

## บทที่ 4

### วิเคราะห์ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายในการบังคับใช้

#### พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551

ในพุทธศักราช 2473 มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติภาพยนตร์พุทธศักราช 2473 ในรัชกาลที่ 7 ก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครอง พระราชบัญญัตินี้เป็นต้นแบบความคิดของการควบคุมการผลิตและการเผยแพร่ภาพยนตร์ ต่อมาช่วงปี พุทธศักราช 2530 ก็ได้มีการตราพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พุทธศักราช 2530 ขึ้นมาใช้แทนพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พุทธศักราช 2473 โดยได้กำหนดให้การประกอบกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ คือ การมีเทปหรือวัสดุโทรทัศน์ไว้ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายโดยประการอื่นใด กิจการเหล่านี้เป็นกิจการที่ต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ และเทปหรือวัสดุโทรทัศน์ที่จะมีให้เช่าหรือขาย รวมทั้งการฉายหรือให้บริการในสถานที่ให้บริการเทปหรือวัสดุโทรทัศน์ ต้องเป็นเทปหรือวัสดุโทรทัศน์ที่ผ่านการตรวจพิจารณาของเจ้าหน้าที่แล้ว คือผ่านความเห็นชอบของเจ้าพนักงานผู้ตรวจ เทปหรือวัสดุโทรทัศน์ที่ไม่ผ่านการตรวจพิจารณาให้ความเห็นชอบไม่สามารถให้เช่าหรือวางจำหน่ายได้ ซึ่งหากดูในหมายเหตุของการประกาศใช้บังคับกฎหมายฉบับนี้ก็จะพบเหตุผลดังกล่าวซึ่งกำหนดว่าเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้ คือ โดยที่ปรากฏว่าปัจจุบันได้มีการบริการ ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายเทปและวัสดุโทรทัศน์ กับมีการจัดฉายหรือให้บริการเกี่ยวกับเทปหรือวัสดุโทรทัศน์แพร่หลายทั้งในกรุงเทพมหานครและในต่างจังหวัด ซึ่งเทปและวัสดุโทรทัศน์เหล่านั้นไม่ได้ผ่านการตรวจพิจารณาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ เนื่องจากไม่ใช่ภาพยนตร์ตามความหมายของพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พุทธศักราช 2473 การที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายควบคุมกิจการดังกล่าว ย่อมก่อให้เกิดผลเสียหายแก่เยาวชนและศีลธรรมอันดีของประชาชนทั้งยังอาจกระทบกระเทือนถึงควา มั่นคงของรัฐอีกด้วย ในการนี้จำเป็นต้องมีกฎหมายควบคุมการค้าเนนกิจการเกี่ยวกับเทปและวัสดุโทรทัศน์จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

แต่ในปัจจุบันได้มีการตรา พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ .ศ.2551 กำหนดให้ผู้ที่จะประกอบกิจการภาพยนตร์และวีดิทัศน์โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับประโยชน์ตอบแทน จะต้องได้รับอนุญาตจากนายทะเบียนซึ่งการขอใบอนุญาตและการออกใบอนุญาตให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง

โดยผู้ศึกษาเห็นว่าการพัฒนาทางด้านระบบกฎหมายของแต่ละประเทศก็เป็นไปเพื่อจุดประสงค์ที่จะให้เกิดการบังคับใช้ทันต่อยุคและสถานการณ์ของแต่ละประเทศในขณะนั้น พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวิดิทัศน์ พ.ศ.2551 ก็เช่นเดียวกันเมื่อปัจจุบันนี้ธุรกิจของคนทำภาพยนตร์หรือสิ่งบันเทิงต่าง ๆ นับว่าเป็นธุรกิจขั้นแนวหน้าอย่างหนึ่งของประเทศไทยในขณะนี้ หากไม่มีกฎหมายออกมาควบคุมแล้วย่อมเกิดความเสียหายทั้งต่อตัวผู้ประกอบการเอง และยังส่งผลเสียต่อประเทศชาติอีกด้วย ดังนั้น พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวิดิทัศน์ พ.ศ.2551 จึงได้บัญญัติขึ้นใหม่เพื่อจุดประสงค์ในการปกป้องและควบคุมธุรกิจภาพยนตร์ เพราะถือว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์เข้ามาเกี่ยวข้อง จึงเป็นผลงานที่มีคุณค่ายากต่อการผลิตแต่หากง่ายต่อการลอกเลียนแบบ ซึ่งหากไม่มีการควบคุมอย่างจริงจังแล้วก็จะสามารถนำไปลอกเลียนแบบหรือนำออกจำหน่ายโดยไม่ได้รับอนุญาตได้โดยง่าย ซึ่งข้อสังเกตอีกประการหนึ่งของพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวิดิทัศน์ พ.ศ.2551 เห็นได้ว่าการกำหนดโทษไว้อย่างรุนแรงสำหรับผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ โดยมุ่งหวังเพื่อเป็นการยับยั้งหรือป้องกัน เพื่อเป็นการคุ้มครองสังคม และเพื่อปรับปรุงแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด ตามทฤษฎีการลงโทษ

เมื่อพิจารณาถึง พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวิดิทัศน์ พ.ศ.2551 ที่ได้ประกาศและมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 2 มิถุนายน 2551 นั้น ผู้ศึกษาพบว่ายังมีปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวิดิทัศน์ พ.ศ.2551 อยู่หลายประการ ดังนี้

### **ปัญหาการตีความหมายหรือการตีความกฎหมายตาม พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวิดิทัศน์ พ.ศ.2551**

มาตรา 38 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “ห้ามผู้ใดประกอบกิจการให้เช่าแลกเปลี่ยนหรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับประโยชน์ตอบแทน เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากนายทะเบียน”

มาตรา 54 วรรคหนึ่งบัญญัติว่า “ห้ามผู้ใดประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายวิดิทัศน์ โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับประโยชน์ตอบแทน เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากนายทะเบียน”

มาตรา 79 บัญญัติว่า “ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 38 วรรคหนึ่ง ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่ 200,000-1,000,000 บาท”

มาตรา 82 บัญญัติว่า “ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 54 วรรคหนึ่ง ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่ 100,000-500,000 บาท”

จากบทบัญญัติของ พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ .ศ.2551 ดังกล่าวมานั้น ผู้ศึกษาเห็นว่า มาตรา 38 และมาตรา 54 นั้นเป็นบทบัญญัติห้ามบุคคลใดประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยนหรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับประโยชน์ตอบแทน หรือให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายวีดิทัศน์ โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับประโยชน์ตอบแทน แต่หากผู้ใด ประสงค์จะประกอบกิจการดังกล่าวนี้จะขออนุญาตเป็นผู้ประกอบกิจการจากนายทะเบียน จึงจะสามารถประกอบกิจการได้ถูกต้องตามกฎหมาย แต่เมื่อพิจารณาต่อไปว่าความหมายของคำว่า “ประกอบกิจการ” ตามความหมายของมาตรา 38 และมาตรา 54 นั้นมีความหมายว่าอย่างไร และการกระทำอันเข้าลักษณะของผู้ประกอบกิจการ ซึ่งจะต้องขออนุญาตตามบทบัญญัตินี้ดังกล่าว ซึ่ง หากจะดูจากบทนิยามตามมาตรา 4 นั้นจะพบว่าไม่มีการให้ความหมายของคำว่า “ประกอบกิจการ” ไว้เลย ซึ่งหากกรณีเป็นเช่นนี้คงต้องตีความไปตามเจตนารมณ์ในการตราพระราชบัญญัติเป็นสำคัญ ดังที่ผู้ศึกษาได้กล่าวมาแล้วว่าเจตนารมณ์ของการตรา พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ .ศ. 2551 ก็เพื่อจุดประสงค์ที่จะปกป้องธุรกิจของคนทำภาพยนตร์รวมถึงการควบคุมธุรกิจอันเกี่ยวข้องกับงานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมาย ดังนั้น คำว่า “ประกอบกิจการ” ตามมาตรา 38 และมาตรา 54 จึง หมายถึง ผู้ประกอบกิจการอันเกี่ยวกับภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ในเชิงพาณิชย์เป็นปกติวิสัย โดยเจตนา เพื่อมุ่งไปในทางการค้าหรือหากำไร ซึ่งวิธีการอาจเป็นการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือการจำหน่าย ฯลฯ ซึ่งต้องพิจารณาจากเจตนาของผู้กระทำเป็นสำคัญด้วย

การขออนุญาตประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์

ภาพยนตร์ ตาม พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ .ศ.2551 หมายความว่า วัสดุที่มีการบันทึกภาพ หรือภาพและเสียงซึ่งสามารถนำมาฉายให้เห็นเป็นภาพที่เคลื่อนไหวได้อย่างต่อเนื่อง แต่ไม่รวมถึงวีดิทัศน์

ภาพยนตร์กับวีดิทัศน์มีความแตกต่างกันตรงที่เนื้อหา มิใช่วัสดุที่ใช้บรรจุ ถ้าวัสดุนั้นบรรจุเนื้อหาที่เป็นเรื่องราว เช่น หนังสือ การ์ตูน เป็นต้น จะเรียกว่า “ภาพยนตร์” แต่ถ้าวัสดุนั้นบรรจุเนื้อหาที่เป็นเกมการเล่นหรือคาราโอเกะที่มีภาพประกอบ ก็จะเรียกว่า “วีดิทัศน์”

ผู้ที่ต้องมาขอใบอนุญาตประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์

(1) ผู้ที่ประสงค์ที่จะประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับประโยชน์ตอบแทน จะต้องได้รับอนุญาตประกอบกิจการจากนายทะเบียน

(2) ให้ถือว่าผู้ที่ได้รับใบอนุญาต ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ (ตามมาตรา 38) เป็นผู้ได้รับใบอนุญาต ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายวีดิทัศน์ด้วย (ตามมาตรา 55)

การยื่นคำขอดังกล่าวให้ยื่น ณ ท้องที่ที่สถานประกอบการตั้งอยู่ ดังนี้

ในกรุงเทพมหานคร ให้ยื่น ณ สำนักงานคณะกรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติ ส่วนใน  
จังหวัดอื่น ๆ ให้ยื่น ณ สำนักงานวัฒนธรรมจังหวัด

การขออนุญาตประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยนหรือจำหน่ายวีดิทัศน์

วีดิทัศน์ ตาม พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 หมายความว่าวัสดุที่มีการ  
บันทึกภาพ หรือภาพและเสียงซึ่งสามารถนำมาฉายให้เห็นเป็นภาพเคลื่อนไหวได้อย่างต่อเนื่องใน  
ลักษณะที่เป็นเกมการเล่น คาราโอเกะที่มีภาพประกอบหรือลักษณะอื่นใดที่กำหนดในกฎกระทรวง

ผู้ที่ต้องมาขอใบอนุญาตประกอบกิจการให้เช่า แลก เปลี่ยน หรือจำหน่ายวีดิทัศน์ คือผู้ที่  
ประสงค์ที่จะประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายวีดิทัศน์ (เกมหรือคาราโอเกะ) โดยทำ  
เป็นธุรกิจหรือได้รับประโยชน์ตอบแทน จะต้องได้รับอนุญาตประกอบกิจการจากนายทะเบียน ใน  
กรุงเทพมหานคร ให้ยื่น ณ สำนักงานคณะกรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติ ส่วนในจังหวัดอื่น ๆ ให้ยื่น  
ณ สำนักงานวัฒนธรรมจังหวัด

ในการศึกษานี้ ผู้ศึกษาพบว่าปัญหาที่เกิดขึ้นจากการบังคับใช้ พระราชบัญญัติภาพยนตร์  
และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 ที่มีผลกระทบต่อประชาชนผู้ซึ่งประกอบอาชีพสุจริตโดยตรง โดยผู้ศึกษา  
เห็นควรยกตัวอย่างคดีขึ้นเป็นกรณีศึกษาคือ กรณีของ คดีอาญาหมายเลขดำที่ 3060/2552 ที่พนักงาน  
อัยการฝ่ายคดีอาญา 6 เป็นโจทก์ยื่นฟ้องนายสุรรัตน์ มณีนพรัตน์สุดา เป็นจำเลย ในความผิดฐาน  
ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ ซึ่งเป็นแผ่นวีซีดีภาพยนตร์ ซึ่งเป็นความผิด  
ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 ที่ศาลอาญา วันที่ 16 สิงหาคม 2553

ศาลพิพากษาว่า นายสุรรัตน์ กระทำผิดตามฟ้องให้ปรับ 200,100 บาท แต่นายสุรรัตน์ เคยให้  
การรับสารภาพชั้นสอบสวน คงลดโทษให้เหลือปรับ 133,400 บาท ถ้าไม่จ่ายค่าปรับให้กักขังแทน  
ค่าปรับ นายสุรรัตน์ฟังคำพิพากษาแล้ว ขอยื่นประกันตัวในวงเงิน 100,000 บาท ก่อนยื่นอุทธรณ์คำ  
พิพากษาต่อไป

ผู้ศึกษาเห็นว่า เมื่อพิจารณาถึงปัญหาวานายสุรรัตน์ ได้กระทำการอันเป็นความผิดตาม  
พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 หรือไม่ คงต้องพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวเข้า  
ลักษณะองค์ประกอบคว มผิดตามมาตรา 38 ซึ่งต้องได้รับโทษตามมาตรา 79 หรือไม่ ประการ  
สำคัญประการหนึ่งที่ต้องวินิจฉัยคือ การกระทำของนายสุรรัตน์เข้าลักษณะของผู้ประกอบกิจการตาม  
มาตรา 38 อันจะต้องขอใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบกิจการต่อนายทะเบียนหรือไม่ เมื่อข้อเท็จจริง  
ปรากฏว่านายสุรรัตน์ได้ทำการจำหน่ายแผ่นซีดีจริง แต่อย่างไรก็ดีการจำหน่ายอันจะเข้าลักษณะเป็น  
ผู้ประกอบกิจการนั้นย่อมต้องหมายถึง ผู้ประกอบกิจการอันเกี่ยวกับภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ในเชิง

พาณิชย์เป็นปกติวิสัย โดยเจตนาเพื่อมุ่งไปในทางการค้าหรือหากำไร ซึ่งวิธีการอาจเป็นการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือการจำหน่าย ฯลฯ ซึ่งต้องพิจารณาจากเจตนาของผู้กระทำเป็นสำคัญด้วย โดยเทียบเคียงกับหลักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสอันเกี่ยวข้องด้วยการล่งสิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์ คำว่า “การนำเข้าสู่วงจรวาณิชย์” (Mise dans le commerce) ซึ่งถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายนั้นจะต่างจากกฎหมายไทย คือคำว่า “จำหน่าย หรือขาย” ตามกฎหมายของไทยให้พิจารณาที่การโอนกรรมสิทธิ์ตามกฎหมาย ถ้ากฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรื่องใดเกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์ยอมเข้าขายการขาย เช่น แลกเปลี่ยน เช่า เป็นต้น ขณะที่คำว่า “การนำเข้าสู่วงจรวาณิชย์” หมายถึงการกระทำที่ให้ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์นำเข้าสู่วงจรวาณิชย์เป็นธุรกิจ ซึ่งต้องพิจารณาจากเจตนาของผู้กระทำเป็นสำคัญประกอบด้วย ซึ่งการตีความกฎหมายนี้ก็เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในสังคมและการตีความต้องมุ่งถึงเจตนาที่แท้จริงของบุคคลดังกล่าวด้วย และหากพิจารณาเปรียบเทียบการกระทำกับความผิดตามพระราชบัญญัตินี้และโทษที่ได้รับแล้ว ไม่มีความสมดุลกันแต่อย่างใด และการบังคับใช้กรณีดังกล่าวมาแล้วของพระราชบัญญัติฉบับนี้ย่อมขัดกับเจตนารมณ์ที่แท้จริงของการตราพระราชบัญญัตินี้เป็นอย่างชัดเจน

### **ปัญหาอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการพนักงานเจ้าหน้าที่ตาม พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551**

พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจในการบังคับใช้ตาม พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 จะมีอยู่ 2 ประเภทด้วยกันคือ นายทะเบียนและพนักงานเจ้าหน้าที่ ทั้งนี้ นายทะเบียนจะมีอยู่ 2 ระดับคือนายทะเบียนกลางและนายทะเบียนประจำจังหวัด

นายทะเบียนกลาง ตามมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 คือเลขาธิการคณะกรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติ เป็นนายทะเบียนกลางและเป็นนายทะเบียนประจำกรุงเทพมหานครอีกตำแหน่งหนึ่ง ทั้งนี้ นายทะเบียนกลาง มีอำนาจหน้าที่กำหนดหมายเลขห้า และประทับตราเครื่องหมายอนุญาต ประเภทของภาพยนตร์ หมายเลขห้าจะประทับลงบนภาพยนตร์ที่ผ่านการตรวจพิจารณาและได้รับอนุญาตตามมาตรา 31 และเก็บสำเนาไว้ตรวจสอบ สำเนาภาพยนตร์ที่เก็บไว้นาน ๆ มันก็จะมีปริมาณมาก เพราะฉะนั้นอันไหนที่หมดความจำเป็นในการใช้ตรวจสอบแล้วกฎหมายก็ให้ส่งหอภาพยนตร์แห่งชาติเพื่อเก็บรักษาไว้ การเก็บรักษานั้นจะเก็บรักษาไว้ในรูปวัสดุก็ได้ อีกอย่างหนึ่งอำนาจของนายทะเบียนก็คือของกลางที่ผู้กระทำผิดตกลงยินยอมยกให้เป็นของแผ่นดิน นายทะเบียนกลางหรือนายทะเบียนประจำจังหวัดมีอำนาจจัดการตามสมควรแก่กรณีภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่ที่จะกระทำได้นอกจากนั้น ยังมีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดโทษ

ทางปกครองกรณีที่ฉายภาพยนตร์ไทยน้อยกว่าสัดส่วนที่คณะกรรมการประกาศกำหนดซึ่งจะมีโทษปรับทางปกครองไม่เกิน 300,000 บาท นายทะเบียนกลางจะเป็นผู้กำหนดแต่อาจจะกำหนดให้แตกต่างกันสำหรับแต่ละจังหวัดก็ได้

นายทะเบียนประจำจังหวัด รัฐมนตรีกระทรวงวัฒนธรรมเป็นผู้แต่งตั้ง ซึ่งได้มีการแต่งตั้งตามประกาศกระทรวงวัฒนธรรม เรื่องแต่งตั้งนายทะเบียนพนักงานเจ้าหน้าที่ตาม พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 ลงวันที่ 11 มิถุนายน 2551 โดยแต่งตั้งให้ผู้ว่าราชการจังหวัดทุกจังหวัดเป็นนายทะเบียนประจำจังหวัด ทั้งนี้ อำนาจหน้าที่ของนายทะเบียนประจำจังหวัด มีอำนาจหน้าที่หลายอย่าง เช่น ออกใบอนุญาตประกอบกิจการภาพยนตร์ ออกใบอนุญาต และออกใบอนุญาตประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยนหรือจำหน่ายภาพยนตร์ สำหรับวีดิทัศน์ก็มีอำนาจประกอบกิจการร้านวีดิทัศน์ ออกใบอนุญาตประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยนหรือจำหน่ายวีดิทัศน์ นายทะเบียนยังมีอำนาจหน้าที่อีกอันหนึ่งซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่อย่างเดียวกับเจ้าพนักงานตามมาตรา 61 เป็นอำนาจหน้าที่ของนายทะเบียนและเจ้าพนักงานหน้าที่ในการค้นยึด อาศัย ห้ามขาย ห้ามจำหน่าย นายทะเบียนประจำจังหวัดยังมีหน้าที่ในการกำหนดโทษในทางปกครอง คือค่าปรับทางปกครองและอำนาจในการเพิกถอน หรือสั่งพักใช้ใบอนุญาตอีกด้วย

สำหรับพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งจะแยกเป็นในเขตกรุงเทพมหานครกับต่างจังหวัดในเขตกรุงเทพมหานคร ได้แก่ ข้าราชการพลเรือนสามัญในสำนักงาน คณะกรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติ ตั้งแต่ระดับ 3 หรือเทียบเท่าขึ้นไปที่ได้รับมอบหมาย ข้าราชการพลเรือนสามัญในสำนักงาน ปลัดกระทรวงยุติธรรม กรมการศาสนา กรมศิลปากร และสำนักงานศิลปกรรมร่วมสมัย ตั้งแต่ระดับ 3 หรือเทียบเท่าขึ้นไปที่ได้รับมอบหมายและนอกจากคนในกระทรวงวัฒนธรรมแล้วก็มีตำรวจด้วย สำหรับตำรวจ พนักงานเจ้าหน้าที่ที่เป็นตำรวจ ได้แก่ ผู้กำกับการสถานีตำรวจนครบาล และ ข้าราชการตำรวจที่มียศตั้งแต่ร้อยตำรวจตรีขึ้นไป ที่ปฏิบัติหน้าที่หน่วยงานสืบสวนงานป้องกันและปราบปรามในสังกัดกองบัญชาการตำรวจนครบาล และกองบังคับการกองปราบปราม การกระทำ ความผิดต่อเด็กและเยาวชนและสตรี กองบัญชาการตำรวจสอบสวนกลาง ซึ่งเป็นส่วนของตำรวจใน กรุงเทพมหานคร

สำหรับพนักงานเจ้าหน้าที่ในจังหวัดอื่น ได้แก่ วัฒนธรรมจังหวัด และข้าราชการพลเรือนในสำนักงานวัฒนธรรมจังหวัด ซึ่งดำรงตำแหน่งนักวิชาการวัฒนธรรม ตั้งแต่ระดับ 3 ขึ้นไป หรือเทียบเท่าในส่วนของทางอำเภอจะมีผู้ที่แต่งตั้งเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ คือ นายอำเภอ ปลัดอำเภอ ผู้เป็นหัวหน้ากิ่งประจำอำเภอและปลัดอำเภอ ส่วนทางเทศบาลจะมีปลัดเทศบาล ปลัดองค์การบริหารส่วนตำบล ปลัดเมืองพัทยา และสำหรับตำรวจในต่างจังหวัด จะเป็นข้าราชการตำรวจที่มียศตั้งแต่

ร้อยตำรวจตรีขึ้นไป ซึ่งปฏิบัติงานในสายสืบสวนและงานป้องกันปราบปราม ในสังกัดตำรวจภูธรภาค 1 ถึง ภาค 9 และในกองบังคับการปราบปรามการกระทำผิดต่อเด็กเยาวชนและสตรี กองบัญชาการตำรวจสอบสวนกลาง

อำนาจหน้าที่ของนายทะเบียนและพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งเขียนรวมกันไว้ในมาตรา 61 ของพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 จะเป็นอำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวกับการค้น การยึด การอายัด จะมีอำนาจตามนี้อยู่ 5 ประการด้วยกัน คือ

1. นายทะเบียนและพนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจเข้าไปในสถานที่ที่มีการก่อสร้างภาพยนตร์ แต่สำหรับสถานที่ที่มีการก่อสร้างภาพยนตร์จะจำกัดไว้ว่าต้องเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งดำรงตำแหน่งข้าราชการหรือข้าราชการท้องถิ่น ตั้งแต่ ระดับ 7 ขึ้นไป หรือเทียบเท่าขึ้นไปเฉพาะการเข้าไปตรวจสอบสถานที่สร้างภาพยนตร์ ต้องใช้พนักงานระดับ 7 ขึ้นไป

ส่วนนอกนั้นนายทะเบียนและเจ้าหน้าที่ทุกคน มีอำนาจในการเข้าไปในโรงภาพยนตร์ ร้านวีดิทัศน์ สถานที่ ประกอบการให้เช่าหรือ แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์และวีดิทัศน์ การเข้าไปต้องเข้าไปในเวลากลางวัน ตามประมวลกฎหมายอาญา คือ ระหว่างเวลาพระอาทิตย์ขึ้นจนถึงเวลาพระอาทิตย์ตก นั่นคือต้องเข้าไป ในเวลา กลางวันหรือเนื่องจากร้าน วีดิทัศน์อาจจะมีเวลาดำเนินการกิจการต่างออกไปก็อาจจะเป็นในเวลาทำการของสถานที่นั้นด้วย เช่น ร้าน เปิดถึงสามทุ่ม สี่ทุ่ม ยังเป็นเวลาทำการของร้านก็ยังสามารถเข้าไปตรวจได้ เข้าไปเพื่อไปตรวจสอบภาพยนตร์ตรวจสอบสื่อวีดิทัศน์ สื่อ โฆษณาหรือการกระทำอื่นใดที่ขัดกับพระราชบัญญัติภาพยนตร์

2. นายทะเบียนและพนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจเข้าไปตรวจค้น ยึด อายัด ภาพยนตร์ วีดิทัศน์ สื่อ โฆษณา เมื่อมีเหตุอันควรสงสัยว่ามีการกระทำที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ก็เป็นเช่นเดียวกันคือต้องเข้าไปในระหว่างเวลาพระอาทิตย์ขึ้นจนพระอาทิตย์ตก คือกลางวันหรือว่าในเวลาทำการของสถานที่นั้น ซึ่งสถานที่ดังกล่าวอาจเปิดตั้งแต่ห้าโมงเย็นถึงสี่ทุ่มก็แล้วแต่ตามที่ได้รับใบอนุญาต ถ้าเป็นเวลาทำการก็ยังสามารถเข้าไปได้ เมื่อนายทะเบียนและเจ้าหน้าที่ได้เข้าไปสถานประกอบการ หรือว่าโรงภาพยนตร์หรือร้านวีดิทัศน์ที่ให้เช่าแลกเปลี่ยนหรือจำหน่ายภาพยนตร์และวีดิทัศน์ หรือว่าเมื่อได้ทำการค้น ยึด อายัด ภาพยนตร์วีดิทัศน์ หรือ สื่อ โฆษณา เมื่อมีเหตุอันควรสงสัยว่ามีการกระทำที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ ถ้าเข้าไปตั้งแต่ตอนที่มิอำนาจเข้า คือ เข้าไปในตอนกลางวันหรือเข้าไปในระหว่างทำการแล้ว หากการตรวจค้นยังไม่เสร็จก็สามารถที่จะดำเนินการตรวจค้นต่อไปในเวลากลางคืนได้ หรือเข้าไปในระหว่างทำการแล้วตรวจยังไม่เสร็จเวลาทำการคือจะปิดร้านแล้วก็ยังสามารถที่จะทำการตรวจต่อไปได้จนกว่าจะแล้วเสร็จ

ผู้ศึกษาเห็นว่าจากกรณีดังกล่าวหากเป็นการเข้าไปค้นตามมาตรา 61(2) คือเข้าไปตรวจค้น ยึด อาชัฏ ภาพยนตร์และวีดิทัศน์ หรือสื่อโฆษณา เมื่อมีเหตุอันควรสงสัยว่ามีการกระทำที่ฝ่าฝืน หรือไม่ปฏิบัติ สำหรับ การค้น นี้ต้องมีหมายค้น ปกติการค้นต้องมีหมายค้น เมื่อก่อนนี้พนักงาน ฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ออกหมายค้น ได้แต่หลังจากมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ 2540 กฎหมายก็เปลี่ยนไปการค้นผู้ที่จะออกหมายค้น ได้คือศาล เพราะฉะนั้นต้องขอให้ศาลออกหมายค้น ให้แล้วจึงจะไปทำการค้นได้ โดยหลักแล้วการค้นต้องมีหมายเสมอต้องมีหมายค้นเป็นหมายของ ศาล แต่มี ข้อยกเว้น เว้นแต่มีเหตุเชื่อว่าหากเน้นซักว่าจะไปดำเนินการขอออกหมายค้น หลักฐาน ดังกล่าวทั้งหลายจะถูกยกย้ายไปหรือถูกชุกซ่อนทำลาย หรือทำให้เปลี่ยนสภาพจากเดิม ซึ่งผู้ศึกษา เห็นควรให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ทำการตรวจค้นมีอำนาจที่จะดำเนินการค้น ยึด อาชัฏ หลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดได้โดยไม่ต้องมีหมายค้น แต่อย่างไรก็ดีการค้นโดยไม่ ต้องมีหมายซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นของการค้นเพราะฉะนั้นจำต้องระมัดระวังอย่างเคร่งครัดในตัว กฎหมายเอง

นอกจากนี้แล้วผู้ศึกษาเห็นว่าหลักของกฎหมายพิจารณาความอาญา ห้ามไม่ให้ค้นในที่ รัโหลาน โดยไม่มีหมายค้นกฎหมายภาพยนตร์จึงบอกว่าการค้นนี้ต้องมีหมาย ที่รัโหลาน ไม่มีคำ นิยาม มีคำนิยามแต่ว่าที่สาธารณะ คือ สถานที่ที่ประชาชนมีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้ เพราะฉะนั้นที่รัโหลาน คือ ที่ที่ประชาชนไม่มีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้ เช่น ในบ้านเรือน ที่ ทำงาน การค้นที่รัโหลานเหล่านี้โดยหลักแล้ว ต้องมีหมายค้นเว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นเข้าไปค้นได้ โดยไม่มีหมาย อันหนึ่งที่เราอาจจะพบคือ เมื่อมีพยานหลักฐานตามสมควรว่าของที่มีไว้เป็นความผิด ได้มาโดยการกระทำความผิดหรือมีไว้เพื่อใช้กระทำความผิดได้ซ่อนหรืออยู่ในนั้นและมีเหตุอัน ควรเชื่อได้ว่ามีเหตุเกิดจากการเน้นซักว่าจะอาหมายมาได้สิ่งของนั้นจะถูกโยกย้ายหรือทำลาย เสียก่อน ซึ่งจะต้องเป็นผลให้การปฏิบัติหน้าในการปราบปรามการกระทำความผิดตาม พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นอย่างแน่นอน

บทบัญญัติในพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 มาตรา 61 ก็สอดคล้องกับ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 92 ซึ่งเป็นหลักในเรื่องค้นอันนี้วิธีการค้นก็จะให้ เจ้าพนักงานที่ทำการค้นในที่รัโหลานสั่งให้เจ้าของหรือคนที่อยู่ในสถานที่หรือผู้รักษาสถานที่นั้น ให้อินยอมให้เข้าไปค้นโดยไม่หวงห้าม อีกทั้งให้ความสะดวกพอสมควรทุกประการในอันที่จะ จัดการตามหมายถ้ามีหมายให้แสดงหมายถ้าไม่มีหมายให้แสดงนามและตำแหน่งการค้นหาสิ่งของ นั้น ถ้าทำได้ให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองสิ่งนั้นหรือผู้แทนเข้าไปกับเจ้าพนักงานในการค้นนั้นด้วย การค้นในที่รัโหลานต้องทำระหว่างพระอาทิตย์ขึ้นถึงพระอาทิตย์ตก แล้วมีข้อยกเว้น ถ้าค้นตั้งแต่



กลางวันไม่เสร็จก็ต่อไปในเวลากลางคืนก็ได้ในกรณีฉุกเฉินอย่างยิ่งหรือกฎหมายให้ค้นได้เป็นพิเศษจะทำการค้นในเวลากลางคืนก็ได้ การค้นเจ้าพนักงานต้องพยายามไม่ให้มีการเสียหายแล้ว กระจัดกระจา ยเท่าที่จะทำได้ ซึ่งเป็นแนวทางหรือบทบัญญัติกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งจะต้องนำไปใช้ในการเข้าไปค้นหรือเข้าไปยึด อาศัยของกลางด้วย

3. สั่งให้หยุดการสร้างภาพยนตร์ที่ฝ่าฝืนมาตรา 21 คือ ภาพยนตร์ที่ไม่ตรงกับบทและโครงเรื่องที่รับขออนุญาตหรือว่าภาพยนตร์ที่ฝ่าฝืน มาตรา 23 คือเป็นภาพยนตร์ที่บ่อนทำลายความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงและเกียรติภูมิของประเทศไทย

4. อำนาจในการสั่งห้ามการฉาย ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์และวีดิทัศน์ที่ฝ่าฝืนมาตรา 25 วรรคหนึ่ง หรือมาตรา 47 วรรคหนึ่ง คือที่ ไม่ได้รับอนุญาตห้ามใครให้เช่า แลกเปลี่ยนหรือจำหน่าย

5. อำนาจในการสั่งให้หยุดโฆษณาหรือการประชาสัมพันธ์สื่อโฆษณาที่ฝ่าฝืนมาตรา 25 คือไม่ได้รับอนุญาต

อำนาจทั้งหมด 5 ประการของนายทะเบียนและของพนักงานเจ้าหน้าที่ ส่วนของที่ยึด อาศัยมาแล้ว ไม่ปรากฏเจ้าของ หรือนำส่งพนักงานอัยการแล้วพนักงานอัยการสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องคดีนั้นแล้ว หรือฟ้องศาลแล้วศาลไม่รับ แต่ของกลางอยู่ที่พนักงานเจ้าหน้าที่ เมื่อศาลตัดสินไม่รับแล้ว เจ้าของไม่มาขอคืนภายใน 90 วันนับจากวันที่ยึด หรือวันที่อัยการสั่งไม่ฟ้องคดีศาลพิพากษาถึงที่สุด ให้ตกเป็นของกระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา หรือกระทรวงวัฒนธรรมแล้วแต่กรณี

อย่างไรก็ดี ผู้ศึกษามีความเห็นว่าอีกประการหนึ่งที่ต้องระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานตรวจ ค้น ยึด อาศัย ก็คือ มาตรา 65 บัญญัติว่าในการปฏิบัติหน้าที่ให้นายทะเบียนและพนักงานเจ้าหน้าที่เป็น เจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา การเป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญานั้นจะได้รับความคุ้มครองในหลักที่ว่า ใครต่อสู้อันตรายก็จะมีความผิด แต่กรณีกลับกันหากนายทะเบียนและพนักงานเจ้าหน้าที่ไปทำอะไรผิดเข้า ก็จะกลายเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบที่โทษสูง กว่าอัตราโทษธรรมดา อันนี้คือความหมายของคำว่าที่ให้นายทะเบียนและพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญาของการปฏิบัติ ในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ในการตรวจ ค้น ยึด อาศัย

### ปัญหาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การใช้ดุลยพินิจของพนักงานเจ้าหน้าที่

การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ 2551 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาต การให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบ ถือว่าเป็นการใช้อำนาจของรัฐ

โดยการออกคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงเห็นว่ามีความจำเป็นจะต้องศึกษาหลักกฎหมายมหาชน รวมทั้งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พุทธศักราช 2539 ควบคู่ประกอบไปด้วย เนื่องจากมีความเกี่ยวข้องกันในการใช้ดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่

ความหมายลักษณะของ “คำสั่งทางปกครอง”

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พุทธศักราช 2539 ได้ให้นิยามของ “คำสั่งทางปกครอง” ไว้ในมาตรา 5 หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การ อนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

ข้อความในมาตรา 5(1) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พุทธศักราช 2539 ที่ว่า “การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการชั่วคราว แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ คือคำนิยามของคำสั่งทางปกครอง ส่วนข้อความที่ว่า “...เช่น การสั่งการ การ อนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน ...” เป็นแต่เพียงการให้ตัวอย่างของคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” ไว้เท่านั้น

ทั้ง “กฎ” และ “คำสั่งทางปกครอง” ล้วนแต่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล ในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลทั้งสิ้น เช่น การที่นายทะเบียนตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ 2551 มีคำสั่งอนุญาต หรือไม่อนุญาตให้ประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน ในกิจการภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ เป็นต้น

การสั่งการซึ่งได้แก่ข้อความที่บังคับให้บุคคลกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือห้ามมิให้บุคคลกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง และการอนุญาตซึ่งเป็นข้อความอนุญาตให้บุคคลกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หากข้อความเหล่านี้มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแต่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะก็เป็น “กฎ” แต่ถ้าหากมีผลบังคับแก่กรณีใดและ /หรือแก่บุคคลใดเป็นการเฉพาะก็เป็น “คำสั่งทางปกครอง” ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า “คำสั่งทางปกครอง” คือข้อความ

ที่บังคับให้บุคคลกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ห้ามมิให้กระทำการอย่างใด อย่างหนึ่งหรืออนุญาตให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งขาดลักษณะข้อใดข้อหนึ่งหรือทั้งสองข้อของ “กฎ” นั้นเอง

อำนาจดุลยพินิจ คือ ความสามารถในการอันที่จะตัดสินใจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาคำสั่งหลาย ๆ อย่างซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้ออกได้ เพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย หรืออีกนัยหนึ่ง อำนาจดุลยพินิจ คือ อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยบัญญัติเปิดช่องให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรนั้นตัดสินใจได้อย่างอิสระว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้ เกิดขึ้น สมควรจะออกคำสั่งหรือไม่และสมควรจะออกคำสั่งโดยมีเนื้อความอย่างไร

อย่างไรก็ตาม อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองในอันที่จะออกคำสั่งนั้นส่วนใหญ่แล้วจะเป็นอำนาจที่ประกอบด้วยอำนาจผูกพันและอำนาจดุลยพินิจผสมกันไป บางกรณีกฎหมายบัญญัติว่า เมื่อปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้น องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองมีหน้าที่จะต้องออกคำสั่ง ซึ่งเป็นอำนาจผูกพัน แต่สามารถตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าสมควรจะออกคำสั่งอย่างไรในบรรดาคำสั่งหลาย ๆ อย่างที่กฎหมายเปิดช่องให้เลือกออกได้ ซึ่งเป็นอำนาจดุลยพินิจ

ในการใช้อำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ถ้าอำนาจกระทำการทางปกครองเป็นอำนาจผูกพันโดยแท้จะตรวจสอบได้ง่าย แต่ถ้าอำนาจกระทำการทางปกครองเป็นอำนาจดุลยพินิจเจือปนอยู่ไม่ว่าจะเป็นดุลยพินิจวินิจฉัย หรือดุลยพินิจตัดสินใจหรือจะเจือปนอยู่ทั้ง 2 ประเภท ในการตรวจสอบหลักคือว่า อำนาจที่เกิดจากการใช้ดุลยพินิจวินิจฉัยหรือดุลยพินิจตัดสินใจของฝ่ายปกครอง สรุปได้ว่า ทศนะของศาลเมื่อฝ่ายปกครองมีดุลยพินิจศาลจะวางหลักว่าการใช้ดุลยพินิจของฝ่ายปกครองจะต้องเป็นไปตามหลัก 3 ประการดังต่อไปนี้

หลักที่ 1 ฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลยพินิจภายในขอบเขตแห่งเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจ ฝ่ายปกครองจะอาศัยอำนาจตามบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับหนึ่งกระทำการเพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายอื่นที่มีได้อยู่ในเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจนั้นไม่ได้

กฎหมายทุกฉบับที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎออกคำสั่งหรือกระทำการอื่นใดก็ตามเป็นกฎหมายที่เจตนารมณ์ที่จะรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะเสมอ ไม่มีกฎหมายฉบับใดในรัฐสมัยใหม่ที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการต่าง ๆ เพื่อประโยชน์เอกชน ไม่มีกฎหมาย ฉบับใดให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจกระทำการเพื่อประโยชน์ส่วนตัวหรือประโยชน์สำหรับสมัครพรรคพวกของตัวเองอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครอง หรืออำนาจอื่นใด

ในรัฐจึงไม่ใช่สมบัติส่วนตัวของผู้ทรงอำนาจที่ผู้ทรงอำนาจจะใช้อย่างไรก็ได้ ฉะนั้น เมื่อฝ่ายปกครองออกกฎ ออกคำสั่งหรือกระทำการอื่นใดก็ตามที่ไม่เป็นไปเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวมแต่เป็นไปเพื่อรักษาประโยชน์ส่วนตัวของผู้ใช้อำนาจเองหรือสมรรถพรของคน การออกกฎ ออกคำสั่งหรือกระทำการนั้นถือเป็นการออกกฎ ออกคำสั่งหรือกระทำการโดยมิชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมายแน่นอน ในกรณีเช่นนี้ มักจะพูดว่าเป็นการใช้อำนาจโดยทุจริตและเป็นรูปแบบหนึ่งของการใช้ดุลยพินิจโดยมิชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย

หลักที่ 2 ฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลยพินิจอย่างแท้จริง สิ่งที่ยากจะตั้งข้อสังเกตไว้เกี่ยวกับอำนาจดุลยพินิจ คือ อำนาจดุลยพินิจไม่ใช่เสรีภาพในการตัดสินใจซึ่ง ฝ่ายปกครองอาจลงได้ตามชอบใจ เมื่อกฎหมายให้ฝ่ายปกครองมีเสรีภาพที่จะตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าในกรณีใดกรณีหนึ่งสมควรจะกระทำการหรือไม่ สมควรจะทำอย่างไร กฎหมายถือว่าฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องใช้ดุลยพินิจ ดุลยพินิจจึงไม่ใช่อำนาจอย่างเดียว โดยจะต้องประกอบไปด้วยหน้าที่ด้วย เมื่อกฎหมายให้ฝ่ายปกครองมีดุลยพินิจฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องใช้ดุลยพินิจ ฉะนั้นถ้าฝ่ายปกครองใช้อำนาจออกกฎ ออกคำสั่งหรือกระทำการอื่นใดโดยที่ไม่ได้ใช้ดุลยพินิจเสียเลย กฎ หรือคำสั่งนั้นก็มิชอบด้วยกฎหมาย ไม่ใช่กฎ คำสั่ง หรือการกระทำที่เกิดจากการใช้ดุลยพินิจ

ปัญหาการใช้ดุลยพินิจอย่างแท้จริงหมายความว่าอย่างไรนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่า หมายถึง ก่อนที่จะตัดสินใจกระทำการหรือไม่กระทำการฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงในเรื่องนั้นอย่างรอบด้านหรือตัดสินใจกระทำการหรือไม่กระทำการโดยวางอยู่บนพื้นฐานข้อเท็จจริงของเรื่องนั้นตามที่ได้พิจารณาอย่างรอบด้านแล้ว คือดุลยพินิจ จะแสดงให้เห็นถึงการไตร่ตรองใคร่ครวญก่อนจะออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดที่กฎหมายให้อำนาจกระทำ ฝ่ายปกครองต้องมีการไตร่ตรองซึ่งน้ำหนักผลดีผลเสีย ผลกระทบทั้งด้านบวกและด้านลบของกฎคำสั่งหรือมาตรการที่ตนเองจะออกมาใช้บังคับ

หลักที่ 3 ฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลยพินิจโดยชอบด้วยเหตุผล คำว่าการใช้ดุลยพินิจโดยชอบด้วยเหตุผลในที่นี้หมายถึงว่าเหตุผลที่พึงแสดงต้องเป็นเหตุผลที่พึงสมเหตุสมผล การใช้ดุลยพินิจออกคำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือ ได้มีการแสดงเหตุผลในตัวคำสั่งชัดเจนว่าได้ถือปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พุทธศักราช 2539 มาตรา 37 แล้ว กล่าวโดยสรุปอำนาจดุลยพินิจไม่ใช่อำนาจสมบูรณ์ ปราศจากเงื่อนไขอันองค์ของรัฐฝ่ายปกครองอาจใช้ได้ตามอำเภอใจ หากแต่เป็นความสามารถขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองในอันที่จะเลือกได้ว่า บรรดาคำสั่งหรือมาตรการหลาย ๆ ประการที่กฎหมายเปิดช่องให้ออกได้นั้น ตนสมควรจะออกคำสั่งหรือมาตรการใด จึงสามารถดำเนินการให้เป็นไปตามข้อเรียกร้องต้องการของประโยชน์มหาชนซึ่งอยู่

ในความรับผิดชอบให้ดีที่สุด ถึงแม้ว่าศาลเป็นองค์กรหลักในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจทางปกครองไม่อาจสอดเข้าไปใช้ดุลยพินิจอันกฎหมายมุ่งหมายจะให้อยู่ในความรับผิดชอบขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองแทนที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองได้ก็ตาม แต่ศาลก็มีอำนาจที่จะควบคุมให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองใช้อย่างมีประโยชน์ยุติธรรมและชอบด้วยเหตุผล

### ปัญหาการกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ 2551

การกำหนดโทษในพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ 2551 โทษที่กำหนดสำหรับการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ 2551 มี 2 อย่างคือ

โทษทางปกครอง พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ 2551 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 68 ถึง มาตรา 72 เป็นโทษทางปกครอง คือโทษปรับ เรื่องการบังคับทางปกครองคือ เมื่อกำหนดค่าปรับไปแล้วผู้รับใบอนุญาตไม่ชำระค่าปรับทางปกครองก็จะถูกบังคับทางปกครองตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พุทธศักราช 2539 มาตรา 57-59 ก็คือว่า ถ้าไม่ชำระเงินเจ้าหน้าที่จะมีหนังสือให้ชำระภายในเวลาไม่น้อยกว่า 7 วัน ถ้าไม่ปฏิบัติตามคำเตือนเจ้าหน้าที่อาจจะใช้มาตรการทางการปกครอง โดยยึดอาชัตทรัพย์สินของผู้นั้นแล้วขายทอดตลาดเอาเงินชำระให้ครบถ้วน การยึดการอาชัต ขายทอดตลาดทรัพย์สินนั้นต้องปฏิบัติตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยอนุโลม ผู้ที่มีอำนาจในการสั่งอาชัตหรือว่าขายทอดตลาดจะกำหนดไว้ในกฎกระทรวง สำหรับผู้ที่ถูกดำเนินการตามมาตรการบังคับอุทธรณ์คือ คนที่ถูกยึดทรัพย์อาจจะอุทธรณ์การบังคับได้โดยวิธีเดียวกันกับการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

โทษทางอาญาพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ 2551 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 75 ถึง มาตรา 83 ที่สำคัญ ๆ ได้แก่

1. การสร้างภาพยนตร์ต่างประเทศในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต ระวังโทษปรับตั้งแต่ 1 แสนถึง 1 ล้านบาท
2. สร้างภาพยนตร์ต่างประเทศผิดเงื่อนไขปรับไม่เกิน 5 แสนบาท สร้างภาพยนตร์บ่อนทำลายความสงบเรียบร้อยกระเทบกระ เทือนความมั่นคงหรือเอาภาพยนตร์ที่ห้ามเผยแพร่ออกเผยแพร่จำคุกไม่เกิน 1 ปี ปรับไม่เกิน 1 แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ
3. ขาย ให้เช่า แลกเปลี่ยนภาพยนตร์ โดยที่ไม่ผ่านการตรวจพิจารณาภาพยนตร์ที่ห้ามเผยแพร่ส่งภาพยนตร์ในราชอาณาจักรไปนอกราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต วิดิทัศน์ที่สร้างขึ้นในราชอาณาจักรไปนอกราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต ปรับตั้งแต่ 2 หมื่นบาท จนถึง 1 ล้านบาท

4. ประกอบกิจการโรงภาพยนตร์โดยไม่ได้รับอนุญาต ให้เช่า แลกเปลี่ยน จำหน่าย ภาพยนตร์และวีดิทัศน์โดยไม่ได้รับอนุญาต ปรับ 2 แสน ถึง 1 ล้านบาท และอีกไม่เกินวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่

5. ภาพยนตร์ที่ฉาย ให้เช่า หรือจำหน่ายมีเนื้อหาสาระต่างจากภาพยนตร์ที่ผ่านการตรวจพิจารณาและได้รับหมายเลขรหัสที่อยู่ในทะเบียนตามกำหนด หรือว่าปล่อยให้คนอายุต่ำกว่า 20 ปีเข้าไปในโรงภาพยนตร์ระหว่างฉายภาพยนตร์ที่ห้ามคนอ ยู่ต่ำกว่า 20 ปีดู หรือมีวีดิทัศน์ในสถานประกอบการ เพื่อขายและแลกเปลี่ยน จำหน่ายมีลักษณะต่างจากวีดิทัศน์ที่ได้รับการตรวจพิจารณาเหล่านี้ปรับตั้งแต่ 2 หมื่นบาทถึง 1 แสนบาท

6. ประกอบกิจการร้าน วีดิทัศน์โดยไม่ได้รับอนุญาต ให้เช่า แลกเปลี่ยนวีดิทัศน์ โดยไม่ได้รับอนุญาตปรับตั้งแต่ 1 แสนถึง 5 แสนบาท และอีกวันละไม่เกิน 1 หมื่นบาทตลอดเวลาที่ฝ่าฝืน

7. ขัดขวางไม่ทำตามคำสั่งของนายทะเบียนหรือเจ้าพนักงานเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ ระวังโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน ปรับไม่เกิน 5 หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

นอกจากนี้แล้ว กรณีตามมาตรา 74 คือถ้าผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล กรรมการผู้จัดการ หรือผู้ที่รับผิดชอบ ต้องระวังโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้น ๆ ด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่ากระทำได้กระทำโดยที่ตนมิได้รู้เห็นด้วย

ผู้ศึกษาเห็นว่า การกำหนดโทษอาญาทั้งหมดในพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ 2551 นี้ กฎหมายให้ทำการเปรียบเทียบได้แม้ว่ามี 2 มาตราที่มีโทษจำคุกอยู่ด้วยก็เปรียบเทียบได้ มาตราที่มีโทษจำคุกคือ มาตรา 77 สร้างภาพยนตร์บ่อนทำลายความมั่นคง มาตรา 83 ต่อผู้ขัดขวางเจ้าพนักงาน หรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของนายทะเบียนหรือ พนักงานเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งกำหนดโทษจำคุกไว้ 6 เดือน ปรับไม่เกิน 5 หมื่นบาท ซึ่งทั้ง 2 มาตรา นี้ มีโทษจำคุก แต่ทั้งหมดที่เป็นความผิดที่มีโทษอาญานี้เปรียบเทียบได้ ซึ่งจะต่างจากกฎหมายอื่น

นอกจากนี้แล้ว ผู้ศึกษายังพบว่า การดำเนินคดีตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ 2551 ที่มีโทษทางอาญาอาจจะดำเนินการได้ 3 อย่างคือ การเสียค่าปรับอย่างสูง การเสียค่าปรับฟ้องต่อศาล สำหรับการเสียค่าปรับอย่างสูง ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 37(1) คดีที่มีโทษปรับสถานเดียว เมื่อผู้กระทำความผิดยินยอมเสียค่าปรับในอัตราอย่างสูง สำหรับความผิดนั้นเกี่ยวกับพนักงานเจ้าหน้าที่ก่อนศาลพิจารณา คดีอาญานั้นเป็นอันเลิกกัน สิทธิ ที่ฟ้องคดีอาญาระงับตามมาตรา 39(3) กฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาทางอาญา คดีที่มีโทษปรับสถานเดียวนั้นคือ คดีที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่า ผู้กระทำความผิดมีโทษปรับแต่เพียงอย่างเดียว ไม่มีโทษจำคุก ไม่มีโทษกักขัง ไม่มี



จากการเปรียบเทียบสำหรับความผิดครั้งแรกอย่างไร ทั้งนี้เพราะบัญญัติให้การเปรียบเทียบเป็นดุลยพินิจในการกำหนดของเจ้าพนักงานหรือเจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้อง กล่าวคือ ให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลยพินิจตามจุดมุ่งหมายที่กำหนดให้เหมาะสมกับความผิดและตัวผู้กระทำความผิด และยิ่งที่เมื่อชำระค่าปรับตามความเปรียบเทียบเรียบร้อยแล้ว คดีนั้นก็จะเป็นอันเสร็จสิ้นเด็ดขาด ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 38 สิทธิที่ฟ้องคดีอาญาก็เป็นอันระงับไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39(3) สำหรับการเปรียบเทียบ พนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ 2551 จะส่งไปที่นายทะเบียน ไม่จำเป็นต้องให้พนักงานอัยการหรือพนักงานสอบสวนเปรียบเทียบ เพียงแต่หลังจากการเปรียบเทียบของพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว ส่วนงานก็จะถูกส่งไปยังพนักงานอัยการ เพื่อพนักงานอัยการจะได้ดำเนินการตรวจสอบอีกครั้งว่าเป็นเรื่องเปรียบเทียบถูกต้องหรือไม่ หากว่าถูกต้องตามกฎหมายแล้วก็มีคำสั่งเห็นชอบ แต่หากกรณีที่ผู้กระทำความผิดให้การปฏิเสธ ว่าไม่ยอมให้เปรียบเทียบ ก็ต้องบันทึกคำให้การแล้วดำเนินการตามกฎหมายต่อไป

คดีเปรียบเทียบ ยังมีปัญหาที่ควรแก่การพิจารณาอีกประการหนึ่งคือ กรณีของกลางที่ได้มาพร้อมกับการจับกุมผู้กระทำความผิด ซึ่งเจ้าพนักงานไม่มีอำนาจที่จะไปริบของกลางเพราะไม่ใช่ศาล สิ่งที่ยึดหรืออายัดนั้น ถ้าผู้กระทำความผิดเขายินยอมตกลงให้เป็นของแผ่นดิน พนักงานเจ้าหน้าที่เปรียบเทียบจัดทำบัญชีของกลาง ตามแบบแล้วให้ผู้กระทำความผิดลงนามยินยอมไว้ด้วยเป็นของกลางทั้งหมด ายที่ผู้กระทำความผิดยกให้ตกเป็นของแผ่นดินนั้นจะเป็นอำนาจของนายทะเบียนกลางหรือนายทะเบียนประจำจังหวัด จะจัดการตามสมควรแก่กรณี ภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่เท่าที่ทำได้ แต่หากเกิดมีกรณีไม่ยอมให้เปรียบเทียบ หรือว่ามีหลายกรณีที่จะต้องส่งดำเนินคดีทางพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการ คือ กรณีที่เจ้าพนักงานเปรียบเทียบเห็นว่า ควรจะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดซึ่งมิใช่ความผิดครั้งแรก หรือว่ารับสารภาพแต่ไม่ยอมให้เปรียบเทียบ ก็เปรียบเทียบไม่ได้ หรือว่าเปรียบเทียบไปแล้ว ไม่ชำระค่าปรับ ภายในเวลาที่กำหนด 15 วัน หรือว่าชำระค่าปรับแล้ว แต่ไม่ยินยอมให้ของกลางตกเป็นของแผ่นดิน โดยผู้ศึกษาเห็นว่าควรดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดที่ปฏิเสธ ไม่ยอมให้เปรียบเทียบ หรือไม่ชำระค่าปรับตามที่กำหนดซึ่งพนักงานสอบสวนก็จะดำเนินการสอบสวนแล้วส่งสำเนาสอบสวนกับตัวผู้กระทำความผิด ให้แก่พนักงานอัยการเพื่อดำเนินการพิจารณาฟ้องคดีต่อศาลต่อไป

### **ปัญหาการควบคุมการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี**



แนวความคิดในการให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิของผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์นั้น มีที่มาจากหลักการในทางเศรษฐกิจที่ว่าผู้ใดได้ทำการสร้างสรรค์สิ่งใดขึ้นมา ก็สมควรเป็นผู้ที่สามารถ หารประโยชน์จากสิ่งที่คุณเองได้สร้างสรรค์นั้น เพื่อให้คุ้มค่ากับการใช้ความวิริยะอุตสาหะตลอดจนความคิดในการสร้างสรรค์และการให้ความสำคัญคุ้มครองประโยชน์นี้จะเป็นแรงจูงใจให้บุคคลทั่วไป ปรสร้างสรรคงานในลักษณะต่าง ๆ ตามแรงบันดาลใจที่เกิดขึ้น รวมทั้งความปรารถนาที่จะเผยแพร่ งานของตนให้สาธารณชนได้มีโอกาสรับอรรถรสทางความคิด เช่นนักประพันธ์ย่อมมีกำลังใจที่จะ ประพันธ์นิยายที่มีคุณภาพขึ้นมาให้ได้รับความสุขจากการอ่าน การที่ผู้สร้างสรรค์มีสิทธิที่ได้รับ ค่าตอบแทนยังเป็นผลให้บุคคลผู้รักในการสร้างสรรค์ผลงานสามารถยังชีพอยู่ได้ในสังคมจาก ค่าตอบแทนที่ตนมีสิทธิได้รับเหล่านั้น

อย่างไรก็ตาม ผู้ศึกษาเห็นว่าแม้แนวความคิดในการให้ความสำคัญคุ้มครองลิขสิทธิ์ดังที่กล่าวมา จะเป็นสิ่งที่สมเหตุสมผล แต่ผลกระทบต่อประโยชน์ของสาธารณชนย่อมสมควรจะได้รับการ พิจารณาเช่นกัน เพราะงานอันมีลิขสิทธิ์ล้วนแต่มีคุณค่ามีราคาเมื่อไม่สามารถจำหน่ายหรือถูกคุม ความโดยการละเมิดลิขสิทธิ์เสียแล้ว ย่อมส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศชาติต่อไปอย่าง แน่นนอน โดยที่ปัจจุบันการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหา การละเมิดลิขสิทธิ์ในรูปผลิตภัณฑ์ซีดีได้ทวีความรุนแรงจนกระทั่งกลไกของรัฐที่มีอยู่ไม่สามารถที่ จะควบคุม หรือป้องปรามการละเมิดดังกล่าว ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

การผลิตภัณฑ์ซีดี เป็นสื่อสำหรับบันทึกข้อมูล ซึ่งในระยะเริ่มแรกมีราคาแพงและเครื่อง เล่นแผ่นซีดีก็มีราคาแพง จึงไม่เป็นที่นิยมของประชาชนมา กนัก ต่อมาผู้ผลิตได้พัฒนาแผ่นซีดีให้มี ราคาถูกลง มีคุณภาพสูงขึ้น ขนาดเล็กลง และเครื่องเล่นแผ่นซีดีราคาถูกลง จึงนิยมนำมาใช้บรรจุสื่อ หลากหลายชนิด และมีบทบาทอย่างมากในชีวิตประจำวันทดแทนการใช้เทป และวีดีโอเทป เนื่องจากสามารถบันทึกข้อมูลได้อย่างมีประสิทธิภาพและมีประสิทธิภาพสูงกว่า สามารถตอบสนองการ ใช้งานได้หลายประเภท เช่นภาพยนตร์ เพลง เกมส์ และงานฐานข้อมูล เป็นต้น อุตสาหกรรม การผลิตผลิตภัณฑ์ซีดีเป็นอุตสาหกรรมที่มีการลงทุนสูง และมีกำลังการผลิตสูง โดยผลิตได้คราวละ มาก ๆ หากนำไปผลิตซีดีละเมิดลิขสิทธิ์จะส่งผลให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับความเสียหายรุนแรง นอกจากนี้ยังเป็นช่องทางให้กลุ่มผู้มีอิทธิพลและองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ แสวงหา ผลประโยชน์จากการกระทำดังกล่าวและนำรายได้ไปใช้การกระทำผิดกฎหมายอื่น ๆ ได้ต่อไป

กระทรวงพาณิชย์จึงเห็น สมควรมีมาตรการจะควบคุมดูแลการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี โดย กำหนดขึ้นตอนการแจ้งการผลิตสำหรับผู้ที่จะประสงค์จะประกอบการผลิต การครอบครองเครื่องจักร ที่ใช้ในการผลิต ตลอดจนการรายงานปริมาณและสถานที่เก็บวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิต ซึ่งมาตรการ

ดังกล่าวจะช่วยเสริมสร้างกลไกการป้องปรามการละเมิดลิขสิทธิ์ให้มีประสิทธิภาพและเป็นระบบมากขึ้นรวมทั้งจะทำให้การจัดเก็บภาษีอากรได้ผลเต็มที่ ทั้งจะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจเกี่ยวกับการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดีดำเนินการผลิตสินค้าที่ถูกต้องจึงได้ตราพระราชบัญญัติการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดีพุทธศักราช 2548 ขึ้น ซึ่งได้กำหนดมาตรการกำกับดูแลการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดีไว้ดังนี้

1. มาตรการกำกับดูแลเครื่องจักรที่ใช้ในการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี โดยกำหนดให้ผู้ได้มาหรือครอบครองเครื่องจักร มีหน้าที่ต้องแจ้งต่ออธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญาภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้มาหรือครอบครองเครื่องจักรนั้น และกรณีที่มีจำหน่าย ขาย โอน เครื่องจักร เพื่อให้กรมทรัพย์สินทางปัญญาสามารถติดตามและตรวจสอบจำนวนเครื่องจักรและสถานที่ตั้งของเครื่องจักรได้

2. มาตรการกำกับดูแลวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี โดยกำหนดให้ผู้ได้มาหรือมีไว้ในครอบครองเม็ดพลาสติก ประเภทโพลี คาร์บอเนตชนิดออกพติกอลเกรด ปริมาณตั้งแต่ 750 กิโลกรัมขึ้นไป ซึ่งเป็นวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี มีหน้าที่ต้องแจ้งการได้มาหรือมีไว้ในครอบครองถึงประเภท ชนิด ปริมาณและสถานที่เก็บเม็ดพลาสติกนั้นต่ออธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญาภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้มา หรือมีไว้ในครอบครอง เพื่อให้กรมทรัพย์สินทางปัญญาสามารถติดตามและตรวจสอบผู้ที่ได้มาหรือมีไว้ในครอบครองเม็ดพลาสติกดังกล่าว ซึ่งเป็นวัตถุดิบในการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดีได้

3. มาตรการกำหนดให้มีเครื่องหมายรับรองผลผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี

(1) เครื่องหมายรับรองการผลิต เป็นเครื่องหมายและรหัสที่อธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญาออกให้แก่ผู้แจ้งทำการผลิต โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแสดงให้ทราบถึงแหล่งผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี

(2) เครื่องหมายรับรองงานต้นแบบ เป็นเครื่องหมายและรหัสที่อธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญาออกให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแสดงให้ทราบถึงงานที่ผลิตขึ้นเป็นงานที่มีลิขสิทธิ์

4. มาตรการกำกับดูแลทำการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดีของโรงงานผลิตซีดี ดีวีดีและแผ่นงานต้นแบบ

(1) กำหนดให้ผู้ที่จะประสงค์จะทำการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี ก่อนจะเริ่มทำการผลิต มีหน้าที่ต้องแจ้งต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ณ กรมทรัพย์สินทางปัญญาหรือสำนักงานพาณิชย์จังหวัดหรือส่งโดยทางโทรสารในวันและเวลาราชการถึงพนักงานเจ้าหน้าที่ ณ กรมทรัพย์สินทางปัญญาหรือสำนักงานพาณิชย์จังหวัด หรือส่งโดยทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับถึงพนักงานเจ้าหน้าที่ ณ กรมทรัพย์สินทางปัญญาหรือสำนักงานพาณิชย์จังหวัดก่อนเริ่มทำการผลิต

(2) กรณีที่ผู้ทำการมีสถานที่ผลิตมากกว่า 1 แห่ง ผู้ทำการผลิต มีหน้าที่ต้องแจ้งสถานที่ผลิตทุกแห่ง เพื่อให้กรมทรัพย์สินทางปัญญาสามารถติดตามและตรวจสอบสถานที่ทำการผลิตได้

(3) ในกรณีที่มีการย้ายสถานที่ผลิต ผู้ทำการผลิตมีหน้าที่ต้องแจ้งต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก่อนวันที่ย้ายสถานที่ผลิต วิธีการแจ้งดำเนินการเช่นเดียวกับข้อ 4(1)

(4) การผลิตแผ่นซีดีที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ ผู้ทำการผลิตมีหน้าที่ต้องทำและแสดงเครื่องหมายรับรองการผลิตและแสดงเครื่องหมายรับรองงานต้นแบบ ให้ปรากฏลงบนแผ่นงานต้นแบบที่ใช้ในการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดีของเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือผู้รับโอนลิขสิทธิ์หรือผู้ได้รับอนุญาตให้การผลิตงานที่มีลิขสิทธิ์ ส่วนการผลิตแผ่นซีดีเปล่า ผู้ทำการผลิตมีหน้าที่ต้องทำและแสดงเฉพาะเครื่องหมายรับรองการผลิต เนื่องจากแผ่นซีดีเปล่าไม่ปรากฏข้อมูลอันเป็นงานมีลิขสิทธิ์

#### 5. มาตรการกำกับดูแลการผลิตหรือว่าจ้างผลิตของเจ้าของลิขสิทธิ์

(1) กำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งหมายรวมถึง ผู้รับโอนลิขสิทธิ์ หรือผู้รับอนุญาตให้ทำการผลิตงานอันมีลิขสิทธิ์ด้วย ที่จะทำการผลิต หรือว่าจ้างทำการผลิต มีหน้าที่ต้องแจ้งการทำกรผลิตหรือว่าจ้างทำการผลิต ก่อนเริ่มทำการผลิตหรือว่าจ้างทำการผลิตทุกครั้ง เว้นแต่การทำกรผลิตหรือว่าจ้างทำการผลิต เพื่อใช้ในการศึกษา เพื่อประโยชน์ในทางราชการ เพื่อการสาธารณะประโยชน์ หรือการอนุรักษ์ศิลปวัฒนธรรมของชาติ

(2) กำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีหน้าที่ต้องทำเครื่องรับรองงาน ต้นแบบ ให้ปรากฏลงบนแผ่นงานต้นแบบที่จะใช้ในการผลิต

6. มาตรการกำหนดให้เจ้าพนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะทำการตรวจสอบเครื่องจักร เม็ดพลาสติก หรือวัสดุอื่นใดที่เป็นวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิต และเอกสารหลักฐานที่เกี่ยวข้องที่อาจใช้เป็นพยานหลักฐานในการดำเนิน การกับผู้กระทำความผิด รวมถึงการให้บุคคลมาให้ถ้อยคำและส่งเอกสารที่อาจมีประโยชน์แก่การค้นพบ หรือใช้เป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์การกระทำความผิดเพื่อให้มีการปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมายนี้

7. มาตรการกำหนดให้ผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามหรือกระทำการฝ่าฝืนบทกฎหมายแห่ง พระราชบัญญัติผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี พุทธศักราช 2548 มีความผิดและต้องรับโทษทางอาญา

อย่างไรก็ดี ผู้ศึกษาพบว่าสำหรับซีดีละเมิดลิขสิทธิ์จะมีแหล่งที่มา 2 แหล่ง คือ จากโรงงานนอกประเทศและมีการลักลอบผ่านตามแนวชายแดน หรือมาจากโรงงานภายในประเทศ ซึ่งเป็นไปได้ว่าอาจมาจาก โรงงานที่ได้ขึ้นทะเบียนไว้แล้ว หรือโรงงานที่ยังไม่ได้ผ่านการขึ้นทะเบียน และอาจเกิดจากการไรท์แผ่นซีดี ซึ่งก่อนหน้าประเทศไทยถูกกล่าวหาว่ามีโรงงานผลิตซีดีมากกว่า 100 แห่ง ทางกรมทรัพย์สินทางปัญญาจึงได้มีกฎหมายควบคุมการผลิตซีดีโดยตรงคือ พระราชบัญญัติ

ควบคุมการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี พุทธศักราช 2548 ถือเป็นกฎหมายที่ได้มีการกำหนดมาตรการกำกับดูแลไว้อย่างครบวงจร คือ นอกจากโรงงานผลิตซีดีจะต้องขออนุญาตนำเข้าโดยผ่านพิธีการทางศุลกากรแล้ว ตามกฎหมายซีดีเครื่องจักรทุกเครื่องจะต้องแจ้งการครอบครองด้วย และเมื่อทำการผลิตโรงงานต้องแจ้งต่อกรมทรัพย์สินทางปัญญาก่อนเริ่มทำการผลิต และต้องใช้เครื่องหมายรับรองการผลิตที่กรมทรัพย์สินทางปัญญาออกให้เพื่อแสดงให้ทราบถึงแหล่งการผลิต รวมทั้งต้องแจ้งการครอบครองเมื่อดพลาสติกซึ่งเป็นวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตด้วย ขณะเดียวกันเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ต้องการผลิตซีดีก็ต้องแจ้งการว่าจ้างทำการผลิตต่อกรมทรัพย์สินทางปัญญา และต้องใช้เครื่องหมายรับรองงานต้นแบบที่กรมทรัพย์สินทางปัญญาออกให้ เพื่อแสดงให้ทราบถึงงานที่ผลิตขึ้นอันมีลิขสิทธิ์

ผู้ศึกษาเห็นว่า เจตนารมณ์ของกฎหมาย ตามพระราชบัญญัติควบคุมการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี พุทธศักราช 2548 นั้นก็เพื่อให้ทราบแหล่งที่มาของแผ่นซีดีต้นตอของโรงงานที่ทำแผ่นซีดี เพื่อให้ตรวจสอบย้อนกลับไปได้ว่าแผ่นละเมิดลิขสิทธิ์ที่วางจำหน่ายในท้องตลาดนั้นถูกผลิตขึ้นมาจากโรงงานใด เพื่อให้การปราบปรามการละเมิดลิขสิทธิ์มีประสิทธิภาพ โดยสามารถตรวจสอบถึงแหล่งที่มาของแผ่นซีดีที่ละเมิดลิขสิทธิ์ได้ มิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อตรวจสอบความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์แต่อย่างใด และโดยหลักการของกฎหมายลิขสิทธิ์เป็นระบบที่ต้องมีการจดทะเบียนหมายความว่า ลิขสิทธิ์ได้มาโดยอัตโนมัติแต่เมื่อมีการสร้างสรรค์เสร็จสมบูรณ์โดยมีต้องนำงานชิ้นนั้นไปยื่นจดทะเบียนต่อหน่วยงานรัฐ อย่างไรก็ตาม ที่กรมทรัพย์สินทางปัญญามีระบบการจดทะเบียนข้อมูลลิขสิทธิ์นั้นเป็นเพียงการรวบรวมฐานข้อมูลลิขสิทธิ์เอาไว้เท่านั้นไม่ได้มีผลเป็นการรับรองความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์แต่อย่างใด ดังนั้น การมีหมายเลขเจ้าของลิขสิทธิ์ พระราชบัญญัติ ควบคุมการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี พุทธศักราช 2548 นี้แท้จริงแล้ว นอกจากจะไม่สอดคล้องเจตนารมณ์ของกฎหมายพระราชบัญญัติควบคุมการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี พุทธศักราช 2548 แล้ว ยังไม่สอดคล้องกับระบบลิขสิทธิ์ของไทยด้วย ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์มีภาระและข้อยุ่งยากเป็นอย่างมาก เนื่องจากจะต้องจัดเตรียมเอกสาร โดยละเอียดเพื่อแสดงถึงความเป็นเจ้าลิขสิทธิ์หรือการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ตามลำดับขั้น โดยครบถ้วนทุกครั้งที่ในการแจ้งขอทำการผลิต และใช้ระยะเวลาในการรอการออกเครื่องหมายรับรองงานต้นแบบเสียก่อน จึงจะเริ่มทำการผลิตหรือว่าจ้างทำการผลิตได้ ซึ่งทำให้สิ้นเปลืองงบประมาณ ขาดโอกาส เกิดความล่าช้าด้านการตลาดในเรื่องช่วงระยะเวลาในการวางจำหน่ายผลิตภัณฑ์ซีดีที่ต้องรวดเร็วและทันต่อกระแสนิยมของผู้บริโภค

นอกจากนี้แล้วบทบัญญัติดังกล่าวนี้ หากได้เป็นการคุ้มครองเจ้าของลิขสิทธิ์ที่แท้จริงโดยสมบูรณ์แต่ประการใดไม่ เนื่องจากในทางปฏิบัติยังพบว่า มีผู้ประกอบการบางรายอาจใช้ช่องว่างของกฎหมายดังกล่าว โดยแจ้งและยื่นแสดงเพียงแต่เฉพาะหนังสือยืนยันความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์

ซึ่งออกและรับรองโดยตัวผู้ประกอบการเองไม่มีเอกสารอันแสดงถึงการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ตามลำดับชั้น โดยถูกต้อง พร้อมกับรายละเอียดในการแจ้งอื่น ๆ ได้แก่ ชื่อศิลปิน ชื่อเพลง และจำนวนการผลิตเท่านั้น ก็จะได้รับเครื่องหมายรับรองงานต้นแบบไปผลิตหรือว่าจ้างทำการผลิตต่อไป โดยที่ไม่มีได้มีการพิจารณาถึงความถูกต้องครบถ้วนของเอกสารที่แจ้งอย่างแท้จริง ทั้งที่มาตรา 9 วรรค 2 บัญญัติว่าการออกเครื่องหมายรับรองงานต้นแบบนั้นจะออกให้ต่อเมื่อได้รับแจ้งโดยถูกต้องครบถ้วนแล้ว เมื่อแยกพิจารณาถ้อยคำลงไป “ถูกต้อง” ย่อมหมายถึง เป็นเอกสารที่ถูกต้องไม่มีการปลอมแปลง และเป็นการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์อันสามารถแสดงถึงความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ได้โดยถูกต้องด้วย “ครบถ้วน” หมายถึง ประเภทและจำนวนของเอกสารต้องครบถ้วนตามกำหนดเช่นกัน โดยพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้รับแจ้งจะต้องเป็นผู้พิจารณาความถูกต้องครบถ้วน ดังกล่าว กรณีนี้ ถือได้ว่าเป็นการแข่งขันทางการค้าโดยไม่เป็นธรรมกับผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้งานลิขสิทธิ์ที่แสดงการได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ได้อย่างถูกต้องครบถ้วน

นอกจากนี้แล้ว หากมีผู้ประกอบการบางรายนำงานดนตรีกรรมจากต่างประเทศเข้ามาโดยไม่ได้มีการชำระค่าลิขสิทธิ์ให้กับเจ้าของลิขสิทธิ์ที่แท้จริง ซึ่งถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์แต่กลับไปยื่นขอหมายเลขเจ้าของลิขสิทธิ์ตามกฎหมายนี้ โดยยืนยันและรับรองตนเองว่าได้ลิขสิทธิ์มา โดยถูกต้องและเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานสิ่งบันทึกเสียงจนในที่สุดได้หมายเลขเจ้าของลิขสิทธิ์มา และนำเอกสารนั้นไปอ้างต่อบุคคลอื่น ๆ เช่น ผู้ขายหรือผู้จัดจำหน่ายว่าตนเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ เพราะได้รับหมาย เลขเจ้าของลิขสิทธิ์ตามกฎหมายฉบับนี้แล้วเป็นหลักประกันว่าตนไม่ได้ละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ใด ทำให้ผู้ขายหรือผู้จัดจำหน่ายหลงเชื่อว่าเป็นเช่นนั้นจริง อย่างไรก็ตาม หากมีการฟ้องร้องคดีละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น โดยเจ้าของลิขสิทธิ์ที่แท้จริงแล้ว ผู้ขายและผู้จัดจำหน่ายเหล่านี้ย่อมหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบไม่ได้ เพราะมีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ประจักษ์ชัดอยู่ ดังนั้น การขอหมายเลขลิขสิทธิ์จึงสร้างความสับสนแก่ผู้ที่เกี่ยวข้อง เช่น ผู้ขายหรือผู้จัดจำหน่ายด้วย ดังนั้นเมื่อพิจารณาถึงผลกระทบต่อผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ที่แท้จริงแล้ว คงเป็นการเพิ่มภาระให้แก่ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย ในขณะที่ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ไม่ต้องมีขั้นตอนหรือภาระ ในการพิสูจน์