

การปฏิรูปกฎหมายอาญา : ศึกษากรณีความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า  
แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาต ตาม  
พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551

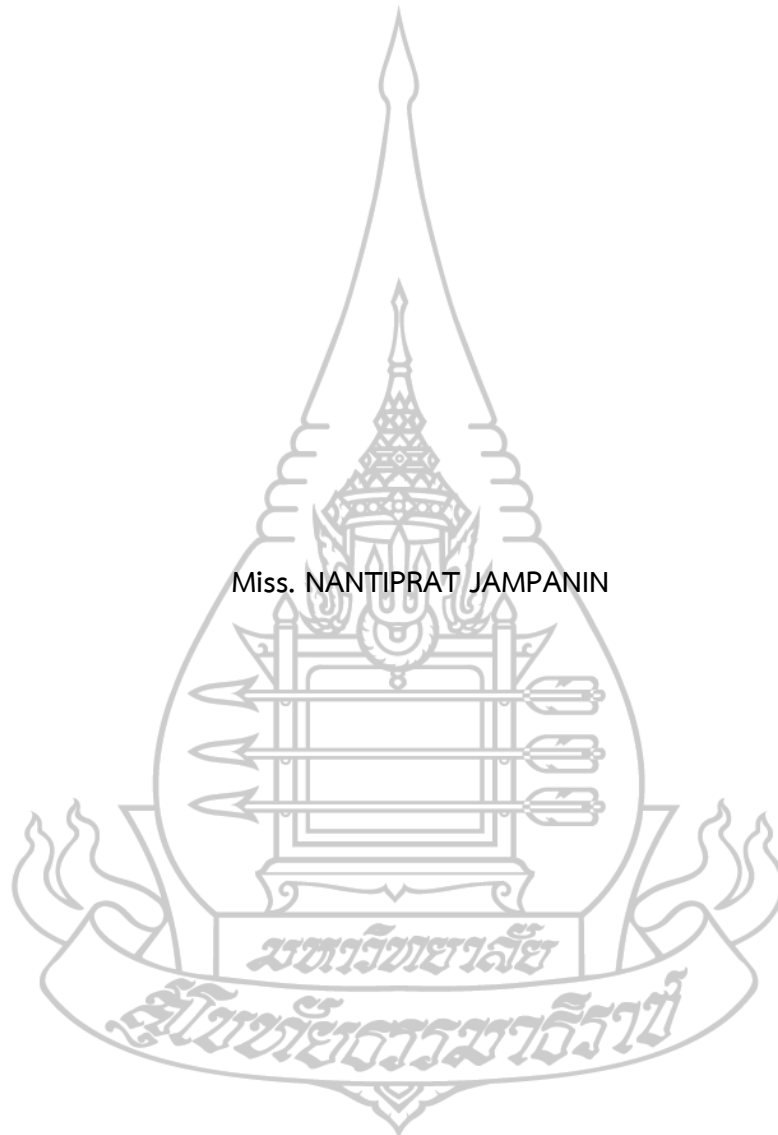


นางสาวนันทิปรัชญ์ จำปานิล

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา  
ตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต วิชาเอกกฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรม  
สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

พ.ศ. 2566

Legal Reform in Criminal Law : A Case Study of Offenses Related to  
the Operation of Renting, Exchanging, or Distributing Films Without  
Obtaining a License Under the Film and Video Act B.E. 2551.



Miss. NANTIPRAT JAMPANIN

An Independent Study Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for  
the Degree of Master of Laws in Criminal Law and Criminal Justice  
School of Law Sukhothai Thammathirat Open University

2023

หัวข้อการศึกษาค้นคว้าอิสระ การปฏิรูปกฎหมายอาญา : ศึกษากรณีความผิดฐานประกอบ  
กิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับ  
ใบอนุญาต ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.  
2551

ชื่อและนามสกุล นางสาวนันท์ปรีชญ์ จำปานิล

แขนงวิชา / วิชาเอก กลุ่มวิชากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรม

สาขาวิชา นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

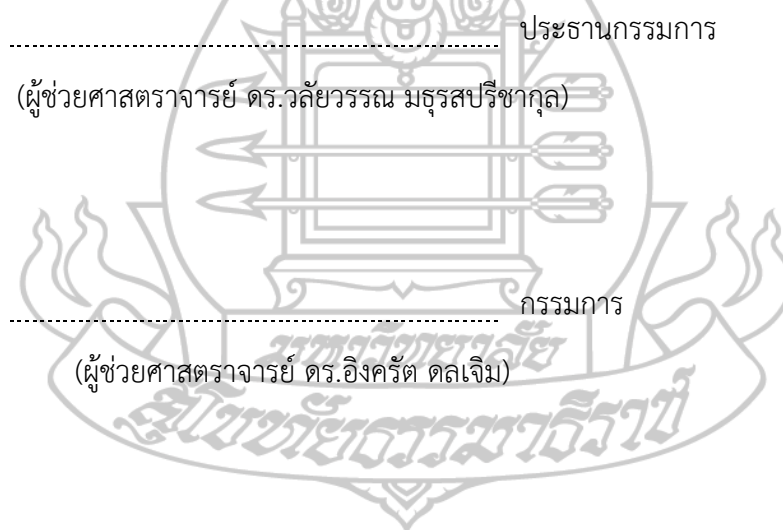
อาจารย์ที่ปรึกษา ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วลัยวรรณ มธุรสปรีชากุล

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้ได้รับความเห็นชอบให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา  
ตามหลักสูตรระดับปริญญาโท เมื่อวันที่ 13 ธันวาคม พ.ศ. 2566

คณะกรรมการสอบการศึกษาค้นคว้าอิสระ

ประธานกรรมการ  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วลัยวรรณ มธุรสปรีชากุล)

กรรมการ  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อิงครัต ตลเจิม)



(รองศาสตราจารย์ ดร.กิตติพงษ์ เกียรติวัชรชัย)

รักษาการแทนรองอธิการบดีฝ่ายการเงินและทรัพย์สิน  
รักษาการแทนประธานกรรมการประจำสาขาวิชานิติศาสตร์

ชื่อการศึกษาค้นคว้าอิสระ การปฏิรูปกฎหมายอาญา : ศึกษากรณีความผิดฐานประกอบกิจการให้  
เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาต ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์  
และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551

ผู้ศึกษา นางสาวนันทิพรชัย จำปานิล รหัสนักศึกษา 2614003958

ปริญญา นิติศาสตรมหาบัณฑิต

อาจารย์ที่ปรึกษา ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วลัยวรรณ มจรุสปริชากุล ปีการศึกษา 2566

### บทคัดย่อ

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อ (1) ศึกษาหลักเกณฑ์ แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวกับการ  
กำหนดความผิดทางอาญา ทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษ แนวคิดเกี่ยวกับอาญาเพื่อ และหลักเกณฑ์การปฏิรูปกฎหมาย (2)  
ศึกษามาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ของไทย  
และของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศญี่ปุ่น และประเทศสหรัฐอเมริกา (3) วิเคราะห์การปฏิรูปกฎหมายอาญา เกี่ยวกับการ  
ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ หรือวีดิทัศน์ของไทยและของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศญี่ปุ่น  
และประเทศสหรัฐอเมริกา (4) เสนอแนะมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่าย  
ภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ของไทย เพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77 และ  
แผนการปฏิรูปประเทศด้านกฎหมาย

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพด้วยวิธีวิจัยเอกสารจากหนังสือ ตำรา บทความ  
วิทยานิพนธ์ คำพิพากษา รายงานการประชุมสภา บันทึกความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา ตลอดจนข้อมูลจากอินเทอร์เน็ต  
และบทบัญญัติกฎหมายต่างๆ ของประเทศไทย ประเทศญี่ปุ่น และประเทศสหรัฐอเมริกา

ผลการศึกษาพบว่า (1) การกระทำที่จะกำหนดให้เป็นความผิดอาญาได้นั้นจะต้องมีลักษณะที่เป็น  
ภัยอันตราย ต่อสังคม และคนในสังคมส่วนมากเห็นว่าเป็นพฤติกรรมที่น่าตำหนิ น่ารังเกียจ และไม่สมควรให้อภัย ประกอบ  
กับการลงโทษทางอาญาหากไม่ตอบสนองต่อวัตถุประสงค์ในการลงโทษก็ไม่สมควรบัญญัติให้เป็นกฎหมายอาญา ซึ่งการ  
กำหนดความผิดอาญาที่มากเกินไปทำให้เกิดกฎหมายอาญาเพื่อ โดยการปฏิรูปกฎหมายมีหลักเกณฑ์ว่าให้ยกเลิกหรือปรับปรุง  
กฎหมายที่หมดความจำเป็น (2) ในประเทศไทย ผู้ใดประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิ  
ทัศน์ โดยไม่ได้รับใบอนุญาต จะต้องรับโทษทางอาญา แต่ในประเทศญี่ปุ่นและประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้ประกอบกิจการให้  
เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ ไม่จำเป็นต้องขอใบอนุญาตประกอบกิจการ แต่ผู้ประกอบกิจการซื้อ  
ขายซีดีและดีวีดี ซอฟต์แวร์เกม ซึ่งเป็นสินค้ามือสอง จะต้องขออนุญาตประกอบธุรกิจสินค้ามือสอง (3) ประเทศญี่ปุ่นและ  
ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ปฏิรูปกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบกิจการโดยการยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่ไม่จำเป็น ซึ่ง  
คล้ายคลึงกับหลักเกณฑ์การปฏิรูปกฎหมายของประเทศไทย (4) ควรยกเลิกความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน  
หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ตามมาตรา 38 วรรคหนึ่ง และโทษตามมาตรา 79 และ  
ความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายวีดิทัศน์ โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ตาม  
มาตรา 54 วรรคหนึ่ง และโทษตามมาตรา 82 ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551

**คำสำคัญ** การปฏิรูปกฎหมายอาญา, ใบอนุญาตประกอบกิจการ, ภาพยนตร์และวีดิทัศน์

Independent Study title: “Legal Reform in Criminal Law : A Case Study of Offenses Related to the Operation of Renting, Exchanging, or Distributing Films Without Obtaining a License Under the Film and Video Act B.E. 2551.”

Author: “Miss. NANTIPRAT JAMPANIN”; ID: “2614003958”;

Degree: Master of Laws

Independent Study Advisor: Assistant Professor Dr. Walaiwan Mathurospreechakun;

Academic year: 2023

### Abstract

This independent study aims to (1) study the principles, concepts, and theories related to the determination of criminal offenses, theories regarding punishments, the concept of over criminalization and criteria for legal reformation; (2) study the legal measures concerning the business of renting, exchanging, or distributing films or videos in Thailand and other countries, specifically Japan and the United States; (3) analyze the reform of criminal law related to the business of renting, exchanging, or distributing films or videos in Thailand and other countries, including Japan and the United States of America; and (4) propose legal measures for Thailand concerning the business of renting, exchanging, or distributing films or videos to align with Section 77 of the Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2560 (2017), and the national legal reform plan.

This independent study is qualitative research using document-based methods including research from books, textbooks, articles, theses, court judgments, council meeting reports, opinions of the Council of State as well as information from the internet and various legal provisions of Thailand, Japan and the United States of America. The aim is to provide data for analyzing problems, comparing, summarizing and suggesting solutions.

The study found that: (1) To designate any action as a criminal offense, certain principles, concepts, and theories must be considered, including principles preventing actions that may harm, criminal offenses theories of Herbert L. Packer, principles for enacting criminal law by Nigel Walker, limiting principles, the richest principles, economic analysis of law, legal moralism, and international principles for defining criminal offenses. Theories of criminal punishment included the absolute theory and the relative theory. Over-criminalization leads to inflationary criminal laws, necessitating legal reform, which can be achieved in two ways: by repealing laws or redefining criminal offenses; (2) In Thailand, it is prohibited to engage in the business of renting, exchanging, or distributing Films or videos without obtaining a license from a registrar. However, there are no similar legal prohibitions in Japan or the United States of America; (3) The Thai law prohibiting the operation of a business involving renting, exchanging, or distributing Films or videos without a license from a registrar is inconsistent with the principles, concepts, and theories related to the determination of criminal offenses and; punishments theories and dose not align with the legal measures in Japan or the United States of America. Legal reform criteria regarding business operations in Thailand are similar to those in Japan and the United States of America, involving the repeal or amendment of unnecessary laws; (4) It is recommended to abolish the offense of operating a business involving renting, exchanging or distributing films without obtaining a license from the registrar under Section 38, paragraph one, and the penalty under Section 79, as well as the offense of operating a business involving of renting, exchanging or distributing videos without obtaining a license from the registrar under Section 54, paragraph one, and the penalty under Section 82 of the Film and Video Act, B.E. 2551.

**Keywords :** Legal Reform in Criminal Law, business license, films and videos

## กิตติกรรมประกาศ

การศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความกรุณาเป็นอย่างยิ่งจาก ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วลัยวรรณ มธุรสปรีชากุล อาจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ที่กรุณาให้คำแนะนำและติดตามการศึกษาค้นคว้าอิสระครั้งนี้ อย่างใกล้ชิดมาโดยตลอด นับตั้งแต่เริ่มต้นจนกระทั่งเสร็จสมบูรณ์ ผู้ศึกษารู้สึกซาบซึ้งในความกรุณาของท่านเป็นอย่างยิ่ง

ผู้ศึกษาขอขอบพระคุณอาจารย์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช รวมถึงเพื่อนนักศึกษาทุกท่าน ที่มีส่วนช่วยในการศึกษาค้นคว้าอิสระในครั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการให้คำแนะนำ และการให้กำลังใจกันมาตลอด

นางสาวนันทิปรัชญ์ จำปานิล



## สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ .....	ฉ
<b>บทที่ 1</b> บทนำ .....	1
1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย .....	7
3. ขอบเขตการวิจัย .....	7
4. ระเบียบวิธีวิจัย.....	7
5. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	8
<b>บทที่ 2</b> หลักเกณฑ์ แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวกับการกำหนดความผิดทางอาญาทฤษฎีเกี่ยวกับ	
การลงโทษ แนวคิดเกี่ยวกับอาญาเพื่อและหลักเกณฑ์การปฏิรูปกฎหมาย .....	9
1. หลักเกณฑ์ แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวกับการกำหนดความผิดทางอาญา.....	12
1.1 หลักเกณฑ์การป้องกันการกระทำที่อาจเป็นภัยอันตรายต่อผู้อื่น .....	13
1.2 ทฤษฎีในการกำหนดความผิดอาญาของ เฮอร์เบิร์ต แอล แพ็กเกอร์ .....	13
1.3 หลักเกณฑ์การบัญญัติกฎหมายอาญาของ ไนเจล วอล์กเกอร์ .....	14
1.4 หลักเกณฑ์ว่าด้วยการจำกัด (Limiting Principles).....	15
1.5 หลักคุณธรรมทางกฎหมาย .....	17
1.6 แนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์ (Economic Analysis of Law).....	18
1.7 แนวคิดทางศีลธรรมของสังคม (Legal Moralism) .....	19
1.8 หลักสากลในการกำหนดความรับผิดทางอาญา .....	19
2. ทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษ .....	21
3. แนวคิดเกี่ยวกับอาญาเพื่อ .....	24
3.1 ลักษณะอาญาเพื่อ .....	25
3.2 ปัจจัยที่ก่อให้เกิดอาญาเพื่อ .....	26
3.3 ผลกระทบของอาญาเพื่อ .....	26

## สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
4. หลักเกณฑ์การปฏิรูปกฎหมาย .....	27
4.1 หลักเกณฑ์การยกเลิกกฎหมาย .....	28
4.2 หลักเกณฑ์การการแปรรูปความผิดอาญา .....	29
<b>บทที่ 3</b> มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยนหรือจำหน่าย	
ภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ของไทย และของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศญี่ปุ่น และประเทศ	
สหรัฐอเมริกา .....	30
1. มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยนหรือ	
จำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ของไทย .....	30
1.1 ประมวลกฎหมายอาญา .....	31
1.2 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 .....	32
1.3 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ .....	34
1.4 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 .....	35
1.5 หลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการจำหน่ายงานอันมีลิขสิทธิ์ .....	35
1.6 กฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมภาพยนตร์และวีดิทัศน์ .....	37
2. มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยนหรือ	
จำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ของประเทศญี่ปุ่น และประเทศสหรัฐอเมริกา .....	43
2.1 ประเทศญี่ปุ่น .....	43
2.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา .....	49
<b>บทที่ 4</b> วิเคราะห์การปฏิรูปกฎหมายอาญา เกี่ยวกับการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยนหรือ	
จำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ของไทยและของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศญี่ปุ่น และ	
ประเทศสหรัฐอเมริกา .....	58
1. ปัญหากฎหมายอาญาเพื่อ กกับการกำหนดความผิดอาญาฐานประกอบกิจการให้เช่า	
แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน .....	58
1.1 การจำกัดสิทธิ สร้างภาระและเงื่อนไขที่ไม่จำเป็นแก่ประชาชนด้วยการกำหนด	
ความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยนหรือจำหน่ายภาพยนตร์	
โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน .....	59



สารบัญ (ต่อ)

หน้า

1.2 ความสอดคล้องของหลักเกณฑ์ แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวกับการกำหนด ความผิดทางอาญา ทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษและกฎหมายอื่น กกับการกำหนด ความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่าแลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน .....	61
1.3 เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 กกับการ กำหนดความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่าย ภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน .....	72
2. การปฏิรูปกฎหมายอาญา เกี่ยวกับการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยนหรือ จำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ของไทยและของต่างประเทศ.....	75
2.1 ประเทศญี่ปุ่น .....	75
2.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	78
2.3 ประเทศไทย .....	81
<b>บทที่ 5</b> บทสรุปและข้อเสนอแนะ .....	86
1. บทสรุป .....	86
2. ข้อเสนอแนะ .....	92
บรรณานุกรม .....	92
ประวัติผู้วิจัย .....	98



## บทที่ 1

### บทนำ

#### 1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 134 ตอนที่ 40 ก เมื่อวันที่ 6 เมษายน 2560 โดยในบทบัญญัติมาตรา 77 วรรคหนึ่ง กำหนดให้รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพ และในมาตรา 77 วรรคสาม กำหนดให้รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่กำหนดให้รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่กำหนดให้รัฐพึงใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่างๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง<sup>1</sup> ประกอบแผนปฏิรูปประเทศ โดยแผนปฏิรูปกฎหมาย กำหนดเป้าหมายให้กฎหมายและกระบวนการที่ล่าสมัย ก่อให้เกิดความเหลื่อมล้ำและไม่เป็นธรรม สร้างภาวะแก่ประชาชนและเป็นอุปสรรคต่อการประกอบอาชีพได้รับการยกเลิกหรือแก้ไขปรับปรุง และกำหนดตัวชี้วัดให้การปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้อง การอนุญาตได้รับการดำเนินการ<sup>2</sup> อีกทั้งในพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 มาตรา 5 ก็ได้กำหนดให้หน่วยงานรัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็น หรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพ และกำหนดให้รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่กำหนดให้รัฐพึงใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่างๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง<sup>3</sup> ซึ่งตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและแผนปฏิรูปประเทศด้านกฎหมาย ประกอบพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการ

<sup>1</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77

<sup>2</sup> คณะกรรมการปฏิรูปประเทศด้านกฎหมาย. *แผนการปฏิรูปประเทศด้านกฎหมาย (ฉบับปรับปรุง)*. น. 68-69. สืบค้นจาก [http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2564/E/044/T\\_0001.PDF](http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2564/E/044/T_0001.PDF) เมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน 2564

<sup>3</sup> พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 มาตรา 5

ประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 ดังกล่าว จะเห็นได้ว่า เป็นการสะท้อนถึงสภาพปัญหาของกฎหมายไทยที่มีกฎหมายอาญาเพื่อและไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย นอกจากนั้น ไทยยังมีกฎหมายในระดับประมวลกฎหมาย และพระราชบัญญัติที่กำหนดโทษอาญา เป็นจำนวนมากถึง 440 ฉบับ<sup>4</sup> ประกอบกับ ไทยมีจำนวนผู้ต้องขังในเรือนจำมากถึง 276,466 ราย<sup>5</sup> (ข้อมูล ณ วันที่ 1 มกราคม 2567) ยิ่งเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงสภาพปัญหาของกฎหมายไทยที่มีกฎหมายอาญาเพื่อ

ปัญหากฎหมายอาญาเพื่อนั้น อาจก่อให้เกิดผลกระทบหลายอย่างตามมา เช่น ทำให้การบังคับใช้กฎหมายอาญาขาดประสิทธิภาพกับการกระทำที่เป็นภัยคุกคามอย่างแท้จริง ทำให้เกิดปัญหาคดีล้นศาลและนักโทษล้นเรือนจำ ทำให้สิ้นเปลืองงบประมาณของรัฐ แม้กระทั่งการรับผิดทางอาญาที่ไม่เหมาะสม ทำให้ผู้นั้นต้องได้รับโทษทางอาญาโดยไม่สมควรจะได้รับ และอาจส่งผลกระทบต่ออาชีพ ครอบครัว หรือการใช้ชีวิตต่อไปในอนาคตเนื่องจากมีประวัติอาชญากรติดตัว<sup>6</sup>

เนื่องจากไทยมีกฎหมายในระดับประมวลกฎหมายและพระราชบัญญัติที่มีการกำหนดโทษอาญา เป็นจำนวนมากถึง 440 ฉบับ ซึ่ง 1 ในนั้นคือพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 โดยในมาตรา 38 บัญญัติว่า

“ห้ามผู้ใดประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยทำเป็นธุรกิจ หรือได้รับประโยชน์ตอบแทน เว้นแต่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน

ใบอนุญาตนั้น ให้ออกสำหรับสถานที่ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์แต่ละแห่ง การขอใบอนุญาตและการออกใบอนุญาตให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง”

หากผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 38 วรรค 1 ต้องระวางโทษทางอาญาตามมาตรา 79 ซึ่งในมาตรา 79 บัญญัติว่า

“ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 37 วรรคหนึ่ง มาตรา 38 วรรคหนึ่ง หรือประกอบกิจการดังกล่าว ในระหว่างถูกพักใช้หรือถูกเพิกถอนใบอนุญาต ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท และปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่”

<sup>4</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. *กรอบแนวทางการศึกษาและปรับปรุงกฎหมายเพื่อป้องกันมิให้มีการใช้ประโยชน์จากโทษอาญาที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายอันเป็นการดำเนินการเพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย*. สืบค้นจาก [https://www.soc.go.th/wp-content/uploads/2020/01/v81\\_61.pdf](https://www.soc.go.th/wp-content/uploads/2020/01/v81_61.pdf) เมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน 2564

<sup>5</sup> กรมราชทัณฑ์. *รายงานสถิติผู้ต้องราชทัณฑ์ทั่วประเทศ*. สืบค้นจาก [http://www.correct.go.th/rt103pdf/report\\_result.php?date=2024-01-01&report=](http://www.correct.go.th/rt103pdf/report_result.php?date=2024-01-01&report=) เมื่อวันที่ 1 มกราคม 2567

<sup>6</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (เชิงอรรถ 4)

เมื่อพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มีผลบังคับใช้ ก็ทำให้เกิดปัญหาการรับผิดทางอาญาที่ไม่เหมาะสมของความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาต ตามมาตรา 38 ซึ่งปัญหาดังกล่าว เกิดขึ้นในกรณีของนาย ส. , นาง น. และนาย ช. ดังนี้

กรณีนาย ส. เนื่องจาก ในวันที่ 16 ธันวาคม 2551 นาย ส. พนักงานเก็บขยะของกรุงเทพมหานคร ได้นำแผ่นวีซีดีภาพยนตร์เก่า จำนวน 83 แผ่น และแผ่นซีดีเพลง จำนวน 13 แผ่น ที่เก็บจากกองขยะมาขาย มีป้ายแสดงราคา ระบุแผ่นละ 20 บาท โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนกลางตามกฎหมาย ซึ่งวางขายปะปนกันกับกระเป่าเก่า นาฬิกาเก่า รองเท้าเก่า ที่ริมบาทวิถี ในตลาดนัด ใกล้สี่แยกกรุงเทพกรีฑา แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร นาย ส. จึงถูกเจ้าพนักงานตำรวจจับกุมดำเนินคดี โดยศาลชั้นต้นมีคำพิพากษา เห็นว่า นาย ส. กระทำผิดตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 38 วรรคหนึ่ง โดยมาตรา 79 ให้ปรับ 200,100 บาท แต่คำรับสารภาพนาย ส. ในชั้นสอบสวนมีประโยชน์ต่อการพิจารณา จึงมีเหตุบรรเทาโทษลดโทษให้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 คือ ลดโทษให้ 1 ใน 3 คงปรับจำนวน 133,400 บาท หากไม่ชำระค่าปรับ ให้กักขังแทนค่าปรับเป็นระยะเวลาไม่เกิน 1 ปี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 29 และ 30 พร้อมทั้งริบแผ่นวีซีดีภาพยนตร์และป้ายแสดงราคาจำหน่าย<sup>7</sup> ต่อมาศาลอุทธรณ์และศาลฎีกา ได้มีคำพิพากษายืนตามศาลชั้นต้น คือ ให้นาย ส. ชำระค่าปรับ เป็นเงินจำนวน 133,400 บาท ในความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ซึ่งเป็นแผ่นวีซีดีภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน หากไม่ชำระค่าปรับ ให้กักขังแทนค่าปรับ ในอัตราวันละ 200 บาท<sup>8</sup> ภายหลังจากที่ศาลฎีกาพิพากษาแล้ว นาย ส. ไม่มีเงินชำระค่าปรับตามคำพิพากษา จึงถูกกักขังแทนค่าปรับ ต่อมา มีบุคคลที่สงสารนาย ส. ได้ดำเนินการช่วยเหลือชำระค่าปรับให้ จำนวน 133,400 บาท ตามคำพิพากษาของศาล โดยปรากฏข้อเท็จจริงว่า นาย ส. เป็นเพียงลูกจ้างชั่วคราวของกรุงเทพมหานคร มีรายได้วันละร้อยกว่าบาท มีภาระต้องเลี้ยงดูลูกสาว 2 คน คนโตอายุ 6 ขวบ และคนเล็กอายุ 1 ขวบ 3 เดือน นาย ส. จึงจำเป็นต้องเก็บขยะมาเพื่อให้มีรายได้เสริม โดยขายแผ่นวีซีดีรวมไปกับขยะเก่าที่เก็บมาได้<sup>9</sup>

กรณี นาง น. เมื่อวันที่ 19 พฤษภาคม 2552 นาง น. อาชีพช่างเย็บผ้า ได้นำแผ่นซีดีเก่า จำนวน 10 แผ่น ที่มีอยู่ในบ้านมาขาย โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนกลางตามกฎหมาย

<sup>7</sup> คดีหมายเลขดำที่ อ 306/2552 คดีหมายเลขแดงที่ อ 2549/2553

<sup>8</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6857/2557

<sup>9</sup> ไทยรัฐออนไลน์. รันทดคนเก็บขยะปรับ2แสนไม่รู้กม.ขายซีดีเก่า. 2553. สืบค้นจาก

ซึ่งวางขายรวมกับของเก่าในบ้าน ที่ตลาดนัดสี่แยกวังเพลิง อำเภอโคกสำโรง จังหวัดลพบุรี นาง น. จึงถูกเจ้าพนักงานตำรวจจับกุมดำเนินคดี และถูกศาลพิพากษาว่า นาง น. มีความผิดฐานประกอบกิจการจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 38 วรรคหนึ่ง ลงโทษปรับเป็นเงินจำนวน 200,000 บาท จำเลยให้การรับสารภาพจึงลดโทษให้กึ่งหนึ่ง เหลือปรับ 100,000 บาท<sup>10</sup> แต่เนื่องจากนาง น. ไม่มีเงินเสียค่าปรับ จึงถูกกักขังแทนค่าปรับเป็นเวลา 1 ปี ต่อมา มีผู้ใจบุญได้ช่วยเหลือนาง น. โดยจ่ายค่าปรับให้เป็นเงิน 99,600 บาท<sup>11</sup>

กรณีนาย ช. เมื่อวันที่ 5 มิถุนายน 2553 นาย ช. อาชีพลูกจ้างร้านขายอะไหล่รถยนต์ ได้นำแผ่นวีซีดีภาพยนตร์ จำนวน 19 แผ่น ซึ่งเป็นของบุตรชายที่ซื้อมาจากห้างสรรพสินค้า และได้ดูเรียบร้อยแล้ว มาขายแผ่นละ 20 บาท โดยวางขายพร้อมกับเสื้อผ้าเก่าที่สะพานลอย ถนนพระราม 2 จึงถูกเจ้าพนักงานตำรวจจับกุมดำเนินคดี ในความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ต่อมา ศาลชั้นต้นได้มีคำพิพากษา เมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2553 ลงโทษปรับเป็นเงินจำนวน 200,000 บาท แต่จำเลยรับสารภาพ ศาลจึงลดโทษให้ปรับ 100,000 บาท แต่นาย ช. มีฐานะยากจน ไม่มีเงินเสียค่าปรับ จึงถูกกักขังแทนค่าปรับเป็นเวลา 1 ปี และเนื่องจากนาย ช. เป็นผู้ทำงานหาเลี้ยงครอบครัว เมื่อนาย ช. ถูกกักขังแล้ว จึงทำให้ครอบครัวเดือดร้อนอย่างหนัก ซึ่งต่อมา มีผู้ใจบุญได้ช่วยเหลือนาย ช. โดยจ่ายค่าปรับให้เป็นเงิน 960,000 บาท<sup>12</sup>

จะเห็นได้ว่า ทั้ง 3 กรณีดังกล่าว เป็นการกระทำโดยฝ่าฝืนมาตรา 38 วรรคหนึ่ง คือ ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ทั้งๆ ที่ผู้นั้นขายแผ่นซีดี ดีวีดีภาพยนตร์ที่ตนเองเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์อย่างถูกต้อง และเป็นแผ่นที่ไม่ได้มีการละเมิดลิขสิทธิ์แต่อย่างใด แต่กลับต้องหาว่ากระทำความผิดทางอาญา ซึ่งเป็นความผิดทางอาญาอันมิอาจยอมความได้ และต้องรับโทษอาญา เพียงเพราะผู้นั้นจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนเท่านั้น ซึ่งกรณีดังกล่าว ส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายฐานนี้ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์และวีดิทัศน์ที่จะนำมา

<sup>10</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10359/2554

<sup>11</sup> คมชัดลึก ออนไลน์. *ไฟล์อีก!ขายซีดีถูกจับเมียร้อง “พงศพัศ” ช่วยผ้า*. 2553. สืบค้นจาก <https://www.komchadluek.net/news/70310> เมื่อวันที่ 5 ตุลาคม 2564.

<sup>12</sup> เรื่องเดียวกัน.

ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่าย<sup>13</sup> ทำให้เกิดการฟ้องร้องเป็นคดีล้มศาล และถึงแม้โทษอาญาของความผิดดังกล่าวจะเป็นโทษปรับก็ตาม แต่หากผู้ต้องหาไม่มีเงินมาเสียค่าปรับก็ต้องถูกกักขังแทนค่าปรับในอัตราวันละ 500 บาท<sup>14</sup> ทำให้เกิดปัญหานักโทษล้นคุก สิ้นเปลืองงบประมาณของรัฐในการดำเนินคดีและดูแลนักโทษ อีกทั้ง ยังทำให้ผู้ต้องหานั้นมีประวัติอาชญากรติดตัว ส่งผลกระทบต่ออาชีพ ครอบครัว และการดำเนินชีวิตของผู้ต้องหานั้นด้วย

นอกจากความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ตามมาตรา 38 วรรคหนึ่ง และโทษตามมาตรา 79 แล้ว ยังมีความผิดและโทษลักษณะเดียวกัน คือ ความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายวีดิทัศน์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ตามมาตรา 54 วรรคหนึ่ง<sup>15</sup> และหากผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 54 วรรคหนึ่ง จะต้องระวางโทษปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงห้าแสนบาท และปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่ ตามมาตรา 82<sup>16</sup>

ปัจจุบัน (ปี พ.ศ. 2566) ธุรกิจร้านให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์และวีดิทัศน์กำลังเลือนหายไปจากสังคมไทย เนื่องจากสังคมปัจจุบันได้กลายเป็นสังคมยุคดิจิทัลไปแล้ว ผู้บริโภคส่วนมากได้หันไปใช้บริการดูภาพยนตร์ ฟังเพลง ร้องคาราโอเกะ หรือเล่นเกม บนแพลตฟอร์มออนไลน์

<sup>13</sup> พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 25 วรรคหนึ่ง “ภาพยนตร์ที่จะนำออกฉายให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายในราชอาณาจักร ต้องผ่านการตรวจพิจารณาและได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์”

มาตรา 29 “ในการพิจารณาอนุญาตภาพยนตร์ตามมาตรา 25 ถ้าคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์เห็นว่าภาพยนตร์ใดมีเนื้อหาที่เป็นการบ่อนทำลาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรืออาจกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของรัฐและเกียรติภูมิของประเทศไทย ให้คณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์มีอำนาจสั่งให้ผู้ขออนุญาตแก้ไขหรือตัดทอนก่อนอนุญาต หรือจะไม่อนุญาตก็ได้

ภาพยนตร์ที่ผ่านการตรวจพิจารณาและได้รับอนุญาตตามมาตรา 25 มิให้ถือว่าภาพยนตร์นั้นมีลักษณะที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติตามวรรคหนึ่ง”

<sup>14</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 29 และมาตรา 30

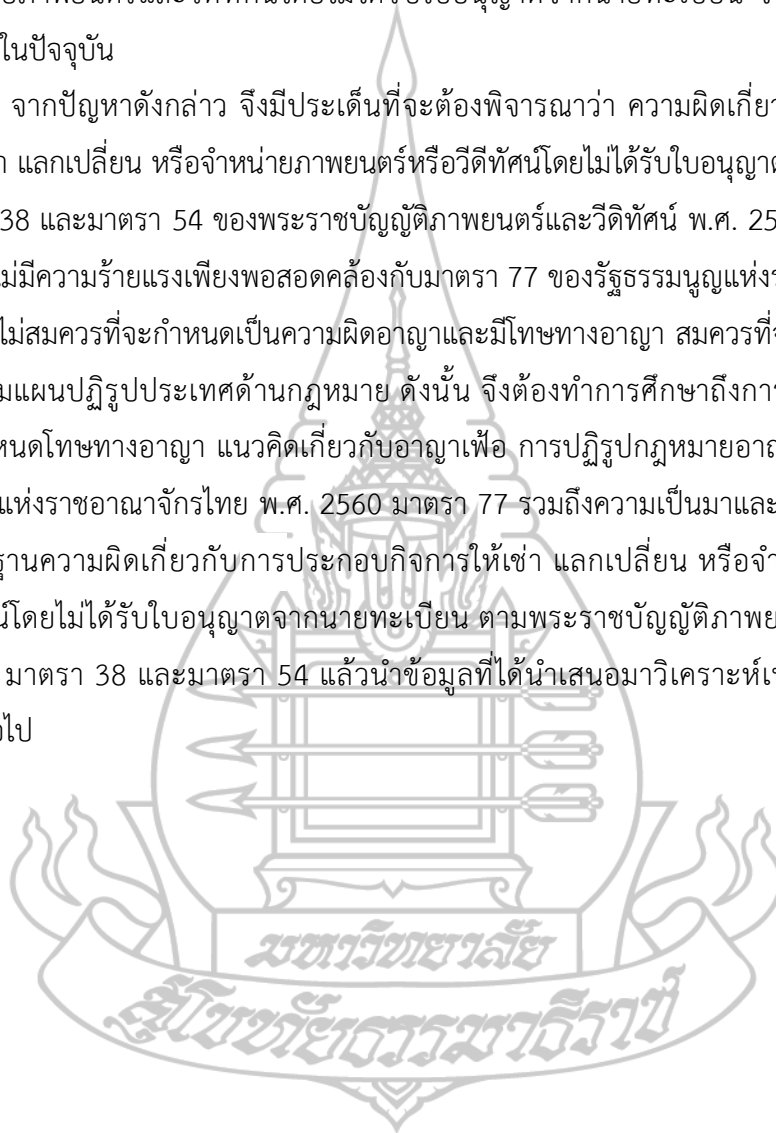
ประมวลกฎหมายอาญาเดิม กักขังแทนค่าปรับวันละ 200 บาท แก้ไขเมื่อปี 2559 ฉบับที่ 25 เปลี่ยนเป็นวันละ 500 บาท

<sup>15</sup> มาตรา 54 วรรคหนึ่ง “ห้ามผู้ใดประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับประโยชน์ตอบแทน เว้นแต่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน”

<sup>16</sup> มาตรา 82 “ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 53 วรรคหนึ่ง มาตรา 54 วรรคหนึ่ง หรือประกอบกิจการดังกล่าวในระหว่างถูกพักใช้หรือถูกเพิกถอนใบอนุญาต จะต้องระวางโทษปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงห้าแสนบาท และปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่”

ผ่านทางอินเทอร์เน็ต แทนการเช่า หรือซื้อจากร้านค้า<sup>17</sup> ทำให้การกำกับดูแลธุรกิจร้านให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์และวีดิทัศน์ ไม่ได้ช่วยป้องกันความไม่เหมาะสมของเนื้อหา ภาพยนตร์และวีดิทัศน์แต่อย่างใด การกำหนดความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์และวีดิทัศน์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน จึงไม่สอดคล้องกับ สภาพการณ์ในปัจจุบัน

จากปัญหาดังกล่าว จึงมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่า ความผิดเกี่ยวกับการประกอบ กิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ตามมาตรา 38 และมาตรา 54 ของพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 นั้น ไม่มีความ จำเป็นและไม่มีความร้ายแรงเพียงพอสอดคล้องกับมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ไม่สมควรที่จะกำหนดเป็นความผิดอาญาและมีโทษทางอาญา สมควรที่จะปฏิรูปกฎหมาย ดังกล่าวตามแผนปฏิรูปประเทศด้านกฎหมาย ดังนั้น จึงต้องทำการศึกษาถึงการกำหนดความผิด และการกำหนดโทษทางอาญา แนวคิดเกี่ยวกับอาญาเพื่อ การปฏิรูปกฎหมายอาญาตามบทบัญญัติ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77 รวมถึงความเป็นมาและวัตถุประสงค์ของ บทบัญญัติฐานความผิดเกี่ยวกับการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ หรือวีดิทัศน์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 38 และมาตรา 54 แล้วนำข้อมูลที่ได้นำเสนอมาวิเคราะห์เพื่อเสนอแนวทาง แก้ปัญหาต่อไป



<sup>17</sup> อินทรชัย พาณิชกุล. ความล่มสลายของ “ร้านเช่าหนัง”. สืบค้นจาก <https://www.posttoday.com/politic/report/359217> เมื่อวันที่ 7 พฤศจิกายน 2564, EVS Thailand. *แม้ว่า การอำลา จะโศกเศร้า แต่ความทรงจำยังคงงามเสมอ*. Facebook. สืบค้นจาก [https://www.facebook.com/permalink.php?story\\_fbid=1723941214305196&id=191188520913814&\\_trms=0de1f913a0a073c1.1636536601101](https://www.facebook.com/permalink.php?story_fbid=1723941214305196&id=191188520913814&_trms=0de1f913a0a073c1.1636536601101) เมื่อวันที่ 7 พฤศจิกายน 2564, Nalisa. *แมงป่อง จากยุครุ่งเรือง มาถึงวันที่ต้องหาทางออก แม้ปรับตัวมาแล้วก็ครั้ง ก็ยังต้องเอาใจช่วยทุกที*. สืบค้นจาก <https://marketeeronline.co/archives/205066> เมื่อวันที่ 7 พฤศจิกายน 2564

## 2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย

2.1 เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์ แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวกับการกำหนดความผิดทางอาญา ทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษ แนวคิดเกี่ยวกับอาญาเพื่อ และหลักเกณฑ์การปฏิรูปกฎหมาย

2.2 เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการประกอบกิจการ ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ของไทย และของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศญี่ปุ่น และประเทศสหรัฐอเมริกา

2.3 เพื่อวิเคราะห์การปฏิรูปกฎหมายอาญา เกี่ยวกับการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ หรือวีดิทัศน์ของไทยและของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศญี่ปุ่น และประเทศสหรัฐอเมริกา

2.4 เพื่อเสนอแนะมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ของไทย เพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77 และแผนการปฏิรูปประเทศด้านกฎหมาย

## 3. ขอบเขตการวิจัย

ในการศึกษาค้นคว้าครั้งนี้มีขอบเขตจำกัดเฉพาะการศึกษาพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77

## 4. ระเบียบวิธีวิจัย

การศึกษาค้นคว้าครั้งนี้เป็นการศึกษาแบบการวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษา ค้นคว้า และรวบรวมข้อมูลจากเอกสารต่างๆ เช่น หนังสือ ตำรา บทความ วิทยานิพนธ์ คำพิพากษา รายงานการประชุมสภา บันทึกความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา ตลอดจนข้อมูลจากอินเทอร์เน็ต และบทบัญญัติกฎหมายต่างๆ ของประเทศไทย ประเทศญี่ปุ่น และประเทศสหรัฐอเมริกา ได้แก่ พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 รวมทั้งกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง แล้วนำมาวิเคราะห์ เปรียบเทียบ ในเรื่องของความผิดและโทษ ในฐานะประกอบกิจการ ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ หรือวีดิทัศน์ โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน เพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77 และแผนการปฏิรูปประเทศด้านกฎหมาย



## 5. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

5.1 ทำให้ทราบหลักเกณฑ์ แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวกับการกำหนดความผิดทางอาญา ทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษ แนวคิดเกี่ยวกับอาญาเพื่อ และหลักเกณฑ์การปฏิรูปกฎหมาย

5.2 ทำให้ทราบมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการประกอบกิจการ ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ของไทย และของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศญี่ปุ่น และประเทศสหรัฐอเมริกา

5.3 ทำให้ทราบและเข้าใจเกี่ยวกับการปฏิรูปกฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ หรือวีดิทัศน์ของไทยและของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศญี่ปุ่น และประเทศสหรัฐอเมริกา

5.4 ทำให้ได้มาซึ่งมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ของไทย ที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77 และแผนการปฏิรูปประเทศด้านกฎหมาย



## บทที่ 2

### หลักเกณฑ์ แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวกับการกำหนดความผิดทางอาญา ทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษ แนวคิดเกี่ยวกับอาญาเพื่อ และหลักเกณฑ์การปฏิรูปกฎหมาย

“กฎหมายอาญา” นั้น ได้มีนักกฎหมายไทยให้ความหมายไว้หลายท่าน ซึ่งผู้ศึกษาขอยกความหมายจาก ๒ ท่าน ดังนี้

ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ให้ความหมายของกฎหมายอาญาว่า “กฎหมายอาญา คือ กฎหมายที่บัญญัติว่าการกระทำ หรือไม่กระทำการอย่างใดเป็นความผิด และกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดไว้ด้วย”<sup>18</sup>

สำหรับ ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฦ นคร ให้ความหมายของกฎหมายอาญาว่า “กฎหมายอาญา คือ บรรดากฎหมายทั้งหลายที่ระบุถึงความผิดอาญา โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัย และมาตรการบังคับทางอาญาอื่น และเป็นกฎหมายที่กำหนดให้ความผิดอาญาเป็นเงื่อนไขของการใช้โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัยและมาตรการบังคับทางอาญาอื่นนั้น”<sup>19</sup>

โดยในด้านของลักษณะของกฎหมายอาญา ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ ได้อธิบายไว้ว่า กฎหมายอาญา เป็นกฎหมายมหาชนว่าด้วยความผิดและโทษอาญา เป็นบทบัญญัติถึงความเกี่ยวพันระหว่างรัฐกับเอกชน แม้การกระทำความผิดบางอย่างจะได้กระทำต่อเอกชนโดยตรงให้ได้รับอันตรายเสียหายก็ตาม แต่การกระทำความผิดนั้นก็ยังถือว่ากระทบต่อมหาชนส่วนรวม ถึงขนาดที่รัฐต้องเข้ามาดำเนินการป้องกันและปราบปรามเองโดยไม่จำเป็นต้องให้ผู้ใดมาร้องทุกข์กล่าวโทษก่อนเว้นแต่ความผิดอันยอมความได้ ซึ่งเป็นความผิดที่มีลักษณะประกอบด้วยเหตุผลอันเป็นส่วนตัวบางประการของผู้เสียหาย ซึ่งกรณีนี้รัฐจะเข้ามาดำเนินการก็ต่อเมื่อเอกชนผู้เสียหายได้ร้องทุกข์กล่าวโทษขึ้นมาเท่านั้น โดยการกระทำใดจะถือเป็นความผิดอาญานั้น ต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร โดยชัดแจ้งแล้ว สำหรับการกระทำที่กระทำขึ้นในภายหน้า ไม่มีผลย้อนหลังไปลงโทษการกระทำที่ได้เกิดขึ้นก่อนที่จะมีกฎหมายบัญญัติความผิดนั้นขึ้นมา และเนื่องจากการกระทำความผิดอาญา เป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมเป็นส่วนรวม อันมีลักษณะเป็นความผิดต่อรัฐที่รับผิดชอบต่อความมั่นคงของสังคมนั้น จึงถือเป็นเรื่องของแต่ละรัฐโดยเฉพาะ (local

<sup>18</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1. (พิมพ์ครั้งที่ 10). 2551. น.1.

<sup>19</sup> คณิต ฦ นคร. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. (พิมพ์ครั้งที่ 7). 2563. น.53.

matter) และโดยปกติ รัฐจะเข้าดำเนินการก็ต่อเมื่อการกระทำความผิดนั้นเกิดขึ้นในอาณาเขตของรัฐนั้นๆ นอกจากกรณีที่มีเหตุพิเศษบางอย่าง ซึ่งแม้จะได้กระทำนอกอาณาเขต ก็ถือว่ากระทบกระเทือนถึงความมั่นคงหรือความสงบเรียบร้อยของสังคมในอาณาเขต อันรัฐมีสิทธิเข้าดำเนินการได้ด้วยเช่นกัน<sup>20</sup>

ดังนั้น ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น จึงสรุปได้ว่า ลักษณะของกฎหมายอาญามีดังนี้

1. เป็นกฎหมายมหาชน
2. เป็นกฎหมายว่าด้วยความผิดและโทษอาญา
3. ตามปกติ บังคับได้เฉพาะการกระทำที่กระทำในอาณาเขต
4. ต้องบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรโดยชัดแจ้ง
5. การลงโทษบุคคลหรือให้ได้รับโทษหนักขึ้น ไม่มีผลย้อนหลัง

แนวคิดของ ซีซาร์ เบ็คคาร์เรีย (Cesare Beccaria) มีแนวคิดว่า ความผิดอาญา มีที่มาจาก “ทฤษฎีสัญญาประชาคม” (Social Contract) โดยทฤษฎีสัญญาประชาคม เป็นการที่ประชาชนยินยอมพร้อมใจยกอำนาจของตนให้กับรัฐ เพื่อให้รัฐเป็นตัวแทนของตนในการทำหน้าที่ดูแลรักษาความสงบเรียบร้อย ประชาชนจึงยินยอมพร้อมใจจำกัดเสรีภาพบางส่วนของตน โดยประชาชนต้องยินยอมให้สัญญาว่าตนเองจะต้องไม่กระทำการบางอย่าง และยินยอมให้บังคับให้กระทำการบางอย่างเพื่อรักษาไว้ซึ่งความมั่นคงปลอดภัยและความสุขโดยส่วนรวม ข้อสัญญานั้นก็คือ กฎหมาย (Laws) นั้นเอง และหากผู้ใดฝ่าฝืนจะมีบทลงโทษ รัฐจึงมีอำนาจในการออกกฎหมายเพื่อกำหนดข้อห้าม และข้อบังคับ เพื่อควบคุมพฤติกรรมของมนุษย์ในสังคมไว้ และกำหนดบทลงโทษแก่ผู้ฝ่าฝืนกฎหมายนั้น<sup>21</sup>

ประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) ซึ่งส่วนใหญ่เป็นกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ (gesetzliche Rechte) โดยกฎหมายอาญาที่เกิดจากการบัญญัตินั้นปรากฏอยู่ในทั้งประมวลกฎหมายอาญา และในพระราชบัญญัติอื่นๆ ที่มีโทษทางอาญาอีกจำนวนมาก รวมทั้งประมวลกฎหมายอาญาทหารด้วย ซึ่งในทางกฎหมายอาญามีหลักสำคัญอยู่ประการหนึ่ง คือ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” “nullum crimen, nulla poena sine lege” ซึ่งเป็นภาษาละตินแปลได้ว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” อันจะเห็นได้ว่า “หลักประกันในกฎหมายอาญา” นั้นแสดงให้เห็นถึงลำดับความสำคัญของการเป็น “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” (gesetzliche Rechte) ของกฎหมายอาญาอย่างชัดเจน<sup>22</sup> ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า ที่มาของกฎหมาย

<sup>20</sup> จิตติ ดิงศภักดิ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอนที่ 1. (พิมพ์ครั้งที่ 6). 2521. น.2-3.

<sup>21</sup> ญัฐวิวัฒน์ สุทธิโยธิน. หน่วยที่ 2 ทฤษฎีความรับผิดทางอาญา. ใน *แนวการศึกษาชุดวิชากฎหมายอาญาและอาชญาวิทยาชั้นสูง*. หน่วยที่ 1-7 (พิมพ์ครั้งที่ 6, น. 1-52). 2559. น.10-11.

<sup>22</sup> คณิต ฌ นคร. (เชิงอรรถ 2). น.75.

อาญา เกิดจากการบัญญัติขึ้นมาตนเองหากไม่มีการบัญญัติให้การกระทำใดเป็นความผิดแล้ว ผู้กระทำก็ย่อมไม่มีความผิดและไม่ต้องรับโทษทางอาญาจากการกระทำนั้น

การกระทำความผิดอาญาที่บัญญัติขึ้นมา นั้น สามารถแบ่งลักษณะการกระทำออกได้เป็น 2 ประเภท คือ ความผิดในตัวเอง (mala in se) และความผิดตามที่กฎหมายกำหนด (mala prohibita) ซึ่งเป็นการแบ่งแยกประเภทความผิดอาญาในแง่ของกฎหมาย<sup>23</sup> ดังจะกล่าวต่อไปนี้

**1. ความผิดในตัวเอง (mala in se)** คือ การกระทำที่เป็นความผิดในตัวเองหรือเป็นความชั่วร้ายในตัวเอง (wrong in itself / evil in itself) เป็นการฝ่าฝืนหลักศีลธรรมชาติ มโนธรรม ศีลธรรมหรือหลักการสาธารณะของอารยะสังคม (public principles of a civilized society) ซึ่งการกระทำดังกล่าวสังคมเห็นว่าเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนความรู้สึกทางศีลธรรมของคนในสังคม สังคมถือว่าการกระทำนั้นเป็นความชั่วร้าย และเป็นความผิดพื้นฐาน (traditional) ที่ไม่ใช่ความผิดที่กฎหมายกำหนด<sup>24</sup> ซึ่งการกระทำความผิดประเภทนี้ ไม่ว่าจะเกิดในพื้นที่ใด เวลาใดก็ตาม มนุษย์ก็จะเห็นว่าการกระทำนั้น เป็นความผิด โดยมโนธรรมของมนุษย์จะสำนึกได้ว่าสิ่งนั้นคือความผิด ซึ่งโดยทั่วไปมโนธรรมนั้นมักจะตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักศีลธรรม<sup>25</sup>

ความผิดประเภทนี้ เมื่อบัญญัติกฎหมายไม่ต้องบัญญัติบังคับให้ต้องกระทำการใด หรือบัญญัติห้ามมิให้กระทำการใดก่อนถึงจะบัญญัติต่อไปว่าหากฝ่าฝืนข้อบังคับหรือข้อห้ามนั้นแล้วมีความผิด แต่จะบัญญัติไปเลยว่าการกระทำนั้นมีความผิด<sup>26</sup> ตัวอย่างของความผิดในตัวเอง เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตาย ทำร้ายร่างกาย ปล้นทรัพย์ ลักทรัพย์ เป็นต้น

**2. ความผิดตามที่กฎหมายกำหนด หรือความผิดเพราะกฎหมายห้าม (mala prohibita)** คือ การกระทำที่เป็นความผิดเพราะมีกฎหมายกำหนดให้การกระทำนั้นเป็นความผิด (evil because prohibited) หรือเป็นความผิดตามที่กฎหมายห้าม (wrong due to being prohibited)<sup>27</sup> ซึ่งการกระทำความผิดประเภทนี้ ไม่ได้มีลักษณะเป็นความผิดที่มนุษย์สามารถมองเห็นหรือรู้สึกสำนึกกว่าเป็นความชั่วร้ายในตัวเอง แต่ที่เป็นความผิดก็เพราะกระทำในสิ่งที่กฎหมายบัญญัติห้ามมิให้กระทำ<sup>28</sup> เพราะเมื่อสังคมเจริญขึ้น การติดต่อสื่อสารระหว่างคนในสังคมก็มีมากขึ้น สังคมมีความใกล้ชิดกันมากขึ้น มีความซับซ้อนยิ่งขึ้น ส่งผลให้อาจมีความขัดแย้ง กระทบกระทั่ง หรือละเมิดสิทธิกันมากขึ้น ทำให้

<sup>23</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (เชิงอรรถ 1). น.80.

<sup>24</sup> ความหมายของ “malum in se” จาก <https://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=1201>

<sup>25</sup> ญัตติวัฒน์ สุทธิโยธิน. (เชิงอรรถ 4). น.15.

<sup>26</sup> สง่า สีนะสมิต. *กฎหมายอาญา เล่ม 2*. 2514. น.22.

<sup>27</sup> ความหมายของ “malum prohibita” จาก <https://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=1202>

<sup>28</sup> ญัตติวัฒน์ สุทธิโยธิน. (เชิงอรรถ 4). น.15.

กฎหมายที่เป็นเพียงศีลธรรม หรือขนบธรรมเนียมประเพณีอาจไม่เพียงพอต่อการควบคุมพฤติกรรมบุคคล จึงจำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายขึ้นมาทันทีเพื่อแก้ปัญหาที่กำลังเกิดขึ้นหรืออาจจะเกิดขึ้นต่อไป เช่น กฎจราจร หรือความผิดเกี่ยวกับการพนัน เป็นต้น กฎเกณฑ์ที่บัญญัติให้เป็นความผิดนี้ บัญญัติขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะเจาะจง ไม่เกี่ยวกับเรื่องศีลธรรม แต่เป็นเรื่องที่สังคมจะต้องกำหนดขึ้นมาทันทีทันใดเพื่อแก้ปัญหาที่กำลังเกิดขึ้นหรืออาจจะเกิดขึ้นต่อไป<sup>29</sup>

ความผิดประเภทนี้ เมื่อบัญญัติกฎหมายจะต้องบัญญัติบังคับให้ต้องกระทำการใด หรือบัญญัติห้ามมิให้กระทำการใดก่อน แล้วจึงจะบัญญัติต่อไปว่าหากฝ่าฝืนข้อบังคับหรือข้อห้ามนั้นแล้วมีความผิด<sup>30</sup> และกำหนดบทลงโทษในการกระทำผิดนั้น

เมื่อได้ทราบถึงความหมาย ลักษณะของกฎหมายอาญา และได้ทราบแล้วว่าที่มาของกฎหมายอาญาในประเทศไทยเกิดจากการบัญญัติขึ้นมา ซึ่งกรณีการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ก็เกิดจากการบัญญัติขึ้นมาให้เป็นความผิด และเป็นความผิดเพราะกฎหมายห้าม (mala prohibita) ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงได้ทำการศึกษาหลักเกณฑ์ แนวคิด และทฤษฎีในการกำหนดความผิดทางอาญา ทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษ แนวคิดเกี่ยวกับอาญา เพื่อ และหลักเกณฑ์การปฏิรูปกฎหมาย ซึ่งจะได้อธิบายในลำดับไปดังนี้

## 1. หลักเกณฑ์ แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวกับการกำหนดความผิดทางอาญา

แม้รัฐจะมีความชอบธรรมในการกำหนดกฎหมาย แต่ประชาชนก็ต้องการเสรีภาพมากที่สุดเท่าที่จะมากได้ และยินยอมให้จำกัดเสรีภาพของตนให้น้อยที่สุด เพียงเพื่อความมั่นคงปลอดภัยของประชาชนเท่านั้น ดังนั้น รัฐจะสามารถล่วงล้ำเสรีภาพของประชาชนได้เพียงเท่าที่จำเป็นอย่างยิ่ง เพื่อรักษาความมั่นคง ปลอดภัย และความสุขของประโยชน์ส่วนรวม (common utility) เท่านั้น<sup>31</sup>

หลักในการพิจารณาว่ารัฐจะกำหนดให้การกระทำใดควรเป็นความผิดอาญา และควรนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายอาญาเพื่อคุ้มครองป้องกันสังคมนั้น มีหลักเกณฑ์ แนวคิด และทฤษฎีในการกำหนดความผิดอาญาอยู่หลากหลาย ซึ่งผู้ศึกษาขอเสนอหลักเกณฑ์ แนวคิด และทฤษฎีที่สำคัญ ดังนี้

<sup>29</sup> ชำนาญ จันทร์เรือง. *สิ่งที่เป็นความผิดในตัวเอง กับสิ่งที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิด*. 2554. สืบค้นจาก <https://prachatai.com/journal/2011/12/38317> เมื่อวันที่ 8 มีนาคม 2565.

<sup>30</sup> สง่า สีนะสมิต. (เชิงอรรถ 9). น.22-23.

<sup>31</sup> ญัฐวิวัฒน์ สุทธิโยธิน. (เชิงอรรถ 4). น.11.

### 1.1 หลักเกณฑ์การป้องกันการกระทำที่อาจเป็นอันตรายต่อผู้อื่น

ศาสตราจารย์ เอช แอล เอ ฮาร์ต ได้นำข้อความบางตอนของ จอห์น สจิวต์ มิลล์ (John Stuart Mill) มาอ้างในหนังสือ Law, Liberty and Morality ไว้ว่า “เหตุผลในการใช้อำนาจเหนือบุคคลในสังคมที่เจริญแล้ว มีอยู่เพียงประการเดียวเท่านั้น คือ เพื่อป้องกันภัยอันจะเกิดขึ้นแก่บุคคลอื่น” การที่จะใช้อำนาจโดยอ้างเหตุว่า “เพื่อให้กายและใจของบุคคลนั้นดีขึ้น ย่อมไม่เป็นการเพียงพอ บุคคลไม่อาจที่จะถูกบังคับโดยชอบธรรมให้กระทำหรือละเว้นการกระทำโดยอ้างว่าจะทำให้เขาดีขึ้น หรือจะทำให้เขามีความสุขขึ้น หรือในสายตาของผู้อื่นการกระทำหรือละเว้นการกระทำ จะทำให้บุคคลนั้นฉลาดหรือถูกต้องขึ้น”<sup>32</sup>

จะเห็นได้ว่า แนวคิดของจอห์น สจิวต์ มิลล์ ยึดหลักการป้องกันภัยอันจะเกิดขึ้นแก่บุคคลอื่น ซึ่งเป็นหลักการที่รัฐจะต้องนำมาพิจารณาว่าควรที่จะกำหนดกฎหมายอาญามาควบคุม บังคับว่าการกระทำในลักษณะใดเป็นความผิดอาญา เพื่อใช้ในการป้องกันการกระทำที่อาจเป็น “ภัยอันตรายต่อผู้อื่น” (harm to others)

แต่การพิจารณาแต่ความอันตราย (harm) เพียงอย่างเดียว เท่ากับว่าเป็นการปฏิเสธหลัก “ความยินยอมไม่ยกเว้นความผิด” เพราะถ้าหากผู้ถูกระทำยินยอมให้เกิดภัยอันตรายแก่ตนแล้ว การกระทำของผู้กระทำก็ไม่เป็นภัยต่อผู้ถูกระทำอีกต่อไป และถือว่าการกระทำนั้นไม่เป็นความผิด<sup>33</sup> ซึ่งการที่จะถือว่าการกระทำที่ได้รับความยินยอมนั้นเป็นความผิด ก็เป็นปัญหาที่นักกฎหมายจะต้องพิจารณาต่อไปว่าการก่อให้เกิดอันตรายนั้นเป็นสิ่งที่ผิด (wrongfulness)

### 1.2 ทฤษฎีในการกำหนดความผิดอาญาของ เฮอริเบิร์ต แอล แพ็กเกอร์

เฮอริเบิร์ต แอล แพ็กเกอร์ (Herbert L. Packer) ได้วางหลักการไว้ว่าการกระทำใดควรจะเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่ควรเป็นความผิดทางอาญา ในหนังสือ “The Limits of the criminal Sanction” โดยมีหลัก 6 ประการ<sup>34</sup> ดังนี้

1. การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดในหมู่ชนส่วนมากว่า เป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม และหมู่ชนส่วนมากมิได้ให้อภัยแก่การกระทำเช่นนั้น
2. ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดทางอาญาแล้ว จะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษประการต่างๆ

<sup>32</sup> H.L.A. Hart. Law, Liberty and Morality. California: Stanford University Press, reprinted, 1965. p.4. อ้างใน เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (เชิงอรรถ 1). น.3.

<sup>33</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (เชิงอรรถ 1). น.4.

<sup>34</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (เชิงอรรถ 1). น.4-5.

3. การปราบปรามการกระทำเช่นนั้น กล่าวคือ การถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญาจะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป

4. หากเป็นความผิดอาญาแล้ว จะมีการใช้บังคับกฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน

5. การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งทางด้านคุณภาพและปริมาณ

6. ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่นๆ แล้ว นอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น

จะเห็นว่า การกระทำความผิดอาญาประเภทความผิดที่มีความชั่วร้ายในตัวเอง (mala in se) เช่น ฆ่าคนตาย ชิงทรัพย์ ย่อมเข้าตามหลักการ 6 ประการ ของแพ็กเกอร์ทั้งสิ้น

### 1.3 หลักเกณฑ์การบัญญัติกฎหมายอาญาของ ไนเจล วอล์กเกอร์

ไนเจล วอล์กเกอร์ (Nigel Walker) ศาสตราจารย์ด้านอาชญวิทยาชาวอังกฤษ ได้อธิบายว่า การบัญญัติกฎหมายอาญาต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์หลักที่กฎหมายอาญานั้นต้องการที่จะทำให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์อย่างน้อย 6 ประการ<sup>35</sup> ดังนี้

1. ค้ำครองป้องกันตัวบุคคลหรือสัตว์ จากการประทุษร้ายโดยเจตนาอันเป็นการโหดเหี้ยมทารุณ หรือการประกอบกิจกรรมทางเพศด้วยวิธีการอันไม่พึงประสงค์ ค้ำครองป้องกันบุคคลจากภัยอื่นๆ อันเกิดจากการกระทำที่ไม่ได้เจตนา เช่น ภัยจากการจราจร สารพิษ การติดเชื้อมันตรงสี่ รวมถึงค้ำครองป้องกันตัวบุคคลที่อาจถูกชักจูงใจให้หลงผิดได้ง่าย อันอาจมีสาเหตุมาจากอายุยังน้อยหรือมีความอ่อนแอทางจิตใจ การถูกทำร้าย การถูกกดขี่หรือถูกรีดไถ อันจะเกิดแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของบุคคล

2. ค้ำครองป้องกันสภาวะจิตใจของบุคคลให้รอดพ้นจากความกระทบกระเทือนจากการกระทำที่ถึงแม้ว่าจะเป็นเรื่องส่วนตัวของบุคคลและได้ยินยอมต่อการกระทำนั้น แต่ถือเป็นเรื่องผิดธรรมชาติ เช่น การร่วมประเวณีระหว่างบุคคลในครอบครัว การร่วมประเวณีกับสัตว์ การร่วมประเวณีด้วยความรุนแรง และค้ำครองป้องกันมิให้บุคคลกระทำการอันไม่เหมาะสมหรือผิดธรรมชาติในที่สาธารณะ ซึ่งสร้างความตกใจให้แก่บุคคลอื่น เช่น การทำอนาจารในที่สาธารณะ รวมถึงการป้องกันมิให้บุคคลกระทำการอันเป็นการยั่วยุอารมณ์บุคคลอื่นให้โกรธ หรือก่อให้เกิดความวุ่นวายขึ้นในสังคม

<sup>35</sup> Walker Nigel. the Scope of Criminal Law : Sentencing in a Rational Society (Pelican Books), 1972. อ้างใน อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. ทยชฎีอาญา ทยชฎีโทษ และกระบวนการพื้นฐาน. (พิมพ์ครั้งที่ 4). 2562. น.49-50.

3. คุ้มครองป้องกันซึ่งทรัพย์สินส่วนบุคคลจากการถูกลักขโมย การฉ้อโกง ทำให้ทรัพย์สินเสียหาย และกรณีอื่นๆ

4. คุ้มครองป้องกันสาธารณชนจากพฤติกรรมของบุคคลที่อาจก่อให้เกิดความไม่สะดวกสบายต่างๆ เช่น กีดขวางทางสัญจร ปิดกั้นทางสาธารณะ รวมทั้งใช้สภาพบังคับทางอาญาเพื่อเก็บรวบรวมภาษีอากร

5. คุ้มครองป้องกันสถาบันทางสังคม เช่น สถาบันศาสนา สถาบันพระมหากษัตริย์ รวมทั้งบังคับให้เกิดความเมตตากรุณาที่จำเป็นจำต้องกระทำ เช่น ไม่ช่วยเหลือผู้อื่นที่กำลังตกอยู่ในภยันตราย

6. เพื่อบังคับบุคคลให้กระทำการหรือมิให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่เป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ทั้ง 5 ข้อที่กล่าวมา เช่น ชดเชยค่าเสียหายพนักงาน การให้การเท็จ การช่วยเหลือผู้หลบหนีจากที่คุมขัง

#### 1.4 หลักเกณฑ์ว่าด้วยการจำกัด (Limiting Principles)

จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ 6 ประการ ของไนเกล วอล์กเกอร์ นั้น ค่อนข้างกว้างและครอบคลุมพฤติกรรมของบุคคลแทบทุกชนิด จึงมีผู้คิดค้นวิธีการพิจารณาว่า การกระทำลักษณะใดที่สมควรกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา เพื่อกำหนดขอบเขตของกฎหมายอาญาให้ชัดเจนยิ่งขึ้น หลักเกณฑ์ดังกล่าวเรียกว่า “หลักเกณฑ์ว่าด้วยการจำกัด” (Limiting Principles) ซึ่งมีแนวคิดว่าการใช้โทษทางอาญาต้องมีข้อจำกัด ไม่ควรนำกฎหมายอาญามาใช้เพื่อวัตถุประสงค์บางประการ โดยกำหนดข้อจำกัดของรัฐในการใช้กฎหมายอาญาในบางกรณี ดังนี้

1. รัฐไม่ควรบัญญัติกฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อให้บุคคลเชื่อฟัง และผลของการฝ่าฝืนไม่เชื่อฟังคือการลงโทษในทางแก้แค้นทดแทนแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น เนื่องจากการลงโทษที่ปราศจากอรรถประโยชน์ ซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดของซีซาร์ เบ็คคาร์เรีย (Cesare Beccaria) ซึ่งเป็นผู้เสนอแนวคิดเรื่องอรรถประโยชน์ในการลงโทษว่า “การป้องกันอาชญากรรมย่อมดีกว่าการลงโทษอาชญากร สิ่งนี้ควรเป็นอุดมคติของการออกกฎหมายที่ดี” โดยแนวคิดนี้ยังเป็นพื้นฐานให้กับนักปรัชญาแนวคิดอรรถประโยชน์ที่สำคัญในเวลาต่อมา คือ เจเรมี เบนธัม (Jeremy Bentham) บารอนเนส วูทตัน (Baroness Wootton) และ จอห์น สจิวท มิลล์ (John Stuart Mill)

2. รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาเพื่อลงโทษบุคคลที่ไม่ได้มีพฤติกรรมชั่วร้าย ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ของเจเรมี เบนธัม (Jeremy Bentham) ที่ได้ขยายความเพิ่มเติมต่อจากหลักเกณฑ์ของเบ็คคาร์เรีย โดยอธิบายว่า ถ้าการกระทำนั้นมิได้มีความชั่วร้ายอยู่ในตัวแล้ว การใช้กฎหมายอาญาลงโทษการกระทำนั้นย่อมไม่มีประโยชน์ และถือเป็นการไม่สมควรอย่างยิ่ง

3. รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาเพื่อเป็นวิธีการที่ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ซึ่งวัตถุประสงค์นั้นสามารถบรรลุซึ่งจุดประสงค์ได้เช่นเดียวกันโดยใช้วิธีการอื่นที่ทำให้เกิดความทุกข์เวทนาน้อยกว่า



การใช้กฎหมายอาญา หลักเกณฑ์นี้เป็นของเจเรมี เบนธัม (Jeremy Bentham) กล่าวคือ หากมีมาตรการอื่นที่สามารถลดจำนวนของผู้กระทำความผิดลงได้เท่ากันกับการใช้กฎหมายอาญา ก็ควรใช้มาตรการอื่นนั้นแทน เช่น หากสามารถตักเตือนบุคคลที่กระทำความผิดไม่ให้กระทำความผิดซ้ำอีกได้ แทนที่จะใช้วิธีการลงโทษเพื่อชดเชยให้บุคคลนั้นแล้ว ก็จะต้องใช้วิธีการตักเตือน

4. รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญา หากผลร้ายที่เกิดจากการกระทำความผิดนั้นน้อยกว่าผลร้ายที่เกิดจากการลงโทษ หลักเกณฑ์นี้เป็นของเจเรมี เบนธัม (Jeremy Bentham) ที่ว่า การลงโทษ จะก่อให้เกิดประโยชน์หรือไม่ ต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักระหว่างผลดีกับผลเสีย กล่าวคือ ไม่ควรบัญญัติกฎหมายอาญาให้การกระทำที่เป็นความผิดซึ่งก่อให้เกิดผลร้ายมากกว่าพฤติกรรมที่กฎหมายอาญาต้องการจะจำกัด แต่หลักเกณฑ์นี้ก็ยังคงมีปัญหาอยู่ว่า เราไม่สามารถจะวัดได้ว่าผลร้ายที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดและผลร้ายที่เกิดขึ้นจากการลงโทษ อย่างใดจะเป็นผลร้ายมากกว่ากัน อีกทั้งผลร้าย ที่นำมาวัดนั้นก็ยังคงเกิดกับบุคคลที่แตกต่างกันออกไปด้วย

5. รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะบังคับให้บุคคลประพฤติปฏิบัติตามแนวทางที่จะทำให้เกิดประโยชน์แก่บุคคลนั้นเอง หลักเกณฑ์นี้เป็นของจอห์น สจิวท มิลล์ (John Stuart Mill) โดยยึดหลักว่า เสรีภาพของบุคคลย่อมอยู่เหนือสิ่งอื่นใด แม้การกระทำของบุคคลจะผิดศีลธรรมหรือไม่ก็ตาม แต่ถ้ามการกระทำนั้นมิได้เป็นอันตรายหรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่บุคคลอื่นเว้นแต่ตัวผู้กระทำเองแล้ว รัฐก็ไม่ควรเข้าไปยุ่งเกี่ยวโดยการกำหนดบทลงโทษบุคคลในการกระทำดังกล่าว

6. รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาเพื่อห้ามบุคคลกระทำการใดๆ ที่ไม่ได้รับการสนับสนุนหรือส่งเสริมจากสาธารณชน หลักการนี้เรียกว่า หลักว่าด้วยความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติ (The Pragmatic Approach) ซึ่งเป็นหลักการของ ฟิตซ์เจมส์ สตีเฟน (Fitzjames Stephen) โดยเป็นหลักการที่มองการใช้กฎหมายอาญาในด้านความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติ และเป็นจริงในทางปฏิบัติแล้ว กฎหมายอาญานั้นย่อมมีข้อจำกัดของตัวเองเท่านั้นเอง เช่น ข้อจำกัดจากภาวะทางเศรษฐกิจ ข้อจำกัดอันเนื่องมาจากประชาชนไม่ให้ความร่วมมือในการแจ้งความ การขาดพยานหลักฐาน การขาดความร่วมมือจากพยานหรือผู้เสียหาย ทำให้ตำรวจหรืออัยการไม่สามารถนำความมาฟ้องคดีได้ เป็นต้น

นอกจากนั้น การที่รัฐบัญญัติกฎหมายอาญามาเพื่อกำหนดควบคุมพฤติกรรมใดๆ ที่สาธารณชนเห็นว่าเป็นเรื่องธรรมดาหรือเป็นเรื่องเล็กน้อยที่มีได้เห็นว่าสมควรถูกลงโทษ กฎหมายดังกล่าวนอกจากจะไม่ได้ได้รับความร่วมมือจากประชาชนส่วนใหญ่แล้ว อาจก่อให้เกิดการกีดกันเจ้าหน้าที่ตำรวจออกจากสังคมได้

7. รัฐไม่ควรบัญญัติกฎหมายอาญาซึ่งไม่สามารถใช้บังคับได้ กล่าวคือ เป็นกรณีที่มีการกระทำนั้นพิสูจน์ความผิดได้ยากหรือหากพิสูจน์ได้ก็จะมีผู้ถูกลงโทษเพียงเล็กน้อยเท่านั้น ซึ่งกรณี

นี้จะทำให้ประชาชนในสังคมมองว่ากฎหมายนั้นไม่สามารถบังคับใช้ได้จริง ส่งผลให้กฎหมายอาญาขาดความศักดิ์สิทธิ์ และในระยะยาวประชาชนอาจจะไม่เคารพกฎหมายได้ สอดคล้องกับความเห็นของ Jean-Etienne-Marie PORTALIS ที่กล่าวว่า “Il ne faut point de lois inutiles ; elles affaibliraient les lois nécessaires ; elles compromettraient la certitude et la majesté de la législation” หมายถึง “จะต้องไม่มีกฎหมายที่ไม่จำเป็น เพราะกฎหมายที่ไม่จำเป็นจะทำให้กฎหมายที่จำเป็นอ่อนแอและทำลายความแน่นอน ความศักดิ์สิทธิ์ของฝ่ายนิติบัญญัติ”<sup>36</sup> อย่างไรก็ตาม หลักการนี้ยังมีปัญหาอยู่ว่าจำนวนผู้ถูกลงโทษเท่าใดที่จะถือว่าเป็นจำนวนผู้ถูกลงโทษเล็กน้อย และการที่จะอ้างว่าบทบัญญัติของกฎหมายอาญาบางบทไม่สามารถใช้บังคับได้ แล้วจะทำให้กฎหมายอาญาทั้งหมดเสื่อมไปนั้นอาจจะไม่เป็นจริงตามนั้น<sup>37</sup>

### 1.5 หลักคุณธรรมทางกฎหมาย

“คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) เป็น “คุณค่า” ที่จำเป็นที่เป็นพื้นฐานของการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ ซึ่งอาจเป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” (Individualrechtsgut) เช่น ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ หรืออาจเป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม” (Universalrechtsgut) เช่น ความปลอดภัยในการจราจร กติกาของรัฐธรรมนูญ โดยบทบัญญัติกฎหมายอาญานั้น บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายอันใดอันหนึ่งหรือหลายอัน กฎหมายอาญาจึงมีภารกิจที่จะต้องคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายไม่ให้เป็นอันตรายหรือไม่ให้ถูกคุกคามให้ตกอยู่ในอันตราย<sup>38</sup>

ในทางปฏิบัติ ผู้ร่างกฎหมายมักจะนำทฤษฎี “คุณธรรมทางกฎหมาย” มาใช้เป็นเกณฑ์ในการบัญญัติความผิดและโทษทางอาญาเสมอในกรณีที่ไม่ซับซ้อน นั่นคือ ในกรณีที่ผู้ร่างกฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองบุคคลเท่านั้น แต่สำหรับในกรณีที่มุ่งประสงค์จะคุ้มครองส่วนรวม ผู้ร่างกฎหมายจะต้องอาศัย “เกณฑ์อื่น” มาใช้ประกอบการพิจารณาด้วย นอกจากนี้ การที่ผู้ร่างกฎหมายจะกำหนดคุณธรรมทางกฎหมายนั้น ผู้ร่างกฎหมายจะต้องพิจารณาไตร่ตรองซึ่งน้ำหนักอย่างรอบคอบ เพราะเมื่อได้กำหนดคุณธรรมทางกฎหมายไปแล้ว จะส่งผลให้เป็นจุดเริ่มต้นของอำนาจรัฐในการลงโทษทางอาญา หรืออาจเป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจของรัฐในการลงโทษทางอาญา ดังนั้น การกำหนดคุณธรรมทางกฎหมายจึงมีความสำคัญมากต่อการกำหนดแนวทางการควบคุมสังคมโดยกฎหมาย เนื่องจากหากผู้ร่างกฎหมายตราบทบัญญัติกฎหมายโดยกำหนดคุณธรรมทางกฎหมายให้มีขอบเขตกว้างเกินไป หรือตราบทกฎหมายให้ต้องมีการตีความคุณธรรมทางกฎหมายกว้างเกินไป เช่น

<sup>36</sup> Jean-Etienne-Marie PORTALIS, 1801, p.15 อ้างใน ปกป้อง ศรีสนธิ. *กฎหมายอาญาชั้นสูง*. 2559. น.15.

<sup>37</sup> อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. *ทฤษฎีอาญา ทฤษฎีโทษ และกระบวนการพื้นฐาน*. (พิมพ์ครั้งที่ 4). 2562. น.50-61.

<sup>38</sup> คณิต ฒ นคร. (เชิงอรรถ 2). น.70-72.

การกำหนดคุณธรรมทางกฎหมายไว้ว่าเป็นเรื่องของความมั่นคงแห่งรัฐก็ดี หรือเรื่องของศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ดี ก็อาจทำให้มาตรการหรือกลไกการควบคุมทางสังคมผ่านการตรากฎหมายไม่อาจสัมฤทธิ์ผลได้ ในทางกลับกัน แทนที่การตรากฎหมายจะสามารถกำหนดทิศทางให้สังคมสงบสุขเรียบร้อยและสามารถพัฒนาต่อไปได้ ก็อาจทำให้สังคมเกิดความวุ่นวายแทนก็เป็นไปได้<sup>39</sup>

### 1.6 แนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์ (Economic Analysis of Law)

นิติเศรษฐศาสตร์ (economic analysis of law)<sup>40</sup> เป็นแนวคิดใหม่ที่น่าหลักพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์มาอธิบายกฎหมาย โดยหากรัฐจะกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญารัฐจะต้องคำนึงถึง “ผลประโยชน์” (benefits) และ “ต้นทุน” (costs) ในการดำเนินการ การกำหนดว่าพฤติการณ์ใดควรเป็นความผิดทางอาญา ควรจะต้องพิจารณาจากประโยชน์ที่สังคมจะได้รับ (social benefits) และต้นทุนของสังคมที่จะต้องเสียไป (social costs) เป็นสำคัญ กล่าวคือ การกระทำใดที่ได้ประโยชน์ต่อสังคมมากกว่าเกิดความเสียหายต่อสังคม การกระทำนั้นก็ไม่ควรเป็นความผิดอาญา แต่หากการกระทำนั้นสร้างความเสียหายต่อสังคมมากกว่าประโยชน์ที่สังคมจะได้รับ การกระทำนั้นก็สมควรที่จะถูกกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา

ในกรณีฐานความผิดอาญาทั่วไป เช่น การฆ่าคนตายโดยเจตนา การลักทรัพย์ สังคมไม่ได้ประโยชน์อะไรจากการกระทำดังกล่าวเลย แต่กลับทำให้สังคมเสียหายอย่างมากจากการกระทำนั้นจึงสมควรถูกกำหนดให้เป็นความผิดอาญา กรณียาเสพติดซึ่งเป็นความผิดอาญาเทคนิค สังคมไม่ได้ประโยชน์จากการค้ายาเสพติด มีเพียงเฉพาะตัวบุคคลที่ค้ายาเสพติดเท่านั้นที่ได้ประโยชน์ แต่สังคมต้องเสียหายจากการค้ายาเสพติด เนื่องจากสังคมต้องสูญเสียทรัพยากรบุคคล คือตัวผู้เสพยาเองด้วยคุณภาพลง และผู้เสพยาก็อาจไปก่อปัญหาอาชญากรรมต่อบุคคลอื่นในสังคมต่อไปอีก ดังนั้นการค้ายาเสพติดจึงควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญาเช่นกัน เพื่อให้เกิดประโยชน์ในการรักษาคุณภาพของประชากรไว้

การประกอบอาชีพสุจริต สร้างประโยชน์ให้กับสังคมมากกว่าต้นทุนของสังคม จึงไม่มีความผิดอาญาการผิดสัญญาทางแพ่ง แม้จะก่อให้เกิดต้นทุนแก่เจ้าหนี้ แต่ก็ไม่ก่อให้เกิดต้นทุนหรือประโยชน์ต่อสังคม จึงไม่มีความผิดทางอาญา

<sup>39</sup> มานิตย์ วงศ์เสรี. เกณฑ์การกำหนดโทษทางปกครอง. *เอกสารประกอบการสัมมนา เรื่อง “หลักเกณฑ์การกำหนดโทษทางปกครองในการตรากฎหมาย”*. 2560. น.15-17. สืบค้นจาก <https://lawreform.go.th/uploads/files/1570531312-obcrk-7npih.pdf> เมื่อวันที่ 8 มีนาคม 2565.

<sup>40</sup> ปกป้อง ศรีสนิท. *กฎหมายอาญาชั้นสูง*. 2559. น.22-23.

### 1.7 แนวคิดทางศีลธรรมของสังคม (Legal Moralism)

แนวคิด Legal Moralism เป็นแนวคิดที่เห็นว่ากฎหมายจำเป็นต้องบัญญัติให้การกระทำความผิดทางศีลธรรมอย่างร้ายแรงเป็นความผิดทางอาญาและต้องได้รับโทษทางอาญา เพื่อเป็นการรักษามาตรฐานทางศีลธรรมของสังคม (public moral standard) ซึ่งเป็นปัจจัยพื้นฐานที่สำคัญในการทำให้สังคมดำรงอยู่ ดังนั้น การจะบัญญัติให้การกระทำใดเป็นความผิดทางอาญา การกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำที่คนส่วนใหญ่ในสังคมนั้นเห็นตรงกันว่าผิดศีลธรรมอย่างร้ายแรง ซึ่งการกระทำบางอย่างอาจแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ แต่ละสังคม และอาจเปลี่ยนแปลงได้ตามยุคสมัย ตามมาตรฐานทางศีลธรรมของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป เช่น ความผิดเกี่ยวกับการรักร่วมเพศ การผิดประเวณี หรือการทำแท้ง เป็นต้น<sup>41</sup>

### 1.8 หลักสากลในการกำหนดความผิดทางอาญา

การกำหนดความผิดทางอาญานั้น นอกจากหลักเกณฑ์ แนวคิด ทฤษฎีดังกล่าวมาข้างต้นแล้ว ยังมีหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดทางอาญาที่กำหนดไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศ โดยการตราหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นไว้โดยนานาอารยประเทศ หรือความตกลงระหว่างประเทศ เป็นหลักกฎหมายที่มีโดยจารีตประเพณี ซึ่งหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดทางอาญาได้ถูกกำหนดไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศ 2 ฉบับ คือ คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 (Declaration of Human and Civic Rights of 26 August 1789) และ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 (Universal Declaration of Human Rights 1948 หรือ UDHR)

คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 (Declaration of Human and Civic Rights of 26 August 1789) ได้กำหนดเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาไว้ในข้อ 4 ข้อ 5 และข้อ 8 ว่า

ข้อ 4 “เสรีภาพ คือ บุคคลสามารถที่จะกระทำการใดๆ ก็ได้ ที่ไม่ก่อให้เกิดอันตรายแก่ผู้อื่น ดังนั้น การใช้สิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์แต่ละคนก็จะมีเพียงข้อจำกัดเฉพาะที่ต้องยอมให้สมาชิกคนอื่นๆ ในสังคมสามารถใช้สิทธิอย่างเดียวกันนั้นได้ด้วย ข้อจำกัดในการใช้สิทธิเหล่านี้ จะถูกกำหนดโดยกฎหมายเท่านั้น<sup>42</sup>”

<sup>41</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. แนวความคิดของต่างประเทศเกี่ยวกับกฎหมายอาญาเพื่อ. ม.ป.ป. น.1-2. สืบค้นจาก <https://www.krisdika.go.th/data/article77/filenew/03-1-5.pdf> เมื่อวันที่ 11 พฤศจิกายน 2565.

<sup>42</sup> Declaration of Human and Civic Rights of 26 August 1789 Article 4 “Liberty consists in being able to do anything that does not harm others: thus, the exercise of the natural rights of every man has no bounds other than those that ensure to the other members of society the enjoyment of these same rights. These bounds may be determined only by law.”

ข้อ 5 “กฎหมายมีสิทธิห้ามเฉพาะการกระทำที่เป็นภัยอันตรายต่อสังคม สิ่งใดที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติห้ามไว้ ผู้ใดจะมาห้ามหรือขัดขวางไม่ได้ และจะบังคับให้ทำในสิ่งที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ไม่ได้<sup>43</sup>”

ข้อ 8 “กฎหมายจะกำหนดบทลงโทษได้แต่เฉพาะที่จำเป็นอย่างยิ่งโดยชัดแจ้งเท่านั้น และไม่มีบุคคลใดต้องถูกลงโทษเว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้และได้ประกาศใช้ก่อนที่จะมีการกระทำความผิดและมีผลใช้บังคับตามกฎหมายแล้ว<sup>44</sup>”

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 (Universal Declaration of Human Rights 1948 หรือ UDHR) ได้กำหนดเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาไว้ในข้อ 29 (2) ว่า “ในการใช้สิทธิเสรีภาพของตน ทุกคนจะต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้เท่านั้น เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการรักษาความปลอดภัยอันได้มาซึ่งการยอมรับและเคารพสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น และเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของความสงบเรียบร้อย ศีลธรรมอันดีของประชาชน และสวัสดิการทั่วไป ในสังคมประชาธิปไตย<sup>45</sup>”

จากคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 และปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 กล่าวได้ว่า ในการกำหนดความผิดทางอาญามาตรฐานสากล รัฐจะจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้เพียงเฉพาะเท่าที่จำเป็นอย่างยิ่งโดยชัดแจ้งเท่านั้น โดยจะต้องเป็นการทำเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นในสังคมด้วย และเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และสวัสดิการในสังคมประชาธิปไตย ดังนั้น การกำหนดความผิดทางอาญาจึงทำได้เฉพาะในกรณีที่การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่รบกวนความสงบสุขของประชาชนในสังคมเท่านั้นหากการกระทำไม่ได้เป็นการรบกวนความสงบสุขของคนในสังคม

<sup>43</sup> Declaration of Human and Civic Rights of 26 August 1789 Article 5 “The Law has the right to forbid only those actions that are injurious to society. Nothing that is not forbidden by Law may be hindered, and no one may be compelled to do what the Law does not ordain.”

<sup>44</sup> Declaration of Human and Civic Rights of 26 August 1789 Article 8 “The Law must prescribe only the punishments that are strictly and evidently necessary; and no one may be punished except by virtue of a Law drawn up and promulgated before the offense is committed, and legally applied.”

<sup>45</sup> Universal Declaration of Human Rights 1948 Article 29 (2) “In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society.”

การกระทำนั้นก็ไม่ควรที่จะกำหนด ให้เป็นความผิดทางอาญา<sup>46</sup> อย่างไรก็ตาม หลักดังกล่าวเป็นเพียงหลักกว้างๆ เท่านั้น ซึ่งแต่ละประเทศก็อาจมีแนวคิดและบริบททางสังคมที่จะให้ความสำคัญในเรื่องที่แตกต่างกันออกไป

## 2. ทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษ

“โทษอาญา” เป็นสภาพบังคับหลักทางอาญาที่สามารถใช้ได้กับการกระทำที่เป็นความผิดทางอาญา ซึ่งความหนักเบาของโทษที่ศาลจะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ขึ้นอยู่กับทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษ<sup>47</sup>

ตามนัยมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ได้อธิบายว่า โทษทางอาญาจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อ

1. มีการกระทำความผิด
2. การกระทำที่จะเป็นความผิดนั้น ต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิด
3. การกระทำที่จะเป็นความผิดนั้น ต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิด และยังคงมีบทกำหนดโทษไว้ด้วย<sup>48</sup>

เมื่อบุคคลมีความรับผิดชอบทางอาญาแล้ว บุคคลนั้นจะต้องถูกลงโทษทางอาญา โทษอาญาจะต้องมีประสิทธิภาพในการยับยั้งมิให้คนที่กระทำความผิดแล้วหวนกลับไปทำผิดอีก และต้องมีประสิทธิภาพในการยับยั้งมิให้คนอื่นเลียนแบบกระทำความผิดนั้นด้วย<sup>49</sup>

วัตถุประสงค์ในการจัดการหรือลงโทษหรือวิธีปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดนั้นมีความแตกต่างกันไปตามค่านิยมของสังคมและความเจริญก้าวหน้าของสังคมตามยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลงไป ดังนั้น สังคมที่แตกต่างกันก็อาจมีวิธีการลงโทษผู้กระทำความผิดที่แตกต่างกัน หรือในยุคสมัยที่แตกต่างกันก็อาจมี

<sup>46</sup> คณศ เต็งสุวรรณ. ปัญหาการจัดระบบกฎหมายที่กำหนดโทษอาญาในประเทศไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558. น.27-28.

<sup>47</sup> มหาวิทยาลัยวลัยลักษณ์. สภาพบังคับของกฎหมายอาญา. ม.ป.ป. สืบค้นจาก <https://dla.wu.ac.th/th/archives/3547> เมื่อวันที่ 14 ธันวาคม 2566.

<sup>48</sup> ญัฐวิวัฒน์ สุทธิโยธิน. หน่วยที่ 6 ทฤษฎีการลงโทษ. ใน แนวการศึกษาชุดวิชากฎหมายอาญา และอาชญาวิทยาชั้นสูง. หน่วยที่ 1-7 (พิมพ์ครั้งที่ 6, น. 1-41). 2559. น.10.

<sup>49</sup> ปกป้อง ศรีสนิท. (เชิงอรรถ 23). น.163.

แนวทางการลงโทษที่แตกต่างกัน<sup>50</sup> ซึ่งวัตถุประสงค์ในการลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญาที่เกิดขึ้นในแต่ละยุคสมัยต่างๆ มี 5 ประการ<sup>51</sup> โดยสรุปดังนี้

1. เพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน โดยเป็นการตอบสนองสัญชาตญาณที่มนุษย์รู้สึกโกรธแค้นเมื่อมีการกระทำความผิด<sup>52</sup> ดังนั้น เมื่อกระทำความผิดจึงต้องได้รับโทษตอบแทนจากการกระทำความผิดนั้นอย่างสาสมกับความผิดที่ได้กระทำลงไป ซึ่งการลงโทษจะใช้วิธีที่มีความทารุณโหดร้าย ปราศจากมนุษยธรรม โดยมุ่งเน้นให้โทษที่ลงแก่ผู้กระทำความผิดสามารถตอบสนองต่ออารมณ์และความรู้สึกโกรธแค้นของประชาชนส่วนมากในสังคมได้ โดยให้เกิดความพึงพอใจเมื่อได้เห็นว่าผู้กระทำความผิดได้ถูกลงโทษได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดนั้น อีกทั้ง การลงโทษแบบนี้ย่อมส่งผลให้ผู้กระทำความผิดรู้สึกสำนึก และทำให้ผู้อื่นเกิดความเกรงกลัวต่อโทษที่จะได้รับด้วย ปัจจุบัน การลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน ได้วิวัฒนาการไปโดยหลีกเลี่ยงการใช้วิธีทารุณโหดร้าย โดยใช้วิธีจำคุกแทน ซึ่งการลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนนี้ไม่ได้คำนึงถึงการแก้ไขพฤติกรรมในอนาคต แต่คำนึงถึงการลงโทษต่อความผิดที่ได้กระทำนั้น

2. เพื่อเป็นการข่มขู่ ยับยั้ง ไม่ให้ผู้กระทำความผิดกลับไปกระทำความผิดอีก และยับยั้งไม่ให้ผู้อื่นเลียนแบบหรือกระทำความผิดในลักษณะเดียวกันอีก โดยการลงโทษนี้มีได้พิจารณาถึงสิ่งที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำมาแล้ว แต่เป็นการลงโทษเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นอีก โดยหลักการลงโทษนี้มีแนวคิดที่ว่า ผู้กระทำความผิดได้ลงมือกระทำความผิดโดยเจตนา ซึ่งได้พิจารณาไตร่ตรองถึงผลได้ผลเสียแล้วก่อนที่จะลงมือกระทำความผิด ดังนั้น การลงโทษจึงควรมีผลเป็นการข่มขู่ให้ผู้กระทำความผิดเกิดความกลัวไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำอีก และการลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นจะส่งผลให้คนในสังคมเกิดความเกรงกลัว ไม่เอาเป็นเยี่ยงอย่าง อันเป็นการยับยั้งไม่ให้คนในสังคมคิดที่จะกระทำความผิด โดยโทษที่ลงจะต้องก่อให้เกิดผลเสียแก่ผู้กระทำความผิดมากกว่าผลประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดคิดว่าจะได้รับจากการกระทำความผิดนั้น เพื่อให้ผู้กระทำความผิดเลิกล้มที่จะกระทำความผิด ซึ่งการบังคับโทษต้องแน่นอน บังคับได้กับทุกคน ไม่เลือกปฏิบัติ การลงโทษต้องร้ายแรงพอที่จะยับยั้งไม่ให้มีคนที่คิดที่จะกระทำความผิด การลงโทษต้องรวดเร็ว และต้องเปิดเผยต่อสาธารณชนเพื่อให้คนทั่วไปรับรู้ถึงผลของการกระทำความผิดนั้นอันถือเป็นการข่มขู่ไปด้วย

3. เพื่อตัดขาดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม เพื่อคุ้มครองสังคมให้พ้นจากภัยอันตราย ในระหว่างที่ผู้กระทำความผิดนั้นถูกตัดขาด โดยเป็นการลงโทษในลักษณะที่เป็นการตัดโอกาสหรือ

<sup>50</sup> สัญญพงค์ ลิ้มประเสริฐ, สุธีราภรณ์ แสงจันทร์ศรี, และ อนิสมา มานะทน. *การลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญา Criminal Offenders' Punishment*. 2562. น.1488. สืบค้นจาก <https://rsucon.rsu.ac.th/files/proceedings/nation2019/NA19-109.pdf> เมื่อวันที่ 19 มีนาคม 2566.

<sup>51</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (เชิงอรรถ 1). น.846-848.

<sup>52</sup> ญัฐวิวัฒน์ สุทธิโยธิน. (เชิงอรรถ 31). น.14.

จำกัดโอกาสในการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิด เช่น โทษประหารชีวิต โทษจำคุก หรือโทษกักขัง ซึ่งการลงโทษโดยการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม มีแนวคิดที่ว่าอาชญากรรมจะไม่เกิดขึ้นถ้าไม่มีอาชญากร โดยวัตถุประสงค์การลงโทษจะคล้ายกับการลงโทษเพื่อการข่มขู่ ยับยั้ง แต่จะแตกต่างกันที่การลงโทษเพื่อการข่มขู่ ยับยั้ง เป็นการลงโทษเพื่อให้เกิดความเกรงกลัวต่อการกระทำความผิด ส่วนการลงโทษเพื่อตัดขาดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม เป็นการลงโทษเพื่อตัดโอกาสการกระทำความผิด เน้นป้องกันการกระทำความผิดซ้ำโดยการทำให้ผู้กระทำความผิดหมดโอกาสที่จะกระทำความผิดอีกโดยการกักตัวผู้กระทำความผิดออกจากสังคมตลอดไปหรือชั่วคราวระยะเวลาหนึ่ง ซึ่งนอกจากเป็นการลงโทษแล้วยังทำให้สังคมปลอดภัยด้วย ทั้งยังทำให้คนในสังคมรู้สึกพอใจที่เห็นผู้กระทำความผิดถูกลงโทษและถูกตัดออกจากสังคม

4. เพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำความผิด โดยการลงโทษนี้เน้นที่ตัวบุคคลผู้กระทำความผิดและสภาพแวดล้อมมากกว่าการกระทำความผิด โดยเน้นการศึกษาผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล เพื่อหาสาเหตุของการกระทำความผิดและหาทางแก้ไข เพื่อให้ผู้กระทำความผิดปรับเปลี่ยนความคิด ปรับเปลี่ยนพฤติกรรม ให้กลับตัวเป็นคนดีและไม่กลับไปกระทำความผิดซ้ำอีก<sup>53</sup> ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนมากที่สุด<sup>54</sup>

5. เพื่อนำผู้กระทำความผิดกลับคืนสู่สังคม โดยวัตถุประสงค์ในการลงโทษนี้จะคล้ายกับการลงโทษเพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำความผิด แต่จะเพิ่มเติมวิธีการปรับปรุงผู้กระทำความผิด เพื่อเตรียมความพร้อมให้ผู้กระทำความผิดสามารถอยู่ร่วมกับคนในสังคมได้เมื่อพ้นโทษไปแล้ว<sup>55</sup> และไม่ต้องกลับมากระทำความผิดอีก ซึ่งมีวิธีปรับปรุงหลายวิธี เช่น การฝึกอาชีพ การให้การศึกษาพื้นฐานทั่วไปการอบรมจริยธรรม เป็นต้น

สำหรับทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษนั้น เกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษ กล่าวคือ การที่กฎหมายอาญาบัญญัติให้ลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นเพราะเหตุใด เพราะเหตุที่ได้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นเพียงอย่างเดียว หรือเพราะเพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อสังคมโดยรวม ซึ่งทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษนี้ มีอยู่ 2 ทฤษฎี<sup>56</sup> คือ

<sup>53</sup> เรื่องเดียวกัน. น.29.

<sup>54</sup> ปกป้อง ศรีสนิท. (เชิงอรรถ 23). น.167.

<sup>55</sup> อัศคร ไชยพงษ์. *ทฤษฎีและแนวคิดในการลงโทษ โทษอาญา*. ม.ป.ป. สืบค้นจาก

<https://graduate.sru.ac.th/wp-content/uploads/2018/11/4แนวคิดการลงโทษคลาสสิก.pdf> เมื่อวันที่ 21 ตุลาคม 2566.

<sup>56</sup> หยุต แสงอุทัย. *กฎหมายอาญาภาค 1*. 2551. น.250-254.



1. ทฤษฎีเด็ดขาด (absolute theory) ทฤษฎีนี้เห็นว่า การที่กฎหมายอาญาบัญญัติให้ลงโทษผู้กระทำผิดนั้น เป็นกรณีอันเนื่องมาจากได้กระทำความผิดขึ้นอย่างเดียว กล่าวคือ จะต้องลงโทษเพื่อให้เป็นการแก้แค้นตอบแทนที่ถูกต้องต่อผู้กระทำผิด

2. ทฤษฎีสัมพัทธ์ (relative theory) ทฤษฎีนี้ไม่ได้พิจารณาเพียงแค่ว่าได้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นเท่านั้น แต่ได้พิจารณาไปในแง่ที่ว่าควรจะลงโทษอย่างไรจึงจะเกิดประโยชน์ ดังนั้น การลงโทษ จึงต้องคำนึงถึงทั้งตัวผู้กระทำผิดเองและเพื่อนมนุษย์คนอื่นๆ ด้วย โทษนั้นควรจะมีผลทำให้ผู้กระทำความผิดหวาดกลัว หรือทำให้ผู้กระทำความผิดกลับตนเป็นคนดี หรือทำให้สังคมปลอดภัยจากการกระทำความผิด ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดเช่นนั้นเกิดขึ้นได้อีก

### 3. แนวคิดเกี่ยวกับอาญาเพื่อ

ปัญหากฎหมายอาญาเพื่อ มีจุดเริ่มต้นมาจากการที่มีโทษอาญาเป็นทางเลือกเดียวในการจัดการความผิดที่เกี่ยวข้องกับรัฐ โทษอาญาจึงมีแนวโน้มเพิ่มขึ้นตามจำนวนกฎระเบียบของรัฐ จึงทำให้โทษอาญากลายเป็นเครื่องมือหลักของทั้งรัฐและเอกชน จนมีการพัฒนาระบบบังคับใช้และสร้างความเชื่อมั่นให้การใช้โทษอาญามากกว่าทางเลือกอื่น<sup>57</sup>

การดำเนินคดีอาญาหลายคดีที่มีความผิดไม่ร้ายแรง เช่น คดีหมิ่นประมาท ที่ผู้กระทำความผิดอาจกระทำไปด้วยโศสะชั่วคราว คดีบุกรุกที่ดินป่าไม้ ที่ชาวบ้านต้องโทษจำคุกเพียงเพราะยืนยันสิทธิว่าตนเองอยู่มาก่อนการประกาศพื้นที่ป่า รวมทั้งการกระทำบางอย่างที่คนทั่วไปอาจกระทำผิดเพียงเพราะไม่รู้ว่ามีกฎหมายบัญญัติไว้ไม่ให้กระทำ เช่น การแต่งกายชุดนักศึกษาโดยไม่มีสถานะนักศึกษา แม้กระทั่งการจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่มีใบอนุญาตจากนายทะเบียน บุคคลเหล่านี้ไม่ได้มีลักษณะเป็นอาชญากร แต่อาจต้องรับโทษจำคุกและมีประวัติอาชญากรติดตัว ซึ่งความผิดอาญาเหล่านี้เป็นตัวอย่างของการใช้โทษทางอาญามากและรุนแรงเกินไป ไม่ได้สัดส่วนกับความหนักเบาของความผิด หรือที่เรียกว่า “กฎหมายอาญาเพื่อ”<sup>58</sup> ดังนั้น จึงควรต้องศึกษาและทำความเข้าใจเกี่ยวกับลักษณะอาญาเพื่อ ปัจจัยที่ก่อให้เกิดอาญาเพื่อ และผลกระทบของอาญาเพื่อ เพื่อจะได้หาแนวทางแก้ไขปัญหากฎหมายอาญาเพื่อได้อย่างเหมาะสม

<sup>57</sup> ศุภณัฐ ศศิวิวัฒน์. โทษอาญาเพื่อ: ภาพสะท้อนจารีตปกครองแบบไทยๆ. 2566. สืบค้นจาก <https://www.the101.world/thai-norm-overcriminalization/> เมื่อวันที่ 30 ตุลาคม 2566.

<sup>58</sup> เรื่องเดียวกัน

### 3.1 ลักษณะอาญาเพื่อ

กฎหมายอาญาเพื่อ (Over criminalization) หมายถึง การกำหนดความผิดอาญาที่มากเกินไป<sup>59</sup> การมีกฎหมายที่มีโทษทางอาญาจำนวนมาก และเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง โดยไม่มีแนวโน้มที่จะลดลง เป็นการกำหนดบทลงโทษตามกฎหมายที่ไม่เหมาะสมกับความเป็นอาชญากรรมของการกระทำนั้นๆ และไม่เหมาะสมกับประเภทของอาชญากรรมด้วย<sup>60</sup>

กฎหมายอาญาเพื่ออาจจะหมายถึงเหตุการณ์หลายลักษณะ ดังนี้

1. การบัญญัติกฎหมายที่มีโทษทางอาญาฟุ่มเฟือยเกินความจำเป็น โดยแทบไม่เกิดประโยชน์จากความผิดที่กำหนดไว้
2. การบัญญัติกฎหมายที่มีโทษทางอาญาโดยที่กำหนดให้การกระทำเป็นความผิดอาญานั้นไม่มีลักษณะอันสมควรที่จะให้เป็นความผิดทางอาญา เนื่องจากการกระทำนั้นไม่ได้ส่งผลกระทบ อย่างร้ายแรงต่อประชาชนหรือสังคม หรือไม่ได้มีลักษณะที่ประชาชนหรือคนในสังคมเห็นว่าขัดต่อศีลธรรมหรือทำให้เกิดความไม่สงบในสังคมจนถึงขนาดควรบัญญัติให้เป็นความผิดอาญา
3. การบัญญัติกฎหมายโดยที่ไม่ได้คำนึงถึงสภาพความเป็นจริงของการบังคับใช้กฎหมายว่าจะสามารถนำตัวผู้กระทำความผิดตามกฎหมายที่บัญญัตินั้นมาลงโทษได้จริงหรือไม่
4. การบัญญัติกฎหมายอาญาที่แม้หลักการสมควรจะกำหนดให้เป็นความผิดอาญา แต่ลักษณะของถ้อยคำในบทบัญญัตินั้นกว้างมากเกินไป ทำให้ฐานความผิดที่บัญญัติขึ้นนั้นครอบคลุมพฤติกรรมของบุคคลในสังคมเกินกว่าเจตนารมณ์ของหลักการที่ทำให้เกิดฐานความผิด
5. การบัญญัติกฎหมายอาญาที่แม้หลักการสมควรจะกำหนดให้เป็นความผิดอาญา แต่โทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นมีความรุนแรงหรือร้ายแรงมาก<sup>61</sup>

<sup>59</sup> สุภัชลี เทพหัสติน ณ อยุธยา. กฎหมายอาญาเพื่อ Over Criminalization. *วารสารสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์*, 44(2), 2561. น.16. สืบค้นจาก <https://so04.tci-thaijo.org/index.php/socku/article/view/181202/128535> เมื่อวันที่ 30 กันยายน 2565.

<sup>60</sup> สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย. *สรุปการสัมมนาทางวิชาการ หัวข้อ “คดีล้นศาล นักโทษล้นคุก ปัญหาจุกอกกระบวนการยุติธรรมไทย” (Diversion of Cases and Offenders)*, 2558. น.6. สืบค้นจาก <https://knowledge.tijthailand.org/uploads/publication/file/20190513/th-dgkmstuxy014.pdf> เมื่อวันที่ 30 กันยายน 2565.

<sup>61</sup> สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์ และคณะ. *รายงานฉบับสมบูรณ์ เล่มที่ 3 เรื่อง แนวทางการยกเลิกโทษอาญาในกฎหมายเช็ดและกฎหมายหมิ่นประมาท*. 2554. น.5-6. สืบค้นจาก <https://tdri.or.th/2012/09/s59/> เมื่อวันที่ 30 กันยายน 2565.

### 3.2 ปัจจัยที่ก่อให้เกิดอาญาเพื่อ

การบัญญัติความผิดและโทษทางอาญานั้น ได้ดำเนินการมาตลอดนับตั้งแต่มีกระบวนการนิติบัญญัติในการออกกฎหมายมาเพื่อสร้างบรรทัดฐานพฤติกรรมของประชาชนหรือคนในสังคม จนกระทั่งในระยะหลังเริ่มมีแนวโน้มที่จะมากขึ้นเรื่อยๆ โดยปัจจัยหลักของปัญหาที่ก่อให้เกิดอาญาเพื่อ<sup>62</sup> มีดังนี้

1. เนื่องจากคนในสังคมเกรงกลัวโทษทางอาญามากกว่าความรับผิดชอบในทางแพ่ง เพราะโทษทางอาญานั้นเป็นโทษที่มีลักษณะลิดรอนสิทธิเสรีภาพของผู้กระทำความผิด และเป็นโทษที่มีหลายระดับ ผลของการลงโทษทางอาญาอาจส่งผลโดยตรงต่อชีวิต เสรีภาพหรือทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด ในขณะที่ความรับผิดชอบในทางแพ่งเป็นเพียงการชดเชยค่าเสียหาย หรือค่าสินไหมทดแทน หรือการปฏิบัติตามคำสั่งให้กระทำการหรือมิให้กระทำการอย่างใดเท่านั้น ไม่ได้ส่งผลต่อชีวิตหรือเสรีภาพของผู้กระทำความผิดโดยตรง

2. เป็นการสร้างภาพลักษณ์ทางการเมืองต่อสาธารณะชน โดยแสดงให้เห็นว่ารัฐหรือผู้ออกกฎหมายไม่ได้นิ่งเฉยต่อปัญหาที่กำลังเกิดขึ้นในสังคม โดยได้ออกกฎหมายมาเพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว แต่การออกกฎหมายเพื่อวัตถุประสงค์นี้อาจจะไม่ได้ให้ความสำคัญว่าจะสามารถปฏิบัติตามกฎหมายที่ออกมาได้มากน้อยเพียงใด เนื่องจากการบังคับใช้กฎหมายนั้นไม่ใช่เป้าประสงค์เบื้องต้นของผู้ที่เกี่ยวข้อง

3. เนื่องจากการบัญญัติกฎหมายที่มีโทษทางอาญามีขอบเขตที่กว้างครอบคลุมพฤติกรรมต่างๆ ได้มาก จึงสามารถพิสูจน์ความผิดได้ง่ายกว่าการกำหนดความผิดไว้อย่างเฉพาะเจาะจง

### 3.3 ผลกระทบของอาญาเพื่อ

การที่มีการบัญญัติกฎหมายที่มีโทษทางอาญาไว้มากเกินไป ทำให้เกิดผลกระทบหลายประการ<sup>63</sup> เช่น

#### 1. ทำให้ความผิดมีความซ้ำซ้อนกัน

การกระทำอย่างหนึ่งที่กำหนดให้เป็นความผิดอาญา อาจเข้าลักษณะเป็นความผิดได้หลายประการ ซึ่งความผิดแต่ละประการที่กฎหมายกำหนดนั้นอาจมีข้อแตกต่างกันบ้าง แต่อาจไม่ได้มีนัยสำคัญมากถึงขนาดที่จะทำให้เกิดความผิดอีกลักษณะหนึ่งขึ้นมาต่างหาก

#### 2. ทำให้ใช้ทรัพยากรของกระบวนการยุติธรรมทางอาญามากขึ้น

<sup>62</sup> เรื่องเดียวกัน. น.6-7.

<sup>63</sup> เรื่องเดียวกัน. น.5-6.

กฎหมายแต่ละฉบับที่มีโทษทางอาญา จำเป็นต้องมีผู้รับผิดชอบและต้องมีภาระหน้าที่งานเพิ่มขึ้นตามจำนวนฐานความผิดที่เพิ่มขึ้น ทรัพยากรที่ต้องใช้เพิ่มมากขึ้นส่งผลต่อทรัพยากรของกระบวนการยุติธรรมทางอาญามากขึ้น อันได้แก่ เจ้าพนักงานตำรวจ พนักงานอัยการ และศาล รวมถึงเจ้าพนักงานคุมประพฤติหรือเจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์

3. ทำให้ทรัพยากรของกระบวนการยุติธรรมสำหรับดำเนินการกับความผิดที่มีความจำเป็นจริงๆ น้อยลง

สืบเนื่องจากผลกระทบที่ทำให้ใช้ทรัพยากรของกระบวนการยุติธรรมทางอาญามากขึ้น อาจทำให้มีทรัพยากรไม่เพียงพอที่จะใช้ในการดำเนินการกับฐานความผิดที่มีผลกระทบร้ายแรงต่อประชาชนหรือสังคมอย่างแท้จริง

4. ทำให้เกิดกฎหมายอาญาที่ไม่มีผลบังคับได้จริงมากขึ้น

เมื่อทรัพยากรของกระบวนการยุติธรรมสำหรับดำเนินการกับความผิดที่มีความจำเป็นจริงๆ น้อยลง ทำให้ไม่อาจบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายที่เพิ่มขึ้นได้ ย่อมทำให้ความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายในสายตาประชาชนลดน้อยลงตามจำนวนกฎหมายที่บัญญัติออกมาแต่ไม่สามารถบังคับได้จริง ทำให้ประชาชนขาดความเกรงกลัวต่อมาตรการที่กฎหมายบัญญัติ

5. ทำให้เหตุผลทางศีลธรรมที่สนับสนุนฐานความผิดมีน้อยลง

ความผิดที่บัญญัติขึ้นใหม่ มักจะเป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นเพราะผู้บัญญัติกฎหมายต้องการจะจัดการกับปัญหาอย่างใดอย่างหนึ่งและต้องการสร้างมาตรฐานพฤติกรรมของคนในสังคม โดยที่คนในสังคมก็ไม่ได้รู้สึกว่าการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายเหล่านี้เป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องในเชิงศีลธรรม ทำให้การกระทำหรือไม่กระทำตามกฎหมายนั้นเกิดจากการพิจารณาถึงบทลงโทษเป็นสำคัญมากกว่าสิ่งที่รู้สึกว่าเป็นสิ่งที่ตนกระทำนั้นเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง

#### 4. หลักเกณฑ์การปฏิรูปกฎหมาย

ปัจจุบัน กฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาและมีผลใช้บังคับแล้วนั้น ส่วนใหญ่จะมีการบัญญัติข้อบังคับให้ต้องกระทำหรือห้ามมิให้กระทำการ และมีการกำหนดโทษทางอาญาหากมีการฝ่าฝืนไม่กระทำการหรือฝ่าฝืนข้อห้ามตามที่กฎหมายกำหนด (mala prohibita) จึงมีความจำเป็นต้องปฏิรูปกฎหมายอาญา ซึ่งสามารถทำได้ 2 วิธี คือ การยกเลิกกฎหมาย และการแปรรูปความผิดอาญา โดยมีหลักเกณฑ์ดังนี้

#### 4.1 หลักเกณฑ์การยกเลิกกฎหมาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการยกเลิกกฎหมาย<sup>64</sup> โดยกฎหมายที่จะยกเลิกต้องมีลักษณะดังนี้

1. เป็นกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสถานการณ์
2. เป็นกฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพ
3. หลักการยกเลิกกฎหมายต้องคำนึงถึงการใช้ระบบอนุญาต และระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่เป็น
4. พึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง

#### 4.2 หลักเกณฑ์การการแปรรูปความผิดอาญา

การการแปรรูปความผิดอาญา เป็นกรณีที่กฎหมายอาญานั้นยังจำเป็นต้องมีสภาพบังคับแต่ไม่ร้ายแรงพอที่จะเป็นกฎหมายอาญา จึงควรใช้โทษทางปกครองแทน กฎหมายกลุ่มนี้ก็จะถูกแปรรูปไปเป็นโทษทางปกครองแทน<sup>65</sup> การยกเลิกความผิดอาญาที่ไม่มีความจำเป็นแล้วแปรรูปให้เป็นความผิดทางปกครอง (administrativization) จะช่วยสร้างประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายและรักษาความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายอาญา สามารถแก้ไขปัญหากระบวนการยุติธรรมอาญาที่ล่าช้า และประหยัดค่าใช้จ่ายของรัฐในการดำเนินคดี<sup>66</sup>

#### ตัวอย่างการแก้ปัญหากฎหมายอาญาเพื่อ โดยการปฏิรูปกฎหมายของประเทศเยอรมนี

ประเทศที่ประสบภาวะ “กฎหมายอาญาเพื่อ” ได้นำแนวคิด “การกระทำผิดทางปกครอง” มาใช้แทนโทษทางอาญา รวมทั้งมีการตรา “กฎหมายกลาง” ที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการลงโทษทางปกครองให้เป็นระเบียบ โดยประเทศเยอรมนีถือเป็นต้นแบบในเรื่องนี้ และมีอิทธิพลต่อประเทศอื่น ๆ อย่างมาก<sup>67</sup>

ในปี ค.ศ. 1952 ประเทศเยอรมนีได้มีการตรารัฐบัญญัติแห่งสหพันธ์ ลงวันที่ 25 มีนาคม ค.ศ. 1952 ว่าด้วยการกระทำผิดทางปกครอง (Ordnungswidrigkeitengesetz – OwiG)

<sup>64</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77

<sup>65</sup> ปกป้อง ศรีสนิท. การแก้ปัญหากฎหมายอาญาที่ไม่จำเป็นด้วยการออกกฎหมายที่ไม่จำเป็น. 2559. สืบค้นจาก <https://www.the101.world/legal-reform-with-more-legalization/> เมื่อวันที่ 30 กันยายน 2565.

<sup>66</sup> ปกป้อง ศรีสนิท. (เชิงอรรถ 23). น.33-34.

<sup>67</sup> ศุภวัฒน์ สิงห์สูงงษ์. เกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษอาญา. เอกสารประกอบการบรรยาย หลักสูตรผู้บริหารงานด้านกฎหมายภาครัฐระดับสูง รุ่นที่ 6 หัวข้อ “การกำหนดโทษทางอาญากับประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย”. ม.ป.ป. น.150. สืบค้นจาก <https://www.lawreform.go.th/uploads/files/1570531334-o6hrz-9djpu.pdf> เมื่อวันที่ 30 กันยายน 2565.

ขึ้นใช้บังคับเป็น “กฎหมายกลาง” (Rahmen Gesetz) โดยได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการลงโทษทางปกครองสำหรับการกระทำความผิดทางปกครองที่กำหนดไว้ในกฎหมายเฉพาะเรื่องต่าง ๆ

ในขณะเดียวกัน ก็ได้มีการลด - เลิกโทษอาญา โดยกำหนดให้การกระทำความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรงเป็นการกระทำความผิดทางปกครอง เช่น เรื่องการจราจรทางบก การแข่งขันทางการค้า ผังเมือง สิ่งแวดล้อม เป็นต้น ซึ่งในปี ค.ศ. 1975 ประเทศเยอรมนีได้มีการลด - เลิกโทษอาญาครั้งใหญ่ ด้วยการยกเลิกความผิดอาญาหลายโทษ โดยการกระทำส่วนหนึ่งไม่ถือว่าเป็นความผิดอีกต่อไป เช่น การขอลาน และเร่ร่อนในที่สาธารณะ และอีกส่วนหนึ่งได้เปลี่ยนเป็นการกระทำความผิดที่มีโทษปรับทางปกครอง ซึ่งส่วนใหญ่เป็นการฝ่าฝืนกฎระเบียบเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยทางสังคม เช่น การทำเสียงอื้ออึงในที่สาธารณะเสพสุราจนครองสติไม่ได้ในที่สาธารณะ การปล่อยปละละเลยไม่ควบคุมดูแลสัตว์อันตราย เป็นต้น ส่วนการกระทำความผิดที่มีลักษณะร้ายแรง เช่น การฝ่าฝืนกฎเกณฑ์เกี่ยวกับส่วนผสมของผลิตภัณฑ์อาหาร โดยก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพของบุคคล ยังคงกำหนดให้มีโทษทางอาญาต่อไป<sup>68</sup>

จากที่ได้กล่าวมาทั้งหมด เป็นหลักเกณฑ์ แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวกับการกำหนดความผิดทางอาญา ทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษ แนวคิดเกี่ยวกับอาญาเพื่อ และหลักเกณฑ์การปฏิรูปกฎหมาย ที่จะนำไปวิเคราะห์เกี่ยวกับการกำหนดความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์โดยไม่ได้รับใบอนุญาต ซึ่งในการกำหนดความผิดดังกล่าว จะต้องนำหลักกฎหมายต่างๆ ทั้งกฎหมายไทย กฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายต่างประเทศ มาประกอบการวิเคราะห์ด้วย โดยจะกล่าวในบทต่อไป

<sup>68</sup> เรื่องเดียวกัน. น.151-152.

### บทที่ 3

## มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยนหรือ จำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ของไทย และของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศญี่ปุ่น และประเทศสหรัฐอเมริกา

การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ในประเทศ ไทย รัฐได้นำเอา “ระบบอนุญาต” มาใช้เป็นเครื่องมือในการควบคุมการประกอบกิจการ โดยการ บัญญัติกฎหมาย “ห้าม” มิให้ผู้ใดประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยทำ เป็นธุรกิจหรือได้รับประโยชน์ตอบแทน เว้นแต่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ผู้ศึกษาจึงได้ ทำการศึกษามาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือ จำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ของไทย และมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการขออนุญาตประกอบ กิจการของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศญี่ปุ่น และประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศต้นแบบที่ดี โดยจะได้กล่าวเป็นลำดับไปดังนี้

#### 1. มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ของไทย

มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือ จำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ของประเทศไทย มีหลายฉบับที่เกี่ยวข้องกัน คือ ประมวลกฎหมาย อาญา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 รวมถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการจำหน่ายงาน อันมีลิขสิทธิ์ และกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมภาพยนตร์และวีดิทัศน์ซึ่งเริ่มตั้งแต่พระราชบัญญัติ ภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 มาจนถึงพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ซึ่งจะได้กล่าว ดังต่อไปนี้

### 1.1 ประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ของประเทศไทย คือ โทษทางอาญาที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด ซึ่งโทษทางอาญาของประเทศไทยนั้นได้กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 ดังนี้

1. ประหารชีวิต
2. จำคุก
3. กักขัง
4. ปรับ
5. ริบทรัพย์สิน<sup>69</sup>

โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น มีทั้งโทษที่มุ่งบังคับเอาแก่ชีวิตหรือเสรีภาพของบุคคล คือ ประหารชีวิต จำคุก หรือกักขัง และโทษที่มุ่งบังคับเอาแก่ทรัพย์สิน คือ ปรับ หรือริบทรัพย์สิน โดยในส่วนของ “โทษปรับ” นั้น แม้เป็นโทษที่มุ่งบังคับเอาแก่ทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดก็ตาม แต่ในการบังคับโทษปรับ หากผู้กระทำความผิดไม่ชำระค่าปรับ หรือไม่สามารถชำระค่าปรับได้ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ศาลพิพากษา ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 29 (แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 25) พ.ศ. 2559) ได้กำหนดให้ผู้นั้น

1. จะต้องถูกยึดทรัพย์สินหรืออายัดสิทธิเรียกร้องในทรัพย์สินเพื่อใช้ค่าปรับ หรือ

มิฉะนั้น

2. จะต้องถูกกักขังแทนค่าปรับ

แต่ถ้าศาลเห็นเหตุอันควรสงสัยว่าผู้นั้นจะหลีกเลี่ยงไม่ชำระค่าปรับ ศาลจะสั่งเรียกประกันหรือจะสั่งให้กักขังผู้นั้นแทนค่าปรับไปพลางก่อนก็ได้ และเมื่อผู้ต้องโทษปรับถูกกักขังแทนค่าปรับครบกำหนดแล้ว ให้ปล่อยตัวในวันถัดจากวันที่ครบกำหนด ถ้านำเงินค่าปรับมาชำระครบแล้ว ให้ปล่อยตัวทันที<sup>70</sup>

การ “กักขัง” เป็นการลงโทษทางอาญาที่มุ่งบังคับเอาแก่เสรีภาพของผู้กระทำความผิด โดยการกักตัวผู้กระทำความผิดไว้ในสถานที่กักขังซึ่งกำหนดไว้อันมิใช่เรือนจำ สถานีตำรวจ หรือสถานที่ควบคุมผู้ต้องหาของพนักงานสอบสวน<sup>71</sup> อย่างไรก็ตาม หากผู้กระทำความผิดถูกศาลพิพากษาให้ลงโทษปรับ แม้เป็นโทษที่มุ่งบังคับเอาแก่ทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดก็ตาม แต่หากผู้กระทำความผิดไม่ชำระค่าปรับภายใน 30 วัน ก็อาจถูกกักขังแทนค่าปรับได้ โดยประมวลกฎหมาย

<sup>69</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18

<sup>70</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 29

<sup>71</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 24



อาญา มาตรา 30 (แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 25) พ.ศ. 2559) กำหนดให้การกักขังแทนค่าปรับ ให้ถืออัตรา 500 บาท ต่อหนึ่งวัน และไม่ว่าในกรณี ความผิดกระหนงเดียวหรือหลายกระหนง ห้ามกักขังเกินกำหนด 1 ปี เว้นแต่ในกรณีที่ศาลพิพากษาให้ ปรับตั้งแต่ 200,000 บาท ขึ้นไปศาลจะสั่งให้กักขังแทนค่าปรับเป็นระยะเวลาเกินกว่า 1 ปี แต่ไม่เกิน 2 ปี ก็ได้<sup>72</sup>

การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ของ ประเทศไทย ได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 38 วรรคหนึ่ง และมาตรา 54 วรรคหนึ่ง โดยมาตรา 38 วรรคหนึ่ง ห้ามผู้ใดประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือ จำหน่ายภาพยนตร์ โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับประโยชน์ตอบแทน เว้นแต่ได้รับใบอนุญาตจากนาย ทะเบียนหากฝ่าฝืน ต้องระวางโทษทางอาญาตามมาตรา 79 คือ ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สองแสน บาท ถึงหนึ่งล้านบาท และปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่ และมาตรา 54 วรรคหนึ่ง ห้ามผู้ใดประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายวีดิทัศน์ โดยทำเป็นธุรกิจหรือ ได้รับประโยชน์ตอบแทน เว้นแต่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน หากฝ่าฝืน ต้องระวางโทษทาง อาญาตามมาตรา 82 คือ ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงห้าแสนบาท และปรับอีกไม่เกินวัน ละหนึ่งหมื่นบาทตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่ อันจะเห็นได้ว่า โทษตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และ วีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 79 และมาตรา 82 ที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น เป็นโทษปรับ ซึ่งเป็นโทษ ทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 ซึ่งได้กล่าวไปแล้วข้างต้นว่า โทษปรับ เป็นโทษที่ บังคับเอากับทรัพย์สิน แต่หากผู้กระทำความผิดไม่ชำระค่าปรับ หรือไม่สามารถชำระค่าปรับได้ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ศาลพิพากษา ผู้นั้นจะต้องถูกยึดทรัพย์สินหรืออายัดสิทธิเรียกร้องในทรัพย์สินเพื่อ ใช้ชำระค่าปรับ หรือมิฉะนั้นจะต้องถูกกักขังแทนค่าปรับในอัตรา 500 บาท ต่อหนึ่งวัน ระยะเวลาที่กักขัง นานสุดไม่เกิน 1 ปี แต่ถ้าศาลพิพากษาให้ปรับตั้งแต่ 200,000 บาท ขึ้นไป ระยะเวลาที่กักขังนานสุดไม่ เกิน 2 ปี

## 1.2 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการประกอบ กิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ของประเทศไทย คือ การปฏิรูป กฎหมายอาญาและการปฏิรูปกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับระบบอนุญาต ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 77 และการ รับรองสิทธิของบุคคลในทรัพย์สิน ตามมาตรา 37 ซึ่งจะกล่าวดังต่อไปนี้

กฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการปฏิรูปกฎหมายนั้น ได้กำหนดไว้ใน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77 โดยได้กำหนดหลักการที่สำคัญเกี่ยวกับการ

<sup>72</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 30

ปฏิรูปกฎหมายเอาไว้ว่า “รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้า เพื่อไม่ให้เป็นการแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่างๆ ได้โดยสะดวก และสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่าย เพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน เมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายทุกกรอบระยะเวลาที่กำหนด โดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย เพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับ ให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่างๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป

รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่เป็น พึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่างๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง”<sup>73</sup>

เมื่อพิจารณาสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77 เกี่ยวกับการออกกฎหมาย การพัฒนากฎหมาย และการปรับปรุงกฎหมาย มีสาระสำคัญ<sup>74</sup> คือ

1. ให้มีกฎหมายเท่าที่จำเป็น
2. ให้ยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่ไม่จำเป็น
3. ให้ประชาชนเข้าถึงกฎหมายได้อย่างสะดวก
4. ก่อนตรากฎหมายให้รับฟังความคิดเห็นของผู้ที่เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบของ

กฎหมาย

5. เมื่อใช้กฎหมายไประยะหนึ่ง ให้มีการทบทวนว่ากฎหมายนั้นๆ ยังคงมีความจำเป็นจะต้องใช้อยู่หรือไม่ หรือควรปรับปรุงแก้ไขอย่างไรให้สอดคล้องกับสภาพการณ์

6. ให้มีกฎหมายอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง

ในส่วนที่ว่ากฎหมายอาญาต้องมีเฉพาะที่จำเป็นและต้องมีเฉพาะที่ร้ายแรงนั้น ทำให้สามารถแยกกลุ่มของกฎหมายอาญาไทยได้เป็น 3 กลุ่ม<sup>75</sup> ดังนี้

<sup>73</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77

<sup>74</sup> ปกป้อง ศรีสนิท. การแก้ปัญหากฎหมายอาญาที่ไม่จำเป็นด้วยการออกกฎหมายที่ไม่จำเป็น. (2559). สืบค้นจาก <https://www.the101.world/legal-reform-with-more-legalization/> เมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน 2564

<sup>75</sup> เรื่องเดียวกัน.

กลุ่มแรก การกระทำที่เป็นเรื่องร้ายแรงยังคงเป็นความผิดอาญาอยู่ เช่น ฆาตกรรม ลักทรัพย์ ชิงทรัพย์ ฆังทรัพย์ ปล้นทรัพย์ ฯลฯ ซึ่งเป็นความผิดหลักในประมวลกฎหมายอาญารวมทั้งการกระทำที่เกี่ยวกับความปลอดภัยสาธารณะ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับอาวุธปืน และการกระทำที่กระทบต่อสวัสดิภาพ เศรษฐกิจ สังคม และการสาธารณสุขของส่วนรวม

กลุ่มที่ 2 กฎหมายที่ยังจำเป็นต้องมีสภาพบังคับแต่ไม่ร้ายแรงพอที่จะเป็นกฎหมายอาญา จึงควรใช้โทษทางปกครองหรือจำกัดสิทธิทางปกครองแทน ซึ่งกฎหมายเหล่านี้จะถูกแปรรูปไปเป็นโทษทางปกครอง (administrativization)

กลุ่มที่ 3 กฎหมายอาญาที่ควรถูกยกเลิก เช่น พระราชบัญญัติความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ในบางเรื่อง เพราะเป็นกฎหมายอาญาที่ไม่จำเป็นและการกระทำไม่มีผลกระทบต่อสังคม

นอกจากมาตรา 77 ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปฏิรูปกฎหมายแล้ว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ยังมีกฎหมายซึ่งรับรองสิทธิของบุคคลในทรัพย์สิน โดยกำหนดไว้ในมาตรา 37 ว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิในทรัพย์สินและการสืบมรดก ขอบเขตแห่งสิทธิเช่นว่านี้ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ<sup>76</sup>”

### 1.3 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ของประเทศไทย คือ สิทธิในทรัพย์สิน ตามมาตรา 1336 ซึ่งในเรื่องสิทธิในทรัพย์สิน นอกจากจะมีกฎหมายกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 37 แล้ว ยังได้กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 อีกด้วย โดยได้กำหนดสิทธิของเจ้าของกรรมสิทธิ์ไว้ว่า “ภายในบังคับแห่งกฎหมาย เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอยและจำหน่ายทรัพย์สินของตน และได้ซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้น กับทั้งมีสิทธิติดตามเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย<sup>77</sup>”

อันจะเห็นได้ว่า ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 บุคคลย่อมมีสิทธิในภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ที่เป็นทรัพย์สินของตนเอง ที่ตนเองเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ โดยมีสิทธิและอำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ 5 ประการ คือ

1. สิทธิใช้สอย
2. สิทธิจำหน่าย

<sup>76</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 37

<sup>77</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336

3. สิทธิได้ซึ่งดอกผล
4. สิทธิติดตามเอาคืนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และ
5. สิทธิชดชวางมิให้ผู้อื่นสอดเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย<sup>78</sup>

#### 1.4 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ของประเทศไทย คือ สิทธิในการจำหน่ายงานอันมีลิขสิทธิ์ ตามมาตรา 32/1

ประเทศไทยได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ฉบับที่ 2 เมื่อปี พ.ศ. 2558 โดยได้เพิ่มเติมมาตรา 32/1 ซึ่งกำหนดให้ “การจำหน่ายต้นฉบับหรือสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์โดยผู้ได้มา ซึ่งกรรมสิทธิ์ในต้นฉบับหรือสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์นั้นโดยชอบด้วยกฎหมาย มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์<sup>79</sup>”

มาตรา 32/1 นี้ ได้นำหลักการสิ้นสิทธิมาปรับใช้ ซึ่งเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์กรณีการจำหน่ายต้นฉบับหรือสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์ โดยรับรองสิทธิให้แก่ผู้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในต้นฉบับหรือสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์นั้นโดยชอบด้วยกฎหมาย สามารถจำหน่าย จ่ายโอน ต่อไปได้ โดยไม่ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิจำหน่าย เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่อาจใช้สิทธิในการหวงกั้นการจำหน่ายต่อไปได้หลังจากการจำหน่ายครั้งแรกของตน<sup>80</sup>

#### 1.5 หลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการจำหน่ายงานอันมีลิขสิทธิ์

ในเรื่องสิทธิในการจำหน่ายงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น นอกจากจะมีกฎหมายกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32/1 แล้ว ยังมีการกำหนดไว้ในหลักกฎหมายระหว่างประเทศตามข้อตกลงทริปส์ (Agreement on Trade-Related Aspects of Property Rights : TRIPS) และหลักการขายครั้งแรก (First-sale Doctrine) อีกด้วย

ข้อตกลงทริปส์ (Agreement on Trade-Related Aspects of Property Rights : TRIPS) เป็นความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า โดยความตกลงนี้มุ่งประสงค์ให้นำมาตรการทางแพ่งมาใช้เป็นหลัก ส่วนมาตรการทางอาญานั้นมุ่งประสงค์ให้ใช้ประกอบ

<sup>78</sup> สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารโสตทัศนศึกษา กฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน การสอนเสริมครั้งที่ 1, 2555. น.20.

<sup>79</sup> พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558

<sup>80</sup> มาตรา สิ้นคำ. ปัญหาทางกฎหมายลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวข้องกับ การจำหน่ายจ่ายโอนต่อสินค้าที่อยู่ในรูปแบบดิจิทัล. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร, 9(1), 2559. น. 266. สืบค้นจาก [https://doi.nrct.go.th//ListDoi/listDetail?Resolve\\_DOI=10.14456/nulj.2016.11](https://doi.nrct.go.th//ListDoi/listDetail?Resolve_DOI=10.14456/nulj.2016.11) เมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน 2564

กับมาตรการทางแพ่งเท่านั้นและมุ่งประสงค์ให้ใช้เฉพาะการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาที่กระทำในระดับเชิงพาณิชย์เท่านั้น<sup>81</sup> กล่าวคือ จะต้องมิลักษณะของการกระทำความผิดในลักษณะของอาชญากรรมแบบองค์การซึ่งกระทำความผิดกันเป็นขบวนการ<sup>82</sup>

ทรัพย์สินทางปัญญาในปัจจุบันตามข้อตกลงทริปส์ (Agreement on Trade-Related Aspects of Property Rights : TRIPS) แบ่งออกเป็น 7 ประเภท ดังนี้ ลิขสิทธิ์ (Copyright and Related Rights) เครื่องหมายการค้า (Trademarks) สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ (Geographical Indications) การออกแบบอุตสาหกรรม (Industrial Designs) สิทธิบัตร (Patents) แผนผังภูมิวงจรรวม (Layout-Designs (Topographies) of Integrated Circuits) การคุ้มครองข้อมูลที่เป็นความลับ (Protection of Undisclosed Information)<sup>83</sup>

<sup>81</sup> TRIPS Agreement, Article 61

Members shall provide for criminal procedures and penalties to be applied at least in cases of willful trademark counterfeiting or copyright piracy on a commercial scale. Remedies available shall include imprisonment and/or monetary fines sufficient to provide a deterrent, consistently with the level of penalties applied for crimes of a corresponding gravity. In appropriate cases, remedies available shall also include the seizure, forfeiture and destruction of the infringing goods and of any materials and implements the predominant use of which has been in the commission of the offence.

<sup>82</sup> ศีรวัดน์ ไชยบาง. *ความสอดคล้องของกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ของประเทศไทย กับความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPS Agreement)*. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2559. น.104.

<sup>83</sup> TRIPS Agreement, Article 1(2)

For the purposes of this Agreement, the term “intellectual property” refers to all categories of intellectual property that are the subject of Sections 1 through 7 of Part II.

PART II STANDARDS CONCERNING THE AVAILABILITY, SCOPE AND USE OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

1. Copyright and Related Rights
2. Trademarks
3. Geographical Indications
4. Industrial Designs
5. Patents
6. Layout-Designs (Topographies) of Integrated Circuits
7. Protection of Undisclosed Information
8. Control of Anti-Competitive Practices in Contractual Licences)

สำหรับงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น มีหลักการที่ได้รับการยอมรับในระหว่างประเทศเกี่ยวกับเงื่อนไขที่ทำให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ในการจำหน่ายจ่ายโอนงานอันมีลิขสิทธิ์สิ้นสุดไปเมื่อได้มีการขายครั้งแรกหรือโอนกรรมสิทธิ์ในความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์นั้น นั่นคือ หลักการขายครั้งแรก (First-sale Doctrine) ซึ่งหลักการนี้ศาลสหรัฐอเมริกาได้นำมาใช้ในฐานะกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยใช้จำกัดสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งมีแนวคิดที่ว่า เมื่อเจ้าของลิขสิทธิ์ได้จำหน่ายงานอันมีลิขสิทธิ์ในครั้งแรกแล้ว เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่มีสิทธิห้ามไม่ให้ผู้ที่ซื้อสินค้าที่ถูกต้องตามลิขสิทธิ์จำหน่ายจ่ายโอนสินค้านั้นต่อไปได้ เพื่อเป็นหลักประกันแก่ผู้ซื้อสินค้าว่าเมื่อซื้อสินค้าที่ถูกต้องตามกฎหมายแล้ว ผู้ซื้อสามารถจำหน่ายจ่ายโอนสินค้านั้นต่อไปได้ ไม่ว่าเจ้าของลิขสิทธิ์จะกำหนดเงื่อนไขใดๆ ไว้ก็ตาม<sup>84</sup>

ต่อมาในปี ค.ศ. 1976 ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ออกกฎหมายลิขสิทธิ์ฉบับปี ค.ศ. 1976 (Copyright Act of 1976) โดยนำหลักตามแนวคำพิพากษาของศาลมาบัญญัติเป็นกฎหมายเพื่อให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้น<sup>85</sup> ซึ่งหลักการขายครั้งแรก ได้บัญญัติไว้เป็นข้อจำกัดของสิทธิเด็ดขาด ในมาตรา 109(a) ว่า “เมื่อเจ้าของลิขสิทธิ์ได้นำสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์ออกจำหน่ายหรือให้ความยินยอมในการวางจำหน่ายสำเนางานนั้น ผู้ซื้อหรือเจ้าของสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้ถูกผลิตขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมายนั้น มีสิทธิที่จะนำสำเนางานนั้นออกขายหรือจำหน่ายจ่ายโอนด้วยวิธีอื่นต่อไปได้ โดยไม่ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิเด็ดขาดในการจำหน่ายของเจ้าของลิขสิทธิ์ แม้ว่าการจำหน่ายจะไม่ได้ได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์ก็ตาม<sup>86</sup>” และเมื่อกฎหมายฉบับนี้มีผลใช้บังคับแล้ว ศาลสหรัฐอเมริกาได้อธิบายหลักการขายครั้งแรกว่า เมื่อเจ้าของลิขสิทธิ์ได้โอนกรรมสิทธิ์ในสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์ให้แก่บุคคลใดแล้ว เจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมสูญเสียสิทธิในการห้ามไม่ให้จำหน่ายสำเนานั้นอีกต่อไป ผู้ซื้อย่อมมีสิทธิในการจำหน่ายสำเนางานนั้นต่อไปได้<sup>87</sup>

### 1.6 กฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมภาพยนตร์และวีดิทัศน์

กฎหมายที่เกี่ยวกับการควบคุมภาพยนตร์และวีดิทัศน์ มีการแผ่การคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์และวีดิทัศน์ไว้ในความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์และวีดิทัศน์โดยไม่ได้รับใบอนุญาต ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551

<sup>84</sup> นันทน อินทนนท์. ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับหลักการสิ้นสุดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยรามคำแหง. 2541. น.65.

<sup>85</sup> เรื่องเดียวกัน. น.66.

<sup>86</sup> Copyright Act of 1976 s.109(a) “Notwithstanding the provisions of section 106(3), the owner of a particular copy or phonorecord lawfully made under this title, or any person authorized by such owner, is entitled, without the authority of the copyright owner, to sell or otherwise dispose of the possession of that copy or phonorecord.”

<sup>87</sup> United State v. Wise อ่างใน นันทน อินทนนท์. (เชิงอรรถ 16). น.67.

มาตรา 38 และมาตรา 54 ด้วย ซึ่งการควบคุมภาพยนตร์และวีดิทัศน์มีวิวัฒนาการและเจตนารมณ์ของกฎหมายตามยุคสมัย ดังนี้

### 1.6.1 พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2)

#### พ.ศ. 2479

พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 เป็นกฎหมายฉบับแรกที่ตราขึ้นมาใช้บังคับในการควบคุมภาพยนตร์ โดยมีเจตนารมณ์เพื่อต้องการควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ที่จะนำไปเผยแพร่ไปสู่สาธารณชน เนื่องจากภาพยนตร์บางเรื่องมีการแสดงที่เป็นการชักชวนหรือส่งเสริมให้มีการละเมิดศีลธรรม และบางเรื่องเป็นการจูงใจหรือแนะนำวิธีการกระทำผิดอาญาอันเป็นการฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน<sup>88</sup> ซึ่งจะเห็นได้จากมาตรา 4 ของพระราชบัญญัตินี้ โดยกำหนดให้ ห้ามมิให้ทำหรือฉาย<sup>89</sup> ภาพยนตร์อันมีลักษณะฝ่าฝืนหรืออาจฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน<sup>90</sup> และห้ามมิให้มีการฉายภาพยนตร์ก่อนที่จะได้รับใบอนุญาต<sup>91</sup> หากฝ่าฝืนจะต้องมีความผิดทางอาญา<sup>92</sup> และในพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 นี้ ยังไม่มีการกำหนดความรับผิดในการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์และวีดิทัศน์โดยไม่ได้รับใบอนุญาต และยังไม่ปรากฏแนวความคิดในเรื่องคุ้มครองลิขสิทธิ์แต่อย่างใด

ต่อมา ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติภาพยนตร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2479 ซึ่งเป็นเพียงการกำหนดนิยามคำว่า “ภาพยนตร์” และปรับปรุงถ้อยคำอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องเพื่อให้เกิดความชัดเจนเท่านั้น ยังไม่มีการกำหนดความรับผิดในการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์และวีดิทัศน์โดยไม่ได้รับใบอนุญาต และยังไม่ปรากฏแนวความคิดในเรื่องคุ้มครองลิขสิทธิ์เช่นเดิม

<sup>88</sup> เซลียง เทียมสนิท. ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายในการบังคับใช้พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551. 2559. น.159. สืบค้นจาก <https://grad.dpu.ac.th/upload/content/files/ปีที่ 5 ฉบับที่ 2 ประจำเดือนธันวาคม2559-มีนาคม2560/vol5-2-15.pdf> เมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน 2564

<sup>89</sup> พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 มาตรา 3 “ทำภาพยนตร์” หมายความว่า การถ่าย อัด หรือทำด้วยวิธีใด เพื่อให้เป็นภาพยนตร์ จะทำเสร็จแล้วหรือยังไม่เสร็จก็ตาม “ฉาย” หมายความว่า การถ่ายทอดรูปหรือเสียงหรือทั้งรูปและเสียงจากภาพยนตร์ด้วยเครื่องฉายภาพยนตร์หรือเครื่องอย่างอื่นทำนองเดียวกัน

<sup>90</sup> พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 มาตรา 4

<sup>91</sup> พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 มาตรา 5

<sup>92</sup> พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 มาตรา 20

### 1.6.2 ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 205 ลงวันที่ 9 กันยายน พ.ศ. 2515

เนื่องจากในช่วงเวลานั้น ได้มีการฉายภาพยนตร์ที่บางเรื่องมีการแสดงเป็นการชักชวนหรือส่งเสริมให้มีการละเมิดศีลธรรม และบางเรื่องก็เป็นการจูงใจหรือแนะวิธีการกระทำผิดอาญา แสดงให้เห็นว่าการควบคุมการทำและการฉายภาพยนตร์ ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 ในขณะนั้นไม่ได้ผลเท่าที่ควร<sup>93</sup> จึงได้มีประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 205 ลงวันที่ 9 กันยายน พ.ศ. 2515 กำหนดให้กรมตำรวจ กระทรวงมหาดไทย<sup>94</sup> เข้ามารับผิดชอบดำเนินการควบคุมการทำและการฉายภาพยนตร์ จนกว่าจะได้มีการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยภาพยนตร์

จะเห็นได้ว่า เจตนารมณ์ของประกาศฉบับนี้ ก็ยังมีเจตนารมณ์เหมือนกันกับพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2479 คือเพื่อต้องการควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ที่จะนำไปเผยแพร่ไปสู่สาธารณชน โดยที่ยังไม่มีการกำหนดความรับผิดชอบในการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์และวีดิทัศน์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตและยังไม่ปรากฏแนวความคิดในเรื่องคุ้มครองลิขสิทธิ์เช่นเดิม

### 1.6.3 พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530

เนื่องจากสังคมมีความเจริญและวิวัฒนาการไปไม่หยุดยั้ง จึงได้เกิดนวัตกรรมและเทคโนโลยีใหม่ๆ ขึ้น ทำให้วัสดุที่สามารถเป็นได้ทั้งภาพและเสียงเกิดขึ้นหลายประเภท เช่น วีดิโอเกม (Video Games) เลเซอร์ดิส (Laser Disc) ดิจิตอลวีดิโอดิส (Digital Video Disc) วีดิโอซีดี (Video CD) และซีดีรอม (CD Rom) เป็นต้น ซึ่งวัสดุเหล่านี้สามารถทำการบันทึกและถ่ายทอดออกเป็นภาพหรือเสียง หรือทั้งภาพและเสียงได้ในลักษณะต่อเนื่องกันไปด้วยเครื่องเล่นเทปโทรทัศน์หรือเครื่องถ่ายเทปวัสดุโทรทัศน์ หรือเครื่องมือที่มีกลไกอย่างเดียวกัน<sup>95</sup> จึงทำให้ในช่วงเวลานั้นได้มีการบริการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายเทปและวัสดุโทรทัศน์ ก็มีการจัดฉายหรือให้บริการเกี่ยวกับเทปหรือวัสดุโทรทัศน์แพร่หลายทั้งในกรุงเทพมหานครและในต่างจังหวัด ซึ่งเทปและวัสดุโทรทัศน์เหล่านั้นไม่ได้ผ่านการตรวจพิจารณาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ เนื่องจากไม่ใช่ภาพยนตร์ตามความหมายของพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 ซึ่งรัฐเห็นว่าการศึกษาการที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายมาควบคุมกิจการดังกล่าว ย่อมก่อให้เกิดผลเสียหายแก่เยาวชนและศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งยังอาจกระทบกระเทือนถึงความมั่นคงของรัฐอีกด้วย รัฐจึงได้ตราพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 ขึ้นมา เพื่อควบคุมการดำเนินกิจการเกี่ยวกับเทปและวัสดุโทรทัศน์<sup>96</sup>

<sup>93</sup> หมายเหตุท้ายประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 205 ลงวันที่ 9 กันยายน พ.ศ. 2515

<sup>94</sup> ปัจจุบันได้จัดตั้งเป็นสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ตามพระราชกฤษฎีกาโอนกรมตำรวจ กระทรวงมหาดไทย ไปจัดตั้งเป็นสำนักงานตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2541

<sup>95</sup> เซลียง เทียมสนิท. (เชิงอรธ 20).

<sup>96</sup> หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530



กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดห้ามมิให้ผู้ใดประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายด้วยประการใดๆ ซึ่งเทปหรือวัสดุโทรทัศน์ โดยทำเป็นธุรกิจหรือโดยได้ประโยชน์ตอบแทนด้วยการคิดค่าบริการในรูปของค่าธรรมเนียมสมาชิกหรือด้วยวิธีการอื่นใด เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน<sup>97</sup> หากฝ่าฝืนจะต้องมีความผิดทางอาญา ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับ ไม่เกิน 20,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ<sup>98</sup> โดยมีเจตนารมณ์เพื่อควบคุมเนื้อหาของภาพยนตร์ โดยมุ่งควบคุมการให้บริการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายเทปและวัสดุโทรทัศน์ ซึ่งไม่ได้ผ่านการตรวจพิจารณาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ<sup>99</sup>

จะเห็นได้ว่า เจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้ ก็ยังมีเจตนารมณ์เหมือนกันกับ พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2479 คือเพื่อต้องการควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ที่จะนำไปเผยแพร่ไปสู่สาธารณชน โดยได้มีการกำหนดความรับผิดชอบในการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์และวีดิทัศน์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตเพิ่มขึ้นมาด้วย อย่างไรก็ตาม ความผิดฐานนี้ก็ยังไม่ปรากฏแนวความคิดในเรื่องคุ้มครองลิขสิทธิ์แต่อย่างใด

#### 1.6.4 พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551

ในเวลาต่อมา รัฐเห็นว่ากฎหมายว่าด้วยภาพยนตร์ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว บทบัญญัติบางประการจึงไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ปัจจุบันซึ่งเทคโนโลยีได้มีการพัฒนาไปอย่างรวดเร็ว และกิจการภาพยนตร์ในปัจจุบันมีบทบาทสำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ จำเป็นต้องได้รับการส่งเสริมอย่างเป็นรูปธรรม ดังนั้น เพื่อเป็นการปรับปรุงบทบัญญัติตามกฎหมายว่าด้วยภาพยนตร์และกฎหมายว่าด้วยการควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ให้สอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบัน รวมทั้งปรับปรุงระบบการตรวจพิจารณาภาพยนตร์ให้อยู่ในความรับผิดชอบขององค์กรเดียวเพื่อลดความซ้ำซ้อนของการตรวจพิจารณา ในปี พ.ศ. 2551 รัฐจึงได้ตราพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ขึ้น<sup>100</sup> โดยให้ยกเลิกพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 , พระราชบัญญัติภาพยนตร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2479 , ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 205 ลงวันที่ 9 กันยายน พ.ศ. 2515 และพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530<sup>101</sup> แล้วใช้บังคับกฎหมายฉบับนี้แทน

<sup>97</sup> พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 มาตรา 6

<sup>98</sup> พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 มาตรา 34

<sup>99</sup> เซลียง เทียมสนิท. (เชิงอรรถ 20).

<sup>100</sup> หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551

<sup>101</sup> พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 3

เมื่อพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 เป็นการปรับปรุงบทบัญญัติตามกฎหมายว่าด้วยภาพยนตร์และกฎหมายว่าด้วยการควบคุมกิจการเทปและวีสดูโทรทัศน์ เพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบัน ดังนั้น เจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้ก็ยังคงเช่นเดียวกันกับกฎหมายที่ถูกยกเลิกไป นั่นคือ เพื่อต้องการควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ที่จะนำไปเผยแพร่ไปสู่สาธารณชน โดยในมาตรา 23 กำหนดให้ผู้สร้างภาพยนตร์ต้องดำเนินการสร้างภาพยนตร์ในลักษณะที่ไม่เป็นการบ่อนทำลาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรืออาจกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงและเกียรติภูมิของประเทศไทย<sup>102</sup> และในมาตรา 25 ก็ได้กำหนดให้ ภาพยนตร์ที่จะนำออกฉาย ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายในราชอาณาจักร ต้องผ่านการตรวจพิจารณาและได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์ก่อน<sup>103</sup> หากฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวจะต้องมีความผิดทางอาญา<sup>104</sup> ส่วนเจตนารมณ์ที่ต้องการจะส่งเสริมกิจการภาพยนตร์เพราะมีบทบาทสำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศนั้น ถือเป็นเจตนารมณ์ที่เพิ่มเติมขึ้นมาใหม่จากกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์ฉบับเดิม<sup>105</sup>

พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ยังคงกำหนดห้ามมิให้ผู้ใดประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับประโยชน์ตอบแทน เว้นแต่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน<sup>106</sup> หากฝ่าฝืนจะต้องมีความผิดทางอาญา โดยต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท และปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่<sup>107</sup> ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ปรับปรุงมาจากพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวีสดูโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 มาตรา 6 และมาตรา 34 ดังนั้น เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 38 จึงมีเจตนารมณ์เพื่อควบคุมเนื้อหาของภาพยนตร์ โดยมุ่งควบคุมการให้บริการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ซึ่งไม่ได้ผ่านการตรวจพิจารณาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ เช่นเดียวกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวีสดูโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 มาตรา 6

ทั้งนี้ ในพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ยังมีการกำหนดห้ามมิให้ผู้ใดประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายวีดิทัศน์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนาย

<sup>102</sup> พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 23

<sup>103</sup> พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 25

<sup>104</sup> พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 77 และมาตรา 78

<sup>105</sup> หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551

<sup>106</sup> พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 38

<sup>107</sup> พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 79

ทะเบียน<sup>108</sup> และหากฝ่าฝืนจะต้องระวางโทษปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงห้าแสนบาท และปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่<sup>109</sup> ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวมีเนื้อหาและเจตนารมณ์เช่นเดียวกันกับพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 38 คือ มีเจตนารมณ์เพื่อควบคุมเนื้อหาของวีดิทัศน์ โดยมุ่งควบคุมการให้บริการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายวีดิทัศน์ซึ่งไม่ได้ผ่านการตรวจพิจารณาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ

อย่างไรก็ตาม แม้ในพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 38 และมาตรา 54 วรรคหนึ่ง จะมีเนื้อหาหลักและเจตนารมณ์เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 มาตรา 6 แต่ก็มีการแฝงแนวความคิดในเรื่องคุ้มครองลิขสิทธิ์เข้าไปด้วย เนื่องจากในการตราพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 นี้ มีภาคเอกชนที่เป็นกลุ่มทุนภาพยนตร์เข้ามามีส่วนร่วมด้วย โดยภาคเอกชนต้องการให้มีมาตรการที่ช่วยปราบปรามและปกป้องผลประโยชน์ของภาคเอกชนโดยต้องการให้คุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานภาพยนตร์ เพราะขณะนั้นเกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ของภาพยนตร์เป็นจำนวนมากและมีแนวโน้มเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ ซึ่งส่งผลเสียต่อภาคอุตสาหกรรมภาพยนตร์ และกฎหมายลิขสิทธิ์ก็ไม่สามารถปราบปรามผู้กระทำความผิดได้มากเพียงพอ เนื่องจากความผิดตามกฎหมายลิขสิทธิ์เป็นความผิดต่อส่วนตัวที่ต้องมีการร้องทุกข์ของผู้เสียหายก่อนจึงจะเริ่มดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดที่ละเมิดลิขสิทธิ์ได้ แต่ความผิดตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 38 และมาตรา 54 วรรคหนึ่ง นี้ เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน ซึ่งพนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่สามารถเริ่มดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดได้โดยไม่ต้องรอให้ผู้เสียหายร้องทุกข์ก่อน ดังนั้น หากมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 38 และมาตรา 54 วรรคหนึ่ง อย่างจริงจังแล้วก็จะสามารถแก้ปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ<sup>110</sup>

<sup>108</sup> พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 54 วรรคหนึ่ง

<sup>109</sup> พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 82

<sup>110</sup> นราวิทย์ คักดีเพชร. *คุณธรรมทางกฎหมาย : ศึกษากรณีความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาต ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551* (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต). 2557. น.53-55.

## 2. มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ของประเทศญี่ปุ่น และประเทศสหรัฐอเมริกา

มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ของต่างประเทศซึ่งเป็นต้นแบบที่ต้นนั้น ผู้ศึกษาได้เลือกศึกษามาตรการทางกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น และประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนี้

### 2.1 ประเทศญี่ปุ่น

การประกอบกิจการในญี่ปุ่นนั้น กิจการบางประเภทก็สามารถดำเนินการได้โดยอิสระ แต่การประกอบกิจการหรือธุรกิจบางประเภทก็จำเป็นต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานของรัฐก่อน ซึ่งผู้ประกอบกิจการไม่สามารถดำเนินการได้โดยไม่ได้รับอนุญาต และหากผู้ประกอบกิจการดำเนินการโดยไม่ได้รับอนุญาต ก็อาจต้องถูกลงโทษทางอาญา<sup>111</sup>

การควบคุมการประกอบกิจการในประเทศญี่ปุ่น เพื่อเป็นการควบคุมดูแลสภาพสังคม เสรีภาพ อนามัยของประชาชน ดูแลรักษาสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรธรรมชาติ รวมถึงสาธารณสุขสมบัติของแผ่นดิน และควบคุมดูแลพฤติกรรมทางเศรษฐกิจของประชาชนเพื่อให้เกิดการพัฒนาเศรษฐกิจไปในแนวทางที่ดีและเหมาะสม รัฐจึงมีความจำเป็นที่จะต้องเข้ามาแทรกแซงการประกอบกิจการ หรือธุรกิจบางอย่างของประชาชน โดยการจำกัดเสรีภาพในการดำเนินการบางอย่างที่อาจเป็นอันตรายหรือไม่สอดคล้องกับนโยบายสาธารณะ เช่น การกำหนดห้ามมิให้ประกอบกิจการบางประเภท หรือกำหนดให้มีการดำเนินการบางอย่างก่อนหรือระหว่างประกอบกิจการ เป็นต้น ซึ่งเครื่องมือในการควบคุมนั้น มักปรากฏในรูปแบบมาตรการควบคุมทั้งหลาย เช่น การขออนุญาต การลงทะเบียน การแจ้ง เป็นต้น<sup>112</sup>

<sup>111</sup> อีซาชิ มัทซึโมะโตะ. การอนุญาตคืออะไร? อธิบายความแตกต่างระหว่างการขออนุญาตและการขออนุมัติ แต่ละประเภทของธุรกิจที่ต้องขออนุญาตและใช้ใบอนุญาต. 2565. สืบค้นจาก <https://biz.moneyforward.com/establish/basic/545/> เมื่อวันที่ 19 ตุลาคม 2566.

<sup>112</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. รายงานการศึกษา เรื่อง การใช้ระบบอนุญาตและมาตรการอื่นแทนระบบอนุญาตในระบบกฎหมายต่างประเทศ. 2560. น.58. สืบค้นจาก <https://www.lawreform.go.th/uploads/files/1570530592-xp1dm-6yl4k.pdf> เมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน 2564.

### 2.1.1 การขออนุญาตประกอบกิจการ หรือประกอบธุรกิจในประเทศญี่ปุ่น

การขออนุญาตประกอบกิจการ หรือประกอบธุรกิจในประเทศญี่ปุ่น มี 5 ประเภท<sup>113</sup> ดังนี้

1. การแจ้ง เป็นมาตรการควบคุมในกรณีที่การประกอบกิจการนั้นไม่ได้เป็นการต้องห้ามหรือขัดต่อกฎหมายโดยตรง แต่อาจมีความเป็นไปได้ว่าการประกอบกิจการนั้นอาจมีผลกระทบต่อสาธารณะในระดับที่ไม่มาก หน่วยงานผู้รับผิดชอบอาจกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการทำการแจ้งต่อหน่วยงาน ก่อนการดำเนินการ หรือแจ้งหลังดำเนินการ ก็ได้ แล้วแต่กรณี เช่น พระราชบัญญัติป้องกันการผูกขาด มาตรา 10 วรรคสอง<sup>114</sup> บัญญัติให้ “...(กรณีที่เข้าลักษณะตามวรรคนี้) ให้จัดแจ้งแผนการซื้อขายหุ้นต่อคณะกรรมการการค้ายุติธรรม (ก่อนดำเนินการ) ตามระเบียบที่เกี่ยวข้อง...” หรือพระราชบัญญัติว่าด้วยกิจการโทรคมนาคม มาตรา 38/2<sup>115</sup> กำหนดให้ “ผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคม ที่ติดตั้งอุปกรณ์โทรคมนาคมประเภทที่หนึ่งและประเภทที่สอง ... หากเริ่มการให้บริการโทรคมนาคมแก่ผู้ประกอบการโทรคมนาคมอื่นให้แจ้ง (หลังดำเนินการ) ต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกิจการภายในและการสื่อสาร ตามระเบียบกระทรวงกิจการภายในและการสื่อสารโดยไม่ชักช้า”<sup>116</sup>

2. การขึ้นทะเบียน เป็นเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการต้องบันทึกรายละเอียดของกิจการของตนลงในระบบทะเบียนของหน่วยงานที่รับผิดชอบ เช่น พระราชบัญญัติกิจการให้กู้ยืมเงิน<sup>117</sup> มาตรา 3 วรรคแรก บัญญัติให้ “ผู้ประสงค์จะประกอบกิจการให้กู้ยืมเงินในเขตจังหวัดเดียว ต้องมีการขึ้นทะเบียนต่อผู้ว่าราชการจังหวัดของเขตจังหวัดอันเป็นที่ตั้งแห่งสถานประกอบการหรือสำนักงานของสถานประกอบการนั้น หากผู้ประสงค์จะประกอบกิจการให้กู้ยืมเงินในเขตจังหวัดตั้งแต่สองจังหวัดขึ้นไปหรือมากกว่านั้น ต้องมีการขึ้นทะเบียนต่อนายกรัฐมนตรี” ซึ่งกรณีดังกล่าว หากฝ่าฝืนดำเนินการโดยไม่ได้ขึ้นทะเบียน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี ปรับไม่เกิน 30 ล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับสำหรับบุคคลธรรมดา และปรับไม่เกิน 100 ล้านบาทสำหรับนิติ

<sup>113</sup> อีซาชิ มัทซึโมะโตะ. (เชิงอรรถ 43).

<sup>114</sup> พระราชบัญญัติป้องกันการผูกขาดของเอกชนและประกันการค้าที่เป็นธรรม (พระราชบัญญัติฉบับที่ 54 พ.ศ. 2490)

<sup>115</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยกิจการโทรคมนาคม (พระราชบัญญัติฉบับที่ 86 ลงวันที่ 25 ธันวาคม พ.ศ. 2523)

<sup>116</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (เชิงอรรถ 44). น.62.

<sup>117</sup> พระราชบัญญัติกิจการให้กู้ยืมเงิน (พระราชบัญญัติฉบับที่ 32 ลงวันที่ 13 พฤษภาคม พ.ศ. 2518)

บุคคล ตามมาตรา 47 ถึงมาตรา 52<sup>118</sup> การประกอบธุรกิจการท่องเที่ยว หรือธุรกิจคลังจัดเก็บสินค้า เป็นต้น

3. การขออนุญาต กรณีนี้จะใช้กับกรณีที่มีการดำเนินกิจการมีสภาพที่ไม่ได้เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยตรง แต่เนื่องจากมีความจำเป็นในการรักษาผลประโยชน์ของสาธารณะ เพราะการดำเนินกิจการนั้นอาจมีผลกระทบต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสภาพสังคม รัฐจึงต้องกำหนดห้าม หรือจำกัดสิทธิในการดำเนินกิจการนั้นไว้ตามกฎหมาย การที่หน่วยงานผู้รับผิดชอบมีคำสั่งอนุญาต จึงเท่ากับเป็นการยกเลิกบทต้องห้าม ให้แก่ผู้ยื่นคำร้องขออนุญาตนั้น ทั้งนี้ การอนุญาตหรือไม่อนุญาตนั้น เป็นดุลพินิจของหน่วยงานผู้มีอำนาจรับผิดชอบ ซึ่งจะพิจารณาอนุญาตหรือไม่อนุญาตก็ได้<sup>119</sup> เช่น การประกอบกิจการร้านอาหาร การประกอบธุรกิจการก่อสร้าง การประกอบกิจการขนส่ง การประกอบกิจการสถานพยาบาลดูแลระยะยาว เช่น สถานดูแลผู้สูงอายุ การรับซื้อ - ขายของมือสอง เป็นต้น

4. การขออนุมัติ กรณีนี้เป็นกรณีที่รัฐได้กำหนดห้าม หรือจำกัดสิทธิในการดำเนินกิจการนั้นไว้ตามกฎหมาย เช่นเดียวกับการขออนุญาต ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว โดยกฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขหรือมาตรฐานในการดำเนินการของผู้ประกอบกิจการไว้ หากผู้ประกอบกิจการได้ยื่นคำร้องโดยแสดงพยานหลักฐานให้เห็นว่าตนได้ดำเนินการตามเงื่อนไขหรือมาตรฐานที่กำหนดไว้ครบถ้วนสมบูรณ์ทุกประการแล้ว หน่วยงานที่รับผิดชอบก็จะมีคำสั่งอนุมัติ ให้ดำเนินการได้ทันที ซึ่งการอนุมัตินี้ จะแตกต่างจากการอนุญาต ตรงที่การอนุญาตนั้น แม้ผู้ประกอบกิจการจะดำเนินการตามเงื่อนไขครบถ้วนสมบูรณ์ทุกประการแล้วก็ตาม หน่วยงานผู้รับผิดชอบก็ยังสามารถใช้ดุลพินิจพิจารณาอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ดำเนินการก็ได้ แต่การอนุมัตินั้น หากผู้ประกอบกิจการได้ยื่นคำร้องแสดงให้เห็นว่าตนได้ดำเนินการตามเงื่อนไขหรือมาตรฐานที่กฎหมายกำหนดครบถ้วนสมบูรณ์แล้ว หน่วยงานผู้รับผิดชอบจะต้องมีคำสั่งอนุมัติทันที ซึ่งหน่วยงานผู้รับผิดชอบไม่มีอำนาจใช้ดุลพินิจเช่นเดียวกับการอนุญาต<sup>120</sup> เช่น การประกอบธุรกิจด้านการรักษาความปลอดภัยหรือการประกอบธุรกิจตัวแทนขับรถ เป็นต้น

5. การขอใบอนุญาต มีหลักการเดียวกันกับการอนุญาต และการอนุมัติ โดยจะเป็นการกำหนดคุณสมบัติบางอย่างของบุคคลไว้ในกฎหมาย หากผู้ประกอบกิจการเป็นบุคคลที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนด ก็สามารถขอใบอนุญาต และนำใบอนุญาตนั้นไปประกอบ

<sup>118</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (เชิงอรรถ 44). น.62.

<sup>119</sup> เรื่องเดียวกัน. น.59.

<sup>120</sup> เรื่องเดียวกัน. น.59-60.

กิจการนั้นๆ ได้ เช่น พระราชบัญญัติการธนาคาร<sup>121</sup> มาตรา 4 บัญญัติว่า “หากมิใช่ผู้ได้รับใบอนุญาตจากนายกรัฐมนตรี ห้ามมิให้ประกอบกิจการการธนาคาร” ซึ่งหากฝ่าฝืนต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 3 ล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ หรือพระราชบัญญัติกิจการประกันสุขภาพ<sup>122</sup> มาตรา 3 กำหนดว่า “หากมิใช่ผู้ได้รับใบอนุญาตจากนายกรัฐมนตรี ห้ามมิให้ประกอบกิจการประกันสุขภาพ” หากฝ่าฝืนต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 3 ล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามมาตรา 61<sup>123</sup> หรือการประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ หรือการจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์หรือเครื่องดื่มมีเมาน์อื่นๆ ก็เช่นเดียวกัน

### 2.1.2 การประกอบธุรกิจสินค้ามือสอง

ผู้ประกอบธุรกิจสินค้ามือสอง ตามกฎหมายธุรกิจสินค้ามือสอง จะต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการความปลอดภัยสาธารณะก่อน<sup>124</sup> ซึ่งสินค้าที่ถือว่าเป็นสินค้ามือสองนั้น แม้จะเป็นของที่ไม่เคยใช้เลยก็อาจถือว่าเป็นสินค้ามือสองได้เช่นกัน<sup>125</sup>

สินค้าที่ถือว่าเป็นสินค้ามือสอง แบ่งออกเป็น 13 ประเภท<sup>126</sup> ดังนี้

1. เสื้อผ้า โดยเป็นเสื้อผ้าทั่วไป รวมถึงชุดกีโมโนด้วย
2. เครื่องมือกล รวมถึงเครื่องจักรกลต่างๆ เช่น เครื่องมือกล เครื่องมือ และเครื่องเล่นเกม
3. ตัวเงิน อาจเป็นบัตรของขวัญสำหรับห้างสรรพสินค้า ตัวคูปองสำหรับชิ้นคั้นเซ็น ฯลฯ
4. เครื่องใช้สำนักงาน นอกจากเครื่องถ่ายเอกสารและเครื่องแฟกซ์แล้วยังหมายถึงอุปกรณ์สำนักงานอื่นๆ เช่น คอมพิวเตอร์ส่วนบุคคล
5. นาฬิกาและเครื่องประดับ ซึ่งเป็นสิ่งของราคาแพงที่สวมใส่เป็นหลัก เช่น นาฬิกา เครื่องประดับ และโลหะมีค่า ฯลฯ
6. จักรยาน รวมถึงตัวจักรยานและชิ้นส่วนต่างๆ

<sup>121</sup> พระราชบัญญัติการธนาคาร (พระราชบัญญัติฉบับที่ 59 ลงวันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ. 2523)

<sup>122</sup> พระราชบัญญัติกิจการประกันสุขภาพ (พระราชบัญญัติฉบับที่ 105 ลงวันที่ 7 มิถุนายน พ.ศ. 2538)

<sup>123</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (เชิงอรรถ 44). น.60.

<sup>124</sup> พระราชบัญญัติธุรกิจสินค้ามือสอง มาตรา 3 “บุคคลที่ประสงค์จะดำเนินธุรกิจที่ระบุไว้ในข้อ 1 หรือ 2 ของวรรค 2 มาตราก่อนหน้า นี้ จะต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการความปลอดภัยสาธารณะประจำจังหวัด”

<sup>125</sup> ทะคะตะ. 【ต้องรู้】 ขั้นตอนการขอใบอนุญาต กฎหมาย ฯลฯ ที่จำเป็นสำหรับการเปิดร้านค้าออนไลน์. 2566. สืบค้นจาก <https://www.makeshop.jp/main/know-how/opening/opening-request.html> เมื่อวันที่ 19 ตุลาคม 2566.

<sup>126</sup> เรื่องเดียวกัน.

7. รถยนต์ ไม่เพียงแต่ตัวรถเท่านั้น แต่ยังรวมถึงชิ้นส่วนและส่วนประกอบด้วย
8. รถปิกอัพและรถจักรยานยนต์ รวมถึงอะไหล่และอุปกรณ์ ตลอดจนตัว

รถจักรยานยนต์

9. กล้อง รวมถึงเลนส์กล้อง ตลอดจนตัวกล้อง
10. หนังสือ
11. เครื่องมือ รวมถึงเฟอร์นิเจอร์ เครื่องดนตรี สื่อบันทึก (เช่น SD การ์ด) CD และ DVD ซอฟต์แวร์เกม ฯลฯ
12. เครื่องหนัง ผลิตภัณฑ์ยาง เป็นสิ่งของที่ทำจากหนัง เช่น กระเป๋า รองเท้า
13. งานศิลปะ เช่น ตัวอักษรที่เขียนด้วยมือ ประติมากรรม ภาพวาด ฯลฯ

อย่างไรก็ตาม ตามกฎหมายธุรกิจสินค้ามือสอง มาตรา 2 วรรคสอง ได้กำหนด

คำนิยามคำว่า “ธุรกิจสินค้ามือสอง” หมายถึงธุรกิจดังต่อไปนี้

1. ธุรกิจที่ซื้อ ขาย แลกเปลี่ยน หรือขายหรือแลกเปลี่ยนสินค้ามือสองแบบ ผากขาย ที่มีใช้การขายเฉพาะสินค้ามือสองของตนเองหรือซื้อสินค้าเองจากบุคคลอื่นที่ขายสินค้านั้น
2. ธุรกิจที่ประกอบธุรกิจตลาดมือสอง (หมายถึง ตลาดสำหรับการขายหรือ แลกเปลี่ยนสินค้ามือสองระหว่างตัวแทนจำหน่ายสินค้ามือสอง)
3. ธุรกิจที่ไกล่เกลี่ยผู้ที่ต้องการซื้อขายสินค้ามือสองโดยวิธีประมูล (จำกัด เฉพาะวิธีการประมูลโดยใช้ระบบประมวลผลข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามคำสั่งคณะรัฐมนตรีและวิธีการ อื่นตามคำสั่งคณะรัฐมนตรี) (ยกเว้นรายการก่อนหน้า) เรียกว่า “นายหน้าซื้อขายสินค้ามือสอง”

### 2.1.3 การจำหน่ายสินค้าทางออนไลน์

การจำหน่ายสินค้าทางออนไลน์ในประเทศไทยจำเป็นต้องมีการขออนุญาต ต่างๆ คล้ายกับการจำหน่ายสินค้าที่ร้านค้า ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับประเภทของสินค้านั้นๆ ซึ่งสินค้าและ บริการ ที่ต้องมีการขออนุญาต มี 7 ประเภท<sup>127</sup> ดังนี้

1. ร้านรับซื้อ - ขายของมือสอง การประกอบกิจการประเภทนี้จะต้องได้รับ อนุญาตให้เป็นตัวแทนจำหน่ายสินค้ามือสอง ตามกฎหมายธุรกิจสินค้ามือสอง
2. ร้านขายอาหาร การประกอบกิจการประเภทนี้จะต้องได้รับอนุญาตให้ ประกอบธุรกิจตามกฎหมายสุขภาพอาหาร
3. ร้านจำหน่ายอาหารเพื่อสุขภาพและอาหารเสริม การประกอบกิจการ ประเภทนี้จะต้องได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจตามกฎหมายสุขภาพอาหาร และตามกฎหมายยา และอุปกรณ์การแพทย์ ขึ้นอยู่กับประเภท

<sup>127</sup> เรื่องเดียวกัน.



4. ร้านจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ การประกอบกิจการประเภทนี้จะต้องได้รับใบอนุญาตขายปลีกสุราตามสั่ง ตามกฎหมายภาษีสุรา เมื่อขายทางออนไลน์ให้สองจังหวัดขึ้นไป

5. ร้านจำหน่ายผลิตภัณฑ์ยา การประกอบกิจการประเภทนี้จะต้องได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจร้านขายยา ตามกฎหมายยาและอุปกรณ์การแพทย์

6. ร้านจำหน่ายเครื่องมือแพทย์และคอนแทคเลนส์ การประกอบกิจการประเภทนี้จะต้องได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจเครื่องมือแพทย์ ตามกฎหมายยาและอุปกรณ์การแพทย์

7. ร้านผลิตและจำหน่ายเครื่องสำอาง การประกอบกิจการประเภทนี้จะต้องได้รับอนุญาตให้ผลิตและจำหน่ายเครื่องสำอาง ตามกฎหมายยาและอุปกรณ์การแพทย์

#### 2.1.4 ตัวอย่างการปฏิรูปกฎหมายของผู้ประกอบกิจการของประเทศญี่ปุ่น

ประเทศญี่ปุ่นได้มีการปฏิรูปกฎหมายของผู้ประกอบกิจการ ครั้งแรกเมื่อในช่วงปีโชวะที่ 60 (พ.ศ. 2528) โดยเริ่มให้มีการผ่อนปรนความเคร่งครัดในการขออนุญาต ซึ่งนับตั้งแต่ช่วงแรกมาจนถึงปัจจุบัน ประเทศญี่ปุ่นได้มีแนวทางการปฏิรูปกฎหมายเกี่ยวกับระบบอนุญาตในการประกอบกิจการ<sup>128</sup> ดังนี้

แนวทางที่ 1 แก่ไขหรือยกเลิกมาตรการควบคุมที่มีความเคร่งครัดมากและใช้เวลานาน แล้วนำมาตราการควบคุมที่มีความเคร่งครัดและใช้เวลาน้อยกว่ามาใช้บังคับแทน โดยมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาดังนี้

1. การบังคับใช้มาตรการควบคุมนั้นได้หมดความจำเป็นลง เนื่องจากความเปลี่ยนแปลงทางสภาพเศรษฐกิจและสังคม

2. การบังคับใช้มาตรการควบคุมนั้นมีประสิทธิภาพต่ำ เมื่อเปรียบเทียบกับภาระหน้าที่ของรัฐและของผู้ประกอบกิจการที่ต้องแบกรับ

3. การบังคับใช้มาตรการควบคุมนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ที่มีความเป็นรูปธรรมต่ำหรือปรากฏว่ามีมาตรการควบคุมอื่นที่มีกลไกรักษาประโยชน์นั้นบังคับใช้อยู่ขณะนั้นแล้ว

แนวทางที่ 2 ลดดุลพินิจและการแทรกแซงจากรัฐ โดยให้ออกชนเข้ามามีบทบาทในการควบคุมร่วมหรือแทนรัฐ

แนวทางที่ 3 ลดขั้นตอนที่ไม่จำเป็นในกระบวนการขออนุญาต เพิ่มการอำนวยความสะดวกและสร้างความชัดเจนในกระบวนการขออนุญาต

ประเทศญี่ปุ่นได้พิจารณาผ่อนปรนมาตรการในกิจการที่มีความสำคัญที่สุด 10 ประเภทก่อน เช่น การเงิน การขนส่ง พลังงาน ผังเมือง เป็นต้น และเมื่อการผ่อนปรนในช่วงแรก

<sup>128</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (เชิงอรรถ 44). น.65-67.

เป็นไปด้วยดี ต่อมาจึงได้มีการผ่อนปรนในกิจการอื่นๆ ด้วย ซึ่งการปฏิรูปกฎหมายของผู้ประกอบกิจการโดยการผ่อนปรนความเคร่งครัดในการขออนุญาตนั้น มีผลทำให้มาตรการควบคุมกิจการที่มีความเคร่งครัดสูงและใช้เวลามาก ได้แก่ การออกใบอนุญาต การมีคำสั่งอนุญาต การมีคำสั่งอนุมัติลดจำนวนลง และจำนวนมาตรการควบคุมที่มีความเคร่งครัดปานกลาง และเคร่งครัดต่ำ เพิ่มจำนวนขึ้น<sup>129</sup>

## 2.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกา การประกอบธุรกิจหรือกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หากไม่มีการอนุญาต (licensing) จากหน่วยงานผู้มีอำนาจให้สิทธิหรือให้ความยินยอม การประกอบธุรกิจหรือการกระทำนั้นจะเป็นการผิดกฎหมาย โดยมีองค์ประกอบสำคัญดังนี้

1. การกำหนดว่าพฤติกรรมใดที่สามารถอนุญาตให้ทำกิจกรรมต้องห้ามนั้นได้ เป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นหลัก
2. การอนุญาตในแต่ละกรณีนั้น โดยทั่วไปจะอยู่ในความรับผิดชอบของฝ่ายบริหาร<sup>130</sup>

การอนุญาตเป็นการใช้อำนาจรัฐ (police power) ในลักษณะที่เป็นมาตรการสั่งการและควบคุม (command-and-control measure) ซึ่งในหลายกรณีอาจกระทบต่อสิทธิตามรัฐธรรมนูญของบุคคลได้ ดังนั้น การกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอนุญาตจะต้องพิจารณาตามมาตรฐานการคุ้มครองสิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญเป็นอันดับแรก<sup>131</sup>

### 2.2.1 การขออนุญาตประกอบกิจการ หรือประกอบธุรกิจในประเทศสหรัฐอเมริกา

การขออนุญาตประกอบกิจการ หรือประกอบธุรกิจในประเทศสหรัฐอเมริกา อาจแบ่งประเภทได้เป็น 3 ระดับ ได้แก่

1. การจดทะเบียน (registration) เป็นการกำหนดให้บุคคลจดทะเบียนชื่อของตน ลงในทะเบียนของทางราชการเมื่อต้องการเริ่มดำเนินกิจกรรมบางประเภท โดยไม่มีการคัดกรองคุณสมบัติของบุคคล และเมื่อจดทะเบียนแล้วรัฐบาลไม่มีอำนาจปฏิเสธไม่ให้บุคคลดังกล่าวดำเนิน

<sup>129</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (เชิงอรรถ 44). น.65

<sup>130</sup> The Council of State Governments, OCCUPATIONAL LICENSING LEGISLATION IN THE STATES, The Council of State Governments, 1952, p.5. (“...the granting by some competent authority of a right or permission to carry on a business or do an act which would otherwise be illegal. The essential elements of licensing involve the stipulation of circumstances under which permission to perform an otherwise prohibited activity may be granted—largely a legislative function; and the actual granting of the permission in specific cases—generally an administrative responsibility.”)

<sup>131</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (เชิงอรรถ 44). น.49.

กิจกรรมนั้นและผู้ขอจดทะเบียนก็สามารถดำเนินกิจกรรมนั้นๆ ได้ทันทีโดยไม่ต้องรอผลการพิจารณาจากหน่วยงานผู้รับผิดชอบ แต่ในบางกรณีที่มีการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการจดทะเบียน ค่าธรรมเนียมตามระยะเวลา หรือค่าภาษีในการประกอบกิจการเป็นพิเศษ หรือต้องให้ผู้ขอจดทะเบียนส่งข้อมูลหรือเอกสารพื้นฐาน บางประการให้ หากพบว่าผู้ขอจดทะเบียนมีคุณสมบัติไม่ตรงกับที่กฎหมายกำหนดส่งข้อมูลหรือเอกสารไม่ครบถ้วน หรือไม่ได้ชำระค่าธรรมเนียม หน่วยงานผู้มีอำนาจรับผิดชอบอาจยกเลิกการจดทะเบียนได้

2. การรับรอง (certification) เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของบุคคลไว้ เช่น ต้องผ่านการทดสอบความรู้ หรือต้องผ่านการฝึกอบรม เป็นต้น รัฐบาลหรือองค์กรที่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐบาลจึงจะให้การรับรองคุณสมบัติของบุคคลในการดำเนินกิจกรรมอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยบุคคลที่ได้รับการรับรองจะมีสิทธิในการใช้ชื่อตำแหน่ง (right to title) อย่างใดอย่างหนึ่งได้ตามกฎหมายหรือข้อบังคับขององค์กรนั้น อย่างไรก็ตาม บุคคลที่ไม่ได้รับการรับรองก็ยังคงมีสิทธิที่จะดำเนินกิจกรรมนั้นได้โดยไม่ผิดกฎหมาย เพียงแต่จะไม่ได้รับสิทธิในการใช้ชื่อตำแหน่งดังกล่าวเท่านั้น

3. การอนุญาต (licensure) เป็นวิธีการควบคุมที่มีความเคร่งครัดสูง โดยบุคคลที่ต้องการดำเนินกิจกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งจะต้องขอความเห็นชอบหรือขอรับใบอนุญาตจากรัฐบาลหรือองค์กรที่มีอำนาจตามกฎหมายก่อน และผู้ขออนุญาตจะต้องพิสูจน์ให้หน่วยงานผู้กำกับดูแลเห็นถึงเงื่อนไขหรือความเชี่ยวชาญ ชำนาญตามที่กฎหมายกำหนด จึงจะสามารถดำเนินกิจกรรมนั้นได้ ในขณะที่บุคคล ที่ไม่ได้รับอนุญาตจะถูกห้ามไม่ให้ดำเนินกิจกรรมดังกล่าว หากฝ่าฝืนข้อห้ามนั้น รัฐบาลมีอำนาจลงโทษด้วยการปรับหรือจำคุกได้ตามที่กฎหมายกำหนด<sup>132</sup>

ในระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกา รัฐบาลมีอำนาจในการกำกับดูแลและแทรกแซงกิจกรรมในสังคมของปัจเจกบุคคลและองค์กรเอกชนเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยวิธีต่างๆ รวมถึงการใช้ระบบอนุญาต (Licensure system) อย่างไรก็ตาม ภายใต้รัฐธรรมนูญและระบบสหพันธรัฐของสหรัฐอเมริกา อำนาจในการกำกับดูแลดังกล่าวมีการแบ่งแยกกันค่อนข้างชัดเจนระหว่างรัฐบาลสหพันธรัฐ (Federal government) กับรัฐบาลมลรัฐ (State government) โดยอำนาจของรัฐบาลสหพันธรัฐจะถูกจำกัดอยู่เฉพาะอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าให้เป็นอำนาจของรัฐบาลสหพันธรัฐ หรือที่รัฐธรรมนูญกำหนดห้ามมิให้รัฐบาลมลรัฐกระทำเท่านั้น<sup>133</sup>

<sup>132</sup> เรื่องเดียวกัน. น.50-51.

<sup>133</sup> The Tenth Amendment to the United States Constitution The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.

นอกจากนี้ ในแต่ละมลรัฐ อาจมีการมอบอำนาจในการกำกับดูแลบางส่วนให้กับรัฐบาลท้องถิ่น (Local government) ได้ ซึ่งการอนุญาตของสหรัฐอเมริกา สามารถแบ่งได้เป็น 3 ระดับ ดังนี้

1. ระดับสหพันธรัฐ การอนุญาตของรัฐบาลสหพันธรัฐมักจำกัดอยู่เฉพาะเรื่องเกี่ยวกับการพาณิชย์ระหว่างมลรัฐต่างๆ หรือกับต่างประเทศ เช่น การออกใบอนุญาตเกี่ยวกับอากาศยาน<sup>134</sup> หรือผู้รับจัดการขนส่งสินค้าระหว่างประเทศ (freight forwarder)<sup>135</sup> ส่วนการอนุญาตในเรื่องอื่นๆ นั้น ย่อมเป็นอำนาจของรัฐบาลมลรัฐ

2. ระดับมลรัฐ รัฐบาลมลรัฐมีอำนาจหน้าที่กว้างขวางในการกำกับดูแลเรื่องต่างๆ ที่อยู่ภายในอาณาเขตของมลรัฐตน ที่ไม่เป็นการต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาหรือรัฐธรรมนูญของแต่ละมลรัฐนั้น โดยอยู่ภายใต้บังคับของอำนาจรัฐบาลสหพันธรัฐ กล่าวคือ ไม่อาจอาศัยอำนาจดังกล่าวในการออกใบอนุญาตที่จะก่อให้เกิดภาระต่อการใช้อำนาจของรัฐบาลสหพันธรัฐได้

3. ระดับท้องถิ่น รัฐบาลมลรัฐอาจตรากฎหมายเพื่อมอบอำนาจในการกำกับดูแลกิจกรรมทางเศรษฐกิจหรือสังคมบางประการให้แก่รัฐบาลท้องถิ่นระดับต่างๆ ได้ โดยอำนาจที่มอบให้นั้นต้องเป็นอำนาจที่ตนมีอยู่โดยชอบด้วยกฎหมายรัฐธรรมนูญ<sup>136</sup>

### 2.2.2 การจดทะเบียนจัดตั้งธุรกิจหรือนิติบุคคล

การจดทะเบียนจัดตั้งธุรกิจหรือนิติบุคคล<sup>137</sup> เป็นการทำให้ธุรกิจมีตัวตนที่ถูกต้องตามกฎหมาย วิธีการจดทะเบียนและหน่วยงานที่รับจดทะเบียนนั้นแตกต่างกันไปตามแต่ละรูปแบบของธุรกิจและสถานที่ตั้งของธุรกิจ สิ่งที่เป็นตัวกำหนดว่าธุรกิจจำเป็นต้องจดทะเบียนหรือไม่ นั้น คือ สถานที่ตั้งของธุรกิจและรูปแบบของธุรกิจ ในบางกรณี ผู้ประกอบการไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนนิติบุคคล เช่น ธุรกิจเป็นแบบกิจการเจ้าของคนเดียวและใช้ชื่อเจ้าของกิจการเป็นชื่อของธุรกิจ ในกรณีนี้กฎหมายไม่ได้บังคับให้ธุรกิจจำเป็นต้องจดทะเบียนนิติบุคคล อย่างไรก็ตาม การที่ไม่จดทะเบียนก็อาจทำให้สูญเสียโอกาส ในการรับสิทธิคุ้มครองการลอกเลียนแบบ หรือรับสิทธิทางกฎหมายอื่นๆ รวมทั้งผลประโยชน์ทางด้านภาษี

<sup>134</sup> 49 U.S.C. §41101

<sup>135</sup> 46 U.S.C. §1718(a)

<sup>136</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (เชิงอรรถ 44). น.48.

<sup>137</sup> U.S. Small Business Administration. *Apply for licenses and permits*. 2023. Retrieved from <https://www.sba.gov/business-guide/launch-your-business/apply-licenses-permits> date October 19, 2023.

1) การจดทะเบียนในระดับรัฐบาลกลาง (ระดับสหพันธรัฐ) (federal agencies)

ธุรกิจส่วนใหญ่ไม่จำเป็นต้องทำการจดทะเบียนใดๆ กับหน่วยงานของรัฐบาลกลางของสหรัฐอเมริกาเพื่อให้มีตัวตนตามกฎหมายหรือคือนิติบุคคล เพียงแค่ธุรกิจมีเลขประจำตัวผู้เสียภาษี (EIN) ที่ออกโดยกรมสรรพากรของสหรัฐอเมริกา (IRS) ก็จะถือว่ามีความเป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย ในบางกรณี ธุรกิจขนาดเล็กอาจมีการจดทะเบียนกับหน่วยงานของรัฐบาลกลางเพื่อขอคุ้มครองเครื่องหมายการค้า หรือเพื่อขอรับสิทธิยกเว้นภาษี

2) การจดทะเบียนในระดับมลรัฐ (state agencies)

ถ้าธุรกิจมีรูปแบบเป็นบริษัทจำกัด (LLC) บริษัท (corporation) ห้างหุ้นส่วน (partnership) หรือองค์กรไม่แสวงหาผลกำไร ผู้ประกอบการต้องจดทะเบียนนิติบุคคลในรัฐที่ธุรกิจมีการประกอบกิจการ

3) การจดทะเบียนในระดับรัฐบาลท้องถิ่น (local agencies)

โดยปกติแล้ว ธุรกิจไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนใดๆ กับหน่วยงานของรัฐบาลเทศมณฑล (county) หรือเมือง (city) เพื่อจัดตั้งบริษัท ทั้งนี้ ผู้ประกอบการควรตรวจสอบกับรัฐบาลท้องถิ่นที่จะจัดตั้งธุรกิจให้ชัดเจน เพราะรัฐบาลท้องถิ่นบางที่อาจมีการกำหนดกฎระเบียบในเรื่องของการจดทะเบียนชื่อทางการค้า (DBA) และการขออนุญาตทำธุรกิจ

### 2.2.3 การประกอบธุรกิจที่ต้องขออนุญาต

การประกอบธุรกิจในประเทศสหรัฐอเมริกา ที่ต้องขออนุญาต<sup>138</sup> มี 2 ระดับ ดังนี้

1) การขออนุญาตประกอบธุรกิจจากหน่วยงานของรัฐบาลกลาง (ระดับสหพันธรัฐ)

ธุรกิจบางประเภทมีกฎระเบียบ ข้อบังคับที่ออกโดยหน่วยงานของรัฐบาลกลาง ซึ่งหากผู้ประกอบการประกอบธุรกิจประเภทเหล่านั้นจะต้องขออนุญาตจากหน่วยงานของรัฐบาลกลาง โดยประเภทธุรกิจที่ผู้ประกอบการจำเป็นต้องขออนุญาตจากหน่วยงานของรัฐบาลกลาง มีดังนี้

(1) การเกษตร โดยมีการนำเข้าหรือมีการเคลื่อนย้ายสัตว์ เนื้อสัตว์ สินค้าชีวภาพ เทคโนโลยีชีวภาพ พืชผัก ต้นไม้ ระหว่างรัฐ

(2) เครื่องดื่มที่มีแอลกอฮอล์ โดยเป็นการผลิต ขายเป็น ขายเป็นปลีก นำเข้า เครื่องดื่มที่มีแอลกอฮอล์

(3) การบิน โดยเป็นธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับเครื่องบิน ขนส่งสินค้าหรือผู้โดยสารโดยใช้เครื่องบิน บำรุงรักษาเครื่องบิน

<sup>138</sup> ibid.

(4) อาวุธปืน กระสุนปืน วัตถุระเบิด โดยผลิต ค้าขาย นำเข้า อาวุธปืน กระสุนปืน หรือวัตถุระเบิด

(5) สัตว์ป่า สัตว์น้ำ โดยเป็นธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับสัตว์ป่า สัตว์ใกล้สูญพันธุ์ สัตว์น้ำต่างๆ (ที่ไม่ใช่ประมงเชิงพาณิชย์) การนำเข้าหรือส่งออก รวมถึงสินค้าที่ผลิตมาจากสัตว์เหล่านี้

(6) การประมงเชิงพาณิชย์ โดยเป็นธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการประมงเชิงพาณิชย์

(7) การขนส่งทางทะเล ทางเรือเดินสมุทร โดยเป็นธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการเดินทางหรือขนส่งทางเรือเดินสมุทร

(8) เหมืองแร่ ขุดเจาะก๊าซธรรมชาติหรือน้ำมัน โดยเป็นธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการขุดเจาะก๊าซธรรมชาติ น้ำมัน หรือเหมืองแร่

(9) พลังงานนิวเคลียร์ โดยผลิตพลังงานนิวเคลียร์ หรือเกี่ยวข้องกับการแจกจ่ายและกำจัดพลังงานนิวเคลียร์

(10) สื่อสารมวลชนทางวิทยุโทรทัศน์ โดยเป็นธุรกิจที่สื่อสารข้อมูลผ่านวิทยุ โทรทัศน์ เคเบิล ดาวเทียม

(11) การขนส่ง โดยเป็นธุรกิจที่ใช้ยานพาหนะที่มีขนาดใหญ่หรือมีน้ำหนักมาก ใบอนุญาตการใช้ยานพาหนะขนาดใหญ่หรือน้ำหนักมากนั้นจะออกโดยรัฐบาลระดับมลรัฐ แต่สำนักงานขนส่งแห่งชาติของสหรัฐอเมริกา (U.S. Department of Transportation) สามารถแนะนำหน่วยงานระดับมลรัฐที่ถูกต้อง เหมาะสมให้ได้

## 2) การขออนุญาตประกอบธุรกิจจากหน่วยงานระดับมลรัฐและระดับท้องถิ่น

ใบอนุญาตที่ออกโดยหน่วยงานรัฐบาลระดับมลรัฐและระดับท้องถิ่น ขึ้นอยู่กับประเภทธุรกิจและสถานที่ประกอบกิจการ โดยทั่วไปแล้วรัฐบาลระดับมลรัฐมีกฎเรื่องใบอนุญาตที่กว้างและครอบคลุมประเภทของธุรกิจมากกว่าที่รัฐบาลกลางกำหนด กฎระเบียบของธุรกิจแต่ละประเภทมีความแตกต่างกันไปตามกฎของรัฐและของท้องถิ่น โดยประเภทธุรกิจที่ผู้ประกอบการจำเป็นต้องขออนุญาตจากหน่วยงานของรัฐบาลระดับมลรัฐและระดับท้องถิ่น<sup>139</sup> มีดังนี้

(1) เกษตรกรรม ธุรกิจการเกษตรที่เกี่ยวข้อง เช่น ธุรกิจการเกษตร ขายยาฆ่าแมลง ขายปุ๋ย ขายเมล็ดพันธุ์ เลี้ยงสัตว์เชิงพาณิชย์ เป็นต้น

(2) อุตสาหกรรมบันเทิง การพนัน และนันทนาการ ได้แก่ ธุรกิจสวนสนุก การเล่นเกม / การพนัน สโมสรสุขภาพ / สปา ธุรกิจสระว่ายน้ำ

<sup>139</sup> Avalara Business Licenses. *Business Licenses Types*. n.d. Retrieved from <https://www.businesslicenses.com/licenses.php> date October 19, 2023.

- (3) สัตว์เลี้ยงและธุรกิจเกี่ยวกับสัตว์เลี้ยง ได้แก่ ค่าขายสัตว์ เลี้ยงสัตว์  
เชิงพาณิชย์ สัตวแพทย์
- (4) ยานยนต์ ทางน้ำ เครื่องบิน ได้แก่ ตัวแทนจำหน่ายรถยนต์ ธุรกิจให้  
เช่า / ลีสซิ่งรถยนต์ ซ่อมรถ ขนส่ง / รถบรรทุก ประกอบรถยนต์ เดินเรือ
- (5) ขนส่งสินค้า (ทางอากาศ ทางน้ำ ทางบก)
- (6) ผู้รับเหมา เกี่ยวกับการก่อสร้าง เช่น ธุรกิจรับเหมาโยหิน รับเหมา  
ไฟฟ้า รับเหมาลิฟต์ รับเหมาระบบดับเพลิง เป็นต้น
- (7) ร้านเสริมสวย บริการที่เกี่ยวข้องกับการดูแลความสวยความงาม เช่น  
ร้านตัดผม ร้านเครื่องสำอาง ร้านสักลาย เป็นต้น
- (8) บริการการศึกษา การฝึกอบรม การสอน เช่น ธุรกิจดูแลเด็ก โรงเรียน  
สอนขับรถ สถาบันการศึกษา เป็นต้น
- (9) บริการทางการเงิน เช่น ธุรกิจจำนอง แลกเปลี่ยนเงินตรา จัดการ  
หนี้สิน / สินเชื่อ เป็นต้น
- (10) อาหาร เครื่องดื่ม ที่เกี่ยวข้องกับยาสูบ เช่น ร้านอาหาร จำหน่าย  
แอลกอฮอล์ เครื่องดื่มสำเร็จรูป ยาสูบ เป็นต้น
- (11) เชื้อเพลิง เหมืองแร่ และกิจกรรมสนับสนุน เช่น ผู้ค้าน้ำมัน ทำ  
เหมืองแร่ ธุรกิจด้านสิ่งแวดล้อม เป็นต้น
- (12) ที่พัก ที่พักนักท่องเที่ยว
- (13) การผลิต อุตสาหกรรมเบาและหนัก เช่น ผู้ค้ายาฆ่าแมลง ผลิต  
เครื่องสำอาง เป็นต้น
- (14) การดูแลสุขภาพทางการแพทย์และธุรกิจที่เกี่ยวข้อง เช่น ธุรกิจ  
เกี่ยวกับสายตา / แว่นสายตา บ้านพักคนชรา การดูแลระยะยาว / การช่วยชีวิต อุปกรณ์ยาและ  
เครื่องสำอาง ร้านขายยา การดูแลสุขภาพที่บ้าน กัญชา เป็นต้น
- (15) ค่าปลีก ขายส่ง การค้า (ไม่พบในหมวดอื่น ๆ) เช่น บริษัทประมูล  
ดอกไม้ไฟ / ระเบิด ลอตเตอรี่ เป็นต้น
- (16) ขนส่งผู้โดยสาร (ทางอากาศ ทางน้ำ ทางบก) เช่น ธุรกิจประกอบ  
รถยนต์ บริการแท็กซี่ / ลิμουซีน เป็นต้น
- (17) โรงรับจำนำ ผู้ค้าสินค้ามือสอง ได้แก่ บริษัทประมูล ตัวแทนจำหน่าย  
สินค้ามือสอง ผู้รับจำนำ
- (18) อสังหาริมทรัพย์ เช่น ที่อยู่อาศัยแบ่งเช่า ผู้ประเมินอสังหาริมทรัพย์  
 เป็นต้น

(19) บริการด้านการรักษาความปลอดภัย การป้องกัน การสืบสวนหรือลาดตระเวน

(20) บริการสังคมสำหรับผู้ใหญ่ เด็ก และผู้สูงอายุ ได้แก่ ดูแลเด็ก ดูแลผู้ใหญ่วางกลางวัน บ้านพักคนชรา การดูแลระยะยาว / การช่วยชีวิต

(21) โทรคมนาคม

(22) การจัดการและบำบัดของเสีย ได้แก่ ผู้รับเหมา ธุรกิจด้านสิ่งแวดล้อม เป็นต้น

(23) อาวุธ ปืน และกระสุน

(24) บริการข้อมูล ได้แก่ การฉายภาพยนตร์

(25) บริการวิชาชีพ วิทยาศาสตร์ และเทคนิค ได้แก่ บริการสาธารณสุขการบัญชี

(26) บริการบริหารและสนับสนุน เช่น นายหน้าท่องเที่ยว ตัวแทนจัดงาน ตัวแทนพยาบาล เป็นต้น

(27) บริการและกิจกรรมอื่นๆ ได้แก่ ซ่อมเครื่องใช้ไฟฟ้าขนาดเล็ก บริการที่จอดรถ องค์กรการกุศล ฌาปนกิจ เป็นต้น

(28) ประกันภัย

(29) สถาปัตยกรรม วิศวกรรม การออกแบบภายใน

(30) การทวงหนี้

#### 2.2.4 การประกอบธุรกิจสินค้ามือสอง

ผู้ประกอบการสินค้ามือสอง (Second Hand Dealer) มักถูกควบคุมอย่างเคร่งครัดโดยรัฐบาลมลรัฐและรัฐบาลท้องถิ่น โดยมีจุดประสงค์ในการปกป้องผู้บริโภคและป้องกันการกระทำผิดทางอาญา ดังนั้น การประกอบธุรกิจหรือประกอบกิจการสินค้ามือสอง จำเป็นจะต้องมีใบอนุญาตตัวแทนจำหน่ายสินค้ามือสอง (Second Hand Dealer Licensing) ก่อนจึงจะประกอบกิจการได้ตามกฎหมาย หากฝ่าฝืนดำเนินกิจการโดยไม่มีใบอนุญาต หรือใบอนุญาตหมดอายุ ถือว่ากระทำผิดกฎหมาย มีโทษทางอาญา ต้องระวางโทษจำคุก หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ<sup>140</sup>

ตัวอย่างมลรัฐและท้องถิ่นที่มีกฎหมายกำหนดให้ผู้ประกอบการสินค้ามือสอง (Second Hand Dealer) จะต้องมีใบอนุญาตตัวแทนจำหน่ายสินค้ามือสอง (Second Hand

<sup>140</sup> Wolters Kluwer. *Pawn shop and second hand dealer licensing*. n.d. Retrieved from <https://www.licenseogix.com/second-hand-dealer-licensing> date October 19, 2023.



Dealer Licensing) ก่อนจึงจะประกอบกิจการได้ตามกฎหมาย เช่น รัฐแคลิฟอร์เนีย รัฐคอนเนตทิคัต เมืองเพียร์ซ แคนตี รัฐวอชิงตัน เป็นต้น

จะเห็นได้ว่า การเปิดร้านให้เช่าหรือจำหน่ายภาพยนตร์ วีดีโอ และวีดีโอเกม ในประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้ประกอบกิจการไม่จำเป็นต้องขอใบอนุญาตประกอบกิจการให้เช่าหรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์แต่อย่างใด แม้กระทั่งการจดทะเบียน (registration) ซึ่งเป็นมาตรการควบคุมการประกอบกิจการที่มีความเคร่งครัดต่ำสุด ก็ไม่ได้บังคับให้ผู้ประกอบกิจการต้องดำเนินการแต่อย่างใด ไม่ว่าจะอยู่ในระดับสหพันธรัฐ ระดับมลรัฐ หรือระดับท้องถิ่น

อย่างไรก็ตาม การประกอบกิจการอาจจะต้องมีการจดทะเบียนนิติบุคคล เพื่อเป็นการทำให้ธุรกิจมีตัวตนที่ถูกต้องตามกฎหมาย แต่ในบางกรณี ผู้ประกอบการไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนนิติบุคคล เช่น ธุรกิจเป็นแบบกิจการเจ้าของคนเดียวและใช้ชื่อเจ้าของกิจการเป็นชื่อของธุรกิจ ซึ่งในกรณีนี้กฎหมายไม่ได้บังคับให้ธุรกิจจำเป็นต้องจดทะเบียนนิติบุคคล

ส่วนผู้ประกอบกิจการร้านให้เช่าหรือจำหน่ายวีดีโอและวีดีโอเกมมือสอง จะต้องขอใบอนุญาตผู้ประกอบกิจการสินค้ามือสอง (Secondhand dealers license) ก่อนจึงจะประกอบกิจการได้ตามกฎหมาย หากฝ่าฝืนดำเนินการโดยไม่มีใบอนุญาต หรือใบอนุญาตหมดอายุ ถือว่ากระทำความผิดกฎหมาย มีโทษทางอาญา ต้องระวางโทษจำคุก หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ

### 2.2.5 ตัวอย่างการปฏิรูปกฎหมายของผู้ประกอบกิจการของนครชิคาโก ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในช่วงปี ค.ศ. 2011 นครชิคาโกมีจำนวนใบอนุญาตประกอบธุรกิจ จำนวน 117 ประเภท<sup>141</sup> ก่อให้เกิดปัญหากับผู้ประกอบการเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม ในเรื่องต้นทุนค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับค่าธรรมเนียมใบอนุญาต อีกทั้ง ใบอนุญาตจำนวนมากเป็นใบอนุญาตที่มีมานานและไม่เหมาะสมกับสภาพการณ์ปัจจุบัน และนอกจากนี้ ใบอนุญาตบางประเภทยังถูกนำไปใช้อย่างผิดวัตถุประสงค์ กล่าวคือ หน่วยงานที่กำกับดูแลการใช้ใบอนุญาต ใช้ใบอนุญาตเป็นเพียงแค่ช่องทางในการติดตามข้อมูลทางธุรกิจของผู้ประกอบการเท่านั้น ไม่ได้ใช้เป็นช่องทางในการปกป้องคุ้มครองประโยชน์สาธารณะตามความมุ่งหมายที่ควรจะเป็น

จากปัญหาดังกล่าว นครชิคาโกได้มีแนวทางการปฏิรูประบบอนุญาต โดยได้แบ่งประเภทใบอนุญาตใหม่ โดยแบ่งออกเป็น 3 ประเภท<sup>142</sup> ได้แก่

1. ใบอนุญาตประกอบธุรกิจแบบจำกัด (Limited Business Licenses) เป็นใบอนุญาตสำหรับธุรกิจทั่วไป ที่ธุรกิจทุกประเภทต้องได้รับใบอนุญาตก่อนการประกอบธุรกิจ โดย

<sup>141</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (เชิงอรรถ 44). น.54-55.

<sup>142</sup> เรื่องเดียวกัน.

ใบอนุญาตดังกล่าวจะใช้ประโยชน์ในการจัดเก็บภาษีและเป็นข้อมูลธุรกิจเป็นหลัก เช่น ธุรกิจขายปลีก ธุรกิจตัวแทน

2. ใบอนุญาตประกอบธุรกิจที่ต้องกำกับดูแล (Regulated Business Licenses) เป็นใบอนุญาตสำหรับธุรกิจที่จำเป็นต้องมีการกำกับดูแลในระดับปานกลาง เช่น ธุรกิจโรงแรม ธุรกิจซ่อมแซมในบ้าน ธุรกิจพัฒนาอสังหาริมทรัพย์

3. ใบอนุญาตประกอบธุรกิจเฉพาะ (Specific Business Licenses) เป็นใบอนุญาตสำหรับธุรกิจที่จำเป็นต้องมีการกำกับดูแลเป็นการเฉพาะ เช่น ธุรกิจขายสุรา ธุรกิจยาสูบ ธุรกิจจิวเวลรี่ ธุรกิจดูแลเด็ก ธุรกิจดูแลสัตว์

นครซิดนีย์ได้ใช้การจัดกลุ่มใบอนุญาตดังกล่าวข้างต้นเป็นฐานในการพิจารณาว่า ควรยกเลิก ควบรวม หรือคงไว้ซึ่งใบอนุญาตประเภทใดบ้าง โดยพิจารณาประกอบกับเป้าหมายที่ต้องการจะลดต้นทุนการบังคับใช้ใบอนุญาตประกอบธุรกิจที่ไม่ได้เป็นปัญหากับประชาชน สาธารณะมากนักและหุ้มแพรพยากรณ์การบังคับใช้ใบอนุญาตกับธุรกิจที่มีความเสี่ยงจะก่อให้เกิดการหลอกลวงผู้บริโภค การฉ้อโกง หรือการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม โดยเมื่อพิจารณาแล้ว นครซิดนีย์สามารถลดจำนวนใบอนุญาตลงไป จากจำนวน 117 ประเภท ลดเหลือเพียง 49 ประเภท เท่านั้น

เมื่อได้ทราบและเข้าใจมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ของไทย และมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการขออนุญาตประกอบกิจการของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศญี่ปุ่น และประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว ผู้ศึกษาจะได้นำมาตรการทางกฎหมายเหล่านี้ไปวิเคราะห์ในบทต่อไป



## บทที่ 4

# วิเคราะห์การปฏิรูปกฎหมายอาญา เกี่ยวกับการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ของไทยและของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศญี่ปุ่น และประเทศสหรัฐอเมริกา

จากความเป็นมาและความสำคัญของปัญหาที่เกี่ยวกับการประกอบกิจการให้เช่าแลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 1 ประกอบกับจากการศึกษาหลักเกณฑ์แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวกับการกำหนดความผิดทางอาญา ทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษ แนวคิดเกี่ยวกับอาญาเพื่อ และหลักเกณฑ์การปฏิรูปกฎหมาย ในบทที่ 2 และมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยนหรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ของไทยและของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศญี่ปุ่น และประเทศสหรัฐอเมริกา ในบทที่ 3 จึงนำไปสู่การวิเคราะห์เกี่ยวกับการกำหนดความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน โดยแบ่งออกเป็น 2 ประเด็น คือ ประเด็นปัญหากฎหมายอาญาเพื่อ กกับการกำหนดความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการ ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน และประเด็นการปฏิรูปกฎหมายอาญา เกี่ยวกับการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยนหรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ของไทยและของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศญี่ปุ่น และประเทศสหรัฐอเมริกา โดยจะได้กล่าวตามลำดับดังนี้

### 1. ปัญหากฎหมายอาญาเพื่อ กกับการกำหนดความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่าแลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน

ตามที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 ว่า กฎหมายอาญาเพื่อ (Over criminalization) หมายถึง การกำหนดความผิดอาญาที่มากเกินไป<sup>143</sup> การมีกฎหมายที่มีโทษทางอาญาจำนวนมาก และเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง โดยไม่มีแนวโน้มที่จะลดลง เป็นการกำหนดบทลงโทษตามกฎหมายที่ไม่เหมาะสมกับความเป็น

<sup>143</sup> สุภัสสรี เทพหัสดิน ณ อยุธยา. กฎหมายอาญาเพื่อ Over Criminalization. วารสารสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 44(2), 2561. น.16. สืบค้นจาก <https://so04.tci-thaijo.org/index.php/socku/article/view/181202/128535> เมื่อวันที่ 30 กันยายน 2565.

อาชญากรรมของการกระทำนั้นๆ และไม่เหมาะสมกับประเภทของอาชญากรรมด้วย<sup>144</sup> ซึ่งการกำหนดความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 38 วรรคหนึ่ง เป็นการกำหนดความผิดอาญา และบทลงโทษตามกฎหมายที่ไม่เหมาะสมกับความเป็นอาชญากรรมของการกระทำนั้นๆ จึงเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้เกิดปัญหากฎหมายอาญาเพื่อ โดยจะได้วิเคราะห์ตามลำดับต่อไปนี้

### 1.1 การจำกัดสิทธิ สร้างภาระและเงื่อนไขที่ไม่จำเป็นแก่ประชาชน ด้วยการกำหนดความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน

จากแนวคำวินิจฉัยของศาล ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในความเป็นมาและความสำคัญของปัญหาในบทที่ 1 ในกรณีของนาย ส.<sup>145</sup> , นาง น.<sup>146</sup> และนาย ช.<sup>147</sup> มีข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเหมือนกันคือ ทั้ง 3 รายดังกล่าว ได้นำแผ่นซีดี ดีวีดีภาพยนตร์ที่ถูกต้องตามลิขสิทธิ์ และเป็นของมือสองซึ่งตนเองเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ ออกมาวางขายโดยไม่มีใบอนุญาตจากนายทะเบียน การกระทำของทั้ง 3 ราย จึงเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 38 วรรคหนึ่ง คือประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ทั้ง ๆ ที่ทั้ง 3 รายนั้นขายแผ่นซีดี ดีวีดีภาพยนตร์ที่ตนเองเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์อย่างถูกต้อง และเป็นสินค้าที่ไม่ได้มีการละเมิดลิขสิทธิ์แต่อย่างใด แต่กลับต้องหาว่ากระทำความผิดทางอาญา ซึ่งเป็นความผิดทางอาญาอันมีอายุอมความได้ และต้องรับโทษอาญาเพียงเพราะผู้นั้นจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนเท่านั้น

เมื่อพิจารณาการกระทำของทั้ง 3 รายแล้ว พบว่า ทั้ง 3 ราย เป็นการขายสินค้ามือสอง ซึ่งตนเองเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์อย่างถูกต้อง และเป็นสินค้าที่ไม่ได้มีการละเมิดลิขสิทธิ์แต่อย่างใด ซึ่งเมื่อพิเคราะห์จากหลักการขายครั้งแรก (First-sale Doctrine) แล้ว เห็นว่า เมื่อเจ้าของลิขสิทธิ์แผ่นวีซีดีภาพยนตร์ ได้จำหน่ายงานอันมีลิขสิทธิ์ในครั้งแรกแล้ว เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่มีสิทธิหวงกั้นไม่ให้ผู้ที่

<sup>144</sup> สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย. *สรุปการสัมมนาทางวิชาการ หัวข้อ “คดีล้นศาล นักโทษล้นคุก ปัญหาจากอกระบวนกรยุติธรรมไทย” (Diversion of Cases and Offenders)*, 2558. น.6. สืบค้นจาก <https://knowledge.tijthailand.org/uploads/publication/file/20190513/th-dgkmstuxy014.pdf> เมื่อวันที่ 30 กันยายน 2565.

<sup>145</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6857/2557

<sup>146</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10359/2554

<sup>147</sup> คมชัดลึก ออนไลน์. *โผล่อีก!ขายซีดีถูกจับเมียร้อง “พงศพัศ” ช่วยผัว*. 2553. สืบค้นจาก <https://www.komchadluek.net/news/70310> เมื่อวันที่ 5 ตุลาคม 2564.

ได้มาโดยถูกต้องตามกฎหมายห้ามไม่ให้จำหน่ายจ่ายโอนต่อไปได้ ดังนั้น เมื่อทั้ง 3 ราย ได้ซื้อสินค้าที่ถูกต้องตามลิขสิทธิ์และได้มาโดยถูกต้องตามกฎหมายแล้ว ทั้ง 3 รายนั้นย่อมสามารถจำหน่าย จ่าย โอนสินค้าด้วยวิธีอื่นต่อไปได้ ประกอบกับพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32/1 ที่ได้รับรองสิทธิให้แก่ ผู้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในต้นฉบับหรือสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์นั้นโดยชอบด้วยกฎหมายสามารถจำหน่าย จ่าย โอน ต่อไปได้โดยไม่ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิจำหน่าย เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่อาจใช้สิทธิในการหวงกั้นการจำหน่ายต่อไปได้หลังจากการจำหน่ายครั้งแรกของตน ดังนั้น ทั้ง 3 ราย จึงมีสิทธิที่จะนำแผ่นวีซีดีภาพยนตร์นั้นออกขายหรือจำหน่ายจ่ายโอนด้วยวิธีอื่นต่อไปได้ โดยไม่ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิเด็ดขาด ในการจำหน่ายของเจ้าของลิขสิทธิ์ แม้ว่าการจำหน่ายจะไม่ได้ได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์ก็ตาม

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ โดยที่ตนเองเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ ก็ย่อมเป็นสิทธิของบุคคลที่จะกระทำได้

อย่างไรก็ตาม การขายแผ่นภาพยนตร์ แม้จะสามารถขายได้ตามหลักการขายครั้งแรก (First-sale Doctrine) และตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32/1 โดยถือว่าไม่ผิดกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ และสามารถขายได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 ก็ตาม แต่พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 กลับบัญญัติห้ามมิให้ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ เว้นแต่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนเสียก่อน ถึงแม้ว่าภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์นั้นผู้ซื้อหรือเจ้าของสำเนาอันมีลิขสิทธิ์ที่ได้ถูกผลิตขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมายจะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์อย่างถูกต้อง และเป็นสินค้าที่ไม่ได้มีการละเมิดลิขสิทธิ์ ก็จะต้องได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนก่อนจึงจะขายได้ ซึ่งหากขายโดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนก็จะมีความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน และต้องรับโทษทางอาญา

ในประเทศญี่ปุ่น การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยนหรือจำหน่ายภาพยนตร์ หรือวีดิทัศน์ ผู้ประกอบกิจการไม่จำเป็นต้องขอใบอนุญาตประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยนหรือจำหน่ายภาพยนตร์ หรือวีดิทัศน์ แต่ผู้ประกอบกิจการซื้อ - ขายซีดีและดีวีดี ซอฟต์แวร์เกม ซึ่งเป็นสินค้ามือสองไม่ว่าจะจำหน่ายที่ร้านค้า หรือจำหน่ายทางออนไลน์ จะต้องขออนุญาตประกอบธุรกิจสินค้ามือสอง ตามกฎหมายธุรกิจสินค้ามือสอง และสำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้ประกอบกิจการไม่จำเป็นต้องขอใบอนุญาตประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยนหรือจำหน่ายภาพยนตร์ หรือวีดิทัศน์ แต่อาจต้องมีใบจดทะเบียนนิติบุคคลเพื่อเป็นการทำให้ธุรกิจมีตัวตนที่ถูกต้องตามกฎหมาย และผู้ประกอบกิจการร้านจำหน่ายภาพยนตร์และวีดิทัศน์มือสอง จะต้องขอใบอนุญาตผู้ประกอบกิจการสินค้ามือสอง (Secondhand dealers license)

จากกรณีตัวอย่างของของนาย ส. , นาง น. และนาย ช. นั้น เป็นการนำแผ่นภาพยนตร์ซึ่งเป็นสินค้ามือสอง นำมาขายเพียงไม่กี่แผ่นเพื่อหารายได้พิเศษ หากทั้ง 3 ราย ต้องได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนเสียก่อนจึงจะนำมาขายได้ ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 38 วรรคหนึ่ง ทั้ง 3 ราย จะต้องเสียค่าใช้จ่ายในการเดินทางและเสียเวลาเพื่อไปดำเนินการขอใบอนุญาตจากนายทะเบียน เพียงเพื่อจะได้ขายแผ่นภาพยนตร์ซึ่งเป็นสินค้ามือสองเพียงไม่กี่แผ่น ทั้งๆ ที่ทั้ง 3 ราย มีสิทธิ์ในการขายได้ตามหลักการขายครั้งแรก (First-sale Doctrine) ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32/1 และตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 และเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศญี่ปุ่นและประเทศสหรัฐอเมริกาที่ถือว่าเป็นประเทศที่พัฒนาแล้ว มีความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจและสังคม และมีระบบกฎหมายที่ได้มาตรฐาน การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยนหรือจำหน่ายภาพยนตร์ หรือวีดิทัศน์ของทั้ง 2 ประเทศนั้น ผู้ประกอบกิจการไม่จำเป็นต้องขอใบอนุญาตประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยนหรือจำหน่ายภาพยนตร์ หรือวีดิทัศน์แต่อย่างใด ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า การที่ประเทศไทยกำหนดความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 38 วรรคหนึ่ง เป็นกฎหมายที่จำกัดสิทธิสร้างภาระ และเงื่อนไขที่ไม่จำเป็นแก่ประชาชน ทำให้เป็นอุปสรรคต่อการประกอบอาชีพของประชาชน

**1.2 ความสอดคล้องของหลักเกณฑ์ แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวกับการกำหนดความผิดทางอาญา ทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษ และกฎหมายอื่น กกับการกำหนดความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน**

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ว่ากฎหมายของประเทศไทยส่วนใหญ่เป็นกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ ซึ่งการที่รัฐบัญญัติให้การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนเป็นความผิดอาญานั้น เป็นการบัญญัติให้เป็นความผิดเพราะกฎหมายห้าม (mala prohibita) ดังนั้น จึงต้องพิจารณาถึงความสอดคล้องของหลักเกณฑ์ แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวกับการกำหนดความผิดทางอาญา ทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษ และกฎหมายอื่น กกับการกำหนดความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ดังนี้

### 1.2.1 ความสอดคล้องต่อหลักเกณฑ์ แนวคิด และทฤษฎีการกำหนดความผิดอาญา

#### 1) หลักเกณฑ์การป้องกันการกระทำที่อาจเป็นภัยอันตรายต่อผู้อื่น

การที่รัฐจะกำหนดว่าการกระทำใดเป็นความผิดอาญาการกระทำนั้นจะต้องก่อให้เกิดภัยอันตรายแก่ผู้อื่น ไม่ว่าจะเป็นภัยอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย จิตใจ ทรัพย์สิน เสรีภาพ อนามัย แม้กระทั่งภัยอันตรายต่อเศรษฐกิจหรือความมั่นคงของประเทศ ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน หากเป็นภาพยนตร์ ที่ไม่ได้ละเมิดลิขสิทธิ์ และผ่านการตรวจพิจารณาจากคณะกรรมการตรวจพิจารณาภาพยนตร์แล้ว ก็ไม่ได้เป็นการฆ่าหรือทำให้ผู้ใดตาย ไม่ได้เป็นการทำร้ายร่างกายให้ผู้ใดได้รับบาดเจ็บ แม้เพียงเล็กน้อย ไม่ได้เป็นการทำร้ายจิตใจผู้ใดให้สติฟั่นเฟือนหรือไม่มีสติสัมปชัญญะ ไม่ได้เป็นการลักทรัพย์ หลอกหลวงเอาทรัพย์สิน หรือทำให้ผู้ใดสูญเสียทรัพย์สิน ไม่ได้เป็นการกักขังหน่วงเหนี่ยวหรือทำให้ผู้ใดสูญเสียอิสรภาพ หรือบังคับข่มขู่ให้ผู้ใดไม่มีเสรีภาพ ไม่ได้เป็นการกระทำที่ไม่ถูกสุขอนามัย หรือก่อให้เกิดโรคภัยไข้เจ็บแก่บุคคลใด ไม่ได้กระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ แต่กลับเป็นการกระตุ้นเศรษฐกิจให้ประชาชนมีอาชีพ มีรายได้ และไม่ได้เป็นการกระทำที่เป็นอันตรายต่อความมั่นคงของประเทศแต่อย่างใด ดังนั้น การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน จึงไม่ได้ก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อผู้อื่นแต่อย่างใด การกำหนดความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน จึงไม่สอดคล้องต่อหลักเกณฑ์การป้องกันการกระทำที่อาจเป็นภัยอันตรายต่อผู้อื่น

#### 2) ทฤษฎีในการกำหนดความผิดอาญา ของ เฮอร์เบิร์ต แอล แพ็กเกอร์

เมื่อวิเคราะห์หลัก 6 ประการ ตามทฤษฎีของ เฮอร์เบิร์ต แอล แพ็กเกอร์ (Herbert L. Packer) กับการกำหนดความรับผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนแล้ว ผู้ศึกษามีความเห็นดังนี้

1. การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน หากเป็นภาพยนตร์ที่ไม่ได้ละเมิดลิขสิทธิ์ และผ่านการตรวจพิจารณาจากคณะกรรมการตรวจพิจารณาภาพยนตร์แล้ว หมู่ชนส่วนมากก็เห็นว่าเป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้ เนื่องจากเป็นการประกอบอาชีพ หารายได้ และไม่ได้ก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ผู้ใด หมู่ชนส่วนมากไม่ได้เห็นว่าเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม หรือเป็นการกระทำที่ไม่น่าให้อภัยแต่อย่างใด

2. ในกรณีลงโทษผู้ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน โดยการปรับหรือกักขังแทนค่าปรับไปแล้ว ก็ไม่ต้องตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษ ไม่ว่าจะเป็นการลงโทษเพื่อการแก้แค้น (retribution) เพราะไม่มีผู้ใดโกรธแค้นผู้ที่จำหน่ายภาพยนตร์ที่ไม่ได้ละเมิดลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน หรือการลงโทษเพื่อตัดขาดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม เพื่อคุ้มครองสังคมให้พ้นจากภัยอันตรายในระหว่างที่

ผู้กระทำความผิดนั้นถูกตัดขาด เพราะผู้ประกอบการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ที่ไม่ได้ละเมิดลิขสิทธิ์ โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ไม่ได้ก่อให้เกิดอันตรายใดต่อสังคมดังที่ได้กล่าวไว้แล้ว จึงไม่จำเป็นจะต้องตัดขาดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม หรือการลงโทษเพื่อปรับปรุงแก้ไข (rehabilitation) หรือเพื่อนำผู้กระทำความผิดกลับคืนสู่สังคม เพราะการจำหน่ายภาพยนตร์ที่ไม่ได้ละเมิดลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนไม่ใช่ความผิดในตัวเอง (malum in se) เหมือนการฆ่าคน ลักทรัพย์ คงไม่มีความจำเป็นใดที่จะต้องปรับปรุงแก้ไขจิตใจหรือพฤติกรรมของผู้จำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน อย่างไรก็ตาม อาจมองได้ว่า การลงโทษทางอาญาแก่ผู้ประกอบการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน เป็นการลงโทษเพื่อข่มขู่ ยับยั้ง ไม่ให้ผู้กระทำความผิดกลับไปกระทำความผิดอีก และยับยั้งไม่ให้ผู้อื่นเลียนแบบหรือกระทำความผิด ในลักษณะเดียวกันอีก ซึ่งผู้ศึกษาก็ยังเห็นว่าการกำหนดให้ผู้ประกอบการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนเป็นความผิดอาญา ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษประการต่าง ๆ

3. การที่รัฐบัญญัติให้การประกอบการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน เป็นความผิดอาญา ซึ่งเป็นความผิดอาญาแผ่นดินนั้น หากมีการปราบปรามและลงโทษผู้ที่จำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ทั้งๆ ที่เป็นภาพยนตร์ที่ถูกลิขสิทธิ์และได้รับการตรวจพิจารณาจากคณะกรรมการตรวจพิจารณาภาพยนตร์แล้ว และชุมชนส่วนมากก็ไม่ได้เห็นว่าเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม หรือเป็นการกระทำที่ไม่น่าให้อภัย คนในสังคมคงมีการนำไปเปรียบเทียบกับการไม่เร่งรัดปราบปรามอาชญากรรมอื่นที่รุนแรงกว่า เช่น อาชญากรรมหลอกหลวงทรัพย์สินจากผู้เสียหาย (แก๊งคอลเซ็นเตอร์) อันจะมีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป

4. ผู้ใดประกอบการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ต้องระวางโทษทางอาญา โดยปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาทและปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่ ซึ่งเป็นโทษปรับเป็นจำนวนเงินที่แน่นอน ไม่ว่าจะให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายก็แผ่นดินก็ตาม ผู้ที่ประกอบการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์เพียงครั้งคราวไม่กี่แผ่นและไม่ได้มีเงินเพียงพอที่จะจ่ายค่าปรับ ก็ต้องถูกกักขังแทนค่าปรับดังกรณีตัวอย่าง 3 ราย ในบทที่ 1 อาจทำให้ผู้กระทำความผิดรู้สึกว่าเป็นโทษที่หนัก เกิดความเข็ดหลาบและไม่กล้ากระทำความผิดอีก แต่หากผู้ใดประกอบการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ ในปริมาณที่มากและมีเงินมากเพียงพอที่จะจ่ายค่าปรับก็อาจถือว่าเป็นโทษเพียงเล็กน้อย อาจทำให้ผู้กระทำความผิดไม่เกิดความเข็ดหลาบ ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า การกำหนดให้การประกอบการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนเป็นความผิดอาญานั้น ไม่สามารถทำให้มีการใช้บังคับกฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน



5. การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ในบางกรณีดังเช่น 3 ราย ตามที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 1 อาจมีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญา เริ่มตั้งแต่ ชั้นพนักงานสอบสวน ชั้นพนักงานอัยการ ศาลชั้นต้นจนถึงศาลฎีกา จนกระทั่งชั้นราชทัณฑ์ เกินขีดความสามารถ ทั้งทางด้านคุณภาพและปริมาณของกระบวนการยุติธรรม ทั้งๆ ที่ควรจะใช้ทรัพยากรที่จำกัดของกระบวนการยุติธรรมไปดำเนินคดีอื่น ๆ ที่มีความสำคัญและมีประโยชน์ต่อสังคมมากกว่า การดำเนินคดีกับผู้ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน

6. การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ รัฐอาจกำหนดมาตรการอย่างอื่นมาควบคุมการประกอบกิจการนั้นได้ ไม่จำเป็นต้องใช้กฎหมายอาญากับกรณีดังกล่าว ซึ่งมาตรการที่เหมาะสมในการควบคุมการประกอบกิจการ อาจเป็นการรายงาน การจดแจ้ง หรือการขึ้นทะเบียนเป็นผู้ประกอบกิจการ เป็นต้น

ดังนั้น การกำหนดความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน จึงไม่สอดคล้องต่อทฤษฎีทั้ง 6 ประการของ เฮอร์เบิร์ต แอล แพ็กเกอร์

### 3) หลักเกณฑ์การบัญญัติกฎหมายอาญาของ ไนเกล วอล์กเกอร์

การบัญญัติให้ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนเป็นความผิดอาญานั้น ไม่อาจทำให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์อย่างน้อย 6 ประการ ตามหลักเกณฑ์ของไนเกล วอล์กเกอร์ เนื่องจาก

1. การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน หากเป็นภาพยนตร์ที่ถูกลิขสิทธิ์และผ่านการตรวจพิจารณาจากคณะกรรมการตรวจพิจารณาภาพยนตร์แล้ว การกระทำความผิดดังกล่าวก็ไม่ได้เป็นการประทุษร้ายโดยเจตนา อันเป็นการโหดเหี้ยมทารุณ หรือการประกอบกิจกรรมทางเพศด้วยวิธีการอันไม่พึงประสงค์ ไม่ใช่ภัยอื่นๆ อันเกิดจากการกระทำที่ไม่ได้เจตนา ดังเช่นภัยจากการจราจร สารพิษ การติดเชื้อ กัมมันตรังสี ไม่ได้เป็นการชักจูงใจ ผู้ที่อายุน้อยหรือมีความอ่อนแอทางจิตใจให้หลงผิดได้ง่าย และไม่ได้เป็นการทำร้ายกดขี่หรือรีดไถ บุคคลอื่น

2. การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน หากเป็นภาพยนตร์ที่ถูกลิขสิทธิ์และผ่านการตรวจพิจารณาจากคณะกรรมการตรวจพิจารณาภาพยนตร์แล้ว การกระทำความผิดดังกล่าวก็ไม่ได้ทำให้กระทบกระเทือนสภาวะจิตใจของบุคคล แต่อย่างใด ไม่ใช่การกระทำที่ถือเป็นเรื่องที่ผิดธรรมชาติ ไม่ได้เป็นการทำการอันไม่

เหมาะสมหรือผิดธรรมชาติในที่สาธารณะซึ่งสร้างความตกใจให้แก่บุคคลอื่น และไม่ได้เป็นการช่วยเหลือ อารมณ์บุคคลอื่นให้โกรธ หรือก่อให้เกิดความวุ่นวายขึ้นในสังคม

3. การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้ รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน หากเป็นภาพยนตร์ที่ถูกลิขสิทธิ์และผ่านการตรวจพิจารณาจาก คณะกรรมการตรวจพิจารณาภาพยนตร์แล้ว และเป็นภาพยนตร์ที่เป็นกรรมสิทธิ์ของผู้นั้น การ ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ก็เป็นเพียงการประกอบอาชีพหรือหา รายได้โดยสุจริต ไม่ได้เป็นการลักขโมย ฉ้อโกง หรือทำให้ทรัพย์สินผู้อื่นเสียหายแต่อย่างใด

4. การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้ รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ไม่ได้เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความไม่สะดวกสบายต่างๆ แก่ สาธารณชนแต่อย่างใด

5. การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้ รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน หากเป็นภาพยนตร์ที่ถูกลิขสิทธิ์และผ่านการตรวจพิจารณาจาก คณะกรรมการตรวจพิจารณาภาพยนตร์แล้ว ก็ไม่เป็นการกระทำที่เป็นอันตรายต่อสถาบันทางสังคม เช่น สถาบันศาสนา สถาบันพระมหากษัตริย์แต่อย่างใด

6. การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้ รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน เป็นเพียงการประกอบอาชีพหรือหารายได้โดยสุจริต ไม่ได้เป็นการ กระทำที่ขัดต่อวัตถุประสงค์ทั้ง 5 ข้อ ตามที่กล่าวมาแล้วนั้น เนื่องจากไม่ได้เป็นการขัดคำสั่งเจ้า พนักงาน การให้การเท็จ การช่วยเหลือผู้หลบหนีจากที่คุมขัง เป็นต้น

ดังนั้น การกำหนดความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน จึงไม่สอดคล้องต่อวัตถุประสงค์หลัก อย่างน้อย 6 ประการ ของไนเกล วอล์กเกอร์แต่อย่างใด

#### 4) หลักเกณฑ์ว่าด้วยการจำกัด (Limiting Principles)

การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับ ใบอนุญาตจากนายทะเบียน หากเป็นภาพยนตร์ที่ถูกลิขสิทธิ์และผ่านการตรวจพิจารณาจาก คณะกรรมการตรวจพิจารณาภาพยนตร์แล้ว และเป็นภาพยนตร์ที่เป็นกรรมสิทธิ์ของผู้นั้น การกระทำ นั้นก็ไม่ได้เป็นการกระทำที่มีความชั่วร้ายอยู่ในตัว (mala in se) ไม่ได้เป็นการกระทำที่สังคมเห็นว่า เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนความรู้สึกทางศีลธรรมของคนในสังคม สังคมไม่ได้ถือว่าการกระทำนั้นเป็น ความชั่วร้าย และเป็นความผิดพื้นฐาน (traditional) แต่การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดที่กฎหมาย กำหนด (mala prohibita) เป็นผลให้การใช้กฎหมายอาญาลงโทษการกระทำนั้นย่อมไม่มีประโยชน์ เนื่องจากสังคมไม่ได้ประโยชน์ใดกับการเอาผิดและลงโทษผู้ที่ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือ จำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ที่เป็นภาพยนตร์ที่ถูกลิขสิทธิ์และผ่านการ

ตรวจพิจารณาจากคณะกรรมการตรวจพิจารณาภาพยนตร์แล้ว และเป็นภาพยนตร์ที่เป็นกรรมสิทธิ์ของผู้นั้น การใช้กฎหมายอาญาลงโทษ การกระทำนั้นถือเป็นการไม่สมควรอย่างยิ่งนอกจากนั้น การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน เป็นสิ่งที่สาธารณชนเห็นว่าเป็นเรื่องธรรมดา ไม่ได้เห็นว่าสมควรถูกลงโทษ ดังนั้น การกำหนดให้การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนเป็นความผิดอาญานั้น เป็นการที่รัฐนำกฎหมายอาญามาใช้เพื่อวัตถุประสงค์บางประการ จึงไม่สอดคล้องต่อหลักเกณฑ์ว่าด้วยการจำกัด (Limiting Principles)

#### 5) หลักคุณธรรมทางกฎหมาย

บทบัญญัติกฎหมายอาญานั้น บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายอันใดอันหนึ่งหรือหลายอัน ไม่ให้เป็นอันตรายหรือไม่ให้ถูกคุกคามให้ตกอยู่ในอันตราย ซึ่งการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน หากเป็นภาพยนตร์ที่ถูกลิขสิทธิ์และผ่านการตรวจพิจารณาจากคณะกรรมการตรวจพิจารณาภาพยนตร์แล้ว และเป็นภาพยนตร์ที่เป็นกรรมสิทธิ์ของผู้นั้น การกระทำนั้นไม่ได้เป็นการละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายในด้านใดเลย ไม่ว่าจะ เป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” (Individualrechtsgut) เช่น ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ หรือ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม” (Universalrechtsgut) เช่น ความปลอดภัยในการจราจร กติกาของรัฐธรรมนูญ เป็นต้น จึงไม่จำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายอาญามาคุ้มครอง “คุณธรรมทางกฎหมาย” จากการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ดังนั้น การกำหนดความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน จึงไม่สอดคล้องต่อหลักคุณธรรมทางกฎหมาย

#### 6) แนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์ (Economic Analysis of Law)

แนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์ (economic analysis of law) มีแนวคิดว่าหากรัฐจะกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญา รัฐจะต้องคำนึงถึง “ผลประโยชน์” (benefits) และ “ต้นทุน” (costs) ในการดำเนินการ ดังนั้น การที่รัฐกำหนดให้การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน เป็นความผิดอาญา รัฐก็ควรจะต้องพิจารณาจากประโยชน์ที่สังคมจะได้รับ (social benefits) และต้นทุนของสังคมที่จะต้องเสียไป (social costs) เป็นสำคัญ กล่าวคือ การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ แม้จะไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน แต่หากเป็นภาพยนตร์ที่ถูกลิขสิทธิ์และผ่านการตรวจพิจารณาจากคณะกรรมการตรวจพิจารณาภาพยนตร์แล้ว และเป็นภาพยนตร์ที่เป็นกรรมสิทธิ์ของผู้นั้น การกระทำนั้นถือเป็นการประกอบอาชีพสุจริต สร้างรายได้ มีการหมุนเวียนทางเศรษฐกิจ ซึ่งถือว่าเป็นประโยชน์ต่อสังคม อีกทั้ง ต้นทุน ในการดำเนินคดีอาญากับการกระทำดังกล่าว สังคมต้องเสีย

ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีอาญา ตั้งแต่ชั้นพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ และศาลที่พิจารณา คดีอาญา และหากมองในมุมมองของต้นทุนค่าเสียโอกาส (opportunity cost) ทั้งพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ และศาล ที่ต้องมาดำเนินคดีอาญา ในกรณีนี้ ย่อมเสียโอกาสในการใช้ทรัพยากรที่ จำกัดไปทำคดีอาญาอื่นที่เป็นอันตรายต่อสังคม ประกอบกับโทษทางอาญาของการประกอบกิจการให้ เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน คือ โทษปรับ หาก ผู้กระทำผิดไม่มีเงินเสียค่าปรับ ก็จะต้องถูกกักขังแทนค่าปรับ ซึ่งการกักขังแทนค่าปรับนี้ ย่อมสร้าง ต้นทุนให้สังคมเช่นกัน เช่น ต้องใช้งบประมาณและบุคลากรในการดูแลผู้ต้องขัง ซึ่งหากเปรียบเทียบกับ การให้อิสระภาพกับผู้กระทำผิดได้ไปทำงานหารายได้ให้เกิดประโยชน์กับเศรษฐกิจย่อมเป็นสิ่งที่ สังคมพึงประสงค์มากกว่า ดังนั้น การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดย ไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน เป็นการกระทำที่ได้ประโยชน์ต่อสังคมมากกว่าเกิดความเสียหาย ต่อสังคม จึงไม่ควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญา การที่รัฐกำหนดให้การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนเป็นความผิดอาญา จึงไม่ สอดคล้องต่อแนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์

#### 7) แนวคิดทางศีลธรรมของสังคม (Legal Moralism)

การที่รัฐจะบัญญัติให้การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่าย ภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน เป็นความผิดทางอาญา การกระทำนั้นคนส่วนใหญ่ ในสังคมจะต้องเห็นตรงกันว่าเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมอย่างร้ายแรง ซึ่งการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนนั้น หากเป็นภาพยนตร์ที่ ถูกลิขสิทธิ์และผ่านการตรวจพิจารณาจากคณะกรรมการตรวจพิจารณาภาพยนตร์แล้ว และเป็น ภาพยนตร์ ที่เป็นกรรมสิทธิ์ของผู้นั้น คนส่วนใหญ่ในสังคมไทยก็ไม่ได้เห็นว่าเป็นการกระทำที่ผิด ศีลธรรมอย่างร้ายแรงแต่อย่างใด ดังนั้น การกำหนดความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน จึงไม่สอดคล้องต่อ แนวคิดทางศีลธรรมของสังคม

#### 8) หลักสากลในการกำหนดความรับผิดทางอาญา

ตามคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 (Declaration of Human and Civic Rights of 26 August 1789) กำหนดว่า บุคคลสามารถที่จะกระทำการใดๆ ก็ได้ ที่ไม่ก่อให้เกิดภัยอันตรายแก่ผู้อื่น ซึ่งตามที่ได้วิเคราะห์มาแล้วว่าการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน หากเป็นภาพยนตร์ที่ถูกลิขสิทธิ์และ ผ่านการตรวจพิจารณาจากคณะกรรมการตรวจพิจารณาภาพยนตร์แล้ว และเป็นภาพยนตร์ ที่เป็น กรรมสิทธิ์ของผู้นั้น ไม่ได้เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดภัยอันตรายแก่ผู้อื่นแต่อย่างใด กฎหมายจึงไม่มีสิทธิ

ห้ามไม่ให้ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์แม้ไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน เพราะไม่ได้เป็นการกระทำที่เป็นอันตรายต่อสังคม

ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 (Universal Declaration of Human Rights 1948 หรือ UDHR) ได้กำหนดเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาไว้ว่า กฎหมายจะกำหนดข้อจำกัดในการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคล เพียงเพื่อเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการรักษาความปลอดภัย และเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของความสงบเรียบร้อย ศีลธรรมอันดีของประชาชน และสวัสดิการทั่วไปในสังคมประชาธิปไตย ซึ่งการห้ามมิให้บุคคลประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน เป็นการบัญญัติกฎหมายเพื่อจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลในการประกอบอาชีพหรือหารายได้ ทั้งๆ ที่การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์นั้น ไม่ได้เป็นการก่อให้เกิดอันตรายแก่บุคคลหรือสังคม และไม่ได้กระทบต่อความสงบเรียบร้อย ศีลธรรมอันดีของประชาชน และสวัสดิการทั่วไปในสังคมประชาธิปไตยแต่อย่างใด

ในการกำหนดความผิดทางอาญาตามมาตรฐานสากล รัฐจะจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้เพียงเฉพาะเท่าที่จำเป็นอย่างยิ่งโดยชัดแจ้งเท่านั้น โดยจะต้องเป็นการทำเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นในสังคมด้วย และเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และสวัสดิการในสังคมประชาธิปไตย ดังนั้น การกำหนดความผิดทางอาญาจึงทำได้เฉพาะในกรณีที่มีการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่รบกวนความสงบสุขของประชาชนในสังคมเท่านั้น แต่การประกอบกิจการ ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ แม้ไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ก็ไม่ได้เป็นการรบกวนความสงบสุขของคนในสังคม การกระทำนั้นจึงไม่ควรที่จะกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา ดังนั้น การกำหนดความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน จึงไม่สอดคล้องต่อหลักสากลในการกำหนดความรับผิดทางอาญา

เมื่อวิเคราะห์ความสอดคล้องของหลักเกณฑ์ แนวคิด และทฤษฎีการกำหนดความผิดอาญา ไม่ว่าจะเป็น หลักเกณฑ์การป้องกันการกระทำที่อาจเป็นอันตรายต่อผู้อื่น ทฤษฎีในการกำหนดความผิดอาญาของ เฮอร์เบิร์ต แอล แพ็กเกอร์ หลักเกณฑ์การบัญญัติกฎหมายอาญาของ ไนเกล วอล์กเกอร์ หลักเกณฑ์ว่าด้วยการจำกัด (Limiting Principles) หลักคุณธรรมทางกฎหมาย แนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์ (Economic Analysis of Law) แนวคิดทางศีลธรรมของสังคม (Legal Moralism) และหลักสากลในการกำหนดความรับผิดทางอาญา ก็กับการกำหนดความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ผู้ศึกษาเห็นว่า การกำหนดให้การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับ

รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน เป็นความผิดอาญา ไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ แนวคิด และทฤษฎี การกำหนดความผิดอาญาแต่อย่างใด

### 1.2.2 ความสอดคล้องต่อทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษ

การกำหนดให้การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน เป็นความผิดอาญา ไม่สอดคล้องกับทฤษฎีเกี่ยวกับลงโทษ ทั้ง 5 ประการ เนื่องจาก

1. การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ แม้จะไม่ได้ รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน แต่หากเป็นภาพยนตร์ที่ถูกลิขสิทธิ์และผ่านการตรวจพิจารณาจาก คณะกรรมการตรวจพิจารณาภาพยนตร์แล้ว และเป็นภาพยนตร์ที่เป็นกรรมสิทธิ์ของผู้นั้น คนในสังคม ก็จะมองว่าเป็นสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพหรือหารายได้ ไม่ได้รู้สึกว่าเป็นการกระทำที่กระทบ ต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีต่อประชาชน หรือเป็นการกระทำที่น่ารังเกียจแต่อย่างใด คน ในสังคมไม่ได้รู้สึกโกรธแค้นผู้กระทำ และไม่ได้รู้สึกว่าผู้กระทำจะต้องได้รับโทษตอบแทนจากการ กระทำผิดนั้น อย่างสาสมกับความผิดที่ได้กระทำลงไป เพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน และถึงแม้ว่า ผู้กระทำผิดได้ถูกลงโทษไปแล้ว ดังกรณีตัวอย่าง 3 ราย ในบทที่ 1 ก็ไม่มีผู้ใดเกิดความพึงพอใจเมื่อได้ เห็นว่าผู้กระทำผิด ได้ถูกลงโทษ มีแต่ผู้ที่เห็นใจผู้กระทำผิดและยื่นมือเข้าช่วยเหลือ ดังนั้น การกำหนดให้การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาต จากนายทะเบียน เป็นความผิดอาญา จึงไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์การลงโทษเพื่อการแก้แค้น (retribution)

2. ตามที่ได้วิเคราะห์มาแล้วว่า การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือ จำหน่ายภาพยนตร์ แม้จะไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน แต่หากเป็นภาพยนตร์ที่ถูกลิขสิทธิ์และ ผ่านการตรวจพิจารณาจากคณะกรรมการตรวจพิจารณาภาพยนตร์แล้ว และเป็นภาพยนตร์ที่เป็น กรรมสิทธิ์ของผู้นั้น การกระทำนั้นไม่ได้ก่อให้เกิดภัยอันตรายใดต่อสังคม จึงไม่มีความจำเป็นต้องลงโทษ เพื่อตัดขาด ผู้ประกอบกิจการออกจากสังคม เพื่อคุ้มครองสังคมให้พ้นจากภัยอันตรายในระหว่างที่ ผู้กระทำผิดนั้นถูกตัดขาด ดังนั้น การกำหนดให้การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือ จำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน เป็นความผิดอาญา จึงไม่สอดคล้องกับ วัตถุประสงค์การลงโทษเพื่อตัดขาดผู้กระทำผิดออกจากสังคม

3. การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับ ใบอนุญาตจากนายทะเบียน ไม่ใช่ความผิดในตัวเอง (mala in se) เหมือนการฆ่าคน ลักทรัพย์ ฉ้อโกง แต่เป็นการกระทำความผิดเพราะกฎหมายกำหนดให้การกระทำนั้นเป็นความผิด (mala prohibita) สาเหตุของการกระทำความผิดอาจเพียงเพราะผู้กระทำผิดไม่รู้ว่ากฎหมายกำหนดห้ามมิให้กระทำ ดัง กรณีที่ยกตัวอย่าง 3 ราย ในบทที่ 1 จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องลงโทษผู้กระทำผิดเพื่อให้

ผู้กระทำความผิดปรับเปลี่ยนความคิด ปรับเปลี่ยนพฤติกรรม ให้กลับตัวเป็นคนดีและไม่กลับไปกระทำความผิดซ้ำอีก ดังนั้น การกำหนดให้การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน เป็นความผิดอาญา จึงไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์การลงโทษเพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำความผิด

4. ตามที่ได้วิเคราะห์มาแล้วข้างต้นว่า การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ไม่ใช่ความผิดในตัวเอง (mala in se) จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อให้ผู้กระทำความผิดปรับเปลี่ยนความคิด ปรับเปลี่ยนพฤติกรรม ให้กลับตัวเป็นคนดี ประกอบกับการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ หากเป็นภาพยนตร์ที่ถูกลิขสิทธิ์และผ่านการตรวจพิจารณาจากคณะกรรมการตรวจพิจารณาภาพยนตร์แล้ว และเป็นภาพยนตร์ที่เป็นกรรมสิทธิ์ของผู้นั้น ก็ถือว่าเป็นการประกอบอาชีพสุจริต จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องลงโทษผู้กระทำผิดเพื่อเตรียมความพร้อมหรือปรับปรุงให้ผู้กระทำความผิด เช่น การฝึกอาชีพ หรือการให้การศึกษาพื้นฐานทั่วไป เป็นต้น ดังนั้น การกำหนดให้การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน เป็นความผิดอาญา จึงไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์การลงโทษเพื่อนำผู้กระทำความผิดกลับคืนสู่สังคม

5. อย่างไรก็ตาม อาจจะมีมองได้ว่า การลงโทษทางอาญาแก่ผู้ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน เป็นการลงโทษเพื่อข่มขู่ ยับยั้ง ไม่ให้ผู้กระทำความผิดกลับไปกระทำผิดอีก และยับยั้งไม่ให้ผู้อื่นเลียนแบบหรือกระทำความผิดในลักษณะเดียวกันอีก ซึ่งโทษทางอาญาที่จะลงแก่ผู้ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน เป็นโทษปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท โดยจากกรณีตัวอย่าง 3 ราย ในบทที่ 1 นั้น การลงโทษปรับมีผลเป็นการข่มขู่ให้ผู้กระทำผิดเกิดความกลัว ไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำอีก ส่งผลให้คนในสังคมเกิดความเกรงกลัว ไม่เอาเป็นเยี่ยงอย่าง อันเป็นการยับยั้งไม่ให้คนในสังคมคิดที่จะกระทำความผิด และการลงโทษปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาทนั้น ย่อมก่อให้เกิดผลเสียแก่ผู้กระทำความผิดมากกว่าผลประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดคิดว่าจะได้รับจากการกระทำความผิดนั้น ดังกรณีที่ยกตัวอย่างทั้ง 3 ราย เป็นการนำภาพยนตร์มาจำหน่ายเพียงไม่กี่แผ่น ซึ่งคงได้เงินจากการจำหน่ายภาพยนตร์นั้นไม่มาก ถ้าเทียบกับจำนวนเงินที่จะต้องถูกปรับ อันก่อให้เกิดผลเสียแก่ผู้กระทำความผิดมากกว่าผลประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดคิดว่าจะได้รับจากการกระทำความผิดนั้น แต่การลงโทษโดยใช้ทฤษฎีนี้ ก็ไม่สามารถข่มขู่ ยับยั้ง หรือบังคับได้กับทุกคน เนื่องจาก โทษทางอาญา ในความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน คือโทษปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท ซึ่งหากผู้ใดมีเงินมากเกินพอที่จะชำระค่าปรับได้ ก็ไม่อาจทำให้บุคคลนั้นเกรงกลัวต่อการ

ลงโทษ จึงไม่สามารถการข่มขู่ ยับยั้งบุคคลนั้นได้ แต่ถ้าหากผู้ใดไม่มีเงินพอที่จะเสียค่าปรับ ก็จะต้อง ถูกกักขังแทนค่าปรับ ดังกรณีตัวอย่าง 3 ราย ซึ่งกรณีนี้อาจทำให้บุคคลนั้นเกรงกลัวต่อการลงโทษ อัน เป็นการการข่มขู่ ยับยั้งบุคคลนั้นได้ ดังนั้น เมื่อทฤษฎีและวัตถุประสงค์การลงโทษนี้ไม่สามารถบังคับ ได้กับทุกคน การกำหนดให้การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้ รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน เป็นความผิดอาญา จึงไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์การลงโทษเพื่อ ข่มขู่ ยับยั้ง

ดังที่ได้วิเคราะห์มาแล้วข้างต้น การกำหนดให้การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน เป็นความผิดอาญา จึงไม่ สอดคล้องต่อทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษ

### 1.2.3 ความสอดคล้องต่อกฎหมายอื่น

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 37 กำหนดไว้ว่า บุคคล ย่อมมีสิทธิในทรัพย์สินและการสืบมรดก ประกอบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 ที่กำหนดให้เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอยและจำหน่ายทรัพย์สินของตน และได้ซึ่งดอกผลแห่ง ทรัพย์สินนั้น ฉะนั้น ผู้ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ หากเป็นทรัพย์สิน ที่ตนได้มาและเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์โดยถูกต้องตามกฎหมาย และไม่ใช่งานภาพยนตร์ที่ละเมิดลิขสิทธิ์แล้ว ผู้นั้นย่อมมีสิทธิประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์นั้นได้

สำหรับหลักการขายครั้งแรก (First-sale Doctrine) และพระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32/1 เมื่อพิจารณาจากการกระทำของทั้ง 3 ราย ในกรณีตัวอย่างในบทที่ 1 ที่นำแผ่นภาพยนตร์มือสองที่ตนเองเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์อย่างถูกต้อง และเป็นสินค้าที่ไม่ได้มีการ ละเมิดลิขสิทธิ์มาวางขาย ซึ่งเมื่อวิเคราะห์จากหลักการขายครั้งแรก (First-sale Doctrine) แล้ว เห็นว่า เมื่อเจ้าของลิขสิทธิ์แผ่นวีซีดีภาพยนตร์ได้จำหน่ายงานอันมีลิขสิทธิ์ในครั้งแรกแล้ว เจ้าของลิขสิทธิ์นั้น ไม่มีสิทธิหวงกั้นมิให้ทั้ง 3 ราย จำหน่ายจ่ายโอนต่อไปได้ และเมื่อทั้ง 3 ราย ได้ซื้อสินค้าที่ถูกลิขสิทธิ์ มาโดยถูกต้องตามกฎหมายแล้ว ทั้ง 3 รายนั้นย่อมสามารถจำหน่าย จ่าย โอนต่อไปได้ ประกอบกับ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32/1 ที่ได้รับรองสิทธิให้แก่ผู้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในต้นฉบับ หรือสำเนาอันมีลิขสิทธิ์นั้นโดยชอบด้วยกฎหมาย สามารถจำหน่าย จ่าย โอนต่อไปได้โดยไม่ถือว่าเป็น การละเมิดสิทธิจำหน่าย เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่อาจใช้สิทธิในการหวงกั้นการจำหน่ายต่อไปได้หลังจาก การจำหน่ายครั้งแรกของตน ดังนั้น ทั้ง 3 ราย จึงมีสิทธิที่จะนำแผ่นวีซีดีภาพยนตร์นั้นออกขายหรือ จำหน่ายจ่ายโอนด้วยวิธีอื่นต่อไปได้ โดยไม่ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิเด็ดขาดในการจำหน่ายของ เจ้าของลิขสิทธิ์ แม้ว่าการจำหน่ายจะไม่ได้ได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์ก็ตาม ประกอบกับ ข้อตกลงทริปส์ (Agreement on Trade-Related Aspects of Property Rights : TRIPS) ก็มุ่ง ประสงค์ให้นำมาตรการทางแพ่งมาใช้เป็นหลัก ส่วนมาตรการทางอาญานั้นมุ่งประสงค์ให้ใช้ประกอบ



กับมาตรการทางแพ่งเท่านั้นและมุ่งประสงค์ให้ใช้เฉพาะการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาที่กระทำในระดับเชิงพาณิชย์เท่านั้น

ดังนั้น การกำหนดความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน จึงไม่สอดคล้องต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 37 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 หลักการขายครั้งแรก (First-sale Doctrine) และพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32/1

เมื่อวิเคราะห์แล้ว ผู้ศึกษาเห็นว่า การกำหนดความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ไม่สอดคล้องต่อหลักเกณฑ์ แนวคิด และทฤษฎีการกำหนดความผิดอาญา ทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษ และกฎหมายอื่น ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 37 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 หลักการขายครั้งแรก (First-sale Doctrine) และพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

### 1.3 เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 กับ การกำหนดความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน

เจตนารมณ์ของการกำหนดความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 นั้น มีวิวัฒนาการของกฎหมาย และเจตนารมณ์ของกฎหมายแต่ละฉบับตามยุคสมัย โดยเมื่อพิจารณาวิวัฒนาการของกฎหมายตั้งแต่พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 จนถึงพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 จะเห็นได้ว่า เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 จนถึงพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มีเจตนารมณ์เพื่อต้องการควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ที่จะนำไปเผยแพร่ไปสู่สาธารณชน เนื่องจากภาพยนตร์บางเรื่องมีการแสดงที่เป็นการชักชวนหรือส่งเสริมให้มีการละเมิดศีลธรรม และบางเรื่องเป็นการจูงใจหรือแนะนำวิธีการกระทำผิดอาญาอันเป็นการฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยได้กำหนดให้ผู้สร้างภาพยนตร์ต้องดำเนินการสร้างภาพยนตร์ในลักษณะที่ไม่เป็นการบ่อนทำลาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรืออาจกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงและเกียรติภูมิของประเทศไทย และได้กำหนดให้ ภาพยนตร์ที่จะนำออกฉาย ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายในราชอาณาจักร ต้องผ่านการตรวจพิจารณาและได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์ก่อน หากฝ่าฝืนจะต้องมีความผิดทางอาญา สำหรับการกำหนดห้ามมิให้ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน หากฝ่าฝืนจะต้องมีความผิดทางอาญานั้น ได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติ

ควบคุมกิจการเช่าและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 เป็นกฎหมายฉบับแรก เรื่อยมาจนถึงพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 โดยมีเจตนารมณ์เพื่อควบคุมเนื้อหาของภาพยนตร์ โดยมุ่งควบคุมการให้บริการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ซึ่งไม่ได้ผ่านการตรวจพิจารณาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ

เมื่อพิจารณาเจตนารมณ์ของการกำหนดความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 แล้ว จะเห็นว่า การกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการต้องได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนเสียก่อนจึงจะประกอบกิจการได้นั้น ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมร้านค้า สถานที่ให้มีความสะอาด ปลอดภัยต่อชีวิต ทรัพย์สิน สุขอนามัยของผู้รับบริการ ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมวิธีการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ และไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมคุณสมบัติบางประการของผู้ประกอบกิจการ แต่กลับมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมเนื้อหาของภาพยนตร์ โดยมุ่งควบคุมการให้บริการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ซึ่งไม่ได้ผ่านการตรวจพิจารณาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า การควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ ที่จะนำไปเผยแพร่ไปสู่สาธารณชนซึ่งไม่ได้ผ่านการตรวจพิจารณาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ได้มีกำหนดไว้ในมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 อยู่แล้ว โดยหากผู้ใดนำภาพยนตร์ ออกฉาย ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายในราชอาณาจักร โดยไม่ผ่านการตรวจพิจารณาและได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์ก่อน ก็จะมี ความผิดอาญาและมีโทษทางอาญาตามมาตรา 78 ดังนั้น การกำหนดความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยไม่ได้ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 จึงมีเจตนารมณ์ที่ซ้ำซ้อนกันกับมาตรา 25

การกำหนดความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 แม้จะมีเจตนารมณ์เพื่อควบคุมเนื้อหาของภาพยนตร์ซึ่งไม่ได้ผ่านการตรวจพิจารณาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่การกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการต้องได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนเสียก่อนจึงจะประกอบกิจการได้นั้น ไม่ได้เป็นการมุ่งเอาผิดและลงโทษผู้ประกอบกิจการที่ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาของภาพยนตร์ไม่เหมาะสม หรือไม่ได้ผ่านการตรวจพิจารณาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่กลับเป็นการมุ่งเอาผิดและลงโทษผู้ประกอบกิจการที่ไม่มีใบอนุญาตถึงแม้ภาพยนตร์ที่นำมาให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายนั้นจะผ่านการตรวจพิจารณาจากเจ้าหน้าที่รัฐ และได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์แล้ว และเป็นภาพยนตร์ที่ถูกลิขสิทธิ์ก็ตาม แต่หาก ผู้ประกอบกิจการนั้นไม่มีใบอนุญาต ก็ยังต้องมีความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ตามมาตรา

38 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า การกำหนดความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ตามมาตรา 38 ไม่สอดคล้องตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551

สำหรับการแก้ปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ภาพยนตร์โดยใช้พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 38 เป็นเครื่องมือนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่า พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 กับกฎหมายลิขสิทธิ์ มีวัตถุประสงค์ต่างกัน โดยพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มุ่งควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ที่จะนำไปเผยแพร่ไปสู่สาธารณชน แต่กฎหมายลิขสิทธิ์ มีพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มุ่งคุ้มครองงานอันมีลิขสิทธิ์ และลงโทษผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ จึงเห็นว่า ไม่ควรนำพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 38 มาใช้เป็นเครื่องมือในการแก้ปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ภาพยนตร์ แต่ควรใช้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ในการบังคับโดยตรง และหากพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ไม่สามารถนำมาบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ก็ควรที่จะปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ต่อไป

ตามที่ได้วิเคราะห์มาแล้ว ผู้ศึกษาเห็นว่า การกำหนดความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน เป็นกฎหมายที่จำกัดสิทธิ สร้างภาระและเงื่อนไขที่ไม่จำเป็นแก่ประชาชน ทำให้เป็นอุปสรรคต่อการประกอบอาชีพของประชาชน ประกอบกับไม่สอดคล้องต่อหลักเกณฑ์ แนวคิด และทฤษฎีการกำหนดความผิดอาญา ทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษ และกฎหมายอื่น ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 37 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 หลักการขายครั้งแรก (First-sale Doctrine) และพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 อีกทั้ง ยังมีเจตนารมณ์ที่ซ้ำซ้อนกันกับมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 และการกำหนดความผิดอาญาฐานนี้ก็ไม่สอดคล้องตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 จึงไม่มีลักษณะอันสมควรที่จะให้เป็นความผิดทางอาญา เนื่องจากการกระทำนั้นไม่ได้ส่งผลกระทบต่อประชาชนหรือสังคม หรือไม่ได้มีลักษณะที่ประชาชนหรือคนในสังคมเห็นว่าขัดต่อศีลธรรม หรือทำให้เกิดความไม่สงบในสังคมจนถึงขนาดควรบัญญัติให้เป็นความผิดอาญา อันเป็นลักษณะของกฎหมายอาญาเพื่อ ดังนั้น จึงเห็นว่า การกำหนดความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน เป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้เกิดปัญหากฎหมายอาญาเพื่อ

## 2. การปฏิรูปกฎหมายอาญา เกี่ยวกับการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยนหรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ของไทยและของต่างประเทศ

จากที่ได้วิเคราะห์มาแล้วว่า การกำหนดความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน เป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้เกิดปัญหากฎหมายอาญาเพื่อ ซึ่งการกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์จะต้องขอใบอนุญาตและต้องได้รับใบอนุญาตก่อนจึงจะประกอบกิจการได้นั้น เป็นมาตรการควบคุมการประกอบกิจการโดยรัฐ โดยการใช้ระบบอนุญาต แต่ในยุคที่มีแนวคิดว่ารัฐควรแทรกแซงกิจการทางเศรษฐกิจ และสังคมให้น้อยลง จึงมีแนวคิดในทางกฎหมายว่า ผู้ตรากฎหมายควรใช้ระบบอนุญาตเพียงเท่าที่จำเป็น โดยใช้กับเรื่องที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งในการปกป้องคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ และไม่มีมาตรการอื่นใดที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้เท่านั้น แนวคิดนี้จึงเป็นที่มาของนโยบายลด-เลิกระบบอนุญาตโดยประเทศที่พัฒนาแล้ว ผู้ศึกษาจึงได้ศึกษามาตรการทางกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นและประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศที่พัฒนาแล้ว มีความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจและสังคมและมีระบบกฎหมายที่ได้มาตรฐาน ซึ่งแต่เดิมมีการควบคุมการประกอบกิจการต่าง ๆ โดยใช้ระบบอนุญาตเป็นหลัก ก่อนที่จะลด-เลิกระบบอนุญาตและหันมาใช้มาตรการอื่นแทนระบบอนุญาตในหลายเรื่อง ดังที่ผู้ศึกษาได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 3 ซึ่งผู้ศึกษาจึงจะได้ทำการวิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายในการปฏิรูปกฎหมายอาญา เกี่ยวกับการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยนหรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ของแต่ละประเทศ เพื่อเสนอแนะมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ของไทย เพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77 และแผนการปฏิรูปประเทศด้านกฎหมาย ซึ่งจะกล่าวดังต่อไปนี้

### 2.1 ประเทศญี่ปุ่น

การควบคุมการประกอบกิจการในประเทศญี่ปุ่น จะเห็นว่ารัฐมีอำนาจเข้ามาแทรกแซงและควบคุมกำกับกิจการประกอบกิจการ การประกอบอาชีพของบุคคล ในกรณีนี้อาจมีผลกระทบต่อประโยชน์ส่วนรวม โดยใช้ระบบอนุญาต 5 ประเภท คือ การแจ้ง การขึ้นทะเบียน การขออนุญาต การขออนุมัติ และการขอใบอนุญาต โดยจะใช้ควบคุมการประกอบกิจการที่มีลักษณะที่อาจมีความเป็นไปได้ว่าการประกอบกิจการนั้นอาจมีผลกระทบต่อสาธารณะ เช่น การประกอบกิจการโทรคมนาคมที่ติดตั้งอุปกรณ์โทรคมนาคมประเภทที่หนึ่งและประเภทที่สองที่ให้บริการโทรคมนาคม

แก่ผู้ประกอบการโทรคมนาคมอื่น<sup>148</sup> การประกอบกิจการให้กู้ยืมเงิน<sup>149</sup> การประกอบธุรกิจการ  
ท่องเที่ยว หรือธุรกิจคลังจัดเก็บสินค้า<sup>150</sup> เป็นต้น หรือการประกอบกิจการมีสภาพที่ไม่ได้เป็นการขัด  
ต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรม อันดีของประชาชนโดยตรง แต่มีความจำเป็นในการรักษา  
ผลประโยชน์ของสาธารณะ เนื่องจากการดำเนินกิจการนั้นอาจมีผลกระทบต่อชีวิต ร่างกาย  
เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสภาพสังคม เช่น การประกอบกิจการร้านอาหาร การประกอบธุรกิจก่อสร้าง  
การประกอบกิจการขนส่ง การประกอบกิจการสถานดูแลผู้สูงอายุ การประกอบกิจการรับซื้อ - ขาย  
ของมือสอง การประกอบธุรกิจด้านการรักษาความปลอดภัย

การประกอบธุรกิจตัวแทนขับรถ<sup>151</sup> การประกอบกิจการการธนาคาร<sup>152</sup> การประกอบ  
กิจการประกันสุขภาพ<sup>153</sup> การประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ หรือการจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์  
หรือเครื่องดื่มมีเมาอื่นๆ<sup>154</sup> เป็นต้น แต่สำหรับการประกอบกิจการให้เช่าหรือจำหน่ายภาพยนตร์  
หรือวีดิทัศน์ (เกม) ในประเทศญี่ปุ่น ไม่มีการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเพื่อควบคุมการประกอบกิจการ  
ดังกล่าว ไม่ว่าจะควบคุมด้วยวิธีการแจ้ง การขึ้นทะเบียน การขออนุญาต การขออนุมัติ หรือการขอ  
ใบอนุญาต ทั้งๆ ที่ประเทศญี่ปุ่นก็เป็นประเทศที่มีร้านค้าที่จำหน่ายภาพยนตร์และเกมเป็นจำนวนมาก  
เช่น ร้าน Tasutaya<sup>155</sup> ร้าน Book off<sup>156</sup> ร้าน Nintendo<sup>157</sup> เป็นต้น

เมื่อพิจารณาจากการที่ประเทศญี่ปุ่นไม่มีการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาควบคุมการประกอบ  
กิจการให้เช่าหรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ อาจเป็นเพราะว่าประเทศญี่ปุ่นเห็นว่าการประกอบ  
กิจการให้เช่าหรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ที่ผ่านการเซ็นเซอร์ตามกฎหมายและเป็นสินค้าที่  
ไม่ได้ละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ไม่ได้มีผลกระทบต่อสาธารณะ จึงไม่ได้กำหนดให้การประกอบกิจการให้เช่า

<sup>148</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยกิจการโทรคมนาคม (พระราชบัญญัติฉบับที่ 86 ลงวันที่ 25 ธันวาคม พ.ศ. 2523)

<sup>149</sup> พระราชบัญญัติกิจการให้กู้ยืมเงิน (พระราชบัญญัติฉบับที่ 32 ลงวันที่ 13 พฤษภาคม พ.ศ. 2518)

<sup>150</sup> อีซาชิ มัทซึโมะโตะ. การอนุญาตคืออะไร? อธิบายความแตกต่างระหว่างการขออนุญาตและการขอ  
อนุมัติ แต่ละประเภทของธุรกิจที่ต้องขออนุญาตและใช้ใบอนุญาต. 2565. สืบค้นจาก

<https://biz.moneyforward.com/establish/basic/545/> เมื่อวันที่ 19 ตุลาคม 2566.

<sup>151</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>152</sup> พระราชบัญญัติการธนาคาร (พระราชบัญญัติฉบับที่ 59 ลงวันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ. 2523)

<sup>153</sup> พระราชบัญญัติกิจการประกันสุขภาพ (พระราชบัญญัติฉบับที่ 105 ลงวันที่ 7 มิถุนายน พ.ศ. 2538)

<sup>154</sup> อีซาชิ มัทซึโมะโตะ. (เชิงอรรถ 8)

<sup>155</sup> ข้อมูลของร้าน Tsutaya สืบค้นจาก <https://store.tsutaya.jp/> เมื่อวันที่ 1 มกราคม 2567.

<sup>156</sup> ข้อมูลของร้าน Book off สืบค้นจาก

<https://www.bookoff.co.jp/inbound/taxfreshop201712/> เมื่อวันที่ 1 มกราคม 2567.

<sup>157</sup> ข้อมูลของร้าน Nintendo สืบค้นจาก <https://www.nintendo.co.jp/officialstore/index.html>  
เมื่อวันที่ 1 มกราคม 2567.

แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตเป็นความผิดอาญา ซึ่งสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวกับการกำหนดความผิดทางอาญา ทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษ ในการกำหนดความผิดอาญา ตามที่ผู้ศึกษาได้ทำการวิเคราะห์มาแล้ว ซึ่งต่างจาก บทบัญญัติมาตรา 38 วรรคหนึ่ง และมาตรา 54 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ของประเทศไทยที่กำหนดให้ผู้ประกอบกิจการให้เช่าหรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ จะต้องขอใบอนุญาต และต้องได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนก่อน จึงจะสามารถประกอบกิจการได้ หากผู้ใดประกอบกิจการโดยที่ ไม่มีใบอนุญาตจากนายทะเบียน ก็จะต้องถูกลงโทษทางอาญา ถึงแม้สินค้านั้นจะได้ผ่านการตรวจพิจารณาจากคณะกรรมการแล้ว และเป็นสินค้าที่ไม่ได้ละเมิดลิขสิทธิ์ก็ตาม

อย่างไรก็ตาม การประกอบกิจการร้านรับซื้อ - ขายของมือสองในประเทศญี่ปุ่น จะต้องได้รับอนุญาตให้เป็นตัวแทนจำหน่ายสินค้ามือสอง จากคณะกรรมการความปลอดภัยสาธารณะ ก่อน<sup>158</sup> จึงจะสามารถประกอบกิจการได้ตามกฎหมายธุรกิจสินค้ามือสอง โดยสินค้ามือสองประเภท สื่อบันทึก (เช่น SD การ์ด) CD และ DVD ซอฟต์แวร์เกม<sup>159</sup> ฯลฯ ก็ถือเป็นสินค้ามือสองที่ต้องถูกควบคุมตามกฎหมายนี้ ไม่ว่าจะเป็นการประกอบกิจการที่มีหน้าร้าน หรือประกอบกิจการผ่านทางออนไลน์<sup>160</sup> สาเหตุที่ต้องมี การควบคุม ก็เพื่อป้องกันการซื้อและขายสินค้าที่ถูกขโมย ฯลฯ และเพื่อให้ ค้นพบสินค้าเหล่านั้นได้โดยทันที เพื่อป้องกันการโจรกรรมและอาชญากรรมอื่นๆ และลดความเสียหาย ที่เกิดจากสิ่งเหล่านั้น<sup>161</sup> สำหรับประเทศไทยนั้น ถึงแม้จะมีพระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาด และค้าของเก่า พ.ศ. 2474 มาควบคุมการค้าซื้อ - ขายสินค้ามือสอง แต่ก็ไม่ปรากฏว่าการประกอบกิจการ สินค้ามือสองประเภทภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์จะต้องขอใบอนุญาตเพื่อประกอบกิจการแต่อย่างใด<sup>162</sup>

สำหรับการปฏิรูปกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบกิจการต่างๆ ของประเทศญี่ปุ่น ได้ใช้วิธีผ่อนปรนความเคร่งครัดของระบบอนุญาต โดยได้ยกเลิกระบบอนุญาตในเรื่องที่ไม่จำเป็น โดย ได้วางหลักเกณฑ์พิจารณาในการยกเลิกระบบอนุญาตไว้เป็นแนวทาง คือ กรณีที่ระบบอนุญาตในเรื่อง

<sup>158</sup> พระราชบัญญัติธุรกิจสินค้ามือสอง มาตรา 3

<sup>159</sup> ทะคะตะ. **【ต้องรู้】** ขั้นตอนการขอใบอนุญาต กฎหมาย ฯลฯ ที่จำเป็นสำหรับการเปิดร้านค้าออนไลน์. 2566. สืบค้นจาก <https://www.makeshop.jp/main/know-how/opening/opening-request.html> เมื่อวันที่ 19 ตุลาคม 2566.

<sup>160</sup> เรื่องเดียวกัน

<sup>161</sup> พระราชบัญญัติธุรกิจสินค้ามือสอง มาตรา 1

<sup>162</sup> ประกาศกรมการปกครอง เรื่อง ให้ผู้ประกอบอาชีพขายทอดตลาดและค้าของเก่าตามพระราชบัญญัติ ควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่า พุทธศักราช 2474 ดำเนินการขอรับใบอนุญาตให้ถูกต้องตามกฎหมาย ลง วันที่ 6 มกราคม 2549

ได้พ้นสมัยไปแล้ว เนื่องจากความเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจและสังคม หรือสร้างภาระจนเกินสมควร แก่หน่วยงานของรัฐหรือผู้ขออนุญาต หรือไม่มีประสิทธิภาพ และมีมาตรการอื่นที่นำมาใช้แทนได้ ก็ย่อมสมควรยกเลิกระบบอนุญาตในเรื่องนั้นเสีย ซึ่งในบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77 ก็ได้บัญญัติในเรื่องการปฏิรูปกฎหมาย โดยมีแนวทางการปฏิรูปกฎหมายที่ คล้ายคลึงกับของประเทศญี่ปุ่น คือ ให้ยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่ สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้า เพื่อไม่ให้เป็นการแก่ประชาชน อีกทั้ง ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77 ในส่วนที่ว่า รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตในกฎหมายเฉพาะกรณีที่ยกเว้น พึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่างๆ ที่บัญญัติไว้ใน กฎหมายให้ชัดเจน ก็คล้ายคลึงกับแนวทางการปฏิรูปกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบกิจการต่างๆ ของ ประเทศญี่ปุ่น ในแนวทางที่ 3 ที่กำหนดให้ลดขั้นตอนที่ไม่จำเป็นในกระบวนการขออนุญาต เพิ่มการ อำนวยความสะดวกและสร้างความชัดเจนในกระบวนการขออนุญาต

การปฏิรูปกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบกิจการต่างๆ ของประเทศญี่ปุ่น โดยวิธี ยกเลิกระบบอนุญาตในเรื่องที่ไม่จำเป็นนั้น น่าจะเป็นเพราะเป็นไปตามแนวคิดในการลดความซับซ้อน ของระบบราชการ ที่มุ่งจะลดขั้นตอนของทางราชการที่ทำให้เป็นอุปสรรคโดยไม่จำเป็นต่อการ ประกอบกิจการ การประกอบอาชีพ และการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยมีเหตุผลสำคัญเพื่อให้ การประกอบกิจการต่างๆ โดยเฉพาะการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจมีความสะดวกรวดเร็วยิ่งขึ้น อันจะส่งผลดีต่อการพัฒนาระบบเศรษฐกิจของประเทศ ขณะเดียวกัน การยกเลิกระบบอนุญาตใน เรื่องที่ไม่จำเป็น ยังเป็นผลดีต่อหน่วยงานของรัฐที่ลดเปลืองภาระงานส่วนหนึ่งออกไปได้ และ สามารถทุ่มเทเวลาและกำลังเจ้าหน้าที่ให้กับภารกิจอื่นที่จำเป็นและสำคัญ ซึ่งจะช่วยเพิ่มประสิทธิภาพ ในการดำเนินงานของหน่วยงานของรัฐ ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า มีแนวความคิดนี้แฝงอยู่ในบทบัญญัติใน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77 ด้วยเช่นกัน

## 2.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

การควบคุมการประกอบกิจการในประเทศสหรัฐอเมริกา จะเห็นว่าหากไม่มีการ อนุญาต (licensing) จากหน่วยงานผู้มีอำนาจให้สิทธิหรือให้ความยินยอม การประกอบธุรกิจหรือ การกระทำนั้นจะเป็นการผิดกฎหมาย<sup>163</sup> ซึ่งการประกอบกิจการเกี่ยวกับการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์และวีดิทัศน์ของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ไม่มีกฎหมายบังคับว่าผู้ประกอบ

<sup>163</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. รายงานการศึกษา เรื่อง การใช้ระบบอนุญาตและมาตรการอื่นแทน ระบบอนุญาตในระบบกฎหมายต่างประเทศ. 2560. น.50-51. สืบค้นจาก

<https://www.lawreform.go.th/uploads/files/1570530592-xp1dm-6yl4k.pdf> เมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน 2564.

กิจการจะต้องขออนุญาตประกอบกิจการ ไม่ว่าจะเป็นการจดทะเบียน (registration) การรับรอง (certification) หรือการอนุญาต (licensure) ทั้งในระดับสหพันธรัฐ ระดับมลรัฐ หรือระดับท้องถิ่น

เมื่อพิจารณาจากการที่ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาควบคุมการประกอบกิจการให้เช่าหรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ อาจเป็นเพราะว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาเห็นว่า การควบคุมการประกอบกิจการโดยการอนุญาตนั้นเป็นการใช้อำนาจรัฐ (police power) ในลักษณะที่เป็นมาตรการสั่งการและควบคุม (command-and-control measure) ซึ่งในหลายกรณีอาจกระทบต่อสิทธิตามรัฐธรรมนูญของบุคคลได้ ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาก็มีหลักการว่า การกำหนดมาตรการควบคุมของรัฐต้องพิจารณามาตรฐานการคุ้มครองสิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ เช่น หลักสิทธิการระบวงการ หรือการคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกัน และในกรณีที่ต้องใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย ก็มีหลักเกี่ยวกับการอนุญาตว่า การกำหนดเงื่อนไขด้านสารบัญญัติของการอนุญาตจะต้องเกี่ยวข้องกับข้อขัดแย้งกับปัญหาที่ต้องแก้ไข ดังนั้น ประเทศสหรัฐอเมริกาน่าจะเห็นว่า การบัญญัติกฎหมายขึ้นมาควบคุมการประกอบกิจการให้เช่าหรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ จะกระทบสิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ เป็นการจำกัดสิทธิของประชาชนในการประกอบอาชีพ และการประกอบกิจการให้เช่าหรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ก็ยังไม่ได้ก่อให้เกิดปัญหาแก่สังคมที่จะต้องมีการแก้ไขแต่อย่างใด จึงไม่ได้กำหนดให้การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตเป็นความผิดอาญา ซึ่งสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวกับการกำหนดความผิดทางอาญา ทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษ ในการกำหนดความผิดอาญา ตามที่ผู้ศึกษาได้ทำการวิเคราะห์มาแล้ว ซึ่งต่างจากบทบัญญัติมาตรา 38 วรรคหนึ่ง และมาตรา 54 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ของประเทศไทยที่กำหนดให้ผู้ประกอบกิจการให้เช่าหรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์จะต้องขอใบอนุญาต และต้องได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนก่อน จึงจะสามารถประกอบกิจการได้ หากผู้ใดประกอบกิจการโดยที่ไม่มีใบอนุญาตจากนายทะเบียน ก็จะต้องถูกลงโทษทางอาญา ถึงแม้สินค้านั้นจะผ่านการตรวจพิจารณาจากคณะกรรมการแล้ว และเป็นสินค้าที่ไม่ได้ละเมิดลิขสิทธิ์ก็ตาม ซึ่งทำให้กระทบสิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ เป็นการจำกัดสิทธิของประชาชนในการประกอบอาชีพ

อย่างไรก็ตาม การประกอบกิจการอาจจะต้องมีการจดทะเบียนนิติบุคคล เพื่อเป็นการทำให้อุรกิจมีตัวตนที่ถูกต้องตามกฎหมาย และสำหรับการประกอบกิจการสินค้ามือสอง (Second Hand Dealer) จำเป็นจะต้องมีใบอนุญาตตัวแทนจำหน่ายสินค้ามือสอง (Second Hand Dealer Licensing) ก่อนจึงจะประกอบกิจการได้ตามกฎหมาย หากฝ่าฝืนดำเนินกิจการโดยไม่มีใบอนุญาตหรือใบอนุญาตหมดอายุ ถือว่ากระทำความผิดกฎหมาย มีโทษทางอาญา ต้องระวางโทษจำคุก หรือปรับ



หรือทั้งจำทั้งปรับ<sup>164</sup> ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับกฎหมายของแต่ละมลรัฐหรือแต่ละท้องถิ่น สาเหตุที่ต้องมีการควบคุม ก็เพื่อปกป้องผู้บริโภคและป้องกันการกระทำผิดทางอาญา สำหรับประเทศไทยนั้น ผู้ศึกษาได้กล่าวมาแล้วว่า ถึงแม้จะมีพระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่า พ.ศ. 2474 มาควบคุมการซื้อขาย - ขายสินค้ามือสอง แต่ก็ไม่ปรากฏว่าการประกอบกิจการสินค้ามือสองประเภทภาพยนตร์หรือวิดีโอทัศน์จะต้องขอใบอนุญาตเพื่อประกอบกิจการแต่อย่างใด

สำหรับการปฏิรูปกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบกิจการต่างๆ ของนครชิคาโก ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้ใช้วิธีแบ่งประเภทใบอนุญาตใหม่ออกเป็น 3 ประเภท คือ ใบอนุญาตประกอบธุรกิจแบบจำกัด (Limited Business Licenses) ใบอนุญาตประกอบธุรกิจที่ต้องกำกับดูแล (Regulated Business Licenses) และใบอนุญาตประกอบธุรกิจเฉพาะ (Specific Business Licenses) จากนั้นก็พิจารณาว่า ควรยกเลิก ควบรวม หรือคงไว้ซึ่งใบอนุญาตประเภทใดบ้าง โดยพิจารณาประกอบกับเป้าหมายที่ต้องการจะลดต้นทุนการบังคับใช้ใบอนุญาตประกอบธุรกิจที่ไม่ได้เป็นปัญหาภัยกับประโยชน์สาธารณะมากนักและทุ่มทรัพยากรการบังคับใช้ใบอนุญาตกับธุรกิจที่มีความเสี่ยงจะก่อให้เกิดการหลอกลวงผู้บริโภค การฉ้อโกง หรือการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งในบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77 ก็ได้บัญญัติในเรื่องการปฏิรูปกฎหมาย โดยมีแนวทางการปฏิรูปกฎหมายที่คล้ายคลึงกับของประเทศสหรัฐอเมริกา คือ ให้ยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ และ รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตในกฎหมายเฉพาะกรณีที่เป็น

การปฏิรูปกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบกิจการต่างๆ ของนครชิคาโก ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยวิธียกเลิก ควบรวม หรือคงไว้ซึ่งใบอนุญาตนั้น เป็นเพราะในนครชิคาโกเกิดปัญหาในเรื่องผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม มีปัญหาเรื่องต้นทุนค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับค่าธรรมเนียมใบอนุญาต และใบอนุญาตจำนวนมากเป็นใบอนุญาตที่มีมานานและไม่เหมาะสมกับสภาพการณ์ปัจจุบัน อีกทั้งใบอนุญาตบางประเภท ก็ถูกนำไปใช้อย่างผิดวัตถุประสงค์ โดยผู้ศึกษาเห็นว่ากรยกเลิกระบบอนุญาตของประเทศสหรัฐอเมริกา น่าจะมีแนวคิดลดความซับซ้อนและลดขั้นตอนของทางราชการที่ทำให้เป็นอุปสรรคต่อการประกอบกิจการ การประกอบอาชีพ และการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชน เพื่อให้การประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจ มีความสะดวกรวดเร็วยิ่งขึ้น อันจะส่งผลดีต่อการพัฒนาระบบเศรษฐกิจของประเทศ เหมือนกับแนวคิดของประเทศญี่ปุ่น ขณะเดียวกัน การยกเลิกระบบอนุญาตในเรื่องที่ไม่ได้เป็นปัญหาภัยกับประโยชน์สาธารณะมากนัก ทำให้หน่วยงานของรัฐสามารถทุ่มเทเวลาและกำลังเจ้าหน้าที่ให้กับการกำกับดูแลธุรกิจที่มีความเสี่ยงจะก่อให้เกิดการหลอกลวงผู้บริโภค การฉ้อโกง หรือการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งจะช่วยเพิ่มประสิทธิภาพในการดำเนินงานของหน่วยงาน

<sup>164</sup> Wolters Kluwer. *Pawn shop and second hand dealer licensing*. n.d. Retrieved from <https://www.licenselogix.com/second-hand-dealer-licensing> date October 19, 2023.

ของรัฐ สำหรับการรวบรวมใบอนุญาตของประเทศสหรัฐอเมริกา มีการกำหนดให้ผู้ประสงค์จะประกอบกิจการขอใบอนุญาตประเภทเดียวแทนที่จะต้องขอใบอนุญาตหลายใบ โดยมีหลักการว่าให้ผู้ที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจที่ต้องกำกับดูแล (Regulated Business Licenses) หรือใบอนุญาตประกอบธุรกิจเฉพาะ (Specific Business Licenses) ในเรื่องใดแล้วไม่ต้องขอใบอนุญาตประกอบธุรกิจแบบจำกัด (Limited Business Licenses) ซึ่งเป็นใบอนุญาตทั่วไปสำหรับธุรกิจทุกประเภทอีก ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่าหลักการดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อลดความซ้ำซ้อนของใบอนุญาตที่ใบอนุญาตประกอบกิจการหนึ่งมีผลครอบคลุมไปถึงกิจการอื่นที่เป็นเครื่องมือสำคัญและจำเป็นอันจะทำให้กิจการหลักบรรลุวัตถุประสงค์ได้

### 2.3 ประเทศไทย

จากการที่ได้วิเคราะห์การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยนหรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ (เกม) ในประเทศญี่ปุ่นและประเทศสหรัฐอเมริกา เปรียบเทียบกับประเทศไทยแล้วพบว่า ในประเทศญี่ปุ่น ผู้ประกอบกิจการไม่จำเป็นต้องขอใบอนุญาตประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยนหรือจำหน่ายภาพยนตร์ หรือวีดิทัศน์ แต่ผู้ประกอบกิจการซื้อ - ขายซีดีและดีวีดี ซอฟต์แวร์เกม ซึ่งเป็นสินค้ามือสอง ไม่ว่าจะจำหน่ายที่ร้านค้า หรือจำหน่ายทางออนไลน์ จะต้องขออนุญาตประกอบธุรกิจสินค้ามือสอง ตามกฎหมายธุรกิจสินค้ามือสอง และสำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้ประกอบกิจการไม่จำเป็นต้องขอใบอนุญาตประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยนหรือจำหน่ายภาพยนตร์ หรือวีดิทัศน์ เช่นเดียวกันกับประเทศญี่ปุ่น แต่อาจต้องมีใบอนุญาตทะเบียนนิติบุคคลเพื่อเป็นการทำให้อุตสาหกรรมมีตัวตนที่ถูกต้องตามกฎหมาย และผู้ประกอบกิจการร้านจำหน่ายภาพยนตร์และวีดิทัศน์มือสอง จะต้องขอใบอนุญาตผู้ประกอบกิจการสินค้ามือสอง (Secondhand dealers license) ในขณะที่ประเทศไทยกลับบัญญัติให้ผู้ประกอบกิจการจะต้องขอใบอนุญาตและต้องได้รับใบอนุญาตให้ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์จากนายทะเบียนเสียก่อนจึงจะสามารถประกอบกิจการได้ หากฝ่าฝืนประกอบกิจการ โดยไม่ได้รับใบอนุญาตก็ต้องระวางโทษปรับ ซึ่งมาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยที่ควบคุมการประกอบกิจการดังกล่าว ไม่สอดคล้องกับมาตรการทางกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นและประเทศสหรัฐอเมริกาที่ถือว่าเป็นประเทศที่พัฒนาแล้ว มีความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจและสังคม และมีระบบกฎหมายที่ได้มาตรฐาน บทบัญญัติดังกล่าวของประเทศไทยทำให้เป็นอุปสรรคโดยไม่จำเป็นต่อการประกอบกิจการ การประกอบอาชีพ และการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชน อันเป็นอุปสรรคต่อการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจและการพัฒนาระบบเศรษฐกิจของประเทศไทย ผู้ศึกษาจึงเห็นควรปฏิรูปกฎหมายการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยนหรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ของประเทศไทย ให้สอดคล้องกับมาตรการทางกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นและประเทศสหรัฐอเมริกา

จากการวิเคราะห์แนวทางการปฏิรูปกฎหมายของผู้ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยนหรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ของประเทศญี่ปุ่นและประเทศสหรัฐอเมริกา เปรียบเทียบกับประเทศไทยแล้วพบว่า ประเทศญี่ปุ่นใช้วิธีแก้ไขหรือยกเลิกมาตรการควบคุมที่มีความเคร่งครัดมาก และใช้เวลานาน แล้วนำมาตราการควบคุมที่มีความเคร่งครัดและใช้เวลาน้อยกว่ามาใช้บังคับแทน เนื่องจากการบังคับใช้มาตรการควบคุมนั้นได้หมดความจำเป็นลงจากความเปลี่ยนแปลงทางสภาพ เศรษฐกิจและสังคม และการลดขั้นตอนที่ไม่จำเป็นในกระบวนการขออนุญาต เพิ่มการอำนวยความสะดวกและสร้างความชัดเจน ในกระบวนการขออนุญาต และสำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา ก็ใช้วิธีการยกเลิก ควบรวมใบอนุญาตบางประเภท โดยพิจารณาลดต้นทุนการบังคับใช้ใบอนุญาตประกอบ ธุรกิจที่ไม่ได้เป็นปัญหากับประโยชน์สาธารณะมากนัก หรือให้คงไว้ซึ่งใบอนุญาตบางประเภทที่มีความเสี่ยงจะก่อให้เกิดการหลอกลวงผู้บริโภค การฉ้อโกง หรือการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า ในบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77 ก็ได้บัญญัติในเรื่องการปฏิรูปกฎหมาย โดยมีแนวทางการปฏิรูปกฎหมายที่คล้ายคลึงกับของประเทศญี่ปุ่นและประเทศสหรัฐอเมริกา คือ ให้ยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้า เพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และให้รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตในกฎหมายเฉพาะกรณีที่เป็น

เมื่อวิเคราะห์แล้วว่าแนวทางการปฏิรูปกฎหมายของผู้ประกอบกิจการในประเทศไทย ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77 มีแนวทางที่คล้ายคลึงและใกล้เคียงกันกับแนวทางการปฏิรูปกฎหมายของผู้ประกอบกิจการของประเทศญี่ปุ่นและประเทศสหรัฐอเมริกา แต่มาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยที่ควบคุมการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยนหรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ของประเทศไทยนั้น ไม่สอดคล้องกับมาตรการทางกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น และประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้ศึกษาจึงเห็นควรปฏิรูปกฎหมายการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ของประเทศไทยให้สอดคล้องกับมาตรการทางกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นและประเทศสหรัฐอเมริกา คือ ผู้ประกอบกิจการไม่จำเป็นต้องขอใบอนุญาตประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์

ตามที่ได้วิเคราะห์มาแล้วว่า การกำหนดความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน เป็นกฎหมายที่จำกัดสิทธิ สร้างภาระและเงื่อนไขที่ไม่จำเป็นแก่ประชาชน ทำให้เป็นอุปสรรคต่อการประกอบอาชีพของประชาชน ประกอบกับไม่สอดคล้องต่อหลักเกณฑ์ แนวคิด และทฤษฎีการกำหนดความผิดอาญา ทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษ และกฎหมายอื่น ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 37 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 หลักการขายครั้งแรก (First-sale Doctrine) และพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 อีกทั้ง ยังมีเจตนารมณ์ที่ซ้ำซ้อนกันกับมาตรา 25

แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 และการกำหนดความผิดอาญานี้ก็ไม่สอดคล้องตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 จึงไม่มีลักษณะอันสมควรที่จะให้เป็นความผิด ทางอาญา อันเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้เกิดปัญหากฎหมายอาญาเพื่อ อีกทั้งเมื่อวิเคราะห์แนวทางการปฏิรูปกฎหมายของผู้ประกอบกิจการของประเทศญี่ปุ่นและประเทศสหรัฐอเมริกา กับบทบัญญัติ ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77 ของประเทศไทยแล้วพบว่า มีแนวทางการปฏิรูปกฎหมายคล้ายคลึงและใกล้เคียงกัน แต่มาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยที่ควบคุม การประกอบกิจการให้เข้า แลกเปลี่ยนหรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ของประเทศไทยไม่สอดคล้องกับมาตรการทางกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นและประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่าควรปฏิรูปกฎหมายการประกอบกิจการให้เข้า แลกเปลี่ยนหรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ของประเทศไทย ให้สอดคล้องกับมาตรการทางกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นและประเทศสหรัฐอเมริกา คือ ผู้ประกอบกิจการไม่จำเป็นต้องขอใบอนุญาตประกอบกิจการให้เข้า แลกเปลี่ยนหรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77 ได้กำหนดหลักการเกี่ยวกับ การปฏิรูปกฎหมายอาญา ไว้ว่า “รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้า เพื่อไม่ให้เป็นการแก่ประชาชน ให้รัฐใช้ระบบอนุญาตเฉพาะกรณีที่น่าจำเป็น และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง” ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้ว ผู้ศึกษาเห็นว่า การกำหนดความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เข้า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ตามมาตรา 38 วรรคหนึ่ง อยู่ในหลักเกณฑ์ที่ควรยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77 เนื่องจาก

1. เป็นกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบัน เนื่องจากสังคมปัจจุบันได้กลายเป็นสังคมยุคดิจิทัลไปแล้ว ผู้บริโภคส่วนมากได้หันไปใช้บริการดูภาพยนตร์ ฟังเพลง ร้องคาราโอเกะ หรือเล่นเกม บนแพลตฟอร์มออนไลน์ผ่านทางอินเทอร์เน็ต แทนการเช่า หรือซื้อจากร้านค้า ทำให้การกำกับดูแลธุรกิจร้านให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์และวีดิทัศน์ ไม่ได้ช่วยป้องกันความไม่เหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์และวีดิทัศน์แต่อย่างใด

2. เป็นกฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพ เนื่องจากการขอใบอนุญาตประกอบกิจการดังกล่าว มีขั้นตอนหลายขั้นตอน สร้างภาระต่อผู้ประกอบการ โดยเฉพาะผู้ที่ขายมือสอง ขายต่อเพียงไม่กี่แผ่น

3. การใช้ระบบอนุญาตควรใช้เฉพาะที่เกี่ยวข้องกับชีวิต ทรัพย์สิน อนามัย สิทธิ เสรีภาพ สาธารณชน ฯลฯ ซึ่งการประกอบกิจการให้เข้า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ ไม่ได้กระทบต่อชีวิต ทรัพย์สิน อนามัย สิทธิ เสรีภาพ สาธารณชนแต่อย่างใด และผู้ศึกษาเห็นว่าควรปฏิรูป

กฎหมายการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยนหรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ของประเทศไทย ให้สอดคล้องกับมาตรการทางกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นและประเทศสหรัฐอเมริกา คือ ผู้ประกอบกิจการไม่จำเป็นต้องขอใบอนุญาตประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์

4. สำหรับกรณีการกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรงนั้น สามารถแยกได้เป็น 3 กลุ่ม ดังนี้

กลุ่มแรก การกระทำที่เป็นเรื่องร้ายแรงยังคงเป็นความผิดอาญาอยู่ เช่น ฆาตกรรม ลักทรัพย์ ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์ ฯลฯ ซึ่งเป็นความผิดหลักในประมวลกฎหมายอาญารวมทั้งการกระทำที่เกี่ยวกับความปลอดภัยสาธารณะ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับอาวุธปืน และการกระทำที่กระทบต่อสวัสดิภาพ เศรษฐกิจ สังคม และการสาธารณสุขของส่วนรวม

กลุ่มที่ 2 กฎหมายที่ยังจำเป็นต้องมีสภาพบังคับแต่ไม่ร้ายแรงพอที่จะเป็นกฎหมายอาญา จึงควรใช้โทษทางปกครองหรือจำกัดสิทธิทางปกครองแทน ซึ่งกฎหมายเหล่านี้จะถูกแปรรูปไปเป็นโทษทางปกครอง (administrativization)

กลุ่มที่ 3 กฎหมายอาญาที่ควรยกเลิก เช่น พระราชบัญญัติความผิดอันเกิดจากการ ใช้เช็ค พ.ศ. 2534 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ในบางเรื่อง เพราะเป็นกฎหมายอาญาที่ไม่จำเป็นและการกระทำที่ไม่มีผลกระทบต่อสังคม

ซึ่งการกำหนดความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์และวีดิทัศน์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน เป็นการกระทำที่ไม่มีผลกระทบต่อสังคม และเป็นกฎหมายที่หมดความจำเป็น จึงควรจัดอยู่ในกลุ่มที่ 3 คือ กฎหมายอาญาที่ควรยกเลิก

สำหรับหลักเกณฑ์การแปรรูปความผิดอาญาไปเป็นโทษทางปกครองในกลุ่มที่ 2 นั้น กฎหมายที่จะแปรรูปจะต้องเป็นกฎหมายที่ยังจำเป็นต้องมีสภาพบังคับ แต่ไม่ร้ายแรงพอที่จะเป็นกฎหมายอาญา ก็จะถูกแปรรูปไปเป็นโทษทางปกครองแทน ซึ่งการกำหนดความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการ ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์และวีดิทัศน์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนนั้น ไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ แนวคิด และทฤษฎีการกำหนดความผิดอาญา และทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษ จึงไม่สมควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญาแต่แรก จึงไม่สามารถแปรรูปไปเป็นโทษทางปกครองได้ ประกอบกับความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาต จากนายทะเบียน ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 38 เป็นความผิดตามที่กฎหมายกำหนด หรือความผิดเพราะกฎหมายห้าม (mala prohibita) จึงสามารถยกเลิกความผิดฐานนี้ได้ ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงเห็นควรยกเลิกความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ตามมาตรา

38 พรรคหนึ่ง และโทษตามมาตรา 79 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 และความผิดและโทษลักษณะเดียวกัน คือ ความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายวีดิทัศน์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนตามมาตรา 54 พรรคหนึ่ง และโทษตามมาตรา 82 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551



## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 1. บทสรุป

ปัจจุบัน ประเทศไทยกำลังประสบปัญหา “กฎหมายอาญาเพื่อ (Over criminalization)” และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77 วรรคหนึ่ง กำหนดให้รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงพอที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็น หรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพ และในมาตรา 77 วรรคสาม กำหนดให้รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่เป็น พึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่างๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง ซึ่งการกำหนดความผิดอาญาให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77 วรรคหนึ่ง และวรรคสามนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่า สามารถนำหลักเกณฑ์ แนวคิด และทฤษฎี ที่เกี่ยวกับการกำหนดความผิดทางอาญา ทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษ แนวคิดเกี่ยวกับอาญาเพื่อ และหลักเกณฑ์การปฏิรูปกฎหมาย มาใช้กำหนดขอบเขตการกำหนดความผิดอาญาได้

จากกรณีตัวอย่างของของนาย ส. , นาง น. และนาย ข. เป็นการนำแผ่นภาพยนตร์ ซึ่งเป็นสินค้ามือสอง นำมาขายเพียงไม่กี่แผ่นเพื่อหารายได้พิเศษ การที่รัฐกำหนดให้ผู้ขายจะต้องได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนเสียก่อนจึงจะนำมาขายได้ ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติภาพยนตร์ และวิดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 38 วรรคหนึ่ง ทั้ง 3 ราย จะต้องเสียค่าใช้จ่ายในการเดินทาง และเสียเวลาเพื่อไปดำเนินการขอใบอนุญาตจากนายทะเบียน เพียงเพื่อจะได้ขายแผ่นภาพยนตร์ ซึ่งเป็นสินค้ามือสองเพียงไม่กี่แผ่น ทั้งๆ ที่ทั้ง 3 ราย มีสิทธิ์ในการขายได้ตามหลักการขายครั้งแรก (First-sale Doctrine) ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32/1 และตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 และเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศญี่ปุ่นและประเทศสหรัฐอเมริกาที่ถือว่าเป็นประเทศที่พัฒนาแล้ว มีความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจและสังคม และมีระบบกฎหมายที่ได้มาตรฐาน การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยนหรือจำหน่ายภาพยนตร์ หรือวิดิทัศน์ ของทั้ง 2 ประเทศนั้น ผู้ประกอบกิจการไม่จำเป็นต้องขอใบอนุญาตประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ หรือวิดิทัศน์แต่อย่างใด ดังนั้น การที่ประเทศไทยกำหนดความผิดอาญาฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน

ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 38 วรรคหนึ่ง เป็นกฎหมายที่จำกัดสิทธิสร้างภาระ และเงื่อนไขที่ไม่จำเป็นแก่ประชาชน ทำให้เป็นอุปสรรคต่อการประกอบอาชีพของประชาชน

เมื่อวิเคราะห์ความสอดคล้องของหลักเกณฑ์ แนวคิด และทฤษฎีการกำหนดความผิดอาญา ไม่ว่าจะเป็น (1) หลักเกณฑ์การป้องกันการกระทำที่อาจเป็นอันตรายต่อผู้อื่น ซึ่งยึดหลักการป้องกันภัยอันจะเกิดขึ้นแก่บุคคลอื่น (2) ทฤษฎีในการกำหนดความผิดอาญาของ เฮอร์เบิร์ต แอล แพ็กเกอร์ ซึ่งเห็นว่า การกระทำที่จะกำหนดให้เป็นความผิดอาญา จะต้องเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม และชุมชนส่วนมากมิได้ให้อภัยแก่การกระทำเช่นนั้น และต้องไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ (3) หลักเกณฑ์การบัญญัติกฎหมายอาญาของไนเจล วอล์กเกอร์ ซึ่งกฎหมายอาญามุ่งคุ้มครองป้องกันตัวบุคคลหรือสัตว์จากการประทุษร้าย คุ้มครองป้องกันสภาวะจิตใจ คุ้มครองป้องกันซึ่งทรัพย์สิน คุ้มครองป้องกันสาธารณชนจากพฤติกรรมของบุคคลที่อาจก่อให้เกิดความไม่สะดวกสบายต่างๆ หรือคุ้มครองป้องกันสถาบันทางสังคม (4) หลักเกณฑ์ว่าด้วยการจำกัด (Limiting Principles) มีหลักการว่า การใช้โทษทางอาญาต้องมีข้อจำกัด ไม่ควรนำกฎหมายอาญามาใช้เพื่อวัตถุประสงค์บางประการ (5) หลักคุณธรรมทางกฎหมาย เป็นหลักการที่มีแนวคิดกฎหมายอาญาจะต้องมุ่งคุ้มครอง “คุณค่า” ที่จำเป็นที่เป็นพื้นฐานของการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ซึ่งอาจเป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” (Individualrechtsgut) หรืออาจเป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม” (Universalrechtsgut) (6) แนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์ (Economic Analysis of Law) มีแนวคิดว่าการกระทำใดที่ได้ประโยชน์ต่อสังคมมากกว่าเกิดความเสียหายต่อสังคม การกระทำนั้นก็ควรเป็นความผิดอาญา แต่หากการกระทำนั้นสร้างความเสียหายต่อสังคมมากกว่าประโยชน์ที่สังคมจะได้รับ การกระทำนั้นก็สมควรที่จะถูกกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา (7) แนวคิดทางศีลธรรมของสังคม (Legal Moralism) มีแนวคิดกฎหมายจำเป็นต้องบัญญัติให้การกระทำผิดทางศีลธรรมอย่างร้ายแรงเป็นความผิดทางอาญาและต้องได้รับโทษทางอาญาเพื่อเป็นการรักษามาตรฐานทางศีลธรรมของสังคม (public moral standard) และ (8) หลักสากลในการกำหนดความรับผิดทางอาญา ได้แก่ คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 (Declaration of Human and Civic Rights of 26 August 1789) และปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 (Universal Declaration of Human Rights 1948 หรือ UDHR) โดยได้กำหนดเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาไว้ว่า การกำหนดความผิดทางอาญา ทำได้เฉพาะในกรณีที่ การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่รบกวนความสงบสุขของประชาชนในสังคมเท่านั้น หากการกระทำใดไม่ได้เป็นการรบกวนความสงบสุขของคนในสังคม การกระทำนั้นก็ควรที่จะกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา นำมาวิเคราะห์ถึงความสอดคล้องกับการกำหนดความผิดอาญารฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจาก



นายทะเบียน ผู้ศึกษาเห็นว่า การกำหนดให้การประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่าย ภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน เป็นความผิดอาญา ไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ แนวคิด และทฤษฎีการกำหนดความผิดอาญา อีกทั้ง เมื่อวิเคราะห์ความสอดคล้องกับทฤษฎีเกี่ยวกับ ลงโทษ ทั้ง 5 ประการ ไม่ว่าจะเป็นการลงโทษเพื่อการแก้แค้น (retribution) การลงโทษเพื่อตัดขาด ผู้กระทำความผิดออกจากสังคม การลงโทษเพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำความผิด การลงโทษ เพื่อนำผู้กระทำความผิดกลับคืนสู่สังคม และการลงโทษเพื่อข่มขู่ ยับยั้ง ไม่ให้ผู้กระทำความผิดกลับไป กระทำผิดอีก และยับยั้งไม่ให้ผู้อื่นเลียนแบบหรือกระทำความผิด ผู้ศึกษาเห็นว่า การกำหนดความผิด อาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจาก นายทะเบียน ไม่สอดคล้องกับทฤษฎีเกี่ยวกับลงโทษ ทั้ง 5 ประการ

เมื่อวิเคราะห์ความสอดคล้องของกฎหมายอื่น ไม่ว่าจะ เป็น รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 37 ที่กำหนดไว้ว่า บุคคลย่อมมีสิทธิในทรัพย์สินและการสืบ มรดก ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 ที่กำหนดให้เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอย และจำหน่ายทรัพย์สินของตน และได้ซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้น ประกอบกับหลักการขายครั้งแรก (First-sale Doctrine) และพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 32/1 ที่ได้รับรองสิทธิให้แก่ ผู้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในต้นฉบับหรือสำเนาอันมีลิขสิทธิ์นั้นโดยชอบด้วยกฎหมาย สามารถจำหน่าย จ่าย โอน ต่อไปได้โดยไม่ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิจำหน่าย เจ้าของลิขสิทธิ์ไม่อาจใช้สิทธิในการหวงกั น การจำหน่ายต่อไปได้หลังจากการจำหน่ายครั้งแรกของตน ผู้ศึกษาเห็นว่า การกำหนดความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายดังกล่าว

เจตนารมณ์ของการกำหนดความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือ จำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 38 มีวัตถุประสงค์เพื่อมุ่งควบคุมความเหมาะสมของเนื้อหาภาพยนตร์ที่จะนำไป เผยแพร่ไปสู่สาธารณชน โดยมุ่งควบคุมการให้บริการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ ซึ่งไม่ได้ผ่านการตรวจพิจารณาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า แม้การกำหนดความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนาย ทะเบียน ตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 จะมีเจตนารมณ์เพื่อ ควบคุมเนื้อหาของภาพยนตร์ซึ่งไม่ได้ผ่านการตรวจพิจารณาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่การกำหนดให้ ผู้ประกอบกิจการต้องได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนเสียก่อนจึงจะประกอบกิจการได้นั้น ไม่ได้เป็น การมุ่งเอาผิดและลงโทษผู้ประกอบกิจการที่ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาของ ภาพยนตร์ไม่เหมาะสม หรือไม่ได้ผ่านการตรวจพิจารณาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่กลับเป็นการมุ่งเอา ผิดและลงโทษผู้ประกอบกิจการที่ไม่มีใบอนุญาต ถึงแม้ภาพยนตร์ที่นำมาให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือ

จำหน่ายนั้นจะผ่านการตรวจพิจารณาจากเจ้าหน้าที่รัฐและได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์แล้ว และเป็นภาพยนตร์ที่ถูกลิขสิทธิ์ก็ตาม แต่หากผู้ประกอบการนั้นไม่มีใบอนุญาต ก็ยังต้องมีความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า การกำหนดความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ตามมาตรา 38 ไม่สอดคล้องตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551

การที่รัฐกำหนดความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน เป็นกฎหมายที่จำกัดสิทธิ สร้างภาระและเงื่อนไขที่ไม่จำเป็นแก่ประชาชน ทำให้เป็นอุปสรรคต่อการประกอบอาชีพของประชาชน ประกอบกับไม่สอดคล้องต่อหลักเกณฑ์ แนวคิด และทฤษฎีการกำหนดความผิดอาญา ไม่ว่าจะเป็น หลักเกณฑ์ การป้องกันการกระทำที่อาจเป็นอันตรายต่อผู้อื่น ทฤษฎีในการกำหนดความผิดอาญาของ เฮอร์ เบิร์ต แอล แพ็กเกอร์ หลักเกณฑ์การบัญญัติกฎหมายอาญาของ ไนเกล วอล์กเกอร์ หลักเกณฑ์ว่าด้วยการจำกัด (Limiting Principles) หลักคุณธรรมทางกฎหมาย แนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์ (Economic Analysis of Law) แนวคิดทางศีลธรรมของสังคม (Legal Moralism) และหลักสากลในการกำหนดความรับผิดทางอาญา ไม่สอดคล้องต่อทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษ และกฎหมายอื่น ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 37 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 หลักการขายครั้งแรก (First-sale Doctrine) และพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 อีกทั้ง ยังมีเจตนารมณ์ที่ซ้ำซ้อนกันกับมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 และการกำหนดความผิดอาญานี้ก็ไม่สอดคล้องตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 จึงไม่มีลักษณะอันสมควรที่จะให้เป็นความผิดทางอาญา เนื่องจากการกระทำนั้น ไม่ได้ส่งผลกระทบต่อประชาชนหรือสังคม หรือไม่ได้มีลักษณะที่ประชาชนหรือคนในสังคมเห็นว่าขัดต่อศีลธรรมหรือทำให้เกิดความไม่สงบในสังคมจนถึงขนาดควรบัญญัติให้เป็นความผิดอาญา อันเป็นลักษณะของกฎหมายอาญาเพื่อ ดังนั้น การกำหนดความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน เป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้เกิดปัญหากฎหมายอาญาเพื่อ

การกำหนดให้ผู้ประกอบการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์จะต้องขอใบอนุญาตและต้องได้รับใบอนุญาตก่อนจึงจะประกอบกิจการได้นั้น เป็นมาตรการควบคุมการประกอบกิจการโดยรัฐ โดยการใช้ระบบอนุญาต ซึ่งการควบคุมการประกอบกิจการในประเทศไทยที่เกี่ยวกับการประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์และวีดิทัศน์ ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 38 และมาตรา 54 โดยห้ามมิให้ผู้ใด

ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจาก นายทะเบียน หากฝ่าฝืนจะต้องระวางโทษปรับ ซึ่งเป็นโทษทางอาญา แต่ในประเทศญี่ปุ่น ผู้ประกอบ กิจการไม่จำเป็นต้องขอใบอนุญาตประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยนหรือจำหน่ายภาพยนตร์ หรือ วีดิทัศน์ แต่ผู้ประกอบกิจการซื้อ - ขายซีดีและดีวีดี ซอฟต์แวร์เกม ซึ่งเป็นสินค้ามือสอง ไม่ว่าจะจำหน่าย ที่ร้านค้า หรือจำหน่ายทางออนไลน์ จะต้องขออนุญาตประกอบธุรกิจสินค้ามือสอง ตามกฎหมาย ธุรกิจสินค้ามือสอง และประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้ประกอบกิจการก็ไม่จำเป็นต้องขอใบอนุญาต ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยนหรือจำหน่ายภาพยนตร์ หรือวีดิทัศน์เช่นเดียวกันกับประเทศญี่ปุ่น แต่อาจต้องมีใบจดทะเบียนนิติบุคคลเพื่อเป็นการทำให้ธุรกิจมีตัวตนที่ถูกต้องตามกฎหมาย และผู้ ประกอบกิจการร้านจำหน่ายภาพยนตร์และวีดิทัศน์มือสอง จะต้องขอใบอนุญาตผู้ประกอบกิจการ สินค้ามือสอง (Secondhand dealers license) ซึ่งมาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยที่ควบคุม การประกอบกิจการดังกล่าว โดยบัญญัติห้ามมิให้ผู้ใดประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่าย ภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน หากฝ่าฝืนจะต้อง ระวางโทษปรับ ซึ่งเป็นโทษทางอาญา นั้น ไม่สอดคล้องกับมาตรการทางกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น และประเทศ สหรัฐอเมริกาที่ถือว่าเป็นประเทศที่พัฒนาแล้วมีความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจและสังคม และมีระบบ กฎหมายที่ได้มาตรฐาน

จากการศึกษาแนวทางการปฏิรูปกฎหมายของผู้ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ของประเทศญี่ปุ่นและประเทศสหรัฐอเมริกา พบว่า ประเทศญี่ปุ่น ใช้วิธีแก้ไขหรือยกเลิกมาตรการควบคุมที่มีความเคร่งครัดมากและใช้เวลานาน แล้วนำมาตรการ ควบคุมที่มีความเคร่งครัดและใช้เวลาน้อยกว่ามาใช้บังคับแทน เนื่องจากการบังคับใช้มาตรการควบคุม นั้นได้หมดความจำเป็นลงจากความเปลี่ยนแปลงทางสภาพเศรษฐกิจและสังคม และการลดขั้นตอนที่ ไม่จำเป็นในกระบวนการขออนุญาต เพิ่มการอำนวยความสะดวกและสร้างความชัดเจนใน กระบวนการขออนุญาต และสำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา ก็ใช้วิธีการยกเลิก ควบรวมใบอนุญาตบาง ประเภท โดยพิจารณาลดต้นทุนการบังคับใช้ใบอนุญาตประกอบธุรกิจที่ไม่ได้เป็นปัญหาภัยกับประโยชน์ สาธารณะมากนัก หรือให้คงไว้ซึ่งใบอนุญาตบางประเภทที่มีความเสี่ยงจะก่อให้เกิดการหลอกลวง ผู้บริโภค การฉ้อโกง หรือการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งในบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร ไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77 ก็ได้บัญญัติในเรื่องการปฏิรูปกฎหมาย โดยมีแนวทางการปฏิรูปกฎหมาย ที่คล้ายคลึงกับของประเทศญี่ปุ่นและประเทศสหรัฐอเมริกา คือ ให้ยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่ หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการ ประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้า เพื่อไม่ให้เป็นการแก่ประชาชน และให้รัฐพึงใช้ระบอบอนุญาตในกฎหมาย เฉพาะกรณีจำเป็น

เมื่อแนวทางการปฏิรูปกฎหมายของผู้ประกอบกิจการในประเทศไทยที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77 มีแนวทางที่คล้ายคลึงและใกล้เคียงกันกับแนวทางการปฏิรูปกฎหมายของผู้ประกอบกิจการของประเทศญี่ปุ่นและประเทศสหรัฐอเมริกา แต่มาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยที่ควบคุมการประกอบกิจการให้เข้า แลกเปลี่ยนหรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ของประเทศไทยนั้น ไม่สอดคล้องกับมาตรการทางกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นและประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้ศึกษาจึงเห็นควรปฏิรูปกฎหมายการประกอบกิจการให้เข้า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ของประเทศไทยให้สอดคล้องกับมาตรการทางกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นและประเทศสหรัฐอเมริกา คือ ผู้ประกอบกิจการไม่จำเป็นต้องขอใบอนุญาตประกอบกิจการให้เข้า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์

ผู้ศึกษาเห็นว่า การกำหนดความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เข้า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ตามมาตรา 38 วรรคหนึ่ง อยู่ในหลักเกณฑ์ที่ควรยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77 เนื่องจาก

1. เป็นกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบัน
2. เป็นกฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพ
3. การใช้ระบบอนุญาตควรใช้เฉพาะที่จำเป็น และผู้ศึกษาเห็นว่าควรปฏิรูปกฎหมายการประกอบกิจการให้เข้า แลกเปลี่ยนหรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ของประเทศไทยให้สอดคล้องกับมาตรการทางกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นและประเทศสหรัฐอเมริกา คือ ผู้ประกอบกิจการไม่จำเป็นต้องขอใบอนุญาตประกอบกิจการให้เข้า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์
4. สำหรับกรณีการกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรงนั้น สามารถแยกได้เป็น

3 กลุ่ม ดังนี้

กลุ่มแรกการกระทำที่เป็นเรื่องร้ายแรงยังคงเป็นความผิดอาญาอยู่ เช่น ฆาตกรรม ลักทรัพย์ ชิงทรัพย์ ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์ ฯลฯ ซึ่งเป็นความผิดหลักในประมวลกฎหมายอาญา รวมทั้งการกระทำที่เกี่ยวกับความปลอดภัยสาธารณะ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับอาวุธปืน และการกระทำที่กระทบต่อสวัสดิภาพ เศรษฐกิจ สังคม และการสาธารณสุขของส่วนรวม

กลุ่มที่ 2 กฎหมายที่ยังจำเป็นต้องมีสภาพบังคับแต่ไม่ร้ายแรงพอที่จะเป็นกฎหมายอาญา จึงควรใช้โทษทางปกครองหรือจำกัดสิทธิทางปกครองแทน ซึ่งกฎหมายเหล่านี้จะถูกแปรรูปไปเป็นโทษทางปกครอง (administrativization)

กลุ่มที่ 3 กฎหมายอาญาที่ควรยกเลิก เช่น พระราชบัญญัติความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2534 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ในบางเรื่อง เพราะเป็นกฎหมายอาญาที่ไม่จำเป็นและการกระทำที่ไม่มีผลกระทบต่อสังคม

ซึ่งการกำหนดความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่าย ภาพยนตร์และวีดิทัศน์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน เป็นการกระทำที่ไม่มีผลกระทบ ต่อสังคม และเป็นกฎหมายที่หมัดความจำเป็น จึงควรจัดอยู่ในกลุ่มที่ 3 คือ กฎหมายอาญาที่ควร ถูกยกเลิก และไม่สามารถแปรรูปความผิดอาญาไปเป็นโทษทางปกครองในกลุ่มที่ 2 ได้ เนื่องจากการกำหนดความผิดอาญา ฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์และวีดิทัศน์ โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนนั้น ไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ แนวคิด และทฤษฎี การกำหนดความผิดอาญา และทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษ จึงไม่สมควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญา แต่แรก และไม่ได้เป็นกฎหมายที่ยังจำเป็นต้องมีสภาพบังคับ

## 2. ข้อเสนอแนะ

ผู้ศึกษาเห็นว่า ควรแก้ไขพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 โดยอาศัย กลไกของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 ในการแก้ไข โดยยกเลิกความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่าย ภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ตามมาตรา 38 วรรคหนึ่ง และโทษตามมาตรา 79 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 และความผิดและโทษลักษณะเดียวกัน คือ ความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายวีดิทัศน์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนาย ทะเบียน ตามมาตรา 54 วรรคหนึ่ง และโทษตามมาตรา 82 พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ในกรณีที่ภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ผ่านการตรวจพิจารณาจากคณะกรรมการแล้ว และเป็น ภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ที่ไม่ได้ละเมิดลิขสิทธิ์ เนื่องจาก อยู่ในหลักเกณฑ์ที่ควรยกเลิกหรือปรับปรุง กฎหมาย ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77 และไม่อาจแปรรูปเป็น ความผิดทางปกครองได้ เนื่องจากไม่สมควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญา แต่แรก ทั้งนี้ หากรัฐ ต้องการควบคุมเนื้อหาของภาพยนตร์ที่จะนำไปเผยแพร่ไปสู่สาธารณชน ก็ควรนำมาตรา 25 แห่ง พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาใช้บังคับโดยตรง และหากรัฐต้องการแก้ปัญหา การละเมิดลิขสิทธิ์ภาพยนตร์และวีดิทัศน์ ก็ควรนำพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาใช้บังคับ โดยตรงเช่นกัน หรือหากรัฐมีปัญหาในการบังคับใช้พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 25 และพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 รัฐก็ควรจะทำการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายหรือ กระบวนการการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น แทนการนำความผิดฐานประกอบ กิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนาย ทะเบียน ตามมาตรา 38 วรรคหนึ่ง และมาตรา 54 วรรคหนึ่ง มาใช้เป็นเครื่องมือ



บรรณานุกรม

มหาวิทยาลัย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## บรรณานุกรม

- กรมราชทัณฑ์. (2567). รายงานสถิติผู้ต้องราชทัณฑ์ทั่วประเทศ. สืบค้นจาก  
[http://www.correct.go.th/rt103pdf/report\\_result.php?date=2024-01-01&report=](http://www.correct.go.th/rt103pdf/report_result.php?date=2024-01-01&report=)
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2551). คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1. (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: พล  
 สยาม พรินต์ติ้ง (ประเทศไทย).
- คณะกรรมการปฏิรูปประเทศด้านกฎหมาย. (2564). แผนการปฏิรูปประเทศด้านกฎหมาย (ฉบับ  
 ปรับปรุง). สืบค้นจาก  
[http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2564/E/044/T\\_0001.PDF](http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2564/E/044/T_0001.PDF)
- คณิต ณ นคร. (2563). กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: วิญญูชน จำกัด.
- คมชัดลึก ออนไลน์. (2553, 18 สิงหาคม). โผล่อีก!ชายซีดีถูกจับเมียร้อง “พงศพัทธ์” ช่วยผัว. สืบค้น  
 จาก <https://www.komchadluek.net/news/70310>
- คณศ เต็งสุวรรณ. (2558). ปัญหาการจัดระบบกฎหมายที่กำหนดโทษอาญาในประเทศไทย  
 (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.
- จิตติ ติงศภัทย์. (2521). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอนที่ 1. (พิมพ์ครั้งที่ 6).  
 กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- ชำนาญ จันทร์เรือง. (2554, 14 ธันวาคม). สิ่งที่เป็นความผิดในตัวเอง กับสิ่งที่กฎหมายบัญญัติให้เป็น  
 ความผิด. สืบค้นจาก <https://prachatai.com/journal/2011/12/38317>
- เสถียร เทียมสนิท. (2559). ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายในการบังคับใช้พระราชบัญญัติ  
 ภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551. สืบค้นจาก  
[https://grad.dpu.ac.th/upload/content/files/ปีที่ 5 ฉบับที่ 2 ประจำเดือน  
 ธันวาคม2559-มีนาคม2560/vol5-2-15.pdf](https://grad.dpu.ac.th/upload/content/files/ปีที่ 5 ฉบับที่ 2 ประจำเดือน ธันวาคม2559-มีนาคม2560/vol5-2-15.pdf)
- ณัฐวิวัฒน์ สุทธิโยธิน. (2559). หน่วยที่ 2 ทฤษฎีความรับผิดชอบทางอาญา. ใน *แนวการศึกษาคชศึกษา  
 กฎหมายอาญา และอาชญาวิทยาชั้นสูง*. หน่วยที่ 1-7 (พิมพ์ครั้งที่ 6, น. 1-52). นนทบุรี:  
 มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.
- ณัฐวิวัฒน์ สุทธิโยธิน. (2559). หน่วยที่ 6 ทฤษฎีการลงโทษ. ใน *แนวการศึกษาคชศึกษา  
 กฎหมายอาญา และอาชญาวิทยาชั้นสูง*. หน่วยที่ 1-7 (พิมพ์ครั้งที่ 6, น. 1-41). นนทบุรี:  
 มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.

- ไทยรัฐออนไลน์. (2553,17 สิงหาคม). *รันทดคนเก็บขยะปรับ2แสนไม่รู้กม.ขายซีดีเก่า*. สืบค้นจาก <https://www.thairath.co.th/content/104177>
- นราวิทย์ ศักดิ์เพชร. (2557). *คุณธรรมทางกฎหมาย : ศึกษารณความผิดฐานประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาต ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์ และวิดิทัศน์ พ.ศ. 2551* (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, กรุงเทพฯ.
- นันทน อินทนนท์. (2541). *ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับหลักการสันติวิธีในทรัพย์สินทางปัญญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยรามคำแหง, กรุงเทพฯ.
- ปกป้อง ศรีสนิท. (2559). *กฎหมายอาญาชั้นสูง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน จำกัด.
- ปกป้อง ศรีสนิท. (2559, 14 มิถุนายน). *การแก้ปัญหามหาความอาญาที่ไม่จำเป็นด้วยการออกกฎหมายที่ไม่จำเป็น*. สืบค้นจาก <https://www.the101.world/legal-reform-with-more-legalization/>
- มหาวิทยาลัยวลัยลักษณ์. (ม.ป.ป.). *สภาพบังคับของกฎหมายอาญา*. สืบค้นจาก <https://dla.wu.ac.th/th/archives/3547>
- มาตา สีนดำ. (2559). ปัญหาทางกฎหมายลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวข้องกับ การจำหน่ายไอโฟนต่อสินค้าที่อยู่ในรูปแบบดิจิทัล. *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร*, 9(1), 251-274. สืบค้นจาก [https://doi.nrct.go.th//ListDoi/listDetail?Resolve\\_DOI=10.14456/nulj.2016.11](https://doi.nrct.go.th//ListDoi/listDetail?Resolve_DOI=10.14456/nulj.2016.11)
- มานิตย์ วงศ์เสรี. (2560, 29 กันยายน). *เกณฑ์การกำหนดโทษทางปกครอง. เอกสารประกอบการสัมมนา เรื่อง “หลักเกณฑ์การกำหนดโทษทางปกครองในการตรากฎหมาย”*, สืบค้นจาก <https://lawreform.go.th/uploads/files/1570531312-obcrk-7npih.pdf>
- ศิริวัฒน์ ไชยบาง. (2559). *ความสอดคล้องของกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองลิขสิทธิ์ของประเทศไทย กับความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPS Agreement)*. 2559, (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.
- ศุภณัฐ ศศิวิวัฒน์. (2566). *โทษอาญาเพื่อ: ภาพสะท้อนจารีตปกครองแบบไทยๆ*. สืบค้นจาก <https://www.the101.world/thai-norm-overcriminalization/>
- ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. (ม.ป.ป.). *เกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษอาญา. เอกสารประกอบการบรรยาย หลักสูตรผู้บริหารงานด้านกฎหมายภาครัฐระดับสูง รุ่นที่ 6 หัวข้อ “การกำหนดโทษทางอาญากับประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย”*. สืบค้นจาก <https://www.lawreform.go.th/uploads/files/1570531334-o6hrz-9djpjpu.pdf> (วันที่สืบค้น 10 พฤศจิกายน 2565)



- สง่า ลีนะสมิต. (2514). *กฎหมายอาญา เล่ม 2*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย. (2558, 19 สิงหาคม). *สรุปการสัมมนาทางวิชาการ หัวข้อ “คดีล้นศาล นักโทษล้นคุก ปัญหาจุกอกกระบวนการยุติธรรมไทย” (Diversion of Cases and Offenders)*. สืบค้นจาก <https://knowledge.tijthailand.org/uploads/publication/file/20190513/th-dgkmstuxy014.pdf>
- สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์, สรวิศ ลิ้มปรีงษ์, ปกป้อง ศรีสนิท, ทรงพล สงวนจิตร, อิศร์กุล อุณหเขต, และ จารีย์ ปิ่นทอง. (2554, สิงหาคม). *รายงานฉบับสมบูรณ์ เล่มที่ 3 เรื่อง แนวทางการยกเลิกโทษอาญาในกฎหมายเช็คและกฎหมายหมิ่นประมาท*. สืบค้นจาก <https://tdri.or.th/2012/09/s59/>
- สัญญาพงศ์ ลิ้มประเสริฐ, สุธีราภรณ์ แสงจันทร์ศรี, และ อนิสมา มานะทน. (2562, 26 เมษายน). *การลงโทษผู้กระทำผิดทางอาญา Criminal Offenders' Punishment*. สืบค้นจาก <https://rsucon.rsu.ac.th/files/proceedings/nation2019/NA19-109.pdf>
- สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, (2555). *เอกสารโสตทัศนศึกษา กฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน การสอนเสริมครั้งที่ 1*, นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.
- สุภัชลี เทพหัสดิน ณ อยุธยา. (2561). *กฎหมายอาญาเพื่อ Over Criminalization*. *วารสารสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์*, 44(2), 9-33. สืบค้นจาก <https://so04.tci-thaijo.org/index.php/socku/article/view/181202/128535>
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (ม.ป.ป.). *แนวความคิดของต่างประเทศเกี่ยวกับกฎหมายอาญาเพื่อ*. สืบค้นจาก <https://www.krisdika.go.th/data/article77/filenew/03-1-5.pdf> (วันที่สืบค้น 11 พฤศจิกายน 2565)
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2560). *รายงานการศึกษา เรื่อง การใช้ระบบอนุญาตและมาตรการอื่นแทนระบบอนุญาตในระบบกฎหมายต่างประเทศ*. สืบค้นจาก <https://www.lawreform.go.th/uploads/files/1570530592-xp1dm-6yl4k.pdf>
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2561). *กรอบแนวทางการศึกษาและปรับปรุงกฎหมายเพื่อป้องกันมิให้มีการใช้ประโยชน์จากโทษอาญาที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย อันเป็นการดำเนินการเพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย*. สืบค้นจาก [https://www.soc.go.th/wp-content/uploads/2020/01/v81\\_61.pdf](https://www.soc.go.th/wp-content/uploads/2020/01/v81_61.pdf)
- หยุด แสงอุทัย. (2551). *กฎหมายอาญาภาค 1*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

- อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. (2562). *ทฤษฎีอาญา ทฤษฎีโทษ และกระบวนการพื้นฐาน*. (พิมพ์ครั้งที่ 4).  
กรุงเทพฯ: วิญญูชน จำกัด.
- อัศกร ไชยพงษ์. (ม.ป.ป.). *ทฤษฎีและแนวคิดในการลงโทษ โทษอาญา*. สืบค้นจาก  
[https://graduate.sru.ac.th/wp-content/uploads/2018/11/4แนวคิดการลงโทษ  
คลาสสิก.pdf](https://graduate.sru.ac.th/wp-content/uploads/2018/11/4แนวคิดการลงโทษคลาสสิก.pdf)
- อินทรชัย พาณิชกุล. (2558, 15 เมษายน). *ความล้มเหลวของ “ร้านเช่าหนังสือ”*. สืบค้นจาก  
<https://www.posttoday.com/politic/report/359217>
- 松本尚 [Matsumoto]. (2022年10月11日). *許認可とは？許可・認可の違いや許認可が必要な業種を解説*. <https://biz.moneyforward.com/establish/basic/545/>
- ただ [Takada]. (2023年05月16日). *【絶対知るべき】ネットショップ開業に必要な手続き・許可・法律など*. <https://www.makeshop.jp/main/know-how/opening/opening-request.html>
- Avalara Business Licenses. (n.d.) *Business Licenses Types*. Retrieved from  
<https://www.businesslicenses.com/licenses.php>
- Declaration of Human and Civic Rights of 26 August 1789. Retrieved from  
[https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2019-03/20190304\\_declarationhumanrights\\_0.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2019-03/20190304_declarationhumanrights_0.pdf)
- EVS Thailand. (2560, 21 ตุลาคม). *แม้ว่าการอำลา จะโศกเศร้า แต่ความทรงจำยังคงงามเสมอ*.  
Facebook. สืบค้นจาก  
[https://www.facebook.com/permalink.php?story\\_fbid=1723941214305196  
&id=191188520913814&\\_trms=0de1f913a0a073c1.1636536601101](https://www.facebook.com/permalink.php?story_fbid=1723941214305196&id=191188520913814&_trms=0de1f913a0a073c1.1636536601101)
- Nalisa. (2564, 8 มกราคม). *แมงป่อง จากยุครุ่งเรือง มาถึงวันที่ต้องหาทางออก แม้ปรับตัวมาแล้วกี่ครั้ง ก็ยังต้องเอาใจช่วยทุกที*. สืบค้นจาก  
<https://marketeeronline.co/archives/205066>
- Universal Declaration of Human Rights 1948. Retrieved from  
<https://humanrights.mfa.go.th/upload/pdf/udhr-th-en.pdf>
- U.S. Small Business Administration. (2023, May 26). *Apply for licenses and permits*.  
Retrieved from <https://www.sba.gov/business-guide/launch-your-business/apply-licenses-permits>
- Wolters Kluwer. (n.d.). *Pawn shop and second hand dealer licensing*. Retrieved from  
<https://www.licenselogix.com/second-hand-dealer-licensing>

## ประวัติผู้ศึกษา

ชื่อสกุล	นางสาวนันทิปรัชญ์ จำปานิล
วัน เดือน ปี เกิด	22 สิงหาคม 2526
สถานที่เกิด	อำเภอท่าลี่ จังหวัดเลย
ที่อยู่ปัจจุบัน	อำเภอเมือง จังหวัดเลย
ประวัติการศึกษา	นบ. มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช พ.ศ. 2551
ประวัติการทำงาน	นิติกรชำนาญการพิเศษ สำนักงานเขตพื้นที่การศึกษามัธยมศึกษาเลย หนองบัวลำภู อำเภอเมือง จังหวัดเลย

