ: สำนักงานกิจการยุติธรรม.

²⁵ รองศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ เรียก “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ว่า “เอกลักษณ์ของกฎหมายอาญา” และ ศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล เรียกว่า “หลักความชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายอาญา.”

²⁶ From *Lehrbuch des strafrechts : Allemeiner Teil* (S.118), by vgl.Hans-Heinrich Jescheck, , 4. Auflage Munchen 1998, อ้างถึงใน *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น. 82), โดย คณิต ฌ นคร ก. เล่มเดิม.

²⁷ U.S. Constitution Section 9 (3) “No Bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed.”

²⁸ จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. หน้าเดิม.

โดยรัฐ และรัฐเท่านั้นที่เป็นผู้มีอำนาจลงโทษอาญาแก่บุคคล ด้วยเหตุนี้กฎหมายอาญาจึงเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน และมีลักษณะเป็นกฎหมายมหาชน²⁹

สำหรับประเทศไทย “หลักประกันในกฎหมายอาญา” (Nullum crimen, nulla poena, sine lege) ได้มีการรับเข้ามาในระบบกฎหมายไทยครั้งแรกเมื่อประเทศไทยได้เริ่มจัดทำประมวลกฎหมายอาญา (codification)³⁰ โดยรับไว้ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งมาตรา 7 ได้บัญญัติไว้ดังนี้³¹

“มาตรา 7 บุคคลควรรับอาญา ต่อเมื่อมันได้กระทำการอันกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลา ที่กระทำนั้น บัญญัติว่าเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ และอาญาที่จะใช้ลงโทษผู้กระทำผิดนั้น ก็ไม่ควรใช้อาญาอย่างอื่นนอกจากอาญาที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

มีข้อสังเกตว่า หลักประกันในกฎหมายอาญานี้เป็นหลักประกันเสรีภาพอันดีของบุคคล ได้รับเข้ามาในกฎหมายไทยในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ซึ่งเป็นกษัตริย์ในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์³²

หลักประกันในกฎหมายอาญานี้ ครั้นเมื่อประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญแล้ว นอกจากจะได้บัญญัติหลักประกันนี้ไว้ในประมวลกฎหมายอาญาแล้ว ยังได้มีการบัญญัติหลักนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญอีกด้วย จึงกล่าวได้ว่าสำหรับประเทศไทยหลักประกันในกฎหมายอาญาถือเป็นหลักการที่ได้รับความคุ้มครองในระดับรัฐธรรมนูญ³³

²⁹ จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น. 54). เล่มเดิม.

³⁰ จาก *บันทึกของ นายยอร์ช ปาดูซ์ (Georges Padoux) ที่ปรึกษาการร่างกฎหมายของรัฐบาลสยามเกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127* (น. 48 - 88), โดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ก, 2546, กรุงเทพฯ: วิญญชน.

³¹ จาก “หลักความชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายอาญา,” *รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์* (น.15), โดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ข, 2536, กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

³² จาก *ปัญหาความชัดเจนแน่นอนในการบัญญัติ มาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายอาญา กรณีความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ* (โครงการพัฒนาระบบงานกฎหมายหลักสูตรพัฒนานักกฎหมายภาครัฐระดับปฏิบัติการ) (น. 16), โดย ประดิษฐ์ มีภู และคณะ, 2554, กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

³³ หลักการนี้ได้รับการยืนยันในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 39 วรรคแรก ซึ่งได้บัญญัติว่า “บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลา ที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลา ที่กระทำความผิดมิได้.”

ปัจจุบันสาระสำคัญของหลักประกันในกฎหมายอาญา ปรากฏในมาตรา 2 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการ อันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” จากหลักตามมาตรา 2 นี้สามารถที่จะ จำแนกรายละเอียดได้ว่า กฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจน ห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีมาลงโทษ ทางอาญาแก่บุคคล ห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญาแก่บุคคล และกฎหมาย อาญาไม่มีผลย้อนหลัง โดยจะอธิบายเป็นลำดับไป ดังนี้³⁴

1) การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา มาตรา 2 บัญญัติว่า “บุคคลจัก ต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็น ความผิดและกำหนดโทษไว้” คำว่า “บัญญัติ” ในกฎหมายนั้นแสดงว่า กฎหมายอาญาเป็นกฎหมาย ที่เกิดขึ้นจากการบัญญัติ ดังนั้นกฎหมายจารีตประเพณีซึ่งไม่ได้เกิดขึ้นจากการบัญญัติเป็นแต่เพียง กฎหมายที่เกิดจากการปฏิบัติที่ต่อเนื่องกันมาอย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานานของประชาชนจนเป็นที่ ยอมรับกันเท่านั้น จึงต้องห้ามมิให้นำมาใช้ในกฎหมายอาญา แต่อย่างไรก็ตามการห้ามใช้กฎหมาย จารีตประเพณีครอบคลุมเพียงในเรื่องการกระทำที่เป็นความผิดอาญา และในเรื่องการกระทำที่ต้อง รับโทษหนักขึ้นเท่านั้น คือห้ามใช้ในทางที่เป็นโทษ แต่ใช้ในทางที่เป็นคุณย่อมสามารถนำหลัก จารีตประเพณีมาปรับใช้ในทางอาญาได้

2) การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา กล่าวคือ การห้ามใช้กฎหมาย ที่เกินขอบเขตของบทบัญญัติที่พึงหาได้จากกรณีความกฎหมายอาญา ซึ่งถือเป็นหลักที่แตกต่างไป จากกฎหมายแพ่ง คือ ในกฎหมายแพ่งมีหลักที่เป็นหัวใจสำคัญอยู่ว่าจะปฏิเสธว่าไม่มีกฎหมาย มาปรับใช้แก่กรณีไม่ได้³⁵ แต่ในกฎหมายอาญานั้นจะอุดช่องว่างของกฎหมายโดยการเทียบเคียง บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง³⁶ ในทางที่เป็นโทษไม่ได้ แต่ในทางที่เป็นคุณยอมทำได้

3) กฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอน กล่าวคือ หลักประกันในกฎหมายอาญา ถือเป็นหลักที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล ทั้งนี้เนื่องจากโทษทางอาญาถือเป็น

³⁴ จาก *ประมวลกฎหมายอาญา : หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ* (น.243-249), โดย คณิต ฃ นคร ข, 2556, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

³⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรค 2 บัญญัติว่า “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับ คดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นว่านั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบ บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป.”

³⁶ การใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง หมายถึง การใช้เหตุผลโดยอ้างความ คล้ายคลึงกัน.

มาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐที่นำมาใช้กับประชาชน ฉะนั้นการบัญญัติกฎหมายอาญาจึงต้องมีความชัดเจนที่สุดเท่าที่จะทำได้ เพื่อให้ประชาชนโดยทั่วไปทราบว่าการกระทำใดบ้างที่เป็นความผิดต่อกฎหมายและต้องรับโทษ และเพื่อที่จะให้เป็นหลักประกันว่าสิ่งที่กฎหมายบัญญัตินั้นตรงกับเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างแท้จริง

หากรัฐออกกฎหมายถือว่า บุคคลที่ “หาเลี้ยงชีพด้วยวิธีการอันขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”³⁷ เป็นความผิด และต้องรับโทษ เช่น ถือว่าเป็นความผิดฐานภัยสังคม ต้องระวางโทษจำคุก 10 ปี ดังนี้ ต้องถือว่า บทบัญญัติดังกล่าวขัดต่อหลักตามมาตรา 2 เพราะมีความคลุมเครืออยู่มาก นอกจากนี้ ตัวอย่างของกฎหมายที่ไม่ชัดเจนแน่นอน เช่น กฎหมายนาซี ฉบับลงวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ. 1925 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำการใดๆ ซึ่งอาจถูกลงโทษตามกฎหมายได้ หรือซึ่งสมควรจะถูกลงโทษ ตามหลักพื้นฐานของกฎหมายอาญา และตามความรู้สึกอันดีงามของประชาชน ผู้นั้นจะต้องถูกลงโทษ”³⁸

เหตุที่กฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอนก็เพื่อให้ประชาชนที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายรู้ล่วงหน้าได้ว่าการกระทำเช่นใดที่เป็นความผิด และความผิดนั้นมีโทษรุนแรงเพียงใด โดยหากบทบัญญัติของกฎหมายมีความคลุมเครืออยู่มาก และไม่อาจรู้ได้แน่ชัดว่าการกระทำเช่นใดที่เป็นความผิด เมื่อมีการบังคับใช้กับบุคคลใดแล้ว บุคคลผู้ถูกบังคับ ก็จะขัดแย้งหรือมีความรู้สึกเป็นปฏิปักษ์ โดยถือว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมจากรัฐ³⁹ นอกจากนี้การที่รัฐไม่ยอมให้ประชาชนอ้างความไม่รู้กฎหมายมาเป็นข้อแก้ตัว ตามมาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ก็ยิ่งแสดงให้เห็นได้ว่าการพิจารณาออกกฎหมายนั้น จะต้องใช้ถ้อยคำให้ชัดเจนไม่คลุมเครือ เพื่อให้ประชาชนมีโอกาสรู้ได้ทันทีว่าการกระทำเช่นใดบ้างที่เป็นความผิด เพื่อที่จะไม่ยอมให้ประชาชนเหล่านั้นหนีภัยจากความไม่รู้กฎหมายที่ชัดเจนแล้วนั้นขึ้นมาปฏิเสธความรับผิดชอบได้ ดังนั้น หากกฎหมายยังมีความไม่ชัดเจน

³⁷ ถ้อยคำจากอนุ 3 ของข้อ 1 แห่งคำสั่งคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 22 ซึ่งถูกยกเลิกไปแล้ว โดยพระราชบัญญัติยกเลิกคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 22 ลงวันที่ 13 ตุลาคม พ.ศ. 2519 พ.ศ. 2522.

³⁸ From “Punishment by Analogy in Nation Social Penal Law,” 26 *Journal of Criminal Law and criminology*, by Lawrence Preuss. 847 (1993) “Whoever commits an action which the law declares to be punishable or which is deserving of punishment according to the fundamental idea of a penal code and the sound perception of the people, shall be punished.” อ้างถึงใน *คำอธิบายวิชากฎหมายอาญา ภาค ๑* (น. 23), โดย เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์ ก, 2551, กรุงเทพฯ: พลสยามพรีนติ้ง.

³⁹ From *Criminal Law* (p. 93), Op.cit. And *Criminal Law and its Processes: Cases and Materials* (p. 29), by Kadish, Sanford H. and Paulsen, Monrad G., 1969, 2nd ed. Boston: Little, Brown.

แน่นอนหรือยังคงคลุมเครืออยู่มาก จึงยอมไม่เป็นธรรมกับประชาชนที่จะห้ามมิให้ยกความไม่รู้กฎหมายมาเป็นข้อแก้ตัว⁴⁰

เหตุอีกประการหนึ่ง คือ เมื่อกฎหมายมีความชัดเจนแน่นอนพอสมควรแก่กรณีแล้ว ย่อมมีผลทำให้การบังคับใช้กฎหมายโดยเลือกปฏิบัติหรือการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจขององค์กรต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายลดลงได้บ้าง⁴¹

อย่างไรก็ดีที่ว่ากฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอนนั้น หมายถึงชัดเจนแน่นอนพอสมควร (reasonably definite) เท่านั้น⁴² เพราะการที่จะให้บัญญัติให้ละเอียดถี่ถ้วนลงไปนั้น คงเป็นเรื่องยากมากซึ่งก็ไม่มีประเทศใดทำได้ทุกกรณี นอกจากนี้บทบัญญัติในส่วนของความผิดที่จะต้องชัดเจนแน่นอนแล้ว บทบัญญัติในส่วนของการกำหนดโทษว่ากรณีหากกระทำความผิดแล้วจะต้องรับโทษสถานใดก็จะต้องชัดเจนแน่นอนด้วยเช่นกัน⁴³

เกี่ยวกับหลักเรื่องกฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอนนี้ Professor Dr. Hans Welzel⁴⁴ ได้กล่าวไว้ว่า ภัยที่คุกคามหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายแท้จริงแล้วไม่ใช่การใช้หลักกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง แต่คือความไม่ชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา⁴⁵

4) กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง จากถ้อยคำในมาตรา 2 ที่ว่า “กฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำ” นั้นแสดงให้เห็นถึงข้อห้ามย้อนหลังของกฎหมายอาญา การกระทำที่บุคคลจักต้องรับโทษต้องเป็นการกระทำที่เป็นความผิดอาญา ตามกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะกระทำนั้น ถ้าในขณะกระทำยังไม่มีการบัญญัติว่าเป็นความผิด แต่ต่อมามีการบัญญัติขึ้นภายหลังว่าการกระทำเช่นนั้นมีความผิด ก็จะลงโทษการกระทำก่อนที่มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดไม่ได้ กล่าวคือ กฎหมายอาญาจะมีผลใช้บังคับในปัจจุบันและอนาคตเท่านั้น ไม่มีผลย้อนหลังไปในอดีต เว้นแต่กฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำความผิดแตกต่างกับกฎหมายที่ใช้ภายหลังการกระทำความผิดกฎหมาย ให้ใช้กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิด กล่าวคือ ให้ใช้กฎหมายที่จะลงโทษผู้กระทำให้เบาที่สุดนั่นเอง

⁴⁰ จาก คำอธิบายวิชากฎหมายอาญา ภาค ๑ (น. 23). เล่มเดิม.

⁴¹ From *Criminal Law* (p. 93 - 94). Op.cit.

⁴² Ibid (p. 95).

⁴³ จาก คำอธิบายวิชากฎหมายอาญา ภาค ๑ (น. 23 - 24). เล่มเดิม.

⁴⁴ อติศาสตราจารย์ทางกฎหมายเยอรมัน ณ มหาวิทยาลัยแห่งกรุงเบอร์ลิน ซึ่งปัจจุบันเสียชีวิตแล้ว.

⁴⁵ จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น.93). เล่มเดิม.

2.1.4 การตีความกฎหมายอาญา

การตีความกฎหมายเป็นเรื่องของการตีความ “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” (gesetzliche Rechte) หรือเป็นเรื่องของ “การตีความตัวบทกฎหมาย” เพื่อทำความเข้าใจความหมายในทางกฎหมายของตัวบทกฎหมายนั้นๆ

เมื่อกฎหมายได้รับการบัญญัติขึ้นแล้วย่อมถือว่าเจตจำนงของประชาชนได้แสดงออกทางกฎหมายที่ได้บัญญัติขึ้นนั้น การตีความจึงต้องกระทำให้สอดคล้องกับเจตจำนงของประชาชนที่มีอยู่ในกฎหมาย ผู้ใช้กฎหมาย โดยเฉพาะศาล จึงต้องผูกมัดกับความหมายของตัวบทกฎหมายที่หยั่งรู้ได้โดยหลักเกณฑ์ของการตีความที่ยอมรับกันโดยทั่วไปเท่านั้น และการตีความเช่นนั้นจะต้องสามารถนำไปใช้ได้กับทุกกรณีที่เหมาะสม⁴⁶

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย กล่าวถึงการตีความกฎหมายอาญาว่า “การตีความกฎหมายอาญามีหลักเช่นเดียวกับการตีความกฎหมายอื่นๆ กล่าวคือ ต้องตีความตามตัวอักษรและตามเจตนารมณ์ (spirit)”⁴⁷ และได้กล่าวต่อไปอีกความว่า “การตีความกฎหมายอาญาจะตีความ โดยขยายความออกไปให้เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดไม่ได้ แต่ตีความโดยการขยายความให้เป็นผลดีแก่ผู้กระทำความผิดได้ และถ้ากรณีเป็นที่สงสัยต้องตีความให้เป็นประโยชน์แก่ผู้ต้องหา (in dubio pro reo)”⁴⁸ จากคำกล่าวของศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย แสดงให้เห็นถึงหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายอาญา สองประการ คือ “การตีความตามหลักภาษา” และ “การตีความตามหลักความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย”

1) หลักเกณฑ์การตีความกฎหมาย

ปัจจุบันหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายที่มีการกล่าวถึงทางตำราและเป็นที่ยอมรับในทางวิชาการ ประกอบด้วยการตีความกฎหมาย 4 หลักเกณฑ์ คือ การตีความตามหลักภาษา การตีความตามความสัมพันธ์อย่างเป็นระบบของกฎหมาย การตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย⁴⁹ ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

(1) การตีความตามหลักภาษา (grammatische Auslegung)

รัฐธรรมนูญและกฎหมายอาญาได้วางหลักเกี่ยวกับการใช้กฎหมายอาญา หรือเรียกอีกอย่างว่า “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนและแน่นอนว่าบุคคลจักต้อง

⁴⁶ แหล่งเดิม (น.67).

⁴⁷ จาก *กฎหมายอาญาภาค 1* (น. 43), โดย หยุด แสงอุทัย 2537, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁴⁸ แหล่งเดิม (น. 44).

⁴⁹ จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น.72-78). เล่มเดิม.

รับโทษในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำการตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้เท่านั้น⁵⁰ ดังนั้น ในการตีความกฎหมายจึงต้องเริ่มต้นพิจารณาที่ถ้อยคำแห่งบทบัญญัติของกฎหมาย⁵¹

การตีความตามหลักภาษา หมายถึง การค้นหาความหมายของบทบัญญัติแห่งกฎหมายจากความหมายของภาษาที่ใช้กันทั่วไป⁵² และเพื่อให้ทราบถึงกรอบหรือขอบเขตในการบังคับใช้จากถ้อยคำนั้น⁵³ ซึ่งคำศัพท์ที่ใช้ในกฎหมายมีอยู่ด้วยกัน 4 ลักษณะ⁵⁴ คือ

(ก) ศัพท์ธรรมดา ได้แก่ ภาษาที่คนธรรมดาทั่วไปเข้าใจกัน โดยหากไม่ทราบก็สามารถค้นหาความหมายได้จากพจนานุกรม

(ข) ศัพท์เทคนิค (Technical terms) ได้แก่ ภาษาที่ได้นำไปใช้ในกลุ่มเฉพาะจนกลายเป็นคำเทคนิคในกลุ่มวิชาชีพเหล่านั้น และทำให้ความหมายที่คนธรรมดาเข้าใจอยู่เปลี่ยนแปลงไป เช่น คำว่า “ไวรัส” ซึ่งชาวบ้านอาจจะเข้าใจเช่นเดียวกับในทางการแพทย์ว่าหมายถึง เชื้อโรคชนิดหนึ่ง แต่จะเป็นคนละความหมายกับกลุ่มวิชาการคอมพิวเตอร์ซึ่งหมายถึง โปรแกรมชนิดหนึ่ง เป็นต้น

(ค) นิยามศัพท์ (definition) ได้แก่ ถ้อยคำธรรมดาทั่วไปซึ่งกฎหมายต้องการให้มีความหมายพิเศษเพิ่มเติมขึ้นเป็นการเฉพาะ เพื่อให้ให้นักกฎหมายเข้าใจความหมายที่ตรงกัน และเพื่อให้ครอบคลุมกับสิ่งที่กฎหมายต้องการให้มีผลบังคับใช้ตามความมุ่งหมายของกฎหมายนั้น

(ง) ถ้อยคำกำกวม ซึ่งแม้ว่าหลักในการบัญญัติกฎหมายโดยเฉพาะกฎหมายอาญาจะต้องบัญญัติให้มีความชัดเจน แต่ก็เป็นไปได้ที่จะบัญญัติให้ชัดเจนทั้งหมดได้ เนื่องจากภาษาแต่ละคำย่อมมีความหมายที่กว้างขึ้นอยู่กับบริบทในการนำไปใช้ ดังนั้น กฎหมายจึงต้องบัญญัติถ้อยคำที่มีความกำกวมและไม่ชัดเจนอยู่ เช่น คำว่า “รับไว้ด้วยประการใด” ในความผิดฐานรับของโจร เป็นต้น ซึ่งจำเป็นต้องพิจารณาความหมายจากสถานการณ์ในแต่ละกรณีเป็นเรื่อง ๆ ไป

(2) การตีความตามความสัมพันธ์อย่างเป็นระบบของกฎหมาย (systematische Auslegung)

ในการตีความกฎหมายนั้น ผู้ตีความจะต้องยึดถือความหมายตามนิยามที่กฎหมายบัญญัติเป็นหลักในการพิจารณา แต่อย่างไรก็ดี ผู้ตีความกฎหมายต้องระลึกด้วยว่าภาษากฎหมายเองก็อาจแตกต่างกันได้ ซึ่งความแตกต่างนี้ขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์อย่างเป็นระบบของกฎหมาย สำหรับ

⁵⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 39 วรรคหนึ่ง และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคหนึ่ง.

⁵¹ จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น.73). เล่มเดิม.

⁵² แหล่งเดิม.

⁵³ จาก *สังคมกับกฎหมาย* (น.133), โดย ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ข, 2551, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁵⁴ แหล่งเดิม (น.134-140).

กฎหมายอาญาเองก็มีความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบ แม้กฎหมายอาญาจะได้ให้ความหมายของคำใดคำหนึ่งไว้ก็เชื่อว่าจะมีความหมายที่เหมือนกันในทุกความผิด เพราะความผิดแต่ละฐานมีความสัมพันธ์กับนิยามที่แตกต่างกันได้ เช่นคำว่า “โดยทุจริต” กฎหมายให้นิยามไว้ว่าหมายถึงเพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น แต่ “โดยทุจริต” ในความผิดต่อกรรมสิทธิ์ คือ การแสวงหาประโยชน์ในตัวทรัพย์สิน กล่าวคือ มีลักษณะเป็นการใช้ทรัพย์สินในทางบวกไม่ใช่เป็นการทำลายทรัพย์สิน ซึ่งแตกต่างกับคำว่า “โดยทุจริต” ในความผิดต่อ “คุณธรรมทางกฎหมาย” อย่างอื่น เป็นต้นว่า ในความผิดฐานฉ้อโกง ซึ่งเป็นการแสวงหาประโยชน์อาจไม่เกี่ยวกับตัวทรัพย์สินเลย

นอกจากนี้บางถ้อยคำที่กฎหมายอาญาไม่ได้ให้นิยามไว้ แต่มีอยู่ในกฎหมายอื่น และเนื่องจากความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบของกฎหมายจึงต้องนำหลักในกฎหมายอื่นนั้นมาใช้ในกฎหมายอาญาด้วย เป็นต้นว่า กฎหมายอาญาไม่ได้ให้ความหมายเกี่ยวกับ “ทรัพย์สิน” ไว้ แต่กฎหมายแพ่งได้ให้ความหมายของ “ทรัพย์สิน” ว่า หมายความว่า วัตถุที่มีรูปร่าง ดังนั้น จึงต้องนำหลักในกฎหมายแพ่งมาใช้ในกฎหมายอาญาด้วย ทั้งนี้เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเชื่อมโยงกันอย่างเป็นระบบและเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ตามหลัก “ความเป็นหนึ่งเดียวของระบบกฎหมาย” (Einheit der Rechtsordnung)

ฉะนั้น การตีความตามกฎหมายตาม “หลักการตีความตามหลักภาษา” เพียงอย่างเดียว อาจไม่เพียงพอที่จะทราบความหมายที่ถูกต้องของตัวบทกฎหมายได้ ในการตีความกฎหมายจึงอาจต้องเพิ่มเติมด้วย “การตีความตามความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบของกฎหมาย” อย่างไรก็ตาม กรณีต้องยอมรับกันด้วยว่าในบางกรณีระบบกฎหมายเองอาจจะยังขาดความชัดเจนได้⁵⁵

(3) การตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย (historische Auslegung)

คือ การค้นหาความหมายของตัวบทกฎหมายจากประวัติความเป็นมาของตัวบทกฎหมายนั้น โดยการพิจารณาประวัติความเป็นมาของกฎหมาย ซึ่งอาจพิจารณาจากประวัติการยกร่างและเอกสารที่เกี่ยวข้อง เช่น ต้นร่าง เหตุผลในการร่าง ตลอดจนรายงานการประชุมของสภา ฯลฯ นอกจากนี้ “เหตุผลในการประกาศใช้กฎหมาย” ซึ่งมีอยู่ในระบบกฎหมายของไทยเราก็เป็นข้อมูลหนึ่งที่สามารถยังทราบถึงประวัติความเป็นมาของกฎหมายตลอดจนความหมายของตัวบทกฎหมายได้ โดยการตีความวิธีนี้จะนำไปสู่ “การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย” (teleologische Auslegung) ต่อไป⁵⁶

⁵⁵ จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น.74-76). เล่มเดิม.

⁵⁶ แหล่งเดิม (น.74).

(4) การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย (teleologische Auslegung)

คือ การค้นหาความมุ่งหมายของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยที่การตีความตามวิธีนี้ “คุณธรรมทางกฎหมาย” (rechtsgut) ซึ่งเป็นสิ่งที่กฎหมายต้องการให้ความคุ้มครองจะเป็นเครื่องช่วยในการตีความได้เป็นอย่างดี เป็นต้นว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” ของความผิดฐานลักทรัพย์ คือ “กรรมสิทธิ์” และ “การครอบครอง”⁵⁷ ซึ่งกรรมสิทธิ์หมายถึงสิทธิในสิ่งที่มีรูปร่างหรือสิทธิในทรัพย์ สิทธิในไฟฟ้าจึงไม่ใช่กรรมสิทธิ์เพราะไฟฟ้าไม่ใช่อะไรที่มีรูปร่าง ดังนั้นการที่ศาลฎีกาพิพากษาลงโทษการลักกระแสไฟฟ้าฐานลักทรัพย์⁵⁸ หากพิจารณาตามหลัก “การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย” จึงเป็นการไม่ถูกต้อง

สำหรับ “การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย” นั้น นอกจากจำเป็นที่จะต้องค้นหา “คุณธรรมทางกฎหมาย” แล้ว อาจจำเป็นต้องคำนึงถึงคุณค่าของการกระทำด้วย เป็นต้นว่า การทำให้ดีขึ้น เช่น การกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายในการรักษาพยาบาลซึ่งแม้จะทำให้ผู้รับการรักษาได้รับบาดเจ็บบ้างก็ยอมไม่เป็นการ “ทำร้าย” ในความหมายของความผิดฐานทำร้ายร่างกาย⁵⁹

2) วิธีการตีความกฎหมายและการตีความกฎหมายอาญา

ในการตีความกฎหมายผู้ตีความชอบที่จะใช้การผสมผสานของหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายดังกล่าวมาแล้วประกอบกัน ทั้งนี้โดยถือเอา “การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย” เป็นหลัก ส่วนหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายอื่นๆ นั้น เป็นเพียงปัจจัยที่จะนำไปแก้ไขความหมายที่แท้จริงของตัวบทกฎหมายเท่านั้น และในการตีความกฎหมายอาญาผู้ตีความก็ต้องปฏิบัติเช่นเดียวกันกับที่กล่าวมานี้⁶⁰ โดยการบังคับใช้กฎหมายอาญาจะต้องอยู่ในกรอบหรือขอบเขตของความหมายของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หากใช้เกินเลยไปย่อมมิใช่การตีความกฎหมายอาญา แต่เป็นการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogie)⁶¹ ในกฎหมายอาญา และถ้าเป็นไปได้ในทางที่เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดแล้ว ย่อมเป็นสิ่งที่ต้องห้ามในกฎหมายอาญา⁶²

⁵⁷ จาก *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (น. 306), โดย คณิต ณ นคร ค, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁵⁸ จาก คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 877/2501 (น. 896).

⁵⁹ จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น. 77). เล่มเดิม.

⁶⁰ แหล่งเดิม (น. 78).

⁶¹ จาก *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (น. 307-308). เล่มเดิม.

⁶² จาก *หลักกฎหมายอาญา* (น. 33), โดย แสงว นุญเฉลิมวิภาส, 2551, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

2.2 คุณธรรมทางกฎหมาย

นอกเหนือจากวัตถุประสงค์ในการกำหนดความผิดอาญาและวัตถุประสงค์ในการกำหนดโทษที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น ในการพิจารณาบัญญัติความผิดฐานต่าง ๆ นั้นจะมีสิ่งทีกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองเป็นพื้นฐานทางความคิดอยู่เบื้องหลังเสมอ โดยสิ่งนี้มีใช้สิ่งที่มีรูปร่างที่จะสามารถรับรู้ได้ด้วยสัมผัสทั้งห้า แต่เป็นสภาพพึงปรารถนาที่กฎหมายต้องการรับประกันจากการล่วงละเมิด อันเป็นเรื่องในทางความคิดอันเป็นนามธรรมซึ่งเรียกกันว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut)⁶³ ไม่ว่าผู้บัญญัติจะได้คำนึงถึงคุณธรรมทางกฎหมายก่อนบัญญัติหรือไม่ก็ตาม เพราะความผิดอาญามีที่มาจาก ปทัสถาน (Norm) และปทัสถานนั้นก็มาจากคุณธรรมทางกฎหมาย⁶⁴ โดยที่ปทัสถาน หมายถึง กฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่สังคมสร้างขึ้นเพื่อควบคุมพฤติกรรมของสมาชิกในสังคมให้เป็นไปในทำนองเดียวกัน เพื่อรักษาความเป็นระเบียบ ตลอดจนความสงบเรียบร้อยของสังคม นอกจากนี้ยังเป็นแบบแผนพฤติกรรมอันเป็นที่คาดหวังของสังคม แบ่งได้เป็น 3 ประเภท คือ วิถีประชาหรือวิถีชาวบ้าน จารีตหรือกวีศีลธรรม และกฎหมาย หรือที่เรียกอีกอย่างได้ว่าธรรมเนียมปฏิบัติ norm หรือ normative มาจากภาษาลาตินว่า norma แปลว่า อาคารหิน รูปทรงสี่เหลี่ยม (a stone mason's set - square) ซึ่งหมายความว่าสิ่งที่แสดงความเชื่อมั่นถึงวัตถุประสงค์ที่จะเป็น และความหมายในทางปรัชญา ธรรมเนียมปฏิบัติหมายถึง กฎ (rule) หรือมาตรฐานอำนาจ (an authoritative standard) และยังหมายถึงข้อความหรือสิ่งที่ควรจะเป็น อันเป็นการแสดงถึงสิ่งที่ควรและสิ่งที่ไม่ควร⁶⁵ ซึ่งในปทัสถานนั้นมีสมบัติ (gut) แฝงอยู่ในเบื้องหลังโดยที่กฎหมายอาญานั้นได้ยกระดับ “สมบัติ” นั้นขึ้นมาเป็น “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) เช่น ปทัสถานที่ว่า “การฆ่าเป็นสิ่งที่ไม่สมควร” การที่ไม่สมควรนั้นก็เพราะว่า “ชีวิต” เป็นสิ่งที่พึงหวงแหน ดังนั้นการบัญญัติกฎหมายอาญามาตรา 288 ก็เพื่อที่จะคุ้มครองชีวิตมนุษย์ และโดยการบัญญัติความผิดฐานนี้จึงทำให้ชีวิตมนุษย์กลายเป็นคุณธรรมทางกฎหมายไป⁶⁶ ทั้งนี้ มิได้หมายความว่า การประพฤติดิปปทัสถาน ทุกกรณีจะต้องถูกกำหนดให้เป็นความผิดอาญาเสมอไป เนื่องจาก การประพฤติดิปปทัสถานบางอย่างอาจยังไม่มีลักษณะที่กระทบกระเทือนอย่างร้ายแรงต่อการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมเท่าใดนัก ดังนั้น คุณธรรมทางกฎหมายนั้นจึงไม่จำเป็นต้องคุ้มครองโดยกฎหมายอาญา เช่น

⁶³ ปรีดี เกษมทรัพย์ เรียก Rechtsgut ว่า นิติสมบัติ.

⁶⁴ จาก “ผู้เสียหายในคดีอาญา,” *รวมบทความทางวิชาการ* (น.278-279), โดย คณิศ ฅ นคร ง, 2540, กรุงเทพฯ: สำนักงานอัยการสูงสุด.

⁶⁵ จาก “การออกกฎหมายในกรอบจริยธรรมและศีลธรรม,” โดย วิชัช จีรแพทย์, 2550, *ข่าวเนติบัณฑิตยสภา*, 19 (210), น. 5.

⁶⁶ จาก “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา,” *รวมบทความทางวิชาการ* (น. 183-184). เล่มเดิม.

กรณีการกระทำละเมิด ซึ่งบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ความว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” โดย ถ้อยคำตามบทบัญญัติดังกล่าวที่ว่า “ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิ” นั้น ก็เป็นคุณธรรมทางกฎหมาย ด้วยเช่นกัน⁶⁷

ด้วยเหตุนี้สามารถกล่าวโดยสรุปได้ว่า “สมบัติ” (gut) เรียกเป็นอีกชื่อหนึ่งได้ว่า “คุณธรรม” ที่อยู่ในความเป็นตัวตนของมนุษย์ทุกคนควรที่จะทราบว่าสิ่งใดควรสิ่งใดไม่ควร แต่ก็มิได้หมายความว่า “สมบัติ” หรือคุณธรรมทุกอย่างจะถูกยกระดับมาเป็น “คุณธรรมทางกฎหมาย” ทุกกรณีไป ดังนั้นเมื่อสมบัติใดถูกยกขึ้นมาเป็นคุณธรรมทางกฎหมายแล้ว กฎหมายนั้นก็จะต้องมีหน้าที่ปกป้องคุณธรรมทางกฎหมายนั้นๆ โดยมียอมให้ใครมาล่วงละเมิดได้ เพราะสมบัติที่ถูกยกระดับขึ้นมาเป็นคุณธรรมทางกฎหมาย ไม่ว่าจะอยู่ในกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่นๆ ล้วนแล้วแต่เป็นสมบัติที่มีความสำคัญที่จำเป็นสำหรับการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมทั้งสิ้น⁶⁸ โดยในส่วนของเนื้อหาเกี่ยวกับคุณธรรมทางกฎหมายที่ได้นำมาศึกษาที่ผู้เขียนจะหมายถึงเฉพาะคุณธรรมทางกฎหมายที่ถูกคุ้มครองโดยกฎหมายอาญาเท่านั้นซึ่งจะได้กล่าวเป็นลำดับต่อไป ดังนี้

2.2.1 ความหมายของคุณธรรมทางกฎหมาย

ได้กล่าวมาแล้วว่าคุณธรรมทางกฎหมายนั้นไม่ใช่สิ่งที่จับต้องได้ กล่าวคือ เป็นสิ่งที่ เป็น “ประโยชน์” (Interesse หรือ interest) หรือสิ่งที่ เป็น “คุณค่า” (Wert หรือ value)⁶⁹ โดยเป็นค่าในทางความคิดของระเบียบสังคมซึ่งเกี่ยวพันถึงความมั่นคง ความอยู่ดีและเกียรติภูมิของความเป็นอยู่ในสังคม ดังนั้น คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) จึงหมายถึง “ประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันที่กฎหมายคุ้มครอง” หรือ “ประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง”⁷⁰ หรือ สิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองโดยการบัญญัติให้การฝ่าฝืนเป็นความผิดอาญา (Criminalization)⁷¹

โดยความผิดอาญาแต่ละฐานจะประกอบไปด้วยคุณธรรมทางกฎหมาย กรรมของการกระทำ ผู้กระทำ และการกระทำเข้าด้วยกัน⁷² แม้ว่าผู้บัญญัติจะมีได้กำหนดคุณธรรมทางกฎหมาย

⁶⁷ จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น. 152). เล่มเดิม.

⁶⁸ จาก “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา,” *รวมบทความทางวิชาการ*. หน้าเดิม.

⁶⁹ จาก *ประมวลกฎหมายอาญา : หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ* (น. 272). เล่มเดิม.

⁷⁰ จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น. 153-154). เล่มเดิม.

⁷¹ จาก *เอกสารประกอบการเรียนวิชาปัญหาชั้นสูงในกฎหมายอาญา*, โดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

⁷² จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น. 154). เล่มเดิม.

ก่อนการบัญญัติความผิดอาญาที่ตาม กล่าวโดยเฉพาะคือ องค์ประกอบของความผิดอาญาจาก ปทัสถาน และปทัสถานมาจากคุณธรรมทางกฎหมาย⁷³ คุณธรรมทางกฎหมาย มิใช่สิ่งเดียวกันกับ กรรมของการกระทำ ในขณะที่คุณธรรมทางกฎหมายเป็นคุณค่าทางอุดมคติที่อยู่เบื้องหลัง บทบัญญัติความผิดฐานต่างๆ แต่กรรมของการกระทำนั้น เป็นสิ่งที่ถูกระทบกระเทือนจากการ ละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมาย⁷⁴ ซึ่งอาจอยู่ในรูปแบบต่างๆ กัน เช่น เป็นศูนย์รวมของชีวิตจิตใจ (ร่างกายและชีวิตมนุษย์) เป็นค่าในทางเศรษฐกิจ (ทรัพย์สิน) เป็นทรัพย์สิน (สัตว์ที่ถูกล่า) เป็นสภาพ ที่แท้จริงที่คงอยู่ (การใช้ได้ของวัตถุ) เป็นต้น คุณธรรมทางกฎหมายกับกรรมของการกระทำจึง ต่างกันทำนอง “ความคิด” กับ “สภาพที่ปรากฏ” หรือกล่าวได้ว่าผลที่ไม่เป็นธรรมของความผิด อาญาเป็นการรบกวนกรรมของการกระทำประการหนึ่ง กับการทำร้ายคุณธรรมทางกฎหมายอีก ประการหนึ่ง⁷⁵ เช่น

(1) ความผิดฐานลักทรัพย์ตามมาตรา 334 มีทรัพย์สินเป็นกรรมของการกระทำ แต่ คุณธรรมทางกฎหมาย คือ กรรมสิทธิ์และการครอบครอง⁷⁶

(2) ความผิดฐานเบียดบังความเท็จในการพิจารณาคดีตามมาตรา 177 มีการค้นหาความจริง ในคดีเป็นกรรมของการกระทำ แต่คุณธรรมทางกฎหมาย คือ ความถูกต้องของอำนาจตุลาการ⁷⁷

(3) ความผิดฐานปลอมเอกสารตามมาตรา 264 มีเอกสารเป็นกรรมของการกระทำ แต่คุณธรรมทางกฎหมาย คือ ความมั่นคงและความเชื่อถือในการใช้เป็นพยานหลักฐาน⁷⁸

ในทัศนะของผู้เขียนมีความเห็นว่า การที่เราได้ทราบถึงคุณธรรมทางกฎหมายที่มีอยู่ ในแต่ละฐานความผิด จะช่วยให้สามารถวินิจฉัยความผิดแต่ละฐานได้ตามความมุ่งหมายหรือ เจตนารมณ์ของบทบัญญัตินั้นๆ อันจะช่วยให้การบังคับใช้กฎหมายอาญาเป็นไปอย่างถูกต้อง มีประสิทธิภาพ และสามารถรักษาความเป็นธรรมให้ดำรงอยู่ในสังคมได้ ดังจะได้กล่าวรายละเอียด ต่อไปในหัวข้อประโยชน์ของการศึกษาคุณธรรมทางกฎหมาย

2.2.2 การแบ่งประเภทของคุณธรรมทางกฎหมาย

คุณธรรมทางกฎหมายแบ่งออกได้เป็นสองประเภท⁷⁹ ดังนี้

⁷³ แหล่งเดิม.

⁷⁴ แหล่งเดิม.

⁷⁵ จาก “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา,” *รวมบทความทางวิชาการ* (น. 185). เล่มเดิม.

⁷⁶ จาก *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (น. 306). เล่มเดิม.

⁷⁷ แหล่งเดิม (น. 829).

⁷⁸ แหล่งเดิม (น. 527).

⁷⁹ จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น. 155-156). เล่มเดิม.

1) คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล (Individualechtsgut)

คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล ก็มุ่งที่จะคุ้มครองในเรื่องที่เกี่ยวกับบุคคลซึ่งแฝงอยู่ในบทบัญญัติความผิดฐานต่างๆ เช่น คุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครองในเรื่องของ “ชีวิต” “เสรีภาพ” “กรรมสิทธิ์” เป็นต้น⁸⁰ และส่งผลให้บุคคลที่กฎหมายให้การคุ้มครองดังกล่าวนั้น กลายเป็นผู้เสียหายที่มีอำนาจเข้ามาดำเนินคดีอาญา⁸¹ โดยฐานความผิดอาญาส่วนใหญ่ที่มีคุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครองส่วนบุคคลนั้นมักจะเป็นความผิดที่สามารถยอมความกันได้ อาทิเช่น ความผิดที่เกี่ยวกับการข่มขืนใจผู้อื่น ตามมาตรา 309 วรรคแรก โดยความผิดฐานนี้คุณธรรมทางกฎหมายคุ้มครองในเรื่องของ “เสรีภาพ” เหตุผลที่ความผิดฐานนี้จัดว่าเป็น ความผิดอันยอมความได้ เพราะความผิดฐานนี้มีความเป็นอาชญากรรมไม่สูง กระทบชีวิตส่วนตัวบุคคลไม่มากและการดำเนินคดีอาญาจะเป็นการซ้ำเติมผู้เสียหาย⁸² หรือความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยมีคุณธรรมทางกฎหมายคุ้มครองในเรื่องของ “เกียรติ” ก็จัดได้ว่าเป็นความผิดอันยอมความได้เช่นกัน⁸³ แต่ในเรื่องของ “ชีวิต” แม้จะเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลก็ตาม แต่ถือเป็นเรื่องสำคัญที่สังคมไม่ยินยอมให้ผู้เป็นเจ้าของสามารถสละได้ จึงทำให้ความผิดต่อชีวิตไม่มีความผิดที่ยอมความได้⁸⁴ โดยในส่วนของคุณลักษณะสำคัญของความผิดอันยอมความได้นั้น จะต้องมีการร้องทุกข์ของผู้เสียหาย⁸⁵ จึงจะสามารถเริ่มดำเนินคดีได้ ดังนั้นแสดงให้เห็นว่า เฉพาะความผิดที่กระทบต่อตัวบุคคลโดยตรง ซึ่งแฝงด้วยคุณธรรมทางกฎหมายที่มีความประสงค์คุ้มครองส่วนบุคคลเท่านั้น รัฐจึงยอมให้มีการยอมความกันได้⁸⁶

2) คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (Universalrechtsgut)

คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม ก็มุ่งที่จะคุ้มครองในเรื่องที่เกี่ยวกับส่วนรวม โดยแฝงอยู่ในบทบัญญัติความผิดฐานต่างๆ เช่น “ความปลอดภัยของการจราจร” “สภาพความแท้จริง และเชื่อถือได้ของเงินตรา” เป็นต้น⁸⁷ และเป็นหลักในการพิจารณาว่าความผิดใดน่าที่จะเป็น

⁸⁰ จาก วิอาญา วิพากษ์ (น. 47), โดย คณิต ฒ นคร จ, 2552, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁸¹ จาก ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 28.

⁸² จาก กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 207). เล่มเดิม.

⁸³ จาก ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 333.

⁸⁴ จาก กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. หน้าเดิม.

⁸⁵ จาก ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 121.

⁸⁶ จาก ความผิดอันยอมความได้กับความผิดอาญาแผ่นดิน ศึกษาตามกฎหมายอาญาสารบัญญัติ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 22), โดย สุรพงษ์ เอี่ยมแทน, 2544, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

⁸⁷ จาก วิอาญา วิพากษ์. หน้าเดิม.

ความผิดต่อบุคคลโดยส่วนรวมหรือความผิดอาญาแผ่นดิน โดยเมื่อกฎหมายนั้นมีความประสงค์ที่จะคุ้มครองการกระทำความผิดต่างๆ ที่จะกระทบต่อบุคคลโดยส่วนรวมในสังคม จึงทำให้ความผิดดังกล่าวมีฐานะเป็นความผิดอาญาแผ่นดินหรือเป็นความผิดต่อบุคคลโดยส่วนรวม และย่อมส่งผลให้ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดที่ยอมความกันไม่ได้ โดยที่การกระทำความผิดนี้ รัฐไม่มีนโยบายให้ผู้เสียหายเข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจ ผู้เสียหายจึงไม่มีสิทธิ์ในการเป็นเงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดี (Prozessvoraussetzung) เช่น ความผิดที่เกี่ยวกับชีวิต, ความผิดต่อข้อบัญญัติทางศีลธรรม, ความผิดต่อความมั่นคงและความเชื่อถือ, ความผิดต่อความสงบสุขและความปลอดภัยของประชาชน, ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ เป็นต้น⁸⁸

จากการแบ่งประเภทของคุณธรรมทางกฎหมายออกเป็นสองประเภทดังกล่าว ไม่ว่าจะ เป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครองส่วนบุคคล หรือคุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครองส่วนรวม เป็นผลให้แยกแยะบุคคลที่กฎหมายต้องการให้ความคุ้มครองได้อย่างชัดเจนขึ้น ซึ่งถ้ามองจากการบังคับใช้กฎหมายของศาลยุติธรรมที่แสดงออกทางคำพิพากษาก็จะเห็นได้ว่าคำพิพากษากฎีกาที่เกี่ยวกับผู้เสียหายมีอยู่เป็นจำนวนมาก เนื่องมาจากการวิเคราะห์บทบัญญัติกฎหมายอย่างไม่มีแนวทางในการนำมาบังคับใช้⁸⁹ ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงเห็นชอบด้วยกับการนำหลักเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายมาใช้เป็นแนวทางในการวิเคราะห์บทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องผู้เสียหายให้เกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้น

2.2.3 ประโยชน์ของคุณธรรมทางกฎหมาย⁹⁰

การศึกษาคุณธรรมทางกฎหมายได้ประโยชน์หลายประการ เป็นต้นว่า

1) คุณธรรมทางกฎหมายเป็นเครื่องช่วยในการตีความกฎหมายได้ ทั้งนี้ เนื่องจากคุณธรรมทางกฎหมายเป็นส่วนหนึ่งของความผิดอาญาฐานต่างๆ การที่เรามิได้ศึกษาเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายกันนั้น จะก่อให้เกิดความผิดพลาดในการตีความกฎหมายซึ่งได้เกิดขึ้นมาแล้ว ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) กรณีการลัดกระแสน้ำไฟฟ้า ศาลฎีกาได้วินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ว่าเป็นการกระทำผิดฐานลักทรัพย์⁹¹ ซึ่งข้อผิดพลาดกรณีการตีความในกรณีนี้ คือ ความผิดฐานลักทรัพย์คุ้มครอง

⁸⁸ จาก การคุ้มครองเกียรติ: ศึกษาคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานดูหมิ่นเปรียบเทียบความผิดฐานหมิ่นประมาท (น. 12). เล่มเดิม. และ ความยินยอมในกฎหมายอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 51), โดย กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2523), กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁸⁹ จาก “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา,” *รวมบทความทางวิชาการ* (น. 188). เล่มเดิม

⁹⁰ แหล่งเดิม (น. 186-188).

⁹¹ จาก คำพิพากษากฎีกาที่ 877/2501 (ประชุมใหญ่) (น. 1588), กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา.

คุณธรรมทางกฎหมาย 2 ประการคือ กรรมสิทธิ์และการครอบครอง การ “เอาไป” อันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ต้องเป็นการเอาไปที่เป็นการทำร้ายกรรมสิทธิ์และการครอบครอง กรรมสิทธิ์ คือ สิทธิในทรัพย์สิน กล่าวคือสิทธิในสิ่งที่มีรูปร่าง⁹² ส่วนการครอบครอง คือ อำนาจที่แท้จริงเหนือทรัพย์สินในขณะใดขณะหนึ่ง ไฟฟ้าเป็นพลังงานหาใช้ทรัพย์สินไม่ สิทธิในไฟฟ้าจึงมิใช่กรรมสิทธิ์ ดังนั้น การลักเอากระแสไฟฟ้าจึงหาใช่การเอาไปตามความหมายของการลักทรัพย์สินไม่ การลักกระแสไฟฟ้าจึงไม่มีความผิดฐานลักทรัพย์สิน⁹³ เกี่ยวกับเรื่องนี้แม้จะมีความคิดว่าสมควรจะลงโทษผู้ลักกระแสไฟฟ้าแต่ก็ควรแก้โดยกระบวนการนิติบัญญัติจะเหมาะสมกว่า⁹⁴ และจากการพิจารณาในเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายนี้เองที่เป็นเหตุผลที่ว่าเยอรมันต้องบัญญัติเรื่องการลักกระแสไฟฟ้าขึ้นมาเป็นเอกเทศ⁹⁵

แต่ในประเทศไทยศาลฎีกาก็ยังตามแนวคำพิพากษาเดิมเรื่อยมา โดยมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นว่าจำเลยได้กระทำการแอบใช้โทรศัพท์ (บ้าน) โดยทำการต่อพ่วงเป็นตัวนำจากที่หนึ่งไปยังอีกที่หนึ่งโดยผ่านทางสาย ศาลฎีกาให้เหตุผลว่าสัญญาณ โทรศัพท์ (บ้าน) เป็นกระแสไฟฟ้าที่แปลงมาจากเสียงพูด เคลื่อนที่ไปตามสายลวดที่จำเลยต่อพ่วง การกระทำของจำเลยเป็นการลักเอาสัญญาณ โทรศัพท์ซึ่งอยู่ในความครอบครองของผู้เสียหายไปใช้เพื่อประโยชน์ของตน โดยทุจริตจึงเป็นความผิดฐานลักทรัพย์สิน⁹⁶

แต่ก่อนหน้าที่จะมีคดีการแอบใช้โทรศัพท์บ้านนั้น ได้มีข้อเท็จจริงเรื่องหนึ่งเนื้อความว่า จำเลยได้นำโทรศัพท์มือถือมาปรับจูนและทำการก๊อปปี้คลื่นสัญญาณ โทรศัพท์ของผู้เสียหายแล้วใช้ส่งวิทยุคมนาคมโดยไม่ได้รับอนุญาต โดยศาลฎีกาได้ให้เหตุผลในคดีดังกล่าวว่า การกระทำของจำเลยเป็นเพียงการแย่งใช้คลื่นโทรศัพท์ของผู้เสียหายโดยไม่มีสิทธิ มิใช่เป็นการเอาทรัพย์สินของผู้อื่นไปโดยทุจริต ไม่เป็นความผิดฐานลักทรัพย์สิน⁹⁷ จนกระทั่งในปัจจุบันได้มีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นเกี่ยวกับการลักข้อมูลทางคอมพิวเตอร์ขึ้นแล้วศาลฎีกาก็ทำการตัดสิน โดยให้เหตุผลว่า “ข้อมูล” ตามพจนานุกรมให้ความหมายว่า ข้อเท็จจริงหรือสิ่งที่ถือหรือยอมรับว่าเป็นข้อเท็จจริง สำหรับใช้เป็น

⁹² จาก *กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน* (น. 166-171), โดย เสนีย์ ปราโมช, 2520, กรุงเทพฯ: อักษรศาสตร์.

⁹³ นอกจากนั้นการลงโทษบุคคลกรณีลักกระแสไฟฟ้าฐานลักทรัพย์สินยังขัดต่อหลัก “ไม่มีโทษไม่มีกฎหมาย” (Nulla poena sine lege) ในข้อห้ามใช้กฎหมายใกล้เคียง (Analogieverbot) อีกด้วย โปรดดูเพิ่มเติมในกฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 86). เล่มเดิม.

⁹⁴ จาก *หลักกฎหมายอาญา* (น. 31-32). เล่มเดิม.

⁹⁵ ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 248 c.

⁹⁶ จาก คำพิพากษาฎีกาที่ 2286/2545 (น. 840), กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา.

⁹⁷ จาก คำพิพากษาฎีกาที่ 5354/2539 (น. 18), กรุงเทพฯ: สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ.

หลักอนุমানหาความจริงหรือการคำนวณ ส่วน “ข้อเท็จจริง” หมายความว่า ข้อความแห่งเหตุการณ์ที่เป็นมาหรือที่เป็นอยู่จริง ข้อความหรือเหตุการณ์ที่จะต้องวินิจฉัยว่าเท็จหรือจริง ดังนั้น ข้อมูลจึงไม่นับเป็นวัตถุประสงค์รูปร่าง สำหรับ ตัวอักษร ภาพแผนผัง และตราสารเป็นเพียงสัญลักษณ์ที่ถ่ายทอดความหมายของข้อมูลออกจากแผ่นบันทึกข้อมูล โดยอาศัยเครื่องคอมพิวเตอร์ มิใช่รูปร่างของข้อมูล เมื่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 137 บัญญัติว่า ททรัพย์ หมายความว่า วัตถุประสงค์รูปร่างข้อมูลในแผ่นบันทึกข้อมูลจึงไม่ถือเป็นทรัพย์ การที่จำเลยนำแผ่นบันทึกข้อมูลเปล่าลอกข้อมูลจากแผ่นบันทึกข้อมูลของโจทก์ร่วม จึงไม่เป็นความผิดฐานลักทรัพย์⁹⁸ ซึ่งจากเหตุผลที่ศาลฎีกาได้ให้ไว้ในเรื่องนี้ น่าจะชอบด้วยเหตุผลหากพิจารณาถึงคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานลักทรัพย์

ในมุมมองของผู้เขียนเห็นว่าในกรณีต่างๆ ที่ได้ยกขึ้นทำการศึกษาข้างต้นเกี่ยวกับการตีความกฎหมายของศาลฎีกาในคดีความผิดฐานลักทรัพย์ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันนั้น ยังมีความไม่ชัดเจนอยู่มากและไม่อาจอ้างอิงในทางวิชาการได้ ที่เป็นเช่นนี้ก็สืบเนื่องจากการมิได้นำหลักเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายมาพิจารณาประกอบด้วยในการตีความบทบัญญัติกฎหมาย และนอกจากการวินิจฉัยความผิดฐานลักทรัพย์แล้วก็ยังมีกรณีคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ได้วินิจฉัยการกระทำ ความผิดอาญาฐานอื่นที่สามารถยกเป็นตัวอย่างเพื่อศึกษาในเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายได้อีก ดังนี้

(2) กรณีความผิดฐานรับของโจร ตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 357 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติว่า

“ผู้ใดช่วยซ่อนเร้น ช่วยจำหน่าย ช่วยพาเอาไปเสีย ซื่อ รับจำหน่ายหรือรับไว้โดยประการใด ซึ่งทรัพย์อันได้มาโดยการกระทำความผิดถ้าความผิดนั้นเข้าลักษณะลักทรัพย์ วิ่งราวทรัพย์ กรรโชก ริดเอาทรัพย์ ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์ ฆ้อ โกง ยักยอกหรือ เจ้าพนักงานยักยอกทรัพย์ ผู้นั้นกระทำความผิดฐานรับของโจรต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำ ทั้งปรับ”

การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติของความผิดฐานนี้ คือ การที่บุคคลช่วยซ่อนเร้น ช่วยจำหน่าย ช่วยพาเอาไปเสีย ซื่อ รับจำหน่ายหรือรับไว้โดยประการใดซึ่งทรัพย์อันได้มาจากการกระทำความผิดโดยเจตนา

องค์ประกอบภายนอก คือ การที่บุคคลช่วยซ่อนเร้น ช่วยจำหน่าย ช่วยพาเอาไปเสีย ซื่อ รับจำหน่ายหรือรับไว้โดยประการใดซึ่งทรัพย์อันได้มาจากการกระทำความผิด

องค์ประกอบภายใน คือ เจตนารับของโจร กล่าวคือ ต้องรู้ว่าทรัพย์นั้นเป็นทรัพย์ที่ได้มาจากการกระทำความผิด

⁹⁸ จาก คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5161/2547 (น. 940), กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา.

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานรับของโจร คือ “สิทธิติดตามเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของเจ้าของทรัพย์สิน”⁹⁹ เพราะเมื่อใดที่ทรัพย์สินของเจ้าของทรัพย์สินได้พาดจากตัวเจ้าของทรัพย์สิน เจ้าของทรัพย์สินก็ย่อมมีสิทธิติดตามเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนได้ ฉะนั้นหากมีผู้ได้รับช่วงต่อจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นอีก ก็ย่อมเป็นการที่เจ้าของทรัพย์สินจะติดตามเอาทรัพย์สินนั้นกลับคืนมาได้โดยยากลำบากยิ่งขึ้น ดังนั้น กฎหมายจึงต้องบัญญัติความผิดฐานรับของโจรนี้ไว้เพื่อป้องกันมิให้มีการรับของร้าย และเจ้าของทรัพย์สินสามารถติดตามเอาทรัพย์สินนั้นกลับคืนมาได้โดยสะดวก ดังนั้นความผิดฐานรับของโจร คุณธรรมทางกฎหมายจึงคุ้มครอง การติดตามเอาทรัพย์สิน¹⁰⁰ นั่นเอง

สิทธิในการติดตามเอาทรัพย์สินนั้น บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 ซึ่งบัญญัติว่า

“ภายในบังคับแห่งกฎหมาย เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอย และจำหน่ายทรัพย์สินของตนและได้ซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้น กับทั้งมีสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้น โดยมีขอบด้วยกฎหมาย”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 657/2519¹⁰¹: การที่ผู้เสียหายให้จำเลยไปช่วยสืบหาและไล่ทรัพย์สินที่อยู่ในความครอบครองของผู้เสียหายซึ่งถูกคนร้ายลักเอาไปจำเลยจึงไปไล่ทรัพย์สินดังกล่าวคืนมาให้ เช่นนี้ ยังถือไม่ได้ว่าจำเลยมีเจตนากระทำความผิด จำเลยไม่มีความผิดฐานรับของโจร ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 357

เกี่ยวกับคำพิพากษาศาลฎีกาเรื่องนี้ ท่านศาสตราจารย์ จิตติ ติงศกัทธิย์ ได้ให้หมายเหตุไว้ว่า กรณีเช่นนี้ไม่เป็นความผิดฐานรับของโจร เพราะจำเลยได้รับมอบโดยใจสมัครจากเจ้าของทรัพย์สินให้ไล่ทรัพย์สินคืนได้ เป็นการกระทำที่มีสิทธิตามกฎหมายเช่นเดียวกับเจ้าของทรัพย์สินทำเอง จึงไม่เป็นความผิด

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2611/2527¹⁰²: ผู้เสียหายขอให้ ส. หลานชายช่วยติดตามหารถจักรยานที่ถูกลัก ส. ขอร้องให้จำเลยช่วยอีกต่อหนึ่ง จำเลยติดตามได้จึงนำรถมาเก็บไว้ที่บ้าน แม้มิได้นำไปส่งคืนในทันที แต่เมื่อ ช. ถูกจับ จำเลยก็ไปแจ้งต่อตำรวจทันทีว่ารถอยู่ที่จำเลย การนำรถมาเก็บไว้

⁹⁹ จาก การบรรยายในชั้นเรียนวิชาปัญหาชั้นสูงในกฎหมายอาญา, โดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, วันที่ 5 กรกฎาคม 2555, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

¹⁰⁰ แหล่งเดิม.

¹⁰¹ จาก คำพิพากษาศาลฎีกา (น. 1092-1093), กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา.

¹⁰² แหล่งเดิม (น. 1915-1917).

ที่บ้าน ก็กระทำโดยเปิดเผย มิได้ปิดบังซ่อนเร้น อันแสดงว่าจำเลยกระทำไปโดยสุจริต ดังนี้ จำเลย
ไม่มีความผิดฐานรับของโจร

ดังนี้ หากพิเคราะห์คำพิพากษาฎีกาทั้งสองเรื่องข้างต้นแล้วเห็นว่า การให้เหตุผลของ
ศาลฎีกาในการพิพากษาว่าจำเลยไม่มีความผิดฐานรับของโจรนั้น ไม่ว่าจะเป็นการให้เหตุผลว่า
เพราะจำเลยไม่มีเจตนาในการกระทำความผิดก็ดี หรือจำเลยกระทำไปโดยสุจริต ซึ่งกล่าวอีกนัย
หนึ่งได้ว่าจำเลยมิได้กระทำไปโดยทุจริตก็ดีนั้น ด้วยความเคารพต่อศาลฎีกา ผู้เขียนเห็นว่าแม้
คำพิพากษาทั้งสองเรื่องดังกล่าวจะชอบด้วยผล แต่ก็ยังไม่ถือว่าชอบด้วยเหตุ ทั้งนี้เนื่องจากหาก
พิจารณาข้อเท็จจริงของเรื่องปรับเข้ากับตัวบทกฎหมายแล้วจะเห็นได้ว่าการกระทำของจำเลย ซึ่งได้
ไถ่ทรัพย์คืนมา(ซื้อ) หรือการติดตามเอาทรัพย์กลับคืนมา(รับไว้โดยประการใด) ซึ่งทรัพย์อันได้มา
โดยการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ โดยเจตนารับของโจร คือ จำเลยรู้ว่าทรัพย์นั้นเป็นทรัพย์ที่
ได้มาจากการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ ดังนั้นหากพิจารณาตามตัวอักษรแห่งบทบัญญัติมาตรา
357 แล้ว ย่อมถือได้ว่าการกระทำของจำเลยทั้งสองเรื่องครบองค์ประกอบของความผิดฐานรับของ
โจรแล้ว อีกทั้งองค์ประกอบความผิดฐานรับของโจรนี้ก็ได้ต้องการเจตนาพิเศษ(โดยทุจริต)
แต่อย่างใด

ดังได้กล่าวแล้วว่าในความผิดอาญาแต่ละฐานนั้นมีสิ่งทีกฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง
ซึ่งก็คือ คุณธรรมทางกฎหมายนั่นเอง ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า เหตุที่การกระทำของจำเลยทั้งสอง
เรื่องไม่เป็นความผิดอาญาฐานรับของโจร ทั้งนี้เพราะคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดอาญาฐาน
รับของโจร คือ สิทธิติดตามเอาคืนซึ่งทรัพย์ของเจ้าของทรัพย์ ซึ่งถือเป็นทรัพย์สินนั้น มิได้ถูก
กระทบกระเทือนหรือถูกทำร้ายจากการกระทำของจำเลยแต่อย่างใด ในทางตรงข้ามการกระทำของ
จำเลยกลับเป็นการช่วยคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้อีกด้วย ดังนั้น การกระทำ
ของจำเลยจึงไม่เป็นความผิดด้วยเหตุผลดังกล่าวซึ่งค่อนข้างสอดคล้องกับความเห็นของท่าน
ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ ที่ได้ให้ไว้ในหมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 657/2519 ซึ่งท่านได้
พิจารณาถึงสิทธิในการติดตามเอาทรัพย์คืน อันเป็นคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานนี้นั่นเอง

(3) ความผิดฐานข่มขืนกระทำเราผู้อื่นและความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก ตาม
ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคแรก และมาตรา 277 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติตามลำดับว่า

“ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดย
ผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นต้อง
ระวางโทษ...”

“ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะ
ยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษ...”

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น คือ “เสรีภาพในทางเพศ”¹⁰³

ส่วนคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก คือ “ความบริสุทธิ์ในทางเพศของเด็ก”¹⁰⁴ หรือ “ศีลธรรมในทางเพศ”¹⁰⁵

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 536/2528¹⁰⁶ : จำเลยกระทำชำเราผู้เสียหาย อายุ 11 ปีเศษ แม้ผู้เสียหายยินยอม จำเลยก็มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 313/2528¹⁰⁷ : ผู้เสียหายยอมให้จำเลยที่ 1 ร่วมประเวณีโดยสมัครใจ แม้จำเลยที่ 2 จะช่วยจับขังผู้เสียหายต่างออกไปในการร่วมประเวณีโดยสมัครใจของผู้เสียหายเช่นนั้น ย่อมไม่ทำให้การกระทำของจำเลยที่ 2 เป็นความผิด ผู้เสียหายยินยอมให้จำเลยทั้งสองมาคุยด้วยบนบ้านในลักษณะเปลือยกายทั้งสองคน และยังยอมให้จำเลยที่ 1 ร่วมประเวณีด้วยความสมัครใจ ต่อหน้าจำเลยที่ 2 ทั้งที่มีแสงตะเกียงเช่นนั้น แสดงว่าผู้เสียหายสมัครใจแสวงสุขในเชิงโลกีย์วิสัยร่วมกับจำเลยทั้งสองโดยสมัครใจ

ดังนั้น หากพิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาทั้งสองเรื่องข้างต้นแล้วเห็นว่า สาเหตุที่ศาลฎีกาพิพากษาแตกต่างกัน ทั้งที่ข้อเท็จจริงในทางพิจารณาปรากฏว่าผู้เสียหายต่างก็สมัครใจยินยอมร่วมประเวณีด้วยจำเลยเช่นเดียวกันนั้น โดยนอกเหนือจากถ้อยคำของบทบัญญัติที่แตกต่างกันแล้ว เหตุผลที่สำคัญที่อยู่เบื้องหลังอีกประการหนึ่งก็คือ คุณธรรมทางกฎหมายที่แตกต่างกันระหว่างความผิดทั้งสองฐานนั่นเอง โดยที่คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น คือ “เสรีภาพในทางเพศ” ดังนั้น หากผู้เสียหายยินยอมเสียแล้วก็ถือว่าเป็นสิทธิส่วนบุคคลของตัวผู้เสียหายเองที่สามารถกระทำได้ ซึ่งแตกต่างกับคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก คือ “ความบริสุทธิ์ในทางเพศของเด็ก” หรือ “ศีลธรรมในทางเพศ” ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่สมควรหรือขัดต่อศีลธรรมอันดีของสังคมไทยปัจจุบัน ทั้งนี้เพราะเด็กที่อายุไม่เกิน 15 ปี ยังเป็นบุคคลที่ประสบการณ์ชีวิตค่อนข้างน้อยมีโอกาที่จะถูกล่อลวงได้ง่าย ประกอบกับเด็กในวัยนี้ยังอยู่ในวัยที่ต้องศึกษาเล่าเรียนอีกด้วย ดังนั้น จึงเป็นเรื่องสมควรที่รัฐ(กฎหมาย)จะต้องเข้ามาปกป้องดูแลมิให้มีการล่วงละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมายดังกล่าวนั่นเอง [คำพิพากษาศาลฎีกาทั้งสองเรื่องนี้เป็นกรณพิพากษาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และ 277 เดิม ก่อนที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติม

¹⁰³ จาก *ประมวลกฎหมายอาญา : หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ* (น. 163). เล่มเดิม.

¹⁰⁴ แหล่งเดิม (น. 162-163).

¹⁰⁵ จาก *เอกสารประกอบการเรียนวิชาปัญหาชั้นสูงในกฎหมายอาญา*. เล่มเดิม.

¹⁰⁶ จาก *คำพิพากษาศาลฎีกา* (น. 275). เล่มเดิม.

¹⁰⁷ แหล่งเดิม (น. 175).

โดยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา(ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 แต่หลักการในเรื่องนี้ก็ยังคงใช้ศึกษาได้อยู่เช่นเดิม]

(4) ความผิดฐานพรากเด็ก ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 317 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดโดยปราศจากเหตุอันสมควร พรากเด็กอายุยังไม่เกิน สิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลต้องระวางโทษ...”

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ “สิทธิที่จะให้การศึกษาอบรมดูแล”¹⁰⁸ ของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล

คำพิพากษาฎีกาที่ 75/2532¹⁰⁹: จำเลยพาสู้เสี่ยหายอายุ 14 ปีเศษ ไปร่วมหลับนอนโดยบิดามารดาของผู้เสี่ยหายไม่ทราบ เป็นการกระทำอันละเมิดต่ออำนาจปกครองของบิดามารดา แม้ผู้เสี่ยหายจะสมัครใจไปด้วยและจำเลยจะมีได้ร่วมประเวณีเพียงแต่นอนกอดผู้เสี่ยหายเท่านั้นก็ตาม การกระทำของจำเลยดังกล่าวเข้าลักษณะเป็นการพรากผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจาร

ดังนั้น หากพิเคราะห์คำพิพากษาฎีกาข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่าศาลฎีกาเห็นว่า “อำนาจปกครอง” ของบิดามารดา คือคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ ดังนั้นจึงไม่ต้องคำนึงว่าผู้เสี่ยหายจะสมัครใจไปหรือไม่ก็ตาม¹¹⁰ การกระทำของจำเลยย่อมเป็นความผิดตามมาตรา

(5) ความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์และความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 217 และมาตรา 358 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติตามลำดับว่า

“ผู้ใดวางเพลิงเผาทรัพย์ของผู้อื่น ต้องระวางโทษ...”

“ผู้ใดทำให้เสียหาย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่าหรือทำให้ไร้ประโยชน์ ซึ่งทรัพย์ของผู้อื่น หรือผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ต้องระวางโทษ...”

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์ คือ “ภยันตรายต่อประชาชน”¹¹¹

ส่วนคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ คือ “กรรมสิทธิ์”¹¹²

คำพิพากษาฎีกาที่ 6666/2542¹¹³: วินิจฉัยว่าการที่จำเลยดึงรั้วไม้ไผ่ผ้าซีกที่ยึดติดเป็นแผง ซึ่งเป็นรั้วบ้านของโจทก์ แล้วนำไปเผาทำลายนั้น เป็นความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ตาม ป.อ. มาตรา

¹⁰⁸ จาก *ประมวลกฎหมายอาญา : หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ* (น. 187). เล่มเดิม.

¹⁰⁹ จาก *คำพิพากษาศาลฎีกา* (น. 3-4), กรุงเทพฯ: สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ.

¹¹⁰ จาก *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (น. 234). เล่มเดิม.

¹¹¹ จาก *ประมวลกฎหมายอาญา : หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ* (น. 139). เล่มเดิม.

¹¹² แหล่งเดิม (น. 208).

¹¹³ จาก *คำพิพากษาศาลฎีกา* (น. 151), เล่มเดิม.

358 เพียงบทเดียว มิใช่กระทำผิดหลายบทเพราะจำเลยมีเจตนาจะทำลายรั้วไม้ไผ่ที่ปักติดเป็นแผง โดยนำไปเผาให้ใช้การไม่ได้เท่านั้น การเผาแผงไม้ไผ่นั้นเป็นการทำลายทรัพย์สินของโจทก์ให้เสียหาย มิใช่วางเพลิงเผาทรัพย์สินรั้วบ้านของโจทก์เพราะจำเลยมิได้วางเพลิงเผาแผงไม้ไผ่ในขณะที่มีสภาพเป็นรั้วบ้านกันขอบเขตเป็นที่อยู่อาศัยของโจทก์อันจะต้องด้วยความผิดตาม ป.อ. 217

ต่อคำพิพากษานี้ ท่านอาจารย์เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ได้ข้อสังเกตว่า กรณีนี้ศาลฎีกา เห็นว่าจะเป็นการผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์สินตามมาตรา 217 จะต้องวางเพลิงเผาแผงไม้ไผ่ในขณะที่มีสภาพเป็นรั้วกันบ้าน อย่างไรก็ตาม ขอบเขตความแตกต่างระหว่างทำให้เสียหายโดยการเผาทำลายและการวางเพลิงเผาทรัพย์สิน น่าจะอยู่ตรงที่ว่าการเผาไหม้ “เป็นกษัตริย์ต่อประชาชน” หรือไม่ เพราะความผิดในลักษณะ 6 นี้เกี่ยวกับการก่อให้เกิดกษัตริย์ต่อประชาชน หากก่อให้เกิดกษัตริย์ต่อประชาชน เช่นรั้วที่ดึงออกมาเผานั้นมีจำนวนมาก เป็นการเผาในเขตชุมชน ก็น่าจะเป็นความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์สินได้ นอกจากจะผิดฐานทำให้เสียหายด้วยแล้ว¹¹⁴

ดังนั้น หากพิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นแล้ว ทำให้เห็นว่าศาลฎีกาแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์สิน กับความผิดฐานทำให้เสียหายด้วยวิธีการเผาทรัพย์สินโดยพิจารณาจากสถานะหรือสภาพของตัวทรัพย์สินในขณะที่ถูกเผา ด้วยความเคารพต่อศาลฎีกา ผู้เขียนเห็นว่าการให้เหตุผลดังกล่าวไม่น่าจะถูกต้องเสียทีเดียว ทั้งนี้เนื่องจากหากเราพิจารณาถึงคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดทั้งสองฐานแล้วจะเห็นได้ว่าแตกต่างกันซึ่งจะช่วยให้สามารถแบ่งแยกระหว่างความผิดทั้งสองฐานนี้ได้ กล่าวคือ คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์สิน คือ “กษัตริย์ต่อประชาชน” ส่วนคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานทำให้เสียหาย คือ “กรรมสิทธิ์” ดังนั้น ในการวินิจฉัยว่าเป็นความผิดฐานใดจึงควรพินิจไปที่ลักษณะรูปร่างหรือปริมาณของตัวทรัพย์สินที่ถูกวางเพลิงเผา ประกอบกับสภาพแวดล้อมรอบข้างหรือสถานที่ที่กระทำการเผาด้วย ว่าจากการเผานั้นมีลักษณะที่น่าจะก่อให้เกิดกษัตริย์ต่อประชาชนหรือไม่ ซึ่งหากมีลักษณะเช่นนั้นก็ย่อมถือได้ว่าเป็นความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์สิน ตามมาตรา 217 แต่หากการวางเพลิงเผาทรัพย์สินไม่มีลักษณะที่น่าจะก่อให้เกิดกษัตริย์ต่อประชาชนโดยเป็นเพียงการกระทบกระเทือนต่อกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน(ถูกทำลาย)ของผู้เป็นเจ้าของเท่านั้นแล้ว การกระทำดังกล่าวย่อมเป็นความผิดฐานทำให้เสียหายตามมาตรา 358 เท่านั้น ดังเช่นที่อาจารย์เกียรติขจรฯ ได้ตั้งข้อสังเกตไว้นั่นเอง

2) การศึกษาคุณธรรมทางกฎหมายช่วยในการแบ่งแยกจัดหมวดหมู่ประเภทของการศึกษา โดยแม้การจัดหมวดหมู่ประเภทของความผิดของประมวลกฎหมายอาญาก็มีพื้นฐาน

¹¹⁴ จาก *กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2* (น. 36), โดย เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ข, 2550, กรุงเทพฯ: จีระการพิมพ์.

ตั้งอยู่บนหลักเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายนั่นเอง แม้ว่าผู้ร่างจะรู้สึกถึงข้อนี้หรือไม่ก็ตาม¹¹⁵ อาทิ เช่น¹¹⁶

(1) คุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครอง “ชีวิตมนุษย์” ได้แก่ ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามมาตรา 288 ความผิดฐานฆ่าบุพการี ตามมาตรา 289 (1) ความผิดฐานฆ่าเจ้าพนักงาน ตามมาตรา 289(2) ความผิดฐานฆ่าผู้ช่วยเหลือเจ้าพนักงาน ตามมาตรา 289 (3) ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นประkob เหตุกรรจ์ ตามมาตรา 289 (4) ความผิดฐานทำผู้อื่นฆ่าตนเอง ตามมาตรา 292, 293 และความผิดฐานทำให้ผู้อื่นตายโดยประมาท ตามมาตรา 291 เป็นต้น

(2) คุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครอง “ความปลอดภัยของร่างกาย” ได้แก่ ความผิดฐานใช้กำลังทำร้าย ตามมาตรา 391 ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ตามมาตรา 295 ความผิดฐานทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัส ตามมาตรา 297 ความผิดฐานทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ถึงแก่ความตาย ตามมาตรา 290 ความผิดฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายแก่กายและจิตใจตามมาตรา 390 และความผิดฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้รับอันตรายสาหัส ตามมาตรา 300 เป็นต้น

(3) คุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครอง “ภัยอันตรายต่อชีวิตและร่างกาย” ได้แก่ ความผิดฐานเข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ ตามมาตรา 294, 299 ความผิดฐานทอดทิ้งเด็ก ตามมาตรา 306 ความผิดฐานทอดทิ้งผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้ ตามมาตรา 307 และความผิดฐานชักหรือแสดงอาวุธในการต่อสู้วิวาท ตามมาตรา 397 เป็นต้น

(4) คุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครอง “ชีวิตในครรภ์มารดา” ได้แก่ ความผิดฐานทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก ตามมาตรา 301 ความผิดฐานทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงยินยอม ตามมาตรา 302 และความผิดฐานทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงไม่ยินยอม ตามมาตรา 303 เป็นต้น

(5) คุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครอง “เกียรติ” ได้แก่ ความผิดฐานดูหมิ่น ตามมาตรา 393 ความผิดฐานหมิ่นประมาท ตามมาตรา 326 และความผิดฐานหมิ่นประมาทผู้ตาย ตามมาตรา 327 เป็นต้น

(6) คุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครอง “เสรีภาพ” ได้แก่ ความผิดฐานข่มขืนใจผู้อื่น ตามมาตรา 309 ความผิดฐานทำให้ผู้อื่นปราศจากเสรีภาพในร่างกาย ตามมาตรา 310 ความผิดฐานใช้เสรีภาพในร่างกายแสวงหาประโยชน์ ตามมาตรา 310 ทวิ ความผิดฐานทำให้ผู้อื่นปราศจาก

¹¹⁵ จาก “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา,” *รวมบทความทางวิชาการ* (น. 187-188). เล่มเดิม.

¹¹⁶ จาก *กฎหมายอาญาภาคความผิด* เรื่องการแบ่งประเภทของความผิดอาญาตามคุณธรรมทางกฎหมาย. เล่มเดิม.

เสรีภาพในร่างกายโดยประมาท ตามมาตรา 311 ความผิดฐานค้าทาส ตามมาตรา 312 ความผิดฐานเอาตัวบุคคลไปเพื่อเรียกค่าไถ่ ตามมาตรา 315 เป็นต้น

(7) คุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครอง “ความสงบสุขของการดำรงชีวิตในพื้นที่” ได้แก่ ความผิดฐานเข้าไปในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่น เพื่อดื้อการครอบครอง ตามมาตรา 326 (1) ความผิดฐานเข้าไปกระทำการรบกวน การครอบครองอสังหาริมทรัพย์ของเขาโดยปกติสุข ตามมาตรา 326 (2) เป็นต้น

(8) คุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครอง “ความลับ” ได้แก่ ความผิดฐานเปิดเผยจดหมาย โทรเลขหรือเอกสาร ตามมาตรา 322 ความผิดฐานเปิดเผยความลับที่ได้มาในหน้าที่หรือจากอาชีพและความผิดฐานเปิดเผยความลับที่ได้มาจากการศึกษา ตามมาตรา 323 ความผิดฐานแสวงหาประโยชน์จากความลับ ตามมาตรา 355 เป็นต้น

(9) คุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครอง “กรรมสิทธิ์” ได้แก่ ความผิดฐานลักทรัพย์ ตามมาตรา 334 ความผิดฐานขี้ยกอก ตามมาตรา 352 ความผิดฐานขี้ยกอกอสังหาริมทรัพย์อันมีค่าอันซ่อนหรือฝังไว้ ตามมาตรา 355 เป็นต้น

(10) คุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครอง “การครอบครอง” ได้แก่ ความผิดฐานโกงเจ้าหน้าที่ ตามมาตรา 349 เป็นต้น

(11) คุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครอง “ทรัพย์สิน” ได้แก่ ความผิดฐานฉ้อโกง ตามมาตรา 341 ความผิดฐานฉ้อโกงประชาชน ตามมาตรา 343 ความผิดฐานฉ้อโกงค่าอาหาร ค่าเครื่องคัม หรือค่าเช่าอยู่ในโรงแรม ตามมาตรา 345 ความผิดฐานชักจูงผู้อื่นให้จำหน่ายทรัพย์สินโดยเสียเปรียบ ตามมาตรา 346 ความผิดฐานฉ้อโกงการประกันวินาศภัย ตามมาตรา 347 และ ความผิดฐานทำหน้าที่ในการจัดการทรัพย์สิน ตามมาตรา 353 เป็นต้น

(12) คุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครอง “ความปลอดภัยสาธารณะ” ได้แก่ ความผิดฐานไม่ช่วยเหลือผู้ที่ตกอยู่ในอันตรายแห่งชีวิต ตามมาตรา 374 เป็นต้น

(13) คุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครอง “เสรีภาพในทางเพศ” ได้แก่ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง ตามมาตรา 276 ความผิดฐานกระทำอนาจารบุคคลอายุกว่าสิบห้าปี ตามมาตรา 278 เป็นต้น

(14) คุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครอง “ความมีเมตตาต่อสัตว์” ได้แก่ ความผิดฐานกระทำการทารุณต่อสัตว์ ตามมาตรา 381 ความผิดฐานใช้สัตว์ทำงานจนเกินสมควร ตามมาตรา 382 เป็นต้น

(15) คุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครอง “อำนาจรัฐในการปฏิบัติตามกฎหมาย” ได้แก่ ความผิดฐานไม่ยอมบอกชื่อ หรือที่อยู่ หรือแกล้งบอกชื่อหรือที่อยู่เท็จ ตามมาตรา 367 ความผิดฐาน

ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน ตามมาตรา 368 ความผิดฐานทำให้ประกาศโฆษณาของทางราชการเสียหาย ตามมาตรา 369 เป็นต้น

3) จากที่ได้ศึกษาแล้วว่าคุณธรรมทางกฎหมายนั้นได้มีการแบ่งออกเป็น ส่วนเอกชน (Individualrechtsgun) และในส่วนของส่วนรวม (universal rechtsgun) ซึ่งในการแบ่งดังกล่าวจะนำไปใช้ประโยชน์ในทางคดีในการกำหนดตัวบุคคลที่จะมีอำนาจในการดำเนินคดี กล่าวคือ จะช่วยในการวินิจฉัยปัญหาเรื่องผู้เสียหายในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาให้มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนมากยิ่งขึ้น¹¹⁷

อย่างไรก็ตามในความผิดฐานหนึ่งๆ นั้นก็ไม่ได้หมายความว่า จะมีคุณธรรมทางกฎหมายที่จะต้องคุ้มครองอยู่เรื่องเดียวเสมอไป ในทางบทบัญญัติก็จะมีคุณธรรมทางกฎหมายที่จะต้องคุ้มครองมากกว่าหนึ่งก็ได้ เช่น ความผิดฐานพาหรือส่งคนออกไปนอกราชอาณาจักรโดยมิชอบ ตามมาตรา 320 ซึ่งความผิดฐานนี้มีคุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครองในเรื่องของ”หน้าที่คุ้มครองบุคคลของรัฐ” “เสรีภาพในร่างกาย” และ “เสรีภาพในการตัดสินใจ” ความผิดฐานชิงทรัพย์ ตามมาตรา 339 ซึ่งความผิดฐานนี้มีคุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครองในเรื่องของ “กรรมสิทธิ์” “การครอบครอง” และ “ความปลอดภัยของร่างกาย” เป็นต้น

โดยความสำคัญที่เป็นหัวใจในการจัดประเภทของคุณธรรมทางกฎหมายคือ เพื่อที่จะทำให้ทราบว่าใครเป็นกรรมที่ถูกกระทำในความผิดฐานนั้นๆ หรือที่เราเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “ผู้เสียหาย” ซึ่งเมื่อเราพิจารณาบทบัญญัติความผิดอาญาแต่ละฐานความผิดในเบื้องต้นเราจะเห็นว่า ในบทบัญญัติความผิดอาญาแต่ละฐานจะมีการกล่าวถึงกรรมของการกระทำ ผู้กระทำ และการกระทำ ซึ่งถ้าพิจารณา บทบัญญัติความผิดอาญาแต่เพียงเท่านี้ก็จะเป็นการพิจารณาแต่เพียงผิวเผินภายนอก แต่ถ้าเราจะพิจารณาบทบัญญัติความผิดอาญาในแต่ละฐานให้ลึกซึ้งลงไปอีก เราจะพบต่อไปว่าในบทบัญญัติความผิดอาญาแต่ละฐานนั้นมี “สิ่งที่กฎหมายประสงค์ที่จะคุ้มครอง” โดยแฝงอยู่ในบทบัญญัติความผิดอาญาที่เราเรียกขานในนามว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” โดยคุณธรรมทางกฎหมายมีทั้งที่เป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลและคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม การแบ่งแยกคุณธรรมทางกฎหมายออกเป็นกรณีดังกล่าวก็เพื่อที่จะนำมาพิจารณาในเรื่องของผู้เสียหาย กล่าวคือ ผู้ใดจะเป็นผู้เสียหายตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหรือไม่ก็ต้องขึ้นอยู่กับว่าเขานั้นเป็นผู้ถือหรือเป็นเจ้าของคุณธรรมทางกฎหมายนั้นหรือไม่ ดังนั้นปัญหาเรื่องผู้เสียหายจึงชอบที่จะต้องพิจารณาในเบื้องต้นว่าอะไรคือคุณธรรมทางกฎหมายของบทบัญญัติความผิดอาญาฐานนั้นๆ แล้วจึงพิจารณาในขั้นต่อไปว่ากฎหมายนั้นเป็นกฎหมายที่มีคุณธรรมทาง

¹¹⁷ จาก “ผู้เสียหายในคดีอาญา,” *รวมบทความทางวิชาการ* (น. 278-280). เล่มเดิม.

กฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลหรือคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม ดังนั้น “ผู้เสียหาย” ถ้าพิจารณาจากคุณธรรมทางกฎหมายก็จะได้ว่า การที่คุณธรรมทางกฎหมายของบุคคลใดถูกล่วงละเมิด บุคคลผู้นั้นเป็นผู้ได้รับความเสียหาย ฉะนั้นผู้เสียหายจึงต้องหมายความถึง “บุคคลที่คุณธรรมทางกฎหมายของเขาถูกล่วงละเมิดจากการกระทำผิดอาญา”¹¹⁸ นอกจากนี้ยังมีผลต่อการพิจารณา ปัญหาที่ว่าในกรณีใดบุคคลจึงจะสามารถป้องกันสิทธิของตนได้ ในปัญหานี้กล่าวโดยย่อก็คือ เอกชนอาจป้องกันได้เฉพาะสิทธิหรือคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนเอกชนเท่านั้น นอกจากนี้การแบ่งแยกคุณธรรมทางกฎหมายออกดังกล่าวยังช่วยในการวินิจฉัยปัญหาความยินยอมของผู้เสียหายอีกด้วย¹¹⁹ และโดยทั่วไปคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่ผู้เป็นเจ้าของสามารถสละได้ แต่สำหรับชีวิตมนุษย์แม้จะเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลแต่ก็ไม่อาจสละกันได้¹²⁰

2.3 แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิ เสรีภาพ ลิขสิทธิ์ และการควบคุมธุรกิจภาพยนตร์

โดยจะแยกพิจารณาเพื่อทำการศึกษาระหว่างแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ ลิขสิทธิ์ และแนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมธุรกิจภาพยนตร์ ดังนี้

2.3.1 แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ

ในเบื้องต้นจะได้กล่าวถึงความหมายของ “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” คือ

“สิทธิ” (Right) หมายความว่า อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการใด ๆ ต่อทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น เป็นต้นว่า สิทธิในทางนี้ กรรมสิทธิ์ ฯลฯ¹²¹

“เสรีภาพ” (Liberty) หมายความว่า ภาวะของบุคคลที่ไม่ตกอยู่ภายใต้การครอบงำของบุคคลอื่น กล่าวคือ เป็นอำนาจของบุคคลที่จะกำหนดวิถีชีวิตของตนเองได้¹²²

โดยกรอบของการศึกษาในหัวข้อนี้จะขอกกล่าวเฉพาะสิทธิและเสรีภาพในทรัพย์สินซึ่งมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องและได้รับรองไว้ คือ

¹¹⁸ แหล่งเดิม.

¹¹⁹ จาก ความยินยอมในกฎหมายอาญา . หน้าเดิม.

¹²⁰ จาก กฎหมายอาญาภาคความผิด (น.75). และคำพิพากษาฎีกาที่ 59/2502.

¹²¹ From François TERRE, *Droit civil: Introduction générale*, 4e édition, (p. 20), by A. WEILL, 1979, Paris, Dalloz. อ้างถึงใน สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (น. 16), โดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, 2538 กรุงเทพฯ: กองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.).

¹²² From LITTRE อ้างโดย Jean RIVER in *Les libertés publiques*, Tome 1: Les droits de l'homme, 6e édition, (p. 20), 1991, Paris, PUF. อ้างถึงใน แหล่งเดิม (น. 17).

ในส่วนของสิทธิในทรัพย์สิน มีกฎหมายที่บัญญัติรับรองไว้ คือ

1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550¹²³ มาตรา 41 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครอง ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นนี้ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”

2) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ภายในบังคับแห่งกฎหมาย เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอยและจำหน่ายทรัพย์สินของตนและได้ซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้น กับทั้งมีสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย” โดยมาตรา 1336 นี้เป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่ได้กำหนดกรอบหรือขอบเขตแห่งสิทธิในทรัพย์สินเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการในรัฐธรรมนูญดังกล่าว

ในส่วนของเสรีภาพที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน ได้แก่ เสรีภาพในการประกอบอาชีพ มีหลักกฎหมายที่บัญญัติรับรองไว้ คือ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 43 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม” และวรรคสองบัญญัติว่า “การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน”

เมื่อพิจารณาจากหลักการเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพในทรัพย์สินที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่า โดยหลักแล้วบุคคลย่อมมีสิทธิในทรัพย์สินที่ตนมีกรรมสิทธิ์ ไม่ว่าจะเป็นการใช้สอยด้วยประการใด ๆ จำหน่ายโดยการขาย ให้ หรือแลกเปลี่ยน และมีสิทธิได้ซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินทั้งในส่วนของดอกผลพุดินัย และดอกผลนิตินัย กับทั้งมีสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยไม่มีสิทธิตามกฎหมายที่จะกระทำได้

¹²³ ปัจจุบันรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้สิ้นสุดลงโดยประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 11/2557

โดยในส่วนการจำหน่ายโดยการขายนั้น นอกจากผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน จะมีสิทธิในการขายทรัพย์สินของตนแล้ว หากต้องการค้าขายโดยยึดถือเป็นอาชีพเพื่อใช้ในการหาเลี้ยงชีพก็สามารถกระทำได้โดยเสรีเช่นกัน

แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่าผู้ที่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์จะดำเนินการใด ๆ กับทรัพย์สินที่ตนเป็นเจ้าของได้อย่างไม่มีข้อจำกัด ทั้งนี้ เพราะหากยอมให้ทุกคนสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพกระทำการอย่างใดก็ได้ ก็จะทำให้เกิดการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น และอาจก่อให้เกิดความไม่สงบวุ่นวายขึ้นในสังคม รวมถึงปัญหาในด้านอื่น ๆ ตามมาอีกมากมาย ซึ่งสุดท้ายแล้วย่อมส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศในที่สุด ดังนั้น จึงต้องมีการออกกฎหมายมาควบคุมเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวให้ไม่เกิดการกระทบต่อสังคมโดยรวม ดังจะเห็นได้จากความในตอนต้นของมาตรา 1336 ที่ว่า “ภายในบังคับแห่งกฎหมาย...” ซึ่งแสดงให้เห็นว่าสิทธิในทรัพย์สินที่บัญญัติไว้นั้นต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมายอื่นด้วย โดยที่การออกกฎหมายมาควบคุมหรือจำกัดสิทธิและเสรีภาพในทรัพย์สินนั้น ย่อมแตกต่างกันไปตามลัทธิความเชื่อทางการเมืองที่ได้รับการยอมรับนับถือในแต่ละประเทศ แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพในทรัพย์สินนั้น ก็จะต้องมีกรอบหรือขอบเขตแห่งการจำกัดที่ชัดเจน มิฉะนั้นหากมีการบังคับใช้ที่เกินเลยไปจากที่กฎหมายบัญญัติไว้แล้ว อาจมีลักษณะที่เป็นการกระทบหรือละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพที่เจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินมีอยู่ได้ กล่าวคือ กฎหมายที่บัญญัติเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น เป็นไปเพื่อจำกัดขอบเขตแห่งสิทธิและเสรีภาพของเจ้าของสิทธิและเสรีภาพเท่านั้น มิได้เป็นการทำลายสิทธิและเสรีภาพไปเสียทั้งหมดแต่อย่างใด

ในเรื่องสิทธิและเสรีภาพนั้นสามารถกล่าวโดยสรุปได้ว่า ตราบใดที่มีได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดห้ามการกระทำการใด ๆ เอาไว้แล้ว บังคับบุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทำการนั้น ๆ ได้เสมอ

2.3.2 แนวคิดเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ และการสิ้นสิทธิในลิขสิทธิ์

1) แนวคิดเกี่ยวกับลิขสิทธิ์

ลิขสิทธิ์ (Copyright) ถือเป็นทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property) ชนิดหนึ่ง ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย โดยลิขสิทธิ์นั้นหมายถึง สิทธิแต่ผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่จะทำการใด ๆ ดังต่อไปนี้

(1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง

(2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน

(3) ให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนางานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์

และสิ่งบันทึกเสียง

(4) ให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น

(5) อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิตาม (1), (2) หรือ (3)¹²⁴

ในส่วนของภาพยนตร์ ก็ถือเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทหนึ่ง¹²⁵ ซึ่งผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ย่อมมีสิทธิแต่ผู้เดียวที่จะดำเนินการตามข้อ (1) - (5) ดังได้กล่าวแล้วข้างต้น และได้รับการคุ้มครองจากการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ได้แก่ การทำซ้ำหรือดัดแปลง เผยแพร่ต่อสาธารณชน หรือการให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนาภาพยนตร์ดังกล่าวโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์¹²⁶ อย่างไรก็ตาม การที่ผู้ถือลิขสิทธิ์สามารถดำเนินการดังกล่าวได้นั้นได้ดำเนินไปโดยไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์ และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควรแล้ว ย่อมไม่ถือเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อลิขสิทธิ์¹²⁷ ดังนั้น การที่บุคคลใดได้ซื้อภาพยนตร์ที่มีลิขสิทธิ์มาโดยถูกต้อง และได้จำหน่ายต่ออีกทอดหนึ่ง ก็มีลักษณะที่เข้าข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าวเช่นกัน เนื่องจากเจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับผลตอบแทนจากการจำหน่ายภาพยนตร์นั้นแล้ว จึงไม่เป็นการขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่เป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร นอกจากนี้ หากจะให้เจ้าของลิขสิทธิ์เข้าไปควบคุมการจำหน่ายในครั้งต่อ ๆ ไปก็อาจจะส่งผลกระทบต่อสิทธิของเจ้าของกรรมสิทธิ์และเป็นการเปิดช่องทางให้เจ้าของลิขสิทธิ์ใช้สิทธิโดยมิชอบด้วย¹²⁸

2) แนวคิดเกี่ยวกับการสิ้นสิทธิในลิขสิทธิ์

นอกเหนือจากการกระทำที่เป็นข้อยกเว้นโดยไม่ถือเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อลิขสิทธิ์ดังกล่าวแล้วใน 1) นั้น ยังมีหลักการที่ได้รับการยอมรับในทางระหว่างประเทศเกี่ยวกับเงื่อนไขที่ทำให้สิทธิแต่ผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการจำหน่าย จ่ายโอนงานอันมีลิขสิทธิ์สิ้นสุดไป เมื่อได้มีการขายครั้งแรกหรือการโอนกรรมสิทธิ์ความเป็นเจ้าของในสำเนาผลงานชิ้นหนึ่งๆ¹²⁹ ซึ่งเรียกว่า

¹²⁴ จาก พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4 และมาตรา 15

¹²⁵ จาก พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 6

¹²⁶ จาก พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 28

¹²⁷ จาก พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32 วรรคหนึ่ง

¹²⁸ จาก “การสิ้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (Exhaustion of Intellectual Property Rights),” ข่าวสารพัฒนากฎหมาย ลำดับที่ 80 วันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2556, โดย ฝ่ายพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, สืบค้นวันที่ 14 กันยายน 2557 จาก www.lawreform.go.th/lawreform/images/th/content/en/635/c635_1.pdf.

¹²⁹ จาก *เข้าใจลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง Understanding Copyright and Related Rights* (น. 10), (ม.ป.ป.), WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION แปลและจัดพิมพ์โดยกรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์.

หลักการขายครั้งแรก หรือ First-sale Doctrine ซึ่งหลักนี้รู้จักกันในชื่ออื่นอีกมาก เป็นต้นว่า Right of first sale, First sale rule, Exhaustion rule หรือ Exhaustion of right หลักนี้เป็นหลักกฎหมายซึ่งมีที่มาจากประเทศสหรัฐอเมริกา โดยเป็นหลักเกณฑ์ที่จำกัดขอบเขตแห่งสิทธิของผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในการบังคับควบคุมการจำหน่ายงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน ภายหลังจากที่ได้มีการขายซึ่งงานนั้นออกไปแล้ว โดยเมื่อมีผู้ซื้องานอันมีลิขสิทธิ์ไปผู้ซื้อรายนั้นย่อมมีอิสระที่จะทำการใด ๆ กับงานนั้นก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นการให้ยืม ขายต่อไป หรือทำการอื่นใดต่อผลงานนั้น เว้นแต่การคัดลอกทำสำเนาหรือ กระทำการอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่เดิมหลัก First-sale Doctrine นี้ใช้กับงานวรรณกรรมที่ถูกจำหน่ายไปครั้งแรก แต่ต่อมาก็ใช้กับงานลิขสิทธิ์ทุกชนิดตลอดจนทรัพย์สินทางปัญญาอื่นที่ผู้ซื้อได้รับมาอย่างถูกต้องตามกฎหมายโดยไม่คำนึงว่าจะเป็นการขายครั้งแรกหรือเป็นการขายครั้งต่อ ๆ มากี่ตาม

กล่าวโดยสรุปหลัก First-sale Doctrine นั้นมีหลักอยู่ว่า เมื่อมีการซื้อสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์อย่างถูกต้องตามกฎหมายแล้วผู้ซื้อย่อมสามารถทำการใด ๆ ต่อสินค้านั้นอย่างไรก็ได้รวมถึงจำหน่ายจ่ายโอน ให้ผู้อื่น ให้ยืม หากแต่ผู้ซื้อนั้นก็ไม่สามารถทำสำเนาเพิ่มเติมได้ ด้วยเหตุผลที่ว่างานเหล่านั้น เดิมถูกผลิตขึ้นมาโดยหรือด้วยการอนุญาตของผู้ครอบครองลิขสิทธิ์ จึงเป็นการชอบด้วยกฎหมายที่ผู้ซื้อจะขายหรือโอนกรรมสิทธิ์ต่อไป¹³⁰ หลักการนี้ถือเป็นกลไกสำคัญในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่จะช่วยคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและควบคุมให้การใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นไปอย่างเหมาะสม เนื่องจากเจ้าของสิทธิได้รับผลตอบแทนจากการจำหน่ายสินค้าดังกล่าวไปแล้วในครั้งแรก ซึ่งหากยังคงอนุญาตให้เจ้าของสิทธิสามารถแสวงประโยชน์ได้อีกจากสินค้าที่มีการจำหน่ายไปแล้วนั้นก็ย่อมจะส่งผลกระทบต่อผู้ซื้ออย่างมีอาจหลีกเลี่ยงได้ จึงจะสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญานี้ซึ่งจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของสาธารณะด้วย มิใช่คำนึงถึงผลประโยชน์ของเจ้าของสิทธิแต่เพียงอย่างเดียว¹³¹

2.3.3 แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมธุรกิจภาพยนตร์

ได้กล่าวแล้วว่า ภาพยนตร์ เป็นสื่อที่มีความสำคัญและมีบทบาทอย่างยิ่งในการถ่ายทอดเรื่องราวต่างๆ ทั้งในแง่ของวิถีชีวิต ขนบธรรมเนียม ประเพณี ค่านิยมของมนุษย์ในสังคมตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน เป็นสื่อที่สามารถเข้าใจได้ง่ายและสามารถแพร่หลายได้อย่างรวดเร็ว ทำให้ผู้บริโภคส่วนใหญ่นิยมที่จะบริโภคสื่อประเภทภาพยนตร์ และด้วยเหตุดังกล่าวนี้ทำให้ผู้ประกอบการ

¹³⁰ จาก “First Sale Doctrine กับการค้ากำไรในสินค้าอันมีลิขสิทธิ์,” โดย วิสิฐ ญาณภริต, 2555, *วารสารนิติศาสตร์*, 3, น. 102-103. มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ.

¹³¹ จาก “การสิ้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (*Exhaustion of Intellectual Property Rights*),” . เล่มเดิม.

ทั้งหลายหันมาให้ความสนใจและหันมาประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์เป็นจำนวนมาก และได้มีการสร้างภาพยนตร์เพิ่มมากขึ้น โดยที่เนื้อหาของภาพยนตร์ในบางเรื่องมีความไม่เหมาะสมกับผู้บริโภคบางประเภท ทั้งยังมีกรณีที่ผู้สร้างภาพยนตร์ที่ใช้ภาพยนตร์เป็นเครื่องมือในการปลุกกระดมเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางการเมืองการปกครอง หรือแสวงหาประโยชน์ในทางการค้า อันเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งกระทบต่อความมั่นคงของประเทศและก่อให้เกิดปัญหาสังคมอื่น ๆ ตามมา¹³²

ดังนั้น จึงเกิดแนวคิดที่จะควบคุมธุรกิจภาพยนตร์ โดยในระยะเริ่มแรกได้มีการออกกฎหมายมาควบคุมเนื้อหาของภาพยนตร์ที่จะแพร่ออกไปสู่ประชาชนผู้บริโภค ซึ่งต่อมาได้มีการพัฒนากฎหมายให้สอดคล้องกับยุคสมัยที่มีการเปลี่ยนแปลงไป โดยมีการควบคุมและจัดระบบผู้ประกอบการที่สามารถเผยแพร่ภาพยนตร์ไปสู่สาธารณชนโดยกำหนดให้ต้องได้รับอนุญาตเสียก่อนจึงจะสามารถดำเนินกิจการได้ เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบและควบคุม เพื่อป้องกันมิให้ผู้ประกอบการเหล่านี้เป็นแหล่งหรือช่องทางในการเผยแพร่ภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาไม่เหมาะสมได้ และได้พัฒนาไปสู่แนวคิดในการควบคุมมิให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ที่สะท้อนให้เห็นจากกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ดังจะได้กล่าวในรายละเอียดต่อไป

2.4 แนวคิดและความเป็นมาเกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ตามกฎหมายเกี่ยวกับภาพยนตร์

โดยจะทำการศึกษาแนวคิดในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ที่แฝงอยู่ในความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 จากกฎหมายที่เป็นรากฐานในการควบคุมธุรกิจภาพยนตร์ว่ามีวิวัฒนาการในแต่ละยุคสมัยเช่นไร และเริ่มมีแนวคิดในการคุ้มครองลิขสิทธิ์แฝงเข้าไปตั้งแต่เมื่อใด โดยพิจารณาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายที่เกี่ยวข้องตามลำดับ ดังนี้

2.4.1 พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473¹³³ และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2479¹³⁴

พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 เป็นกฎหมายฉบับแรกที่ใช้ในการควบคุมภาพยนตร์ โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้ต้องการที่จะควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ที่จะเผยแพร่ออกไปสู่สาธารณชนเท่านั้น ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติมาตรา 4 ซึ่งบัญญัติ

¹³² ดูรายละเอียดในบทที่ 1 (น. 1-3).

¹³³ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 47 /-/หน้า 194/21 กันยายน 2473.

¹³⁴ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 53 /-/หน้า 670/22 พฤศจิกายน 2479.

ห้ามมิให้ทำหรือฉาย¹³⁵ ภาพยนตร์ซึ่งมีเนื้อหาที่ขัดหรือน่าจะก่อให้เกิดผลที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน¹³⁶ และห้ามมิให้ทำการฉายภาพยนตร์ก่อนที่จะได้รับอนุญาต¹³⁷ ซึ่งหากฝ่าฝืนก็จะต้องมีความรับผิดชอบทางอาญา และยังไม่มีการกำหนดฐานความผิดเพื่อที่จะควบคุมการประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับการจัดจำหน่ายภาพยนตร์โดยตรงขึ้นในกฎหมายฉบับนี้ ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติภาพยนตร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2479 ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ได้ตราขึ้นเพื่อกำหนดนิยามคำว่าภาพยนตร์ และปรับปรุงถ้อยคำอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องให้เกิดความชัดเจนในการบังคับใช้เท่านั้น โดยที่ยังไม่ปรากฏว่าได้มีการกำหนดความผิดเพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับภาพยนตร์เช่นเดิม จึงกล่าวได้ว่ากฎหมายทั้งสองฉบับนี้ยังไม่ปรากฏแนวคิดในเรื่องการคุ้มครองลิขสิทธิ์ เนื่องจากในช่วงระยะเวลาที่ได้มีการประกาศใช้กฎหมายนี้ แนวคิดเรื่องลิขสิทธิ์เป็นเรื่องใหม่และยังไม่ได้ให้ความสำคัญเท่าใดนัก

2.4.2 ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 205 (ลงวันที่ 9 กันยายน พ.ศ. 2515)¹³⁸

ประกาศฉบับนี้ได้ออกบังคับใช้เพื่อแก้ปัญหาในเรื่องประสิทธิภาพของการบังคับใช้พระราชบัญญัติภาพยนตร์ โดยกำหนดให้กรมตำรวจ กระทรวงมหาดไทย¹³⁹ เป็นองค์กรที่เข้ามารับผิดชอบดำเนินการควบคุมการทำและการฉายภาพยนตร์ ทั้งนี้เนื่องจากสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในช่วงเวลานั้น คือ มีการเผยแพร่ภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาไม่เหมาะสมไปสู่สาธารณชนอย่างแพร่หลายดังที่ปรากฏในคำปรารภของประกาศฉบับนี้¹⁴⁰ ดังนั้นเจตนารมณ์ในการบังคับใช้ประกาศฉบับนี้

¹³⁵ มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

“ทำ” หมายความว่า การถ่ายอัด หรือทำด้วยวิธีใด เพื่อให้เป็นภาพยนตร์ จะทำเสร็จแล้วหรือยังไม่เสร็จก็ตาม

“ฉาย” หมายความว่า การถ่ายทอดรูปหรือเสียง หรือทั้งรูปและเสียงจากภาพยนตร์ด้วยเครื่องฉายภาพยนตร์หรือเครื่องอย่างอื่นทำนองเดียวกัน.

¹³⁶ จาก พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2479 มาตรา 4.

¹³⁷ จาก พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2479 มาตรา 5.

¹³⁸ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 89 /ตอนที่ 136/ฉบับพิเศษ 8 /13 กันยายน 2515.

¹³⁹ ปัจจุบันได้รับการจัดตั้งเป็นสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ตามพระราชกฤษฎีกาโอนกรมตำรวจ กระทรวงมหาดไทย ไปจัดตั้งเป็นสำนักงานตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2541.

¹⁴⁰ “โดยที่ปรากฏว่า ขณะนี้ได้มีการฉายภาพยนตร์ที่บางเรื่องการแสดงเป็นการชักชวนหรือส่งเสริมให้มีการละเมิดศีลธรรมและบางเรื่องก็เป็นการจูงใจหรือแนะวิธีการกระทำความผิดอาญาแสดงให้เห็นว่าการควบคุมการทำและการฉายภาพยนตร์ ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พระพุทธศักราช 2473 ในบัดนี้ไม่ได้ผลเท่าที่ควร เป็นการจำเป็นต้องให้กรมตำรวจเข้ารับผิดชอบดำเนินการจนกว่าจะได้มีการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยภาพยนตร์ หัวหน้าคณะปฏิวัติจึงมีคำสั่งดังต่อไปนี้ ...”

ก็เหมือนกับพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2479 คือต้องการที่จะควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ที่จะเผยแพร่ออกไปสู่ผู้บริโภค โดยที่ยังไม่ปรากฏแนวคิดที่จะควบคุมการประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับการจัดจำหน่ายภาพยนตร์โดยตรง เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 ดังนั้น จึงยังไม่มีข้อกำหนดความผิดเพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจดังกล่าวขึ้นในประกาศฉบับนี้เช่นกัน และยังไม่ปรากฏแนวคิดในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในประกาศนี้เช่นกัน

2.4.3 พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530¹⁴¹

กฎหมายฉบับนี้ได้ออกบังคับใช้เพื่ออุดช่องว่างของพระราชบัญญัติภาพยนตร์ ทั้งนี้เนื่องจากเทคโนโลยีที่ใช้ในกระบวนการผลิตภาพยนตร์ได้มีการพัฒนาขึ้น โดยมีการบันทึกภาพยนตร์ลงในวัสดุอื่นนอกเหนือไปจากฟิล์ม คือ มีการบันทึกลงในเทปหรือวัสดุโทรทัศน์ และได้มีการบริการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายเทปและวัสดุโทรทัศน์กับการจัดฉายหรือให้บริการเกี่ยวกับเทปหรือวัสดุโทรทัศน์อย่างแพร่หลาย ซึ่งเทปและวัสดุโทรทัศน์เหล่านั้นไม่ได้ผ่านการตรวจพิจารณาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ เนื่องจากไม่ใช่ภาพยนตร์ตามความหมายของพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 โดยมีเจตนารมณ์ที่จะควบคุมเนื้อหาของภาพยนตร์ที่จะเผยแพร่ออกไปสู่ผู้บริโภคให้ครอบคลุมและทันกับยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลง¹⁴² โดยการกำหนดนิยามให้ครอบคลุมถึงกรณีดังกล่าว¹⁴³

กฎหมายนี้ได้กำหนดห้ามมิให้ผู้ใดประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายด้วยประการใด ๆ ซึ่งเทปหรือวัสดุโทรทัศน์โดยทำเป็นธุรกิจหรือโดยได้ประโยชน์ตอบแทนด้วยการคิดค่าบริการในรูปของค่าธรรมเนียมสมาชิกหรือด้วยวิธีการอื่นใด เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน¹⁴⁴ ซึ่งกำหนดขึ้นเพื่อประโยชน์ในการควบคุมเนื้อหาของภาพยนตร์ โดยเฉพาะมุ่งใช้ในการควบคุมกับผู้ประกอบกิจการให้เช่าภาพยนตร์ที่บันทึกในเทปซึ่งเกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก โดยที่ผู้ประกอบการบางรายได้มีการทำซ้ำเป็นจำนวนมากซึ่งเทปที่มีเนื้อหาลามกอนาจารหรือขัดต่อศีลธรรมอันดีและนำออกให้เช่าแก่ผู้บริโภคทั้งหลายซึ่งเป็นปัญหาหลักที่เกิดในช่วงเวลานั้น นอกจากนี้ยังเป็นบทบัญญัติที่ช่วยในการดำเนินการจัดเก็บภาษีให้แก่รัฐอีกด้วย อย่างไรก็ตามพื้นฐานนี้ก็ยังไม่ปรากฏว่ามีการแฝงแนวคิดในการคุ้มครองลิขสิทธิ์แต่อย่างใด

¹⁴¹ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 104 /ตอนที่ 270 /ฉบับพิเศษ 28 /28 ธันวาคม 2530.

¹⁴² จาก หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530.

¹⁴³ นิยาม “เทปหรือวัสดุโทรทัศน์” ตามมาตรา 4.

¹⁴⁴ จาก พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 มาตรา 6.

2.4.4 พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551¹⁴⁵

ดังที่ปรากฏตามหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ทำให้สามารถทราบเจตนารมณ์ในภาพรวมของกฎหมายได้ว่า ต้องการปรับปรุงบทบัญญัติของพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 และพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 ให้มีความเหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบันซึ่งเทคโนโลยีได้มีการพัฒนาไปอย่างรวดเร็ว และต้องการลดปัญหาความซ้ำซ้อนของการตรวจพิจารณาภาพยนตร์ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของหลายองค์กร โดยการปรับปรุงระบบการตรวจพิจารณาภาพยนตร์ให้อยู่ในความรับผิดชอบขององค์กรเดียว นอกจากนี้ยังต้องการส่งเสริมผู้ประกอบการกิจการภาพยนตร์ซึ่งมีบทบาทสำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ¹⁴⁶ จึงให้ยกเลิกกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวและใช้บังคับกฎหมายฉบับนี้แทน

เมื่อกฎหมายนี้เป็นการประกาศใช้เพื่อปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยภาพยนตร์และว่าด้วยการควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ โดยเป็นการปรับปรุงบทบัญญัติให้มีความเหมาะสมสอดคล้องกับสภาพสังคมในปัจจุบัน ดังนั้น ความมุ่งหมายหลักของกฎหมายนี้ก็ยังคงเป็นการควบคุมเนื้อหาของภาพยนตร์ที่จะเผยแพร่ออกไปสู่ผู้บริโภคเช่นเดียวกับเจตนารมณ์ของกฎหมายทั้งสองฉบับที่ถูกยกเลิกไปนั่นเอง แต่เจตนารมณ์ของกฎหมายในส่วนของการที่ต้องการที่จะส่งเสริมกิจการภาพยนตร์ซึ่งเป็นธุรกิจที่มีผลต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศถือเป็นเจตนารมณ์ใหม่ที่เพิ่มเติมขึ้นมาจากกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์อื่นๆ ที่ได้มีการบังคับใช้ในอดีตที่ผ่านมา โดยที่เจตนารมณ์ในส่วนนี้เกิดขึ้นเนื่องมาจากการผลักดันของภาคเอกชนที่เป็นกลุ่มทุนภาพยนตร์ กล่าวคือ ในช่วงระหว่างปี 2542 ถึง 2543 กรมประชาสัมพันธ์ ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ควบคุมสื่อต่างๆ และอยู่ภายใต้การควบคุมของสำนักนายกรัฐมนตรี โดยมีท่านคุณหญิงสุพัตรา มาศดิตถ์ ซึ่งดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรี และดำรงตำแหน่งประธานคณะกรรมการส่งเสริมอุตสาหกรรมภาพยนตร์ไทยในขณะนั้น ได้เสนอให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งเป็นกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในช่วงเวลาดังกล่าว ทั้งนี้โดยการสนับสนุนและผลักดันของสมาคมสมาพันธ์ภาพยนตร์แห่งประเทศไทย (องค์กรภาคเอกชนซึ่งสมาชิกส่วนใหญ่ คือ กลุ่มทุนด้านภาพยนตร์) โดยมีแนวคิดในการเสนอ คือ ให้มีการจัดตั้ง สภาภาพยนตร์แห่งชาติ ซึ่งมีรูปแบบเป็นองค์กรภาคเอกชนขึ้นเพื่อทำหน้าที่ในการตรวจพิจารณาเนื้อหาภาพยนตร์ที่ได้ผลิต แทนกองทะเบียน สำนักงานตำรวจแห่งชาติ และให้มีการจัดตั้งกองทุนเพื่อเป็น

¹⁴⁵ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 125 /ตอนที่ 42 ก/4 มีนาคม 2551.

¹⁴⁶ จาก หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551.

แหล่งรายได้ในการบริหารงานของสภาภาพยนตร์ ซึ่งคณะรัฐมนตรีก็ได้โอนุมัติในหลักการ และมอบหมายให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณา

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 5) ได้พิจารณาแล้วเห็นว่า เพื่อลดปัญหาความซ้ำซ้อนในการบังคับใช้กฎหมาย 2 ฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 และพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวีดิทัศน์ พ.ศ. 2530 ซึ่ง มินิยามความหมาย “ภาพยนตร์” ที่จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่แตกต่างกันโดยพิจารณาจากวัสดุที่ใช้ในการบันทึก ระหว่างฟิล์ม กับ เทป ซึ่งทำให้เกิดภาระแก่ผู้ประกอบการที่จะต้องนำภาพยนตร์ที่บันทึกในฟิล์ม ไปผ่านการตรวจพิจารณาจากเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 และแม้ว่าภาพยนตร์ดังกล่าวได้ผ่านการพิจารณาแล้ว แต่เมื่อได้นำไปบันทึกลงในเทปก็จะต้องนำไปผ่านการตรวจพิจารณาจากเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวีดิทัศน์ พ.ศ. 2530 อีกครั้งหนึ่ง ในการนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกาจึงได้ทำความเห็นเสนอไปที่คณะรัฐมนตรีให้พิจารณาทบทวนโดยเสนอให้มีการร่างกฎหมายว่าด้วยภาพยนตร์ขึ้นบังคับใช้ใหม่ทั้งฉบับ และให้มีผลบังคับใช้แทนพระราชบัญญัติภาพยนตร์ และพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวีดิทัศน์ โดยให้ความหมายคำว่า “ภาพยนตร์” เสียใหม่ให้ครอบคลุมกับทุกกรณี โดยไม่คำนึงถึงวัสดุที่ใช้ในการบันทึก เพื่อให้กฎหมายสามารถบังคับใช้ได้ทันกับวิทยาการทางเทคโนโลยีที่พัฒนาตลอดเวลาและลดปัญหาความซ้ำซ้อนดังกล่าว

ในกรณีที่จะให้มีการจัดตั้งสภาภาพยนตร์ ขึ้นทำหน้าที่พิจารณาภาพยนตร์แทนกองทะเบียน สำนักงานตำรวจแห่งชาตินั้น คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 5) พิจารณาแล้วเห็นว่า การใช้อำนาจดังกล่าว เป็นการใช้อำนาจรัฐในการออกใบอนุญาตซึ่งมีผลกระทบต่อบุคคลภายนอกทั้งที่ เกี่ยวข้องกับธุรกิจภาพยนตร์และประชาชนอื่นในวงกว้าง เนื่องจากโดยทั่วไปองค์กรภาคเอกชนที่จะใช้อำนาจแทนรัฐได้นั้นต้องมีวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะหรือเป็นองค์กรควบคุมวิชาชีพ เช่น สภานายความ สภาวิศวกร เป็นต้น ดังนั้น จึงเห็นเป็นการไม่สมควรที่จะให้ภาคเอกชนทำหน้าที่ดังกล่าว ซึ่งคณะรัฐมนตรีก็ได้เห็นชอบให้ดำเนินการตามที่เสนอ แต่อย่างไรก็ดี ในที่สุดแล้วพระราชบัญญัตินี้ก็ได้กำหนดให้มีตัวแทนจากภาคเอกชนเข้ามาทำหน้าที่เป็นกรรมการในคณะกรรมการภาพยนตร์และวีดิทัศน์แห่งชาติซึ่งทำหน้าที่ควบคุมและดูแลธุรกิจภาพยนตร์ในสัดส่วนที่ใกล้เคียงกับตัวแทนจากรัฐ

ต่อมาในปี 2545 ได้มีการปรับปรุงโครงสร้างส่วนราชการ ตามพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 โดยได้มีการจัดตั้งกระทรวงวัฒนธรรมขึ้น โดยให้รับผิดชอบในการควบคุมภาพยนตร์แทนสำนักงานตำรวจแห่งชาติและกระทรวงมหาดไทย ซึ่งในปี 2547 กระทรวงวัฒนธรรมได้เสนอร่างพระราชบัญญัติภาพยนตร์ และร่างพระราชบัญญัติกองทุนส่งเสริมภาพยนตร์

และคณะรัฐมนตรีได้อนุมัติหลักการของร่างพระราชบัญญัติภาพยนตร์ ตามที่กระทรวงวัฒนธรรมเสนอ โดยมอบให้คณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณารวมกับร่างที่คณะรัฐมนตรีมอบหมายให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาฯ ร่างขึ้นทั้งฉบับ

ในส่วนของร่างพระราชบัญญัติกองทุนส่งเสริมภาพยนตร์นั้น คณะรัฐมนตรีได้ให้กระทรวงวัฒนธรรมรับไปทบทวน โดยกำหนดให้นำไปผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการกลั่นกรองเรื่องกองทุนของกระทรวงการคลังเสียก่อน ประกอบกับคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 5) ก็ไม่เห็นด้วยที่จะให้มีการจัดตั้งกองทุนดังกล่าว ทั้งนี้เนื่องจากเห็นว่ากองทุนไม่มีแหล่งรายได้ที่ชัดเจนที่จะสามารถพึ่งพาตนเองได้ อันเป็นการขัดกับหลักการทั่วไปในการจัดตั้งกองทุน และจะก่อให้เกิดภาระกับงบประมาณแผ่นดิน ภายหลังจากที่ได้ทบทวนในที่สุดแล้วกระทรวงวัฒนธรรมก็ได้ถอนร่างฯ นี้ออกไปจากการพิจารณา ซึ่งแม้ว่าจะมิได้มีการจัดตั้งกองทุนส่งเสริมภาพยนตร์ตามที่ภาคเอกชนและกระทรวงวัฒนธรรมได้เสนอมาก็ตาม แต่ทั้งนี้พระราชบัญญัตินี้ก็ได้กำหนดมาตรการต่างๆ ที่จะสามารถช่วยในการส่งเสริมและสนับสนุนอุตสาหกรรมภาพยนตร์ของไทยได้ เช่นเดียวกัน เช่น กำหนดให้คณะกรรมการภาพยนตร์และวีดิทัศน์แห่งชาติซึ่งมีอำนาจในการกำหนดนโยบายเพื่อส่งเสริมอุตสาหกรรมภาพยนตร์ไทย ประกอบด้วยกรรมการที่เป็นตัวแทนจากภาคเอกชนรวมอยู่ด้วยในสัดส่วนที่ใกล้เคียงกับตัวแทนภาครัฐ เป็นต้น

นอกเหนือไปจากความต้องการที่จะเข้ามามีส่วนร่วมของภาคเอกชนในการกำกับและส่งเสริมธุรกิจภาพยนตร์ด้านนโยบายที่มีลักษณะเป็นการสนับสนุนในเชิงบวกให้กับผู้ประกอบการธุรกิจภาพยนตร์ดังกล่าวแล้ว ภาคเอกชนยังต้องการให้มีมาตรการที่ช่วยในการปราบปรามและปกป้องผลประโยชน์ของภาคเอกชนด้วย¹⁴⁷ กล่าวคือ หากกล่าวถึงการส่งเสริมธุรกิจภาพยนตร์แล้วก็จำเป็นต้องให้ความคุ้มครองต่อลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์¹⁴⁸ ซึ่งถือเป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องกับธุรกิจและอุตสาหกรรมภาพยนตร์โดยตรง และได้มีการให้ความคุ้มครองไว้ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์¹⁴⁹ โดยเมื่อพิจารณาสภาพสังคมของประเทศไทยในช่วงเวลาก่อนที่จะมีการใช้บังคับพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 จะเห็นได้ว่ากระแสความนิยมในสื่อภาพยนตร์อยู่ในระดับที่สูงมาก ส่งผลให้อุตสาหกรรมและธุรกิจเกี่ยวกับภาพยนตร์ได้มีการเติบโตและขยายตัวเป็นอย่างมาก และด้วยเหตุนี้จึงเกิดมีกรณีผู้กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์โดยการประกอบกิจการผลิตและจำหน่ายภาพยนตร์อันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นเป็นจำนวนมากและมี

¹⁴⁷ จาก การสัมภาษณ์ นางสาวธำรงค์กัญจน์ ลาพิณี, คูรายละเอียดใน ภาคผนวก ก.

¹⁴⁸ จาก พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4 และมาตรา 6.

¹⁴⁹ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 111 / ตอนที่ 59 ก/ หน้า 1 / 21 ธันวาคม 2537.

แนวโน้มนั้นที่จะเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง¹⁵⁰ ซึ่งส่งผลเสียกับภาคอุตสาหกรรมภาพยนตร์ที่ดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยที่การบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ไม่สามารถปราบปรามผู้กระทำความผิดได้อย่างมีประสิทธิภาพเพียงพอ ทั้งนี้เนื่องจากความผิดตามกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ถูกกำหนดให้เป็นความผิดต่อส่วนตัว ซึ่งจำเป็นต้องอาศัยการร้องทุกข์ของผู้เสียหายเป็นเงื่อนไขในการเริ่มดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด

ดังนั้น จึงมีการกำหนดห้ามมิให้ผู้ใดประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับผลประโยชน์ตอบแทน เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนตามที่กฎหมายกำหนด¹⁵¹ ซึ่งแม้ว่าเนื้อหาจะเป็นหลักการในทำนองเดียวกับฐานความผิดตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 แต่ที่สะท้อนให้เห็นแนวคิดในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่แฝงอยู่ในความผิดฐานนี้ได้จากบทกำหนดโทษที่เปลี่ยนแปลงไป โดยที่แต่เดิมหากมีการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนแล้วผู้กระทำจะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ¹⁵² แต่ในกฎหมายนี้ได้เปลี่ยนระวางโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำการฝ่าฝืนเสียใหม่โดยตัดระวางโทษจำคุกออกเสีย คงเหลือแต่ระวางโทษปรับเพียงอย่างเดียวเท่านั้น โดยที่โทษปรับดังกล่าวนี้เป็นโทษปรับที่มีอัตราค่อนข้างสูงและได้มีการกำหนดระวางโทษขั้นต่ำไว้ด้วย¹⁵³

ในส่วนของบทกำหนดโทษที่เปลี่ยนแปลงไปของความผิดฐานนี้ก็มาจากความต้องการของภาคเอกชนดังกล่าวอีกเช่นกัน ทั้งนี้ เพื่อที่จะให้ความผิดฐานนี้เป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่สามารถป้องกันและปราบปรามไม่ให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ที่เป็นปัญหาในขณะนั้น โดยต้องการให้โทษปรับเช่นนี้สามารถมีผลกระทบในทางเศรษฐกิจกับผู้ประกอบกิจการที่ฝ่าฝืน และสามารถช่วยในการรักษาผลประโยชน์ของกลุ่มทุนเหล่านั้นได้¹⁵⁴ จึงส่งผลทำให้บทกำหนดโทษของความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตมีระวางโทษปรับในอัตราสูงดังเช่นที่บัญญัติไว้ในมาตรา 79 นั้นเอง

นอกจากนี้ความผิดฐานนี้ยังถูกกำหนดให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน ซึ่งเจ้าพนักงานที่มีอำนาจหน้าที่สามารถเริ่มดำเนินคดีได้ด้วยตนเอง ฉะนั้นแล้ว หากมีการบังคับใช้กฎหมายอย่าง

¹⁵⁰ จาก สถิติคดีตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์, คุราชละเอียดยุทธคดีในภาคผนวก ก.

¹⁵¹ จาก พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 มาตรา 38 วรรคหนึ่ง.

¹⁵² จาก พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 มาตรา 34.

¹⁵³ ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท และปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งหมื่นบาท ตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่ ตามมาตรา 79.

¹⁵⁴ จากการศึกษาสัมภาษณ์ นางสาวธรรมาภรณ์ ลาภินิ, คุราชละเอียดยุทธคดีใน ภาคผนวก ก.

จริงจังกี่จะสามารถแก้ปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ และถือเป็นมาตรการหนึ่งที่จะช่วยในการคุ้มครองและส่งเสริมผู้ประกอบการธุรกิจภาพยนตร์ที่ดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์อีกทางหนึ่ง ดังนั้น จึงสามารถกล่าวได้ว่าแนวคิดในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ได้ปรากฏในรูปของการแฝงอยู่ในกฎหมายฉบับนี้นั่นเอง