

บทที่ 2

วรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง

ในอดีต วิธีคุ้มครองความคิดสร้างสรรค์ของมนุษย์ที่ดีที่สุด ได้แก่ การเก็บสิ่งที่ตนสร้างสรรค์ขึ้นมานั้นไว้ในสมองของผู้สร้างสรรค์ ซึ่งจะเป็นผลให้บุคคลนั้นไม่มีความเสี่ยงต่อการที่บุคคลอื่นมาเห็นหรือค้นพบสิ่งดังกล่าว แต่เมื่อใดก็ตามที่เจ้าของความคิดสร้างสรรค์นั้นได้ตัดสินใจเปิดเผยออกมาในรูปของงานสร้างสรรค์ประเภทต่างๆ ต่อสาธารณชนแล้ว ผู้ได้มาซึ่งงานดังกล่าวย่อมทราบถึงรายละเอียดด้วยการวิเคราะห์เนื้อหา หรือวิเคราะห์ตัวผลิตภัณฑ์ (reverse engineering) และทำให้งานสร้างสรรค์นั้นไม่เป็นความลับอีกต่อไป¹ นอกจากนี้ความคิดสร้างสรรค์บางประเภทมีลักษณะที่ไม่อาจเก็บไว้เป็นความลับส่วนตัวโดยเฉพาะของผู้เป็นเจ้าของ และต้องมีการแสดงออกมาในรูปของงานสร้างสรรค์ประเภทต่างๆ เช่น บทประพันธ์ที่ผู้ประพันธ์จะต้องถ่ายทอดออกมาเป็นลายลักษณ์อักษรหรือมีการตีพิมพ์เป็นหนังสือ โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผู้เขียนต้องบันทึกลงในคอมพิวเตอร์หรือแถบแม่เหล็กในรูปของข้อมูลดิจิทัล บทเพลงที่นักร้องต้องทำการบันทึกลงในแผ่นเสียง เทป หรือแผ่นซีดี ทำให้การคัดลอกหรือทำซ้ำงานสร้างสรรค์ต่างๆ สามารถทำได้ง่าย มนุษย์จึงให้ความสำคัญแก่งานดังกล่าวนี้ในรูปแบบของการคุ้มครอง “ลิขสิทธิ์” รวมถึงหาแนวทางและวิธีการให้ความคุ้มครอง ตลอดจนมีมาตรการในการบังคับสิทธิในกรณีที่มีผู้กระทำการละเมิดในลักษณะต่างๆ

สำหรับหลักการพื้นฐานที่สำคัญของงานอันมีลิขสิทธิ์ และได้รับความคุ้มครองจะต้องมีองค์ประกอบของงาน 4 ประการ ได้แก่

(1) เป็นการแสดงออกซึ่งความคิด (expression of idea)

กฎหมายลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองการแสดงออกซึ่งความคิด (expression of idea) ของผู้สร้างสรรค์ที่มีใช้เพียงความคิด (idea)² ซึ่งความตกลงทริปส์ ได้ยืนยันหลักนี้ไว้ในข้อ 9 วรรค 2 ว่า “การคุ้มครองลิขสิทธิ์จะขยายถึงการแสดงออกซึ่งความคิดแต่ไม่รวมถึงความคิด กรรมวิธี วิธีปฏิบัติหรือแนวความคิดทางคณิตศาสตร์”

¹ไชยยศ เหมะรัชตะ ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา พิมพ์ครั้งที่ 8 สำนักพิมพ์ นิติธรรม กรุงเทพมหานคร 2553 หน้า 10

²อรพรรณ พนัสพัฒนา คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์ พิมพ์ครั้งที่ 4 สำนักพิมพ์นิติธรรม กรุงเทพมหานคร 2549 หน้า 33-52

แต่อย่างไรก็ตามในอนุสัญญาเบิร์นก็ไม่ได้พูดถึงหลักนี้ไว้โดยชัดแจ้ง³ นอกจากนี้จากคำอีกนัยหนึ่งได้ว่าลิขสิทธิ์คุ้มครองงานที่สร้างสรรค์เฉพาะในส่วนสุนทรียภาพ หรือความสวยงาม (aesthetics) ที่สามารถแยกออกจากส่วนที่ใช้ประโยชน์ (utilitarian) ได้เท่านั้น ตามหลักการแยกความสวยงามกับการใช้ประโยชน์ออกจากกัน (conceptual separability) เช่น หัวเข็มขัดที่มีลวดลายสวยงาม ลิขสิทธิ์คุ้มครองเฉพาะลวดลายเท่านั้น แต่ไม่คุ้มครองตัวหัวเข็มขัด ทั้งหัวเข็มขัด เป็นต้น⁴

(2) เป็นการสร้างสรรค์ด้วยตนเอง (originality)

งานที่จะมีลิขสิทธิ์ได้นั้นจะต้องเป็นงานที่สร้างสรรค์ขึ้นโดยตัวผู้สร้างสรรค์เอง ด้วยการใช้ความสามารถของตนและมีได้ลอกเลียนมาจากที่อื่น เนื่องจากลิขสิทธิ์เป็นรางวัลตอบแทนแก่ผู้สร้างสรรค์งาน ดังนั้นผู้สร้างสรรค์จะต้องใช้ความสามารถ (skill) ความรู้ความชำนาญ ความอุตสาหพยายาม (labor) และวิจารณญาณ (judgement) ของตนเอง⁵ โดยมีระดับของการสร้างสรรค์ในระดับหนึ่ง (minimum modicum of creativity) เช่น ภาพยนตร์ที่ผู้สร้างสรรค์ได้ใช้ความวิริยะอุตสาหพยายามในการจัดฉาก จัดแสง สี อุปกรณ์ประกอบฉาก เลือกแบบเสื้อผ้าของนักแสดง กำกับบทหรือท่าทางของนักแสดง ฯลฯ กรณีนี้จึงถือได้ว่าผู้สร้างสรรค์มีลิขสิทธิ์ในงาน ภาพยนตร์ที่ตนได้สร้างขึ้น เป็นต้น⁶

(3) เป็นงานชนิดที่กฎหมายรับรอง (type of work)

ขอบเขตของงานที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์แต่เดิมจำกัดเฉพาะ งานวรรณกรรมและศิลปกรรม (literary and artistic work) แต่ต่อมามีการขยายขอบเขตงานที่จะได้รับความคุ้มครองต้องเป็นงานประเภทใดประเภทหนึ่ง ได้แก่ งานวรรณกรรม โปรแกรมคอมพิวเตอร์ นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง นักแสดงงานแพร่ภาพแพร่เสียง สำหรับในส่วนของโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น กฎหมายลิขสิทธิ์ไทยกำหนดให้มีลิขสิทธิ์ได้โดยให้ถือว่าเป็นลักษณะหนึ่งของงานวรรณกรรม

³ รัชชัย สุกผลศิริ ระบบทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทย กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์ 2544 หน้า 22

⁴ ประเสริฐ จรรย์รัตน์ศรี “แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับลิขสิทธิ์” ใน ประมวลสาระชุดวิชากฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาชั้นสูง สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช 2553 หน้า 3-12

⁵ อรรถพร พันธ์พัฒนา อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 2 หน้า 38

⁶ ประเสริฐ จรรย์รัตน์ศรี อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 4 หน้า 3-14

(4) เป็นงานที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย (non-illegal work)

ปัจจุบันยังมีความไม่ชัดเจนในบทบัญญัติของกฎหมายว่างานอันมีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรม เช่น ลามกอนาจาร บ่อนทำลายความมั่นคงจะเป็นงานที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์หรือไม่ อย่างไรก็ตามศาลฎีกาของไทยได้ขยายหลักเกณฑ์ของงานอันได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ไว้ โดยกำหนดให้วิดีโอเทปที่มีการแสดงบางตอนเป็นภาพลามก มิใช่งานสร้างสรรค์ตามความหมายของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2521 ดังนั้นงานที่จะมีลิขสิทธิ์ได้ต้องเป็นงานโดยชอบด้วยกฎหมาย⁷

สำหรับกรณีนี้ ศาลในสหรัฐอเมริกากลับมีความเห็นแตกต่างจากศาลฎีกาของไทย โดยในคดีระหว่าง Mitchel Brother Film Group V. Cinema Adult Theater ศาลพิพากษาว่าตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกานั้น จะให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่งานโดยไม่คำนึงถึงข้อจำกัดและการใดจะเป็นสิ่งลามกอนาจารหรือไม่ ศาลไม่อาจตัดสินได้ เพราะเป็นดุลยพินิจของสังคมในแต่ละยุคสมัย ดังนั้นภาพยนตร์ที่มีภาพลามกอนาจารจึงเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์โดยชอบด้วยกฎหมายได้⁸

จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า หลักการพื้นฐานของกฎหมายลิขสิทธิ์นั้น สิ่งที่จะได้รับความคุ้มครองตามหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ คือ การแสดงออกซึ่งความคิด (expression of idea) มิใช่เพียงความคิด (idea) แต่ต้องเป็นสิ่งที่ต้องสามารถสื่อไปยังผู้อื่นหรือแสดงออกให้ผู้อื่นรับรู้ได้ เช่น นักประพันธ์ที่คิดเค้าโครงนวนิยายไว้ในสมอง สิ่งที่อยู่ในสมองนั้นเป็นเพียงความคิด (idea) ซึ่งยังไม่ได้รับการคุ้มครอง แต่เมื่อใดที่นักประพันธ์ได้ถ่ายทอดความคิดนั้นโดยการเขียนลงในกระดาษ หรือมีวิธีการถ่ายทอดโดยวิธีอื่นๆ การกระทำของนักประพันธ์นั้นเป็นการแสดงออกซึ่งความคิด (expression of idea) แล้ว และย่อมได้รับความคุ้มครอง นอกจากนี้งานสร้างสรรค์จะต้องเป็นงานที่ต้องทำหรือก่อให้เกิดขึ้นโดยบุคคลนั้นด้วยตนเอง (originality) เกิดจากความคิดที่มาจากสมองของบุคคลผู้สร้างสรรค์ มาจากความรู้ความสามารถ ความอดสาหะพยายาม และไม่ได้คัดลอกงานจากที่อื่น ต้องเป็นงานชนิดที่กฎหมายรับรอง (type of work) และไม่ขัดต่อกฎหมาย (non-illegal)

⁷ฎีกาที่ 3705/2530

⁸อรพรรณ พันธ์พัฒนา อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 2 หน้า 51-52

การคุ้มครองลิขสิทธิ์ เป็นการคุ้มครองโดยกฎหมายให้ผู้สร้างสรรค์ได้รับสิทธิในการควบคุม (right to control) หรือหาประโยชน์จากการสื่อสาร (benefit from the communication) จากงานของผู้สร้างสรรค์ที่ควรจะได้รับ⁹ สำหรับเหตุผลที่ต้องให้มีการคุ้มครองแก่ลิขสิทธิ์นั้นมีเหตุผลดังนี้¹⁰

(1) เหตุผลทางด้านความเป็นธรรมตามธรรมชาติ (principle of natural justice) ทั้งนี้ เนื่องจากผู้สร้างสรรค์ได้ใช้ความคิด ความสามารถ ความเชี่ยวชาญและสติปัญญา ต้องมีการลงแรงเพื่อให้เกิดงานสร้างสรรค์ จึงควรจะได้รับสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive right) ที่จะกำหนดรูปแบบและสภาพของการใช้งาน และป้องกันมิให้ผู้อื่นมาใช้ประโยชน์จากงานสร้างสรรค์โดยไม่ได้รับอนุญาต ผู้สร้างสรรค์ควรจะได้รับประโยชน์จากงานนั้นในรูปของค่าตอบแทนการใช้สิทธิ (royalty)

(2) เหตุผลทางด้านเศรษฐกิจ (economic argument) การสร้างสรรค์งานจำเป็นต้องมีการลงทุนหรือมีค่าใช้จ่าย ตั้งแต่เริ่มต้นการสร้างสรรค์งานจนถึงการนำผลงานออกเผยแพร่ต่อสาธารณชน ผู้ลงทุนย่อมต้องคาดหวังผลกำไรจากการลงทุน การสร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ในปัจจุบันมีต้นทุนและมีค่าใช้จ่ายสูง ทำให้เอกชนต้องทุ่มงบประมาณจำนวนมากในทุกขั้นตอนการผลิตตั้งแต่การวิจัย การผลิตงาน การโฆษณาประชาสัมพันธ์ผลงาน จนถึงขั้นตอนการจัดจำหน่าย จึงมีความจำเป็นต้องให้ความคุ้มครองแก่ผู้ลงทุน

(3) เหตุผลทางด้านวัฒนธรรม (cultural argument) งานสร้างสรรค์จะกลายเป็นสมบัติทางวัฒนธรรมของชาติ ทำให้คนในสังคมได้เห็นวัฒนธรรมในรูปแบบต่างๆ รวมทั้งแสดงให้เห็นถึงการเปลี่ยนแปลงในสังคม จึงเกิดประโยชน์แก่สาธารณะในการส่งเสริมวัฒนธรรมของชาติให้เจริญก้าวหน้ายิ่งขึ้นได้อีกทางหนึ่ง

(4) เหตุผลทางด้านสังคม (social argument) การเผยแพร่งานต่อสาธารณชนทำให้เกิดความเชื่อมโยงและหล่อหลอมความรู้ของคนในสังคมทุกฐานะ เพศ อายุ และผิว การให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์จะก่อให้เกิดความมั่นคงและเป็นปึกแผ่นของสังคม

⁹ไชยยศ เหมะรัชตะ คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์ พิมพ์ครั้งที่ 2 สำนักพิมพ์นิติธรรม กรุงเทพมหานคร 2541 หน้า 26

¹⁰อรพรรณ พนัสพัฒนา อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 2 หน้า 26-27

(5) เหตุผลทางด้านศีลธรรม งานลิขสิทธิ์ที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นเป็นการแสดงออกซึ่งปัญญาของผู้สร้างสรรค์ ดังนั้นผู้สร้างสรรค์ควรได้รับความเคารพนับถือหรือมีสิทธิตัดสินใจว่าเมื่อใดและอย่างไรที่งานของเขาจะนำออกแสดงในที่สาธารณะ จะทำซ้ำเมื่อใดหรือมีสิทธิที่จะห้ามการนำงานของตนไปดัดแปลงจนเป็นที่เสียหาย ซึ่งสิทธิประเภทนี้เรียกว่า ธรรมสิทธิ (moral right)¹¹

(6) เหตุผลทางชื่อเสียงและเกียรติคุณของประเทศชาติ งานสร้างสรรค์ที่เกิดขึ้นภายในประเทศใด ย่อมแสดงถึงปรัชญาหรือคุณลักษณะของคนในชาตินั้น ทำให้เกิดการเผยแพร่ขนบธรรมเนียมประเพณีไปเป็นที่รู้จักในต่างประเทศ หากไม่มีการคุ้มครองแก่งานดังกล่าวแล้ว มรดกทางวัฒนธรรมของชาตินั้นย่อมลดน้อยลง ศิลปะวิทยาการต่างๆ ก็จะไม่ก้าวหน้าไปเท่าที่ควร¹²

ปัจจุบัน มนุษย์สามารถทำการลอกเลียนแบบและทำซ้ำผลงานอันมีลิขสิทธิ์ในประเภทต่างๆ ได้เสมือนกับของจริง การที่บุคคลอื่นซึ่งไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการสร้างสรรค์งานทำการลอกเลียนแบบหรือทำซ้ำผลงานต่างๆ ไปใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ จึงถือว่าเป็นกรรมกับผู้สร้างสรรค์ ด้วยเหตุนี้รัฐจึงต้องให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์โดยการใช้อนุสัญญาทางกฎหมาย ด้วยการรับรองสิทธิผูกขาดของผู้สร้างสรรค์ในการแสวงหาประโยชน์ภายในระยะเวลาที่กำหนด

1. แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ และการคุ้มครองลิขสิทธิ์

ลิขสิทธิ์เป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่งซึ่งเป็นสิ่งไม่มีรูปร่าง แต่เป็นสิ่งที่ถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาของผู้สร้างสรรค์งานทางศิลปวรรณคดีและวิทยาการนั้นๆ แนวความคิดที่เป็นรากฐานของหลักการคุ้มครองลิขสิทธิ์โดยถือว่าเป็นทรัพย์สินทางปัญญานี้ เทียบเคียงมาจากหลัก “ใครทำใครได้” ในกฎหมายแพ่ง¹³ ด้วยเหตุนี้เองบุคคลจึงอาจแสวงหาประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญานี้ได้หลายทาง ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิในทางเศรษฐกิจ (economic right) ที่ให้แก่ผู้สร้างสรรค์งานวรรณกรรมและศิลปกรรมในการทำซ้ำ ทำสำเนาและเพื่อแสดงผลงานต่อสาธารณะ สำหรับหลักการของลิขสิทธิ์นั้นจะเน้นการป้องกันเป็นหลัก ในงานดนตรี ภาพยนตร์ นวนิยาย บทกวี

¹¹ไชยยศ เหมะรัชตะ ปัญหากฎหมายลิขสิทธิ์ รายงานผลการวิจัยทุนวิจัยรัชดาภิเษกสมโภชน์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2527 หน้า 23

¹²ไชยยศ เหมะรัชตะ เพิ่งอ้าง หน้าเดียวกัน

¹³กิตติศักดิ์ ปรกติ เอกสารประกอบคำบรรยายเรื่อง “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์” ณ สมาคมนักเขียนแห่งประเทศไทย ตุลาคม 2525 หน้า 4

สถาปัตยกรรมและงานอื่นๆ ที่มีคุณค่าทางวัฒนธรรม อันจะส่งผลให้ศิลปินและผู้สร้างสรรค์ได้มีพัฒนางานรูปแบบใหม่ให้ปรากฏออกมา ซึ่งปัจจุบันโปรแกรมคอมพิวเตอร์และสิ่งบันเทิงเสียงก็ได้รับความคุ้มครองเช่นกัน¹⁴

แนวคิดในการคุ้มครองลิขสิทธิ์เกิดจากหลายเหตุผลที่มีความซับซ้อน แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายลิขสิทธิ์ต้องการความยืดหยุ่นและสามารถใช้ได้ในสถานการณ์ที่มีความแตกต่างกัน¹⁵ ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว กฎหมายลิขสิทธิ์จะมีข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องกับการเป็นเจ้าของและการใช้ประโยชน์ในผลงานโดยมีวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์พื้นฐาน (basic purpose of copyright) คือ เพื่อส่งเสริมความเจริญรุ่งเรือง ความมั่งคั่งของสังคมและวัฒนธรรม และเพื่อความก้าวหน้าในด้านข้อมูลสารสนเทศ (information) ของประเทศ โดยการมอบสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive rights) รวมทั้งการได้รับประโยชน์ทางการตลาด (marketing)¹⁶ เพื่อเป็นแรงจูงใจแก่ผู้สร้างสรรค์งาน

งานลิขสิทธิ์จะเปิดเผยการแสดงออก (expression) อันเป็นสาระสำคัญของงาน¹⁷ การป้องกันลิขสิทธิ์ทำให้ผู้สร้างสรรค์สามารถเปิดเผยสาระสำคัญของงานให้สาธารณชนได้ใช้ประโยชน์และเผยแพร่งานให้กระจายไปได้ทั่วโลก โดยปราศจากความเกรงกลัวบุคคลอื่นจะมาใช้ประโยชน์จนสร้างความเสียหายแก่การประกอบธุรกิจหรือการค้า มาตรการคุ้มครองลิขสิทธิ์โดยกฎหมายที่มีประสิทธิภาพจึงมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง ในทางเศรษฐศาสตร์กฎหมายลิขสิทธิ์นั้นมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับกลไกทางการตลาดและแสดงให้เห็นถึงข้อแตกต่างในด้านราคา¹⁸ ซึ่งในมุมมองของนักเศรษฐศาสตร์ได้วิเคราะห์เรื่องลิขสิทธิ์แสดงให้เห็นถึงข้อแตกต่างในด้านราคาสำหรับสินค้าหรืองานอันมีลิขสิทธิ์ในตลาด ย่อมส่งผลกระทบต่อสังคมและผู้บริโภคโดยรวม ทำให้ผู้บริโภคจะต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มสูงขึ้นแก่เจ้าของสิทธิ นอกจากนี้เจ้าของสิทธิยังมีอำนาจ

¹⁴Thomas G. Field Jr. Professor *Focus on : Intellectual Property Rights* U.S. Department of State p.4 (<http://www.america.gov/publications/books/ipr.html>)

¹⁵George H. Pike Assistant Professor *Fun with Copyright* Information Today Vol. 25 No.8 September 2008 p.17 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1636392)

¹⁶Robert A. Gorman Professor *Copyright Law (2d ed.)* Federal Judicial Center 2006 p.1 ([http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/copyright.pdf/\\$file/copyright.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/copyright.pdf/$file/copyright.pdf))

¹⁷Jame Gibson Assistant Professor *Oneec and Future Copyright* Notre Dame Law Review Vol. 81:1 p.173 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=740486)

¹⁸Michael J. Meurer Associate Professor *Copyright Law and Price Discrimination* forthcoming Cardozo Law Review (2001) p.1 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=274729)

ควบคุมและผูกขาดทางการตลาดอีกด้วย¹⁹

ปัจจุบัน อุตสาหกรรมบันเทิงซึ่งได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ สามารถทำรายได้จำนวนมหาศาลแก่ประเทศที่พัฒนาแล้ว พบว่าใน ค.ศ.1999 งานภาพยนตร์ โทรทัศน์ วีดีโอ สิ่งพิมพ์ และโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ถือเป็นสินค้าส่งออกที่ทำรายได้แก่สหรัฐสูงที่สุดในบรรดาอุตสาหกรรมลิขสิทธิ์ของสหรัฐ²⁰ นอกจากนี้ประเทศกำลังพัฒนาถูกชักจูงให้คุ้มครองลิขสิทธิ์ด้วยความเชื่อที่ว่า การคุ้มครองลิขสิทธิ์อย่างเข้มงวดจะส่งเสริมการสร้างสรรคงานและสร้างความรู้ใหม่

อย่างไรก็ดี ลิขสิทธิ์เป็นวัฒนธรรมของตะวันตกซึ่งมีความแตกต่างจากแนวความคิดและวิถีชีวิตของประเทศที่กำลังพัฒนา ในหลายๆ สังคม การอ้างสิทธิเป็นเจ้าของความคิดและผลงานทางปัญญาเป็นสิ่งที่ไม่ได้รับการยอมรับ ในชุมชนและสังคมของหลายประเทศยังคงถือว่าการลอกเลียนงานและการแลกเปลี่ยนข้อมูลความรู้เป็นการแสดงความเคารพนับถือมิใช่เป็นการขโมย และไม่ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดทรัพย์สินของบุคคล²¹

ลิขสิทธิ์ เป็นสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองโดยอัตโนมัติและไม่จำเป็นต้องมีการลงทะเบียนหรือผ่านพิธีการใดๆ (automatically without any need for registration or other formalities)²² แต่ในบางประเทศอาจกำหนดให้มีการลงทะเบียนในผลงานที่สร้างสรรค์ขึ้นด้วยเหตุผลหลายประการ เช่น เพื่อความสะดวกในการตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับความเป็นเจ้าของหรือผู้สร้างสรรค์ผลงาน²³ การขายหรือธุรกรรมทางการเงินและการโอนลิขสิทธิ์ การให้บริการด้านศุลกากรสำหรับการป้องกันและต่อต้านการนำสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์เข้าประเทศ²⁴ เป็นต้น สำหรับประเทศไทย โดยกรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์ได้กำหนดให้มีการแจ้งข้อมูลลิขสิทธิ์เพื่อใช้เป็นฐานข้อมูลและรวบรวมข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ ซึ่งจะเป็นองค์ประกอบหนึ่งในการพิทักษ์และคุ้มครองสิทธิเจ้าของลิขสิทธิ์ เช่น ใช้เป็นแหล่งข้อมูลสำหรับผู้ต้องการขออนุญาตใช้ลิขสิทธิ์สามารถตรวจค้นเพื่อประโยชน์ในการติดต่อธุรกิจกับเจ้าของลิขสิทธิ์ เป็นต้น

¹⁹ibid, pp. 2-3

²⁰จักรกฤษณ์ ควรรพจน์ และนันทน อินทนนท์ ลิขสิทธิ์ยุคเทคโนโลยีดิจิทัล มาตรการทางเทคโนโลยีและทางเลือกสำหรับประเทศไทย โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรุงเทพมหานคร 2550 หน้า 7

²¹เฟิงอ้าง หน้า 8

²²WIPO, *What is Intellectual Property?* WIPO Publication No.450(E) p.21.

(http://www.wipo.int/freepublications/en/intproperty/450/wipo_pub_450.pdf)

²³ibid

²⁴U.S. Copyright Office *Copyright Basics* 2008 p.7 (<http://www.copyright.gov/circs/circ01.pdf>)

1.1 แนวความคิดในสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์

สำหรับแนวความคิดในสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์นั้น กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศต่างๆ ให้สิทธิแก่ผู้สร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์ ซึ่งมีอยู่ 2 แนวทาง ในการยอมรับสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ คือ

(1) ลิขสิทธิ์ที่ให้สิทธิแก่เจ้าของงานลิขสิทธิ์ (the author rights) แนวความคิดนี้เกิดขึ้นที่ประเทศฝรั่งเศสก่อนที่จะแผ่อิทธิพลไปยังประเทศต่างๆ ในภาคพื้นยุโรป โดยยอมรับสิทธิของผู้สร้างสรรค์งานเป็นเจ้าของงานนั้นซึ่งได้สร้างขึ้นโดยใช้สติปัญญาความคิดของตนขึ้นมา จึงเป็นสิทธิตามธรรมชาติ (moral right) ของเจ้าของงานแต่เพียงผู้เดียวในผลงานนั้น สิทธิดังกล่าวไม่ควรที่จะโอนไปยังผู้อื่นโดยเด็ดขาด และหากจะมีการโอนสิทธิไปเพื่อทำซ้ำซึ่งผลงานสิทธิของผู้สร้างสรรค์งานก็จะยังคงอยู่ต่อไป ในระบบนี้หากเป็นกรณีที่ลูกจ้างคิดค้นและสร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์ได้ สิทธินั้นย่อมตกแก่ลูกจ้างเป็นการเฉพาะตัว นายจ้างจะทำซ้ำผลงานได้จะต้องมีการโอน โดยได้รับความยินยอมจากลูกจ้างก่อน และสิทธิของความเป็นเจ้าของผลงานก็ยังเป็นของผู้สร้างสรรค์งานนั้นอยู่²⁵

(2) ลิขสิทธิ์ในระบบแองโกลอเมริกัน (anglo-american copyright) แนวความคิดนี้เกิดขึ้นที่ประเทศอังกฤษหลังจากมีการประกาศใช้ Statute of Anne 1710. ได้ให้การรับรองสิทธิของผู้สร้างสรรค์งานและบุคคลอื่นที่เป็นผู้ทำจ้างงานอันมีลิขสิทธิ์โดยมีการลงทุน โดยในระยะเริ่มแรกงานลิขสิทธิ์เป็นงานเกี่ยวกับหนังสือ ผู้เขียนเป็นเจ้าของงานลิขสิทธิ์แต่อาจจะไม่สามารถพิมพ์หนังสือออกวางจำหน่ายได้ กฎหมายจึงได้เอื้ออำนวยให้บุคคลที่มีทุนทรัพย์สามารถเข้ามามีส่วนในการพิมพ์และจำหน่าย เพื่อประโยชน์ในการเผยแพร่งานให้ปรากฏแก่สาธารณชน จึงได้ให้ความคุ้มครองแก่ผู้พิมพ์และผู้โฆษณางานลิขสิทธิ์ด้วย ระบบนี้จึงเป็นระบบที่คำนึงถึงผลตอบแทนในทางเศรษฐกิจเป็นสำคัญ ดังนั้นจึงไม่เคร่งครัดที่จะจำกัดแต่เพียงผู้สร้างสรรค์งานเป็นผู้มีลิขสิทธิ์ได้ ซึ่งต่อมาในราวศตวรรษที่ 18 สหรัฐอเมริกาก็มีการออกกฎหมายลิขสิทธิ์ตามแนวความคิดนี้²⁶

สำหรับกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยมีการผสมผสานหลักการทั้ง 2 แนวความคิด โดยในแรกเริ่มที่ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาเบิร์น (Bern Convention) ซึ่งยอมรับในสิทธิของผู้สร้างสรรค์งาน จึงได้กำหนดให้ผู้สร้างสรรค์เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานของตนและได้มีการนำส่วนของระบบแองโกลแซกซอนมาไว้ในกฎหมายลิขสิทธิ์ในเรื่องของการโอน ที่สามารถจะ

²⁵ อารีพรหม จงประกิจพงศ์ *ทรัพย์สินทางปัญญา เล่ม 1* สำนักพิมพ์วิญญูชน กรุงเทพฯ 2537 หน้า 25-26

²⁶ เฟิงอ้าง หน้า 26

โอนงานลิขสิทธิ์ให้แก่กันได้ นอกจากนี้กรณีและผู้สร้างสรรค์งานเป็นลูกจ้าง หากมีการตกลงเป็นหนังสือให้นายจ้างเป็นเจ้าของงานลิขสิทธิ์ ลูกจ้างก็จะไม่ได้งานลิขสิทธิ์นั้นเป็นของตนแม้จะเป็นผู้สร้างก็ตาม และหากเป็นกรณีการว่าจ้างให้ทำงานลิขสิทธิ์ ลิขสิทธิ์ในงานนั้นก็ตกเป็นของผู้ว่าจ้างเป็นต้น²⁷

1.2 ทฤษฎีในการคุ้มครองลิขสิทธิ์

สำหรับการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์นี้ บรรดานักกฎหมายทั้งหลายต่างมีแนวความคิดที่มีความแตกต่าง และแยกออกได้เป็น 2 ทฤษฎี คือ

(1) ทฤษฎีเสรีนิยม แนวความคิดตามทฤษฎีนี้เห็นว่า บรรดาผลงานสร้างสรรค์จากความนึกคิดของมนุษย์สมควรให้สาธารณชนโดยทั่วไปได้ใช้ประโยชน์ได้อย่างเสรี เพื่อเป็นการผลักดันและส่งเสริมความเจริญก้าวหน้าทางวัฒนธรรมของประเทศ ทั้งนี้เนื่องจากผลงานอันเกิดจากความนึกคิดของมนุษย์ไม่ควรที่จะถือว่าเป็นงานสร้างสรรค์อย่างแท้จริงได้ เพราะความนึกคิดของมนุษย์คนหนึ่ง ย่อมจะอาศัยจากการได้รับความคลาไคลจากความนึกคิดของบรรดาบรรพบุรุษไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม หรืออาจกล่าวได้ว่าผลงานสร้างสรรค์จากความนึกคิดของบุคคลใดบุคคลหนึ่งแท้ที่จริงแล้วเป็นผลผลิตของสังคม ประโยชน์จึงควรตกแก่สังคมด้วย ทฤษฎีนี้เห็นว่ารัฐควรเข้ามามีบทบาทในการกำหนดมาตรการคุ้มครองประโยชน์ของเจ้าของสิทธิ และประโยชน์ที่เกี่ยวกับสาธารณะ ทฤษฎีนี้ให้ความสำคัญกับมาตรการทางกฎหมายถือเป็นเครื่องมือสำคัญในการควบคุมดูแล และปกป้องสิทธิแก่ผู้เป็นเจ้าของสิทธิ อย่างไรก็ตามการใช้ระบบตลาดเสรีจะส่งผลให้การดำเนินมาตรการต่างๆ โดยรัฐเพื่อปกป้องคุ้มครองผลประโยชน์ให้แก่ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นสิ่งที่ทำได้ยากและมีความจำเป็นต้องมีการใช้ทฤษฎีการคุ้มครองป้องกันมาใช้ในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ร่วมด้วย²⁸

(2) ทฤษฎีคุ้มครองป้องกัน แนวความคิดตามทฤษฎีนี้เห็นว่า ลิขสิทธิ์สมควรได้รับความคุ้มครองป้องกันเช่นเดียวกับสิทธิในทางแพ่งโดยทั่วไป และอ้างว่าลิขสิทธิ์เป็นสิทธิที่สามารถใช้ชนบุคคลทั่วไปอย่างหนึ่ง ซึ่งมีลักษณะพิเศษโดยมีเหตุผลสนับสนุน 2 ประการ และจากเหตุผลทั้ง 2 ประการนี้เองทำให้หลักของลิขสิทธิ์แตกต่างกันออกไปด้วย คือ

ประการแรก เห็นว่าชีวิตจิตใจและสติปัญญาก็เป็นส่วนหนึ่งของสภาพบุคคล (personality) เมื่อสภาพบุคคลได้รับความคุ้มครอง การแสดงออกทางความนึกคิดอันเป็น รูปธรรม

²⁷ เพิ่งอ้าง หน้าเดียวกัน

²⁸ ไชยยศ เหมะรัชตะ คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์ พิมพ์ครั้งที่ 2 สำนักพิมพ์นิติธรรม กรุงเทพมหานคร 2541 หน้า 28-29

ส่วนหนึ่งแห่งสภาพบุคคลซึ่งน่าจะได้รับความคุ้มครองด้วย จากเหตุผลสนับสนุนนี้ทำให้ลิขสิทธิ์มีความโน้มเอียงไปในทางที่เห็นว่าลิขสิทธิ์เป็นสิทธิในสภาพบุคคล (right of personality)²⁹

ประการที่สอง เห็นว่างานสร้างสรรค์อันเป็นผลงานบุคคลใดบุคคลหนึ่งย่อมตกเป็นของบุคคลนั้นแต่เพียงผู้เดียว ถ้าสิ่งนั้นมีคุณค่าทางเศรษฐกิจก็ย่อมเป็นกรรมสิทธิ์ของ บุคคลนั้น หรืออย่างน้อยที่สุดก็สมควรได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกับกรรมสิทธิ์ของบุคคลนั้น ซึ่ง จากเหตุผลสนับสนุนนี้ เป็นที่มาของแนวคิดที่ว่าลิขสิทธิ์เป็นกรรมสิทธิ์และเป็นสิทธิในทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง (right of incorporeal property) ซึ่งหากเปรียบเทียบกันระหว่างทฤษฎีเสรีนิยมกับทฤษฎีคุ้มครองป้องกัน จะเห็นความแตกต่างได้ค่อนข้างชัดว่าทฤษฎีคุ้มครองป้องกันจะช่วยส่งเสริมความเจริญก้าวหน้าทางวัฒนธรรมมากกว่าทฤษฎีเสรีนิยม เพราะจากผลแห่งการคุ้มครองที่ได้รับตามทฤษฎีคุ้มครองป้องกันจะเป็นเหตุให้บุคคลมีความเพียรพยายามสร้างสรรค์งานมากขึ้นและในทางปฏิบัติกฎหมายลิขสิทธิ์ในประเทศต่างๆ ได้ยึดถือตามทฤษฎีคุ้มครองป้องกันเป็นสาระสำคัญ แต่รากฐานอันเป็นที่มาของลิขสิทธิ์โดยแท้จริงแล้วยังไม่มี ความแน่นอนและมีการโต้เถียงกันอยู่อย่างหาข้อยุติไม่ได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากกฎหมายลิขสิทธิ์ปัจจุบันแล้ว พบว่ามีการผสมผสานกันระหว่างแนวความคิดของทั้งสองทฤษฎี โดยลิขสิทธิ์จะมีการคุ้มครองสิทธิในสภาพบุคคลของผู้สร้างสรรค์ตามความเหมาะสม รวมทั้งมีการคุ้มครองประโยชน์ในทางเศรษฐกิจหรือประโยชน์ในทางทรัพย์สินของผู้สร้างสรรค์ด้วย³⁰

สำหรับผู้เขียนเห็นว่า การคุ้มครองลิขสิทธิ์ควรจะมีการผสมผสานระหว่างทฤษฎีเสรีนิยมและหลักรัฐประศาสนนโยบายเข้าด้วยกัน โดยยึดถือประโยชน์ที่สาธารณชนจะได้รับจากงานนั้นเป็นหลัก โดยผู้สร้างสรรค์ควรจะได้รับ ความคุ้มครองผลประโยชน์ตามกฎหมายภายในระยะเวลาที่จำกัด หลังจากนั้นจึงให้สาธารณชนได้มีโอกาสใช้ประโยชน์จากงานได้โดยเสรี นอกจากนี้ยังต้องเปิดโอกาสให้สังคมได้ใช้ประโยชน์จากงานเท่าที่จำเป็นได้ในช่วงระยะเวลาคุ้มครองโดยไม่ต้องขออนุญาตเจ้าของสิทธิ จึงจะทำให้สังคมได้รับประโยชน์จากงานสร้างสรรค์อย่างแท้จริง

²⁹ เฟิงอ้าง หน้า 30

³⁰ เฟิงอ้าง หน้าเดียวกัน

ส่วนการผ่อนคลายความเคร่งครัดของทฤษฎีความคุ้มครองป้องกันด้วยการพิจารณาประกอบทฤษฎีเสรีนิยม มีแนวคิดอยู่ 2 ระบบ คือ³¹

ระบบแรก เป็นระบบที่อนุญาตให้ใช้ประโยชน์ได้เท่าที่กฎหมายกำหนดไว้ เป็นกรณีที่ลิขสิทธิ์ได้เกิดขึ้นแล้วและอยู่ภายในระยะเวลาที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายหรือโดยไม่มีกำหนดระยะเวลาแน่นอน หากบุคคลซึ่งมีความจำเป็นต้องใช้งานนั้นเพื่อวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดไว้ ก็อาจขออนุญาตใช้งานนั้นได้โดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทนโดยผลแห่งกฎหมายหรือโดยได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่

ระบบที่สอง เป็นระบบที่ถือกำเนิดขึ้นในประเทศฝรั่งเศสเมื่อปี ค.ศ. 1823 ภายหลังจากที่ลิขสิทธิ์ตกเป็นสาธารณสมบัติแล้ว หากบุคคลใดมีความต้องการใช้ประโยชน์จากงานนั้นจะต้องเสียค่าตอบแทน

สำหรับผู้เขียนมีความเห็นด้วยกับระบบแรก เนื่องจากการสร้างสรรค์งานลิขสิทธิ์ประเภทต่างๆ ผู้สร้างสรรค์ต้องใช้ความอดทน (perseverance) ความคิด (ideas) แรงงาน (labor) ต้องเสียเวลา ตลอดจนมีค่าใช้จ่าย (costs) หรือมีการลงทุนสูง (high investment) กว่าที่งานแต่ละชิ้นจะสำเร็จเป็นรูปธรรม การที่บุคคลอื่นสามารถใช้ประโยชน์จากงานได้โดยไม่เสียค่าตอบแทน ย่อมไม่เป็นธรรมกับผู้สร้างสรรค์ ดังนั้นผู้สร้างสรรค์จึงควรได้รับประโยชน์ตอบแทนบ้างในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดก่อนที่ลิขสิทธิ์จะตกเป็นสาธารณสมบัติ

1.3 การละเมิดลิขสิทธิ์

การละเมิดลิขสิทธิ์ แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

1.3.1 การละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง (direct infringement) หรือการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้น (primary infringement) สามารถแบ่งออกได้เป็น 4 กรณีย่อย คือ

(ก) การละเมิดลิขสิทธิ์ทั่วไป

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 27 กำหนดให้การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 15 (5) ให้ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ดังต่อไปนี้

(1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง

(2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน

³¹ วนิดา ร้อยเที่ยง *มาตรการทางกฎหมายในการดำเนินคดีลิขสิทธิ์* วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์ 2549 หน้า 13-14

คำว่า “ทำซ้ำ” และ “ดัดแปลง” ปรากฏนิยามความหมายในพระราชบัญญัติ ลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ดังนี้

“ทำซ้ำ” หมายความว่า ความรวมถึง คัดลอกไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ เลียนแบบ ทำสำเนา ทำแม่พิมพ์ บันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกเสียงและภาพ จากต้นฉบับ จากสำเนา หรือจากการ โฆษณาในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน สำหรับในส่วนที่เกี่ยวกับ โปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้หมายความถึง คัดลอกหรือทำสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากสื่อบันทึก ใด ไม่ว่าด้วยวิธีใด ๆ ในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ โดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

“ดัดแปลง” หมายความว่า ทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปแบบ ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติม หรือจำลองงานต้นฉบับในส่วนอันเป็นสาระสำคัญโดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

(1) ในส่วนที่เกี่ยวกับวรรณกรรม ให้หมายความรวมถึง แปลวรรณกรรม เปลี่ยนรูปวรรณกรรมหรือรวบรวมวรรณกรรมโดยคัดเลือกและจัดลำดับใหม่

(2) ในส่วนที่เกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ให้หมายความรวมถึง ทำซ้ำ โดยเปลี่ยนรูปแบบ ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ โดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำขึ้นใหม่

(3) ในส่วนที่เกี่ยวกับนาฏกรรม ให้หมายความรวมถึง เปลี่ยนงานที่มีใช้นาฏกรรมให้เป็นนาฏกรรม หรือเปลี่ยนนาฏกรรมให้เป็นงานที่มีใช้นาฏกรรม ทั้งนี้ ไม่ว่าในภาษา เดิมหรือต่างภาษากัน

(4) ในส่วนที่เกี่ยวกับศิลปกรรม ให้หมายความรวมถึง เปลี่ยนงานที่เป็น รูปสองมิติหรือสามมิติ ให้เป็นรูปสามมิติหรือสองมิติ หรือทำหุ่นจำลองจากงานต้นฉบับ

(5) ในส่วนที่เกี่ยวกับดนตรีกรรม ให้หมายความรวมถึง จัดลำดับเรียบ เรียงเสียงประสานหรือเปลี่ยนคำร้องหรือทำนองใหม่

(ข) การละเมิดลิขสิทธิ์ในงาน โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ หรือสิ่งบันทึกเสียง

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 28 กำหนดให้การกระทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งาน โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ หรือสิ่งบันทึกเสียงอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 15 (5) ไม่ว่าในส่วนที่เป็นเสียงหรือเป็นภาพให้ถือว่าเป็นการละเมิด ลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำความผิดต่อไปนี้

(1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง

(2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน

(3) ให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนางานดังกล่าว

(ค) การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานแพร่ภาพแพร่เสียง

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 29 กำหนดให้การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานแพร่ภาพแพร่เสียงอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 15 (5) ไม่ว่าในส่วนตัวที่เป็นเสียงหรือเป็นภาพให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำการดังต่อไปนี้

(1) จัดทำโสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง หรืองานแพร่เสียงแพร่ภาพ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

(2) แพร่เสียงแพร่ภาพซ้ำ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

(3) จัดให้ประชาชนฟังและหรือชมงานแพร่เสียงแพร่ภาพ โดยเรียกเก็บเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่นในทางการค้า

(ง) การละเมิดลิขสิทธิ์ในงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 30 กำหนดให้การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์อันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 15 (5) ไม่ว่าในส่วนตัวที่เป็นเสียงหรือเป็นภาพให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำการดังต่อไปนี้

(1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง

(2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน

(3) ให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนางานดังกล่าว

1.3.2 การละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อม (indirect infringement) หรือการละเมิดลิขสิทธิ์ชั้นรอง (secondary infringement)

ได้แก่การกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ตามมาตรา 31 ที่บัญญัติว่า

“มาตรา 31 ผู้ใดรู้อยู่แล้วหรือมีเหตุอันควรรู้อย่างใดได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่น กระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานนั้นเพื่อหากำไร ให้ถือว่าผู้นั้นกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำการดังต่อไปนี้

(1) ขाय มิไว้เพื่อขาย เสนอขาย ให้เช่า เสนอให้เช่า ให้เช่าซื้อ หรือเสนอให้เช่าซื้อ

- (2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน
- (3) แจกจ่ายในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์
- (4) นำหรือส่งเข้ามาในราชอาณาจักร”

การละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อมนี้ ผู้กระทำจะต้องรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่างานนั้นได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่น และต้องประสงค์จะหากำไรจากการขาย ให้เช่า ให้เช่าซื้อ แจกจ่าย หรือนำเข้ามาในราชอาณาจักร เช่น นำ CD เพลงที่จัดทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์มาวางจำหน่าย แจกจ่าย โดยประสงค์จะหากำไรและทราบว่า CD นั้น ได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่น จึงจะถือว่ามีความผิด เป็นต้น หากแต่เป็นการกระทำที่ไม่แสวงหากำไร หรือไม่รู้ว่ำนงานนั้นเป็นงานอันละเมิดลิขสิทธิ์ ก็จะไม่มีความผิดตามมาตรา 32 (2) นี้ ต้องเป็นการเผยแพร่งานที่ได้จัดทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่นต่อสาธารณชน เช่น การเปิดวิทยุทัศน์ที่บันทึกขึ้นโดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้ทรงสิทธิให้สาธารณชนได้รับชม กรณีนี้ ผู้บันทึกย่อมมีความผิดตามมาตรา 28 (1) ส่วนผู้ที่เผยแพร่วิทยุทัศน์ต่อสาธารณชนจะมีความผิดตามมาตรา 31 (2) เป็นต้น³²

³² อรรถพรณ พนัสพัฒนา อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 2 หน้า 129-130

2. แนวคิดในการคุ้มครองทรัพย์สิน และความสัมพันธ์กับการคุ้มครองลิขสิทธิ์

คำว่า “ทรัพย์สิน” (real right) ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมิได้ให้นิยามความหมายเอาไว้อย่างชัดเจน แต่อย่างไรก็ตามบทบัญญัติตามมาตรา 1298 ได้บัญญัติถึงที่มาของทรัพย์สินเอาไว้ว่า “ทรัพย์สินทั้งหลายนั้น ท่านว่าจะก่อตั้งขึ้นได้แต่ด้วยอาศัยอำนาจในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น” ซึ่งได้มีผู้อธิบายความหมายของ “ทรัพย์สิน” ไว้สอดคล้องกัน ดังนี้

ศาสตราจารย์ประมุข สุวรรณศรี ได้อธิบายความหมายของ “ทรัพย์สิน” (real right) ว่าหมายถึง “สิทธิของบุคคลเฉพาะในกรณีที่มีทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสิทธิ หรือจะกล่าวอย่างหลวมๆ ก็ว่า ทรัพย์สินคือสิทธิที่บุคคลมีอยู่ในทรัพย์สิน”³³

ศาสตราจารย์บัญญัติ สุชีวะ ได้อธิบายความหมายของ “ทรัพย์สิน” (real right) ว่า “ทรัพย์สิน คือสิทธิที่มีวัตถุแห่งสิทธิเป็นทรัพย์สิน หรือสิทธิที่มีอยู่เหนือทรัพย์สิน เป็นสิทธิที่จะบังคับเอาแก่ตัวทรัพย์สินโดยตรง”³⁴

แนวความคิดในสมัยเดิมให้ความสำคัญกับความหมายของ “ทรัพย์สิน” ในกรอบของสิ่งของและอำนาจเด็ดขาดของเจ้าของสิทธิ แต่แนวความคิดทั่วไปในปัจจุบันมองทรัพย์สินในมุมที่กว้างมากขึ้นโดยอาจมองว่าทรัพย์สินเป็นชุดของสิทธิต่างๆ (bundle of right) ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินซึ่งสัมพันธ์กับสิทธิของบุคคลอื่นๆ และสาธารณะ สิทธิต่างๆ ดังกล่าวบางอย่างอาจใช้ได้อย่างไม่จำกัด ในขณะที่สิทธิบางอย่างถูกจำกัดโดยผลของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่³⁵

³³ประมุข สุวรรณศรี ศ. “คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 , 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน” พิมพ์ครั้งที่ 6 สำนักพิมพ์นิติบรรณการ กรุงเทพมหานคร 2525 หน้า 132 อ้างใน จุมพล ภิญโญสินวัฒน์ หลักเหตุผลในการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2552 หน้า 135

³⁴บัญญัติ สุชีวะ ศ. “กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน” กรุงเทพมหานคร พิมพ์ กรุงเทพมหานคร 2528 หน้า 64 อ้างใน จุมพล ภิญโญสินวัฒน์ อ้างไว้ เจริญรอด 33 หน้า 135-136

³⁵เพ็ญอ้าง หน้า 134

ศาสตราจารย์ประมุข สุวรรณศรี ได้อธิบายถึงลักษณะของทรัพย์สินว่า “ต้องมีทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสิทธิเสมอ จึงได้ชื่อว่าเป็นทรัพย์สิน” หากยังไม่มีทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสิทธิอาจเป็นได้ในฐานะของบุคคลสิทธิ นอกจากนี้ยังได้กำหนดเกณฑ์พิจารณาความแตกต่างของทรัพย์สินกับบุคคลสิทธิไว้ 5 ประการ ดังนี้³⁶

(1) ทรัพย์สินใช้ยันแก่บุคคลได้ทั่วไปไม่จำกัด กล่าวคือบุคคลใดมีทรัพย์สินเหนือทรัพย์สินอยู่ก็จะมีสิทธิเด็ดขาด (absolute) ที่จะติดตามเอาคืนซึ่งทรัพย์สินนั้น สามารถป้องกันขัดขวางผู้ที่มิชอบกรรมสิทธิ์นั้นได้ด้วยตนเอง ในขณะที่บุคคลสิทธิเป็นสิทธิที่ใช้ยันได้แต่บุคคลเฉพาะตัวที่จะบังคับถูกหนั้นให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการเท่านั้น เป็นสิทธิเรียกร้องที่จะดำเนินคดีได้แต่จะบังคับโดยพลการไม่ได้

(2) ทรัพย์สินก่อให้เกิดหน้าที่ดเว้น กล่าวคือทรัพย์สินก่อให้เกิดหน้าที่ดเว้นที่จะต้องปล่อยให้ผู้ทรงทรัพย์สินดำรงอยู่ในฐานะเดิม ในขณะที่บุคคลสิทธิก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลเฉพาะและก่อหน้าที่เพียงตามความผูกพันที่บุคคลนั้นได้ก่อขึ้น

(3) ทรัพย์สินมีวัตถุแห่งสิทธิเป็นทรัพย์สิน กล่าวคือทรัพย์สินจะต้องมีสิ่งที่จะมารับรองการบังคับของทรัพย์สินเพราะได้ก่อหน้าที่ดเว้นให้แก่บุคคลทั่วไป ดังนั้นจึงต้องมีความชัดเจนที่ผู้อื่นจะได้งดเว้นไม่เข้ามาเกี่ยวข้องกับสิ่งนั้นจนเป็นการรบกวนขัดขวางสิ่งที่รับรองการบังคับสิทธิ ซึ่งเรียกกันว่าวัตถุแห่งสิทธิและวัตถุแห่งสิทธิต้องเป็นทรัพย์สินเสมอ ในขณะที่วัตถุแห่งสิทธิของบุคคลสิทธิเป็นการกระทำหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง

(4) ทรัพย์สินก่อตั้งขึ้นด้วยอำนาจของกฎหมายโดยตรง กล่าวคือทรัพย์สินใช้ยันแก่บุคคลได้โดยทั่วไปและผู้ทรงทรัพย์สินอาจบังคับเอาด้วยตนเองได้โดยพลการ ทรัพย์สินจึงเป็นสิทธิที่ต้องให้กฎหมายบัญญัติให้เป็นที่รู้แจ้งกันทั่วไป มิฉะนั้นอาจก่อให้เกิดความไม่สงบขึ้น ส่วนบุคคลสิทธินั้นเป็นสิทธิที่บังคับกับเฉพาะบุคคล จึงก่อให้เกิดขึ้นได้ด้วยความตกลงระหว่างกัน

(5) ทรัพย์สินไม่อาจสิ้นสุดไปด้วยการไม่ใช้ กล่าวคือทรัพย์สินไม่มีอายุความเสียสิทธิ เจ้าของทรัพย์สินย่อมมีสิทธิไปตลอดตราบเท่าที่ทรัพย์สินนั้นยังคงอยู่ ทั้งนี้เว้นแต่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษเฉพาะเรื่อง ส่วนบุคคลสิทธินั้นเจ้าของสิทธิต้องใช้หรือสงวนสิทธินั้นไว้เสมอ มิฉะนั้นหากล่วงเลยระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ย่อมเสียสิทธินั้นไป ซึ่งเรียกว่าอายุความเสียสิทธิ

³⁶ประมุข สุวรรณศรี ศ. “คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 , 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน” พิมพ์ครั้งที่ 6 สำนักพิมพ์นิติบรรณการ กรุงเทพมหานคร 2525 หน้า 134-137 อ้างใน จุมพล ภิญญินวัฒน์ อ้างไว้ เจริญรอด 33 หน้า 137-138

รองศาสตราจารย์ จุฑามาศ นิสารัตน์ ได้กำหนดเกณฑ์พิจารณาความแตกต่างของ ทรัพย์สินกับบุคคลสิทธิไว้ 4 ประการ ดังนี้³⁷

(1) ทรัพย์สินมีวัตถุประสงค์แห่งสิทธิเป็นทรัพย์สิน ส่วนบุคคลสิทธิมีวัตถุประสงค์แห่งสิทธิเป็น การกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง ทรัพย์สินนั้นย่อมตกติดไปกับวัตถุประสงค์แห่งสิทธิเสมอ ส่วนบุคคลสิทธิมีอยู่เฉพาะตัวบุคคลที่เกี่ยวข้องในหนึ่งเท่านั้นที่จะกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างใด อย่างหนึ่ง

(2) ทรัพย์สินก่อตั้งขึ้นด้วยอาศัยอำนาจของกฎหมายเท่านั้น ซึ่งตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1298 “ทรัพย์สินทั้งหลายนั้น ท่านว่าจะก่อตั้งขึ้นได้แต่ด้วยอาศัย อำนาจในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น” เพราะเหตุว่าทรัพย์สินใช้บังคับบุคคลทั่วไปโดยไม่ จำกัด และผู้ทรงทรัพย์สินสามารถบังคับเอาได้เองโดยพลการ ฉะนั้นจึงจำเป็นต้องมีกฎหมาย บัญญัติไว้โดยชัดเจนให้บุคคลทั่วไปได้รับรู้ ส่วนบุคคลสิทธินั้นเป็นสิทธิบังคับเฉพาะบุคคลจะ บังคับเอาเองโดยพลการไม่ได้ ต้องฟ้องร้องต่อศาล ฉะนั้นบุคคลสิทธิจึงก่อตั้งได้ด้วยความตกลง กันเอง คือก่อตั้งขึ้นด้วยนิติกรรม บุคคลจะทำสัญญากันในรูปแบบใดก็ได้ หรือเกิดขึ้นโดยนิติเหตุ เช่น ละเมิดก็ได้ ฯลฯ

(3) ทรัพย์สินก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลทั่วไป เมื่อฝ่ายหนึ่งมีสิทธิอีกฝ่ายหนึ่งก็ ต้องมีหน้าที่เกิดขึ้น ทรัพย์สินนั้นเมื่อเป็นสิทธิที่กฎหมายก่อตั้งขึ้นก็ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลทั่วไป หน้าที่นั้นต้องละเว้นที่จะไม่ก้าวล่วงกับการใช้สิทธิใดๆ ของผู้ทรงทรัพย์สิน ปล่อยให้ผู้ทรง ทรัพย์สินดำรงอยู่ในฐานะเช่นนั้นโดยไม่ถูกผู้ใดรบกวน ส่วนบุคคลสิทธินั้นก่อให้เกิดหน้าที่แก่ บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ ที่จะต้องกระทำการหรือละเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งให้ เป็นไปตามความผูกพันของคนที่ก่อให้เกิดขึ้นไม่ว่าจะโดยนิติกรรมหรือโดยนิติเหตุ

(4) ต่างกันในการสิ้นสุดไปด้วยการไม่ใช้ ทรัพย์สินไม่อาจสิ้นสุดไปโดยการไม่ ใช้ คือทรัพย์สินมีลักษณะคงทนถาวร ไม่หมดสิ้นไปโดยการไม่ใช้ และไม่มีอายุความสิ้นสิทธิ เช่น ในเรื่องกรรมสิทธิ์ที่ดิน แม้เจ้าของจะไม่ใช้อำนาจในการเป็นเจ้าของโดยทิ้งที่ดินให้รกร้างว่าง เปล่า เจ้าของก็ยังคงมีกรรมสิทธิ์อยู่ เว้นแต่จะมีบุคคลอื่นเข้าครอบครองปรปักษ์ ตามมาตรา 1382 เป็นต้น ส่วนบุคคลสิทธินั้นอาจเสียไปโดยการไม่ใช้ ผู้ทรงสิทธิจำต้องกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง เพื่อเป็นการสงวนสิทธินั้นไว้เสมอ ถ้าทิ้งระยะเวลาล่วงเลยตามที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว กฎหมายก็ จะไม่บังคับให้ตามสิทธินั้น คือสิ้นสิทธิไปโดยอายุความ

³⁷ จุฑามาศ นิสารัตน์ รศ. คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สิน พิมพ์ครั้งที่ 7 สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง กรุงเทพมหานคร 2543 หน้า 32-33

สำหรับประเทศไทย กฎหมายได้รับรองและให้ความคุ้มครองทรัพย์สินหรือสิทธิในทรัพย์สินไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 41 “สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครอง ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นนี้ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ” นอกจากนี้ยังมีกฎหมายลำดับรองให้การรับรองและคุ้มครองด้วย เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายอาญา ฯลฯ ดังนั้นมาตรการในการบังคับสิทธิในทรัพย์สินตามกฎหมายไทย จึงสามารถบังคับได้ทั้งทางแพ่งและอาญาด้วย

เมื่อวิเคราะห์หลักการคุ้มครองทรัพย์สิน เปรียบเทียบกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์แล้ว จะพบว่าหลักทรัพย์สินเป็นหลักซึ่งกำหนดสิทธิให้บุคคลมีอยู่เหนือทรัพย์สิน เพื่อให้การคุ้มครองแก่เจ้าของทรัพย์สินให้สามารถใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินของตนเองได้อย่างเต็มที่ และไม่ถูกจำกัดด้วยระยะเวลา ทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสิทธิและทรัพย์สินต้องผูกติดกับทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสิทธิ ส่วนลิขสิทธิ์นั้นเป็นสิทธิในสิ่งที่ไม่มีรูปร่างและไม่ผูกติดกับทรัพย์สินหรือสิ่งที่มีรูปร่าง จึงมีความแตกต่างกันในเรื่องวัตถุแห่งสิทธิ

ลิขสิทธิ์มีลักษณะเป็นสิทธิผูกขาดประเภทหนึ่ง ที่ไม่ได้เกิดขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการทำให้สิทธิผูกขาดของผู้สร้างสรรค์กลายเป็นสิทธิผูกขาดอย่างสมบูรณ์ และไม่ต้องการขยายขอบเขตของสิทธิผูกขาดในสังคมอย่างไม่มีขอบเขต ตรงกันข้ามลิขสิทธิ์เกิดขึ้นเพื่อสร้างสมดุลระหว่างผลประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์งานและสาธารณะให้บุคคลทั่วไปเข้าใช้ประโยชน์สาธารณะในขอบเขตที่เหมาะสม นอกจากนี้ลิขสิทธิ์มีระยะเวลาสิ้นสุดตามที่กฎหมายกำหนดซึ่งแตกต่างจากทรัพย์สินที่คงอยู่ตราบที่ทรัพย์สินยังคงอยู่

ในประเด็นที่ว่า ลิขสิทธิ์เป็นทรัพย์สินหรือไม่นั้น เป็นประเด็นที่ถกเถียงกันมานาน บรรดานักกฎหมายได้มีความเห็นแตกต่างกันออกไป ซึ่งพอจะแบ่งได้เป็น 2 แนวทางใหญ่ๆ ได้แก่

แนวทางแรก เห็นว่าลิขสิทธิ์เป็นทรัพย์สิน หรือเป็นสิทธิที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน ซึ่งบรรดานักกฎหมายที่มีความเห็นตามแนวทางนี้มีอยู่หลายท่าน เช่น

รองศาสตราจารย์ จุฑามาศ นิสารัตน์ ได้อธิบายความหมายของ “ทรัพย์สิน” (real right) หมายถึง สิทธิของบุคคลในทรัพย์สิน คือสิทธิที่มีวัตถุแห่งสิทธิเป็นทรัพย์สิน เช่น กรรมสิทธิ์ สิทธิเก็บกิน สิทธิครอบครอง สิทธิจำนอง สิทธิจำนำ สิทธิยืมหน่วง ภาระค้ำประกันในอสังหาริมทรัพย์ ส่วนลิขสิทธิ์หรือสิทธิบัตรนั้นมิใช่สิทธิเหล่านี้จึงถือว่าเป็น ทรัพย์สินอย่างหนึ่ง³⁸

ศาสตราจารย์ ดร.ธีระ ศรีธรรมรักษ์ และคณะ ได้อธิบายความหมายของ “ทรัพย์สิน” (real right) คือ สิทธิที่มีวัตถุแห่งสิทธิเป็นทรัพย์สิน หรือสิทธิที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินโดยตรง เช่น

³⁸ จุฑามาศ นิสารัตน์ รศ. เพ็ญอ้าง หน้า 31

กรรมสิทธิ์ สิทธิครอบครอง ภาระจำยอม สิทธิอาศัย สิทธิเก็บกิน สิทธิเหนือพื้นดิน ภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ สิทธิจำนอง สิทธิจำนำ สิทธิยืมหน่วง ลิขสิทธิ์ สิทธิในเครื่องหมายการค้า เป็นต้น³⁹

อาจารย์บัญญัติ สุชีวะ อธิบายว่า ทรัพย์สินคือสิทธิที่มีวัตถุแห่งสิทธิเป็นทรัพย์สิน หรือ สิทธิที่อยู่เหนือทรัพย์สิน เป็นสิทธิที่จะบังคับกับตัวทรัพย์สินโดยตรง เช่น ลิขสิทธิ์, สิทธิในเครื่องหมายการค้า.....ทรัพย์สินจะเกิดขึ้นได้ก็โดยอำนาจตามกฎหมายจะก่อตั้งขึ้นเองโดยที่ไม่มีกฎหมายรับรองมิได้⁴⁰

รองศาสตราจารย์รัชชัย สุกผลศิริ ระบุว่าคำว่า “ทรัพย์สิน” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 138 หมายความว่ารวมทั้งทรัพย์สินและวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ ดังนั้น “ลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นสิทธิประเภทหนึ่งที่ก่อตั้งและรับรองโดยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ โดยเฉพาะและเป็นสิทธิที่มีราคาและถือเอาได้โดยสภาพอยู่แล้วตามความหมายของกฎหมาย” ลิขสิทธิ์จึงจัดเป็นทรัพย์สินด้วย และถือเป็นสิทธิในทางทรัพย์สิน (property right)⁴¹

นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย จัดการแบ่งประเภทของสิทธิตามวัตถุแห่งสิทธิตามกฎหมายเอกชน ระบุว่า ลิขสิทธิ์ เป็นสิทธิเหนือสิ่งที่ไม่มีการรูปร่าง (immaterielle gueterrechte) เช่น สิทธิของผู้ประพันธ์ที่จะพิมพ์บทประพันธ์ออกจำหน่าย หรือสิทธิของผู้แต่งบทละครที่จะนำบทละครออกแสดง ฯลฯ ซึ่งจัดเป็นสิทธิเกี่ยวกับทรัพย์สิน (vermogensrecht) และกฎหมายให้ไว้เพื่อประโยชน์ในทางเศรษฐกิจของเจ้าของสิทธิ⁴²

³⁹ธีระ ศรีธรรมรักษ์ ศ.ดร. และคณะ *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* พิมพ์ครั้งที่ 2 สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง กรุงเทพมหานคร 2543 หน้า 221

⁴⁰บัญญัติ สุชีวะ *คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน* ศูนย์หนังสือเนติบัณฑิตยสภา พิมพ์ครั้งที่ 6 มีนาคม 2544 หน้า 65

⁴¹จุฬพล ภิญโญสินวัฒน์ อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 35 หน้า 140

⁴²หยุด แสงอุทัย ศ.ดร. *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* พิมพ์ครั้งที่ 15 สำนักพิมพ์ประกายพรึก กรุงเทพมหานคร 2545 หน้า 245

แนวทางที่สอง เห็นว่าลิขสิทธิ์ไม่เป็นทรัพย์สิน ซึ่งนักกฎหมายที่มีความเห็นตามแนวทางนี้ เช่น

อาจารย์ปริญญา ติผคง ได้อธิบายและให้เหตุผลไว้ใน “คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา” โดยมีความเห็นว่า ทรัพย์สินทางปัญญา(ซึ่งรวมถึงลิขสิทธิ์ด้วย) เป็นสิทธิที่ไม่มีรูปร่าง ดังนั้นจึงแตกต่างจากสิทธิในทรัพย์สิน โดยได้อธิบายความแตกต่างที่เห็นได้ชัดเจนสองประการ คือ⁴³

(1) หลักที่ใช้กับสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ที่สำคัญคือหลักกรรมสิทธิ์ แต่หลักของทรัพย์สินทางปัญญา (ซึ่งรวมถึงลิขสิทธิ์ด้วย) คือการสร้างความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิของผู้สร้างสรรค์ผลงานกับสิทธิของสาธารณชน การคุ้มครองสิทธิทั้งในสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ต่างยึดกับหลักกรรมสิทธิ์ เป็นสิทธิที่มีอยู่ตลอดไปโดยไม่จำกัดอายุการคุ้มครอง ตราบเท่าที่ตัวทรัพย์สินนั้นยังคงอยู่ ส่วนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามีอายุการคุ้มครองจำกัดและไม่ให้สิทธิผูกขาดแก่เจ้าของงานตลอดไป เพราะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของสาธารณชนด้วยเพื่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิของผู้สร้างสรรค์งานและสิทธิของสาธารณชน นอกจากนี้ยังเปิดโอกาสให้สาธารณชนเข้าใช้ประโยชน์จากงานได้ตามหลักการใช้สิทธิอย่างเป็นธรรม (fair use)

(2) ทรัพย์สินมีการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยการครอบครองปรปักษ์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่การได้มาซึ่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะต้องเป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น ไม่สามารถได้มาโดยการครอบครองตามระยะเวลาต่างๆ ได้

อาจารย์ปริญญายังได้ระบุต่อไปว่า ทรัพย์สินทางปัญญาไม่ใช่บุคคลสิทธิเพราะเป็นสิทธิที่ก่อตั้งโดยกฎหมายและสามารถใช้อ้างได้กับบุคคลทั่วไป มิได้ก่อตั้งได้เองอย่างบุคคลสิทธิและอ้างได้เฉพาะบุคคลอย่างบุคคลสิทธิ ในขณะเดียวกันทรัพย์สินทางปัญญาก็มิใช่ทรัพย์สินอีกด้วย ซึ่งมีเหตุผลหลายประการ กล่าวคือ

ประการแรก ทรัพย์สินไม่มีอายุการคุ้มครองจำกัด แต่สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามีอายุการคุ้มครองจำกัด และ

ประการที่สอง ในขณะที่ทรัพย์สินอย่างกรรมสิทธิ์เจ้าของทรัพย์สินสามารถอ้างได้ทั่วไปและทั่วโลก แต่สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไม่สามารถอ้างได้ในลักษณะเดียวกัน เพราะต้องขึ้นอยู่กับกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายของประเทศต่างๆ ด้วย ดังนั้น ทรัพย์สินทางปัญญา (ซึ่ง

⁴³ปริญญา ติผคง “ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา” ใน คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา จัดพิมพ์โดย สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา สำนักพิมพ์ผลสยามพรีนติ้ง (ประเทศไทย) กรุงเทพมหานคร 2544 หน้า 22-27

รวมถึงลิขสิทธิ์ด้วย) จึงไม่ใช่ทั้งบุคคลสิทธิและทรัพย์สิน⁴⁴

นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ไชยยศ เหมะรัชตะ อธิบายว่า ได้มีความพยายามที่จะกำหนดลักษณะของลิขสิทธิ์ให้อยู่ภายใต้ลักษณะของทรัพย์สิน (property) สิทธิแต่ผู้เดียว (monopoly) ข้อบัญญัติของกฎหมาย (statutory reward) สิทธิตามธรรมชาติ (natural right) หรือสิทธิเฉพาะบุคคล (personal right) แต่ก็ไม่สามารถจะกำหนดลักษณะของลิขสิทธิ์ให้อยู่ในลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังกล่าวได้ ด้วยเหตุที่ว่าการใช้ทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งจะทำให้ลักษณะของลิขสิทธิ์ผิดไปจากความเป็นจริง ซึ่งบรรดานักกฎหมายเห็นว่าลิขสิทธิ์มีลักษณะพิเศษที่แตกต่างไม่เหมือนกับสิทธิประเภทอื่นตามกฎหมาย ลิขสิทธิ์มีลักษณะทั้งที่เป็นทรัพย์สิน สิทธิแต่ผู้เดียว และสิทธิเฉพาะบุคคล โดยมีได้มีลักษณะที่เป็นเอกเทศ คงเป็นเฉพาะอย่างละเอียดอ่อน⁴⁵

สำหรับผู้เขียน มีความเห็นด้วยกับแนวทางที่สอง ที่เห็นว่าลิขสิทธิ์ไม่ใช่ทรัพย์สิน เนื่องจากลิขสิทธิ์ไม่มีลักษณะแห่งทรัพย์สินตามกฎหมายทั้งในด้านการได้มา การเปลี่ยนแปลง หรือการระงับซึ่งสิทธิ กล่าวคือลิขสิทธิ์เกิดขึ้นและได้รับความคุ้มครองในทันทีเมื่อสร้างสรรค์งาน (automatic protection)⁴⁶ โดยไม่ต้องผ่านพิธีการใดๆ ไม่ต้องจดทะเบียนเหมือนทรัพย์สินบางประเภท ลิขสิทธิ์ไม่ระงับสิ้นไปเมื่อวัตถุหรือสื่อที่บันทึกงานสูญหาย และลิขสิทธิ์มีระยะเวลาสิ้นสุดตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งต่างจากทรัพย์สินที่ยังคงอยู่ตราบเท่าที่ทรัพย์สินนั้นยังอยู่ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากหลักการสร้างสมดุลของการใช้ลิขสิทธิ์พบว่า ลิขสิทธิ์ตั้งอยู่บนหลักพื้นฐานของการสร้างสมดุลระหว่างสิทธิของผู้สร้างสรรค์งานและสิทธิของสาธารณชน โดยมีระยะเวลาในการคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่เหมาะสมตามที่กฎหมายกำหนด และต้องเปิดโอกาสให้สาธารณชนได้ใช้งานได้อย่างเหมาะสมในระยะเวลาการคุ้มครองตามหลักการใช้สิทธิอย่างเป็นธรรม (fair use) ในขณะที่ทรัพย์สินอยู่บนพื้นฐานของหลักกรรมสิทธิ์ซึ่งเป็นสิทธิเด็ดขาด นอกจากนี้ทรัพย์สินยังสามารถได้มาโดยการครอบครองปรปักษ์ในขณะที่ลิขสิทธิ์ไม่สามารถเกิดขึ้นจากการครอบครองปรปักษ์ได้

ดังนั้น ในเมื่อลิขสิทธิ์ไม่ใช่ทรัพย์สินแล้ว แนวความคิดเกี่ยวกับขอบเขตการคุ้มครองวิธีการ กลไกในการให้ความคุ้มครอง รวมถึงการบังคับโทษด้วยมาตรการทางอาญาก็ไม่จำเป็นต้องมีความคล้ายคลึงหรือต้องใช้การลงโทษที่เท่าเทียมกัน ลิขสิทธิ์เป็นสิทธิผูกขาดที่กฎหมายรับรองเพื่อเป็นแรงจูงใจแก่ผู้สร้างสรรค์งาน โดยให้ได้รับผลประโยชน์ตอบแทนทางเศรษฐกิจจึงเป็นสิทธิในทางเอกชน (private right) ที่ผู้สร้างสรรค์งานสามารถใช้เรียกร้องค่าตอบแทนในทางทรัพย์สิน

⁴⁴ เพิ่งอ้าง หน้า 29-31

⁴⁵ ไชยยศ เหมะรัชตะ คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์ อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 28 หน้า 31

⁴⁶ Berne Convention Article 5 (2)

ใช้เรียกร้องค่าเสียหาย หรือเรียกเอาค่าใช้สิทธิจากการที่บุคคลอื่นใช้สิทธิโดยมิชอบ เอกชนเจ้าของสิทธิควรจะทำหน้าที่สอดส่องปกป้องรักษาสิทธิของตนเอง โดยรัฐมีภาระที่จะให้ความคุ้มครองและเยียวยาหากมีการละเมิดสิทธิเกิดขึ้น ซึ่งประเด็นนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่ารัฐไม่ควรจะเข้าไปดำเนินการปราบปรามการละเมิดในทุกเรื่อง แต่เอกชนเจ้าของสิทธิควรมีส่วนรับผิดชอบโดยตรงในการดำเนินการป้องกันการละเมิดสิทธิของตนมากกว่าจะหวังพึ่งพากรัฐแต่ฝ่ายเดียว เช่น ต้องมีบุคลากรเพื่อสอดส่องหรือตรวจสอบการกระทำละเมิดสิทธิ มีทนายความในการรวบรวมพยานหลักฐานรวมถึงฟ้องคดีแพ่งและคดีอาญาต่อศาล หรืออาจใช้มาตรการปกป้องทางเทคโนโลยีเพื่อป้องกันงานของตน

3. ความหมาย แนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายอาญา การกำหนดความผิดและโทษทางอาญา

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายมหาชน บัญญัติถึงความผิดและโทษทางอาญาซึ่งเกี่ยวพันระหว่างรัฐและเอกชน เพราะการกระทำความผิดอาญานั้นเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนถึงความสงบเรียบร้อยของรัฐซึ่งเป็นส่วนรวม รัฐจึงจำเป็นต้องเข้าควบคุมดูแลเพื่อให้เกิดความสงบสุขและถึงแม้ความผิดบางประเภท จะเป็นความผิดที่มีลักษณะเป็นการส่วนตัวของผู้เสียหาย และเป็นความผิดอันยอมความกันได้ก็ตาม แต่รัฐควรที่จะมีอำนาจเข้าเกี่ยวข้องได้เมื่อผู้เสียหายซึ่งเป็นเอกชนได้ร้องทุกข์ขึ้นก่อน กฎหมายอาญาจึงเป็นเรื่องของแต่ละรัฐโดยเฉพาะ (local matter)⁴⁷

3.1 ความหมายของกฎหมายอาญา

หากจะให้นิยามความหมายของ “กฎหมายอาญา” ได้มีผู้ทรงคุณวุฒิหลายท่านได้ให้นิยามไว้ ดังนี้

รศ.วินัย ถั่วเลิศ ให้ความหมายว่า กฎหมายอาญา คือบรรดากฎหมายทั้งหลายที่บัญญัติถึงความผิดและกำหนดโทษไว้⁴⁸

⁴⁷ สุขสมชัย สุทธิบดี รศ. กฎหมายอาญา ภาค 1 พิมพ์ครั้งที่ 2 สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง กรุงเทพมหานคร 2527 หน้า 1

⁴⁸ วินัย ถั่วเลิศ รศ. กฎหมายอาญา 1 พิมพ์ครั้งที่ 4 สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง กรุงเทพมหานคร 2543 หน้า 1

ศ.จิตติ ดิงศกัทธิ์ กล่าวว่า “กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายมหาชน ที่ว่าด้วยความผิดและโทษทางอาญา”⁴⁹

รศ. ดร.เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์ กล่าวว่า “กฎหมายอาญา คือกฎหมายที่บัญญัติว่าการกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดเป็นความผิด และกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดไว้ด้วย โดยกฎหมายอาญายังหมายรวมถึง กฎหมายที่บัญญัติว่าการกระทำความผิดจะถูกใช้บังคับวิธีการเพื่อความปลอดภัยด้วย”⁵⁰

Wayne R. LaFave กล่าวว่า “กฎหมายอาญา (criminal law) หมายถึง บรรดากฎหมายทั้งหลายที่มีโทษทางอาญาโดยมีบทบัญญัติกำหนดความผิดซึ่งอาจเป็นข้อห้ามปฏิบัติหรือข้อบังคับให้ปฏิบัติก็ได้ หากผู้ใดฝ่าฝืนก็จะมีโทษทางอาญา”⁵¹

รศ.วิสาร พันธุระ ให้ความเห็นว่า เราอาจพิจารณาความหมายของกฎหมายอาญาได้ 2 นัย ได้แก่ ความหมายอย่างแคบ กฎหมายอาญาและกฎหมายอาญาสารบัญญัติมีความหมายอย่างเดียวกัน คือเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด และกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ส่วนในความหมายอย่างกว้างนั้น กฎหมายอาญามีความหมายรวมทั้งกฎหมายอาญาสารบัญญัติ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งเกี่ยวข้องกับขั้นตอนในการดำเนินคดีอาญา เริ่มแต่การสอบสวนไปจนกระทั่งการสิ้นสุดแห่งโทษ และยังครอบคลุมถึงความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (administration of criminal justices) ด้วย⁵²

จากคำนิยามของผู้ทรงคุณวุฒิข้างต้น จึงอาจสรุปได้ว่า กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายมหาชน ที่มีบทบัญญัติถึงการกระทำหรือไม่กระทำการใดถือเป็นความผิด และได้กำหนดโทษทางอาญาสำหรับผู้กระทำความผิดไว้ด้วย

⁴⁹จิตติ ดิงศกัทธิ์ “คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา” สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา 2506 หน้า 2-3 อ้างใน ปาริชาต มั่นสกุล การกำหนดมาตรการทางอาญาเกี่ยวกับการโจมตีค่าเงินบาท วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2545 หน้า 4

⁵⁰เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์ รศ.ดร. “คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1” สำนักพิมพ์วิญญูชน กรุงเทพมหานคร 2544 หน้า 1 อ้างใน ปาริชาต มั่นสกุล อ้างไว้ เจริญธรรมที่ 49 หน้า 4

⁵¹Wayne R. Lafave “Handbook on Criminal Law” West Publishing Co. St.Paul 1972 P.5 อ้างใน ปาริชาต มั่นสกุล อ้างไว้ เจริญธรรมที่ 49 หน้า 4

⁵²วิสาร พันธุระ รศ. “ลักษณะทั่วไปของกฎหมายอาญาและปรัชญากฎหมายอาญา” ใน เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายอาญา 1 พิมพ์ครั้งที่ 27 สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช 2553 หน้า 5

3.2 หน้าที่ของกฎหมายอาญา

Professor Paul H. Robinson ได้ให้ความเห็นว่า กฎหมายอาญานั้นมีหน้าที่พื้นฐาน (primary functions) ที่สำคัญ 3 ประการ ได้แก่⁵³

(1) กฎหมายอาญาเป็นตัวกำหนดและบอกถึงความประพฤติต้องห้าม รวมทั้งกำหนดกติกาความประพฤติ (rules of conduct) แก่สมาชิกของชุมชน ให้สมาชิกหลีกเลี่ยงความประพฤติต้องห้ามที่จะนำไปสู่การถูกลงโทษทางอาญา

(2) กำหนดเงื่อนไขขึ้นสำหรับความรับผิดชอบ กำหนดลักษณะเฉพาะของพฤติกรรมต้องห้าม หรือแบบอย่างการปฏิบัติอันเป็นการฝ่าฝืนกติกาความประพฤติซึ่งควรได้รับการเตือนและนำไปสู่การพิจารณาลงโทษ

(3) ในกรณีที่จะกำหนดความผิด หลักกฎหมายอาญาจะเป็นผู้กำหนดความผิด โดยพิจารณาจากความร้ายแรงของพฤติกรรมที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำลงไป

การลงโทษทางอาญาเป็นประเพณี (traditionally) ขึ้นพื้นฐานที่สุดในการแสดงออกที่เห็นได้ชัดเจนเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยของรัฐ⁵⁴ การลงโทษมีความศักดิ์สิทธิ์และชอบธรรมอันมีกฎเกณฑ์ขึ้นพื้นฐานมาจากอำนาจอธิปไตย สำหรับคุ้มครองและป้องกันสาธารณชนให้มีชีวิตและความเป็นอยู่ที่ดี และผู้กระทำความผิดไม่อาจฝ่าฝืนการลงโทษได้⁵⁵

3.3 ความหมายของโทษทางอาญา

สำหรับโทษทางอาญาที่ลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ได้มีผู้ทรงคุณวุฒิหลายท่านให้ความหมายของ “โทษทางอาญา” ไว้ ซึ่ง ผู้เขียนขอนำมาอธิบายพอสังเขป ดังนี้

Professor H. L. A. Hart ได้นิยามว่าโทษอาญาต้องประกอบด้วยสาระสำคัญ 5 ประการ ดังนี้⁵⁶

- (1) โทษต้องก่อให้เกิดความเจ็บปวด (pain) หรือผลอื่นที่ก่อให้เกิดความไม่พอใจ
- (2) โทษต้องใช้เพื่อตอบแทนความผิด

⁵³ Paul H. Robinson Professor. *A Functional Analysis of Criminal Law* Northwestern University Law Review 1994 88,3 p. 857 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=662024)

⁵⁴ George P. Fletcher Professor. *Criminal Justice Ethics* Winter/Spring 2006 p. 18

⁵⁵ Raymond Geuss *Baccaria on Crimes and Punishment and Other Writings* Cambridge University press 1995 p. 10

⁵⁶ H. L. A. Hart “Punishment and Responsibility” Charendon Press Oxford 1966 p. 4-5 อ้างใน วาทีน หนูเกื้อ *มาตรการเสริมในทางอาญา* วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2539 หน้า 11

- (3) โทษต้องลงแก่ผู้กระทำความผิด
- (4) โทษต้องเป็นวิธีการซึ่งบุคคลอื่นนอกจากผู้กระทำความผิดนำมาใช้
- (5) ผู้กำหนดโทษต้องเป็นบุคคลที่กฎหมายให้อำนาจลงโทษเพื่อตอบแทนการกระทำความผิดทางอาญา

Professor Johannes Andenes ได้ให้คำนิยามของโทษอาญาว่า โทษอาญาต้องประกอบด้วยสาระสำคัญ 3 ประการ คือ⁵⁷

- (1) ต้องเป็นผลร้ายที่รัฐนำมาใช้แก่ผู้กระทำความผิด
- (2) การลงโทษจะกระทำได้อีกเมื่อมีการกระทำความผิดกฎหมาย
- (3) เป็นการตอบแทนเพื่อให้ผู้กระทำความผิดเข้าใจว่าโทษเป็นผลร้ายที่ตนได้รับจากการกระทำความผิด

Professor ALF Ross กล่าวว่า โทษอาญานอกจากจะเป็นผลร้ายต่อผู้กระทำความผิดซึ่งถูกกำหนดและใช้โดยผู้มีอำนาจและเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำความผิดกฎหมายแล้ว ยังจะต้องมีการตำหนิของสังคมต่อผู้กระทำความผิดเนื่องจากผู้กระทำความผิดแสดงถึงความชั่วอยู่ในตัวอีกด้วย การลงโทษเป็นการแสดงออกของสังคมซึ่งตำหนิความชั่วนั้น⁵⁸

Professor Packer แห่งมหาวิทยาลัย Stanford ได้กล่าวถึงโทษทางอาญาซึ่งนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดการกระทำความผิดทางอาญาของบุคคล 3 ประการ คือ⁵⁹

- (1) การนำโทษทางอาญามาใช้กับการกระทำความผิดนั้น ต้องเป็นการกระทำที่คนส่วนใหญ่ในสังคมเห็นว่าก่อให้เกิดอันตรายกับสังคมหรือเกิดผลกระทบกับบุคคลอื่น
- (2) โทษทางอาญาที่กำหนด จะต้องมิใช่การกระทำความผิดนั้นลดน้อยลงและข้อสำคัญประการสุดท้าย
- (3) โทษทางอาญาจะต้องเป็นมาตรการสุดท้าย จะต้องไม่มีทางเลือกอื่นที่เหมาะสมกว่านี้อีกแล้ว

⁵⁷ Johannes Andenes “The General Part of the Criminal Law of Norway” Sweet & Maxell Limited London 1966 p. 8-11 อ้างใน วาทีน หนูเกื้อ อ้างไว้ เจริญรอด 56 หน้า 11-12

⁵⁸ ALF Ross “On Guilt, Responsibility and Punishment” Stevenes & Sons Limited London 1975 p.36 อ้างใน วาทีน หนูเกื้อ อ้างไว้ เจริญรอด 56 หน้า 12

⁵⁹ สรุปผลการสัมมนา โครงการสัมมนาเพื่อพัฒนาระบบการบังคับใช้กฎหมาย “การกำหนดความผิดอาญาในกฎหมายไทย : ปัญหาที่ยังไม่ได้รับการแก้ไข” มีนาคม 2548 หน้า 6 อ้างใน อรรถชัย วงศ์อุดมมงคล การใช้มาตรการอื่นแทนโทษทางอาญา : ศึกษาเฉพาะกรณีความผิดบางประเภท วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2548 หน้า 10

3.4 วัตถุประสงค์ของการลงโทษทางอาญา

สำหรับการลงโทษทางอาญานั้น หากพิจารณาในแง่ทัศนะทางสังคม วัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญาต่อผู้กระทำความผิดนั้นมีหลายประการ ดังนี้⁶⁰

(1) การคุ้มครองมนุษย์ (ในบางกรณีรวมถึงการคุ้มครองสัตว์ด้วย) จากการกระทำต่างๆ โดยเจตนาละเมิดสิทธิในร่างกาย อนามัย โดยใช้ความรุนแรง โหดร้ายทารุณ และความประพฤติที่สังคมไม่พึงประสงค์

(2) การคุ้มครองบุคคลจากภัยอันตรายซึ่งกระทำโดยไม่เจตนา เป็นกรณีที่ถูกกฎหมายต้องป้องกันบุคคลมิให้ได้รับความเสียหาย จากการกระทำบางอย่างของผู้อื่น เช่น การกระทำผิดกฎหมายจราจร กฎหมายควบคุมมลพิษ โรคระบาด เป็นต้น

(3) การคุ้มครองบุคคลผู้อ่อนแอ หรือถูกชักจูงได้ง่าย มิให้ถูกเอารัดเอาเปรียบทั้งทางร่างกายและทรัพย์สิน เช่น เด็ก คนชรา คนป่วย คนพิการหรือผู้ที่มีปัญหาทางร่างกายและจิตใจ เป็นต้น

(4) การป้องกันการกระทำที่ผิดปกติหรือวิปริตผิดธรรมชาติ แม้ว่าผู้กระทำความผิดจะเป็นผู้ใหญ่ และมีความยินยอมหรือมีส่วนร่วมในการกระทำก็ตาม เช่น การใช้ยาเสพติด การพนัน โสเภณี เป็นต้น

(5) การป้องกันการกระทำอันไม่สมควรต่างๆ ซึ่งมีได้รวมไว้ในข้อต่างๆ ที่กล่าวมาแล้วโดยกระทำในที่สาธารณะ เช่น การเปลือยกาย หรือมีกิจกรรมทางเพศในที่สาธารณะ ฯลฯ

(6) การป้องกันการกระทำที่เป็นการชั่วร้าย หรือการประพฤติดีๆ จะนำไปสู่ความไม่สงบสุขในสังคม เช่น การพุดจาคุหมิ่น หรือการหมิ่นประมาทผู้อื่น เป็นต้น

(7) การคุ้มครองทรัพย์สินของบุคคลจากการถูกลัก หนี โกง ขโมย หรือทำลาย

(8) การป้องกันความไม่สะดวก หรือความไม่เป็นระเบียบเรียบร้อย เช่น การขัดขวางหรือกีดขวางการจราจร การวางหาบเร่แผงลอยในพื้นที่หวงห้าม เป็นต้น

(9) การเก็บภาษีและรายได้ประเภทต่างๆ ให้แก่รัฐ และบัญญัติความผิดสำหรับผู้ฝ่าฝืน

(10) การกำหนดความผิดต่อความมั่นคงของรัฐ

⁶⁰ ประธาน วัฒนาวาณิช “การปฏิรูประบบการลงโทษ แนวทางสหวิทยาการโดยเน้นทางด้านอาชญาวิทยา” บทบัณฑิตย 54 (ธันวาคม 2541) หน้า 11 อ้างใน อรรถชัย วงศ์อุดมมงคล อ้างไว้เชิงอรรถ 59 หน้า 11-12

(11) การกำหนดความผิดสำหรับการไม่ปฏิบัติตามนโยบายของรัฐ เช่น การกำหนดให้ผู้ปกครองต้องส่งบุตรหลานไปเข้ารับการศึกษาระดับบังคับ การกำหนดให้บุคคลต้องเข้าการเกณฑ์ทหาร เป็นต้น

(12) การคุ้มครองสถาบันทางสังคม เช่น สถาบันครอบครัวและศาสนา เป็นต้น

(13) การบังคับใช้กฎหมายที่รัฐเห็นว่ามีความสำคัญต่อการอำนวยความยุติธรรม เช่น ความผิดต่อเจ้าพนักงาน เจ้าพนักงานในการยุติธรรม และเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจหน้าที่ โดยเฉพาะให้ได้รับโทษสูงขึ้น การเพิ่มโทษสำหรับเจ้าพนักงานที่ไปเกี่ยวข้องกับการกระทำผิดบางลักษณะ การช่วยเหลือผู้ต้องหาหรือบุคคลที่ถูกควบคุมตามอำนาจศาลให้หลบหนีหรือไปเสียจากควบคุม การไม่ปฏิบัติตามคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาล การไม่มาเป็นพยานเมื่อได้รับหมายเรียกจากศาลหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจตามกฎหมาย เป็นต้น

ในสมัยโบราณ จุดประสงค์ในการลงโทษเพื่อให้ผู้กระทำความผิดเจ็บปวดและเป็นเยี่ยงอย่างแก่สังคม ทำให้ผู้คนในสังคมเกรงกลัวต่อโทษทัณฑ์ที่จะได้รับและไม่กล้าที่จะกระทำความผิด นอกจากนี้การควบคุมตัวผู้กระทำความผิดก็จะทำให้สังคมปลอดภัยชั่วระยะหนึ่ง อำนาจในการลงโทษทางอาญา (ius puniendi) ในสมัยโบราณย่อมอยู่ที่ผู้ถูกประทุษร้ายหรืออยู่ที่ชุมชนกลุ่มหนึ่งในรัฐซึ่งผู้ถูกประทุษร้ายสังกัดอยู่ เช่น เครือญาติของผู้ถูกประทุษร้าย เป็นต้น อำนาจในการลงโทษในสมัยโบราณจึงมีลักษณะเป็นสิทธิในทางแพ่ง⁶¹ ส่วนในปัจจุบันการควบคุมตัวผู้กระทำความผิดได้มุ่งเน้นการอบรมแก้ไขให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวเป็นพลเมืองดีและกลับเข้าสู่สังคมได้หลังพ้นโทษ อันเป็นการป้องกันสังคมให้ปลอดภัยและเป็นการป้องกันอาชญากรรมได้อีกทางหนึ่ง อำนาจในการลงโทษทางอาญา (ius puniendi) ต่อผู้กระทำความผิดเป็นของรัฐแต่ผู้เดียว ดังนั้น ในปัจจุบันกฎหมายอาญาจึงมีลักษณะเป็นกฎหมายมหาชนโดยแท้⁶²

3.5 โครงสร้างของความผิดทางอาญา

สำหรับความผิดอาญา (Verbrechen) จะมีโครงสร้าง 3 ประการ คือ⁶³

- (1) องค์ประกอบ (Tatbestand)
- (2) ความผิด (Rechtswidrigkeit) และ
- (3) ความชั่ว (Schuld)

⁶¹ หยุด แสงอุทัย คำบรรยายกฎหมายอาญาภาคต้น 2492 หน้า 7-8

⁶² เพิ่งอ้าง หน้า 8

⁶³ คณิต ณ นคร เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว วารสารนิติศาสตร์ 16,2 (เมษายน-มิถุนายน 2531)

ความผิดอาญาต้องประกอบด้วยข้อสาระสำคัญทั้งสามประการดังกล่าวนี้ อย่างครบถ้วนเสมอ หากขาดข้อสาระสำคัญประการใดประการหนึ่งแล้วการกระทำนั้นย่อมไม่เป็นความผิดอาญา กล่าวคือ การกระทำที่ครบองค์ประกอบแต่ไม่เป็นความผิด เช่น การฆ่าผู้อื่นที่ได้กระทำลงไปอันเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย การฆาตกรรมนี้ย่อมไม่เป็นความผิดอาญาเพราะขาดข้อสาระสำคัญประการที่สอง และการฆ่าผู้อื่นโดยไม่มีอำนาจกระทำได้ แต่ผู้กระทำเป็นโรคจิต การฆาตกรรมนี้ก็ไม่เป็นความผิดอาญาเช่นเดียวกัน เพราะการกระทำนั้นเป็นเพียงการกระทำที่ครบองค์ประกอบและเป็นความผิดเท่านั้น แต่การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ปราศจากความชั่ว ข้อสาระสำคัญทั้งสามประการของความผิดอาญานี้เกี่ยวข้องกันอย่างเรียงลำดับ กล่าวคือหากการกระทำไม่ต้องด้วยองค์ประกอบแล้วกรณีก็ไม่ต้องพิจารณาต่อไปถึงข้อสาระสำคัญประการที่สอง และข้อสาระสำคัญประการที่สาม และในทำนองเดียวกัน หากการกระทำต้องด้วยองค์ประกอบ แต่การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดกรณีก็ไม่ต้องพิจารณาต่อไปถึงความชั่ว⁶⁴

3.6 วิธีการลงโทษทางอาญา

การลงโทษทางอาญา หากพิจารณาตามหลักทฤษฎีอาญา สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 วิธีการ คือ⁶⁵

(1) การลงโทษ หรือการลงโทษโดยใช้สถาบัน (punitive) เช่น การลงโทษจำคุก โดยการนำตัวไปควบคุมไว้ในเรือนจำ ทักษสถาน คุก ตะราง ทักษณิคมต่างๆ หรือมีการลงโทษกักขังโดยนำตัวไปไว้ในสถานที่กักขัง (ที่อื่นซึ่งมิใช่เรือนจำ) เป็นต้น

(2) ไม่ใช่การลงโทษ หรือการไม่ใช่สถาบัน (non punitive) เป็นการใช่วิธีการอื่นแทนการจำคุกเพื่อเป็นการแก้ไขและให้โอกาสแก่ผู้กระทำความผิดได้กลับตัวเป็นพลเมืองดี เช่น การรอกการลงอาญา การคุมประพฤติ การชะลอการฟ้อง การให้ทำงานสาธารณประโยชน์ เป็นต้น

ปัจจุบันการลงโทษโดยไม่ใช่สถาบันถูกนำมาใช้อย่างแพร่หลาย โดยเฉพาะในความผิดเล็กๆ น้อยๆ ที่ศาลเห็นว่าการใช้โทษจำคุกในระยะเวลาสั้นๆ อาจไม่บังเกิดผลดีต่อจำเลย ศาลอาจใช้โทษปรับควบคุมไปกับการรอกการลงโทษ หรืออาจให้มีการคุมประพฤติโดยไปรายงานตัวต่อพนักงานคุมประพฤติตามระยะเวลาที่ศาลกำหนด หรืออาจกำหนดให้มีการทำงานสาธารณประโยชน์ร่วมด้วยก็ได้หากศาลเห็นสมควร

⁶⁴เพ็งอ้ง, หน้า 143

⁶⁵ประเทือง ธนิยผล ผศ. อาชญวิทยาและทัณฑวิทยา พิมพ์ครั้งที่ 3 สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง กรุงเทพมหานคร 2548 หน้า 133

3.7 แนวความคิดเกี่ยวกับการลงโทษ

สำหรับแนวความคิดเกี่ยวกับการลงโทษที่สำคัญและเป็นที่ยอมรับมีอยู่หลายแนวความคิด ที่สำคัญ ได้แก่

3.7.1 แนวความคิดเรื่องการลงโทษของชีซาร์ แบคคาเรีย (Cesare Beccaria)

แนวความคิดนี้เห็นว่า วัตถุประสงค์ของการลงโทษต้องมีใช้เพื่อการแก้แค้น การกำหนดโทษสำหรับความผิดแต่ละประเภทต้องให้มีความเหมาะสมตามลักษณะความผิด ประเภทและลักษณะของโทษ ความหนักเบาของโทษควรจะมีการกำหนดไว้ในแน่นอนโดยยึดหลักความเสมอภาคเท่าเทียมกัน การพิจารณาและดำเนินการลงโทษควรทำอย่างเปิดเผย แบคคาเรียเห็นว่านักโทษการเมืองซึ่งได้กระทำผิดต่อรัฐไม่ควรถูกลงโทษประหารชีวิต โทษหนักที่สุดเพียงเนรเทศ และยังเสนอให้มีการยกเลิกโทษประหารชีวิต เนื่องจากหากเกิดความผิดพลาดขึ้นจะไม่มีทางเยียวยาแก้ไขได้ จึงควรยกเลิกและเปลี่ยนไปใช้โทษจำคุกตลอดชีวิตแทน นอกจากนี้การลงโทษประหารชีวิตไม่มีผลให้อาชญากรรมลดน้อยลง⁶⁶

3.7.2 แนวความคิดเรื่องการลงโทษของเจรีมี เบนธัม (Jeremy Bentham)

เจรีมี เบนธัม (Jeremy Bentham) เสนอแนวความคิดในการลงโทษว่า การกำหนดโทษควรให้สอดคล้องกับความผิด ผู้กระทำความผิดควรจะได้รับ การลงโทษให้ได้รับความทุกข์ทรมาน มากกว่าผลแห่งความพอใจที่เขาจะได้รับในการกระทำความผิด อันจะทำให้คนทั่วไปไม่อยากจะกระทำความผิดเพราะไม่คุ้มกับที่จะต้องได้รับโทษ แนวความคิดนี้อยู่บนหลักการที่ว่า การลงโทษต้องให้ผู้กระทำความผิดเจ็บปวด ไม่กล้ากระทำความผิดอีก ในขณะเดียวกันผู้อื่นก็เกิดความเกรงกลัว และไม่กล้าเอาเป็นเยี่ยงอย่างซึ่งถือเป็นการป้องกันอาชญากรรมไปในตัว นอกจากนี้ Bentham ยังมีความเห็นที่สำคัญคือ การกำหนดโทษในความผิดแต่ละประเภทไม่ควรกำหนดให้แน่นอนตายตัวในทุกกรณี ศาลควรใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาและกำหนดโทษให้เหมาะสมเป็นรายกรณีไป และการลงโทษควรกระทำอย่างเปิดเผยให้สังคมรับรู้เพื่อให้คนในสังคมเกิดความเกรงกลัวและไม่กล้ากระทำความผิด⁶⁷

แนวความคิดในเรื่องการลงโทษของ Cesare Beccaria และ Jeremy Bentham ได้รับการยอมรับในช่วงแรกๆ แต่ต่อมาก็เริ่มมีผู้คัดค้านมากขึ้น ทั้งนี้เนื่องจากแนวความคิดทั้งสองได้ให้ความสำคัญในเรื่องของการกำหนดโทษให้เหมาะสมกับความผิด ซึ่งต่อมาแนวความคิดใหม่เห็นว่า การกำหนดโทษจะต้องพิจารณาความเหมาะสม รัศมุนและยุติธรรม และกำหนดโทษให้

⁶⁶ ประเทือง ธนิยผล ผศ. เพ็งอ้าง หน้า 135

⁶⁷ เพ็งอ้าง หน้าเดียวกัน

เหมาะสมกับผู้กระทำผิด (punishment to fit the criminal) แนวความคิดใหม่นี้เห็นว่าการพิจารณาลงโทษต้องทำเป็นรายๆ เฉพาะกรณีไป โดยพิจารณาจากความเป็นจริงว่ามนุษย์แต่ละคนมีความสามารถไม่เท่าเทียมกันในการรับผิดชอบ จึงมีบุคคลหลายประเภทที่ควรจะได้รับ การผ่อนผัน เช่น ผู้เยาว์ บุคคลไร้ความสามารถ เป็นต้น⁶⁸

3.7.3 แนวความคิดเรื่องการลงโทษของเฟอร์รี (Ferri)

เฟอร์รี (Ferri) มีแนวความคิดในเรื่องของการลงโทษว่า การกำหนดโทษควรพิจารณาถึงปัจจัยแวดล้อมต่างๆ ที่มีผลให้อาชญากรกระทำความผิดด้วย และการลงโทษควรมุ่งที่จะให้เกิดผลดีในการแก้ไขสาเหตุของอาชญากรรม โดยพยายามให้ผู้กระทำความผิดได้กลับตัวเป็นพลเมืองดี⁶⁹

3.7.4 แนวความคิดเรื่องการลงโทษของลอมโบรโซ (Lombroso)

ลอมโบรโซ (Lombroso) มีแนวความคิดในเรื่องของการลงโทษว่า อาชญากรนั้นมีอยู่หลายประเภทแตกต่างกัน ฉะนั้นการลงโทษอาชญากรแต่ละประเภทจึงไม่ควรใช้วิธีเดียวกัน แม้ว่าจะได้กระทำผิดอย่างเดียวกัน⁷⁰

3.7.5 แนวความคิดเรื่องการลงโทษของการาฟาโร (Garafalo)

การาฟาโร (Garafalo) มีแนวความคิดในการลงโทษผู้กระทำความผิด สอดคล้องกับแนวความคิดของลอมโบรโซ ซึ่งเห็นว่าอาชญากรนั้นมีอยู่หลายประเภทแตกต่างกัน การลงโทษจึงไม่ควรเหมือนกัน แต่การาฟาโรมีความคิดเกี่ยวกับอาชญากรประเภทร้ายแรงหรืออาชญากรโดยกำเนิดควรลงโทษประหารชีวิตเพื่อให้หมดไปจากสังคม ส่วนอาชญากรที่ชั่วร้ายหรือก่อคดีอุกฉกรรจ์ควรให้ลงโทษโดยการจำคุกตลอดชีวิต อาชญากรที่กระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินควรลงโทษโดยการให้ไปทำงานหนักในทัณฑนิคม ส่วนอาชญากรทางเพศควรลงโทษโดยการเนรเทศให้ไป อยู่ในอาณานิคมนอกประเทศที่ห่างไกล⁷¹

สำหรับผู้เขียนมีความเห็นว่า ทฤษฎีในเรื่องการลงโทษทางอาญาที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นทุกทฤษฎีต่างตั้งอยู่บนหลักของเหตุผล แต่ในการใช้ดุลยพินิจลงโทษผู้กระทำความผิดต้องมีการแยกแยะเป็นรายกรณีไป หากเป็นอาชญากรที่กระทำความผิดในคดีอุกฉกรรจ์หรืออาชญากรโดยกำเนิด หรือมีการกระทำความผิดในคดีร้ายแรงโดยมีพฤติการณ์ในการกระทำความผิดซ้ำซากหรือ

⁶⁸ เพิ่งอ้าง หน้า 135-136

⁶⁹ เพิ่งอ้าง หน้า 136

⁷⁰ เพิ่งอ้าง หน้าเดียวกัน

⁷¹ เพิ่งอ้าง หน้าเดียวกัน.

หลายๆ ครั้ง การลงโทษที่รุนแรงก็มีความเหมาะสมเพื่อให้สังคมมีความปลอดภัย โดยกันอาชญากรเหล่านี้ออกไปจากสังคม แต่ทั้งนี้ก็ต้องพิจารณาถึงปัจจัยแวดล้อมต่างๆ ที่มีผลให้อาชญากรกระทำความผิดด้วย นอกจากนี้ยังต้องนำข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความสามารถของบุคคลมาใช้ในการพิจารณาความผิดด้วย เช่น เด็กเล็กๆ ไม่ควรได้รับการลงโทษ หรือผู้เยาว์ควรได้รับการลดหย่อนโทษ หรือใช้มาตรการทางอื่นที่มีความเหมาะสมกว่าการลงโทษทางอาญา ทั้งนี้เพื่อเป้าประสงค์สุดท้ายคือให้สังคมสงบสุขและมีความปลอดภัย ปราศจากซึ่งอาชญากรรมประเภทต่างๆ

3.8 ทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญา

การจะลงโทษบุคคลที่ได้กระทำความผิดทางอาญา จำเป็นต้องพิจารณาถึงทฤษฎีการลงโทษทางอาญาประกอบด้วย ซึ่งแต่ละทฤษฎีมีรูปแบบและวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่มีความแตกต่างกัน การลงโทษผู้กระทำความผิดด้วยโทษทางอาญาในปัจจุบัน มีทฤษฎีการลงโทษที่สำคัญและเป็นที่ยอมรับ ดังนี้

3.8.1 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อให้สาสม (retributive theory)

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อให้สาสม (retributive theory) ทฤษฎีนี้ตั้งอยู่บนความคิดของลัทธิเจตจำนงเสรี (free will) ที่เห็นว่าการกระทำของบุคคลอยู่ภายใต้การตัดสินใจโดยเสรีของบุคคลนั้น การกระทำใดๆ ของบุคคลย่อมเลือกกระทำเองโดยสมัครใจ ไม่มีปัจจัยภายนอกมาบีบบังคับ เมื่อการกระทำได้กระทำโดยเสรีผู้กระทำก็จะต้องรับผิดชอบในผลของการกระทำนั้น ทฤษฎีนี้เห็นว่ามูลเหตุที่ต้องลงโทษบุคคลใดก็ตาม เพราะบุคคลนั้นได้กระทำความผิดและจะต้องถูกทดแทนด้วยการลงโทษ ความประสงค์ของการลงโทษตามทฤษฎีนี้พิจารณาถึงการกระทำ ความผิดที่ได้กระทำลงไปและต้องมีการลงโทษ โดยมีได้พิจารณาถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นจากการลงโทษ เช่น ความทุกข์ยากของผู้ถูกลงโทษ หรือความลำบากของบุคคลที่เกี่ยวข้อง เป็นต้น⁷²

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อให้สาสม (retributive theory) เป็นทฤษฎีการลงโทษที่มีแนวคิดพื้นฐานว่า บุคคลควรถูกตีเตือนเมื่อได้กระทำความผิด หรือพยายามกระทำความผิด หรือกระทำความผิดต่อศีลธรรมและควรได้รับการลงโทษ⁷³ แต่อย่างไรก็ตามทฤษฎีนี้ก็มีข้อโต้แย้งว่ายังไม่มีความเหมาะสมในการลงโทษ เพราะทัศนคติในการลงโทษให้สาสมมีความเปราะบางและอาจ

⁷²สทธรณ รัตนไพจิตร ความประสงค์ของการลงโทษทางอาญา : ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2527 หน้า 32

⁷³Larry A. Alexander. *The Philosophy of Criminal Law* The Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Theory 2001 p.2-3 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=285954)

เกิดผลร้ายหรือผลในเชิงลบต่อผู้ถูกลงโทษ การลงโทษที่เหมาะสมต้องอาศัยเงื่อนไขที่มีอย่างเพียงพอรวมทั้งต้องมีเหตุผลที่เหมาะสม การลงโทษเพื่อให้สาสม (retributive) ด้วยการลงโทษขั้นสูงสุดอาจจะมีใช้การลงโทษที่มีเหตุผล หรือทำให้มาตรการลงโทษมีความเข้มแข็ง มั่นคง การลงโทษผู้ที่กระทำความผิดจึงต้องเป็นการให้เหตุผลสำหรับการลงโทษนั้นๆ ว่าถูกต้องเหมาะสมดีแล้ว และการลงโทษก็ควรมีขอบเขต⁷⁴

3.8.2 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกัน (preventive theory)

ทฤษฎีนี้มีทัศนะว่า การลงโทษควรมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการป้องกัน และรักษาระเบียบของสังคม ความเสียหายจากการกระทำผิดที่เกิดขึ้นไม่อาจเยียวยาให้ได้ดีดังเดิม การกระทำผิดระหว่างสมาชิกในชุมชนก็ถือเป็นความผิดต่อสังคมโดยตรงหาใช่ความผิดส่วนตัวไม่ การลงโทษเป็นการข่มขู่คนในสังคมให้เกิดความเกรงกลัวไม่กล้าที่จะกระทำความผิด⁷⁵

3.8.3 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อปรับปรุงแก้ไขหรือดัดนิสัย (reformation theory)

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อปรับปรุงแก้ไขหรือดัดนิสัย เป็นทฤษฎีใหม่ซึ่งเป็นผลจากการนำวิธีคิดทางวิทยาศาสตร์มาใช้กับสังคมศาสตร์ ผลจากการศึกษาแบบ Empirical Method ทำให้เกิดข้อสงสัยว่าเหตุใดผู้กระทำความผิดและถูกลงโทษแล้วมักจะหวนกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก การลงโทษโดยพิจารณาแต่กฎหมายและความเหมาะสมของโทษจะใช้ได้จริงหรือ ทฤษฎีใหม่นี้ มีวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อปรับปรุงแก้ไขไม่ให้ผู้กระทำความผิดกลับมากระทำความผิดซ้ำ จึงมีการนำมาตรการในการรอกการลงโทษ การรอกการกำหนดโทษ หรือการคุมประพฤติมาบังคับใช้ ซึ่งได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย แต่อย่างไรก็ตามทฤษฎีนี้ยังมีผู้คัดค้านว่าเป็นการส่งเสริมให้มีการกระทำความผิด เพราะไม่มีมาตรการลงโทษให้เด็ดขาด⁷⁶

นอกจากทฤษฎีที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว ยังมีทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการลงโทษ อีกหลายทฤษฎี แต่ไม่เป็นที่ยอมรับมากนัก และในทางคำราก็ไม่ค่อยมีการกล่าวถึง เช่น

3.8.4 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการชดเชยความผิด (atonement theory)

ทฤษฎีนี้มีแนวความคิดว่ากลุ่มชนบางกลุ่มมีกฎข้อบังคับที่เชื่อกันว่าเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์เหนืออำนาจของกฎธรรมดารัฐธรรมนูญ บุคคลที่ได้ละเมิดก็ต้องมีการชดเชยเพื่อลบล้างการ

⁷⁴ ibid p.3

⁷⁵ สหชน รัตนไพจิตร อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 72 หน้า 43

⁷⁶ เพ็งอ้าง หน้า 59

กระทำความผิดโดยวิธีกำจัดผู้กระทำความผิดให้พ้นไปเสียจากสังคม ทฤษฎีนี้จึงเป็นทฤษฎีที่ล้ำสมัย⁷⁷

8.3.5 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่หรือปราบปราม (deterrence theory)

ทฤษฎีนี้มีแนวความคิดในการลงโทษอย่างหนักต่อผู้กระทำความผิด เพื่อให้เกิดความเข็ดหลาบและไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำ ในขณะที่เดียวกันสังคมก็จะเกิดความเกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิด ทฤษฎีนี้มีข้อโต้แย้งอย่างมาก และเป็นสาเหตุที่ทำให้กฎหมายมีบทลงโทษหนักเกินความเหมาะสม⁷⁸

8.3.6 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อให้เป็นที่พอใจแก่ผู้เสียหาย (genugtuung fuerden verwletzten)

ทฤษฎีนี้มีแนวความคิดว่าเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ผู้เสียหายย่อมไม่พอใจต่อการกระทำผิด เพราะเขาต้องได้รับความเสียหายหรือผลร้ายจากการกระทำผิดนั้น ดังนั้นจึงต้องลงโทษเพื่อให้เป็นที่พอใจแก่ผู้เสียหาย ให้ผู้เสียหายได้รับความพอใจว่า ผู้กระทำความผิดก็ถูกตอบแทนเช่นเดียวกัน⁷⁹

สำหรับการลงโทษต่อผู้กระทำความผิด กรณีครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสมนั้น หากพิจารณาจากลักษณะความผิดแล้ว มีความแตกต่างจากการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือการประกอบธุรกิจที่สร้างความเสียหายอย่างมหาศาลแก่เจ้าของสิทธิ์ แต่ถือเป็นความผิดเพียงเล็กน้อยและมีความแตกต่างจากการกระทำความผิดในคดีอาญาทั่วไป สำหรับความผิดเล็กน้อยนั้นจะมีลักษณะของความผิด ดังนี้⁸⁰

(1) เมื่อพิจารณาในแง่ของคุณธรรมทางกฎหมายแล้ว พบว่าความผิดเล็กน้อยตามกฎหมายอาญาเกือบทั้งหมด มุ่งประสงค์ที่คุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย คือ ควบคุมการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมให้มีความสุข และเพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม คุณธรรมทางกฎหมายดังกล่าวเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของรัฐโดยแท้จริงไม่ใช่เรื่องส่วนตัว ความผิดเล็กน้อยในลักษณะดังกล่าวนี้จึงเป็นความผิดที่ไม่อาจยอมความกันได้ เช่น บทบัญญัติในเรื่องความผิดลหุโทษ ตามภาค 3 ของประมวลกฎหมายอาญา เป็นต้น

(2) เมื่อพิจารณาความผิดเล็กน้อยตามกฎหมายเฉพาะเรื่อง เป็นความผิดที่มุ่ง

⁷⁷ วรรณชัย วงศ์อุดมมงคล การใช้มาตรการอื่นแทนโทษทางอาญา : ศึกษาเฉพาะกรณีความผิดบางประเภท วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2548 หน้า 14

⁷⁸ เฟิงอ้าง หน้าเดียวกัน

⁷⁹ เฟิงอ้าง หน้าเดียวกัน

⁸⁰ สหชน รัตนไพจิตร อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 72 หน้า 30-32

ประสงค์จะคุ้มครองผลประโยชน์ในด้านต่างๆ ในการจัดความเป็นระเบียบเรียบร้อยในรัฐ ความผิดเหล่านี้จะเกี่ยวข้องกับกิจกรรมต่างๆ ที่คนโดยทั่วไปในสังคมจะต้องประสบในการดำเนินชีวิตประจำวัน โดยมุ่งหมายที่จะยกระดับมาตรฐานความปลอดภัย รวมถึงป้องกันการกระทำที่ไม่สุจริตระหว่างกัน เพื่อป้องกันการไร้ความรุนแรงที่อาจจะเกิดขึ้นในสังคม ความผิดเหล่านี้รัฐเป็นผู้เสียหายจึงเป็นหน้าที่ของรัฐโดยตรงที่จะดำเนินการเพื่อคุ้มครองประโยชน์ในการบริหารงานของรัฐ รัฐจึงต้องดำเนินมาตรการที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้ให้เป็นไปตามกฎหมาย เช่น ความผิดเกี่ยวกับการขนส่งที่กำหนดขึ้นเพื่อยกระดับมาตรฐานด้านการขนส่งและความปลอดภัยของประชาชน เป็นต้น ความผิดเล็กน้อยในลักษณะดังกล่าวนี้มีโทษความผิดโดยธรรมชาติ ทำให้ในบางครั้งผู้กระทำความผิดอาจไม่ทราบหรือไม่รู้ได้โดยตนเองว่าตนเองได้กระทำความผิด

(3) เมื่อพิจารณาจากอัตราโทษที่กฎหมายกำหนด พบว่าประเทศต่างๆ จะกำหนดโทษในความผิดเล็กน้อยไว้สอดคล้องกันโดยส่วนใหญ่จะใช้โทษปรับเป็นหลัก ส่วนโทษจำคุกนั้นจะมีหรือไม่ก็ได้ หากมีโทษจำคุกประเทศส่วนใหญ่ก็จะกำหนดอัตราโทษขั้นสูงไว้เพียงเล็กน้อย เช่น ความผิดลหุโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย กำหนดโทษจำคุกไว้ไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เป็นต้น

สำหรับกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย หากจะอธิบายด้วยทฤษฎีการลงโทษทางอาญา อาจกล่าวได้ว่า กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการป้องกันและรักษาระเบียบของสังคม เป็นการป้องกันและคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของเอกชนจากการละเมิด หรือมีการใช้สิทธิที่ไม่สุจริตระหว่างกัน โดยกำหนดให้ต้องรับผิดชอบทั้งทางแพ่งและอาญาสำหรับการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามที่กฎหมายกำหนด แต่อย่างไรก็ตามความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยยังมุ่งเอาผิดและลงโทษอาญาต่อบุคคลที่กระทำเพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้า หรือเพื่อประโยชน์ในทางเศรษฐกิจส่วนตน มากกว่าจะใช้บังคับกับประชาชนผู้ซื้อ ผู้ใช้ หรือผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์โดยลำพังที่ได้กระทำให้วัตถุประสงค์ทางการค้า ซึ่งเป็นคนส่วนใหญ่ในสังคม

สำหรับการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์นอกเหนือจากการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือภายในที่พักอาศัย ซึ่งมีได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือแสวงหาผลประโยชน์ในทางธุรกิจ หรือการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession) หากนำแนวความคิดเกี่ยวกับการกำหนดความผิดในกรณีเป็นผู้สนับสนุนให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์และมีการกำหนดบทลงโทษอาญาบังคับใช้ ถ้าจะอธิบายด้วยทฤษฎีต่างๆ ข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าผู้ครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสมมิใช่อาชญากรที่กระทำความผิดอุกฉกรรจ์

ซึ่งมีความแตกต่างจากผู้ผลิตและผู้ค้าในเรื่องของลักษณะการกระทำความผิด ซึ่งหากจะวิเคราะห์ตามแนวความคิดของเฟอริ (Ferri) ที่ต้องนำปัจจัยแวดล้อมต่างๆ ที่มีผลให้กระทำความผิดมาพิจารณาด้วยแล้ว พบว่าในประเทศไทยถึงละเมิดลิขสิทธิ์มีเป็นจำนวนมากและมีการแพร่ระบาดอยู่ภายในประเทศมาเป็นเวลานาน อีกทั้งยังหาได้ง่ายกว่าสินค้าที่มีลิขสิทธิ์ถูกต้อง มีราคาถูกกว่าของแท้ซึ่งมีราคาแพงมากจนยากที่จะเข้าถึง ทั้งค่านิยมและทัศนคติประชาชนที่ยังคุ้นเคยกับการใช้สินค้าและถึงละเมิดลิขสิทธิ์มาเป็นระยะเวลานานจนเห็นเป็นเรื่องปกติ ล้วนเป็นปัจจัยแวดล้อมทางสังคมที่ทำให้คนในสังคมต้องกระทำความผิด ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าการป้องกันการกระทำผิดเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าพึงจะใช้มาตรการทางกฎหมายเพียงอย่างเดียวย่อมไม่อาจแก้ไขปัญหาได้แต่รัฐจะต้องนำหลักรัฐศาสตร์มาใช้ควบคู่กันไปด้วย เช่น ต้องให้การศึกษาเรียนรู้แก่สังคมไทยให้ตระหนักถึงคุณค่าและความสำคัญของการคุ้มครองลิขสิทธิ์ อันจะเป็นการปรับเปลี่ยนค่านิยมและทัศนคติของสังคม เป็นการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์ในระยะยาว

4. ลิขติความเป็นส่วนตัว (Privacy Right) กับการใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์

สิทธิความเป็นส่วนตัว (privacy right) หรือสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว เป็นสิทธิที่กำหนดขึ้นพร้อมกับสภาพบุคคลและติดตัวมาแต่กำเนิด และเป็นสิทธิที่นานาประเทศได้ให้การยอมรับกันเป็นสากล หากปัจเจกชนไม่มีแม้สิทธิในชีวิตส่วนตัวของตนแล้ว สิทธิอื่นๆ ย่อมไม่มีความหมายอีก ความเป็นอยู่ส่วนตัว (privacy) เป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่ทุกประเทศให้ความสำคัญมาก ประเทศส่วนใหญ่จะมีบทบัญญัติรองรับไว้โดยตรงในรัฐธรรมนูญ หรือแม้บางประเทศจะไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรงแต่ก็ได้ตราบทบัญญัติรองรับไว้ในกฎหมายเฉพาะ⁸¹ ในบรรดาสิทธิที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนทั้งหมด “ความเป็นส่วนตัว” เป็นสิทธิลักษณะหนึ่งที่ยากที่สุดในการบัญญัติความหมาย หรือไม่สามารถให้คำนิยามที่แน่นอนและบางเวลาที่เกิดความสับสนกับคำว่าอิสรภาพ (liberty) ความเป็นอิสระในวิถีชีวิตหรือปกครองตนเอง (autonomy) การเก็บรักษาความลับ (secrecy) ความต้องการอยู่เพียงลำพังหรือสันโดษ (solitude)⁸² ในการบัญญัติความหมายจึงต้อง

⁸¹ทิพาพร นະมาตร์ สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว : ศึกษากรณีสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลสาธารณะ วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2551 หน้า 10

⁸²Herman T. Tavani *Philosophical Theory of Privacy : Implications An Adequate Online Policy Part 1 : Theories of Privacy Metaphilosophy* 38,1 (January 2007) Blackwell Publishing Ltd p.3

พิจารณาจากเนื้อหาสภาพสังคม วัฒนธรรม และพฤติกรรมแวดล้อมประกอบด้วย เนื่องจากมีหลักฐานว่าในหลายวัฒนธรรมจะมองเรื่องสิทธิความเป็นส่วนตัว (privacy right) แตกต่างกัน จึงมีผู้ให้นิยามความหมายแตกต่างกันในรายละเอียด แต่พอจะจำแนกสิทธิความเป็นส่วนตัวได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ⁸³

(1) สิทธิความเป็นส่วนตัวในตัวบทกฎหมาย คือ สิทธิความเป็นส่วนตัวที่มีการบัญญัติรับรองไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในตัวบทกฎหมาย ซึ่งโดยทั่วไปแล้วประเทศต่างๆ มักจะให้การรับรองสิทธิประเภทนี้ไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญ รวมถึงกฎหมายลำดับรองอื่นๆ เช่น กฎหมายอาญา กฎหมายแพ่ง กฎหมายที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน ฯลฯ

(2) สิทธิความเป็นส่วนตัวที่เกี่ยวกับชีวิตประจำวัน คือ สิทธิความเป็นส่วนตัวที่รับรู้กันตามบรรทัดฐานของสังคม แต่ไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งมีการนิยามกันในหลายด้าน เช่น

Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis อธิบายถึงความเป็นส่วนตัวว่า หมายถึง “สิทธิที่จะอยู่โดยลำพัง” (the right to be let alone)⁸⁴

Michael Argues ระบุว่า สิทธิความเป็นส่วนตัวคือสิทธิในการควบคุมข้อมูลข่าวสารโดยตนเองในเรื่องที่เกี่ยวกับการดำเนินชีวิตตามธรรมชาติทั่วไป⁸⁵

Roger Clarke เห็นว่านิยามที่ดีที่สุดของ “ความเป็นส่วนตัว” คือ ผลประโยชน์ของปัจเจกชนที่พึงรักษาไว้ภายใต้ขอบเขตของตนเอง โดยปราศจากการแทรกแซงจากบุคคลหรือองค์กรภายนอก (the interest individuals have in sustaining a personal space, free from interference by other people and organizations)⁸⁶

Chandran Kukathas ระบุว่า “ความเป็นส่วนตัว” ถูกหยิบยกมาเป็นประเด็นเพื่อวิพากษ์วิจารณ์ถึงความแตกต่างและขอบเขตของการดำเนินชีวิตร่วมกันในสังคม ระหว่างสิ่งที่เป็นเรื่องสาธารณะและเรื่องส่วนบุคคล ทุกผลการวิเคราะห์ที่อยู่ในขอบเขตที่เกี่ยวกับอิสรภาพ เสรีภาพ และสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล คือความเป็นส่วนตัวซึ่งย่อมปราศจากสิ่งรบกวนหรือถูกแทรกแซง⁸⁷

⁸³ พัฒนรพี เล่าตระกูล วัฒนธรรมไทยกับการรับรู้หลักการและพฤติกรรมในการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของประชาชน วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2549 หน้า 7-8

⁸⁴ พัฒนรพี เล่าตระกูล เพิ่งอ้าง หน้า 8

⁸⁵ พัฒนรพี เล่าตระกูล เพิ่งอ้าง หน้าเดียวกัน

⁸⁶ Herman T. Tavani supra note 82 p.3

⁸⁷ Chandran Kukathas *Cultural Privacy* The Monist 91,1 (January 2008) pp. 69-70

ศาลสูงสุดของสหรัฐ ได้เคยวินิจฉัยเกี่ยวกับ “ความเป็นส่วนตัว” ว่า เป็นสิ่งที่มีเนื้อหาครอบคลุมถึงสิทธิที่ชอบธรรมของพลเมืองมากที่สุด และเป็นสิทธิที่มีค่าสูงสุดสำหรับอารยชน (the most comprehensive of rights and the right most valued by civilized men)⁸⁸

แนวความคิดในการคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัว มีมานานควบคู่กับสังคมมนุษย์ แม้ว่ามนุษย์ต้องอยู่ร่วมกันเป็นสังคมจึงมีการออกกฎ ระเบียบ ข้อบังคับในการอยู่ร่วมกันในสังคม แต่ในบางขณะมนุษย์ก็มีความต้องการที่จะอย่ห่างออกจากสังคม เพื่ออยู่โดยลำพังด้วยหลายๆ สาเหตุ จึงมีการเรียกร้องให้มีการคุ้มครองสิทธิส่วนตัวมานานกว่า 2,000 ปี ในฐานะที่เป็นสิทธิตามธรรมชาติ มิใช่สิทธิตามกฎหมาย สิทธิตามธรรมชาตินี้สามารถใช้อ้างได้ตลอดเวลาทุกสถานที่ และสิ่งสำคัญคือ สามารถใช้เป็นข้อต่อสู้เพื่อเรียกร้องให้รัฐปกป้องสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลจากการกระทำที่ถือว่าการละเมิดสิทธิเสรีภาพ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยรัฐหรือเอกชนด้วยกันก็ตาม⁸⁹

ในสมัยกรีกและโรมัน สิทธิความเป็นส่วนตัวของบุคคลมักจะถูกใช้กล่าวอ้างเพื่อเป็นข้อเรียกร้องต่อผู้มีอำนาจในรัฐ โดยที่มาของการให้ความคุ้มครองสิทธิส่วนตัวนี้สามารถพิจารณาได้จากสำนึกที่ประกอบไปด้วยศีลธรรมของมนุษย์ว่า มนุษย์มีสำนึกในความถูกต้องเหมาะสมตามสิทธิธรรมชาติที่มนุษย์ได้รับมาแต่กำเนิด นักปรัชญาที่ได้ให้การสนับสนุนแนวความคิดนี้มาอยู่หลายท่าน ได้แก่

เฮราคลิตุส (Heraclitus) นักปรัชญากรีกซึ่งมีชีวิตอยู่ในช่วง 540-480 ก่อนคริสตกาล ได้พยายามค้นหาสิ่งที่จะเกี่ยวกับธรรมชาติ โดยเฉพาะความจริงที่เกี่ยวกับแก่นสารของชีวิต เขาพบว่าธรรมชาติคือความสัมพันธ์ของสรรพสิ่ง แก่นสารของชีวิตคือธรรมชาติและสิ่งที่มีอยู่ในธรรมชาติ ซึ่งประกอบด้วยจุดหมายปลายทาง ระเบียบและเหตุผลอันแน่นอน ไม่อาจแปรผันได้ ซึ่งเป็นการยืนยันว่า กฎเกณฑ์ซึ่งใช้เป็นตัวควบคุม “แก่นสารของชีวิต” นั้นย่อมมีปรากฏอยู่แล้วในธรรมชาติ มิได้เกิดจากการบัญญัติหรือเจตจำนงของมนุษย์ผู้มีอำนาจคนใด โดยเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นภววิสัย (objective) หรือเป็นจริงอยู่เองโดยธรรมชาติ ซึ่งอยู่นอกและอยู่เหนือโครงสร้างอำนาจรัฐ⁹⁰

⁸⁸ Daniel J. Solove Professor *Understanding privacy* harvard university press 2008 p.1 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1127888)

⁸⁹ พันธ ทัศนียานนท์ “สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลของชนชาวไทย” *วารสารนิติศาสตร์* 11,3 2523 หน้า 431-432 อ้างใน สุภา พงศ์หลอพิสิษฐ์ *มาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวที่เกิดจากการใช้โทรศัพท์และโทรสารในธุรกิจขายตรง* วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2552 หน้า 11

⁹⁰ จรัญ โฆษณานันท์ *นิติปรัชญา* พิมพ์ครั้งที่ 13 สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง กรุงเทพมหานคร 2547 หน้า 122

แนวคิดนี้จึงสนับสนุนสิทธิความเป็นส่วนตัวของมนุษย์ในฐานะที่เป็นสิทธิตามธรรมชาติ ซึ่งอยู่นอกและอยู่เหนือโครงสร้างอำนาจรัฐ อันได้แก่ กฎ ระเบียบ ข้อบังคับต่างๆ ที่รัฐได้กำหนด

เพลโต (Plato) เห็นว่า กฎหมายที่กำหนดขึ้นเพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่นั้น มีลักษณะหยาบเกินกว่าที่จะนำมาใช้กับมนุษย์ที่มีความซับซ้อน และสรุปว่ากฎหมายธรรมชาติเป็น “แบบ” อันไม่มีวันเปลี่ยนแปลงที่ใช้เป็นบรรทัดฐานต่อกฎหมายบ้านเมือง (positive law) โดยกฎหมายที่ตราขึ้นใดๆ ต้องสอดคล้องกับ “แบบ” แห่งธรรมชาตินี้ มิฉะนั้นก็ไม่อาจเรียกว่าเป็นกฎหมายได้ และมีเพียงปรัชญาเมธีผู้มีญาณปัญญอันบริสุทธิ์เท่านั้นที่สามารถเข้าถึง “แบบ” หรือเนื้อหาแห่งกฎหมายธรรมชาตินี้ได้ แนวความคิดนี้สนับสนุนในเรื่องสิทธิความเป็นส่วนตัวของมนุษย์ที่มนุษย์ย่อมมีสำนึกรู้ว่า ตนมีสิทธิในส่วนตนเพียงไร อันเป็นธรรมชาติของมนุษย์นั่นเอง อย่างไรก็ตามในช่วงสุดท้ายของชีวิต ประสบการณ์เชิงลบที่ได้รับจากความพยายามในการสถาปนารัฐในอุดมคติทำให้เพลโตต้องยอมรับว่าเป็นเรื่องยากที่จะหาบุคคลที่ทรงภูมิปัญญาและมีความปราดเปรื่องอย่างไม่มีที่ติมาปกครองรัฐ ทำให้ต้องยอมรับเรื่อง “นิติรัฐ” (legal state) ที่ปกครองภายใต้หลักกฎหมายว่าเป็นทางเลือกในประการที่สอง⁹¹

อริสโตเติล (Aristotle) ซึ่งเป็นสานุศิษย์ของเพลโต มีแนวความคิดที่สอดคล้องและเห็นด้วยกับแนวความคิดของเพลโตในเรื่องของนิติรัฐ แต่ยังมีความเห็นเพิ่มเติมอีกว่า นอกจากจะมีนิติรัฐซึ่งปกครองด้วยหลักกฎหมายแล้ว ยังต้องมีกฎหมายเป็นเครื่องกำหนดคุณธรรมที่มีโดยธรรมชาตินั้น และเหตุผลของมนุษย์เป็นส่วนหนึ่งของธรรมชาติที่เป็นกฎหมาย ซึ่งธรรมชาติได้ให้ความสามารถในการใช้เหตุผลแก่มนุษย์ที่แตกต่างจากสัตว์โลกชนิดอื่นๆ เหตุผลที่มนุษย์รู้ว่าตนมีขอบเขตในการกระทำเพียงไรในเรื่องต่างๆ เป็นสิทธิตามธรรมชาติ ซึ่งเป็นสิทธิส่วนตัวของบุคคลที่จะไม่ถูกกล่าวล่วงเป็นสิ่งที่รู้ได้ด้วยตนเองจากความมีเหตุผลที่เป็นคุณสมบัติพิเศษในความเป็นมนุษย์⁹²

ซีเซโร (Cicero) นักปรัชญาในสมัยโรมัน ได้กล่าวถึงกฎหมายธรรมชาติที่ได้ให้การรับรองสิทธิธรรมชาติ หมายความว่ารวมถึงสิทธิส่วนตัวอย่างชัดเจนว่า กฎหมายที่แท้จริงคือ เหตุผลที่ต้องสอดคล้องกับธรรมชาติแผ่ซ่านไปในทุกสิ่งอย่างสม่ำเสมอเป็นนิรันดร์ ก่อให้เกิดหน้าที่ที่ต้องทำโดยคำสั่ง หรือห้ามไม่ให้กระทำความชั่ว ซึ่งเป็นหน้าที่อันศักดิ์สิทธิ์ที่จะต้องไม่บัญญัติกฎหมายให้ขัดแย้งกับกฎหมายนี้ กฎหมายธรรมชาติจึงไม่อาจถูกยกเลิกหรือทำให้เสื่อมลงได้

⁹¹ เพิ่งอ้าง หน้า 126-128

⁹² สุภา พงศ์หลอพิสิษฐ์ มาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวที่เกิดจากการใช้โทรศัพท์และโทรสารในธุรกิจขายตรง วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตรมหาวิทยาลัทธิธุรกิจบัณฑิต 2552 หน้า 8-9

ดังนั้นไม่ว่ารัฐหรือบุคคลอื่นๆ ก็ไม่อาจแทรกแซงหรือยกเลิกกฎหมายธรรมชาติที่มีอยู่ในตัวมนุษย์⁹³

โทมัส ฮ็อบส์ (Thomas Hobbes) วิเคราะห์ว่ากฎหมายธรรมชาติได้แก่ความมีอิสระภาพที่จะกำหนดและยอมตัวเข้าสู่ผูกพัน เมื่อยกเลิกกฎเกณฑ์ที่มีอิสระสมบูรณ์ ทุกคนต้องการความสงบในกรอบที่พอจะหาได้ คนจึงยอมสละสิทธิธรรมชาติและตกลงทำสัญญาประชาคม สิทธิธรรมชาติคือความเท่าเทียมกันของคนที่จะอ้างสิทธิเพื่อความอยู่รอดของตนได้ตามธรรมชาติ และแต่ละคนสามารถสร้าง “สมบัติ” ของตนได้เสมอ การใช้สิทธิธรรมชาติของคนจะถูกจำกัดก็แต่โดยสิทธิของผู้อื่นระเบียบของสังคมจึงเกิดขึ้น⁹⁴ แนวความคิดของฮ็อบส์ มีความสำคัญต่อหลักทั่วไปของทฤษฎีการเมือง ซึ่งภายหลังจากสงครามกลางเมืองในอังกฤษ ค.ศ.1642-1651 ท่ามกลางความสับสนวุ่นวายและขาดเสถียรภาพทางการเมือง ฮ็อบส์ได้เสนอแนวคิดเกี่ยวกับการปกครองโดยรัฐที่มีอำนาจอธิปไตยที่สมบูรณ์ (absolute sovereignty) และปฏิเสธแนวคิดในเรื่องรัฐที่มีอำนาจอันจำกัด (limited government) ฮ็อบส์สนับสนุนการใช้อำนาจของรัฐและบางครั้งถูกนำไปเปรียบเทียบกับลัทธิเผด็จการ (totalitarianism)⁹⁵

จอห์น ล็อก (John Locke) มีแนวความคิดว่า ทุกคนเกิดมามีความเท่าเทียมกันและเสมอภาคกัน ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพ รัฐซึ่งหมายถึงผู้ปกครองทุกระดับจะใช้อำนาจตามอำเภอใจไม่ได้ นอกจากนี้ยังได้คัดค้านการรวมอำนาจอยู่ที่กษัตริย์เพียงคนเดียวแต่ควรแบ่งแยกอำนาจออกเป็น 3 อำนาจ ได้แก่ อำนาจในการออกกฎหมาย อำนาจในการบริหาร และอำนาจในการทำสงครามและสัญญาต่างประเทศ แนวคิดของจอห์น ล็อก เพื่อที่จะแก้ไขปัญญาการใช้อำนาจของผู้ปกครอง ซึ่งเป้าหมายหลักคือการรักษาไว้ซึ่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่จะไม่ถูกรบกวนจากการใช้อำนาจของผู้ปกครองโดยขาดความเป็นธรรม อันเป็นสิทธิธรรมชาติที่อยู่ควบคู่กับความเป็นมนุษย์ของบุคคลที่เป็นราษฎรนั่นเอง⁹⁶

⁹³ปรีดี เกษมทรัพย์ “อำนาจ ความชอบธรรมและขอบเขตของรัฐในการบัญญัติกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน” วารสารนิติศาสตร์ 11,3 2523 หน้า 384 อ้างใน สุภา พงศ์หลอพิสัย อังไว้เชิงอรธ 96 หน้า 9

⁹⁴Frederick J. E. Woodbridge “Hobbes Sections” 1930 p.136 อ้างใน สุภา พงศ์หลอพิสัย อังไว้เชิงอรธ 96 หน้า 9

⁹⁵Alice Ristroph Associate Professor *Respect and Resistance in Punishment Theory* California Law Review Vol.97 (2009) pp.605-606 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1255102)

⁹⁶วิชัย สังข์ประไพ ดร. *กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง* สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง กรุงเทพมหานคร 2543 หน้า 11-12

ความสำคัญของการคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัว หรือสิทธิส่วนบุคคลได้รับการยอมรับในนานาประเทศและระหว่างประเทศ ดังจะเห็นได้จากการที่องค์การสหประชาชาติ (UN) ได้มีบทบัญญัติรับรองและให้การคุ้มครองสิทธิประเภทนี้ไว้อย่างชัดเจน โดยปฏิญญาสากลว่าด้วยมนุษยชน ค.ศ.1948 ได้กำหนดไว้ในข้อที่ 12 ว่า “บุคคลย่อมไม่ถูกแทรกแซงโดยพลการในความ เป็นอยู่ส่วนตัวในครอบครัว ในเคหสถาน หรือในการสื่อสาร หรือไม่อาจถูกลบหลู่ในเกียรติยศและ ชื่อเสียง บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองโดยกฎหมายต่อการก้าวล่วงในสิทธิ เช่นว่านั้น”⁹⁷

สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (European Convention on Human Right) มาตรา 8 กำหนดว่า “บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับความเคารพในความเป็นอยู่ส่วนตัว ในครอบครัว ในชีวิต ในเคหสถานหรือในการสื่อสาร” (Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence)

นอกจากนี้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกา (American Convention on Human Rights) มาตรา 11⁹⁸ และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights, 1966) มาตรา 17⁹⁹ ก็มีบทบัญญัติให้

⁹⁷UN’s Universal Declaration of Human Right 1948. Article 12 “No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.”

⁹⁸American Convention on Human Rights

Article 11. Right to Privacy

1. Everyone has the right to have his honor respected and his dignity recognized.
2. No one may be the object of arbitrary or abusive interference with his private life, his family, his home, or his correspondence, or of unlawful attacks on his honor or reputation.
3. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.

⁹⁹International Covenant on Civil and Political Rights, 1966.

Article 17

1. No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation.
2. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.

การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลไว้ในทำนองเดียวกัน

สำหรับกฎหมายคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวฉบับแรก บัญญัติขึ้นที่สหรัฐอเมริกา โดยมีจุดเริ่มต้นจากบทความของ Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis เรื่อง The Right of Privacy ซึ่งตีพิมพ์ลงใน The Harvard Law Review ใน ค.ศ.1890 มีความว่า “หนังสือพิมพ์ได้ก้าวล่วงเข้าไปในขอบเขตที่เด่นชัดของระเบียบแบบแผนและความบังควร เรื่องซุบซิบนินทาไม่ใช่เรื่องเหลวไหลอีกต่อไปแต่ได้กลายเป็นการค้า เป็นการบังอาจเพื่อสนองตอบค่านิยมหาราคะ ได้มีการตีพิมพ์เรื่องเพศสัมพันธ์ในคอลัมน์ต่างๆ ของหนังสือพิมพ์ประจำวันอย่างแพร่หลายเพราะอาจหามาได้ง่าย โดยเพียงแต่ล่วงรู้ถึงความสัมพันธ์ในครอบครัวเท่านั้น ซึ่งภาวะความเป็นส่วนตัวที่ถูกรบกวนมากขึ้นจากสื่อมวลชนก่อให้เกิดความเจ็บปวดทางด้านจิตใจอันร้ายแรงกว่าความเจ็บปวดทางกาย¹⁰⁰ บทความดังกล่าวทำให้เกิดความตื่นตัวและเป็นปัจจัยสำคัญในการกระตุ้นให้มีการรับรองสิทธินี้โดยกฎหมายจารีตประเพณี (common law) และอีกสาเหตุหนึ่งเกิดจากการที่ศาลอุทธรณ์มลรัฐนิวยอร์ก ได้มีคำพิพากษายกคำร้องโจทก์ด้วยคะแนน 4 ต่อ 3 กรณีที่โจทก์ขอให้ศาลออกคำสั่งห้ามใช้รูปภาพเด็กผู้หญิงในการโฆษณา โดยเด็กและผู้ปกครองมิได้ยินยอมในการโฆษณานั้น ด้วยเหตุผลที่ว่า กฎหมายเกี่ยวข้องกับสิ่งที่เป็นรูปธรรมและไม่มีเจตนารมณ์ให้มีการชดเชยค่าเสียหายทางจิตใจ และ common law มิได้ให้การรับรองสิทธิในชีวิตส่วนตัวแต่ประการใด คำพิพากษานี้กระตุ้นให้เกิดการตื่นตัวและให้ความสำคัญในการคุ้มครองสิทธิส่วนตัว เป็นผลให้รัฐสภามลรัฐนิวยอร์กผ่านรัฐบัญญัติรับรองสิทธิในชีวิตส่วนตัวในปี ค.ศ.1903 เพื่อเอาผิดกับผู้ที่ใช้ชื่อภาพถ่ายหรือภาพวาดของบุคคลอื่นที่ยังมีชีวิตอยู่เพื่อการโฆษณา หรือเพื่อประโยชน์ในการค้าโดยมิได้รับอนุญาตหรือยินยอมล่วงหน้าจากบุคคลนั้น ซึ่งต่อมารัฐสภาของมลรัฐอื่นก็มีการบัญญัติกฎหมายรับรองสิทธิในชีวิตส่วนตัวเช่นกัน¹⁰¹

ในสหรัฐอเมริกา สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวนับเป็นสาระสำคัญแห่งเสรีภาพของบุคคล ภายใต้ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ ถือว่ามนุษย์ทุกคนย่อมมีความเสมอภาคกันในสายตาของกฎหมาย และมีสิทธิขั้นมูลฐานบางอย่างที่ถือเป็นสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ (natural right) ที่ผู้ใดจะละเมิดมิได้ สิทธิตามธรรมชาติจึงเป็นหลักกฎหมายสูงสุด และเป็นสิทธิที่พลเมืองสามารถขึ้นอ้างยื่นต่อรัฐได้ (civil right)¹⁰² จึงมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา (The Constitution of the United State of America) ด้วยการเพิ่มบทบัญญัติในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของ

¹⁰⁰ พัดนัรพี เล่าตระกูล อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 75 หน้า 10

¹⁰¹ เพิ่งอ้าง หน้า 11

¹⁰² เพิ่งอ้าง หน้า 12

ประชาชน (Bill of Right) เดิมทีสิทธิความเป็นส่วนตัวได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายคอมมอนลอว์เป็นหลัก ซึ่งในสหรัฐอเมริกาช่วงแรกๆ ก็ใช้กฎหมายคอมมอนลอว์แก้สิทธิความเป็นส่วนตัว เช่น ความผิดในกรณีหมิ่นประมาทซึ่งมีผลกระทบต่อเกียรติยศชื่อเสียงของบุคคลอื่น หรือการละเมิดต่อสิทธิในทรัพย์สินบางประเภท เช่น ภาพวาด งานศิลป์ เป็นต้น

สำหรับการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัว (privacy right) อาจมีลักษณะหลากหลายรูปแบบซึ่งจะแตกต่างกันออกไปตามกิจกรรมหรือการกระทำ บางลักษณะเป็นการละเมิดสิทธิที่มีความร้ายแรง หรือเป็นอันตรายต่อบุคคลผู้เป็นเจ้าของสิทธิ เช่น¹⁰³

- (1) หนังสือพิมพ์ตีพิมพ์ชื่อเหยื่อที่ถูกข่มขืน
- (2) นักข่าวที่บุกรุกเข้าไปในบ้านพักส่วนบุคคลเพื่อบันทึกภาพที่เป็นความลับส่วนตัว
- (3) การใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์พิเศษที่สามารถมองผ่านทะลุเสื้อผ้า หรือการตรวจค้นตัวบุคคลโดยการให้ถอดเปลี่ยนเสื้อผ้า
- (4) การที่รัฐบาลใช้อุปกรณ์ชนิดพิเศษที่สามารถมองทะลุเข้าไปตรวจสอบภายในบ้านพักส่วนบุคคล
- (5) การที่บริษัทจัดทำบัญชีรายชื่อลูกค้าพร้อมข่าวสารข้อมูลส่วนตัว และนำไปมอบให้กับบริษัทอื่นได้ใช้ประโยชน์จากข้อมูลนั้น

ในสหรัฐฯ มีคดีตัวอย่าง *Barber v. Time, Inc* (1942) โจทก์ได้รับการรักษาตัวอยู่ในโรงพยาบาล ในระหว่างการรักษาโจทก์ได้กินอาหารอยู่ตลอดเวลาโดยไม่รู้จกั๋ม หนังสือพิมพ์พิมพ์ได้ถ่ายรูปของโจทก์โดยไม่ได้รับความยินยอมจากโจทก์ และตีพิมพ์โดยพาดหัวข่าวว่า ตะกละตะกลามผู้หิวโหย (starving glutton) โจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหายฐานละเมิดสิทธิส่วนบุคคล ศาลตัดสินว่าจำเลยมีความผิดฐานละเมิดสิทธิส่วนบุคคล¹⁰⁴

ส่วนในอังกฤษ ในคดี *Dalgleish v. Lothian and Borders Police Board* (1991) นายจ้างได้มีข้อตกลงกับลูกจ้างว่าข้อมูลส่วนบุคคลที่นายจ้างได้สอบถามและจัดทำทะเบียนประวัติ อาทิ อายุ ระยะเวลาทำงาน ประวัติการเจ็บป่วยและการรักษา รายได้ประจำ รายได้พิเศษ ฯลฯ นายจ้างจะนำมาใช้เฉพาะในการจ้างทำงานนี้เท่านั้น นายจ้างจะไม่นำไปใช้นอกวัตถุประสงค์การจ้าง ดังนั้นเมื่อมีหน่วยงานอื่นๆ ของรัฐขอประวัติของลูกจ้างจากนายจ้าง ศาลได้ตัดสินว่านายจ้างไม่อาจที่จะ

¹⁰³ Daniel J. Solove Professor supra note 88 p.6

¹⁰⁴ จันทรลักษณ์ โชติรัตนดิลก กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีสารสนเทศ (*Information Technology Law*) วารสารนิติศาสตร์ 25,3 หน้า 508

เปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของลูกจ้าง ไม่ว่าข้อมูลนั้นจะได้เก็บในระบบธรรมดาหรือเก็บในคอมพิวเตอร์ก็ตาม¹⁰⁵

ปัจจุบัน แนวคิดเรื่อง “ความเป็นส่วนตัว” มีกรอบความคิดที่กว้างขวาง และครอบคลุมไปในหลายเรื่อง ทั้งความเป็นอิสระทางความคิด สิทธิเหนือร่างกายของบุคคล การอยู่อย่างสันโดษภายในบ้านพักส่วนบุคคล การควบคุมข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล ความเป็นอิสระที่จะไม่ถูกควบคุม การปกป้องชื่อเสียงเกียรติภูมิส่วนบุคคล การป้องกันการถูกลibel หรือสอบถามข้อมูลส่วนบุคคล เป็นต้น¹⁰⁶

สำหรับประเทศไทย บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนับตั้งแต่เปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ.2475 ก็ได้มีบทบัญญัติรับรองสิทธิส่วนบุคคลเอาไว้เล็กน้อยแตกต่างกันออกไปตามแต่สถานการณ์บ้านเมืองและลักษณะการใช้อำนาจปกครองของคณะบุคคลที่กุมอำนาจรัฐในขณะนั้น สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งบังคับใช้ในปัจจุบัน มีบทบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ ซึ่งบทบัญญัติที่มีความสำคัญและเกี่ยวข้องกับสิทธิความเป็นส่วนตัวมีอยู่หลายประการ เช่น

(1) บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน บุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้ (มาตรา 28)

(2) บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย การทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมจะกระทำมิได้ (มาตรา 32)

(3) บุคคลย่อมมีเสรีภาพในเคหสถาน (มาตรา 33)

(4) บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการเดินทางและมีเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร (มาตรา 34)

(5) สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง ตลอดจนความเป็นอยู่ส่วนตัวย่อมได้รับความคุ้มครอง (มาตรา 35)

(6) บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย (มาตรา 36)

¹⁰⁵ เฟ้งอ้าง, หน้า 509.

¹⁰⁶ Daniel J. Solove Professor *Conceptualizing Privacy* California Law Review Vol.90 p.1088

(http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=313103)

- (7) บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนา (มาตรา 37)
- (8) สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครอง (มาตรา 41)
- (9) บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ (มาตรา 43)
- (10) บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น

(11) บุคคลย่อมมีเสรีภาพในทางวิชาการ (มาตรา 50) เป็นต้น

อย่างไรตาม ประเทศไทยยังไม่ได้มีกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้นเมื่อมีการละเมิดสิทธิเกิดขึ้นจึงต้องมีการฟ้องร้องและบังคับตามกฎหมายอาญาในฐานความผิดต่างๆ หรือฟ้องละเมิดตามกฎหมายแพ่ง

เนื่องจากสิทธิความเป็นส่วนตัวได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย จึงมีข้อควรพิจารณาว่าวิธีการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวนั้นเป็นอย่างไร ซึ่งในปัจจุบันที่ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีมีมากขึ้น จึงทำให้การละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวทำได้ง่ายขึ้นเช่นกัน เช่น การดักฟังโทรศัพท์ การใช้กล้องอิเล็กทรอนิกส์ตรวจสอบพฤติกรรมของบุคคล ฯลฯ ซึ่งในสหรัฐอเมริกา การละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวตามแนวคิดของ Prosser ได้แยกออกเป็น 4 ประเภท ได้แก่¹⁰⁷

(1) การรบกวนแทรกแซงความสันโดษหรือกิจกรรมส่วนตัว (intrusion) เป็นการล่วงเกินขอบเขตส่วนตัวของบุคคลอื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือเข้าไปยุ่งกับกิจกรรมส่วนตัว เช่น การลักลอบดักฟังทางโทรศัพท์ การแอบบันทึกภาพบุคคลขณะใช้ชีวิตส่วนตัวในสถาน เป็นต้น

(2) การเปิดเผยเรื่องราวส่วนตัว (public disclosure of private facts) ได้แก่ การไขข่าวในเรื่องที่เกี่ยวกับชีวิต หรือกิจกรรมส่วนตัวของบุคคลอื่นโดยไม่มีอำนาจ แม้เรื่องดังกล่าวจะเป็นความจริงแต่อาจทำให้อับอาย หรือเสื่อมเสียต่อเกียรติยศ ชื่อเสียง เป็นต้น

(3) การไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความอันฝ่าฝืนความจริง (false light in the public eye) เช่น การทำให้บุคคลอื่นต้องเสื่อมเสียในสายตามสาธารณชน การใช้ชื่อหรือภาพของบุคคลอื่นในกิจกรรมที่เขาไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องด้วย เป็นต้น

(4) การใช้ชื่อหรือภาพบุคคลเพื่อประโยชน์โดยไม่ได้รับความยินยอม (appropriation) เช่น การใช้ชื่อหรือภาพของบุคคลอื่นในการโฆษณาหรือประชาสัมพันธ์สินค้าเพื่อประโยชน์ของ ตน โดยไม่ได้รับอนุญาตจากบุคคลตามชื่อหรือภาพนั้น เป็นต้น

¹⁰⁷ อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 89 หน้า 17

จากคำพิพากษาของศาลในประเทศต่างๆ การละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวมีรูปแบบที่คล้ายๆ กัน ทำให้สามารถแยกรูปแบบการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวได้ ดังนี้¹⁰⁸

(1) การละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวทางกายภาพ (physical intrusion) การละเมิดสิทธิในลักษณะนี้จะสามารถเห็นได้ชัดเจน เช่น การบุกรุกเข้าไปในเคหสถาน การแอบดู แอบถ่าย การลักลอบฟังการสนทนาทางโทรศัพท์ การเปิดจดหมาย เป็นต้น

(2) การใช้ชื่อหรือภาพ (use of name or picture) เช่น การนำชื่อหรือภาพของบุคคลไปใช้เพื่อประโยชน์ในทางการค้าหรือโฆษณาเพื่อให้ตนเองได้ผลประโยชน์โดยเจ้าของชื่อหรือภาพนั้นไม่ยินยอม การนำชื่อหรือภาพของบุคคลอื่นไปสร้างความเสียหายแก่ชื่อเสียงหรือเกียรติยศของผู้เป็นเจ้าของ เป็นต้น

(3) การแต่งเรื่องราวที่ไม่มีมูลความจริง (fictionalization) เช่น การแต่งเรื่องราวที่ทำให้บุคคลสาธารณะต้องตกเป็นข่าว ไม่ว่าข่าวนั้นจะทำให้บุคคลที่ถูกกล่าวถึงจะได้รับความเสียหายต่อเกียรติยศชื่อเสียงหรือไม่ก็ตาม นับเป็นการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวอีกประการหนึ่ง

(4) การเปิดเผยเรื่องราวส่วนตัว (revealing intimate facts) เป็นการเปิดเผยข้อเท็จจริงส่วนบุคคลที่ต้องการเก็บไว้แต่เพียงผู้เดียว หรือไม่ต้องการให้ผู้ใดรับรู้ เช่น ประวัติทางการแพทย์ ความเชื่อส่วนบุคคล รายรับรายจ่าย เป็นต้น สิ่งเหล่านี้ถ้าถูกเปิดเผยอาจสร้างความเสียหายให้แก่ผู้เป็นเจ้าของ จึงถือเป็นการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัว

(5) การถูกละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวด้วยวิธีอื่น เช่น ถูกละเมิดโดยกฎหมายที่ออกโดยวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งก้าวล่วงเข้าไปในความเป็นส่วนตัวของบุคคล เป็นต้น

สำหรับประเทศไทย การละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวนั้น หากจะพิจารณาว่าการกระทำใดจะเป็นการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวหรือไม่ สามารถพิจารณาได้จากบทบัญญัติของกฎหมาย เนื่องจากประเทศไทยการบัญญัติในกิจกรรมที่ถือเป็นการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวถูกบัญญัติไว้ค่อนข้างชัดเจน ไม่ว่าจะเป็นบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บทบัญญัติของกฎหมายอาญา หรือกฎหมายอื่นๆ

¹⁰⁸ อังแล้ว เจริญรอด 92 หน้า 19-22

กรณีการกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์นอกเหนือจากการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือภายในที่พักอาศัย (otherwise than for his private and domestic use) ซึ่งมีได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือแสวงหาผลประโยชน์ในทางธุรกิจ หรือการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession) จะถือเป็นการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวของประชาชน และส่งผลกระทบต่อการใช้ชีวิตประจำวันหรือไม่ ผู้เขียนขอยกตัวอย่างปรากฏการณ์ทางสังคมมาอธิบายถึงผลกระทบที่มีต่อความเป็นส่วนตัวของประชาชนเป็นกรณีไป ดังนี้

(1) การครอบครองและใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อความเพลิดเพลินและเป็นส่วนตัวภายในบ้านพัก เป็นปรากฏการณ์ทางสังคมที่มีอยู่ในทุกชนชาติ หลังจากที่บริษัทฟิลลิป (Philips) ได้นำสินค้าเครื่องบันทึกเทปคลาสเซ็ท (cassette recorder) มาจัดแสดงที่สถานีวิทยูเบอร์ลินในปี 1963 ทำให้ประชาชนรับรู้ถึงบทเพลง ดนตรี ที่สามารถทำให้ผู้ฟังเกิดอารมณ์คล้อยตามทำนองบทเพลงหรือดนตรี ประชาชนสามารถใช้ชีวิตอยู่กับสุนทรีของบทเพลงภายในบ้านที่มีความเป็นส่วนตัว¹⁰⁹ ในปี 1970-1980 การบันทึกที่บ้านกลายเป็นปรากฏการณ์นานาชาติ ประชาชนมีการแบ่งปันสื่อบันทึกเสียงที่ละเมิดลิขสิทธิ์ให้แกกันเพื่อใช้ประโยชน์ส่วนตัวภายในบ้านพัก ในปัจจุบันพบว่าเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ที่ทันสมัยทำให้ประชาชนสามารถดาวน์โหลด (downloading) โปรแกรมคอมพิวเตอร์ เสียงเพลง ดนตรี หรือภาพยนตร์ ทางอินเทอร์เน็ต (internet) รวมทั้งสามารถทำสำเนาข้อมูลบันทึกลงแผ่นซีดี และวัสดุบันทึกข้อมูลอื่นๆ แจกจ่ายให้แกกันได้ การบังคับใช้กฎหมายที่มีความเข้มงวดสูง เช่น การกำหนดความผิดต่อผู้ซื้อ หรือผู้ใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น ย่อมจะเกิดผลกระทบต่อประชาชน ทำให้ไม่สามารถครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้เลย ซึ่งมีความแตกต่างจากการกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์นอกเหนือจากการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือภายในที่พักอาศัย (otherwise than for his private and domestic use) ซึ่งมีได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือแสวงหาผลประโยชน์ในทางธุรกิจ หรือการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม (mere possession) ที่รัฐยังคงอนุญาตให้ประชาชนสามารถครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้จำนวนหนึ่งเพื่อเพียงพอต่อการใช้งานส่วนบุคคล และไม่กระทบต่อความเป็นส่วนตัวของประชาชนที่จะใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อความเพลิดเพลินในที่พักอาศัยหรือเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคล

¹⁰⁹ Megan Richardson Associate Professor *Downloading Music off the Internet : Copyright and Privacy in Conflict?* Journal of Law and Information Science 13,1 (2002) pp.90-91
(http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=597362)

(2) โดยปกติมนุษย์ย่อมมีความเป็นส่วนตัวในการใช้สติปัญญา (intellectual privacy) มนุษย์มีเสรีภาพและอิสระทางความคิด มีอิสระในความเชื่อ ความศรัทธา การพูด การสื่อสาร นักปรัชญาชาวอังกฤษ Timothy Macklem มีความเห็นว่า การคุ้มครองความเป็นส่วนตัวในการใช้สติปัญญา (intellectual privacy) ทำให้ผู้คนเกิดพัฒนาการทางด้านความคิด มีการติดต่อติดต่อดสื่อสารและแลกเปลี่ยนกิจกรรมการใช้ความคิดและสติปัญญา¹¹⁰

ใน ค.ศ.1750 Dr. Samuel Johnson เสนอความเห็นเห็นว่า ความสันโดษ หรือการปลีกตัวอยู่อย่างลำพังโดยปราศจากความรีบเร่งเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับมนุษย์ ความทรงจำและความรู้สึกนึกคิดทำให้เกิดพัฒนาการเกี่ยวกับความรู้และยกระดับความเป็นอัจฉริยภาพ มนุษย์ต้องการความสงบในช่วงระยะเวลาหนึ่งที่จะคิด พูด หรือเขียนอย่างเป็นอิสระ รวมทั้งแสวงหาความหลากหลายในด้านความคิดของตัวเองเพื่อสิ่งที่เป็นประโยชน์¹¹¹ โดยธรรมชาติของมนุษย์มีความพากเพียรอุตสาหะพยายาม ในการใช้สติปัญญาเพื่อให้เกิดการสร้างสรรค์สิ่งใหม่ๆ การศึกษางานละเมียดลึกลับทำให้ผู้ที่ศึกษาเกิดพัฒนาการทางความคิด เกิดองค์ความรู้ใหม่ๆ และมีการถ่ายทอดองค์ความรู้แก่สังคม การใช้มาตรการทางกฎหมายที่มีความเข้มงวดเกินไปจนทำให้ประชาชนภายในประเทศไม่สามารถครอบครอง หรือใช้สิ่งละเมียดลึกลับได้เลย ย่อมส่งผลกระทบต่อความเป็นส่วนตัวในการคิดหรือใช้สติปัญญาของประชาชนภายในประเทศ เป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาองค์ความรู้ใหม่ๆ ที่จะนำมาใช้ในการพัฒนาประเทศ ในกรณีนี้นักสังคมวิทยา Erving Goffman มีความเห็นว่า ปกติเรามิพบปะหน้าในที่สาธารณะที่เป็นพลเมือง ในการปกครองจะต้องมีหลักประกันว่ารัฐไม่ควรตรวจสอบการใช้ความคิดและสติปัญญา ที่ประชาชนทำเป็นงานอดิเรก¹¹² นอกจากนี้ศาลสูงสุดของสหรัฐได้เคยวินิจฉัยไว้ในคดี Stanley & Georgia ซึ่งเป็นการดำเนินคดีเกี่ยวกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารภายในบ้านพัก โดยศาลได้ อธิบายว่า บังเอิญชนย่อมมีความเป็นส่วนตัวในการใช้สติปัญญาแสวงหาความรู้ ความคิด ประชาชนย่อมได้รับการปกป้องคุ้มครองสิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสาร ความคิด ความเชื่อ โดยไม่คำนึงว่าสิ่งเหล่านั้นจะมีคุณค่าทางสังคมหรือไม่ (right to receive information and ideas, regardless of their social worth) เพราะนั่นคือพื้นฐานของสังคมที่มีเสรีภาพ (fundamental to our free society) รัฐจึงไม่อาจเข้าไปตรวจสอบได้¹¹³ ดังนั้น ผู้เขียนจึงมี

¹¹⁰Neil M. Richards Professor *Intellectual Privacy* Texas Law Review Vol.87:387 (2008) p.404 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1108268)

¹¹¹ibid pp.412-413

¹¹²ibid pp.405-406

¹¹³ibid p.417

ความเห็นว่สิ่งใดก็ตามที่เกี่วข้องกับการอ่าน การคิดและการใช้ความเป็นส่วนตั้ทางสติปัญญา เป็นสิทธิส่วนบุคคลที่ทุกคนสามารถกระทำได้ รัฐไม่ควรเข้าไปจำกัดหรือตรวจสอบอิสระในการ ใช้ความคิดและสติปัญญาของประชาชน การกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ นอกเหนือจากการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือภายในที่พักอาศัย ซึ่งมีได้มีวัตถุประสงค์ ในทางการค้าหรือแสวงหาผลประโยชน์ในทางธุรกิจ หรือการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกิน จำนวนที่เหมาะสม จะเป็นแนวทางหนึ่งที่จะช่วยผ่อนปรนมิให้การคุ้มครองลิขสิทธิ์มีความเข้มงวด มากเกินไป ทำให้ประชาชนยังสามารถครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้ในปริมาณที่เหมาะสม เพื่อ การใช้งานส่วนบุคคล เพื่อความเป็นส่วนตั้ในการใช้สติปัญญา (intellectual privacy) เพื่อ พัฒนาการทางด้านความรู้ ความคิดและสร้างเสริมอัจฉริยภาพส่วนบุคคล

(3) ในสหรัฐอเมริกา ห้องสมุด Richmond และ British Columbia ได้เริ่มให้บริการ ยืม e-book สิ่งตีพิมพ์บน CD-Rom และสื่อดิจิทัลประเภทต่างๆ มาตั้งแต่ ค.ศ. 1999 ซึ่งได้รับความ นิยมจากประชาชนทั่วไป และปัจจุบันสื่อดังกล่าวกำลังได้รับความนิยมอย่างแพร่หลายในห้องสมุด ต่างๆ ทั่วโลก

e-book เป็นสื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าถึงได้จากการ ให้บริการบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (internet) อีกทั้งยังสามารถทำการดาวน์โหลด (downloading) สิ่งตีพิมพ์ หรือ e-book ที่อยู่ในรูปของข้อมูลดิจิทัลลงในคอมพิวเตอร์และสามารถทำซ้ำ (copy) ลง ในแผ่นซีดี และวัสดุบันทึกข้อมูลอื่นๆ แจกจ่ายให้แก่กันเพื่อการศึกษาค้นคว้าความรู้ส่วนบุคคลได้ ส่วนสื่อที่อยู่ในรูปของ CD-Rom เทปคาสเซต (cassette) และสื่อดิจิทัลประเภทต่างๆ โดยปกติ แล้วบรรณารักษ์ห้องสมุดสามารถจัดหางานลิขสิทธิ์มาทำซ้ำได้ทั้งหมดเพื่อใช้งานภายในห้องสมุด สำหรับให้สาธารณชนได้ใช้ประโยชน์จากงานสร้างสรรค์ในระหว่างการคุ้มครองตามหลัก fair use

ดังนั้น ประชาชนที่ทำซ้ำสิ่งตีพิมพ์ หรือ e-book ที่มีอยู่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (internet) ของห้องสมุดเพื่อการศึกษาหาความรู้ส่วนตัว รวมถึงประชาชนที่ยืมสื่อต่างๆ ที่อยู่ในรูป ของ CD-Rom หรือเทปคาสเซต (cassette) ออกไปจากห้องสมุดและมีการทำซ้ำงานต่างๆ ไว้ใน ครอบครองเพื่อใช้ประโยชน์ส่วนบุคคล จึงอาจได้รับผลกระทบโดยตรงจากการบังคับใช้กฎหมาย ที่มีความเข้มงวดเกินไป เช่น การกำหนดความผิดต่อผู้ซื้อ หรือผู้ใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น ถือเป็นการกระทบสิทธิความเป็นส่วนตัวของประชาชนในการเข้าถึงบริการของห้องสมุดและ เครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ของห้องสมุด และกระทบต่อเสรีภาพในทางวิชาการของประชาชน ภายในประเทศ แต่หากมีการผ่อนปรนให้ประชาชนสามารถครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้ใน จำนวนที่เหมาะสม ย่อมบังเกิดผลดีต่อประชาชนในการศึกษาหาความรู้ส่วนบุคคล

จากตัวอย่างที่ผู้เขียนได้ยกมาอธิบายพอสังเขปจะเห็นได้ว่า หากมีการใช้มาตรการทางกฎหมายที่มีความเข้มงวดมากเกินไป เพื่อยกระดับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในประเทศไทยให้สูงขึ้น และล้ำหน้า จนทำให้ประชาชนภายในประเทศไม่อาจครอบครองหรือใช้สิ่งละเมิดลิขสิทธิ์ได้เลย ย่อมจะกระทบต่อสิทธิความเป็นส่วนตัวของประชาชน และส่งผลเสียต่อการพัฒนาประเทศในหลายๆ ด้าน การกำหนดความผิดต่อการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์นอกเหนือจากการใช้งานเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลหรือภายในที่พักอาศัย ซึ่งมีได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือแสวงหาผลประโยชน์ในทางธุรกิจ หรือการครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เกินจำนวนที่เหมาะสม ที่ผ่อนปรนให้ประชาชนยังสามารถครอบครองสิ่งละเมิดลิขสิทธิ์เพื่อใช้งานส่วนบุคคลได้ในจำนวนหรือปริมาณที่เหมาะสม จึงน่าจะเป็นแนวทางอีกแนวทางหนึ่งที่จะช่วยยกระดับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ของไทยให้สูงขึ้นโดยมาตรการทางกฎหมายที่มีความเหมาะสม สามารถลดปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ภายในประเทศให้เบาบางลงได้ ในขณะเดียวกันก็ไม่ส่งผลกระทบต่อประชาชนในการเข้าถึงงานสร้างสรรค์ เป็นไปตามเจตนารมณ์การคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่ป้องกันผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของบุคคลที่พึงได้รับจากผลงานสร้างสรรค์อันเกิดจากความนึกคิดและสติปัญญาของตน แต่ไม่ปิดกั้นสาธารณชนที่จะใช้ประโยชน์จากผลงานสร้างสรรค์

