

## บทที่ 2

### ความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษการโฆษณา เครื่องดื่มแอลกอฮอล์แฝงโดยใช้เครื่องหมายการค้าเสมือน

ในบทนี้ผู้วิจัยได้ศึกษาความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎี และหลักการที่เกี่ยวข้องกับการโฆษณา การใช้เครื่องหมายการค้าเสมือน รวมไปถึงการกำหนดโทษ และบทลงโทษ เพื่อให้ทราบถึงปัจจัยที่ส่งผลกระทบต่อประชาชนที่เกิดจากกลยุทธ์การใช้ชื่อโฆษณาแฝง โดยการใช้เครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะเหมือนหรือคล้ายคลึงกับเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ทั้งทางตรงและทางอ้อม ตลอดจนการศึกษาถึงหลักการสำคัญอื่นที่เกี่ยวข้อง เพื่อเป็นฐานในการวิเคราะห์สภาพปัญหาของการลงโทษการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์แฝงโดยใช้เครื่องหมายการค้าเสมือน

#### 2.1 ความเป็นมา ความหมาย และประเภทของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์

คำว่าแอลกอฮอล์ มีรากศัพท์มาจากภาษาอารบิกว่า al-kohl โดยชาวอาหรับใช้คำดังกล่าว เรียกเครื่องดื่มประเภทของมีนเมาต่างๆ ได้แก่ บรั่นดี วิสกี้ สาเก ไวน์ รัม หรือเบียร์ เป็นต้น ซึ่งในอดีตนั้น แอลกอฮอล์เป็นเครื่องดื่มที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ จากการที่เวลาผลไม้สุกตกหล่น โรยราจากต้นลงแช่น้ำเป็นเวลานานทำให้เกิดของเหลวสามารถทำมาดื่มได้

ในทางวิทยาศาสตร์แอลกอฮอล์มีหลายรูปแบบหลายชนิด ตามน้ำหนักของโมเลกุลที่ประกอบขึ้นมา โดยแอลกอฮอล์ที่เป็นที่รู้จักอย่างแพร่หลายมากที่สุด โดยถูกนำไปใช้ในด้านการอุปโภคและบริโภค ได้แก่ เอทิลแอลกอฮอล์ หรือในอีกชื่อเรียกหนึ่งว่า เอทานอล โดยคำว่าเอทานอล ถูกคิดขึ้นมาเมื่อปี พ.ศ. 2435 ซึ่งเป็นกลุ่มสารประกอบอินทรีย์มีสูตรทางเคมี คือ  $C_2H_5OH$  หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เอทานอล เป็นกลุ่มสารที่ประกอบไปด้วย คาร์บอน ไฮโดรเจน และออกซิเจน

ดังนั้นแอลกอฮอล์จึงหมายถึงสารอินทรีย์ชนิดหนึ่ง มีลักษณะเหลว สีใส ละเหยง่าย มีชื่อเรียกอย่างเป็นทางการว่าเอทิลแอลกอฮอล์ ปกติเกิดจากการหมักสารประเภทแป้งหรือน้ำตาลผสมยีสต์ ที่เรียกกันว่าแป้งหมักหรือแป้งเชื้อ แอลกอฮอล์ถือเป็นองค์ประกอบสำคัญในการผลิตสุราทุกชนิด มีสรรพคุณทำให้เกิดอาการมึนเมา มีฤทธิ์ในการกดประสาท มีประโยชน์ในการเป็นเชื้อหรือตัวทำละลาย เป็นต้น

เครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในความหมายที่เข้าใจได้ง่ายจึงหมายถึงเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของเอทิลแอลกอฮอล์ โดยองค์กรอนามัยโลกได้ให้หมายว่าเป็นของเหลวที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ชนิดดื่ม ใช้เพื่อการดื่มกินส่วนใหญ่ได้มาจากการหมัก เช่น เบียร์ที่ได้มาจากการหมักเมล็ดข้าว อาทิเช่น ข้าวมอลต์ ข้าวบาเลย์, ไวน์ได้จากการหมักผลไม้ เช่น องุ่น ลูกเบอร์รี่, ไชเดอร์ได้จากการหมักผลแอปเปิ้ล, สาเกได้มาจากการหมักข้าว ส่วนเครื่องดื่มที่ได้มาจากการหมักแล้วกลั่น เช่น วอดก้าได้มาจากวัตถุดิบเมล็ดข้าวหรือมันฝรั่ง, วิสกี้ได้มาจากวัตถุดิบข้าวเรย์ หรือข้าวโพดรัมได้มาจากวัตถุดิบอ้อย, บรั่นดีได้มาจากวัตถุดิบองุ่น เป็นต้น<sup>1</sup>

แต่หากพิจารณาความหมายของคำว่าเครื่องดื่มแอลกอฮอล์นอกจากความหมายทั่วไปแล้วจึงหลีกเลี่ยงไม่ได้เลยที่ต้องพิจารณาถึงความหมายในแง่มุมของกฎหมายด้วย ดังที่พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 ซึ่งระบุไว้ในมาตรา 3 ว่า “เครื่องดื่มแอลกอฮอล์ หมายความว่า สุราตามกฎหมายว่าด้วยสุรา ทั้งนี้ไม่รวมถึงยา วัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท ยาเสพติดให้โทษตามกฎหมายว่าด้วยกรณีนั้น”<sup>2</sup> ซึ่งเมื่อพิจารณา “สุราตามกฎหมายว่าด้วยสุรา” จึงต้องไปพิจารณาถึงพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 ซึ่งปัจจุบันได้ถูกยกเลิกและแทนที่ด้วยพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 ได้ให้ความหมายของคำว่า เครื่องดื่มแอลกอฮอล์ไว้ดังนี้

“สุรา” ให้หมายความรวมถึงวัตถุทั้งหลายหรือของผสมที่มีแอลกอฮอล์ ซึ่งสามารถดื่มกินได้เช่นเดียวกับน้ำสุราหรือซึ่งดื่มกินไม่ได้แต่เมื่อได้ผสมกับน้ำหรือของเหลวอย่างอื่นแล้วสามารถดื่มกินได้เช่นเดียวกับน้ำสุรา แต่ไม่รวมถึงเครื่องดื่มที่มีปริมาณแอลกอฮอล์ไม่เกินศูนย์จุดห้าดีกรี

“สุราแช่” หมายความว่าสุราที่ไม่ได้กลั่น และให้หมายความรวมถึงสุราแช่ที่ได้ผสมกับสุรากลั่นแล้ว แต่ยังมีแรงแอลกอฮอล์ไม่เกินสิบห้าดีกรีด้วย

“สุรากลั่น” หมายความว่า สุราที่ได้กลั่นแล้ว และให้หมายความรวมถึงสุรากลั่นที่ได้ผสมกับสุราแช่แล้ว แต่มีแรงแอลกอฮอล์เกินกว่าสิบห้าดีกรีด้วย<sup>3</sup>

หากพิจารณาความหมายของคำว่าสุราตามพระราชบัญญัติสรรพสามิต พ.ศ. 2560 แล้วจะเห็นว่าเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สามารถแบ่งประเภทใหญ่ๆได้เป็นดังต่อไปนี้

<sup>1</sup> ผดุงศิษย์ ชำนาญบริรักษ์, ปรีชา ยะธา, บุญชอบ สิงห์คำ, กิตติศักดิ์ ไกรจันทร์และสุนิรัตน์ สิงห์คำ. (2564). การสร้างและการพัฒนามาตรการชุมชนเพื่อการควบคุมการบริโภคและการจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในชุมชน ตำบลดงบัง อำเภอนาคู จังหวัดมหาสารคาม. *วารสารโรงพยาบาลมหาสารคาม*. 18(2). หน้า 61-71.

<sup>2</sup> พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551. มาตรา 3.

<sup>3</sup> พระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ.2560. มาตรา 152.

1) สุราแช่หรือสุราหมัก คือสุราที่ได้จากการหมักส่ำ แต่ไม่ได้กลั่น เกิดจากการหมักส่ำจากธัญพืช ผลไม้หรือน้ำตาลจากพืช เช่น เบียร์ สาโท กระแช่ เป็นต้น

2) สุรากลั่น คือสุราที่เกิดจากการเอาน้ำส่ำ มากลั่นตามด้วยการแต่งสีและกลั่นด้วยสารปรุงแต่งต่างๆ ได้แก่ สุราขาว(เหล้าขาว) สุราผสม หรือบรันดี วิสกี้ เป็นต้น

จากประเภทใหญ่ๆของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์หรือสุราทั้งสองประเภทยังสามารถกล่าวได้ว่าคนไทยนิยมบริโภคสุราหลายชนิดด้วยกัน ซึ่งผู้วิจัยได้สืบค้นหาข้อมูล สามารถแยกชนิดของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในประเทศไทยได้ดังต่อไปนี้

1) เหล้าบรันดี (Brandy) ราคาแพงที่สุดในบรรดาเครื่องดื่มประเภทสุรา มีผลผลิตมาจากองุ่น มีกรรมวิธีการผลิตด้วยวิธีการกลั่น และใช้ระยะเวลาในการผลิตนาน โดยเฉพาะขั้นตอนการบ่ม มีการปรุงแต่งแรงแอลกอฮอล์ รวมไปถึงกลิ่น สี และรสชาติได้ตามต้องการ

2) วิสกี้ (Whisky) เป็นสุราที่ผลิตจากข้าวด้วยวิธีการกลั่นโดยข้าวที่นำมาใช้มีได้หลายชนิด เช่นข้าวไรย์ ข้าวโพด ข้าวบาเลย์ ข้าวโอ๊ต หรือข้าวเหนียว เป็นต้น โดยวิสกี้ที่ขึ้นชื่อว่ามีคุณภาพมากที่สุดทำมาจากข้าวบาเลย์ ผ่านกรรมมาวิธีการหมัก กลั่นแล้วจึงนำมาเก็บบ่มในถังไม้โอ๊กจนได้รสชาติอีกที

3) รัม (Rum) เป็นสุราที่ผลิตจากน้ำอ้อย กากน้ำตาลและน้ำเชื่อมด้วยวิธีการกลั่น และเพื่อให้มีรสชาติใกล้เคียงกับไวน์อาจมีการผสมผลไม้อื่น รวมไปถึงผิวส้มลงในเหล้ารัม

เหล้ารัมนิยมใช้เป็นส่วนผสมกับค็อกเทลอย่างมาก ที่รู้จักกันมาก คือ Cuba Libre<sup>4</sup> หรือ Rum Coke นอกเหนือจากนี้ยังมีการนำไปผสมกับเครื่องดื่มชนิดอื่น เช่น น้ำผลไม้ โดยเฉพาะที่เรียกว่า Punch<sup>5</sup> จะเป็นเครื่องดื่มที่เข้ากันได้ดีมากกว่ารัม เหล้ารัมที่จำหน่ายจะมีปริมาณแอลกอฮอล์ประมาณ 40 ดีกรี แต่มีหลายชนิดที่ผลิตใหม่มีปริมาณสูงมากถึง 75.5 ดีกรี

4) เหล้าค็อกเทล คือ การนำเหล้าที่มีดีกรีไม่แรง และน้ำผลไม้หลายชนิดมาผสม เขย่ารวมกันในภาชนะ มีหลากหลายสูตรแล้วแต่ผู้ดื่ม

5) วอดก้า (Vodka) มีลักษณะคล้ายวิสกี้ แต่มีดีกรีของแอลกอฮอล์สูงกว่ามาก วอดก้าทำมาจากข้าวสาลี ปัจจุบันถือเป็นเหล้าที่ได้รับความนิยม โดยใช้ผสมค็อกเทลสูตรต่างๆ เครื่องดื่มเหล้าวอดก้าที่รู้จักกันดีในประเทศไทย คือ Borzoi, Smirnoff, Stolighinaya เป็นต้น

6) เหล้าเตกีลา (Tequila) ผลิตจากพืชที่เรียกว่าเมซคาล (Mezcal) ด้วยกรรมวิธีการหมักเป็นเหล้ามีกลิ่นแรง โดยปกติมีสีขาว เว้นแต่บางชนิดมีสีเหลืองหรือสีเหลืองทอง ซึ่งเกิดจาก

<sup>4</sup> Rum Coke หรือ Cuba Libre เป็นค็อกเทลประเภทหนึ่ง มีส่วนผสมของรัมสีขาวยหรือรัมสีเหลือง, โคลา-โคล่า และมะนาว

<sup>5</sup> Punch เป็นคำทั่วไปที่ใช้เรียกเครื่องดื่ม มีทั้งผสมแอลกอฮอล์ และไม่ผสม มาจากคำว่า ปู๊ญจะ ในภาษาอินเดีย

การนำไปป่มในถังไม้ มีแหล่งผลิตในประเทศเม็กซิโก วิธีการต้มเหล้าเตกีลาของชาวเม็กซิโกนิยมต้มแบบไม่ผสม โดยก่อนต้มจะหยิบเกลือใส่ปากแล้วบิบมะนาวตามจึงยกเหล้าขึ้นต้มเพื่อให้มีรสชาติที่ดีขึ้น

7) เหล้าขาว เป็นเหล้าที่ผลิตโดยวิธีการกลั่น มีวัตถุดิบมาจากข้าว น้ำตาล หรือกากน้ำตาล โดยสุราที่กลั่นออกมาจะมีสีใส ผู้มีรายได้น้อย และวิถีชนบทนิยมดื่มเหล้าขาวกันเป็นจำนวนมาก เนื่องจากราคาไม่แพง และหาง่าย นอกจากนี้เหล้าขาวยังมีการนำไปผสมวัตถุดิบหลายชนิดเพื่อทำมาใช้เป็นยา เช่นสมุนไพรไทย เป็นต้น

8) แชมเปญ เป็นเหล้าที่ผลิตโดยวิธีการหมัก ทำจากองุ่น มีลักษณะพิเศษ คือเป็นสุราองุ่นที่มีฟอง กล่าวคือมีก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์เจือปนอยู่ ลักษณะคล้ายเบียร์ กระบวนการผลิตและวิธีการในการเก็บรักษาทำให้แชมเปญมีราคาแพง

9) ไวน์ (Wine) เป็นเหล้าผลไม้ผลิตด้วยวิธีการหมัก วัตถุดิบที่ใช้ในการทำไวน์คือองุ่น ไวน์มีลักษณะต่างจากแชมเปญตรงที่ไม่มีฟอง และกรรมวิธีการผลิตจะไม่ซับซ้อนเท่าแชมเปญสามารถแบ่งเป็น 3 ประเภท ดังนี้

10) เบียร์ (Beer) มีปริมาณการบริโภคสูงที่สุดในบรรดาสุราทั้งหมด เบียร์ผลิตมาจากข้าวบาเลย์ด้วยการหมักใส่ถัง เมื่อหมักได้ที่แล้วจึงใส่ดอกฮ็อพ (Hops) เพื่อให้มีรสขม จากนั้นจึงใส่ยีสต์

11) น้ำตาลเมาหรือกระแช่ เป็นสุราที่ทำจากการหมักแช่ของน้ำตาลสดจากต้นมะพร้าวหรือตาล

12) อุ เป็นสุราแช่ที่ผลิตขึ้นจากการหมักแช่ของข้าวเหนียว เป็นเบ็งเชื้อสุราทิ้งไว้จนเกิดมีแอลกอฮอล์ขึ้นแล้วใช้ดื่มกินเช่นเดียวกับน้ำสุรา เหล้าอุนี้ภาคอีสานเรียกว่า สาโท

นอกจากนี้หากพูดถึงความหมายของคำว่า “สุรา” มาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมสุรา กลั่น มอก. 2088-2544 ให้คำนิยามของสุราไว้ว่า “สุรา” หมายถึง เครื่องดื่มที่มีแรงแอลกอฮอล์เกิน 0.5 ดีกรี แต่ไม่เกิน 80 ดีกรี”<sup>6</sup> ดังนั้นหากเป็นความหมายที่ใช้ในมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม

สุรากลับ หมายถึง สุราที่ได้จากการกลั่นน้ำสำ<sup>7</sup> เป็นสุราหรือกลั่นน้ำสำเป็นแอลกอฮอล์ก่อน แล้วปรุงแต่งให้เป็นสุราแล้วยังรวมถึงสุรากลับที่ผสมกับวัตถุดิบชนิดอื่น หรือเครื่องดื่มชนิดอื่น ทั้งนี้มีการกำหนดชนิดของสุรากลับไว้ตามกฎหมายกระทรวงฉบับที่ 46 (พ.ศ. 2513) ออกตามความในพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 แก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติสุรา (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2510

<sup>6</sup> ชูศรี ประเสริฐสิน. (2556). *ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 11.

<sup>7</sup> น้ำสำ (fermented mash) หมายถึง สิ่งที่ได้จากการหมักธัญชาติ แบ่งจากพืชอื่น ผลไม้ น้ำตาล หรือกากน้ำตาล

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังออกกฎกระทรวงกำหนดชนิดของสุรากลั่นไว้เพื่อประโยชน์ในการปรับปรุงภาษีสุรากลั่นบางชนิด ดังนี้

1) สุราสามทับ หมายถึง สุราที่ผลิตโดยวิธีการกลั่น ปราศจากการย้อมและสิ่งผสมปรุงแต่ง มีปริมาณแอลกอฮอล์ตั้งแต่ 80 ดีกรี ขึ้นไป

2) สุราขาว หมายถึง สุราที่ผลิตได้จากข้าวหรือน้ำตาลโดยวิธีการกลั่น และปราศจากการย้อมหรือสิ่งผสมปรุงแต่งอย่างอื่น มีปริมาณแอลกอฮอล์ต่ำกว่า 80 ดีกรี

3) สุราผสม หมายถึง สุรากลั่น มีกรรมวิธีผสมปรุงแต่งขึ้นจากสุราขาวหรือ สุราสามทับ และเมื่อผสมแล้วมีปริมาณแอลกอฮอล์ต่ำกว่า 80 ดีกรี

4) สุราปรุงพิเศษ หมายถึง สุรากลั่นที่ใช้สุราสามทับมาปรุงแต่ง โดยมีกรรมวิธีพิเศษ มีปริมาณแอลกอฮอล์ 35 ดีกรี และ 40 ดีกรี

5) สุราพิเศษ หมายถึง สุรากลั่นที่ทำขึ้นโดยกรรมวิธีพิเศษมีแรงแอลกอฮอล์ต่ำกว่า 80 ดีกรี แบ่งเป็น 2 ประเภท ประเภทที่หนึ่ง ได้แก่ วิสกี้ บรั่นดี รัม ยิน หรือ สุราต่างประเทศอย่างอื่น และประเภทที่สอง ได้แก่ เกาเหลียง เชียงซุน นุ่นกู่โล่ว หรือสุราแบบจีนอย่างอื่น<sup>8</sup>

นอกจากจำกัดความข้างต้นแล้วเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในประเทศไทยยังมีชื่อเรียกอื่นอีกอย่างหนึ่งที่ประชาชนเรียกกันจนติดปาก และถูกใช้บ่อยได้แก่คำว่า “เหล้า”

นอกจากนี้ยังค้นพบว่าเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ไม่ว่าจะมีชื่อเรียกอย่างไรหรือชนิดใดก็ตาม มีสารที่ออกฤทธิ์ต่อจิตประสาทที่เรียกว่า Psychoactive substance หรือ Psychoactive Drug ซึ่งสารดังกล่าวเมื่อถูกซึมเข้าสู่ร่างกายแล้วจะส่งผลกระทบต่อกระบวนการทางจิตใจ เช่น การรับรู้ความรู้สึก ซึ่งหากได้รับในปริมาณมากย่อมมีเมา สูญเสียการทรงตัว ไม่มีสติในการตัดสินใจ จนกระทั่งหมดสติในที่สุด<sup>9</sup>

แต่อย่างไรก็ดีไม่ว่าเครื่องดื่มแอลกอฮอล์จะมีชื่อเรียกด้วยอย่างไร หรือจะเป็นเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ประเภทไหน ชนิดใด จะเห็นได้ว่าเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เป็นสิ่งที่อยู่คู่สังคมมนุษย์มาอย่างยาวนานนับแต่สมัยโบราณ ไม่ว่าจะเป็นสังคมเชื้อชาติ ชนชาติ เผ่าพันธุ์ใด โดยไม่สนความอยากดีมีจน เนื่องด้วยผู้ที่ดื่มเครื่องดื่มแอลกอฮอล์นั้น นอกจากเหตุผลในการสังสรรค์ การเฉลิมฉลอง ยังมีเหตุผลในด้านการเป็นยาบำบัดโรค หรือเหตุผลทางด้านศาสนาในสังคมนั้นๆ ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า

<sup>8</sup> ชภัทรพร รองเดช. (2563). *ปัญหาการควบคุมการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต กลุ่มวิชากฎหมายมหาชน, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 11.

<sup>9</sup> ศูนย์เรียนรู้สุขภาพ สำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ. (2562). *ชุดนิทรรศการ ยืม-คืน ส่งเสริมการพัฒนาทักษะชีวิตสำหรับเด็กและเยาวชน เรื่อง เหล้าอยากเล่า*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://resourcecenter.thaihealth.or.th/files/7/Manual/Final.pdf>. [2565, 10 กันยายน]

เครื่องดื่มแอลกอฮอล์เป็นสิ่งที่อยู่คู่สังคมจนเป็นส่วนหนึ่งของสังคม มีทั้งคุณและโทษ การดื่มเครื่องดื่มแอลกอฮอล์จึงต้องใช้ความระมัดระวังและมีสติให้มาก

## 2.2 ความเป็นมา ความหมายของเครื่องดื่มมอลต์ไร้แอลกอฮอล์หรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ไม่เกิน 0.5 ดีกรี

นอกจากเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์เกินกว่า 0.5 ดีกรีแล้ว ในปัจจุบันยังมีการผลิตเครื่องดื่มประเภทใหม่ที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์น้อยกว่า 0.5 ดีกรี จึงไม่ถือเป็นเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ตามกฎหมายไทย ไม่ว่าจะตามพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 หรือพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551

สำหรับประเทศไทย “เบียร์ที่มีแอลกอฮอล์ไม่เกิน 0.5 ดีกรี” หรือ “เครื่องดื่มมอลต์” ถือเป็นนวัตกรรมใหม่ และกำลังเป็นที่สนใจจากคนในสังคม เนื่องจากการสร้างภาพลักษณ์ว่าเป็นเครื่องดื่มเพื่อสุขภาพ แต่ในความเป็นจริงแล้ว เครื่องดื่มมอลต์ไร้แอลกอฮอล์ไม่ได้ปราศจากแอลกอฮอล์เสียทีเดียว แต่มีแอลกอฮอล์เพียงน้อยนิดกว่าที่กฎหมายกำหนด แต่ทั้งนี้เครื่องดื่มมอลต์ไร้แอลกอฮอล์กลับมีวัตถุประสงค์และกระบวนการผลิตที่เหมือนกับเบียร์ทุกประการ ใช้วัตถุดิบที่เหมือนกันไม่ว่าจะเป็นมอลต์ ฮอปส์ รวมไปถึงยีสต์

แต่หากภายหลังจากกระบวนการผลิตเสร็จสรรพ ผู้ผลิตจะมีการใช้เครื่องมือสกัดแอลกอฮอล์ออกให้เหลือต่ำกว่า 0.5 ดีกรี หรือไม่มีเลย นอกจากนี้วิธีการดังกล่าวยังมีวิธีการผลิตในอีกรูปแบบหนึ่งที่ไม่ก่อให้เกิดแอลกอฮอล์ในช่วงการผลิตตั้งแต่แรก โดยผลลัพธ์ที่ได้ออกมาจากกระบวนการกระผลิตนั้น คือได้เครื่องดื่มที่มีรสชาติหวาน และมีกลิ่นของมอลต์หมักอย่างครบถ้วน<sup>10</sup>

ในปัจจุบันเครื่องดื่มมอลต์ไร้แอลกอฮอล์ถือเป็นอาหารที่อยู่ภายใต้การควบคุมของพระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ.2522 เป็นเหตุให้ในด้านการจัดเก็บภาษี การควบคุมการโฆษณา และการจำกัดวิธีการซื้อขาย ไม่อยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยสุรา ทั้งที่ในแง่ของความเป็นจริงแล้ว เครื่องดื่มมอลต์ไร้แอลกอฮอล์หรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ไม่เกิน 0.5 ดีกรีดังกล่าวถูกกล่าวถึงในลักษณะของเครื่องดื่มที่มีลักษณะเดียวกับเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ซึ่งเป็นที่น่ากังวลว่าเครื่องดื่มมอลต์ไร้แอลกอฮอล์จะถูกนำมาใช้เป็นสื่อกลางในการโฆษณาสื่อไปถึงเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ และส่งให้เด็กและเยาวชนเข้าสู่การเป็นนักดื่มหน้าใหม่มากยิ่งขึ้น

<sup>10</sup> คนธรรส เอกวารการ. (2561). *ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการผลิตและจำหน่ายเครื่องดื่มมอลต์ ที่มีแอลกอฮอล์ไม่เกินศูนย์จุดห้าดีกรี*. (ออนไลน์). เข้าได้ถึงจาก: <http://www.lawgrad.ru.ac.th/Abstracts/293> [2565,10 กันยายน]

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้นในความเห็นของผู้วิจัยจึงเห็นควรว่าเมื่อสังคมมีความเจริญก้าวหน้ามากยิ่งขึ้น มีผลิตภัณฑ์ใหม่ และส่งผลกระทบต่อการใช้ชีวิตประจำวันของประชาชน รวมไปถึงอาจเป็นต้นเหตุของการเข้าสู่การเป็นผู้เสพติดเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ของนักดื่มหน้าใหม่ ดังนั้นจึงควรมีการพิจารณาถึงกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันปรับปรุงและแก้ไขให้ครอบคลุมมากยิ่งขึ้น

### 2.3 แนวคิดเกี่ยวกับผลกระทบของการดื่มแอลกอฮอล์ต่อผู้อื่น (Alcohol's Harm to Others; HTO)

แม้ว่าเครื่องดื่มแอลกอฮอล์จะเป็นสิ่งที่ถูกกฎหมาย แต่กลับถูกค้นพบว่าการดื่มเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ส่งผลกระทบต่อในหลายประการ โดยเฉพาะกับตัวผู้ดื่มเอง ไม่ว่าจะมีความสัมพันธ์กับโรคต่างๆ ที่เป็นสาเหตุของการเสียชีวิตก่อนวัยอันควรในอันดับต้นๆของประเทศไทยมากกว่า 60 โรคแล้ว เช่น โรคหัวใจหลอดเลือด ความดันโลหิตสูง อัมพาตจากหลอดเลือดสมองตีบหรือแตก ตับอักเสบและตับแข็ง มะเร็งของอวัยวะต่างๆ เช่น ตับ กระเพาะ การเสื่อมสภาพทางเพศภาวะซึมเศร้า เป็นต้น นอกจากนี้ภาวะบกพร่องทางด้านสุขภาพในด้านต่างๆ เป็นที่ยอมรับกันดีว่าการดื่มเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ยังเป็นสาเหตุสำคัญของการขาดการควบคุมสติ การทรงตัว อันเป็นปัจจัยที่สำคัญที่สุดในการเกิดอุบัติเหตุบนท้องถนน<sup>11</sup>

แต่นอกจากผลกระทบที่เกิดขึ้นกับตัวผู้ดื่มแล้ว สิ่งที่ต้องพิจารณามากที่สุดคือผลกระทบของการดื่มแอลกอฮอล์ต่อผู้อื่น (Alcohol's Harm to Others; HTO) ซึ่งเป็นมิติทางด้านทางสังคม เกิดได้ทั้งปัญหาหระยะสั้นและระยะยาว โดยระยะสั้น ได้แก่ อาชญากรรม เมมาแล้วขับ ความรุนแรง ปัญหาในการทำงานและความรุนแรงในครอบครัว เป็นต้น ส่วนปัญหาหระยะยาว ได้แก่ หนี้สิน การสูญเสียหน้าที่การงาน ครอบครัวแตกแยก เป็นต้น โดยค้นพบว่าปัญหาดังกล่าวมีเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เป็นปัจจัยร่วม ส่งผลกระทบต่อผู้ดื่มเอง รวมถึงผู้ที่อยู่ใกล้ชิดผู้ดื่ม ไม่ว่าจะครอบครัว ชุมชน ส่วนระยะยาวหรือปัญหาสังคมเรื้อรัง นั่นคือปัญหาความยากจน

แอลกอฮอล์ยังก่อให้เกิดความสูญเสียทางเศรษฐกิจต่อสังคม นั่นคือก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายหรือต้นทุนหลายชนิด ได้แก่ ต้นทุนค่ารักษาพยาบาล (Health Care Cost) ต้นทุนจากการสูญเสียผลิตภาพ (Cost of productivity loss) ต้นทุนจากทรัพย์สินที่เสียหาย (Cost of property damage) และ

<sup>11</sup> สำนักคณะกรรมการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์. (2561). *1 ทศวรรษ พระราชบัญญัติ ควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551*. กรุงเทพฯ: อักษรกราฟิกแอนดี้ดีไซน์.

ต้นทุนจากการบังคับใช้กฎหมายและการฟ้องร้องคดีความ (Cost of law enforcement and criminal justice) เป็นต้น<sup>12</sup>

สำหรับผลกระทบของการดื่มเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่เป็นสาเหตุหนึ่งของความไม่สงบสุขในครอบครัวและสังคม มักเกิดในลักษณะการทะเลาะวิวาท ผลกระทบนี้มีโอกาสรุนแรงขึ้นเป็นลำดับตามเวลา พร้อมๆกับผลกระทบในด้านสังคม เศรษฐกิจ และสุขภาพอนามัย ผลกระทบในแง่ของความความสัมพันธ์ในครอบครัวที่ร้ายวามักนำไปสู่การเพิกเฉยต่อกัน อาจถึงขั้นแยกทางกันอยู่จนถึงการหย่าร้างเป็นคดีขึ้นศาลในที่สุด นับเป็นปรากฏการณ์ขั้นรุนแรงที่เป็นรูปธรรมในสังคม ส่วนด้านสุขภาพอนามัยก็มีการทำร้ายร่างกาย การเกิดโรค การเกิดอุบัติเหตุต่างๆ จนก่อให้เกิดการบาดเจ็บและเสียชีวิต<sup>13</sup>

มิติผลกระทบทางสังคมที่สำคัญมากอีกมิติหนึ่งคือความยากจนเนื่องจากข้อมูลจากองค์การอนามัยโลก ใน Global Status Report on Alcohol 2004 ระบุทำนายว่าค่าใช้จ่ายสำหรับเครื่องดื่มแอลกอฮอล์มีความสำคัญมากในพื้นที่ยากจน นอกจากผู้บริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ต้องเสียค่าใช้จ่ายสำหรับซื้อเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ แต่ค้นพบว่าผู้ที่ดื่มแอลกอฮอล์มากยิ่งขึ้นได้รับผลทางด้านเศรษฐกิจอื่นๆ เช่น ค่าจ้างต่ำ (เพราะหยุดงาน หรือขาดประสิทธิภาพในการทำงาน) การขาดโอกาสในการทำงาน ค่าใช้จ่ายในด้านสุขภาพที่สูงขึ้นจากการเจ็บป่วยและอุบัติเหตุ การใช้ทุนทรัพย์ในการแก้ปัญหาที่ดีที่เกี่ยวข้องกับการดื่ม รวมไปถึงการกู้หนี้ยืมสิน<sup>14</sup>

ซึ่งสามารถสรุปได้ว่าการดื่มเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ก่อให้เกิดผลกระทบตามเป็นจำนวนมากแบ่งออกได้เป็นดังนี้

1) ผลกระทบต่อตนเอง ไม่ว่าจะเป็นแบบเฉียบพลันหรือแบบเรื้อรัง การเกิดผลกระทบแบบเฉียบพลันเกิดขึ้นโดยการที่มีระดับแอลกอฮอล์ในเลือดส่งผลให้ร่างกายสูญเสียหน้าที่ในการทำงาน ทั้งนี้ระดับแอลกอฮอล์ในเลือดที่แตกต่างกันย่อมส่งผลให้การสูญเสียหน้าที่ของร่างกาย

<sup>12</sup> มนทร์รัตน์ ถาวรเจริญทรัพย์ และคณะ. (2551). *การศึกษาต้นทุนผลกระทบทางสังคม สุขภาพและเศรษฐกิจของการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในประเทศไทย*. รายงานผลงานวิจัยโครงการประเมินเทคโนโลยีและนโยบายด้านสุขภาพ (HITAP). กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ (สสส.) สถาบันวิจัยระบบสาธารณสุข (สวรส.) และ ศูนย์วิจัยปัญหาสุรา (ศวส.). หน้า 1.

<sup>13</sup> บุญเสริม หุตะแพทย์ และกิตติวิภา สุวรรณรัตน์. (2546). *ผลกระทบของสุราในฐานะปัจจัยร่วมการเกิดปัญหาความรุนแรงในครอบครัว*. รายงานการวิจัย. กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ. หน้า 20.

<sup>14</sup> นพรัตน์ พาทีทิน. (2561). *การตระหนักรู้ต่อผลกระทบทางสังคมของการดื่มแอลกอฮอล์ต่อผู้อื่นจากประสบการณ์ของพื้นที่ชุมชนต้นแบบงดเหล้าแห่งหนึ่งในภาคตะวันออกเฉียงเหนือ*. รายงานการวิจัย. กรุงเทพฯ: ศูนย์วิจัยปัญหาสุรา สำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ (สสส.). หน้า 9.

แต่กันดังนี้ 1.1 อย่างอ่อน (mild) มีแอลกอฮอล์ในเลือด 50 – 150 มก.%<sup>15</sup> จะเกิดอาการเสีย การควบคุมระบบ กล้ามเนื้อ (muscular incoordination) ระยะการตัดสินใจช้าลง สมรรถภาพ การมองเห็นลดลง

1.2) ปานกลาง (moderate) มีแอลกอฮอล์ในเลือด 150 – 300 มก.% จะเกิดอาการ เสียการควบคุม ระบบกล้ามเนื้อ การทำงานไม่ประสานกัน ระยะเวลาการตัดสินใจช้าลง สมรรถภาพ การมองเห็นลดลง ไม่ตอบสนองต่อสิ่งกระตุ้นต่างๆ พูดไม่ชัด

1.3) รุนแรง (sever) มีแอลกอฮอล์ในเลือด 300 – 500 มก.% จะเกิดการเสีย การควบคุมระบบกล้ามเนื้อ การมองเห็นเลือนราง ง่วง มีนงง (stuporous) พบระดับน้ำตาลในเลือด ต่ำระบบหายใจอาจถูกกดเป็นผลให้หายใจไม่ออก อาจตายได้

1.4) วิกฤติ (coma) มีแอลกอฮอล์ในเลือดมากกว่า 500 มก. % ประสาทสัมผัสต่างๆ จะเสียไปไม่รู้สึกรู้ตัว (unconscious) การหายใจช้าลงและอาจตายได้ถ้าแก้ไขไม่ทัน

และผลของสุราต่อสุขภาพแบบเรื้อรัง (chronic) โดยผู้ที่ดื่มสุราติดต่อกันเป็นระยะ เวลานาน ก่อให้เกิดภาวะเป็นพิษต่ออวัยวะทุกส่วนของร่างกาย เป็นสาเหตุให้เกิดโรคต่างๆ มีผลต่อ สมอและระบบประสาท เนื่องด้วยแอลกอฮอล์มีฤทธิ์กดประสาท โดยการกดศูนย์ควบคุมระบบ ต่าง ๆ เช่น หัวใจและระบบควบคุมการหมุนเวียน (circulatory center) ในสมองทำให้ตายได้ และถ้าดื่มปริมาณมากขึ้นฤทธิ์ของแอลกอฮอล์จะส่งผลให้การทำงานของระบบประสาทอัตโนมัติ ถูกกดไปด้วย

2) ผลกระทบต่อครอบครัว การดื่มสุราอาจทำให้เกิดปัญหาการทะเลาะวิวาท ความรุนแรงในครอบครัวอาชญากรรม การสูญเสียทรัพย์สิน รวมไปถึงแบบอย่างจากบิดามารดาที่ ดื่มสุรา เช่น การที่บิดาหรือมารดาติดเหล้า จะเป็นแบบอย่างให้กับบุตร

3) ผลกระทบต่อครอบครัวและชุมชน เนื่องด้วยคนไทยมีการดื่มสุราอย่างยาวนาน มักดื่มในเทศกาลและวาระต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นเทศกาลมงคล หรือเทศกาลอวมงคลอย่างงานศพ รวมไปถึงความเชื่อเรื่องการดื่มเพื่อสุขภาพ เช่น ขาดองโดยการเอายามาผสมหรือดองกับสุรา เชื่อว่าการดื่มขาดองมีส่วนช่วยในการทำให้ร่างกายแข็งแรง เป็นการบำรุงร่างกาย บำรุงเลือด ทำให้เจริญอาหาร หรือรักษาอาการปวดเมื่อย จึงสรุปได้ว่าการดื่มขาดองนั้นก็คือการดื่มเครื่องดื่ม แอลกอฮอล์นั่นเอง นอกจากนี้แล้วพบว่าคนไทยมีทัศนคติในลักษณะที่ส่งเสริมการดื่มเครื่องดื่ม แอลกอฮอล์โดยไม่รู้ตัว เช่น การดื่มสุราในงานฉลองตามประเพณี หรืองานเลี้ยงสังสรรค์ หรือ การดื่มหลังเลิกงาน โดยรวมเรียกว่าดื่มเพื่อเข้าสังคมถูกพบเห็นเป็นเรื่องปกติ หรือแม้กระทั่งการวาง ขวดสุราไว้ในห้องรับแขกตามบ้าน นอกจากนี้ยังพบอีกว่าการดื่มแอลกอฮอล์ของคนในเขตชนบทมี

<sup>15</sup> มก.% หรือ มิลลิกรัมเปอร์เซ็นต์ หมายถึง ระดับแอลกอฮอล์ในเลือด

มากกว่าเขตเมือง และยังมีการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เพื่อบริโภคเองในครัวเรือน เช่น สุราพื้นบ้าน เป็นต้น

4) ผลกระทบต่อเศรษฐกิจ และสังคมของประเทศชาติ สุราทำให้เกิดการสูญเสียทรัพยากรมนุษย์ เนื่องจากผู้ที่ติดสุราส่วนใหญ่เป็นคนวัยทำงาน ทำให้ความสามารถในการทำงานลดน้อยลง เกิดผลกระทบต่อเศรษฐกิจและความมั่นคงของประเทศ และรัฐต้องเสียค่ารักษาพยาบาลเกี่ยวกับสุราสูงถึง 2,500 ล้านบาทต่อปี การติดเครื่องดื่มแอลกอฮอล์จึงเป็นปัญหาที่สำคัญที่นอกจากส่งผลกระทบต่อตัวผู้ดื่มเองยังส่งผลกระทบต่อคนรอบข้างเป็นวงกว้างก่อให้เกิดการสูญเสียทรัพยากรในด้านต่างๆเกิดผลกระทบต่อเศรษฐกิจสังคมและประเทศชาติ

จะเห็นได้ว่าเมื่อได้ศึกษาของผลกระทบของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์แล้วจะเห็นว่านอกจากผลกระทบต่อตัวผู้ดื่มเองแล้ว ประเด็นสำคัญที่จำเป็นต้องนำมาพิจารณาอยู่เสมอ คือผลกระทบต่อบุคคลอื่น ไม่ว่าจะเป็นบุคคลใกล้ชิด ครอบครัว สังคม ประเทศชาติรวมถึงเศรษฐกิจ ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าการดื่มเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ไม่สิทธิส่วนบุคคลเพียงอย่างเดียว จากเหตุดังกล่าวทำให้เกิดความจำเป็นต้องมีกฎหมายเพื่อควบคุมการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์อย่างเคร่งครัด และรวมถึงการมีกฎหมายเพื่อบังคับใช้โทษในการปกป้องและเยียวยาสังคมจากผลกระทบของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์

## 2.4 แนวคิดและหลักเกณฑ์ในการกำหนดความรับผิดชอบอาญา

ในหัวข้อนี้ผู้วิจัยได้ศึกษาถึงแนวคิดและทฤษฎีที่อธิบายว่าการกระทำใดที่ควรกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา โดยศึกษาถึงความหมาย และลักษณะของกฎหมายอาญา รวมไปถึงแนวคิดของนักกฎหมาย นักวิชาการในการกำหนดหลักเกณฑ์ต่าง

### 2.4.1 ที่มาของความผิดอาญา

หลักกฎหมายอาญาตามแนวคิดของเบ็คคาร์เรีย ซีซาร์ เบ็คคาร์เรีย (Cesare Beccaria) นักปรัชญาด้านกฎหมายอาญา ได้เสนอแนวคิดที่เป็นการวางรากฐานกฎหมายอาญาไว้ว่าการที่รัฐสามารถออกกฎหมายเพื่อกำหนดว่าการกระทำใดที่ห้ามกระทำ เป็นไปเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมส่วนรวมได้ เนื่องจาก“ทฤษฎีสัญญาประชาคม” (Social Contract) ที่ประชาชนยินยอมพร้อมใจกันยกอำนาจของตนบางส่วนให้กับรัฐ เพื่อให้รัฐเป็นตัวแทนในการทำหน้าที่ดูแลความสงบเรียบร้อยในสังคม เป็นการกำหนดว่าการกระทำที่ถูกห้ามดังนั้นจึงเป็นการที่ประชาชนต้องยินยอมที่จะจำกัดเสรีภาพของตนเองบางประการ โดยการให้สัญญาว่าจะไม่กระทำการหรืออาจ

ต้องกระทำการบางอย่าง เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมส่วนรวม เสรีภาพที่ประชาชนในสังคมยอมเสียสละเช่นว่านี้ รัฐได้บัญญัติออกมาเป็น “กฎหมาย”

ดังนั้นเพื่อกำหนดสิ่งที่จะต้องกระทำหรือห้ามกระทำให้มีประสิทธิภาพ จึงต้องมีบทลงโทษหากผู้ใดฝ่าฝืนข้อบังคับดังกล่าว

สัญญาประชาคม (Social contract) ที่เบ็คคาร์เรียอธิบายไว้ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมาย อาณามีหลักการสำคัญคือ ถ้าประชาชนดำรงชีวิตอยู่โดยไม่มีรัฐ ผลประโยชน์ของประชาชนก็จะประสบปัญหาความขัดแย้งไม่มีที่สิ้นสุด แล้วประชาชนจะไม่มี ความมั่นคงปลอดภัยและไม่มีความสุขเลยแม้แต่น้อย และเมื่อเป็นดังนั้น ประชาชนจึงยินยอมพร้อมใจมอบเสรีภาพบางส่วนของตน เพื่อรักษาไว้ซึ่งความมั่นคงปลอดภัยและความสุขโดยส่วนรวม ผลคือ ประชาชนต้องยินยอมให้สัญญาว่าตนเองจะต้องไม่กระทำการบางอย่าง และจะกระทำการบางอย่าง ข้อสัญญาดังกล่าวนี้อีกคือ กฎหมาย (Laws) นั่นเอง

นอกจากนี้เบ็คคาร์เรียยังได้อธิบายกรอบข้อจำกัดของรัฐในการออกกฎหมายด้วยว่ามีอำนาจและขอบเขตอำนาจดังนี้

1) รัฐได้รับข้อสัญญาจากประชาชนแต่ละคน ซึ่งประชาชนได้จัดตั้งรัฐของพวกเขา เพื่อปกป้องข้อสัญญาร่วมกันดังกล่าว โดยกฎหมายและการลงโทษ รัฐจึงมีความชอบธรรมจากความยินยอมของประชาชน

2) แม้รัฐจะมีความชอบธรรม แต่รัฐบาลไม่อาจใช้อำนาจกระทำทุกสิ่งทุกอย่างตามอำเภอใจ อำนาจนี้ถูกจำกัดโดย “สัญญาประชาคม” (social contract) โดยประชาชนต้องการเสรีภาพมากที่สุดเท่าที่จะทำได้ ดังนั้นการยินยอมที่จะจำกัดเสรีภาพของตนจึงเป็นไปเพื่อความมั่นคงปลอดภัยของประชาชนเท่านั้น รัฐซึ่งมีหน้าที่ป้องกันความมั่นคงปลอดภัยของประชาชน จึงสามารถล่วงละเมิดเสรีภาพของประชาชนได้แต่เพียงเท่าที่จำเป็นอย่างยั้งเท่านั้น จุดมุ่งหมายของรัฐจึงเป็นการดูแลประโยชน์ส่วนรวม (common utility) เท่านั้น โดยมีจุดหมายปลายทางเพื่อ “ความสุขอันยิ่งใหญ่ที่สุดที่จะแบ่งปันกันในหมู่คนจำนวนมากที่สุด”<sup>16</sup>

จากหลักการดังกล่าวจะเห็นว่าแม้ประชาชนจะยินยอมพร้อมใจที่จะจำกัดสิทธิเสรีภาพ เพื่อให้รัฐมีอำนาจในการออกกฎหมายกำหนดกฎเกณฑ์ต่างๆ เพื่อความสงบของสังคมโดยรวม แต่การออกกฎเกณฑ์ดังกล่าวนั้นก็เชื่อว่าจะสามารถกระทำได้ตามอำเภอใจ หากแต่อยู่ภายใต้หลัก

<sup>16</sup> Beccaria Cesare. (1764). On Crimes and Punishments, with notes and introduction by David Young (Indianapolis. IN: Hackett, 1985). อ้างถึงใน ฉวีรัฐวัฒน์ สุทธิโยธิน. (2557). *ทฤษฎีความรับผิดชอบทางอาญา*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.

ที่ว่าสามารถทำได้เท่าที่จำเป็นและต้องกระทบต่อวิถีการดำเนินชีวิตของประชาชนในสังคมน้อยที่สุด เพื่อเป็นผลประโยชน์สูงสุดต่อประชาชนในสังคม

ส่วน เฮอริเบิร์ต แอล แพ็กเกอร์ ได้เสนอแนวความคิดที่ว่า การกระทำความผิดใดเป็นความผิดอาญา เพื่อใช้บัญญัติกำหนดให้การกระทำใดหรือไม่กระทำใดบ้างของคนในสังคมควรมีความผิด โดยได้วางหลักไว้ 6 ประการดังนี้<sup>17</sup>

- 1) การกระทำความผิดกล่าวเห็นได้ชัดว่าเป็นการกระทำที่กระทบต่อสังคม และมวลชนหมู่มากไม่สามารถให้อภัยได้แก่การกระทำนั้น
- 2) ถ้าการกระทำความผิดกล่าวเป็นความผิดอาญาแล้ว จะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษประการต่างๆ
- 3) ต้องไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้ลดน้อยลงไปหากการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิดทางอาญา
- 4) ต้องมีการใช้บังคับกฎหมายอย่างเท่าเทียมและเสมอภาค ในกรณีที่เป็นความผิดอาญาแล้ว
- 5) ต้องไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการยุติธรรมอย่างเกินขีดความสามารถทั้งทางด้านปริมาณ และคุณภาพ หากมีการใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำผิดดังกล่าว
- 6) นอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น ก็ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างอื่นที่สมเหตุสมผลแล้ว

โดยรองศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนสวัสดิ์ อธิบายแนวคิดว่าการกระทำความผิดใดเป็นความผิดอาญาของเฮอริเบิร์ต แอล แพ็กเกอร์ ที่จะช่วยแก้ไขปัญหามีกฎหมายอาญามากเกินไปที่เรียกว่า Over criminalization หรือการเกิดกฎหมายอาญาเพื่อได้ เพราะหากรัฐมุ่งแต่จะใช้กฎหมายอาญาในการคุมความประพฤติของคนในสังคม ย่อมทำให้กฎหมายอาญาไร้ประสิทธิภาพขาดความศักดิ์สิทธิ์ และเป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่รัฐทุจริตต่อหน้าที่เนื่องจากการแสวงหาผลประโยชน์โดยไม่ชอบจากกฎหมายเหล่านั้น ทั้งนี้เป็นผลมาจากการบังคับใช้กฎหมายอาญาโดยไม่พิจารณาถึงประสิทธิภาพ และความสามารถของกลไกในการบังคับใช้กฎหมาย เช่น ความไม่เพียงพอของเจ้าพนักงานของรัฐ เป็นต้น

<sup>17</sup> Hebert L Packer. (1968). *The limits of the criminal Sanction*. p296. อ้างถึงใน เกียรติขจร วัจนสวัสดิ์. (2546). *คำอธิบายกฎหมายอาญามาตรา 1* (พิมพ์ครั้งที่ 8 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: จีระวิชาการพิมพ์. หน้า 4-5.

#### 2.4.2 ความหมายและลักษณะของกฎหมายอาญา

คำว่า อาญา เป็นคำยืมจากภาษาสันสกฤตว่า คำหมายถึงอำนาจ เช่น อาญาสิทธิ์ หมายถึง อำนาจเด็ดขาดที่แม่ทัพได้รับพระราชทานสิทธิ์จากพระเจ้าแผ่นดินในเวลาไปสงครามเป็นต้น โดยมีสิ่งสำคัญคือพระแสงดาบเป็นเครื่องหมาย เรียกว่า พระแสงอาญาสิทธิ์

ดังนั้น อาญา ความหมายหนึ่ง หมายถึง อำนาจที่เป็นของพระเจ้าแผ่นดิน พระเจ้าแผ่นดินทรงมีอำนาจเด็ดขาดในการลงโทษหรือพระราชทานอภัยโทษแก่ผู้กระทำผิด เช่น ในคำว่า อาญาสิทธิ์ ซึ่งหมายถึง อำนาจเด็ดขาดของพระเจ้าแผ่นดิน ในสมัยก่อนแม่ทัพอาจได้รับ อาญาสิทธิ์ไปกระทำการแทนพระเจ้าแผ่นดินได้ เช่นพงศาวดารฉบับบริติชมิวเซียมมีข้อความตอนหนึ่งว่า “สมเด็จพระพุทธเจ้าอยู่หัว...จึงพระราชทานพระราชอาญาสิทธิ์ให้เจ้าพระยาจักรีเป็น นายทัพ ยกพล 15000 ช้างเครื่อง 100 ม้า 200 ออกไปตั้งมั่นปลุกยั้งฉางทำไธนา ณ เมืองเมะลำเลิง ไร่ท่าทัพหลวง”

ปัจจุบัน คำว่า อาญา ยังหมายถึง โทษที่ลงแก่ผู้กระทำผิดกฎหมาย เช่น ความผิดของเขา เป็นอาญาแผ่นดินไม่ควรได้รับการอภัยโทษ คำว่า อาญา ใช้ในอีกความหมายหนึ่ง คือ ความผิดที่ เกี่ยวกับการทำร้าย การฆ่า การกระทำที่เป็นอาชญากรรมและอื่น ๆ ตามที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมาย อาญา และเรียกศาลที่พิจารณาคดีที่เกี่ยวกับการกระทำผิดทางอาญา ว่า ศาลอาญา<sup>18</sup>

นอกจากนี้ยังมีนักกฎหมายให้ความหมายของคำว่า “กฎหมายอาญา” ไว้หลายท่าน ยกตัวอย่างเช่น

ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร ให้ความหมายว่า “กฎหมายอาญา” คือ บรรดากฎหมาย ทั้งหลายที่ระบุดังความผิดอาญาโทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัยและมาตรการการบังคับทางอาญาอื่น และเป็นกฎหมายที่กำหนดให้ความผิดอาญาเป็นเงื่อนไขของการใช้โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัย และมาตรการบังคับทางอาญาอื่นนั้น 22<sup>19</sup>

นายทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ให้ความหมายว่า “กฎหมายอาญา ได้แก่การกระทำ หรือ งดเว้นการกระทำ ที่จกต้องกระทำเพื่อป้องกันผลในสิ่งทีกฎหมายบัญญัติห้ามหรือให้กระทำ เพื่อรักษาความสงบของชุมชนหรือรักษาศีลธรรม”<sup>20</sup>

จากความหมายดังกล่าวจึงสรุปได้ว่า กฎหมายอาญาเป็นที่กฎหมายที่บัญญัติถึงกระทำที่เป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ โดยห้ามมิให้บุคคลกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด หรือให้บุคคลมี

<sup>18</sup> พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน. (2565). *อาญา*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://legacy.orst.go.th/> [2565,15 กันยายน]

<sup>19</sup> คณิต ณ นคร. (2543). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 26.

<sup>20</sup> ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2540). *กฎหมายอาญา หลักและปัญหา* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 3-4.

หน้าที่กระทำอย่างหนึ่งอย่างใด หากกระทำหรืองดเว้นการกระทำไปแล้วย่อมเป็นความผิด และต้องได้รับโทษตามที่กฎหมายกำหนด ดังนั้นจึงถือได้ว่ากฎหมายอาญาเป็นกฎหมายจำกัดสิทธิอย่างหนึ่ง

### 2.4.3 ประเภทของความผิดอาญา

ความผิดอาญาอาจพิจารณาแบ่งออกเป็น 6 ประเภท ดังนี้

#### 1) การแบ่งแยกความผิดอาญาในแง่ของกฎหมาย

ความผิดอาญาหมายถึง การกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายอาญา จึงแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ ความผิดในตัวเอง (mala in se) และความผิดตามที่กฎหมายกำหนด (mala prohibita) ดังนี้

1.1) ความผิดในตัวเอง (Mala in se : Malum in se) คือ การกระทำที่เป็นความผิด หรือความชั่วร้ายในตัวเอง (wrong in itself/evil in itself) ฝ่าฝืนหลักธรรมชาติ มโนธรรม ศีลธรรม หรือหลักการสาธารณะของสังคมที่เป็นอารยะ (public principles of a civilized society) การกระทำดังกล่าว เห็นว่าเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนความรู้สึกทางศีลธรรมของคนในสังคม ถือว่าสิ่งนั้นเป็นความชั่วร้าย เป็นความผิดพื้นฐาน (traditional) ที่ไม่ใช่ความผิดที่กฎหมาย กำหนด ยกตัวอย่าง เช่น ฆ่าคนตาย ปล้นทรัพย์ ลักทรัพย์ ฉ้อโกง

1.2) ความผิดเพราะกฎหมายห้าม (Mala Prohibita : Malum Prohibitum) หมายความว่า การกระทำนั้นไม่ผิดมโนธรรมสำนึก ไม่ผิดศีลธรรม ไม่เป็นความผิดในตัวเอง แต่เป็นการกระทำที่สมควรมีคำหาผิดและมีการลงโทษ จึงควรเอาความผิดแก่เป็นสาเหตุให้ต้องมีการตรากฎหมายขึ้น โดยเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยรัฐสภา ที่เรียกว่าหรือ “กฎหมายเทคนิค (Technical law)” หรือ “กฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (Positive law)” มีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมอันเป็นประโยชน์สาธารณะ ดังเช่น ความผิดตามกฎหมายจราจร ความผิดตามกฎหมายการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ เป็นต้น<sup>21</sup>

#### 2) การแบ่งแยกความผิดอาญาในแง่ของการกระทำ

การกระทำ หมายถึง ความรู้สำนึกในการเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกาย การแบ่งประเภทความผิดอาญาในแง่ของการกระทำจึงแบ่ง ออกได้ดังต่อไปนี้

2.1) ความผิดโดยการเคลื่อนไหวร่างกาย หมายถึง “การเคลื่อนไหวก้ามเนื้อ หรือร่างกายเกิดเป็นอริยาบถ ภายใต้การบังคับของจิตใจ อาจยังไม่ถึงขั้น “เจตนา” เพียงแต่ผู้เคลื่อนไหว

<sup>21</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2549). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 9 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: จีระรัชการพิมพ์. อ้างถึงใน โกเมศ ขวัญเมือง, ธรรฐาพร ปกสุตโร และปลัดจตุร ประปทุม. (2564). การแบ่งประเภทของความผิดอาญา. *วารสาร มจร สังคมศาสตร์ปริทรรศน์*. 10(2). หน้า 399.

ได้กระทำลงไปโดยรู้สึกตัวว่า “กำลังทำอะไรอยู่” อีกทั้งการเคลื่อนไหวร่างกายจะต้องมีพฤติกรรมประกอบอธิยาบถด้วย

กฎหมายอาญาต้องการเห็นว่าการเคลื่อนไหวร่างกายนั้นผู้เคลื่อนไหวร่างกายต้อง “รู้สำนึกในการกระทำ” ด้วย ประกอบด้วยขั้นตอนของสภาวะทางจิตใจอันเป็นองค์ประกอบภายใน 3 ขั้นตอนด้วยกัน คือ การคิด การตกลงใจว่าจะกระทำตามที่คิด และได้กระทำตามที่คิดและตกลงใจนั้น<sup>22</sup>

2.2) ความผิดโดยไม่เคลื่อนไหวร่างกายตามกฎหมายอาญานั้น คำนี้ถึงถึงการที่บุคคลมีหน้าที่ที่ต้องกระทำเพื่อป้องกันผลร้าย แต่บุคคลผู้มีหน้าที่ไม่กระทำการนั้น เป็นผลให้เกิดผลร้ายขึ้นมา

กฎหมายอาญามีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงมีการกำหนดความรับผิดชอบแก่การไม่กระทำที่ก่อให้เกิดผลร้าย ไว้เป็น 2 กรณี กล่าวคือ

การงดเว้นไม่กระทำการ (การไม่กระทำ) หมายความว่าผู้งดเว้นมีหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผล แต่ผู้กระทำการงดเว้นไม่กระทำในสิ่งที่ตน “มีหน้าที่” ต้องกระทำ “เพื่อป้องกันผล” ดังนั้นกฎหมายอาญาจึงถือว่าผู้งดเว้นการกระทำเช่นว่านี้เป็นผู้กระทำความผิดด้วย ดังนั้นผู้ที่งดเว้นการกระทำจึงต้องรับผิดชอบตามกฎหมายอาญา

การกระทำความผิดโดยการละเว้น (Omission) เป็นกรณีที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งวางเฉยไม่กระทำการใดๆตามหน้าที่ทั่วไปที่กฎหมายระบุให้กระทำ แต่ต้องเป็นหน้าที่เฉพาะถึงขนาดที่กฎหมายบัญญัติความผิดฐานงดเว้นการกระทำไว้

การกระทำความผิดโดยการละเว้นนี้เกิดจากจุดประสงค์ของกฎหมายอาญาที่เป็นเครื่องมือในการจัดระเบียบสังคม โดยการกำหนดขอบเขตหน้าที่ทั่วไปที่บุคคลควรจะต้องกระทำ ซึ่งหน้าที่ทั่วไป ดังกล่าวนั้นเกิดขึ้นและพัฒนามาจากหน้าที่ทางศีลธรรม หรือหน้าที่ที่ก่อให้เกิดความสะดวกในการบริหารราชการแผ่นดิน หรือหน้าที่ที่เกิดจากความจำเป็นในการบริหารราชการของรัฐ โดยกฎหมายบัญญัติให้การละเว้นนั้นเป็นความผิดทันทีที่มีพฤติกรรมว่าไม่กระทำตามหน้าที่ทั่วไป ดังกล่าว หรือกรณีหน้าที่อันเกิดกฎหมายบัญญัติให้บุคคลต้องกระทำเพื่อป้องกันผลประโยชน์สาธารณะ หรือป้องกันสาธารณภัย<sup>23</sup>

<sup>22</sup> หยุต แสงอุทัย. (2551). *กฎหมายอาญา 1* (พิมพ์ครั้งที่ 20). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. อ้างถึงใน โภเมศ ขวัญเมือง, ธรสฐาพร ปกสุสโร และปลัดอุดร ปริบุญโญ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 21. หน้า 400.

<sup>23</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2551). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. บทบัญญัติทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: พลศยามพรีนติ้ง. อ้างถึงใน โภเมศ ขวัญเมือง, ธรสฐาพร ปกสุสโร และปลัดอุดร ปริบุญโญ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 21. หน้า 402.

### 3) การแบ่งแยกความผิดอาญาในแง่เจตนา แบ่งออกได้เป็น 5 ประการ ดังต่อไปนี้

3.1) ความผิดที่กระทำโดยเจตนา คือผู้กระทำการกระทำไปโดยรู้สำนึก (คิดจะกระทำ ตกลงใจจะกระทำตามที่คิด และกระทำลงไปตามที่คิดและตกลงใจนั้น) ในขณะที่เดียวกัน ผู้กระทำประสงค์ต่อผล คือต้องการให้ผลเกิด หรือยอมเล็งเห็นผล คือเห็นผลที่จะเกิดมาอย่างแน่นอนแต่ไม่ใส่ใจต่อผลเช่นนั้น

3.2) ความผิดที่กระทำโดยประมาท กล่าวคือเป็นการกระทำความผิดที่ผู้กระทำไม่มีเจตนาแต่ ได้กระทำลงไปโดยปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งผู้กระทำในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังได้แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่ และมีกฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิด

3.3) ความผิดที่ไม่ต้องมีเจตนาและไม่ต้องประมาท

3.4) ความผิดนอกเหนือเจตนา เช่น กรณีที่ผู้กระทำมีเพียงเจตนาทำร้าย ไม่มีเจตนาทำให้ผู้อื่นตาย แต่ผลการทำร้ายนั้นทำให้ผู้อื่นตายก็ต้องรับผิดในความตายอันเป็นผลจากการทำร้ายอยู่นั่นเอง

3.5) ความผิดที่ต้องรับผิดในผลสุดท้ายแห่งเจตนา เช่น ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 224 ฐานวางเพลิงเผาทรัพย์สินของผู้อื่นจนเป็นเหตุให้บุคคลอื่นถึงแก่ความตาย

### 4) การแบ่งแยกความผิดอาญาในแง่ของผู้กระทำ แบ่งออกได้เป็น 2 ประการ ดังต่อไปนี้

4.1) ความผิดที่กำหนดคุณสมบัติของผู้กระทำ หมายถึง ความผิดที่กำหนดไว้ โดยเฉพาะว่าผู้กระทำจะต้องมีคุณสมบัติพิเศษ ตัวอย่างเช่นความผิดที่เริ่มต้นด้วยคำว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน” ตามมาตรา 147 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เป็นต้น<sup>24</sup>

4.2) ความผิดทั่วไป หมายถึง ความผิดที่บุคคลทั่วไปเป็นผู้กระทำความผิด สังเกตได้จากบทบัญญัติความผิดจะเริ่มต้นด้วยคำว่า “ผู้ใด” เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 เป็นต้น

### 5) การแบ่งแยกความผิดอาญาในแง่โทษ แบ่งออกเป็น 2 ประการ ดังต่อไปนี้

5.1) ความผิดลหุโทษ เป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่มุ่งเน้นในการรักษาความสงบสุขของสังคมโดยเป็นการป้องปรามมิให้เป็นความผิดอาญาที่หนักขึ้นจนเกินเหตุ และเพื่อไม่ให้บุคคลใช้สิทธิของตนจนก่อให้เกิดความรำคาญแก่ผู้อื่นหรือแก่สังคมส่วนมากจนไม่สามารถอยู่กันอย่างปกติสุข

<sup>24</sup> ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ. (2560). *กฎหมายอาญา ภาคความคิด*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. อ้างถึงใน โทเมศ ขวัญเมือง, ธรรมฐาพร ปกสุสโร และปลัดจตุร ปริบุญโณ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 21. หน้า 403.

5.2) ความผิดทั่วไป ได้แก่ ความผิดที่มีอัตราโทษสูงกว่าความผิดลหุโทษ

6) การแบ่งแยกความผิดอาญาในแง่การดำเนินคดี แบ่งแยกย่อยได้เป็น 2 ประการ คือ

6.1) ความผิดอันยอมความได้ คำว่า “ความผิดต่อส่วนตัว” กับคำว่า “ความผิดอันยอมความได้” มีนัยความหมายเดียวกัน เพียงแต่ว่าถ้อยคำดังกล่าวนี้ ได้มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายคนละฉบับกันและใช้ถ้อยคำต่างกันเท่านั้น กล่าวคือในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาใช้คำว่า “ความผิดต่อส่วนตัว” แต่ในประมวลกฎหมายอาญาใช้คำว่า “ความผิดอันยอมความได้”

6.2) ความผิดอาญาแผ่นดิน คำว่า “ความผิดต่อแผ่นดิน” กับคำว่า “ความผิดอาญาแผ่นดิน” ในความจริงแล้วทั้งสองคำนี้ความหมายเหมือนกันกล่าวคือหมายถึง ความผิดที่หากเกิดขึ้นแล้วนอกจากจะมีผลกระทบต่อผู้ที่ถูกกระทำโดยตรงแล้ว ยังมีผลกระทบต่อสังคมโดยรวมเป็นวงกว้างอีกด้วย ดังนั้นรัฐต้องเข้ามาดำเนินการเอาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ แม้ผู้ที่ถูกกระทำนั้นจะไม่คิดใจเอาความหรือ ดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดต่อไปแล้วก็ตาม ทั้งนี้เพื่อเป็นการป้องกันสังคมโดยรวม

จะเห็นได้ว่าการแบ่งประเภทของความผิดอาญาออกเป็นประเภทต่าง ๆ นั้น เป็นการแบ่งประเภทโดยการนำหลักการทางอาญาที่สำคัญต่าง ๆ มาใช้ในการแบ่งประเภท ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าการแบ่งประเภทของกฎหมายอาญานั้นสัมพันธ์ต่อการกำหนดความรับผิดชอบและโทษทางอาญาที่จะลงต่อผู้กระทำความผิดเพราะการกำหนดโทษหนัก เบา ควรขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของการกระทำและเจตนาร้ายของผู้กระทำความผิดนั่นเอง

#### 2.4.4 หลักเกณฑ์ว่าด้วยข้อจำกัดในการบังคับใช้กฎหมายอาญา และประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายอาญา

เนื่องจากกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายจำกัดสิทธิเสรีของบุคคลในสังคม การใช้กฎหมายอาญาจึงต้องใช้อย่างระมัดระวัง เพื่อก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด และมีความเหมาะสมต่อสถานการณ์ปัจจุบัน โดยมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

1) รัฐไม่ควรบัญญัติกฎหมายอาญา โดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อให้ผู้อื่นเชื่อฟังและหากฝ่าฝืนจะได้รับการลงโทษแก่คนทดแทน โดยไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสังคมในเรื่องอื่นๆ ด้วย

2) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาลงโทษความประพฤติที่ไม่ก่อให้เกิดอันตรายหรือไม่มีพิษภัย เห็นว่า ในกรณีผลร้ายซึ่งเกิดจากการลงโทษมีมากกว่าผลร้ายซึ่งเกิดจากความผิด โดยเมื่อนำผลได้และผลเสียมาชั่งน้ำหนักแล้วเห็นได้ว่าการลงโทษตามกฎหมายอาญาเกิดประโยชน์น้อยกว่า

3) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาเพียงเพื่อมีวัตถุประสงค์ในการบังคับให้บุคคลกระทำการเพื่อประโยชน์แก่ตนเองเท่านั้น ดังนั้นรัฐจึงไม่ควรจำกัดสิทธิโดยบัญญัติของกฎหมายถ้าการกระทำนั้นมีได้ก่อให้เกิดการใช้ความรุนแรงหรือเป็นอันตรายต่อผู้อื่น การบัญญัติกฎหมายอาญา

จะเป็นการถูกต้องก็ต่อเมื่อมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันภัยอันตรายอันจะเกิดแก่บุคคลอื่นในสังคมนั้น ภัยอันตรายที่จะเกิดแก่ตนเองโดยมิใช่บุคคลอื่นเป็นผู้ก่อให้เกิดไม่ว่าจะเป็นทางกายภาพหรือทาง จริยธรรมแล้วย่อมไม่อาจถือเป็นข้ออ้างเพียงพอสำหรับการจำกัดเสรีภาพการกระทำของมนุษย์<sup>25</sup>

เพราะว่ากฎหมายอาญามีบทบาทสำคัญในการควบคุมความประพฤติของบุคคลในสังคม ซึ่งค้นพบว่ามิพหุติกรรมบางอย่างที่กฎหมายอาญาไม่สามารถควบคุมได้ และการพยายามใช้ กฎหมายอาญาเพื่อควบคุมพฤติกรรมเช่นนั้นจะไม่ก่อให้เกิดประโยชน์อันใดต่อสังคมโดยรวมเลย มีสาระสำคัญดังนี้

1) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาห้ามการกระทำซึ่งไม่ได้รับการสนับสนุนอย่างแข็งขัน จากสาธารณชนจะทำให้บังคับใช้กฎหมายกระทำได้ยาก เสียค่าใช้จ่ายสูง เนื่องจากความร่วมมือของ ประชาชนเป็นสิ่งสำคัญในการบังคับใช้กฎหมายอาญา ดังนั้น กฎหมายที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับ สังคมส่วนรวมแล้ว กฎหมายนั้นย่อมต้องได้รับการยอมรับจากประชาชนนั้นด้วย ตัวอย่างเช่นที่ ประเทศไทย มีการเปิดรับฟังความเห็นของประชาชนการมีการตรากฎหมายใหม่

2) รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดซึ่งบังคับใช้ไม่ได้ในกฎหมายอาญา กรณีที่หากมีผู้ฝ่าฝืน จะถูกดำเนินคดีและถูกลงโทษเพียงเล็กน้อยเท่านั้น กล่าวคือกฎหมายใช้บังคับไม่ได้ เนื่องจาก ประชาชนขาดความเคารพในกฎหมายและทำให้กฎหมายขาดความศักดิ์สิทธิ์

3) กฎหมายอาญาไม่ควรบัญญัติข้อห้ามบางประการเมื่อฝ่าฝืนแล้วไม่สามารถพิสูจน์ ได้ว่ามีความผิดจริง กล่าวคือเมื่อมีผู้กระทำความผิดเป็นจำนวนมาก แต่รอดพ้นจากการบังคับใช้ กฎหมายอาญาจึงไม่มีประโยชน์ในการบังคับใช้กฎหมายอาญา แต่เมื่อมีบุคคลใดบุคคลหนึ่งถูกจับ และถูกฟ้องคดี ประชาชนทั่วไปจะมองว่าการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวไม่เป็นธรรม เพราะ ยังมีผู้กระทำความผิดอีกมากที่ไม่ได้ถูกจับ หรือถูกลงโทษ<sup>26</sup>

จากข้อมูลดังกล่าวข้างต้นผู้วิจัยเห็นว่าการบัญญัติกฎหมายอาญาเพื่อควบคุมความ ประพฤติของบุคคลในสังคมแล้ว ย่อมต้องคำนึงถึงปัจจัยทางด้านสังคม และวัฒนธรรมอื่นๆ ประกอบเข้าด้วยกัน จะตึงเกินไป หรือหย่อนเกินไปย่อมไม่ส่งผลดีให้กับทุกภาคส่วน แต่หาก กฎหมายที่รัฐบัญญัติออกมานั้นสามารถบังคับใช้ได้จริงตามบริบทของสังคมนั้นๆ ย่อมทำให้ กฎหมายดังกล่าวเกิดความศักดิ์สิทธิ์ และประชาชนให้ความเคารพยำเกรงในกฎหมาย การกระทำ ผิดน้อยลงและลดการกระทำความผิดซ้ำ

<sup>25</sup> สุพล บริสุทธิ์. (2550). *การกำหนดความผิดทางอาญา : ศึกษาเฉพาะกรณีความผิดเกี่ยวกับการค้าประเวณี*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 17.

<sup>26</sup> ประธาน วัฒนวานิชย์. (2546). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา*. กรุงเทพฯ: ปรกาศพฤษ

## 2.5 หลักพื้นฐานกฎหมายอาญา

แม้ประเทศไทยจะใช้กฎหมายระบบซีวิลลอว์ (Civil law) ซึ่งกฎหมายในประเทศเป็นกฎหมายที่ได้รับการบัญญัติขึ้นมาเพื่อแก้ไขปัญหาอย่างใดอย่างหนึ่ง ณ ขณะนั้น แต่การบัญญัติกฎหมายดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้หลักการกฎหมายอาญาที่สำคัญคือหลักประกันในกฎหมายอาญาที่ว่า “nullum crimen, nulla poena sine lege” แปลว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” ซึ่งทำให้เห็นถึงความสำคัญของการบัญญัติกฎหมายอาญา แต่ทั้งนี้การบัญญัติกฎหมายอาญายังต้องอยู่ภายใต้หลักการของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 มาตรา 77 กล่าวโดยสรุปคือต้องบัญญัติกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น การบังคับใช้ต้องไม่ก่อให้เกิดภาระกับประชาชนเกินสมควร ต้องมีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย และการกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดที่ร้ายแรง

### 2.5.1 หลักความชอบด้วยกฎหมาย

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติหรือการตราขึ้น โดยพิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” แสดงให้เห็นว่า กฎหมายอาญาต้องเป็นกฎหมายจากการบัญญัติ แสดงว่ากฎหมายจารีตประเพณีซึ่งเป็นกฎหมายที่เกิดจากการปฏิบัติที่ต่อเนื่องกันมาอย่างเป็นเวลานานของประชาชนจนเป็นที่ยอมรับกันนั้นเกิดจากการปฏิบัติแต่ไม่ได้เกิดจากการบัญญัติ กฎหมายจารีตประเพณีจึงนำมาใช้ในกฎหมายอาญาไม่ได้ หมายความว่ากฎหมายจารีตประเพณีจะกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดทางอาญาไม่ได้ หรือนำกฎหมายจารีตประเพณีมาเพิ่มโทษทางอาญาก็ไม่ได้ (nullum poena sine lege scripta)

หลักความชอบด้วยกฎหมายอาญา คือกฎหมายอาญาต้องเป็นกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติจึงเป็นหลักการที่สำคัญและมีความหนักแน่นกว่ากฎหมายอื่น โดยเฉพาะกฎหมายแพ่งเพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 วรรคสอง บัญญัติให้นำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ในกฎหมายแพ่งได้ เมื่อไม่มีกฎหมายใดที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป ดังนั้นในกฎหมายแพ่งนั้น

กฎหมายจารีต ประเพณีจึงถือว่าเป็นที่มาของกฎหมายแพ่งอย่างหนึ่งด้วย<sup>27</sup> ดังนั้น กฎหมายอาญานั้น ต้องเกิดจากการบัญญัติเท่านั้น ซึ่งแสดงให้เห็นถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายอาญาทั้งนี้ เป็นไปตามมาตรา 2 วรรคแรกแห่งประมวลกฎหมายอาญา<sup>28</sup>

ดังนั้นเมื่อกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ จึงต้องบัญญัติให้ชัดเจนที่สุด เป็นไปตาม “หลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา” (nullum crimen sine lege certa) เนื่องจากการลงโทษทางอาญาแก่บุคคลถือว่าเป็นมาตรการที่รุนแรงที่ใช้กับประชาชนในรัฐ โดยการบัญญัติกฎหมายอาญาจึงต้องหลีกเลี่ยงการใช้ ถ้อยคำที่กำกวม ไม่ชัดเจน หรือถ้อยคำที่อาจตีความได้หลายนัย ซึ่งย่อมขัดกับวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้กฎหมายอาญา เพื่อเป็นหลักประกันว่ากฎหมายอาญาที่บัญญัตินั้นตรงกับเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างแท้จริง และยังเป็นเครื่องมือป้องกันมิให้ศาล เจ้าหน้าที่รัฐใช้อำนาจตามดุลพินิจของตน ในการบังคับใช้กฎหมาย อีกทั้งเพื่อสร้างความรู้สึกถึงความเป็นกลาง ความยุติธรรม ในการบังคับใช้กฎหมายของทุกภาคส่วน ข้อสำคัญในหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญาที่สำคัญคือ การตีความกฎหมายอาญามีความสำคัญอย่างยิ่ง ต่อการบังคับใช้กฎหมาย การบังคับใช้กฎหมายและการตีความกฎหมายจึงเป็นของคู่กันเสมอโดยนักกฎหมายจะใช้กฎหมายได้ถูกต้องต่อเมื่อรู้และเข้าใจความหมายในตัวของกฎหมายนั้น และรวมไปถึงรู้ถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายว่ามุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองใคร

### 2.5.2 หลักความได้สัดส่วนแห่งการลงโทษ

หลักความได้สัดส่วนแห่งการลงโทษ มาจากแนวความคิดที่กล่าวว่า ผู้กระทำความผิดควรได้รับการลงโทษที่เหมาะสมกับการกระทำความผิด คือผู้กระทำความผิดสมควรได้รับโทษที่เหมาะสมกับความเสียหายที่เกิดขึ้น และสมควรได้รับโทษที่เหมาะสมกับตัวบุคคลผู้กระทำความผิดเอง

2.5.2.1 หลักการลงโทษให้ได้สัดส่วนกับลักษณะของการกระทำความผิด มีแนวคิดดังต่อไปนี้

1) ทฤษฎีเจตจำนงอิสระ (Free Will Theory) คิดค้นโดย ซีซาร์ เบ็คคาเรีย (Cesare Beccaria) มีแนวคิดว่าการจะพิจารณาบทลงโทษผู้กระทำความผิด ควรมีความเหมาะสมกับลักษณะ

<sup>27</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 บัญญัติว่า เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป

<sup>28</sup> อัจฉริยา ชูตินันท์. (2564). หลักการกำหนดความผิดอาญาและหลักการกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมาย. *วารสารสุทธิปริทัศน์*. 35(3). หน้า 21-43.

ความผิด (Equal punishment for the same crime)<sup>29</sup> คือ ต้องไม่น้อยเกินไปจนผู้กระทำความผิดเห็นว่าผลประโยชน์ที่ได้รับจากการกระทำความผิดคุ้มค่ากว่าโทษที่ได้รับจากการกระทำความผิดและต้องไม่มากเกินไปจนคู่โหดร้ายทารุณ โดยเชื่อมนุษย์ทุกคน มีเจตจำนงอิสระ (Free Will) และมีอิสระในการเลือกกระทำการใดๆที่เห็นว่าเป็นประโยชน์มากกว่าเสียประโยชน์ ดังนั้น หลักการ กำหนดโทษทางอาญามีความจำเป็นต้องมีพิจารณาหลักความได้สัดส่วนเป็นสำคัญคือ การกำหนดโทษทางอาญาต้องได้ สัดส่วนกับความร้ายแรงของอาชญากรรมนั้นด้วย

2) ทฤษฎีอรรถประโยชน์ (Utilitarianism Theory) คิดค้นโดย เจริมมี เบนธัม (Jeremy Bentham) มีแนวคิดทางจริยธรรมและตั้งคมว่า การออกกฎหมายต้องให้สอดคล้องกับกฎธรรมชาติ จะต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของประชาชนในรัฐ<sup>30</sup> เชื่อว่ากฎ 2 อย่าง คือความพึงพอใจ (Pleasure) และ ความเจ็บปวด (Pain) เป็นตัวกำหนดพฤติกรรมของมนุษย์ ก่อนที่มนุษย์จะตัดสินใจกระทำการใด ต้องชั่งน้ำหนักก่อนเสมอ ดังนั้นการประกอบอาชญากรรมหรือกระทำผิดกฎหมายก็เช่นเดียวกัน หากบุคคลนั้นชั่งน้ำหนักแล้ว พบว่าผลที่จะได้รับจะทำให้บุคคลนั้นเกิดความพึงพอใจมากกว่า บุคคลนั้นจึงเลือกกระทำความผิด ในกรณีกลับกันหากบุคคลนั้นชั่งน้ำหนักแล้ว ผลของการกระทำที่กำลังเกิดขึ้นก่อให้เกิดความเจ็บปวดมากกว่า บุคคลนั้นก็เลือกที่ไม่กระทำความผิด ดังนั้น หลักการกำหนดโทษทางอาญาจึงต้องมีพิจารณาตามหลักความได้สัดส่วนและการกำหนดโทษทางอาญาต้องได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของอาชญากรรมนั้นด้วย

3) ทฤษฎีการข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence Theory) คิดค้นโดยซีซาร์ เบ็คคาเรีย (Cesare Beccaria) และ เจริมมี เบนธัม (Jeremy Bentham) เป็นแนวคิดว่า ในการกำหนดโทษต้องให้มีความเหมาะสมกับความร้ายแรงของอาชญากรรม<sup>31</sup> มีวัตถุประสงค์สองประการ ประการแรกเพื่อลดอาชญากรรมหรือการกระทำความผิดซ้ำจากบุคคลเดิม และประการที่สองเพื่อข่มขู่ไม่ให้ประชาชนเอาเยี่ยงอย่างกระทำความผิดบ้าง เพราะการลงโทษถือว่าเป็นมาตรการทางอาญาที่จำเป็นเพื่อให้ผู้อื่นเกิดความเกรงกลัวไม่กล้าเอาเยี่ยงอย่างและ เพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำซึ่งเป็นวัตถุประสงค์หนึ่งของการลงโทษในปัจจุบัน ดังนั้นเมื่อรัฐจะกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาแล้ว รัฐต้องกำหนดบทระวางโทษที่เหมาะสมไว้ด้วยเสมอ

2.5.2.2 หลักการลงโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับผู้กระทำความผิด (Individualization of punishment)

<sup>29</sup> อัจฉริยา ชุตินันท์. (2563). *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 107.

<sup>30</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 109-110.

<sup>31</sup> อัจฉริยา ชุตินันท์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 29. หน้า 220-221.

หลักการนี้คือการลงโทษต้องให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล (Individualization of punishment) ไม่ใช่ลงโทษโดยทัตเทียมกันตามลักษณะของการกระทำความผิดนั้น (Punishment to fit the criminal) เช่น การลงโทษเด็กอายุ 15 ปี ในการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ กับการลงโทษผู้ใหญ่อายุกว่า 20 ปี ในการกระทำความผิดฐานเดียวกัน หรือแม้แต่การลงโทษบุคคลผู้จำใจกระทำความผิดเพราะความยากจน กับการลงโทษบุคคลผู้กระทำความผิดเพราะความคึกคะนอง เป็นต้น เนื่องจากต้องพิจารณาว่ามนุษย์ทุกคนมีความรู้ผิดชอบไม่เท่าเทียมกัน หรืออาจมีความแตกต่างจากบุคคลทั่วไป จึงไม่สามารถกำหนดเจตจำนงอิสระได้ทัตเทียมกับบุคคลอื่น อาทิเช่น เด็กที่มีอายุน้อย ผู้มีจิตบกพร่อง จิตฟั่นเฟือน เป็นต้น บุคคลเหล่านี้เป็นบุคคลที่อ่อนแอรัฐควรเข้ามาปกป้องเป็นพิเศษ จึงควรได้รับการ ลดโทษหรือยกเว้น โทษแล้วแต่กรณี แนวความคิดนี้มุ่งเน้นที่ตัวผู้กระทำผิดโดยตรง<sup>32</sup> แนวคิดดังกล่าวมีทฤษฎีที่สนับสนุน แนวคิดและหลักการนี้ ดังนี้

1) ทฤษฎีเจตจำนงประสงค์ (Determinism Theory) แนวคิดสำนักอาชญาวิทยา ปฏิฐานนิยม (Positive School) แนวความคิดนี้ยึดนิยามไม่เห็นด้วยการกำหนดโทษ สำหรับผู้กระทำความผิดโดยใช้เกณฑ์เดียวกัน เนื่องจากมนุษย์ทุกคนต่างอยู่ภายใต้อิทธิพลของสิ่งแวดล้อมภายนอก ทำให้มนุษย์ขาดเจตจำนงอิสระในการตัดสินใจในการเลือกที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการ ใดๆอย่างหนึ่งอย่างเสรี ซึ่งอาจนำไปสู่พฤติกรรมที่จำต้องกระทำโดยความจำเป็นหรือกระทำความผิดโดยไม่เจตนาได้ ดังนั้น การกระทำความผิดของมนุษย์ที่ขาดเจตจำนงอิสระ สังคมนั้นๆ ควรเข้ามามีส่วนร่วมรับผิดชอบต่อผู้กระทำความผิดนั้นด้วย

2) ทฤษฎีความชั่ว (nulla poena sine culpa) หรือ “หลักไม่มีโทษ โดยไม่มี ความชั่ว” โดยหลักกฎหมายอาญานี้ถือว่า “ความชั่ว” เป็นพื้นฐานในการลงโทษ ความชั่ว (Schuld) ในกฎหมายอาญาแตกต่างจากความชั่วในความหมายทั่วไป กล่าวคือ ในความหมายทั่วไปความชั่ว หมายถึง ความไม่ดีไม่งามอันเกิดจากการฝ่าฝืนศีลธรรมหรือขนบธรรมเนียมประเพณี แต่สำหรับ ความชั่ว ในความหมายของกฎหมายอาญา หมายถึง การกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดที่กฎหมายบัญญัติ และเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ดังนั้นจะเป็นการกระทำที่ชั่วหรือไม่ ย่อมขึ้นอยู่กับ การตัดสินใจของผู้กระทำในขณะกระทำความผิดนั้น ผู้ที่มีความรู้ผิดชอบและแยกแยะได้ว่า อะไรผิดอะไรถูก ย่อมไม่กระทำการใดอันเป็นความผิดกฎหมาย เมื่อผู้กระทำขาดสติ และได้กระทำ

<sup>32</sup> Harcourt Bernard E. (2003). The Shaping of Chance: Actuarial Models and Criminal Profiling at the Twenty – First Century. *University of Chicago Law Review*. 70(1). pp. 1-24. อ้างถึงใน อัจฉริยา ชูตินันท์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 29. หน้า 21-43.

การใดอันเป็นความผิดกฎหมายลงไป การกระทำของบุคคลนั้นย่อมได้รับการถูกตำหนิจากสังคม ในกฎหมายอาญาจึงถือว่าผู้นั้นมีความชั่ว<sup>33</sup>

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย เป็นนักนิติศาสตร์ไทยคนแรกที่กำลังกล่าวถึง ความชั่ว ในกฎหมายอาญา โดยศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ได้กล่าวถึงเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษให้ ทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นการชั่วร้าย อาทิเช่น การที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำลงโดย ถูกบังคับ ชูเชิญให้กระทำผู้กระทำความผิดนั้นได้กระทำด้วยความจำเป็น หรือผู้กระทำความผิด ได้กระทำตามคำสั่งโดยเชื่อว่าเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>34</sup> เป็นต้น อีกทั้งหลักไม่ลงโทษโดยไม่มี ความชั่ว (nulla poena sine culpa) ยังรวมไปถึงการลงโทษบุคคลผู้กระทำความผิดเกินกว่าความชั่วของบุคคล นั้นไม่ได้ ซึ่งเดียวกันกับ “หลักการลงโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล” (Individualization of Punishment) ดังนั้นหลักการนี้จะไม่ลงโทษบุคคลโดยปราศจากความชั่ว (Schuld) คือ จะลงโทษบุคคลที่ขาดความรู้ผิดชอบไม่ได้ และหลักการนี้จะลงโทษบุคคลเกิน ความชั่ว (Schuld) คือ เกินกว่าความรู้ผิดชอบของบุคคลนั้นไม่ได้

จากทฤษฎีที่กล่าวมาแล้วข้างต้นผู้วิจัยมีความเห็นว่าการกำหนดโทษที่ผู้กระทำ ต้องได้รับในการกระทำความผิดนั้นต้องชั่งน้ำหนักระหว่างผลตอบแทนหรือความสุขที่ผู้กระทำจะ ได้รับจากการกระทำความผิด เปรียบเทียบผลร้ายหรือโทษที่ผู้กระทำจะได้รับหากกระทำความผิด ให้มีความเหมาะสมได้สัดส่วน โดยต้องกำหนดโทษให้มีผลร้ายมากกว่าผลตอบแทนที่ผู้กระทำ ได้รับ เพื่อยับยั้งไม่ให้เกิดผู้กระทำความผิด เพราะผู้วิจัยเชื่อว่าบุคคลแต่ละคนย่อมคำนึงถึง “ความคุ้มค่า” ของการกระทำอยู่เสมอ โดยบทกำหนดโทษควรกำหนดเป็นหลักเกณฑ์ที่แน่นอนตายตัว และบังคับใช้ได้กับทุกคนอย่าง “เท่าเทียม” องค์กรใด ในการพิจารณาการลงโทษย่อมต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมของผู้กระทำความผิดของแต่ละบุคคลด้วยเช่นกัน กล่าวคือจะลงโทษเยาวชนอายุ 18 เท่ากับผู้ใหญ่อายุ 30 ย่อมเป็นไปได้ ดังนั้นในการพิจารณาโทษจึงเป็นดุลพินิจของผู้มีอำนาจที่จะกำหนดการลงโทษที่เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละคนอย่าง “ยุติธรรม”

## 2.6 มาตรการลงโทษทางอาญา

เมื่อมีการกระทำความผิดกฎหมายเกิดขึ้น ไม่มากก็น้อยย่อมต้องมีการลงโทษบุคคลผู้กระทำความผิด เพื่อเป็นการลงโทษ และป้องกันไม่ให้กลับมากระทำความผิดอีก และเป็นไปเพื่อการป้องกันสังคม โดยการป้องปรามให้เกิดความเกรงกลัวมิให้บุคคลอื่นในสังคมกระทำความผิด

<sup>33</sup> คณิศ ณ นคร. (2563). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 292.

<sup>34</sup> หยุต แสงอุทัย. (2548). การวินิจฉัยปัญหาคดีอาญา. *บทบัญญัติ*. 11. หน้า 232.

อย่างเดียวกัน ทั้งนี้การลงโทษทางอาญาตามกฎหมายไทยนั้นถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 18 วรรคหนึ่งประกอบด้วย 5 สถานด้วยกันได้แก่

- 1) ประหารชีวิต
- 2) จำคุก
- 3) กักขัง
- 4) ปรับ
- 5) ริบทรัพย์สิน

จะเห็นได้ว่ามีทั้งโทษที่บังคับเอากับชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด เนื่องด้วยมีจุดประสงค์ในการลงโทษที่แตกต่างกันออกไป และในการลงโทษนั้นต้องมีการบังคับคดีตามคำพิพากษาเป็นขั้นตอนสุดท้าย โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้จำเลยต้องได้รับความผิดที่ตนได้ก่อขึ้น

“โทษ” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานในความหมายทั่วไปจะหมายถึงความผิด หรือผลแห่งความผิดที่ต้องรับผลร้าย ส่วนในความหมายของความผิดในทางอาญาจะหมายถึง มาตรการที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับลงโทษผู้กระทำความผิดอาญา ตามประมวลกฎหมายอาญา

โทษทางอาญา คือ ผลร้ายซึ่งผู้กระทำความผิดได้รับเนื่องจากการฝ่าฝืนกฎหมายอาญา โดยแนวคิดในการกำหนดโทษและความผิดที่มีโทษทางอาญาอาจคล้ายคลึงหรือแตกต่างกันตามแต่สภาพเศรษฐกิจ สังคม ประเพณีและวัฒนธรรมของแต่ละประเทศ

### 2.6.1 วัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญา

การอยู่อาศัยร่วมกันของประชาชนในสังคม เพื่อความสงบสุขแล้วเมื่อมีการกระทำ ความผิดเกิดขึ้น ประชาชนในสังคมต้องหาวิธีการในการจัดการคนที่ละเมิดต่อกฎเกณฑ์ดังกล่าว มิเช่นแล้วเท่ากับว่าสังคมยอมรับการกระทำผิดที่เกิดขึ้น วิธีการในการลงโทษผู้กระทำความผิดในแต่ละยุคสมัยหรือในแต่ละสังคมขึ้นอยู่กับวิถีชีวิต ความเชื่อ สถานการณ์ เช่นในสมัยโบราณย่อมมีวิธีการลงโทษที่รุนแรงกว่าในสมัยใหม่ เป็นต้น ซึ่งจะสังเกตได้ว่าในแต่ละยุคสมัยนั้นมีวัตถุประสงค์และวิธีการจัดการกับผู้กระทำความผิดที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งสามารถสรุป วัตถุประสงค์ของการลงโทษได้ดังต่อไปนี้

- 1) การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Retribution)

เป็นวัตถุประสงค์การลงโทษที่มาอย่างยาวนานตั้งแต่สมัยโบราณในยุคที่สังคมยังไม่มี วิทยาศาสตร์มากนัก ด้วยความเชื่อที่ว่าผู้กระทำความผิดมีความชั่วร้าย ต้องได้รับการลงโทษที่สาสม รูปแบบการลงโทษตามแนวความคิดนี้จึงออกมาในรูปแบบที่รุนแรง ป่าเถื่อน เช่น ถ้าลักทรัพย์จะถูก

ตัดมือ, การเขี่ยขี้ เป็นต้น แต่หากมองในมุมกลับกัน การลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทน มีวัตถุประสงค์ที่จะเยียวยาความรู้สึกของผู้เสียหายและประชาชนในสังคมอยู่ในตัว ตามแนวคิดที่ว่า “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” (An eye for an eye, a tooth for a tooth)

แต่เหตุผลที่รัฐต้องเข้าไปลงโทษผู้กระทำความผิดแทนผู้เสียหาย ก็เพื่อเป็นการป้องกันมิให้มีการแก้แค้นกันเอง และก่อให้เกิดการแก้แค้นกันอย่างไม่เป็นที่สิ้นสุด รวมไปถึงเป็นการช่วยเหลือผู้ที่อ่อนแอกว่า หรือผู้ที่อยู่ภายใต้อิทธิพลของผู้อื่นให้ได้รับความเป็นธรรมด้วยวิธีการลงโทษผู้ที่ก่อให้เกิดผลร้ายด้วยวิธีการที่เท่าเทียมกันอย่างยุติธรรม วิธีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนยังคงหลงเหลืออยู่ในปัจจุบัน โดยขึ้นอยู่กับความรุนแรงของอาชญากรรมที่เกิดขึ้น แต่อย่างไรก็ได้วัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนก็ได้ลดความสำคัญลงมา เนื่องด้วยสถานการณ์ของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป และมีเหตุผลในการลงโทษอื่นๆมาเพื่อประกอบ โดยเฉพาะในยุคที่มีการเรียกร้องถึงสิทธิมนุษยชน และสิทธิในชีวิต ร่างกาย ของประชาชน แต่อย่างไรก็ดีแม้การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนจะลดความสำคัญลงมา แต่ก็เชื่อว่าจะหายไปเลยเสียทีเดียว ดังข้อสังเกตที่ว่า “การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนไม่มีทางหายไป หากการรุมประชาทัณฑ์ยังคงมีอยู่” และยังพบอีกว่าวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนก็มีจุดอ่อนหลายประการ กล่าวคือ 1. การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนไม่ได้มองถึงประโยชน์ในอนาคต กล่าวคือไม่ได้มองว่าจะเกิดการกระทำความผิดซ้ำหรือไม่ แต่มองแต่เพียงว่าผู้เสียหายพึงพอใจ สังคมพึงพอใจ 2. การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนไม่ได้มองถึงความจำเป็นของสังคม แต่มองถึงความเหมาะสมของโทษกับความผิดที่กระทำ ดังนั้นเมื่อลงโทษแล้วก็ต้องปล่อยตัวออกไป โดยไม่ได้คำนึงว่าจะมีการกระทำความผิดอีกหรือไม่ หรือไม่ได้คำนึงถึงภาระต่อสังคมที่ตามมา 3. เป็นเรื่องยากที่จะวัดว่าโทษที่ลงต่อผู้กระทำความผิดเท่าเทียมกับการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นหรือไม่ เพราะเป็นเรื่องของความรู้สึกของแต่ละบุคคล ดังเช่นว่า “สาสมของอีกบุคคลหนึ่ง อาจไม่เพียงพอสำหรับอีกบุคคลหนึ่ง” ซึ่งเรื่องของความยุติธรรม ลงโทษอย่างไรให้ยุติธรรมยังคงเป็นเรื่องของความรู้สึก ของความพึงพอใจทั้งสิ้น

## 2) การลงโทษเพื่อข่มขวัญยับยั้ง (Deterrence)

มาจากแนวความคิดของสำนักอาชญาวิทยาดั้งเดิม (Classical School) ซึ่งเชื่อว่ามนุษย์มีเหตุมีผล และมีเจตจำนงอิสระ (Free Will) ที่จะเลือกหรือไม่เลือกทำอะไรก็ได้ โดยเลือกทำในสิ่งที่จะทำให้ตนเองได้รับประโยชน์และพอใจ ดังนั้นการกระทำผิดจึงเกิดจากการเลือกกระทำของผู้กระทำความผิดเนื่องจากเห็นว่าได้ประโยชน์มากกว่าจึงกล้าเสี่ยงทำผิด การลงโทษจึงควรมีขึ้นเพื่อป้องกันการกระทำความผิด ตามแนวคิดที่ว่า “กันไว้ดีกว่าแก้” โดยทำให้ผู้ที่ต้องการกระทำความผิดเห็นว่าผลที่ได้จากการกระทำความผิดก่อให้เกิดความเจ็บปวด ไม่คุ้มค่าต่อความสุขที่ได้รับจากการกระทำความผิด ซึ่งจากเหตุดังกล่าวข่มขู่ทำให้ผู้ที่ต้องการกระทำความผิดหลีกเลี่ยงที่จะกระทำ

ความผิดดังกล่าว ดังนั้นการลงโทษต้องมุ่งผลในการป้องกัน ก่อให้เกิดการข่มขืนด้วย 2 ลักษณะ คือ การข่มขืนด้วยโดยทั่วไป (General Deterrence) เป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อข่มขืนหรือป้องกันไม่ให้คนอื่นในสังคมที่ยังมีเคยกระทำความผิด กระทำความผิดแบบเดียวกันเพราะเกรงกลัวต่อการลงโทษ และการข่มขืนด้วยเฉพาะราย (Special Deterrence) เป็นการลงโทษผู้กระทำความผิด เพื่อให้ผู้กระทำความผิดนั้นเข็ดกลัวต่อการลงโทษ และไม่กลับมากระทำความผิดซ้ำอีก

เรย์ เจฟเฟอริย์ กล่าวว่า การลงโทษเพื่อวัตถุประสงค์เพื่อข่มขืนด้วยนั้นจะมีประสิทธิผลต้องประกอบไปด้วยลักษณะ 4 ประการ

1) การลงโทษต้องมีความแน่นอนในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ กล่าวคือต้องบังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัด เพื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นต้องทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับการลงโทษ

2) การลงโทษจะต้องกระทำได้อย่างรวดเร็ว เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นต้องนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้อย่างรวดเร็วให้เห็นผลทันที เหมือน “กรรมติดจรวด” โดยเฉพาะหากเป็นกรณีการกระทำความผิดในคดีที่สะท้อนขวัญประชาชนหรือคดีที่ประชาชนให้ความสนใจมาก กระบวนการยุติธรรมทุกภาคส่วน ต้องร่วมมือกันในการดำเนินคดีให้รวดเร็ว เพื่อให้ผู้ต้องหาได้รับการพิจารณาคัดสินโดยเร็ว ก็จะทำให้การลงโทษมีผลในการข่มขืนด้วยมากขึ้น

3) การลงโทษต้องมีความเสมอภาค เท่าเทียมกันโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ มิเช่นนั้น การลงโทษย่อมไม่ศักดิ์สิทธิ์

4) การลงโทษจะต้องมีบทลงโทษที่เหมาะสมและทัดเทียมกับความผิด กล่าวคือ บทลงโทษต้องได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดไม่มากไป ไม่น้อยไป หากน้อยเกินไปคนยอมไม่เกรงกลัว หากมากเกินไปคนยอมต้องการปกปิดการกระทำความผิด รวมไปถึงภาระการพิสูจน์ในกระบวนการพิจารณาต้องหนักหนามากขึ้นด้วย

แต่จะเห็นว่าแม้การลงโทษในเพื่อการข่มขืนด้วยจะมุ่งเน้นในการป้องกันอาชญากรรมเป็นสำคัญ แต่ก็ยังปรากฏในปัจจุบันว่าอาชญากรรมก็ยังเกิดขึ้นอยู่ทั่วไป เนื่องจากการลงโทษเพื่อการข่มขืนด้วยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้คนเกรงกลัว แต่มิได้เป็นการขัดเกลาคใจของผู้กระทำความผิดให้รู้จักสำนึกผิดชอบชั่วดี หรือในบางกรณีผู้กระทำความผิดมีความบกพร่องทางด้านร่างกายหรือสติปัญญา มีการตัดสินใจบกพร่องว่าประชาชนทั่วไป การลงโทษเพื่อการข่มขืนด้วยย่อมไม่สามารถแก้ปัญหาได้อย่างตรงจุด

3) การลงโทษเพื่อตัดโอกาสกระทำความผิด (Incapacitation)

มีหลักการว่าอาชญากรรมย่อมไม่เกิดขึ้นถ้าไม่มีอาชญากรหรืออาชญากรไม่มีโอกาสที่จะทำผิด โดยมีวัตถุประสงค์ที่คล้ายกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อข่มขืนด้วย คือ

เพื่อการป้องกันอาชญากรรม แต่ต่างกันตรงที่ว่า การลงโทษเพื่อการข่มขู่ยับยั้งมิให้เกิดความเกรงกลัวไม่กระทำผิดขึ้นอีก ส่วนการลงโทษเพื่อตัดโอกาสมุ่งป้องกันการกระทำผิดซ้ำโดยการตัดโอกาสในการกระทำความผิด หรือตัดความสามารถในการกระทำความผิด สำหรับการลงโทษที่สนองต่อวัตถุประสงค์นี้ และใช้กันแพร่หลายในปัจจุบันก็คือ การจำคุก โดยการทำให้ผู้กระทำความผิดออกไปจากสังคมเพื่อให้สังคมปลอดภัย แต่การจำคุกก็เป็นการลงโทษเพื่อตัดโอกาสกระทำความผิดเพียงชั่วคราวเท่านั้น สุดท้ายแล้วผู้กระทำความผิดก็ต้องกลับออกมาใช้ชีวิตในสังคมปกติ ซึ่งหากผู้กระทำความผิดไม่สามารถปรับตัวภายหลังพ้นโทษจำคุกได้ย่อมเป็นบ่อเกิดให้เกิดการกระทำความผิดซ้ำอีกเป็นได้

#### 4) การลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู (Rehabilitation)

แนวคิดของสำนักอาชญาวิทยาปฏิฐานนิยม (Positive School) เชื่อในเรื่องเกี่ยวกับเจตจำนงกำหนด (Determinism) กล่าวคือ การกระทำของมนุษย์ถูกกำหนดจากปัจจัยต่าง ๆ ดังนั้นมนุษย์ไม่สามารถเลือกได้อย่างอิสระ แต่มนุษย์ถูกกดดัน หลอหลอมจากสิ่งแวดล้อมและปัจจัยต่างๆ จนมีบุคลิกภาพที่บกพร่องและหันไปสู่การกระทำผิด อันเป็นผลมาจากปัจจัยหลายอย่างรวมกัน ได้แก่ ปัจจัยทางจิตวิทยา ปัจจัยทางชีวภาค และปัจจัยเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมทางสังคม ซึ่งปัจจัยเหล่านี้ขึ้นอยู่กับการควบคุมของมนุษย์และมีความแตกต่างกันไปในแต่ละบุคคล ดังนั้นแล้วการลงโทษจึงไม่ควรมุ่งเน้นที่การกระทำความผิดเป็นหลัก แต่ควรพิจารณาถึงสาเหตุที่ทำให้เกิดการกระทำผิดและการแก้ไขไปที่สาเหตุนั้น ซึ่งถือได้ว่าเป็นการแก้ที่ต้นเหตุ

ดังนั้นวิธีการลงโทษตามแนวความคิดนี้จึงเน้นที่ตัวผู้กระทำความผิด โดยการเน้นการศึกษาผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคลหรือการจำแนกลักษณะ เพื่อหาสาเหตุการกระทำผิดและหาแนวทางแก้ไข จึงเป็นแนวคิดที่ให้โอกาสคนได้กลับตัว ให้โอกาสแก้ไขปรับปรุงตัว ทั้งนี้ต้องหลีกเลี่ยงไม่ให้ผู้กระทำความผิดถูกลงโทษในลักษณะที่เป็นการทำลายคุณลักษณะหรือศักยภาพในการกลับเข้าสู่สังคมของเขา โดยการใช้มาตรการเล็งโทษจำคุก เช่น การรอกการลงอาญาโดยมีการคุมประพฤติ การใช้โทษปรับและการใช้มาตรการในชุมชนอื่นๆ นอกจากนี้หากผู้กระทำความผิดต้องรับโทษจำคุกยังมีวิธีการใช้ให้อยู่ในเรือนจำให้น้อยที่สุดเพื่อให้ได้รับผลกระทบน้อยที่สุด เช่น การพักการลงโทษ การลดวันต้องโทษ หรือการทำงานสาธารณะเป็นต้น รวมไปถึง การฝึกวิชาชีพในเรือนจำ การให้การศึกษา การอบรมทางศีลธรรมและศาสนา การจัดสวัสดิการ การให้การบำบัดแก้ไขเป็นกลุ่มและ

รายบุคคล ทั้งนี้เพื่อมุ่งแก้ไขสาเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดมีความบกพร่องและเป็นเหตุให้กระทำผิด เพื่อให้ผู้กระทำความผิดสามารถกลับตัวกลับใจมาเป็นสมาชิกของสังคมได้อย่างปกติสุข<sup>35</sup>

จากวัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญาทั้ง 4 ข้อที่กล่าวมาแล้วนั้น ผู้วิจัยพบว่ายังมีการบังคับใช้อยู่ในปัจจุบันอย่างครบถ้วน ทั้งนี้จะเป็นการลงโทษตามวัตถุประสงค์ใด ด้วยวิธีการใด ผู้วิจัยเห็นว่าขึ้นอยู่กับประเภทของความผิดนั้นๆ เช่น ในความผิดที่รัฐกำหนด วัตถุประสงค์การลงโทษนั้นย่อมต้องเป็นการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence) หรือในบางกรณีการลงโทษผู้กระทำความผิดในครั้งหนึ่งอาจมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษหลายประการ ประกอบเข้าด้วยกัน

### 2.6.2 โทษจำคุก

โทษจำคุกเป็นโทษชนิดหนึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา แต่ในการบังคับโทษจำคุกตามประมวลกฎหมายอาญานั้นต้องผ่านกระบวนการพิจารณาในชั้นศาลเพื่อพิสูจน์ถูกผิดจนสิ้นสงสัย บุคคลผู้มีอำนาจพิพากษาลงโทษจำคุกนั้นได้แก่ศาล โดยโทษจำคุกถือเป็นโทษที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดที่จะทำให้ผู้ต้องโทษกลับตนได้จากการเจ็บหลายของการสูญเสียอิสระภาพ แต่ในทางกลับกันในการลงโทษจำคุกโดยปราศจากการพิจารณาเงื่อนไขเป็นรายบุคคล หรือปราศจากการดูแลที่ครอบคลุมทั่วถึงย่อมเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดด้วยกันมีการแลกเปลี่ยนความรู้ ประสบการณ์ ซึ่งอาจนำไปสู่การกระทำความผิดที่มากกว่าเดิมได้

แต่ในทางนิติเศรษฐศาสตร์ โทษจำคุกเป็นโทษที่ก่อให้เกิดภาระกับสังคมเป็นอย่างมาก เนื่องด้วยต้องใช้ทรัพยากรเป็นจำนวนมาก ไม่ว่าจะเป็นการก่อสร้าง การบริหารจัดการ ค่าใช้จ่ายต่างๆ ภายในเรือนจำ เป็นต้น การบริหารจัดการเพื่อการบังคับโทษจำคุกนั้นล้วนเกิดจากภาษีของประชาชนในสังคมทั้งสิ้น ดังนั้นจึงควรคิดว่าต้องทำเช่นไรถึงจะคุ้มค่างบเงินที่เสียไป ไม่ว่าจะเป็นการบังคับโทษที่มีประสิทธิภาพ การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด เพื่อก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดในสังคม

คำว่า การบังคับโทษจำคุกเป็นมาตรการในการดำเนินการเกี่ยวกับโทษจำคุก และโทษหรือวิธีการเพื่อความปลอดภัยที่เป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคล การบังคับโทษต้องเป็นไปตาม “กฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษ” (Strafvollzugsrecht หรือ Prison law) กฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุกของประเทศไทยที่สำคัญได้แก่ พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2479 และกฎกระทรวงซึ่ง

<sup>35</sup> นัทธี จิตสว่าง. (2554). *วัตถุประสงค์ในการลงโทษ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.gotoknow.org/> [2565,21 กันยายน]

ออกโดยอาศัยพระราชบัญญัติดังกล่าว<sup>36</sup> ดังนั้นกฎหมายบังคับโทษจำคุกจึงเป็นส่วนหนึ่งของเรื่อง  
ทัศนวิทยา มุ่งเน้นเกี่ยวกับการดำเนินการกับผู้กระทำความผิดภายในเรือนจำเป็นหลัก

การบังคับโทษจำคุกมีองค์ประกอบ 4 ประการ ต่อไปนี้

1) การบังคับโทษจำคุกจำกัดขอบเขตอยู่เฉพาะแต่การจำกัดเสรีภาพบุคคลจากการ  
กระทำความผิดอาญา

2) การบังคับโทษจำคุกไม่ได้เป็นเพียงโทษจำกัดเสรีภาพ แต่รวมถึงวิธีการเพื่อความ  
ปลอดภัยว่าด้วยการจำกัดเสรีภาพว่าด้วยการจำกัดเสรีภาพภายใต้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมาย  
อาญาเยอรมันด้วย

3) การบังคับโทษจำคุกต้องประกอบด้วยวิธีการกระทำความผิดอาญา

4) การบังคับโทษจำคุกต้องเป็นไปภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายว่าด้วยการบังคับ  
โทษและกฎหมายอาญาเป็นไปตามคำนิยามจากหนังสือ Strafvollzug<sup>37</sup>

### 2.6.3 โทษปรับ

โทษปรับเป็นโทษหนึ่งในห้าสถานตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 18 เป็นโทษที่  
บังคับเอากับทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด

รูปแบบการบัญญัติโทษปรับทางอาญาสามารถแบ่งออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่ โทษปรับที่  
ใช้ทดแทนโทษจำคุก โทษปรับที่ใช้ควบคู่กับโทษจำคุก และโทษปรับเพียงอย่างเดียว<sup>38</sup>

1) โทษปรับที่ใช้ทดแทนโทษจำคุก ซึ่งรูปแบบหลักของโทษปรับ โดยใช้คำว่า ‘หรือ’  
ในการบัญญัติโทษ โทษปรับที่ใช้ทดแทนโทษจำคุกอาจเป็นได้ทั้งโทษปรับที่ระบุจำนวนค่าปรับไว้  
ชัดเจน หรือเป็นค่าปรับตามจำนวนเท่าของความผิดได้เช่นกัน

2) โทษปรับที่ใช้ควบคู่กับโทษจำคุก กฎหมายอาญบัญญัติให้โทษปรับควบคู่ไปกับ  
โทษจำคุก โดยใช้คำว่า ‘และ’ ในการ บัญญัติโทษ

<sup>36</sup> คณิต ณ นคร. (2549). *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 47-48. อ้างถึงใน  
ธานี วรภัทร์. (2551). *การบังคับโทษในประเทศไทย: การบังคับโทษจำคุก*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต.  
คณะนิติศาสตร์ ปรดิศพนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 15.

<sup>37</sup> Günther Kaiser, Heiz Schöch. (2003). *Strafvollzug.5., neu bearbeitete Auflage*. Heidelberg Germany:  
C.F. Müller Verlag. อ้างถึงใน ธานี วรภัทร์. (2556). *โทษจำคุกตามกฎหมายไทย*. เอกสารวิชาการส่วนบุคคล  
หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 1 วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

<sup>38</sup> อิศร์กุล อุณหเกตุ. (2556). *ระบบค่าปรับทางอาญา*. กรุงเทพฯ: เปนไท. หน้า 9 -14.

3) โทษปรับเพียงอย่างเดียว ระบบค่าปรับทางอาญา นอกเหนือไปจากการใช้โทษปรับ เพื่อทดแทนหรือ เพื่อควบคู่ไปกับโทษจำคุกแล้ว ในบางฐานความผิดนั้นกฎหมายอาญาบัญญัติให้ใช้โทษปรับเพียงอย่างเดียว

#### 2.6.3.1 การปฏิบัติกรณีถูกลงโทษปรับ

1) การชำระเงินค่าปรับ มีทั้งกรณีชำระก่อนที่ถูกฟ้องร้องดำเนินคดี และเป็นกรณีศาลมีคำพิพากษาให้ชำระค่าปรับแล้วแล้ว ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า การบังคับโทษปรับนั้น ไม่ได้เป็นดุลพินิจของศาลเพียงอย่างเดียว แต่ยังเป็นดุลพินิจ เจ้าพนักงานตามที่กฎหมายแต่ละฉบับแต่ละฉบับ เช่น พระราชบัญญัติจราจรทางบก.ศ 2522 เป็นต้น

2) การกักขังแทนค่าปรับ คือ การลงโทษทางอาญาที่มุ่งบังคับเอากับเสรีภาพของผู้กระทำความผิด โดยการกักขัง หรือกักตัวผู้กระทำความผิด ไว้ในสถานที่กักขังซึ่งที่กฎหมายกำหนดไว้ อันมิใช่เรือนจำ สถานีตำรวจ หรือสถานที่ควบคุมตัวผู้ต้องหา ทั้งนี้ในกรณีที่ศาลพิพากษาให้ลงโทษปรับแล้ว แต่หากจำเลยไม่สามารถชำระค่าปรับได้ภายในกำหนดเวลา ก็อาจถูกศาลกักขังแทนค่าปรับได้เช่นกัน

3) กรณีทำงานบริการสังคมหรือสาธารณประโยชน์แทนค่าปรับ ในกรณีที่จำเลยมีทุนทรัพย์ไม่เพียงพอที่จะชำระค่าปรับตามคำพิพากษาของศาลผู้ต้องโทษปรับ สามารถยื่นคำร้องขอต่อศาลชั้นต้นพิพากษาคดีเพื่อขอทำงานบริการสังคมได้<sup>39</sup>

เมื่อเปรียบเทียบโทษปรับกับโทษจำคุก โทษปรับมีข้อดีหลายประการ ประการแรก การใช้โทษปรับมีต้นทุนในการบริหารจัดการต่ำกว่าโทษจำคุก รวมถึงการคุมประพฤติและการกักบริเวณ ประการที่สอง สังคมไม่ต้องสูญเสียทรัพยากรมนุษย์จากแรงงานที่ต้องโทษจำคุกและประการที่สาม โทษปรับไม่ก่อให้เกิดผลกระทบด้านลบหรือ “ตราบาป” (social stigma) แก่ผู้กระทำความผิดเหมือนโทษจำคุก ดังนั้น การใช้โทษปรับแทนโทษจำคุก โดยเฉพาะในกรณีที่มิได้เป็นความผิดอุกฉกรรจ์ จึงเป็นทางเลือกหนึ่งที่ควรพิจารณา เพื่อการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทย<sup>40</sup>

ส่วนค่าปรับที่เหมาะสมที่สุด (Optimal fine) ตามหลักนิติเศรษฐศาสตร์ การกำหนดค่าปรับที่เหมาะสมที่สุดในคดีอาญาและ การกำหนดค่าเสียหายที่เหมาะสมที่สุดในคดีละเมิดใช้หลักการ เดียวกัน คือมุ่งให้เกิดการป้องปรามในระดับที่เหมาะสมที่สุด (optimal deterrence) นั่นคือการป้องปรามที่ไม่มากเกินไปหรือน้อยเกินไป หากมากเกินไปย่อมกระทบต่อการดำเนินชีวิต หากน้อย

<sup>39</sup> สิริโคม พรหมโคม. (2559). การบังคับโทษปรับทางอาญา. *อุทธรณ์คดี*. 13(5). หน้า 163-166.

<sup>40</sup> อิศร์กุล อุณหเกตุ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 38. หน้า 5.

เกินไปย่อมทำให้คนไม่เกรงกลัวกฎหมาย แต่เนื่องจากค่าปรับที่เหมาะสมที่สุด เป็นการปรับจำนวนเท่ากันโดยไม่คำนึงถึงรายได้ของผู้กระทำความผิด มักมีข้อโต้แย้งว่าค่าปรับที่เหมาะสมที่สุด มีผลกระทบด้านลบต่อผู้มีรายได้น้อยกว่าผู้มีรายได้มาก ดังนั้นจึงมี บางประเทศใช้ “ค่าปรับตามรายได้” เพื่อรักษาดุลยภาพระหว่าง ประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจและความเป็นธรรม

ค่าปรับตามรายได้หมายถึงค่าปรับที่สามารถกำหนดให้สอดคล้องกับความหนักเบาของความผิด พิจารณาควบคู่กันไปกับรายได้ของผู้กระทำความผิด ตามสูตรดังนี้

ค่าปรับตามรายได้ = จำนวนหน่วยวันปรับ x รายได้สุทธิต่อวัน

การใช้โทษปรับตามรายได้มีองค์ประกอบ 4 ส่วน ได้แก่

1) การคำนวณค่าปรับตามรายได้ มี 2 ส่วน คือการกำหนด หน่วยวันปรับ (day-fine unit) ตามความร้ายแรงของการกระทำความผิด โดยอาจทำเป็นตารางสำเร็จรูปเพื่อความสะดวกในการใช้ และคำนวณรายได้สุทธิต่อวันเพื่อคำนวณหาค่าปรับทั้งหมด

2) การประเมินรายได้สุทธิต่อวันของผู้กระทำความผิดแบ่ง เป็นการประเมินรายได้แบบเข้มงวดและแบบผ่อนปรน แต่ในกรณีของประเทศไทย ยังพบปัญหาบางประการ เนื่องจากประชาชนจำนวนมากมีรายได้จากภาคเศรษฐกิจนอกระบบและไม่ต้องยื่นเสียภาษีเงินได้ประจำปี อีกทั้งผู้กระทำความผิดจำนวนหนึ่งมีรายได้จากกิจกรรมที่ผิดกฎหมาย การประเมินรายได้สุทธิต่อวันจึงยุ่งยากกว่า

3) การจัดเก็บค่าปรับ ประเด็นสำคัญคือการกำหนดระยะเวลา ที่สมเหตุสมผลในการจ่ายค่าปรับ และการจัดตั้งหน่วยงาน และบุคลากร รวมทั้งต้องมีระบบข้อมูลเกี่ยวกับที่พำนักของผู้ถูกลงโทษที่ถูกต้อง เพื่อประสิทธิภาพในการจัดเก็บค่าปรับ

4) การลงโทษเสริม สำหรับผู้กระทำความผิดที่มีฐานะยากจน และต้องเสียค่าปรับจำนวนมาก สามารถเปลี่ยนไปใช้การลงโทษเสริม เช่น การทำงานบริการสาธารณะ ประโยชน์ เป็นต้น<sup>41</sup>

แต่อย่างไรก็ดีผู้วิจัยเห็นว่าระบบโทษปรับในประเทศไทย ยังไม่มีระบบค่าปรับตามรายได้ทำให้ปัจจุบันยังมีข้อบกพร่องอยู่มากทั้งระบบอัตราเงินเพื่อ หรือการคำนวณค่าปรับ โดยที่ไม่ได้อ้างอิงถึงแหล่งรายได้ของผู้กระทำความผิด ทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่มีผลเท่าที่ควร และเป็นการสร้างภาระให้ตกแก่ประชาชนบางกลุ่มที่รายได้ไม่เพียงพอ

### 3.6.3.2 โทษปรับเป็นพินัย

<sup>41</sup> วันรัชย์ มิ่งมณีนาทิน. (2557). *นิติเศรษฐศาสตร์ของระบบยุติธรรมทางอาญาของไทย*. รายงานดีทีอาร์ไอ ฉบับที่ 104 เดือนมิถุนายน. หน้า 15.

เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 77 กำหนดวางหลักการให้รัฐพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดที่ร้ายแรง รวมทั้งในการปฏิรูปประเทศด้านกฎหมายนั้นกำหนดให้มีการปรับปรุงกฎหมายในการกำหนดโทษทางอาญาให้มีความเหมาะสมกับความรับผิดชอบหรือการกำหนดมาตรการลงโทษให้เหมาะสมกับการกระทำความผิด และฐานะของผู้กระทำความผิด เพื่อมิให้บุคคลต้องรับโทษหนักเกินควร อันเนื่องมาจากรายได้หรือ ฐานะทางเศรษฐกิจที่แตกต่างกัน อีกทั้งปัจจุบันสังคมไทยมีกฎหมายอาญาออกมาเป็นจำนวนมากซึ่งขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 77 ที่กำหนดหลักการไว้ว่าให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือ การประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นการแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึง ตัวยกกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมาย ได้อย่างถูกต้อง ซึ่งการที่ประเทศไทยมีกฎหมายที่มีความผิดทางอาญามากเกินไปทำให้ในหลายๆกรณีมีผู้กระทำความผิดโดยความรู้เท่าไม่ถึงการณ์เป็นจำนวนมาก บางคนกระทำความผิดเพราะความยากจน และเมื่อกระทำความผิดทางอาญาแล้ว เมื่อถูกนำตัวเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมย่อมทำให้มีประวัติอาชญากรรมติดตัว กลายเป็นรอยด่างพล้อยและก่อให้เกิดปัญหาตามมาต่อไปในอนาคตเช่นการประกอบอาชีพ หรือการรับราชการ เป็นต้น

แม้กล่าวได้ว่าการกระทำความผิดนั้นต้องมีบทลงโทษที่เหมาะสมได้สัดส่วน เพื่อให้ผู้กระทำความผิดหลบจำไม่กล้ากระทำความผิดอีก และทำให้ประชาชนในสังคมรู้สึกกลัวการลงโทษจนไม่กล้ากระทำความผิดตามกฎหมาย แต่บทลงโทษดังกล่าวไม่จำเป็นต้องเป็นบทลงโทษทางอาญา ในหลายประเทศจึงเริ่มมีการเปลี่ยนวิธีการทางการลงโทษทางอาญาเป็นการลงโทษวิธีการอื่นแทนมากยิ่งขึ้น เช่น ใช้โทษปรับทางปกครองในการพักใช้ หรือเพิกถอนใบอนุญาต และโทษปรับทางปกครอง เป็นต้น

“โทษปรับเป็นพินัย” ก็ถือเป็นหนึ่งในวิธีการทางเลือกดังกล่าวเช่นกัน

ในปัจจุบันประเทศไทยได้มีประกาศใช้โทษปรับเป็นพินัยด้วยการออกพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. 2565 ซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 25 ตุลาคม 2565 โดยให้มีผลบังคับใช้เมื่อพ้นกำหนดสองร้อยสี่สิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป เว้นแต่บทบัญญัติแห่งมาตรา 37 และมาตรา 38 วรรคหนึ่งให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป<sup>42</sup> โดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาให้เหมาะสมกับสภาพความผิด และมีการกำหนดค่าปรับให้

<sup>42</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. 2565

เหมาะสมกับฐานะของผู้กระทำความผิด โดยพิจารณาจากระดับความรุนแรงของผลกระทบต่อชุมชนหรือสังคม เปรียบเทียบกับผลประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดหรือบุคคลอื่นใดได้รับจากการกระทำความผิดทางพินัย และสถานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิด ดังจะกล่าวต่อไปนี้

“ความผิดทางพินัย” หมายความว่า การกระทำหรืองดเว้นกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย และกฎหมายนั้นบัญญัติให้ต้องชำระค่าปรับเป็นพินัย

“ปรับเป็นพินัย” หมายความว่า สั่งให้ผู้กระทำความผิดทางพินัยต้องชำระ ค่าปรับเป็นพินัยไม่เกินที่กฎหมายกำหนด<sup>43</sup>

ดังนั้น “ค่าปรับเป็นพินัย” คือเงินค่าปรับที่ต้องชำระให้แก่รัฐ ซึ่งเป็นมาตรการทางกฎหมายที่จะนำมาใช้ แทนโทษทางอาญาสำหรับผู้กระทำความผิดไม่ร้ายแรงและโดยสภาพไม่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือ ศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงหรือไม่กระทบต่อส่วนรวมอย่างกว้างขวาง<sup>44</sup>

จากการศึกษาค้นคว้าจึงพบว่าปรับเป็นพินัยได้มีการวางหลักเกณฑ์ไว้ดังต่อไปนี้

1) ในการกำหนดหลักเกณฑ์ค่าปรับเป็นพินัยนั้น ให้พิจารณาให้เหมาะสมกับระดับความรุนแรงของความผิดที่เกิดขึ้นต่อผลกระทบกับชุมชนหรือสังคม เปรียบเทียบกับผลประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดหรือบุคคลอื่นใดได้รับจากการกระทำความผิดทางพินัย และให้คำนึงถึงสถานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิดความผิดทางพินัย รวมไปถึงให้คำนึงถึงลักษณะเฉพาะบุคคลที่ส่งผลกระทบต่อการกระทำความผิดเช่น อายุ การศึกษา ประวัติ อาชีพ สถิติปัญหา ความประพฤติ สุขภาพ สภาวะทางจิต นิสัย และสิ่งอื่นๆที่เกี่ยวข้องทั้งปวง

2) ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดพินัยกระทำไปเพราะความจำเป็นเนื่องจากความยากจนขั้นแค้น จะกำหนดค่าปรับเป็นพินัยต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนดเพียงใดก็ได้ หรือจะว่ากล่าวตักเตือนโดยไม่ปรับเป็นพินัยก็ได้

3) ค่าปรับเป็นพินัยสามารถให้ผ่อนชำระได้ หากพิจารณาฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิดทางพินัยที่ไม่สามารถชำระค่าปรับเป็นพินัยในครั้งเดียวได้ แต่ถ้าผู้กระทำความผิดผิดนัดงวดใดงวดหนึ่งโดยไม่มีเหตุอันควร การผ่อนชำระให้ถือเป็นอันยกเลิก

4) ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลธรรมดา และไม่มีเงินชำระค่าปรับเป็นพินัย อาจยื่นคำร้องขอทำงานสาธารณะประโยชน์ หรืองานบริการสังคมแทนค่าปรับได้ หรือใน

<sup>43</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. 2565. มาตรา 3.

<sup>44</sup> รัฐบาลไทย. (2564). *สรุปข่าวการประชุมคณะรัฐมนตรี 2 กุมภาพันธ์ 2564*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: [https://www.thaigov.go.th/news/contents/ministry\\_details/38803](https://www.thaigov.go.th/news/contents/ministry_details/38803) [2565,21 ตุลาคม]

กรณีศาลเห็นเองว่าผู้กระทำความผิดสามารถทำงานสาธารณะประโยชน์หรืองานบริการสังคมแทนค่าปรับได้ ศาลจะสั่งให้ผู้นั้นทำงานสาธารณะประโยชน์หรืองานบริการสังคมแทนค่าปรับก็ได้

ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไข ศาลมีอำนาจเพิกถอนคำสั่ง และออกหมายบังคับคดีเพื่อบังคับการบังคับคดีในทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดพินัยก็ได้

## 2.7 โทษทางปกครอง

โทษทางปกครองหมายถึงคำสั่งที่องค์กรฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามที่กฎหมายให้ไว้เพื่อลงโทษการกระทำความผิดกฎหมาย หรือถูกระเบียบต่างๆ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1) โทษทางปกครอง เป็นการใช้อำนาจขององค์กรทางปกครองจึงเป็นคำสั่งทางปกครอง

2) โทษทางปกครอง มีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษการกระทำความผิดกฎหมาย โดยเน้นการป้องมิให้มีการกระทำความผิด

3) โทษทางปกครองต้องมีใช้มาตรการที่มีเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล จะเห็นได้ว่าลักษณะและวัตถุประสงค์ของโทษทางปกครองนั้นมีทั้งความเหมือนและแตกต่างจากโทษทางอาญา โดยหากพิจารณาแล้วโทษทางอาญามักเป็นโทษที่ส่งผลต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล และบุคคลที่ใช้อำนาจในการลงโทษทางอาญานั้นได้แก่องค์กรตุลาการ แต่โทษทางปกครองมักนำมาใช้กับการกระทำความผิดที่มีลักษณะการละเมิดหน้าที่ตามกฎหมายที่ต้องกระทำหรือละเว้นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยความผิดดังกล่าวไม่มีลักษณะเป็นความชั่วร้าย หรือกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี<sup>45</sup>

การดำเนินการบังคับโทษทางปกครองมีประสิทธิภาพรวมไปถึงประหยัดค่าใช้จ่ายของรัฐมากกว่าการดำเนินคดีอาญา เพราะเจ้าพนักงานทางปกครองสามารถดำเนินการลงโทษทางปกครองได้เลยและหากไม่ชำระค่าปรับ ทางปกครองก็จะใช้มาตรการบังคับของฝ่ายปกครองหรือถูกฟ้องต่อศาลปกครองโดยไม่ต้องใช้พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ<sup>46</sup>

การปรับทางปกครองเป็นโทษทางปกครองที่สำคัญถือเป็นสภาพบังคับทางกฎหมาย มีผลกับการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับของฝ่ายปกครอง จุดมุ่งหมายเพื่อลดการดำเนินคดีอาญาสำหรับการกระทำฝ่าฝืนกฎหมาย กฎ ระเบียบที่ไม่ร้ายแรง ปัจจุบันมีพระราชบัญญัติที่มีการกำหนดโทษปรับทางปกครองไว้ปัจจุบันมีรวม 29 ฉบับ

<sup>45</sup> อรรถสิทธิ์ กันมล. (2549). *ปัญหาการนำโทษทางปกครองมาใช้ควบคู่กับโทษทางอาญา*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 15.

<sup>46</sup> ปกป้อง ศรีสนิท. (2559). *กฎหมายอาญาชั้นสูง*. กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 34-35.

หลักเกณฑ์และวิธีการในการออกคำสั่งให้ชำระค่าปรับทางปกครอง

เนื่องจากการออกคำสั่งให้ชำระค่าปรับทางปกครอง เป็นการออกคำสั่งทางปกครอง จึงต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 อันเป็นกฎหมายกลาง เว้นแต่พระราชบัญญัตินั้นกำหนดให้มีการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการออกคำสั่งไว้ ก็ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดขึ้นนั้น แต่ถ้าหลักเกณฑ์และวิธีการนั้นมีรายละเอียดที่ไม่ครอบคลุมเท่าที่บัญญัติไว้ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ก็ต้องปฏิบัติตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเฉพาะส่วนที่ไม่ครอบคลุมถึง

กรณีที่ผู้กระทำความผิดไม่ยอมชำระค่าปรับทางปกครอง

ในกรณีผู้กระทำความผิดไม่ยอมชำระค่าปรับทางปกครอง ต้องดำเนินการตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินั้น เช่น พระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ.2562 บัญญัติให้พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจฟ้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีอาญา เพื่อบังคับชำระค่าปรับทางปกครอง ถ้าศาลพิพากษาชำระค่าปรับทางปกครอง หากผู้ไม่ชำระค่าปรับทางปกครองภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษา ให้ยึดทรัพย์สินของผู้ไม่ชำระค่าปรับทางปกครองและในกรณีที่ผู้ไม่ชำระค่าปรับทางปกครองไม่มีทรัพย์สินให้ยึดหรือทรัพย์สินที่ยึดไม่พอเพียงพอแก่การชำระค่าปรับทางปกครอง ให้ศาลกำหนดมาตรการให้ผู้ไม่ชำระค่าปรับทางปกครองไปชำระค่าปรับทางปกครองตามที่ศาลเห็นสมควร แต่ไม่อาจใช้มาตรการกักขังแทนค่าปรับมาใช้บังคับในกรณีเช่นนี้ได้

ในกรณีที่พระราชบัญญัตินั้นให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้บังคับโดยอนุโลม เช่น พระราชบัญญัติติติแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 เจ้าหน้าที่สามารถไปใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามพระราชบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองกับผู้กระทำความผิดที่ไม่ยอมชำระค่าปรับ โดยยึดหรืออายัดทรัพย์สินและขายทอดตลาดทรัพย์สินนั้นเพื่อชำระค่าปรับได้

ในกรณีไม่มีเจ้าหน้าที่บังคับตามคำสั่งหรือไม่สามารถดำเนินการได้ ให้คณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อบังคับชำระค่าปรับ

ในกรณีที่พระราชบัญญัติฉบับนั้นไม่มีบทบัญญัติให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับทางปกครองมาใช้ เช่น พระราชบัญญัติจงดแจ้งการพิมพ์ พ.ศ.2550 พนักงานเจ้าหน้าที่ก็สามารถไปใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ตามที่บัญญัติในหมวด 2/1 การบังคับทางปกครอง ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการปกครอง (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2562 ได้<sup>47</sup>

<sup>47</sup> สกต หาญสุทธวารินทร์. (2565). *โทษปรับ ทางอาญา ทางปกครอง และทางแพ่ง*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.bangkokbiznews.com/columnist/1012324> [2565,11 ตุลาคม]

## 2.8 ความหมาย แนวคิด และวัตถุประสงค์ของเครื่องหมายการค้า

เครื่องหมายการค้าเป็นถือเป็นส่วนสำคัญในการโฆษณา การสื่อสารตราสินค้า การสร้าง การรับรู้ เพราะมีวัตถุประสงค์ในการสร้างการรับรู้ของสินค้า ให้แตกต่างไปจากสินค้าประเภทเดียวกัน แต่คนละตราสินค้า ทั้งยังกระตุ้นให้เกิดซื้อขายในสินค้านั้น ๆ

### 2.8.1 ความหมายของเครื่องหมายการค้า

องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization: WIPO) ได้กำหนดความหมายไว้ใน WIPO Intellectual Property Handbook ซึ่งกำหนดว่า “เครื่องหมายการค้า เป็นสัญลักษณ์ที่ทำให้สามารถแยกแยะสินค้าระหว่างของผู้ผลิตที่ใช้สัญลักษณ์นั้นกับผู้ผลิตรายอื่น ๆ” (A trademark is any sign that individualizes the goods of a given enterprise and distinguishes them from the goods of its competitors)<sup>48</sup>

ส่วนของประเทศไทยนั้น คำจำกัดความของเครื่องหมายการค้า ถูกระบุไว้ใน พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 4 วรรคสองความว่า “เครื่องหมายการค้า หมายความว่า เครื่องหมายที่ใช้หรือ จะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้า เพื่อแสดงว่าสินค้า ที่ใช้เครื่องหมายของเจ้าของเครื่องหมายค้านั้นแตกต่างกับ สินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้า ของบุคคลอื่น”

ดังนั้นจากความหมายข้างต้นจะเห็นว่าตัวเครื่องหมายการค้า เป็นค่านิยมและชื่อเสียง ที่แสดงและสะท้อนถึงภาพลักษณ์ ค่านิยมชื่อเสียงของเจ้าของเครื่องหมายการค้าและสินค้าชนิด นั้นๆด้วย<sup>49</sup> ซึ่งการที่เครื่องหมายการค้าจะส่งสมภาพลักษณ์ค่านิยมและชื่อเสียงดังกล่าวต้องอาศัย เวลาอาศัยการพัฒนาอาศัยการโฆษณาประชาสัมพันธ์ การวางแผนการตลาดและปัจจัยอื่นๆที่เกี่ยวข้อง ดังนั้น จากเห็นผลดังกล่าว ผู้วิจัย จึงอยากชี้ให้เห็นว่า โดยแท้จริงเรานั้นเครื่องหมายการค้า มีอยู่เพื่อวัตถุประสงค์ดังต่อไปนี้

- 1) ใช้เพื่อแสดงความเป็นเจ้าของสินค้าหรือแสดงแหล่งที่มาของสินค้า
- 2) ใช้เพื่อแสดงคุณภาพของสินค้า
- 3) ใช้เพื่อการโฆษณาประชาสัมพันธ์

<sup>48</sup> ชภัทรพร รองเดช. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 8. หน้า 19.

<sup>49</sup> David I. Brainbridge. *Supra*. not 6. pp. 8-9. อ้างถึงใน พรพิชา บัวชุม. (2560). *ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำกระตบสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าจดทะเบียน*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ ปรีดีพนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 12.

4) ใช้เพื่อส่งเสริมค่านิยมชื่อเสียงและความน่าเชื่อถือในตัวเครื่องหมายการค้า<sup>50</sup>

### 2.8.2 หน้าทีของเครื่องหมายการค้า

นอกจากวัตถุประสงค์ของตราสินค้าดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ยังพบว่าเครื่องหมายการค้ามีหน้าที่หลักอยู่ 4 ประการที่แตกต่างกัน แต่กลับทำหน้าที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์ส่งเสริมกันตลอดเวลา<sup>51</sup>

1) หน้าที่ในการแยกแยะความแตกต่างของสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าของผู้ประกอบการรายหนึ่งจากสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าอื่นของผู้ประกอบการรายอื่น โดยหน้าที่นี้ถือเป็นหน้าที่หลัก เนื่องจากเครื่องหมายการค้า มีลักษณะที่บ่งเฉพาะ เพื่อวัตถุประสงค์ในการป้องกันมิให้ประชาชนสับสนหลงผิด ถึงที่มาหรือคุณสมบัติของสินค้า ยังรวมไปถึงเป็นประโยชน์โดยตรง ต่อเจ้าของเครื่องหมายการค้า ในการ ตัดความสับสน ระหว่างเจ้าของเครื่องหมายการค้า ด้วยตนเอง

2) หน้าที่ในการชี้ให้เห็นถึงแหล่งผลิตของสินค้าหรือผู้ประกอบการสินค้านั้น หน้าที่นี้จะแสดงให้เห็นว่าสินค้าที่เป็นสินค้าประเภทเดียวกันหรือมีลักษณะคล้ายคลึงกันนั้นมีแหล่งกำเนิดที่แตกต่างกันจากผู้ประกอบการต่างราย ดังนั้นหากมีเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะเหมือนหรือคล้ายกัน ว่าในกรณีที่ผู้ประกอบการมีสินค้าหลายประเภท ในท้องตลาด เครื่องหมายการค้านี้เป็นตัวที่แสดงให้เห็นว่าสินค้าหลายๆประเภทนั้นมาจากผู้ประกอบการรายเดียวกัน หรือมีแหล่งผลิตมาจากที่เดียวกัน

3) หน้าที่ในการชี้ให้เห็นถึงคุณภาพของสินค้าโดยเฉพาะ เครื่องหมายการค้ามีขึ้นเพื่อให้ประชาชนเห็นคุณภาพของสินค้า หากเจ้าของเครื่องหมายการค้าผลิตสินค้าที่ดีมีคุณภาพ และใช้เครื่องหมายการค้าดังกล่าวกับสินค้านั้นก็จะทำให้ประชาชนเกิดความเชื่อมั่นและไว้วางใจในสินค้านั้น เมื่อได้เห็นสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้านั้นไม่ว่าจะเป็นที่ใดหรือเป็นสินค้าประเภทใดว่าต้องเป็นสินค้าที่มีคุณภาพ

4) หน้าที่ในการแสดงให้เห็นถึงการส่งเสริมการโฆษณาและการจำหน่าย หน้าที่นี้มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อตัวสินค้า เพราะเครื่องหมายการค้ายังมีหน้าที่ในการส่งเสริมการขายและการตลาดของสินค้านั้นๆด้วย เครื่องหมายการค้าทำหน้าที่จูงใจให้ประชาชนผู้บริโภคตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าต่างๆ เมื่อผู้บริโภคได้เห็นโฆษณาสินค้าที่มีเครื่องหมายการค้า

<sup>50</sup> พรพิชา บัวชุม, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 49, หน้า 14.

<sup>51</sup> ออมราพร ตัจจวรรตกุล, (2549). *ข้อพิจารณาเรื่องลักษณะบ่งเฉพาะในเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะเป็นรูปร่างหรือรูปทรงของวัตถุ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ, หน้า 13.

นั้นผู้บริโภคสามารถจดจำเครื่องหมายการค้านั้นได้ ดังที่มีคำกล่าวที่ว่า “เครื่องหมายการค้าเป็นแม่เหล็กดึงดูดทางการค้าในการลากเอาผู้ซื้ออย่างสินค้าที่ติดสัญลักษณ์ในการดึงดูดเอาไว้”<sup>52</sup>

### 2.8.3 บุคลิกภาพของตราสินค้า<sup>53</sup>

บุคลิกภาพของตราสินค้า เป็นสิ่งสำคัญและซับซ้อน ซึ่งเป็นตัวกำหนดความแตกต่างของตราสินค้า ไม่ใช่จะนำเอาคุณสมบัติอะไรก็ได้ใส่ลงไปตราสินค้าแต่จะต้องเป็นคุณสมบัติ ที่ทำให้ตราสินค้ามีความแตกต่างและส่งเสริมตำแหน่งในใจของผู้บริโภคให้แก่ตราสินค้า ดังนั้นบุคลิกภาพของตราสินค้าจึงมีความสำคัญต่อนักการตลาด ต่อผู้บริโภค ต่อนักโฆษณา เป็นการวางตำแหน่งในใจ ของสินค้าและตราสินค้า ในใจของผู้บริโภคทำให้สินค้าได้รับส่วนแบ่งทางการตลาดไปจนถึง สามารถตั้งราคาสินค้าให้สูงขึ้นได้

ดังนั้นบุคลิกภาพของตราสินค้าจึงมีความเฉพาะตัว ยากต่อการลอกเลียนแบบ นอกจากนี้การสร้างบุคลิกภาพให้กับตราสินค้ายังเป็นประโยชน์ต่อการวางกลยุทธ์ตราสินค้าในด้านต่างๆ ดังต่อไปนี้

- 1) ช่วยเพิ่มความเข้าใจในทัศนคติและการรับรู้ของผู้บริโภค
- 2) การสร้างเอกลักษณ์ความโดดเด่นที่แตกต่าง ซึ่งถือเป็นการสร้างข้อได้เปรียบในระยะยาวให้กับตราสินค้า เป็นการสร้างมูลค่าตราสินค้า
- 3) มีส่วนช่วยในการกำหนดแนวทางการสื่อสารไปยังผู้บริโภค ในการกำหนดบุคลิกภาพตราสินค้าที่ชัดเจนจะทำให้ให้นักการตลาดและนักโฆษณาสามารถกำหนดแนวทางการสื่อสารการตลาดไปอย่างพลูไปยังผู้บริโภคได้อย่างตรงประเด็นและชัดเจน รวมไปถึง การสร้างการรับรู้ด้วยวิธีอื่นเช่นการส่งเสริมการขายพนักงานขาย หรือหีบห่อของบรรจุภัณฑ์ เป็นต้น

## 2.9 แนวคิดเกี่ยวกับการสื่อสารตราสินค้า

แนวคิดเกี่ยวกับการสื่อสารตราสินค้าคือการนำเสนอสารของตราสินค้าผ่านช่องทางต่างๆ ในทุกรูปแบบส่งไปยัง กลุ่มผู้บริโภคเป้าหมาย ประกอบด้วยรายละเอียดใน 3 ส่วน สำคัญ คือ การสื่อสารแบบบูรณาการผ่านสื่อ (Communication) การสื่อสารผ่านการมีปฏิสัมพันธ์ระหว่างตราสินค้าและ ผู้บริโภค (Interaction) และการสื่อสารผ่านสินค้า (Product)

<sup>52</sup> สิริรัตน์ ศุภกริชย์. (2540). *การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงแพร่หลายภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 9.

<sup>53</sup> ดวงกมล ชื่นจิตร. (2558). *การรับรู้ตราสินค้า ทัศนคติที่มีต่อตราสินค้าและพฤติกรรมการตัดสินใจซื้อเครื่องดื่มที่มีแอลกอฮอล์ตราสินค้าเบียร์สิงห์ของผู้บริโภคในเขตกรุงเทพมหานคร*. วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิเทศศาสตร์และนวัตกรรมการจัดการ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์. หน้า 41.

ทุกสิ่งทุกอย่างที่ตราสินค้ากระทำคือ การสื่อความหมาย โดยใช้ภาษาพูดหรือภาษาเขียน (วจนภาษา) รวมถึงการสื่อความหมายโดยไม่ใช้คำพูดหรือตัวอักษร (อวจนภาษา) โดยทั้งนี้ผู้รับสาร จะประสบสัมผัสต่างๆในการเริ่มต้นรับสาร และส่งสารดังกล่าวนั้นเข้าสู่ความทรงจำระยะสั้น และส่งสารเช่นว่านั้นเข้าสู่ความทรงจำระยะยาวหรือบันทึกได้จิตสำนึก หากสารดังกล่าวมีความสำคัญ หรือมีความน่าสนใจมากพอ ต่อมาสารที่ผู้รับสารแต่ละรายได้รับรู้จะถูกนำไปเชื่อมโยงสร้างเป็น โครงข่ายทางความคิด และอารมณ์ ทำให้ผู้รับสารเกิดการสร้างภาพในจิตใจเกี่ยวกับเครื่องหมาย การค้าหรือสัญลักษณ์นั้นๆ หรือก่อให้เกิดคุณค่าในจิตใจบางอย่างกับผู้รับสารนั่นเอง ทั้งนี้การสื่อสาร การตลาดหรือผู้โฆษณามีหลากหลายช่องทางและหลากหลายรูปแบบในการสื่อสารเพื่อส่งสารไปยัง กลุ่มเป้าหมายได้ เช่นการผ่านเครื่องมือสื่อสาร การใช้การตลาดแบบดั้งเดิม และสื่อใหม่ๆ เช่น โซเชียลเน็ตเวิร์ค ในการออกแบบช่องทางการสื่อสาร นักสื่อสารการตลาดมีความจำเป็นที่ต้อง คำนึงถึงความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นอย่างรวดเร็วในสังคม โดยเฉพาะในด้านเทคโนโลยีในการสื่อสาร ใหม่ๆ เช่นการพัฒนาารูปแบบ นวัตกรรมของตัวช่องทางการสื่อสารที่อาจส่งผลต่อกลุ่มเป้าหมายใน พฤติกรรมการบริโภคสื่อ

โดยสรุปแล้วเครื่องมือในการสื่อสารตราสินค้าไปยังกลุ่มเป้าหมายประกอบด้วย

- 1) การตลาดทางตรง (Direct marketing)
- 2) การนำเสนอส่วนบุคคล (Personal presentation)
- 3) การนำเสนออย่างไม่เจาะจงบุคคล (Impersonal presentation)
- 4) การประชาสัมพันธ์ (Public relations)
- 5) โฆษณา (Advertising)
- 6) การติดต่อทางไปรษณีย์ (Correspondence)
- 7) บทความ (Literature)
- 8) สินค้าและบรรจุภัณฑ์ (Product/Packaging)
- 9) สื่อ ณ จุดขาย (Point of sale)
- 10) สื่อถาวร (Permanent media)
- 11) กิจกรรมลูกค้าสัมพันธ์ (Customer relationship)
- 12) กิจกรรมส่งเสริมตราสินค้า (Brand event)
- 13) การส่งเสริมยอดขาย (Sales promotion)
- 14) การสนับสนุนกิจกรรมพิเศษ (Sponsorship)

15) สื่อใหม่หรือสื่ออินเทอร์เน็ต (New media/ Internet)<sup>54</sup>

## 2.10 แนวคิดการโฆษณาสินค้า (Advertising)

การประกอบธุรกิจทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นการขายการผลิตหรือการให้บริการซึ่งเกี่ยวข้องกับผู้บริโภคย่อมต้องอาศัยสื่อมวลชนเพื่อบอกกล่าวให้ความรู้หรือองใจให้ผู้บริโภคเกิดความสนใจและเกิดความพอใจในตัวสินค้าหรือการให้บริการดังนั้นการโฆษณาจึงเป็นเครื่องมือสำคัญในการติดต่อสื่อสารไปยังผู้บริโภคโดยอาศัยเหตุหรือคุณสมบัติต่างๆของสินค้าหรือบริการมาใช้ในการจูงใจด้วยจุดมุ่งหมายที่ช่วยให้การจำหน่ายสินค้าหรือบริการผ่านมือจับผู้ผลิตผู้จำหน่ายไปยังผู้บริโภคโดยเร็วที่สุด

ดังนั้นการโฆษณาจึงเป็นสิ่งที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับชีวิตประจำวันอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้เพราะการโฆษณาเป็นเครื่องมือสื่อสารที่สำคัญทางการตลาดเป็นกระบวนการทางด้านสื่อสารมวลชนที่เกิดขึ้นเพื่อจูงใจให้มีความต้องการในการซื้อสินค้าหรือบริการ

วัตถุประสงค์ของการโฆษณามีดังต่อไปนี้

- 1) แจ้งข่าวสารเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการรวมถึงวิธีการใช้แรงงาน แหล่งจำหน่าย
- 2) แจ้งข่าวสารด้านราคา
- 3) เสริมสร้างภาพพจน์และความพอใจในตราสินค้า
- 4) กระตุ้นให้เกิดความต้องการซื้อสินค้าและบริการนั้นๆ
- 5) เพื่อเพิ่มการจำหน่ายสินค้าและบริการนั้นๆ

ศิริวรรณ เสรีรัตน์และคณะ กล่าวว่า การกำหนดวัตถุประสงค์ในการโฆษณา ( advertising objective setting) เป็นการกำหนดภารกิจ ( Mission) ในรูปของวัตถุประสงค์ในการโฆษณา ซึ่งจะต้องสอดคล้องกับเป้าหมาย และตำแหน่งผลิตภัณฑ์ในตลาด รวมไปถึงส่วนผสมทางการตลาด

การกำหนดวัตถุประสงค์ในการโฆษณาโดยทั่วไปมีดังนี้

- 1) เพื่อแจ้งข่าวสาร (to inform) ใช้ในกรณีการโฆษณาเพื่อแจ้งข่าวสาร (informative advertising) ถึงคุณสมบัติของผลิตภัณฑ์ซึ่งใช้ในขั้นบุกเบิก (Pioneering Stage) เพื่อการแนะนำผลิตภัณฑ์ใหม่ และเป็นการกระตุ้นความต้องการขั้นพื้นฐาน

<sup>54</sup> ภทรภานุ ไชยเชยของ และ นภวรรณ ดันดิเวชกุล. (2557). กลยุทธ์การสร้างและการสื่อสารตราสินค้านำรูปแบบการค้า เน้นชีวิต. *วารสารการประชาสัมพันธ์และการโฆษณา*. 7(1). หน้า 71.

2) เพื่อการจูงใจ (to persuade) ใช้ในกรณีการ โฆษณาเพื่อจูงใจให้เกิดความต้องการผลิตภัณฑ์ ซึ่งกรณีนี้ใช้ในการแข่งขันเพื่อสร้างความต้องการซื้อในขั้นการเลือกซื้อเลือกสรรในตราสินค้า เพื่อจูงใจจึงอยู่ในรูปของการ โฆษณาเปรียบเทียบ

3) เพื่อเตือนความทรงจำ (to remind) ใช้ในกรณีการ โฆษณาเพื่อเตือนความทรงจำ ซึ่งใช้ในขั้นการรักษาลูกค้า (Retentive Stage)<sup>55</sup>

### 2.10.1 แนวคิดเกี่ยวกับแนวคิดโฆษณาแฝง (Product Placement)

โฆษณาแฝง (Product Placement) คือ การโฆษณาที่แทรกเนื้อหาสินค้าผ่านรายการหรือสื่อต่าง ๆ โดยไม่นำเสนอสินค้านั้นโดยตรง หากแต่นำเสนอผ่านกรรมวิธีต่าง ๆ เช่น กราฟฟิก วัตถุบุคคล หรือเนื้อหา ซึ่งเป็นความตั้งใจของผู้ผลิตสื่อ (Producer of Media) ที่ร่วมมือกับเจ้าของสินค้า (Producer of Goods) โดยมีการจ่ายค่าโฆษณาเช่นเดียวกับโฆษณาทั่วไป

โดยเฉพาะการตลาดผ่านสื่อสังคมออนไลน์ ที่ครอบคลุมการสื่อสารที่กว้างขวาง นักการตลาดจึงต้องมีกลยุทธ์ใหม่ๆ ในการดึงดูดผู้ใช้สื่อสังคมออนไลน์ให้มาสนใจสื่อของตน ซึ่งบางครั้งไม่ได้เป็นการโฆษณาโดยตรงแต่ใช้ความเป็นสื่อบุคคลของสื่อสังคมออนไลน์แทรกโฆษณาแฝงเหล่านี้ในลักษณะต่าง ๆ เช่น การตลาดแบบไวรัล (Viral Marketing) หรือการสร้างกระแสแบบปากต่อปาก (Buzz Marketing) ผลที่ตามมาจะถูกพูดถึง ทำให้มีการโพสต์แลพส่งต่อไปยังเยาวชนโดยไม่รู้ตัว ซึ่งการโฆษณาแบบนี้ นับเป็นการสื่อสารได้ผลอันรวดเร็ว และประหยัดค่าใช้จ่าย มีความแปลกใหม่ ไม่ดูเหมือนโฆษณา ดึงดูดอารมณ์ คนดูและทำให้ผู้บริโภคสามารถรับรู้ในสินค้าได้อย่างรวดเร็ว<sup>56</sup>

สื่อโฆษณาแฝงสามารถแยกออกเป็น 4 รูปแบบใหญ่ๆ คือ

1) การโฆษณาแฝงแบบดั้งเดิม (Classic Placement) การนำเสนอเนื้อหาสาระในแง่ของการผลิตสินค้า หรือการปรากฏของตราสินค้าในสื่ออื่น ๆ เช่น การถ่ายภาพใกล้ ๆ ตราสินค้า ซึ่งมีข้อดีคือเป็นกระบวนการที่ง่ายไม่ซับซ้อน มีค่าใช้จ่ายที่ถูกลง แต่บางครั้งอาจจะเป็นการสะดุดหรือจางเกินไป

<sup>55</sup> รชต น่วมอินทร์. (2555). *อิทธิพลของการโฆษณาของแอมพูนแพนทีนที่ส่งผลต่อความสนใจและพฤติกรรมของผู้บริโภคในเขตกรุงเทพมหานคร*. ปริญญาานิพนธ์หลักสูตรปริญญาบริหารธุรกิจมหาบัณฑิต สาขาวิชาการจัดการ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ. หน้า 24 – 26.

<sup>56</sup> นุชฤดี ลู่ใหญ่. (2563). *ไวรัลมาร์เก็ตติ้ง (Viral Marketing): ไวรัลระบาดในตลาดผ่านโซเชียล*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: [www.mktevent.com](http://www.mktevent.com). [2565, 22 ตุลาคม]

2) การโฆษณาแฝงแบบใช้สัญลักษณ์ (Corporate Placement) เป็นการนำเสนอที่ตัวของตราสินค้า มากกว่าตัวสินค้า โดยการใช้ชื่อองค์กรเจ้าของสินค้าหรือตราสัญลักษณ์ ซึ่งการวางสินค้า รูปแบบนี้เป็นการเสี่ยงหากผู้ชมไม่รู้สินค้านั้นมาก่อน

3) การโฆษณาแฝงแบบโจวแต่ไม่เอ่ยนาม (Evacutive Placement) เป็นการวางสินค้าเพื่อกระตุ้น โดยใช้สัญลักษณ์อย่างใดอย่างหนึ่ง โดยไม่ต้องมีชื่อสินค้าหรือไม่ต้องมีแนวเรื่องเป็นตัวกำหนดซึ่งการวางรูปแบบนี้ค่อนข้างยาก และไม่อาจทำได้ทุกตราสินค้า เนื่องจากเป็นการย้าเตือนด้วยสัญญา ซึ่งบางครั้งอาจจะไม่เป็นการระบุชี้ชัด หรือแสดงตัวตนของมันหากผู้ชมไม่ใช่ลูกค้าตัวจริงที่เหนียวแน่นของสินค้านั้น

4) การโฆษณาแฝงแบบแทรกซึม (Stealth Placement) เป็นการวางสินค้า ที่ถูกซ่อนไว้ให้ผสมกลมกลืนกับข่าวสารที่นำเสนอ ซึ่งอาจจะไม่เด่นชัดทั้งในแง่ของสินค้า หรือตราสินค้า นอกจากว่าสิ่งนั้นเป็นสิ่งที่ผู้ชมสนใจแล้วไปค้นหาด้วยตนเอง ซึ่งบางครั้งอาจจะไม่ประสบความสำเร็จได้หากผู้ชมไม่เห็นมัน<sup>57</sup>

#### 2.10.2 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการโฆษณาผ่านระบบอินเทอร์เน็ต

สื่อโฆษณารูปแบบเก่าได้แก่สื่อสิ่งพิมพ์ และสื่อวิทยุโทรทัศน์ ซึ่งปัจจุบันสื่อโฆษณาแบบเก่าเกิดผลกระทบเป็นอย่างมาก อันเนื่องมาจากการเกิดสื่อบนอินเทอร์เน็ตที่เพิ่มมากขึ้น และมีพัฒนาการอย่างรวดเร็ว มีอิทธิพลต่อผู้รับสารเป็นจำนวนมาก ทำให้การประชาสัมพันธ์และการโฆษณาสินค้าเกิดผลกระทบและเกิดการเปลี่ยนแปลง

ในต่างประเทศพบว่าสื่อโฆษณาผ่าน อินเทอร์เน็ตที่มีอัตราการเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว สวนทางกับสื่อโฆษณาแบบดั้งเดิมที่มีการลดจำนวนลงเป็นอย่างมาก เนื่องจากจำนวนผู้ใช้อินเทอร์เน็ตมีมากขึ้นเป็นเท่าตัว มีการสร้างข้อมูลมัลติมีเดีย ไม่ว่าจะเป็นด้านข่าวสาร ความบันเทิง และการโฆษณาสินค้าและบริการมากกว่า 3 ล้านข้อมูล การเพิ่มขีดความสามารถของคอมพิวเตอร์ทำให้ตัวสื่อเองเปลี่ยนไปโดยธรรมชาติ ความก้าวหน้าเทคโนโลยีและความต้องการที่เปลี่ยนไปของคนในสังคม ทำให้สื่อลดความเป็นมวลชนลง ในขณะที่มีการปรับเปลี่ยนเพื่อให้สอดคล้องกับความสนใจของผู้บริโภคมากขึ้น ความสามารถในการส่งเนื้อหาข่าวสารที่เฉพาะเจาะจงไปยังกลุ่มผู้บริโภคเฉพาะกลุ่ม ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงพื้นฐานเกี่ยวกับผู้บริโภค กล่าวคือมีความพยายามมากขึ้นในการแสวงหาข้อมูลข่าวสารที่ตนเองสนใจหรือเลือกสรรแล้ว และเช่นเดียวกับที่ป้องกันตนเองไม่ให้

<sup>57</sup> Lehu, Jean-Marc. (2009). Branded entertainment – Product placement & brand strategy in the entertainment business. London–Philadelphia: Kogan Page. pp. 100-110. อ้างถึงใน ชภัทรพร รองเดช. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 8. หน้า 36.

รับสารที่คนไม่ต้องการ ซึ่งสื่ออินเทอร์เน็ตสามารถทำหน้าที่ตรงนี้ได้เป็นอย่างดีและเป็นเหตุผลที่ทำให้เข้าถึงอิทธิพลของสื่อโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตได้ทีละระดับหนึ่ง

ความแตกต่างระหว่างสื่อโฆษณาดั้งเดิม กับสื่อโฆษณาบนอินเทอร์เน็ต พบว่าโลกธุรกิจปัจจุบันมีการเปลี่ยนแปลงไปมาก การทำธุรกิจแบบเดิมที่มองถึงการตลาดเชิงรวม กับการโฆษณาแบบเดี่ยว หรือการขายระบบเดี่ยว อาจจะไม่ใช่ช่องทางในการทำธุรกิจ เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมวิถีชีวิตและวิธีการดำรงชีพของผู้บริโภค หรือความต้องการของคนในสังคมได้เปลี่ยนไป จึงได้เห็นกิจกรรมทางการตลาดในรูปแบบใหม่ๆ เกิดขึ้นอยู่ตลอดเวลา ดังนั้นเพื่อเป็นการตอบสนองกับความต้องการของผู้บริโภคที่เปลี่ยนแปลง รวมไปถึงการพัฒนาของระบบเทคโนโลยีการสื่อสารที่เติบโตขึ้นอย่างรวดเร็ว เป็นผลให้สื่อโฆษณาบนอินเทอร์เน็ตถูกสร้างขึ้นมา เรียกว่าการตลาดแบบโลกาภิวัตน์<sup>58</sup>

โฆษณาแฝงบนสื่อสังคมออนไลน์ของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในประเทศไทยมีการใช้รูปแบบโฆษณาแฝงแบบดั้งเดิม (Classic Placement) มากที่สุด โดยนำเสนอเนื้อหาเกี่ยวกับสินค้าโดยตรง พยายามเชื่อมโยงไปสู่ชื่อยี่ห้อสินค้า รองลงคือการแฝงแบบโจวแต่ไม่เอ่ยนาม (Evocative Placement) คือโจวตัวสินค้าโดยไม่ได้เอ่ยชื่อ แต่นำเอาคุณสมบัติ หรือสไตล์ของผู้นำเสนอมาสร้างความรับรู้ของผู้รับสารให้ตีความได้ว่า กำลังพูดถึงเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ยี่ห้อใด เช่น การใช้คำ ภาพสี และสัญลักษณ์ เป็นต้น และการแฝงแบบใช้สัญลักษณ์ (Corporate Placement) เสนอเพียงตราสินค้าผ่านนักดนตรี หรือศิลปินที่อยู่ในความนิยมของผู้ใช้สื่อสังคมออนไลน์ ส่วนการแฝงแบบแทรกซึม (Stealth Placement) พบได้น้อยที่สุด เนื่องจากไม่มีการกล่าวถึงชื่อ สินค้ามีเพียงแอบวางไว้ในฉากหรือภาพประกอบ หากผู้รับสารไม่สังเกตจะไม่รับรู้ว่าเป็นการโฆษณาแฝง รูปแบบของโฆษณาแฝงในการตลาดบนสื่อสังคมออนไลน์ของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในประเทศไทย เมื่อแบ่งตามสิ่งเร้าในงานโฆษณา (Advertising Appeals) และเนื้อหาทางการตลาด (Content Marketing) มีทั้งหมด 9 รูปแบบ ดังนี้

1) สิ่งเร้าใจทางเพศ (Sex Appeals) เป็นการนำเสนอเนื้อหา ภาพหรือวิดีโอเกี่ยวกับหญิงสาวหรือบุรุษ ที่ก่อให้เกิดความสนใจต่อผู้ใช้สื่อสังคมออนไลน์ เช่น ภาพพริตตี้สาวสวยหน้าตาน่ารัก เซ็กซี่ ใส่ชุดว้าวหวี หรือชายหนุ่มรูปร่างหน้าตาชวนหลงใหล ซึ่งมีสัญลักษณ์หรือตราสัญลักษณ์ในอุปกรณ์หรือชุดที่ใส่บ่งบอกได้ว่าเป็นของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ยี่ห้อใด

2) สิ่งเร้าทางด้านภาพลักษณ์และบรรยากาศ เป็นการนำเสนอเนื้อหา ภาพ หรือวิดีโอเกี่ยวกับร้านอาหาร ผับ และลานเบียร์ที่ทำให้เกิดความสนใจต่อผู้ใช้สื่อสังคมออนไลน์ เช่น บรรยากาศ

<sup>58</sup> สหเทพ เพ็ชรเกลี้ยง. (2554). *การโฆษณาผ่านระบบอินเทอร์เน็ตที่มีผลต่อการรับรู้ตราสินค้าของผู้บริโภคในประเทศไทย*. การศึกษาเฉพาะบุคคลหลักสูตรบริหารธุรกิจมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยกรุงเทพ. หน้า 12 – 16.

ร้านอาหารที่สบายตา ชวนไปสัมผัส โดยมี อุปกรณ์ประกอบฉาก เช่น โตะ เก้าอี้ ผ้ากันเปื้อนที่ทำให้รู้ว่า ได้รับการสนับสนุนจากเครื่องดื่มน้ำแอลกอฮอล์ยี่ห้อใดยี่ห้อหนึ่ง

3) สิ่งเร้าทางด้านศิลปะ เป็นการนำเสนอเนื้อหา ภาพ หรือวิดีโอ เกี่ยวกับการสร้างผลงานทางศิลปะ งานประดิษฐ์ หรืองานอดิเรกที่อยู่ในสนใจต่อผู้ใช้สื่อสังคมออนไลน์เช่น การสร้างสิ่งประดิษฐ์แบบ Do It Yourself หรือ DIY ที่ผู้ชมสื่อสามารถไปปฏิบัติตามได้ ซึ่งเนื้อหาไม่เกี่ยวกับแอลกอฮอล์ แต่วัตถุที่ใช้การ สาธิตเป็นเครื่องดื่มน้ำแอลกอฮอล์ยี่ห้อใดยี่ห้อหนึ่ง

4) สิ่งเร้าทางด้านตลกขบขัน เป็นการนำเสนอเนื้อหา ภาพและวิดีโอเกี่ยวกับเรื่องขำๆ มุกตลกๆ ที่มา จากต้นตอของการดื่มน้ำแอลกอฮอล์ยี่ห้อใดยี่ห้อหนึ่งที่ทำให้เกิดความสนใจต่อผู้ใช้สื่อสังคมออนไลน์เช่น เมา แล้วกล้า เมา แล้วรู้ #มขวงเหล่า...ฮาทุกดอกจะบอกให้เป็นต้น

5) สิ่งเร้าทางด้านความแปลก มหัศจรรย์ เป็นการนำเสนอเนื้อหา ภาพ และวิดีโอเกี่ยวกับเรื่องน่าทึ่ง หรือวิดีโอตลกขบขัน เนื้อ เรื่องไม่เกี่ยวกับการดื่มน้ำแอลกอฮอล์ แต่มีภาพการใช้เครื่องดื่มน้ำแอลกอฮอล์ประกอบอยู่ในฉากด้วยที่ทำให้เกิดความสนใจต่อ ผู้ใช้สื่อสังคมออนไลน์

6) สิ่งเร้าทางด้านการส่งเสริมการขายเป็นการนำเสนอเนื้อหา ภาพ และวิดีโอเกี่ยวกับสถานที่ท่องเที่ยว ร้านอาหาร ที่มีกรกล่าวถึงมิโปร โมชั่นของเครื่องดื่มน้ำแอลกอฮอล์ยี่ห้อใดยี่ห้อหนึ่งที่ทำให้เกิดความสนใจ ต่อผู้ใช้สื่อสังคมออนไลน์

7) สิ่งเร้าทางด้านบุคคลที่มีชื่อเสียงเป็นการนำเสนอเนื้อหา ภาพ และวิดีโอที่เกี่ยวกับศิลปินนัก ร้องที่ผู้ใช้สื่อสังคมออนไลน์ชื่นชอบ ไม่มีการพูดถึงเครื่องดื่มน้ำแอลกอฮอล์ แต่สามารถรู้ได้ว่าเขาและเธอเหล่านั้ันอยู่ในสถานที่ใดหรือ งานนั้นมีการสนับสนุนโดยเครื่องดื่มน้ำแอลกอฮอล์ยี่ห้อใดยี่ห้อหนึ่ง

8) สิ่งเร้าทางด้านความบันเทิงเป็นการนำเสนอเนื้อหา ภาพ และวิดีโอที่เกี่ยวกับเพลง หรือ ภาพยนตร์มีเนื้อหาเกี่ยวกับการดื่มน้ำแอลกอฮอล์ แล้วนำไปสู่เรื่องราวต่างๆ อย่างสนุกสนาน ซึ่ง บางครั้งมีการนำเสนอเครื่องดื่มน้ำแอลกอฮอล์ยี่ห้อใดยี่ห้อหนึ่งในเนื้อเรื่อง เช่น เรื่อง “รักหมดแก้ว”

9) สิ่งเร้าทางด้านคุณสมบัติของสินค้าเป็นการนำเสนอเนื้อหา ภาพ และวิดีโอที่เกี่ยวกับคุณสมบัติ ของสินค้าที่นำเสนอโดยบุคคลที่ไม่ใช่เจ้าของสินค้าโดยตรง เช่น คลิปวิดีโอการโชว์แก้ว เซียน เทพ ในการดื่มน้ำแอลกอฮอล์ มีการพูดถึงยี่ห้อเครื่องดื่มน้ำแอลกอฮอล์ยี่ห้อใดยี่ห้อหนึ่ง

เช่น จะเกิดอะไรขึ้นหากนำเบียร์ ทุกยี่ห้อ มาผสมรวมกันแล้วดื่ม!? / โฉวเหนือกระดกเหล้าที่เดียว  
หมดขวด เป็นต้น<sup>59</sup>

### 2.10.3 กลยุทธ์การตลาดแบบเพื่อนสู่เพื่อน (peer marketing)

กลยุทธ์การตลาดแบบนี้ คือ การให้กลุ่มเด็กและเยาวชนเข้าไปเป็นเจ้าของแบรนด์หรือ  
ตราสินค้าและเป็นผู้เผยแพร่แบรนด์/ผลิตภัณฑ์สู่เพื่อนๆด้วยตนเอง กลยุทธ์การตลาดแบบนี้จะ  
นิยมใช้ช่องทางการสื่อสารที่มีใช้สื่อมวลชน เพื่อให้เกิดการสื่อสารโดยตรงกับกลุ่มลูกค้า  
โดยเฉพาะกลุ่มเด็ก และเยาวชน ยกตัวอย่างเช่น ห้องสนทนาตามเว็บไซต์ต่างๆ หรือการสร้าง  
สนามกีฬาเพื่อเป็น ช่องทางในการสื่อสารเฉพาะเป็นต้น ผลพลอยได้ที่สำคัญคือการตลาดลักษณะนี้  
จะก่อให้เกิดการมีส่วนร่วมอย่างสูงระหว่างสินค้า /ตราสินค้าและกลุ่มผู้บริโภคเป้าหมาย

สังเกตได้ว่าการตลาดของกลุ่มธุรกิจแอลกอฮอล์จะนิยมใช้กลยุทธ์แบบ เพื่อนสู่เพื่อนผ่าน  
ช่องทางการสื่อสารสมัยใหม่หรืออินเทอร์เน็ตนี้มากยิ่งขึ้น เพราะต้องการเข้าถึงกลุ่มลูกค้าเป้าหมาย  
โดยตรงพร้อมกับที่ใช้ช่องว่างทางกฎหมายของพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์  
พ.ศ. 2551 เพื่อทำการเผยแพร่ข้อมูลของสินค้าและกิจกรรมการตลาดที่ เกี่ยวข้องกับสินค้านั้นๆ  
ตัวอย่างเช่น การทุ่มงบ 20 ล้านบาท เพื่อซื้อลิขสิทธิ์เกมออนไลน์จาก ประเทศอังกฤษ “100 แฟนตา  
ซี ฟุตบอล ” ให้คนไทยได้เล่นในฤดูกาลแข่งขันพรีเมียร์ลีก ของอินเตอร์ด ไพเพอร์ส เพื่อการให้  
สามารถเข้าถึง กลุ่มเป้าหมายโดยตรงมากยิ่งขึ้น ในขณะที่เดียวกับที่กลุ่มเป้าหมายกลุ่มนี้จะกลายเป็น  
ผู้เผยแพร่สู่เพื่อนในลักษณะของการตลาดแบบปล่อยเชื้อ (viral marketing) โดยที่กลุ่มผู้บริโภคหลัก  
ใช้วิธีการในการเขียนข้อความชักชวนเพื่อนๆในกลุ่มของตนผ่านทางอีเมลล์ ช่องแชท หน้าเพจต่างๆ  
โดยใช้ข้อความของตนเองหรือข้อความที่บริษัทจัดเตรียมไว้ให้ ได้แก่ "มาลองเล่นเป็นผู้จัดการทีม  
พรีเมียร์ลีกกัน ในเกม 100 Fantasy Football ที่ [www.100community.com](http://www.100community.com) ,ครีมทีมที่เจ๋งที่สุด, "ได้ไป  
ดูแข่งขันพรีเมียร์ลีกที่ประเทศอังกฤษ เกมยังมีรางวัลอื่นๆอีกเพียบ" เป็นต้น

อาจกล่าวได้ว่ากลยุทธ์การตลาดทั้งในรูปแบบของส่วนประสมการตลาดและกลยุทธ์หรือ  
เครื่องมือการสื่อสารการตลาดในรูปแบบอื่นๆนั้น นับเป็นเครื่องมือที่มีประสิทธิภาพสูงที่กลุ่มทุน  
ธุรกิจนำมาใช้เพื่อให้บรรลุเป้าหมายทางธุรกิจที่ได้วางไว้ ด้วยการทำให้เกิดความเข้าใจพฤติกรรม

<sup>59</sup> เสริมศักดิ์ ขุนพล. (2563). สื่อโฆษณาแฝงในการตลาดบนสื่อสังคมออนไลน์ของเครื่องดื่ม แอลกอฮอล์ที่มีผล  
ต่อการดื่ม และการรู้เท่าทันสื่อของเยาวชน ระดับอุดมศึกษาในพื้นที่จังหวัดสงขลา. *วารสารนิเทศสยามปริทัศน์*.  
19(1). หน้า 55 – 67.

ของผู้บริโภค จนกระทั่งสามารถกำหนดความต้องการ พฤติกรรมการซื้อ/การบริโภค และสร้างความจงรักภักดีต่อตราสินค้าและผลิตภัณฑ์ได้เป็นอย่างดี<sup>60</sup>

#### 2.10.4 แนวความคิดการตลาดเชิงเอาใจใส่สังคม (Cause-Related Marketing)

Corporate social responsibility (CSR) เป็นกิจกรรมที่การตลาดเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ในสังคมที่เราเรียกว่า cause-related marketing หรือ CRM ซึ่งเป็นกระบวนการที่สร้างและใช้วิธีการการตลาด โดยองค์กรนำเสนอแก่สังคมว่าจะมอบเงินจำนวนหนึ่งให้แก่องค์กรใดองค์กรหนึ่ง หากลูกค้ามีส่วนร่วมในการสร้างรายได้ให้แก่บริษัท และในปัจจุบัน CRM ถูกนำมาใช้ในองค์กรมากกว่า 85% และ CRM ก็กลายเป็นหัวข้อวิจัยหลายๆ ของแขนงธุรกิจและสถาบันการศึกษา ซึ่งพบประเด็นหลักๆ สองประเด็น ประเด็นแรกคือ ปฏิกริยาโดยทั่วไปของลูกค้าที่มีต่อ CRM ซึ่งก็คือลูกค้าส่วนใหญ่มีผลตอบกลับที่ดีต่อการตลาดแบบนี้หรือไม่ ประเด็นที่สองคือผลกระทบที่ได้รับจากการใช้ CRM ในลักษณะต่าง ๆ

CSR หรือ Corporate Social Responsibility หมายถึง ความรับผิดชอบของสิ่งที่บริษัทหรือองค์กรทำแล้วส่งผลต่อสังคม CSR เกิดจากปัญหาทางสังคมหรือช่องว่างระหว่างความคาดหวังของสังคมกับการปฏิบัติทางสังคมของภาคธุรกิจ ปัจจุบันแม้ว่าการปฏิบัติทางสังคมของภาคธุรกิจมีการปรับขยายเพิ่มขึ้นแล้วก็ตาม แต่ก็ยังไม่เพียงพอกับความคาดหวังของสังคม ส่งผลให้ช่องว่างดังกล่าวเพิ่มขึ้นกว้างมากขึ้น

การทำ CSR เป็นการแสดงความรับผิดชอบต่อยอดจากพื้นฐานความรับผิดชอบต่อองค์กรควรมี 4 ด้าน ได้แก่ เศรษฐกิจ กฎหมาย จริยธรรม และสาธารณกุศล กล่าวคือ เมื่อองค์กรทำธุรกิจแล้วสามารถดำเนินการให้เกิดผลกำไร ไม่ว่าจะโดยการเพิ่มยอดขาย หรือการลดต้นทุน (ด้านเศรษฐกิจ) แล้วองค์กรจะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย กฎระเบียบข้อบังคับต่างๆ รวมถึงการเสียภาษี (ด้านกฎหมาย) การดำเนินงานทั้งหมดจะต้องทำด้วยความถูกต้องหรือมีจริยธรรม (ด้านจริยธรรม) รวมทั้งสามารถช่วยเหลือสังคมได้อีกด้วย

“Cause-related Marketing” เป็นการตลาดที่มีการสร้างกิจกรรมให้เชื่อมโยงกับเรื่องที่สังคมให้ความสำคัญ โดยนัยหนึ่งอาจจัดว่าเป็นการทำการตลาดเพื่อสังคม แต่โดยน้ำหนักรของวัตถุประสงค์แล้ว กลยุทธ์ลักษณะนี้ ถูกจัดอยู่ในกลุ่มของการส่งเสริมการตลาดรูปแบบหนึ่ง โดยบริษัทเจ้าของผลิตภัณฑ์จะกำหนดเงื่อนไขหรือข้อเสนอที่จะบริจาคเงินให้กับ เรื่องที่สังคมให้

<sup>60</sup> นิษฐา หุ่นเกษม และสายทอง บุญปัญญา. (2552). *กลยุทธ์การตลาดของบริษัทแอลกอฮอล์ในประเทศไทย: ศึกษาเฉพาะกรณีกลยุทธ์แนวราบ*. รายงานการวิจัย. กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ (สสส.) กรมสุขภาพจิต สถาบันวิจัยระบบสาธารณสุข และศูนย์วิจัยปัญหาสุรา. หน้า 1.

ความสำคัญ เช่น สิ่งแวดล้อม ปัญหาเด็ก ปัญหาความไม่รู้หนังสือ ฯลฯ หรือบริจาคให้กับ มูลนิธิ การกุศล เป็นต้น<sup>61</sup>

ศ.ฟิลิป คอตเลอร์ แห่งมหาวิทยาลัยนอร์ธเวสต์เทิร์น และแนนซี ลี อาจารย์สมทบแห่ง มหาวิทยาลัยวอชิงตัน และมหาวิทยาลัยซีแอตเติล ได้จำแนก CSR ไว้เป็น 7 ชนิด (type) กิจกรรม ได้แก่<sup>62</sup>

1) การส่งเสริมการรับรู้ประเด็นปัญหาทางสังคม (Cause Promotion) เป็นการจัดหา เงินทุน วัสดุสิ่งของ หรือทรัพยากรอื่นขององค์กร เพื่อขยายการรับรู้และความห่วงใยต่อประเด็น ปัญหาทางสังคมนั้น ตลอดจนสนับสนุนการระดมทุน การมีส่วนร่วม หรือการเพิ่มหาอาสาสมัคร เพื่อการดังกล่าว

2) การตลาดที่เกี่ยวข้องกับประเด็นทางสังคม (Cause-Related Marketing) เป็นการ ออกหุ้นหรือการบริจาครายได้ส่วนหนึ่งจากการขายผลิตภัณฑ์เพื่อช่วยเหลือหรือร่วมแก้ไขประเด็น ปัญหาทางสังคมจำเพาะหนึ่งๆ ซึ่งมักมีช่วงเวลาจำกัดแน่นอน หรือดำเนินการแบบจำเพาะ ผลิตภัณฑ์ หรือให้แก่การกุศลที่ระบุไว้เท่านั้น

3) การตลาดเพื่อมุ่งแก้ไขปัญหาสังคม (Corporate Social Marketing) เป็นการ สนับสนุนการพัฒนาหรือการทำให้เกิดผลจากการณรงค์เพื่อเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมในด้าน สาธารณสุข ด้านความปลอดภัย ด้านสิ่งแวดล้อม หรือด้านสุขภาวะ เป็นต้น

4) การบริจาคเพื่อการกุศล (Corporate Philanthropy) เป็นการช่วยเหลือไปที่ประเด็น ปัญหาทางสังคมโดยตรง ในรูปของการบริจาคเงินหรือวัสดุสิ่งของ เป็นกิจกรรม CSR ที่พบเห็นใน แทบทุกองค์กรธุรกิจ และโดยมากมักจะจะเป็นไปตามกระแสความต้องการจากภายนอกหรือมีผู้เสนอ ให้ทำ มากกว่าจะเกิดจากการวางแผนหรือออกแบบกิจกรรมจากภายในองค์กรเอง

5) การอาสาช่วยเหลือชุมชน (Community Volunteering) เป็นการสนับสนุนหรือจูงใจ ให้พนักงาน คู่ค้าร่วมสละเวลาและแรงงานในการทำงานให้แก่ชุมชนที่องค์กรตั้งอยู่และเพื่อ ตอบสนองต่อประเด็นปัญหาทางสังคมที่องค์กรให้ความสำคัญหรือห่วงใย

6) การประกอบธุรกิจอย่างรับผิดชอบต่อสังคม (Socially Responsible Business Practices) เป็นการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจอย่างพินิจพิเคราะห์ทั้งในเชิงป้องกันด้วยการหลีกเลี่ยง

<sup>61</sup> สารคดีดี.คอม. (2565). *การตลาดเชิงเอาใจใส่สังคม (Cause-Related Marketing)*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: [http://www.sara-dd.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=210:cause-related-marketing&catid=25:the-project&Itemid=72](http://www.sara-dd.com/index.php?option=com_content&view=article&id=210:cause-related-marketing&catid=25:the-project&Itemid=72) [2565,1 ธันวาคม]

<sup>62</sup> Philip Kotler and Nancy Lee. (2005). *Corporate Social Responsibility*. New Jersey, John Wiley & Sons.p.23.

การก่อให้เกิดปัญหาทางสังคม หรือในเชิงร่วมกันแก้ไขด้วยการช่วยเหลือเยียวยาปัญหาทางสังคม นั้นๆ ด้วยกระบวนการทางธุรกิจ เพื่อการยกระดับสุขภาวะของชุมชนและการพิทักษ์สิ่งแวดล้อม

7) การพัฒนาและส่งมอบผลิตภัณฑ์และบริการตามกำลังซื้อของคนในระดับฐานราก (Developing and Delivering Affordable Products and Services) เป็นการนำกระบวนการทางธุรกิจในการผลิตและจำหน่ายสินค้าและบริการสู่ตลาดที่เรียกว่า The Bottom of the Pyramid (BoP) ในราคาที่ไม่แพง เหมาะกับกำลังซื้อของผู้บริโภคในระดับฐานราก ให้สามารถเข้าถึงสินค้าและบริการเพื่อการพัฒนาคุณภาพชีวิต พร้อมกันกับเป็นโอกาสสำหรับธุรกิจในการเข้าถึงตลาดปริมาณมหาศาล<sup>63</sup>

สำหรับภาคผู้ประกอบการธุรกิจเครื่องสำอางค์แอลกอฮอล์พบว่ายอดขายและส่วนแบ่งผลกำไรทางการตลาดส่วนหนึ่งขึ้นอยู่กับกิจกรรมการตลาด และการสื่อสารเข้าถึงผู้บริโภคประกอบกับกระแสแนวคิด CSR ที่ว่าการทำธุรกิจที่ไม่อาจเน้นแต่ผลกำไรเพียงอย่างเดียวได้แต่ยังต้องมีความรับผิดชอบต่อสังคมด้วย การทำการตลาดแบบ CSR จึงเป็นเครื่องมือหรือกิจกรรมการตลาดและทางการเมืองที่สำคัญของภาคธุรกิจเครื่องสำอางค์แอลกอฮอล์ในการรักษา ผลกำไรรวมทั้งยอดขายไว้ในระยะยาว เพราะ CSR เป็นการเปิดโอกาสให้ธุรกิจได้สื่อสารการตลาดและนำเสนอภาพลักษณ์ที่ดีของบริษัทสู่สังคม ทำให้ผู้บริโภคมีทัศนคติและความรู้สึกเชิงบวกต่อบริษัท ซึ่งอาจส่งผลต่อการส่งเสริมการบริโภคเครื่องสำอางค์แอลกอฮอล์ของประชาชนที่มากขึ้นจากการมีทัศนคติว่าการดื่มเป็นเรื่องปกติธรรมดาของสังคม

ยกตัวอย่างการการตลาดแบบ CSR ในภาคธุรกิจเครื่องสำอางค์แอลกอฮอล์ อาทิเช่น การรณรงค์ การดื่มอย่างมีความรับผิดชอบต่อสังคม, การรณรงค์เมาไม่ขับ, การจัดตั้งองค์กรทางสังคม หรือการบริจาคเงินและทำกิจกรรมเพื่อสาธารณะกุศล เป็นต้น<sup>64</sup>

สำหรับประเทศไทย การทำการตลาดแบบ CSR ของบริษัทเครื่องสำอางค์แอลกอฮอล์ใกล้เคียงกับกิจกรรมการตลาดเพื่อการสร้างแบรนด์ (Branding) เพราะมีการสื่อสารและโฆษณาแบรนด์ของบริษัทเครื่องสำอางค์แอลกอฮอล์ต่อผู้บริโภคผ่านการแทรกชื่อและโลโก้เข้าไปในการสื่อสารและกิจกรรม CSR (จัดเป็นการโฆษณาแฝงรูปแบบหนึ่ง)

<sup>63</sup> สถาบันไทยพัฒนา. (2556). *ชนิดของกิจกรรม CSR*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: [https://www.thaicr.com/2008/01/blog-post\\_07.html](https://www.thaicr.com/2008/01/blog-post_07.html) [2565,1 ธันวาคม]

<sup>64</sup> อรทัย วลีวงศ์, กมลพัฒน์ มากแจ้ง, โสภิต นาสืบ และชนัญชิตา บัวทอง. (2565). *สรุปข้อมูลวิชาการที่สำคัญ มาตรการควบคุมกิจกรรมการตลาดเครื่องสำอางค์แอลกอฮอล์ เพื่อปกป้องเด็กและเยาวชนในยุคดิจิทัลและโลกเสรีทางการค้า*. กรุงเทพฯ: สหมิตรพัฒนาการพิมพ์. หน้า 34-37.

การให้ทุนอุปถัมภ์(Sponsorship) โดยภาคผู้ประกอบธุรกิจเครื่องดื่มแอลกอฮอล์จัดเป็นหนึ่งในเครื่องมือทางการตลาดและเป็นรูปแบบที่นิยมอ้างว่าเป็นกิจกรรมเพื่อสังคม(CSR) ซึ่งการให้ทุนอุปถัมภ์มีกลไกที่สำคัญกล่าวได้คือ

การให้ทุนอุปถัมภ์เป็นการอนุญาตให้บริษัทเครื่องดื่มแอลกอฮอล์แสดงบทบาทการรับผิดชอบต่อสังคมผ่านการสนับสนุนทางการเงินที่มักถูกมองว่าเป็นประโยชน์

การสร้างความตระหนักรู้ต่อตราสินค้าหรือต่อองค์กรของผู้ประกอบธุรกิจผ่านการได้รับสื่อที่เป็นตราสินค้าซึ่งนำไปสู่การพัฒนาอารมณ์เชิงบวกระหว่างตราสินค้าแอลกอฮอล์กับกิจกรรมที่ทำให้เกิดความพึงพอใจ

การให้ทุนอุปถัมภ์ในวงการกีฬา (Sport sponsorship) เป็นการเชื่อมตราสินค้าเครื่องดื่มแอลกอฮอล์กับกีฬาที่ผู้คนและเยาวชนที่ชื่นชอบและสนใจซึ่งมีอิทธิพลอย่างมากต่ออารมณ์ของกลุ่มเหล่านี้และทำให้ตราสินค้าแทรกซึมเข้าไปในวิถีชีวิตของกลุ่มเด็กและเยาวชนและกลายเป็นนักดื่มหน้าใหม่ได้โดยง่าย<sup>65</sup>

การทำกิจกรรมเพื่อสังคมนี้ มักมีการแสดงตราสินค้าหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของตราสินค้าและตราสัญลักษณ์ของผลิตภัณฑ์หรือบริษัทเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ตามสิ่งต่างๆเช่น โปสเตอร์ ฆรรวมหลัก ซึ่งหากตีความด้วยทฤษฎีทางการตลาดก็ถือเป็นการโฆษณาแล้ว<sup>66</sup>

หากพิจารณาจากข้อมูลข้างต้นแล้วพบว่าการทำการตลาดเชิงเอาใจใส่สังคมมีจุดมุ่งหมายในการโฆษณาอย่างหนึ่งย่อมถือเป็นการโฆษณาประเภทหนึ่งตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ.2551 แต่ด้วยคำจำกัดที่ไม่ชัดเจนจนต้องอาศัยการตีความของพนักงานเจ้าหน้าที่ทำให้ การตลาดแบบ CSR ในวงผู้ประกอบธุรกิจเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ไม่ได้รับการควบคุมเท่าที่ควร อีกทั้งเมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ.2551 พบว่าไม่มีกฎหมายมาตราใด ควบคุมการทำการตลาดแบบ CSR โดยเฉพาะซึ่งแตกต่างจากพระราชบัญญัติควบคุมยาสูบ พ.ศ. 2560 ที่มีตัวบทกฎหมายควบคุมทุนอุปถัมภ์อย่างชัดเจน

พิจารณาได้ว่าโฆษณาแฝงมีอิทธิพลอย่างมากต่อชีวิตประจำวันทั้งทางอารมณ์ จิตใจ ความนึกคิด และจิตใต้สำนึกของผู้บริโภค เพราะฉะนั้นผู้บริโภคมีความจำเป็นที่จะต้องรู้จักการวิเคราะห์และประเมินสื่อที่ตนรับชมอยู่ เพื่อไม่ให้ถูกแทรกแซงความคิดความเชื่อจากสื่อโฆษณาแฝงในรูปแบบต่างๆ แต่หากเป็นกรณีที่ได้รับสื่อโฆษณาแฝงเป็นเยาวชน การวิเคราะห์และการประเมินสื่อที่จะรับชมกระทำได้อย่างยากเพราะขาดวุฒิภาวะ และประสบการณ์ ดังนั้นการทำความเข้าใจและศึกษาพฤติกรรมการตลาด จะทำให้พบอิทธิพลที่มีต่อผลต่อแรงจูงใจในการดื่มของกลุ่มเด็ก

<sup>65</sup> อรรถชัย วลีวงศ์, กมลพัฒน์ มากแจ้ง, โสภิต นาสืบ และชนัญชิตา บัวทอง. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 64. หน้า 38.

<sup>66</sup> อรรถชัย วลีวงศ์, กมลพัฒน์ มากแจ้ง, โสภิต นาสืบ และชนัญชิตา บัวทอง. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 64. หน้า 44.

และเยาวชน และนำมาสู่ข้อมูลที่สำคัญสำหรับการออกแบบกฎหมาย โครงการหรือกิจกรรม เพื่อการป้องกันนักดื่มหน้าใหม่จากกลยุทธ์การตลาดของกลุ่มธุรกิจแอลกอฮอล์ และการแก้ปัญหา การโฆษณาแฝงเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ควรเกิดจากความร่วมมือของหลายๆฝ่าย ทั้งตัวผู้บริโภค ตัวเยาวชน และครอบครัวรอบข้าง ที่ต้องรู้เท่าทันสื่อ นักวิชาชีพ และหน่วยงานหรือผู้ที่เกี่ยวข้อง ต้องเข้ามามีบทบาทควบคุมดูแลให้อยู่ในขอบเขตที่เหมาะสม

## 2.11 แนวคิดเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ และการรับรู้ข่าวสาร

หลัก “สิทธิและเสรีภาพ” ถือเป็นหลักการพื้นฐานของการปกครองระบอบประชาธิปไตย และเป็นสิ่งที่ควบคู่มากับการกำเนิดของรัฐธรรมนูญสำหรับประเทศทั้งหลายที่ปกครองระบอบประชาธิปไตยในโลก<sup>67</sup>

ทั้งนี้ศาสตราจารย์ ศรีราชา เจริญพานิช ได้ให้ความหมายของคำว่าสิทธิเสรีภาพไว้ ณ ขณะดำรงตำแหน่งผู้ตรวจการแผ่นดินเมื่อวันที่ 17 ธันวาคม 2553 ดังนี้

ความหมายของคำว่า “เสรีภาพ” คือ เป็นความสามารถของบุคคลในสถานการณ์นั้น ๆ ที่จะกระทำการใด ๆ ได้ตามที่ตนปรารถนาโดยไม่มีอุปสรรคมาขัดขวาง ทั้งนี้ การใช้เสรีภาพของบุคคล นั้นจะต้องไม่เป็นการละเมิดต่อเสรีภาพของบุคคลอื่นด้วย

และสำหรับความหมายของคำว่า “สิทธิ” คือ เป็นอำนาจของบุคคล ที่กฎหมายบัญญัติรับรองไว้ว่าจะกระทำการใดได้อย่างอิสระ รวมทั้งบุคคลนั้นย่อมมีสิทธิที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่น กระทำสิ่งใดให้แก่ตน และตนก็ย่อมจะต้องมีหน้าที่กระทำต่อบุคคลอื่นภายใต้สิทธิของ บุคคลอื่น นั้นด้วย ทั้งนี้ เพื่อมิให้การใช้สิทธิของบุคคลแต่ละคน ล่วงเกินสิทธิของบุคคลอื่น

โดยที่ศาสตราจารย์ศรีราชา เจริญพานิช ได้กล่าวว่า “ความหมายของคำว่า “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” ทั้งความหมาย “โดยทั่วไป” และความหมาย “ตามรัฐธรรมนูญ” นั้น โดยหลักการแล้วมีความเห็นว่าจะมีความหมายเป็นอย่างเดียวกัน” และ หากจะกล่าวโดยรวมแล้ว จะเห็นได้ว่า “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” เป็นคำที่ ไม่อาจแบ่งแยกออกจากกันได้ หรือควรที่จะต้องใช้ร่วมกันเป็น “สิทธิเสรีภาพ” เพราะทั้ง “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” เป็นสิ่งที่บุคคลสามารถกระทำการใด ๆ ก็ได้ตามที่ตนประสงค์โดยมีกฎหมายบัญญัติรับรองไว้ แต่สิ่งที่บุคคลนั้นกระทำจะต้องไม่เป็นการ ละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นด้วย ทั้งนี้ เพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคม และความเป็นอยู่ที่เป็นระเบียบของชุมชนที่บุคคลนั้นอาศัยอยู่เป็นสำคัญ<sup>68</sup>

<sup>67</sup> กองบรรณาธิการ สำนักกฎหมาย. (2554). หลักสิทธิและเสรีภาพ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย: แนวความคิดและภาคปฏิบัติ. *จตุรนิติ*. หน้า 1-55.

<sup>68</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 4-5.

ส่วนนายแพทย์ธีรภัทร พิทักษ์วัชร ได้กล่าวถึงขอบเขตของสิทธิเสรีภาพไว้ เมื่อวันที่ 17 ธันวาคม 2553 ซึ่งขณะนั้นดำรงตำแหน่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ดังนี้ ในปัจจุบันนี้สังคมไทยยังขาดความรู้และความเข้าใจเกี่ยวกับเรื่องสิทธิ และเสรีภาพ ด้วยเหตุผลในหลาย ๆ ประการดังต่อไปนี้

ประการแรก หลายคนคิดว่าสิทธิ คือ สิทธิที่จะทำอะไรก็ได้ทุกอย่าง แต่ในความเป็นจริงแล้ว การใช้สิทธิย่อมต้องมีขอบเขต ต้องมีความถูกต้องที่ไม่กระทำการละเมิดสิทธิของผู้อื่น และที่สำคัญคือต้องไม่ละเมิดต่อสิทธิที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือต่อส่วนรวม ถ้ามีแต่สิทธิอย่างเดียว ไม่มีหน้าที่ความรับผิดชอบ ก็เกิดสภาพอนาธิปไตย ถ้ามีแต่หน้าที่อย่างเดียวไม่มีสิทธิ ก็เป็นสังคมทาสไปด้วยปริยาย

ประการที่สอง ประชาชนในสังคมถูกสอนว่า เมื่อมีสิทธิแล้วก็ต้องมีหน้าที่ ซึ่งความเข้าใจดังกล่าวถูกต้องส่วนหนึ่งแต่ไม่ทั้งหมด แม้ว่าสิทธิคือสิ่งที่เป็นประโยชน์และความถูกต้อง แต่ก็เป็นที่ที่บุคคลอื่นและองค์กรของรัฐที่เกี่ยวข้องต้องเข้ามาให้ความคุ้มครอง ส่งเสริม และสนับสนุน เพราะว่าเรื่องสิทธิ เป็นทั้งสิทธิปัจเจกบุคคล กับสิทธิที่เป็นเรื่องของเชิงนโยบายโครงสร้าง

ประการที่สาม หลักความเป็นธรรมโดยกฎหมาย เรื่องนี้มีความสำคัญมาก เพราะสิทธิและเสรีภาพเป็นหลักการตามกฎหมาย เป็นหลักการในระบบนิติรัฐและนิติธรรม ที่ทำให้เกิดความเป็นธรรมในการบังคับใช้กฎหมาย

ประการที่สี่ หลักความเสมอภาค การจะมีแต่เพียงสิทธิและเสรีภาพนั้นถือว่ายังไม่เพียงพอ แต่จะต้องคำนึงถึงหลักความเสมอภาคร่วมด้วย เพราะหลักความเสมอภาค เป็นหลักการพื้นฐานของศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ซึ่งมนุษย์ย่อมได้รับการรับรอง และคุ้มครองจากกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันในฐานะที่เป็นมนุษย์โดยมิต้องคำนึง ถึงความแตกต่างทางเชื้อชาติ ศาสนา ภาษา ถิ่นกำเนิด เป็นต้น<sup>69</sup>

สิทธิเสรีภาพพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมีหลายประการแต่ในที่นี้ผู้วิจัยขอกล่าวถึงสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ และสิทธิเสรีภาพในการสื่อสาร ซึ่งสิทธิเสรีภาพดังกล่าวทั้งสองประการถูกกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 34 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครอง

<sup>69</sup> กองบรรณาธิการ สำนักกฎหมาย. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 67. หน้า 11-14.

สิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน

และมาตรา 40 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพียงเท่าที่จำเป็นหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น

การตรากฎหมายเพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพตามวรรคสอง ต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือก้าวก่ายการจัดการศึกษาของสถาบันการศึกษา

แต่หากพิจารณาโดยถี่ถ้วนแล้วจะพบว่าทั้งสองมาตรานั้นมิใช่สิทธิเสรีภาพที่ไม่มีข้อยกเว้น การกระทำที่ขัดหรือแย้งกับสิทธิเสรีภาพดังกล่าวต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อเหตุผลประการใดประการหนึ่งข้างต้น ดังที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 26 ได้ว่าไว้

มาตรา 26 การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุและจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

จากข้อมูลตั้งที่ผู้วิจัยได้กล่าวมาแล้วข้างต้นสามารถพิจารณาได้ว่าสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ และการรับรู้ข่าวสารนั้นไม่ใช่สิทธิเสรีภาพที่ประชาชนในสังคมจะสามารถใช้ได้ อย่างเสรี แต่หากสามารถถูกจำกัดสิทธิได้ก็แต่ด้วยการตรากฎหมายตามที่รัฐธรรมนูญได้ให้เงื่อนไขไว้ ดังตัวอย่างเช่นพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 แม้จะเป็นไปเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพและสิทธิเสรีภาพในการโฆษณา แต่ก็เป็นไปเพื่อประโยชน์สุขภาพของประชาชน และเป็นการคุ้มครองผู้บริโภค โดยมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง<sup>70</sup>

<sup>70</sup> สมาน พุทธะภูท. (2565). *ทำไมจึงต้องมีพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://cas.or.th/?p=7740> [2565,1 ธันวาคม]

จากทั้งหมดที่กล่าวมานั้นผู้วิจัยเห็นว่าการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์โดยการออกกฎหมายของภาครัฐสามารถกระทำได้นี้เนื่องด้วยเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ถือเป็นผลิตภัณฑ์ที่ส่งผลต่อสุขภาพโดยตรง และยิ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อสังคมเป็นวงกว้าง แต่อย่างไรก็ดีการห้ามโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ตามมาตรา 32 นั้นยังคงมีข้อบกพร่องบางประการ กล่าวคือการที่การโฆษณาตามความนัยของมาตรา 32 ยังคงไม่ชัดเจน และอาศัยการตีความของพนักงานเจ้าหน้าที่ เป็นเหตุให้ผู้ประกอบการรายใหญ่อาศัยช่องว่างดังกล่าวโฆษณาและทำการตลาดแฝงโดยอาศัยเครื่องหมายการค้าเสมือนหรือ BRAND DNA อยู่เสมอ

ยกตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกา 15453/2557 สรุปใจความว่า การแสดงตราสัญลักษณ์หรือชื่อของบริษัทผู้ผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ แต่มิได้มีเนื้อหาอันเป็นการอวดอ้างสรรพคุณหรือชักจูงใจให้ผู้อื่นดื่มโดยตรงหรือโดยอ้อม ไม่เป็นความผิด ดังมีเนื้อหา ดังนี้ “กรณีแผ่นป้ายโฆษณารับสมัครผู้เข้าประกวด Sexy Leo Girl Season 5 แม้ว่าจะมีคำ Leo ตรงกับฉลากเครื่องดื่มเบียร์ก็ตาม แต่ก็เป็น การประชาสัมพันธ์รับสมัครบุคคลเข้าประกวดเพื่อเป็น Brand Ambassador แม้แผ่นป้ายดังกล่าวสื่อความหมายได้ว่าเป็นกิจกรรมเกี่ยวข้องกับเครื่องดื่มเบียร์ที่มีชื่อทางการค้า Leo ในรูปแบบการประชาสัมพันธ์ การเผยแพร่ข่าวสาร การส่งเสริมการขาย การแสดงสินค้า การจัดหรือสนับสนุนให้มีการจัดกิจกรรมพิเศษ แต่ก็มีได้มีเนื้อหาอันเป็นการอวดอ้างสรรพคุณหรือชักจูงใจให้ผู้อื่นดื่มโดยตรงหรือโดยอ้อม จึงไม่เป็นความผิด

ส่วนกรณีกล่องใส่กระดาษชำระที่มีเครื่องหมายการค้ารูปช้าง 2 ตัวหันหน้าเข้าหากัน มีรูปประดิษฐ์คล้ายน้ำพุคั่นกลาง ประกอบอักษรโรมัน “CHANG” ใช้กับสินค้าน้ำดื่มและน้ำโซดา เป็นการส่งเสริมการขายสินค้าโดยเจาะจงไปที่น้ำดื่มและน้ำโซดาที่มีใช้เครื่องดื่มแอลกอฮอล์ตามนิยามความหมาย “เครื่องดื่มแอลกอฮอล์” ตามมาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ.ควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ จึงไม่เป็นความผิด”<sup>71</sup>

ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15453/2557 ว่าผู้ประกอบการรายใหญ่สามารถทำการค้าได้อย่างเสรีมากกว่าผู้ประกอบการรายย่อยเนื่องจากการมีเงินทุนที่มากกว่า และสามารถผลิตสินค้าได้หลายประเภท เช่น น้ำดื่ม หรือ โซดา เป็นต้น ทำให้สามารถใช้ประโยชน์จากเครื่องหมายการค้าเสมือนในการโฆษณาได้มากกว่า และเข้าถึงประชาชน ผู้บริโภคได้มากกว่า

อีกทั้งหากพิจารณาในมุมมองกลับกันจะพบว่าผู้ประกอบการรายใหญ่เป็นผู้ออกผลิตภัณฑ์อื่น จัดงานกิจกรรมต่างๆ และเป็นผู้ใช้เครื่องหมายการค้าเสมือนในผลิตภัณฑ์ต่างๆ เพื่อประโยชน์ทางการค้าเช่น ป้ายสินค้า หรือกล่องกระดาษทิชชู เป็นต้น แต่กลับพบว่าผู้ที่ถูกดำเนินคดี

<sup>71</sup> ศาลฎีกา. (2558). คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15453/2557. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก :<https://surathai.wordpress.com/2015/07/11/supreme-court-advert/> [2565,1 ธันวาคม]

กลายเป็นผู้ประกอบการรายย่อยอย่างร้านอาหาร หรือประชาชนทั่วไปด้วยความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ ยกตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3623/2560 แผ่นป้ายไวโนลตามภาพถ่ายมีข้อความว่า “เบียร์เป็นเหตุทะเลาะวิวาทและอาชญากรรมได้” อันมีลักษณะเป็นข้อความคำเตือนผู้ที่ดื่มเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ประเภทเบียร์ให้ทราบถึงโทษของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ประเภทเบียร์ว่าเป็นเหตุให้เกิดการทะเลาะวิวาทและก่อให้เกิดอาชญากรรมได้ แต่ด้านล่างของแผ่นป้ายดังกล่าวยังมีสัญลักษณ์รูปช้างสองตัวยืนหันหน้าเข้าหากันภายใต้น้ำพุ และอักษรภาษาอังกฤษว่า “chang” และ “BEER” อันเป็นรูปเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนบริษัทเบียร์ช้าง จำกัด ซึ่งสื่อให้เห็นหรือทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นภาพของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ประเภทเบียร์ ยี่ห้อช้าง อันเป็นการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ประเภทเบียร์ที่มีชื่อทางการค้าว่า “chang” เพื่อให้ประชาชนทั่วไปเห็นและทราบข้อความดังกล่าวเมื่อจำเลยยินยอมให้ปิดแผ่นป้ายดังกล่าวไว้ที่หน้าร้านของจำเลย และที่ร้านของจำเลยเป็นร้านจำหน่ายสินค้าเบ็ดเตล็ดรวมทั้งเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ประเภทเบียร์ ยี่ห้อช้าง ด้วยแล้ว การปิดแผ่นป้ายดังกล่าวจึงเป็นการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ให้ประชาชนเห็นหรือทราบข้อความเพื่อประโยชน์ทางการค้าและการสื่อสารการตลาด ตามนิยามความหมายของคำว่า “โฆษณา” แห่งพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 มาตรา 3 แล้ว<sup>72</sup>

อันจะเห็นว่าในคดีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3623/2560 นั้น จำเลยเป็นเพียงผู้ประกอบการธุรกิจรายย่อยประเภทร้านอาหารยินยอมให้ติดแผ่นป้ายไวโนลดังกล่าวก็มีความผิด แต่หากพิจารณาถึงมุมมองกลับกันผู้ประกอบการรายใหญ่อย่างบริษัทผู้ผลิตและจัดจำหน่ายซึ่งเป็นผู้ออกแผ่นป้ายไวโนลดังกล่าวกลับไม่ได้มีความผิดด้วย

อีกทั้งในปัจจุบันการให้ทุนอุปถัมภ์หรือการทำกิจกรรม CSR (Corporate Social Responsibility) หรือกิจกรรมเพื่อสังคม ของผู้ประกอบการเครื่องดื่มแอลกอฮอล์รายใหญ่ ซึ่งการทำกิจกรรมดังกล่าวส่งผลให้ผู้บริโภคมีทัศนคติเสริมสร้างความรู้สึกรักเชิงบวกต่อผู้ประกอบการเครื่องดื่มแอลกอฮอล์รายใหญ่ และทำให้เป็นที่ยอมรับต่อสาธารณชน ซึ่งปัจจุบันประเทศไทยมิได้มีกฎหมายห้ามไว้ กิจกรรมดังกล่าวจึงเป็นช่องทางสำคัญในการสื่อสารและโฆษณา สร้างภาพลักษณ์ให้กับเครื่องหมายการค้าและเครื่องดื่มแอลกอฮอล์<sup>73</sup> นอกจากนี้ยังเป็นการก่อให้เกิดความเหลื่อมล้ำในการประกอบอาชีพผลิตและจัดจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ของผู้ประกอบการ

<sup>72</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3623/2560

<sup>73</sup> รัชพร คงประเสริฐ และอรทัย วลีวงศ์. (2562). *บทบาท CSR ของธุรกิจแอลกอฮอล์ทั่วโลก: รับผิดชอบต่อสังคม หรือ กิจกรรมทางการตลาด*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://cas.or.th/?p=5711> [2565,1 ธันวาคม]

รายย่อย ดังที่ผู้วิจัยเห็นว่ามาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ สมควรมีการปรับปรุงแก้ไขให้เกิดความเท่าเทียม และสมควรได้รับการเพิ่มเติมในเรื่องของทุนอุปถัมภ์ดังที่จะได้กล่าวในบทต่อ ๆ ไป