

บทที่ 4

วิเคราะห์ความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตของประเทศไทย

โดยปกติแล้วปัจเจกชนทั่วไปย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะประกอบอาชีพหรือดำเนินธุรกิจใดๆ ก็ได้ตราบเท่าที่อาชีพหรือธุรกิจดังกล่าวนั้น ไม่มีลักษณะเป็นการดำเนินการที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมาย โดยกรณีการประกอบอาชีพอันเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายที่เห็นได้ชัดเจนคือ การกระทำที่ละเมิดต่อศีลธรรม ซึ่งเป็นความผิดที่เห็นได้ในตัวเอง (mala in se) เช่น การรับจ้างฆ่าหรือทำร้ายผู้อื่น การค้ำมนุษย์ เป็นต้น ซึ่งเป็นการประกอบอาชีพที่มีเนื้อหาสาระที่ต้องห้ามตามกฎหมายและไม่อาจกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ในส่วนของกิจการประกอบอาชีพหรือการประกอบธุรกิจใดมีลักษณะที่อาจส่งผลกระทบต่อประโยชน์ของสังคมแล้ว ก็จะต้องมีการควบคุมการประกอบอาชีพหรือธุรกิจนั้นๆ ทั้งนี้เพื่อป้องกันผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นและรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ของคนส่วนใหญ่ โดยการออกกฎหมายมาควบคุม ซึ่งเนื้อหาของกฎหมายจะมีการกำหนดหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขต่างๆ ที่เหมาะสมในแต่ละกรณี ให้ผู้ที่ประสงค์จะประกอบอาชีพนั้นๆ ต้องปฏิบัติตามให้ครบถ้วนเสียก่อนจึงจะสามารถดำเนินกิจการได้ และกำหนดให้ผู้ดำเนินกิจการที่ได้ฝ่าฝืนหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขที่กฎหมายบัญญัติบังคับให้ต้องปฏิบัติ มีความผิดและต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งกรณีนี้ถือเป็นการผิดเนื่องจากกฎหมายบัญญัติห้าม (mala prohibita) นั่นเอง เช่น กรณีการกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจในการผลิต นำเข้า ขาย ซ่อมเครื่องซังดวงวัดหรือให้บริการซัง ดวงหรือวัด ต้องได้รับหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจนั้นๆ จากพนักงานเจ้าหน้าที่ พร้อมทั้งเสียค่าธรรมเนียมตามที่กฎหมายกำหนดเสียก่อนจึงจะสามารถดำเนินธุรกิจได้¹ โดยหากฝ่าฝืนก็จะต้องมีความผิดและต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ²

ในส่วนของกิจการประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพยนตร์ในประเทศไทยซึ่งเป็นหัวข้อที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษา ก็เป็นธุรกิจที่ได้มีการออกกฎหมายมาควบคุมเช่นกัน เนื่องจากเป็น

¹ จาก พระราชบัญญัติมาตราซังดวงวัด พ.ศ. 2542 มาตรา 17.

² จาก พระราชบัญญัติมาตราซังดวงวัด พ.ศ. 2542 มาตรา 68.

ธุรกิจที่อาจส่งผลกระทบต่อประโยชน์ของคนส่วนใหญ่ในสังคม จึงได้มีการกำหนดความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตของประเทศไทย ขึ้นใช้บังคับ โดยในเบื้องต้นนี้ ผู้เขียนจะขอลำดับถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับความหมายของภาพยนตร์ และลักษณะสำคัญของความผิดฐานดังกล่าว เพื่อทราบขอบเขตและองค์ประกอบของความผิดเป็นลำดับไป ดังต่อไปนี้

1. หลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาต

การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 38 ซึ่งเป็นความผิดที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาในครั้งนี้ โดยสิ่งที่จะต้องศึกษาเป็นลำดับแรก คือ ความหมายของ ภาพยนตร์

1) ความหมายของ “ภาพยนตร์” ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551

มาตรา 4 ได้กำหนดนิยามไว้ว่า “ภาพยนตร์” หมายความว่า วัสดุที่มีการบันทึกภาพหรือภาพและเสียงซึ่งสามารถนำมาฉายให้เห็นเป็นภาพที่เคลื่อนไหวได้อย่างต่อเนื่อง แต่ไม่รวมถึงวีดิทัศน์ ซึ่ง “วีดิทัศน์” ตามความในมาตราเดียวกันนี้ หมายความว่า วัสดุที่มีการบันทึกภาพหรือภาพและเสียงซึ่งสามารถนำมาฉายให้เห็นเป็นภาพที่เคลื่อนไหวได้อย่างต่อเนื่องในลักษณะที่เป็นเกมการเล่น คาราโอเกะที่มีภาพประกอบหรือลักษณะอื่นใดตามที่กำหนดในกฎกระทรวง”

ดังนั้น ความหมายของภาพยนตร์ตามกฎหมายนี้ จึงกว้างขวางและครอบคลุมซึ่งวัสดุทุกชนิดที่มีการบันทึกภาพ หรือภาพและเสียงซึ่งสามารถฉายเป็นภาพเคลื่อนไหวได้อย่างต่อเนื่อง

2. ลักษณะสำคัญของความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาต

ความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาต ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 38 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ห้ามผู้ใดประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับประโยชน์ตอบแทน เว้นแต่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน” และมาตรา 79 ซึ่งเป็นบทกำหนดโทษผู้กระทำการฝ่าฝืนมาตรา 38 บัญญัติว่า “ผู้ใดฝ่าฝืน มาตรา 38 วรรคหนึ่ง หรือประกอบกิจการดังกล่าวในระหว่างถูกพักใช้หรือถูกเพิกถอนใบอนุญาต ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท และปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่”

จากบทบัญญัติมาตรา 38 นี้สามารถแยกองค์ประกอบความผิดได้ดังต่อไปนี้

องค์ประกอบภายนอก คือ

“ผู้กระทำ” คือ มนุษย์ซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่าจะเป็นใคร

“การกระทำ” คือ แยกได้เป็นสองกรณี คือ

1) ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยทำเป็นธุรกิจโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือ

2) ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยได้รับประโยชน์ตอบแทนโดยไม่ได้รับอนุญาต

องค์ประกอบภายใน คือ กระทำโดยเจตนา กล่าวคือ รู้ว่าสิ่งที่ได้นำออกให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายนั้นคือภาพยนตร์ และมุ่งกระทำเป็นธุรกิจเพื่อแสวงหากำไรหรือเพื่อประโยชน์ตอบแทน

เมื่อพิจารณาองค์ประกอบภายนอกในส่วนของการกระทำที่จะเป็นองค์ประกอบของความผิด คือ การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับประโยชน์ตอบแทนโดยไม่ได้รับอนุญาตแล้ว จะเห็นได้ว่าการที่จะวินิจฉัยความผิดตามมาตรานี้ได้อย่างถูกต้อง และส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ จำเป็นต้องทราบความหมายของคำว่า “ประกอบกิจการ” ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 38 แต่เนื่องจากพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 นั้น มิได้กำหนดนิยามความหมายเอาไว้ จึงจำเป็นต้องศึกษาเพื่อค้นหาความหมายของคำว่า “ประกอบกิจการ” โดยอาศัยคุณธรรมทางกฎหมายที่อยู่เบื้องหลังความผิดฐานนี้ เป็นเครื่องมือที่ช่วยในการตีความกฎหมาย และในการที่จะทราบถึงคุณธรรมทางกฎหมายได้นั้นจะต้องศึกษาจากประวัติความเป็นมา แนวคิดในการกำหนดความผิดและพัฒนาการของความผิดดังกล่าวนี้จากกฎหมายที่เกี่ยวข้องตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ดังนั้น ในบทนี้ผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาและวิเคราะห์ความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน วิเคราะห์ในแง่ของคุณธรรมทางกฎหมาย วิเคราะห์ความรับผิดชอบทางอาญา วิเคราะห์ผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อคุณธรรมทางกฎหมายและวิเคราะห์บทลงโทษของความผิดฐานนี้ และจะได้หยิบยกคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้องมาศึกษาประกอบในการวิเคราะห์ด้วย โดยจะได้ทำการพิจารณาเป็นลำดับไป ดังนี้

4.1 วิเคราะห์หลักเกณฑ์ความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตของประเทศไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน

วัตถุประสงค์ของการตรากฎหมายเพื่อควบคุมภาพยนตร์ในระยะเริ่มแรกนั้น เป็นไปเพื่อควบคุมเนื้อหาของภาพยนตร์ที่ได้จัดทำขึ้นให้มีความเหมาะสมก่อนที่จะเผยแพร่ไปสู่สาธารณชน ต่อมาเมื่อเทคโนโลยีในการเข้าถึงภาพยนตร์ได้พัฒนาและเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย

ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องพัฒนาเครื่องมือที่ใช้ในการควบคุมอัน ได้แก่ การพัฒนากฎหมายให้สอดคล้องและครอบคลุมกับความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นอย่างต่อเนื่อง โดยมีแนวคิดในการควบคุมผู้ที่ประกอบธุรกิจที่มีส่วนในการเผยแพร่ภาพยนตร์ในรูปแบบต่างๆ และได้มีการบัญญัติความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตขึ้น เพื่อใช้เป็นมาตรการที่ช่วยในการตรวจสอบและควบคุมภาพยนตร์ที่จะเผยแพร่ไปสู่สาธารณชน ให้มีเนื้อหาที่เหมาะสม ทั้งนี้ เพื่อช่วยในการควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น จนกระทั่งปัจจุบันได้พัฒนาไปสู่แนวคิดในการคุ้มครองลิขสิทธิ์รวมอยู่ในความผิดฐานนี้ด้วย ดังที่ปรากฏในกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ดังต่อไปนี้

4.1.1 พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530

ในปี พ.ศ. 2530 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 โดยบังคับใช้ควบคู่ไปกับพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 เหตุผลประการสำคัญในการออกบังคับใช้ของกฎหมายฉบับนี้ คือ เพื่ออุดช่องว่างของพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 ทั้งนี้เนื่องจากเทคโนโลยีที่ใช้ในกระบวนการผลิตภาพยนตร์ได้มีการพัฒนาขึ้น โดยมีการบันทึกภาพยนตร์ลงในวัสดุนอกเหนือไปจากฟิล์ม คือ มีการบันทึกลงในเทปหรือวัสดุโทรทัศน์ และได้มีการบริการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายเทปและวัสดุโทรทัศน์กับการจัดฉายหรือให้บริการเกี่ยวกับเทปหรือวัสดุโทรทัศน์อย่างแพร่หลาย ซึ่งเทปและวัสดุโทรทัศน์เหล่านั้นไม่ได้ผ่านการตรวจพิจารณาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ เนื่องจากไม่ใช่ภาพยนตร์ตามความหมายที่พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 ได้กำหนดไว้ ซึ่งทำให้เกิดช่องว่างของกฎหมายขึ้น และทำให้มีผู้ประกอบการให้เช่าภาพยนตร์ซึ่งได้ทำการบันทึกลงในเทปเกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก โดยที่ผู้ประกอบการบางรายได้มีการทำซ้ำเป็นจำนวนมากซึ่งเทปที่มีเนื้อหาลามกอนาจารหรือขัดต่อศีลธรรมอันดีและนำออกให้เช่าแก่ผู้บริโภคทั้งหลายซึ่งเป็นปัญหาหลักที่เกิดในช่วงเวลาดังกล่าว ดังนั้น กฎหมายฉบับนี้จึงออกบังคับใช้เพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้น โดยได้นิยามความหมายของคำว่า “เทปหรือวัสดุโทรทัศน์” ไว้ในมาตรา 4 ซึ่งบัญญัติว่า “เทปหรือวัสดุโทรทัศน์ หมายความว่า

(1) วัสดุที่เคลือบด้วยสารแม่เหล็กหรือสารอื่นใดซึ่งได้บันทึกภาพหรือถ่ายทอดภาพ โดยการเปลี่ยนสัญญาณเป็นกระแสไฟฟ้า หรือ

(2) วัสดุอย่างอื่นใดซึ่งได้ถูกถ่ายอัด หรือกระทำด้วยวิธีใด ๆ ให้เป็นเรื่องเหตุการณ์ รูป ข้อความ หรือเกมการเล่น ทั้งนี้ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

โดยวัสดุดังกล่าวสามารถจัดถ่ายทอดออกเป็นภาพหรือเสียง หรือทั้งภาพและเสียงได้ในลักษณะต่อเนื่องกันไปด้วยเครื่องเทปโทรทัศน์หรือเครื่องถ่ายทอดวัสดุโทรทัศน์ เครื่องฉายภาพหรือเครื่องกลไกอย่างอื่นทำนองเดียวกัน” เพื่อให้ครอบคลุมกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น

โดยหลักการของกฎหมายนี้ นอกเหนือไปจากแนวคิดในการควบคุมเนื้อหาของ ภาพยนตร์ในขั้นตอนการสร้างหรือการผลิตแล้ว ยังได้ปรากฏแนวคิดในการควบคุมการประกอบ กิจการที่เกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพยนตร์เพิ่มเติมขึ้นด้วย สะท้อนให้เห็นได้จากการที่มีการกำหนด คุณสมบัติ³ ของผู้ที่จะสามารถประกอบกิจการเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพยนตร์ รวมถึงกำหนด หลักเกณฑ์ในการยื่นคำขอเพื่อประกอบกิจการนั้นๆ⁴ และกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการดังกล่าว จะต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดเสียก่อนจึงจะสามารถดำเนินกิจการได้ ดังความในมาตรา 6 ซึ่งบัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่าย ด้วยประการใด ๆ ซึ่งเทปหรือวัสดุโทรทัศน์โดยทำเป็นธุรกิจหรือโดยได้ประโยชน์ตอบแทนด้วย การคิดค่าบริการในรูปของค่าธรรมเนียมสมาชิกหรือด้วยวิธีการอื่นใด เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาต จากนายทะเบียน...” ซึ่งเท่ากับว่าเป็นกรณีที่กฎหมายได้บัญญัติห้ามมิให้กระทำเอาไว้ ซึ่งหากมีการ ผ่าฝืนโดยการประกอบกิจการไปโดยมิได้รับอนุญาตแล้ว ก็จะต้องมีความผิดและต้องระวางโทษ จำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามมาตรา 34 ซึ่งเป็นมาตรา ที่กำหนดบทลงโทษของผู้ที่กระทำการฝ่าฝืน จึงสามารถกล่าวได้ว่า การกำหนดฐานความผิดเพื่อ ควบคุมการประกอบกิจการที่เกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพยนตร์ได้เกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในกฎหมายนี้

จากบทบัญญัติมาตรา 6 นี้ สามารถแยกองค์ประกอบความผิดได้ดังต่อไปนี้

องค์ประกอบภายนอก คือ

“ผู้กระทำ” คือ มนุษย์ซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่าจะเป็นใคร

³ พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 มาตรา 7 ผู้ที่จะขออนุญาตดำเนิน กิจการตามมาตรา 6 ต้องมีคุณสมบัติ ดังต่อไปนี้

- (1) มีอายุไม่ต่ำกว่ายี่สิบปีบริบูรณ์
- (2) ไม่เป็นผู้มีความประพฤติเสื่อมเสียหรือบกพร่องในศีลธรรมอันดี
- (3) เป็นผู้ประกอบอาชีพเป็นที่เชื่อถือ โดยแสดงหลักฐานเพื่อประกอบการพิจารณาของนายทะเบียน ตามที่กำหนดในกฎกระทรวงตามมาตรา 8 วรรคสอง
- (4) ไม่เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ
- (5) ไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำ โดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

ในกรณีที่นิติบุคคลเป็นผู้ขออนุญาต กรรมการ ผู้จัดการหรือผู้รับผิดชอบในการดำเนินการของนิติบุคคล นั้นต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดในวรรคหนึ่ง

⁴ จาก พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 มาตรา 8.

“การกระทำ” คือ ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายด้วยประการใด ๆ ซึ่ง เทปหรือวัสดุโทรทัศน์โดยทำเป็นธุรกิจหรือ โดยได้ประโยชน์ตอบแทนด้วยการคิดค่าบริการในรูปแบบ ของค่าธรรมเนียมสมาชิกหรือด้วยวิธีการอื่นใด โดยไม่ได้รับอนุญาต

องค์ประกอบภายใน คือ กระทำโดยเจตนา กล่าวคือ รู้ว่าสิ่งที่ได้นำออกให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายนั้นคือเทปหรือวัสดุโทรทัศน์ และมุ่งกระทำเป็นธุรกิจเพื่อแสวงหากำไรหรือเพื่อ ประโยชน์ตอบแทนด้วยการคิดค่าบริการในรูปแบบของค่าธรรมเนียมสมาชิกหรือด้วยวิธีการอื่นใด

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 6 แล้วเห็นได้ว่าเจตนารมณ์ของการกำหนดความผิดฐานนี้เป็นไปเพื่อต้องการที่จะควบคุมผู้ประกอบการเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพยนตร์ เพื่อเพิ่ม ประสิทธิภาพในการตรวจสอบและควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ ดังจะเห็นได้จาก การกำหนดให้ผู้ที่จะประกอบกิจการเช่นนี้จะต้องมีคุณสมบัติเบื้องต้นที่รัฐพิจารณาแล้ว เห็นว่าเป็นการเหมาะสมและเชื่อถือได้ในระดับหนึ่งสมควรอนุญาตให้ทำการเผยแพร่ภาพยนตร์ ได้ และการกำหนดให้เทปหรือวัสดุโทรทัศน์ที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการนำมาเผยแพร่นั้น จะต้องมีการพิจารณาและได้รับความเห็นชอบจากเจ้าพนักงานแล้วเท่านั้น รวมถึงกรณี การทำสำเนาของเทปหรือวัสดุโทรทัศน์ดังกล่าวก็ต้องได้รับความเห็นชอบและได้มีการรับรอง สำเนาโดยเจ้าพนักงานด้วยเช่นกัน นอกจากนี้ยังได้กำหนดมาตรการในการควบคุมธุรกิจดังกล่าว โดยการให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ที่จะสามารถตรวจสอบให้ผู้ประกอบการที่ได้รับอนุญาต ดำเนินกิจการให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้⁶ โดยมุ่งเน้นไปที่ผู้ประกอบการประเภทการ ให้เช่าภาพยนตร์ซึ่งได้บันทึกลงในเทป ดังจะเห็นได้จากความตอนท้ายของมาตรานี้ที่ว่า “...โดยทำ เป็นธุรกิจหรือ โดยได้ประโยชน์ตอบแทนด้วยการคิดค่าบริการในรูปแบบของค่าธรรมเนียมสมาชิกหรือ ด้วยวิธีการอื่นใด...”

4.1.2 พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551

ในปี 2551 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ขึ้น บังคับใช้ ซึ่งมีผลเป็นการยกเลิกกฎหมาย 4 ฉบับ⁷ คือ

- 1) พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473
- 2) พระราชบัญญัติภาพยนตร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2479
- 3) ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 205 ลงวันที่ 9 กันยายน พ.ศ. 2515
- 4) พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530

⁵ จาก พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 มาตรา 10.

⁶ จาก พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 มาตรา 24.

⁷ จาก พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 3.

โดยเหตุผลสำคัญของการประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้ เนื่องจากปัญหาความล่าช้าของ บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 ซึ่งได้มีการบังคับใช้มาอย่างยาวนานและไม่สามารถปรับใช้กับสภาพสังคมในปัจจุบันซึ่งระบบเทคโนโลยีต่างๆ ที่เกี่ยวกับอุตสาหกรรมและ ธุรกิจภาพยนตร์ได้พัฒนาไปอย่างมาก ส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายขาดประสิทธิภาพ

นอกจากนี้ยังเกิดปัญหาความซ้ำซ้อนในการบังคับใช้กฎหมายระหว่างพระราชบัญญัติ ภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 และที่แก้ไขเพิ่มเติมกับ พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 ซึ่งต่างก็เป็นกฎหมายที่มีเจตนารมณ์ในการควบคุมภาพยนตร์เช่นเดียวกันอันก่อให้เกิด ภาระแก่ผู้ประกอบการที่จะต้องดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในกฎหมายทั้งสองฉบับสำหรับ ภาพยนตร์เรื่องเดียวกัน จึงเป็นที่มาของการตรากฎหมายฉบับนี้ขึ้นมาใช้บังคับเพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว ดังนั้น จึงสามารถกล่าวได้ว่าพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 เป็นการรวมแนวคิด เบื้องหลังในการบัญญัติกฎหมายหรือที่เรียกว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวข้างต้น ซึ่งได้แก่ การควบคุมเนื้อหาของภาพยนตร์ และการควบคุมธุรกิจเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพยนตร์

ในส่วนการควบคุมการประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพยนตร์กฎหมายฉบับนี้ ได้มีการกำหนดความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับ อนุญาตตามมาตรา 38 เป็นเครื่องมือที่ใช้ในการควบคุม ซึ่งผู้เขียนได้กล่าวให้ทราบถึงหลักเกณฑ์ทั่วไป และลักษณะสำคัญของความผิดฐานนี้ไปแล้วในตอนต้น โดยที่ความผิดฐานนี้ก็เป็นการนำหลักการ ของมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 มาบัญญัติไว้นั่นเอง⁸ ดังนั้น ความผิดตามมาตรา 38 นี้จึงมุ่งที่จะคุ้มครองด้านความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์เช่นเดียวกัน ดังจะเห็นได้จากการกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะสามารถประกอบกิจการ⁹ และการกำหนดให้ภาพยนตร์ ที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการมีไว้เพื่อนำมาเผยแพร่¹⁰ นั้นจะต้องมีเนื้อหาเช่นเดียวกับภาพยนตร์ที่ ผ่านการตรวจพิจารณาและได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์ โดยมีเครื่องหมายรับรอง ถึงการอนุญาตไว้เท่านั้น¹⁰ นอกจากนี้ยังได้กำหนดมาตรการต่างๆ ที่เอื้อให้พนักงานเจ้าหน้าที่สามารถ ดำเนินการตรวจสอบและควบคุมธุรกิจดังกล่าวให้ดำเนินกิจการให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด¹¹ ซึ่งเป็นหลักการในทำนองเดียวกับพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530

⁸ จาก รายงานการประชุมเพื่อพิจารณาตอบข้อหารือการบังคับใช้พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ครั้งที่ 1 (1/2554) 97/2553 เรื่องเสรีที่ 627/2553, โดย คณะกรรมการกฤษฎีกา, 2553, วันที่ 4 ตุลาคม 2553.

⁹ จาก พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 39.

¹⁰ จาก พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 43.

¹¹ จาก พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 31 และมาตรา 32.

แต่อย่างไรก็ดี แม้ว่าความผิดตามมาตรา 38 จะเป็นการนำหลักการของมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 มาบัญญัติไว้ก็ตามแต่ก็มิได้หมายความว่า จะมิมีวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้ที่เหมือนกันเสียทั้งหมด ทั้งนี้เนื่องจากความผิดทั้งสองฐานนี้มีแนวคิดที่อยู่เบื้องหลังที่แตกต่างกัน ส่งผลทำให้มีสิ่งที่ต้องการคุ้มครองที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ความผิดทั้งสองฐานนี้มีคุณธรรมทางกฎหมายที่แตกต่างกันนั่นเอง

โดยเมื่อพิจารณาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายที่เกี่ยวข้องตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันแล้วพบว่ากฎหมายที่ได้มีการบังคับใช้ในอดีตไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 พระราชบัญญัติภาพยนตร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2479 ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 205 ลงวันที่ 9 กันยายน พ.ศ. 2515 และพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 ล้วนแล้วแต่มีแนวคิดที่ต้องการควบคุมไปที่เนื้อหาของภาพยนตร์ที่จะเผยแพร่ไปสู่สาธารณชนเป็นหลัก ทั้งนี้เพื่อให้เนื้อหาของภาพยนตร์เหล่านั้นมีเนื้อหาที่เหมาะสมโดยไม่ให้มีเนื้อหาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และสำหรับการกำหนดความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายเทปหรือวัสดุโทรทัศน์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 ซึ่งหากพิจารณาจากถ้อยคำอักษรของบทบัญญัติในมาตรานี้แล้วดูเหมือนว่ากฎหมายต้องการควบคุมผู้ประกอบการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่าย ซึ่งเทปหรือวัสดุโทรทัศน์โดยทำเป็นธุรกิจหรือโดยได้ประโยชน์ตอบแทนด้วยการคิดค่าบริการในรูปของค่าธรรมเนียมสมาชิกหรือด้วยวิธีการอื่นใด

อย่างไรก็ดีหากพิจารณาให้ลึกลงไปแล้วจะเห็นว่า การกำหนดความผิดตามมาตรา นี้ก็เป็นไปเพื่อควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์เป็นสำคัญเช่นกัน ทั้งนี้เนื่องจากสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาก่อนที่จะได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 ซึ่งเทคโนโลยีที่ใช้ในกระบวนการผลิตภาพยนตร์ได้พัฒนาขึ้น โดยมีการบันทึกภาพยนตร์ลงในวัสดุที่นอกเหนือไปจากฟิล์มได้แก่ การบันทึกลงในเทป (วิดีโอเทป) ซึ่งเป็นวัสดุที่ไม่อยู่ในความหมายของภาพยนตร์ที่จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ทำให้มีการผลิตภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมเผยแพร่ไปสู่สาธารณชน โดยเฉพาะกรณีกิจการร้านให้เช่าเทปซึ่งได้เพิ่มปริมาณขึ้นเป็นจำนวนมาก และเป็นแหล่งสำคัญในการแพร่หลายซึ่งเทปที่มีเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมไปสู่ผู้เช่าที่เป็นสมาชิก โดยที่ร้านให้เช่าเทปเหล่านี้ยังได้มีการทำซ้ำเป็นจำนวนมากซึ่งเทปที่มีเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมดังกล่าว โดยการทำซ้ำเช่นนี้ก็มิใช่ผลเป็นการผลิตเทปที่มีเนื้อหาที่ไม่เหมาะสม

จึงกล่าวได้ว่า ร้านให้เช่าเทปทั้งหลายนี้เป็นทั้งแหล่งผลิตและเผยแพร่ซึ่งเทปที่มีเนื้อหาที่ไม่เหมาะสม และเพื่อแก้ปัญหาก็ได้ดำเนินการกำหนดความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า

แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายเทปหรือวัสดุโทรทัศน์โดยไม่ได้รับอนุญาต ตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 ขึ้นมาเพื่อควบคุมกิจการร้านให้เช่าแลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายซึ่งเทป เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการควบคุมและตรวจสอบความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์เป็นหลัก ดังจะเห็นได้จากพระราชโองการที่กฎหมายบัญญัติไว้ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนมาตรา 6 คือ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับตามที่มาตรา 34 ได้บัญญัติไว้ ซึ่งจะเห็นว่าความผิดฐานนี้มีการกำหนดระวางโทษจำคุกไว้ด้วย เนื่องจากสังคมมองว่า เป็นความผิดที่อาจมีผลกระทบต่อสังคมอย่างร้ายแรงนั่นเอง ดังนั้น คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้คือ “ความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์”

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 จะเห็นได้ว่ามีแนวคิดเบื้องหลังในการกำหนดความผิด หรือคุณธรรมทางกฎหมายที่ต่างออกไป เนื่องจากสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป โดยในช่วงเวลาก่อนที่จะมีการประกาศใช้กฎหมายนี้กิจการภาพยนตร์ได้มีการเจริญเติบโตไปอย่างรวดเร็วและได้มีความสำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศไทยเป็นอย่างมาก¹² ประกอบกับในปี พ.ศ. 2537 ได้มีการประกาศใช้บังคับพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งมีเนื้อหาของกฎหมายที่ต้องการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานประเภทต่างๆ ซึ่งรวมถึงงานภาพยนตร์ด้วย ดังนั้น ในการร่างพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์จึงมีแนวคิดในการส่งเสริมกิจการภาพยนตร์รวมอยู่ด้วย

ในส่วนของความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 38 นี้ ก็มีแนวคิดในการคุ้มครองลิขสิทธิ์รวมอยู่ด้วย โดยเมื่อพิจารณาจากถ้อยคำของบทบัญญัติมาตรานี้แล้วจะเห็นว่ามิได้มีการมุ่งเน้นไปที่กิจการให้เช่าภาพยนตร์ดังเช่นมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 ซึ่งอาจทำให้พิจารณาได้ว่ากฎหมายมีความต้องการที่จะปรับปรุงบทบัญญัตินี้ให้ครอบคลุมกับกิจการเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพยนตร์ทุกรูปแบบ โดยการให้ความสำคัญกับทุกกิจการอย่างเท่าเทียมกัน แต่หากพิจารณาสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในช่วงก่อนที่จะมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ซึ่งมีการประกอบกิจการจำหน่ายภาพยนตร์ในรูปแบบวีซีดี หรือ ดีวีดี ที่ผลิตขึ้นโดยเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์เกิดขึ้นอย่างแพร่หลายและมีแนวโน้มที่จะสูงขึ้นอย่างต่อเนื่อง ดังจะเห็นได้จากสถิติคดีอาญาในข้อหาความผิดฐาน จำหน่าย มีไว้เพื่อจำหน่ายงานละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาล

¹² จาก *บันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. เรื่องเสรีจที่ 190/2550*, โดย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2550, กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

ทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง¹³ โดยที่การบังคับใช้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ก็ไม่ได้ผลเท่าที่ควร เนื่องจากความผิดที่ได้กำหนดไว้นั้นเป็นความผิดต่อส่วนตัว หรือ ความผิดอันยอมความได้¹⁴ ซึ่งจำเป็นต้องมีการร้องทุกข์ของผู้เสียหายได้แก่ เจ้าของลิขสิทธิ์เพื่อเป็น เงื่อนไขให้อำนาจในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดของเจ้าพนักงาน¹⁵

ทั้งเมื่อพิจารณาจากบทกำหนดโทษตามมาตรา 79 กรณีที่มีการฝ่าฝืนมาตรา 38 ซึ่ง จะต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท และปรับอีกไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทตลอด ระยะเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่ จะเห็นว่าระวางโทษที่กำหนดไว้นั้นมีแต่โทษปรับอย่างเดียวโดยไม่มีโทษ จำคุกสะท้อนให้เห็นว่าความผิดฐานนี้มีได้มีลักษณะที่ร้ายแรงต่อสังคมเท่าใดนักซึ่งต่างไปจาก ความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายเทปหรือวัสดุโทรทัศน์ โดยไม่ได้รับ อนุญาตตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530

โดยที่แต่เดิมในชั้นที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ทำการยกร่างพระราชบัญญัติ นี้ขึ้น ได้กำหนดระวางโทษของความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่าย ภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 38 นี้ คือ โทษจำคุกและโทษปรับ ซึ่งในส่วนของโทษ ปรับก็จะมีอัตราที่ไม่สูงมากนัก ทั้งนี้เป็นไปตามหลักการเดิมของมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติ ควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 ที่มุ่งคุ้มครองในเรื่องของความเหมาะสมของ เนื้อหาภาพยนตร์เป็นหลัก แต่เนื่องจากความต้องการของภาคเอกชนได้แก่ กลุ่มทุนภาพยนตร์ต่าง ๆ ซึ่งกระทำการผ่านในนามของสมาคมสมาพันธ์ภาพยนตร์แห่งประเทศไทย (ปัจจุบันได้เปลี่ยนชื่อ เป็นสมาพันธ์สมาคมภาพยนตร์แห่งประเทศไทย) ที่ต้องการให้ตัดโทษจำคุกออกไป และได้ทำการ เสนอให้มีแต่โทษปรับที่มีอัตราค่อนข้างสูงแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น ทั้งยังกำหนดให้มีโทษปรับขั้นต่ำ ที่มีอัตราสูงเช่นกัน ทั้งนี้เพื่อที่จะให้ความผิดฐานนี้เป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่สามารถป้องกันและ ปราบปรามไม่ให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ที่เป็นปัญหาในขณะนั้น โดยต้องการให้ โทษปรับเช่นนี้สามารถมีผลกระทบในทางเศรษฐกิจกับผู้ประกอบกิจการที่ฝ่าฝืน และสามารถช่วย ในการรักษาผลประโยชน์ของกลุ่มทุนเหล่านั้นได้¹⁶ จึงส่งผลทำให้บทกำหนดโทษของความผิดฐาน ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตมีระวางโทษปรับ ในอัตราสูงดังเช่นที่บัญญัติไว้ในมาตรา 79 นั้นเอง นอกจากนี้ยังได้กำหนดให้ความผิดตามมาตรา 38 นี้เป็นความผิดอาญาแผ่นดินที่เจ้าพนักงานสามารถเริ่มดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดได้โดย

¹³ ดูรายละเอียดใน ภาคผนวก ก.

¹⁴ จาก พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 66.

¹⁵ จาก ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 121.

¹⁶ ดูรายละเอียดใน ภาคผนวก ก.

ไม่ต้องอาศัยการร้องทุกข์จากผู้เสียหาย¹⁷ อีกด้วย จึงสามารถกล่าวได้ว่าแนวคิดเบื้องหลังในการกำหนดความผิดฐานนี้ เป็นไปเพื่อแก้ปัญหาการประกอบกิจการที่ละเมิดลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ที่เกิดขึ้นโดยมุ่งคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ที่เพิ่มเติมขึ้นนอกเหนือไปจากวัตถุประสงค์เดิมของมาตรา 6 ที่ต้องการควบคุมด้านเนื้อหาของภาพยนตร์แต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น

จากที่ได้วิเคราะห์แล้วข้างต้นทำให้สามารถกล่าวได้ว่าการกำหนดความผิดฐานนี้เป็นกรณีที่กฎหมายต้องการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์โดยการกำหนดความผิดมาเพื่อควบคุมผู้ประกอบการจำหน่ายภาพยนตร์ที่ได้ผลิตขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ และรวมไปถึงกิจการให้เช่า หรือ แลกเปลี่ยนภาพยนตร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าวด้วย ทั้งนี้เพื่อช่วยในการส่งเสริมกิจการภาพยนตร์ที่ดำเนินการโดยถูกต้องตามกฎหมาย ดังนั้น คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 คือ สิทธิในทางการค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์และผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้อง โดยมีประสิทธิภาพในการตรวจสอบและควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์เดิมนั้น ได้กลายเป็นคุณธรรมที่กฎหมายให้ความสำคัญเป็นลำดับรองลงไป โดยที่คุณธรรมทางกฎหมายนี้จัดอยู่ในประเภทของ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม” (Universalrechtsgut) ทั้งนี้ เนื่องจากความผิดฐานนี้มุ่งที่จะคุ้มครองในเรื่องที่เกี่ยวกับสังคมโดยรวม ดังจะเห็นได้จากการกำหนดให้ความผิดฐานนี้เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน

4.2 วิเคราะห์ขอบเขตความหมายของคำว่า “ประกอบกิจการ” ตามมาตรา 38

เมื่อได้ทราบถึงคุณธรรมทางกฎหมายหรือแนวคิดเบื้องหลังในการกำหนดความผิดตามมาตรา 38 แล้ว ก็ทำให้สามารถพิจารณาความหมายของคำว่า “ประกอบกิจการ” ซึ่งเป็นองค์ประกอบภายนอกในส่วนของกรกระทำในบทบัญญัติความผิดฐานนี้ได้ว่า หมายถึง การดำเนินกิจการอย่างเป็นปกติธุระที่มีลักษณะต่อเนื่อง เพื่อการค้าโดยมุ่งแสวงหากำไร กล่าวคือ เป็นการดำเนินกิจการที่อยู่ในรูปแบบของการเข้าสู่วงจรพาณิชย์อย่างแท้จริง โดยสามารถเผยแพร่ภาพยนตร์ออกไปสู่สาธารณชนได้ในวงกว้างซึ่งจำเป็นต้องเข้าสู่ระบบของกระบวนการตรวจสอบและควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ตามกฎหมายนี้ ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้ผู้ประกอบกิจการเหล่านี้เป็นแหล่งหรือช่องทางในการเผยแพร่ภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาไม่เหมาะสมได้ ซึ่งหากได้มีการดำเนินกิจการโดยฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์แล้วสามารถมีผลกระทบต่อเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่ดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมายได้นั่นเอง ดังนั้น กรณีการจำหน่าย ให้เช่า หรือ

¹⁷ จาก ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 121.

แลกเปลี่ยนในลักษณะที่ไม่ได้ดำเนินการอย่างเป็นทางการและไม่ได้อำนาจไปเพื่อแสวงหากำไร จึงไม่อยู่ในความหมายของคำว่า “ประกอบกิจการ”

ดังเช่นที่ปรากฏตามคำพิพากษาฎีกาที่ 10359/2554¹⁸ ในกรณีของนางนันทนา น้อยบุญมาซึ่งมีอาชีพเป็นช่างเย็บผ้า แต่ต้องถูกศาลฎีกาพิพากษาว่ามีความผิดฐานประกอบกิจการจำหน่ายภาพยนตร์โดยได้รับประโยชน์ตอบแทนตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 38 วรรคหนึ่ง และลงโทษปรับเป็นเงิน 100,000 บาท จากการนำของเก่าภายในบ้านที่ตนเองเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์และมีได้ใช้ประโยชน์แล้ว ซึ่งรวมถึงวีซีดีภาพยนตร์เก่าที่ได้ซื้อมา จำนวน 10 แผ่น มาวางจำหน่ายอีกทอดหนึ่งในรูปแบบสินค้ามือสอง โดยมีเจตนาที่จะทำการค้าเพื่อแสวงหากำไร และมีได้มีลักษณะเป็นการประกอบกิจการจำหน่ายภาพยนตร์อย่างเป็นทางการที่จะต้องเข้ามาสู่ระบบการควบคุมและตรวจสอบ โดยต้องได้รับอนุญาตจากนายทะเบียนเสียก่อน นอกจากนี้ วีซีดีภาพยนตร์ที่ได้นำมาจำหน่ายก็ได้ผ่านการตรวจพิจารณาจากคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์เรียบร้อยแล้วอีกด้วย ดังนั้น การกระทำของนางนันทนาฯ ย่อมไม่เป็นการดำเนินกิจการที่จะมีผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ของเจ้าหน้าที่รัฐ และไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิในทางการค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์และผู้ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับภาพยนตร์ที่ดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด และสามารถกล่าวได้ว่า นางนันทนาฯ ไม่ใช่ “ผู้ประกอบกิจการ” ที่จะต้องถูกบังคับตามความในมาตรา 38 นี้ และย่อมสามารถที่จะใช้สิทธิในการจำหน่ายวีซีดีภาพยนตร์ดังกล่าวในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์ได้โดยชอบด้วยกฎหมาย และนอกเหนือจากกรณีของนางนันทนาฯ แล้ว เกี่ยวกับปัญหาในเรื่องความหมายของคำว่า “ประกอบกิจการ” นี้ ผู้เขียนขอเสนอข้อเท็จจริงจากคำพิพากษาอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องมาทำการศึกษาวเคราะห์ ดังนี้

คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 6719/2554¹⁹ “พนักงานอัยการสำนักงานอัยการสูงสุด (โจทก์) ฟ้องว่า เมื่อวันที่ 5 มิถุนายน 2553 เวลากลางวัน นายสมชัยหรือดี นันทวนิชย์ (จำเลย) ได้ประกอบกิจการโดยตั้งแผงให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายซึ่งภาพยนตร์ (วีซีดี) จำนวน 19 แผ่น โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับประโยชน์ตอบแทน โดยมีได้รับอนุญาตจากนายทะเบียน เหตุเกิดที่แขวงบางมด เขตจอมทอง กรุงเทพมหานคร ขอให้ลงโทษตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 4 , 38, 79

จำเลยให้การรับสารภาพ และศาลชั้นต้นได้พิพากษาว่า จำเลยมีความผิดตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 38 วรรคหนึ่ง, 79 วางโทษปรับ 200,000

¹⁸ สำนักงานศาลยุติธรรม ศูนย์วิทยบริการศาลยุติธรรม กลุ่มงานเอกสารพิเศษทางกฎหมาย

¹⁹ ห้องสมุดศาลอุทธรณ์

บาท จำเลยให้การรับสารภาพ เป็นประโยชน์แก่การพิจารณา มีเหตุบรรเทาโทษ ลดโทษให้กึ่งหนึ่ง ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 คงปรับ 100,000 บาท ไม่ชำระค่าปรับให้จัดการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 29, 30

จำเลยอุทธรณ์ว่า จำเลยมิได้มีเจตนาในการประกอบธุรกิจเพื่อมุ่งหากำไรหรือผลประโยชน์ตอบแทนในทางธุรกิจ อีกทั้งวิธีที่ได้นำมาจำหน่ายก็เป็นกรรมสิทธิ์ของจำเลยและบุตรชาย ซึ่งจำเลยย่อมมีอำนาจที่จะสามารถจำหน่ายได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ดังนั้น การกระทำของจำเลยจึงไม่ถือเป็นผู้ประกอบกิจการที่จะต้องมีความผิด

ศาลอุทธรณ์เห็นว่าข้อที่จำเลยยกขึ้นต่อสู้นั้นเป็นเรื่องที่มีได้ยกขึ้นว่ากล่าวกันมาแล้ว โดยชอบในศาลชั้นต้น จึงพิพากษายืนตามคำพิพากษาศาลชั้นต้นและคดีได้ถึงที่สุด ณ ชั้นนี้”

คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 1592/2555²⁰ “พนักงานอัยการสำนักงานอัยการสูงสุด (โจทก์) ฟ้องว่า เมื่อวันที่ 5 มิถุนายน 2553 เวลากลางวัน นางสาวสุดาวดี โกมลวิชญ์ (จำเลย) ได้กระทำความผิดกฎหมายหลายกรรมต่างกัน คือ จำเลยได้ประกอบกิจการโดยตั้งแผงจำหน่ายซึ่งภาพยนตร์ (ดีวีดี) จำนวน 8 แผ่น โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับประโยชน์ตอบแทนโดยมิได้รับอนุญาตจากนายทะเบียน และจำเลยนำดีวีดีภาพยนตร์ที่ไม่ผ่านการตรวจพิจารณาและได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการตรวจพิจารณาภาพยนตร์ จำนวน 2 แผ่น ออกให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายในราชอาณาจักร เหตุเกิดที่ แขวงบางมด เขตจอมทอง กรุงเทพมหานคร ขอให้ลงโทษตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 4 , 25, 38, 78, 79

จำเลยให้การรับสารภาพ และศาลชั้นต้นได้พิพากษาว่า จำเลยมีความผิดตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 25 วรรคหนึ่ง, 38 วรรคหนึ่ง, 78, 79 แต่จากพฤติการณ์แห่งคดีและรายงานการสืบเสาะ เห็นว่า จำเลยมีฐานะยากจนและมีโรคประจำตัว ประกอบกับไม่ปรากฏว่าจำเลยเคยได้รับโทษจำคุกมาก่อน และกำลังศึกษาอยู่ในระดับอุดมศึกษา จึงเห็นสมควรรอกการกำหนดโทษไว้ 2 ปี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56

โจทก์อุทธรณ์ การรอกการกำหนดโทษไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลอุทธรณ์พิจารณาแล้ว เห็นว่าระวางโทษตามความผิดดังกล่าวมีเพียงโทษปรับเท่านั้น ไม่มีโทษจำคุก ดังนั้น คดีนี้จึงไม่อาจรอกการกำหนดโทษได้ แต่พิเคราะห์แล้วเห็นว่าการกระทำของจำเลยเป็นแต่เพียงการนำแผ่นดีวีดีภาพยนตร์ซึ่งป็นของจำเลยที่ไม่ได้ใช้แล้วออกขายเพื่อนำรายได้ไปใช้จ่ายในครอบครัวนั้น จำเลยอาจไม่รู้ว่ากฎหมายบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 64 จึงพิพากษาแก้เป็นว่าในความผิดฐานประกอบกิจการจำหน่ายแผ่นดีวีดีภาพยนตร์ โดยมิได้รับ

²⁰ ห้องสมุดศาลอุทธรณ์

อนุญาตลงโทษปรับ 20,000 บาท ความผิดฐานจำหน่ายในราชอาณาจักรซึ่งภาพยนตร์ที่ไม่ผ่านการตรวจพิจารณาจากคณะกรรมการ ปรับ 20,000 บาท รวมปรับ 40,000 บาท ลดโทษให้กึ่งหนึ่ง ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 คงปรับ 20,000 บาท ไม่ชำระค่าปรับให้จัดการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 29, 30 และคดีได้ถึงที่สุด ณ ชั้นนี้”

คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 3471/2555²¹ “พนักงานอัยการสำนักงานอัยการสูงสุด (โจทก์) ฟ้องว่า เมื่อวันที่ 16 ธันวาคม 2551 เวลากลางวันหลังเที่ยง นายสุรัตน์ มณีพันธ์สุดา (จำเลย) ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายซึ่งภาพยนตร์ (วีซีดี) จำนวน 83 แผ่น โดยทำเป็นธุรกิจและได้รับประโยชน์ตอบแทนจากการจำหน่ายในราคาแผ่นละ 20 บาท โดยมีได้รับอนุญาตจากนายทะเบียน เหตุเกิดที่แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร ขอให้ลงโทษตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 4 , 38, 79 และศาลชั้นต้นได้พิพากษาว่า จำเลยกระทำความผิดตามมาตรา 38 วรรคหนึ่ง , 79 ลงโทษปรับ 200,200 บาท มีเหตุบรรเทาโทษลดโทษให้ หนึ่งในสาม คงปรับ 133,400 บาท ไม่ชำระค่าปรับให้จัดการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 29, 30 โดยให้กักขังเป็นเวลาไม่เกิน 1 ปี

จำเลยอุทธรณ์ว่าพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 เป็นการจำกัดสิทธิของประชาชนเป็นการขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ไม่อาจใช้บังคับได้ ส่วนแผ่นวีซีดีที่นำมาจำหน่ายนั้นจำเลยซึ่งมีอาชีพเป็นพนักงานเก็บขยะ เก็บรวบรวมมาได้จากกองขยะ โดยจำเลยมิได้เป็นผู้ประกอบการหรือเปิดเป็นธุรกิจจำหน่ายภาพยนตร์ จำเลยเป็นเพียงผู้เสนอขายแผ่นวีซีดีภาพยนตร์เท่านั้น นอกจากนี้โทษปรับที่ศาลชั้นต้นได้ลงโทษจำเลยก็เป็นจำนวนที่สูงเกินไปด้วย

ศาลอุทธรณ์พิจารณาแล้วเห็นว่าจำเลยไม่ได้ยกขึ้นอ้างให้ชัดเจนว่าบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ส่วนไหนมาตราใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เพราะเหตุใด และเป็นกรณีที่เพิกยกขึ้นอ้างในชั้นอุทธรณ์ จึงเป็นอุทธรณ์ที่ไม่ชอบ และไม่จำเป็นต้องส่งศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย และเห็นว่าจำเลยได้ประกอบการกิจการจำหน่ายซึ่งภาพยนตร์โดยได้รับประโยชน์ตอบแทน โดยไม่ได้รับอนุญาตจากนายทะเบียนอันเป็นการฝ่าฝืนต่อพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 38 วรรคหนึ่ง และกรณีโทษที่ลงแก่จำเลยนั้นเห็นว่าเมื่อมาตรา 79 ได้กำหนดระวางโทษปรับตั้งแต่สองแสนถึงหนึ่งล้านบาท และปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่ ดังนั้นการที่ศาลชั้นต้นวางโทษก่อนลดโทษปรับเพียง 200,200 บาท นับว่าต่ำมากแล้ว ไม่มีเหตุที่ศาลอุทธรณ์จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขจึงพิพากษายืน ขณะนี้คดีอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลฎีกา”

²¹ ห้องสมุดศาลอุทธรณ์

จากข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 6719/2554 ในกรณีของนายสมชัยหรือคือนันทวนิชย์ ซึ่งได้กระทำการตั้งแผงจำหน่ายวีซีดีภาพยนตร์ จำนวน 19 แผ่น หรือจากข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 1592/2555 ในกรณีของนางสาวสุดาวดี โคมลวิษญู ซึ่งได้กระทำการตั้งแผงจำหน่ายวีซีดีภาพยนตร์ จำนวน 10 แผ่น นั้น ก็มีการกระทำในลักษณะเช่นเดียวกับการกระทำของนันทนา โดยบุคคลทั้งสองต่างถูกพิพากษาให้ต้องมีความรับผิดชอบประกอบกิจการจำหน่ายภาพยนตร์โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับผลประโยชน์ตอบแทนโดยมิได้รับอนุญาตจากนายทะเบียนนั้น ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาศาลอุทธรณ์เมื่อพิจารณาตามที่ได้วิเคราะห์ในประเด็นเรื่องความหมายของคำว่า “ประกอบกิจการ” ไว้แล้วจะเห็นว่า การกระทำทั้งสองกรณีนี้ซึ่งเป็นเพียงการนำแผ่นภาพยนตร์เก่าที่เป็นกรรมสิทธิ์ของตนเองและไม่ได้ใช้ประโยชน์แล้วมาจำหน่ายในลักษณะสินค้ามือสองโดยไม่ได้มุ่งแสวงหากำไรจากการจำหน่ายดังกล่าว โดยมิได้มีเจตนาที่จะดำเนินกิจการอย่างเป็นปกติธุระในลักษณะที่ต่อเนื่องและยึดถือเป็นอาชีพแต่อย่างใด จึงย่อมไม่อยู่ในความหมายของการเป็น ผู้ประกอบกิจการ ที่จะต้องได้รับอนุญาตจากนายทะเบียน ดังนั้น เมื่อถือไม่ได้เป็นผู้ประกอบกิจการแล้ว การกระทำของบุคคลทั้งสองจึงไม่เป็นความผิดตามมาตรา 38 แต่อย่างใด และย่อมมีสิทธิที่จะจำหน่ายทรัพย์สินที่ตนเองเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ได้ ส่วนในกรณีของนางสาวสุดาวดีฯ ที่ได้นำวีซีดีภาพยนตร์ ที่ไม่ผ่านการตรวจพิจารณาและได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการตรวจพิจารณาภาพยนตร์ จำนวน 2 แผ่น มาจำหน่ายนั้น จะเป็นความผิดตามมาตรา 25 หรือไม่ก็ต้องไปพิจารณากันเป็นอีกเรื่องหนึ่งต่างหาก

ในส่วนข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 3471/2555 กรณีของนายสุรัตน์ มณีนพรัตน์สุดา ซึ่งมีอาชีพเป็นพนักงานเก็บขยะได้นำแผ่นวีซีดีจำนวน 83 แผ่น ที่อ้างว่าได้มาจากการเก็บรวบรวมจากกองขยะมาจำหน่ายนั้น พิจารณาแล้วเห็นว่า แม้ว่าวีซีดีภาพยนตร์จะเป็นของเก่าที่ได้มาจากการเก็บขยะจริงตามที่นายสุรัตน์ฯ กล่าวอ้างก็ตาม แต่หากนายสุรัตน์ฯ ได้ดำเนินการอย่างเป็นอาชีพเสริม คือ นำมาวางจำหน่ายเช่นนี้ทุกครั้งเมื่อเก็บรวบรวมได้ ก็ถือได้ว่ามีลักษณะของการดำเนินกิจการอย่างเป็นปกติธุระเพื่อมุ่งหวังผลกำไรหรือผลตอบแทนจากการจำหน่ายภาพยนตร์ที่เก็บได้ อันถือเป็นการกระทำที่มีลักษณะของการเข้าสู่วงจรพาณิชย์อย่างแท้จริงแล้ว และเข้าข่ายเป็นการประกอบกิจการที่จะต้องได้รับอนุญาตจากนายทะเบียนเสียก่อนจึงจะสามารถดำเนินกิจการได้ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 38 แล้วเช่นกัน เนื่องจากการประกอบกิจการจำหน่ายภาพยนตร์ตามมาตรา 38 นี้ มุ่งเน้นไปที่ลักษณะของการดำเนินการที่สะท้อนให้เห็นถึงเจตนาของผู้กระทำที่มุ่งแสวงหากำไรหรือผลตอบแทนของผู้กระทำจากการจำหน่ายภาพยนตร์เท่านั้น โดยมิได้คำนึงถึงปริมาณของภาพยนตร์ที่นำมาจำหน่าย และไม่ได้จำกัดเฉพาะของที่มีสภาพใหม่แต่เพียงอย่างเดียว แม้ของที่มีสภาพเก่าในลักษณะการจำหน่ายของมือสองก็ถือเป็นภาพยนตร์ที่ต้องถูกควบคุมตาม

มาตรานี้ทั้งสิ้น เพียงแต่ในกรณีของนายสุรัตน์ฯ ซึ่งต้องถูกลงโทษปรับเป็นจำนวน 133,400 บาท เมื่อเทียบกับพฤติการณ์ในการกระทำแล้ว ในมุมมองของผู้เขียนมีความเห็นว่าเป็นจำนวนที่ค่อนข้างสูงและไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดเท่าใดนัก เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะระวางโทษปรับขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในความผิดฐานนี้มีจำนวนที่สูงเกินไปนั่นเอง ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวโดยละเอียดในชั้นการวิเคราะห์บทลงโทษของความผิดฐานประกอบกิจการ ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับอนุญาตในหัวข้อ 4.5 ต่อไป

นอกเหนือไปจากคำพิพากษาที่ได้หยิบยกขึ้นทำการศึกษาดังกล่าวข้างต้นแล้ว ยังมีอีกกรณีหนึ่งที่น่าสนใจและสมควรที่จะได้ทำการศึกษา คือ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5241/2555²² ซึ่งสามารถสรุปความได้ว่า “ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ได้พิพากษาให้ นายวิระชัย พินิจผล (จำเลย) มีความผิดฐานประกอบกิจการจำหน่ายภาพยนตร์โดยได้รับประโยชน์ตอบแทนโดยไม่ได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 38 วรรคหนึ่ง และมาตรา 79 ลงโทษปรับ 140,000 บาท จากกรณีที่ได้จำหน่ายของเก่าเหลือใช้ภายในบ้าน เช่น เสื้อผ้า แก้ว ตุ๊กตา แผ่นซีดีเพลง และรวมถึงแผ่นซีดีภาพยนตร์จำนวน 27 แผ่นที่ได้ซื้อมารับชมในขณะที่อุปสมบทมาวางจำหน่ายในราคาแผ่นละ 40 บาท

จำเลยฎีกาว่า จำเลยเพียงแต่นำแผ่นซีดีภาพยนตร์เก่าของจำเลยออกมาจำหน่ายริมถนน ในราคาต่ำกว่าทุนเพื่อหาเงินเล็กน้อยมาจุนเจือครอบครัว ไม่ได้ว่าเป็นการประกอบกิจการจำหน่ายภาพยนตร์จำเลยไม่มีความผิด

ศาลฎีกา วินิจฉัยว่า แม้ได้ความว่าเป็นซีดีภาพยนตร์เก่าที่จำเลยซื้อมาไว้ดูเอง แต่ก็ถือว่าเป็นภาพยนตร์เช่นกัน และการที่จำเลยนำมาวางจำหน่ายให้แก่ประชาชนทั่วไป แม้จะได้จำหน่ายต่ำกว่าทุนก็เรียกได้ว่าเป็นการประกอบกิจการโดยได้รับประโยชน์ตอบแทน อันเป็นการประกอบกิจการที่ต้องมีการควบคุม โดยผู้ประกอบกิจการต้องได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนตามมาตรา 38 แล้ว เพราะตามบทบัญญัติดังกล่าวหาได้บังคับเฉพาะการจำหน่ายภาพยนตร์ใหม่และที่ทำเป็นธุรกิจใหญ่โตไม่ อย่างไรก็ตามการที่จำเลยนำแผ่นซีดีภาพยนตร์ซึ่งเป็นของเก่าและมีจำนวนเล็กน้อยเพียง 27 แผ่น ออกมาวางจำหน่ายปะปนกับสินค้าอื่นอย่างเปิดเผยในราคาต่ำกว่าทุนมากมิได้มีลักษณะของการค้าเพื่อแสวงหาผลกำไร จึงมีเหตุผลเชื่อได้ว่าเป็นเพราะจำเลยเข้าใจโดยสุจริตว่าการนำเอาแผ่นซีดีภาพยนตร์เก่าออกมาจำหน่ายในลักษณะดังกล่าว มิใช่เป็นการประกอบกิจการจำหน่ายภาพยนตร์ซึ่งต้องได้รับใบอนุญาตนั่นเอง เพราะไม่มีเหตุผลใดเลยที่จำเลยจะต้องมาสุ่มเสี่ยงต่อโทษปรับในอัตราที่สูงเพื่อการได้รับค่าตอบแทนที่น้อยมากเช่นนี้ ตามสภาพและ

²² สำนักงานศาล ศูนย์วิทยบริการศาลยุติธรรม กลุ่มงานเอกสารพิเศษทางกฎหมาย

พฤติการณ์แห่งการกระทำของจำเลยฟังได้ว่า จำเลยไม่มีเจตนาที่จะประกอบกิจการจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาต จำเลยจึงไม่มีความผิดตามฟ้อง พิพากษากลับให้ยกฟ้อง”

เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาดังกล่าวข้างต้นในกรณีของนายวีระชัย พิณิจผล แล้ว ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาศาลฎีกา แม้ว่าศาลฎีกาจะได้พิพากษายกฟ้อง ซึ่งผู้เขียนเห็นฟ้องด้วยผลของคำพิพากษา แต่ยังไม่เห็นฟ้องด้วยกับเหตุที่มาแห่งการวินิจฉัยเพื่อนำไปสู่ผลดังกล่าว ซึ่งศาลฎีกาได้ให้เหตุผลว่า “การกระทำของจำเลยเป็นเรื่องของการขาดเจตนาที่จะกระทำความผิด เพราะจำเลยเข้าใจโดยสุจริตว่าการนำเอาแผ่นซีดีภาพยนตร์เก่าออกมาจำหน่ายในลักษณะดังกล่าว มิใช่เป็นการประกอบกิจการจำหน่ายภาพยนตร์ซึ่งต้องได้รับใบอนุญาต เพราะไม่มีเหตุผลใดเลยที่จำเลยจะต้องมาสู้มเสี่ยงต่อโทษปรับในอัตราที่สูงเพื่อการได้รับค่าตอบแทนที่น้อยมากเช่นนี้” ทั้งที่องค์ประกอบภายในของความผิดตามมาตรา 38 นี้ เพียงแต่ผู้กระทำมีเจตนาที่จะจำหน่ายภาพยนตร์ กล่าวคือ รู้ว่าสิ่งที่นำออกจำหน่ายนั้นเป็นภาพยนตร์ ก็ถือว่า เป็นการกระทำโดยเจตนาแล้ว ดังนั้น ในกรณีนี้ย่อมถือว่าเป็นกรณีที่นายวีระชัยฯ ได้กระทำให้ไปโดยเจตนาแล้ว มิใช่เป็นเรื่องขาดเจตนาแต่อย่างใด แต่เมื่อพิจารณาจากเหตุผลที่ศาลได้ให้ไว้ นั้นมีลักษณะเป็นการมองว่า นายวีระชัยฯ ได้กระทำให้ไปโดยไม่รู้ว่ากฎหมายบัญญัติเป็นความผิดตามมาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเสียมากกว่า ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นกรณีนี้ก็ควรจะเป็นเพียงเหตุที่ทำให้ศาลลงโทษผู้กระทำความผิดน้อยลงกว่าที่กฎหมายกำหนดได้เท่านั้น มิใช่เป็นกรณีที่ผู้กระทำจะไม่มีผิดแต่อย่างใด

นอกจากนี้ หากทำการเปรียบเทียบแล้วข้อเท็จจริงกรณีของนายวีระชัยฯ ตามคำพิพากษานี้ ก็มีลักษณะไม่แตกต่างไปจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีของนางนันทนาฯ หรือนายนายสมชัยฯ ที่ได้ยกขึ้นทำการศึกษาก่อนหน้านี้แต่อย่างใด แต่ผลของคำพิพากษากลับแตกต่างกันโดยสิ้นเชิง ด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้ การตัดสินเช่นนี้ย่อมไม่อาจใช้เป็นบรรทัดฐานหรือให้ตรรกในการศึกษาทางวิชาการได้ ทั้งยังอาจกระทบต่อความเชื่อถือศรัทธาของประชาชนที่มีต่อกระบวนการยุติธรรมอีกด้วย

จากคำพิพากษาที่ได้หยิบยกมาเป็นตัวอย่างในการศึกษาข้างต้นนี้ ทำให้ทราบถึงปัญหาของการบัญญัติความผิดตามมาตรา 38 ที่ยังไม่ชัดเจนแน่นอนเพียงพอ กล่าวคือ จากการที่พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มิได้มีการกำหนดนิยามของคำว่า “ประกอบกิจการ” เอาไว้ ซึ่งถ้อยคำนี้ก่อให้เกิดการตีความและให้ความหมายที่แตกต่างกันระหว่างผู้บังคับใช้กฎหมายกับประชาชนผู้ถูกบังคับใช้ และเป็นถ้อยคำที่มีผลโดยตรงต่อการวินิจฉัยความผิดของผู้กระทำให้เกิดความชัดเจนแน่นอนในการบังคับใช้กฎหมาย จึงส่งผลทำให้การตีความกฎหมายเพื่อนำไปสู่การวินิจฉัยความผิดฐานนี้เกิดความคลาดเคลื่อนไปจากเจตนารมณ์ของกฎหมายด้วย ซึ่งถือเป็นการบัญญัติกฎหมายที่ขัดกับหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญาซึ่งเป็นหลักประการหนึ่งของ

หลักประกันในกฎหมายอาญาด้วย โดยหลักการนี้สืบเนื่องมาจากหลักความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายซึ่งเป็นหลักการที่สำคัญหลักหนึ่งภายใต้หลักนิติรัฐ และ โดยเฉพาะเมื่อพิจารณาในบริบทของกฎหมายอาญาแล้วย่อมถือเป็นหลักที่ได้รับการเรียกร้องมากขึ้นกว่าในบริบทกฎหมายอื่น²³ เนื่องจากกฎหมายอาญามีบัญญัติขึ้นมาเพื่อลงโทษบุคคลในสังคมซึ่งหลักการพื้นฐานของการบัญญัติกฎหมายอาญาที่ดีและมีความถูกต้องชอบธรรมนั้น กฎหมายดังกล่าวจะต้องสามารถเป็น “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ต่อการกระทำใดๆ ของบุคคล กล่าวคือ การกระทำใดจะเป็นความผิดทางอาญาได้รัฐต้องบัญญัติกฎหมายอาญานั้นให้ชัดเจนแน่นอนของถ้อยคำมากที่สุดเท่าที่สามารถจะทำได้ เนื่องจากการลงโทษทางอาญานั้นเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐที่นำมาใช้กับประชาชนในรัฐ ฉะนั้น การบัญญัติกฎหมายอาญาจึงจำเป็นต้องบัญญัติให้มีเนื้อหา หลักเกณฑ์ ที่ชัดเจนเพียงพอเพื่อที่ประชาชนจะสามารถระมัดระวัง มิให้การกระทำของตนต้องตกเป็นความผิดอีกนัยหนึ่งก็คือ ประชาชนสามารถที่จะหลีกเลี่ยงการกระทำผิดอาญาได้นั่นเอง²⁴ และย่อมเกิดความรูสึกยอมรับที่จะอยู่ภายใต้กฎหมายนั้นๆ อย่างไม่ขัดขืน

นอกจากนี้สำหรับประเด็นในเรื่องของความหมายของคำว่า “ประกอบกิจการ” ตามมาตรา 38 นี้ สำนักงานคณะกรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติได้เคยมีการทำหนังสือหารือไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อให้อธิบายว่ามีความหมายครอบคลุมแค่ไหนเพียงใด ซึ่งแม้ว่าสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจะตอบข้อหารือไปว่าไม่สามารถวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวได้เนื่องจากเรื่องดังกล่าวนี้อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลตามระเบียบคณะกรรมการกฤษฎีกาว่าด้วยการรับปรึกษาให้ความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ข้อ 9 (1)²⁵ แต่อย่างไรก็ดีจากรายงานการประชุมของคณะกรรมการกฤษฎีกาคณะที่ 5 ซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบในการตอบข้อหารือในประเด็นดังกล่าวนี้โดยเป็นการประชุมร่วมกับผู้แทนจากส่วนราชการที่เกี่ยวข้องได้ปรากฏข้อเท็จจริงเกี่ยวกับประเด็นในเรื่องความหมายของคำว่า ประกอบกิจการ ซึ่งท่านวัฒนา รัตนวิจิตร ประธานในที่ประชุม ได้พิจารณาและให้ความหมายของคำว่า “ประกอบกิจการ” ตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ไว้ว่าน่าจะหมายถึงเฉพาะ การดำเนินกิจการใน

²³ จาก หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (น.31), โดย บรรเจิด สิงคะเนติ, 2552, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

²⁴ จาก กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 90). เล่มเดิม.

²⁵ จาก บันทึกความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีจที่ 627/2553, โดย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2553, กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และดูรายละเอียดในภาคผนวก ก.

ลักษณะดำเนินเป็นธุรกิจเพื่อแสวงหากำไร โดยมีสถานที่ประกอบกิจการเป็นหลักแหล่งมั่นคง²⁶ ด้วยเช่นกัน

4.3 วิเคราะห์ลักษณะความรับผิดชอบทางอาญาของความผิดฐานประกอบกิจการ ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับอนุญาต ในประเทศไทยกับต่างประเทศ

ภาพยนตร์เป็นสื่อที่มีอิทธิพลต่อผู้รับชม ในการชักจูงความคิดซึ่งย่อมมีผลไปถึงการดำเนินชีวิต รวมถึงอาจกระทบต่อผู้อื่นและสังคมได้ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องควบคุมการประกอบกิจการอาชีพที่เกี่ยวข้องกับการเผยแพร่ภาพยนตร์ ให้อยู่ในกรอบและในแนวทางที่สร้างสรรค์ ตามวัตถุประสงค์ของแต่ละประเทศ โดยการกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการจำหน่ายแจกภาพยนตร์ที่ดำเนินการไปโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดต้องมีความรับผิดชอบทางอาญา ซึ่งประเทศไทยก็เป็นหนึ่งในประเทศที่ได้กำหนดความผิดเช่นนี้ไว้ ซึ่งบทบัญญัติที่ผู้เขียนได้นำเสนอไว้ในบทที่ 3 นั้น ได้แสดงออกถึงการถึงบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องของการควบคุมการประกอบกิจการจำหน่ายแจกภาพยนตร์ในต่างประเทศ โดยได้มุ่งความสำคัญไปที่ประเทศสิงคโปร์และประเทศมาเลเซีย ซึ่งผู้เขียนจะได้ทำการวิเคราะห์บทกฎหมายในเรื่องดังกล่าวของกฎหมายแต่ละประเทศ เพื่อสรรหาแนวทางในการแก้ไขปัญหา ในเรื่องความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับอนุญาตของประเทศไทย ให้ปรากฏในเส้นทางที่ถูกต้องตามเจตนารมณ์และเหมาะสมกับประเทศไทยมากที่สุดในการที่จะปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าว ดังนี้

4.3.1 ความรับผิดชอบทางอาญาของความผิดฐานดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตในประเทศสิงคโปร์

ความผิดฐานดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายภาพยนตร์ (Film Act 1998) ของประเทศสิงคโปร์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 6 นั้น การให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายดังกล่าว จะใช้คำว่า “Distribute” หรือ “Distribution” ซึ่งตามรูปศัพท์ภาษาไทยแปลได้ว่า จำหน่ายแจก โดยกฎหมายได้ให้นิยามของคำว่า “Distribute” และ “Distribution” ว่าหมายถึง การขาย การให้เช่า การให้ยืม หรือการให้แลกเปลี่ยน และกฎหมายได้กำหนดให้ผู้ที่ต้องการประกอบธุรกิจแจกจ่ายภาพยนตร์ หรือ “Distributor” นั้น จะต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้เสียก่อนจึงจะสามารถดำเนินกิจการได้ ทั้งนี้หากมีการฝ่าฝืนดำเนินการไปโดยไม่ได้รับอนุญาตแล้วจะต้องมีความผิด และต้องระวางโทษตามมาตรา

²⁶ แหล่งเดิม.

6 (2) แห่ง Film Act 1998 คือ ปรับตั้งแต่ 10,000 เหรียญสิงคโปร์ ถึง 40,000 เหรียญสิงคโปร์ หรือ จำคุกไม่เกิน 12 เดือน หรือทั้งจำทั้งปรับ

เมื่อพิจารณาจากองค์ประกอบความผิดของบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่ามีลักษณะที่ คล้ายคลึงกับความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับ อนุญาตตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ของประเทศไทยเป็นอย่างมาก ทั้งนี้ น่าจะเป็นเพราะภายหลังจากที่คณะรัฐมนตรีได้มีมติอนุมัติให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ดำเนินการแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 และพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้การพิจารณาควบคุมกิจการภาพยนตร์เป็นไปอย่างมีระบบเนื่องจากว่ากิจการภาพยนตร์ใน ประเทศไทยต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายหลายฉบับ คือ พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวีดิทัศน์พ.ศ. 2530 และพระราชบัญญัติวิทยุโทรทัศน์ และวิทยุกระจายเสียง พ.ศ. 2498 ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้พิจารณาแล้วเห็นว่า ควรให้มีการศึกษาวิจัยกฎหมายควบคุมกิจการภาพยนตร์ในประเทศฝรั่งเศส ประเทศอังกฤษ และ ประเทศสิงคโปร์ ว่าการประกอบกิจการอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายใด กฎหมายแต่ละฉบับ ควบคุมในเรื่องใด และองค์กรใดเป็นผู้ควบคุมดูแล เพื่อให้การพิจารณาปรับปรุงกฎหมายดังกล่าว เป็นไปอย่างรอบคอบ

จากการที่ผู้เขียนได้ศึกษารายงานการวิจัยกฎหมายภาพยนตร์ของทั้ง 3 ประเทศดังกล่าว แล้วพบว่าในประเทศฝรั่งเศส²⁷ และประเทศอังกฤษ²⁸ มิได้มีการกำหนดความผิดในลักษณะเช่นนี้ไว้ ดังนั้น ในส่วนของการกำหนดความผิดฐานนี้ จึงน่าจะเป็นกรณีที่ประเทศไทยได้นำเอาแนวคิดและ หลักการตามกฎหมายของประเทศสิงคโปร์มาบัญญัติไว้ แต่ถึงกระนั้นก็มีข้อแตกต่างกันอยู่บ้าง ดังนี้

ประเด็นเรื่องขอบเขตความหมายของคำว่า “ประกอบกิจการ” ตามมาตรา 38 แห่ง พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ซึ่งผู้เขียนได้วิเคราะห์มาแล้วนั้น ในกฎหมาย ภาพยนตร์ (Film Act 1998) ของประเทศสิงคโปร์มาตรา 6 (1) ได้บัญญัติไว้โดยใช้คำว่า “shall carry on any business, whether or not the business is carried on for profit” ซึ่งตามรูปศัพท์ ภาษาไทยแปลได้ว่า ประกอบธุรกิจ เพื่อแสวงหากำไรหรือเพื่อการอื่นใด โดยเป็นการอธิบาย ขอบเขตแห่งลักษณะของการประกอบกิจการที่จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของความผิดตามบทบัญญัติ

²⁷ จาก *กฎหมายภาพยนตร์ของประเทศฝรั่งเศส* (รายงานผลการวิจัย), โดย วิจิต จรัสสุขสวัสดิ์, 2546, กรุงเทพฯ:สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา .

²⁸ จาก *กฎหมายภาพยนตร์ของประเทศไทย* (รายงานผลการวิจัย), โดย ยอดฉัตร ตสาริกา, 2546, กรุงเทพฯ:สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

มาตรานี้ได้ค่อนข้างชัดเจนว่า จำกัดเฉพาะการประกอบกิจการขาย ให้เช่า ให้ยืม หรือให้แลกเปลี่ยนในรูปแบบที่ทำเป็นธุรกิจ (Business) เท่านั้น ซึ่งโดยปกติแล้วลักษณะของการประกอบธุรกิจย่อมเป็นการดำเนินการที่ต่อเนื่อง โดยมุ่งหมายที่จะยึดถือเป็นอาชีพ เพื่อมุ่งแสวงหาผลกำไรจากการดำเนินการนั้น แต่เนื่องจากความผิดฐานนี้ได้บัญญัติให้ครอบคลุมถึงการประกอบกิจการต่างๆ ดังกล่าว ที่ได้ทำขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์อื่นนอกเหนือไปจากการแสวงหาผลกำไรด้วย จึงมีผลให้การประกอบกิจการที่มีได้แสวงหาผลกำไรต้องปฏิบัติตามความในมาตรานี้ คือ ต้องได้รับใบอนุญาตเสียก่อนจึงจะสามารถดำเนินการได้ ทั้งนี้ การกำหนดให้ครอบคลุมทุกวัตถุประสงค์ของการดำเนินการ ก็น่าจะเป็นไปเพื่อให้ความผิดฐานนี้ช่วยในการป้องกันมิให้ภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาที่ต้องห้ามหรือเนื้อหาไม่เหมาะสมซึ่งอาจกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีแพร่หลายไปสู่สังคมได้ซึ่งถือเป็นความมุ่งหมายหลักของกฎหมายนี้ ซึ่งสะท้อนให้เห็นจากการกำหนดให้โทษจำคุกเป็นหนึ่งในระวางโทษของผู้กระทำความผิดฐานนี้ แต่อย่างไรก็ดีการประกอบกิจการที่มีได้ทำไปเพื่อแสวงหาผลกำไรก็จะต้องมีลักษณะการดำเนินการในรูปแบบทำนองเดียวกับการประกอบธุรกิจ คือ ต้องมีลักษณะต่อเนื่องของการดำเนินการในระดับหนึ่ง กล่าวคือ ในการขาย การให้เช่า การให้ยืม หรือการให้แลกเปลี่ยนภาพยนตร์นั้น ต้องมีลักษณะการดำเนินการเช่นเดียวกับการประกอบธุรกิจ แม้ว่าจะได้ดำเนินการเพื่อมุ่งแสวงหากำไรหรือไม่ก็ตาม ซึ่งต่างจากบทบัญญัติมาตรา 38 ของประเทศไทยที่ใช้ถ้อยคำว่า “ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับประโยชน์ตอบแทน” ซึ่งในกรณีของการประกอบกิจการไปโดยได้รับประโยชน์ตอบแทนนั้น มิได้มีการบัญญัติถ้อยคำที่จะสามารถอธิบายความหมายของคำว่า “ประกอบกิจการ” หรือ “ได้รับผลประโยชน์ตอบแทน” ได้อย่างชัดเจนว่ามีความหมายแค่นั้นเพียงใด โดยเฉพาะถ้อยคำว่า “ได้รับประโยชน์ตอบแทน” ซึ่งก่อให้เกิดความสับสนในการตีความของผู้บังคับใช้กฎหมายและส่งผลให้เกิดการบังคับใช้ที่ไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ดังเช่นที่ปรากฏในกรณีของนางนันทนา น้อยบุญมา ซึ่งเป็นการจำหน่ายภาพยนตร์โดยมิได้แสวงหากำไร และมีได้ดำเนินการอย่างต่อเนื่องแต่อย่างใด²⁹ ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวถึงโดยละเอียดอีกครั้งในการวิเคราะห์ผลกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายในหัวข้อถัดไป

สำหรับในประเด็นเรื่องบทกำหนดโทษซึ่งกฎหมายภาพยนตร์ของประเทศสิงคโปร์ได้กำหนดระวางโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดได้แก่โทษจำคุกและโทษปรับ ซึ่งต่างกับในประเทศไทยซึ่งกำหนดระวางโทษมีเพียงโทษปรับเท่านั้น ที่กฎหมายภาพยนตร์ของประเทศสิงคโปร์ได้กำหนดไว้เช่นนี้น่าจะเป็นเพราะรูปแบบการปกครองของรัฐบาลของประเทศสิงคโปร์ซึ่งมีลักษณะโน้มเอียงไปในทางการปกครองแบบเบ็ดเสร็จ (Authoritarian System) อันมีผลจากการนำแนวคิด

²⁹ จาก คำพิพากษาฎีกาที่ 10359/2554.

ในลักษณะสังคมนิยม (Socialism) เข้ามาผสมผสาน สิทธิเสรีภาพในทางการเมืองของประชาชนในสิงคโปร์จึงมีลักษณะจำกัด การควบคุมสื่อต่างๆ อันอาจมีผลกระทบต่อการเมืองการปกครองของประเทศสิงคโปร์มีลักษณะที่เข้มงวดกว่าประเทศอื่นๆ ที่มีการปกครองในรูปแบบประชาธิปไตย โดยแท้ ในมุมมองของรัฐบาลของประเทศสิงคโปร์ ภาพยนตร์นั้นเป็นสื่อ (Media) ประเภทหนึ่งที่มีผลกระทบอย่างมากต่อประชาชนทั้งในด้านความคิดทางการเมือง (Political Thinking) มาตรฐานทางศีลธรรม (Moral Standard) รวมถึงหลักความเชื่อทางด้านศาสนาอิสลามซึ่งเป็นศาสนาประจำชาติของประเทศสิงคโปร์ซึ่งถือว่าการเปิดเผยร่างกายต่อสาธารณะเป็นสิ่งที่ต้องห้าม จึงทำให้ภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาสื่อไปในทางลามก อนาจาร (Obscene Film) ที่ประกอบด้วยฉากเปลือยร่างกายจึงเป็นเรื่องที่ต้องห้ามไปด้วย ดังนั้น การควบคุมเนื้อหาภาพยนตร์โดยใช้มาตรการทางกฎหมาย (Legal Mechanism) จึงเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม ประกอบกับความผิดฐานประกอบกิจการจำหน่ายแจกภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตนี้ ได้บัญญัติรวมอยู่กับความผิดฐานผลิตและนำเข้าซึ่งภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตซึ่งมีลักษณะที่อาจกระทบต่อสังคมที่ร้ายแรงกว่าการจำหน่ายแจก กล่าวคือ แนวคิดเบื้องหลังในการกำหนดความผิดฐานนี้ของประเทศสิงคโปร์มุ่งเน้นในการควบคุมเนื้อหาของภาพยนตร์ซึ่งสามารถมีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศให้มีความเหมาะสม ซึ่งต่างกับของประเทศไทยที่มีมุ่งเน้นไปที่การคุ้มครองผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์เป็นสำคัญ โดยมีการควบคุมเนื้อหาของภาพยนตร์เป็นเรื่องที่ให้ความสำคัญรองลงไป จึงทำให้บทลงโทษของประเทศสิงคโปร์ในความผิดฐานนี้มีลักษณะที่รุนแรงและเด็ดขาดกว่าของประเทศไทย

4.3.2 ความรับผิดชอบทางอาญาของความผิดฐานดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตในประเทศมาเลเซีย

เกี่ยวกับความผิดฐานดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายภาพยนตร์ (Perbadanan Kemajuan Filem Nasional Malaysia Act 1981) ของประเทศมาเลเซียที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 22 (1) ก็มีหลักการในทำนองเดียวกับกฎหมายของประเทศสิงคโปร์ ทั้งนี้เนื่องจากประเทศสิงคโปร์ได้เคยรวมอยู่ในการปกครองของประเทศมาเลเซีย ประกอบกับมีแนวคิดในเรื่องศาสนาที่เหมือนกันคือนับถือศาสนาอิสลาม ดังที่ผู้เขียนได้นำเสนอไว้แล้วในบทที่ 3 สำหรับการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ ตามกฎหมายของประเทศมาเลเซียจะใช้คำว่า “film distribution” ซึ่งตามรูปศัพท์ภาษาไทยแปลได้ว่า การจำหน่ายภาพยนตร์ โดยกฎหมายได้ให้นิยามของคำว่า “film distribution” ว่าหมายความรวมถึง การให้เช่า และการให้ยืมซึ่งภาพยนตร์ เพื่อแสวงหากำไร หรือการนำเข้าและจัดจำหน่ายภาพยนตร์ที่ผลิตในต่างประเทศ และการจัดจำหน่ายภาพยนตร์ที่ผลิตภายในท้องถิ่น และกฎหมายได้กำหนดให้ผู้

ต้องการประกอบกิจการจำหน่ายภาพยนตร์ หรือ “film distribution” นั้น จะต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการตามที่กฎหมายกำหนดที่เรียกว่า Perbadanan เสียก่อนจึงจะสามารถดำเนินกิจการได้ และหากมีการฝ่าฝืนดำเนินการไปโดยไม่ได้รับอนุญาตแล้วจะต้องมีความผิด และต้องระวางโทษตามมาตรา 25 (1) คือ จำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับไม่เกินห้าหมื่นริงกิตหรือทั้งจำทั้งปรับ และปรับอีกวันละไม่เกินหนึ่งหมื่นริงกิต ตลอดระยะเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่

เมื่อพิจารณาจากองค์ประกอบความผิดของบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่ามีลักษณะในทำนองเดียวกับความผิดตามกฎหมายของประเทศไทย แต่ก็ปรากฏข้อแตกต่างกับกฎหมายของประเทศไทยเช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศสิงคโปร์ คือ ในประเด็นเรื่องขอบเขตความหมายของคำว่า “ประกอบกิจการ” ตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 นั้น ในกฎหมายภาพยนตร์ของประเทศมาเลเซีย มาตรา 22 (1) จะบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำว่า “engage in any of the activities of distribution” ซึ่งมีลักษณะที่เป็นการระบุให้ทราบถึงลักษณะของการดำเนินกิจการที่จะต้องอยู่ในบังคับตามมาตรานี้ คือ การเข้าไปมีส่วนร่วมในการดำเนินกิจกรรมเกี่ยวกับการจำหน่าย ให้เช่า หรือให้ยืมภาพยนตร์ซึ่งอยู่ในรูปแบบที่ทำในเชิงพาณิชย์ (activities of distribution) หรือหากเป็นกรณีดำเนินการไปเพื่อวัตถุประสงค์อื่นที่มีไว้เพื่อแสวงหากำไรแล้ว ก็ต้องมีการดำเนินกิจการอย่างเป็นกิจจะลักษณะในทำนองเดียวกันนี้ด้วยเช่นกัน ซึ่งต่างจากบทบัญญัติมาตรา 38 ของประเทศไทยที่ใช้ถ้อยคำว่า “ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับประโยชน์ตอบแทน” ซึ่งในกรณีของการประกอบกิจการไปโดยไม่ได้รับประโยชน์ตอบแทนนั้น มิได้มีการบัญญัติถ้อยคำที่จะสามารถอธิบายความหมายของคำว่า “ประกอบกิจการ” หรือ “ได้รับผลประโยชน์ตอบแทน” ได้อย่างชัดเจนว่ามีความหมายแก่ไหน เพียงใด ซึ่งก่อให้เกิดความสับสนในการตีความของผู้บังคับใช้กฎหมายดังเช่นที่ได้วิเคราะห์ไว้แล้วในการเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายของไทยกับกฎหมายของสิงคโปร์

เมื่อพิจารณาในประเด็นเรื่องบทกำหนดโทษจะเห็นว่า แม้ว่ากฎหมายภาพยนตร์ของประเทศมาเลเซียจะได้กำหนดระวางโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดเช่นเดียวกับประเทศสิงคโปร์ คือ โทษจำคุกและโทษปรับ แต่อย่างไรก็ดีก็มีข้อแตกต่างในรายละเอียดที่สำคัญ คือ ในส่วนของการกำหนดระวางโทษปรับนั้น กฎหมายของประเทศมาเลเซีย ไม่ได้กำหนดระวางโทษขั้นต่ำเอาไว้ โดยกำหนดให้ผู้ที่ฝ่าฝืนต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าหมื่นริงกิตซึ่งต่างกับกฎหมายประเทศสิงคโปร์ที่มีการกำหนดโทษขั้นต่ำไว้ คือปรับตั้งแต่ 10,000 เหรียญสิงคโปร์ และเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศไทยแล้ว ก็จะพบความแตกต่างเช่นเดียวกัน คือ ตามมาตรา 79 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ได้กำหนดระวางโทษของผู้ที่ฝ่าฝืนมาตรา 38 ไว้ว่าจะต้องระวางโทษปรับสถานเดียว และได้กำหนดอัตราขั้นต่ำไว้ตั้งแต่ 200,000 บาท ซึ่งจะเห็นได้

ว่าบทกำหนดโทษตามกฎหมายของประเทศมาเลเซียที่มีได้มีการกำหนดโทษปรับขั้นต่ำดังกล่าวนี้ สามารถเปิดโอกาสสำหรับการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาในการพิจารณากำหนดโทษปรับได้ มากกว่ากฎหมายของประเทศไทย ซึ่งในประเด็นนี้ย่อมส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายของประเทศ มาเลเซียมีความยืดหยุ่นและสามารถปรับใช้ให้เหมาะสมกับแต่ละพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นได้ดีกว่า กฎหมายของประเทศไทย

จากที่ได้วิเคราะห์ลักษณะความรับผิดชอบทางอาญาของความผิดฐานดำเนินธุรกิจที่ เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตในประเทศสิงคโปร์และประเทศมาเลเซียเปรียบเทียบกับ ในประเทศไทยแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่าบทบัญญัติที่กำหนดความผิดฐานประกอบกิจการให้ เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับอนุญาตของประเทศไทยตามมาตรา 38 นี้ นอกจากจะมีความบกพร่องในเรื่องการใช้ถ้อยคำที่ไม่ชัดเจนเท่าที่ควร ซึ่งส่งผลโดยตรงทำให้การ บังคับใช้กฎหมายไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ ซึ่งสำหรับในประเด็นนี้อาจจะนำกฎหมายประเทศ สิงคโปร์และประเทศมาเลเซียมาเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาก็ได้แล้ว ยังพบว่ามีความ ไม่เหมาะสมในเรื่องของการบัญญัติรูปแบบการกระทำที่แตกต่างกันให้เป็นความผิดฐานเดียวกันอีก ด้วย กล่าวคือ หากพิจารณาบทบัญญัตินี้แล้วจะพบว่า กฎหมายได้มีการกำหนดลักษณะหรือรูปแบบ การกระทำความผิดออกเป็น 2 ลักษณะคือ กรณีที่หนึ่งเป็นการประกอบกิจการในรูปแบบที่ทำการ เป็นธุรกิจโดยไม่ได้รับอนุญาต และกรณีที่สองเป็นการประกอบกิจการในรูปแบบที่ได้รับประโยชน์ ตอบแทนโดยไม่ได้รับอนุญาต

โดยกรณีที่หนึ่งเป็นการประกอบกิจการในรูปแบบที่ทำการเป็นธุรกิจ โดยผลตอบแทนที่ ได้รับย่อมเป็นตัวเงิน และเป็นการดำเนินการเพื่อมุ่งแสวงหากำไร ส่วนกรณีที่สองเป็นการประกอบ กิจการในรูปแบบที่ได้รับประโยชน์ตอบแทน โดยที่ประโยชน์ที่ได้รับตอบแทนนั้นอาจไม่ใช่ตัวเงิน ก็ได้ และแสดงให้เห็นว่ามีได้เป็นการมุ่งแสวงหากำไรในระดับสูงเช่นการประกอบเป็นธุรกิจ ซึ่งการกระทำความผิดทั้ง 2 รูปแบบดังกล่าวได้ถูกกำหนดให้เป็นความผิดที่อยู่ในมาตราเดียวกัน และได้กำหนดระวางโทษไว้เช่นเดียวกัน ทั้งที่การดำเนินการในรูปแบบของการทำเป็นธุรกิจย่อมมี โอกาสที่จะก่อให้เกิดรายได้เป็นจำนวนที่มากกว่า และมีโอกาสที่อาจจะเกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ใน งานภาพยนตร์ในอัตราที่สูงกว่า รวมถึงมีโอกาสที่จะอาจใช้เป็นแหล่งหรือช่องทางในการเผยแพร่ ภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาไม่เหมาะสมไปสู่สาธารณชน อันเป็นการกระทบกระเทือนต่อความเหมาะสม ของเนื้อหาภาพยนตร์ในระดับที่สูงกว่าอีกด้วย เนื่องจากการกระทำในลักษณะถาวร ต่อเนื่อง และสามารถแพร่หลายไปยังผู้บริโภคได้ง่าย ต่างกับการกระทำในรูปแบบที่ได้รับผลประโยชน์ ตอบแทน ซึ่งอาจจะดำเนินการจำหน่ายเป็นครั้งคราวและมีลักษณะที่ต่อเนื่องน้อยกว่าการทำเป็น ธุรกิจ ทำให้ผลประโยชน์ที่ได้รับจากการจำหน่าย โอกาสที่อาจจะเกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ รวมถึง

โอกาสที่จะเกิดการกระทบกระเทือนต่อความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์เป็นไปได้น้อยกว่า และจากการที่บทกำหนดโทษของความผิดฐานนี้คือโทษปรับซึ่งเป็นการลงโทษที่มุ่งเน้นไปที่การป้องปรามข่มขู่โดยมีวัตถุประสงค์ให้มีผลกระทบต่อฐานะทางทรัพย์สินของผู้กระทำผิด ดังนั้น ระวังโทษที่กำหนดก็ควรจะต้องแตกต่างกันระหว่างผู้ที่มีดำเนินกิจการในรูปแบบเป็นธุรกิจซึ่งโดยทั่วไปแล้วย่อมเป็นผู้ที่มีฐานะทางเศรษฐกิจที่ดีกว่า กับผู้ดำเนินกิจการในรูปแบบที่ได้รับผลประโยชน์ตอบแทนซึ่งมีฐานะทางเศรษฐกิจที่ด้อยกว่าเพื่อให้เกิดความเหมาะสมกับพฤติการณ์ ในการกระทำความผิด นอกจากนี้การกำหนดให้ระวังโทษของการกระทำระหว่างสองกรณี ดังกล่าวให้แตกต่างกัน ยังเป็นการแยกให้เห็นถึงความหนักเบาของผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้และสามารถเป็นแนวทางในการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาในการพิจารณากำหนดโทษให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ดียิ่งขึ้นด้วย

4.4 วิเคราะห์ผลกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับอนุญาต

คุณธรรมเป็นสิ่งที่มองไม่เห็น จับต้องไม่ได้ แต่คุณธรรมสัมผัสและรับรู้ได้ด้วยความรู้สึก การที่จะพิจารณาได้ว่าบุคคลนั้นมีคุณธรรมหรือไม่ ก็พิจารณาจากสิ่งที่บุคคลนั้นแสดงออกมาให้ประจักษ์ในรูปของการกระทำ แม้การกระทำบางอย่างจะผิดธรรมเนียมปฏิบัติ (“ปทัสถาน” หรือ “norm”) แต่ก็ยังไม่ร้ายแรงถึงขนาดที่สังคมควรตำหนิและมีความผิดทางอาญา การกระทำนั้นก็เป็นเพียงผิดศีลธรรมและรู้สึกไม่ดีเท่านั้น ดังนั้น ถ้าการกระทำใดเป็นการกระทำผิด ปทัสถานอย่างร้ายแรง เป็นการกระทำที่สังคมตำหนิว่าเป็นสิ่งที่กระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายอย่างร้ายแรงสมควรกำหนดเป็นความผิดอาญา คุณธรรมนั้นก็จะถูกยกระดับโดยกฎหมาย กลายมาเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญและมีความจำเป็นต่อการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม เหตุนี้จึงต้องคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญนั้นโดยกฎหมายอาญา³⁰

“สิทธิในทางการค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์และผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้อง” และ “ประสิทธิภาพในการตรวจสอบและควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์” ก็เป็นคุณธรรมที่กฎหมายยกระดับขึ้น โดยเห็นควรที่จะได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายอาญา การกระทำผิดต่อ “สิทธิในทางการค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์และผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้อง” และ “ประสิทธิภาพในการตรวจสอบและควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์” ตามกฎหมายว่าด้วยภาพยนตร์ คือ ความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์

³⁰ จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น. 152). เล่มเดิม.

พ.ศ. 2551 โดยในกรณีผู้ประกอบการจำหน่ายภาพยนตร์ที่บันทึกในวีซีดี หรือดีวีดี โดยละเมิดต่อลิขสิทธิ์ซึ่งไม่สามารถที่จะได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด ย่อมเป็นการกระทำที่กระทบต่อลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ของเจ้าของลิขสิทธิ์และผู้ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ และย่อมมีผลกระทบต่อผลประโยชน์ในเชิงธุรกิจของบุคคลเหล่านั้น ทั้งเป็นการกระทบต่อประสิทธิภาพในการตรวจสอบและควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ของเจ้าหน้าที่ ย่อมเป็นความผิดตามมาตรา 38

ในกรณีข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากการกระทำของนางนันทนา น้อยบุญมา³¹ ซึ่งได้นำของเก่าภายในบ้านมาวางจำหน่ายอีกทอดหนึ่งในรูปแบบสินค้ามือสองซึ่งรวมถึงวีซีดีภาพยนตร์เก่าที่ได้ซื้อมาเพื่อรับชม จำนวน 10 แผ่นด้วย ซึ่งวีซีดีภาพยนตร์เหล่านั้นได้ผลิตขึ้นโดยถูกต้องตามกฎหมาย โดยที่นางนันทนาฯ มิได้มีเจตนาที่จะประกอบกิจการจำหน่ายภาพยนตร์อย่างเป็นทางการในลักษณะต่อเนื่องเพื่อมุ่งแสวงหากำไรและยึดถือเป็นอาชีพแต่อย่างใด โดยมีแต่เพียงเจตนาที่จะจำหน่ายของเก่าที่มีภายในบ้านให้หมดไปเพื่อหารายได้มาเลี้ยงดูครอบครัวเท่านั้น ซึ่งกรณีนี้ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าเป็นการกระทำที่เป็นความผิดฐานประกอบกิจการจำหน่ายภาพยนตร์โดยได้รับประโยชน์ตอบแทนตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 38 วรรคหนึ่ง และพิพากษาลงโทษปรับนางนันทนาเป็นเงิน 100,000 บาท หากไม่ชำระให้หักจำแทนค่าปรับได้ไม่เกิน 1 ปี

เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่าวีซีดีภาพยนตร์ที่นางนันทนาได้นำมาจำหน่ายนั้นเป็นภาพยนตร์ที่ผลิตขึ้นโดยถูกต้องตามกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ และได้ผ่านการตรวจพิจารณาเนื้อหาและได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดเรียบร้อยแล้ว ฉะนั้นในส่วน of ลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ซึ่งเป็นรากฐานแห่งสิทธิทางการค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมไม่ถูกรบกวนจากการกระทำนี้ และเมื่อพิจารณาต่อไปถึงผลกระทบต่อประโยชน์ในเชิงธุรกิจของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องซึ่งต้องการให้ความผิดฐานนี้เอื้อต่อการครอบครองตลาดภาพยนตร์หรืออีกนัยหนึ่ง คือต้องการให้ความผิดนี้ช่วยในการผูกขาด (Monopoly) ธุรกิจด้านการเผยแพร่ภาพยนตร์ ก็ไม่ได้ถูกรบกวนจากการกระทำที่ไม่ได้เข้ามาสู่วงจรวาณิชยกรรมอย่างแท้จริงเช่นนี้ ดังนั้น “สิทธิในทางการค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์และผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้อง” ซึ่งเป็นคุณธรรมทางกฎหมายหลักของความผิดฐานนี้จึงมิได้ถูกรบกวนจากการกระทำนี้ หรือหากพิจารณาในแง่ของผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการตรวจสอบและควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ ซึ่งเป็นคุณธรรมทางกฎหมายอีกประการหนึ่งของความผิดฐานนี้ ก็เห็นว่ามีได้ถูกรบกวนเช่นกัน ทั้งนี้เพราะเมื่อพิจารณาไปที่การกระทำของ

³¹ จาก คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10359/2554.

นางนันทนาฯ แล้วจะเห็นว่านางนันทนาฯ เพียงแต่ต้องการที่จะจำหน่ายของเก่าที่มีภายในบ้านให้หมดไปเพื่อหารายได้มาเลี้ยงดูครอบครัวเท่านั้น มิได้มีเจตนาที่จะประกอบกิจการจำหน่ายภาพยนตร์อย่างเป็นทางการเป็นปกติธุระในลักษณะต่อเนื่องเพื่อมุ่งแสวงหากำไรและยึดถือเป็นอาชีพ ที่จะเป็แหล่งผลิตหรือเป็นช่องทางในการเผยแพร่ภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาไม่เหมาะสมไปสู่สาธารณชนแต่อย่างใด กล่าวคือ การกระทำของนางนันทนาฯ ยังไม่ถึงเป็นการประกอบกิจการในลักษณะที่สามารถมีผลกระทบต่อสังคมโดยรวม ที่จะต้องเข้ามาสู่ระบบการตรวจสอบเพื่อควบคุมเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามความมุ่งหมายของความคิดที่กำหนดไว้ในมาตรา 38 ที่ต้องการให้เป็นมาตรการเสริมในการควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ที่จะเผยแพร่ไปสู่สาธารณชน นอกจากนี้ในกรณีของนางนันทนาฯ นี้ ความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์อีกประการหนึ่งของการกำหนดความคิดมาตรา 38 ก็มีได้ถูกระทบแต่อย่างใดด้วย เนื่องจากแผ่นวีซีดีภาพยนตร์เหล่านี้ได้ผ่านการตรวจพิจารณาแล้วนั่นเอง ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าการกระทำของนางนันทนาฯ มิได้เป็นการกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายในความคิดฐานนี้แต่ประการใด และนางนันทนาฯ ย่อมไม่มีความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 38 และหากพิจารณาในกรณีการกระทำของนายสมชัย หรือดี นันทวัฒน์³² หรือกรณีของนายวิระชัย พิณีผล³³ ซึ่งมีข้อเท็จจริงในทำนองเดียวกันก็มีได้เป็นการกระทำที่กระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายเช่นเดียวกัน

หรือหากพิจารณาในกรณีการกระทำของนางสาวสุดาวดี โกมลวิษณุ³⁴ ซึ่งแม้ว่าจะปรากฏข้อเท็จจริงว่าได้นำแผ่นวีซีดีภาพยนตร์จำนวน 2 แผ่น ที่ไม่ผ่านการตรวจพิจารณาและได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการตรวจพิจารณาภาพยนตร์มาวางจำหน่ายซึ่งเป็นภาพยนตร์ที่ละเมิดต่อลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ก็ตาม แต่เมื่อได้วิเคราะห์แล้วว่าการกระทำดังกล่าวซึ่งเพียงแต่ต้องการที่จะขายของเก่าภายในบ้านของตน โดยมิได้มีเจตนาที่จะเข้าสู่วงจรวาณิชย์โดยดำเนินกิจการอย่างเป็นทางการ กล่าวคือการกระทำดังกล่าวย่อมไม่สามารถก่อให้เกิดผลกระทบต่อประโยชน์ในเชิงธุรกิจของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้ประกอบการจำหน่ายภาพยนตร์ได้ที่ดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ได้ ดังนั้น คุณธรรมทางกฎหมายของความคิดตามมาตรา 38 จึงไม่ถูกระทบกระเทือนจากการกระทำของนางสาวสุดาวดีฯ เช่นกัน แต่อย่างไรก็ดีการกระทำนี้อาจจะเป็นความผิดฐาน

³² จาก คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 6719/2554.

³³ จาก คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5241/2555.

³⁴ จาก คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 1592/2555.

จำหน่ายภาพยนตร์ที่ไม่ผ่านการตรวจพิจารณาและได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการตรวจพิจารณาภาพยนตร์ตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551

แต่หากพิจารณากรณีของนายสุรนต์ มณีพรรัตน์³⁵ ซึ่งแม้ว่าภาพยนตร์ที่อ้างว่าเก็บได้จากกองขยะที่ได้นำมาจำหน่ายดังกล่าวจะได้ผ่านการตรวจพิจารณาและได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดแล้ว ซึ่งย่อมไม่เป็นการกระทบต่อลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ก็ตาม แต่เมื่อคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานนี้มีได้มีเพียงลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์แต่เพียงอย่างเดียว โดยยังมี “ประสิทธิภาพในการตรวจสอบและควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์” ซึ่งเป็นอีกคุณธรรมหนึ่งที่กฎหมายต้องการคุ้มครอง และตามที่ได้กล่าวแล้วว่าหากนายสุรนต์ฯ ได้ดำเนินการอย่างเป็นอาชีพเสริมนอกเหนือไปจากอาชีพหลักคือพนักงานเก็บขยะ ก็ได้นำภาพยนตร์มาวางจำหน่ายเช่นนี้ทุกครั้งเมื่อเก็บรวบรวมได้ ก็ถือได้ว่ามีลักษณะของการดำเนินกิจการอย่างเป็นปกติธุระในลักษณะต่อเนื่อง เพื่อการค้าโดยมุ่งหวังผลกำไรหรือผลตอบแทนจากการจำหน่ายภาพยนตร์ที่เก็บได้ และเข้าข่ายเป็นการประกอบกิจการที่จะต้องได้รับอนุญาตจากนายทะเบียนตามมาตรา 38 เสียก่อนจึงจะสามารถดำเนินการได้ และเมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่านายสุรนต์ฯ ได้ประกอบกิจการไปโดยไม่ได้รับอนุญาต จึงถือเป็นการกระทำที่กระทบต่อประสิทธิภาพในการตรวจสอบควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ของเจ้าหน้าที่รัฐแล้ว กล่าวคือ การประกอบกิจการจำหน่ายภาพยนตร์ที่ไม่ได้รับใบอนุญาตและอยู่นอกกระบวนการตรวจสอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ย่อมมีโอกาสที่จะเกิดการจำหน่ายภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาไม่เหมาะสมปะปนอยู่และสามารถเผยแพร่ไปสู่สาธารณชนได้ง่ายกว่าการประกอบกิจการที่ได้รับอนุญาตและเข้ามาอยู่ในระบบการตรวจสอบและควบคุมของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั่นเอง นอกจากนี้การดำเนินกิจการในลักษณะเช่นนี้ย่อมส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ในเชิงธุรกิจของกลุ่มทุนภาพยนตร์อันประกอบด้วยเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์และผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องไม่มากนักน้อย

ดังนั้น หากได้พิจารณาถึงคุณธรรมทางกฎหมายแล้วย่อมสามารถกล่าวได้ว่านางนันทนาฯ นายสมชัยฯ นางสาวสุดาวดีฯ และนายวิระชัยฯ ล้วนแล้วแต่ไม่ใช่ “ผู้ประกอบกิจการ” ที่จะต้องถูกบังคับและต้องมีความรับผิดชอบตามความในมาตรา 38 ซึ่งจากการที่เราไม่ได้ศึกษาในเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตอย่างถ่องแท้ ส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายในความผิดฐานนี้ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย และก่อให้เกิดผลเสียต่อประชาชน สังคม รวมถึงความเชื่อถือศรัทธาในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาอีกด้วย

³⁵ จาก คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 3471/2555.

4.5 วิเคราะห์บทลงโทษของความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 38

เมื่อได้พิจารณาแล้วว่าความผิดฐานประกอบกิจการ ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่าย ภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 38 เป็นความผิดที่มีคุณธรรมทางกฎหมาย คือ “สิทธิ ในทางการค้าของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์และผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้อง” และ “ประสิทธิภาพในการตรวจสอบและควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์” ซึ่งการกระทำ ที่ละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมายนี้มีได้เป็นความผิดที่ร้ายแรง ดังนั้น การที่กฎหมายได้กำหนด ชนิดของโทษที่จะลงกับผู้กระทำความผิดฐานนี้ด้วยโทษปรับซึ่งเป็นโทษสถานเบาจึงเป็นการ เหมาะสมแล้ว

วัตถุประสงค์ของการลงโทษปรับ คือ ต้องการป้องปราม หรือข่มขู่ ยับยั้ง (Deterrence) โดยการลงโทษต่อทรัพย์สินของผู้กระทำผิดเพื่อให้ผู้กระทำผิดเกิดความเข็ดหลาบและไม่กระทำความผิดอีก ดังนั้น โทษปรับจึงต้องมีผลกระทบต่อสถานะทางทรัพย์สินของผู้กระทำผิด³⁶ ซึ่งระบบ การลงโทษปรับที่สามารถสนองตอบต่อวัตถุประสงค์ของการลงโทษปรับ คือ ระบบการลงโทษปรับ โดยกำหนดตามวันและรายได้หรือระบบ Day Fine³⁷

อย่างไรก็ดีเนื่องจากระบบการลงโทษปรับที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติภาพยนตร์และ วิทยทัศน์และรวมถึงที่ปรากฏในอยู่ในกฎหมายอาญาส่วนใหญ่ของประเทศไทย คือ การลงโทษปรับ ตามอัตราขั้นสูงสุด – ต่ำสุด ซึ่งเป็นการกำหนดอัตราโทษปรับที่แน่นอน (Fixed Sum) กล่าวคือ จะปรับ ได้ไม่ต่ำกว่าอัตราที่กำหนดและไม่เกินอัตราที่กำหนด โดยการกำหนดช่วงของ ค่าปรับดังกล่าวที่เปิดโอกาสให้ศาลได้ใช้ดุลพินิจ ซึ่งศาลจะต้องกำหนดอัตราโทษปรับดังกล่าวให้ได้ สัดส่วนและเหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละบุคคล ดังนั้นการลงโทษแบบดังกล่าวจะต้องพิจารณา ถึงความเป็นอยู่ สถานะทางการเงินของผู้กระทำความผิดแต่ละบุคคล เพื่อที่จะให้การลงโทษปรับบรรลุ วัตถุประสงค์ทั้งในบรรดาผู้กระทำความผิดที่มีฐานะร่ำรวย หรือฐานะยากจน การกำหนดโทษปรับ

³⁶ From “Fines and monetary penalties” *Criminal justice and the treatment of offenders* (p. 152-159), by J. D. Mc Clean and J. C. WOOD, 1969, London : Sweet & Maxwell. อ้างถึงใน โทษปรับโดยกำหนดตามวัน และรายได้ (Day Fine) (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี) (น. 4), โดย พิษยนต์ นิพาสพงษ์, 2542, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

³⁷ ระบบการลงโทษปรับตามวันและรายได้ (Day Fine) เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1921 ในกลุ่มประเทศแถบ สแกนดิเนเวีย เพื่อให้การลงโทษปรับบรรลุวัตถุประสงค์ในการลงโทษต่อผู้กระทำความผิดทุกฐานะ โดยการ กำหนดค่าปรับจากรายได้ของผู้กระทำความผิดแต่ละคนประกอบกับความร้ายแรงของความคิด โดยปัจจุบันได้มีการ ใช้ระบบนี้แพร่หลายมากขึ้นในประเทศเยอรมัน และฝรั่งเศส [ดูรายละเอียดใน โทษปรับโดยกำหนดตามวัน และรายได้ (Day Fine) แหล่งเดิม (น.17-19)].

ดังกล่าวจึงต้องให้ได้สัดส่วนกับผู้กระทำความผิดแต่ละบุคคล มิฉะนั้นแล้วการลงโทษปรับโดยวิธีดังกล่าวอาจไม่มีผลกระทบต่อสถานะทางเศรษฐกิจหรือความเป็นอยู่ของบุคคลนั้นๆ สมดังเจตนารมณ์ของกฎหมายในเรื่องการลงโทษปรับ สำหรับผู้กระทำความผิดที่มีฐานะทางเศรษฐกิจดี หรืออาจส่งผลเกินเลยไปจากวัตถุประสงค์ของการลงโทษปรับ สำหรับผู้กระทำความผิดที่มีฐานะยากจนที่ไม่มีเงินพอจะชำระค่าปรับและต้องรับโทษกักขังแทนโทษปรับดังกล่าว³⁸

โดยที่ความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 38 นั้น มีระวางโทษปรับขั้นต่ำที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 79 คือ ปรับตั้งแต่ 200,000 บาท ซึ่งการกำหนดระวางโทษขั้นต่ำที่มีอัตราที่สูงเช่นนี้ถือเป็นการจำกัดดุลพินิจของศาลที่จะกำหนดโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดตามพฤติการณ์ในการกระทำความผิดในแต่ละกรณี ทั้งนี้เพราะในการประกอบกิจการย่อมมีความแตกต่างในด้านขนาดของกิจการตามต้นทุนของแต่ละบุคคล โดยที่การลงโทษปรับจำนวน 200,000 บาท กับผู้กระทำความผิดที่ประกอบกิจการขนาดใหญ่ซึ่งมีต้นทุนทางเศรษฐกิจ สังกม ความรู้ความเชี่ยวชาญในระดับสูงแล้วย่อมไม่ส่งผลกระทบต่อเท่าใดนัก แต่กรณีหากเป็นการลงโทษเป็นจำนวนเดียวกันนี้ต่อผู้ประกอบกิจการขนาดเล็กแล้วอาจส่งผลกระทบต่อถึงขั้นต้องล้มเลิกกิจการเลยก็เป็นได้

ประกอบกับความผิดตามมาตรา 38 นี้ มิได้เป็นความผิดที่เห็นได้ในตัวเอง (mala in se) แต่เป็นความผิดเนื่องจากกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิด (mala prohibita) จึงอาจเกิดกรณีความไม่รู้ว่ากฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดขึ้นกับผู้ประกอบกิจการขนาดเล็กซึ่งย่อมจะมีความรู้และความสันทัดชัดเจนเกี่ยวกับกฎหมายที่ควบคุมการประกอบธุรกิจไม่เท่ากับผู้ประกอบกิจการขนาดใหญ่

โดยหากพิจารณาคำพิพากษาฎีกาที่ 10359/2554 ในกรณีของนางนันทนาฯ ซึ่งมีอาชีพรับจ้างเย็บผ้า มีรายได้เพียงวันละไม่กี่ร้อยบาท แต่ต้องถูกลงโทษปรับเป็นจำนวนถึงหนึ่งแสนบาทจากการนำวีซีดีภาพยนตร์เก่าของตนเอง จำนวนเพียง 10 แผ่นมาจำหน่ายเพื่อหารายได้เลี้ยงครอบครัว โดยที่จำนวนของค่าปรับดังกล่าวอาจเป็นรายได้ตลอดทั้งปีของนันทนาฯ เลยก็น่าจะได้ส่งผลให้นางนันทนาฯ ไม่มีเงินที่จะชำระและต้องถูกกักขังแทนค่าปรับ ซึ่งเป็นการกระทำที่มีผลกระทบต่อเสรีภาพของนางนันทนาฯ จึงไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษปรับ และยังก่อให้เกิดปัญหาสังคมอื่นตามมาอีกด้วย กล่าวคือ มีผลกระทบต่อครอบครัวของนางนันทนาฯ ซึ่งต้องขาดรายได้ในการดำรงชีพ รวมถึงขาดความรักความอบอุ่นซึ่งเป็นสัมพันธ์อันดีในครอบครัว ทั้งยังก่อให้เกิดภาระต่องบประมาณของรัฐในการบริหารจัดการระหว่างดำเนินการกักขังแทนค่าปรับอีกด้วย หรือในกรณีของนายสมชายหรือตี๋ฯ ตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 6719/2554 และ

³⁸ จาก *การลงโทษปรับทางอาญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์) (น. 64-69), โดย พิรุฬ โศกุลวรรณ, 2532, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ในกรณีของนางสาวสุดาวดีฯ ตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 1592/2555 ก็มีลักษณะในทำนองเดียวกัน คือ เป็นการจำหน่ายภาพยนตร์เก่าของตนเองในปริมาณเล็กน้อย และมีฐานะยากจนเช่นเดียวกัน และเมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาต่าง ๆ ที่ได้หยิบยกมาเป็นตัวอย่างในการศึกษาดังกล่าวนั้น จะเห็นว่าศาลเองก็ทราบถึงปัญหาที่เกิดขึ้น และพยายามลงโทษปรับให้ต่ำที่สุดเท่าที่กฎหมายจะอำนวย โดยเฉพาะในกรณีของนางสาวสุดาวดีฯ ซึ่งศาลได้นำหลักเรื่องความไม่รู้กฎหมายตาม มาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาใช้ในการลดโทษให้กับนางสาวสุดาวดีฯ ซึ่งเป็นกรณีที่เกิดขึ้นไม่บ่อยนัก หรือกรณีของนายวิระชัยฯ ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่ากระทำไปโดยขาดเจตนา แต่อย่างไรก็ดีสิ่งที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์ไว้แล้วว่าในกรณีทั้งหลายเหล่านี้ล้วนไม่ได้มีฐานะเป็นผู้ประกอบกิจการที่จะต้องมีความรับผิดชอบตามมาตรา 38 แต่อย่างใด ซึ่งต่างจากกรณีของนายสุรัตน์ฯ ตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่ 3471/2555 ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นผู้ประกอบกิจการตามมาตรา 38 แล้ว และได้ถูกพิพากษาให้ลงโทษปรับ 133,400 บาท ไม่ชำระค่าปรับให้จัดการกักขังตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 29, 30 โดยให้กักขังเป็นเวลาไม่เกิน 1 ปี ซึ่งเมื่อพิจารณาจากฐานะทางเศรษฐกิจของนายสุรัตน์ฯ ซึ่งมีอาชีพเป็นเพียงพนักงานเก็บขยะและพฤติกรรมในการกระทำความผิดของ ซึ่งเป็นการนำวีซีดีภาพยนตร์เก่าที่เก็บได้จากกองขยะจำนวน 83 แผ่น มาจำหน่าย ซึ่งได้กล่าวแล้วว่าการกระทำของนายสุรัตน์ฯ ไม่ได้เป็นการกระทบต่อลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์เป็นแต่เพียงกระทบต่อประสิทธิภาพในการตรวจสอบและควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์เท่านั้น ประกอบกับนายสุรัตน์ฯ เองก็อาจไม่รู้ว่ากระทำความผิดเช่นนี้เป็นความผิดด้วยซ้ำไป ดังนั้น เมื่อเทียบกับโทษปรับที่ได้รับจึงถือเป็นอัตราที่สูงและไม่เหมาะสมกับพฤติกรรม ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นก็เนื่องมาจากการกำหนดคระวางโทษปรับขั้นต่ำเป็นจำนวน 200,000 บาท ที่สูงเกินไปและส่งผลให้เกิดการจำกัดดุลพินิจของผู้พิพากษาในการพิจารณากำหนดโทษนั่นเอง

ในทางกลับกันหากเป็นกรณีผู้กระทำความผิดแบบเดียวกันแต่เป็นผู้ที่มีฐานะดี โดยอาจกระทำความผิดในลักษณะทำเป็นธุรกิจ เมื่อถูกศาลพิพากษาให้ปรับเช่นเดียวกันกับนายสุรัตน์ฯ ก็ย่อมสามารถที่จะชำระได้โดยที่การลงโทษปรับดังกล่าวอาจจะไม่มีผลกระทบต่อสถานะทางทรัพย์สินของผู้นั้นแต่อย่างใด และไม่ก่อให้เกิดความเข็ดหลาบแต่อย่างใด ซึ่งย่อมไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษปรับ และก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นระหว่างบุคคลขึ้นในสังคม

โดยกรณีปัญหาทั้งหลายดังที่กล่าวมานี้ไม่ว่าจะเป็นเรื่องความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติที่กำหนดความผิด หรือบทกำหนดโทษที่สูงเกินไปก็ตาม หากเกิดขึ้นในประเทศสิงคโปร์ หรือประเทศมาเลเซียแล้วรัฐมนตรีผู้รักษาการตามกฎหมายภาพยนตร์ของประเทศทั้งสองเห็นว่าการบังคับใช้กฎหมายเช่นนี้เป็นการไม่เหมาะสมและก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นในสังคม รัฐมนตรีดังกล่าวมีอำนาจที่จะยกเว้นไม่นำมาบังคับใช้กับบุคคลเหล่านั้นได้ซึ่งสามารถแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นได้

อย่างทันทั่วทั้งที่ แต่ของประเทศไทยนั้นไม่มีการบัญญัติให้อำนาจรัฐมนตรีผู้รักษาการตามกฎหมาย ภาพยนตร์ซึ่งเป็นฝ่ายบริหารไว้เช่นนั้น โดยที่แม้ว่าข้อดีของการให้อำนาจไว้เช่นนี้จะทำให้การ บังคับใช้กฎหมายมีความยืดหยุ่น และสามารถปรับใช้ได้กับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปใน อนาคต ซึ่งข้อเสียก็คือเป็นการให้อำนาจฝ่ายบริหารในการลบล้างกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ทำให้กฎหมายขาดความชัดเจนแน่นอน โดยเฉพาะกฎหมายที่มีโทษทางอาญาเช่นนี้ และอาจจะเป็น ช่องทางที่ใช้ในการเอื้อประโยชน์ให้แก่กันได้ ซึ่งการให้อำนาจเช่นนี้จะสามารถใช้ได้ผลดีกับ ประเทศที่คุณภาพของคนได้รับการพัฒนาอย่างดีแล้วและกระบวนการยุติธรรมมีความเข้มแข็งอย่าง แท้จริงเท่านั้น ซึ่งในมุมมองของผู้เขียนเห็นว่าสำหรับประเทศไทยนั้นยังไม่สมควรที่จะมีการ กำหนดให้อำนาจเช่นนั้นไว้ โดยเห็นว่าควรมีการแก้ไขปรับปรุงในเรื่องของถ้อยคำของบทบัญญัติ กฎหมายให้มีความชัดเจนและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย รวมถึงการแก้ไขอัตราโทษ ขึ้นต่ำเพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้พิพากษาสามารถปรับใช้ดุลพินิจได้อย่างเหมาะสมกับพฤติการณ์ ในแต่ละกรณี โดยอาจนำกฎหมายภาพยนตร์ของประเทศสิงคโปร์ และประเทศมาเลเซียมาเป็น แนวทางในการปรับปรุงแก้ไข ซึ่งจะเป็นการเหมาะสมยิ่งกว่าดังจะได้กล่าวโดยละเอียดในบทที่ 5 ต่อไป