

แนวทางในการพัฒนาความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก



นางสาวธัญทิพ เสนชัย

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)  
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)  
are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์  
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
ปีการศึกษา 2560  
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

The guideline for developing of child pornography law



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2017

Copyright of Chulalongkorn University



ธัญทิพ เสนชัย : แนวทางในการพัฒนาความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก (The guideline for developing of child pornography law) อ.ที่ปริกษาวิทยานิพนธ์หลัก: อ. ดร.ณัชนพล จิตติรัตน์, 263 หน้า.

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาปัญหาและมาตรการทางกฎหมายในการป้องกันการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก รวมทั้งศึกษาแนวความคิด รูปแบบ และเนื้อหาของมาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันการกระทำในลักษณะดังกล่าวในต่างประเทศ เพื่อเสนอแนะแนวทางในการพัฒนาบทบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กให้เหมาะสมกับประเทศไทย

จากการศึกษาพบว่า นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามประมวลกฎหมายอาญายังขาดความชัดเจน เนื่องจากถ้อยคำตามตัวบทกฎหมายยังมีความคลุมเครือในประเด็นสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริง นอกจากนี้กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยยังไม่มีมาตรการทางกฎหมายในการปราบปรามการกระทำความผิดกรณีที่ผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดและไม่มีกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้แต่อย่างใด เมื่อพิจารณาจากมาตรการทางกฎหมายในต่างประเทศพบว่า ประเทศอังกฤษ ประเทศแคนาดา ประเทศฝรั่งเศส และประเทศญี่ปุ่น มีมาตรการทางกฎหมายที่ครอบคลุมการแก้ไขปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กในประเด็นต่าง ๆ ทั้งในเรื่ององค์ประกอบความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก เหตุฉกรรจ์ในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก และข้อยกเว้นความรับผิดในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น ผู้วิจัยจึงเสนอแนะให้แก้ไขนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามประมวลกฎหมายอาญาให้ครอบคลุมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริง อีกทั้งกำหนดเหตุฉกรรจ์กรณีผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก และกำหนดแนวทางในการพิจารณาข้อยกเว้นความรับผิดกรณีการกระทำที่มีได้เป็นไปเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศให้เหมาะสมยิ่งขึ้น โดยนำแนวทางตามมาตรการทางกฎหมายในต่างประเทศมาปรับใช้ให้เหมาะสมกับบริบทของสังคมไทยเพื่อประโยชน์สูงสุดในการป้องกันการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กและปราบปรามสื่อลามกอนาจารเด็ก

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ลายมือชื่อนิสิต .....

ปีการศึกษา 2560

ลายมือชื่อ อ.ที่ปริกษาหลัก .....

# # 5985977434 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: CHILD PORNOGRAPHY

THANYATHIP SENCHAI: The guideline for developing of child pornography law. ADVISOR: NATCHAPOL JITIRAT, Ph.D., 263 pp.

This thesis aims to study the problems and legal measures of child pornography in Thailand. The thesis also studies the concepts, patterns and contents of legal measures for child pornography in the foreign countries in order to propose the appropriate legal measures for Thailand.

The study shows that there is vagueness in the definition of child pornography in Criminal Code of Thailand. Moreover, there are no legal measures to deal with the abuse of trust and the exclusion of liability in child pornography case. Comparing with foreign legal measures, England, Canada, France and Japan have legal measures for suppressing child pornography which cover many problematic issues such as elements of child pornography crime, aggravated circumstances and exclusion of liability.

Consequently, the author of this thesis suggests that Thailand should amend child pornography law by including virtual child pornography and regulate the abuse of trust as an aggravated circumstance in child pornography cases. Moreover, there should be a proper guideline for applying the legitimate purpose exception. This can be solved by appropriately applying the foreign legal measures in accordance with Thai society for the objective of defending child sexual abuse and resolving child pornography problems in Thailand.

Field of Study: Laws

Academic Year: 2017

Student's Signature .....

Advisor's Signature .....

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความอนุเคราะห์อย่างยิ่งของท่านอาจารย์ ดร.ณัชพล จิตติรัตน์ ที่กรุณาได้รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และช่วยให้คำแนะนำในการวางโครงสร้างวิทยานิพนธ์ การค้นคว้าข้อมูล การใช้ภาษา ตรวจสอบร่างวิทยานิพนธ์ ตลอดจนชี้แนะแนวทางในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนจึงขอขอบพระคุณท่านเป็นอย่างยิ่ง

ผู้เขียนขอขอบพระคุณท่านรองศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทน์หอม ที่กรุณาได้รับเป็นประธานสอบวิทยานิพนธ์ อีกทั้งท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ชัชพล ไชยพร และท่านพันตำรวจโท ดร.ศักดิ์วุฒิ วิบูลสมัย ที่กรุณาสละเวลารับเป็นกรรมการในการสอบวิทยานิพนธ์ โดยตลอดเวลาในการจัดทำวิทยานิพนธ์ ผู้เขียนได้รับคำแนะนำที่เป็นประโยชน์จากท่านทั้งสามอันสามารถนำมาปรับใช้เพื่อเพิ่มเติมเนื้อหาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้เป็นระบบและสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอขอบพระคุณบุคคลที่สำคัญที่สุดในชีวิตของผู้เขียน นางภัทริน อุบล มารดาของผู้เขียน ที่มอบความรัก อบรมสั่งสอน ให้คำปรึกษาและรับฟังปัญหาของผู้เขียนตลอดมา นายศัศย์ศรณ โปธิ์พอน ผู้เปรียบเสมือนบิดาของผู้เขียน และครอบครัวของผู้เขียนอันเป็นกำลังใจสำคัญที่ทำให้การจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี นอกจากนี้ผู้เขียนขอขอบพระคุณ นายวรชัย เสนชัย บิดาของผู้เขียน ที่เป็นต้นแบบในหลาย ๆ เรื่องให้กับผู้เขียนและเป็นบุคคลที่ผู้เขียนระลึกถึงอยู่เสมอ

ผู้เขียนขอขอบคุณนางสาวรวีวิสา สัตย์ยงและนางสาวภัทราพร ประสาทแก้ว เพื่อนผู้คอยรับฟังปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นระหว่างจัดทำวิทยานิพนธ์ครั้งนี้และให้คำปรึกษาที่ดีอันทำให้ผู้เขียนสามารถผ่านอุปสรรคทั้งหมดไปได้ อีกทั้งนางสาวจุฑามาศ โยธาภิรมย์, นางสาวหทัยชนก วิถีจรูญ และนางสาวพุทธิดา เค้นฟ้านภาพล ตลอดจนคณาจารย์ เพื่อน ๆ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายอาญาและกระบวนกรยุติธรรมทางอาญา และเจ้าหน้าที่คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยทุกท่านที่ให้ความช่วยเหลือในด้านต่าง ๆ สำหรับการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

นอกจากนี้ผู้เขียนขอขอบคุณ PRISTIN ที่สร้างรอยยิ้มและความสุขให้กับผู้เขียนอันเป็นอีกแรงขับเคลื่อนสำคัญที่ทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงลงได้

ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะ เป็นประโยชน์กับสังคมไทยและบุคคลทั่วไป หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณประโยชน์ประการใด ผู้เขียนขอมอบความดีที่พึงปรารถนาให้แก่บุคคลที่ได้กล่าวมาทั้งหมดนี้ แต่ถ้าหากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับผิดไว้แต่เพียงผู้เดียว และขออภัยไว้ ณ ที่นี้



2.1.1.4	พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องการค้าเด็ก การค้า ประเวณีเด็ก และสื่อลามกอนาจารเด็ก (Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography).....	24
2.1.2	ความทั่วไปเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก .....	25
2.1.2.1	ความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็ก.....	25
2.1.2.2	ประเภทของสื่อลามกอนาจารเด็ก .....	28
2.1.2.3	ลักษณะของสื่อลามกอนาจารเด็ก.....	29
2.1.3	เหตุผลในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก .....	31
2.1.3.1	ผลกระทบที่เกิดจากสื่อลามกอนาจารเด็ก.....	32
2.1.3.2	การคุ้มครองศีลธรรม .....	36
2.1.4	แนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความผิดอาญา .....	37
2.1.4.1	ทฤษฎีการเรียนรู้ทางสังคม (Social Learning Theory).....	38
2.1.4.2	แนวความคิดในการกำหนดความผิดอาญา .....	41
2.1.4.3	แนวความคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงออก.....	44
2.1.4.4	หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality).....	46
2.1.4.5	แนวความคิดในการกำหนดเหตุฉกรรจ์ในความผิดอาญา .....	49
2.1.4.6	ความยินยอมของผู้เสียหายในกฎหมายอาญา.....	51
2.2	ความเป็นมาในการกำหนดความรับผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก.....	56
2.3	การกำหนดความรับผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในปัจจุบัน.....	59
บทที่ 3	มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในประเทศไทย .....	61
3.1	พัฒนาการของความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทย .....	61
3.2	บทบัญญัติกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจารเด็ก .....	65
3.2.1	ประมวลกฎหมายอาญา.....	66



3.2.1.1	องค์ประกอบความผิดของความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก .....	66
3.2.1.2	เหตุฉกรรจ์ในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก.....	77
3.2.1.3	ข้อยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก .....	81
3.2.2	พระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมสื่อลามกอนาจารเด็ก .....	83
3.2.2.1	พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546.....	83
3.2.2.2	พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550.....	85
3.2.2.3	พระราชบัญญัติจัดแจ้งการพิมพ์ พ.ศ. 2550.....	88
3.2.2.4	พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551.....	89
3.2.2.5	พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 .....	90
3.3	สถานการณ์เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในประเทศไทย .....	91
บทที่ 4	มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในต่างประเทศ .....	95
4.1	ความทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กในต่างประเทศ .....	95
4.2	องค์ประกอบความผิดในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายต่างประเทศ..	104
4.2.1	นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายต่างประเทศ.....	104
4.2.2	ลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดตามกฎหมายของต่างประเทศ.....	124
4.3	เหตุฉกรรจ์กรณีผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้น้ำใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำ ความผิด .....	135
4.4	ข้อยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก.....	142
4.5	สรุปข้อพิจารณาโดยภาพรวมจากมาตรการทางกฎหมายในต่างประเทศ .....	157
บทที่ 5	บทวิเคราะห์แนวทางในการพัฒนาความรับผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก.....	159
5.1	ข้อพิจารณาเรื่ององค์ประกอบความผิดในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก.....	160
5.1.1	ข้อพิจารณาเรื่องนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็ก.....	160

5.1.1.1	เหตุผลในการกำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริง เป็นความผิดอาญา.....	166
5.1.1.2	วิเคราะห์เปรียบเทียบเรื่องขอบเขตของนิยามสื่อลามกอนาจารเด็ก .....	170
5.1.1.3	วิเคราะห์เปรียบเทียบเรื่องการพิสูจน์อายุของบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามก อนาจารเด็ก .....	184
5.1.2	ข้อพิจารณาเรื่องลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิด .....	192
5.2	ข้อพิจารณาเรื่องเหตุจูงใจผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้น้ำใจที่เด็กมีต่อตนใน การกระทำความผิด .....	198
5.2.1	เหตุผลในการบัญญัติเหตุจูงใจผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้น้ำใจที่ เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิด.....	200
5.2.2	วิเคราะห์เปรียบเทียบเรื่องขอบเขตของบุคคลที่ต้องรับผิดจากเหตุจูงใจ ผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้น้ำใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิด.....	202
5.2.3	วิเคราะห์เปรียบเทียบเรื่องฐานความผิดและระวางโทษสำหรับเหตุจูงใจ ผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้น้ำใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิด.....	207
5.3	ข้อพิจารณาเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก.....	212
5.3.1	วิเคราะห์เปรียบเทียบเรื่องข้อยกเว้นกรณีการกระทำที่มีได้เป็นไปเพื่อแสวงหา ประโยชน์ทางเพศ.....	214
5.3.2	วิเคราะห์เปรียบเทียบเรื่องข้อยกเว้นกรณีการใช้เพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลโดยเด็กให้ ความยินยอม.....	217
5.3.3	วิเคราะห์เปรียบเทียบเรื่องข้อยกเว้นกรณีผู้กระทำความผิดสามารถพิสูจน์ได้ว่า บุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นผู้ใหญ่ .....	225
5.3.4	วิเคราะห์เปรียบเทียบเรื่องข้ออ้างกรณีผู้กระทำความผิดไม่รู้อายุของเด็กที่ปรากฏใน สื่อลามกอนาจารเด็ก .....	230
บทที่ 6	บทสรุปและข้อเสนอแนะ .....	238
6.1	บทสรุป .....	238

6.2 ข้อเสนอแนะ .....	247
รายการอ้างอิง .....	250
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์ .....	263



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
**CHULALONGKORN UNIVERSITY**

## บทที่ 1

### บทนำ

#### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

สื่อลามกอนาจารตาม Black's Law Dictionary หมายถึง วัตถุ เช่น เอกสาร รูปภาพ ภาพยนตร์ ที่นำเสนอให้เห็นถึงกิจกรรมทางเพศหรือพฤติกรรมที่แสดงออกถึงความต้องการทางเพศซึ่งถูกออกแบบมาเพื่อกระตุ้นอารมณ์ทางเพศ<sup>1</sup> สำหรับกฎหมายไทยมิได้กำหนดนิยามของสื่อลามกอนาจารไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่สามารถสรุปได้จากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาว่า สื่อลามกอนาจาร หมายถึง ภาพ ข้อความ หรือวัตถุใด ๆ ในทำนองเดียวกันที่มีลักษณะส่อไปในด้านยั่วยุ กามารมณ์ น่าเกลียด น่าอูจาดับดี ซึ่งน้อมนำไปสู่ความต่ำ ความชั่วหรือความใคร่ในทางกามารมณ์ และไม่ปรากฏคุณค่าทางศิลปะ<sup>2</sup> การควบคุมสื่อลามกอนาจารเป็นประเด็นที่มีความคิดเห็น หลากหลาย บางฝ่ายมองว่าควรมีการปราบปรามสื่อลามกอนาจารอย่างจริงจังเนื่องจากสื่อลามกอนาจารเป็นบ่อเกิดของปัญหาอาชญากรรมทางเพศอื่น ๆ ในทางกลับกันบางฝ่ายมองว่าการ ครอบครองและผลิตสื่อลามกอนาจารควรทำได้อย่างถูกกฎหมายโดยอ้างเหตุผลเรื่องสิทธิส่วนบุคคล และเสรีภาพในการแสดงออก<sup>3</sup> ดังนั้นการกำหนดให้การกระทำใด ๆ เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเป็น ความผิดตามกฎหมายจึงขึ้นอยู่กับแนวความคิดเรื่องศีลธรรมตามบรรทัดฐานของสังคมนั้น ๆ กล่าวคือ ศีลธรรมจะเป็นสิ่งที่วางกรอบว่าวัตถุดังกล่าวสามารถแสดงออกถึงกิจกรรมทางเพศได้ในระดับใด และ กิจกรรมทางเพศลักษณะใดที่สังคมยอมรับได้ว่าเหมาะสม หากวัตถุดังกล่าวแสดงกิจกรรมทางเพศ ออกมาในลักษณะที่ไม่เหมาะสม รัฐก็จะใช้กฎหมายควบคุมสื่อลามกเป็นเครื่องมือในการแทรกแซง การกระทำดังกล่าว<sup>4</sup>

อย่างไรก็ตาม หลายประเทศมิได้บัญญัติความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารไว้แต่อย่างใด คงบัญญัติไว้เพียงความผิดฐานผลิตหรือเผยแพร่เพื่อความประสงค์แห่งการค้าเท่านั้น เช่น ประเทศไทย นอกจากนี้บางประเทศยังอนุญาตให้มีการผลิตสื่อลามกอนาจารทั่วไปเพื่อความประสงค์แห่ง การค้าได้อีกด้วย เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศญี่ปุ่น เพราะมองว่าการครอบครองและการผลิตสื่อ

<sup>1</sup> Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 9th ed. (St. Paul, MN: West, 2009), 1297.

<sup>2</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 978/2492 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3510/2532

<sup>3</sup> Nettie Pollard, "The Modern Pornography Debates," *Tolley's Journal of Media Law and Practice* 14, 4 (1993): 134 – 137.

<sup>4</sup> จอมพล พัทธ์สันตโยธิน, "ภาพโป๊: กฎหมายสื่อลามกและศีลธรรม," *วารสารสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยนครสวรรค์* 12, 1 (2559): 78 – 100.

ลามกอนาจารทั่วไปเป็นสิทธิส่วนบุคคลอันสามารถจะกระทำได้ที่ภายใต้กรอบของกฎหมาย อันเป็นไปตามหลักการ “Adult and Alone” คือ หากมีวุฒิภาวะแล้ว (Adult) และมีไว้เป็นส่วนตัว ไม่นำไปเผยแพร่ ไซ่ขาว (Alone) ย่อมไม่มีความผิด<sup>5</sup> ในทางกลับกันกรณีวัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงกิจกรรมทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปีหรือที่เรียกว่า “สื่อลามกอนาจารเด็ก (Child Pornography)”<sup>6</sup> มีแนวความคิดในการควบคุมที่แตกต่างจากสื่อลามกอนาจารทั่วไป นานาประเทศต่างเห็นตรงกันว่าสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นปัญหาสำคัญที่จำเป็นต้องได้รับการแก้ไข เนื่องจากเด็กมีสภาพร่างกายและจิตใจแตกต่างจากผู้ใหญ่ เด็กจึงต้องได้รับการปกป้องคุ้มครองเป็นพิเศษ การปกป้องคุ้มครองนี้รวมถึงการได้รับการคุ้มครองทางกฎหมายที่เหมาะสมด้วย หลักการดังกล่าวเป็นหลักการสากลที่นานาชาติให้การยอมรับ ดังจะเห็นได้จากอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กซึ่งประเทศไทยและนานาประเทศได้เข้าร่วมเป็นภาคี อนุสัญญาดังกล่าวกำหนดหลักการเพื่อป้องกันการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กโดยประเทศภาคีต้องคุ้มครองไม่ให้เด็กถูกนำไปแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบด้วยกฎหมายและต้องคุ้มครองเด็กจากการถูกข่มเหงทางเพศซึ่งรวมถึงการคุ้มครองจากการถูกนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กด้วย<sup>7</sup>

ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กใน พ.ศ. 2535 อย่างไรก็ตาม แม้ประเทศไทยจะได้เข้าเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาดังกล่าวแต่ในขณะนั้นยังมิได้มีการบัญญัติความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้เป็นการเฉพาะในกฎหมายไทย คงบัญญัติไว้เพียงความผิดฐานผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกเพื่อความประสงค์แห่งการค้าตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287 เท่านั้น<sup>8</sup>

<sup>5</sup> ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), หน้า 216.

<sup>6</sup> ประมวลกฎหมายอาญา - มาตรา 1 (17) - “สื่อลามกอนาจารเด็ก” หมายความว่า วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปี โดยรูป เรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือรูปแบบอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน และให้หมายความรวมถึงวัตถุหรือสิ่งต่าง ๆ ข้างต้นที่จัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้

<sup>7</sup> Convention on the Rights of the Child - Article 34.- States Parties undertake to protect the child from all forms of sexual exploitation and sexual abuse. For these purposes, States Parties shall in particular take all appropriate national, bilateral and multilateral measures to prevent:

- (a) The inducement or coercion of a child to engage in any unlawful sexual activity;
- (b) The exploitative use of children in prostitution or other unlawful sexual practices;
- (c) The exploitative use of children in pornographic performances and materials.

<sup>8</sup> ประมวลกฎหมายอาญา - มาตรา 287 - ผู้ใด

(1) เพื่อความประสงค์แห่งการค้า หรือโดยการค้า เพื่อการแจกจ่ายหรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน ทำ ผลิต มีไว้ นำเข้า หรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกป็นราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไปหรือทำให้แพร่หลายโดยประการ

ความผิดฐานดังกล่าวมิได้มีการแยกสื่อลามกอนาจารทั่วไปและสื่อลามกอนาจารเด็กออกจากกัน อีกทั้งยังมิได้มีการบัญญัติความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กไว้แต่อย่างใด

เมื่อต่อมาระบบเทคโนโลยีสารสนเทศและคอมพิวเตอร์พัฒนาอย่างก้าวกระโดด การเชื่อมโยง แลกเปลี่ยน จัดเก็บ และเข้าถึงข้อมูลจึงสามารถทำได้สะดวกรวดเร็ว การพัฒนาของเทคโนโลยีดังกล่าวก่อให้เกิดประโยชน์ในหลากหลายด้าน แต่ในขณะเดียวกันเทคโนโลยีก็ถูกนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเช่นกัน เดิมสื่อลามกอนาจารเด็กมักถูกบันทึกในรูปของสิ่งพิมพ์ แต่เมื่อนำเทคโนโลยีมาใช้ก็ทำให้สามารถบันทึกสื่อลามกอนาจารเด็กในรูปแบบอื่น ๆ ได้ เช่น ภาพยนตร์ วีดิทัศน์ และยังมีระบบการเก็บข้อมูลในอินเทอร์เน็ต เช่น Dropbox, iCloud ซึ่งส่งผลให้สามารถส่งต่อและเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กได้อย่างรวดเร็ว ง่ายตาย และกว้างขวาง อีกทั้งข้อมูลจากงานวิจัยยังแสดงให้เห็นว่าอายุของเด็กที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจารเด็กได้ลดลงเรื่อย ๆ เนื่องจากเหยื่อที่เป็นเด็กอายุน้อยมีแนวโน้มที่จะเปิดเผยเรื่องที่ตนถูกข่มขืนน้อยกว่าเด็กที่มีอายุมากกว่า<sup>9</sup> นอกจากนี้เทคโนโลยียังส่งผลให้การผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กในปัจจุบันไม่จำเป็นต้องมีเด็กที่มีตัวตนจริง ๆ เข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น การผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กโดยตัดแปงหรือสร้างขึ้นจากคอมพิวเตอร์กราฟิก การใช้ผู้ใหญ่แสดงในสื่อลามกอนาจารโดยอาศัยเทคนิคต่าง ๆ ในการทำให้บุคคลดังกล่าวเสมือนเด็ก การกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในปัจจุบันจึงมีความซับซ้อนกว่าในอดีต เหตุผลข้างต้นส่งผลให้ปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กทวีความรุนแรงมากขึ้น ประเทศไทยได้ตระหนักถึงความสำคัญของปัญหาดังกล่าว ดังนั้นใน พ.ศ. 2558 จึงได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) บัญญัติให้การครอบครองและการส่งต่อสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิด<sup>10</sup> และบัญญัติความผิดฐานผลิต

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ใด ๆ ซึ่งเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพหรือสิ่งอื่นใดอันลามก

(2) ประกอบการค้า หรือมีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้าเกี่ยวกับวัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้ว จำแจกหรือแสดงอวดแก่ประชาชน หรือให้เช่าวัตถุหรือสิ่งของเช่นนั้น

(3) เพื่อจะช่วยการทำให้แพร่หลาย หรือการค้าวัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้ว โฆษณาหรือโฆษณาโดยประการใด ๆ ว่ามีบุคคลกระทำการอันเป็นความผิดตามมาตรา นี้ หรือโฆษณาหรือโฆษณาว่าวัตถุ หรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้วจะหาได้จากบุคคลใด หรือโดยวิธีใด

ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

<sup>9</sup> Max Taylor, Ethel Quayle, and Gemma Holland, "Child Pornography, the Internet and Offending," *Isma - Canadian Journal of Policy Research* 2, 2 (2001): 94 – 100.

<sup>10</sup> ประมวลกฎหมายอาญา - มาตรา 287/1

หรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อความประสงค์แห่งการค้าไว้ต่างหากจากสื่อลามกอนาจารทั่วไป<sup>11</sup>

อย่างไรก็ดี แม้ประเทศไทยจะบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้เป็นการเฉพาะแล้วแต่ปัญหาดังกล่าวก็ยังคงปรากฏอยู่และส่งผลเสียร้ายแรง การผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กก่อให้เกิดความเสียหายต่อทั้งร่างกายและจิตใจของเด็กผู้ถูกใช้เป็นเครื่องมือ นอกจากเด็กจะได้รับความอับอายจากการที่สื่อลามกอนาจารดังกล่าวได้เผยแพร่ออกไปแล้ว เด็กยังอาจได้รับความเสียหายต่อร่างกายจากการประกอบกิจกรรมทางเพศอีกด้วย ในบางกรณีความเสียหายดังกล่าวก่อให้เกิดความเครียดต่อตัวเด็กจนถึงขั้นตัดสินใจอัตวินิบาตกรรม เช่น กรณีเด็กหญิงวัย 15 ปี ช้ำตัวตาย เนื่องจากถูกเพื่อนแกล้งโดยการโพสต์ภาพขณะเปลือยลงโซเชียลมีเดีย<sup>12</sup> ยิ่งไปกว่านั้นสื่อลามกอนาจารเด็กยังสามารถนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการล่อลวงเด็กให้ตกเป็นเหยื่อของการล่วงละเมิดทางเพศและเป็นปัจจัยหนึ่งที่กระตุ้นให้เกิดการกระทำความผิดทางอาญารูปอื่น ๆ เช่น การล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก การพรากผู้เยาว์<sup>13</sup> อีกทั้งหากไม่มีการปราบปรามสื่อลามกอนาจารเด็กย่อมทำให้ประชาชนในสังคมเพิกเฉยที่จะแก้ไขปัญหาดังกล่าวและมองว่าสิ่งดังกล่าวเป็นสิ่งที่ยอมรับได้ซึ่งทัศนคติเช่นนี้ย่อมส่งผลต่อสวัสดิภาพของเด็ก<sup>14</sup>

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กตามประมวลกฎหมายอาญาพบว่ายังมีปัญหาอยู่บางประการ ประการที่หนึ่ง คือ ความไม่ชัดเจนของนิยามสื่อลามกอนาจารเด็ก สื่อลามกอนาจารเด็กตามประมวลกฎหมายอาญาหมายถึง “วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้รู้หรือเห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปี โดยรูป เรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือรูปแบบอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน”<sup>15</sup> หากพิจารณาจากถ้อยคำที่ว่า “ซึ่งมีอายุ” จะพบว่าเด็กที่มีสภาพบุคคลเท่านั้นที่จะมีอายุได้ตามกฎหมาย<sup>16</sup> นอกจากนี้ภายหลังจากประกาศใช้กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็ก กระทรวงยุติธรรมโดยสำนักงานกิจการยุติธรรมได้จัดการ

<sup>11</sup> ประมวลกฎหมายอาญา - มาตรา 287/2

<sup>12</sup> โพสต์ทูเดย์, *สุดสลดเด็กวัย15ช้ำตัวตาย เหตุถูกเพื่อนแกล้งโพสต์ภาพเปลือยลงโซเชียล* [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ: 15 พฤศจิกายน 2560. แหล่งที่มา: <http://www.posttoday.com/world/news/436714>

<sup>13</sup> ธนะชัย ผดุงธิตติ, “สื่อลามกกับผู้กระทำความผิดทางเพศ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), หน้า 101 – 105.

<sup>14</sup> มูลนิธิเพื่อยุติการแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็ก, *รู้เท่าทันการแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็ก*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: มูลนิธิเพื่อยุติการแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็ก, 2556), หน้า 4.

<sup>15</sup> ประมวลกฎหมายอาญา – มาตรา 1(17)

<sup>16</sup> อภิรัฐ บุญทอง, “สาระสำคัญของความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก,” *ตุลพาท* 63, 1 (2559): 165 – 182.

ประชุมเพื่อกำหนดแผนงานและแนวทางจัดเตรียมความพร้อมในการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวโดยมีผู้แทนจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องและผู้ทรงคุณวุฒิเข้าร่วมหารือ สำนักงานกิจการยุติธรรมได้จัดทำคู่มือและแนวทางการดำเนินการตามแผนและการเตรียมความพร้อมในการบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 โดยคู่มือฉบับดังกล่าวได้วางแนวทางว่า นิยามดังกล่าวไม่รวมถึงการ์ตูนหรือภาพเคลื่อนไหวที่บุคคลซึ่งปรากฏในวัตถุนั้นไม่ใช่บุคคลจริง<sup>17</sup> กล่าวคือ บุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กจะต้องเป็นเด็กที่มีตัวตนจริงเท่านั้น ซึ่งสอดคล้องกับถ้อยคำตามบทบัญญัติข้างต้น อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาจากถ้อยคำส่วนต่อมาที่บัญญัติว่า “ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของ...ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี...” จะเห็นได้ว่านิยามดังกล่าวน่าจะครอบคลุมสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงด้วย เพราะโดยสภาพของวัตถุบางชนิดย่อมไม่สามารถนำเด็กที่มีตัวตนจริงมาใช้แสดงในสื่อลามกอนาจารเด็กได้ เช่น ภาพเขียน ภาพระบายสี ซึ่งขัดแย้งกับถ้อยคำในส่วนแรก

นอกจากนี้แม้นิยามข้างต้นจะวางหลักว่าสื่อลามกอนาจารเด็กรวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นภาพเขียนและภาพระบายสี และสื่อลามกอนาจารเด็กที่อยู่ในรูปวัตถุอื่น ๆ ที่ไม่ใช่รูปภาพ แต่กรณีสื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกดัดแปลงหรือสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิกนั้นยังไม่ชัดเจนว่ารวมอยู่ในนิยามดังกล่าวด้วยหรือไม่<sup>18</sup> อีกทั้งคำนิยามข้างต้นยังมิได้รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่มีผู้ใหญ่เป็นผู้แสดงเพราะนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กกำหนดว่าต้องเป็น “การกระทำของเด็กหรือกับเด็ก” หากสามารถพิสูจน์ได้ว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อเป็นผู้ใหญ่ในวันที่สื่อถูกบันทึก สื่อดังกล่าวย่อมมิใช่สื่อลามกอนาจารเด็กแต่อย่างใด ทั้ง ๆ ที่สื่อลามกอนาจารเด็กทั้งสองประเภทนี้เป็นการนำเสนอภาพการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กซึ่งในบางกรณีแทบจะไม่สามารถแยกออกเลยว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารนั้นแท้จริงไม่ใช่เด็ก

ทั้งนี้ นางสาวจินตนันท์ ชญาตร์ ศุภมิตร สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติผู้เสนอร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 ซึ่งเพิ่มเติมบทบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กได้ชี้แจงว่า นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามประมวลกฎหมายอาญาหมายถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงและสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงซึ่งเป็นภาพวาด ภาพระบายสี หรือการ์ตูน แต่ไม่รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดงและสื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิกที่มีความเสมือน

<sup>17</sup> สำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม, คู่มือและแนวทางการดำเนินการตามแผนและการเตรียมความพร้อมในการบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ: 15 มีนาคม 2561. แหล่งที่มา: <http://dl.parliament.go.th/handle/lirt/493528>

<sup>18</sup> อภิรัฐ บุญทอง, "สาระสำคัญของความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก," *ตุลพาท*: 165 – 182.



จริง<sup>19</sup> กล่าวคือ นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กครอบคลุมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงและสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงบางประเภทเท่านั้น

ความไม่สอดคล้องกันของถ้อยคำตามตัวบทกฎหมาย เจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย แนวทางการบังคับใช้กฎหมายที่จัดทำโดยหน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้อง และความคิดเห็นของนักกฎหมายข้างต้นแสดงให้เห็นว่านิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามประมวลกฎหมายอาญายังมีความคลุมเครือว่ารวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงด้วยหรือไม่ และหากรวมจะรวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงในลักษณะใดบ้าง ปัจจุบันยังไม่มีแนวคำพิพากษาที่วินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวแต่อย่างใด อีกทั้งจากการสัมภาษณ์เจ้าหน้าที่คณะทำงานปราบปรามการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กทางอินเทอร์เน็ต (TICAC) พบว่าคณะทำงานยังไม่เคยมีการดำเนินคดีกับสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริง<sup>20</sup> ความไม่ชัดเจนของนิยามสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทยนี้ย่อมก่อให้เกิดความสับสนในการบังคับใช้กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กอันเป็นอุปสรรคต่อการปราบปรามสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทย

ประการที่สอง คือ การกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กบางกรณีผู้กระทำความผิดได้อาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนหรือใช้อำนาจที่ตนมีเหนือเด็กในการกระทำความผิด โดยเด็กอาจเป็นผู้สืบสันดาน เป็นศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล เป็นผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาลของผู้กระทำความผิด ดังจะเห็นได้จากเหตุการณ์ที่มารดาชาวโรมาเนียลงขายวิดีโอเปลือยของลูกสาววัย 11 เดือนผ่านทางอินเทอร์เน็ต<sup>21</sup> เหตุการณ์ในลักษณะเดียวกันนี้สามารถพบเห็นได้ในประเทศไทยเช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งทางสื่อออนไลน์ต่าง ๆ กรณีเหล่านี้ลักษณะการกระทำความผิดย่อมมีความร้ายแรงกว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กโดยทั่วไป แต่กฎหมายไทยกลับมิได้บัญญัติเหตุฉกรรจ์สำหรับการกระทำความผิดในลักษณะดังกล่าวไว้แต่อย่างใด ส่งผลให้ผู้กระทำความผิดขาดความเกรงกลัวและทำให้เกิดปัญหาดังกล่าวอยู่เป็นระยะ ๆ

ประการที่สาม เมื่อพิจารณากฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของต่างประเทศจะพบว่ามีการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้หลายกรณี อาทิ ประเทศอังกฤษได้กำหนดข้อยกเว้นความรับผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กกรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดี กรณีครอบครองเพื่อประโยชน์ส่วน

<sup>19</sup> สัมภาษณ์, จินตนันท์ ชญาตร์ ศุภมิตร, สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ, 15 มิถุนายน 2561.

<sup>20</sup> สัมภาษณ์, รุ่งเลิศ คันธจันทร์, พันตำรวจโท คณะทำงานปราบปรามการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กทางอินเทอร์เน็ต สำนักงานตำรวจแห่งชาติ, 8 พฤษภาคม 2561.

<sup>21</sup> Tanveer Mann, Mother 'Paid Almost £10,000 to Sexually Abuse Her 11-Month Old Baby' [Online], Accessed: 29 October 2017. Available from: <http://metro.co.uk/2016/01/29/mother-paid-almost-10000-to-sexually-abuse-her-11-month-old-baby-5651102>

บุคคลโดยเด็กให้ความยินยอม ประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดข้อยกเว้นกรณีผู้กระทำความผิดสามารถพิสูจน์ได้ว่าบุคคลในสื่อลามกอนาจารเด็กคือผู้ใหญ่ เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กมีความยืดหยุ่นมากขึ้นและไม่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินสมควร แต่กฎหมายไทยมิได้บัญญัติข้อยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้แต่อย่างใด กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยเปิดช่องให้อำนาจที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดอาญาได้ เฉพาะกรณีการกระทำที่มีได้เป็นไปเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศเท่านั้น จึงมีประเด็นควรพิจารณาว่า ขอบเขตของการอ้างเหตุดังกล่าวมีความเหมาะสมหรือไม่ และควรมีการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กกรณีอื่น ๆ ในกฎหมายไทยหรือไม่

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของไทยยังคงมีปัญหาอยู่หลายประการ การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวจึงเป็นไปได้ยาก และยังคงไม่สามารถบรรเทาปัญหาที่เกิดจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กลงได้ ดังนั้นวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาแนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก รวมทั้งมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมสื่อลามกอนาจารเด็ก เพื่อเสนอแนะแนวทางในการพัฒนากฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของไทยให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้นอันอาจเป็นอีกวิธีหนึ่งที่จะสามารถช่วยลดปัญหาการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กลงได้

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาแนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ขอบเขตความรับผิดในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก และการใช้มาตรการทางกฎหมายต่าง ๆ เพื่อป้องกันการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก
2. เพื่อสามารถระบุปัญหาอันเกิดจากการกำหนดขอบเขตความรับผิดในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กอย่างไม่เหมาะสม
3. เพื่อวิเคราะห์ผลดีและผลเสียในการนำมาตรการทางกฎหมายต่าง ๆ มาใช้เพื่อป้องกันการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก
4. เพื่อเสนอแนะแนวทางพัฒนาบทบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก

## 1.3 สมมติฐานของการศึกษา

แม้ประเทศไทยจะมีการบัญญัติความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในประมวลกฎหมายอาญา แต่บทบัญญัติดังกล่าวยังมีความคลุมเครือในเรื่องนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กซึ่ง

อาจนำไปสู่ปัญหาในการตีความได้ ดังนั้นหากแก้ไขนิยามสื่อลามกอนาจารเด็กให้ครอบคลุมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริง ไม่ว่าจะบุคคลที่ปรากฏในสื่อจะเป็นเด็กที่มีตัวตนจริงหรือไม่ ได้แก่ สื่อลามกอนาจารที่ใช้ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดง สื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกดัดแปลงหรือสร้างโดยคอมพิวเตอร์กราฟิก สื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นภาพวาด ภาพระบายสีหรือการ์ตูน และกำหนดเหตุการณ์กรณีเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นผู้สืบสันดาน เป็นศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล เป็นผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาลของผู้กระทำความผิดสำหรับความผิดฐานผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก รวมทั้งกำหนดแนวทางในการพิจารณาข้ออ้างกรณีการกระทำที่มีได้เป็นเพื่อแสวงหาประโยชน์ซึ่งส่งผลให้การกระทำใด ๆ เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไม่มีความผิด จะทำให้การบังคับใช้กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

#### 1.4 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาและเสนอแนะแนวทางในการพัฒนาบทบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก โดยศึกษากฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องซึ่งบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน ได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญา, พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546, พระราชบัญญัติพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550, พระราชบัญญัติจัดการพิมพ์ พ.ศ. 2550, พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 รวมทั้งศึกษากฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศแคนาดา ประเทศฝรั่งเศสและประเทศญี่ปุ่น

#### 1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ใช้การวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) โดยการค้นคว้าจากกฎหมายต่าง ๆ ที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน ประกอบกับตำรา หนังสือ บทความ วารสาร งานวิจัย ผลงานทางวิชาการ และข้อมูลจากเครือข่ายอินเทอร์เน็ตที่เกี่ยวข้องทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ รวมถึงการวิจัยภาคสนาม (Field Research) โดยการสัมภาษณ์บุคคลที่เกี่ยวข้อง อันเป็นผู้ให้ข้อมูลสำคัญ (Key Information) แล้วนำข้อมูลที่ได้มาวิเคราะห์และประมวลเป็นข้อเสนอแนะต่อไป

## 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้เข้าใจถึงแนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ขอบเขตของความรับผิดในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก และการใช้มาตรการต่าง ๆ เพื่อป้องกันการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก
2. ทำให้สามารถระบุปัญหาอันเกิดจากการกำหนดขอบเขตความรับผิดในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กอย่างไม่เหมาะสม
3. ทำให้สามารถวิเคราะห์ผลดีและผลเสียในการนำมาตรการทางกฎหมายต่าง ๆ มาใช้เพื่อป้องกันการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก
4. ทำให้สามารถเสนอแนะแนวทางพัฒนาบทบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กได้

## 1.7 เอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

จากการศึกษาทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องพบว่า มีวรรณกรรมที่กล่าวถึงการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ดังต่อไปนี้

วิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโทบัณฑิต เรื่อง “การให้ความคุ้มครองเด็กในกฎหมายควบคุมสื่อลามก ศึกษาเปรียบเทียบ กฎหมายไทย อังกฤษ สหรัฐอเมริกา และเยอรมัน” ของนายเนติ รัตนาร ได้ศึกษาถึงสภาพปัญหาของสื่อลามกอนาจารและผลกระทบต่อเด็ก การให้ความคุ้มครองเด็กในกฎหมายควบคุมสื่อลามกอนาจารตามกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ประมวลกฎหมายอาญา รวมถึงพระราชบัญญัติต่าง ๆ เปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และเยอรมัน ทั้งกรณีที่ได้เกิดอยู่ในฐานะเป็นผู้แสดงในสื่อลามกและกรณีที่ได้เกิดอยู่ในฐานะผู้รับสื่อลามก จากนั้นข้อเสนอแนะให้แก่กฎหมายไทยโดยแยกฐานความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารทั่วไปและสื่อลามกอนาจารเด็กออกจากกัน พร้อมทั้งเสนอให้ออกกฎหมายควบคุมกิจการอินเทอร์เน็ตและกำหนดความรับผิดสำหรับบุคคลที่เผยแพร่สื่อลามกทางอินเทอร์เน็ตไว้เป็นการเฉพาะด้วย ซึ่งเป็นการเสนอแนะในภาพรวมว่าควรมีการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเนื่องจากในขณะนั้นยังไม่ได้มีการบัญญัติความผิดฐานดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะ จึงเกิดช่องว่างที่ยังไม่ได้ศึกษาว่าขอบเขตความรับผิดในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กควรเป็นอย่างไร ควรกำหนดข้อยกเว้นและเหตุฉกรรจ์ของความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กหรือไม่<sup>22</sup>

<sup>22</sup> เนติ รัตนาร, "การให้ความคุ้มครองเด็กในกฎหมายควบคุมสื่อลามก ศึกษาเปรียบเทียบ กฎหมายไทย อังกฤษ สหรัฐอเมริกา และเยอรมัน," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 95 – 98.

วิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโทเรื่อง “มาตรการควบคุมต่อต้านสื่อลามกเด็ก” ของนางสาวโสมนัส เจือศรีสกุล ได้กล่าวถึงสภาพปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็ก เหตุผลและความจำเป็นในการควบคุมสื่อลามกอนาจารเด็ก พัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก มาตรการในการควบคุมต่อต้านสื่อลามกอนาจารเด็กในระดับระหว่างประเทศและระดับประเทศ วิทยานิพนธ์ฉบับดังกล่าวเสนอแนะว่านานาประเทศควรสร้างมาตรการควบคุมสื่อลามกอนาจารเด็กแยกต่างหากจากมาตรการสำหรับสื่อลามกอนาจารทั่วไปโดยมาตรการของแต่ละประเทศควรมีความสอดคล้องกัน อีกทั้งควรมีการรณรงค์ให้ประเทศต่าง ๆ ให้สัตยาบันในสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศเพื่อร่วมกันแก้ไขปัญหาดังกล่าว ซึ่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เน้นศึกษาถึงมาตรการควบคุมต่อต้านสื่อลามกอนาจารเด็กในมุมมองของกฎหมายระหว่างประเทศ จึงเกิดช่องว่างที่ยังไม่ได้ศึกษาว่า มาตรการในการควบคุมต่อต้านสื่อลามกอนาจารเด็กในมุมมองของกฎหมายอาญาควรมีขอบเขตเพียงใด<sup>23</sup>

นางสาวกรรณิการ์ รอดมา ได้จัดทำวิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโทเรื่อง “ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกเด็กบนอินเทอร์เน็ต” โดยกล่าวถึงผลกระทบที่เกิดจากสื่อลามกอนาจารเด็กบนอินเทอร์เน็ต มาตรการในการควบคุมสื่อลามกอนาจารเด็กบนอินเทอร์เน็ตทั้งมาตรการทางกฎหมายและมาตรการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น มาตรการกั้นกรองเนื้อหา มาตรการปิดกั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อเสนอแนะว่ากฎหมายไทยควรแยกฐานความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกเด็กบนอินเทอร์เน็ตไว้เป็นการเฉพาะ อย่างไรก็ตาม วิทยานิพนธ์ดังกล่าวศึกษาเฉพาะปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กบนอินเทอร์เน็ตเท่านั้น และเน้นศึกษามาตรการทางกฎหมายตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 จึงเกิดช่องว่างที่ยังไม่ได้ศึกษาถึงความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในรูปแบบทั่วไปอย่างละเอียด อีกทั้งยังไม่ได้ศึกษาขอบเขตความรับผิดชอบในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในประเด็นอื่น ๆ เช่น ข้อยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก เหตุฉกรรจ์ของความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก<sup>24</sup>

นางสาวมินฉวี ฉัตรจินดา ได้จัดทำวิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโทเรื่อง “ความรับผิดทางอาญาของผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก” โดยศึกษาถึงการกำหนดความรับผิดทางอาญาของผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็ก อายุของเด็กที่ได้รับความคุ้มครอง ลักษณะของการครอบครอง ความเหมาะสมของโทษและเหตุฉกรรจ์ และข้อยกเว้นความรับผิด วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสนอให้แยกบทบัญญัติที่กำหนดความรับผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก

<sup>23</sup> โสมนัส เจือศรีสกุล, "มาตรการควบคุมต่อต้านสื่อลามกเด็ก," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 149 – 155.

<sup>24</sup> กรรณิการ์ รอดมา, "ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกเด็กบนอินเทอร์เน็ต," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2556), หน้า 195 – 205.

ออกจากความรับผิดชอบเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารทั่วไป กำหนดให้การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดอาญา กำหนดข้อยกเว้นความรับผิดชอบสำหรับการครอบครองสื่อลามกอนาจารในกรณีที่ผู้ครอบครองเป็นเจ้าของหน้าที่ที่ครอบครองเพื่อวัตถุประสงค์ในการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการตามกฎหมาย และกำหนดเหตุฉกรรจ์กรณีผู้แสดงในสื่อลามกอนาจารเด็กมีอายุไม่เกิน 15 ปี จึงเกิดช่องว่างที่ยังไม่ได้ศึกษาถึงความรับผิดชอบทางอาญาของผู้เผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กและผู้ผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อความปลอดภัยแห่งการค้า นอกจากนี้แม้วิทยานิพนธ์ดังกล่าวจะได้ศึกษาประเด็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบก็ตาม แต่ก็ศึกษาเพียงประเด็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบกรณีที่ผู้ครอบครองเป็นเจ้าของหน้าที่ที่ครอบครองเพื่อวัตถุประสงค์ในการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการตามกฎหมายเท่านั้น มิได้ศึกษาถึงข้อยกเว้นความรับผิดชอบในกรณีอื่น ๆ อีกทั้งแม้วิทยานิพนธ์ฉบับดังกล่าวจะศึกษาถึงเหตุฉกรรจ์ของความรับผิดชอบฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก แต่ก็ศึกษาเฉพาะเหตุอายุของเด็กที่เป็นผู้แสดงในสื่อลามกอนาจารเด็ก ยังมิได้ศึกษาถึงเหตุฉกรรจ์กรณีที่ผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดแต่อย่างใด<sup>25</sup>

นายวิริยะ ธรรมจักร ได้จัดทำวิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโทเรื่อง “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กจากสื่อลามก” โดยศึกษามาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กจากสื่อลามกอนาจารเด็ก ปัญหาจากการที่อายุของเด็กเป็นองค์ประกอบความผิดซึ่งทำให้ผู้กระทำความผิดสามารถอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อไม่ต้องรับผิดได้และปัญหาการกำหนดอัตราโทษในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก เปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทย กฎหมายอังกฤษและกฎหมายเยอรมัน จากนั้นเสนอแนะให้แยกความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กออกจากสื่อลามกอนาจารทั่วไป และนำหลักการลงโทษตามสัดส่วนมาใช้กำหนดอัตราโทษในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กซึ่งเป็นการศึกษาในบริบทของกฎหมายไทยก่อนพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 จะบังคับใช้ จึงเกิดช่องว่างที่ยังไม่ได้ศึกษาปัญหาการกำหนดความผิดอาญาสำหรับสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริง ปัญหาข้อยกเว้นความรับผิดชอบและปัญหากรณีผู้กระทำความผิดได้อาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิด<sup>26</sup>

นางสาวพลอยชมพู ม่วงเล็ก ได้จัดทำวิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโทเรื่อง “มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามสื่อลามกที่เกี่ยวข้องกับเด็กบนอินเทอร์เน็ต” โดยศึกษาพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) ซึ่งได้แก้ไขเพิ่มเติมความผิด

<sup>25</sup> มินฉวี ฉัตรจินดา, "ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขา กฎหมายอาญา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 176 – 185.

<sup>26</sup> วิริยะ ธรรมจักร, "มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กจากสื่อลามก," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2556), หน้า 68 – 72.

เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้วิเคราะห์ประเด็นเกณฑ์อายุของเด็กที่กฎหมายให้ ความคุ้มครอง การกำหนดฐานความผิดและองค์ประกอบความผิดเรื่องสื่อลามกอนาจารเด็กบน อินเทอร์เน็ต และความรับผิดและข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต จากนั้นได้มี ข้อเสนอแนะให้แก้ไขคำว่าสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นสื่อลามกเด็ก และกำหนดข้อยกเว้นความรับผิด ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภทเข้าใช้เครือข่ายอินเทอร์เน็ต จึงยังเกิดช่องว่างที่ยังไม่ได้ศึกษาถึง ขอบเขตความรับผิดในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในประเด็นอื่น ๆ กล่าวคือ ประเด็น ข้อยกเว้นความรับผิดกรณีอื่น ๆ ประเด็นการกำหนดความผิดอาญาสำหรับสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ ปรากฏภาพของเด็กจริง และประเด็นเหตุฉกรรจ์กรณีผู้กระทำความผิดได้อาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่ เด็กมีต่อตนหรือใช้อำนาจที่ตนมีเหนือเด็กในการกระทำความผิด<sup>27</sup>

เอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้องเหล่านี้แสดงให้เห็นแนวความคิดเบื้องต้นในการจัดทำ วิทยานิพนธ์เรื่อง “แนวทางการแก้ไขความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก” โดยเอกสารและงานวิจัย ที่เกี่ยวข้องข้างต้นส่วนมากได้ศึกษาในบริบทของกฎหมายไทยก่อนพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 ที่บัญญัติความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กจะมี ผลบังคับใช้<sup>28</sup> จึงเป็นการศึกษาในบริบทที่ยังไม่มีการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ เป็นการเฉพาะแต่อย่างใด ทั้งนี้ ประเด็นสำคัญที่วิทยานิพนธ์ของข้าพเจ้าได้ทำการศึกษาวิจัย คือ

- (1) การกำหนดความผิดอาญาสำหรับสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของ เด็กจริง
- (2) เหตุฉกรรจ์ในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กกรณีผู้กระทำความผิดอาศัย ความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิด เช่น เด็กเป็นผู้สืบสันดาน เป็นศิษย์ซึ่งอยู่ใน ความดูแล เป็นผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาลของผู้กระทำความผิด
- (3) ข้อยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก

ประเด็นการศึกษาข้างต้นเกิดจากการต่อยอดเอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้องดังกล่าว อย่างไรก็ตาม วิทยานิพนธ์ของข้าพเจ้าจะทำการศึกษาในบริบทของกฎหมายไทยภายหลังจากที่ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 บังคับใช้ จึงเป็น การศึกษาในบริบทที่มีการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้เป็นการเฉพาะแล้วดังจะ ปรากฏในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ต่อไป

<sup>27</sup> พลอยชมพู ม่วงเล็ก, "มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็กบนอินเทอร์เน็ต," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษมบัณฑิต, 2558), หน้า 142 – 149.

<sup>28</sup> ยกเว้นวิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต เรื่อง มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามสื่อลามกที่เกี่ยวข้องกับ เด็กบนอินเทอร์เน็ต ของนางสาวพลอยชมพู ม่วงเล็ก ซึ่งได้ทำการศึกษาพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558

## บทที่ 2

### แนวความคิดและทฤษฎีในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก

ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวางว่าสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นปัญหาสำคัญที่ก่อให้เกิดผลกระทบหลายประการ ทั้งผลกระทบต่อสังคมและตัวเด็กที่ตกเป็นเหยื่อ อีกทั้งสื่อลามกอนาจารเด็กยังมีความเชื่อมโยงและอาจส่งผลให้เกิดการกระทำความผิดฐานอื่น ๆ อีกด้วย รัฐจึงจำเป็นต้องกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการปราบปรามและควบคุมสื่อลามกอนาจารเด็กที่เหมาะสมและสามารถบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้ การที่จะสามารถกำหนดแนวทางในการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กได้อย่างเหมาะสมนั้นจำเป็นต้องทราบถึงลักษณะของปัญหานั้น ทั้งในด้านสาเหตุของปัญหา ผลกระทบที่เกิดจากปัญหา รวมทั้งแนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับปัญหาดังกล่าว

บทที่ 2 ว่าด้วยแนวความคิดและทฤษฎีในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก จะทำการศึกษาถึงแนวความคิดในการคุ้มครองเด็ก ความทั่วไปเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก เหตุผลในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ตลอดจนทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กอันเป็นข้อมูลพื้นฐานที่สำคัญซึ่งจะนำมาใช้ในการวิเคราะห์และกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการแก้ไขปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กต่อไป

#### 2.1 แนวความคิดในการคุ้มครองเด็กกับความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก

ก่อนที่จะทำการศึกษาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กจำเป็นต้องศึกษาถึงแนวความคิดในการคุ้มครองเด็กเสียก่อนเพื่อให้เกิดความเข้าใจถึงภาพรวมและเหตุผลที่เด็กจำเป็นต้องได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษ ในหัวข้อนี้จะทำการศึกษาถึงความหมายของเด็ก และแนวความคิดในการคุ้มครองเด็กทั้งของสากลและของประเทศไทย โดยจะนำเสนอตามลำดับต่อไปนี้

##### 2.1.1 แนวความคิดในการคุ้มครองเด็ก

ครอบครัวเป็นสถาบันพื้นฐานที่สำคัญของสังคมเนื่องจากเป็นจุดกำเนิดของเด็กซึ่งจะเติบโตเป็นผู้ใหญ่อันเป็นกำลังหลักในการขับเคลื่อนประเทศในอนาคต อย่างไรก็ตาม เนื่องจากเด็กเป็นวัยที่อ่อนประสบการณ์ อีกทั้งมีสภาพร่างกายและจิตใจที่ยังเจริญเติบโตไม่สมบูรณ์ดังเช่นผู้ใหญ่ เด็กจึงจำเป็นต้องได้รับการคุ้มครองและช่วยเหลือเป็นพิเศษเพื่อเป็นหลักประกันว่าเขาจะเติบโตภายใต้สภาพแวดล้อมที่เหมาะสม แนวความคิดในการคุ้มครองเด็กดังกล่าวเป็นหลักการที่ทั่วโลกต่างยอมรับ



และตระหนักถึงดังจะเห็นได้จากความตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ ได้แก่ ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก, อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็ก และสื่อลามกอนาจารเด็ก

### 2.1.1.1 ความหมายของเด็ก

การทำความเข้าใจถึงความหมายของเด็กมีความสำคัญอย่างยิ่งในการศึกษาแนวความคิดเกี่ยวกับความคุ้มครองเด็ก เนื่องจากการทำความเข้าใจถึงความหมายของเด็กนั้นจะเป็นการกำหนดขอบเขตในการศึกษาว่าแนวความคิดในการคุ้มครองเด็กนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองบุคคลใดบ้าง ในส่วนนี้จึงจะทำการศึกษาความหมายของเด็กทั้งตามมาตรฐานระหว่างประเทศและตามกฎหมายไทย หลังจากนั้นจึงทำการเปรียบเทียบความหมายของเด็กมาตรฐานระหว่างประเทศและตามกฎหมายไทยว่ามีความเหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร

#### 2.1.1.1.1 ความหมายของเด็กตามมาตรฐานระหว่างประเทศ

Black's Law Dictionary ได้ให้นิยามว่า “เด็ก” หมายถึง บุคคลผู้อยู่ภายใต้ปกครองซึ่งอายุยังไม่บรรลุนิติภาวะ<sup>1</sup> ในทำนองเดียวกับ Merriam-Webster's Law Dictionary ได้อธิบายว่า “เด็ก” หมายถึง บุคคลที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ<sup>2</sup> ซึ่งทั้งสองความหมายดังกล่าวมิได้กำหนดเกณฑ์ด้านอายุแต่อย่างใด ดังนั้น การพิจารณาเกณฑ์ด้านอายุของเด็กนั้นจำเป็นที่จะต้องพิจารณาจากกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ อีกทั้งมาตรฐานระหว่างประเทศ

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child ,1989) ได้ให้นิยามว่า “เด็ก” หมายถึง บุคคลทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เว้นแต่กฎหมายภายในประเทศที่บังคับใช้กับเด็กกำหนดให้บรรลุนิติภาวะก่อนอายุ 18 ปี<sup>3</sup> โดยอนุสัญญาฉบับนี้เป็นมาตรฐานระหว่างประเทศที่หลายประเทศทั่วโลกได้ให้สัตยาบัน รวมทั้งประเทศไทย ดังนั้นเมื่อประเทศไทยเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาดังกล่าวจึงจำเป็นที่จะต้องยอมรับหลักการตามอนุสัญญาดังกล่าวด้วยเช่นกัน

พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็ก (Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography) เป็นความตกลงระหว่าง

<sup>1</sup> Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 9th ed. (St. Paul, MN: West, 2009), p. 271.

<sup>2</sup> *Merriam-Webster's Dictionary of Law*, (Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 2011), p. 75.

<sup>3</sup> Convention on the Rights of the Child ,1989 – Article 1 - For the purposes of the present Convention, a child means every human being below the age of eighteen years unless under the law applicable to the child, majority is attained earlier.

ประเทศที่ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อตอบสนองวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก โดยกำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมจากอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ดังนั้น ความหมายของเด็กตามอนุสัญญาดังกล่าวจึงต้องถือตามอนุสัญญาสิทธิเด็ก คือ เด็ก หมายถึง บุคคลทุกคนอายุต่ำกว่า 18 ปี เว้นแต่กฎหมายภายในประเทศที่บังคับใช้กับเด็กกำหนดให้บรรลุนิติภาวะก่อนอายุ 18 ปี เช่นกัน

#### 2.1.1.1.2 ความหมายของเด็กตามกฎหมายไทย

กฎหมายไทยมีบทบัญญัติเกี่ยวข้องกับเด็กหลายฉบับด้วยกันซึ่งแต่ละฉบับก็ให้นิยามความหมายของเด็กแตกต่างกันไป ดังนั้น ในการอธิบายความหมายของเด็กตามกฎหมายไทยจึงจะแบ่งหัวข้อเป็นความหมายของเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา ความหมายของเด็กตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และความหมายของเด็กตามพระราชบัญญัติอื่น ๆ ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองเด็ก

##### (1) ความหมายของเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญามีได้บัญญัติความหมายของ “เด็ก” ไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้นจึงต้องพิจารณาความหมายของเด็กจากบทบัญญัติของแต่ละมาตรา โดยกรณีเด็กเป็นผู้กระทำความผิดอาญา หากผู้กระทำความผิดเป็นเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี กฎหมายกำหนดให้ไม่ต้องรับโทษในความผิดที่ได้กระทำ<sup>4</sup> แต่ในกรณีที่เด็กอายุเกิน 10 ปีแต่ไม่เกิน 15 ปี แม้เด็กจะไม่ต้องรับโทษในความผิดที่ตนกระทำแต่กฎหมายวางหลักให้ศาลสามารถสั่งดำเนินการอื่นแก่เด็กตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดได้ เช่น มีคำสั่งให้ส่งตัวเด็กไปยังโรงเรียน หรือสถานที่ซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อฝึกและอบรมเด็กตามระยะเวลาที่ศาลกำหนด<sup>5</sup> นอกจากนี้กรณีที่ผู้กระทำความผิดอายุมากกว่า 15 ปีแต่ต่ำกว่า 18 ปี กฎหมายให้อำนาจศาลในการวินิจฉัยว่าสมควรพิพากษาลงโทษบุคคลนั้นหรือไม่โดยพิจารณาจากความรู้ผิดชอบและปัจจัยอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับบุคคลนั้น ถ้าศาลเห็นว่าไม่สมควรพิพากษาลงโทษก็สามารถสั่งดำเนินการอื่นแก่เด็กตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดได้ หรือถ้าศาลเห็นว่าสมควรพิพากษาลงโทษ ก็ให้ลดมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดลงกึ่งหนึ่ง<sup>6</sup> หากเป็นกรณีผู้กระทำความผิดอายุตั้งแต่ 18 ปีแต่ยังไม่เกิน 20 ปี ศาลต้องพิพากษาลงโทษบุคคลนั้น อย่างไรก็ตาม ศาลอาจลดมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นลงหนึ่งในสามหรือกึ่งหนึ่งก็ได้หากศาลเห็นสมควร<sup>7</sup>

กรณีบทบัญญัติที่เด็กเป็นผู้เสียหาย การกระทำความผิดที่กระทำต่อเด็กแต่ละฐานความผิดมีการกำหนดอายุของเด็กที่ให้ความคุ้มครองแตกต่างกันไป การ

<sup>4</sup> ประมวลกฎหมายอาญา - มาตรา 73

<sup>5</sup> ประมวลกฎหมายอาญา - มาตรา 74

<sup>6</sup> ประมวลกฎหมายอาญา - มาตรา 75

<sup>7</sup> ประมวลกฎหมายอาญา - มาตรา 76

กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก<sup>8</sup> และกระทำอนาจารเด็ก<sup>9</sup> กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดต่อเมื่อกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารต่อเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีแล้วแต่กรณี ทั้งนี้ หากเป็นการกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักขึ้น ส่วนการกระทำความผิดฐานเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจารซึ่งชายหรือหญิงโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น ไม่ว่าผู้นั้นจะยินยอม<sup>10</sup> หรือไม่ยินยอม<sup>11</sup> ก็ตาม และความผิดฐานพาบุคคลอายุไม่เกิน 18 ปีไปเพื่อการอนาจาร<sup>12</sup> กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดต่อเมื่อการกระทำกับบุคคลอายุเกิน 15 ปีแต่ไม่เกิน 18 ปี โดยหากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษสูงขึ้นตามลำดับ นอกจากนี้ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก กฎหมายกำหนดว่าสิ่งใดจะอยู่ในความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นต้องเป็นสิ่งที่แสดงให้รู้หรือเห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกิน 18 ปี โดยรูป เรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร<sup>13</sup>

กรณีการกระทำความผิดต่อเสรีภาพ การกระทำความผิดฐานรับไว้ จำหน่าย เป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปซึ่งบุคคลอายุไม่เกิน 18 ปีโดยทุจริตจะเป็นความผิดต่อเมื่อกระทำต่อบุคคลอายุไม่เกิน 18 ปี<sup>14</sup> ส่วนความผิดฐานเรียกค่าไถ่ได้วางหลักในการคุ้มครองบุคคลเป็น 2 ช่วงอายุ คือ กรณีแรก หากเป็นการกระทำความผิดต่อบุคคลอายุเกิน 15 ปี จะเป็นความผิดต่อเมื่อผู้กระทำความผิดได้เอาตัวบุคคลดังกล่าวโดยใช้อุบายหลอกลวง ชูเชิญ ใช้กำลัง ประทุษร้าย หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด ในทางกลับกันกับกรณีที่สอง หากเป็นบุคคลอายุไม่เกิน 15 ปี การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดแม้จะไม่ได้ใช้อุบายหลอกลวง ชูเชิญ ใช้กำลัง ประทุษร้าย หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด<sup>15</sup> ความผิดฐานพรากผู้เยาว์ได้วางหลักคุ้มครองบุคคลเป็น 2 ช่วงอายุเช่นเดียวกัน กรณีแรก หากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีโดยปราศจากเหตุอันสมควร ผู้กระทำต้องรับผิดไม่ว่าเด็กจะเต็มใจไปด้วยหรือไม่ก็ตาม<sup>16</sup> ส่วนกรณีที่สอง หากเป็นการกระทำต่อ

<sup>8</sup> ประมวลกฎหมายอาญา - มาตรา 277

<sup>9</sup> ประมวลกฎหมายอาญา - มาตรา 279

<sup>10</sup> ประมวลกฎหมายอาญา - มาตรา 282

<sup>11</sup> ประมวลกฎหมายอาญา - มาตรา 283

<sup>12</sup> ประมวลกฎหมายอาญา - มาตรา 283 ทวิ

<sup>13</sup> ประมวลกฎหมายอาญา - มาตรา 1(17)

<sup>14</sup> ประมวลกฎหมายอาญา - มาตรา 312 ตี

<sup>15</sup> ประมวลกฎหมายอาญา - มาตรา 313

<sup>16</sup> ประมวลกฎหมายอาญา - มาตรา 317

ผู้เยาว์อายุเกิน 15 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี จะเป็นความผิดต่อเมื่อผู้เยาว์ไม่เต็มใจไปด้วย<sup>17</sup> หรือผู้เยาว์เต็มใจไปด้วยแต่ผู้กระทำมีมูลเหตุซุกงูใจเพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร<sup>18</sup>

จากบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาข้างต้นจะเห็นว่าประมวลกฎหมายอาญาได้ให้ความหมายของคำว่าเด็กทั้งในฐานะที่เด็กเป็นผู้กระทำความผิดอาญา และในฐานะที่เด็กเป็นผู้เสียหายโดยใช้เกณฑ์อายุและแบ่งการคุ้มครองออกเป็นหลายช่วงอายุ ทั้งนี้ส่วนมากจะให้ความคุ้มครองในกรณีที่เด็กอายุไม่เกิน 18 ปี ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า เด็กตามความหมายของประมวลกฎหมายอาญาหมายถึงบุคคลที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี<sup>19</sup>

## (2) ความหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ผู้เยาว์คือบุคคลที่อ่อนอายุ อ่อนประสบการณ์ และขาดการควบคุมสภาพจิตใจจึงยังไม่อาจที่จะจัดการกิจการและทรัพย์สินของตนเองได้ กฎหมายจึงต้องให้ความคุ้มครองช่วยเหลือจนกว่าบุคคลนั้นจะบรรลุนิติภาวะ<sup>20</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์วางหลักเรื่องความสามารถของบุคคลไว้ว่า บุคคลย่อมพ้นจากการเป็นผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะเมื่อมีอายุ 20 ปีบริบูรณ์<sup>21</sup> หรือเมื่อทำการสมรสตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด<sup>22</sup> เมื่อบรรลุนิติภาวะแล้วบุคคลดังกล่าวย่อมมีอำนาจในการทำนิติกรรมได้อย่างสมบูรณ์โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม<sup>23</sup> อายุในการบรรลุนิติภาวะกำหนดขึ้นเพื่อเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่าบุคคลใดบ้างที่กฎหมายถือว่าเป็นผู้ที่มีความเจริญงอกงามทางสติปัญญา เป็นผู้ใหญ่ สามารถจัดการงานของตนเอง และมีความรับผิดชอบของตนเองได้แล้ว<sup>24</sup> อย่างไรก็ตาม แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะวางหลักเรื่องการบรรลุนิติภาวะไว้ แต่ก็ได้กำหนดกิจการบางประการที่บุคคลสามารถกระทำได้แม้จะยังไม่บรรลุนิติภาวะก็ตาม เช่น ในเรื่องพินัยกรรม ผู้เยาว์สามารถทำพินัยกรรมได้เมื่ออายุ 15 ปี<sup>25</sup> ชาย

<sup>17</sup> ประมวลกฎหมายอาญา - มาตรา 318

<sup>18</sup> ประมวลกฎหมายอาญา - มาตรา 319

<sup>19</sup> มีนตรี ฉัตรจินดา, "ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขา กฎหมายอาญา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 27.

<sup>20</sup> ประสิทธิ์ ไชวโลกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2556), หน้า 39.

<sup>21</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ - มาตรา 19

<sup>22</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ - มาตรา 20

<sup>23</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ - มาตรา 21

<sup>24</sup> กิตติศักดิ์ ปรกิต, หลักกฎหมายบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ, วิญญูชน, 2553), หน้า 62.

<sup>25</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ - มาตรา 25

หญิงสามารถนั้น<sup>26</sup> และสมรสกันได้เมื่ออายุสิบเจ็ดปี<sup>27</sup> เป็นต้น จากบทบัญญัติข้างต้นอาจกล่าวได้ว่า เด็กตามความหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หมายถึง บุคคลที่อายุไม่เกิน 20 ปี

### (3) ความหมายตามพระราชบัญญัติที่มีวัตถุประสงค์ในการ

#### คุ้มครองเด็ก

ประเทศไทยมีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กและได้ให้ความหมายของคำว่าเด็กไว้ อย่างไรก็ตาม ความหมายดังกล่าวอาจแตกต่างกันออกไปตามมูลเหตุและเนื้อหาในการตราพระราชบัญญัตินั้น ๆ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับวิธีพิจารณาคดีอาญาที่เกี่ยวกับเด็กและเยาวชนโดยตรงได้วางหลักว่า เด็กหมายถึงบุคคลที่อายุไม่เกิน 15 ปี ส่วนเยาวชนหมายถึงบุคคลที่อายุเกิน 15 ปีแต่ไม่เกิน 18 ปี<sup>28</sup>

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ซึ่งถูกตราขึ้นโดยวัตถุประสงค์เพื่อให้เด็กได้รับการอุปการะเลี้ยงดู อบรมสั่งสอน และมีพัฒนาการที่เหมาะสม รวมทั้งป้องกันมิให้เด็กถูกทารุณกรรม ตกเป็นเครื่องมือในการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบหรือถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ได้นิยามว่า เด็กหมายถึงบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี แต่ไม่รวมถึงผู้ที่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส<sup>29</sup>

พระราชบัญญัติส่งเสริมการพัฒนาเด็กและเยาวชนแห่งชาติ พ.ศ. 2550 ที่บัญญัติขึ้นเพื่อส่งเสริมให้เด็กและเยาวชนได้มีส่วนร่วมแสดงความคิดเห็นในเรื่องต่าง ๆ ที่มีผลกระทบต่อเด็กและเยาวชน และสนับสนุนให้เด็กและเยาวชนได้มีการแสดงออกที่สอดคล้องกับระดับความรู้ความสามารถได้นิยามในทำนองเดียวกันว่าเด็กหมายถึงบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี<sup>30</sup> อีกทั้งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 ที่กำหนดนิยามว่าเด็กหมายถึงบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีเช่นเดียวกัน<sup>31</sup> ดังนั้นจากพระราชบัญญัติต่าง ๆ ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองเด็ก แม้เนื้อหาของพระราชบัญญัติแต่ละฉบับจะแตกต่างกันแต่จะเห็นได้ว่าส่วนมากมุ่งคุ้มครองเด็กในช่วงอายุไม่เกิน 18 ปี

เมื่อพิจารณาจากการกำหนดนิยามของคำว่า “เด็ก” ตามกฎหมายต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือพระราชบัญญัติอื่น ๆ ที่

<sup>26</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ - มาตรา 1435

<sup>27</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ - มาตรา 1448

<sup>28</sup> พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 - มาตรา 4

<sup>29</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 - มาตรา 4

<sup>30</sup> พระราชบัญญัติส่งเสริมการพัฒนาเด็กและเยาวชนแห่งชาติ พ.ศ. 2550 - มาตรา 4

<sup>31</sup> พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 - มาตรา 4

มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองเด็ก พบว่ามีทำให้ความหมายของเด็กไว้อย่างหลากหลายขึ้นอยู่กับเนื้อหาและวัตถุประสงค์ของบทบัญญัตินั้น ๆ ว่าถูกตราขึ้นเพื่อการใด อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าความหมายของเด็กตามประมวลกฎหมายอาญาและตามพระราชบัญญัติที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองเด็กโดยตรงล้วนกำหนดความหมายของเด็กว่าหมายถึงบุคคลอายุไม่เกิน 18 ปี<sup>32</sup> ซึ่งสอดคล้องความหมายของเด็กตามอนุสัญญาสิทธิเด็กอันเป็นมาตรฐานระหว่างประเทศ

แนวความคิดในเรื่องสิทธิมนุษยชนมีพัฒนาการมาอย่างยาวนาน และปรากฏชัดเจนในฐานะหลักการสากลที่นานาชาติให้การยอมรับภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 (World War II) สงครามครั้งดังกล่าวได้พรากชีวิตมนุษย์ ทั้งทหารและพลเรือนไปมากกว่า 60 ล้านคน อีกทั้งยังก่อให้เกิดผลกระทบต่อความเป็นอยู่ของมนุษย์ในหลากหลายด้าน ไม่ว่าจะเป็นด้านเศรษฐกิจหรือด้านสังคม องค์การสหประชาชาติได้ถูกก่อตั้งขึ้นภายหลังสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยมีภารกิจหลักในการรักษาสันติภาพของสังคมโลกและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเพื่อมิให้เกิดโศกนาฏกรรมดังเช่นที่เคยเกิดในสงครามครั้งดังกล่าว ที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติได้รับรอง “ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights)” เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนทุกคน ปฏิญญานี้ถือเป็นการวางรากฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศอย่างเป็นทางการเป็นลายลักษณ์อักษรครั้งแรกของโลก<sup>33</sup> ทั้งนี้ แม้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจะวางหลักว่ามนุษย์ทุกคนมีศักดิ์ศรีและสิทธิที่เท่าเทียมกัน<sup>34</sup> แต่ก็ได้วางหลักไว้เช่นกันว่า “เด็กมีสิทธิที่จะได้รับการดูแลและช่วยเหลือเป็นพิเศษ อีกทั้งเด็กทุกคนต้องได้รับการคุ้มครองทางสังคมอย่างเท่าเทียมกัน”<sup>35</sup> กล่าวคือ นอกจากเด็กจะมีสิทธิขั้นพื้นฐานตามที่กำหนดไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแล้ว เด็กยังต้องได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษนอกเหนือจากสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวด้วย เหตุผลที่เด็กต้องได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษนี้เนื่องมาจากเด็กจัดเป็นกลุ่มบุคคลที่อ่อนแอเพราะปัจจัยทางชีวภาพทำให้เด็กไม่สามารถใช้สิทธิต่าง ๆ ของตนเองได้อย่างเต็มที่ เมื่อเด็กเกิดมาจึงจำเป็นต้องพึ่งพาอาศัยผู้ใหญ่เพื่อเป็นตัวแทนในการกระทำการต่าง ๆ แทนตน

<sup>32</sup> มินฉวี ฉัตรจินดา, "ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก," หน้า 31.

<sup>33</sup> กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, **ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน - Universal Declaration of Human Rights** [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ: 15 ธันวาคม 2560. แหล่งที่มา: <http://humanrights.mfa.go.th/th/humanrights/obligation>

<sup>34</sup> Universal Declaration of Human Rights - Article 1 - All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood

<sup>35</sup> Universal Declaration of Human Rights - Article 26 - Motherhood and childhood are entitled to special care and assistance. All children, whether born in or out of wedlock, shall enjoy the same social protection.

ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องกำหนดมาตรการในการคุ้มครองเด็กเป็นพิเศษเพื่อให้เด็กได้รับสิทธิเท่าเทียมกับปัจเจกชนอื่น ๆ<sup>36</sup>

แนวความคิดในการคุ้มครองเด็กเป็นพิเศษตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนข้างต้นส่งผลให้เกิดความตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ ที่กำหนดสิทธิที่เด็กพึงจะได้รับและมาตรการพิเศษในการคุ้มครองเด็ก เช่น ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็ก และสื่อลามกอนาจารเด็ก ดังนั้น จึงต้องมีการกำหนดความหมายของเด็กเพื่อจำกัดกลุ่มของบุคคลที่จะได้รับสิทธิและการคุ้มครองเป็นพิเศษ

### 2.1.1.2 ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Declaration of the Rights of the Child ,1959)

ในการประชุมสมัชชาสหประชาชาติได้มีการรับรองปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Declaration of the Rights of the Child) เมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน ค.ศ. 1959 ซึ่งปฏิญญานี้เป็นปฏิญญาระดับแรกที่รับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กผ่านบทบัญญัติ 10 ข้อ เช่น สิทธิที่จะมีชื่อและมีสัญชาติตั้งแต่กำเนิด สิทธิที่จะได้รับการศึกษา ในกรณีที่พิการทางร่างกาย สมอง หรือจิตใจ, สิทธิที่จะได้รับการปกป้องจากกฎหมายเป็นพิเศษและคุ้มครองจากการถูกทอดทิ้ง การทารุณและการแสวงหาประโยชน์ทุกรูปแบบ

ข้อ 2 แห่งปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็กวางหลักว่า เด็กพึงได้รับการปกป้องเป็นพิเศษ และพึงได้รับโอกาสและการอำนวยความสะดวกทั้งทางกฎหมายและด้านอื่น ๆ เพื่อให้สามารถพัฒนาร่างกาย จิตใจ อารมณ์ ศีลธรรม ได้อย่างสมบูรณ์และเป็นปกติสุข โดยคำนึงถึงเสรีภาพและศักดิ์ศรี การออกกฎหมายใด ๆ เพื่อวัตถุประสงค์นี้จะต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดที่เด็กจะได้รับ<sup>37</sup>

ข้อ 9 แห่งปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็กวางหลักว่า เด็กพึงได้รับการปกป้องจากการถูกทอดทิ้ง การทารุณและการแสวงหาประโยชน์ทุกรูปแบบ และต้องไม่ถูกระงับหรือละเมิดสิทธิไม่ว่าโดยวิธีการใด ๆ เด็กไม่พึงที่จะถูกรับเข้าทำงานก่อนวัยอันควร พวกเขาต้องไม่ถูกชักจูงหรือได้รับ

<sup>36</sup> Fiona Orr, "Do Children Require Special Protection under International Human Rights Law?," *The King's Student Law Review* 5, 1 (2014): 43 – 57.

<sup>37</sup> Declaration of the Rights of the Child, 1959 - Principle 2 - The child shall enjoy special protection, and shall be given opportunities and facilities, by law and by other means, to enable him to develop physically, mentally, morally, spiritually and socially in a healthy and normal manner and in conditions of freedom and dignity. In the enactment of laws for this purpose, the best interests of the child shall be the paramount consideration.

อนุญาตให้เข้าทำงานใด ๆ ซึ่งอาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพหรือการศึกษาของเขา รวมทั้งงานที่เป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาทางด้านร่างกาย จิตใจ หรือศีลธรรม<sup>38</sup>

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นว่าปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้วางหลักเกี่ยวกับสิทธิพื้นฐานที่เด็กจำเป็นต้องได้รับ แม้ปฏิญญาดังกล่าวจะไม่มีผลผูกพันเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ก็ถือเป็นจุดเริ่มต้นในการกำหนดหลักการในการคุ้มครองเด็ก<sup>39</sup>

### 2.1.1.3 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child ,1989)

สิทธิเด็กเป็นส่วนสำคัญของสิทธิมนุษยชนซึ่งได้รับการรับรองในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Declaration of Human Rights, 1948) ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและกติกาสากลต่าง ๆ ที่มีผลบังคับทางกฎหมาย การพิทักษ์สิทธิเด็กจึงต้องอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายที่มีความชัดเจน แน่นอน และเป็นที่ยอมรับ เพื่อเสริมสร้างและพิทักษ์สิทธิมนุษยชนได้อย่างแท้จริง ดังนั้น องค์การสหประชาชาติจึงได้จัดทำอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กขึ้นเพื่อเป็นมาตรฐานสิทธิมนุษยชนสำหรับเด็ก อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้รับการรับรองในการประชุมสมัชชาสหประชาชาติเมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน พ.ศ. 2532 โดยประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีเมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2535 และมีผลใช้บังคับกับประเทศไทย เมื่อวันที่ 26 เมษายน พ.ศ.2535

คำปรารภของอนุสัญญาฉบับนี้สะท้อนให้เห็นถึงความสำคัญของการคุ้มครองเด็กอย่างชัดเจนโดยได้เน้นย้ำถึงคำปรารภของปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่วางหลักว่า “เนื่องจากเด็กมีพัฒนาการทางด้านร่างกายและจิตใจที่ยังไม่สมบูรณ์ เด็กจึงจำเป็นต้องได้รับการคุ้มครองและดูแลเป็นพิเศษ การคุ้มครองและดูแลนี้รวมถึงการคุ้มครองทางกฎหมายทั้งก่อนและหลังกำเนิด” ดังนั้น ทุกประเทศที่เป็นภาคีของอนุสัญญาฉบับนี้จึงต้องกำหนดมาตรการต่าง ๆ ให้สอดคล้องกับหลักการที่อนุสัญญากำหนด เนื้อหาในอนุสัญญานี้สามารถแบ่งออกได้เป็น 6 หลักการ<sup>40</sup> คือ

<sup>38</sup> Declaration of the Rights of the Child, 1959 - Principle 9 - The child shall be protected against all forms of neglect, cruelty and exploitation. He shall not be the subject of traffic, in any form.

<sup>39</sup> สำนักงานศาลยุติธรรม, การพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 (กรุงเทพฯ: สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2555), หน้า 59 – 65.

<sup>40</sup> เรื่องเดียวกัน.



**(1) หลักการทั่วไป** เป็นหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพทั่วไป ทั้งในด้านสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล การแสดงความคิดเห็น วัฒนธรรม ศาสนา ความเสมอภาค การศึกษาและอื่น ๆ เช่น ข้อ 6 ที่วางหลักว่า เด็กมีสิทธิตามธรรมชาติที่จะมีชีวิต<sup>41</sup>

**(2) หลักการคุ้มครองร่างกาย ชีวิต เสรีภาพ และสวัสดิภาพของเด็ก** หลักการนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองมิให้เด็กถูกละเมิดสิทธิเหนือร่างกาย ชีวิต และเสรีภาพ ทั้งการทำร้าย การล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก การแสวงหาประโยชน์ทางเพศเชิงพาณิชย์จากเด็ก พร้อมทั้งกำหนดให้มีการเยียวยาให้เด็กที่ถูกละเมิดสิทธิดังกล่าวสามารถกลับมาดำเนินชีวิตตามปกติได้ เช่น ข้อ 34 ที่วางหลักว่า ประเทศภาคีต้องคุ้มครองเด็กจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศและการล่วงละเมิดทางเพศทุกรูปแบบ และดำเนินมาตรการต่าง ๆ ที่เหมาะสม ไม่ว่าจะเป็มาตรการภายในประเทศ มาตรการทวิภาคี และมาตรการพหุภาคี เพื่อป้องกันการขังขู่ หรือการบังคับเด็กให้เข้าร่วมในกิจกรรมทางเพศใด ๆ ที่ผิดกฎหมาย การแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็กโดยการค้าประเวณีหรือการกระทำทางเพศใด ๆ ที่ผิดกฎหมาย และการแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็กโดยการแสดงลามกอนาจารหรือสื่อลามกอนาจารต่าง ๆ<sup>42</sup>

**(3) หลักการให้สวัสดิการสังคมแก่เด็ก** หลักการนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เด็กได้รับข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อพัฒนาการของตน การได้รับการดูแลด้านสุขอนามัย การได้รับประกันสังคม การได้รับการศึกษา และโอกาสที่จะได้พัฒนาบุคลิกภาพ โดยบทบัญญัติที่สำคัญบทบัญญัติหนึ่งของหลักการนี้ คือ ข้อ 14 ซึ่งวางหลักให้ ประเทศภาคีต้องตระหนักถึงความสำคัญของสื่อมวลชน และต้องรับรองว่าเด็กสามารถเข้าถึงข้อมูลต่าง ๆ ได้ ไม่ว่าจะเป็ข้อมูลภายในหรือภายนอกประเทศ เพื่อเป้าหมายในการพัฒนาบุคลิกภาพ ร่างกาย และจิตใจของเด็ก ในการนี้ประเทศภาคีจะต้องสนับสนุนให้มีการดำเนินการต่าง ๆ ที่สอดคล้องกับหลักการดังกล่าว อาทิ สนับสนุนให้สื่อมวลชนเผยแพร่ข้อมูลต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสังคมและวัฒนธรรมที่จะเป็นประโยชน์ต่อเด็ก สนับสนุนให้มีการผลิตและเผยแพร่หนังสือที่เด็ก เป็นต้น<sup>43</sup>

<sup>41</sup> Convention on the Rights of the Child ,1989 - Article 6 - States Parties recognize that every child has the inherent right to life.

<sup>42</sup> Convention on the Rights of the Child ,1989 - Article 34 - States Parties undertake to protect the child from all forms of sexual exploitation and sexual abuse. For these purposes, States Parties shall in particular take all appropriate national, bilateral and multilateral measures to prevent:

- (a) The inducement or coercion of a child to engage in any unlawful sexual activity;
- (b) The exploitative use of children in prostitution or other unlawful sexual practices;
- (c) The exploitative use of children in pornographic performances and materials.

<sup>43</sup> Convention on the Rights of the Child ,1989 - Article 17 - States Parties recognize the important function performed by the mass media and shall ensure that the child has access to information and material

(4) **หลักการคุ้มครองสิทธิทางแพ่ง** หลักการนี้กำหนดให้รัฐต้องสนับสนุนและให้หลักประกันว่าเด็กจะมีสิทธิในฐานะพลเมืองของรัฐ เช่น ข้อ 7 แห่งอนุสัญญาฉบับนี้ที่วางหลักว่าเด็กจะต้องได้รับการบันทึกข้อมูลทางทะเบียนทันทีภายหลังจากเกิด และเมื่อเกิดแล้วเด็กย่อมมีสิทธิในการมีชื่อ มีสัญชาติ รวมทั้งมีสิทธิในการได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากบิดามารดาหรือผู้ปกครอง<sup>44</sup>

(5) **หลักการคุ้มครองเด็กที่มีปัญหาความประพฤติหรือกระทำความผิดอาญา** หลักการนี้กำหนดให้เด็กที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญาได้รับการปฏิบัติแตกต่างจากผู้ต้องหาที่เป็นผู้ใหญ่เพื่อให้เด็กได้รับผลกระทบจากการดำเนินคดีน้อยที่สุด และกำหนดหลักเกณฑ์ให้เด็กมีโอกาสได้รับการแก้ไขฟื้นฟู เช่น ข้อ 27 วางหลักให้ประเทศภาคีต้องรับรองว่าต้องไม่มีเด็กคนใดที่จะถูกลงโทษโดยวิธีการที่ทรมาณ โหดร้าย หรือไร้มนุษยธรรม อีกทั้งโทษประหารชีวิตและโทษจำคุกตลอดชีวิตจะต้องไม่ถูกบังคับใช้กับการกระทำความผิดที่ผู้กระทำความผิดมีอายุต่ำกว่า 18 ปี<sup>45</sup>

(6) **หลักการคุ้มครองเด็กผู้ด้อยโอกาส** หลักการนี้มีเป้าหมายเพื่อคุ้มครองเด็กด้อยโอกาส เด็กที่ขาดผู้อุปการะและเด็กพิการ ให้ได้รับการคุ้มครองดูแลเท่าเทียมกับเด็กทั่วไป เช่น ข้อ 21 กำหนดให้ประเทศภาคีที่มีกฎหมายอนุญาตให้รับบุตรบุญธรรมต้องรับรองว่าการรับบุตรบุญธรรมดังกล่าวจะเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก และรับรองว่ากระบวนการรับบุตรบุญธรรมนั้นดำเนินการโดยหน่วยงานที่มีอำนาจตามกฎหมายเท่านั้น<sup>46</sup>

---

from a diversity of national and international sources, especially those aimed at the promotion of his or her social, spiritual and moral well-being and physical and mental health.

To this end, States Parties shall:

(a) Encourage the mass media to disseminate information and material of social and cultural benefit to the child and in accordance with the spirit of article 29;

<sup>44</sup> Convention on the Rights of the Child ,1989 - Article 7 - The child shall be registered immediately after birth and shall have the right from birth to a name, the right to acquire a nationality and, as far as possible, the right to know and be cared for by his or her parents.

<sup>45</sup> Convention on the Rights of the Child ,1989 - Article 37 - States Parties shall ensure that No child shall be subjected to torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. Neither capital punishment nor life imprisonment without possibility of release shall be imposed for offences committed by persons below eighteen years of age;

<sup>46</sup> Convention on the Rights of the Child ,1989 - Article 21(a) - States Parties that recognize and/or permit the system of adoption shall ensure that the best interests of the child shall be the paramount consideration and they shall:

(a) Ensure that the adoption of a child is authorized only by competent authorities who determine, in accordance with applicable law and procedures and on the basis of all pertinent and reliable information

#### 2.1.1.4 พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็ก และสื่อลามกอนาจารเด็ก (Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography)

พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็ก และสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นการเพิ่มเติมรายละเอียดของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเพื่อคุ้มครองเด็กมิให้ตกเป็นเหยื่อของการแสวงประโยชน์ทางเพศและเศรษฐกิจ ที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้ให้การรับรองพิธีสารฉบับนี้เมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ. 2000 โดยประเทศไทยเข้าเป็นภาคีเมื่อวันที่ 11 มกราคม พ.ศ. 2549 และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 11 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2549

ข้อ 3 แห่งพิธีสารฉบับนี้กำหนดให้ประเทศภาคีต้องรับรองว่าการผลิต การแจกจ่าย การเผยแพร่ การนำเข้า การส่งออก การเสนอให้ การจำหน่าย และการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกระทำการดังกล่าวข้างต้นจะต้องอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายอาญาไม่ว่าการกระทำนั้นจะกระทำในราชอาณาจักรหรือนอกราชอาณาจักร และไม่ว่าจะกระทำโดยบุคคลคนเดียวหรือมีตัวการร่วมก็ตาม<sup>47</sup> นอกจากนี้ยังกำหนดให้ประเทศภาคีลงโทษการกระทำเหล่านี้โดยวิธีการที่สมควร<sup>48</sup> และวางมาตรการที่เหมาะสมในทุก ๆ ชั้นของกระบวนการยุติธรรมเพื่อคุ้มครองสิทธิและประโยชน์ของเด็กที่ตกเป็นเหยื่อของสื่อลามกอนาจารเด็ก<sup>49</sup>

เมื่อพิจารณาถึงความตกลงระหว่างประเทศแต่ละฉบับข้างต้นจะเห็นได้ว่า นอกเหนือไปจากสิทธิมนุษยชนพื้นฐานที่ปัจเจกชนทุกคนต้องได้รับแล้ว ความตกลงระหว่างประเทศทุกฉบับข้างต้นยังกำหนดสิทธิของเด็กที่จะต้องได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษตามกฎหมาย รวมทั้ง

<sup>47</sup> Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography – Article 3

1. Each State Party shall ensure that, as a minimum, the following acts and activities are fully covered under its criminal or penal law, whether such offences are committed domestically or transnationally or on an individual or organized basis:

(c) Producing, distributing, disseminating, importing, exporting, offering, selling or possessing for the above purposes child pornography as defined in article 2.

<sup>48</sup> Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography – Article 3 – 2. Each State Party shall make such offences punishable by appropriate penalties that take into account their grave nature.

<sup>49</sup> Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography – Article 8

1. States Parties shall adopt appropriate measures to protect the rights and interests of child victims of the practices prohibited under the present Protocol at all stages of the criminal justice process in particular

สิทธิที่จะได้รับการปกป้องจากการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากการทำงานใด ๆ ที่อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพ ร่างกาย จิตใจ ศิลธรรม หรือพัฒนาการของเด็ก ซึ่งการคุ้มครองเด็กจากการตกเป็นเหยื่อของสื่อลามกอนาจารเด็กย่อมได้รับการคุ้มครองภายใต้สิทธิดังกล่าวด้วยเช่นกัน เมื่อประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีของทั้งอนุสัญญาสิทธิเด็กและพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็ก และสื่อลามกอนาจารเด็กดังกล่าวแล้ว ประเทศไทยจึงจำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายภายในประเทศเพื่อให้สอดคล้องกับแนวความคิดในการคุ้มครองเด็กดังกล่าว

## 2.1.2 ความทั่วไปเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก

จากแนวความคิดในการคุ้มครองเด็กส่งผลให้มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กมีความพิเศษและเข้มงวดกว่ามาตรการทางกฎหมายในกรณีทั่วไป มาตรการทางกฎหมายเหล่านี้รวมถึงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กด้วย หลายประเทศมีการแยกฐานความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ต่างหากจากสื่อลามกอนาจารทั่วไป เนื่องจากเด็กมีสภาพร่างกายและจิตใจที่อ่อนแอกว่าผู้ใหญ่ ลักษณะของการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กจึงมีความร้ายแรงกว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารในกรณีทั่วไป ดังนั้น การศึกษาแนวทางการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กนี้จึงต้องศึกษาถึงความหมาย ประเภทและลักษณะของสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อให้เข้าใจถึงลักษณะของการกระทำความผิดได้มากยิ่งขึ้น

### 2.1.2.1 ความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็ก

พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็ก และสื่อลามกอนาจารเด็ก กำหนดความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็กไว้โดยหมายความว่า สื่อใด ๆ ที่นำเสนอการเข้าไปมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศอย่างชัดแจ้งของเด็ก กล่าวคือ บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ไม่ว่าจะเด็กจะได้เข้าร่วมในกิจกรรมทางเพศนั้นจริง ๆ หรือเป็นกิจกรรมทางเพศที่เสมือนจริงก็ตาม หรือการนำเสนอร่างกายส่วนใด ๆ ของเด็กโดยมีวัตถุประสงค์ในทางเพศ<sup>50</sup>

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย มาตรา 1 (17) ได้นิยามความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ว่าหมายถึง วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุต่ำกว่า 18 ปี โดยรูป เรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือรูปแบบอื่นใดใน

<sup>50</sup> Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography – Article 2 (c) - Child pornography means any representation, by whatever means, of a child engaged in real or simulated explicit sexual activities or any representation of the sexual parts of a child for primarily sexual purposes.

ลักษณะทำนองเดียวกัน และให้หมายความรวมถึงวัตถุหรือสิ่งต่าง ๆ ช่างต้นที่จัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้

ทั้งนี้ การพิจารณาความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็กตามประมวลกฎหมายอาญาจำเป็นต้องพิจารณาด้วยว่าวัตถุดังกล่าวสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจารได้หรือไม่ อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายอาญามีได้ให้คำนิยามของคำว่าลามกอนาจารไว้แต่อย่างใด การพิจารณาความหมายของคำว่าลามกอนาจารจึงต้องพิจารณาจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาและความคิดเห็นของนักกฎหมายต่าง ๆ โดยคำว่า “ลามก” มีนักกฎหมายหลายท่านให้ความหมายไว้ดังนี้

ศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ ได้อธิบายว่า สื่อลามก คือ “สิ่งที่น่าอับอายในทางเพศต่อหูด้า น่าอูจาตบดสี ตรงข้ามกับสิ่งที่เป็นศิลปะอันแสดงถึงความงามและฝีมือของศิลปิน ศิลปะหรือลามกพิจารณาตามความรู้สึกของวิญญูชนผู้มีใช้เคร่งต่อจารีตประเพณีโดยไม่ยอมเปลี่ยนแปลงไปตามสมัยโลก”<sup>51</sup>

ศาสตราจารย์ณรงค์ ใจหาญ ได้อธิบายว่า สื่อลามก หมายถึง “สิ่งที่ผู้พบเห็นรู้สึกอูจาต บดสี หยาบซ้ำ น้อมนำไปสู่ความชั่วหรือความใครทางกามารมณ มักอยู่ในรูปของภาพเปลือยของมนุษย์หรือภาพอวัยวะเพศทั้งของชายและหญิง”<sup>52</sup>

ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ณ นคร ได้อธิบายว่า “การที่จะวินิจฉัยว่าสิ่งใดเป็นสิ่งลามกหรือไม่ นั้น มิใช่การพิจารณาว่าสิ่งนั้นฝ่าฝืนความรู้สึกทางศีลธรรมโดยทั่วไปของวิญญูชนหรือไม่ แต่ต้องพิจารณาว่าผู้ที่พอมีความรู้ความเข้าใจทางศิลปะรู้สึกเช่นนั้นหรือไม่ กล่าวคือ ต้องพิจารณาอย่างเป็นภาวะวิสัยและจะต้องพิจารณาเป็นราย ๆ ไป”<sup>53</sup>

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาแล้วพบว่าศาลฎีกาได้วางหลักเกี่ยวกับความหมายของสื่อลามกไว้ในหลายคดี ภาพหญิงเปลือยกายที่ได้มีการระบายส่วนอวัยวะเพศให้ลบลื่อนจนมองไม่เห็น คงปรากฏเฉพาะส่วนหน้าอก โดยเป็นรูปที่แสดงถึงสุขภาพอนามัยของการอาบแดด กรณีนี้ไม่ใช่สื่อลามก<sup>54</sup> หรือภาพที่แสดงถึงส่วนสัดส่วนสมบูรณ์ของร่างกายซึ่งมิได้มีสิ่งปกปิดโดยส่วนล่างทำเป็นเงาและได้ลบลื่อนให้เป็นอวัยวะที่ราบเรียบแล้ว เป็นภาพไม่มีลักษณะน่าเกลียด น่าอูจาตบดสี จึงไม่เป็นภาพลามก<sup>55</sup> ในทางกลับกันภาพหญิงเปิดเผยเต้านมอย่างโจ่งแจ้ง แม้ส่วนอวัยวะเพศแม้จะมีผ้าปิดไว้แต่ก็ปกปิดไว้อย่างหมิ่นเหม่ โดยหญิงอยู่ในอิริยาบถที่น่า

<sup>51</sup> จิติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ: จีรรัชการพิมพ์, 2548), หน้า 802.

<sup>52</sup> ณรงค์ ใจหาญ, "ความหมายของสื่อลามกในกฎหมาย," วารสารนิติศาสตร์ 16, 2 (2529): 125 – 131.

<sup>53</sup> คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), หน้า 583.

<sup>54</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 978/2492

<sup>55</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1223/2508

เกลียดน่าบัดสี กล่าวคือ นอนหงายถ่างขาออกอย่างกว้างทำนองเพื่ออวดอวัยวะเพศ เป็นภาพที่มีเจตนาขี้ขลาดให้เกิดความใคร่ทางกามารมณ์โดยตรงจึงเป็นสื่อลามก<sup>56</sup> หรือภาพหญิงเปลือยกายมีแหคลุมตัว ภาพหญิงเปลือยยกสวมกางเกงใน มือล้วงเข้าไปจับที่อวัยวะเพศ และภาพหญิงสวมกางเกงในโปรงมีผู้ชายนอนกอด แม้ภาพดังกล่าวจะไม่เห็นอวัยวะเพศชัดเจน แต่มีลักษณะสื่อไปในด้านขี้ขลาดกามารมณ์ ภาพดังกล่าวจึงเป็นสื่อลามก ไม่ใช่ภาพศิลปะที่แสดงถึงส่วนสัดความสมบูรณ์ของร่างกาย<sup>57</sup>

ดังนั้น สามารถสรุปได้ว่า วัตถุที่มีลักษณะ “ลามก” จะต้องมิลักษณะสื่อไปในด้านขี้ขลาดกามารมณ์ นำเกลียด น่าอวดจากบัดสี ซึ่งน้อมนำไปสู่ความต่ำความชั่วหรือความใคร่ในทางกามารมณ์และไม่ปรากฏคุณค่าทางศิลปะ ทั้งนี้ การจะพิจารณาว่าวัตถุใดเป็นสื่อลามกหรือไม่ต้องพิจารณาตามความรู้สึกของวิญญูชน ผู้มิใช่เป็นบุคคลที่เคร่งต่อจารีตประเพณี

สำหรับคำว่า “อนาจาร” เมื่อเทียบเคียงกับความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 แล้ว หมายถึง การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ โดยให้พิจารณาจากการกระทำที่ปรากฏจากภายนอก หากคนทั่วไปเห็นว่าไม่สมควรทางเพศก็เป็นอนาจาร แม้ผู้กระทำจะมีได้กระทำเพื่อความใคร่หรือกามารมณ์ แต่กระทำไปด้วยเหตุอื่น ๆ<sup>58</sup> เช่น เพื่อแก้แค้น<sup>59</sup> ในทางกลับกันหากการกระทำที่ปรากฏออกมาภายนอกนั้นเป็นการกระทำที่คนทั่วไปเห็นว่าผู้กระทำมิได้กระทำเพื่อความใคร่หรือกามารมณ์ แม้ผู้กระทำจะมีความรู้สึกทางเพศขณะกระทำ การกระทำดังกล่าวก็มิใช่การอนาจาร เช่น แพทย์ตรวจร่างกายภายในหญิงเนื่องจากความจำเป็นในการตรวจโรค แม้แพทย์จะมีความรู้สึกทางเพศขึ้นมาในขณะที่ตรวจ ก็มีใช่การอนาจาร<sup>60</sup> ตัวอย่างการกระทำที่เป็นอนาจาร เช่น การที่ชายกอดคอหญิงและจับแขนหญิงลากเพื่อจะพาเข้าห้องพักในโรงแรม<sup>61</sup>, ชายโอบไหล่หญิงทั้งที่ไม่เคยรู้จักกันมาก่อน<sup>62</sup> การใช้มือลูบคลำที่อวัยวะสืบพันธุ์และจับหน้าอกหญิง<sup>63</sup> เป็นต้น

จากคำนิยามข้างต้นจะเห็นได้ว่าความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็กของกฎหมายไทยสอดคล้องกับพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็ก และสื่อลามกอนาจารเด็ก ดังนั้น อาจสรุปได้ว่า สื่อลามกอนาจารเด็ก หมายถึง วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกิน 18 ปี โดยรูป เรื่อง

<sup>56</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6301/2533

<sup>57</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3510/2532

<sup>58</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินติ้ง, 2550), หน้า 324.

<sup>59</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1314/2526

<sup>60</sup> หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 188.

<sup>61</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3953/2539

<sup>62</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5694/2541

<sup>63</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2673/2546

หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร กล่าวคือ เป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศอันมีลักษณะน่ารังเกียจ นำเอาจุดบัดสี น้อมนำไปสู่ความต่ำความชั่ว ซึ่งเป็นการกระตุ้นความรู้สึกทางเพศของผู้พบเห็นและปราศจากคุณค่าทางศิลปะ ทั้งนี้ กฎหมายของแต่ละประเทศอาจกำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กครอบคลุมถึงวัตถุต่างประเภทกันออกไปตามบริบทของประเทศนั้น ๆ สำหรับกฎหมายไทยนั้นกำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กครอบคลุมถึงวัตถุที่อยู่ในรูปเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือรูปแบบอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน และให้หมายความรวมถึงวัตถุหรือสิ่งต่าง ๆ ข้างต้นที่จัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้

### 2.1.2.2 ประเภทของสื่อลามกอนาจารเด็ก

การแบ่งประเภทของสื่อลามกอนาจารเด็กสามารถแบ่งได้โดยใช้หลายหลักเกณฑ์ ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนแบ่งประเภทของสื่อลามกอนาจารเด็กโดยใช้เกณฑ์ระดับของเทคโนโลยีในการแบ่ง<sup>64</sup> โดยสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

#### 2.1.2.2.1 สื่อลามกอนาจารเด็กแบบดั้งเดิม

สื่อลามกอนาจารเด็กแบบดั้งเดิม หมายถึง สื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏในรูปของวัตถุซึ่งไม่จำเป็นต้องใช้เทคโนโลยีขั้นสูงในการผลิต เช่น รูปภาพ รูปเขียน วารสาร นิตยสาร ภาพยนตร์ เป็นต้น สื่อลามกอนาจารเด็กแบบดั้งเดิมนั้นเริ่มปรากฏในสหรัฐอเมริกาช่วงปลายทศวรรษที่ 1960 โดยพบการจำหน่ายสื่อลามกอนาจารเด็กแบบดั้งเดิมในเชิงพาณิชย์ในรูปของของเล่น เกม นิตยสารเกี่ยวกับเรื่องเพศ และหนังสือการ์ตูน ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าสื่อลามกอนาจารเด็กแบบดั้งเดิมปรากฏอยู่ในสังคมโลกมาเป็นระยะเวลาอันยาวนานและยังคงปรากฏอยู่จนถึงปัจจุบัน<sup>65</sup>

#### 2.1.2.2.2 สื่อลามกอนาจารเด็กในอินเทอร์เน็ต

การพัฒนาอย่างรวดเร็วของเทคโนโลยีก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสังคมโลกมากมาย แต่ในขณะเดียวกันเทคโนโลยีก็ถูกนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดหลายรูปแบบเช่นกัน รวมทั้งการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก การพัฒนาของเทคโนโลยีก่อให้เกิดสื่อลามกอนาจารเด็กอีกประเภทที่เรียกว่า “สื่อลามกอนาจารเด็กในอินเทอร์เน็ต” กล่าวคือ เป็นการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กผ่านอินเทอร์เน็ตนั่นเอง สื่อลามกอนาจารเด็กในอินเทอร์เน็ตนี้อาจเป็นการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กโดยใช้เทคโนโลยีโดยตรง เช่น การใช้โปรแกรม

<sup>64</sup> โสมนัส เจือศรีสกุล, "มาตรการควบคุมต่อต้านสื่อลามกเด็ก," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 11.

<sup>65</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 12.

คอมพิวเตอร์สร้างรูปภาพลามกอนาจารเด็กขึ้นโดยไม่มีเด็กจริงเข้าไปเกี่ยวข้อง หรืออาจเป็นการนำสื่อลามกอนาจารเด็กแบบดั้งเดิม เช่น รูปภาพ นิยาย ภาพยนตร์ มาเผยแพร่ผ่านทางอินเทอร์เน็ตก็ได้

การนำอินเทอร์เน็ตมาใช้เป็นช่องทางในการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กนี้ส่งผลให้ปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กมีความรุนแรงขึ้นเป็นทวีคูณ เนื่องจากสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นสามารถเผยแพร่ไปได้อย่างรวดเร็ว สามารถบันทึกและทำสำเนาสื่อลามกอนาจารดังกล่าวได้อย่างไม่จำกัด อีกทั้งยังก่อให้เกิดสื่อลามกอนาจารเด็กในรูปแบบของการถ่ายทอดสดที่แสดงเหตุการณ์ที่เด็กถูกล่วงละเมิดทางเพศตามระยะเวลาที่เกิดขึ้นจริงและสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงซึ่งมีความเสมือนจริง ลักษณะพิเศษของอินเทอร์เน็ตนี้ส่งผลให้สื่อลามกอนาจารเด็กสามารถเข้าถึงได้ง่ายดาย กว้างขวาง และยากต่อการปราบปราม<sup>66</sup>

### 2.1.2.3 ลักษณะของสื่อลามกอนาจารเด็ก

สื่อลามกอนาจารเด็ก กล่าวคือ วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้รู้หรือเห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกิน 18 ปีนั้นสามารถปรากฏได้หลายลักษณะด้วยกัน ในที่นี้จึงจะทำการศึกษาถึงลักษณะของสื่อลามกอนาจารเด็ก โดยแบ่งเป็นสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงและสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริง<sup>67</sup> ดังนี้

#### 2.1.2.3.1 สื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงจริง

สื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริง คือ สื่อลามกอนาจารที่มีเด็กซึ่งมีตัวตนจริงเป็นวัตถุที่ถูกกระทำในสื่อซึ่งจะแสดงให้เห็นถึงเหตุการณ์ที่เด็กถูกล่วงละเมิดทางเพศโดยตรง เช่น การกระทำอนาจารต่อเด็ก การข่มขืนกระทำชำเราเด็ก การบังคับให้เด็กเปลือยและแสดงท่าทางที่กระตุ้นอารมณ์ทางเพศ<sup>68</sup>

#### 2.1.2.3.2 สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริง (Virtual Child Pornography)

สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริง คือ สื่อลามกอนาจารที่ไม่ได้มีเด็กซึ่งมีตัวตนจริงเป็นวัตถุแห่งการกระทำโดยตรง แต่ใช้วิธีการอื่น ๆ ทำให้เสมือนว่ามีเด็กปรากฏอยู่ในสื่อลามกอนาจารเด็กนั้น ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะแบ่งสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงออกเป็น 4 ประเภท<sup>69</sup> คือ

<sup>66</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 15.

<sup>67</sup> มินฉวี ฉัตรจินดา, "ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก," หน้า 64.

<sup>68</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>69</sup> Alisdair A. Gillespie, *Child Pornography: Law and Policy* (Abingdon: GlassHouse/Routledge, 2011), p. 98



### (1) สื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดง

สื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดง คือ สื่อลามกอนาจารที่ใช้ผู้ใหญ่ซึ่งมีลักษณะเหมือนหรือคล้ายเด็กเป็นผู้แสดงแทนเด็กจริงที่มีตัวตนจริง ทั้งนี้ สื่อลามกอนาจารประเภทดังกล่าวจะมีการใช้วิธีการต่าง ๆ เพื่อให้เสมือนว่าเด็กจริง ๆ เป็นวัตถุประสงค์ของการกระทำในสื่อลามกอนาจารนั้น เช่น ให้ผู้แสดงแต่งกายเหมือนกับเด็ก ใช้การแต่งหน้าเพื่อทำให้ผู้แสดงดูอ่อนวัย มีการกำจัดขนบริเวณอวัยวะเพศเพื่อให้เข้าใจว่าผู้แสดงในสื่อชิ้นนั้นเป็นเด็ก การใช้คอมพิวเตอร์กราฟิกในการลดขนาดหน้าอกและกำจัดขนบริเวณอวัยวะเพศให้ดูเสมือนว่าเป็นเด็ก (Morphing) เป็นต้น<sup>70</sup>

### (2) สื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกดัดแปลงหรือสร้างขึ้นโดย

#### คอมพิวเตอร์กราฟิก

สื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกดัดแปลงโดยใช้คอมพิวเตอร์กราฟิกเป็นการใช้เทคโนโลยีทางคอมพิวเตอร์ทำให้เกิดภาพที่มีลักษณะลามกอนาจารโดยมีการนำภาพเด็กจริง ๆ มาใช้เป็นส่วนประกอบหนึ่งของการทำให้เกิดภาพนั้น แต่ไม่ได้มีการล่วงละเมิดทางเพศต่อตัวเด็กโดยตรงแต่อย่างใด (Splicing) เช่น การตัดต่อภาพใบหน้าของเด็กเข้ากับภาพร่างกายของผู้ใหญ่ที่อยู่ในท่าทางส่อไปในทางเพศ การตัดภาพเด็กขณะรับประทานไอศกรีมนำไปวางในสถานการณ์ที่ส่อไปในทางเพศ เป็นต้น ส่วนสื่อลามกอนาจารเด็กที่สร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิกจะเป็นกรณีที่ไม่มีภาพต้นฉบับมาก่อน (Computer-generated Image) กล่าวคือ เป็นการสร้างภาพลามกอนาจารเด็กนั้นขึ้นมาทั้งหมดโดยใช้คอมพิวเตอร์กราฟิก เช่น ภาพสามมิติของเด็กเปลือยและอยู่ในทางทางที่ส่อไปในทางเพศ เป็นต้น โดยสื่อลามกอนาจารประเภทนี้มีความเสมือนจริงและยากในการพิจารณาว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารนั้นเป็นเด็กจริง ๆ หรือไม่<sup>71</sup>

### (3) สื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นภาพวาด ภาพระบายสีหรือ

#### การ์ตูน

เด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กประเภทนี้จะเป็นเด็กในจินตนาการ ไม่มีความเสมือนจริง และสามารถแยกออกได้โดยง่ายว่าภาพดังกล่าวมิใช่เด็กจริง ๆ เช่น ภาพวาด ภาพระบายสี การ์ตูน<sup>72</sup>

<sup>70</sup> Ibid.

<sup>71</sup> Ibid.

<sup>72</sup> Ibid.

#### (4) สื่อลามกอนาจารเด็กที่อยู่ในรูปแบบอื่น ๆ ซึ่งไม่ใช่

##### รูปภาพ

สื่อลามกอนาจารเด็กประเภทนี้จะเป็นสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ได้ถูกนำเสนอในลักษณะของรูปภาพซึ่งมีได้มีเด็กจริง ๆ เข้าไปเกี่ยวข้องในสื่อลามกอนาจารนั้น โดยอาจเป็นสื่อลามกอนาจารเด็กที่อยู่ในรูปของเอกสาร เช่น นิยาย นิทาน สิ่งพิมพ์ต่าง ๆ รวมทั้งสื่อลามกอนาจารเด็กที่อยู่ในรูปของวัตถุอื่น ๆ เช่น แอบบันทิกเสียง เป็นต้น<sup>73</sup>

จากลักษณะของสื่อลามกอนาจารเด็กข้างต้นพบว่าสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงมีการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กโดยตรง ดังนั้น กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของทุกประเทศจึงกำหนดให้การกระทำใด ๆ เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กลักษณะนี้เป็นความผิดอาญา ในทางกลับกันสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงจะแตกต่างออกไป เนื่องจากสื่อลามกอนาจารเด็กลักษณะนี้ไม่ได้มีการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กโดยตรง อย่างไรก็ตาม กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของบางประเทศได้บัญญัติความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กลักษณะดังกล่าวไว้เช่นกัน เนื่องจากสื่อลามกอนาจารเด็กลักษณะนี้อาจถูกนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการชักจูงให้เด็กตกเป็นเหยื่อของการถูกล่วงละเมิดทางเพศ อีกทั้งยังส่งผลกระทบต่อศีลธรรมอันดีและอาจกระตุ้นให้ผู้ชมสื่อลามกอนาจารเด็กก่ออาชญากรรมทางเพศต่อเด็กได้ ดังนั้น ในส่วนต่อไปจึงจะศึกษาถึงเหตุผลในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อให้เข้าใจถึงปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กได้ดียิ่งขึ้น

#### 2.1.3 เหตุผลในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าความแตกต่างของสื่อลามกอนาจารทั่วไปและสื่อลามกอนาจารเด็ก คือ อายุของบุคคลที่ปรากฏอยู่ในสื่อลามกอนาจาร กรณีสื่อลามกอนาจารทั่วไปนั้นบุคคลที่ปรากฏอยู่ในสื่อคือผู้ใหญ่ที่มีความพร้อมทางร่างกาย จิตใจ และสามารถตัดสินใจประกอบกิจกรรมทางเพศได้โดยชอบด้วยกฎหมาย การกระทำใด ๆ เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารทั่วไปนั้นจึงอยู่ภายใต้หลักการ “Adult and Alone” คือ หากมีวุฒิภาวะแล้ว (Adult) และมีไว้เป็นส่วนตัว ไม่นำไปเผยแพร่ ไซข่าว (Alone) ย่อมไม่มีความผิด<sup>74</sup>

อย่างไรก็ดี กรณีสื่อลามกอนาจารเด็กย่อมมีความแตกต่างจากสื่อลามกอนาจารทั่วไปเนื่องจากบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กคือเด็กที่การเจริญเติบโตทางร่างกายและจิตใจ

<sup>73</sup> Ibid, p. 21 – 22.

<sup>74</sup> ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), หน้า 216.

ยังไม่สมบูรณ์ดังเช่นผู้ใหญ่ เด็กจึงจำเป็นต้องได้รับการปกป้องคุ้มครองเป็นพิเศษ แนวความคิดในการคุ้มครองเด็กเป็นแนวความคิดสากลที่ทั่วโลกให้การยอมรับดังจะเห็นได้จากความตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ เช่น อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก การกำหนดความผิดอาญาสำหรับการกระทำใด ๆ เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นจึงมีเหตุมาจากการที่ต้องการปกป้องและคุ้มครองเด็กเป็นพิเศษจากผลกระทบต่าง ๆ อันเกิดจากสื่อลามกอนาจารเด็ก รวมทั้งปกป้องสังคมและคุ้มครองหลักศีลธรรมด้วย

### 2.1.3.1 ผลกระทบที่เกิดจากสื่อลามกอนาจารเด็ก

เหตุผลสำคัญประการหนึ่งที่ต้องมีการกำหนดให้การกระทำใด ๆ เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดก็เนื่องมาจากในทุก ๆ ขั้นตอนของการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ไม่ว่าจะเป็นขั้นเตรียมการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็ก ขั้นผลิตสื่อลามกอนาจารเด็ก ขั้นเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก และขั้นหลังจากเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กออกไปแล้ว ทุกขั้นตอนต่างส่งผลกระทบในแง่ลบต่อทั้งตัวเด็กที่ตกเป็นเหยื่อและต่อสังคม ดังนี้

#### 2.1.3.1.1 ผลกระทบของสื่อลามกอนาจารเด็กต่อเด็กที่ตกเป็นเหยื่อ

เด็กคือผู้ที่รับผลกระทบโดยตรงจากสื่อลามกอนาจารเด็ก เนื่องจากในการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นจำต้องมีเด็กเข้าไปเกี่ยวข้อง แต่เนื่องจากเด็กยังไม่มีความพร้อมทั้งด้านร่างกายและจิตใจ เด็กในฐานะเหยื่อของการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กจึงย่อมได้รับผลกระทบต่าง ๆ ดังนี้

##### (1) ผลกระทบต่อร่างกาย

เนื้อหาที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นมีหลายรูปแบบ เช่น การแสดงให้เห็นภาพเด็กขณะเปลือย การมีเพศสัมพันธ์ซึ่งอาจเกิดขึ้นระหว่างเด็กกับเด็กด้วยกันหรือเด็กกับผู้ใหญ่ก็ได้ การมีเพศสัมพันธ์ยอมทำให้เด็กได้รับอันตรายต่อร่างกายไม่ว่าเด็กจะยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์นั้นหรือไม่ก็ตาม เนื่องจากปัจจัยทางกายภาพที่สรีระของเด็กยังไม่มีคุณสมบัติเช่นผู้ใหญ่ นอกจากนี้ในสื่อลามกอนาจารเด็กยังมักปรากฏการทารุณทางเพศต่อเด็กในหลายรูปแบบ เช่น การทำร้ายร่างกาย การข่มขืนกระทำชำเรา การร่วมเพศทางปากหรือทวารหนัก การใช้ยาเสพติดเพื่อให้เด็กสามารถทนต่อการมีเพศสัมพันธ์ได้ การกระทำเหล่านี้ย่อมก่อให้เกิดความบอบช้ำต่อร่างกายของเด็ก บางกรณีอาจส่งผลกระทบรุนแรงถึงขั้นเป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ พิการ หรือเสียชีวิต<sup>75</sup>

##### (2) ผลกระทบต่อจิตใจ

เด็กย่อมได้รับประสบการณ์ที่เลวร้ายจากการตกเป็นเหยื่อของสื่อลามกอนาจารเด็ก ประสบการณ์เหล่านั้นมักทำให้เด็กเกิดอาการซึมเศร้า เครียด กลัวและ

<sup>75</sup> โสมนัส เจือศรีสกุล, "มาตรการควบคุมต่อต้านสื่อลามกเด็ก," หน้า 36.

หวาดวิตก อีกทั้งสื่อลามกอนาจารเด็กมักจะถูกจัดอยู่ในรูปของวัตถุที่สามารถนำมาฉายซ้ำได้ เช่น รูปภาพ ภาพยนตร์ เด็กจึงตกเป็นเหยื่อของการทารุณทางเพศซ้ำ ๆ ทุกครั้งที่มีการพบเห็นสื่อลามกอนาจารเด็ก และไม่ว่าเวลาผ่านไปนานเท่าใดสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นก็ยังคงอยู่เป็นการประจานเด็กอย่างไม่มีที่สิ้นสุด<sup>76</sup> ลักษณะเฉพาะของสื่อลามกอนาจารเด็กนี้จึงยิ่งส่งผลให้เด็กได้รับผลกระทบทางด้านจิตใจอย่างแสนสาหัส ผลกระทบทางจิตใจนี้มีความร้ายแรงไม่น้อยไปกว่าผลกระทบทางร่างกายเพราะผลกระทบทางร่างกายนั้นสามารถเยียวยารักษาได้ แต่ผลกระทบต่อจิตใจนั้นอาจไม่สามารถรักษาได้ และอาจเป็นปมปัญหาที่อยู่ในภายในจิตใจเด็กตลอดไป ปมปัญหานี้ส่งผลกระทบร้ายแรงจนถึงขนาดที่เด็กตัดสินใจสังหารตัวเอง ดังเช่นกรณี เด็กสาวชาวฟลอริดาวัย 15 ปี ใช้ปืนสังหารตัวเองภายในบ้านพัก หลังถูกเพื่อนแอบถ่ายภาพเปลือยขณะอาบน้ำและนำไปเผยแพร่บนโซเชียลมีเดีย<sup>77</sup>

สำหรับกรณีสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงนั้น แม้เด็กจะไม่ได้รับผลกระทบต่อร่างกายเนื่องจากการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กโดยตรง แต่กรณีสื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกตัดแปลงโดยใช้คอมพิวเตอร์กราฟิก เช่น การตัดต่อภาพใบหน้าของเด็กเข้ากับภาพร่างกายของผู้ใหญ่ที่อยู่ในท่าทางส่อไปในทางเพศ ย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่อจิตใจของเด็กที่ถูกนำภาพมาตัดแปลงเช่นกัน เนื่องจากสื่อลามกอนาจารเด็กดังกล่าวย่อมทำให้เด็กเกิดความอับอาย อีกทั้งหากสื่อลามกอนาจารเด็กถูกเผยแพร่ออกไปก็ย่อมทำให้เด็กที่ปรากฏในสื่อเสื่อมเสียชื่อเสียงและอาจประสบกับภาวะเครียดอีกด้วย<sup>78</sup>

#### 2.1.3.1.2 ผลกระทบของสื่อลามกอนาจารเด็กต่อสังคม

เด็กและบุคคลอื่น ๆ ที่เข้าไปมีส่วนร่วมในการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กต่างเป็นสมาชิกของสังคมเช่นกัน ดังนั้นย่อมเป็นไปได้ที่สื่อลามกอนาจารเด็กจะไม่ส่งผลกระทบต่อสังคม ในทุก ๆ ขั้นตอนของกระบวนการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กต่างส่งผลกระทบในด้านลบต่อสังคม ดังนี้

ก่อนการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็ก ผู้ผลิตจำเป็นต้องหาเด็กมาแสดงในสื่อลามกอนาจารเด็ก แต่การนำเด็กมาแสดงในสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นไม่เป็นที่ยอมรับทั้งในแง่กฎหมายและศีลธรรม ผู้ผลิตจึงมักใช้วิธีการที่ผิดกฎหมายต่าง ๆ ในการนำตัวเด็กมาแสดงในสื่อลามกอนาจารเด็ก เช่น การหลอกลวง การใช้กลอุบาย การข่มขู่ การใช้กำลังทำร้าย การลักพาตัว ซึ่งการกระทำเหล่านี้เป็นการกระทำความผิดอาญาอยู่ในตัว ดังจะเห็นได้จากข่าวที่เด็กหญิงอายุ 12 ปี

<sup>76</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 37.

<sup>77</sup> โปสททูเดย์, *สุดสลดเด็กวัย15ฆ่าตัวตาย เหตุถูกเพื่อนแกล้งโพสต์ภาพเปลือยลงโซเชียล* [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 15 เมษายน 2561. แหล่งที่มา: <http://www.posttoday.com/world/news/436714>

<sup>78</sup> Alisdair A. Gillespie, *Child Pornography: Law and Policy*, p. 101.

ชาวรัสเซียถูกลักพาตัวโดยชาย 2 คนและถูกข่มขืนกระทำชำเรา นานกว่า 2 ชั่วโมง อีกทั้งเด็กหญิงยังถูกบังคับให้ถือกระดาษที่มีชื่อเว็บไซต์สื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อโฆษณาเว็บไซต์ดังกล่าว เหตุการณ์เหล่านี้ได้ถูกชายทั้งสองบันทึกไว้โดยกล้องวิดีโอเพื่อนำไปเผยแพร่<sup>79</sup>

ขั้นตอนการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็ก การผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กมิใช่เพียงแต่การนำเสนอภาพเด็กเปลือยเท่านั้นแต่ยังแสดงให้เห็นการมีเพศสัมพันธ์กับเด็ก นอกจากนี้ร่างกายของเด็กจะยังไม่พร้อมกับการมีเพศสัมพันธ์ซึ่งอาจทำให้เกิดอันตรายต่อเด็กแล้ว ผู้ผลิตยังมักใช้วิธีการที่โหดร้ายต่าง ๆ เพื่อบังคับให้เด็กมีเพศสัมพันธ์ด้วย ทั้งการทำร้ายร่างกาย การข่มขืนกระทำชำเรา การใช้ยาเสพติด หรือวิธีการอื่น ๆ ในทำนองเดียวกัน การกระทำเหล่านี้ย่อมทำให้เกิดผลกระทบต่อร่างกายของเด็กที่ตกเป็นเหยื่อตามที่ได้กล่าวมาในหัวข้อข้างต้น อีกทั้งการกระทำเหล่านี้มักจะถูกบันทึกในรูปแบบของภาพถ่าย ภาพเคลื่อนไหว หรือภาพยนตร์ อันจะถูกนำไปเผยแพร่ต่อไป สิ่งที่น่าประหลาดใจยิ่งกว่าไม่ใช่การแสดงแต่เป็นอาชญากรรมที่เกิดขึ้นจริง ๆ ในสังคม<sup>80</sup> นอกจากนี้เมื่อภาพอาชญากรรมได้ถูกบันทึกไว้แล้ว ผู้ผลิตสามารถใช้สื่อลามกอนาจารเด็กในการบังคับให้เด็กกระทำการอื่น ๆ ให้แก่ตนได้ เช่น บังคับไม่ให้นำเรื่องที่ตนตกเป็นเหยื่อไปบอกใครเพื่อไม่ให้ผู้ผลิตต้องรับผิดชอบ บังคับให้เด็กยอมแสดงในสื่อลามกอนาจารเด็กอีก บังคับให้เด็กหาทรัพย์สินมาให้แก่ตน บังคับให้เด็กหลอกลวงเพื่อนของตนเข้ามาเป็นเหยื่อของสื่อลามกอนาจารเด็ก ก่อให้เกิดวงจรของการก่ออาชญากรรม การล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก และการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กต่อไปอย่างไม่จบสิ้น<sup>81</sup>

สำหรับสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริง แม้จะไม่ได้มีการล่วงละเมิดทางเพศหรือทำร้ายร่างกายเด็กโดยตรง แต่สื่อลามกอนาจารเด็กดังกล่าวสามารถนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการชักจูงให้เด็กตกเป็นเหยื่อในการถูกล่วงละเมิดทางเพศได้ ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่บุคคลเจตนาแสดงสื่อดังกล่าวให้เด็กเห็นหรือกรณีที่เด็กพบเห็นสื่อดังกล่าวด้วยตนเอง สื่อในลักษณะนี้จะทำให้เด็กเชื่อว่าการประกอบกิจกรรมทางเพศเป็นเรื่องปกติและเป็นสิ่งที่เพลิดเพลินและอาจทำให้เด็กตกเป็นเหยื่อของการล่วงละเมิดทางเพศในที่สุด<sup>82</sup>

<sup>79</sup> Will Stewart, *Russian City Gripped by Fear after 12-Year-Old Girl Was Snatched by Paedophiles and Repeatedly Raped on a Live Webcast as Police Flood the Streets* [Online], Accessed: 10 March 2018. Available from: <http://www.dailymail.co.uk/news/article-5069139/Russian-girl-12-raped-paedophile-porn-website.html>

<sup>80</sup> โสมนัส เจือศรีสกุล, "มาตรการควบคุมต่อต้านสื่อลามกเด็ก," หน้า 40 – 41.

<sup>81</sup> Wade T. Anderson, "Criminalizing "Virtual" Child Pornography under the Child Pornography Prevention Act: Is It Really What It "Appears to Be?," *University of Richmond Law Review* 35, 2 (2001): 393 – 421.

<sup>82</sup> Alisdair A. Gillespie, "Child Pornography," *Information & Communications Technology Law* 27, 1 (2018): 30 – 54.

เมื่อมีการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กออกไปสู่สังคม ไม่ว่าจะเป็ นสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงหรือสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริง สื่อเหล่านี้มีส่วนในช่วยกระตุ้นความต้องการทางเพศของผู้ที่นิยมในสื่อลามกอนาจารเด็ก หากเขาไม่สามารถจัดการกับความต้องการทางเพศนี้ได้ความต้องการดังกล่าวอาจผลักดันให้เขาก่ออาชญากรรมอื่นโดยเฉพาะกับเด็ก<sup>83</sup> งานวิจัยหลายชิ้นสื่อให้เห็นถึงความเชื่อมโยงระหว่างสื่อลามกอนาจารเด็กและการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก เช่น งานวิจัยของ Andres E. Hernandez และ Michael L. Bourke นักจิตวิทยาชาวสหรัฐอเมริกาที่ได้ทำการศึกษานักโทษชายจำนวน 155 คนซึ่งถูกลงโทษฐานเผยแพร่หรือครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก และสมัครใจที่จะเข้ารับการบำบัดที่ทัณฑสถานบำบัดนักโทษกลาง (Federal Correctional Institution) ในขั้นตอนการบำบัด นักบำบัดจะให้นักโทษระบุประวัติการกระทำทางเพศของตน รวมทั้ง “รายชื่อเหยื่อ (Victim list)” ของการกระทำความผิดที่ตนเคยกระทำ ทั้งนี้ นักบำบัดขอความร่วมมือให้นักโทษทุกคนตอบด้วยความซื่อสัตย์เพื่อประโยชน์ในการบำบัดและแจ้งว่าจะปิดข้อมูลนั้นเป็นความลับ ผลปรากฏว่านักโทษมากกว่า 85 เปอร์เซ็นต์ยอมรับว่าตนเคยล่วงละเมิดทางเพศเด็กอย่างน้อยหนึ่งคน<sup>84</sup>

แม้จากการศึกษาจะยังไม่มียานวิจัยขึ้นใดในประเทศไทยที่แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างสื่อลามกอนาจารเด็กกับการกระทำความผิดต่อเด็ก แต่มีงานวิจัยหลายเรื่องที่แสดงให้เห็นว่าสื่อลามกอนาจารมีความสัมพันธ์กับการกระทำความผิดอาญา โดยวิทยานิพนธ์เรื่อง “สื่อลามกกับความกระทำความผิดทางเพศ” ซึ่งทำการศึกษาผู้ต้องขังคดีความผิดทางเพศในเรือนจำบางขวางและเรือนจำพิเศษกรุงเทพมหานครพบว่า ผู้ต้องขังยอมรับว่าเมื่อเห็นสื่อลามกอนาจารแล้วจะมีอารมณ์ทางเพศทุกครั้ง โดยได้เรียนรู้พฤติกรรมทางเพศจากสื่อลามกอนาจารและมักนำสิ่งที่เห็นจากสื่อลามกอนาจารไปใช้ในการร่วมเพศ นอกจากนี้ผู้ต้องขังบางส่วนยอมรับว่าเมื่อเห็นสื่อลามกอนาจารแล้วจะไปหาเหยื่อเพื่อระบายความต้องการทางเพศอีกด้วย<sup>85</sup> ในทำนองเดียวกับวิทยานิพนธ์เรื่อง “อิทธิพลของสื่อลามกที่มีผลต่อการกระทำความผิดทางเพศของเด็กและเยาวชนศึกษาเฉพาะกรณี : ศูนย์ฝึกและอบรมเด็กและเยาวชนในเขตกรุงเทพมหานครและปริมณฑล” ที่ผลสำรวจชี้ให้เห็นว่ากลุ่มตัวอย่างซึ่งเป็นเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดทางเพศจำนวน 220 คน ทุกคนล้วนเคยรับชมสื่อลามกอนาจารทั้งสิ้น ซึ่งการรับชมสื่อลามกอนาจารนี้นำไปสู่การเลียนแบบพฤติกรรม

<sup>83</sup> โสมนัส เจือศรีสกุล, "มาตรการควบคุมต่อต้านสื่อลามกเด็ก," หน้า 41.

<sup>84</sup> Julian Sher and Benedict Carey, *Debate on Child Pornography's Link to Molesting* [Online], Accessed: 10 March 2018. Available from: <https://www.nytimes.com/2007/07/19/us/19sex.html>

<sup>85</sup> ธนะชัย ผดุงจิตติ, "สื่อลามกกับผู้กระทำความผิดทางเพศ," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), หน้า 103 – 104.

ทางเพศและกระตุ้นให้เกิดการกระทำความผิดทางเพศ<sup>86</sup> จึงอาจกล่าวได้ว่าสื่อลามกอนาจารเด็กย่อมมีอิทธิพลต่อการกระทำความผิดทางเพศอันเป็นอาชญากรรมประเภทหนึ่งซึ่งผลกระทบต่อศีลธรรมและความสงบสุขของคนในสังคม

### 2.1.3.2 การคุ้มครองศีลธรรม

“ศีล” คือ ข้อบัญญัติของศาสนา ส่วน “ธรรม” คือ ความจริงที่มีอยู่ตามธรรมชาติ หากมนุษย์ดำเนินชีวิตไม่ถูกต้องตามความเป็นจริงก็จะเกิดผลเสียกับตัวเอง แต่หากมนุษย์รู้ธรรมคือรู้ความเป็นจริงที่มีอยู่ตามธรรมชาติ มนุษย์ก็จะได้รับประโยชน์จากธรรมชาติและสามารถดำเนินชีวิตได้อย่างถูกต้อง<sup>87</sup> ศีลธรรม (Moral) จึงหมายถึง ข้อปฏิบัติทางศาสนาอันเกี่ยวกับกาย วาจา ใจ และการประพฤติสิ่งที่ดีที่ชอบ<sup>88</sup> กฎหมายนั้นเกี่ยวข้องเป็นเนื้อเดียวกับศีลธรรมมาตั้งแต่สมัยอดีตกาล กล่าวคือ การบัญญัติกฎหมายต้องมาจากธรรม ต้องชอบธรรม และต้องเป็นไปเพื่อธรรม<sup>89</sup>

การกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กมีฐานมาจากธรรมเช่นกัน ดังจะเห็นได้จากศีลธรรมและหลักในทางพระพุทธศาสนา เบญจศีลกำหนดข้อห้ามที่ไม่พึงปฏิบัติซึ่งรวมถึง “การละเว้นจากการประพฤติผิดในกาม” นอกจากนี้เบญจธรรมซึ่งเป็นข้อพึงปฏิบัติตามในคำสอนของพระพุทธศาสนายังได้กำหนดให้ควรมี “ความสำรวมในกาม” เพื่อหนุนนำเบญจศีล<sup>90</sup> การละเว้นจากการประพฤติผิดในกามนี้มีได้หมายถึงเฉพาะการสมสู่กับชายหรือหญิงที่มีคู่สมรสแล้วเท่านั้น แต่ยังรวมถึงชายหรือหญิงที่อยู่ในการปกครองของพ่อ แม่ พี่ ป้า น้า อา หรือมีผู้อุปการะด้วย หากต้องการสมรสกันก็ต้องขออนุญาตจากผู้ใหญ่ตามประเพณี มิใช่ฉุดคร่าโดยที่อีกฝ่ายไม่ยินยอม<sup>91</sup> ชายหรือหญิงที่มีญาติปกครองนี้ย่อมเป็นชายหรือหญิงที่ยังไม่รู้เดียงสาและยังมีความอ่อนแอทั้งทางร่างกายและจิตใจ กล่าวอีกนัยคือยังเป็น “เด็ก” อยู่ วัตถุประสงค์ประการหนึ่งของเบญจศีลข้อนี้จึงเป็นไปเพื่อคุ้มครองมิให้มีการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กอันเป็นวัตถุประสงค์อย่างเดียวกับการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กมีฐานมาจากธรรมที่ว่า การสำรวมและไม่ประพฤติผิดในกามเป็นสิ่งที่ดีและควรปฏิบัตินั่นเอง

<sup>86</sup> ยูพาพร ปิยะพงษ์, "อิทธิพลของสื่อลามกที่มีผลต่อการกระทำความผิดทางเพศของเด็กและเยาวชนศึกษาเฉพาะกรณี : ศูนย์ฝึกและอบรมเด็กและเยาวชนในเขตกรุงเทพมหานครและปริมณฑล," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารจิต สาขาวิชาอาชญาวิทยาและงานยุติธรรม คณะสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหิดล, 2554), หน้า 145.

<sup>87</sup> พระพรหมคุณาภรณ์, *นิติศาสตร์แนวพุทธ*, พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพฯ: ญาณุชน, 2555), หน้า 23 – 29.  
พระพรหมคุณาภรณ์, *นิติศาสตร์แนวพุทธ*, พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพฯ: ญาณุชน, 2555), หน้า 23 - 29.

<sup>88</sup> ประสิทธิ์ โสวิไลกุล, *ปริมนชลแห่งกฎหมาย* (กรุงเทพฯ: ญาณุชน, 2554), หน้า 102.

<sup>89</sup> พระพรหมคุณาภรณ์, *นิติศาสตร์แนวพุทธ*, หน้า 23 – 29.

<sup>90</sup> พระศาสนโสภณ, *รู้ไว้ไกลบาป* (นนทบุรี: กรีน ปัญญาญาณ, 2555), หน้า 89.

<sup>91</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 29.

การคุ้มครองศีลธรรมมีความสำคัญอย่างยิ่งเนื่องมาจากมูลเหตุที่ทำให้เกิดศีลธรรมก็คือความเดือดร้อนของสังคมอันเกิดการที่มนุษย์ดำเนินชีวิตอย่างไม่เคารพและเบียดเบียนซึ่งกันและกัน เมื่อความเดือดร้อนของสังคมเกิดขึ้นจึงจำเป็นที่จะต้องมศีลธรรมเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว<sup>92</sup> กฎหมายจึงต้องสอดคล้องกับศีลธรรมและมีวัตถุประสงค์เพื่อสนับสนุนธรรม หากกฎหมายไม่สอดคล้องกับศีลธรรมก็อาจกลายเป็นเครื่องมือสนองความต้องการของมนุษย์ที่ใช้เพื่อแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตัว ความผาสุกและสงบเรียบร้อยของสังคมจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้<sup>93</sup> การกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กก่อให้เกิดความเสียหายต่อทั้งตัวเด็กที่ตกเป็นเหยื่อและสังคม เด็กที่ตกเป็นเหยื่อย่อมถูกล่วงละเมิดทางเพศอันส่งผลกระทบต่อร่างกายและจิตใจอย่างรุนแรง นอกจากนี้เมื่อสื่อลามกอนาจารเด็กดังกล่าวได้เผยแพร่ออกสู่สังคม ประชาชนในสังคมที่ได้รับรู้ถึงความรุนแรงในสื่อดังกล่าวก็อาจเลียนแบบและก่ออาชญากรรมในลักษณะเดียวกันขึ้นอีก อีกทั้งหากรัฐไม่ทำการแก้ไขปัญหาลามกอนาจารเด็ก ปัญหาดังกล่าวก็จะยิ่งทวีความรุนแรงจนในที่สุดก็อาจกลายเป็นสิ่งประชาชนในสังคมเพิกเฉยที่จะแก้ไขเนื่องจากมองว่าเป็นสิ่งปกติที่พบเห็นได้ทั่วไปในชีวิตประจำวันและไม่ใช่ว่าสิ่งผิด<sup>94</sup> ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นสิ่งที่ขัดกับศีลธรรมอย่างร้ายแรง รัฐจึงจำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กขึ้นมาโดยกำหนดให้การกระทำใด ๆ เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก เช่น การครอบครอง การเผยแพร่ การผลิต เป็นความผิดอาญา เพื่อคุ้มครองศีลธรรมและความสงบเรียบร้อยของสังคมนั่นเอง

#### 2.1.4 แนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความผิดอาญา

การกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กและขอบเขตของความรับผิดชอบในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กจำเป็นต้องนำแนวความคิดและทฤษฎีทางกฎหมายต่าง ๆ มาใช้พิจารณาเพื่อให้สามารถกำหนดแนวทางได้อย่างเหมาะสม ส่วนนี้จะอธิบายถึงทฤษฎีทางอาชญาวิทยาต่าง ๆ ได้แก่ ทฤษฎีการเรียนรู้ทางสังคม แนวความคิดในการกำหนดความผิดอาญา แนวความคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงออก หลักความได้สัดส่วน แนวความคิดในการกำหนดเหตุฉกรรจ์ในความผิดอาญา และความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญานั้นจะสามารถนำไปใช้วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศได้ในบทต่อ ๆ ไป

<sup>92</sup> พุทธทาสภิกขุ, ศาสนากับสังคม (กรุงเทพฯ: สุขภาพใจ, 2549), หน้า 146 – 152.

<sup>93</sup> ประสิทธิ์ โฉมวิไลกุล, ปริมนชลแห่งกฎหมาย, หน้า 117.

<sup>94</sup> มุลนิธิเพื่อยุติการแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็ก, รู้เท่าทันการแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็ก, หน้า 4.



### 2.1.4.1 ทฤษฎีการเรียนรู้ทางสังคม (Social Learning Theory)

อาชญาวิทยา (Criminology) คือ วิชาที่ศึกษาสาเหตุของอาชญากรรม ลักษณะของการกระทำความผิด การป้องกันอาชญากรรม รวมทั้งวิธีการแก้ไขและมาตรการในการควบคุมอาชญากรรม เพื่อนำไปใช้เป็นหลักในการบัญญัติกฎหมายที่กำหนดพฤติกรรมอันเป็นความผิดอาญาและแก้ไขปัญหาอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในสังคม<sup>95</sup> โดย “ทฤษฎีการเรียนรู้ทางสังคม (Social Learning Theory)” เป็นทฤษฎีทางอาชญาวิทยาที่สามารถนำมาอธิบายสาเหตุของการเกิดการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กได้

เอ็ดวิน ซัทเธอร์แลนด์ (Edwin Sutherland) ได้เสนอ “ทฤษฎีการคบหาสมาคมที่แตกต่าง (Differential Association Theory)” หลักการพื้นฐานของทฤษฎีนี้ คือ พฤติกรรมอาชญากรรมเกิดจากการเรียนรู้โดยการคบหาสมาคมกับคนหรือกลุ่มคนที่เป็นอาชญากรแล้วเรียนรู้ที่จะประกอบอาชญากรรมจากบุคคลเหล่านั้น การเรียนรู้นี้อาจเกิดจากการอบรม การพบเห็น การรับรู้จากคำบอกเล่าต่อ ๆ กันมา หรือจากการเลียนแบบก็ได้ แต่การเรียนรู้จะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีการติดต่อกันอย่างใกล้ชิดภายในกลุ่ม การติดต่อกันอย่างผิวเผินไม่ก่อให้เกิดการเรียนรู้พฤติกรรมอาชญากรรม<sup>96</sup> ทฤษฎีของซัทเธอร์แลนด์มีอิทธิพลต่อวงการอาชญาวิทยาเป็นอย่างมาก มีนักอาชญาวิทยาหลายท่านนำทฤษฎีการคบหาสมาคมที่แตกต่างของซัทเธอร์แลนด์มาพัฒนาปรับปรุงโดยยังคงยึดถือหลักการสำคัญที่ว่า “พฤติกรรมอาชญากรรมเกิดจากการเรียนรู้”

โรนัลด์ เอเคอร์ (Ronald Akers) เป็นนักอาชญาวิทยาอีกท่านที่ได้นำทฤษฎีการคบหาสมาคมที่แตกต่างมาพัฒนาต่อโดยยังคงยึดถือหลักการสำคัญของทฤษฎีดังกล่าวเอาไว้และขยายความออกไปเพื่อให้เหมาะสมกับสภาพสังคมมากขึ้น เอเคอร์ได้เสนอ “ทฤษฎีการเรียนรู้ทางสังคม (Social Learning Theory)” ซึ่งมีหลักการสำคัญ คือ พฤติกรรมเบี่ยงเบนเป็นผลมาจากกระบวนการเรียนรู้โดยผ่านทางกรรมปฏิสัมพันธ์ที่ต่อเนื่องกับบุคคลอื่นหรือสภาพแวดล้อม<sup>97</sup> ซึ่งมีหลักการที่สำคัญอยู่ 4 ประการ ดังนี้

#### 2.1.4.1.1 การคบหาสมาคมที่แตกต่าง (Differential Association)

การคบหาสมาคมที่แตกต่าง คือ กระบวนการที่บุคคลเข้าไปคบหาสมาคมกับบุคคลอื่นโดยมีการเรียนรู้เกี่ยวกับการกำหนดมุมมองอันเป็นกระบวนการแลกเปลี่ยนความเชื่อและทัศนคติของพฤติกรรมที่จะแสดงออกว่าพฤติกรรมนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ชอบด้วย

<sup>95</sup> อัจฉริยา ชูตินันท์, *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2557), หน้า 20 – 23.

<sup>96</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 93 – 95.

<sup>97</sup> Sandy Jung, Liam Ennis, and L. Alvin Malesky Jr., "Child Pornography Offending Seen through Three Theoretical Lense," *Deviant Behavior* 33, 8 (2018): 655 – 673.

กฎหมาย การเรียนรู้อาจเรียนรู้จากบุคคลที่ใกล้ชิด เช่น สมาชิกในครอบครัว เพื่อน นอกจากนี้ยังขยายความไปจากทฤษฎีเดิมของซัทเธอร์แลนด์โดยอาจเรียนรู้จากแหล่งที่ห่างไกลออกไป เช่น เพื่อนบ้าน คนในชุมชน บุคคลที่ปรากฏในสื่อต่าง ๆ<sup>98</sup> ทั้งนี้ ยิ่งการคบหาสมาคมมีระยะเวลานาน มีความถี่บ่อย และบุคคลที่คบหาสมาคมมีความสำคัญและใกล้ชิดเพียงใด ยิ่งส่งผลต่อพฤติกรรมมากเท่านั้น

#### 2.1.4.1.2 การกำหนดมุมมอง (Definition)

การกำหนดมุมมอง คือ ทศนคติของบุคคลที่มีต่อพฤติกรรมใด พฤติกรรมหนึ่งว่าพฤติกรรมนั้นเป็นสิ่งที่ถูกหรือผิด เช่น บุคคลหนึ่งอาจมองว่าการผลิตและเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงสามารถกระทำได้เพราะเป็นการกระทำที่อยู่ภายใต้ขอบเขตของสิทธิเสรีภาพ ในขณะที่บางคนอาจมองว่าการผลิตและเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงเป็นสิ่งที่ไม่สมควรกระทำเพราะอาจส่งผลให้เกิดการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก หากบุคคลไม่ยอมรับพฤติกรรมใด บุคคลก็มักจะไม่ว่างเกี่ยวกับพฤติกรรมนั้น ในทางกลับกันหากบุคคลมีทัศนคติในแง่บวกกับพฤติกรรมอาชญากรรม บุคคลนั้นก็จะมีแนวโน้มที่จะกระทำผิดกฎหมายและยอมมหาเหตุผลมาสนับสนุนพฤติกรรมของตน<sup>99</sup>

#### 2.1.4.1.3 การส่งเสริมสนับสนุนที่แตกต่าง (Differential Reinforcement)

การส่งเสริมสนับสนุนที่แตกต่าง คือ การเรียนรู้ถึงผลที่เกิดขึ้นจากพฤติกรรมใด ๆ ว่าผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้นจะเป็นผลดีหรือผลเสีย โดยแต่ละบุคคลจะมีความคาดหวังถึงผลในพฤติกรรมนั้นแตกต่างกันไป หากบุคคลเห็นว่าผลดีที่ได้จากพฤติกรรมนั้นมีมาก เช่น ได้เงินจากการกระทำนั้น ได้รับการยอมรับจากการกระทำนั้น บุคคลก็จะมีพฤติกรรมนั้นซ้ำ ๆ ต่อไปจนกว่าจะเรียนรู้ว่าพฤติกรรมนั้นมีผลเสีย<sup>100</sup>

#### 2.1.4.1.4 การเลียนแบบ (Imitation)

การเลียนแบบ คือ การกระทำตามภายหลังจากได้สังเกตพฤติกรรมของบุคคลอื่นแล้ว ซึ่งเป็นการขยายความเพิ่มเติมจากทฤษฎีของซัทเธอร์แลนด์ การเลียนแบบนี้อาจเกิดจากการสังเกตบุคคลที่อยู่ใกล้ชิดหรือจากสื่อต่าง ๆ ที่ไม่ได้เข้าไปสัมผัสโดยตรง

<sup>98</sup> เสกสัน เครือคำ, อาชญากรรม อาชญาวิทยา และงานยุติธรรมทางอาญา (นครปฐม: เพชรเกษมการพิมพ์, 2558), หน้า 107 – 109.

<sup>99</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>100</sup> เรื่องเดียวกัน.

ทั้งนี้ ลักษณะพฤติกรรมของแบบตัวอย่างและผลที่เกิดขึ้นจากพฤติกรรมของแบบตัวอย่างจะมีผลต่อการเลียนแบบว่าการเลียนแบบนั้นจะเกิดขึ้นหรือไม่ มากน้อยเพียงใด<sup>101</sup>

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าทฤษฎีการเรียนรู้ทางสังคมได้ต่อยอดแนวความคิดจากทฤษฎีการคบหาสมาคมที่แตกต่าง โดยมีได้จำกัดว่าการเรียนรู้พฤติกรรมอาชญากรรมจะต้องเกิดจากการเรียนรู้โดยตรงผ่านบุคคลใกล้ชิดเท่านั้น แต่บุคคลอาจเรียนรู้พฤติกรรมอาชญากรรมได้ผ่านผู้อื่นโดยไม่ต้องอาศัยความใกล้ชิด รวมทั้งการเรียนรู้ผ่านจากสื่อต่าง ๆ ด้วย ทฤษฎีการเรียนรู้ทางสังคมนี้เป็นทฤษฎีทางอาชญาวิทยาที่มีการศึกษาวิจัยอย่างแพร่หลายและได้รับความนิยมมากที่สุดในการนำมาอธิบายสาเหตุของการกระทำความผิดทางเพศ กล่าวคือมนุษย์ไม่ได้เกิดมาพร้อมกับพฤติกรรมที่รุนแรงดังเช่นอาชญากรรม แต่มนุษย์นั้นเรียนรู้ที่จะกระทำความผิดดังกล่าว<sup>102</sup> ทฤษฎีดังกล่าวสามารถนำมาใช้อธิบายสาเหตุของการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กได้เช่นกัน เมื่อบุคคลได้เข้าถึงสื่อลามกอนาจารเด็ก บุคคลจะซึมซับพฤติกรรมที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารและทำให้เกิดมุมมองในแง่บวกต่อสื่อดังกล่าว อีกทั้งในปัจจุบันที่ระบบเทคโนโลยีสารสนเทศสามารถเข้าถึงได้ง่าย กลุ่มผู้ที่นิยมสื่อลามกอนาจารเด็กสามารถมีปฏิสัมพันธ์กันในรูปแบบของสังคมออนไลน์และมีการเรียนรู้พฤติกรรมการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กซึ่งกันและกัน<sup>103</sup> ในเริ่มแรกบุคคลนั้นอาจเริ่มจากการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กหรือการแลกเปลี่ยนสื่อลามกอนาจารเด็กภายในวงจำกัดเพื่อตอบสนองความต้องการทางเพศของตนเอง แต่เมื่อเห็นว่าผลประโยชน์ที่ได้รับจากสื่อลามกอนาจารเด็ก เช่น เงินที่ได้รับจากการเผยแพร่หรือผลิตสื่อลามกอนาจารเด็ก มีมากกว่าโทษ บุคคลเหล่านั้นก็อาจจะเริ่มพฤติกรรมในการเผยแพร่และผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อความประสงค์แห่งการค้า<sup>104</sup>

นอกจากนี้สื่อลามกอนาจารเด็กจำนวนมากก็สื่อให้เห็นถึงความสุขที่ได้รับจากการประกอบกิจกรรมทางเพศกับเด็ก การเสพสื่อลามกอนาจารเด็กผ่านทางสื่อต่าง ๆ ย่อมส่งผลให้บุคคลเกิดการเรียนรู้พฤติกรรมการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กโดยมีมุมมองว่าการกระทำดังกล่าวไม่ใช่สิ่งผิด หากบุคคลใดไม่สามารถควบคุมความต้องการทางเพศได้ก็อาจส่งผลให้เขาก่ออาชญากรรม

<sup>101</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>102</sup> Stephen T. Holmes, *Sex Crimes : Patterns and Behavior* (Los Angeles: Sage Publications, 2009), p. 36 – 37.

<sup>103</sup> Sandy Jung, Liam Ennis, and L. Alvin Malesky Jr., "Child Pornography Offending Seen through Three Theoretical Lense," *Deviant Behavior*: 655 – 673.

<sup>104</sup> Anthony Springrt Jr., "The Pedagogy of Pornography: What Popular Pornography on the Internet Teaches Us About Aggression and Consent," *UNLV Theses, Dissertations, Professional Papers, and Capstones* 12 (2011): 1308.

ทางเพศอื่น ๆ เช่น การกระทำชำเราเด็ก การกระทำอนาจารเด็ก การค้ามนุษย์ ดังจะเห็นได้จากงานวิจัยหลายชิ้นที่แสดงให้เห็นว่าสื่อลามกอนาจารนั้นมีความเชื่อมโยงกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเด็ก ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 2.1.3.1 อีกทั้งในหลายต่อหลายครั้งผู้ประกอบการทางเพศต่อเด็กยังได้บันทึกภาพเหตุการณ์อาชญากรรมนั้นไว้และนำไปเผยแพร่ เนื่องจากพวกเขาเรียนรู้จากการเสพสื่อลามกอนาจารเด็กแล้วว่าการผลิตและเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กนั้นสามารถก่อประโยชน์ด้านอื่น ๆ ให้กับพวกเขา เช่น การได้รับคำตอบแทนจากการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก การได้รับการยอมรับจากสังคมของผู้นิยมเสพสื่อลามกอนาจารเด็ก<sup>105</sup>

เมื่อมีการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กออกไปสู่สังคม ประชาชนในสังคมก็จะได้เรียนรู้พฤติกรรมการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กและอาจส่งผลให้ประชาชนในสังคมมีมุมมองว่าพฤติกรรมดังกล่าวเป็นสิ่งที่ยอมรับได้ ทั้งนี้ งานวิจัยเรื่อง “The Effects of Exposure to Virtual Child Pornography on Viewer Cognitions and Attitudes Toward Deviant Sexual Behavior” ซึ่งได้ศึกษาถึงผลกระทบของสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงได้สนับสนุนคำกล่าวข้างต้นโดยชี้ให้เห็นว่าการชมสื่อลามกอนาจารซึ่งบุคคลที่ปรากฏในสื่อมีลักษณะคล้ายเด็กนั้นมีผลต่อกระบวนการเรียนรู้เกี่ยวกับเพศ แม้จะไม่ปรากฏหลักฐานที่แน่ชัดว่าการรับชมสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงนี้จะส่งผลให้ผู้รับชมมีทัศนคติว่าการประกอบกิจกรรมทางเพศกับเด็กเป็นสิ่งที่ยอมรับได้ แต่งานวิจัยดังกล่าวก็แสดงให้เห็นว่ากลุ่มตัวอย่างที่ได้ชมสื่อลามกอนาจารเด็กที่มีลักษณะดังกล่าวมีแนวโน้มที่จะเข้าไปเกี่ยวข้องกับการมีเพศสัมพันธ์และกิจกรรมทางเพศมากกว่ากลุ่มที่รับชมสื่อลามกอนาจารที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อเป็นผู้ใหญ่อันเป็นไปตามทฤษฎีการเรียนรู้ทางสังคม<sup>106</sup> ดังนั้น หากประชาชนเสพสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นเวลายาวนานและต่อเนื่องก็อาจมีความเป็นไปได้ว่าจะเกิดทัศนคติในแง่บวกกับสื่อลามกอนาจารเด็ก การที่ประชาชนในสังคมมีมุมมองในแง่บวกต่อสื่อลามกอนาจารเด็กย่อมส่งผลให้ศีลธรรมถูกทำลายและไม่สามารถแก้ไขปัญหามือถือสื่อลามกอนาจารเด็กได้

#### 2.1.4.2 แนวความคิดในการกำหนดความผิดอาญา

ภารกิจที่สำคัญประการหนึ่งของกฎหมายอาญาก็คือการคุ้มครองสังคมโดยอยู่ในฐานะเครื่องมือในการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง<sup>107</sup> การกำหนดให้พฤติกรรมใดเป็น

<sup>105</sup> Sandy Jung, Liam Ennis, and L. Alvin Malesky Jr., "Child Pornography Offending Seen through Three Theoretical Lense," *Deviant Behavior*: 655 – 673.

<sup>106</sup> Bryant Paul, "The Effects of Exposure to Virtual Child Pornography on Viewer Cognitions and Attitudes toward Deviant Sexual Behavior," *Communication Research* 35, 1 (2008): 3 – 38.

<sup>107</sup> คณิต ฒ นคร, *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2556), หน้า 63.

ความผิดอาญาจึงเป็นผลมาจากการที่สาธารณชนตัดสินตามค่านิยมของสังคมว่าพฤติกรรมใดเป็นพฤติกรรมที่ถูก พฤติกรรมใดเป็นพฤติกรรมที่ผิด หากบุคคลใดกระทำการฝ่าฝืนค่านิยมของสังคม การกระทำของบุคคลนั้นย่อมเป็นความผิดและต้องถูกลงโทษ<sup>108</sup> อย่างไรก็ตาม การกำหนดความผิดอาญาเป็นสิ่งที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล การใช้กฎหมายอาญาเพื่อเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของสังคมจึงต้องใช้เท่าที่จำเป็นเท่านั้น<sup>109</sup> ดังนั้น การกำหนดความผิดอาญาจึงต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Principle of Legality) ที่วางหลักว่า “ไม่มี ความผิด และไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย” กล่าวคือ การลงโทษจะทำได้ต่อเมื่อมีกฎหมายกำหนดให้ เป็นความผิดและโทษที่จะลงจะต้องเป็นโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมาย โดยกฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ ชัดเจนแน่นอน<sup>110</sup> อันเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญาที่มีขึ้นเพื่อจำกัดการใช้อำนาจรัฐไม่ให้กระทบ ต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากเกินไป<sup>111</sup>

ศาสตราจารย์ เฮอร์เบิร์ต แอล แพ็กเกอร์ (Herber L. Packer) ได้นำเสนอ แนวความคิดในการกำหนดความผิดอาญา โดยการกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญานั้น จำเป็นที่จะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ 6 ประการ<sup>112</sup> ดังนี้

- (1) ประชาชนส่วนใหญ่เห็นอย่างชัดเจนว่าการกระทำดังกล่าวเป็นภัยคุกคามต่อสังคมและไม่สามารถให้อภัยต่อการกระทำดังกล่าวได้
- (2) การลงโทษทางอาญาแก่การกระทำนั้นไม่ขัดกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ
- (3) การปราบปรามการกระทำดังกล่าวไม่ขัดขวางการกระทำที่สังคมเห็นว่าเป็นสิ่งสมควร
- (4) การกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาสามารถบังคับใช้ได้อย่างยุติธรรมและไม่เลือกปฏิบัติ
- (5) การควบคุมการกระทำดังกล่าวโดยใช้กระบวนการยุติธรรมจะไม่ส่งผลให้เกิดการใช้กระบวนนั้นเกินสมรรถภาพ ไม่ว่าจะเป็นในด้านคุณภาพหรือปริมาณ
- (6) ไม่มีวิธีการอื่น ๆ ที่เหมาะสม นอกจากการลงโทษทางอาญาต่อการกระทำดังกล่าว

<sup>108</sup> อัจฉริยา ชูตินันท์, *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา*, หน้า 20 – 23.

<sup>109</sup> คณิศ ฌ นคร, *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*, หน้า 64.

<sup>110</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง*, พิมพ์ครั้งที่ 39 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561), หน้า 44.

<sup>111</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 85 – 86.

<sup>112</sup> Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction*, (Stanford, California: Stanford University Press, 1968), p. 296.

เมื่อนำแนวความคิดในการกำหนดกำหนดความผิดอาญาข้างตนมาใช้พิจารณาว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กสมควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญาหรือไม่ สามารถพิจารณาได้ดังนี้

ประการที่หนึ่ง การกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ไม่ว่าจะเป็นการผลิต การครอบครอง หรือการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก ต่างส่งผลกระทบต่อเด็กซึ่งเป็นกลุ่มบุคคลที่อ่อนแอในสังคมทั้งทางด้านร่างกายและด้านจิตใจ อีกทั้งยังเป็นการทำลายศีลธรรมอันดีของประชาชนสังคมและอาจก่อให้เกิดปัญหาอาชญากรรมอื่น ๆ ตามมา จึงเห็นได้อย่างชัดเจนว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นการกระทำที่ประชาชนส่วนใหญ่เห็นว่าเป็นภัยคุกคามต่อสังคมและไม่สามารถให้อภัยต่อการกระทำดังกล่าวได้

ประการที่สอง การกำหนดความผิดอาญาสำหรับสื่อลามกอนาจารเด็กทำให้ประชาชนทั่วไปมีทัศนคติในแง่ลบต่อการกระทำดังกล่าวและหลีกเลี่ยงที่จะกระทำความผิดนั้น นอกจากนี้ยังทำให้ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเกรงกลัวที่จะกระทำความผิดซ้ำ เพราะไม่ประสงค์ที่จะได้รับผลร้ายจากการกระทำดังกล่าว ดังนั้น การกำหนดให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดอาญาจึงสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อยับยั้งการกระทำความผิด (Deterrence)

ประการที่สาม การกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ทั้งการผลิต การครอบครอง และการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กต่างเป็นการกระทำที่สังคมเห็นว่าไม่ถูกต้อง เพราะการกระทำดังกล่าวทำให้เด็กถูกมองเป็นวัตถุทางเพศอันส่งผลกระทบต่อศีลธรรมอันดีของสังคม การปราบปรามการกระทำดังกล่าวจึงไม่ขัดขวางการกระทำที่สังคมเห็นว่าเป็นสิ่งสมควร

ประการที่สี่ การกำหนดให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดอาญาส่งผลให้เด็กที่ตกเป็นเหยื่อของสื่อลามกอนาจารได้รับความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกัน อีกทั้งยังเป็นการเสริมสร้างบรรทัดฐานอันดีให้กับประชาชนในสังคมอย่างถาวร การกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาจึงบังคับใช้ได้อย่างยุติธรรมและไม่เลือกปฏิบัติ

ประการที่ห้า เมื่อการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นการกระทำที่ทุกคนในสังคมเห็นว่าไม่ถูกต้อง การกระทำดังกล่าวจึงจำเป็นต้องถูกบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาเพื่อให้บรรลุภารกิจประการสำคัญของกฎหมายอาญาที่เป็นไปเพื่อคุ้มครองสังคมให้มีความสงบเรียบร้อย การควบคุมการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารโดยใช้กระบวนการยุติธรรมจึงไม่เป็นการใช้กระบวนการนั้นเกินสมรรถภาพ ไม่ว่าจะเป็นในด้านคุณภาพหรือปริมาณ

ประการที่หก เนื่องจากในอดีตประเทศไทยมิได้กำหนดให้การกระทำใด ๆ เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดอาญาไว้เป็นการเฉพาะ ปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กจึงทวี

ความรุนแรงขึ้นเมื่อเกิดการพัฒนาของเทคโนโลยีสารสนเทศที่ทำให้การเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กสามารถทำได้อย่างสะดวกและรวดเร็ว แม้จะมีการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารทั่วไปไว้ แต่ก็ยังคงไม่สามารถแก้ไขปัญหาลามกอนาจารเด็กได้ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องกำหนดให้การกระทำใด ๆ เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดอาญาเพราะไม่มีวิธีการอื่น ๆ ที่เหมาะสมในการแก้ไขปัญหาลามกอนาจารเด็ก

จากการพิจารณาแนวความคิดในการกำหนดความผิดอาญาข้างต้น ประกอบกับลักษณะของการกระทำผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กจะเห็นได้อย่างชัดเจนว่าการกำหนดให้การกระทำผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดอาญาสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ทั้ง 6 ประการ จึงสมควรอย่างยิ่งที่จะกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญา

#### 2.1.4.3 แนวความคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงออก

“เสรีภาพ” หมายถึง สภาพการณ์ที่บุคคลมีอิสระที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความประสงค์ของตนโดยปราศจากการแทรกแซงหรือครอบงำจากบุคคลอื่น<sup>113</sup> โดยรัฐมีหน้าที่ต้องรับรองและคุ้มครองเสรีภาพของประชาชน อีกทั้งยังต้องไม่ก้าวล่วงเข้าไปลิดรอนเสรีภาพโดยไม่ชอบธรรม<sup>114</sup> เสรีภาพในการแสดงออกเป็นเสรีภาพขั้นพื้นฐานประการหนึ่งที่ได้รัฐได้ให้ความคุ้มครองดังจะเห็นได้จากปญญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชนที่ให้การรับรองเสรีภาพดังกล่าวไว้ในข้อ 19 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลมีสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออก สิทธินี้รวมถึงเสรีภาพที่จะยึดถือความคิดเห็นโดยปราศจากการแทรกแซง และเสรีภาพที่จะค้นหา ได้รับ และติดต่อสื่อสารซึ่งข้อมูลและความคิดเห็นผ่านสื่อใด ๆ โดยไม่ต้องคำนึงถึงพรมแดน”<sup>115</sup> อย่างไรก็ตาม เสรีภาพนี้มีใช้ว่าจะมีอยู่อย่างไม่จำกัด เนื่องจากการใช้เสรีภาพอย่างไม่มีขอบเขตย่อมก่อให้เกิดสภาวะอนาธิปไตย รัฐจึงจำเป็นต้องตรากฎหมายขึ้นมาเพื่อจำกัดเสรีภาพของประชาชนเพื่อมิให้การใช้เสรีภาพของประชาชนคนใดคนหนึ่งไปกระทบถึงเสรีภาพของประชาชนคนอื่น ๆ<sup>116</sup> ดังจะเห็นได้จากปญญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 29 (2) ที่บัญญัติว่า “การใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดตามบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้รับการยอมรับ

<sup>113</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558), หน้า 53.

<sup>114</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักกฎหมายว่าด้วย สิทธิเสรีภาพ (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547), หน้า 25.

<sup>115</sup> Universal Declaration of Human Rights - Article 19 - Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers.

<sup>116</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักกฎหมายว่าด้วย สิทธิเสรีภาพ, หน้า 31.

และการเคารพสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นและเพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการอันเหมาะสมในด้านศีลธรรม ความสงบเรียบร้อยของประชาชน และสวัสดิการทั่วไปในสังคมประชาธิปไตย”<sup>117</sup>

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับได้บัญญัติรับรองเสรีภาพในการแสดงออกไว้เช่นกัน รวมทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ฉบับปัจจุบันซึ่งได้บัญญัติไว้ในมาตรา 4 ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง” นอกจากนี้มาตรา 34 ยังบัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน” ซึ่งสอดคล้องกับหลักการตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

การกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชน เนื่องจากตามแนวความคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงออกแล้ว บุคคลย่อมมีเสรีภาพที่จะแสดงออกซึ่งการสื่อความหมายใด ๆ อันรวมถึงการแสดงออกในทางเพศด้วย เสรีภาพทางเพศนี้เป็นเรื่องส่วนตัวโดยแท้ อีกทั้งรสนิยมทางเพศยังเป็นเรื่องของบุคลิกภาพซึ่งบิดามารดาเท่านั้นควรมีหน้าที่ดูแลสั่งสอนลูกของตนเกี่ยวกับความประพฤติทางเพศ เสรีภาพในทางเพศจึงมักจะถูกจำกัดไว้จนกระทั่งถึงวัยอันสมควรที่จะสามารถแสดงออกทางเพศได้อย่างถูกต้อง<sup>118</sup> ดังนั้นกรณีสื่อลามกอนาจารทั่วไปซึ่งบุคคลที่ปรากฏในสื่อเป็นผู้ใหญ่ที่มีความพร้อมทางร่างกาย จิตใจ และสามารถตัดสินใจประกอบกิจกรรมทางเพศได้โดยชอบด้วยกฎหมาย หากบุคคลดังกล่าวยินยอมให้มีการผลิตสื่อลามกอนาจาร การกระทำใด ๆ เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารนั้น เช่น การครอบครอง ก็มักจะไม่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดแต่อย่างใดเพราะเป็นการกระทำภายใต้กรอบแห่งเสรีภาพอันเป็นไปตามหลักการ “Adult and Alone” คือ หากมีวุฒิภาวะแล้ว (Adult) และมีไว้ครอบครองเป็นส่วนตัว ไม่นำไปเผยแพร่ ไซขาว (Alone) ย่อมไม่มีความผิด<sup>119</sup> นอกจากนี้หลายประเทศยังยินยอมให้มีการผลิต เผยแพร่ และส่งต่อสื่อลามกอนาจารได้อย่างเสรีภายใต้กรอบของกฎหมายโดยยึดแนวความคิดเรื่องเสรีภาพในการแสดงออก ในทางกลับกันบางประเทศได้กำหนดมาตรการต่าง ๆ เพื่อ

<sup>117</sup> Universal Declaration of Human Rights – Article 29 (2) - In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society.

<sup>118</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและโทษ, หน้า 216.

<sup>119</sup> เรื่องเดียวกัน.



ควบคุมสื่อลามกอนาจารนั้นไม่ให้เผยแพร่ในวงกว้างด้วยเหตุผลที่ว่าสื่อลามกอนาจารดังกล่าวอาจกระตุ้นให้เกิดการก่ออาชญากรรมทางเพศขึ้น จึงกำหนดความรับผิดชอบอาญาสำหรับการกระทำที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสังคมโดยรวม เช่น ความผิดฐานผลิตสื่อลามกเพื่อความประสงค์แห่งการค้า ความผิดฐานเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อความประสงค์แห่งการค้า<sup>120</sup>

อย่างไรก็ตาม กรณีความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กซึ่งบุคคลที่ปรากฏในสื่อคือเด็กที่อายุไม่เกิน 18 ปีนั้นแตกต่างจากกรณีสื่อลามกอนาจารทั่วไป เพราะบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กคือเด็กซึ่งอ่อนแอกว่าผู้ใหญ่ในทุก ๆ ด้าน ไม่ว่าจะเป็นทางด้านร่างกายหรือจิตใจ การกระทำความผิดใด ๆ เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กจึงย่อมส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน รัฐจึงจำเป็นต้องเข้ามาจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกทางเพศนี้โดยการบัญญัติให้การกระทำใด ๆ เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดอาญา ทั้งนี้ การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวต้องเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน ตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยวางหลักไว้

#### 2.1.4.4 หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality)

การกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญาย่อมก่อให้เกิดการจำกัดเสรีภาพของประชาชน รวมทั้งการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กซึ่งเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชนดังที่ได้กล่าวมาในประเด็นข้างต้น รัฐจึงต้องใช้อำนาจอย่างเหมาะสมเพื่อให้กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด ประเด็นสำคัญที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องพิจารณาในการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดแต่ละฐาน คือ ความผิดแต่ละฐานควรระวางโทษสถานใด โดยหลักทั่วไปในกฎหมายอาญาที่จะนำมาใช้ในการกำหนดระวางโทษของความผิดแต่ละฐาน ได้แก่ หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) ซึ่งมีหลักว่าโทษทางอาญาจะต้องได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิด (Severity of Crime)<sup>121</sup> หลักความได้สัดส่วนประกอบด้วยหลักการย่อย 3 ประการ ดังนี้

##### 2.1.4.5.1 หลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล

หลักความสัมฤทธิ์ผลกำหนดว่าในการออกมาตรการทางกฎหมายมาบังคับใช้กับประชาชน รัฐจะต้องเลือกมาตรการที่สามารถทำให้เจตนารมณ์ของกฎหมาย

<sup>120</sup> จอมพล พิชัยศักดิ์โยธิน, "ภาพโป๊: กฎหมายสื่อลามกและศีลธรรม," *วารสารสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยนครสวรรค์* 12, 1 (2559): 78 – 100.

<sup>121</sup> สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, *หลักสัดส่วนในการกำหนดโทษ* [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ: 6 มกราคม 2561. แหล่งที่มา: <http://web.krisdika.go.th/data/outsitedata/article77/file/13-10-60.pdf>

ฉบับนั้น ๆ สำเร็จลุล่วง มาตรการใดที่รัฐออกมาบังคับใช้กับประชาชนแล้วไม่สามารถก่อให้เกิดสำเร็จผลตามเจตนารมณ์ของกฎหมายได้อย่างแน่แท้ หรือมาตรการที่ก่อให้เกิดผลตรงข้ามกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย ย่อมเป็นมาตรการที่ขัดกับหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผลและย่อมเป็นมาตรการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>122</sup> เช่น กรณีคณะกรรมการส่วนจังหวัดอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติป้องกันการค้ากำไรเกินควร พ.ศ. 2491 ออกประกาศห้ามเคลื่อนย้ายสุกรมี่ชีวิตเข้าไปในบริเวณอำเภอที่กำหนด เว้นแต่จะได้รับอนุญาต เนื่องจากในขณะนั้นพื้นที่ประสบปัญหาขาดแคลนสุกรมี่ชีวิตทำให้สุกรมี่ราคาสูงขึ้น คณะกรรมการจึงออกประกาศดังกล่าวเพื่อป้องกันการการค้ากำไรเกินควร อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า “เป็นที่รู้กันทั่วไปว่า สินค้าในปริมาณเพิ่มมากขึ้น ราคาย่อมถูกลง ตรงกันข้ามสินค้าปริมาณลดน้อยลงราคาย่อมสูงขึ้น การที่ทางราชการประกาศห้ามให้นำสุกรมี่ชีวิตเข้าไปในเขตใด ย่อมทำให้ปริมาณของสุกรมี่ชีวิตในเขตนั้นลดลงอันจะทำให้ราคาสูงขึ้น กรณีเช่นนี้จะเรียกว่าเป็นการป้องกันการการค้ากำไรเกินควรหาได้ไม่ กลับเป็นการส่งเสริมให้มีการค้ากำไรกันมากยิ่งขึ้น จึงเห็นว่าประกาศของคณะกรรมการส่วนจังหวัดฉบับนี้มีได้มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการการค้ากำไรเกินควร ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจ” ประกาศดังกล่าวจึงใช้บังคับไม่ได้<sup>123</sup>

#### 2.1.4.5.2 หลักแห่งความจำเป็น

หลักแห่งความจำเป็นกำหนดว่า กรณีที่มาตรการหลายมาตรการล้วนสามารถทำให้เจตนารมณ์ของกฎหมายบรรลุผลได้ รัฐต้องเลือกใช้มาตรการที่มีความรุนแรงน้อยที่สุด กล่าวคือ มาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด โดยรากฐานของหลักการนี้มาจากแนวความคิดที่ว่า “ในระหว่างสิ่งทีเลือกรายสองสิ่งทีจำต้องเลือก บุคคลควรเลือกรายที่เลือกรายน้อยที่สุด” เช่น กรณีมีกฎหมายป้องกันและปราบปรามการจลาจลให้อำนาจตำรวจปราบปรามจลาจลโดยใช้ปืน M16 ยิ่งเข้าไปในฝูงชนหรือใช้รถดับเพลิงฉีดน้ำใส่ฝูงชน ทั้งสองมาตรการต่างทำให้เจตนารมณ์ของกฎหมายลุล่วงตามหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล แต่มีระดับความรุนแรงต่างกัน กรณีนี้ตำรวจต้องเลือกใช้มาตรการที่สองคือการใช้รถดับเพลิงฉีดน้ำใส่ฝูงชนซึ่งเป็นมาตรการที่รุนแรงน้อยที่สุด<sup>124</sup>

#### 2.1.4.5.3 หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

มาตรการทางกฎหมายที่รัฐออกมาบังคับใช้กับประชาชนแม้จะสอดคล้องกับหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผลและหลักแห่งความจำเป็น แต่มาตรการดังกล่าวก็อาจก่อให้เกิด

<sup>122</sup> สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, หลักแห่งความได้สัดส่วน (กรุงเทพฯ: สำนักวิจัยและวิชาการ, 2548), หน้า 32 – 34.

<sup>123</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1110/2512

<sup>124</sup> สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, หลักแห่งความได้สัดส่วน, หน้า 35 – 36.

โทษต่อบุคคลบางกลุ่มเนื่องจากการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลกลุ่มนั้น อีกทั้งยังอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะด้านอื่นที่ไม่อยู่ในเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจ เช่น การสร้างเขื่อนก่อให้เกิดประโยชน์คือป้องกันน้ำท่วมและสามารถนำพลังงานน้ำไปใช้ในการผลิตกระแสไฟฟ้าได้ แต่ในขณะเดียวกันก็ก่อให้เกิดโทษคือเป็นการทำลายป่าและน้ำเหนือเขื่อนจะท่วมไร่นาของประชาชน ดังนั้นการกำหนดมาตรการทางกฎหมายจึงต้องพิจารณาถึงหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบด้วย หลักนี้กำหนดว่า มาตรการที่ฝ่ายปกครองออกมาบังคับใช้กับประชาชน นอกจากต้องเป็นมาตรการที่สอดคล้องกับหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผลและหลักแห่งความจำเป็นแล้ว ยังต้องเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่าโทษ ถ้ามาตรการดังกล่าวก่อให้เกิดประโยชน์น้อยกว่าโทษย่อมขัดต่อหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ<sup>125</sup>

หลักความได้สัดส่วนบังคับให้รัฐต้องออกมาตรการทางกฎหมายที่สามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วง และก่อให้เกิดความเสียหายต่อประชาชนน้อยที่สุด โดยห้ามรัฐออกมาตรการทางกฎหมายที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณะน้อยมากเมื่อเทียบกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้น อันเป็นไปตามหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล หลักแห่งความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการกำหนดโทษเช่นกันโดยเป็นการกำหนดตามที่เห็นสมควรให้ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดฐานนั้นเพื่อให้ผู้กระทำความผิดเกรงกลัวและไม่กล้าที่จะกระทำความผิด<sup>126</sup> กล่าวคือนำทฤษฎีเจตจำนงเสรี (Free Will) มาใช้เป็นตัวชี้วัดว่าโทษที่กำหนดสำหรับความผิดแต่ละฐานนั้นได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดหรือไม่ เนื่องจากมนุษย์มีเจตจำนงอิสระที่จะกระทำการใด ๆ มนุษย์จึงเลือกทำในสิ่งที่ตนเองจะได้รับประโยชน์แต่ไม่เลือกทำในสิ่งที่จะทำให้เกิดผลร้ายกับตน หากมนุษย์เห็นว่าโทษที่ได้จากการกระทำความผิดมากกว่าประโยชน์ที่จะได้รับ มนุษย์ย่อมหลีกเลี่ยงที่จะกระทำความผิดดังกล่าว กรณีนี้ถือว่าโทษที่กำหนดนั้นได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด ซึ่งเป็นหลักการที่สอดคล้องกับทฤษฎีการลงโทษเพื่อยับยั้งการกระทำความผิด ดังจะเห็นได้จากฐานความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กที่กำหนดระวางโทษของความผิดแต่ละฐานแตกต่างกันไปตามความร้ายแรงของลักษณะการกระทำความผิดโดยความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นมีระวางโทษต่ำที่สุด แต่ระวางโทษนั้นจะสูงขึ้นหากผู้กระทำความผิดได้ส่งต่อสื่อลามกอนาจารให้แก่ผู้อื่น นอกจากนี้หากเป็นกรณีการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กโดยความประสงค์แห่งการค้า ผู้กระทำความผิดย่อมระวางโทษสูงที่สุด เนื่องจากการส่งต่อสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นย่อมทำ

<sup>125</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 36 – 37.

<sup>126</sup> ณรงค์ ใจหาญ, "รายงานสรุปโครงการวิจัย เรื่อง ศึกษาความเป็นไปได้ในการกำหนดชั้นโทษและการนำไปปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา," *ตุลพาท* 53, 2 (2549): 1 – 59.

ให้สื่อลามกอนาจารเด็กแพร่กระจายเป็นวงกว้างอันส่งผลกระทบต่อสังคมมากกว่าการครอบครองเพื่อ  
ดูส่วนตัว และหากเป็นการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อหากำไรยิ่งทำให้ผลกระทบที่เกิดต่อสังคม  
ทวีความร้ายแรง การบัญญัติระวางโทษของความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทยจึง  
เป็นการกำหนดเป็นลำดับขั้นความร้ายแรงตามหลักความได้สัดส่วนนั่นเอง

#### 2.1.4.5 แนวความคิดในการกำหนดเหตุฉกรรจ์ในความผิดอาญา

การกระทำความผิดอาญาบางกรณีอาจปรากฏข้อเท็จจริงบางประการที่ทำให้  
ให้การกระทำความผิดนั้นมีความร้ายแรงกว่าการกระทำความผิดในกรณีทั่วไป การลงโทษผู้กระทำ  
ความผิดนั้นในรูปแบบเดียวกับการกระทำความผิดกรณีทั่วไปจึงอาจไม่สามารถยับยั้งการกระทำ  
ความผิดได้ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีการบัญญัติ “เหตุฉกรรจ์” ขึ้นเพื่อยับยั้งการกระทำความผิดนั้น

##### 2.1.4.5.1 ความหมายของเหตุฉกรรจ์

ประมวลกฎหมายอาญามีได้ให้นิยามความหมายของเหตุฉกรรจ์  
(Aggravating circumstance) ไว้แต่อย่างใด ดังนั้น ในการพิจารณาความหมายของคำว่าเหตุฉกรรจ์  
จึงต้องพิจารณาจากตำราและความคิดเห็นของนักกฎหมายซึ่งมีผู้อธิบายความหมายไว้หลายท่าน ดังนี้

Black’s Law Dictionary ได้ให้ความหมายของคำว่า  
เหตุฉกรรจ์ไว้ว่า “ข้อเท็จจริงหรือพฤติกรรมใด ๆ ที่เป็นผลให้มีการเพิ่มระดับความร้ายแรงของความ  
รับผิดในการกระทำความผิดอาญา”<sup>127</sup>

Merriam-Webster’s Law Dictionary ได้ให้ความหมายว่า  
เหตุฉกรรจ์หมายถึง “พฤติกรรมที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดอันจะส่งผลให้ระดับของความรับ  
ผิดร้ายแรงขึ้น”<sup>128</sup>

ศาสตราจารย์วิจิตร ลุฬิตานนท์ ได้ให้ความหมายของคำว่า  
เหตุฉกรรจ์ไว้ว่าคือ “เหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดรับโทษหนักขึ้น สูงขึ้นหรือเพิ่มขึ้น เนื่องจากมิใช่การ  
กระทำความผิดอย่างธรรมดาสามัญ”<sup>129</sup>

ดังนั้น จึงสามารถสรุปได้ว่า เหตุฉกรรจ์ หมายถึง ข้อเท็จจริง  
หรือพฤติกรรมใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดอาญาอันทำให้การกระทำความผิดดังกล่าวมี  
ความร้ายแรงกว่าปกติ ผู้กระทำความผิดจึงต้องรับโทษหนักขึ้น

<sup>127</sup> Garner, B. A., *Black’s Law Dictionary*, p. 277.

<sup>128</sup> *Merriam-Webster’s Dictionary of Law*, p. 20.

<sup>129</sup> วิจิตร ลุฬิตานนท์, *กฎหมายอาญา ภาค 1*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (พระนคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2507),

### 2.1.4.5.2 หลักเกณฑ์ในการกำหนดเหตุฉกรรจ์

วัตถุประสงค์สำคัญของการกำหนดเหตุฉกรรจ์ในการกระทำความผิดอาญาจากพฤติการณ์ของการกระทำความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงกว่าปกติจึงต้องมีการกำหนดโทษสำหรับการกระทำความผิดนั้นให้สูงขึ้น เนื่องจากการเพิ่มโทษจะมีผลเป็นการยับยั้งการกระทำความผิดนั้นได้ หลักเกณฑ์ในการกำหนดเหตุฉกรรจ์สามารถแบ่งได้ 2 หลักเกณฑ์ ดังนี้

#### (1) หลักคำนึงถึงจิตใจ

หลักคำนึงถึงจิตใจเป็นหลักที่กำหนดเหตุฉกรรจ์ในความผิดอาญาโดยคำนึงถึงความชั่วร้ายภายในจิตใจของผู้กระทำความผิด กล่าวคือ หากจิตใจของผู้กระทำความผิดมีความชั่วมาก กฎหมายก็ต้องกำหนดโทษให้หนักมากขึ้นตามความชั่วของจิตใจ แม้การกระทำความผิดในลักษณะเดียวกัน ผู้กระทำความผิดก็อาจจะได้รับโทษต่างกันตามจิตใจของผู้กระทำความผิดแต่ละคน ขึ้นอยู่กับว่าผู้กระทำความผิดเจตนาให้เกิดผลร้ายแรงเพียงใด<sup>130</sup>

ตัวอย่างบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาที่กำหนดเหตุฉกรรจ์โดยใช้หลักคำนึงถึงจิตใจ เช่น ความผิดฐานกระช้ำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี หากเด็กที่ตกเป็นเหยื่อของการกระช้ำดังกล่าวเป็นผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาลของผู้กระทำความผิด กฎหมายกำหนดให้ผู้กระช้ำต้องระวางโทษหนักกว่ากรณีปกติหนึ่งในสาม<sup>131</sup> เนื่องจากย่อมเห็นได้อย่างชัดเจนว่ากรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดอาศัยโอกาสที่ตนมีความใกล้ชิดกับเด็กในการกระทำความผิด การกระช้ำดังกล่าวจึงมีความร้ายแรงกว่าปกติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีการกระทำความผิดต่อเด็กที่มีความสัมพันธ์เป็นผู้สืบสันดานของผู้กระทำความผิดซึ่งแสดงให้เห็นถึงความชั่วร้ายภายในจิตใจของผู้กระทำความผิด ผู้กระทำความผิดจึงควรที่จะได้รับโทษหนักขึ้นเพราะเหตุดังกล่าว กรณีในการทำงานเดียวกันนี้มักเกิดขึ้นในคดีสื่อลามกอนาจารเด็กเช่นกัน ดังจะเห็นได้จากข่าวที่บิดามารดามีเพศสัมพันธ์กันโดยเอานำบุตรอายุ 3 – 4 ปี เข้าร่วมกิจกรรมทางเพศดังกล่าวด้วยพร้อมทั้งบันทึกภาพกิจกรรมทางเพศ จากนั้นบิดามารดาได้นำไปเผยแพร่ในกลุ่มไลน์เพื่อหารายได้<sup>132</sup>

<sup>130</sup> หยุด แสงอุทัย, "การกำหนดโทษสำหรับความผิดในประมวลกฎหมายอาญา," *ตุลพาท* 7, 8 (2503): 931 – 935.

<sup>131</sup> ประมวลกฎหมายอาญา - มาตรา 285 - ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 286 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277 ตริ มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำความผิดแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้ที่อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ หนึ่งในสาม

<sup>132</sup> โพสต์ทูเดย์, *มมมีตของสังคม! พ่อแม่มีเช็กลูกเอากลูกรักร่วมวง-ถ่ายคลิปหารายได้ผ่านไลน์* [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 10 ธันวาคม 2560. แหล่งที่มา: <https://www.posttoday.com/social/hot/529157>

## (2) หลักค้ำนึ่งถึงผล

หลักค้ำนึ่งถึงผลเป็นหลักที่ใช้กำหนดเหตุฉกรรจ์ในความผิดอาญาโดยค้ำนึ่งถึงผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดอาญานั้น กล่าวคือ ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวทำให้เกิดผลร้ายแรงมากเท่าใด กฎหมายอาญาก็ต้องกำหนดโทษให้หนักขึ้นตามผลของการกระทำนั้น ในทางกลับกันถ้าผลของการกระทำเกิดขึ้นเพียงเล็กน้อย กฎหมายก็ต้องกำหนดโทษให้น้อยลงตามส่วนของผลของการกระทำนั้น<sup>133</sup>

ตัวอย่างเช่น จากที่กล่าวมาข้างต้นในกรณีการกระทำ ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี หากเป็นการกระทำความผิดลักษณะทั่วไป ผู้กระทำ ความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท แต่หาก การกระทำชำเรานั้นส่งผลให้เด็กได้รับอันตรายสาหัส เช่น ทุพพลภาพ หรือป่วยเจ็บเรื้อรังซึ่งอาจถึง ตลอดชีวิต ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นโดยระวางโทษจำคุกหนักตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่ สามแสนบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต นอกจากนี้หากการกระทำความผิดดังกล่าวทำให้เกิด ผลถึงขั้นเด็กเสียชีวิต ผู้กระทำต้องหนักขึ้นอีกระดับโดยต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุก ตลอดชีวิต<sup>134</sup> เนื่องจากผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำมีความร้ายแรงกว่าปกติ

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยมีการนำหลัก ค้ำนึ่งถึงจิตใจและหลักค้ำนึ่งถึงผลมาใช้พิจารณาเพื่อกำหนดเหตุฉกรรจ์สำหรับการกระทำ ความผิด อาญา การกำหนดเหตุฉกรรจ์สำหรับการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กจึงจำเป็นที่ จะต้องนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้พิจารณาด้วยเช่นกัน ทั้งนี้ กรณีใดที่สมควรจะกำหนดให้เป็น เหตุฉกรรจ์สำหรับการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นจะได้ทำการศึกษาและ วิเคราะห์ในบทต่อ ๆ ไป

### 2.1.4.6 ความยินยอมของผู้เสียหายในกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญาวางหลักว่า บุคคลต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อ ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลง

<sup>133</sup> หยุด แสงอุทัย, "การกำหนดโทษสำหรับความผิดในประมวลกฎหมายอาญา," *ตุลพาท*: 931 – 935.

<sup>134</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 ทวิ - ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา ๒๗๖ วรรคหนึ่ง หรือมาตรา ๒๗๗ วรรค หนึ่งหรือวรรคสาม เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำ

(1) รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามแสนบาทถึงสี่แสนบาท หรือ จำคุกตลอดชีวิต

(2) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต

แก่ผู้กระทำความผิดต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย<sup>135</sup> อันสอดคล้องกับหลักกฎหมายอาญาทั่วไปที่ว่า “ไม่มีความผิด และไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย (Nullum crimen, nulla poena, sine lege)” ดังนั้น การกำหนดความผิดและโทษทางอาญาจึงต้องกระทำโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ไม่อาจนำจารีตประเพณีเพ็ญหรือหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการลงโทษบุคคลได้<sup>136</sup> ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ว่าด้วยบทบัญญัติทั่วไปจะพบว่ากฎหมายได้มีการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดอาญาไว้บางประการ เช่น การกระทำโดยป้องกัน<sup>137</sup> นอกจากนี้แม้จารีตประเพณีและหลักกฎหมายทั่วไปจะไม่สามารถนำมาใช้ในการลงโทษบุคคลได้ตามหลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย แต่หลักดังกล่าวมิได้ขัดขวางการนำจารีตประเพณีและหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในกรณีเป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิด ดังนั้น ศาลจึงอาจนำจารีตประเพณีและหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้พิจารณาขกเว้นความผิด ยกเว้นโทษ หรือลดโทษให้แก่จำเลยได้ แม้จะไม่มีบทบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็ตาม<sup>138</sup>

ความยินยอมสามารถนำมาเป็นเหตุเพื่อยกเว้นความรับผิดได้ตามหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า “ความยินยอมไม่เป็นละเมิด (Volenti no fit injuria)” ซึ่งเป็นหลักที่ปรากฏในกฎหมายแพ่ง เนื่องจากกฎหมายแพ่งเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิเฉพาะตัวของบุคคล ดังนั้นหากผู้ที่เสียหายยินยอมให้ผู้อื่นกระทำการใด ๆ ที่กระทบสิทธิส่วนบุคคลของตน การกระทำดังกล่าวนั้นย่อมไม่มีความผิดแต่อย่างใด ในทางกลับกันกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสังคมโดยรวม โดยหลักแล้วความยินยอมของผู้เสียหายจึงไม่สามารถนำมาเป็นเหตุยกเว้นความผิดได้<sup>139</sup> อย่างไรก็ตาม บางกรณีหลักความยินยอมได้ถูกนำมาใช้กับกฎหมายอาญาในฐานะหลักกฎหมายทั่วไปภายใต้หลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดอันส่งผลให้การกระทำไม่มีความผิด

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>135</sup> ประมวลกฎหมายอาญา – มาตรา 2 - บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย

ถ้าตามบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติในภายหลัง การกระทำเช่นนั้นไม่เป็นความผิดต่อไป ให้ผู้ที่ได้กระทำการนั้นพ้นจากการเป็นผู้กระทำความผิด และถ้าได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษแล้ว ก็ให้ถือว่าผู้นั้นไม่เคยต้องคำพิพากษาว่าได้กระทำความผิดนั้น ถ้ารับโทษอยู่ก็ให้การลงโทษนั้นสิ้นสุดลง

<sup>136</sup> ปุณยวีร์ ประจวบลาภ, "การอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมกับความรับผิดทางอาญา," (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555), หน้า 32 - 33.

<sup>137</sup> ประมวลกฎหมายอาญา – มาตรา 68 - ผู้ใดจำต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นให้พ้นอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด

<sup>138</sup> ปุณยวีร์ ประจวบลาภ, "การอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมกับความรับผิดทางอาญา," หน้า 32 -33.

<sup>139</sup> ประภินันท์ ประชญาภรณ์, "ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำความผิดอาญา," (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522), หน้า 1 - 10.

### 2.1.4.6.1 ความหมายของความยินยอมของผู้เสียหายในกฎหมายอาญา

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ได้อธิบายว่า “ความยินยอมตามความหมายของกฎหมาย หมายถึง การแสดงออกด้วยการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นการแสดงความประสงค์ต่อผู้กระทำเหตุการณ์นั้นให้เข้าใจว่าตนอนุญาตให้กระทำได้ ยกเว้นแต่ในกรณีพิเศษอย่างยิ่งเท่านั้นที่การนิ่งไม่ขัดขวางอาจถือได้ว่าเป็นความยินยอม โดยความยินยอมนี้ส่งผลให้การกระทำไม่เป็นความผิด”<sup>140</sup>

ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฒ นคร ได้อธิบายว่า “ความยินยอมของผู้เสียหายเกี่ยวข้องกับโดยตรงกับการสละคุณธรรมทางกฎหมาย การสละคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล (Individualrechtsgut) เท่านั้น การแสดงเจตจำนงในการให้ความยินยอมของผู้เสียหายอาจเป็นการแสดงเจตจำนงโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ แต่ต้องเป็นการแสดงเจตจำนงโดยการกระทำอย่างหนึ่งออกไปภายนอก การนิ่งเฉยไม่ถือเป็นการให้ความยินยอมหรือเป็นการสละคุณธรรมทางกฎหมาย”<sup>141</sup>

ศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ได้อธิบายว่า “ความยินยอมเป็นส่วนหนึ่งในการก่อให้เกิดความผิดขึ้น กล่าวคือ ความผิดฐานนั้น ๆ ถ้าเกิดขึ้นเพราะความไม่ยินยอมแล้วจึงเป็นความผิด แต่โดยทั่วไปแล้วความยินยอมไม่มีผลที่จะยกเลิกความผิด ส่วนความยินยอมที่จะมีผลทำให้การกระทำนั้น ๆ ไม่เป็นความผิดได้จะต้องประกอบด้วยหลักดังที่กำหนด”<sup>142</sup>

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508 ได้วางหลักว่า “ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดีและมีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นแล้ว ความยินยอมนั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิดขึ้นได้”<sup>143</sup>

จากความหมายข้างต้นจึงสามารถอธิบายได้ว่า ความยินยอมของผู้เสียหายในกฎหมายอาญา หมายถึง การที่ผู้เสียหายแสดงเจตจำนงโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายสละคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลซึ่งไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดีอันส่งผลให้การกระทำที่บุคคลใด ๆ กระทำต่อตนนั้นไม่เป็นความผิดตามกฎหมาย

<sup>140</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2555), หน้า 235 – 235.

<sup>141</sup> คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 266.

<sup>142</sup> ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 17 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), หน้า 165.

<sup>143</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508



### 2.1.4.6.2 หลักเกณฑ์ของความยินยอมของผู้เสียหายในกฎหมายอาญา

ความยินยอมอันจะทำให้การกระทำใด ๆ ไม่เป็นความผิดอาญา ต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้<sup>144</sup>

(1) ผู้เสียหายต้องให้ความยินยอมโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ในกรณีความยินยอมโดยปริยายนั้นต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่ว่า ภายใต้สถานการณ์ที่เกิดขึ้น ผู้กระทำไม่สามารถที่จะขอรับความยินยอมจากผู้เสียหายได้และเป็นสถานการณ์ที่พึงสันนิษฐานได้ว่าผู้เสียหายจะต้องให้ความยินยอม อีกทั้งผู้กระทำต้องกระทำภายใต้ขอบเขตของความประสงค์ของผู้เสียหายและต้องทำให้สมประโยชน์ของผู้เสียหายตามที่พึงจะสันนิษฐานได้จากสถานการณ์นั้น ๆ นอกจากนี้ผู้กระทำต้องรู้ถึงความฉุกเฉินของสถานการณ์นั้นอีกด้วย<sup>145</sup>

(2) ผู้เสียหายต้องมีความสามารถในการให้ความยินยอม ความสามารถนี้มีได้พิจารณาจากอายุของผู้เสียหาย แต่พิจารณาจากความสามารถในการรับรู้ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นและความสามารถในการตัดสินใจของผู้เสียหายตามความเป็นจริง กล่าวคือ เพียงแค่ผู้เสียหายมีความรู้ความเข้าใจในความหมายและผลได้ผลเสียของเรื่องที่จะให้ความยินยอมก็เพียงพอแล้ว แม้ผู้นั้นจะยังเป็นผู้เยาว์ก็สามารถให้ความยินยอมได้<sup>146</sup>

(3) ผู้กระทำมีอำนาจกระทำการได้ภายใต้ขอบเขตของความยินยอมที่ผู้เสียหายให้ไว้ หากเป็นการกระทำที่เกินขอบเขตย่อมถือไม่ได้ว่าเป็นการให้ความยินยอม<sup>147</sup>

(4) ผู้กระทำต้องกระทำโดยรู้ถึงการมีอยู่ของความยินยอมของผู้เสียหาย เว้นแต่ในกรณีการให้ความยินยอมโดยปริยายซึ่งผู้กระทำสามารถสันนิษฐานได้ว่าผู้เสียหายได้ให้ความยินยอม<sup>148</sup>

(5) ความยินยอมดังกล่าวต้องเป็นความยินยอมอันบริสุทธิ์<sup>149</sup> กล่าวคือ ความยินยอมต้องชอบด้วยกฎหมาย ผู้กระทำต้องได้รับความยินยอมมาโดยปราศจากการข่มขู่หรือหลอกลวง ในขณะที่ผู้เสียหายก็ต้องให้ความยินยอมโดยสมัครใจ ปราศจากการสำคัญผิด<sup>150</sup>

<sup>144</sup> ประทีปพงศ์ พงษ์ศักดิ์ศิริกุล, "มาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันความรุนแรงจากกิจกรรมรับนิสิตนักศึกษาใหม่," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559), หน้า 44 – 48.

<sup>145</sup> คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 272 – 274.

<sup>146</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 270.

<sup>147</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>148</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>149</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508

<sup>150</sup> ประทีป ปรีชญาภรณ์, "ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำความผิดอาญา," หน้า 35.

(6) ความยินยอมนั้นจะต้องมีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด<sup>151</sup> กล่าวคือ ต้องมีความยินยอมของผู้เสียหายอยู่ตลอดการกระทำนั้น มิได้มีการบอกเลิกความยินยอมก่อนการกระทำความผิดสิ้นสุดลง หากผู้เสียหายบอกเลิกความยินยอมแล้วผู้กระทำยังคงขึ้นกระทำความผิดนั้นต่อไปย่อมไม่สามารถยกเอาเหตุความยินยอมของผู้เสียหายมาอ้างเป็นข้อยกเว้นความรับผิดได้<sup>152</sup>

(7) ความยินยอมต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน<sup>153</sup> การวินิจฉัยว่าความยินยอมดังกล่าวขัดต่อศีกในศีลธรรมอันดีและความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่นั้นต้องพิจารณาจากความรู้สึกของบุคคลทั่วไปในท้องที่และเวลาที่เกิดการกระทำนั้น รวมทั้งต้องพิจารณาถึง “คุณธรรมทางกฎหมาย” หรือ “ประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง” ด้วย คุณธรรมทางกฎหมายนี้เป็นพื้นฐานในการบัญญัติความผิดฐานต่าง ๆ ในขณะเดียวกันภารกิจที่สำคัญประการหนึ่งของกฎหมายอาญาก็คือการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย คุณธรรมทางกฎหมายแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล (Individualrechtsgut) เช่น ชีวิต ความปลอดภัยของร่างกาย กรรมสิทธิ์ และคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นของส่วนรวม (Universalrechtsgut) เช่น ความปลอดภัยในการจราจร ความคงอยู่ของดินแดน หรือความเป็นเอกภาพของดินแดน<sup>154</sup> ทั้งนี้ บุคคลไม่มีอำนาจที่จะสละคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นของส่วนรวมเพราะคุณธรรมทางกฎหมายประเภทนี้มุ่งคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของสังคม บุคคลจึงไม่ใช่เจ้าของคุณธรรมกฎหมายประเภทนี้<sup>155</sup> ดังนั้น ความยินยอมของผู้เสียหายในกฎหมายอาญาจึงเป็นการสละคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลเท่านั้น การพิจารณาว่าความยินยอมขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่จึงต้องพิจารณาว่าความยินยอมดังกล่าวเป็นการสละคุณธรรมทางกฎหมายประเภทใด หากเป็นการสละคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลย่อมไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี<sup>156</sup>

ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 มีคุณธรรมทางกฎหมาย คือ เสรีภาพในทางเพศซึ่งเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วน

<sup>151</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508

<sup>152</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: พลสมยาม พรินต์ติ้ง, 2551), หน้า 432.

<sup>153</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508

<sup>154</sup> คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 155 - 156.

<sup>155</sup> คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 266.

<sup>156</sup> เรื่องเดียวกัน.

บุคคล<sup>157</sup> ดังนั้นการกระทำที่จะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงต้องเป็นการกระทำโดยผู้เชิญใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น กล่าวคือ เป็นการกระทำชำเราโดยบุคคลนั้นไม่ยินยอมเท่านั้น หากเป็นกรณีที่บุคคลให้ความยินยอมย่อมไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแต่อย่างใด

กฎหมายบางประเทศได้นำหลักความยินยอมมาใช้ในการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก เช่น กฎหมายของประเทศอังกฤษได้บัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรว่าหากเด็กอายุถึงวัยที่สามารถให้ความยินยอมได้และเด็กให้ความยินยอมในการกระทำผิด อีกทั้งปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้กระทำความผิดมีความสัมพันธ์พิเศษกับเด็กและการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ส่วนตัวโดยไม่มีการเผยแพร่สู่สาธารณะ บุคคลที่กระทำการดังกล่าวย่อมไม่ต้องรับผิดแต่อย่างใด ในขณะที่กฎหมายของประเทศแคนาดาได้นำหลักดังกล่าวมาใช้ในฐานะหลักกฎหมายทั่วไปตามแนวคำพิพากษาของศาล อย่างไรก็ตาม ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทยมิได้มีการนำหลักความยินยอมในกฎหมายอาญามาปรับใช้แต่อย่างใด แม้เด็กที่ตกเป็นเหยื่อจะให้ความยินยอมในการผลิต ครอบครอง หรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก การกระทำดังกล่าวก็ยังคงเป็นความผิดอาญา ดังนั้น จึงมีข้อพิจารณาว่าควรมีการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กกรณีเด็กให้ความยินยอมในกฎหมายไทยหรือไม่ ซึ่งจะได้ทำการศึกษาและวิเคราะห์ในบทต่อ ๆ ไป

## 2.2 ความเป็นมาในการกำหนดความรับผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก

ภาพแสดงกิจกรรมทางเพศของมนุษย์ หรือ “สื่อลามกอนาจาร” ปรากฏอยู่ในสังคมมนุษย์ผ่านสื่อนานาชาติมาช้านานในหลายช่วงประวัติศาสตร์ ดังจะเห็นได้จากภาพวาดบนแจกันและเครื่องถ้วยชามของกรีก ภาพเขียนฝาผนังในนครปอมเปอีของโรมัน ภาพสลักหินกามาสุตราแห่งคาจูราโฮของอินเดีย ภาพพิมพ์ขงกะของญี่ปุ่น ภาพจิตรกรรมฝาผนังเชิงสังวาสในวัดหลายแห่งของไทย เช่น ภาพจิตรกรรมฝาผนังเชิงสังวาสในวัดบางยี่ขัน จนมาสู่สื่อในยุคปัจจุบันที่มีการบันทึกภาพดังกล่าวลงสู่วัตถุอื่น ๆ เช่น รูปถ่าย วีดีโอ สื่อดิจิทัลต่าง ๆ<sup>158</sup> เดิมนั้นแนวความคิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารทั่วไปและสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นยังมีได้แยกออกจากกัน จนเมื่อแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนและการคุ้มครองเด็กเข้ามามีบทบาทมากขึ้นจึงมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองสื่อลามกอนาจารเด็กไว้เป็นการเฉพาะ

<sup>157</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 522.

<sup>158</sup> จอมพล พัทธ์สันตโยธิน, "ภาพโป๊: กฎหมายสื่อลามกและศีลธรรม," วารสารสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยนครสวรรค์: 78 -

ปลายทศวรรษที่ 1960 ได้เริ่มมีการสำรวจสถานการณ์เกี่ยวกับการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กในเชิงพาณิชย์ โดยในช่วงนั้นสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏจะเป็นสื่อลามกอนาจารเด็กแบบดั้งเดิม เช่น ของเล่น เกม นิยาย หนังสือการ์ตูน ทำให้เป็นการยากที่จะตัดสินว่าสิ่งเหล่านี้เป็นสื่อลามกอนาจารเด็กหรือไม่ อีกทั้งในสมัยนั้นคนส่วนมากยังคงไม่มีทัศนคติต่อต้านสื่อลามกอนาจารเด็กเพราะไม่เห็นว่สื่อดังกล่าวเป็นเรื่องหยาบคายแต่อย่างใด ต่อมาในช่วงกลางทศวรรษที่ 1970 สื่อลามกอนาจารเด็กได้ถูกนำมาวางจำหน่ายในร้านขายอุปกรณ์ทางเพศ (Sex Shop) ตามเมืองใหญ่ ๆ และมักจะปรากฏในสื่อประเภทนิตยสารและภาพยนตร์ ในช่วงเวลาดังกล่าวมีการประมาณการว่ามีเด็กที่อยู่ในวงการสื่อลามกอนาจารเด็กรวมกันทั่วโลก 5,000 – 7,000 คน โดยเป็นเด็กที่มีอายุประมาณ 7 -14 ปี และส่วนใหญ่เป็นเด็กที่ติดยาเสพติด โสเภณี หรือเด็กที่หนีออกจากบ้าน อย่างไรก็ตาม ใน ค.ศ. 1977 ตัวเลขดังกล่าวกลับพุ่งสูงขึ้น โดยมีประมาณการว่าในขณะนั้นมีเด็กที่อยู่ในวงการสื่อลามกอนาจารเด็กทั่วโลกไม่น้อยกว่า 1,200,000 คน ต่อมาในช่วงกลางทศวรรษที่ 80 เทคโนโลยีโฮมวิดีโอได้มีการพัฒนาขึ้นส่งผลให้การผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กทำได้สะดวกยิ่งขึ้นเพราะสามารถผลิตได้ภายในบ้าน อีกทั้งยังทำให้การแลกเปลี่ยนสื่อลามกอนาจารเด็กระหว่างผู้ที่นิยมสื่อลามกอนาจารเด็กด้วยกันทำได้สะดวกยิ่งขึ้นอีกด้วย<sup>159</sup>

นานาประเทศต่างยอมรับว่าปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กดังกล่าวไม่สามารถแก้ไขได้โดยลำพัง ดังนั้น จึงมีความพยายามแก้ไขปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กโดยอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศ โดยเห็นได้ชัดเจนใน ค.ศ. 1989 ที่สหประชาชาติได้มีมติรับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child ,1989) ซึ่งได้บัญญัติหลักการอันเป็นมาตรฐานในการคุ้มครองสิทธิเด็ก ทั้งนี้ ข้อ 34 แห่งอนุสัญญาดังกล่าวได้ประเทศภาคีจัดมาตรการที่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองเด็กจากการถูกนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยการผลิตสื่อลามกอนาจารต่าง ๆ<sup>160</sup> พร้อมกันนี้ยังได้กำหนดหน้าที่ให้ประเทศภาคีต้องรายงานสถานการณ์สิทธิเด็กและมาตรการที่ใช้เพื่อบังคับการให้เป็นไปตามอนุสัญญานี้ต่อคณะกรรมการ<sup>161</sup>

หลังจากมีการบังคับใช้อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กไปได้ช่วงระยะเวลาหนึ่งพบว่าหลักการตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนั้นเป็นเพียงหลักการทั่ว ๆ ไป ยังไม่มีความเฉพาะเจาะจงและเหมาะสมเพียงพอที่จะนำมาใช้เป็นหลักการในการกำหนดมาตรการในการแก้ไขปัญหามือลามกอนาจารเด็กในทางปฏิบัติได้อย่างมีประสิทธิภาพ ประกอบกับการพัฒนาของเทคโนโลยีสารสนเทศและระบบอินเทอร์เน็ตทำให้ปัญหามือลามกอนาจารเด็กก็มีความรุนแรงมากขึ้น ดังนั้น ใน ค.ศ. 1996

<sup>159</sup> โสมนัส เจือศรีสกุล, "มาตรการควบคุมต่อต้านสื่อลามกเด็ก," หน้า 12 – 14.

<sup>160</sup> Convention on the Rights of the Child ,1989 - Article 34

<sup>161</sup> Convention on the Rights of the Child ,1989 - Article 44

จึงมีการจัดประชุมระดับโลกต่อต้านการแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบจากเด็กเพื่อความประสงค์แห่งการค้า ณ กรุงสต็อกโฮล์ม ประเทศสวีเดน (The World Congress against Commercial Sexual Exploitation of Children) มีผู้แทนของรัฐบาลกว่า 120 ประเทศและองค์การระหว่างประเทศต่าง ๆ เช่น UNICEF, INTERPOL เข้าร่วมในการประชุมดังกล่าว การประชุมดังกล่าวได้ยกระดับความสำคัญในการต่อต้านการแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็กและส่งเสริมความร่วมมือในการแก้ไขปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กทั้งในระดับประเทศและระดับระหว่างประเทศ<sup>162</sup> อีกทั้งยังมอบหมายให้รัฐต้องกำหนดให้การแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบจากเด็กเพื่อความประสงค์แห่งการค้าและการแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็กในรูปแบบอื่น ๆ เป็นความผิดอาญา รวมทั้งลงโทษผู้กระทำความผิดที่เกี่ยวข้องในกระบวนการดังกล่าวไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นคนชาติของตนหรือชาวต่างชาติก็ตาม นอกจากนี้ยังกำหนดให้รัฐต้องให้หลักประกันว่าเด็กที่ตกเป็นเหยื่อจากกระบวนการนี้ จะได้รับการคุ้มครองและไม่ต้องรับโทษ<sup>163</sup>

การประชุมระหว่างประเทศข้างต้นส่งผลให้เกิดพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็ก (Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography) ซึ่งที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติได้ให้การรับรองเมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ. 2000 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 18 มกราคม ค.ศ. 2002 พิธีสารฉบับดังกล่าวเป็นการเพิ่มเติมอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กโดยรวบรวมหลักการสำคัญจากการประชุมครั้งดังกล่าวมากำหนดเป็นมาตรฐานระหว่างประเทศ สาระสำคัญของพิธีสารฉบับนี้คือพิธีสารนี้เป็นความตกลงระหว่างประเทศฉบับแรกที่ได้กำหนดนิยามของคำว่า “สื่อลามกอนาจารเด็ก”<sup>164</sup> ซึ่งมิได้ความหมายถึงกรณีที่เด็กเข้าไปมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศจริงเท่านั้น แต่ยังหมายรวมถึงกรณีกิจกรรมทางเพศที่เสมือนจริงด้วย นอกจากนี้ยังได้กำหนดให้ประเทศภาคีต้องรับรองว่าการกระทำความผิดใด ๆ เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ไม่ว่าจะเป็นผลิต การแจกจ่าย การเผยแพร่ การนำเข้า การส่งออก การเสนอให้ การจำหน่าย และการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกระทำการดังกล่าวข้างต้นจะอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายอาญา<sup>165</sup>

<sup>162</sup> โสมนัส เจือศรีสกุล, “มาตรการควบคุมต่อต้านสื่อลามกเด็ก,” หน้า 55 – 57.

<sup>163</sup> UNICEF, *Commercial Sexual Exploitation of Children and Child Sexual Abuse in the Pacific: A Regional Report* [Online], Accessed: 10 March 2018. Available from: [https://www.unicef.org/eapro/Pacific\\_CSEC\\_report.pdf](https://www.unicef.org/eapro/Pacific_CSEC_report.pdf)

<sup>164</sup> โสมนัส เจือศรีสกุล, “มาตรการควบคุมต่อต้านสื่อลามกเด็ก,” หน้า 67.

<sup>165</sup> Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography – Article 3

ความร่วมมือระหว่างประเทศข้างต้นส่งผลให้หลายประเทศบัญญัติกฎหมายภายในให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกเด็กเป็นความผิดอาญาและกำหนดมาตรการต่าง ๆ ในการแก้ไขปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็ก อีกทั้งยังก่อให้เกิดการประสานความร่วมมือกันในระดับนานาชาติเพื่อแก้ไขปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็ก ดังจะเห็นได้จากการที่ประเทศไทยได้แก้ไขประมวลกฎหมายอาญาโดยการเพิ่มเติมฐานความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเมื่อ พ.ศ. 2558 เพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และได้ลงนามในข้อตกลงกับองค์กร National Center for Missing and Exploited Children (NCMEC)<sup>166</sup> ของสหรัฐอเมริกาเพื่อแบ่งปันข้อมูลเกี่ยวกับการแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็กอันจะส่งผลให้การปราบปรามสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

### 2.3 การกำหนดความรับผิดชอบเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในปัจจุบัน

จากการศึกษาในบทที่ 2 แสดงให้เห็นว่าแนวความคิดในการคุ้มครองเด็กเป็นแนวความคิดที่ทั่วโลกต่างให้การยอมรับดังจะเห็นได้จากความตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ ได้แก่ ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็ก และสื่อลามกอนาจารเด็ก เมื่อเด็กมีสภาพร่างกายและจิตใจที่อ่อนแอกว่าผู้ใหญ่ เด็กจึงจำเป็นที่จะต้องได้รับการคุ้มครองทางด้านต่าง ๆ เป็นพิเศษ รวมทั้งการคุ้มครองทางกฎหมาย รัฐจึงจำเป็นที่จะต้องออกมาตรการทางกฎหมายให้สอดคล้องกับแนวความคิดดังกล่าว

การกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นการกระทำที่ขัดต่อแนวความคิดในการคุ้มครองเด็กอย่างร้ายแรง เนื่องจากในทุก ๆ ขั้นตอนของการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ไม่ว่าจะเป็นการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็ก การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก หรือการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กต่างส่งผลกระทบต่อทั้งร่างกายและจิตใจของเด็กที่ตกเป็นเหยื่อนอกจากนี้เมื่อมีการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กออกไป สื่อดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อสังคม โดยอาจก่อให้เกิดการเลียนแบบพฤติกรรมการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กดังเช่นที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กอันส่งผลให้เกิดปัญหาอาชญากรรมอื่น ๆ เช่น การข่มขืนกระทำชำเราเด็ก การกระทำอนาจารต่อเด็ก การค้ามนุษย์ ส่งผลให้ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมของประชาชนในสังคมเสื่อมทรามลง ดังนั้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องกำหนดให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดอาญาเพื่อยับยั้งการกระทำความผิดดังกล่าว ทั้งนี้ ในปัจจุบันมากกว่า 127

<sup>166</sup> สถานทูตสหรัฐและสถานกงสุลในประเทศไทย, สหรัฐอเมริกาและไทยร่วมลงนามในข้อตกลงแบ่งปันข้อมูลเพื่อต่อต้านการแสวงหาประโยชน์จากเด็ก [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ: 15 เมษายน 2561. แหล่งที่มา: <https://th.usembassy.gov/th/us-thailand-signed-information-sharing-agreement-combat-child-sexual-exploitation-th/>

ประเทศทั่วโลกได้บัญญัติให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดอาญาและกำหนดมาตรการต่าง ๆ เพื่อแก้ไขปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็ก<sup>167</sup>

อย่างไรก็ตาม การกำหนดให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดอาญานั้นเป็นการจำกัดเสรีภาพของประชาชน การบัญญัติกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กจึงจำเป็นที่จะต้องนำแนวความคิดและทฤษฎีทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความผิดอาญามาใช้เป็นหลักในการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวเพื่อให้สามารถแก้ไขปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กได้อย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้ สาเหตุของการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นสามารถอธิบายได้โดยทฤษฎีการเรียนรู้ทางสังคม เมื่อเข้าใจถึงสาเหตุของการกระทำความผิดแล้วจึงต้องนำแนวความคิดในการกำหนดความผิดอาญา หลักความได้สัดส่วนแนวความคิดในการกำหนดเหตุจรรยาบรรณในความผิดอาญา และความยินยอมของผู้เสียหายในกฎหมายอาญา มาใช้พิจารณากำหนดโทษทางอาญาเพื่อให้เหมาะสมกับลักษณะและความร้ายแรงของการกระทำความผิดแต่ละฐาน

ในบทต่อไป ผู้วิจัยจะศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในประเทศไทยเพื่อวิเคราะห์ถึงความสอดคล้องระหว่างมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยและแนวความคิดและทฤษฎีทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความผิดอาญา การวิเคราะห์ดังกล่าวจะทำให้ทราบถึงสภาพปัญหาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยอันจะทำให้สามารถเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กได้อย่างเหมาะสมต่อไป

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

---

<sup>167</sup> International Centre For Missing & Exploited Children, **Child Pornography: Model Legislation & Global Review** [Online], Accessed: 10 March 2018. Available from: <https://www.icmec.org/child-pornography-model-legislation/>

### บทที่ 3

## มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในประเทศไทย

จากที่ได้กล่าวในบทที่ 2 ถึงแนวความคิดในการคุ้มครองเด็ก เหตุผลในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก และผลกระทบที่เกิดจากสื่อลามกอนาจารเด็กว่าผลกระทบดังกล่าวมิได้ตกแก่เด็กที่เป็นเหยื่อในสื่อลามกอนาจารเด็กเท่านั้น แต่ยังส่งผลกระทบต่อสังคมและประเทศอีกด้วย หลายประเทศทั่วโลกต่างประสบปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็ก รวมทั้งประเทศไทย ดังนั้น บทนี้จึงจะทำการศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยที่บังคับใช้ในปัจจุบัน กล่าวคือ มาตรการตามประมวลกฎหมายอาญาและมาตรการตามพระราชบัญญัติอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546, พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550, พระราชบัญญัติจัดแจ้งการพิมพ์ พ.ศ. 2550, พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 เพื่อวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมของมาตรการทางกฎหมายดังกล่าวว่าเหมาะสมกับการแก้ไขปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กที่เกิดขึ้นมากน้อยเพียงใด อันจะนำไปเป็นแนวทางในการพัฒนามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นต่อไป

### 3.1 พัฒนาการของความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทย

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมสื่อลามกอนาจารนั้นปรากฏอยู่ในกฎหมายไทยหลายฉบับตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันและมีการพัฒนาอยู่เป็นระยะเพื่อให้สอดคล้องกับบริบทของสังคมในแต่ละยุคสมัย ในส่วนนี้จึงจะอธิบายถึงพัฒนาการของความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทยตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงจนถึงประมวลกฎหมายอาญาเพื่อให้เข้าใจถึงความเป็นมาและเหตุผลในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กได้ชัดเจนยิ่งขึ้น

พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชทรงโปรดให้มีการชำระกฎหมายครั้งใหญ่เมื่อ พ.ศ. 2347 เนื่องจากกฎหมายเก่าที่บังคับใช้ก่อนหน้ามีความคลาดเคลื่อนอยู่มาก การบังคับใช้จึงอาจก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรม บทบัญญัติของกฎหมายตราสามดวงส่วนมากจึงเป็นเพียงการรวบรวมและชำระกฎหมายเก่าสมัยกรุงศรีอยุธยาให้เป็นหมวดหมู่และชัดเจนยิ่งขึ้น ทั้งนี้ มีกฎหมายบางลักษณะที่ตราขึ้นใหม่ในสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชและได้นำมารวมรวมไว้



ในกฎหมายตราสามดวง เช่น กฎพระสงฆ์, กฎ 36 ข้อ<sup>1</sup> เมื่อพิจารณาจากกฎหมายตราสามดวงแล้วพบว่าในพระราชกำหนดใหม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจาร ดังนี้

“....แต่ซึ่งสารเทพารักษ์อันเอาไม้ ทำเป็นเพศบุรุษสิ่งใหญ่น้อยต่าง ๆ หญิงชายชวนกันนับถือนั้น ทรงพระกรุณาให้นักปราชราชบัณฑิตย คำนวณในพระไตรปิฎกก็มีได้มีหลาย ให้สืบถามดูหย่างทำเนียม ในพระนครราชธานีต่าง ๆ ก็มีได้มีเยี่ยงหย่าง จึงทรงพระวิจารณ์เห็นว่า แรกเหตุนี้ จะมีมาเพราะคนพาลกักจะละหยาบช้า แชงกระทำเพศอันนี้เยาะเย้ยหญิงแม่มดอันมีมารยาทหาความลอายมิได้เปนเดิม สืบมาหญิงชายผู้หาปัญญามิได้ก็เอาเยี่ยงหย่างนับถือนับถือนั้น เปนที่ทเวศาอันคักสิทธิ์จะชิงชังอีก สมควรแต่กับผีสาธอันต่ำคักคิดสำหาวเผ่าพาลหยาบช้านั้น อันหนึ่งเปนที่แขกเมืองนานาประเทศ ไปมาค้าขายได้เห็นจะดูหมิ่นถิ่นแคลนกรุงเทพพระมหานคร อันกอบด้วยเกียรติยศ จะติเคียนว่ามิควรที่จะนับถือนับถือนั้นจะทำบุญบำรุงฉนี้ จะเอาความลามกอับรมงคลนี้ไปเล่าต่อ ๆ ไปในนานาประเทศต่าง ๆ ก็จะไม่เสียสาตราคมเกรียติยศคักตาณภาพกรุงเทพพระมหานครไป ห้ามอย่าให้มีเพศบุรุษสิ่งอันลามกอับรมงคลไว้ในสารเทพารักษ์เป็นอันขาดทีเดียว แลให้ผู้รักษาเมืองผู้รั้งกรมการกำนันพันนายบ้าน ไปเก็บเอาเผาไฟเสียจล้น อย่าให้มีอยู่ณะโรงสารบ้านเมืองนิคมเขตประเทศใด ๆ มิผู้รู้เห็นเอาเนื้อความมาว่ากล่าว พิจารณาเปนสัจจะเอาผู้รักษาเมืองผู้รั้งกรมการ แลพันนายบ้านและชาวบ้าน ตำบลประเทศนั้น ๆ เปนโทษถึงชีวิตร”<sup>2</sup>

บทบัญญัติข้างต้นห้ามการผลิตวัตถุที่แสดงถึงอวัยวะเพศชายเพื่อนำมากราบไหว้บูชาหรือเพื่อนำไปไว้ที่ศาลเทพารักษ์ หากมีผู้ฝ่าฝืน เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องนำวัตถุดังกล่าวไปทำลาย<sup>3</sup> อย่างไรก็ตาม แม้บทบัญญัติดังกล่าวจะห้ามการผลิตวัตถุลามก แต่เมื่อพิจารณาจากเจตนารมณ์แล้วพบว่าเป็นการห้ามเพื่อมิให้เกิดการลบลู่และทำให้เสื่อมเสียซึ่งศาสนา อีกทั้งยังเป็นเรื่องของการปกป้องชื่อเสียงและเกียรติยศของประเทศจากการดูถูกดูแคลนของนานาชาติ หากใช้เป็นไปเพื่อป้องกันการล่วงละเมิดทางเพศแต่อย่างใด

พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงโปรดให้ชำระสะสางกฎหมายอาญาโดยการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ใน พ.ศ. 2451 เหตุผลสำคัญที่ทำให้มีประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้ก็เนื่องมาจากปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขตซึ่งทำให้คนชาติและบุคคลที่อยู่ในอารักขาของประเทศมหาอำนาจที่ทำสนธิสัญญากับประเทศไทยไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายไทยและไม่ต้องขึ้นศาลไทย ประเทศไทยในขณะนั้นจึงสูญเสียอำนาจอธิปไตยทางการศาลอย่างสิ้นเชิง

<sup>1</sup> คนพล จันทน์หอม, "วิเคราะห์กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 : ศึกษากระบวนการร่างกฎหมายและประเด็นความรับผิดชอบในทางอาญา," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 81 – 84.

<sup>2</sup> กฎหมายตราสามดวง ฉบับราชบัณฑิตยสถาน เล่ม 2, (กรุงเทพฯ: ราชบัณฑิตยสถาน, 2550), หน้า 749.

<sup>3</sup> รัชชชัย มีผดุง, "มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการผลิตและเผยแพร่วัตถุหรือสิ่งของลามก," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 30 – 31.

ประเทศไทยพยายามขอยกเลิกสิทธิสภาพนอกอาณาเขตแต่ประเทศมหาอำนาจทั้งหลายต่างปฏิเสธ โดยมีข้ออ้างประการสำคัญ คือ การขาดหลักประกันความยุติธรรม เพราะศาลไทยในขณะนั้นยังไม่มี การจัดการที่เป็นระบบ อีกทั้งกฎหมายไทยยังอยู่ในสภาพที่ล้าหลังและไม่เป็นระเบียบ<sup>4</sup> ดังนั้น พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงทรงโปรดให้มีการจัดทำกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 โดยนำต้นแบบมาจากกฎหมายต่างประเทศเพื่อให้ประเทศไทยมีกฎหมายที่ทัดเทียมกับ อารยประเทศและแก้ไขปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขต กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายฉบับแรกของ ประเทศไทยที่มีการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารไว้อย่างชัดเจน บทบัญญัติดังกล่าว ปรากฏอยู่ในส่วนที่ 6 ว่าด้วยความผิดที่กระทำอนาจาร หมวด 1 ความผิดฐานกระทำอนาจารอัน เกี่ยวกับสาธารณชน มาตรา 240 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดเอารูปภาพ หรือสมุด หรือสิ่งใดใดอันมีลักษณะ ลามกอนาจารออกขายหรือทอดตลาดก็ดี หรือเอาของลามกอนาจารที่ว่ามานั้นแสดงโดยเปิดเผย สาธารณชนก็ดี ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกเป็นสามสถาน คือ สถานหนึ่งให้จำคุกไม่ เกินกว่าหกเดือน สถานหนึ่งให้ปรับไม่เกินกว่าห้าร้อยบาท สถานหนึ่งให้ลงโทษทั้งจำทั้งปรับเช่นว่า มาแล้วด้วยกัน” อันเป็นการกำหนดความผิดฐานเผยแพร่สื่อลามกอนาจาร

ต่อมาได้มีการออกพระราชบัญญัติปรามการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุลามก พ.ศ. 2471 โดยมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจาร ดังนี้

“มาตรา 3 ผู้ใด เพื่อประโยชน์หรือในทางค้าขาย จำหน่ายหรือแสดงอวดแก่สาธารณชน บังอาจทำ ทำให้มีขึ้น มีไว้ในครอบครอง นำหรือส่งเข้ามาจากต่างประเทศ ส่งออกไปนอกประเทศ พา ไป ทำให้แพร่หลาย ให้ยืม หรือยังผู้อื่นให้นำหรือส่งเข้ามาจากต่างประเทศ ส่งออกไปนอกประเทศ หรือพาไปซึ่งหนังสืออันบุคคลแต่งขึ้น ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ขึ้น รูปภาพ ภาพ โฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ ที่ลามก หรือวัตถุอันลามกอย่างอื่นก็ดี หรือประกอบกิจการ หรือมีส่วนในกิจการเกี่ยวแก่วัตถุหรือสิ่งลามกดังกล่าวแล้ว จะในทางสาธารณหรือในส่วนเอกชนก็ดี ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 240 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา

มาตรา 4 ผู้ใด เพื่อจะช่วยให้แพร่หลายหรือช่วยในการค้าวัตถุอันลามกดังที่ระบุไว้ ในมาตราก่อน บังอาจโฆษณาหรือทำให้ทราบทั่วกันไปว่ามีบุคคลทำให้แพร่หลายหรือทำการค้าขาย ซึ่งวัตถุเช่นว่านี้ก็ดี หรือประกาศโฆษณาหรือทำให้ทราบกันไป โดยตรงหรือโดยทางอ้อมก็ดีว่าบุคคล อาจหาวัตถุอันลามกดังกล่าวนั้นได้โดยวิธีใด ฉะนั้นท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษดังที่บัญญัติไว้ ในมาตราก่อน”

<sup>4</sup> ยอร์ช ปาดูซ์, บันทึกของนายยอร์ช ปาดูซ์ (Georges Padoux) ที่ปรึกษาการร่างกฎหมายของรัฐบาลสยามเกี่ยวกับการ ร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2546), หน้า 39 – 44.

หากพิจารณาจากบทบัญญัติข้างต้นจะพบว่าพระราชบัญญัติปรามการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุลามก พ.ศ. 2471 มีบทบัญญัติทับซ้อนกับกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 240<sup>5</sup> แต่พระราชบัญญัติปรามการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุลามก พ.ศ. 2471 ได้บัญญัติขยายความออกไปให้ครอบคลุมการกระทำความผิดที่หลากหลายขึ้น กล่าวคือ ได้กำหนดลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดเพิ่มเติมโดยรวมถึงการทำให้มีขึ้น มีไว้ในครอบครอง นำหรือส่งเข้ามาจากต่างประเทศ หรือส่งออกไปนอกประเทศซึ่งสื่อลามกอนาจารนั้นเพื่อประโยชน์ในทางการค้า นอกจากนี้ยังมีได้จำกัดวัตถุประสงค์แห่งการกระทำอยู่แค่เพียงรูปภาพหรือสมุดดังเช่นตามประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 แต่ยังคงรวมถึงวัตถุอื่น ๆ เช่น ภาพโฆษณา เครื่องหมาย ภาพยนตร์ อีกด้วย

เมื่อมีการจัดทำประมวลกฎหมายอาญา บทบัญญัติเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารถูกบัญญัติไว้ในลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ มาตรา 287 อันเป็นความผิดเกี่ยวกับการผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเพื่อความประสงค์แห่งการค้า มาตรานี้มีข้อความทำนองเดียวกับมาตรา 240 แห่งกฎหมายลักษณะอาญาเดิมและพระราชบัญญัติปรามการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุลามก พ.ศ. 2471 เนื่องจากคณะอนุกรรมการตรวจพิจารณาร่างแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาได้มีมติให้นำบทบัญญัตินี้ดังกล่าวมาเป็นแนวทางในการร่างบทบัญญัติเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารในประมวลกฎหมายอาญา<sup>6</sup>

ประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2535 อนุสัญญาดังกล่าวได้วางหลักเกี่ยวกับสิทธิต่าง ๆ ที่เด็กพึงได้รับอันประกอบด้วย สิทธิและเสรีภาพของเด็กโดยทั่วไป การคุ้มครองร่างกาย ชีวิต เสรีภาพ และสวัสดิภาพของเด็ก อีกทั้งยังกำหนดให้รัฐต้องคุ้มครองเด็กจากการถูกแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบในทุกรูปแบบรวมทั้งการเข้าร่วมในสื่อลามกอนาจารเด็ก อย่างไรก็ตาม แม้ประเทศไทยจะเข้าร่วมเป็นภาคีของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กแล้ว แต่ในขณะนั้นกฎหมายไทยยังมีได้มีบทบัญญัติเฉพาะว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กแต่อย่างใด คงมีเพียงบทบัญญัติกำหนดความผิดเกี่ยวกับการผลิตและเผยแพร่สื่อลามกอนาจารทั่วไปตามประมวลกฎหมายอาญาและพระราชบัญญัติอื่น ๆ ที่สามารถนำมาปรับใช้กับความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กได้เพียงบางกรณีเท่านั้น ต่อมาเมื่อเทคโนโลยีเข้ามามีบทบาทในการกระทำความผิดอาญา ปัญหาที่เกิดจากสื่อลามกอนาจารเด็กจึงทวีความรุนแรงขึ้น นานาประเทศได้ตระหนักความสำคัญของปัญหาดังกล่าวจึงเห็นได้จากการรับรองพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็ก และสื่อลามกอนาจารเด็กซึ่งประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีในพิธีสารดังกล่าวเช่นกัน การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นเป็นการกระทำที่ละเมิด

<sup>5</sup> หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2548), หน้า 356.

<sup>6</sup> มีนณรี ฉัตรจินดา, "ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทสาขากฎหมายอาญา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 72 - 73.

สิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเนื่องจากเป็นปัจจัยที่ก่อให้เกิดการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก อีกทั้งยังส่งผลกระทบต่อสวัสดิภาพของเด็ก แต่ในขณะนั้นกฎหมายไทยยังมิได้บัญญัติความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก นอกจากนี้ความผิดเกี่ยวกับการค้าหรือทำให้แพร่หลายซึ่งวัตถุหรือสิ่งลามกตามกฎหมายไทยนั้นยังไม่ได้แยกประเภทระหว่างสื่อลามกอนาจารทั่วไปกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ทั้งที่ลักษณะความผิดมีความร้ายแรงแตกต่างกัน ดังนั้นประเทศไทยจึงได้ออกพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 โดยกำหนดความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ใน มาตรา 287/1 และแยกความผิดฐานผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อความประสงค์แห่งการค้าออกจากความผิดฐานผลิตและเผยแพร่สื่อลามกอนาจารทั่วไปโดยกำหนดความผิดฐานผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อความประสงค์แห่งการค้าไว้ในมาตรา 287/2 ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับความตกลงระหว่างประเทศข้างต้นและเพื่อป้องกันเด็กจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศมากขึ้น

พัฒนาการของความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทยข้างต้นแสดงให้เห็นว่าแนวความคิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารนั้นมิใช่แนวความคิดดั้งเดิมของกฎหมายไทย แต่เป็นแนวความคิดที่ได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายต่างประเทศ กล่าวคือ แม้ในกฎหมายตราสามดวงจะมีบทบัญญัติที่กล่าวถึงการห้ามบุชิววัตถุลามก แต่บทบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นไปเพื่อปกป้องคุ้มครองศาสนาหาใช่เพื่อป้องกันบุคคลจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศไม่ ต่อมาเมื่อมีการจัดทำกฎหมายลักษณะอาญาร.ศ. 127 จึงได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเป็นครั้งแรกไว้ในกฎหมายไทยโดยมีต้นแบบมาจากกฎหมายต่างประเทศ จากนั้นเมื่อประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็ก และสื่อลามกอนาจารเด็กจึงได้มีการกำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้เป็นการเฉพาะในกฎหมายอาญาเพื่อให้สอดคล้องกับความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวนั่นเอง

### 3.2 บทบัญญัติกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจารเด็ก

ปัจจุบันกฎหมายไทยมีการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในประมวลกฎหมายอาญา นอกจากนี้ยังมีพระราชบัญญัติอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมสื่อลามกอนาจารเด็กอันสามารถนำมาปรับใช้ได้กับข้อเท็จจริงได้บางกรณี ดังนั้น ในส่วนนี้จึงจะอธิบายถึงบทบัญญัติตามกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจารเด็กตามประมวลกฎหมายอาญาและพระราชบัญญัติอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมสื่อลามกอนาจารเด็ก

### 3.2.1 ประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติฐานความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้เป็นการเฉพาะตามมาตรา 287/1 และมาตรา 287/2 โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 จึงกล่าวได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่สามารถนำมาปรับใช้กับการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กได้โดยตรง การศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กตามประมวลกฎหมายอาญานี้จึงแบ่งหัวข้อการศึกษาออกเป็น 3 หัวข้อตามประเด็นทางกฎหมาย ได้แก่ องค์ประกอบความผิดของความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก, เหตุการณ์จริงในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก และข้อยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก โดยจะอธิบายถึงบทบัญญัติในประเด็นดังกล่าวทั้งก่อนและหลังมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558

#### 3.2.1.1 องค์ประกอบความผิดของความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก

ก่อนที่จะวิเคราะห์กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยเพื่อเสนอแนวทางในการพัฒนาบทบัญญัติดังกล่าวนั้นจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาองค์ประกอบความผิดของความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ในส่วนนี้จึงจะทำการศึกษานियามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (17) พร้อมทั้งศึกษาลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287/1 และมาตรา 287/2

##### 3.2.1.1.1 นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็ก

เดิมประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติฐานความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารไว้ในลักษณะ 9 ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ ดังนี้

“มาตรา 287 ผู้ใด

(1) เพื่อความประสงค์แห่งการค้า หรือโดยการค้า เพื่อการแจกจ่ายหรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน ทำ ผลิต มีไว้ นำเข้าหรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกไปนอกราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไปหรือทำให้แพร่หลายโดยประการใด ๆ ซึ่งเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพหรือสิ่งอื่นใดอันลามก

(2) ประกอบการค้า หรือมีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้าเกี่ยวกับวัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้ว แจกจ่ายหรือแสดงอวดแก่ประชาชน หรือให้เช่าวัตถุหรือสิ่งของเช่นว่านั้น

(3) เพื่อจะช่วยการทำให้แพร่หลาย หรือการค้าวัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้ว โฆษณาหรือโฆษณาโดยประการใด ๆ ว่ามีบุคคลกระทำการอันเป็นความผิดตาม

มาตรฐานนี้ หรือโฆษณาหรือโฆษณาว่าวัตถุ หรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้วจะหาได้จากบุคคลใด หรือโดยวิธีใด

ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติข้างต้นเป็นการบัญญัติความรับผิดชอบเกี่ยวกับการผลิตและเผยแพร่สื่อลามกอนาจารทั่วไป มิได้แบ่งแยกสื่อลามกอนาจารเด็กออกจากสื่อลามกอนาจารทั่วไป นอกจากนี้ยังมีได้บัญญัติความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารไว้ เนื่องจากวัตถุประสงค์ของการตราบทบัญญัตินี้เป็นไปเพื่อคุ้มครองศีลธรรมโดยรวมที่มีผลต่อจิตใจของบุคคลทั่วไป การครอบครองสื่อลามกอนาจารไว้เพื่อคู่ส่วนตัวส่งผลกระทบต่อศีลธรรมของผู้ครอบครองเท่านั้น มิได้กระทบถึงบุคคลอื่น จึงไม่มีการบัญญัติความผิดฐานครอบครองสื่อลามกไว้<sup>7</sup>

ต่อมาเมื่อ พ.ศ. 2558 ได้มีการออกพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 เพื่อเพิ่มเติมความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก โดยให้คำนิยามดังนี้

“มาตรา 1 (17) “สื่อลามกอนาจารเด็ก” หมายความว่า วัตถุหรือสิ่งทีแสดงให้รู้หรือเห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปี โดยรูปเรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือรูปแบบอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน และให้หมายความรวมถึงวัตถุหรือสิ่งต่าง ๆ ข้างต้นที่จัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้”

กรณีที่จะถือว่า “ลามกอนาจาร” นั้นต้องปรากฏว่าวัตถุดังกล่าว นำเสนอถึงการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศอันมีลักษณะน่ารังเกียจ น่าอูจาดับดี น้อมนำไปสู่ความต่ำความชั่ว ซึ่งเป็นการกระตุ้นความรู้สึกทางเพศของผู้พบเห็นและปราศจากคุณค่าทางศิลปะ เช่น ภาพหญิงเปลือยกายมีแหคคุมตัว ภาพหญิงเปลือยอกสวมกางเกงใน ส่วนมือล้วงเข้าไปจับที่อวัยวะเพศ และภาพหญิงสวมแค่กางเกงในโปร่งมีผู้ชายนอนกอด<sup>8</sup> ตามที่ได้อธิบายในบทที่ 2 ในเรื่องความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็ก

จากที่ได้ศึกษามาในบทที่ 2 พบว่าสื่อลามกอนาจารเด็กแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ คือ สื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงและสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่

<sup>7</sup> มีนตรี ฉัตรจินดา, "ความรับผิดชอบของผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก," หน้า 75.

<sup>8</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3510/2532

ปรากฏภาพของเด็กจริง โดยสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงนี้สามารถแบ่งย่อยได้เป็นอีก 4 ประเภท คือ สื่อลามกอนาจารเด็กที่ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดง สื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกดัดแปลงหรือสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิก สื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นภาพวาด ภาพระบายสีหรือการ์ตูน และสื่อลามกอนาจารเด็กที่อยู่ในรูปแบบอื่น ๆ ซึ่งไม่ใช่รูปภาพ ปัญหาสำคัญคือที่ต้องพิจารณาคือ นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทยนี้ครอบคลุมสื่อลามกอนาจารเด็กในลักษณะใดบ้าง

นิยามข้างต้นกำหนดว่าสื่อลามกอนาจารเด็กต้องแสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกิน 18 ปี ซึ่งเมื่อพิจารณาจากคำว่า “ซึ่งมีอายุ” พบว่าเด็กที่มีสภาพบุคคลเท่านั้นที่จะสามารถมีอายุได้ตามกฎหมาย<sup>9</sup> นอกจากนี้เมื่อพิจารณาจากความหมายของเด็กตามประมวลกฎหมายอาญาตามที่ได้ศึกษาในหัวข้อ 2.1.1.1 ยังพบว่าบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาที่บัญญัติโดยใช้คำว่า “เด็ก” นั้นต่างมุ่งหมายถึงเด็กที่มีตัวตนจริงทั้งสิ้น เช่น มาตรา 73 ที่วางหลักว่า หากเด็กอายุไม่เกิน 10 ปีกระทำความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติ เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ, มาตรา 277 ที่วางหลักว่า ผู้ใดกระทำความผิดกับเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ผู้นั้นต้องรับโทษ ดังนั้น สื่อลามกอนาจารเด็กนี้จึงน่าจะหมายถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงที่มีตัวตนจริงๆ เท่านั้น

อนึ่ง คณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวมีข้อสังเกตว่า เมื่อร่างกฎหมายดังกล่าวประกาศใช้จะส่งผลกระทบต่อประชาชนจึงมีความจำเป็นที่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องต้องบูรณาการเพื่อกำหนดแผนงานและแนวทางจัดเตรียมความพร้อม ดังนั้น นายวิษณุ เครืองาม รองนายกรัฐมนตรี จึงได้มอบหมายให้กระทรวงยุติธรรมรับข้อสังเกตดังกล่าวไปพิจารณา ต่อมากระทรวงยุติธรรมโดยสำนักงานกิจการยุติธรรมได้จัดการประชุมเพื่อกำหนดแผนงานและแนวทางจัดเตรียมความพร้อมในการประกาศใช้กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็ก โดยมีผู้แทนจากหน่วยงานผู้ทรงคุณวุฒิเข้าร่วมหารือ ได้แก่ กรรมการร่างกฎหมายฉบับดังกล่าว สำนักงานตำรวจแห่งชาติ กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักงานอัยการสูงสุด กรมกิจการเด็กและเยาวชน กรมองค์การระหว่างประเทศ กรมสอบสวนคดีพิเศษ กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ สถาบันนิติวิทยาศาสตร์ สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย สำนักกฎหมายและสถาบันพัฒนาบุคลากรกระทรวงยุติธรรม และสำนักงานปลัดกระทรวงยุติธรรม<sup>10</sup> ที่ประชุมได้มีความคิดเห็นให้จัดทำคู่มือเพื่อกำหนดแนวทางในการบังคับใช้กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็ก

<sup>9</sup> อภิรัฐ บุญทอง, "สาระสำคัญของความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก," *ตุลพาท* 63, 1 (2559): 165 – 182.

<sup>10</sup> สำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม, *คู่มือและแนวทางการดำเนินการตามแผนและการเตรียมความพร้อมในการบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558* [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 15 มีนาคม 2561. แหล่งที่มา: <http://dl.parliament.go.th/handle/lirt/493528>

สำนักงานกิจการยุติธรรมจึงได้จัดทำคู่มือและแนวทางการดำเนินการตามแผนและการเตรียมความพร้อมในการบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 โดยคู่มือดังกล่าววางแนวทางว่านิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทยไม่รวมถึงการ์ตูนหรือภาพเคลื่อนไหวที่บุคคลซึ่งปรากฏในวัตถุนั้นไม่ใช่มนุษย์จริง แต่เป็นเพียงเสมือนจริง แม้จะสื่อให้เห็นการกระทำทางเพศก็ตาม<sup>11</sup> กล่าวคือ บุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กต้องเป็นเด็กที่มีตัวตนจริง ซึ่งเป็นแนวทางที่สอดคล้องกับถ้อยคำตามบทบัญญัติข้างต้น

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำส่วนต่อไปที่ว่า “ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของ...ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี...” จะพบว่าโดยสภาพของวัตถุบางชนิดย่อมไม่สามารถนำเด็กที่มีตัวตนจริงเข้ามาเกี่ยวข้องได้ เช่น ภาพเขียน ภาพระบายสี เด็กที่ปรากฏในวัตถุเหล่านี้ย่อมมิใช่เด็กที่มีตัวตนจริง แต่เป็นเด็กที่เกิดจากจินตนาการของมนุษย์ นอกจากนี้แม้ถ้อยคำตามนิยามข้างต้นจะวางหลักว่าสื่อลามกอนาจารเด็กรวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นภาพวาด ภาพระบายสีหรือการ์ตูน และสื่อลามกอนาจารเด็กที่อยู่ในรูปแบบอื่น ๆ ซึ่งไม่ใช่รูปภาพ แต่กรณีสื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกตัดแปลงหรือสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิกนั้นยังไม่ชัดเจนว่ารวมอยู่ในนิยามดังกล่าวด้วยหรือไม่<sup>12</sup> อีกทั้งนิยามข้างต้นกำหนดไว้ว่าต้องเป็น “วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกิน 18 ปี” หากบุคคลที่ปรากฏในสื่อเป็นผู้ใหญ่ ย่อมไม่ใช่สื่อลามกอนาจารเด็ก สื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดงจึงไม่รวมอยู่ในนิยามดังกล่าว ทั้ง ๆ ที่สื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกตัดแปลงหรือสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิกและสื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดงนี้เป็นการนำเสนอภาพการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กซึ่งในบางกรณีแทบจะไม่สามารถแยกออกเลยว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารนั้นแท้จริงไม่ใช่เด็ก

ดังนั้น จึงจะเห็นได้ว่าถ้อยคำตามประมวลกฎหมายอาญาที่บัญญัตินิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กแต่ละส่วนมีความขัดแย้งกัน กล่าวคือ นิยามดังกล่าวกำหนดว่าสื่อลามกอนาจารเด็กต้องเป็นการประกอบกิจกรรมทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกิน 18 ปี ซึ่งย่อมหมายถึงเด็กที่มีตัวตนจริง ในขณะที่นิยามดังกล่าวก็กำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็ก รวมถึงวัตถุบางชนิดที่โดยสภาพแล้วไม่สามารถนำเด็กที่มีตัวตนจริงเข้ามามีส่วนร่วมในสื่อลามกอนาจารเด็กได้ จึงก่อให้เกิดความไม่ชัดเจนว่านิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กของกฎหมายไทยครอบคลุมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กลักษณะใดบ้าง ในประเด็นนี้นายอภิรัฐ บุญทอง ผู้พิพากษาศาลจังหวัดชัยภูมิ ได้แสดงความคิดเห็นไว้ว่า “เมื่อพิจารณาจากเหตุผลในการร่างกฎหมายที่ว่าสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นปัจจัยที่ก่อให้เกิดการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กและส่งผลกระทบต่อสวัสดิภาพ

<sup>11</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>12</sup> อภิรัฐ บุญทอง, "สาระสำคัญของความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก," *ตุลพาท* 63, 1 (2559): 165 – 182.



**ของเด็ก** ผู้เขียนมีความเห็นว่า เด็กที่ปรากฏในสื่อ นั้นหมายความว่าความรวมถึงเด็กที่สร้างขึ้นโดยใช้เครื่องมือทางเทคโนโลยีทางด้านกราฟิกด้วย เพราะแม้เป็นภาพกราฟิกก็มีส่วนช่วยกระตุ้นให้กลุ่มผู้บริโภคสื่อเหล่านั้นเกิดความต้องการที่จะละเมิดทางเพศกับเด็กได้เช่นเดียวกัน แต่เมื่อพิจารณาในแง่สิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะเห็นได้ว่าการบริโภคสื่อที่ใช้กราฟิก แม้จะเป็นรูปเด็กที่มีอายุไม่เกินสิบแปดปีก็เป็นเพียงรสนิยมทางเพศของเขาเท่านั้น หากเขาไม่ได้กระทำความผิดอื่นขึ้นมาภายหลังก็ไม่มีเด็กที่มีชีวิตจริงคนใดถูกล่วงละเมิด เช่นนี้จึงมีปัญหาคิดอยู่มาก อีกทั้งเด็กที่เป็นภาพกราฟิกนั้นมิได้มีสภาพบุคคลที่จะถูกกระทำจึงไม่สามารถนับอายุของเด็กได้ เมื่อพิจารณาในมุมนี้จะเห็นได้ว่ากฎหมายบัญญัติโดยใช้คำว่า “ซึ่งมีอายุ” จึงจะเห็นได้ว่าเด็กที่มีสภาพบุคคลเท่านั้นที่จะมีอายุได้ เด็กที่เป็นกราฟิกย่อมไม่อาจมีอายุได้ตามกฎหมาย<sup>13</sup> ความคิดเห็นดังกล่าวสนับสนุนว่านิยามสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทยยังขาดความชัดเจน

อนึ่ง นางสาวจินตนันท์ ชญาตร์ ศุภมิตร สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติผู้เสนอร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 ซึ่งเพิ่มเติมบทบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กได้ชี้แจงว่า “นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กรวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นการ์ตูนกระดาษ (Manga) แต่ไม่รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นคอมพิวเตอร์กราฟิก กรณีสื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นการ์ตูน คณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 ได้มีการถกเถียงกันเรื่องนี้โดยมีหลากหลายความคิดเห็น เนื่องจากกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศญี่ปุ่นไม่รวมสื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นการ์ตูนกระดาษ เพราะเหตุว่าจะทำลายวงการอุตสาหกรรมการ์ตูนและไม่ได้กระทำกับตัวเด็กจริง ๆ แต่กรรมการหลายท่านเห็นว่าสื่อลามกอนาจารเด็กประเภทนี้สามารถใช้เป็นเครื่องมือในการล่อลวงเด็กได้ และการ์ตูนแนวนี้ในประเทศไทยก็แพร่ระบาด จึงเห็นควรที่จะยับยั้งและป้องกันการกระทำความผิด

สำหรับสื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นคอมพิวเตอร์กราฟิก ที่ประชุมฯก็มีความคิดหลากหลายเช่นกัน การทำคอมพิวเตอร์กราฟิกรูปร่างที่เป็นเด็กที่เกือบเสมือนจริง กรรมการหลายท่านมีความเห็นว่าเป็นการสร้างรูปจำลอง ไม่ใช่ตัวเด็กจริง ๆ อีกทั้งคนที่มีความสามารถทำกราฟิกยังมีน้อย ไม่แพร่หลาย และการเข้าถึงสื่อลามกอนาจารเด็กประเภทนี้น้อยกว่าการ์ตูนสื่อลามกอนาจารเด็กจึงยังไม่เห็นด้วยที่จะกำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กลักษณะนี้เป็นตามความผิดอาญา ส่วนสื่อลามกอนาจารที่ดัดแปลงโดยคอมพิวเตอร์ เช่น การตัดต่อภาพร่างกายของเด็กเข้ากับศีรษะผู้ใหญ่ น่าจะเข้าข่ายเป็นความผิดตามกฎหมายนี้ได้ เพราะสรีระที่ปรากฏให้เห็นเป็นสรีระของเด็กจริง ๆ

<sup>13</sup> อภิรัฐ บุญทอง, "สาระสำคัญของความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก," *ตุลพาท*: 165 – 182.

**กรณีสื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดง แม้จะทำเทคนิคเพิ่มเติม ทำให้เหมือนเป็นเด็กแสดง แต่ก็ไม่ได้ทำให้ผู้แสดงกลายเป็นเด็ก เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงแล้วผู้แสดงไม่ใช่เด็ก การกระทำจึงยังไม่เป็นความผิดจึงมีความเห็นว่าไม่รวมอยู่ในนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็ก”<sup>14</sup>**

สรุปได้ว่า สื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทยรวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริง แต่กรณีสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงยังมีความคลุมเครืออยู่หลายประการ การที่ถ้อยคำตามกฎหมายกำหนดว่าสื่อลามกอนาจารเด็กต้องแสดงให้รู้หรือเห็นถึงการประกอบกิจกรรมทางเพศของเด็กซึ่งมีอายุไม่เกิน 18 ปี ย่อมแสดงให้เห็นว่าเด็กที่ปรากฏในสื่อต้องเป็นเด็กที่มีตัวตนจริง อีกทั้งคู่มือการบังคับใช้กฎหมายที่จัดทำโดยสำนักงานกิจการยุติธรรมยังระบุทำนองเดียวกันว่านิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กไม่รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงซึ่งอยู่ในรูปแบบภาพ ในทางกลับกันถ้อยคำตามกฎหมายส่วนต่อมาก็กำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กครอบคลุมถึงวัตถุที่เป็นภาพวาดหรือภาพระบายสีที่โดยสภาพแล้วย่อมเป็นกรณีที่บุคคลในสื่อมิใช่เด็กที่มีตัวตนจริงซึ่งขัดแย้งกับถ้อยคำตามกฎหมายส่วนแรก อย่างไรก็ตาม ผู้เสนอร่างกฎหมายชี้แจงว่านิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กหมายถึงเฉพาะสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงและสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงซึ่งเป็นภาพวาด ภาพระบายสี หรือการ์ตูนซึ่งเด็กที่ปรากฏในสื่อไม่มีความเสมือนจริง แต่ไม่รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงที่ถูกสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิกและสื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดงแต่อย่างใด กล่าวคือ ผู้เสนอร่างกฎหมายชี้แจงว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กประสงค์ให้ครอบคลุมสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงเพียงบางประเภทเท่านั้น

เมื่อพิจารณาจากต้นร่างของพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 ทางผู้เสนอร่างกฎหมายได้ชี้แจงว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้เป็นไปเพื่อคุ้มครองเด็กที่มีตัวตนจริงและไม่ได้มุ่งหมายให้รวมถึงภาพจำลองที่สร้างจากคอมพิวเตอร์กราฟิกหรือการ์ตูน<sup>15</sup> ต่อมาในชั้นกรรมาธิการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว คณะกรรมาธิการมีความคิดเห็นว่าสื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นภาพวาด ภาพระบายสีหรือการ์ตูนนั้นแพร่หลายในประเทศไทยจึงได้กำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กลักษณะดังกล่าวเป็นความผิดอาญาด้วย<sup>16</sup> แต่ไม่ได้กำหนดให้นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กครอบคลุมไปถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่

<sup>14</sup> สัมภาษณ์, จินตนนท์ ชญาตร์ ศุภมิตร, สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ, 15 มิถุนายน 2561.

<sup>15</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, "บันทึกการประชุมพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ. .... ครั้งที่ 1/2558," 25 กุมภาพันธ์ 2558. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

<sup>16</sup> สัมภาษณ์, จินตนนท์ ชญาตร์ ศุภมิตร, สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ, 15 มิถุนายน 2561.

ปรากฏภาพของเด็กจริงลักษณะอื่นๆ ได้แก่ สื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิก สื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดง ทั้ง ๆ ที่สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงในลักษณะเหล่านี้มิได้มีเด็กที่มีตัวตนจริงเข้ามาเกี่ยวข้องและส่งผลกระทบต่อสังคมในการทำงานเดียวกับสื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นภาพวาด ภาพระบายสี หรือการ์ตูน ดังนั้นจึงเกิดปัญหาว่ากฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของไทยประสงค์จะ “คุ้มครองเด็กที่มีตัวตนจริง” หรือ “คุ้มครองมิให้มีการนำเสนอเนื้อหาลามกเกี่ยวกับเด็ก”

ความไม่สอดคล้องของถ้อยคำตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย แนวทางการบังคับใช้กฎหมายซึ่งออกโดยหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมาย และความคิดเห็นของนักกฎหมายข้างต้นก่อให้เกิดความสับสนในการบังคับใช้กฎหมายว่าสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทยนั้นจะรวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงด้วยหรือไม่ และหากรวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงด้วยนั้นจะรวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงลักษณะใดบ้าง อนึ่ง ปัจจุบันยังไม่มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยประเด็นดังกล่าวแต่อย่างใด อีกทั้ง พันตำรวจโทรุ่งเลิศ คันธจันทร์ เจ้าหน้าที่คณะกรรมการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กทางอินเทอร์เน็ต สำนักงานตำรวจแห่งชาติ ได้ให้ข้อมูลว่าปัจจุบันคณะกรรมการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กทางอินเทอร์เน็ตยังไม่เคยดำเนินคดีกับสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงแต่อย่างใด<sup>17</sup> ข้าพเจ้าจึงมีความคิดเห็นว่าควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมนิยามดังกล่าวให้มีขอบเขตชัดเจนยิ่งขึ้น

ปัญหาอีกประการที่เกิดขึ้นกับการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของหลาย ๆ ประเทศคือ ปัญหาในการพิสูจน์อายุของบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็ก เนื่องจากในคดีสื่อลามกอนาจารเด็กมักไม่สามารถระบุตัวตนของเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กได้ ต่างจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศฐานอื่น ๆ เช่น ความผิดฐานกระทำชำเรา ความผิดฐานกระทำอนาจาร ซึ่งผู้เสียหายต้องมีการร้องทุกข์ก่อนดำเนินคดี เจ้าหน้าที่ตำรวจจึงสามารถพิสูจน์อายุของเด็กที่ตกเป็นเหยื่อได้จากพยานเอกสารต่าง ๆ อีกทั้งการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กส่วนมากมักเป็นการกระทำความผิดฐานครอบครองและเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก มิใช่กรณีการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กซึ่งการสืบหาพยานหลักฐานต่าง ๆ กระทำได้ง่ายกว่าเนื่องจากตัวผู้ผลิตได้มีการติดต่อกับเด็กโดยตรง<sup>18</sup> การพิสูจน์อายุของบุคคลที่ปรากฏในสื่อ

<sup>17</sup> สัมภาษณ์, รุ่งเลิศ คันธจันทร์, พันตำรวจโท คณะทำงานปราบปรามการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กทางอินเทอร์เน็ต สำนักงานตำรวจแห่งชาติ, 8 พฤษภาคม 2561.

<sup>18</sup> Alisdair A. Gillespie, "Child Pornography," *Information & Communications Technology Law* 27, 1 (2018):

ลามกอนาจารเด็กจึงกระทำได้อย่าง ทั้งนี้ จากการสัมภาษณ์เจ้าหน้าที่ตำรวจพบว่า ในทางปฏิบัติของประเทศไทย การพิสูจน์อายุของบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กซึ่งไม่สามารถระบุตัวตนได้อาจทำได้โดยการพิจารณาจากลักษณะภายนอก หากลักษณะภายนอกแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าเป็นเด็ก เช่น กรณีเป็นเด็กทารกหรือเด็กเล็ก ย่อมไม่มีปัญหาในการดำเนินคดี แต่ปัญหาอาจเกิดขึ้นในกรณีเด็กโตที่อยู่ในช่วงวัยเจริญพันธุ์ซึ่งลักษณะภายนอกบางประการคล้ายผู้ใหญ่<sup>19</sup> แม้โดยภาพรวมจะสามารถเห็นได้ว่าบุคคลดังกล่าวเป็นเด็ก แต่เมื่อไม่สามารถระบุอายุของบุคคลดังกล่าวได้ก็อาจทำให้ไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดได้ กรณีนี้ย่อมส่งผลให้เด็กไม่ได้รับความคุ้มครองเท่าที่ควร

### 3.2.1.1.2 ลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิด

ภายหลังจากมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 ได้มีการบัญญัติความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในมาตรา 287/1 และแยกความผิดฐานผลิตและเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กออกต่างหากจากสื่อลามกอนาจารทั่วไปไว้ในมาตรา 287/2 โดยมีเจตนารมณ์เพื่อให้กฎหมายภายในของประเทศไทยสอดคล้องกับความตกลงระหว่างประเทศและเพิ่มความเข้มงวดในการป้องกันการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก บทบัญญัติที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 มีความดังนี้

“มาตรา 287/1 ผู้ใดครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งส่งต่อซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กแก่ผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 287/2 ผู้ใด

(1) เพื่อความประสงค์แห่งการค้า หรือโดยการค้า เพื่อการแจกจ่ายหรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน ทำ ผลิต มีไว้ นำเข้าหรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักรส่งออกหรือยังให้ส่งออกไปนอกราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไปหรือทำให้แพร่หลายโดยประการใด ๆ ซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็ก

(2) ประกอบการค้า หรือมีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้าเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก แจกจ่ายหรือแสดงอวดแก่ประชาชนหรือให้เข้าสื่อลามกอนาจารเด็ก

<sup>19</sup> สัมภาษณ์, รุ่งเลิศ คันธจันทร์, พันตำรวจโท คณะทำงานปราบปรามการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กทางอินเทอร์เน็ต สำนักงานตำรวจแห่งชาติ, 20 มีนาคม 2561.

(3) เพื่อจะช่วยให้แพร่หลาย หรือการค้าสื่อลามกอนาจาร  
 เด็กแล้ว โฆษณาหรือโฆษณาโดยประการใด ๆ ว่ามีบุคคลกระทำการอันเป็นความผิดตามมาตรา<sup>20</sup> หรือ  
 โฆษณาหรือโฆษณาว่าสื่อลามกอนาจารเด็กดังกล่าวแล้วจะหาได้จากบุคคลใด หรือโดยวิธีใด  
 ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่หกหมื่น  
 บาทถึงสองแสนบาท”

จากบทบัญญัติที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม  
 ประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 ข้างต้นสามารถแบ่งลักษณะของการกระทำที่เป็น  
 ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กได้ดังนี้

### (1) การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287/1 วรรคหนึ่ง วางหลัก  
 ห้ามการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศ ไม่ว่าจะเป็นการแสวงหา  
 ประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ประเด็นสำคัญในการวินิจฉัยความผิดฐานนี้คือกรณีใดจึง  
 จะเรียกได้ว่ามีการครอบครองอันเป็นความผิดสำเร็จแล้ว ในประเด็นนี้มีความคิดเห็นของนักกฎหมาย  
 แบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย ฝ่ายแรกมีความคิดเห็นว่าการครอบครองทางอาญา หมายถึง การครอบครอง  
 ทรัพย์สินตามความเป็นจริงโดยผู้ครอบครองมีเจตจำนง (Will) ที่จะปกครองทรัพย์สินนั้นอันสามารถเห็นได้  
 จากการทำบุคคลดังกล่าวสามารถจัดการงานอย่างใดอย่างหนึ่งกับทรัพย์สินนั้นได้โดยไม่มีผู้ใดมาขัดขวาง  
 ไม่ได้มีความหมายเป็นอย่างเดียวกับ “สิทธิครอบครอง” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์  
 มาตรา 1367<sup>20</sup> และมาตรา 1368<sup>21</sup> ในทางกลับกันฝ่ายที่สองมีความคิดเห็นว่าการครอบครองทาง  
 อาญานี้มีความหมายเช่นเดียวกับสิทธิครอบครองในทางแพ่ง เพียงแต่คำว่า “สิทธิครอบครอง” ใช้เมื่อ  
 อธิบายในแง่ของสิทธิ ในขณะที่ “การครอบครอง” นั้นใช้ในแง่กิริยาอาการของผู้กระทำที่กระทำต่อ  
 ทรัพย์สิน ฝ่ายที่สองจึงมีความคิดเห็นว่าการครอบครองทางอาญาจะต้องเป็นการยึดถือทรัพย์สินโดย  
 ผู้กระทำมีเจตนายึดถือเพื่อตน แต่ไม่จำเป็นยึดถือโดยตนเองเสมอไป อาจให้ผู้อื่นยึดถือไว้แทนก็ได้<sup>22</sup>

สำนักงานกิจการยุติธรรมได้ให้ความคิดเห็นว่าการ  
 ครอบครองอันจะเป็นความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นมืองค์ประกอบ 2 ประการ คือ

(ก) ผู้กระทำต้องมีอำนาจครอบครองที่แท้จริงเหนือทรัพย์สิน  
 นั้น กล่าวคือ ผู้กระทำได้ใช้อำนาจปกครองทรัพย์สินอยู่ตามความเป็นจริงและสามารถจัดการกับทรัพย์สินได้

<sup>20</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ - มาตรา 1367 - บุคคลใดยึดถือทรัพย์สินโดยเจตนาจะยึดถือเพื่อตน ท่านว่าบุคคล  
 นั้นได้ซึ่งสิทธิครอบครอง

<sup>21</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ - มาตรา 1368 - บุคคลอาจได้มาซึ่งสิทธิครอบครองโดยผู้อื่นยึดถือไว้ให้

<sup>22</sup> อภิรัฐ บุญทอง, "สาระสำคัญของความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก," ตุลพาท: 165 – 182.

โดยไม่มีใครสามารถขัดขวางได้ ทั้งนี้ ต้องพิจารณาจากจารีตประเพณี ลักษณะของทรัพย์ วิธีที่เจ้าของ หรือผู้ครอบครองทรัพย์อาจขัดขวางมิให้ผู้อื่นเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์

(ข) ผู้กระทำต้องมีเจตจำนง (Will) ที่จะใช้อำนาจปกครองทรัพย์ดังกล่าว ถ้าไม่มีเจตจำนงที่จะครอบครองหรือสละเจตจำนง การครอบครองก็จะสิ้นไป<sup>23</sup>

ความคิดเห็นของสำนักงานกิจการยุติธรรมข้างต้นสอดคล้องกับความคิดเห็นของนักกฎหมายฝ่ายที่หนึ่ง อย่างไรก็ตาม ยังไม่มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยถึงความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก จึงต้องติดตามแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาต่อไปว่ามีความคิดเห็นเกี่ยวกับความหมายของการครอบครองเป็นประการใด ทั้งนี้ ข้าพเจ้ามีความคิดเห็นเช่นเดียวกับนักกฎหมายฝ่ายแรกว่าการครอบครองนี้คือการครอบครองทรัพย์ตามความเป็นจริง กล่าวคือ สื่อลามกอนาจารนั้นอยู่ในความยึดถือของผู้กระทำความผิด โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าเป็นการยึดถือเพื่อตนหรือไม่ เนื่องจากการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กนั้น ไม่ว่าจะเป็นการยึดถือเพื่อตนเองหรือยึดถือแทนบุคคลอื่น เช่น การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อรอส่งต่อให้บุคคลอื่น ย่อมเป็นการละเมิดเจตนาของกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กที่มีขึ้นเพื่อป้องกันเด็กจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศและคุ้มครองศีลธรรมโดยรวมของสังคมทั้งสิ้น อีกทั้งเมื่อเทียบกับความผิดฐานมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติดให้โทษตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 ซึ่งเป็นสิ่งที่มีไว้ในครอบครองเป็นความผิดเช่นเดียวกับสื่อลามกอนาจารเด็กก็ได้วินิจฉัยในทำนองเดียวกันโดยแนวคำพิพากษาศาลฎีกาในได้วินิจฉัยว่า การครอบครองโดยมีเจตนายึดถือเพื่อตนเป็นเรื่องการได้สิทธิครอบครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่การมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติดให้โทษเป็นเรื่องความรับผิดชอบ เมื่อพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มีได้บัญญัติความหมายของการครอบครองไว้เป็นพิเศษก็ต้องถือว่ามีเจตนาที่ไปซึ่งหมายความว่ายาสเสพติดให้โทษนั้นอยู่ในความยึดถือหรือปกครองดูแลของจำเลยโดยจำเลยรู้ว่าเป็นยาเสพติดให้โทษเท่านั้น การมีเจตนายึดถือเพื่อตนหรือไม่เพียงใดนั้นไม่ใช่ข้อพิจารณาเด็ดขาดว่าจำเลยมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติดให้โทษ<sup>24</sup>

## (2) การส่งต่อสื่อลามกอนาจารเด็ก

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287/1 วรรคสอง วางหลักว่า ถ้าผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กได้ทำการส่งต่อซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กแก่ผู้อื่น ผู้นั้นต้องระวางโทษหนักขึ้น ผู้กระทำความผิดฐานส่งต่อสื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/1 วรรคสองนี้

<sup>23</sup> สำนักงานกิจการยุติธรรม, คู่มือและแนวทางการดำเนินตามแผนและการเตรียมความพร้อมในการบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 24 พ.ศ. 2558 [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 10 มีนาคม 2561. แหล่งที่มา: [http://www.jla.coj.go.th/doc/data/jla/jla\\_1497598605.pdf](http://www.jla.coj.go.th/doc/data/jla/jla_1497598605.pdf)

<sup>24</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2852/2530, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2564/2543 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6789/2551

จะต้องเป็นผู้กระทำความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/1 วรรคหนึ่งมาก่อนเสมอ หากไม่มีการครอบครองแต่แรกย่อมไม่มีความผิดฐานส่งต่อสื่อลามกอนาจารเด็ก แต่อาจมีความผิดความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 หากเป็นการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้<sup>25</sup>

### (3) การผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อความประสงค์แห่งการค้า

ประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดความผิดฐานผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อความประสงค์แห่งการค้าไว้ในมาตรา 287/2 โดยแบ่งเป็น 3 กรณีดังนี้

(ก) ทำ ผลิต มีไว้ นำเข้าหรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกไปนอกราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไปหรือทำให้แพร่หลายโดยประการใด ๆ ซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อความประสงค์แห่งการค้า เพื่อการแจกจ่ายแก่ประชาชนหรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน โดยการทำให้หรือการผลิต คือ การที่ผู้กระทำความผิดทำขึ้นเอง เช่น เขียนเรื่องลามกที่มีเด็กเป็นตัวแสดง การวาดภาพ หรือตัดต่อภาพเด็กในลักษณะลามกอนาจาร ส่วนการมีไว้ หมายถึง การไปซื้อมาหรือได้รับจากผู้อื่น เช่น มีผู้ส่งผ่านอินเทอร์เน็ตมาให้<sup>26</sup>

(ข) ประกอบการค้า หรือมีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้าเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก แจกจ่ายหรือแสดงอวดแก่ประชาชนหรือให้เข้าสื่อลามกอนาจารเด็ก โดยการกระทำที่อยู่ในความหมายของการประกอบการค้า หรือมีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้าสื่อลามกอนาจารเด็ก เช่น เป็นผู้ให้ทุนในการผลิตหรือขายสื่อลามกอนาจารเด็ก เป็นคนกลางรับของมาแจกจ่ายหรือแสดงอวดแก่ประชาชน สำหรับการให้เข้าสื่อลามกอนาจารเด็ก เช่น การมีวิดีโอเทปที่มีภาพลามกอนาจารเด็กไว้ให้เช่าหรือแลกเปลี่ยนกับสมาชิก<sup>27</sup>

(ค) โฆษณาหรือโฆษณาโดยประการใด ๆ ว่ามีบุคคลกระทำการอันเป็นความผิดตาม (ก) หรือ (ข) หรือโฆษณาหรือโฆษณาว่าสื่อลามกอนาจารเด็กดังกล่าวจะหาได้

<sup>25</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 - มาตรา 14 - ผู้ใดกระทำความผิดที่ระบุไว้ดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(4) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้

<sup>26</sup> ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), หน้า 220 - 221.

<sup>27</sup> เรื่องเดียวกัน.

จากบุคคลใด หรือโดยวิธีใด เพื่อจะช่วยให้แพร่หลาย หรือช่วยในการค้าสื่อลามกอนาจารเด็ก ทั้งนี้ การโฆษณา หมายถึง การทำให้แพร่หลายหรือการทำให้รู้กันทั่วไป เช่น การบอกต่อ ๆ กันไปว่าจะหาซื้อสื่อลามกอนาจารเด็กได้จากใคร การบอกว่าร้านใดมีสื่อลามกอนาจารเด็กขาย การบอกว่าที่ใดเป็นแหล่งผลิตสื่อลามกอนาจารเด็ก เพื่อให้ผู้ที่ได้ฟังสามารถไปหาซื้อหรือเช่ามาได้<sup>28</sup>

การกระทำความผิดทั้งสามกรณีนี้ต้องมีมูลเหตุชกใจเพื่อความประสงค์แห่งการค้า หมายถึง การกระทำเพื่อหากำไรเป็นปกติธุระ มิใช่การกระทำครั้งหนึ่งคราวเดียว อาจจะทำในฐานะเจ้าของกิจการ หุ้นส่วน หรือช่วยทำหน้าที่อย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น เป็นลูกจ้าง<sup>29</sup> หรือเพื่อการแจกจ่ายแก่ประชาชน หรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน ดังนั้น หากเป็นการทำเพื่อใช้ประโยชน์ส่วนตัว เช่น การผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อตนเอง การซื้อสื่อลามกอนาจารเด็กมาเก็บไว้เองหรือให้แก่บุคคลเฉพาะบางคน ไม่ได้จำหน่ายแจกแก่ประชาชน ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิดตามมาตรา 287/1<sup>30</sup> ทั้งนี้ อาจกล่าวได้ว่า ความแตกต่างระหว่างมาตรา 287/1 และมาตรา 287/2 คือ ความผิดตามมาตรา 287/2 ต้องเป็นการกระทำโดยมีวัตถุประสงค์ด้านการค้าหรือเพื่อการแจกจ่ายแก่ประชาชน ในขณะที่ความผิดตามมาตรา 287/1 เป็นการกระทำเพื่อใช้ประโยชน์ส่วนตัวนั่นเอง

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทยครอบคลุมการกระทำความผิดทั้งในขั้นตอนการผลิต การครอบครอง และการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก

### 3.2.1.2 เหตุฉกรรจ์ในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก

จากที่กล่าวมาในบทที่ 2 ว่า “เหตุฉกรรจ์” หมายถึง ข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดอาญาอื่นทำให้การกระทำความผิดดังกล่าวมีความร้ายแรงกว่าปกติ ผู้กระทำความผิดจึงต้องรับโทษหนักขึ้น บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดเหตุฉกรรจ์ไว้หลายกรณี อาทิ การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 โดยหลักต้องระวางโทษต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท แต่หากการข่มขืนกระทำชำเราดังกล่าวส่งผลให้ผู้ถูกกระทำได้รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามแสนบาทถึงสี่แสนบาทหรือจำคุกตลอด

<sup>28</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>29</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ: จีระวิชาการพิมพ์, 2548), หน้า 804.

<sup>30</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า 220.



ชีวิต อีกทั้งหากการข่มขืนกระทำชำเราดังกล่าวส่งผลถึงขนาดทำให้ผู้ถูกระงับถึงแก่ความตาย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต<sup>31</sup> ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการที่ผู้ถูกระงับได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตายเป็นกรณีที่การกระทำผิดนั้นมีความร้ายแรงกว่าปกติ เหตุดังกล่าวจึงเป็นเหตุฉกรรจ์ที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นนั่นเอง

ประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 9 ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ จำแนกฐานความผิดออกเป็น 2 ประเภท<sup>32</sup> ดังนี้

(1) ฐานความผิดที่กระทำทางเพศต่อบุคคลอื่นโดยตรง ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเรา ตั้งแต่มาตรา 276 ถึงมาตรา 277, ความผิดเกี่ยวกับกระทำอนาจาร ตั้งแต่มาตรา 278 ถึงมาตรา 280<sup>33</sup>

(2) ฐานความผิดที่เป็นการส่งเสริมหรือกระตุ้นให้เกิดการกระทำความผิดทางเพศ ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับการพาไปเพื่อการอนาจาร ตั้งแต่มาตรา 282 ถึงมาตรา 284, ความผิดฐานตำรงขีพจากรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณี ตามมาตรา 286, ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ตั้งแต่มาตรา 287 ถึงมาตรา 287/2<sup>34</sup>

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเด็กตามประมวลกฎหมายอาญาพบว่า ความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเด็กทุกฐานความผิดมีเหตุฉกรรจ์ประการหนึ่งร่วมกัน คือ เหตุฉกรรจ์กรณีผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดตามมาตรา 285 ดังนี้

“มาตรา 285 ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277ตรี มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ หนึ่งในสาม”

กรณีที่เข้าเหตุฉกรรจ์ข้างต้นได้แก่กรณีดังต่อไปนี้

<sup>31</sup> ประมวลกฎหมายอาญา – มาตรา 277 ทวิ

<sup>32</sup> คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึงลักษณะ 9 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561), หน้า 553 – 556.

<sup>33</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>34</sup> เรื่องเดียวกัน.

### 3.2.1.2.1 ผู้สืบสันดาน

การกระทำต่อผู้สืบสันดาน หมายถึง ผู้ถูกกระทำเป็นบุตร หลาน หลาน ลื้อ หรือผู้สืบสันดานชั้นต่อ ๆ ลงไปของผู้กระทำความผิด โดยต้องเป็นผู้สืบสันดานโดยตรง<sup>35</sup> ผู้สืบสันดานตามความหมายของมาตรานี้มีได้จำกัดอยู่แค่เพียงผู้สืบสันดานที่ถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้น แต่หมายรวมถึงผู้สืบสันดานในทางสืบสายโลหิตโดยแท้จริงด้วย เพราะบทกฎหมายมาตรานี้ไม่ได้มุ่งลงโทษหนักขึ้นเฉพาะการกระทำแก่บุตรชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น<sup>36</sup> เช่น กรณีบิดาข่มขืนกระทำชำเราบุตรสาวนอกกฎหมายของตน แม้บิดาจะไม่มีอำนาจปกครองบุตรสาวตามกฎหมายแต่ในแง่ศีลธรรมถือว่าบิดามีหน้าที่ในการดูแลคุ้มครองบุตร กรณีนี้ลักษณะของการกระทำย่อมเห็นได้อย่างชัดเจนว่ามีความร้ายแรงมากกว่าปกติ บิดาจึงสมควรที่จะต้องได้ระวางโทษหนักขึ้นตามมาตรา 285<sup>37</sup>

### 3.2.1.2.2 ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล

การกระทำต่อศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลมีได้หมายถึงเฉพาะกรณีผู้กระทำความผิดมีความสัมพันธ์ในฐานะครูหรืออาจารย์ของผู้ถูกกระทำเท่านั้น แต่ครูหรืออาจารย์จะต้องมีหน้าที่ควบคุมดูแลปกป้องรักษาตัวศิษย์และกระทำความผิดต่อศิษย์ในระหว่างมีหน้าที่ดังกล่าวด้วย<sup>38</sup> การกระทำความผิดต่อศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลอันเป็นเหตุฉกรรจ์ที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักขึ้นตามมาตรา 285 เช่น ครูใหญ่ซึ่งมีหน้าที่สอนเด็กในโรงเรียนมาเข้าเย็นกลับนั้นการควบคุมดูแลปกป้องเด็กหญิงนั้นย่อมมีอยู่ตลอดเวลาที่โรงเรียนเปิดทำการสอนอยู่ตามปกติ การกระทำอนาจารแก่เด็กหญิงในระหว่างที่โรงเรียนเปิดทำการสอนอยู่ตามปกติย่อมถือได้ว่าได้กระทำแก่ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล<sup>39</sup> แต่หากเป็นการกระทำอนาจารศิษย์ที่บ้านของบุคคลอื่นนอกเวลาควบคุมดูแลย่อมไม่เข้ามาตราดังกล่าว<sup>40</sup> หรือกรณีครูสอนพลศึกษาที่กระทำอนาจารนักเรียนระหว่างสอนวิชาพลศึกษาถือเป็นการกระทำต่อศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลที่ต้องรับโทษหนักขึ้น<sup>41</sup> ในทางกลับกันหากครูสอนพลศึกษานั้นมีหน้าที่สอนเฉพาะนักเรียนชาย ไม่มีหน้าที่สอนนักเรียนหญิงการกระทำชำเรานักเรียนหญิงย่อมไม่เข้าเหตุฉกรรจ์ตามมาตราดังกล่าว<sup>42</sup> นอกจากนี้กรณีครูสอนกวาด

<sup>35</sup> จิตติ ดิงศภทัตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 791.

<sup>36</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2993/2530

<sup>37</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินติ้ง, 2550), หน้า 333.

<sup>38</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 354.

<sup>39</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2693/2516

<sup>40</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7986/2540

<sup>41</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1759/2526

<sup>42</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9704/2539

วิชาในสถาบันกวดวิชาที่มีผู้ไปสมัครเรียนตามความสมัครใจ เมื่อผู้สมัครเรียนชำระค่าสมัครแล้วจะไปเรียนหรือไม่ก็ได้ อีกทั้งสถาบันกวดวิชานั้นไม่มีระเบียบหรือข้อบังคับเคร่งครัด กรณีนี้ไม่ถือว่าครูสอนกวดวิชาทำหน้าที่ในการควบคุมดูแลปกป้องรักษาตัวศิษย์ ดังนั้นแม้ครูสอนกวดวิชาจะข่มขืนกระทำชำเราผู้เรียนกวดวิชาก็มีใช้กรณีเหตุฉุกเฉินที่ต้องระวางโทษหนักขึ้นตามมาตรา 285 แต่อย่างไรได้<sup>43</sup>

### 3.2.1.2.3 ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ

คำว่า “ควบคุม” ในกรณีนี้มีความหมายกว้างกว่าความหมายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (21)<sup>44</sup> และความหมายกว้างกว่าคำว่า “คุมขัง” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (12)<sup>45</sup> ดังนั้น การทำความผิดแก่ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการตามมาตรา 285 นี้จึงไม่ได้หมายถึงเฉพาะการกระทำต่อผู้ต้องหาที่ถูกควบคุมอยู่ที่สถานีตำรวจ จำเลย หรือผู้ต้องโทษที่ถูกขังหรือถูกจำคุกอยู่ในเรือนจำเท่านั้น<sup>46</sup> แต่ยังหมายรวมถึงกรณีอื่น ๆ เช่น การควบคุมในฐานะเป็นบุคคลอันธพาลฝึกออาชีวะ<sup>47</sup> อย่างไรก็ตาม การที่ข้าราชการผู้น้อยตำแหน่งหัวหน้าแผนกซึ่งอยู่ใต้บังคับบัญชาของข้าราชการผู้ใหญ่ตำแหน่งไม่ใช่การอยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการตามความหมายแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285<sup>48</sup>

### 3.2.1.2.4 ผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล

ผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล หมายถึง ความเป็นผู้ปกครอง ผู้พิทักษ์ ผู้อนุบาล ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้เท่านั้น มิได้หมายความรวมถึงความปกครองทางพฤตินัย<sup>49</sup> ดังนั้น การที่บิดาเลี้ยงข่มขืนกระทำชำเราบุตรเลี้ยงซึ่งเป็นบุตรติดของหญิงที่ตนอยู่กินฉันสามีภริยาด้วย<sup>50</sup> หรือการข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงที่ตนรับมาอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาแต่อำนาจปกครองยังคงอยู่ที่บิดามารดาของเด็กหญิงกรณีเหล่านี้ย่อมมิใช่การกระทำต่อผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล อันจะต้องระวางโทษหนักขึ้นตามมาตรา 285<sup>51</sup> ทั้งนี้ มีข้อสังเกตในกรณีบุตรบุญธรรม ประมวล

<sup>43</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 421/2546

<sup>44</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา - มาตรา 2 (21) - “ควบคุม” หมายความว่า การคุมหรือกักขังผู้ถูกจับโดยพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจในระหว่างสืบสวนและสอบสวน

<sup>45</sup> ประมวลกฎหมายอาญา - มาตรา 1 (12) - “คุมขัง” หมายความว่า คุมตัว ควบคุม ขัง กักขังหรือจำคุก

<sup>46</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2, หน้า 354.

<sup>47</sup> จิตติ ดิงศภิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 793.

<sup>48</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2453/2515

<sup>49</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2, หน้า 355.

<sup>50</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7795/2538

<sup>51</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1017/2538

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/28 วางหลักให้บุตรบุญธรรมมีฐานะอย่างเดียวกับบุตรชอบด้วยกฎหมาย<sup>52</sup> ซึ่งเป็นการวางหลักเกี่ยวกับสิทธิในทางแพ่งของบุตรบุญธรรม แต่ในทางอาญามีคำพิพากษา วินิจฉัยว่าบุตรบุญธรรมมิใช่ผู้สืบสันดานตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคสอง อันจะทำให้การกระทำความผิดเป็นความผิดอันยอมความได้<sup>53</sup> เมื่อเทียบเคียงจากคำพิพากษาฎีกาดังกล่าว การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศที่ผู้รับบุตรบุญธรรมกระทำต่อบุตรบุญธรรมจึงมิใช่การกระทำแก่ผู้สืบสันดาน อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/28 ที่วางหลักให้บุตรบุญธรรมมีฐานะอย่างเดียวกับบุตรชอบด้วยกฎหมายนั้นรวมถึงการใช้อำนาจปกครองด้วย ดังนั้น การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศที่ผู้รับบุตรบุญธรรมกระทำต่อบุตรบุญธรรมจึงน่าจะเป็นการกระทำต่อ “ผู้อยู่ในความปกครอง” อันเป็นเหตุที่ทำให้ต้องระวางโทษหนักขึ้นตามมาตรา 285<sup>54</sup>

เหตุจรรยาบรรณผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดตามมาตรา 285 นี้บังคับใช้กับความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเด็กหลายฐานความผิด เนื่องจากผู้กระทำความผิดที่มีความสัมพันธ์กับเด็กในลักษณะข้างต้นย่อมมีหน้าที่ทั้งในทางกฎหมายและทางศีลธรรมในการคุ้มครองและปกป้องเด็ก การที่ผู้กระทำความผิดอาศัยโอกาสที่ตนมีความใกล้ชิดกับเด็กกระทำความผิดต่อเด็กย่อมเป็นการละเมิดกฎหมายและศีลธรรม การกระทำดังกล่าวจึงมีความร้ายแรงกว่าการกระทำความผิดในกรณีปกติ ผู้กระทำความผิดจึงสมควรที่จะได้รับโทษหนักขึ้นอันเป็นไปตามแนวความคิดในการกำหนดเหตุจรรยาบรรณในความผิดอาญา อย่างไรก็ตาม ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/1 และมาตรา 287/2 แม้เด็กจะตกเป็นเหยื่อแห่งการกระทำความผิดดังกล่าวด้วยเช่นกัน แต่ความผิดฐานดังกล่าวมิได้อยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 แต่อย่างใด

### 3.2.1.3 ซ้อยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก

การกระทำจะครบองค์ประกอบตามโครงสร้างความรับผิดอาญาเมื่อมีการกระทำ โดยการกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายนอกและครบองค์ประกอบภายในของความผิดฐาน

<sup>52</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา - 1598/28 - บุตรบุญธรรมย่อมมีฐานะอย่างเดียวกับบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรมนั้น แต่ไม่สูญเสียสิทธิและหน้าที่ในครอบครัวที่ได้กำเนิดมา ในกรณีเช่นนี้ ให้บิดามารดาโดยกำเนิดหมดอำนาจปกครองนับแต่วันเวลาที่เด็กเป็นบุตรบุญธรรมแล้ว

<sup>53</sup> ประมวลกฎหมายอาญา - มาตรา 71 - ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 334 ถึงมาตรา 336 วรรคแรก และมาตรา 341 ถึงมาตรา 364 นั้น ถ้าเป็นการกระทำที่สามีกกระทำต่อภริยา หรือภริยากระทำต่อสามี ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ

ความผิดดังระบุนานี้ ถ้าเป็นการกระทำที่ผู้บุพการีกระทำต่อผู้สืบสันดาน ผู้สืบสันดานกระทำต่อผู้บุพการี หรือพี่หรือน้องร่วมบิดามารดาเดียวกันกระทำต่อกัน แม้กฎหมายมิได้บัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้ ก็ให้เป็นความผิดอันยอมความได้ และนอกจากนั้น ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้

<sup>54</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 794.

นั้น ๆ และผลของการกระทำสัมพันธ์กับการกระทำตามหลักในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำ และผล แต่หากเป็นการกระทำที่มีกฎหมายยกเว้นความผิด ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดชอบ กฎหมาย ยกเว้นความผิดนี้ส่งผลให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ซึ่งบางกรณีมีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น การกระทำโดยป้องกันตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68, การทำแท้งในกรณีพิเศษตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงบางกรณีสามารถยกเว้นความผิดอาญา ได้แม้มิได้บัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร เช่น หลักในเรื่องความยินยอมซึ่งสามารถยกเว้น ความผิดได้ในบางกรณีโดยถูกนำมาใช้ในฐานะหลักกฎหมายทั่วไป<sup>55</sup> ภายใต้หลักเกณฑ์ของความ ยินยอมของผู้เสียหายในกฎหมายอาญาตามที่ได้อธิบายไว้แล้วในหัวข้อ 2.1.4.6 กล่าวคือ ความ ยินยอมของผู้เสียหายนั้นจะต้องเป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและ ศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยผู้เสียหายต้องมีความสามารถในการให้ความยินยอมและความ ยินยอมนั้นจะต้องมีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด

บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาลักษณะ 9 ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับ เพศที่เด็กเป็นวัตถุแห่งการกระทำ เช่น ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี<sup>56</sup> ความผิด ฐานกระทำอนาจารเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี<sup>57</sup> บัญญัติต้องประกอบความผิดว่าการกระทำจะเป็น ความผิดต่อเมื่อกระทำต่อเด็กที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี ไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ยินยอมก็ตาม กล่าว อีกนัยคือ หากเป็นการกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารเด็กที่มีอายุมากกว่า 15 ปีและเด็กนั้นยินยอม ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเด็กอายุมากกว่า 15 ปีสามารถให้ความ ยินยอมทางเพศได้แล้วนั่นเอง<sup>58</sup> ในทางกลับกันการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศบางกรณีที่ผู้กระทำ ความผิดสามารถหาประโยชน์ทางการค้าจากการกระทำนั้นได้ เช่น การเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพา ไปเพื่อการอนาจารซึ่งชายหรือหญิงโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น แม้ว่าชายหรือหญิง นั้นจะยินยอม การกระทำดังกล่าวก็ยังคงเป็นความผิดตามมาตรา 282

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจาร เด็กตามประมวลกฎหมายอาญานั้นไม่ปรากฏว่ามีการบัญญัติข้อยกเว้นความรับผิดชอบสำหรับความผิด ฐานดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น การจะอ้างกฎหมายเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบเกี่ยวกับสื่อลามก

<sup>55</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินติ้ง, 2551), หน้า 83.

<sup>56</sup> ประมวลกฎหมายอาญา - มาตรา 277 - ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็ก นั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

<sup>57</sup> ประมวลกฎหมายอาญา - มาตรา 279 - ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

<sup>58</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า 202.

อนาจารเด็กจึงต้องพิจารณาตามบทบัญญัติภาคทั่วไปแห่งประมวลกฎหมายอาญา อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาองค์ประกอบความผิดของความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/1 จะพบว่าการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กอันจะเป็นความผิดตามมาตรานี้นั้นจะต้องเป็นไปเพื่อ “แสวงหาประโยชน์ในทางเพศ” การแสวงหาประโยชน์ในทางเพศมีความหมายอย่างกว้างโดยหมายถึงการได้มาซึ่งประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งในทางเพศ เช่น เพื่อนำไปสนองความใคร่ เพื่อการอนาจาร ไม่ว่าจะไปเพื่อประโยชน์ของผู้ครอบครองเองหรือของผู้อื่นก็ย่อมอยู่ในความหมายของการแสวงหาประโยชน์ในทางเพศทั้งสิ้น การกระทำเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศนี้คือเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุชักจูงใจในการกระทำความผิดซึ่งเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบภายในตามโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา หากมูลเหตุชักจูงใจของผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กไม่ใช่เพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศ การครอบครองนั้นก็ย่อมไม่เป็นความผิดตามมาตรานี้เพราะขาดองค์ประกอบภายใน<sup>59</sup> ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าการกระทำโดยมิได้มีมูลเหตุชักจูงใจเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศถือเป็นเหตุหนึ่งให้ผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กสามารถยกขึ้นอ้างเพื่อทำให้การกระทำของตนไม่เป็นความผิดได้ เช่น เจ้าพนักงานยึดสื่อลามกอนาจารเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ราชการ มิใช่เพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศ การกระทำของเจ้าพนักงานย่อมไม่เป็นความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/1 วรรคหนึ่ง และหากเจ้าพนักงานทำการส่งต่อสื่อลามกอนาจารเด็กให้เจ้าพนักงานคนอื่นเพื่อใช้ในการสืบสวนสอบสวนคดี การกระทำนั้นย่อมไม่เป็นความผิดฐานส่งต่อสื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/1 วรรคสองเช่นกัน<sup>60</sup>

### 3.2.2 พระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมสื่อลามกอนาจารเด็ก

มาตรการทางกฎหมายที่สามารถนำมาปรับใช้ในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติหลายฉบับ อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติเหล่านี้มิได้บัญญัติมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้เป็นการเฉพาะ การปรับใช้มาตรการทางกฎหมายตามพระราชบัญญัตินี้จึงไม่ครอบคลุมลักษณะการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กบางรูปแบบ โดยพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมสื่อลามกอนาจารเด็กมีดังนี้

#### 3.2.2.1 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546

ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 132 ลงวันที่ 22 เมษายน พ.ศ. 2515 และประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 294 ลงวันที่ 27 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการประพฤติดนของเด็กและการอุปถัมภ์เด็ก แต่เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวใช้บังคับมาเป็นเวลานาน

<sup>59</sup> อภิรัฐ บุญทอง, "สาระสำคัญของความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก," ตุลพาท: 162 – 182.

<sup>60</sup> เรื่องเดียวกัน.

สาระสำคัญและรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีการต่าง ๆ ไม่เหมาะสมกับสภาพสังคมปัจจุบัน จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ขึ้น โดยพระราชบัญญัติดังกล่าวมีสาระสำคัญเกี่ยวกับการสงเคราะห์ คุ้มครองสวัสดิภาพและส่งเสริมความประพฤติเด็ก เพื่อให้เด็กได้รับการอุปการะเลี้ยงดูอบรมสั่งสอนและมีพัฒนาการที่เหมาะสม รวมทั้งป้องกันมิให้เด็กถูกละเลยทอดทิ้ง ตกเป็นเครื่องมือในการแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบ และถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

“เด็ก” ตามพระราชบัญญัตินี้หมายถึง บุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ แต่ไม่รวมถึงผู้ที่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส<sup>61</sup> พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้บัญญัติหลักการในการสงเคราะห์เด็กในแต่ละรูปแบบ อีกทั้งยังได้กำหนดแนวทางในการคุ้มครองเด็กไว้หลากหลายด้าน รวมทั้งการคุ้มครองเด็กจากการแสดงหรือกระทำการอันมีลักษณะลามกอนาจาร ดังนี้

“มาตรา 26 ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่น ไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการ ดังต่อไปนี้

(9) บังคับ ชูเชิญ ใช้ ชักจูง ยุยง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กแสดงหรือกระทำการอันมีลักษณะลามกอนาจาร ไม่ว่าจะเป็นไปเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าตอบแทนหรือเพื่อการใด

มาตรา 27 ห้ามมิให้ผู้ใดโฆษณาหรือเผยแพร่ทางสื่อมวลชนหรือสื่อสารสนเทศประเภทใด ซึ่งข้อมูลเกี่ยวกับตัวเด็กหรือผู้ปกครอง โดยเจตนาที่จะทำให้เกิดความเสียหาย แก่จิตใจ ชื่อเสียง เกียรติคุณ หรือสิทธิประโยชน์อื่นใดของเด็ก หรือเพื่อแสวงหาประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบ”

หากผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 26 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ<sup>62</sup> ส่วนการฝ่าฝืนมาตรา 27 ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ<sup>63</sup> อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติในมาตรา 26 เป็นการบัญญัติความรับผิดสำหรับบุคคลที่ก่อให้เกิดเด็กกระทำการอันมีลักษณะลามกอนาจาร แต่มิได้บัญญัติครอบคลุมไปถึงการคุ้มครองเด็กจากสื่อลามกอนาจาร เช่น การบันทึกภาพหรือเสียงของการกระทำดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตาม นอกจากนั้นในมาตรา 27 เพียงแต่กำหนดความรับผิดกรณีโฆษณาหรือเผยแพร่ข้อมูลเกี่ยวกับตัวเด็กหรือผู้ปกครองเท่านั้น มิได้บัญญัติความรับผิดกรณีเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก

<sup>61</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 - มาตรา 4 - ในพระราชบัญญัตินี้ “เด็ก” หมายความว่า บุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์ แต่ไม่รวมถึงผู้ที่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส

<sup>62</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 - มาตรา 78 - ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 26 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

<sup>63</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 - มาตรา 79 - ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 27 มาตรา 50 หรือมาตรา 61 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้นจึงไม่สามารถนำบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาปรับใช้กับกรณีการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กได้<sup>64</sup>

### 3.2.2.2 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์

พ.ศ. 2550

ปัจจุบันระบบคอมพิวเตอร์เป็นส่วนสำคัญในการดำรงชีวิตของมนุษย์ หากมีบุคคลกระทำการใด ๆ ให้ระบบคอมพิวเตอร์ไม่สามารถทำงานตามคำสั่งที่กำหนดไว้หรือผิดพลาดไปจากคำสั่งที่กำหนดไว้ หรือใช้ระบบคอมพิวเตอร์เผยแพร่ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะไม่เหมาะสม เช่น ข้อมูลที่มีลักษณะลามกอนาจาร ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายและกระทบกระเทือนต่อความสงบสุขและศีลธรรมอันดีของประชาชน รวมทั้งเศรษฐกิจ สังคมและความมั่นคงของรัฐ ดังนั้นจึงได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ให้นิยามว่า “ระบบคอมพิวเตอร์” หมายถึง อุปกรณ์หรือชุดอุปกรณ์ของคอมพิวเตอร์ที่เชื่อมการทำงานเข้าด้วยกัน โดยได้มีการกำหนดคำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใด และแนวทางปฏิบัติงานให้อุปกรณ์หรือชุดอุปกรณ์ทำหน้าที่ประมวลผลข้อมูลโดยอัตโนมัติ<sup>65</sup>

เอกสารที่ใช้ประกอบการนำเสนอพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้อธิบายว่า ระบบคอมพิวเตอร์ ได้แก่ ฮาร์ดแวร์และซอฟต์แวร์ที่พัฒนาขึ้นเพื่อใช้ประมวลผลข้อมูลดิจิทัล (Digital Media) ซึ่งประกอบไปด้วยตัวเครื่องคอมพิวเตอร์และอุปกรณ์รอบข้าง (Peripheral) ในการป้อนหรือรับเข้าข้อมูล (Input) หรือนำออกหรือแสดงข้อมูล (Output) และเก็บหรือบันทึกข้อมูล (Store and Record) ระบบคอมพิวเตอร์จึงเป็นอุปกรณ์เครื่องเดียวหรือหลายเครื่องที่มีลักษณะเป็นชุดเชื่อมต่อกันผ่านระบบเครือข่ายและมีลักษณะการทำงานอัตโนมัติตามโปรแกรมที่มีการกำหนดไว้โดยไม่มีการแทรกแซงโดยตรงจากมนุษย์ ดังนั้น ระบบคอมพิวเตอร์จึงไม่ครอบคลุมถึงคอมพิวเตอร์ที่ไม่ได้เชื่อมต่อกับเครือข่าย เช่น คอมพิวเตอร์ที่ใช้พิมพ์งานอย่างเดียวแต่ไม่ได้เชื่อมต่อกับเครือข่ายอินเทอร์เน็ต<sup>66</sup>

<sup>64</sup> มีนตรี ฉัตรจินดา, "ความรับผิดทางอาญาของผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก," หน้า 77.

<sup>65</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 - มาตรา 3 - ในพระราชบัญญัตินี้ “ระบบคอมพิวเตอร์” หมายความว่า อุปกรณ์หรือชุดอุปกรณ์ของคอมพิวเตอร์ที่เชื่อมการทำงานเข้าด้วยกัน โดยได้มีการกำหนดคำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใด และแนวทางปฏิบัติงานให้อุปกรณ์หรือชุดอุปกรณ์ทำหน้าที่ประมวลผลข้อมูลโดยอัตโนมัติ “ข้อมูลคอมพิวเตอร์” หมายความว่า ข้อมูล ข้อความ คำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใดบรรดาที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ในสภาพที่ระบบคอมพิวเตอร์อาจประมวลผลได้ และให้หมายความรวมถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วย

<sup>66</sup> มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554), หน้า 51.



“ข้อมูลคอมพิวเตอร์” หมายความว่า ข้อมูล ข้อความ คำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือ สิ่งอื่นใดบรรดาที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ในสภาพที่ระบบคอมพิวเตอร์อาจประมวลผลได้ และให้ หมายความว่ารวมถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วย<sup>67</sup> อนึ่ง ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้หมายถึงเฉพาะข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ในสภาพที่อาจ ประมวลผลได้เท่านั้น หากข้อมูลอยู่ในรูปแบบอื่น เช่น แผ่นดิสก์หรืออุปกรณ์อื่นที่ไม่ได้เชื่อมต่อกับ ระบบคอมพิวเตอร์ย่อมไม่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัตินี้<sup>68</sup>

พระราชบัญญัติฉบับนี้บัญญัติการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ไว้ หลายฐานความผิด เช่น ความผิดฐานเข้าถึงโดยมิชอบซึ่งระบบคอมพิวเตอร์ ความผิดฐานทำให้ เสียหายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบ โดยความผิดที่สามารถนำมาปรับใช้กับการกระทำ ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กได้คือความผิดฐานนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่ง ข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึง ได้<sup>69</sup> พระราชบัญญัติฉบับนี้มีได้นิยามว่าการนำเข้าสู่ระบบหมายถึงการกระทำลักษณะเช่นใด อย่างไรก็ตาม รองศาสตราจารย์ ดร. สราวุธ ปิตยาศักดิ์ ได้อธิบายว่า “นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ หมายถึง การนำข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากแหล่งจัดเก็บหนึ่ง บันทึกหรือดาวน์โหลด (Download) ลงในระบบคอมพิวเตอร์ เช่น นำข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในแผ่นซีดีหรือยูเอสบี แฟลชไดรฟ์บันทึกลงในระบบคอมพิวเตอร์หรือเครื่องคอมพิวเตอร์”<sup>70</sup> ตัวอย่างของการกระทำที่จะ เป็นความผิดฐานนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามกตาม มาตรา 14 (4) เช่น การที่นายแดงนำภาพยนตร์ลามกไปส่งข้อมูลเข้าหรืออัปโหลด (Upload) ใน เว็บไซต์ที่บุคคลทั่วไปเข้าถึงได้<sup>71</sup> แต่หากนายแดงดาวน์โหลดภาพลามกไว้ในเครื่องคอมพิวเตอร์ของตน ต่อมานายแดงเอาคอมพิวเตอร์ไปซ่อม ช่างซ่อมพบภาพลามกเหล่านั้น จึงนำไปเผยแพร่บนเครือข่าย อินเทอร์เน็ต เช่นนี้เฉพาะช่างซ่อมเท่านั้นที่มีความผิด นายแดงไม่มีความผิดตามมาตรา<sup>72</sup>

บทบัญญัติตามพระราชบัญญัตินี้ไม่เพียงแต่เอาผิดกับผู้นำเข้าสู่ระบบ คอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามกตามมาตรา 14 (4) เท่านั้น แต่ยังเอาผิด กับผู้ที่เผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลดังกล่าวด้วยหากบุคคลนั้นรู้อยู่แล้วว่าข้อมูลดังกล่าวเป็น

<sup>67</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 - มาตรา 3

<sup>68</sup> มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์, หน้า 52.

<sup>69</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 - มาตรา 14

<sup>70</sup> มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์, หน้า 297.

<sup>71</sup> สราวุธ ปิตยาศักดิ์, กฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศ = Information Technology Law (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2555), หน้า 301.

<sup>72</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 303.

ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะลามก<sup>73</sup> อีกทั้งยังเอาผิดกับผู้ให้บริการที่ยินยอม หรือรู้เห็นให้มีการนำเข้าสู่ระบบ หรือส่งต่อข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะอันลามก<sup>74</sup> เช่น หากผู้ให้บริการได้รับแจ้งว่ามีข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะอันลามกเผยแพร่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความดูแลของตน แต่ผู้ให้บริการยังปล่อยให้มีการเผยแพร่ข้อมูลนั้นต่อไป ถือว่าผู้ให้บริการยินยอมให้มีการกระทำความผิดนั้น<sup>75</sup> อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ไม่ครอบคลุมการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในหลายกรณี ดังนี้

(1) พระราชบัญญัตินี้กำหนดห้ามการ “นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์” ซึ่งข้อมูลใด ๆ ที่มีลักษณะลามกเท่านั้น หากข้อมูลดังกล่าวไม่มีการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ย่อมไม่อยู่ภายใต้ข้อบังคับของพระราชบัญญัตินี้

(2) แม้จะเป็นการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ แต่การกระทำที่จะเป็นความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ต้องเป็นนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้น “ประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้” ดังนั้น หากประชาชนทั่วไปไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลที่มีลักษณะอันลามกนั้นได้ เช่น การนำแผ่นดีวีดีลามกเปิดดูจากเครื่องคอมพิวเตอร์ การดาวน์โหลดภาพยนตร์ลามกจากอินเทอร์เน็ตเข้าเครื่องคอมพิวเตอร์ ผู้กระทำความผิดไม่มีความผิดตามพระราชบัญญัติฉบับนี้

(3) พระราชบัญญัตินี้กำหนดเพียงความรับผิดฐานนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลอันมีลักษณะลามก ไม่ได้กำหนดความรับผิดฐานอื่น ๆ เช่น การผลิตสื่อลามกอนาจารเด็ก

(4) พระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดความรับผิดสำหรับข้อมูลที่มีลักษณะลามกโดยทั่วไป ไม่ได้มีการกำหนดความรับผิดสำหรับข้อมูลที่มีลักษณะลามกซึ่งมีเด็กเข้าไปเกี่ยวข้องไว้เป็นพิเศษแต่อย่างใด

<sup>73</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 – มาตรา 4

<sup>74</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 - มาตรา 3 - ในพระราชบัญญัตินี้

“ผู้ให้บริการ” หมายความว่า

(1) ผู้ให้บริการแก่บุคคลอื่นในการเข้าสู่อินเทอร์เน็ต หรือให้สามารถติดต่อถึงกันโดยประการอื่น โดยผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการให้บริการในนามของตนเอง หรือในนามหรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น

(2) ผู้ให้บริการเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น

<sup>75</sup> สราวุธ ปิตียาศักดิ์, กฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศ = Information Technology Law, หน้า 305.

### 3.2.2.3 พระราชบัญญัติจัดแจ้งการพิมพ์ พ.ศ. 2550

พระราชบัญญัติจัดแจ้งการพิมพ์ พ.ศ. 2550 ถูกตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อวางหลักเกณฑ์ในการรับจัดแจ้งการพิมพ์เป็นหลักฐานให้ทราบว่าคุณบุคคลใดเป็นผู้พิมพ์ ผู้โฆษณา บรรณาธิการ หรือเจ้าของกิจการหนังสือพิมพ์เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบของประชาชนที่ได้รับความเสียหายในการฟ้องร้องดำเนินคดี

“สิ่งพิมพ์” ตามพระราชบัญญัตินี้หมายถึง สมุด หนังสือ แผ่นกระดาษ หรือ วัตถุใด ๆ ที่พิมพ์ขึ้นเป็นหลายสำเนา<sup>76</sup> มาตรา 10 วางหลักว่า ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติมีอำนาจออกคำสั่งโดยห้ามนำเข้าเพื่อเผยแพร่ในราชอาณาจักรซึ่งสิ่งพิมพ์ใด ๆ ที่เป็นการหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาทหรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ หรือจะกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หรือความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน<sup>77</sup> ผู้ใดฝ่าฝืนคำสั่งของผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติข้างต้นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ<sup>78</sup>

หากตีความตามความหมายอย่างกว้างแล้ว สื่อลามกอนาจารเด็กย่อมเป็นสิ่งที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน<sup>79</sup> ซึ่งผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติย่อมมีอำนาจออกคำสั่งโดยห้ามนำเข้าเพื่อเผยแพร่ได้ อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติฉบับนี้บังคับใช้กับสิ่งพิมพ์เท่านั้น สื่อลามกอนาจารที่อยู่ในรูปแบบอื่น เช่น ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง ย่อมไม่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัตินี้ อีกทั้งยังห้ามเฉพาะการนำเข้าเพื่อเผยแพร่ในราชอาณาจักรเท่านั้น มิได้บัญญัติความผิดฐานอื่น ๆ เช่น การผลิตสื่อลามกอนาจารเด็ก การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก นอกจากนี้ยังไม่ได้บัญญัติถึงสื่อลามกอนาจารเด็กไว้โดยตรงแต่อย่างใด

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>76</sup> พระราชบัญญัติจัดแจ้งการพิมพ์ พ.ศ. 2550 - มาตรา 4 - ในพระราชบัญญัตินี้

“สิ่งพิมพ์” หมายความว่า สมุด หนังสือ แผ่นกระดาษ หรือวัตถุใด ๆ ที่พิมพ์ขึ้นเป็นหลายสำเนา

<sup>77</sup> พระราชบัญญัติจัดแจ้งการพิมพ์ พ.ศ. 2550 - มาตรา 10 - ให้ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติมีอำนาจออกคำสั่งโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษาห้ามนำเข้าหรือนำเข้าเพื่อเผยแพร่ในราชอาณาจักร ซึ่งสิ่งพิมพ์ใด ๆ ที่เป็นการหมิ่นประมาท ดูหมิ่นหรือแสดงอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาทหรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ หรือจะกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หรือความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยจะกำหนดเวลาห้ามไว้ในคำสั่งดังกล่าวด้วยก็ได้

การออกคำสั่งตามวรรคหนึ่ง ห้ามมิให้นำข้อความที่มีลักษณะที่เป็นการหมิ่นประมาท ดูหมิ่นหรือแสดงอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาทหรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์หรือข้อความที่กระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนมาแสดงไว้ด้วย

สิ่งพิมพ์ที่เป็นการฝ่าฝืนวรรคหนึ่ง ให้ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติมีอำนาจจับและทำลาย

<sup>78</sup> พระราชบัญญัติจัดแจ้งการพิมพ์ พ.ศ. 2550 - มาตรา 27 - ผู้ใดฝ่าฝืนคำสั่งของผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติตามมาตรา 10 มีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

<sup>79</sup> มินณรี ฉัตรจินดา, "ความรับผิดทางอาญาของผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก," หน้า 81.

### 3.2.2.4 พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551

เนื่องจากพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 ได้บังคับใช้มาเป็นเวลานาน บทบัญญัติบางประการจึงไม่เหมาะสมกับสภาพสังคมในปัจจุบันที่เทคโนโลยีได้พัฒนาไปอย่างรวดเร็ว ประกอบกับการตรวจพิจารณาภาพยนตร์ในปัจจุบันอยู่ในความรับผิดชอบของหลายองค์กรและมีความซ้ำซ้อนกับพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530 จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ขึ้น พระราชบัญญัติฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อปรับปรุงระบบการตรวจพิจารณาภาพยนตร์ให้อยู่ในความรับผิดชอบขององค์กรเดียวเพื่อลดความซ้ำซ้อนของการตรวจพิจารณา และปรับปรุงบทบัญญัติตามกฎหมายว่าด้วยภาพยนตร์และกฎหมายว่าด้วยการควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ให้สอดคล้องกับสถานการณ์ในปัจจุบัน

พระราชบัญญัติฉบับนี้ให้ความหมายว่า “ภาพยนตร์” คือ วัสดุที่มีการบันทึกภาพ หรือภาพและเสียงซึ่งสามารถนำมาฉายให้เห็นเป็นภาพที่เคลื่อนไหวได้อย่างต่อเนื่อง แต่ไม่รวมถึงวีดิทัศน์<sup>80</sup> โดยมาตรา 23 ได้วางหลักว่า ผู้สร้างภาพยนตร์ต้องไม่ดำเนินการสร้างภาพยนตร์ในลักษณะที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรืออาจกระทบกระเทือนต่อความมั่นคง และเกียรติภูมิของประเทศไทย<sup>81</sup> ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วสื่อลามกอนาจารเด็กย่อมเป็นสิ่งที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน<sup>82</sup> อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่ได้กล่าวถึงสื่อลามกอนาจารไว้อย่างเจาะจง และไม่ได้กำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่างใด นอกจากนี้บทบัญญัติตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ยังบังคับใช้กับการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กได้เพียงบางกรณีเท่านั้น กล่าวคือ เฉพาะการผลิตภาพยนตร์ที่มีลักษณะลามกอนาจาร ไม่รวมถึงการกระทำความผิดฐานอื่น ๆ และไม่รวมการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กที่อยู่ในรูปแบบอื่น ๆ ซึ่งไม่ใช่ภาพยนตร์

<sup>80</sup> พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 - มาตรา 4 - ในพระราชบัญญัตินี้

“ภาพยนตร์” หมายความว่า วัสดุที่มีการบันทึกภาพ หรือภาพและเสียงซึ่งสามารถนำมาฉายให้เห็นเป็นภาพที่เคลื่อนไหวได้อย่างต่อเนื่อง แต่ไม่รวมถึงวีดิทัศน์

“วีดิทัศน์” หมายความว่า วัสดุที่มีการบันทึกภาพ หรือภาพและเสียงซึ่งสามารถนำมาฉายให้เห็นเป็นภาพที่เคลื่อนไหวได้อย่างต่อเนื่องในลักษณะที่เป็นเกมการเล่น คาราโอเกะที่มีภาพประกอบหรือลักษณะอื่นใดตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

<sup>81</sup> พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 - มาตรา 23 - ผู้สร้างภาพยนตร์ต้องดำเนินการสร้างภาพยนตร์ในลักษณะที่ไม่เป็นการบ่อนทำลาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรืออาจกระทบกระเทือนต่อความมั่นคง และเกียรติภูมิของประเทศไทย

<sup>82</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า 220.

### 3.2.2.5 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551

เนื่องจากการกระทำเพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบนั้นมิได้จำกัดเฉพาะ การกระทำต่อผู้หญิงและเด็กเท่านั้น อีกทั้งปัจจุบันการแสวงหาประโยชน์ดังกล่าวกระทำด้วยวิธีการที่ หลากหลายมากขึ้น เช่น การนำบุคคลเข้ามาค้าประเวณีในหรือส่งไปค่านอกราชอาณาจักร การบังคับ ใช้แรงงานบริการหรือขอตาน การบังคับต่อวัยวุฒิเพื่อการค้า การบังคับให้เข้าร่วมในการผลิตหรือ เผยแพร่วัสดุหรือสื่อลามก ประกอบกับประเทศไทยได้ลงนามอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้าน อาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร และพิธีสารเพื่อป้องกัน ปราบปรามและลงโทษการค้า มนุษย์ โดยเฉพาะผู้หญิงและเด็ก ที่เพิ่มเติมรายละเอียดของอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้าน อาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปราม การค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 เพื่อให้การป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น สอดคล้องกับพันธกรณีของอนุสัญญาและพิธีสารจัดตั้งกองทุนเพื่อป้องกันและปราบปรามการค้า มนุษย์ รวมทั้งปรับปรุงการช่วยเหลือและคุ้มครองสวัสดิภาพผู้เสียหายให้เหมาะสม

“การแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ” ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้หมายถึง การแสวงหาประโยชน์จากการค้าประเวณี การผลิตหรือเผยแพร่วัสดุหรือสื่อลามก การแสวงหา ประโยชน์ทางเพศในรูปแบบอื่น การเอาคนลงเป็นทาสหรือให้มีฐานะคล้ายทาส การนำคนมาขอตาน การต่อวัยวุฒิเพื่อการค้า การบังคับใช้แรงงานหรือบริการ หรือการอื่นใดที่คล้ายคลึงกันอันเป็นการขูด รีดบุคคล ไม่ว่าบุคคลนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม โดยพระราชบัญญัติฉบับนี้วางหลักว่า การเป็นธุระ จัดหา ซื่อ ขาย จำหน่าย พามาจากหรือส่งไปยังที่ใด หน่วงเหนี่ยวกักขัง จัดให้อยู่อาศัย หรือรับไว้ซึ่ง เด็กโดยมีความมุ่งหมายเพื่อเป็นการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบนั้นเป็นการกระทำความผิดฐานค้า มนุษย์<sup>83</sup> โดยผู้ที่กระทำความผิดฐานค้ามนุษย์ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงสิบสองปีและปรับตั้ง แต่สี่แสนบาทถึงหนึ่งล้านสองแสนบาท นอกจากนี้หากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี หรือ ผู้มีกายพิการหรือมีจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักขึ้น<sup>84</sup>

แม้ความผิดฐานค้ามนุษย์จะเกี่ยวข้องกับความผิดเกี่ยวกับสื่อลามก อนาจารเด็ก กล่าวคือ หากบุคคลใดเป็นธุระจัดหา ซื่อ ขาย พามาจากหรือส่งไปยังที่ใด หน่วงเหนี่ยว กักขังจัดให้อยู่อาศัย หรือรับไว้ซึ่งเด็กเพื่อให้เข้าร่วมในการผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารย่อมมี ความผิดฐานค้ามนุษย์ อย่างไรก็ตาม ความผิดฐานดังกล่าวสามารถเอาผิดกับผู้กระทำความผิด เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กได้เพียงบางขั้นตอนซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นการเอาผิดในขั้นเตรียมเด็ก

<sup>83</sup> พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 - มาตรา 6

<sup>84</sup> พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 - มาตรา 52

เพื่อเข้าสู่กระบวนการการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็ก ไม่ครอบคลุมการกระทำความผิดในขั้นตอนอื่นๆ เช่น การเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก แต่อย่างใด

### 3.3 สถานการณ์เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในประเทศไทย

ภายหลังจากมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาโดยพระพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 ซึ่งบัญญัติฐานความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก รัฐบาลได้ตั้งคณะทำงานปราบปรามการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กทางอินเทอร์เน็ต (TICAC) ขึ้นเมื่อวันที่ 8 มกราคม พ.ศ. 2559 เพื่อแก้ไขปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กและการแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็กเพื่อการค้าโดยเฉพาะ อย่างไรก็ตาม สถิติจากหลายหน่วยงานแสดงให้เห็นว่าปัจจุบันปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยมีความรุนแรงและจำเป็นต้องได้รับการแก้ไข โดย TICAC ได้รายงานสถิติการปฏิบัติงานตั้งแต่ตั้งคณะทำงานถึงวันที่ 10 มกราคม พ.ศ. 2561 ว่า คณะทำงานได้รับแจ้งเบาะแสที่เกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก 209 เรื่อง โดยได้ดำเนินคดีแล้วจำนวน 121 เรื่อง ใน 121 คดีนี้มีคดีครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กกว่า 40 คดี นอกจากนี้ยังมีคดีล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กและคดีค้ามนุษย์ซึ่งมีเกี่ยวพันกับการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กกว่า 38 คดี<sup>85</sup>

มูลนิธิอินเทอร์เน็ตร่วมพัฒนาไทยซึ่งได้จัดทำโครงการรับแจ้งเว็บไซต์ผิดกฎหมายผ่านเว็บไซต์ [www.thaihotline.org](http://www.thaihotline.org) โดยได้รับความร่วมมือจากหลายหน่วยงาน อาทิ กองบังคับการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเทคโนโลยี (บก.ปอท.), สำนักป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดทางเทคโนโลยีสารสนเทศ กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร, มูลนิธิกระจกเงา ได้รายงานในปี พ.ศ.2559 มีการแจ้งเว็บไซต์เนื้อหาการละเมิดทางเพศเด็กทั้งหมด 685 รายการ เป็นเนื้อหาที่อยู่ในประเทศไทย 353 รายการ และเนื้อหาที่อยู่ในต่างประเทศ 332 รายการ รวมภาพลามกอนาจารเด็กกว่าหลายหมื่นภาพ อีกทั้งยอดการแจ้งยังเพิ่มมากขึ้นทุกปี<sup>86</sup>

นอกจากนี้สำนักงานป้องกันยาเสพติดและปราบปรามอาชญากรรมแห่งสหประชาชาติ (UNODC) ได้รายงานเมื่อเดือนสิงหาคม พ.ศ. 2560 ว่าปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กและการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กกำลังเพิ่มขึ้นในประเทศลุ่มแม่น้ำโขงรวมทั้งประเทศไทย โดย UNODC ได้ตรวจสอบ

<sup>85</sup> คณะทำงานปราบปรามการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กทางอินเทอร์เน็ต, สถิติผลเบาะแสและการปฏิบัติงานของ Ticac ตั้งแต่ 9 ธ.ค. 2558 ถึงวันที่ 10 มกราคม 2561 [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ: 10 มีนาคม 2561. แหล่งที่มา: <http://ticac.police.go.th/update-static-11jan/>

<sup>86</sup> นายภาพภัก, การตกลงข่าวความร่วมมือในการต่อต้านการละเมิดทางเพศเด็กออนไลน์ระหว่าง Thai Hotline, Google และ Ticac [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ: 10 มีนาคม 2561. แหล่งที่มา: <http://www.kafaak.com/2017/02/06/partnership-between-thai-hotline-google-and-ticac/>

บัญชีผู้ใช้อินเทอร์เน็ตในกรุงเทพมหานคร พบว่าภายในระยะเวลา 7 วันมีบัญชีผู้ใช้อินเทอร์เน็ตส่วนบุคคลมากกว่า 3,600 ราย ที่สามารถระบุได้ว่าได้ใช้บัญชีเพื่อการแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็ก<sup>87</sup>

สถิติข้างต้นแสดงให้เห็นถึงความรุนแรงของปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กในประเทศไทย ทั้งนี้จากการศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในประเทศไทยพบว่า แม้ในปัจจุบันจะมีการบัญญัติฐานความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้เป็นการเฉพาะในประมวลกฎหมายอาญาแล้ว แต่มาตรการทางกฎหมายดังกล่าวยังคงมีขอบเขตความรับผิดชอบที่ไม่เหมาะสมหลายประการอันจะเป็นอุปสรรคต่อการแก้ไขปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็ก ดังนี้

ประการที่หนึ่ง สื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทย หมายถึง วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้รู้หรือเห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกิน 18 ปี ซึ่งเป็นคำนิยามที่สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กอันเป็นมาตรฐานระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม ถ้อยคำตามนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กมีความขัดแย้งกัน ถ้อยคำส่วนแรกบัญญัติโดยใช้คำว่า “ซึ่งมีอายุ” ซึ่งเด็กที่มีสภาพบุคคลเท่านั้นที่จะมีอายุได้ตามกฎหมาย<sup>88</sup> นิยามดังกล่าวจึงน่าจะหมายถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงเท่านั้น ในขณะที่ถ้อยคำส่วนที่สองกำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กครอบคลุมถึงวัตถุในรูปแบบต่าง ๆ เช่น ภาพวาด ภาพระบายสี ซึ่งโดยสภาพแล้วเด็กที่ปรากฏในวัตถุดังกล่าวย่อมมิใช่เด็กที่มีตัวตนจริงอันจะมีสภาพบุคคลได้ กล่าวคือ ถ้อยคำส่วนดังกล่าววางหลักว่านิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กครอบคลุมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงด้วยอันขัดแย้งกับถ้อยคำในส่วนแรก นอกจากนี้ยังมีความคลุมเครือว่านิยามดังกล่าวรวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงที่ถูกดัดแปลงหรือสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิกนั้นด้วยหรือไม่<sup>89</sup> อีกทั้งนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กยังไม่ครอบคลุมไปถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงที่ใช้ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดงแต่อย่างใด อนึ่ง ผู้เสนอร่างกฎหมายชี้แจงว่านิยามดังกล่าวครอบคลุมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏของของเด็กและสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงบางประเภทเท่านั้น ทั้ง ๆ ที่สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงทุกประเภทต่างส่งผลกระทบต่อสังคมในทำนองเดียวกัน ความไม่สอดคล้องกันของถ้อยคำตามตัวบทกฎหมาย เจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย แนวทางการบังคับใช้กฎหมายที่ออกในหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมาย และความคิดเห็นของนักกฎหมายกฎหมายนี้ก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของไทยว่าควรมีขอบเขตเพียงใด จึงควรมีการแก้ไขนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น

<sup>87</sup> วิลาวัลย์ วัชรศักดิ์เวช, ประเทศไทย: สื่อลามกเด็กออนไลน์เพิ่มสูงขึ้นเป็นประวัติการณ์ ยูเอ็นโอดิศักสาว [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ: 10 มีนาคม 2561. แหล่งที่มา: <https://www.benarnews.org/thai/news/TH-sexual-abuse-10182017182946.html>

<sup>88</sup> อภิรัฐ บุญทอง, "สาระสำคัญของความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก," ตุลพาท: 165 - 182.

<sup>89</sup> เรื่องเดียวกัน.

ประการที่สอง เด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นส่วนมากจะเป็นเด็กที่ไม่สามารถระบุตัวตนได้ การพิสูจน์อายุของบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กว่าเป็นเด็กอายุไม่เกิน 18 ปีหรือไม่ จึงกระทำได้ยาก ต่างจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศฐานอื่น ๆ เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานกระทำอนาจาร ซึ่งผู้เสียหายต้องมีการร้องทุกข์ก่อนดำเนินคดี เจ้าหน้าที่ตำรวจจึงสามารถพิสูจน์อายุของเด็กที่ตกเป็นเหยื่อได้จากพยานเอกสารต่าง ๆ ปัญหาดังกล่าวเป็นอุปสรรคต่อการแก้ไขปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กและส่งผลให้การดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไม่ประสบผลสำเร็จเท่าที่ควร

ประการที่สาม การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญาบางฐานความผิด หากผู้ที่เป็นวัตถุแห่งการกระทำมีความสัมพันธ์เป็นผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาลของผู้กระทำความผิด มาตรา 285 วางหลักให้ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ หนึ่งในสาม<sup>90</sup> เช่น การกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีตามมาตรา 277 หากผู้กระทำความผิดเป็นบิดาของเด็ก ผู้กระทำความผิดย่อมต้องระวางโทษหนักขึ้นหนึ่งในสามของระวางโทษที่บัญญัติไว้ในมาตรา 277 เนื่องจากผู้กระทำความผิดที่มีความสัมพันธ์ในลักษณะข้างต้นกับผู้ที่เป็นวัตถุแห่งการกระทำมีโอกาสในการกระทำความผิดได้สะดวกกว่าการกระทำความผิดในกรณีทั่วไป อีกทั้งยังเป็นการละเมิดความไว้นับถือเชื่อใจที่ผู้ที่เป็นวัตถุแห่งการกระทำมีต่อตน อย่างไรก็ตาม การกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/1 และมาตรา 287/2 ไม่อยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 285 แต่อย่างไรก็ดี ส่งผลให้ผู้กระทำความผิดไม่เกรงกลัวในการกระทำของตน ดังจะเห็นได้จากข่าวที่ปรากฏตามสื่อต่างๆ เช่น กรณีบิดามารดามีเพศสัมพันธ์กันแล้วเอานำบุตรอายุ 3 – 4 ปี เข้าร่วมกิจกรรมทางเพศด้วย โดยบิดามารดาได้มีการบันทึกวีดีโอและนำไปลงในกลุ่มไลน์เพื่อหารายได้<sup>91</sup>

ประการที่สี่ จากที่อธิบายข้างต้นจะเห็นได้ว่าผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ตามกฎหมายไทยสามารถยกเหตุบางประการขึ้นอ้างเพื่อให้การกระทำของตนไม่เป็นความผิดได้ เช่น การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กโดยมิได้เป็นไปเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศ แต่คำว่า “มิได้เป็นไปเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศ” เป็นคำที่มีขอบเขตค่อนข้างกว้าง จึงมีข้อควรพิจารณาว่าขอบเขตของข้ออ้างดังกล่าวมีความเหมาะสมหรือไม่ นอกจากนี้เมื่อพิจารณาบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาลักษณะ 9 ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศจะพบว่าบทบัญญัติที่เด็กเป็นวัตถุแห่งการกระทำ เช่น ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีตามมาตรา 277 ความผิดฐานกระทำ

<sup>90</sup> ประมวลกฎหมายอาญา – มาตรา 285

<sup>91</sup> โพสต์ทูเดย์, มุมมืดของสังคม!! พ่อแม่มีเซ็กส์เอาลูกเล็กร่วมวง-ถ่ายคลิปหารายได้ผ่านไลน์ [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 10 ธันวาคม 2560. แหล่งที่มา: <https://www.posttoday.com/social/hot/529157>



อนาจารเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีตามมาตรา 279 ต่างวางหลักว่าหากเป็นการกระทำต่อเด็กที่มีอายุมากกว่า 15 ปีและเด็กนั้นยินยอม ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด กล่าวคือ กฎหมายไทยถือว่าเด็กอายุมากกว่า 15 ปีสามารถให้ความยินยอมทางเพศได้แล้วนั่นเอง<sup>92</sup> อย่างไรก็ตาม กรณีการกระทำ ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก กฎหมายมิได้วางหลักเรื่องความยินยอมทางเพศของเด็กไว้แต่อย่างใด ดังนั้น แม้เด็กจะให้ความยินยอมในการกระทำ ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ผู้กระทำก็ยังคงมีความผิด จึงมีข้อพิจารณาว่าควรมีการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กกรณีเด็กให้ความยินยอมไว้ในกฎหมายไทยหรือไม่

ข้อพิจารณาที่ประการที่กล่าวมาข้างต้นเป็นข้อพิจารณาที่สำคัญเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในประเทศไทย และแสดงให้เห็นถึงความไม่เหมาะสมของขอบเขตความรับผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทย ดังนั้น เพื่อลดอุปสรรคในการบังคับใช้มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในประเทศไทย วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงได้ทำการศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ, ประเทศแคนาดา, ประเทศฝรั่งเศส และประเทศญี่ปุ่น เพื่อนำมาใช้เป็นแนวทางในการพัฒนาบทบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กให้มีความเหมาะสมมากยิ่งขึ้น อันจะได้นำเสนอในบทต่อไป

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>92</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า 202.

## บทที่ 4

### มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในต่างประเทศ

จากการศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในประเทศไทยและการปรับใช้เพื่อแก้ไขปัญหาลามกอนาจารเด็กในบทที่ที่ผ่านมาพบว่ามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยยังมีขอบเขตความรับผิดชอบที่ไม่เหมาะสมอยู่หลายประการ ทั้งในประเด็นองค์ประกอบความผิดของความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก เหตุฉกรรจ์ในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กและข้อยกเว้นความรับผิดชอบเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก

หลายประเทศประสบปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กเช่นเดียวกับประเทศไทย แต่ในต่างประเทศมีมาตรการทางกฎหมายหลายประการที่แตกต่างจากประเทศไทยซึ่งสามารถบังคับใช้ได้เป็นอย่างดีเหมาะสมกับบริบทของสังคมนั้น ๆ ดังนั้นจึงจำเป็นต้องศึกษามาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจารเด็กในต่างประเทศเพื่อนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยอันจะสามารถนำไปใช้เป็นแนวทางในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กและขอบเขตความรับผิดชอบเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในประเทศไทยให้มีความเหมาะสมมากยิ่งขึ้น

บทนี้จะศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในต่างประเทศ โดยแบ่งเป็นมาตรการทางกฎหมายของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ได้แก่ ประเทศอังกฤษและประเทศแคนาดา กับมาตรการทางกฎหมายของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศสและประเทศญี่ปุ่น ซึ่งประเทศเหล่านี้บัญญัติกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กไว้เป็นการเฉพาะ โดยจะศึกษาในเรื่องความทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กในต่างประเทศ องค์ประกอบความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก เหตุฉกรรจ์ในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กกรณีผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิด และข้อยกเว้นความรับผิดชอบเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ตามลำดับ

#### 4.1 ความทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กในต่างประเทศ

ก่อนที่จะศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในต่างประเทศ ในประเด็นเรื่ององค์ประกอบความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก เหตุฉกรรจ์ในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กกรณีผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิด และข้อยกเว้นความรับผิดชอบเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กนั้น ในหัวข้อนี้จะนำเสนอถึงความทั่วไป

เกี่ยวกับกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กในต่างประเทศเพื่อให้เข้าใจถึงภาพรวมของกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของแต่ละประเทศชัดเจนยิ่งขึ้น

#### 4.1.1 ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ซึ่งกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติต่าง ๆ มีฐานสำคัญมาจากแนวคำวินิจฉัยของศาล อย่างไรก็ตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statute Law) ที่ถูกตราขึ้นโดยรัฐสภานั้นได้เข้ามาทับทบบทบาทกับระบบกฎหมายอังกฤษเพิ่มขึ้นอย่างมากในช่วงศตวรรษที่ 20 และ 21<sup>1</sup> การพิจารณาคดีในศาลจะใช้ระบบกล่าวหา (Adversarial System) ซึ่งโดยหลักจะมีคณะลูกขุน (Jury) เป็นผู้ทำหน้าที่ในพิจารณาข้อเท็จจริงที่พิพาทในศาลว่าควรฟังเป็นที่ยุติอย่างไรภายใต้การควบคุมของผู้พิพากษา อย่างไรก็ตามกฎหมายอังกฤษได้แบ่งความผิดอาญาออกเป็น 3 ประเภท<sup>2</sup> ตามวิธีการพิจารณาคดีในศาล ดังนี้

(1) ความผิดที่ต้องฟ้องโดยคำฟ้อง (Indictable Offences) ความผิดประเภทนี้เป็นความผิดอาญาที่มีโทษร้ายแรงและลักษณะคดีมีความซับซ้อน การพิจารณาคดีจึงต้องพิจารณาคดีโดยผู้พิพากษาและคณะลูกขุน<sup>3</sup>

(2) ความผิดซึ่งพิจารณาแบบรวบรัดได้ (Summary Conviction Offences) ความผิดประเภทนี้เป็นความผิดอาญาที่มีความรุนแรงน้อย การพิจารณาคดีประเภทนี้จึงเป็นการพิจารณาแบบรวบรัดโดยใช้ผู้พิพากษา ไม่ใช่คณะลูกขุน<sup>4</sup>

(3) ความผิดที่จะฟ้องโดยคำฟ้องหรือพิจารณาแบบรวบรัดก็ได้ (Hybrid Offences) ความผิดประเภทนี้ศาลต้องพิจารณาว่าการดำเนินคดีในรูปแบบใดจึงจะเหมาะสมกับข้อเท็จจริงของคดี หากข้อเท็จจริงในคดีนั้นเป็นคดีอุกฉกรรจ์ต้องดำเนินคดีโดยใช้วิธีการฟ้องโดยคำฟ้อง ในทางกลับกันหากเป็นคดีไม่อุกฉกรรจ์ก็อาจดำเนินคดีโดยรวบรัดได้<sup>5</sup>

สื่อลามกอนาจารทั่วไปสามารถผลิต เผยแพร่ และครอบครองได้อย่างถูกต้องตามกฎหมายอังกฤษ โดยมีเงื่อนไขว่าสื่อลามกอนาจารดังกล่าวต้องเป็นสื่อลามกอนาจารที่ได้รับการจัดระดับโดย British Board of Film Classification (BBFC) การจัดระดับโดย BBFC นี้แบ่งออกเป็น 6 ระดับ ได้แก่ U, PG, 12A/12, 15, 18 และ R18 โดยสื่อลามกอนาจารที่อยู่ในระดับ R18 ซึ่งเป็น

<sup>1</sup> Gary Slapper and David Kelly, *The English Legal System* (London ; New York: Routledge, 2013), p. 9.

<sup>2</sup> สมชัย เมธากวินโสภณ, "ปัญหาองค์คณะในการพิจารณาคดีอาญาของไทย," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 30 – 32.

<sup>3</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>4</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>5</sup> เรื่องเดียวกัน.

ระดับสูงสุดนี้จะถูกจำกัดการเผยแพร่ไว้เพียงโรงภาพยนตร์ที่ได้รับอนุญาตหรือร้านขายอุปกรณ์ทางเพศที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น<sup>6</sup>

อย่างไรก็ตาม แม้สื่อลามกอนาจารทั่วไปจะสามารถผลิต เผยแพร่ และครอบครองได้ โดยถูกต้องตามกฎหมาย แต่การกระทำดังกล่าวก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย Obscene Publications Act 1959 กฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมเผยแพร่สิ่งพิมพ์ลามกที่อยู่ในรูปของข้อความหรือรูปภาพที่สามารถมองเห็นได้และ/หรืออ่านได้ รวมทั้งแถบบันทึกเสียง ภาพยนตร์ โดย “สิ่งพิมพ์ลามก” หมายถึงสิ่งพิมพ์ใด ๆ ที่เมื่อมองโดยภาพรวมแล้วส่งผลให้เกิดความ **ชั่วร้ายและเสื่อมทรามทางศีลธรรม**ต่อผู้ที่ได้อ่าน เห็น หรือได้ยินเนื้อหาที่ปรากฏในสิ่งพิมพ์นั้น<sup>7</sup> ผู้กระทำจะมีความผิดตามกฎหมายดังกล่าวต่อเมื่อตีพิมพ์สิ่งพิมพ์ลามกนั้น ไม่ว่าจะได้อ่านหรือไม่ได้ หรือมีไว้ในครอบครองซึ่งสิ่งพิมพ์ลามกโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้รับค่าตอบแทน ไม่ว่าจะสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ดังนั้น สามารถกล่าวโดยสรุปได้ว่า สื่อลามกอนาจารที่จะได้รับการจัดระดับโดย BBFC จะต้องเป็นสื่อลามกอนาจารที่มีได้ส่งผลให้เกิดความชั่วร้ายและเสื่อมทรามทางศีลธรรมต่อผู้พบเห็น เช่น การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่อายุ 18 ปีขึ้นไปโดยความยินยอม หากสื่อลามกอนาจารใดส่งผลให้เกิดความชั่วร้ายและเสื่อมทรามทางศีลธรรมต่อผู้พบเห็น สื่อลามกอนาจารนั้นย่อมไม่เข้าเงื่อนไขของการจัดระดับโดย BBFC และการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารนั้นย่อมเป็นความผิดตามกฎหมาย Obscene Publications Act 1959 อีกด้วย สำหรับสื่อลามกอนาจารที่ส่งผลให้เกิดความชั่วร้ายและเสื่อมทรามทางศีลธรรมต่อผู้พบเห็นมักเป็นสื่อลามกอนาจารที่มีเนื้อหารุนแรง (Extreme Pornography) เช่น การใช้สารเสพติดขณะมีเพศสัมพันธ์ การทำร้ายร่างกายระหว่างมีเพศสัมพันธ์ที่อาจก่อให้เกิดอันตรายสาหัส ไม่ว่าจะมีการทำร้ายร่างกายจริง ๆ หรือเสมือนจริงก็ตาม การข่มขืนกระทำเราโดยที่ผู้ถูกกระทำไม่ได้แสดงโดยชัดแจ้งว่าให้ความยินยอม เป็นต้น<sup>8</sup>

แม้สื่อลามกอนาจารทั่วไปจะสามารถครอบครอง เผยแพร่ และผลิตได้ภายใต้การควบคุมของรัฐ แต่ในทางกลับกันกรณีสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นกฎหมายอังกฤษได้บัญญัติห้ามการผลิต ครอบครอง และเผยแพร่ไว้อย่างเด็ดขาด ประเทศอังกฤษได้ให้สัตยาบันในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

<sup>6</sup> British Board of Film Classification, **Bbfc Guidelines** [Online], Accessed: 10 March 2018. Available from: [http://www.bbfc.co.uk/sites/default/files/attachments/bbfc%20classification%20guidelines%202014\\_5.pdf](http://www.bbfc.co.uk/sites/default/files/attachments/bbfc%20classification%20guidelines%202014_5.pdf)

<sup>7</sup> Obscene Publications Act 1959 – Section 1(1) - For the purposes of this Act an article shall be deemed to be obscene if its effect or (where the article comprises two or more distinct items) the effect of any one of its items is, if taken as a whole, such as to tend to deprave and corrupt persons who are likely, having regard to all relevant circumstances, to read, see or hear the matter contained or embodied in it.

<sup>8</sup> British Board of Film Classification, **BBFC Guidelines** [Online], Accessed: 10 March 2018. Available from: [http://www.bbfc.co.uk/sites/default/files/attachments/BBFC%20Classification%20Guidelines%202014\\_5.pdf](http://www.bbfc.co.uk/sites/default/files/attachments/BBFC%20Classification%20Guidelines%202014_5.pdf)

และพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็ก และสื่อลามกอนาจารเด็ก ประเทศอังกฤษจึงได้กำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อปราบปรามสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในรูปกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายฉบับ ได้แก่ Protection of Children Act 1978, Criminal Justice Act 1988 และ Coroners and Justice Act 2009 ซึ่งกฎหมายแต่ละฉบับกำหนดนิยามของคำว่าสื่อลามกอนาจารเด็กและลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดอาญาไว้แตกต่างกันอันจะได้ทำการศึกษาในหัวข้อต่อไป

สำหรับกฎหมาย Protection of Children Act 1978 ซึ่งเป็นกฎหมายสำคัญของประเทศอังกฤษที่ใช้ในการปราบปรามสื่อลามกอนาจารเด็กได้เข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภาเมื่อ ค.ศ. 1978 การตรากฎหมายฉบับดังกล่าวมีสาเหตุมาจากปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กและการแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็กโดยมิชอบที่มีความรุนแรงขึ้นทั่วโลก<sup>9</sup> ประเทศอังกฤษจึงได้ประกาศใช้กฎหมาย Protection of Children Act 1978 เมื่อวันที่ 20 กรกฎาคม ค.ศ. 1978 และได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมใน ค.ศ. 1994 และ ค.ศ. 2008 เพื่อให้ครอบคลุมถึงภาพลามกเด็กเทียมและสื่อลามกอนาจารเด็กที่อยู่ในรูปข้อมูลคอมพิวเตอร์ด้วย แต่กฎหมายดังกล่าวไม่ครอบคลุมถึงกรณีการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อประโยชน์ส่วนตัว ต่อมาในช่วงทศวรรษที่ 1980 เกิดข้อโต้แย้งจากหลายฝ่ายว่าการที่กฎหมายมิได้บัญญัติให้การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อประโยชน์ส่วนตัวเป็นความผิดนั้นไม่เหมาะสม ใน ค.ศ. 1988 จึงมีการบัญญัติให้เป็นความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อประโยชน์ส่วนตัวเป็นความผิดตามกฎหมาย Criminal Justice Act 1988

#### 4.1.2 ประเทศแคนาดา

ประเทศแคนาดามีระบอบการปกครองแบบสหพันธรัฐ ประกอบด้วย 10 รัฐและ 3 ดินแดน ซึ่งรัฐสภากลางมีอำนาจในการออกกฎหมายเพื่อบังคับใช้กับทั้งประเทศ และแต่ละรัฐก็มีอำนาจในการออกกฎหมายเพื่อบังคับใช้ในพื้นที่ของตนเช่นกัน<sup>10</sup> ระบบกฎหมายของประเทศแคนาดามีฐานมาจากระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศส โดยระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ตามแนวทางของประเทศอังกฤษจะบังคับใช้ในรัฐส่วนใหญ่ของประเทศแคนาดา มีเพียงรัฐควิเบค (Quebec) เท่านั้นที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) ตามแนวทางของประเทศฝรั่งเศส<sup>11</sup>

<sup>9</sup> HANSARD, **Protection of Children Bill** [Online], Accessed: 12 February 2018. Available from: <http://hansard.millbanksystems.com/commons/1978/feb/10/protection-of-children-bill>

<sup>10</sup> Department of Justice, **Where Our Legal System Comes From** [Online], Accessed: 20 March 2018. Available from: <http://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/just/03.html>

<sup>11</sup> Ibid.

ประมวลกฎหมายอาญา (Criminal Code of Canada) ของประเทศแคนาดาได้แบ่งความผิดอาญาออกเป็น 3 ประเภท ตามวิธีการพิจารณาคดีในศาลในทำนองเดียวกับกฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษ คือ ความผิดที่ต้องฟ้องโดยคำฟ้อง (Indictable Offences), ความผิดซึ่งพิจารณาแบบรวบรัดได้ (Summary Conviction Offences) และความผิดที่จะฟ้องโดยคำฟ้องหรือพิจารณาแบบรวบรัดก็ได้ (Hybrid Offences)<sup>12</sup> สื่อลามกอนาจารทั่วไปซึ่งบุคคลที่ปรากฏในสื่อเป็นผู้ใหญ่และให้ความยินยอมในการผลิตสื่อลามกอนาจารอยู่ภายใต้บังคับประมวลกฎหมายอาญาแคนาดา มาตรา 163 ซึ่งวางหลักให้การผลิตและเผยแพร่สื่อลามกอนาจารที่มีลักษณะ “น่ารังเกียจ (Obscene)” เป็นความผิดอาญา<sup>13</sup> สื่อลามกอนาจารที่มีลักษณะน่ารังเกียจ หมายถึง สื่อลามกอนาจารที่องค์ประกอบสำคัญอาจก่อให้เกิดความเสี่ยงในการแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบหรือมีเนื้อหาเกี่ยวกับการประกอบกิจกรรมทางเพศที่เป็นความผิดอาญา นากั้ว โหดร้ายและรุนแรง<sup>14</sup> ดังนั้น สื่อลามกอนาจารทั่วไปจึงสามารถผลิตและเผยแพร่ได้โดยชอบด้วยกฎหมายตราบาใดที่สื่อลามกอนาจารนั้นมีได้มีลักษณะน่ารังเกียจ สื่อลามกอนาจารประเภทนี้สามารถพบได้ทั่วไปในประเทศแคนาดา ไม่ว่าจะเป็นรูปแบบวิดีโอ หนังสือ นิตยสาร อีกทั้งยังสามารถรับชมได้ทางโรงภาพยนตร์

<sup>12</sup> Department of Justice, **Criminal Offences** [Online], Accessed: 20 March 2018. Available from: <http://www.justice.gc.ca/eng/cj-jp/victims-victimes/court-tribunaux/offences-infractions.html>

<sup>13</sup> Criminal Code of Canada – Section 163

(1) Every one commits an offence who

(a) makes, prints, publishes, distributes, circulates, or has in his possession for the purpose of publication, distribution or circulation any obscene written matter, picture, model, phonograph record or other thing whatever; or

(b) makes, prints, publishes, distributes, sells or has in his possession for the purpose of publication, distribution or circulation a crime comic.

(2) Every one commits an offence who knowingly, without lawful justification or excuse,

(a) sells, exposes to public view or has in his possession for such a purpose any obscene written matter, picture, model, phonograph record or other thing whatever;

(b) publicly exhibits a disgusting object or an indecent show;

(c) offers to sell, advertises or publishes an advertisement of, or has for sale or disposal, any means, instructions, medicine, drug or article intended or represented as a method of causing abortion or miscarriage; or

(d) advertises or publishes an advertisement of any means, instructions, medicine, drug or article intended or represented as a method for restoring sexual virility or curing venereal diseases or diseases of the generative organs.

<sup>14</sup> Criminal Code of Canada – Section 163(8) - For the purposes of this Act, any publication a dominant characteristic of which is the undue exploitation of sex, or of sex and any one or more of the following subjects, namely, crime, horror, cruelty and violence, shall be deemed to be obscene.

โทรทัศน์ และอินเทอร์เน็ต นอกจากนี้ยังมีการควบคุมสื่อลามกอนาจารรูปแบบต่าง ๆ ผ่านองค์กรของรัฐและเอกชน เช่น กรณีสื่อลามกอนาจารที่อยู่รูปแบบภาพยนตร์ การจัดระดับและการเซ็นเซอร์เนื้อหาที่ไม่เหมาะสมจะอยู่ภายใต้การจัดการของแต่ละรัฐโดยแต่ละรัฐจะมีหน่วยงานในการควบคุมเนื้อหาของภาพยนตร์ของตนเอง<sup>15</sup> หรือกรณีสื่อลามกอนาจารที่ถ่ายทอดผ่านทางวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ จะมีหน่วยงานเอกชนที่เรียกว่า Canadian Broadcast Standards Council (CBCS) ซึ่งเกิดจากการรวมตัวของผู้ประกอบการวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ หน่วยงานดังกล่าวได้บัญญัติประมวลจริยธรรม (Canadian Association of Broadcasters' Code of Ethics) ซึ่งกำหนดข้อบังคับให้ผู้ประกอบการวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ปฏิบัติตาม เช่น ข้อ 10 แห่งประมวลจริยธรรมได้กำหนดระยะเวลาในการฉายสื่อเนื้อหาของสื่อแต่ละประเภทไว้โดยกรณีสื่อลามกอนาจารนั้นจะถูกจำกัดการฉายไว้เฉพาะเวลา 21.00 – 06.00 น.<sup>16</sup>

อย่างไรก็ตาม กรณีสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นแตกต่างจากสื่อลามกอนาจารทั่วไป ประเทศแคนาดาเป็นภาคีแห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็ก และสื่อลามกอนาจารเด็กเช่นกัน กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศแคนาดาจึงต้องสอดคล้องกับความตกลงระหว่างประเทศข้างต้น เดิมประมวลกฎหมายอาญาแคนาดากำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารทั่วไปไว้ในมาตรา 163 ซึ่งไม่มีการแยกสื่อลามกอนาจารเด็กออกจากสื่อลามกอนาจารทั่วไปแต่อย่างใด ต่อมาใน ค.ศ.1985 รัฐบาลแคนาดาได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการพิเศษเกี่ยวกับปัญหาสื่อลามกอนาจารและการค้าประเวณี (Special Committee on Pornography and Prostitution) หรือ Fraser Committee ขึ้นเพื่อศึกษาปัญหาสื่อลามกอนาจารและการค้าประเวณี<sup>17</sup> รายงานของคณะกรรมการได้เสนอให้แยกกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กออกจากสื่อลามกอนาจารทั่วไปเพื่อเน้นย้ำถึงการคุ้มครองเป็นพิเศษที่เด็กควรจะได้รับซึ่งผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กควรได้รับโทษหนักกว่าสื่อลามกอนาจารทั่วไป<sup>18</sup> ใน ค.ศ.1993 จึงได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาแคนาดาโดยมีการเพิ่มเติม

<sup>15</sup> Motion Picture Association, **Theatrical Classification** [Online], Accessed: 20 March 2018. Available from: <https://www.mpa-canada.org/theatrical-classification/>

<sup>16</sup> Canadian Broadcast Standards Council, **Canadian Association of Broadcasters' Code of Ethics (2002)** [Online], Accessed: 20 March 2018. Available from: <http://www.cbcs.ca/codes/cab-code-of-ethics/>

<sup>17</sup> Department of Justice, **Youth Involvement in Prostitution: A Literature Review and Annotated Bibliography** [Online], Accessed: 20 March 2018. Available from: [http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/cj-jp/yj-jj/rr01\\_13/p23.html#sec23](http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/cj-jp/yj-jj/rr01_13/p23.html#sec23)

<sup>18</sup> Lyne Casavant and James R. Robertson, **The Evolution of Pornography Law in Canada** [Online], Accessed: 20 March 2018. Available from: <https://bdp.parl.ca/content/lop/researchpublications/843-e.htm>

บทบัญญัติมาตรา 163.1 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเฉพาะเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก<sup>19</sup> ปัจจุบันการกระทำ ความผิดใดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กจึงอยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายอาญาแคนาดา มาตรา 163.1 ซึ่งได้กำหนดให้การผลิต เผยแพร่ ครอบครอง และเข้าถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเป็น ความผิดอาญาโดยมิต้องพิจารณาถึงลักษณะน่ารังเกียจ อีกทั้งยังไม่สามารถผลิตและเผยแพร่ได้โดย ชอบด้วยกฎหมายดังเช่นกรณีสื่อลามกอนาจารทั่วไป กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศ แคนาดาจึงมีความเข้มงวดในการบังคับใช้กฎหมายมากกว่ากฎหมายสื่อลามกอนาจารทั่วไป<sup>20</sup>

#### 4.1.3 ประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยการพิจารณา คดีอาญาจะแบ่งศาลออกเป็น 2 ส่วน คือ ศาลไต่สวน (Jurisdiction d' instruction) ซึ่งศาลนี้จะไม่ มีหน้าที่ในการตัดสินคดีว่าจำเลยมีความผิดหรือไม่ แต่จะมีหน้าที่ในการไต่สวนมูลฟ้องจาก พยานหลักฐานที่ปรากฏ หากเห็นว่าสมควรสั่งฟ้องก็จะส่งคดีต่อไปยังศาลที่สอง คือ ศาลตัดสิน (Jurisdictions de jugement) ที่จะทำหน้าที่ในการพิจารณาและตัดสินคดี<sup>21</sup> ศาลชั้นต้นที่ทำหน้าที่ ในการตัดสินคดีแบ่งออกเป็น 3 ศาล ได้แก่

(1) ศาลตำรวจ (Tribunal de police) เป็นศาลที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาคดีลหุโทษ (Contravention) ซึ่งเป็นคดีที่มีโทษเล็กน้อย ระวังโทษปรับไม่เกิน 3,000 ยูโร<sup>22</sup>

(2) ศาลมัชฌิมโทษ (Tribunal de correctionels) เป็นศาลที่ทำหน้าที่ในการ พิจารณาคดีมัชฌิมโทษ (Délit) หรือคดีที่มีโทษปานกลาง ระวังโทษปรับจำคุกไม่เกิน 10 ปี<sup>23</sup>

(3) ศาลลูกขุน (Cour d' assises) เป็นศาลที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาคดีอุกฤษฏ์โทษ (Crime) หรือคดีที่มีโทษร้ายแรง ระวังโทษจำคุกตั้งแต่ 10 ปีขึ้นไป<sup>24</sup> ซึ่งความพิเศษของศาลลูกขุนที่ แตกต่างจากศาลแขวงและศาลมัชฌิมโทษนี้ คือ ศาลอื่น ๆ จะมีเฉพาะผู้พิพากษาเป็นองค์คณะในการ พิจารณาคดีเท่านั้น แต่ศาลลูกขุนจะมีคณะลูกขุนทำหน้าที่ในการพิจารณาคดีร่วมกับผู้พิพากษา<sup>25</sup>

คดีที่พิจารณาโดยศาลชั้นต้นสามารถอุทธรณ์ไปยังศาลอุทธรณ์ได้ โดยคดีที่ตัดสินโดย ศาลตำรวจและศาลมัชฌิมโทษต้องอุทธรณ์ไปยังศาลอุทธรณ์ (Cour d' appel) ส่วนคดีที่ตัดสินโดย

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> Walter Cairns and Robert Mckean, *Introduction to French Law* (London: Cavendish Pub., 1995), p. 32 – 38.

<sup>22</sup> French Penal Code – Article 131-13

<sup>23</sup> French Penal Code – Article 131-4

<sup>24</sup> French Penal Code – Article 131-1

<sup>25</sup> Walter Cairns and R. Mckean, *Introduction to French Law*, p. 32 – 38.



ศาลลูกขุนนั้นจะต้องอุทธรณ์ไปยังศาลลูกขุนชั้นอุทธรณ์ (Cour d'assises d'appel) ซึ่งมีลักษณะไม่เหมือนศาลอุทธรณ์ทั่วไป โดยจะเป็นศาลลูกขุนศาลเดียวที่ได้รับความมอบอำนาจให้ตรวจสอบคดีใหม่จากศาลฎีกา นอกจากนี้ความยิ่งอาจฎีกาต่อศาลฎีกา (Cour de cassation) ได้ แต่ศาลฎีกามีอำนาจพิจารณาเฉพาะปัญหาข้อกฎหมายเท่านั้น ไม่มีอำนาจพิจารณาปัญหาข้อเท็จจริง<sup>26</sup> การกระทำ ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กนี้อยู่ในอำนาจของศาลมัชฌิมโทษอันจะได้อธิบายในหัวข้อต่อไป

การผลิต ครอบครอง และเผยแพร่สื่อลามกอนาจารทั่วไปสามารถกระทำได้อย่างถูกต้องตามกฎหมายในประเทศฝรั่งเศส แต่ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์แห่งกฎหมาย สื่อลามกอนาจารที่เป็นภาพยนตร์จะถูกควบคุมโดย Centre national du cinéma et de l'image animée (CNC) ซึ่งเป็นหน่วยงานภายใต้กระทรวงวัฒนธรรม หน่วยงานดังกล่าวมีหน้าที่ออกใบอนุญาตและจัดระดับ ภาพยนตร์ ละคร วีดีโอ รวมทั้งวีดีโอเกมโดยสื่อลามกอนาจารมักถูกจัดอยู่ในระดับ X ซึ่งเป็นระดับที่เด็กอายุต่ำกว่า 18 ปีห้ามรับชมและห้ามฉายในโรงภาพยนตร์<sup>27</sup> การฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ที่ออกโดย CNC เป็นความผิดโดยโทษที่กำหนดไว้จะเป็นโทษทางปกครองและโทษปรับ<sup>28</sup> การกระทำใด ๆ เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารทั่วไปจะเป็นความผิดอาญาต่อเมื่อมีการผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารโดยที่เด็กอายุไม่เกิน 18 ปีสามารถเห็นหรือรับรู้ถึงสื่อชิ้นนั้นได้ ผู้กระทำการดังกล่าวย่อมมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส (French Penal Code)<sup>29</sup> อย่างไรก็ตาม กฎหมายฝรั่งเศสบัญญัติห้ามการผลิต ครอบครอง และเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กอย่างเด็ดขาด ประเทศฝรั่งเศสได้ให้สัตยาบันในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็ก และสื่อลามกอนาจารเด็ก มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศฝรั่งเศสจึงต้องสอดคล้องกับความตกลงระหว่างประเทศข้างต้น ปัจจุบันบทบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 227-23

#### 4.1.4 ประเทศญี่ปุ่น

ประเทศญี่ปุ่นใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส โดยบทบัญญัติเกี่ยวกับกฎหมายอาญานั้นจะปรากฏในประมวลกฎหมายอาญา (Criminal Code of

<sup>26</sup> อุทัย อาทิวา, "การมีส่วนร่วมของประชาชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา : ตัวอย่างของระบบลูกขุนฝรั่งเศส," *วารสารผู้ตรวจการแผ่นดิน* 2, 2 (2552): 73 – 97.

<sup>27</sup> Centre national du cinéma et de l'image animée, **Regulatory Function : Film Classification** [Online], Accessed: 31 March 2018. Available from: <http://www.cnc.fr/web/en/film-classification>

<sup>28</sup> Centre national du cinéma et de l'image animée, **Code Du Cinema Et De L'image Animée** [Online], Accessed: 31 March 2018. Available from: <http://www.cnc.fr/web/fr/code-du-cinema-et-de-l-image-animee/-/editoriaux/36342>

<sup>29</sup> French Penal Code – Article 227-24

Japan) และกฎหมายเฉพาะอื่น ๆ<sup>30</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 175 วางหลักว่า การเผยแพร่ จำหน่าย หรือนำเสนอต่อสาธารณะซึ่งเอกสาร รูปวาด หรือวัตถุใด ๆ ที่มีลักษณะ “นารังเกียจ (Obscene)” เป็นความผิดอาญา<sup>31</sup> กรณีที่มีลักษณะนารังเกียจ เช่น การแสดงให้เห็นถึงชนบริเวณ อวัยวะเพศ การแสดงให้เห็นถึงอวัยวะเพศ ดังนั้น สื่อลามกอนาจารทั่วไปจึงสามารถผลิต ครอบครอง และเผยแพร่ได้ในประเทศญี่ปุ่นภายใต้การควบคุมของกฎหมายดังกล่าว สื่อลามกอนาจารที่อยู่ในรูป ของภาพยนตร์ที่มีการแสดงโดยคนจริง ๆ จะถูกตรวจสอบโดยองค์กรที่ชื่อว่า Nihon Ethics of Video Association (NEVA) เพื่อให้การผลิตสื่อลามกอนาจารนั้นเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด<sup>32</sup> อุตสาหกรรมสื่อลามกอนาจารเป็นหนึ่งในอุตสาหกรรมที่สร้างรายได้อย่างมหาศาลให้กับประเทศญี่ปุ่น ใน ค.ศ. 2017 ได้มีการประเมินมูลค่าของอุตสาหกรรมสื่อลามกอนาจารของประเทศญี่ปุ่นว่ามีมูลค่า มากกว่า 20,000 ล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกา และมีสถิติบ่งชี้ว่ามีการผลิตสื่อลามกอนาจารในรูปแบบ ภาพยนตร์ประมาณ 5,000 เรื่องต่อปี<sup>33</sup> นอกจากนี้อุตสาหกรรมที่มีความสำคัญสำหรับประเทศญี่ปุ่น อีกประเภทหนึ่งก็คืออุตสาหกรรมการ์ตูนและแอนิเมชันซึ่งใน ค.ศ. 2017 นั้นสามารถสร้างรายได้ มากกว่า 17,700 ล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกา<sup>34</sup> การผลิตการ์ตูนและแอนิเมชันนั้นแม้จะไม่ได้มีการนำ บุคคลที่มีตัวตนจริง ๆ มาใช้เป็นตัวแสดงดังเช่นการผลิตสื่อลามกอนาจารในรูปของภาพยนตร์ แต่ก็ ต้องอยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 175 เช่นเดียวกัน

ประเทศญี่ปุ่นได้ให้สัตยาบันในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และพิธีสารเลือกรับของ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็ก และสื่อลามกอนาจารเด็ก ดังนั้น กรณี สื่อลามกอนาจารเด็กนั้นจึงจะแตกต่างจากสื่อลามกอนาจารทั่วไป ประเทศญี่ปุ่นกำหนดให้การกระทำ ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดอาญาเช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ ประเทศ แคนาดา และประเทศฝรั่งเศส โดยเมื่อ ค.ศ. 1999 ได้มีการออกกฎหมาย Act on Punishment of Activities Relating to Child Prostitution and Child Pornography, and the Protection of Children บัญญัติให้การผลิตและการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดอาญาเพื่อปราบปราม

<sup>30</sup> Hiroshi Oda, *Japanese Law* (Oxford: Oxford University Press, 2003), p. 388.

<sup>31</sup> Criminal Code of Japan – Article 175

<sup>32</sup> Aleardo Zanghellini, "Underage Sex and Romance in Japanese Homoerotic Manga and Anime," *Social & Legal Studies* 18, 2 (2009): 159 – 177.

<sup>33</sup> Cezary Jan Strusiewicz, *The Japanese Porn Industry: 5 Things We Learned at Japan Adult Expo* [Online], Accessed: 31 March 2018. Available from: <https://www.tokyoweekender.com/2018/02/the-japanese-porn-industry-5-things-we-learned-at-japan-adult-expo/>

<sup>34</sup> Julian Rizzo-Smith, *Thanks to 'Your Name' Japan's Anime Industry Earns \$17.7 Billion* [Online], Accessed: 31 March 2018. Available from: <https://www.sbs.com.au/popasia/blog/2017/11/17/thanks-your-name-japans-anime-industry-earns-177-billion>

การกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นการเฉพาะ ทั้งนี้ แม้จะมีการกำหนดให้การผลิตและการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดอาญา แต่ในขณะนั้นการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กมิได้เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายญี่ปุ่นแต่อย่างใด จนกระทั่งใน ค.ศ. 2013 รายงานด้านสิทธิมนุษยชนของกระทรวงการต่างประเทศแห่งสหรัฐอเมริกาได้ขนานนามประเทศญี่ปุ่นว่าเป็น “จุดศูนย์กลางระดับนานาชาติในการผลิตและค้าขายสื่อลามกอนาจารเด็ก” อีกทั้งยังได้กล่าวว่าการที่ประเทศญี่ปุ่นไม่ได้กำหนดให้การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดอาญานั้นทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่สามารถการบังคับใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพและเป็นอุปสรรคในการปราบปรามสื่อลามกอนาจารเด็กในระดับนานาชาติ แรงกดดันดังกล่าวส่งผลให้ประเทศญี่ปุ่นแก้ไขกฎหมาย Act on Punishment of Activities Relating to Child Prostitution and Child Pornography, and the Protection of Children ใน ค.ศ. 2014 โดยมีการเพิ่มเติมความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก<sup>35</sup> อย่างไรก็ตาม แม้การผลิต ครอบครอง และเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายญี่ปุ่นจะเป็นความผิดอาญา แต่ด้วยสภาพสังคมและเศรษฐกิจของประเทศญี่ปุ่นที่อุตสาหกรรมสื่อลามกอนาจารและอุตสาหกรรมการ์ตูนและแอนิเมชันเป็นอุตสาหกรรมสำคัญของประเทศ ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายญี่ปุ่นจึงมีขอบเขตที่แตกต่างจากประเทศอังกฤษ ประเทศแคนาดา และประเทศฝรั่งเศส อันจะได้อธิบายในหัวข้อต่อไป

#### 4.2 องค์ประกอบความผิดในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายต่างประเทศ

หัวข้อนี้จะทำการศึกษาองค์ประกอบความผิดในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายต่างประเทศเพื่อให้เข้าใจภาพรวมของกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของแต่ละประเทศ โดยจะแบ่งการศึกษาเป็น 2 หัวข้อ ได้แก่ นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายต่างประเทศ และลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดตามกฎหมายต่างประเทศ

##### 4.2.1 นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายต่างประเทศ

ส่วนนี้จะศึกษานิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กในกฎหมายต่างประเทศซึ่งการกำหนดนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นสิ่งสำคัญที่จะทำให้ทราบว่ากรกระทำในรูปแบบใดเป็นการกระทำความผิดอาญา โดยพบว่าแต่ละประเทศมีการให้นิยามสื่อลามกอนาจารเด็กแตกต่างกันออกไป บางประเทศได้นิยามว่าสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นหมายถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพ

<sup>35</sup> James Fletcher, *Why Hasn't Japan Banned Child-Porn Comics?* [Online], Accessed: 31 March 2018. Available from: <http://www.bbc.com/news/magazine-30698640>

ของเด็กจริงและสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริง ในขณะที่บางประเทศจำกัดความไว้ว่าเป็นกรณีสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงเท่านั้นซึ่งสามารถพิจารณาได้ดังนี้

#### 4.2.1.1 ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องสื่อลามกอนาจารเด็กหลายฉบับซึ่งแต่ละฉบับได้ให้คำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กแตกต่างกันออกไป ในส่วนนี้จึงจะทำการศึกษานิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศอังกฤษโดยจำแนกตามกฎหมายแต่ละฉบับที่บังคับใช้

##### 4.2.1.1.1 กฎหมาย Obscene Publications Act 1959

กฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมการเผยแพร่สิ่งพิมพ์ลามกที่อยู่ในรูปของข้อความหรือรูปภาพซึ่งสามารถมองเห็นหรืออ่านได้ รวมทั้งแถบบันทึกเสียง<sup>36</sup> โดย “สิ่งพิมพ์ลามก” หมายถึง สิ่งพิมพ์ใด ๆ ที่มองโดยภาพรวมแล้วส่งผลให้เกิดความชั่วร้ายและเสื่อมทรามทางศีลธรรมต่อผู้ที่ได้อ่าน เห็น หรือได้ยินเนื้อหาที่ปรากฏในสิ่งพิมพ์นั้น<sup>37</sup> กฎหมายดังกล่าวกำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารทั่วไป มิได้กำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม แนวทางของ BBFC ได้วางหลักว่าสิ่งพิมพ์ที่แสดงให้เห็นถึงการประกอบกิจกรรมทางเพศของเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี ย่อมเป็นส่งผลให้เกิดความชั่วร้ายและเสื่อมทรามทางศีลธรรมต่อผู้ที่ได้อ่านหรือได้ยินเนื้อหาที่ปรากฏในสิ่งพิมพ์นั้น ดังนั้นสิ่งพิมพ์ลักษณะดังกล่าวจึงอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย Obscene Publications Act 1959<sup>38</sup>

##### 4.2.1.1.2 กฎหมาย Protection of Children Act 1978 และกฎหมาย Criminal Justice Act 1988

กฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการแสวงหาประโยชน์จากเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปีโดยการผลิตภาพลามกเด็ก (Indecent Photograph) และกำหนดความรับผิดสำหรับการเผยแพร่ การแสดง และการโฆษณาภาพลามกดังกล่าว “ภาพลามกเด็ก” หมายถึง วัตถุใด ๆ ที่แสดงให้เห็นภาพของบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปีซึ่งมีลักษณะลามก

<sup>36</sup> Obscene Publications Act 1959 – Section 1(2) - In this Act “article” means any description of article containing or embodying matter to be read or looked at or both, any sound record, and any film or other record of a picture or pictures.

<sup>37</sup> Obscene Publications Act 1959 – Section 1(1) - For the purposes of this Act an article shall be deemed to be obscene if its effect or (where the article comprises two or more distinct items) the effect of any one of its items is, if taken as a whole, such as to tend to deprave and corrupt persons who are likely, having regard to all relevant circumstances, to read, see or hear the matter contained or embodied in it.

<sup>38</sup> British Board of Film Classification, **BBFC Guidelines** [Online], Accessed: 10 March 2018. Available from: [http://www.bbfc.co.uk/sites/default/files/attachments/BBFC%20Classification%20Guidelines%202014\\_5.pdf](http://www.bbfc.co.uk/sites/default/files/attachments/BBFC%20Classification%20Guidelines%202014_5.pdf)

(Indecent)<sup>39</sup> เช่น รูปภาพ ภาพยนตร์ สำเนาของรูปภาพหรือภาพยนตร์<sup>40</sup> ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถแปลงผลเป็นภาพได้<sup>41</sup> อีกทั้งกฎหมายฉบับนี้ยังขยายความคุ้มครองไปถึง “ภาพลามกเด็กเทียม (Pseudo-Photograph)” ซึ่งหมายถึงภาพที่สร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิก (Computer-Graphics) หรือโดยวิธีอื่นใดทำให้ที่ดูราวกับว่าเป็นรูปภาพ<sup>42</sup> เช่น การตัดต่อหน้าของเด็กเข้าไปประกอบกับร่างกายของผู้ใหญ่โดยเด็กไม่ได้เข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องในการถ่ายภาพ นอกจากนี้กฎหมายฉบับนี้ยังได้วางหลักว่า หากภาพลามกเด็กเทียมใดถูกนำเสนอให้รู้สึกว่าคุณคณที่ปรากฏในภาพนั้นเป็นเด็ก ให้ถือว่าบุคคลที่ปรากฏในภาพลามกเด็กเทียมนั้นเป็นเด็กและอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายฉบับนี้ รวมถึงภาพลามกเด็กเทียมซึ่งส่วนสำคัญของภาพถูกนำเสนอให้รู้สึกว่าคุณคณที่ปรากฏในภาพนั้นเป็นเด็ก แม้ว่าส่วนใดส่วนหนึ่งของลักษณะภายนอกจะเป็นของผู้ใหญ่ก็ตาม<sup>43</sup>

ประเด็นที่จะต้องพิจารณา คือ กรณีใดจึงจะถือว่าภาพดังกล่าวมีลักษณะ “ลามก (Indecent)” กฎหมาย Protection of Children Act 1978 มีได้กำหนดนิยามของคำว่าลามกไว้ กรณีใดจะอยู่ความหมายของคำว่าลามกจึงเป็นหน้าที่ของคณะลูกขุนที่จะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ปรากฏ<sup>44</sup> อย่างไรก็ตาม มีนักกฎหมายให้คำนิยามว่าหมายถึงกรณีที่ว่าตุนั้นแสดงให้เห็นถึงภาพเปลือยของเด็กซึ่งกระตุ้นให้เกิดความต้องการทางเพศต่อเด็ก<sup>45</sup> การที่กฎหมายไม่ได้กำหนดนิยามของคำว่าลามกไว้อย่างชัดเจนนั้นก่อให้เกิดปัญหาในการพิจารณาคดี เนื่องจากการไม่มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่แน่นอนส่งผลให้ภาพบางลักษณะถูกดำเนินคดีในฐานะภาพลามกเด็ก

<sup>39</sup> Protection of Children Act 1978 – Section7 (6) - “Child”, subject to subsection (8), means a person under the age of 18.

<sup>40</sup> Protection of Children Act 1978 – Section7 (2) - References to an indecent photograph include an indecent film, a copy of an indecent photograph or film, and an indecent photograph comprised in a film.

<sup>41</sup> Protection of Children Act 1978 – Section7 (4) -References to a photograph include-

(a) the negative as well as the positive version; and

(b) data stored on a computer disc or by other electronic means which is capable of conversion into a photograph.

<sup>42</sup> Protection of Children Act 1978 – Section7 (7) - “ Pseudo-photograph ” means an image, whether made by computer-graphics or otherwise howsoever, which appears to be a photograph

<sup>43</sup> Protection of Children Act 1978 – Section7 (8) - If the impression conveyed by a pseudo-photograph is that the person shown is a child, the pseudo-photograph shall be treated for all purposes of this Act as showing a child and so shall a pseudo-photograph where the predominant impression conveyed is that the person shown is a child notwithstanding that some of the physical characteristics shown are those of an adult.

<sup>44</sup> Alisdair A. Gillespie, "Child Pornography," *Information & Communications Technology Law* 27, 1 (2018): 30 – 54.

<sup>45</sup> Max Taylor, Gemmma Holland, and Ethel Quayle, "Typology of Paedophile Picture Collections," *The Police Journal* 74, 2 (2001): 97 – 107.

ทั้ง ๆ ที่ไม่ควรรวมอยู่ในความหมายดังกล่าวแต่อย่างใด เช่น คดีของ Julia Summerville ที่คู่สามีภรรยาถูกจับกุมในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเพราะพวกเขาถ่ายภาพลูกสาวอายุ 6 ปีของตนขณะอาบน้ำ หรือคดีของ Nan Golding ศิลปินซึ่งจัดแสดงนิทรรศการภาพถ่าย โดยหนึ่งในนั้นปรากฏของเด็กสองคนที่มีอายุต่ำกว่า 10 ปี เด็กคนแรกอยู่ในลักษณะกึ่งเปลือย ส่วนเด็กคนที่สองนอนอยู่บนพื้นในลักษณะเปลือย ภาพดังกล่าวถูกนำไปแสดงในนิทรรศการหลายแห่งทั่วโลกและไม่ได้มีลักษณะที่กระตุ้นความต้องการทางเพศแต่อย่างใด ผู้ต้องหาในทั้งสองคดีนั้นได้ถูกดำเนินคดีโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจเพราะต้องสงสัยว่าภาพดังกล่าวเป็นภาพลามกเด็ก<sup>46</sup> แม้สุดท้ายแล้วเหตุการณ์ในลักษณะนี้มักไม่มีการสั่งฟ้องแต่การที่ต้องถูกสืบสวนและสอบสวนในคดีสื่อลามกอนาจารเด็กย่อมก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ต้องหาแล้ว<sup>47</sup> ปัญหาดังกล่าวมีสาเหตุมาจากการที่ผู้บังคับใช้กฎหมายมักสมมติให้ตัวเองอยู่ในฐานะของผู้ที่ชอบเด็ก (Pedophile) แล้วใช้มุมมองของผู้ที่ชอบเด็กพิจารณาว่าสิ่งใดมีลักษณะลามก การพิจารณาในมุมมองนี้ส่งผลให้ผู้บังคับใช้กฎหมายตีความว่าข้อเท็จจริงบางลักษณะสามารถกระตุ้นให้เกิดความรู้สึกทางเพศได้ ทั้ง ๆ ที่แท้จริงแล้วไม่มีลักษณะดังกล่าว<sup>48</sup>

จากผลกระทบที่เกิดขึ้นข้างต้นจึงมีนักกฎหมายชาวอังกฤษหลายท่านเสนอให้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่ากรณีใดจึงจะถือว่าภาพนั้นมีลักษณะลามก โดยศาสตราจารย์ Alisdair Gillespie ได้เสนอให้นำนิยามของคำว่า “สื่อไปในทางเพศ (Sexual)” ตามกฎหมาย Sexual Offence Act 2003 มาปรับใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าภาพใดมีลักษณะลามก<sup>49</sup> โดยกฎหมายดังกล่าวนิยามว่าการกระทำที่สื่อไปในทางเพศนั้น คือ การกระทำที่วิญญูชนพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นการกระทำที่โดยธรรมชาติแล้วสื่อไปในทางเพศ หรือโดยธรรมชาตินั้นการกระทำดังกล่าวอาจสื่อไปในทางเพศและในสถานการณ์นั้นหรือวัตถุประสงค์ของบุคคลที่อยู่ในสถานการณ์นั้นรู้สึกว่าจะสื่อไปในทางเพศ<sup>50</sup>

<sup>46</sup> Alisdair A. Gillespie, "Child Pornography," *Information & Communications Technology Law*: 36 - 39.

<sup>47</sup> Ibid.

<sup>48</sup> Ibid.

<sup>49</sup> Ibid.

<sup>50</sup> Sexual Offences Act 2003 – Section 78 - “Sexual”

For the purposes of this Part except sections 15A and 71, penetration, touching or any other activity is sexual if a reasonable person would consider that—

(a) whatever its circumstances or any person’s purpose in relation to it, it is because of its nature sexual, or

(b) because of its nature it may be sexual and because of its circumstances or the purpose of any person in relation to it (or both) it is sexual.

ประเด็นสำคัญอีกประการหนึ่งที่ต้องพิจารณา คือ ลักษณะของ ภาพลามกเด็กเทียมที่จะอยู่ภายใต้บังคับของตามกฎหมายฉบับนี้นั้นต้อง “ดูราวกับว่าเป็นรูปภาพ” ประเด็นนี้ศาลได้วางแนวทางไว้ในคดี Goodland v. DDP<sup>51</sup> ข้อเท็จจริงในคดีมีอยู่ว่าจำเลยถูกฟ้องใน ข้อหาครอบครองภาพลามกเด็กตามกฎหมาย Protection of Children Act 1978 โดยจำเลยนำ ภาพส่วนหัวของเด็กมาต่อเข้ากับภาพร่างกายของผู้ใหญ่เพศหญิงโดยใช้เทปใสทำให้ดูเหมือนว่าเด็ก กำลังเปลือยอยู่ ศาลในคดีนี้ตัดสินว่าจำเลยไม่มีความผิดเนื่องจากภาพดังกล่าวไม่ได้ดูราวกับว่าเป็น รูปภาพ แต่เห็นได้ชัดเจนว่าเป็นรูปภาพสองภาพแยกต่างหากจากกัน แนวทางในคดีดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าภาพที่จะอยู่ในความหมายของภาพลามกเด็กเทียมตามกฎหมาย Protection of Children Act 1978 จะต้องเป็นภาพที่มีลักษณะเหมือนจริง เช่น ภาพลามกอนาจารเด็กที่ถูกดัดแปลงหรือสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิกซึ่งมีคุณภาพสูง ภาพลามกอนาจารผู้ใหญ่ที่ใช้คอมพิวเตอร์กราฟิกดัดแปลง โดยกำจัดขนบริเวณอวัยวะเพศ ลดขนาดของหน้าอกและสะโพก เป็นต้น หากเป็นภาพลามกเด็กที่มี ลักษณะชัดเจนว่าไม่ใช่เด็กจริง ๆ หรือภาพลามกเด็กที่เป็นภาพวาดและภาพการ์ตูนย่อมไม่อยู่ภายใต้ บังคับของกฎหมายฉบับนี้ แต่อาจอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย Coroners and Justice Act 2009<sup>52</sup>

อย่างไรก็ตาม กฎหมาย Protection of Children Act 1978 บัญญัติฐานความผิดไว้เฉพาะการผลิต การเผยแพร่ การโฆษณา และการมีไว้ในครอบครองเพื่อ เผยแพร่ซึ่งภาพลามกเด็กและภาพลามกเด็กเทียมเท่านั้น สำหรับความผิดฐานครอบครองภาพลามก เด็กและภาพลามกเด็กเทียมเพื่อประโยชน์ส่วนตัวจะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย Criminal Justice Act 1988 โดยใช้คำนิยามของภาพลามกเด็กและภาพลามกเด็กเทียมเช่นเดียวกับกฎหมาย Protection of Children Act 1978 นั่นเอง<sup>53</sup>

#### 4.2.1.1.3 กฎหมาย Coroners and Justice Act 2009

กฎหมายฉบับนี้บัญญัติความผิดฐานครอบครองภาพต้องห้าม ของเด็ก (Prohibited Images of Children) โดย “ภาพ (Image)” หมายรวมถึงภาพนิ่ง ภาพเคลื่อนไหว รวมทั้งข้อมูลที่สามารถแปลงเป็นภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวได้ แต่ไม่รวมถึงภาพ ลามกเด็กและภาพลามกเด็กเทียมตามกฎหมาย Protection of Children Act 1978 สำหรับ “เด็ก” ตามกฎหมายฉบับนี้หมายถึงบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ภาพที่แสดงให้เห็นถึงบุคคลใด ๆ อาจจะถูกถือ ว่าเป็นภาพของเด็ก (Image of Children) ได้หากนั้นถูกนำเสนอให้รู้สึกว่าคุณภาพที่ปรากฏในภาพนั้น

<sup>51</sup> Goodland v. DDP, [2000] 1 WRL 1427

<sup>52</sup> Alisdair A. Gillespie, "Child Pornography," *Information & Communications Technology Law*: 43.

<sup>53</sup> Criminal Justice Act 1988 – Section 160 (4) - Sections 1(3), 2(3), 3 and 7 of the Protection of Children Act 1978 shall have effect as if any reference in them to that Act included a reference to this section.

เป็นเด็ก หรือส่วนสำคัญของภาพถูกนำเสนอให้รู้สึกว่าคุณคนที่ปรากฏในภาพนั้นเป็นเด็ก แม้ว่าส่วนใด ส่วนหนึ่งของลักษณะภายนอกจะเป็นของผู้ใหญ่ก็ตาม นอกจากนี้ภาพต้องห้ามของเด็กยังหมายรวมถึง ภาพของเด็กที่ไม่มีตัวตนจริง ด้วย<sup>54</sup> ภาพต้องห้ามของเด็กจะต้องเป็นภาพที่มีลักษณะลามก กล่าวคือ ต้องสามารถสันนิษฐานได้ว่าภาพดังกล่าวถูกผลิตโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกระตุ้นอารมณ์ทางเพศและเป็นภาพที่รุนแรง น่ารังเกียจ หรือไม่เหมาะสมในทางเพศ<sup>55</sup> และต้องแสดงให้เห็นถึงลักษณะอย่างใด อย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนด เช่น ภาพที่แสดงให้เห็นอวัยวะเพศหรือทวารของเด็ก ภาพการมีเพศสัมพันธ์โดยมีเด็กเข้าไปเกี่ยวข้อง ภาพการสำเร็จความใคร่ด้วยตนเองโดยมีเด็กเข้าไปเกี่ยวข้อง<sup>56</sup> จากนิยามที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดจะเห็นได้ว่าภาพต้องห้ามของเด็กไม่จำเป็นต้องมีเด็กจริง ๆ เข้าไปเกี่ยวข้อง ดังนั้น ภาพวาดหรือภาพการ์ตูนของเด็กจึงอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายฉบับนี้<sup>57</sup>

จากนิยามตามกฎหมายข้างต้นจะเห็นได้ว่าสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายอังกฤษ หมายถึง วัตถุที่แสดงให้เห็นการประกอบกิจกรรมทางเพศที่มีลักษณะลามกของ

<sup>54</sup> Coroners and Justice Act 2009 – Section 65

(2) “Image” includes—

(a) a moving or still image (produced by any means), or

(b) data (stored by any means) which is capable of conversion into an image within paragraph (a).

(3) “Image” does not include an indecent photograph, or indecent pseudo-photograph, of a child.

(5) “Child”, subject to subsection (6), means a person under the age of 18.

(6) Where an image shows a person the image is to be treated as an image of a child if—

(a) the impression conveyed by the image is that the person shown is a child, or

(b) the predominant impression conveyed is that the person shown is a child despite the fact that some of the physical characteristics shown are not those of a child.

(7) References to an image of a person include references to an image of an imaginary person.

(8) References to an image of a child include references to an image of an imaginary child.

<sup>55</sup> Coroners and Justice Act 2009 – Section 62 (3)- An image is “pornographic” if it is of such a nature that it must reasonably be assumed to have been produced solely or principally for the purpose of sexual arousal.

<sup>56</sup> Coroners and Justice Act 2009 – Section 62

(6) An image falls within this subsection if it—

(a) is an image which focuses solely or principally on a child's genitals or anal region, or

(b) portrays any of the acts mentioned in subsection (7).

(7) Those acts are—

(a) the performance by a person of an act of intercourse or oral sex with or in the presence of a child;

(b) an act of masturbation by, of, involving or in the presence of a child;

<sup>57</sup> Alisdair A. Gillespie, “Child Pornography,” *Information & Communications Technology Law*: 45.



บุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปีหรือถูกนำเสนอให้รู้สึกรู้สึกว่าอายุต่ำกว่า 18 ปี โดยกฎหมายอังกฤษควบคุมทั้งสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงและสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริง ทั้งนี้ กรณีสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริง สื่อลามกอนาจารเด็กซึ่งถูกตัดแปลงหรือสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิกเพื่อให้เหมือนเด็กจริง ๆ และสื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่ซึ่งมีลักษณะเหมือนเด็กเป็นผู้แสดงจะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย Protection of Children Act 1978 และกฎหมาย Criminal Justice Act 1988 สำหรับกรณีสื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นภาพวาดหรือภาพการ์ตูนย่อมอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย Coroners and Justice Act 2009 นอกจากนี้สื่อลามกอนาจารเด็กที่มีได้อยู่ในรูปของภาพนิ่ง ภาพเคลื่อนไหว หรือข้อมูลที่สามารถแปลงเป็นภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวได้ แต่อยู่ในรูปของข้อความ หรือแถบบันทึกเสียงนั้น แม้จะไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก แต่ก็อยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมายทั่วไป คือ กฎหมาย Obscene Publications Act 1959 นั่นเอง

เหตุผลประการสำคัญที่กฎหมายอังกฤษกำหนดนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กให้รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริง เนื่องมาจากการพัฒนาของเทคโนโลยีก่อให้เกิดสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริง แม้สื่อลามกอนาจารเด็กประเภทนี้จะไม่ได้มีเด็กที่มีตัวตนจริงเข้ามาเกี่ยวข้อง แต่สื่อลามกอนาจารเด็กลักษณะนี้ก็นำเสนอเนื้อหาลามกอนาจารที่เกี่ยวข้องกับเด็กเช่นเดียวกับสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริง เนื้อหาที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารลักษณะนี้มักถูกนำไปใช้ในการตอบสนองความต้องการทางเพศของผู้ใหญ่ การใช้เด็กเป็นเครื่องมือในการตอบสนองความต้องการทางเพศนี้ย่อมเป็นอันตรายต่อทั้งตัวเด็กและศีลธรรมอันดีของสังคม อีกทั้งสื่อลามกอนาจารเด็กประเภทนี้ยังมักพบปะปนกับสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริง ดังนั้น จึงสมควรกำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กลักษณะดังกล่าวเป็นความผิดอาญา<sup>58</sup>

ประเด็นการพิสูจน์อายุของบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นประเด็นสำคัญที่จำเป็นต้องพิจารณา เนื่องจากการพิสูจน์อายุของบุคคลเป็นสิ่งสำคัญในการพิจารณาว่าวัตถุดังกล่าวเป็นสื่อลามกอนาจารเด็กหรือไม่ การพิสูจน์อายุของเด็กนี้ฝ่ายโจทก์ไม่จำเป็นที่จะต้องพิสูจน์ให้ทราบถึงอายุที่แท้จริงของเด็ก เพียงพิสูจน์ว่าบุคคลดังกล่าวเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปีก็เพียงพอแล้ว<sup>59</sup> อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติมักไม่สามารถระบุตัวตนของเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กได้ การพิสูจน์อายุของบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กตามแนวทางของประเทศ

<sup>58</sup> Ministry of Justice, **Consultation on the Possession of Non-Photographic Visual Depictions of Child Sexual Abuse** [Online], Accessed: Available from:

<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.justice.gov.uk/docs/consultation-non-photographic-response.pdf>

<sup>59</sup> Ibid.

อังกฤษนั้นเมื่อพิจารณาจากกฎหมาย Protection of Children Act 1978 และ กฎหมาย Criminal Justice Act 1988 จะเห็นได้ว่ากฎหมายดังกล่าวได้กำหนดให้ภาพลามกเด็กเทียมที่ถูกนำเสนอให้รู้สึกรู้สึกว่าบุคคลที่ปรากฏในภาพนั้นเป็นเด็ก หรือส่วนสำคัญของภาพถูกนำเสนอให้รู้สึกรู้สึกว่าบุคคลที่ปรากฏในภาพนั้นเป็นเด็ก แม้ว่าส่วนใดส่วนหนึ่งของลักษณะภายนอกจะเป็นของผู้ใหญ่อยู่ในความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็กด้วย เช่นเดียวกับนิยามภาพต้องห้ามของเด็กกฎหมาย Coroners and Justice Act 2009 ที่กำหนดไว้ในทำนองเดียวกัน การพิจารณาว่าสื่อลักษณะใดจะถือว่าเป็นสื่อที่นำเสนอให้เห็นว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อเป็นเด็กนั้น ศาลในคดี R. v. Land (1998)<sup>60</sup> ได้วางแนวทางว่าการพิจารณาดังกล่าวไม่จำเป็นที่จะต้องอาศัยพยานผู้เชี่ยวชาญ เพียงพิจารณาโดยวิญญูชนก็เพียงพอแล้ว ซึ่งตัวแทนวิญญูชนในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ก็คือ คณะลูกขุนนั่นเอง กล่าวคือ การพิจารณาว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเป็นเด็กหรือไม่จะพิจารณาโดยคณะลูกขุน โดยอาจพิจารณาจากลักษณะภายนอกของบุคคลที่ปรากฏในสื่อหรือจากพยานหลักฐานอื่น ๆ ก็ได้ หากคณะลูกขุนเห็นว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารนี้เป็นเด็ก สื่อดังกล่าวก็ย่อมเป็นสื่อลามกอนาจารเด็ก ทั้งนี้ แม้การพิจารณาในประเด็นดังกล่าวจะไม่จำเป็นต้องอาศัยพยานผู้เชี่ยวชาญ แต่คณะลูกขุนก็อาจจะนำพยานผู้เชี่ยวชาญมาใช้เป็นเหตุผลหนึ่งในการวินิจฉัยว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อดังกล่าวเป็นเด็กหรือไม่<sup>61</sup>

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมาย Protection of Children Act 1978, กฎหมาย Criminal Justice Act 1988 และ Coroners and Justice Act 2009 จะเห็นได้ว่าความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดที่จะฟ้องโดยคำฟ้องหรือพิจารณาแบบรวบรัดก็ได้ ดังนั้น หากคดีสื่อลามกอนาจารเด็กคดีใดดำเนินคดีโดยการพิจารณาแบบรวบรัด ผู้ที่มีอำนาจในการพิจารณาว่าบุคคลในสื่อเป็นเด็กหรือถูกนำเสนอให้รู้สึกรู้สึกว่าเป็นเด็กหรือไม่ก็คือ ผู้พิพากษา มิใช่คณะลูกขุน ดังจะได้อธิบายอย่างละเอียดในหัวข้อ 4.2.2.1

ดังนั้น กล่าวโดยสรุปได้ว่าการพิสูจน์อายุของบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารตามกฎหมายอังกฤษนั้นไม่จำเป็นที่จะต้องพิสูจน์ให้ทราบถึงอายุจริงของเด็กหรือพิสูจน์ว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อเป็นเด็กที่มีตัวตนจริง เพียงแค่สื่อลามกอนาจารเด็กดังกล่าวนำเสนอให้เห็นว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อเป็นเด็กก็เพียงพอแล้ว แม้ความจริงแล้วบุคคลที่ปรากฏในสื่อจะเป็นผู้ใหญ่

<sup>60</sup> R. v. Land [1998] 1 Cr. App. R. 301

<sup>61</sup> Alisdair A. Gillespie, "Child Pornography," *Information & Communications Technology Law*: 33 - 45.

หรือมิใช่เด็กที่มีตัวตนจริง ๆ แต่หากคณะลูกขุนหรือผู้พิพากษาเห็นว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อถูกนำเสนอให้เข้าใจว่าเป็นเด็กก็ย่อมอยู่ในความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็กเช่นกัน<sup>62</sup>

#### 4.2.1.2 ประเทศแคนาดา

มาตรา 163.1 แห่งประมวลกฎหมายอาญาแคนาดาเป็นบทบัญญัติที่กำหนดความรับผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กโดยเริ่มบังคับใช้ใน ค.ศ.1993 ซึ่งในขณะนั้นได้กำหนดความผิดอาญาไว้เฉพาะสื่อลามกอนาจารเด็กในรูปแบบภาพและเอกสาร หลังจากนั้นใน ค.ศ. 2005 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัตินี้ดังกล่าวโดยกำหนดให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นครอบคลุมถึงสื่อลามกอนาจารในรูปแบบแถบบันทึกเสียงด้วย การแก้ไขกฎหมายในครั้งนี้ดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อปราบปรามสื่อลามกอนาจารเด็กขั้นรุนแรงและเพิ่มความคุ้มครองแก่เด็กเพื่อมิให้ตกเป็นเหยื่อของการแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบ<sup>63</sup>

ปัจจุบันนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายอาญาถูกบัญญัติไว้ใน มาตรา 163.1 (1) แห่งประมวลกฎหมายอาญาแคนาดา ดังนี้

“สื่อลามกอนาจารเด็ก” หมายถึง

(a) รูปภาพ ภาพยนตร์ ภาพเคลื่อนไหว หรือวัตถุอื่นใดที่แสดงให้เห็นถึงภาพ ไม่ว่าจะวัตถุดังกล่าวจะถูกสร้างขึ้นโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือเครื่องจักรหรือไม่ก็ตาม และ

(i) วัตถุดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี หรือบุคคลที่ถูกทำให้เห็นว่ามีอายุต่ำกว่า 18 ปี ซึ่งเข้าร่วมในการประกอบกิจกรรมทางเพศอย่างชัดแจ้งหรือถูกทำให้เห็นว่าเป็นผู้เข้าร่วมในกิจกรรมดังกล่าว

(ii) องค์กรประกอบสำคัญของวัตถุดังกล่าวมุ่งแสดงให้เห็นถึงของอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ

(b) เอกสาร วัตถุใด ๆ ที่แสดงให้เห็นถึงรูปภาพ หรือแถบบันทึกเสียงที่เสนอแนะหรือสนับสนุนให้เกิดการประกอบกิจกรรมทางเพศกับบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปีซึ่งเป็นการผิดตามกฎหมายฉบับนี้

(c) เอกสารใด ๆ ที่มีองค์ประกอบสำคัญเป็นการบรรยายการประกอบกิจกรรมทางเพศกับบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปีซึ่งเป็นความผิดตามกฎหมายฉบับนี้เพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ

<sup>62</sup> David W. Selfe and Vincent Burke, *Perspectives on Sex, Crime and Society*, (London: Carvendish Publishing Limited, 2001), p. 164 – 166.

<sup>63</sup> Ibid.

(d) แลบบันทึกลีขิงใด ๆ ที่มีองค์ประกอบสำคัณเป็นการบรรยาย นำเสนอ หรือแสดงให้ทราบถึงการประกอบกิจกรรมทางเพศกับบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี ซึ่งเป็นความผิดตาม กฎหมายฉบับนี้เพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ<sup>64</sup>

จากนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กข้างตนจะเห็นได้ว่าอายุของเด็กที่ได้รับการ คຸ້มครองตามกฎหมายแคนาดา คือ บุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปี โดยสามารถแบ่งสื่อลามกอนาจาร เด็กได้เป็น 3 รูปแบบ ดังนี้

#### 4.2.1.2.1 สื่อลามกอนาจารเด็กที่อยู่ในรูปแบบภาพ

สื่อลามกอนาจารเด็กที่อยู่ในรูปแบบภาพนี้ หมายถึง รูปภาพ ภาพยนตร์ ภาพเคลื่อนไหว หรือวัตถุอื่นใดที่แสดงให้เห็นถึงรูปภาพ เช่น ข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถแปลงผลให้เป็นรูปภาพได้ โดยสื่อลามกอนาจารเด็กที่อยู่ในรูปแบบภาพนี้ต้องมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้

(1) ภาพดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงการประกอบกิจกรรมทางเพศอย่างชัดแจ้งของเด็กหรือบุคคลที่ถูกทำให้เห็นว่าเป็นเด็ก ไม่ว่าจะบุคคลดังกล่าวจะมีตัวตนจริงหรือไม่ กล่าวคือ กรณีเด็กที่ไม่มีตัวตนจริงแต่เกิดจากการสร้างของมนุษย์ เช่น การ์ตูน ตัวละครที่ถูกสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิก และผู้ใหญ่ที่มีลักษณะเหมือนเด็ก ต่างก็รวมอยู่ในนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กทั้งสิ้นหากถูกทำให้เห็นว่าเป็นเด็ก<sup>65</sup> ทั้งนี้ กิจกรรมทางเพศอย่างชัดแจ้ง หมายถึง การกระทำที่สามารถเห็นได้โดยปราศจากอคติใด ๆ ว่าเป็นการประกอบกิจกรรมทางเพศร้ายแรง รวมทั้ง

<sup>64</sup> Criminal Code of Canada – Section 163.1 (1) - In this section, child pornography means

(a) a photographic, film, video or other visual representation, whether or not it was made by electronic or mechanical means,

(i) that shows a person who is or is depicted as being under the age of eighteen years and is engaged in or is depicted as engaged in explicit sexual activity, or

(ii) the dominant characteristic of which is the depiction, for a sexual purpose, of a sexual organ or the anal region of a person under the age of eighteen years;

(b) any written material, visual representation or audio recording that advocates or counsels sexual activity with a person under the age of eighteen years that would be an offence under this Act;

(c) any written material whose dominant characteristic is the description, for a sexual purpose, of sexual activity with a person under the age of eighteen years that would be an offence under this Act; or

(d) any audio recording that has as its dominant characteristic the description, presentation or representation, for a sexual purpose, of sexual activity with a person under the age of eighteen years that would be an offence under this Act.

<sup>65</sup> R. v. Sharpe, [2001] 1 SCR 45, 2001 SCC 2

การประกอบกิจกรรมทางเพศที่มีการเปลือย การประกอบกิจกรรมที่แสดงให้เห็นความสนิสนมทางเพศ แต่ไม่รวมถึงการมีความสัมพันธ์ทางเพศในรูปแบบทั่วไป เช่น การสัมผัส การจูมพิต การกอด<sup>66</sup>

(2) องค์ประกอบสำคัญของภาพดังกล่าวมุ่งแสดงให้เห็นถึงอวัยวะเพศหรือทวารหนักของเด็กเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ กรณีนี้บุคคลที่ปรากฏในสื่อจะต้องเป็นเด็กที่มีตัวตนจริง ๆ เท่านั้น ไม่รวมถึงเด็กที่เกิดจากจินตนาการของคน<sup>67</sup> อีกทั้ง แม้เด็กที่ปรากฏในภาพจะสวมใส่เสื้อผ้า แต่ก็อาจเข้านิยามสื่อลามกอนาจารเด็กในกรณีนี้ได้ เช่น คดี R. v. Rudiger (2011)<sup>68</sup> ศาลได้ตัดสินว่าวิดีโอที่บันทึกภาพเด็กสวมใส่กางเกงขาสั้นและชุดว่ายน้ำซึ่งเห็นรูปร่างของอวัยวะเพศ โดยผู้บันทึกวิดีโอบันทึกภาพเด็กขณะอยู่ในอิริยาบถต่าง ๆ เช่น วิ่ง ปีนป่าย ซึ่งเสื้อผ้าที่เด็กสวมใส่นั้นมีลักษณะแนบชิดไปกับร่างกายของเด็กและเปิดเผยให้เห็นอวัยวะบางส่วน รวมทั้งมีการขยายภาพโดยเน้นไปยังส่วนที่เป็นอวัยวะเพศของเด็กนั้นอยู่ในนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กกรณีนี้

นอกจากนี้ศาลยังอธิบายเพิ่มเติมว่า กรณีภาพเด็กเปลือยที่ถ่ายกันภายในครอบครัว เช่น ถ่ายขณะเด็กอาบน้ำ โดยทั่วไปแล้วองค์ประกอบสำคัญของภาพมิได้มุ่งแสดงให้เห็นถึงของอวัยวะเพศหรือทวารหนักของเด็กเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ อย่างไรก็ตาม หากภาพดังกล่าวถูกนำไปใส่ในอัลบั้มเดียวกับภาพที่กระตุ้นความรู้สึกทางเพศและใส่ข้อความที่เร้าอารมณ์ทางเพศ ภาพดังกล่าวก็สามารถกลายเป็นภาพที่มีความมุ่งหมายเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศได้<sup>69</sup>

(3) ภาพดังกล่าวเสนอแนะหรือสนับสนุนให้เกิดการประกอบกิจกรรมทางเพศกับเด็กซึ่งเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา กล่าวคือ ภาพดังกล่าวอาจมิได้แสดงให้เห็นถึงการประกอบกิจกรรมทางเพศอย่างชัดเจนหรือมุ่งนำเสนออวัยวะเพศของเด็ก แต่ภาพดังกล่าวสื่อความหมายไปในทางที่สนับสนุนให้มีการประกอบกิจกรรมทางเพศกับเด็กที่มีตัวตนจริงซึ่งเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา เช่น การกระทำความผิดฐานกระทำความอนาจาร<sup>70</sup> การกระทำความผิดฐานกระทำความชำเรา<sup>71</sup> การพิจารณาว่าภาพดังกล่าวสนับสนุนให้เกิดการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กหรือไม่ มิใช่พิจารณาจากวัตถุประสงค์ของผู้ผลิตหรือผู้ครอบครอง แต่ต้องพิจารณาในมุมมองของวิญญูชนโดยภาพดังกล่าวต้องสื่อให้เห็นว่าการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กสามารถกระทำได้และชักจูงให้ปฏิบัติตาม มิใช่เพียงแค่อธิบายถึงการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กเท่านั้น<sup>72</sup>

<sup>66</sup> Ibid.

<sup>67</sup> R. v. Gurr, 2007 BCSC 982

<sup>68</sup> R. v. Rudiger, 2011 BCSC 1397

<sup>69</sup> R. v. Sharpe, [2001] 1 SCR 45, 2001 SCC 2

<sup>70</sup> Criminal Code of Canada – Section 151

<sup>71</sup> Criminal Code of Canada – Section 265

<sup>72</sup> R. v. Kuneman, 2003 CanLII 47815

การพิจารณาว่าบุคคลในภาพเป็นเด็กหรือถูกทำให้เห็นว่าเป็นเด็กหรือไม่นั้นผู้พิพากษาสามารถพิจารณาข้อเท็จจริงที่ปรากฏในแต่ละคดีได้โดยไม่จำเป็นต้องระบุตัวตนที่แท้จริงของเด็กและไม่จำเป็นต้องอาศัยพยานผู้เชี่ยวชาญ<sup>73</sup> การพิจารณานี้ศาลจะต้องพิจารณาในมุมมองของวิญญูชน มิใช่มุมมองของผู้ผลิตหรือผู้ครอบครอง หากวิญญูชนมองว่าบุคคลที่ปรากฏในภาพเป็นเด็กหรือถูกทำให้เห็นว่าเป็นเด็ก ภาพดังกล่าวย่อมเป็นสื่อลามกอนาจารเด็ก เช่น กรณีที่บุคคลซึ่งปรากฏในสื่อเป็นผู้ใหญ่แต่งกายด้วยชุดนักเรียนย่อมเห็นได้ว่าผู้ผลิตประสงค์ที่จะให้ผู้เสพสื่อดังกล่าวเข้าใจว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อเป็นเด็ก แต่หากวิญญูชนเห็นว่าสรีระของบุคคลที่ปรากฏในสื่อเป็นของผู้ใหญ่ สื่อดังกล่าวย่อมไม่ใช่สื่อลามกอนาจารเด็ก<sup>74</sup> หลักการพิจารณาโดยมุมมองของวิญญูชนนี้ปรับไปใช้กับทั้งกรณีเด็กที่มีตัวตนจริงและเด็กที่เกิดจากจินตนาการ<sup>75</sup> ทั้งนี้ การตัดสินว่าบุคคลที่ปรากฏในภาพเป็นเด็กหรือถูกทำให้เห็นว่าเป็นเด็กหรือไม่จึงอาจพิจารณาได้จากลักษณะดังต่อไปนี้

- (ก) ลักษณะของอวัยวะเพศและขนบริเวณอวัยวะเพศ<sup>76</sup>
- (ข) การพัฒนาของเต้านม<sup>77</sup>
- (ค) การพัฒนาของสะโพก<sup>78</sup>
- (ง) ลักษณะของผิวหนัง เช่น รอยเหี่ยวย่น แผลเป็นผิวหนังด้าน ซึ่งลักษณะเหล่านี้มักปรากฏในบุคคลที่มีอายุมาก<sup>79</sup>
- (จ) ลักษณะของใบหน้าที่เป็นเด็ก<sup>80</sup>
- (ฉ) ลักษณะของขนบริเวณร่างกาย<sup>81</sup>
- (ช) รูปแบบของการแต่งกายที่นำเสนอว่าบุคคลที่ปรากฏในภาพเป็นเด็ก เช่น การใส่ชุดนอนลายการ์ตูน<sup>82</sup>
- (ซ) ชื่อไฟล์ แหล่งที่มาของสื่อลามกอนาจารเด็ก เช่น สื่อดังกล่าวมาจากเว็บไซต์สื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นที่รู้จัก<sup>83</sup>

<sup>73</sup> R. v. Lanning, 2012 ABPC 171

<sup>74</sup> R. v. Sharpe, [2001] 1 SCR 45, 2001 SCC 2

<sup>75</sup> R. v. Garbett, 2008 ONCJ 97

<sup>76</sup> Ibid.

<sup>77</sup> Ibid.

<sup>78</sup> Ibid.

<sup>79</sup> R. v. AW, 2012 ONCJ 560

<sup>80</sup> Ibid.

<sup>81</sup> Ibid.

<sup>82</sup> Ibid.

<sup>83</sup> R. v. Gurr, 2007 BCSC 982

ปัจจัยข้างต้นเป็นเพียงส่วนหนึ่งที่ผู้พิพากษานำมาใช้ในการพิจารณาว่าบุคคลใดเป็นเด็กหรือถูกทำให้เห็นว่าเป็นเด็ก การพิจารณานี้ต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงทั้งหมดประกอบกัน<sup>84</sup> ดังนั้น เพียงชื่อภาพหรือชื่อวิดีโอระบุว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อเป็นเด็ก<sup>85</sup> หรือบุคคลในภาพแต่งกายโดยมุ่งนำเสนอให้เห็นว่าเป็นเด็ก เช่น การมัดผมเปีย การแต่งชุดนักเรียน การถืออมยิ้ม ยังไม่ถือเป็นกรณีที่บุคคลดังกล่าวเป็นเด็กหรือถูกทำให้เห็นว่าเป็นเด็กแต่อย่างใด<sup>86</sup>

#### 4.2.1.2.2 สื่อลามกอนาจารเด็กที่อยู่ในรูปแบบเอกสาร

สื่อลามกอนาจารเด็กในรูปแบบเอกสาร หมายถึง สื่อที่อยู่ในรูปลายลักษณ์อักษร เช่น หนังสือ นิยาย นิทาน เอกสารต่าง ๆ โดยสื่อดังกล่าวต้องมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้

(1) องค์ประกอบสำคัญของเอกสารนั้นเป็นการบรรยายการประกอบกิจกรรมทางเพศกับเด็กซึ่งเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ คำว่า “เพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ” หมายถึง การที่วิญญูชนเห็นว่าเอกสารดังกล่าวมีจุดมุ่งหมายเพื่อกระตุ้นให้ผู้อ่านเกิดความรู้สึกทางเพศ<sup>87</sup>

(2) เอกสารนั้นเสนอแนะหรือสนับสนุนให้เกิดการประกอบกิจกรรมทางเพศกับเด็กซึ่งเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา กล่าวคือ เอกสารนั้นอาจมิได้แสดงให้เห็นถึงการประกอบกิจกรรมทางเพศของเด็ก แต่เอกสารดังกล่าวสื่อความหมายไปในทางที่สนับสนุนให้มีการประกอบกิจกรรมทางเพศกับเด็กที่มีตัวตนจริงซึ่งเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา โดยมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเช่นเดียวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในรูปแบบภาพ คือ วิญญูชนมองว่าเอกสารดังกล่าวนำเสนอว่าการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กเป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้และชักจูงให้ปฏิบัติตาม มิใช่เพียงแค่อธิบายถึงการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็ก การพิจารณาว่าเอกสารใดสนับสนุนให้เกิดการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กมิใช่เพียงพิจารณาจากส่วนบทนำหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของหนังสือ แต่ต้องพิจารณาจากเนื้อหาทั้งหมดในภาพรวม การที่เนื้อหาของหนังสือกล่าวถึงการประกอบกิจกรรมทางเพศที่ผิดกฎหมายตลอดทั้งเรื่อง แล้วสรุปในตอนท้ายว่าการกระทำดังกล่าวเป็นสิ่งที่ไม่สมควร มิได้หมายความว่าเอกสารดังกล่าวจะมีใช้สื่อลามกอนาจารเด็กแต่อย่างใด เช่น กรณีนิยายเรื่อง Big Sister's Little Brother ที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างตัวละครที่เป็นเด็กอายุ 13 ปีกับมารดาของตนอันเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาแคนาดา และ

<sup>84</sup> R. v. AW, 2012 ONCJ 560

<sup>85</sup> R. v. Lamb, 2010 BCSC 1911

<sup>86</sup> R. v. Leugner, 2010 SKPC 50

<sup>87</sup> R. v. Sharpe, [2001] 1 SCR 45, 2001 SCC 2

นำเสนอว่าตัวละครเหล่านั้นมีความสุขกับความสัมพันธ์ดังกล่าว แม้ในส่วนท้ายของนิยายจะระบุว่า “ทั้งนี้ มิได้หมายความว่ากรกระทำของตัวละครทั้งหลายเป็นสิ่งที่น่ายกย่องหรือควรเลียนแบบ นิยายเล่มนี้ เพียงนำเสนอการกระทำที่แตกต่างจากบรรทัดฐานของสังคมซึ่งจะเป็นสิ่งที่ยอมรับได้หรือไม่ขึ้นอยู่กับผู้อ่านแต่ละคน” นิยายดังกล่าวก็ยังคงเป็นสื่อลามกอนาจารเด็ก<sup>88</sup>

นอกจากนี้ในคดี R. v. A.V. (2016)<sup>89</sup> ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า จำเลยได้แลกเปลี่ยนข้อความกับมารดาของเด็กหญิงวัย 4 ปี ซึ่งข้อความดังกล่าวมีเนื้อหาว่าบุคคลทั้งสองได้ปรึกษาและตกลงกันจะร่วมกันล่องละเมิดทางเพศเด็กหญิง ศาลในคดีนี้ได้ตัดสินว่าข้อความดังกล่าวเสนอแนะและสนับสนุนให้เกิดการประกอบกิจกรรมทางเพศกับเด็กหญิง ข้อความนี้จึงเป็นสื่อลามกอนาจารเด็ก จำเลยจึงมีความผิดฐานผลิตและครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก

#### 4.2.1.2.3 สื่อลามกอนาจารเด็กที่อยู่ในรูปแบบแถบบันทึกเสียง

สื่อลามกอนาจารเด็กที่อยู่ในรูปแบบแถบบันทึกเสียง เป็นกรณี ที่สื่อดังกล่าวเป็นเพียงถ้อยคำหรือข้อความซึ่งมีเพียงเสียงเท่านั้น มิได้ปรากฏภาพหรือลายลักษณ์อักษรแต่อย่างใด โดยสื่อในรูปแบบแถบบันทึกเสียงจะอยู่ในความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็ก หากมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้

(1) องค์ประกอบสำคัญของแถบบันทึกเสียงนั้นเป็นการ บรรยายการประกอบกิจกรรมทางเพศกับเด็กซึ่งเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาโดยมี วัตถุประสงค์ทางเพศ ซึ่งมีหลักเกณฑ์ทำนองเดียวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในรูปแบบเอกสาร กล่าวคือ วิทยุชุมชนเห็นว่าแถบบันทึกเสียงดังกล่าวมีจุดมุ่งหมายเพื่อกระตุ้นให้ผู้ฟังเกิดความรู้สึกทางเพศ

(2) แถบบันทึกเสียงนั้นเสนอแนะหรือสนับสนุนให้เกิดการ ประกอบกิจกรรมทางเพศกับบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปีซึ่งเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาอัน เป็นหลักเกณฑ์ในการทำนองเดียวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในรูปแบบภาพและสื่อลามกอนาจารเด็กใน รูปแบบเอกสาร กล่าวคือ แถบบันทึกเสียงดังกล่าวอาจไม่จำเป็นต้องนำเสนอให้เห็นถึงการประกอบ กิจกรรมทางเพศของเด็ก แต่เนื้อหาโดยภาพรวมของแถบบันทึกเสียงดังกล่าวนำเสนอว่าการกระทำ ความผิดทางเพศต่อเด็กอันเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญานั้นสามารถกระทำได้และชักนำ ให้ปฏิบัติตาม โดยพิจารณาว่าเข้าหลักเกณฑ์ดังกล่าวหรือไม่ต้องพิจารณาโดยใช้หลักวิทยุชุมชน

ดังนั้นจะเห็นได้ว่านิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายของประเทศแคนาดาครอบคลุมทั้งสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงและสื่อลามกอนาจาร เด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริง ไม่ว่าจะเป็นสื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดง สื่อลามก

<sup>88</sup> R. v. Leugner, 2010 SKPC 50

<sup>89</sup> R. v. A.V., 2016 ONCJ 827



อนาจารเด็กที่ถูกดัดแปลงหรือถูกสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิก สื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นภาพวาด ภาพระบายสีหรือการ์ตูน และสื่อลามกอนาจารเด็กที่อยู่ในรูปแบบอื่น ๆ ซึ่งไม่ใช่รูปถ่าย เช่น นิยาย แถบบันทึกเสียง การที่กฎหมายแคนาดากำหนดนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กให้ครอบคลุมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงเนื่องจากวัตถุประสงค์สำคัญของกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นไปเพื่อปราบปรามการแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบจากเด็ก อีกทั้งเป็นไปเพื่อปลูกฝังให้ประชาชนในสังคมตระหนักว่า เด็กจำเป็นที่จะต้องได้รับการคุ้มครองจากผลกระทบต่าง ๆ ที่เกิดจากการล่วงละเมิดทางเพศและไม่ใช่ว่าบุคคลที่เหมาะสมสำหรับการประกอบกิจกรรมทางเพศ หากไม่กำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงเป็นความผิดอาญาย่อมไม่สามารถทำให้ประชาชนตระหนักถึงความสำคัญของปัญหาดังกล่าวได้ ในขณะเดียวกันกฎหมายแคนาดาก็ให้ความสำคัญกับเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชนจึงกำหนดข้อยกเว้นกรณีมีเหตุอันสมควรไว้ในกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อเป็นหลักประกันว่าการบังคับใช้กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กจะไม่กระทบต่อเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชนเกินสมควร<sup>90</sup> ดังที่จะได้อธิบายต่อไปในหัวข้อ 4.4.2

#### 4.2.1.3 ประเทศฝรั่งเศส

ปัจจุบันความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส (French Penal Code) มาตรา 227-23 ประมวลกฎหมายอาญาลดปีนี้ประกาศใช้ครั้งแรกใน ค.ศ. 1994 แทนที่ประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1810 (French Penal Code of 1810) ในช่วงแรกนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตาม มาตรา 227-23 นั้นหมายถึงเฉพาะภาพลามกอนาจารซึ่งเด็กที่ปรากฏในภาพเป็นเด็กที่ตัวตนจริง ๆ เท่านั้น ต่อมาใน ค.ศ. 1998 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดทางเพศและการคุ้มครองเด็กตามประมวลกฎหมายอาญาหลายบทบัญญัติ รวมทั้งบทบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กตาม มาตรา 227-23 โดย Law No. 98-468 of 17 June 1998<sup>91</sup> การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในครั้งนั้นเป็นไปเพื่อเพิ่มความเข้มงวดของมาตรการทางกฎหมายในการป้องกันการล่วงละเมิด

<sup>90</sup> House of Commons Debates, 34th Parliament, 3rd Session : Vol. 16 [Online], Accessed: 6 July 2018. Available from: [http://parl.canadiana.ca/view/oop.debates\\_HOC3403\\_16/1?r=0&s=1](http://parl.canadiana.ca/view/oop.debates_HOC3403_16/1?r=0&s=1)

<sup>91</sup> Legifrance, Loi N° 98-468 Du 17 Juin 1998 Relative À La Prévention Et À La Répression Des Infractions Sexuelles Ainsi Qu'à La Protection Des Mineurs [Online], Accessed: 1 April 2018. Available from: [https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=9786530978427F7F587D836AF70E7D12.tplgfr27s\\_3?cidTexte=JORFTEXT00000556901&dateTexte=20011231](https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=9786530978427F7F587D836AF70E7D12.tplgfr27s_3?cidTexte=JORFTEXT00000556901&dateTexte=20011231)

ทางเพศต่อเด็กและการปราบปรามการท่องเที่ยวเพื่อมีเพศสัมพันธ์ (Sex Tourism)<sup>92</sup> โดยบทบัญญัติมาตรา 227-23 มีการแก้ไขเพิ่มเติมที่สำคัญอยู่สองประการ คือ

ประการที่หนึ่ง เดิมนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามดังกล่าวจำกัดอยู่เฉพาะรูปภาพของเด็ก การแก้ไขครั้งนี้ได้เพิ่มเติมคำว่าสื่อใด ๆ (Représentation) เข้าไป นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กจึงขยายขอบเขตไปถึง “รูปภาพหรือสื่อใด ๆ ของเด็ก” เนื่องจากผู้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายไม่เพียงแต่ต้องการคุ้มครองเด็กที่มีตัวตนจริง ๆ เท่านั้น แต่ยังต้องการควบคุมภาพเสมือนจริงของเด็ก (Virtual Image) เช่น ภาพเด็กที่เกิดจากการสร้างโดยคอมพิวเตอร์กราฟิกด้วย เนื่องจากสื่อลามกอนาจารเด็กลักษณะดังกล่าวส่งผลกระทบต่อตัวเด็กและสังคมในทำนองเดียวกับสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริง<sup>93</sup> เมื่อพิจารณาจากเจตนารมณ์ของผู้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย สื่อใด ๆ ในที่นี้จึงน่าจะหมายถึงเฉพาะสื่อลามกอนาจารเด็กที่แสดงให้เห็นภาพเท่านั้น ไม่รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่อยู่ในรูปแบบอื่น ๆ ซึ่งไม่ใช่รูปภาพแต่อย่างใด

ประการที่สอง การแก้ไขครั้งนี้ได้เพิ่มบทบัญญัติวรรคท้ายว่า “บทบัญญัติในมาตรานี้ใช้บังคับกับภาพลามกอนาจารของบุคคลที่มีลักษณะทางกายภาพเป็นเด็กด้วย เว้นแต่ผู้กระทำความผิดจะสามารถพิสูจน์ได้ว่าบุคคลที่ปรากฏในภาพนั้นมีอายุ 18 ปีในวันที่ภาพถูกถ่ายหรือบันทึก” อันเป็นการกำหนดให้ภาระในการพิสูจน์ว่าบุคคลในภาพเป็นผู้ใหญ่หรือไม่นั้นตกแก่จำเลย<sup>94</sup>

ปัจจุบันมาตรา 227-23 จึงวางหลักว่า “สื่อลามกอนาจารเด็ก” คือ รูปภาพหรือสื่อใด ๆ ของเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี ซึ่งมีลักษณะสื่อไปในทางลามกอนาจาร<sup>95</sup> เช่น ภาพเด็กเปลือยและสัมผัสอวัยวะเพศของตัวเอง ภาพเด็กกำลังใช้ปากกระทำกับอวัยวะเพศ<sup>96</sup> รวมถึงรูปภาพของบุคคลที่มีลักษณะทางกายภาพเป็นเด็กด้วย เว้นแต่ผู้กระทำความผิดจะสามารถพิสูจน์ได้ว่าบุคคลที่

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>92</sup> Sénat, Rapport N° 49 - Projet De Loi Adopté Par L'assemblée Nationale Relatif À La Prévention Et À La Répression Des Infractions Sexuelles Ainsi Qu'à La Protection Des Mineurs Victimes Et Sur La Proposition De Loi Relative À La Répression Des Crimes [Online], Accessed: 1 April 2018. Available from: [https://www.senat.fr/rap/l97-049/l97-049\\_mono.html#toc49](https://www.senat.fr/rap/l97-049/l97-049_mono.html#toc49)

<sup>93</sup> Ibid.

<sup>94</sup> Sénat, Rapport N° 265 - Projet De Loi, Adopte Avec Modifications Par L'assemblée Nationale, En Deuxieme Lecture, Relatif a La Prevention Et a La Repression Des Infractions Sexuelles Ainsi Qu'a La Protection Des Mineurs [Online], Accessed: 1 April 2018. Available from: <http://www.senat.fr/rap/l97-265/l97-26517.html#toc99>

<sup>95</sup> French Penal Code – Article 227-23

<sup>96</sup> Legifrance, Cour De Cassation, Criminelle, Chambre Criminelle, 28 Mars 2012, 11-83.012, Inédit [Online], Accessed: 1 April 2018. Available from: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000025901220&fastReqId=1409355153&fastPos=13>

ปรากฏในภาพนั้นมีอายุ 18 ปีในวันที่ภาพถูกถ่ายหรือบันทึก ทั้งนี้สื่อที่จะมีลักษณะสื่อไปในทางลามกอนาจารนั้นต้องเป็นสื่อที่มีวัตถุประสงค์เพื่อกระตุ้นความต้องการทางเพศ และปราศจากคุณค่าทางศิลปะหรือวิทยาศาสตร์<sup>97</sup>

ใน ค.ศ. 2007 มีปัญหาขึ้นสู่ศาลฎีกาฝรั่งเศสเกี่ยวกับนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 227-23 ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่าจำเลยได้นำเข้าการ์ตูนซึ่งมีตัวละครเป็นเด็กและมีลักษณะลามกอนาจารเข้ามายังประเทศฝรั่งเศส จำเลยได้โต้แย้งว่าการ์ตูนมิใช่สื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 227-23 นี้ โดยยกข้อต่อสู้ว่าการกำหนดให้นิยามสื่อลามกอนาจารเด็กรวมไปถึงบุคคลที่มีลักษณะทางกายภาพเป็นเด็กมีจุดมุ่งหมายเพื่อบังคับใช้กับบุคคลที่มีตัวตนจริงซึ่งอาจมีข้อสงสัยเรื่องอายุ ศาลจึงไม่สามารถขยายนิยามดังกล่าวให้รวมไปถึงตัวการ์ตูนซึ่งไม่อาจพิสูจน์อายุได้ และข้อยกเว้นความรับผิดกรณีผู้กระทำความผิดสามารถพิสูจน์ได้ว่าบุคคลที่ปรากฏในภาพมีอายุ 18 ปีในวันที่ภาพถูกบันทึกก็ไม่สามารถนำมาปรับใช้กับกรณีตัวการ์ตูนได้ นอกจากนี้การตีความให้บทบัญญัติดังกล่าวรวมถึงการ์ตูนยังเป็นการละเมิดเสรีภาพในการแสดงออกเพราะไม่มีเด็กได้รับความเสียหายจากสื่อลามกอนาจารดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ศาลในคดีนี้ได้ยืนยันว่านิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 227-23 ครอบคลุมไปถึงสื่อลามกอนาจารที่ไม่ปรากฏเด็กที่มีตัวตนจริง แต่เป็นเด็กที่เกิดจากจินตนาการของมนุษย์ เช่น การ์ตูน ภาพวาด ภาพที่ถูกสร้างหรือดัดแปลงจากคอมพิวเตอร์กราฟิกด้วย เพราะเจตนารมณ์ของกฎหมายมุ่งให้ครอบคลุมถึงกรณีดังกล่าว อีกทั้งยังได้ยืนยันว่าข้อยกเว้นความรับผิดสามารถพิสูจน์ได้ว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นผู้ใหญ่สามารถนำมาปรับใช้เฉพาะกรณีที่บุคคลในสื่อมีตัวตนจริงๆ เท่านั้น ไม่สามารถนำมาปรับใช้กรณีบุคคลในสื่อเป็นตัวละครที่เกิดจากการสร้างของคนเพราะตัวละครดังกล่าวไม่มีตัวตนจึงไม่สามารถพิสูจน์อายุได้<sup>98</sup>

นอกจากนี้ใน ค.ศ. 2012 ยังมีประเด็นขึ้นสู่ศาลฎีกาฝรั่งเศสว่าบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 227-23 ขัดกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ เพราะไม่ได้อธิบายขอบเขตของคำว่า “ลักษณะสื่อไปในทางลามกอนาจาร” และ “ลักษณะทางกายภาพเป็นเด็ก” อีกทั้งยังเป็นการผลักราะให้จำเลยพิสูจน์ว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อ

<sup>97</sup> Étienne Wéry, *Sexe En Ligne : Aspects Juridiques Et Protection Des Mineurs* (Bruxelles: Larcier, 2004), 88. Cited in Valérie Kaiser, *La Protection Des Mineurs Sur Internet : La Problématique De La Pédopornographie Et Des Contenus Jugés Préjudiciables* [Online], Accessed: 31 March 2018. Available from: [https://www.unamur.be/droit/dtic/publications/memoire\\_V\\_KAISER.pdf](https://www.unamur.be/droit/dtic/publications/memoire_V_KAISER.pdf)

<sup>98</sup> Legifrance, *Cour De Cassation, Chambre Criminelle, Du 12 Septembre 2007, 06-86.763, Inédit* [Online], Accessed: 1 April 2018. Available from: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007640077&fastReqId=641482261&fastPos=25>

อายุมากกว่า 18 ปี ศาลได้ตัดสินว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่ขัดรัฐธรรมนูญ เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าว มีความชัดเจนเพียงพอแล้วและไม่ขัดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Principle of Legality) นอกจากนี้บทบัญญัติดังกล่าวก็ได้สันนิษฐานว่าจำเลยเป็นผู้ผิด เพราะฝ่ายโจทก์ยังคงมีภาระในการ พิสูจน์ว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารนั้นเป็นเด็กหรือมีลักษณะทางกายภาพเป็นเด็ก<sup>99</sup>

สรุปได้ว่านิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายฝรั่งเศส คือ รูปภาพ หรือสื่อใด ๆ ของเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี ซึ่งมีลักษณะสื่อไปในทางลามกอนาจาร แม้ว่าบุคคลที่ปรากฏ ในสื่อจะมีได้เป็นเด็กมีตัวตนจริง เช่น การ์ตูน ภาพวาด ภาพเด็กที่เกิดจากการสร้างโดยคอมพิวเตอร์ กราฟิกด้วย หรือการใช้บุคคลที่มีลักษณะทางกายภาพเป็นเด็กเป็นผู้แสดง เว้นแต่ผู้กระทำความผิดจะ สามารถพิสูจน์ได้ว่าบุคคลที่ปรากฏในภาพนั้นมีอายุ 18 ปีในวันที่ภาพถูกถ่ายหรือบันทึก นิยามของสื่อ ลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายฝรั่งเศสจึงครอบคลุมถึงทั้งสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็ก จริง สื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดง สื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกดัดแปลงหรือถูกสร้างขึ้น โดยคอมพิวเตอร์กราฟิก และสื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นภาพวาด ภาพระบายสีหรือการ์ตูน

ประเด็นเรื่องการพิสูจน์อายุของบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กนี้จะ เห็นได้ว่าสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายฝรั่งเศสนั้นรวมถึงกรณี “บุคคลที่มีลักษณะทางกายภาพ เป็นเด็ก” ดังนั้น แม้จะไม่สามารถระบุตัวตนของเด็กและพิสูจน์อายุที่แท้จริงของเด็กได้ แต่หาก พิจารณาได้ว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารมีลักษณะทางกายภาพเป็นเด็กก็สามารถลงโทษ ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กได้เช่นกัน อย่างไรก็ตาม ประเทศฝรั่งเศสไม่ได้มีการ กำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการพิจารณาว่ากรณีใดจึงจะเป็นกรณีที่มีลักษณะทางกายภาพเป็นเด็ก การพิจารณาว่ากรณีใดจะอยู่ในความหมายของบุคคลที่มีลักษณะทางกายภาพคล้ายเด็กจึงอาจ พิจารณาได้จากแนวคำพิพากษาในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก

คดีสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นเป็นคดีที่มีระวางโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี จึงอยู่ ภายใต้อำนาจของศาลมีชมิโทษ (Tribunal de correctionnels) ซึ่งเป็นศาลที่ไม่มีคณะลูกขุน ดังนั้นบุคคลที่จะเป็นผู้พิจารณาว่าวัตถุในลักษณะใดอยู่ในนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กก็คือ ผู้พิพากษา ต่างจากประเทศอังกฤษและประเทศแคนาดาที่การพิจารณาดังกล่าวอาจเป็นหน้าที่ของ คณะลูกขุนหรือผู้พิพากษาก็ได้ขึ้นอยู่กับวิธีพิจารณาคดีในศาล ทั้งนี้ มีการยืนยันแนวทางดังกล่าวไว้ใน คำพิพากษาโดยวางหลักว่า การตัดสินว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารมีลักษณะภายนอกเป็น

<sup>99</sup> Legifrance, Cour De Cassation, Criminelle, Chambre Criminelle, 6 Juin 2012, 12-90.016, Inédit [Online], Accessed: 1 April 2018. Available from: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000026027646>

เด็กหรือไม่ขึ้นอยู่กับผู้พิพากษาในคดีนั้นที่จะพิจารณาจากพยานหลักฐานที่ปรากฏ<sup>100</sup> โดยมีตัวอย่างแนวคำพิพากษากรณีการ์ตูนที่นำเสนอ “ตัวละครที่มีลักษณะเป็นเด็ก ใบหน้าแสดงให้เห็นว่าตัวละครดังกล่าวมีอายุน้อยมาก และมีขนาดตัวเล็กกว่าเมื่อเปรียบเทียบกับตัวละครอื่น ๆ ที่มีลักษณะเป็นผู้ใหญ่ ตัวละครที่มีลักษณะเป็นเด็กนี้ได้ร่วมเพศกับตัวละครผู้หญิงที่เป็นผู้ใหญ่” ผู้พิพากษาได้ตัดสินว่ากรณีนี้เป็นสื่อลามกอนาจารเด็ก<sup>101</sup> ในทางกลับกันแนวคำพิพากษาวางหลักว่ากรณีชื่อของภาพยนตร์ระบุว่า “โสเภณีชาวญี่ปุ่นอายุ 11 -12 ปีในโรงแรม” หรือปรากฏหลักฐานว่าจำเลยมักเข้าถึงเว็บไซต์เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารซึ่งเว็บไซต์บางส่วนเป็นเว็บไซต์สื่อลามกอนาจารเด็ก เพียงเท่านี้ยังไม่เพียงพอที่จะตัดสินว่าวัตถุดังกล่าวเป็นสื่อลามกอนาจารเด็ก<sup>102</sup> ดังนั้น อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าการพิจารณาว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อมีลักษณะทางกายภาพเป็นเด็กหรือไม่ตามกฎหมายฝรั่งเศสต้องพิจารณาจากลักษณะทางกายภาพเป็นสำคัญ เช่น ใบหน้า ขนาดตัว โดยผู้พิจารณาคือผู้พิพากษา อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษาอาจนำพยานหลักฐานอื่น ๆ ที่ปรากฏในคดีมาใช้ในการประกอบการพิจารณาได้

#### 4.2.1.4 ประเทศญี่ปุ่น

กฎหมาย Act on Punishment of Activities Relating to Child Prostitution and Child Pornography, and the Protection of Children เป็นกฎหมายเฉพาะที่ใช้ในการปราบปรามสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศญี่ปุ่น โดยกฎหมายฉบับดังกล่าวได้ให้ความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็กว่าหมายถึง รูปภาพ สื่อใด ๆ ที่ถูกผลิตขึ้นโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ แม่เหล็กไฟฟ้า หรือวิธีการอื่น ๆ ที่ไม่สามารถแสดงผลได้ด้วยวิธีทางธรรมชาติแต่ต้องประมวลผลโดยใช้คอมพิวเตอร์ หรือสื่ออื่น ๆ ที่นำเสนอให้เห็นภาพของเด็กซึ่งมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้อย่างชัดเจน

(1) ท่าทางใด ๆ ของเด็กที่เข้าร่วมในกิจกรรมทางเพศ หรือกิจกรรมอื่น ๆ ที่ในทำนองเดียวกับกิจกรรมทางเพศ

(2) ท่าทางใด ๆ ซึ่งแสดงให้เห็นบุคคลอื่นสัมผัสอวัยวะเพศของเด็ก หรือเด็กสัมผัสอวัยวะเพศของบุคคลอื่น โดยท่าทางดังกล่าวกระตุ้นความรู้สึกทางเพศของผู้พบเห็น

<sup>100</sup> Legifrance, Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 12 septembre 2007, 06-86.763, Inédit [Online], Accessed: 1 April 2018. Available from <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007640077&fastReqId=641482261&fastPos=25>

<sup>101</sup> Ibid.

<sup>102</sup> Legifrance, Cour De Cassation, Criminelle, Chambre Criminelle, 6 Mars 2013, 12-82.735, Inédit [Online], Accessed: 1 April 2018. Available from: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000027251328&fastReqId=1870354773&fastPos=10>

(3) ท่าทางใด ๆ ของเด็กที่เปลือยทั้งหมดหรือบางส่วน โดยท่าทางดังกล่าวกระตุ้นความรู้สึกทางเพศของผู้พบเห็น<sup>103</sup>

เด็กตามกฎหมายฉบับดังกล่าวหมายถึงบุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปี โดยต้องเป็นเด็กที่มีตัวตนจริงเท่านั้น<sup>104</sup> ดังนั้น สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริง ไม่ว่าจะเป็ นสื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดง สื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกดัดแปลงหรือถูกสร้างขึ้นโดย คอมพิวเตอร์กราฟิก หรือสื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นภาพวาด ภาพระบายสีหรือการ์ตูนต่างก็ไม่อยู่ใน ความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายฉบับนี้

เดิมในต้นร่างของการแก้ไขกฎหมาย Act on Punishment of Activities Relating to Child Prostitution and Child Pornography, and the Protection of Children เมื่อ ค.ศ. 2014 นั้นมีข้อเสนอให้นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นครอบคลุมไปถึงสื่อลามกอนาจาร เด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริง เช่น การ์ตูน แอนิเมชัน วิดีโอเกม ด้วย อย่างไรก็ตาม ภายหลังจาก การถกเถียงในประเด็นข้างต้นท้ายที่สุดกฎหมายดังกล่าวก็ได้กำหนดให้นิยามของสื่อลามกอนาจาร เด็กครอบคลุมไปถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงแต่อย่างใดโดยอ้างเหตุผล ประการหนึ่งว่า กรณีสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริง เด็กย่อมไม่ได้รับความเสียหาย จากสื่อดังกล่าว การกำหนดให้การกระทำใด ๆ เกี่ยวกับสื่อลักษณะดังกล่าวเป็นความผิดอาญาจึงเป็น การละเมิดเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชน<sup>105</sup>

แม้สื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายญี่ปุ่นจะไม่รวมถึงสื่อลามกอนาจาร เด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริง แต่หลายฝ่ายก็พยายามผลักดันกฎหมายเพื่อควบคุมสื่อลามก อนาจารในรูปแบบดังกล่าว เช่น กรุงโตเกียวมีกฎหมายระดับเทศบาลญัตติชื่อ Tokyo Metropolitan Ordinance Regarding the Healthy Development of Youths ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อสนับสนุน การพัฒนาการของบุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปี โดยการควบคุมการเข้าถึงสื่อบางชนิดที่มีลักษณะไม่ เหมาะสม และใน ค.ศ. 2010 ได้มีการแก้ไขเพิ่มกฎหมายดังกล่าวเพื่อควบคุมการเผยแพร่และ จำหน่ายการ์ตูน แอนิเมชัน และวิดีโอเกมบางประเภท โดยห้ามมิให้เผยแพร่หรือจำหน่ายสื่อที่แสดงให้ เห็นการเข้าร่วมในกิจกรรมทางเพศของตัวละครซึ่งกิจกรรมทางเพศนั้นผิดกฎหมายในชีวิตจริงแก่ บุคคลที่อายุไม่ถึง 18 ปี กิจกรรมทางเพศที่ผิดกฎหมายในชีวิตจริงนี้ย่อมรวมถึงกิจกรรมทางเพศที่มี

<sup>103</sup> Act on Punishment of Activities Relating to Child Prostitution and Child Pornography, and the Protection of Children – Article 2

<sup>104</sup> Ibid.

<sup>105</sup> Tom Maddocks, *Japan Likely to Pass Long-Awaited Laws Banning the Possession of Child Pornography* [Online], Accessed: 31 March 2018. Available from: <http://www.abc.net.au/news/2014-06-05/japan-child-pornography/5501416>

เด็กเข้าไปเกี่ยวข้องด้วย อย่างไรก็ตาม กฎหมายฉบับดังกล่าวเพียงควบคุมการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กต่อเด็กด้วยกันเท่านั้น มิได้ควบคุมการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กต่อผู้ใหญ่ นอกจากนี้กฎหมายดังกล่าวยังบังคับใช้แค่ในพื้นที่กรุงเทพฯ มิได้บังคับใช้กับจังหวัดอื่น ๆ แต่อย่างใด<sup>106</sup>

เมื่อนิยามสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายญี่ปุ่นหมายถึงเฉพาะสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงซึ่งมีตัวตนจริงเท่านั้น หากเจ้าหน้าที่ตำรวจตรวจพบสื่อลามกอนาจารเด็ก เจ้าหน้าที่ตำรวจจำเป็นต้องระบุตัวตนของบุคคลที่ปรากฏในสื่อให้ได้เพื่อยืนยันว่าบุคคลดังกล่าวเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปีหรือไม่ ดังนั้น หากไม่สามารถระบุตัวตนของบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กได้ การดำเนินคดีเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กย่อมเป็นไปได้ยาก<sup>107</sup>

#### 4.2.2 ลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดตามกฎหมายของต่างประเทศ

การศึกษาในประเด็นฐานความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กจะเป็นการศึกษาถึงลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดตามกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของต่างประเทศ ทั้งนี้ จากการศึกษาเบื้องต้นพบว่าทั้งสี่ประเทศได้มีการกำหนดฐานความผิดไว้โดยครอบคลุมทั้งในขั้นตอนการผลิต การครอบครอง และการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก

##### 4.2.2.1 ประเทศอังกฤษ

กฎหมายอังกฤษได้บัญญัติฐานความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในกฎหมายหลายฉบับโดยเป็นการบัญญัติในรูปแบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ดังนั้น ในการศึกษาประเด็นฐานความผิดตามกฎหมายอังกฤษนี้จึงจะศึกษาโดยแยกพิจารณาตามกฎหมายแต่ละฉบับที่เกี่ยวข้อง หลังจากนั้นจึงจะทำการสรุปฐานความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในภาพรวม

##### 4.2.2.1.1 กฎหมาย Obscene Publications Act 1959

กฎหมาย Obscene Publications Act 1959 วางหลักว่า “บุคคลใดตีพิมพ์สิ่งพิมพ์ลามก ไม่ว่าจะได้อำนาจตอบแทนหรือไม่ หรือมีไว้ในครอบครองซึ่งสิ่งพิมพ์ลามกโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อที่ได้อำนาจตอบแทน ไม่ว่าจะสำหรับตนเองหรือผู้อื่น บุคคลดังกล่าวต้องรับโทษตามกฎหมาย”<sup>108</sup> ระวังโทษสำหรับฐานความผิดดังกล่าวคือปรับหรือจำคุกไม่เกิน 4 ปี หรือทั้งจำทั้ง

<sup>106</sup> Mark McLelland and Vera Mackie, *Routledge Handbook of Sexuality Studies in East Asia* (New York: Routledge/Taylor & Francis Group, 2015), 118.

<sup>107</sup> Ciaran Varley, *Is Japan Turning a Blind Eye to Paedophilia?* [Online], Accessed: 31 March 2018. Available from: <http://www.bbc.co.uk/bbcthree/article/57eaaf23-0cef-48c8-961f-41f2563b38aa>

<sup>108</sup> Obscene Publications Act 1959 – Section 2(1) - Subject as hereinafter provided, any person who, whether for gain or not, publishes an obscene article or who has an obscene article for publication for gain (whether gain to himself or gain to another) shall be liable—

ปรับ ทั้งนี้ คำว่า “ตีพิมพ์ (Publish)” หมายถึง การเผยแพร่ แลกเปลี่ยน ขาย ให้เช่า มอบให้ ให้ยืม เสนอขาย หรือเสนอให้เช่า กรณีที่สิ่งดังกล่าวสามารถมองเห็นได้ให้หมายความรวมถึงการบันทึก แสดง เล่น หรือนำออกฉาย นอกจากนี้กรณีที่สิ่งดังกล่าวอยู่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ให้หมายความ รวมถึงการส่งต่อข้อมูลนั้น<sup>109</sup> ดังนั้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้บัญญัติฐานความผิดไว้เฉพาะการ เผยแพร่สิ่งพิมพ์ลามก หากเป็นการครอบครองเพื่อประโยชน์ส่วนตัวไม่เป็นความผิดตามกฎหมายนี้

#### 4.2.2.1.2 กฎหมาย Protection of Children Act 1978 และ กฎหมาย Criminal Justice Act 1988

กฎหมาย Protection of Children Act 1978 ได้บัญญัติ องค์ประกอบของการกระทำที่จะเป็นความผิดตามกฎหมายไว้ว่า

“บุคคลจะมีความผิดต่อเมื่อ

(a) ถ่าย ยอมให้ถ่าย หรือผลิตภาพลามกเด็กหรือภาพ ลามกเด็กเทียม หรือ

(b) เผยแพร่ หรือแสดงภาพลามกเด็กหรือภาพลามกเด็ก เทียม หรือ

(c) ครอบครองภาพลามกเด็กหรือภาพลามกเด็กเทียม เพื่อเผยแพร่หรือนำออกแสดง ไม่ว่าจะเผยแพร่โดยตนเองหรือผู้อื่น หรือ

(d) ตีพิมพ์หรือก่อให้เกิดเหตุในการตีพิมพ์โฆษณาซึ่ง สามารถทำให้เข้าใจได้ว่าผู้โฆษณาเผยแพร่หรือแสดงภาพลามกเด็กหรือภาพลามกเด็กเทียม หรือ เจตนากระทำการเช่นนั้น”<sup>110</sup>

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

(a) on summary conviction to a fine not exceeding one hundred pounds or to imprisonment for a term not exceeding six months;

(b) on conviction on indictment to a fine or to imprisonment for a term not exceeding five years or both

<sup>109</sup> Obscene Publications Act 1959 – Section 1(3) - For the purposes of this Act a person publishes an article who—

(a) distributes, circulates, sells, lets on hire, gives, or lends it, or who offers it for sale or for letting on hire; or

(b) in the case of an article containing or embodying matter to be looked at or a record, shows, plays or projects it , or, where the matter is data stored electronically, transmits that data.:

<sup>110</sup> Protection of Children Act 1978 – Section1 (1) Subject to sections 1A and 1B, it is an offence for a person—

(a) to take, or permit to be taken or to make, any indecent photograph or pseudo-photograph of a child. . . ; or



ผู้กระทำการครอบครองประกอบความผิดข้างต้นมีความผิดและต้องรับโทษ โดยความผิดตามกฎหมาย Protection of Children Act 1978 เป็นความผิดที่จะฟ้องโดยคำฟ้องหรือพิจารณาแบบรวบรัดก็ได้ หากใช้วิธีฟ้องโดยคำฟ้อง ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ หากใช้วิธีการพิจารณาแบบรวบรัด ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 1,000 ปอนด์ หรือทั้งจำทั้งปรับ<sup>111</sup>

จากบทบัญญัติข้างต้นสามารถจำแนกลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดตาม กฎหมาย Protection of Children Act 1978 ได้ดังนี้

(1) การผลิตสื่อลามกอนาจารเด็ก ตามมาตรา 1 (1) (a) ซึ่งหมายถึงการทำให้เกิดขึ้นโดยสร้างหรือประดิษฐ์ การทำให้เกิดขึ้นในที่นี้รวมถึงการทำสำเนาด้วย เช่น การถ่ายสำเนาของภาพ การสแกนภาพต้นฉบับโดยใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์<sup>112</sup>

(2) การเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก ตามมาตรา 1 (1) (b) และ 1 (1) (c) การเผยแพร่หรือแสดงสื่อลามกอนาจารเด็กนี้จะต้องเป็นการเผยแพร่หรือแสดงต่อผู้อื่น หากผู้กระทำไม่มีเจตนาที่จะแสดงต่อผู้อื่น ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติ<sup>113</sup>

(3) การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก ตามมาตรา 1 (1) (c) ในช่วงแรกเริ่มที่มีการออกกฎหมายฉบับนี้เมื่อ ค.ศ. 1978 รัฐสภาของประเทศไทยได้มีวัตถุประสงค์จะบัญญัติให้การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กในกรณีทั่วไปเป็นความผิดแต่อย่างใด ดังนั้น การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กที่จะเป็นความผิดตามกฎหมายฉบับนี้ต้องเป็นการครอบครองเพื่อเผยแพร่หรือนำออกแสดง ไม่ว่าจะเผยแพร่โดยตนเองหรือผู้อื่นเท่านั้น หากเป็นการครอบครองเพื่อใช้ประโยชน์ส่วนตัวย่อมไม่มีความผิดตามกฎหมายฉบับนี้<sup>114</sup>

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

(b) to distribute or show such indecent photographs or pseudo-photographs; or

(c) to have in his possession such indecent photographs or pseudo-photographs, with a view to their being distributed or shown by himself or others; or

(d) to publish or cause to be published any advertisement likely to be understood as conveying that the advertiser distributes or shows such indecent photographs or pseudo-photographs, or intends to do so.

<sup>111</sup> Protection of Children Act 1978 – Section 6 –

(1) Offences under this Act shall be punishable either on conviction on indictment or on summary conviction.

<sup>112</sup> Alisdair A. Gillespie, *Child Pornography: Law and Policy* (Abingdon: GlassHouse/Routledge, 2011), p. 118.

<sup>113</sup> Ibid, p. 129.

<sup>114</sup> Ibid, p. 137.

อย่างไรก็ตาม ในช่วงทศวรรษที่ 1980 เกิดข้อโต้แย้งจากหลายฝ่ายว่าการที่มีได้บัญญัติให้การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อประโยชน์ส่วนตัวเป็นความผิดอาญานั้นเป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสม โดยเหตุผลประการสำคัญที่ถูกนำมาอ้างในการบัญญัติความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อประโยชน์ส่วนตัว คือ “ความต้องการของตลาด” กล่าวคือ บุคคลย่อมซื้อหรือครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กน้อยลงหากเขาทราบว่าตนมีความเสี่ยงที่จะกระทำความผิดอาญา เมื่อความต้องการของตลาดลดลงย่อมส่งผลให้การผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กซึ่งเป็นต้นสายของการปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กลดลงตามไปด้วย<sup>115</sup> ประเด็นดังกล่าวได้ถูกนำขึ้นสู่รัฐสภาจนกระทั่งใน ค.ศ. 1988 การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กในกรณีทั่วไปถูกบัญญัติให้เป็นความผิดตามกฎหมาย Criminal Justice Act 1988 โดยมาตรา 160 (1) บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับของมาตรา 160 A บุคคลย่อมมีความผิดหากเขามีภาพลามกเด็กหรือภาพลามกเด็กเทียมไว้ในครอบครอง”<sup>116</sup> ผู้ฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวมีความผิดและต้องรับโทษ หากใช้วิธีฟ้องโดยคำฟ้อง ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ หากใช้วิธีการพิจารณาแบบรวบรัด ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ<sup>117</sup> ทั้งนี้ ภาพลามกเด็กและภาพลามกเด็กเทียมตามกฎหมาย Criminal Justice Act 1988 มีความหมายเช่นเดียวกับกฎหมาย Protection of Children Act 1978

ดังนั้น จึงสามารถสรุปได้ว่าการผลิต การเผยแพร่ และการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเผยแพร่นั้นเป็นความผิดตามกฎหมาย Protection of Children Act 1978 แต่หากเป็นกรณีการครอบครองเพื่อประโยชน์ส่วนตัวย่อมเป็นความผิดตามกฎหมาย Criminal Justice Act 1988 ซึ่งระวางโทษของกฎหมายทั้งสองฉบับมีความ

<sup>115</sup> Ibid, p. 138.

<sup>116</sup> Criminal Justice Act 1988 – Section 160 - Possession of indecent photograph of child

(1) Subject to section 160A, it is an offence for a person to have any indecent photograph or pseudo-photograph of a child in his possession.

<sup>117</sup> Protection of Children Act 1978 – Section 6) –

(1) Offences under this Act shall be punishable either on conviction on indictment or on summary conviction.

(2) A person convicted on indictment of any offence under this Act shall be liable to imprisonment for a term of not more than ten years, or to a fine or to both.

(3) A person convicted summarily of any offence under this Act shall be liable—

(a) to imprisonment for a term not exceeding six months; or

(b) to a fine not exceeding the prescribed sum for the purposes of section 32 of the Magistrates’ Courts Act 1980 (punishment on summary conviction of offences triable either way: £1,000 or other sum substituted by order under that Act), or to both.

แตกต่างกัน โดยกฎหมาย Protection of Children Act 1978 มีระวางโทษที่สูงกว่า เนื่องจากเป็นการกระทำที่ส่งผลให้สื่อลามกอนาจารเด็กกระจายออกไปสู่สังคมในวงกว้าง ผลกระทบที่เกิดขึ้นจึงมากกว่ากรณีการครอบครองเพื่อประโยชน์ส่วนตัวตามกฎหมาย Criminal Justice Act 1988

#### 4.2.2.1.3 กฎหมาย Coroners and Justice Act 2009

กฎหมาย Coroners and Justice Act 2009 บัญญัติฐานความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้เพียงฐานความผิดเดียวในมาตรา 62 คือ ความผิดฐานครอบครองภาพต้องห้ามของเด็ก<sup>118</sup> กล่าวคือ ภาพที่นำเสนอให้เห็นถึงเด็กโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกระตุ้นอารมณ์ทางเพศและเป็นภาพที่ไม่เหมาะสมในทางเพศ ซึ่งไม่จำเป็นต้องมีเด็กจริง ๆ เข้าไปเกี่ยวข้อง ความผิดฐานครอบครองภาพต้องห้ามของเด็กเป็นความผิดที่จะฟ้องโดยคำฟ้องหรือพิจารณาแบบรวบรัดก็ได้ หากใช้วิธีการฟ้องโดยคำฟ้อง ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปีหรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ หากใช้วิธีการพิจารณาแบบรวบรัด ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ<sup>119</sup> ทั้งนี้ กฎหมาย Coroners and Justice Act 2009 ไม่มีการบัญญัติความผิดฐานผลิตและเผยแพร่ภาพต้องห้ามของเด็กไว้แต่อย่างใด อย่างไรก็ตามเมื่อบุคคลผลิตหรือเผยแพร่ภาพต้องห้ามของเด็ก บุคคลก็ต้องครอบครองภาพต้องห้ามของเด็กนั้นไว้ด้วยเช่นกัน ดังนั้น ผู้ผลิตและผู้เผยแพร่ภาพต้องห้ามของเด็กจึงยังคงต้องรับผิดตามกฎหมายฉบับนี้<sup>120</sup>

จากการศึกษาข้างต้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายที่มีอังกฤษได้มีการบัญญัติฐานเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้เป็นการเฉพาะไว้ในกฎหมายหลายฉบับ ได้แก่ กฎหมาย Protection of Children Act 1978, กฎหมาย Criminal Justice Act 1988 และกฎหมาย Coroners and Justice Act 2009 ครอบคลุมการกระทำผิดทั้งในขั้นตอนการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็ก การเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก และการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก โดยความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กนี้เป็นความผิดประเภทที่จะฟ้องโดยคำฟ้องหรือพิจารณาแบบรวบรัดก็ได้

<sup>118</sup> Coroners and Justice Act 2009 – Section 62 (1) - It is an offence for a person to be in possession of a prohibited image of a child.

<sup>119</sup> Coroners and Justice Act 2009 – Section 66 –

(1) This section has effect where a person is guilty of an offence under section 62(1).

(2) The offender is liable—

(a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding the relevant period or a fine not exceeding the statutory maximum, or both;

(b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 3 years or a fine, or both.

<sup>120</sup> Alisdair A. Gillespie, "Child Pornography," *Information & Communications Technology Law*: 45 - 46.

#### 4.2.2.2 ประเทศแคนาดา

ประมวลกฎหมายอาญาแคนาดาได้บัญญัติลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในมาตรา 163.1 โดยสามารถแบ่งลักษณะของการกระทำได้เป็น 4 ลักษณะ ได้แก่

##### 4.2.2.2.1 การผลิตสื่อลามกอนาจารเด็ก

มาตรา 163.1 (2) วางหลักไว้ว่า ผู้ใดผลิต พิมพ์ ตีพิมพ์ สื่อลามกอนาจารเด็กหรือครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเผยแพร่ ผู้นั้นมีความผิด s ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปีถึง 14 ปี<sup>121</sup> โดยการผลิตตามมาตรานี้จะต้องเป็นการสร้างสื่อลามกอนาจารขึ้นมาซึ่งแตกต่างจากสื่อลามกอนาจารที่มีอยู่แล้ว เช่น การถ่ายรูป การบันทึกวีดิโอ การเขียนนิยาย แต่กรณีการทำซ้ำสื่อลามกอนาจารโดยมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อเผยแพร่ หรือการดาวน์โหลดสื่อลามกอนาจารเด็กที่มีอยู่แล้วและส่งต่อย่อมมิใช่ความผิดตามมาตรานี้<sup>122</sup>

##### 4.2.2.2.2 การเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก

มาตรา 163.1 (3) วางหลักไว้ว่า ผู้ใดส่งต่อ ทำให้เข้าถึงได้ เผยแพร่ ขาย โฆษณา นำเข้า หรือส่งออกซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็ก หรือครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งต่อ ทำให้เข้าถึงได้ เผยแพร่ ขาย โฆษณา นำเข้า หรือส่งออก ผู้นั้นมีความผิดและต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปีถึง 14 ปี<sup>123</sup> การทำให้เข้าถึงได้ (Making Available) เช่น การแชร์ไฟล์สื่อลามกอนาจารเด็กผ่านโปรแกรมในรูปแบบ Peer-to-Peer<sup>124</sup>

##### 4.2.2.2.3 การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก

มาตรา 163.1 (4) วางหลักไว้ว่า ผู้ใดครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก ผู้นั้นมีความผิดและต้องรับโทษ หากใช้วิธีการฟ้องโดยคำฟ้องต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปีถึง

<sup>121</sup> Criminal Code of Canada – Section 163.1(2) - Every person who makes, prints, publishes or possesses for the purpose of publication any child pornography is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term of not more than 14 years and to a minimum punishment of imprisonment for a term of one year.

<sup>122</sup> R. v. Keough, 2011 ABQB 48

<sup>123</sup> Criminal Code of Canada – Section 163.1(3) - Every person who transmits, makes available, distributes, sells, advertises, imports, exports or possesses for the purpose of transmission, making available, distribution, sale, advertising or exportation any child pornography is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term of not more than 14 years and to a minimum punishment of imprisonment for a term of one year.

<sup>124</sup> R. v. Spencer, 2011 SKCA 144

10 ปี แต่หากใช้วิธีดำเนินคดีโดยพิจารณาแบบรวบรัดต้องระวางโทษจำคุก 6 เดือนถึง 2 ปี<sup>125</sup> กรณีใดจะเป็นการครอบครองต้องพิจารณาจากอำนาจในการควบคุมวัตถุนั้น ๆ การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กในรูปข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จึงพิจารณาจากอำนาจในการควบคุมไฟล์สื่อลามกอนาจารเด็กนั้น มิใช่อำนาจในการควบคุมภาพหรือวิดีโอ<sup>126</sup> ดังนั้น การดำเนินคดีในความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กจึงไม่จำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่าผู้กระทำความผิดได้ดูภาพหรือวิดีโอที่อยู่ในครอบครองของตนหรือไม่ แต่พิจารณาว่าผู้กระทำความผิดตระหนักว่าไฟล์สื่อลามกอนาจารเด็กนั้นถูกเก็บไว้ในระบบคอมพิวเตอร์ของตนก็เพียงพอแล้ว<sup>127</sup>

ประเด็นที่ควรพิจารณา คือ สื่อลามกอนาจารเด็กที่อยู่ในรูปแคช “แคช (Cache)” หมายถึง หน่วยของความจำอย่างหนึ่งที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้การเข้าถึงข้อมูลทางเว็บไซต์ (Website) ทำได้สะดวกรวดเร็ว กล่าวคือ เมื่อผู้ใช้งานคอมพิวเตอร์เข้าสู่หน้าเว็บไซต์ใด ๆ เว็บเบราว์เซอร์ (Web browser) จะทำการบันทึกข้อมูลของหน้าเว็บไซต์นั้นลงในระบบคอมพิวเตอร์ โดยข้อมูลที่ถูกบันทึกนี้เรียกว่าแคช หากผู้ใช้คอมพิวเตอร์ได้เข้าสู่เว็บไซต์เดิมอีกครั้งต่อไประบบคอมพิวเตอร์จะทำการแสดงข้อมูลจากแคชแทนการอ่านข้อมูลจากเว็บไซต์ต้นฉบับ การแสดงผลของเว็บไซต์จึงทำได้ไวด่วนเร็วยิ่งขึ้น<sup>128</sup> เมื่อบุคคลเข้าถึงเว็บไซต์เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก การเข้าถึงดังกล่าวย่อมถูกบันทึกในรูปของแคชเช่นเดียวกัน สิ่งที่ต้องวินิจฉัยคือการมีสื่อลามกอนาจารเด็กในรูปแคชในระบบคอมพิวเตอร์เป็นการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กหรือไม่ เนื่องจากการบันทึกข้อมูลในรูปแคชเป็นการดำเนินการโดยอัตโนมัติของระบบคอมพิวเตอร์ กรณีนี้ศาลสูงสุดของแคนาดาได้วางหลักไว้ว่าการที่ระบบคอมพิวเตอร์บันทึกแคชไว้โดยอัตโนมัติ มิใช่การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กแต่อย่างใด เว้นแต่จะปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้กระทำความผิดรู้ถึงระบบการทำงานของแคชและเจตนาที่

<sup>125</sup> Criminal Code of Canada – Section 163.1(4) - Every person who possesses any child pornography is guilty of

(a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term of not more than 10 years and to a minimum punishment of imprisonment for a term of one year; or

(b) an offence punishable on summary conviction and is liable to imprisonment for a term of not more than two years less a day and to a minimum punishment of imprisonment for a term of six months.

<sup>126</sup> R. v. Morelli, [2010] 1 SCR 253, 2010 SCC 8

<sup>127</sup> R. v. Daniels, 2004 NLCA 73

<sup>128</sup> Ty E. Howard, "Don't Cache out Your Case: Prosecuting Child Pornography Possession Laws Based on Images Located in Temporary Internet Files," *Berkeley Technology Law Journal* 19 (2004): 1228 – 1273.

จะครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กในรูปของแคช<sup>129</sup> ดังนั้น หากเพียงเข้าถึงหรือดูสื่อลามกอนาจารเด็กผ่านเว็บไซต์ การกระทำนั้นย่อมไม่เป็นความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กแต่อย่างใด<sup>130</sup>

#### 4.2.2.2.4 การเข้าถึงซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็ก

มาตรา 163.1 (4.1) วางหลักว่า ผู้ใดเข้าถึงซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็ก ผู้นั้นมีความผิด หากใช้วิธีการพ้องโดยคำพ้องต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปีถึง 10 ปี แต่หากใช้วิธีดำเนินคดีโดยพิจารณาแบบรวบรวมต้องระวางโทษจำคุก 6 เดือนถึง 2 ปี<sup>131</sup> การเข้าถึง หมายความว่า บุคคลดังกล่าวเจตนาทำให้ตนเห็นสื่อลามกอนาจารเด็กหรือทำให้มีการส่งต่อสื่อลามกอนาจารเด็กมาสู่ตน<sup>132</sup> ความผิดฐานเข้าถึงสื่อลามกอนาจารเด็กมีวัตถุประสงค์เพื่อเอาผิดกับผู้ที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจารเด็กผ่านอินเทอร์เน็ต แต่บทบัญญัติฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กไม่สามารถเอาผิดกับบุคคลเหล่านี้ได้<sup>133</sup> เช่น การดูสื่อลามกอนาจารเด็กผ่านเว็บไซต์ แม้การเข้าถึงเว็บไซต์สื่อลามกอนาจารเด็กนั้นจะถูกบันทึกไว้ในรูปของแคช แต่การมีไฟล์แคชในระบบคอมพิวเตอร์มิใช่การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพราะเป็นการกระทำโดยอัตโนมัติของระบบคอมพิวเตอร์ อย่างไรก็ตาม การดูสื่อลามกอนาจารเด็กผ่านเว็บไซต์ย่อมเป็นความผิดฐานเข้าถึงสื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา

จากบทกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศแคนาดาข้างต้นจึงเห็นได้ว่า การกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กถูกบัญญัติให้เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา โดยลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดครอบคลุมชั้นการผลิต การครอบครอง และการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก ทั้งนี้ การกระทำความผิดฐานผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กและเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดที่ต้องฟ้องโดยคำฟ้อง ส่วนความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กและเข้าถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดที่จะฟ้องโดยคำฟ้องหรือพิจารณาแบบรวบรวมก็ได้

<sup>129</sup> R. v. Morelli, [2010] 1 SCR 253, 2010 SCC 8

<sup>130</sup> Ibid.

<sup>131</sup> Criminal Code of Canada – Section 163.1(4.1) - Every person who accesses any child pornography is guilty of

(a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term of not more than 10 years and to a minimum punishment of imprisonment for a term of one year; or

(b) an offence punishable on summary conviction and is liable to imprisonment for a term of not more than two years less a day and to a minimum punishment of imprisonment for a term of six months.

<sup>132</sup> Criminal Code of Canada – Section 163.1(4.2) - For the purposes of subsection (4.1), a person accesses child pornography who knowingly causes child pornography to be viewed by, or transmitted to, himself or herself

<sup>133</sup> Lyne Casavant and James R. Robertson, **The Evolution of Pornography Law in Canada** [Online], Accessed: 20 March 2018. Available from: <https://bdp.parl.ca/content/lop/researchpublications/843-e.htm>

#### 4.2.2.3 ประเทศฝรั่งเศส

สื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายฝรั่งเศส หมายถึง รูปภาพหรือสื่อใด ๆ ของเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี ซึ่งมีลักษณะสื่อไปในทางลามกอนาจาร และหมายรวมถึงภาพลามกอนาจารของบุคคลที่ลักษณะทางกายภาพเป็นเด็กด้วย กล่าวคือ สื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงและสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงประเภทที่ใช้ผู้ใหญ่ซึ่งมีลักษณะคล้ายเด็กเป็นผู้แสดง ประเภทที่ถูกดัดแปลงหรือถูกสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิก และประเภทที่เป็นภาพวาด ภาพระบายสี หรือการ์ตูนต่างอยู่ในความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็กทั้งสิ้น อนึ่ง ฐานความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 227-23 โดยสามารถจำแนกลักษณะของการกระทำความผิดได้ 3 ประเภท ดังนี้

##### 4.2.2.3.1 การผลิตสื่อลามกอนาจารเด็ก

บทบัญญัติมาตรา 227-23 กำหนดให้การถ่ายหรือการบันทึกภาพหรือสื่อใด ๆ ของเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี ซึ่งมีลักษณะสื่อไปในทางลามกอนาจารโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเผยแพร่เป็นความผิดอาญาโดยผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุก 5 ปี และปรับ 75,000 ยูโร อย่างไรก็ตาม หากภาพหรือสื่อดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี แม้จะเป็นการถ่ายหรือบันทึกโดยมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อเผยแพร่ บุคคลที่ถ่ายหรือบันทึกสื่อดังกล่าวก็ต้องรับผิดตามระวางโทษข้างต้นเช่นเดียวกัน<sup>134</sup>

##### 4.2.2.3.2 การเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก

นอกจากความผิดในชั้นการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กแล้ว มาตรา 227-23 ยังได้กำหนดความผิดในชั้นการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กไว้ โดยกำหนดให้การออกอากาศสื่อลามกอนาจารเด็กโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเผยแพร่เป็นความผิดอาญา และหากภาพหรือสื่อที่ออกอากาศนั้นแสดงให้เห็นถึงเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี การกระทำนั้นย่อมเป็นความผิดอาญา แม้จะเป็นการออกอากาศโดยไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อเผยแพร่ก็ตาม อีกทั้งยังกำหนดให้การเสนอหรือการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กไม่ว่าจะโดยวิธีการใด ๆ การนำเข้า การส่งออก และการก่อให้เกิดการนำเข้าหรือส่งออกซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดอาญาด้วยเช่นกัน ผู้กระทำความผิดฐานนี้ระวางโทษจำคุก 5 ปี และปรับ 75,000 ยูโร<sup>135</sup>

##### 4.2.2.3.3 การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก

การการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กถูกบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 227-23 เช่นกัน นอกจากนี้การดูสื่อลามกอนาจาร

<sup>134</sup> French Penal Code – Article 227-23

<sup>135</sup> Ibid.

เด็กผ่านอินเทอร์เน็ตเป็นอาชญากรรมยังถูกกำหนดให้เป็นความผิดอาญาด้วย ผู้กระทำความผิดฐานนี้ต้องระวางโทษจำคุก 2 ปี และปรับ 30,000 ยูโร<sup>136</sup>

นอกจากนี้ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 227-23 ยังได้กำหนดให้ผู้ที่พยายามกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไม่ว่าจะเป็นการผลิต การครอบครองหรือการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กต้องรับโทษเช่นเดียวกับกรณีกระทำความผิดสำเร็จ<sup>137</sup> ดังนั้นจะเห็นได้ว่าฐานความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารตามกฎหมายฝรั่งเศสนั้นครอบคลุมทั้งขั้นการผลิต การครอบครอง และการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก

#### 4.2.2.4 ประเทศญี่ปุ่น

กฎหมาย Act on Punishment of Activities Relating to Child Prostitution and Child Pornography, and the Protection of Children ได้กำหนดนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กเอาไว้โดยหมายถึงกรณีสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงที่มีตัวตนจริงเท่านั้น นอกจากนี้กฎหมายฉบับดังกล่าวยังได้กำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กทั้งในขั้นการผลิต การเผยแพร่ และการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ ดังนี้

##### 4.2.2.4.1 การผลิตสื่อลามกอนาจารเด็ก

กฎหมายฉบับดังกล่าวกำหนดให้การผลิต การขนส่ง การนำเข้า และการส่งออกสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดอาญา ไม่ว่าจะมิวัตถุประสงค์เพื่อการเผยแพร่หรือไม่ก็ตาม โดยผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 3 ล้านเยน นอกจากนี้หากการผลิต การขนส่ง การนำเข้า หรือการส่งออกสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นกระทำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อนำเสนอต่อสาธารณชน ไม่ว่าจะโดยวิธีทางโทรคมนาคม เช่น ทางอินเทอร์เน็ต หรือวิธีการใด ๆ ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกิน 5 ล้านเยน<sup>138</sup>

##### 4.2.2.4.2 การเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก

การเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก ไม่ว่าจะโดยวิธีทางโทรคมนาคมหรือวิธีการใด ๆ ถูกบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาภายใต้กฎหมายฉบับดังกล่าวโดยผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 3 ล้านเยน อีกทั้งหากการเผยแพร่

<sup>136</sup> Ibid.

<sup>137</sup> Ibid.

<sup>138</sup> Act on Punishment of Activities Relating to Child Prostitution and Child Pornography, and the Protection of Children – Article 7



นั้นกระทำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อนำเสนอต่อสาธารณชนผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น โดยต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกิน 5 ล้านบาท<sup>139</sup>

#### 4.2.2.4.3 การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก

การผลิตและการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นถูกบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาภายใต้กฎหมาย Act on Punishment of Activities Relating to Child Prostitution and Child Pornography, and the Protection of Children ตั้งแต่ ค.ศ.1999 อย่างไรก็ตาม ในขณะนั้นมิได้มีการบัญญัติให้การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อประโยชน์ส่วนตัวเป็นความผิดแต่อย่างใด คงบัญญัติไว้เพียงความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อเผยแพร่เท่านั้น โดยกระทำความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อเผยแพร่ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 3 ล้านบาท อีกทั้งหากเป็นการครอบครองโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อนำเสนอต่อสาธารณชน ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุก 5 ปีหรือปรับไม่เกิน 5 ล้านบาท<sup>140</sup>

ใน ค.ศ. 2013 กระทรวงต่างประเทศของสหรัฐอเมริกาได้นำเสนอรายงานด้านสิทธิมนุษยชนโดยในรายงานดังกล่าวระบุว่าประเทศญี่ปุ่นเป็นจุดศูนย์กลางระดับนานาชาติในการผลิตและค้าขายสื่อลามกอนาจารเด็ก และยังได้ระบุอีกว่าการที่ประเทศญี่ปุ่นมิได้บัญญัติความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นส่งผลให้เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ อีกทั้งยังก่อให้เกิดอุปสรรคในการปราบปรามสื่อลามกอนาจารเด็กในระดับนานาชาติ แรงกดดันจากนานาชาติส่งผลให้ประเทศญี่ปุ่นแก้ไขกฎหมาย Act on Punishment of Activities Relating to Child Prostitution and Child Pornography, and the Protection of Children ใน ค.ศ. 2014 โดยบัญญัติให้การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดอาญา<sup>141</sup> ทั้งนี้ ประเทศญี่ปุ่นเป็นประเทศสุดท้ายในกลุ่มประเทศอุตสาหกรรมชั้นนำของโลก หรือ G7 ที่กำหนดให้การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดอาญา โดยกลุ่มประเทศ G7 นี้ประกอบไปด้วยประเทศญี่ปุ่น ประเทศแคนาดา ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี ประเทศอิตาลี สหราชอาณาจักร และสหรัฐอเมริกา<sup>142</sup> ปัจจุบันการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อประโยชน์ส่วนตัวจึงเป็นความผิดอาญาตามกฎหมาย Act on Punishment of Activities Relating to Child

<sup>139</sup> Act on Punishment of Activities Relating to Child Prostitution and Child Pornography, and the Protection of Children – Article 7

<sup>140</sup> Ibid

<sup>141</sup> James Fletcher, **Why hasn't Japan banned child-porn comics?** [Online], Accessed: 31 March 2018. Available from: <http://www.bbc.com/news/magazine-30698640>

<sup>142</sup> AFP, **Japan Finally Bans Child Pornography** [Online], Accessed: 31 March 2018. Available from: <https://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/asia/japan/10908178/Japan-finally-bans-child-pornography.html>

Prostitution and Child Pornography, and the Protection of Children โดยผู้กระทำความผิด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 1 ล้านบาท<sup>143</sup>

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าฐานความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจาร เด็กตามกฎหมายญี่ปุ่นนั้นครอบคลุมการกระทำความผิดทั้งในขั้นการผลิต การเผยแพร่ และการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก อย่างไรก็ตาม การกระทำความผิดดังกล่าวมีขอบเขตจำกัดเฉพาะกรณีสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงเท่านั้น

#### 4.3 เหตุจรรยาบรรณผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิด

การกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในบางกรณีสามารถเห็นได้อย่างชัดเจนว่าเป็นการกระทำที่มีลักษณะร้ายแรงกว่ากรณีทั่วไป ดังนั้น กฎหมายของบางประเทศจึงได้กำหนดเหตุจรรยาบรรณสำหรับการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กอันจะทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นไว้หลายกรณีด้วยกัน

##### 4.3.1 ประเทศอังกฤษ

กฎหมาย Coroners and Justice Act 2009 ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรม จัดการกับผู้กระทำความผิด ผู้เสียหาย และพยานได้วางแนวทางปฏิบัติของศาลบัญญัติว่า ในการลงโทษผู้กระทำความผิดและปฏิบัติการใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการลงโทษผู้กระทำความผิด ศาลต้องดำเนินการตามแนวทางการลงโทษ (Sentencing Guideline)<sup>144</sup> ที่ออกโดยคณะกรรมการกำหนดแนวทางการลงโทษ (Sentencing Council)<sup>145</sup> ซึ่ง

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>143</sup> Act on Punishment of Activities Relating to Child Prostitution and Child Pornography, and the Protection of Children – Article 7

<sup>144</sup> Coroners and Justice Act 2009 - Section 125 - Sentencing guidelines: duty of court

(1) Every court—

(a) must, in sentencing an offender, follow any sentencing guidelines which are relevant to the offender's case, and

(b) must, in exercising any other function relating to the sentencing of offenders, follow any sentencing guidelines which are relevant to the exercise of the function,

unless the court is satisfied that it would be contrary to the interests of justice to do so.

<sup>145</sup> Coroners and Justice Act 2009 – Section 120 - Sentencing guidelines

(1) In this Chapter “sentencing guidelines” means guidelines relating to the sentencing of offenders.

(2) A sentencing guideline may be general in nature or limited to a particular offence, particular category of offence or particular category of offender.

(3) The Council must prepare—

แนวทางการลงโทษของฐานความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมาย Protection of Children Act 1978 และ กฎหมาย Criminal Justice Act 1988 นั้นกำหนดเหตุที่ต้องนำมาพิจารณาเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดให้หนักขึ้น ดังนี้<sup>146</sup>

(1) การกระทำความผิดซ้ำ กล่าวคือ หากผู้กระทำความผิดเคยกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กแล้ว และยังขึ้นกระทำความผิดซ้ำอีก การกระทำความผิดซ้ำนี้ย่อมเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น

(2) อายุและ/หรือความอ่อนแอของเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็ก กล่าวคือ หากเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารมีอายุน้อย ผู้กระทำความผิดก็ย่อมรับโทษหนักกว่ากรณีเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารมีอายุมากกว่า

(3) ระยะเวลาในการครอบครอง เผยแพร่ หรือผลิตสื่อลามกอนาจารเด็ก

(4) ปริมาณของสื่อลามกอนาจารเด็กที่ครอบครอง เผยแพร่ หรือผลิต กล่าวคือ ผู้ที่ครอบครอง เผยแพร่ หรือผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ปริมาณมากย่อมต้องรับโทษหนักกว่าผู้ที่ครอบครอง เผยแพร่ หรือผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กโดยมีปริมาณน้อยกว่า

(5) ความพยายามในการกำจัดหรือปกปิดพยานหลักฐาน

(6) การนำเสนอให้เห็นว่าเด็กมีนเมาหรือได้รับสารเสพติด

(7) ความหลากหลายของเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจาร ยิ่งเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กมีจำนวนหลายคน ผู้กระทำความผิดยิ่งต้องรับโทษหนักขึ้น

(8) การกระทำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการค้า

(9) การละเมิดความไว้วางใจ (Abuse of Trust) การละเมิดความไว้วางใจ หมายถึง การที่บุคคลซึ่งมีหน้าที่ในการคุ้มครองเด็กได้ละเมิดหน้าที่นั้นโดยการกระทำความผิดต่อเด็กเสียเอง กฎหมายอังกฤษมิได้มีการบัญญัติความหมายของการละเมิดความไว้วางใจอันเป็นเหตุจรรยาที่ทำให้ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กต้องรับโทษหนักขึ้น

(a) sentencing guidelines about the discharge of a court's duty under section 144 of the Criminal Justice Act 2003 (c.44) (reduction in sentences for guilty pleas), and

(b) sentencing guidelines about the application of any rule of law as to the totality of sentences.

(4) The Council may prepare sentencing guidelines about any other matter.

<sup>146</sup> Sentencing Council, **Sexual Offences Definitive Guideline** [Online], Accessed: 11 March 2018. Available from: [https://www.sentencingcouncil.org.uk/wpcontent/uploads/Final\\_Sexual\\_Offences\\_Definitive\\_Guideline\\_content\\_web1.pdf](https://www.sentencingcouncil.org.uk/wpcontent/uploads/Final_Sexual_Offences_Definitive_Guideline_content_web1.pdf)

ไว้ ดังนั้น จึงต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นกรณีไป อย่างไรก็ตาม ศาลได้วางแนวทางไว้ว่า กรณีที่จะเป็นการละเมิดความไว้น้ำใจเชื่อใจ เช่น กรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลในครอบครัวของเด็ก เป็นอาจารย์ของเด็ก หรือทำงานเกี่ยวกับสังคมสงเคราะห์ เป็นต้น<sup>147</sup> นอกจากนี้หากเทียบเคียงกับนิยามของความผิดฐานละเมิดความไว้น้ำใจเชื่อใจ (Abuse of Position of Trust) ตามกฎหมาย Sexual Offences Act 2003 พบว่าการละเมิดความไว้น้ำใจเชื่อใจนั้นรวมถึงกรณีผู้กระทำความผิดเป็นผู้ดูแลเด็กในสถานพยาบาล สถานสงเคราะห์ สถานศึกษา และหน่วยงานอื่น ๆ ที่กฎหมายกำหนดอีกด้วย<sup>148</sup>

ตัวอย่างคดีที่ตัดสินว่าเป็นการละเมิดความไว้น้ำใจเชื่อใจ เช่น คดี Watkins & Anor v. R. (2014)<sup>149</sup> ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า จำเลยที่ 2 เป็นมารดาของเด็กหญิงอายุประมาณ 12 เดือน โดยจำเลยที่ 2 ได้ประกอบกิจกรรมทางเพศโดยใช้ปากกับบุตรสาวของตนพร้อมกับทำการบันทึกภาพขณะทำกิจกรรมทางเพศนั้นและส่งต่อให้กับจำเลยที่ 1 จำเลยที่ 2 จึงถูกฟ้องในความผิดฐานผลิตและเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก ศาลในคดีนี้ได้ตัดสินว่าการที่จำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นมารดาของเด็กหญิงได้กระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารดังกล่าวเป็นการละเมิดความไว้น้ำใจเชื่อใจซึ่งส่งผลให้จำเลยที่ 2 ต้องรับโทษหนักขึ้น สำหรับคดีที่ตัดสินว่าไม่เป็นการละเมิดความไว้น้ำใจเชื่อใจ เช่น คดี Horn v. R. (2014)<sup>150</sup> จำเลยในคดีถูกฟ้องฐานผลิตและครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก ข้อเท็จจริงปรากฏว่าจำเลยเป็นครูใหญ่ของโรงเรียนประถมแห่งหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ในคดีนี้ศาลตัดสินว่าการกระทำของจำเลยไม่เป็นการละเมิดความไว้น้ำใจเชื่อใจ เนื่องจากแม้จำเลยจะเป็นครูใหญ่ซึ่งทำงานเกี่ยวกับเด็กโดยตรงซึ่งต้องมีความรู้และตระหนักถึงปัญหาการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากเด็ก แต่เด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นเด็กที่ไม่สามารถระบุตัวตนได้ซึ่งถูกล่วงละเมิดทางเพศโดยบุคคลอื่น ไม่ใช่นักเรียนในความดูแลของจำเลย จำเลยจึงไม่ต้องรับโทษหนักขึ้นเพราะเหตุดังกล่าว ดังนั้น กล่าวโดยสรุปได้ว่า กรณีที่จะเป็นการละเมิดความไว้น้ำใจเชื่อใจอันจะเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กต้องรับโทษหนักขึ้นนั้นต้องเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดมีหน้าที่ในการคุ้มครองเด็กและได้กระทำความผิดต่อเด็กที่ตนมีหน้าที่ในการดูแลโดยตรง หากไม่ได้กระทำต่อเด็กที่ตนมีหน้าที่ดูแลย่อมไปเป็นการละเมิดความไว้น้ำใจเชื่อใจ

จากการศึกษาแนวทางการลงโทษของประเทศอังกฤษพบว่า กฎหมายอังกฤษได้มีการกำหนดเหตุฉกรรจ์สำหรับการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้หลายกรณี รวมทั้งการละเมิดความไว้น้ำใจเชื่อใจซึ่งเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้น้ำใจเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนใน

<sup>147</sup> Oliver & Ors, v. R. [2002] EWCA Crim 2766

<sup>148</sup> Sexual Offences Act 2003 – Section 21

<sup>149</sup> Watkins & Anor v. R. (Rev 2) [2014] EWCA Crim 1677

<sup>150</sup> Horn v. R. [2014] EWCA Crim 653

การกระทำความผิด เนื่องจากเหตุดังกล่าวข้างต้นส่งผลให้ลักษณะของการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กนี้มีความร้ายแรงกว่าความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในกรณีทั่วไป

#### 4.3.2 ประเทศแคนาดา

ประมวลกฎหมายอาญาแคนาดา (Criminal Code of Canada) มาตรา 163.1 วางหลักว่า หากผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ไม่ว่าจะเป็นการผลิต การเผยแพร่ การครอบครอง หรือการเข้าถึงสื่อลามกอนาจารเด็ก ได้กระทำให้หากำไร ศาลต้องนำข้อเท็จจริงนั้นมาพิจารณาเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิด<sup>151</sup> นอกจากนี้มาตรา 718.2 ยังบัญญัติข้อเท็จจริงที่ศาลต้องนำมาพิจารณาลงโทษผู้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาไว้เช่นกัน ได้แก่

(1) ข้อเท็จจริงที่ว่า การกระทำความผิดนั้นมีแรงจูงใจจากอคติ ความลำเอียง หรือความเกลียดชังในเรื่องเชื้อชาติ สัญชาติ ภาษา สีผิว เพศ อายุ ความพิการทางด้านร่างกายหรือจิตใจ หรือปัจจัยอื่นในทำนองเดียวกัน

(2) ข้อเท็จจริงที่ว่าผู้กระทำความผิดกระทำความผิดต่อคู่สมรส

(3) ข้อเท็จจริงที่ว่าผู้กระทำความผิดกระทำความผิดโดยละเมิดความไว้นื้อเชื่อใจ

(4) ข้อเท็จจริงที่ว่า การกระทำความผิดนั้นก่อให้เกิดผลกระทบอย่างมีนัยยะสำคัญต่อเหยื่อ โดยพิจารณาจากอายุและปัจจัยส่วนบุคคลอื่น ๆ เช่น สุขภาพ สถานะทางเศรษฐกิจ

(5) ข้อเท็จจริงที่ว่า การกระทำความผิดนั้นมีความเกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรม

(6) ข้อเท็จจริงที่ว่า การกระทำนั้นเป็นความผิดฐานกบฏ

(7) ข้อเท็จจริงที่ว่าผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดขณะถูกปล่อยตัวด้วยเงื่อนไขพิเศษ ถูกปล่อยตัวโดยมีการคุมความประพฤติ หรือข้อเท็จจริงอื่น ๆ ในทำนองเดียวกันตามที่กฎหมายกำหนด<sup>152</sup>

<sup>151</sup> Criminal Code of Canada – Section 163.1(4.3) - If a person is convicted of an offence under this section, the court that imposes the sentence shall consider as an aggravating factor the fact that the person committed the offence with intent to make a profit.

<sup>152</sup> Criminal Code of Canada – Section 718.2 - A court that imposes a sentence shall also take into consideration the following principles:

(a) a sentence should be increased or reduced to account for any relevant aggravating or mitigating circumstances relating to the offence or the offender, and, without limiting the generality of the foregoing,

(i) evidence that the offence was motivated by bias, prejudice or hate based on race, national or ethnic origin, language, colour, religion, sex, age, mental or physical disability, sexual orientation, or gender identity or expression, or on any other similar factor,

ข้อเท็จจริงประการสำคัญที่ศาลมักนำมาใช้พิจารณาเพื่อเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก คือ กรณีปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กได้กระทำความผิดโดยละเมิดความไว้น้ำใจ (Abused a position of trust or authority) กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดอยู่ในฐานะบุคคลที่ได้รับความไว้น้ำใจจากเด็กหรือมีอำนาจเหนือเด็ก<sup>153</sup> ประมวลกฎหมายอาญาแคนาดาได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรว่ากรณีใดจะถือว่าอยู่ในฐานะบุคคลที่ได้รับความไว้น้ำใจจึงต้องพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาล อนึ่ง ศาลวางหลักว่า กรณีที่บุคคลอยู่ในฐานะบุคคลที่ได้รับความไว้น้ำใจเป็นกรณีที่มีความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใหญ่และเด็กก่อให้เกิดโอกาสที่ผู้ใหญ่จะสามารถโน้มน้าวและชักจูงให้เด็กกระทำการต่าง ๆ ได้ โดยเด็กจะตกอยู่ในฐานะบุคคลที่ด้อยกว่าและถูกครอบงำจากความสัมพันธ์ดังกล่าว ความสัมพันธ์กรณีนี้พิจารณาจากความเป็นจริง มิใช่จากสถานะของบุคคล<sup>154</sup> กรณีที่ศาลเคยตัดสินว่าเป็นการละเมิดความไว้น้ำใจ เช่น กรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นอาจารย์ของเด็ก<sup>155</sup> กรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุพการีของเด็ก<sup>156</sup> กรณีผู้กระทำความผิดเป็นญาติของเด็ก<sup>157</sup> กรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นพี่เลี้ยงเด็ก<sup>158</sup>

คดี R. v. Gryba (2016) เป็นคดีหนึ่งที่ตัดสินว่าผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กได้กระทำความผิดโดยละเมิดความไว้น้ำใจ ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่า จำเลยเป็น

(ii) evidence that the offender, in committing the offence, abused the offender's spouse or common-law partner,

(ii.1) evidence that the offender, in committing the offence, abused a person under the age of eighteen years,

(iii) evidence that the offender, in committing the offence, abused a position of trust or authority in relation to the victim,

(iii.1) evidence that the offence had a significant impact on the victim, considering their age and other personal circumstances, including their health and financial situation,

(iv) evidence that the offence was committed for the benefit of, at the direction of or in association with a criminal organization,

(v) evidence that the offence was a terrorism offence, or

(vi) evidence that the offence was committed while the offender was subject to a conditional sentence order made under section 742.1 or released on parole, statutory release or unescorted temporary absence under the Corrections and Conditional Release Act

shall be deemed to be aggravating circumstances;

<sup>153</sup> Ibid.

<sup>154</sup> R. v. Audet, [1996] 2 S.C.R. 171

<sup>155</sup> Ibid.

<sup>156</sup> R. v. A.V., [2016] ONCJ 827

<sup>157</sup> R. v. N.K.P., [2010] ABPC 341

<sup>158</sup> R. v. A.G.A., 2010 ABCA 61

อาสาสมัครของหน่วยงาน Big Brothers Big Sisters (BBBS) ซึ่งเป็นหน่วยงานที่มีวัตถุประสงค์เพื่อสนับสนุนให้เด็กได้ประสบความสำเร็จในชีวิต เช่น การสนับสนุนเด็กประสบความสำเร็จด้านการศึกษา การช่วยเหลือเด็กให้หลีกเลี่ยงการเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับอบายมุขต่าง ๆ ผ่านการโครงการที่หน่วยงานจัดทำขึ้น เมื่อเข้าร่วมโครงการจะมีเด็กแต่ละคนจะมีผู้ดูแล จำเลยได้รับมอบหมายให้ดูแลเด็กชายสองคน ซึ่งทั้งสองคนเป็นพี่น้องกัน วันหนึ่งจำเลยได้พาเด็กทั้งสองไปยังสระว่ายน้ำและได้อาศัยโอกาสที่เด็กทั้งสองเปลี่ยนเสื้อผ้าบันทึกวิดีโอเหตุการณ์ดังกล่าวไว้ ต่อมาจำเลยถูกจับฐานผลิตสื่อลามกอนาจารเด็ก ศาลในคดีนี้ได้วินิจฉัยว่าการละเมิดความไว้นื้อเชื่อใจเป็นเหตุจรรยาที่กฎหมายกำหนดไว้ เมื่อจำเลยกระทำความผิดโดยอาศัยโอกาสจากความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตน จำเลยจึงต้องรับโทษหนักขึ้น<sup>159</sup>

คดี R. v. Ingvaldson (2012) จำเลยถูกดำเนินคดีฐานเข้าถึงและครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก ข้อเท็จจริงปรากฏว่าจำเลยประกอบอาชีพอาจารย์และได้ใช้คอมพิวเตอร์ของโรงเรียนในการเข้าถึงและครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก อย่างไรก็ตาม ศาลในคดีนี้ตัดสินจำเลยมิได้กระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กโดยละเมิดความไว้นื้อเชื่อใจแต่อย่างใด เนื่องจากไม่ปรากฏว่าการกระทำความผิดดังกล่าวเกี่ยวข้องกับนักเรียนซึ่งจำเลยมีหน้าที่ต้องดูแล<sup>160</sup>

สรุป กฎหมายแคนาดาวางหลักว่า หากผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น โดยกรณีใดจะเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดนั้นต้องพิจารณาจากความสัมพันธ์ตามความเป็นจริงระหว่างผู้กระทำความผิดและเด็ก กล่าวคือ ต้องเป็นกรณีที่ความสัมพันธ์นั้นส่งผลให้ผู้กระทำความผิดสามารถโน้มน้าวให้เด็กกระทำการต่าง ๆ ได้ และเด็กถูกรวบงำในฐานะบุคคลที่ด้อยกว่าจากความสัมพันธ์นั้น มิใช่เพียงพิจารณาจากสถานะของผู้กระทำความผิดโดยไม่คำนึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดและเด็กที่ตกเป็นเหยื่อ

#### 4.3.3 ประเทศฝรั่งเศส

ประมวลกฎหมายอาญา (French Penal Code) ได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในมาตรา 227-23 ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดเหตุจรรยาสำหรับความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้เช่นกัน แบ่งเป็น 2 เหตุ ดังนี้

(1) การกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กโดยใช้เครือข่ายการสื่อสาร (Communication network) เป็นเครื่องมือ กล่าวคือ หากการเสนอ การเผยแพร่ การนำเข้า หรือการส่งออกสื่อลามกอนาจารเด็กกระทำโดยใช้เครือข่ายการสื่อสาร เช่น ระบบอินเทอร์เน็ต เป็น

<sup>159</sup> R. v. Gryba, [2016] SKQB 123

<sup>160</sup> R. v. Ingvaldson, 2012 BCPC 437

เครื่องมือเพื่อช่วยในการแพร่กระจายสื่อลามกอนาจารเด็กไปสู่สาธารณะ ผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษหนักขึ้นโดยระวางโทษจำคุก 7 ปี และปรับ 100,000 ยูโร<sup>161</sup>

(2) การกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กโดยกลุ่มบุคคล (Bande organisée) กล่าวคือ หากการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ไม่ว่าจะเป็นการผลิต การครอบครอง หรือการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กได้กระทำโดยกลุ่มบุคคล ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น โดยระวางโทษจำคุก 10 ปี และปรับ 500,000 ยูโร<sup>162</sup> ทั้งนี้ กลุ่มบุคคลหมายถึง กลุ่มบุคคลที่จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเตรียมการกระทำความผิดอาญาฐานใดฐานหนึ่งหรือหลายฐาน<sup>163</sup>

จากการศึกษาข้างต้นจะเห็นได้ว่า แม้กฎหมายฝรั่งเศสจะกำหนดเหตุจูงใจของการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารไว้ในประมวลกฎหมายอาญา แต่ก็ได้กำหนดเหตุจูงใจกรณีผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้นือเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดแต่อย่างใด

#### 4.3.4 ประเทศญี่ปุ่น

กฎหมาย Act on Punishment of Activities Relating to Child Prostitution and Child Pornography, and the Protection of Children ได้กำหนดไว้ในมาตรา 9 ว่า การกระทำความผิดใด ๆ ตามกฎหมายฉบับนี้ รวมทั้งการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ไม่ว่าจะเป็นการผลิต การเผยแพร่ หรือการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก ผู้กระทำความผิดห้ามอ้างว่าตนไม่รู้อายุของเด็กที่ปรากฏในสื่อเป็นเหตุเพื่อให้พ้นจากความรับผิดชอบนั้น เว้นแต่จะเป็นกรณีที่กระทำโดยไม่ประมาท<sup>164</sup> นอกจากนี้ในมาตรา 11 ยังได้วางหลักให้กรณีผู้แทน ตัวแทน พนักงานหรือลูกจ้างของนิติบุคคลกระทำความผิดใด ๆ ตามกฎหมายฉบับนี้ รวมทั้งการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก เพื่อการประกอบธุรกิจของนิติบุคคลหรือในทางการที่จ้างของนิติบุคคลนั้น ไม่เพียงแต่บุคคลดังกล่าวจะต้องรับผิดชอบในการกระทำของตน แต่นิติบุคคลนั้นก็ต้องรับโทษในการกระทำความผิดฐานเดียวกันด้วย<sup>165</sup> อย่างไรก็ตาม มาตรา 9 นั้นเป็นการกำหนดความรับผิดชอบเคร่งครัดของผู้กระทำความผิด ในขณะที่มาตรา 11 เป็นการกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบของนิติบุคคล มิใช่การกำหนดเหตุจูงใจสำหรับความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ดังนั้น เมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่า

<sup>161</sup> French Penal Code – Article 227-23

<sup>162</sup> Ibid.

<sup>163</sup> French Penal Code - Article 132-71

<sup>164</sup> Act on Punishment of Activities Relating to Child Prostitution and Child Pornography, and the Protection of Children – Article 9

<sup>165</sup> Act on Punishment of Activities Relating to Child Prostitution and Child Pornography, and the Protection of Children – Article 11



กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศญี่ปุ่นนั้นมิได้มีการกำหนดเหตุฉกรรจ์สำหรับความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กแต่อย่างใด

#### 4.4 ข้อยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก

การกำหนดให้การกระทำใด ๆ เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดอาญานั้นย่อมเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเสรีภาพในการแสดงออก ดังนั้นบางประเทศจึงมีการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้เพื่อรักษาสมดุลระหว่างการปกป้องเด็กจากการตกเป็นเหยื่อของการแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

##### 4.4.1 ประเทศอังกฤษ

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้นว่ากฎหมายของประเทศอังกฤษได้บัญญัติความรับผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในกฎหมายหลายฉบับ ซึ่งในกฎหมายแต่ละฉบับจะมีการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดไว้บางประการ ดังนี้

##### 4.4.1.1 ข้อยกเว้นความรับผิดฐานเผยแพร่และครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กโดยมีเหตุอันสมควร

กฎหมาย Protection of Children Act 1978 บัญญัติความผิดฐานผลิต เผยแพร่ ครอบครองเพื่อเผยแพร่ และตีพิมพ์ซึ่งภาพลามกเด็ก โดยมาตรา 1(4) ของกฎหมายฉบับนี้ได้วางหลักว่า “หากบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานเผยแพร่หรือแสดงภาพลามกเด็กหรือภาพลามกเด็กเทียม หรือฐานครอบครองภาพลามกเด็กหรือภาพลามกเด็กเทียมเพื่อเผยแพร่สามารถพิสูจน์ได้ว่าตนมีเหตุอันสมควร (Legitimate Reason) ในการเผยแพร่ แสดง หรือมีไว้ในครอบครองซึ่งภาพลามกเด็กและภาพลามกเด็กเทียม บุคคลนั้นสามารถยกเหตุเหล่านี้ขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อไม่ต้องรับผิดได้<sup>166</sup>” ทั้งนี้ข้ออ้างดังกล่าวไม่สามารถนำมาใช้เป็นเหตุยกเว้นความผิดฐานผลิตภาพลามกเด็กตามมาตรา 1 (1) (a) ได้

<sup>166</sup> Protection of Children Act 1978 – Section 1(4) - Where a person is charged with an offence under subsection (1) (b) or (c), it shall be a defense for him to prove—

(a) that he had a legitimate reason for distributing or showing the photographs or pseudo-photographs or as the case may be having them in his possession; or

(b) that he had not himself seen the photographs or pseudo-photographs and did not know, nor had any cause to suspect, them to be indecent

ในทำนองเดียวกับกฎหมาย Criminal Justice Act 1988 ซึ่งบัญญัติความผิดฐานครอบครองภาพลามกเด็กได้กำหนดข้อยกเว้นของการครอบครองภาพลามกเด็กไว้ในมาตรา 160 ว่า “บุคคลที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานครอบครองภาพลามกเด็กหรือภาพลามกเด็กเทียมสามารถยกข้อต่อสู้ได้ว่า การครอบครองดังกล่าวเป็นไปโดยมีเหตุอันสมควร”<sup>167</sup> นอกจากนี้กฎหมาย Coroners and Justice Act 2009 ที่กำหนดความผิดฐานครอบครองภาพต้องห้ามของเด็กก็ได้บัญญัติข้อยกเว้นความรับผิดกรณีมีเหตุอันสมควรไว้ในมาตรา 64 เช่นกัน<sup>168</sup>

คำว่า “เหตุอันสมควร (Legitimate Reason)” มีความหมายค่อนข้างกว้างและขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดี เหตุที่มีผู้ยกขึ้นมาอ้างว่าเป็นเหตุอันสมควร คือ การอ้างว่าได้กระทำการดังกล่าวไปเพื่อประโยชน์ทางการศึกษา เช่น ในคดี *Atkins v. DPP (2000)*<sup>169</sup> จำเลยเป็นอาจารย์สอนภาษาอังกฤษซึ่งถูกดำเนินคดีฐานครอบครองภาพลามกเด็กตามกฎหมาย Criminal Justice Act 1988 จำเลยได้ต่อสู้เขาครอบครองภาพลามกเด็กเนื่องจากเขากำลังทำงานวิจัยในเรื่องสื่อลามกอนาจารเด็ก ศาลในคดีได้วางหลักว่าการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อประโยชน์ทางการศึกษา เช่น การใช้ในงานวิจัย สามารถอ้างเป็นเหตุอันสมควรในการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อให้ไม่ต้องรับผิดได้ แต่สิ่งสำคัญที่ต้องพิจารณาในกรณีนี้คือ จำเลยเป็นผู้ที่มีวัตถุประสงค์ไม่เหมาะสมในการครอบครองภาพลามกเด็กซึ่งยกเหตุผลเรื่องประโยชน์ทางการศึกษามาเป็นข้ออ้าง หรือในทางกลับกันจำเลยเป็นนักวิจัยที่ครอบครองสื่อภาพลามกเด็กเพื่อประโยชน์ทางการศึกษาอย่างแท้จริงโดยไม่มีวัตถุประสงค์อื่นแอบแฝง อย่งไรก็ตาม จำเลยในคดีนี้ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าตนได้ทำการวิจัยเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กอย่างซื่อสัตย์และตรงไปตรงมา ข้อต่อสู้ของจำเลยที่อ้างว่าตนได้ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กโดยมีเหตุอันสมควรจึงฟังไม่ขึ้น

คดี *R. v. Wrigley (2000)*<sup>170</sup> วางหลักว่าเหตุอันสมควรนั้นรวมถึงการกระทำการเพื่อการศึกษา (Academic Research) โดยจำเลยในคดีนี้ถูกฟ้องฐานเผยแพร่และครอบครองภาพลามกเด็กเพื่อเผยแพร่ตามกฎหมาย Protection of Children Act 1978 และได้อุทธรณ์ต่อศาลสูงโดยอ้างว่าตนกระทำการดังกล่าวเนื่องจากตนต้องการทำการสำรวจอย่างไม่เป็นทางการเพื่อนำมาใช้เป็นข้อมูลในการศึกษาระดับปริญญาเอกของตน ตนจึงจำเป็นต้องเผยแพร่ภาพลามกเด็กแก่

<sup>167</sup> Criminal Justice Act 1988 – Section 160 (2) (a)

<sup>168</sup> Coroners and Justice Act 2009 - Section 64 (1) - Where a person is charged with an offence under section 62 (1), it is a defence for the person to prove any of the following matters—

(a) that the person had a legitimate reason for being in possession of the image concerned;

<sup>169</sup> *Atkins v. DPP* [2000] 1 WLR 1427

<sup>170</sup> *R. v. WRIGLEY* [2000] EWCA Crim 44

บุคคลที่มีพฤติกรรมชอบเด็ก (Pedophile) เพื่อวิเคราะห์พฤติกรรมของบุคคลดังกล่าว อย่างไรก็ตาม จำเลยในคดีนี้ไม่สามารถพิสูจน์ให้ศาลเชื่อถึงข้อต่อสู้ดังกล่าวได้ ศาลจึงยกอุทธรณ์ของจำเลย

จากตัวอย่างข้างต้นจะเห็นได้ว่าการทำเพื่อประโยชน์ทางการศึกษาเป็นเหตุอันสมควรประการหนึ่งซึ่งผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมาย Protection of Children Act 1978, Criminal Justice Act 1988 และ Coroners and Justice Act 2009 สามารถยกขึ้นมาข้อต่อสู้เพื่อให้ตนไม่ต้องรับผิดได้ อย่างไรก็ตาม จำเลยจะต้องเป็นฝ่ายพิสูจน์ว่าตนได้กระทำไปโดยมีเหตุอันสมควรอย่างแท้จริง อีกทั้งจำเลยต้องมีความจำเป็นที่จะใช้สื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อประโยชน์ในการศึกษา ในการพิจารณาว่าการใช้ประโยชน์เพื่อการศึกษาจะเป็นกรณีมีเหตุอันสมควรหรือไม่ศาลจะพิจารณาจากข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ในคดี Atkins ข้อเท็จจริงปรากฏว่าจำเลยเป็นอาจารย์สอนภาษาอังกฤษ มีใจอาจารย์ในสาขาวิชาที่มีความเชื่อมโยงกับสื่อลามกอนาจารเด็ก เช่น ตำรวจ จิตวิทยา กฎหมาย จึงมีใช้กรณีที่จำเลยกระทำเพื่อประโยชน์ทางการศึกษา ดังนั้นข้อเท็จจริงเรื่องอาชีพของจำเลยจึงเป็นปัจจัยหนึ่งที่ศาลนำมาใช้พิจารณา นอกจากนี้ประวัติและข้อมูลของงานวิจัยยังเป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่ศาลนำมาใช้พิจารณาอีกด้วย<sup>171</sup>

การอ้างเหตุอันสมควรเพื่อยกเว้นความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นนอกจากจะยกเหตุเรื่องเพื่อประโยชน์ทางการศึกษาได้แล้วยังสามารถอ้างเหตุอื่น ๆ ได้ เช่น เจ้าหน้าที่รัฐครอบครองภาพลามกเด็กเพื่อประโยชน์ในการสอบสวนคดี<sup>172</sup> ซึ่งศาลจะพิจารณาถึงเหตุอันสมควรตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคดีเป็นรายกรณีไป อย่างไรก็ตาม การอ้างข้อยกเว้นกรณีมีเหตุสมควรสามารถทำได้เฉพาะการกระทำความผิดฐานครอบครองภาพลามกเด็กและความผิดฐานเผยแพร่ภาพลามกเด็กเท่านั้น ไม่สามารถใช้ในการกระทำความผิดฐานผลิตภาพลามกเด็กได้

#### 4.4.1.2 ข้อยกเว้นความรับผิดฐานผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อประโยชน์ในการดำเนินกระบวนการยุติธรรม

กฎหมาย Protection of Children Act 1978 ได้กำหนดข้อยกเว้นของการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในมาตรา 1B ดังนี้

“ บุคคลที่กระทำความผิดฐานผลิตภาพลามกเด็กหรือภาพลามกเด็กเทียมไม่ต้องรับผิดหากเขาสามารถพิสูจน์ได้ว่า

(a) เขาจำเป็นที่จะต้องผลิตภาพลามกเด็กเพื่อประโยชน์ในการป้องกันสืบสวน หรือสอบสวนอาชญากรรม หรือเพื่อประโยชน์ในกระบวนการพิจารณาคดีอาญา ไม่ว่าจะอาชญากรรมดังกล่าวจะเกิดขึ้นที่ใด หรือ

<sup>171</sup> Alisdair A. Gillespie, *Child Pornography: Law and Policy*, p. 142 - 144.

<sup>172</sup> Ibid.

(b) ในขณะที่เขาถูกกล่าวหาว่าเขาเป็นเจ้าหน้าที่ของหน่วยสืบราชการลับของสหราชอาณาจักร (Secret Intelligence Service) และเขาจำเป็นต้องผลิตภาพลามกเพื่อประโยชน์ในการดำเนินงานของหน่วยงานนั้น ๆ หรือ

(c) ในขณะที่เขาถูกกล่าวหาว่าเขาเป็นเจ้าหน้าที่ของหน่วยข่าวกรองของสหราชอาณาจักร (Government Communications Headquarters) และเขาจำเป็นต้องผลิตภาพลามกเพื่อประโยชน์ในการดำเนินงานของหน่วยงานนั้น ๆ”<sup>173</sup>

การกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของหน่วยสืบราชการลับของสหราชอาณาจักร และเจ้าหน้าที่ของหน่วยข่าวกรองของสหราชอาณาจักรสามารถอ้างข้อยกเว้นในกรณีนี้ได้ตามมาตรา 1 B (b) และ 1 B (c) เนื่องจากปัจจุบันเป็นที่ยอมรับว่าปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นปัญหาระดับโลกและมักมีการดำเนินการในรูปแบบขององค์กรอาชญากรรม อีกทั้งการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กยังมีความเกี่ยวข้องกับพันกัมปัญหาการค้ามนุษย์ ดังนั้นในบางกรณีหน่วยงานที่เกี่ยวข้องจึงมีความจำเป็นที่จะต้องผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อใช้ในการสืบสวนหาผู้ที่เกี่ยวข้องในการกระทำความผิด<sup>174</sup> ส่วนข้อยกเว้นตามมาตรา 1 B (a) นั้นสามารถปรับใช้ได้กว้างขวาง มิใช่แค่เฉพาะการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐสองหน่วยงานข้างต้นเท่านั้น แต่ยังสามารถปรับใช้ได้กับองค์กรเอกชนอื่น ๆ ได้อีกด้วย ตัวอย่างเช่น นาย D ทำงานเป็นพนักงานในธนาคารแห่งหนึ่งซึ่งเขาได้ใช้คอมพิวเตอร์ในการทำงาน นางสาว X เพื่อนร่วมงานเห็นนาย D เปิดชมสื่อลามกอนาจารเด็กในคอมพิวเตอร์ นางสาว X จึงแจ้งให้นาย Y พนักงานฝ่ายทรัพยากรบุคคลทราบ นาย Y จึงแจ้งนาย Z เจ้าหน้าที่ฝ่ายสนับสนุนเทคโนโลยีสารสนเทศให้ตรวจสอบการใช้งานเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของนาย D โดยนาย Z พบภาพลามกเด็กในคอมพิวเตอร์ของนาย D เขาจึงทำสำเนารูปภาพดังกล่าวไว้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>173</sup> Protection of Children Act 1978 – Section - 1B Exception for criminal proceedings, investigations etc.

(1) In proceedings for an offence under section 1(1)(a) of making an indecent photograph or pseudo-photograph of a child, the defendant is not guilty of the offence if he proves that—

(a) it was necessary for him to make the photograph or pseudo-photograph for the purposes of the prevention, detection or investigation of crime, or for the purposes of criminal proceedings, in any part of the world,

(b) at the time of the offence charged he was a member of the Security Service or the Secret Intelligence Service, and it was necessary for him to make the photograph or pseudo-photograph for the exercise of any of the functions of that Service, or

(c) at the time of the offence charged he was a member of GCHQ , and it was necessary for him to make the photograph or pseudo-photograph for the exercise of any of the functions of GCHQ.

(2) In this section “ GCHQ ” has the same meaning as in the Intelligence Services Act 1994.

<sup>174</sup> Alisdair A. Gillespie, *Child Pornography: Law and Policy*, p. 126 - 129.

และแจ้งไปยังเจ้าหน้าที่ตำรวจ กรณีนี้การกระทำของนาย Z ย่อมเป็นการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็ก แต่นาย Z สามารถยกข้ออ้างตามมาตรา 1 B (a) เพื่อให้ตนไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำความผิด<sup>175</sup>

ทั้งนี้ การผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กที่จะสามารถอ้างข้อยกเว้นในกรณีนี้ได้ นั้น ไม่เพียงแต่ผู้ผลิตจะผลิตเพื่อประโยชน์แห่งการดำเนินกระบวนการยุติธรรม แต่ยังต้องปรากฏว่า เขามีความจำเป็นในการผลิตอีกด้วย ซึ่งกรณีใดจะถือว่ามีความจำเป็นนั้นศาลจะพิจารณาจาก ข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป<sup>176</sup>

ข้อยกเว้นกรณีเพื่อประโยชน์ในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมตามกฎหมาย Protection of Children Act 1978 ข้างต้นไม่นำมาใช้กับความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กและความผิดฐานเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก อย่างไรก็ตาม ผู้กระทำความผิดสามารถอ้างได้ว่าตนมีเหตุอันสมควรในการครอบครองหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กดังกล่าว เนื่องจากเป็นการครอบครองและเผยแพร่เพื่อประโยชน์ในการดำเนินกระบวนการยุติธรรม โดยอาศัย มาตรา 1 (4) ได้

#### 4.4.1.3 ข้อยกเว้นกรณีการใช้เพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลโดยเด็กให้ความยินยอม

กฎหมายของประเทศอังกฤษได้กำหนดให้บุคคลอายุตั้งแต่ 16 ปีขึ้นไป สามารถให้ความยินยอมทางเพศได้<sup>177</sup> อย่างไรก็ตาม กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศ อังกฤษได้ให้ความคุ้มครองเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี จึงอาจทำให้เกิดปัญหาความลักลั่นของกฎหมาย เช่น เด็กอายุ 17 ปีสามารถให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์ได้ แต่กลับไม่สามารถถ่ายภาพหรือยินยอม ให้มีการถ่ายภาพเปลือยของตนเองได้<sup>178</sup> ดังนั้น กฎหมายอังกฤษจึงบัญญัติข้อยกเว้นกรณีการใช้เพื่อ ประโยชน์ส่วนบุคคลโดยเด็กให้ความยินยอมไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว กฎหมาย Criminal Justice Act 1988 ได้บัญญัติข้อยกเว้นกรณีดังกล่าวสำหรับการกระทำความผิด ฐานครอบครองสื่อลามกเด็กไว้ในมาตรา 160A<sup>179</sup> เช่นเดียวกับกฎหมาย Protection of Children Act 1978 ซึ่งได้บัญญัติข้อยกเว้นกรณีข้างต้นสำหรับการกระทำความผิดฐานผลิตภาพ ลามกเด็กหรือภาพลามกเด็กเทียม เผยแพร่ภาพลามกเด็กหรือภาพลามกเด็กเทียมและครอบครอง ภาพลามกเด็กหรือภาพลามกเด็กเทียมเพื่อเผยแพร่ไว้ในมาตรา 1A โดยข้อยกเว้นกรณีนี้ถูกบัญญัติขึ้น

<sup>175</sup> Ibid.

<sup>176</sup> Ibid.

<sup>177</sup> Sexual Offences Act 2003 – Section 9

<sup>178</sup> Alisdair A. Gillespie, *Child Pornography: Law and Policy*, p. 225 - 228.

<sup>179</sup> Criminal Justice Act 1988 – Section 160A

เนื่องจากรัฐไม่ต้องการจะแทรกแซงความเป็นส่วนตัวของการอยู่กินร่วมกันฉันสามีภริยา<sup>180</sup> ทั้งนี้สามารถสรุปหลักเกณฑ์ของข้อยกเว้นการใช้เพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลโดยเด็กให้ความยินยอมได้ดังนี้

(1) จำเลยสามารถพิสูจน์ได้ว่าภาพลามกนั้นเป็นภาพของเด็กอายุตั้งแต่ 16 ปีขึ้นไป

(2) ในขณะที่ถูกกล่าวหา นั้น จำเลยเป็นหรือเคยเป็นคู่สมรสหรือหุ้นส่วนทางแพ่ง (Civil Partners) ของเด็ก<sup>181</sup> หรือจำเลยได้อยู่กินหรือเคยอยู่กินฉันสามีภริยากับเด็ก

(3) ภาพลามกนั้นแสดงให้เห็นเพียงตัวเด็กเองหรือเด็กกับจำเลย หากแสดงให้เห็นบุคคลอื่นด้วยย่อมไม่เข้าหลักเกณฑ์ของข้อยกเว้น

(4) การกระทำดังกล่าวเข้าองค์ประกอบดังต่อไปนี้

(ก) ความผิดฐานผลิตภาพลามกเด็กหรือภาพลามกเด็กเทียม ต้องปรากฏว่าเด็กยินยอมให้ผลิตหรือผู้ถูกกล่าวหาไม่เหตุอันควรเชื่อว่าเด็กยินยอมให้ผลิตภาพลามกดังกล่าว

(ข) ความผิดฐานเผยแพร่ภาพลามกเด็กหรือภาพลามกเด็กเทียม บุคคลดังกล่าวไม่มีความผิด เว้นแต่เป็นการเผยแพร่ต่อบุคคลอื่นที่ไม่ใช่เด็ก กล่าวคือ จะอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบได้ต่อเมื่อเป็นการเผยแพร่ต่อเด็กเท่านั้น

(ค) ความผิดฐานครอบครองภาพลามกเด็กหรือภาพลามกเด็กเทียมเพื่อเผยแพร่ บุคคลดังกล่าวไม่มีความผิดหากสามารถพิสูจน์ได้ว่าเด็กได้ยินยอมให้ตนครอบครองหรือตนมีเหตุอันสมควรเชื่อว่าเด็กให้ความยินยอม และตนครอบครองไว้โดยส่วนตัวหรือเพื่อแจกจ่ายให้ตัวเด็กเห็นเท่านั้น<sup>182</sup>

<sup>180</sup> Ibid.

<sup>181</sup> การที่คู่รักเพศเดียวกันจดทะเบียนหุ้นส่วนทางแพ่งตามกฎหมาย Civil Partnership Act 2004 อันจะส่งผลให้คู่รักดังกล่าวมีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับคู่สมรสทั่วไป ; ดู BBC, **Gay Couples to Get Joint Rights** [Online], Accessed: 12 March 2018. Available from: [http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk\\_news/politics/3584285.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/politics/3584285.stm)

<sup>182</sup> Protection of Children Act 1978 – Section 1A - Marriage and other relationships

(1) This section applies where, in proceedings for an offence under section 1(1)(a) of taking or making an indecent photograph or pseudo-photograph of a child, or for an offence under section 1(1)(b) or (c) relating to an indecent photograph or pseudo-photograph of a child, the defendant proves that the photograph or pseudo-photograph] was of the child aged 16 or over, and that at the time of the offence charged the child and he—

(a) were married or civil partners of each other, or

(b) lived together as partners in an enduring family relationship.

(ง) ความผิดฐานครอบครองภาพลามกเด็กหรือภาพลามกเด็กเทียม บุคคลดังกล่าวไม่มีความผิดหากตนสามารถพิสูจน์ได้ว่าเด็กได้ยินยอมให้ตนครอบครองหรือตนมีเหตุอันสมควรเชื่อว่าเด็กให้ความยินยอม<sup>183</sup>

(2) Subsections (5) and (6) also apply where, in proceedings for an offence under section 1(1)(b) or (c) relating to an indecent photograph or pseudo-photograph of a child, the defendant proves that the photograph or pseudo-photograph was of the child aged 16 or over, and that at the time when he obtained it the child and he—

- (a) were married or civil partners of each other, or
- (b) lived together as partners in an enduring family relationship.

(3) This section applies whether the photograph or pseudo-photograph showed the child alone or with the defendant, but not if it showed any other person.

(4) In the case of an offence under section 1(1)(a), if sufficient evidence is adduced to raise an issue as to whether the child consented to the photograph or pseudo-photograph being taken or made, or as to whether the defendant reasonably believed that the child so consented, the defendant is not guilty of the offence unless it is proved that the child did not so consent and that the defendant did not reasonably believe that the child so consented.

(5) In the case of an offence under section 1(1)(b), the defendant is not guilty of the offence unless it is proved that the showing or distributing was to a person other than the child.

(6) In the case of an offence under section 1(1)(c), if sufficient evidence is adduced to raise an issue both—

- (a) as to whether the child consented to the photograph or pseudo-photograph being in the defendant's possession, or as to whether the defendant reasonably believed that the child so consented, and
- (b) as to whether the defendant had the photograph or pseudo-photograph in his possession with a view to its being distributed or shown to anyone other than the child, the defendant is not guilty of the offence unless it is proved either that the child did not so consent and that the defendant did not reasonably believe that the child so consented, or that the defendant had the photograph or pseudo-photograph in his possession with a view to its being distributed or shown to a person other than the child.

<sup>183</sup> Criminal Justice Act 1988 – Section 160A - Marriage and other relationships

(1) This section applies where, in proceedings for an offence under section 160 relating to an indecent photograph or pseudo-photograph of a child, the defendant proves that the photograph was of the child aged 16 or over, and that at the time of the offence charged the child and he—

- (a) were married or civil partners of each other, or
- (b) lived together as partners in an enduring family relationship.

(2) This section also applies where, in proceedings for an offence under section 160 relating to an indecent photograph or pseudo-photograph of a child, the defendant proves that the photograph was of the child aged 16 or over, and that at the time when he obtained it the child and he—

- (a) were married or civil partners of each other, or
- (b) lived together as partners in an enduring family relationship.

กรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นสามีภริยาของเด็กหรือเป็นหุ้นส่วนทางแพ่งของเด็กนั้นย่อมสามารถพิสูจน์ได้โดยใช้หลักฐานทางทะเบียน แต่ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดได้อยู่กินหรือเคยอยู่กินฉันสามีภริยากับเด็กนั้นมีประเด็นที่ศาลจะต้องวินิจฉัยว่ากรณีใดจึงจะถือว่าเป็นการอยู่กินกันฉันสามีภริยา ประเด็นนี้ศาลได้วางหลักว่าการอยู่กินฉันสามีภริยาจะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบสองประการ ประการแรกคือความตั้งใจชัดเจนที่จะสร้างและรักษาไว้ซึ่งครอบครัว และประการที่สองคือข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นถึงความตั้งใจดังกล่าว โดยกรณีใดจะถือเป็นการอยู่กินฉันสามีภริยานั้นศาลจะพิจารณาจากข้อเท็จจริงในแต่ละคดี ทั้งนี้ไม่จำเป็นที่ทั้งสองฝ่ายจะต้องอาศัยในภูมิลำเนาเดียวกัน และไม่จำเป็นจะต้องเป็นการอยู่กินกันฉันสามีภริยาระหว่างชายหญิงเท่านั้น<sup>184</sup>

ดังนั้น ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กจะอ้างข้อยกเว้นในกรณีนี้ได้ต่อเมื่อเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กมีอายุตั้งแต่ 16 ปีขึ้นไปและผู้กระทำความผิดมีความสัมพันธ์เป็นคู่สมรสหรือหุ้นส่วนทางแพ่งของเด็กหรือจำเลยได้อยู่กินหรือเคยอยู่กินฉันสามีภริยากับเด็กโดยเด็กต้องให้ความยินยอมในการกระทำดังกล่าวอีก อีกทั้งยังต้องเผยแพร่ในวงจำกัดระหว่างตัวเด็กเองและผู้กระทำความผิด กล่าวคือ ต้องเป็นการทำเพื่อใช้ประโยชน์ส่วนตัวเท่านั้น

#### 4.4.2 ประเทศแคนาดา

กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศแคนาดาได้มีการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้เช่นกัน โดยข้อยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศแคนาดานั้นมีทั้งข้อยกเว้นที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายอาญาแคนาดาและข้อยกเว้นที่เกิดจากการวางแนวทางของศาล

##### 4.4.2.1 ข้อยกเว้นกรณีมีเหตุอันสมควร

ประมวลกฎหมายแคนาดาได้วางหลักไว้มาตรา 163.1 (6) ว่า “บุคคลไม่ต้องรับผิดในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก หากการกระทำดังกล่าวกระทำไปโดยมีเหตุอันสมควร (Legitimate Purpose) ซึ่งเกี่ยวข้องกับการบรรณการยุติธรรม วิทยาศาสตร์ การแพทย์ การศึกษา หรือศิลปะ และการกระทำดังกล่าวมิได้มีความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดอันตรายแก่บุคคลอายุต่ำ

(3) This section applies whether the photograph or pseudo-photograph showed the child alone or with the defendant, but not if it showed any other person.

(4) If sufficient evidence is adduced to raise an issue as to whether the child consented to the photograph or pseudo-photograph being in the defendant's possession, or as to whether the defendant reasonably believed that the child so consented, the defendant is not guilty of the offence unless it is proved that the child did not so consent and that the defendant did not reasonably believe that the child so consented.

<sup>184</sup> T & Anor v. OCC & Anor [2010] EWHC 964 (Fam)



กว่า 18 ปีเกินสมควร”<sup>185</sup> ดังนั้น การที่ผู้กระทำความผิดจะอ้างข้อยกเว้นกรณีนี้ต้องเป็นไปตามเงื่อนไข 2 ประการ คือ

(1) การกระทำนั้นไปโดยมีเหตุอันสมควรซึ่งเกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรม วิทยาศาสตร์ การแพทย์ การศึกษา หรือศิลปะ กรณีใดจะเป็นกรณีมีเหตุอันสมควรนั้นลำดับแรกต้องพิจารณาว่าผู้กระทำความผิดกระทำการดังกล่าวโดยสุจริตอย่างแท้จริงหรือไม่ ลำดับต่อมาศาลจะต้องพิจารณาว่าการกระทำของผู้กระทำความผิดสัมพันธ์กับข้ออ้างของผู้กระทำความผิดหรือไม่และข้ออ้างดังกล่าวมีความเชื่อมโยงกับวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนด ได้แก่ กระบวนการยุติธรรม วิทยาศาสตร์ การแพทย์ การศึกษา หรือศิลปะหรือไม่ โดยใช้หลักวิญญูชนในการพิจารณา หากวิญญูชนเห็นว่าผู้กระทำความผิดกระทำการดังกล่าวโดยสุจริตอย่างแท้จริงและการกระทำของผู้กระทำความผิดสอดคล้องกับข้ออ้างของตนและวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดย่อมเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดมีเหตุอันสมควร<sup>186</sup> และ

(2) การกระทำนั้นมิได้มีความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดอันตรายแก่เด็กเกินสมควร เงื่อนไขประการนี้ศาลจะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างเสรีภาพในการแสดงออกและผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับเด็ก ลำดับแรกต้องพิจารณาว่าความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดอันตรายแก่เด็กนั้นมีนัยสำคัญหรือไม่ กล่าวคือ ความเสี่ยงนั้นต้องมีไม่เพียงความเสี่ยงเล็กน้อย โดยอันตรายในที่นี้อาจเป็นอันตรายทางด้านร่างกาย อันตรายทางด้านจิตใจ หรือทั้งสองด้านก็ได้ จากนั้นต้องพิจารณาว่าความเสี่ยงเป็นความเสี่ยงที่วิญญูชนสามารถคาดหมายได้หรือไม่โดยพิจารณาจากพยานหลักฐานที่ปรากฏในคดี<sup>187</sup>

คดี R. v. Jeffrey (2012)<sup>188</sup> เป็นอีกคดีหนึ่งที่ได้ศาลได้พิจารณาถึงข้อยกเว้นกรณีมีเหตุอันสมควรตามข้ออ้างของจำเลย ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า จำเลยถูกดำเนินคดีในความผิดฐานเข้าถึงและครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก เมื่อคดีขึ้นสู่ศาลจำเลยได้ต่อสู้ว่าจำเลยเข้าถึงและครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อประโยชน์ในการเขียนนิยายของจำเลยเพราะจำเลยต้องการสื่อให้เห็นว่าปัญหาที่ตัวละครหลักของนิยายประสบมาตลอดทั้งเรื่องนี้เป็นผลมาจากการเสพติดสื่อลามกอนาจารเด็ก จำเลยเห็นว่าการค้นคว้าเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กจะทำให้เขาสามารถเขียน

<sup>185</sup> Criminal Code of Canada – Section 163.1 (6) - No person shall be convicted of an offence under this section if the act that is alleged to constitute the offence

(a) has a legitimate purpose related to the administration of justice or to science, medicine, education or art; and

(b) does not pose an undue risk of harm to persons under the age of eighteen years.

<sup>186</sup> R. v. Katigbak, [2011] 3 SCR 326, 2011 SCC 48

<sup>187</sup> Ibid.

<sup>188</sup> R. v. Jeffrey, 2012 SKPC 12

นิยายได้ดียิ่งขึ้น จำเลยจึงดูและดาวนโหลดสื่อลามกอนาจารเด็กเก็บไว้ในคอมพิวเตอร์ของตน ศาลในคดีนี้ได้ตัดสินว่าข้อต่อสู้ของจำเลยฟังไม่ขึ้น เนื่องจากข้อเท็จจริงปรากฏว่า แม้จำเลยจะอ้างว่าตนได้ดูและครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อประโยชน์ในการเขียนนิยาย แต่กลับไม่ปรากฏว่าจำเลยได้จัดบันทึกข้อความหรือสรุปรูปเนื้อหาใด ๆ ที่จะสามารถนำมาใช้ในการเขียนนิยายได้ จำเลยเพียงดูสื่อลามกอนาจารเด็กเท่านั้นและสื่อบางชิ้นจำเลยได้ดูซ้ำมากกว่าหนึ่งครั้ง อีกทั้งหลังจากคอมพิวเตอร์ของจำเลยได้ทำการลงโปรแกรมใหม่และไฟล์สื่อลามกอนาจารในเครื่องคอมพิวเตอร์ถูกลบ จำเลยได้ทำการดาวนโหลดสื่อลามกอนาจารเด็กอีกในเวลาใกล้เคียงกัน ซึ่งหลายไฟล์เป็นไฟล์ใหม่ที่จำเลยไม่เคยดาวนโหลดมาก่อน นอกจากนี้จากบันทึกคำให้การของจำเลยในชั้นจับกุม จำเลยได้ปฏิเสธถึงความมีอยู่ของสื่อลามกอนาจารเด็กดังกล่าวและอ้างว่าตนมิได้ดาวนโหลดสื่อลามกอนาจารเด็กนั้น จากข้อเท็จจริงทั้งหมดเหล่านี้จึงเห็นได้ว่าจำเลยมิได้กระทำการดังกล่าวโดยสุจริตอย่างแท้จริง

เมื่อศาลในคดี Jeffrey พิจารณาว่าจำเลยมิได้กระทำการดังกล่าวโดยสุจริตอย่างแท้จริงจึงหมายความว่าจำเลยไม่สามารถพิสูจน์เงื่อนไขแรกของข้อยกเว้นกรณีมีเหตุอันสมควร จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องพิสูจน์เงื่อนไขอื่น ๆ อีก อย่างไรก็ตาม ศาลในคดีนี้ได้วิเคราะห์ถึงเงื่อนไขอื่น ๆ เพิ่มเติม โดยศาลได้วิเคราะห์ว่าแม้ข้ออ้างของจำเลยจะเชื่อมโยงกับวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ เป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องศิลปะ เพราะจำเลยอ้างว่าได้ดูและครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อประโยชน์การเขียนนิยาย แต่การกระทำของจำเลยไม่สัมพันธ์กับข้ออ้างของจำเลย เนื่องจากไม่มีหลักฐานว่าจำเลยได้จัดบรรทุกหรือรวบรวมข้อมูลใด ๆ เพื่อนำไปใช้ประโยชน์ในการเขียนนิยายของตน แต่จำเลยเพียงแค่อ่านดูสื่อลามกอนาจารเด็กเท่านั้น อีกทั้งไฟล์สื่อลามกอนาจารเด็กส่วนมากที่จำเลยครอบครองนั้นอยู่ในโพลเดอร์ที่จำเลยตั้งค่าไว้ให้สามารถแชร์ (Shared) ได้ผ่านโปรแกรม LimeWire และโพลเดอร์ดังกล่าวรวมทั้งคอมพิวเตอร์ของจำเลยมิได้มีระบบป้องกันแต่อย่างใด ดังนั้น ไม่ว่าบุคคลใด ๆ ก็สามารถเข้าถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่จำเลยครอบครองได้ การกระทำของจำเลยจึงมีความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดอันตรายแก่เด็กเกินสมควร<sup>189</sup>

สรุปได้ว่า ข้อยกเว้นกรณีมีเหตุอันสมควรเป็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กประการหนึ่งตามกฎหมายแคนาดา โดยผู้กระทำความผิดจะได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นดังกล่าวต่อเมื่อพิสูจน์ได้ว่า ตนได้กระทำนั้นไปโดยสุจริตอย่างแท้จริงและมีเหตุอันสมควรซึ่งเกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรม วิทยาศาสตร์ การแพทย์ การศึกษา หรือศิลปะ โดยการกระทำนั้นสัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ที่ผู้กระทำความผิดอ้าง นอกจากนี้การกระทำนั้นต้องมิได้มีความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดอันตรายแก่เด็กเกินสมควร ทั้งนี้ การพิจารณาข้อยกเว้นดังกล่าวต้องอาศัยหลักวิญญูชนประกอบกับพยานหลักฐานที่ปรากฏในคดี

<sup>189</sup> Ibid.

#### 4.4.2.2 ข้อยกเว้นกรณีการใช้เพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลโดยเด็กให้ความยินยอม

ข้อยกเว้นกรณีการใช้เพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลโดยเด็กให้ความยินยอมมีได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายอาญาแคนาดา แต่เกิดจากการวางหลักในคดี R. v. Barabash (2015)<sup>190</sup> ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่า เด็กหญิงอายุ 14 ปี 2 คนได้หนีออกจากสถานดูแลเยาวชนและได้มาอาศัยอยู่กับนาย Barabash อายุ 60 ปี จำเลยในคดีนี้ เด็กหญิงทั้งสองคนมีประวัติติดยาเสพติด อาชญากรรม และการค้าบริการทางเพศ ในระหว่างที่อาศัยอยู่กับนาย Barabash นั้น เด็กหญิงทั้งสองได้มีเพศสัมพันธ์กันและได้มีเพศสัมพันธ์กับนาย Rollinson อายุ 40 ปี จำเลยร่วม โดยเด็กหญิงทั้งสองคนให้ความยินยอม ทั้งนี้ ขณะที่เกิดเหตุการณ์ดังกล่าวนี้ กฎหมายอาญาของแคนาดายังคงกำหนดให้เด็กอายุตั้งแต่ 14 ปีขึ้นไปสามารถให้ความยินยอมทางเพศได้ การประกอบกิจกรรมทางเพศเหล่านี้ได้ถูกบันทึกโดยนาย Barabash ต่อมานาย Barabash ได้ถูกจับกุมฐานผลิตและครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก อย่างไรก็ตาม เขาได้ยกข้อต่อสู้ว่าการกระทำของตนมิใช่การกระทำที่ผิดกฎหมาย เนื่องจากเป็นการกระทำภายใต้ข้อยกเว้นกรณีการใช้สอยส่วนบุคคล (Private Use Exception) ศาลชั้นต้นได้ตัดสินว่าข้อต่อสู้ของเขาฟังขึ้น อย่างไรก็ตาม ฝ่ายโจทก์ได้อุทธรณ์ว่าศาลชั้นต้นมีข้อผิดพลาดในการพิจารณาหลักเกณฑ์ของข้อยกเว้นกรณีการใช้สอยส่วนบุคคล

ข้อยกเว้นกรณีการใช้เพื่อประโยชน์ส่วนบุคคล (Private Use Exception) เป็นข้อยกเว้นของการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กซึ่งจำเลยสามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อไม่ต้องรับผิด ศาลสูงสุดของประเทศแคนาดาได้เริ่มวางหลักข้อยกเว้นกรณีดังกล่าวไว้ในคดี R. v. Sharpe (2001)<sup>191</sup> หลักจากนั้นในคดี R. v. Cockell (2013)<sup>192</sup> ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่ศาลต้องนำพิจารณาเพิ่มเติมจากคดี Sharpe อย่างไรก็ตาม คดี Barabash ได้กลับไปยืนยันหลักเกณฑ์เดิมในคดี Sharpe อีกครั้ง โดยข้อยกเว้นกรณีการใช้สอยส่วนบุคคลประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 3 ประการดังต่อไปนี้<sup>193</sup>

(1) การประกอบกิจกรรมทางเพศนั้นชอบด้วยกฎหมาย (Lawfulness) กล่าวคือ เด็กต้องให้ความยินยอมในการประกอบกิจกรรมทางเพศโดยอายุของเด็กต้องถึงเกณฑ์ที่จะให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์ได้ตามกฎหมาย ซึ่งปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดว่า

<sup>190</sup> R. v. Barabash, 2015 SCC 29, [2015] 2 S.C.R. 522

<sup>191</sup> R. v. Sharpe, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2

<sup>192</sup> R. v. Cockell, 2013 ABCA 112

<sup>193</sup> Joshua Sealy-Harrington, *Keep It to Yourself: The Private Use Exception for Child Pornography Offences* [Online], Accessed: 20 March 2018. Available from: <https://ablawg.ca/2015/06/23/keep-it-to-yourself-the-private-use-exception-for-child-pornography-offences/>

บุคคลอายุตั้งแต่ 16 ปีขึ้นไปสามารถให้ความยินยอมทางเพศได้<sup>194</sup> แต่อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า การประกอบกิจกรรมนั้นจะต้องไม่ใช่กรณีที่มีการละเมิดความไว้วางใจเชื่อใจ อีกทั้งต้องไม่เกี่ยวข้องกับการใช้ความรุนแรงกับเด็กและการแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบจากเด็ก อย่างไรก็ตาม มีบางกรณีที่บุคคลซึ่งอายุต่ำกว่า 16 ปีสามารถให้ความยินยอมทางเพศได้ตามกฎหมาย เช่น มาตรา 150.1(2.1) ได้วางหลักไว้ว่า หากผู้ที่ถูกดำเนินคดีฐานกระทำอนาจารต่อเด็กที่อายุตั้งแต่ 14 ปีถึง 16 ปี สามารถพิสูจน์ได้ว่าเด็กให้ความยินยอม โดยมีเงื่อนไขว่าผู้ถูกดำเนินคดีอายุมากกว่าเด็กไม่เกิน 5 ปีและมีได้อยู่ในฐานะบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจเชื่อใจจากเด็ก (Position of trust or authority) การกระทำของบุคคลดังกล่าวย่อมไม่เป็นความผิดแต่อย่างใด กล่าวคือ เป็นการประกอบกิจกรรมทางเพศที่ชอบด้วยกฎหมายอันอาจนำมาใช้อ้างเพื่อยกเว้นความรับผิดในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กได้

(2) เด็กและบุคคลทุกคนที่ปรากฏในสื่อต้องให้ความยินยอมในการบันทึกการประกอบกิจกรรมทางเพศนั้น (Consent to Recording)<sup>195</sup>

(3) การประกอบกิจกรรมทางเพศที่ถูกบันทึกหรือ “สื่อลามกอนาจารเด็ก” จะต้องถูกเก็บไว้เป็นส่วนตัวอย่างเคร่งครัดและมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ประโยชน์ส่วนตัวสำหรับผู้ผลิตสื่อลามกอนาจารเด็ก และ/หรือบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กเท่านั้น (Privacy)<sup>196</sup>

คดี Barabash นั้นศาลได้รับพุทธธรรมของโจทก์และมีคำสั่งให้ศาลชั้นต้นดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่โดยพิจารณาข้อยกเว้นกรณีการใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตัวตามหลักเกณฑ์ข้างต้น<sup>197</sup> การกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กกรณีการใช้สอยเพื่อประโยชน์ส่วนนี้เป็นไปเพื่อการรักษาสมดุลระหว่างการป้องกันเด็กจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศและการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชนตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ เนื่องจากตามกฎหมายแคนาดาเด็กอายุตั้งแต่ 16 ปีขึ้นไปสามารถให้ความยินยอมในการประกอบกิจกรรมทางเพศ

<sup>194</sup> Criminal Code of Canada – Section 151 - Every person who, for a sexual purpose, touches, directly or indirectly, with a part of the body or with an object, any part of the body of a person under the age of 16 years

(a) is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for a term of not more than 14 years and to a minimum punishment of imprisonment for a term of one year; or

(b) is guilty of an offence punishable on summary conviction and is liable to imprisonment for a term of not more than two years less a day and to a minimum punishment of imprisonment for a term of 90 days.

<sup>195</sup> Joshua Sealy-Harrington, **Keep It To Yourself: The Private Use Exception for Child Pornography Offences** [Online], Accessed: 20 March 2018. Available from: <https://ablawg.ca/2015/06/23/keep-it-to-yourself-the-private-use-exception-for-child-pornography-offences/>

<sup>196</sup> Ibid.

<sup>197</sup> Ibid.

ได้ แต่กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของแคนาดานั้นคุ้มครองบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี กล่าวคือกฎหมายอนุญาตให้เด็กสามารถมีเพศสัมพันธ์ได้ แต่กลับกำหนดให้การบันทึกภาพเหตุการณ์ดังกล่าวเพื่อประโยชน์ส่วนตัวเป็นความผิดอาญา เช่นนี้จึงก่อให้เกิดความขัดแย้งในการปรับใช้กฎหมาย ข้อยกเว้นกรณีใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตัวนี้จึงถูกนำมาใช้เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยมุ่งคุ้มครองบุคคลที่กระทำการความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กโดยมิได้มุ่งแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบจากเด็ก เช่น กรณีบุคคลอายุ 17 ปีที่คบหากับฉันคนรักและได้ถ่ายภาพเปลือยของอีกฝ่ายไว้โดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์ ซึ่งศาลมองว่าความเสียหายที่เกิดกับเด็กในกรณีในเช่นนี้มีน้อย<sup>198</sup>

#### 4.4.2.3 ข้ออ้างกรณีผู้กระทำความผิดไม่รู้อายุของเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็ก

ประมวลกฎหมายอาญาแคนาดาได้วางหลักไว้ในมาตรา 163.1 ว่า การกระทำความผิดฐานผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กในรูปของวัตถุที่แสดงให้เห็นภาพนั้น ผู้กระทำความผิดไม่สามารถยกข้อต่อสู้ได้ว่าตนเชื่อว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารนั้นอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไปหรือถูกทำให้เห็นว่าอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไป เว้นแต่ผู้กระทำความผิดจะได้ปฏิบัติทุกวิถีทางที่จำเป็น (took all reasonable steps) เพื่อให้ทราบถึงอายุของบุคคลดังกล่าวแล้ว อีกทั้งยังได้ปฏิบัติทุกวิถีทางที่จำเป็นเพื่อให้แน่ใจว่าบุคคลดังกล่าวไม่ได้ถูกทำให้เห็นว่าอายุต่ำกว่า 18 ปี<sup>199</sup> กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดฐานผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กยังคงอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้ไม่ต้องรับผิดได้ เพียงแต่ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นให้ได้ว่าตนได้กระทำทุกวิถีทางที่จำเป็นเพื่อให้ทราบถึงอายุของเด็กแล้ว และแม้กระทำการดังกล่าวแล้วตนก็ยังเชื่อว่าเด็กนั้นอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไปอยู่นั่นเอง

คดี R. v. Barabash (2012)<sup>200</sup> เป็นคดีที่วางแนวทางในการพิจารณาข้ออ้างกรณีผู้กระทำความผิดไม่รู้อายุของเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็ก ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่านาย Rollison จำเลยในคดีนี้ได้ประกอบกิจกรรมทางเพศกับเด็กหญิงสองคนซึ่งมีอายุ 14 ปีโดยเด็กหญิงให้ความยินยอม และกิจกรรมทางเพศดังกล่าวได้ถูกบันทึกโดยนาย Barabash จำเลยร่วมในคดี จำเลยทั้งสองถูกดำเนินคดีในความผิดฐานผลิตสื่อลามกอนาจารเด็ก นาย Rollison ได้ยกข้อต่อสู้

<sup>198</sup> Ibid.

<sup>199</sup> Criminal Code of Canada – Section 163.1(5) - It is not a defence to a charge under subsection (2) in respect of a visual representation that the accused believed that a person shown in the representation that is alleged to constitute child pornography was or was depicted as being eighteen years of age or more unless the accused took all reasonable steps to ascertain the age of that person and took all reasonable steps to ensure that, where the person was eighteen years of age or more, the representation did not depict that person as being under the age of eighteen years.

<sup>200</sup> R. v. Barabash, 2012 ABQB 99

ว่าตนไม่รู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุของเด็กทั้งสองโดยตนเชื่อว่าเด็กทั้งสองอายุประมาณ 19 -25 ปี เนื่องจากเด็กหญิงทั้งสองมีลักษณะทางกายภาพเหมือนผู้ใหญ่และมีประสบการณ์ในการประกอบกิจกรรมทางเพศราวกับว่าเป็น “หญิงขายบริการที่เป็อกับงานของตน” อีกทั้งเด็กทั้งสองยังดื่มเครื่องดื่มมีนเมาและเสพยาเสพติด

ศาลในคดีนี้ได้วางหลักว่า ผู้กระทำความผิดจะอ้างความไม่รู้อายุของเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กได้ต่อเมื่อตนได้ปฏิบัติทุกวิถีทางที่จำเป็นเพื่อให้ทราบถึงอายุของเด็กแล้ว การปฏิบัติทุกวิถีทางที่จำเป็นนี้เป็นเงื่อนไขที่เข้มงวดกว่ากรณีทั่วไป กล่าวคือ ต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้กระทำความผิดมีความกระตือรือร้นที่จะสอบถามอายุของเด็กหรือปรากฏข้อเท็จจริงอื่น ๆ ที่ทำให้ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องสอบถาม<sup>201</sup> เช่น ในคดี R. v. Quintanilla<sup>202</sup> การที่จำเลยซึ่งประกอบอาชีพบาเทนเดอร์มีเพศสัมพันธ์กับเด็กหญิงอายุ 12 ปี โดยปรากฏข้อเท็จจริงว่าเด็กหญิงนั้นมีลักษณะทางกายภาพคล้ายผู้ใหญ่ เป็นลูกค้าประจำของบาร์ซึ่งจำกัดอายุของผู้เข้าใช้บริการ และเป็นเพื่อนกับพนักงานหลายคนทำงานที่บาร์ ข้อเท็จจริงเหล่านี้ทำให้จำเลยไม่มีความจำเป็นที่จะต้องสอบถามอายุของเด็กโดยตรง นอกจากนี้ยังต้องปรากฏว่าการกระทำเหล่านี้เป็นการกระทำทุกวิถีทางที่จำเป็นแล้ว ไม่มีวิธีการอื่น ๆ ที่จะสามารถกระทำได้อีก อย่างไรก็ตาม กรณีของนาย Rollison เพียงแค่ลักษณะทางกายภาพของเด็กทั้งสองคล้ายผู้ใหญ่ยังไม่เพียงพอที่จะถือว่านาย Rollison ได้ปฏิบัติทุกวิถีทางที่จำเป็นเพื่อให้ทราบว่าอายุของเด็กแล้ว อีกทั้งข้ออ้างที่ว่าเด็กหญิงทั้งสองดื่มเครื่องดื่มมีนเมา เสพยาเสพติด และมีประสบการณ์ในการประกอบกิจกรรมทางเพศราวกับว่าเป็น “หญิงขายบริการที่เป็อกับงานของตน” ก็เป็นข้ออ้างที่ไม่สมเหตุผลแต่อย่างใด เพราะการกระทำเหล่านี้ไม่ได้เป็นสิ่งที่พิสูจน์ว่าบุคคลใดเป็นผู้ใหญ่ ดังนั้น ข้ออ้างของนาย Rollison ที่ว่าตนไม่รู้อายุของเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กจึงฟังไม่ขึ้น

การกระทำความผิดเกี่ยวสื่อลามกอนาจารฐานอื่น ๆ นั้นไม่ได้อยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นดังนั้นจึงต้องพิจารณาตามหลักทั่วไปของกฎหมายอาญาที่วางหลักไว้ว่าการกระทำความผิดอาญาต้องเป็นการกระทำโดยเจตนา ซึ่งกฎหมายอาญาของประเทศแคนาดาก็ได้ยอมรับในหลักดังกล่าวเช่นกัน<sup>203</sup> ดังนั้นการกระทำใดจะเป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นต้องปรากฏว่าผู้กระทำรู้ถึงลักษณะที่เป็นอาชญากรรมของวัตถุดังกล่าว<sup>204</sup> คือรู้ว่าวัตถุที่ตัวเองครอบครอง เข้าถึง หรือเผยแพร่ นั้นเป็นสื่อลามกอนาจารเด็ก ดังจะเห็นได้จาก

<sup>201</sup> Ibid.

<sup>202</sup> R. v. Quintanilla, 1999 ABQB 769

<sup>203</sup> R. v. Butt, [2012] CM 3006

<sup>204</sup> R. v. Garbett, [2010] ONSC 2762

คดี R. v. Pressacco (2010)<sup>205</sup> ที่วางหลักว่าจำเลยจะมีความผิดฐานเข้าถึงสื่อลามกอนาจารเด็กและครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กต่อเมื่อจำเลยรู้ว่าไฟล์ที่จำเลยดาวน์โหลดแสดงให้เห็นถึงการประกอบกิจกรรมทางเพศของบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายและคำพิพากษาในคดีต่าง ๆ แล้วจึงสามารถสรุปได้ว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายของประเทศแคนาดา ผู้กระทำความผิดสามารถอ้างข้อเท็จจริงว่าตนไม่รู้อายุของเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อให้การกระทำของตนไม่เป็นความผิดได้

#### 4.4.3 ประเทศฝรั่งเศส

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 227-23 แห่งประมวลกฎหมาย (French Penal Code) พบว่าได้กำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กรวมถึงกรณีที่บุคคลซึ่งปรากฏในสื่อมีลักษณะทางกายภาพเป็นเด็กด้วย ดังนั้นสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายฝรั่งเศสนี้จึงครอบคลุมทั้งสื่อลามกอนาจารที่ปรากฏภาพของเด็ก สื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดง สื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกดัดแปลงหรือถูกสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิก สื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นภาพวาด ภาพระบายสีหรือการ์ตูน อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดข้อยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ กล่าวคือ หากผู้กระทำความผิดสามารถพิสูจน์ได้ว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นมีอายุมากกว่า 18 ปีในวันที่ภาพนั้นถูกถ่ายหรือบันทึก ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไม่ว่าจะเป็นผู้กระทำความผิดฐานผลิตสื่อลามกอนาจารเด็ก ฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก หรือฐานเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก ก็ไม่ต้องรับผิดในการกระทำความผิดฐานนั้น ๆ แต่อย่างใด ทั้งนี้ ศาลได้วางหลักว่า ข้อยกเว้นกรณีผู้กระทำความผิดสามารถพิสูจน์ได้ว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นผู้ใหญ่นำมาปรับใช้เฉพาะสื่อลามกอนาจารเด็กที่บุคคลซึ่งปรากฏในสื่อมีตัวตนเท่านั้น ไม่รวมถึงกรณีที่บุคคลในสื่อไม่มีตัวตนจริงแต่เป็นตัวละครที่เกิดจากการสร้างของมนุษย์ เช่น การ์ตูน คอมพิวเตอร์กราฟิก เนื่องจากตัวละครดังกล่าวไม่มีตัวตนจริงจึงไม่อาจพิสูจน์ได้ว่าเป็นผู้ใหญ่<sup>206</sup>

#### 4.4.4 ประเทศญี่ปุ่น

กฎหมาย Act on Punishment of Activities Relating to Child Prostitution and Child Pornography, and the Protection of Children ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อปราบปรามสื่อ

<sup>205</sup> R. v. Pressacco, [2010] SKQB 114

<sup>206</sup> Legifrance, Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 12 septembre 2007, 06-86.763, Inédit11-83.012, Inédit [Online], Accessed: 1 April 2018. Available from <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007640077&fastReqId=641482261&fastPos=25>

ลามกอนาจารเด็กได้วางหลักไว้ว่า การกระทำความผิดใด ๆ ตามกฎหมายฉบับนี้ รวมทั้งการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ทั้งความผิดฐานผลิต เผยแพร่ และครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก ผู้กระทำความผิดห้ามอ้างว่าตนไม่รู้อายุของเด็กที่ปรากฏในสื่อเป็นเหตุเพื่อให้พ้นจากความรับผิดนั้น<sup>207</sup> กล่าวคือ แม้ผู้กระทำความผิดจะเชื่อโดยสุจริตว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นอายุมากกว่า 18 ปี แต่หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าบุคคลดังกล่าวเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี ผู้กระทำความผิดก็ต้องรับผิดในการกระทำความผิดฐานนั้น ๆ โดยไม่อาจอ้างความสุจริตของตนได้ อย่างไรก็ตาม กฎหมายดังกล่าวก็ได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ว่าผู้กระทำความผิดอาจอ้างเหตุที่ตนไม่รู้อายุของเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อให้พ้นจากความรับผิดได้ หากเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดนั้นกระทำโดยไม่ประมาท<sup>208</sup> กรณีผู้กระทำความผิดกระทำโดยไม่ประมาทนี้ หมายถึง การที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำทุกวิถีทางที่จำเป็นเพื่อหลีกเลี่ยงการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นแล้ว<sup>209</sup> เช่น ในความผิดฐานผลิตสื่อลามกอนาจารเด็ก หากผู้กระทำความผิดได้ตรวจสอบเอกสารเพื่อยืนยันอายุของบุคคลที่จะแสดงในสื่อลามกอนาจารและปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของ Nihon Ethics of Video Association (NEVA) อย่างเคร่งครัดแล้ว อีกทั้งยังได้ดำเนินการวิธีการอื่น ๆ ที่จำเป็นเพื่อตรวจสอบอายุของบุคคลที่จะแสดงในสื่อลามกอนาจารเด็กแล้ว แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าบุคคลในสื่อที่แสดงในสื่อลามกอนาจารนั้นอายุต่ำกว่า 18 ปี ผู้กระทำความผิดก็อาจอ้างได้ว่าตนไม่รู้อายุของบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็ก โดยความไม่รู้นี้มีได้เกิดจากความประมาทของตน ทั้งนี้ เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดในความผิดฐานผลิต เผยแพร่ หรือครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าการที่ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไม่รู้อายุของเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กโดยที่ตนมิได้ประมาทนั้นเป็นข้อยกเว้นความรับผิดประการหนึ่งในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายญี่ปุ่น

#### 4.5 สรุปข้อพิจารณาโดยภาพรวมจากมาตรการทางกฎหมายในต่างประเทศ

จากการศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในต่างประเทศพบว่าแม้ประเทศอังกฤษ ประเทศแคนาดา ประเทศฝรั่งเศสและประเทศญี่ปุ่น จะมีระบบกฎหมายและบริบททางสังคมที่แตกต่างกัน แต่ทุกประเทศต่างก็ประสบปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็ก ดังนั้น ทุกประเทศจึงมีการบัญญัติกฎหมายในการปราบปรามสื่อลามกอนาจารเด็กไว้เป็นการเฉพาะโดยกำหนดให้เป็น

<sup>207</sup> Act on Punishment of Activities Relating to Child Prostitution and Child Pornography, and the Protection of Children – Article 9

<sup>208</sup> Ibid.

<sup>209</sup> Jacqueline Martin and Tony Storey, *Unlocking Criminal Law* (Abingdon, Oxon ; New York, NY Routledge, 2015), p. 87.



ความผิดอาญาแยกต่างหากจากกรณีสื่อลามกอนาจารทั่วไปเพื่อคุ้มครองเด็กจากการตกเป็นเหยื่อของการแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบ ทั้งนี้ จากการศึกษาข้างต้นพบประเด็นที่ควรพิจารณา ดังนี้

**ประเด็นที่หนึ่ง** นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กของสื่อลามกอนาจารเด็กของทุกประเทศครอบคลุมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริง แต่กรณีสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงมีเพียงประเทศอังกฤษ ประเทศแคนาดา และประเทศฝรั่งเศสที่บัญญัติให้เป็นความผิดอาญา ประเทศญี่ปุ่นมิได้บัญญัติให้รวมถึงกรณีดังกล่าว ดังนั้นจึงมีประเด็นที่ควรพิจารณานิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยนั้นเหมาะสมหรือไม่และควรมีขอบเขตประการใด

**ประเด็นที่สอง** ลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของทุกประเทศนั้นครอบคลุมถึงการผลิต การครอบครอง และการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก ดังนั้นจึงมีประเด็นที่ควรพิจารณาว่าลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทยนั้นครอบคลุมการกระทำในรูปแบบดังกล่าวหรือไม่

**ประเด็นที่สาม** ประเทศอังกฤษและประเทศแคนาดาได้กำหนดเหตุฉกรรจ์กรณีผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดเอาไว้ เนื่องจากการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงกว่ากรณีปกติ ดังนั้นจึงมีประเด็นที่ควรพิจารณาว่าประเทศไทยจำเป็นต้องกำหนดเหตุฉกรรจ์ในกรณีดังกล่าวหรือไม่

**ประเด็นที่สี่** ประเทศอังกฤษ ประเทศแคนาดา ประเทศฝรั่งเศส และประเทศญี่ปุ่นกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้บางประการเพื่อคุ้มครองบุคคลที่สุจริตและรักษาสมดุลระหว่างสิทธิเสรีภาพของประชาชนและความจำเป็นในการปกป้องเด็กจากการตกเป็นเหยื่อของการแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบ ดังนั้นจึงมีประเด็นที่ควรพิจารณาว่าข้อยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทยในปัจจุบันนั้นมีความเหมาะสมหรือไม่ และควรมีการบัญญัติข้อยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเพิ่มเติมในกฎหมายไทยหรือไม่

ประเด็นการศึกษาข้างต้นนี้เป็นประเด็นการศึกษาที่มีประโยชน์อันสามารถนำไปใช้เป็นแนวทางในการพัฒนากฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยได้ โดยในบทต่อไปจะทำการเปรียบเทียบและวิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยและมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของต่างประเทศ เพื่อเสนอแนะแนวทางในการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยให้มีความเหมาะสมยิ่งขึ้น

## บทที่ 5

### บทวิเคราะห์แนวทางในการพัฒนาความรับผิดชอบเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก

จากการศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในต่างประเทศในบทที่ 5 พบว่ากฎหมายของประเทศอังกฤษ ประเทศแคนาดา ประเทศฝรั่งเศส และประเทศญี่ปุ่น ต่างมีการบัญญัติความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้เพื่อคุ้มครองเด็กมิให้ตกเป็นเหยื่อจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบและคุ้มครองสังคม เนื่องจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กก่อให้เกิดความเสียหายทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจของเด็กที่ตกเป็นเหยื่อ อีกทั้งยังเป็นการทำลายศีลธรรมอันดีของประชาชนในสังคม อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายของแต่ละประเทศจะมีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกัน แต่บทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของแต่ละประเทศนั้นมีบทบัญญัติที่แตกต่างกันทั้งในด้านองค์ประกอบความผิด เหตุฉกรรจ์และข้อยกเว้นความรับผิด ซึ่งความแตกต่างของกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของแต่ละประเทศมีสาเหตุมาจากบริบททางสังคมและวัฒนธรรมที่แตกต่างกันของประเทศนั้น ๆ

บทที่ 5 นี้จะวิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในต่างประเทศที่ได้นำเสนอในบทที่ 4 พร้อมกับนำเสนอแนวคิดและทฤษฎีในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กที่ได้นำเสนอในบทที่ 2 มาปรับเข้าด้วยกัน หลังจากนั้นจึงนำมาเปรียบเทียบกับมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในประเทศไทยตามที่ได้นำเสนอในบทที่ 3 โดยจะแบ่งการวิเคราะห์ออกเป็น 3 ประเด็น ดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง ข้อ 5.1 จะทำการวิเคราะห์ในเรื่ององค์ประกอบความผิดในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ทั้งในเรื่องนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็ก เหตุผลในการกำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงเป็นความผิดอาญาและข้อโต้แย้งในแง่มุมต่าง ๆ การพิสูจน์อายุของบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็ก และลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดตามกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กว่าครอบคลุมการกระทำความผิดในรูปแบบใดบ้าง

ประเด็นที่สอง ข้อ 5.2 จะทำการวิเคราะห์ในเรื่องเหตุฉกรรจ์ในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก โดยมุ่งเน้นศึกษาเฉพาะเหตุฉกรรจ์กรณีผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิด ทั้งในแง่เหตุผลของการกำหนดเหตุฉกรรจ์ ขอบเขตของบุคคลที่จะต้องรับผิดชอบจากเหตุฉกรรจ์นั้น ฐานความผิดและระวางโทษสำหรับเหตุฉกรรจ์ดังกล่าว และความเหมาะสมในการบัญญัติเหตุฉกรรจ์กรณีดังกล่าวในกฎหมายไทย

ประเด็นสุดท้าย ข้อ 5.3 จะทำการวิเคราะห์ในเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กโดยจะทำการวิเคราะห์ถึงเหตุผลและความเหมาะสมในการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดในประเด็นต่าง ๆ

การวิเคราะห์เปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในต่างประเทศกับมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในประเทศไทยในประเด็นข้างต้นนี้จะทำให้ทราบถึงปัญหาของมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยในปัจจุบัน อันจะส่งผลให้สามารถเสนอแนะแนวทางในการพัฒนาความรับผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยได้อย่างเหมาะสมกับบริบทของสังคมไทย ทั้งนี้ เพื่อให้ปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบันและที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตมีจำนวนลดลงดังสมมติฐานของการวิจัยในครั้งนี้

## 5.1 ข้อพิจารณาเรื่ององค์ประกอบความผิดในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก

ประเด็นแรกจะทำการพิจารณาเรื่ององค์ประกอบความผิดในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของแต่ละประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศแคนาดา ประเทศฝรั่งเศส ประเทศญี่ปุ่น และประเทศไทย จากการศึกษาพบว่าทุกประเทศได้มีการบัญญัติกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กไว้เป็นการเฉพาะและบัญญัติไว้แยกต่างหากจากกฎหมายสื่อลามกอนาจารทั่วไป อย่างไรก็ตาม องค์ประกอบความผิดในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของแต่ละประเทศนั้นมีความแตกต่างกันอันเนื่องมาจากความแตกต่างของสภาพสังคมและเศรษฐกิจ หัวข้อนี้จึงจะพิจารณาถึงนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กและลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดตามกฎหมายของแต่ละประเทศ พร้อมทั้งนำมาวิเคราะห์กับแนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความผิดอาญา จากนั้นจึงนำบทบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของแต่ละประเทศมาเปรียบเทียบเพื่อพิจารณาข้อดีและข้อเสียในประเด็นต่าง ๆ อันจะทำให้สามารถนำไปใช้เป็นแนวทางในการพัฒนากฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยได้อย่างเหมาะสม

### 5.1.1 ข้อพิจารณาเรื่องนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็ก

จากการศึกษาเรื่องมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในต่างประเทศพบว่าแต่ละประเทศมีการบัญญัตินิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กไว้แตกต่างกัน ความแตกต่างของนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กของแต่ละประเทศนี้ส่งผลต่อการบังคับใช้กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กและการแก้ไขปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็ก ดังนั้น การพิจารณาว่านิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยมีความเหมาะสมและสอดคล้องกับปัญหาที่เกิดขึ้นหรือไม่นั้นจึงกระทำได้โดยการเปรียบเทียบกับนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายของต่างประเทศ ดังต่อไปนี้

ประเทศอังกฤษมีกฎหมายที่มีบทบัญญัติเฉพาะเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กอยู่ 3 ฉบับ ได้แก่ กฎหมาย Protection of Children Act 1978, กฎหมาย Criminal Justice Act 1988 และ กฎหมาย Coroners and Justice Act 2009 โดยกฎหมาย Protection of Children Act 1978 และกฎหมาย Criminal Justice Act 1988 ได้กำหนดนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในลักษณะเดียวกันโดยใช้คำว่า “ภาพลามกเด็ก (Indecent Photograph)” หมายถึง วัตถุใด ๆ ที่แสดงให้เห็นภาพของบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี<sup>1</sup> ซึ่งมีลักษณะลามก (Indecent) กล่าวคือ เป็นการกระทำที่วิญญูชนพิจารณาแล้วเห็นว่าสื่อไปในทางเพศ เช่น รูปภาพ ภาพยนตร์ สำเนาของรูปภาพ หรือภาพยนตร์<sup>2</sup> ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถแปลงผลเป็นภาพได้<sup>3</sup> นอกจากนี้ยังหมายรวมถึง “ภาพลามกเด็กเทียม (Pseudo-Photograph)” กล่าวคือ ภาพที่สร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิก (Computer-Graphics) หรือโดยวิธีอื่นใดทำให้ที่ดูราวกับว่าเป็นรูปภาพ<sup>4</sup> ซึ่งนำเสนอให้รู้สึกว่าคุณคนที่ปรากฏในภาพนั้นเป็นเด็ก หรือส่วนสำคัญของภาพถูกนำเสนอให้รู้สึกว่าคุณคนที่ปรากฏในภาพนั้นเป็นเด็ก แม้ว่าส่วนใดส่วนหนึ่งของลักษณะภายนอกจะเป็นของผู้ใหญ่ก็ตาม<sup>5</sup>

กฎหมาย Coroners and Justice Act 2009 ได้กำหนดนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กไว้แตกต่างจากกฎหมายทั้งสองฉบับข้างต้น โดยกฎหมายฉบับนี้ให้คำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กโดยใช้คำว่า “ภาพต้องห้ามของเด็ก (Prohibited Images of Children)” หมายถึง ภาพนิ่ง ภาพเคลื่อนไหว รวมทั้งข้อมูลที่สามารถแปลงเป็นภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวได้ ของบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีซึ่งมีลักษณะลามก กล่าวคือ มีลักษณะรุนแรง น่ารังเกียจ หรือไม่เหมาะสมในทางเพศ<sup>6</sup> และแสดงให้เห็นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนด เช่น การแสดงให้เห็นถึงอวัยวะเพศหรือทวารหนักของเด็ก การมีเพศสัมพันธ์กับเด็ก การสำเร็จความใคร่ด้วยตนเองที่มีเด็กเข้าไปเกี่ยวข้อง เป็นต้น<sup>7</sup> แต่ไม่รวมถึงภาพลามกเด็กและภาพลามกเด็กเทียมตามกฎหมาย Protection of Children Act 1978 และกฎหมาย Criminal Justice Act 1988 ทั้งนี้ เด็กที่ปรากฏในภาพต้องห้ามของเด็กนั้นรวมถึงเด็กที่ไม่ได้มีตัวตนจริง ๆ เช่น การ์ตูน ภาพวาด ภาพระบายสี ด้วย<sup>8</sup>

<sup>1</sup> Protection of Children Act 1978 – Section7 (6)

<sup>2</sup> Protection of Children Act 1978 – Section7 (2)

<sup>3</sup> Protection of Children Act 1978 – Section7 (4)

<sup>4</sup> Protection of Children Act 1978 - Section7 (7)

<sup>5</sup> Protection of Children Act 1978 - Section7 (8)

<sup>6</sup> Coroners and Justice Act 2009 – Section 62 (3)

<sup>7</sup> Coroners and Justice Act 2009 – Section 62

<sup>8</sup> Coroners and Justice Act 2009 – Section 65

จากนิยามของคำว่า “ภาพลามกเด็กและภาพลามกเด็กเทียม” กับ “ภาพต้องห้ามของเด็ก” ข้างต้นจะเห็นได้ว่ามีนิยามที่ใกล้เคียงกัน กล่าวคือ เป็นวัตถุที่แสดงให้เห็นภาพของเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปีซึ่งมีลักษณะลามก ความแตกต่างของสองกรณีนี้ คือ กรณีภาพลามกเด็กและภาพลามกเด็กเทียม บุคคลที่ปรากฏในภาพต้องเป็นเด็กจริง ๆ หรือเด็กเสมือนจริงเท่านั้น เช่น เด็กที่ถูกดัดแปลงหรือสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิก ผู้ใหญ่ที่มีลักษณะเหมือนเด็ก โดยภาพในลักษณะดังกล่าวจะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย Protection of Children Act 1978 และกฎหมาย Criminal Justice Act 1988 ในขณะที่บุคคลที่ปรากฏในภาพต้องห้ามของเด็กหมายความว่าเด็กที่ไม่มีตัวตนจริง ๆ และไม่มีลักษณะเหมือนจริง เช่น การ์ตูน ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพในลักษณะที่ไม่มีความเหมือนจริงนี้จึงอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย Coroners and Justice Act 2009 ดังนั้น นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายอังกฤษจึงหมายถึงทั้งสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงและสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงซึ่งอยู่ในรูปแบบภาพ ได้แก่ สื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดง สื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกดัดแปลงหรือสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิก และสื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นภาพวาด ภาพระบายสีหรือการ์ตูน ทั้งนี้ กรณีสื่อลามกอนาจารเด็กที่อยู่ในรูปแบบอื่น ๆ ซึ่งไม่ใช่รูปภาพ เช่น นิยาย แลบบันทึกเสียง มิได้รวมอยู่ในนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายอังกฤษแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม สื่อลามกอนาจารในรูปแบบนี้ถูกควบคุมในฐานะ “สิ่งพิมพ์ลามก” ตามกฎหมาย Obscene Publications Act 1959 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดความรับผิดชอบอาญาสำหรับสื่อลามกอนาจารทั่วไป

ประเทศแคนาดาบัญญัตินิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในประมวลกฎหมายอาญาแคนาดา มาตรา 163.1<sup>9</sup> ซึ่งนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศแคนาดานั้นหมายถึงทั้งสื่อลามกอนาจารเด็กที่อยู่ในรูปแบบภาพ สื่อลามกอนาจารเด็กที่อยู่ในรูปแบบเอกสาร และสื่อลามกอนาจารเด็กที่อยู่ในรูปแบบแลบบันทึกเสียง สำหรับสื่อลามกอนาจารเด็กที่อยู่ในรูปแบบภาพ หมายถึงรูปภาพ ภาพยนตร์ ภาพเคลื่อนไหว หรือวัตถุอื่นใดที่แสดงให้เห็นถึงรูปภาพซึ่งแสดงให้เห็นถึงลักษณะประการใดประการหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนด ประการแรก คือ การประกอบกิจกรรมทางเพศอย่างชัดแจ้งของบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปีหรือบุคคลที่ถูกทำให้เห็นว่ามีอายุต่ำกว่า 18 ปี ไม่ว่าจะบุคคลดังกล่าวจะมีตัวตนจริงหรือไม่ก็ตาม เช่น การ์ตูน การใช้ผู้ใหญ่ซึ่งมีลักษณะเหมือนเด็กเป็นผู้แสดง การใช้เทคนิคทางคอมพิวเตอร์ดัดแปลงหรือสร้างรูปภาพของเด็กให้มีความเหมือนจริง หรือประการที่สองคือ องค์ประกอบสำคัญของภาพดังกล่าวมุ่งแสดงให้เห็นถึงของอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของเด็กเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ เช่น ภาพเด็กสวมใส่ชุดว่ายน้ำซึ่งมีการถ่ายเน้นให้เห็นถึงอวัยวะเพศของเด็ก<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Criminal Code of Canada – Section 163.1 (1)

<sup>10</sup> R. v. Rudiger, 2011 BCSC 1397

สื่อลามกอนาจารเด็กในรูปแบบเอกสาร หมายถึง สื่อที่อยู่ในรูปลายลักษณ์อักษร เช่น หนังสือ นิตยสาร นิตาน เอกสารต่าง ๆ ส่วนสื่อลามกอนาจารเด็กที่อยู่ในรูปแบบแถบบันทึกเสียง หมายถึง สื่อที่แสดงให้รับรู้ถึงถ้อยคำหรือข้อความซึ่งมีเพียงเสียงเท่านั้น โดยสื่อทั้งสองรูปแบบจะอยู่ในนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายแคนาดาหากปรากฏข้อเท็จจริงว่าองค์ประกอบสำคัญของเอกสารหรือแถบบันทึกเสียงบรรยายให้รับรู้การประกอบกิจกรรมทางเพศกับบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปีซึ่งเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาแคนาดา เช่น ความผิดฐานกระทำอนาจารโดยมีวัตถุประสงค์ให้ผู้รับสื่อเกิดความรู้สึกทางเพศ นอกจากนี้นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศแคนาดายังขยายความรวมไปถึงสื่อลามกอนาจารเด็กในรูปแบบภาพ สื่อลามกอนาจารเด็กในรูปแบบเอกสาร และสื่อลามกอนาจารเด็กในรูปแบบแถบบันทึกเสียงที่มีได้นำเสนอให้เห็นถึงการประกอบกิจกรรมทางเพศอย่างชัดเจน แต่สื่อดังกล่าวเสนอแนะหรือสนับสนุนให้เกิดการประกอบกิจกรรมทางเพศกับบุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปีซึ่งเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาแคนาดา ดังนั้น จึงจะเห็นได้อย่างชัดเจนว่านิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายแคนาดาครอบคลุมทั้งสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงและสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงทุกประเภท ได้แก่ สื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดง สื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกดัดแปลงหรือสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิก สื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นภาพวาด ภาพระบายสีหรือการ์ตูน และสื่อลามกอนาจารเด็กที่อยู่ในรูปแบบอื่น ๆ ซึ่งไม่ใช่รูปภาพ

ประเทศฝรั่งเศสได้บัญญัตินิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 227-23<sup>11</sup> โดยสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายฝรั่งเศส หมายถึง รูปภาพหรือสื่อใด ๆ ของเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี ซึ่งมีลักษณะสื่อไปในทางลามกอนาจาร โดยเด็กในที่นี้รวมถึงเด็กที่ไม่มีตัวตนจริง การ์ตูน ภาพวาด ภาพเด็กที่เกิดจากการสร้างโดยคอมพิวเตอร์กราฟิกและบุคคลที่มีลักษณะทางกายภาพเป็นเด็กด้วย ทั้งนี้ แม้นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กข้างต้นนี้จะใช้คำว่า “สื่อใด ๆ” แต่ผู้วิจัยมีความคิดเห็นว่าจะหมายถึงเฉพาะสื่อที่อยู่ในรูปแบบภาพเท่านั้น ไม่ขยายความไปถึงสื่อในรูปแบบเอกสารหรือแถบบันทึกเสียง เนื่องจากในการเพิ่มเติมถ้อยคำดังกล่าวทางผู้ร่างกฎหมายมีเจตนารมณ์เพื่อควบคุมสื่อลามกอนาจารที่เป็นภาพเสมือนจริงของเด็ก (Virtual Image)<sup>12</sup> อีกทั้งยังไม่เคยมีคำพิพากษาที่ตัดสินว่าสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายฝรั่งเศสนี้รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่อยู่ในรูปแบบอื่น ๆ ซึ่งไม่ใช่รูปภาพ ดังนั้น นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตาม

<sup>11</sup> French Penal Code - Article 227-23

<sup>12</sup> Sénat, Rapport n° 49 - Projet de loi adopté par l'Assemblée nationale relatif à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs victimes et sur la proposition de loi relative à la répression des crimes [Online], Accessed: 1 April 2018. Available from [https://www.senat.fr/rap/l97-049/l97-049\\_mono.html#toc49](https://www.senat.fr/rap/l97-049/l97-049_mono.html#toc49)

กฎหมายฝรั่งเศสจึงครอบคลุมสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงและและสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงซึ่งอยู่ในรูปแบบภาพ ได้แก่ สื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดง สื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกดัดแปลงหรือสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิก และสื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นภาพวาด ภาพระบายสีหรือการ์ตูน ในทำนองเดียวกับกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศอังกฤษ

ประเทศญี่ปุ่นได้บัญญัตินิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในกฎหมาย Act on Punishment of Activities Relating to Child Prostitution and Child Pornography, and the Protection of Children โดยสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายญี่ปุ่น หมายถึง สื่อใด ๆ ที่นำเสนอให้เห็นภาพของเด็ก กล่าวคือ บุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปีเข้าร่วมในกิจกรรมทางเพศ หรือกิจกรรมอื่น ๆ ในทำนองเดียวกับกิจกรรมทางเพศ หรือแสดงให้เห็นถึงการที่บุคคลอื่นสัมผัสอวัยวะเพศของเด็กหรือเด็กสัมผัสอวัยวะเพศของบุคคลอื่น โดยทำทางดังกล่าวกระตุ้นความรู้สึกทางเพศของผู้พบเห็น หรือแสดงให้เห็นถึงเด็กเปลือยทั้งหมดหรือบางส่วน โดยทำทางดังกล่าวกระตุ้นความรู้สึกทางเพศของผู้พบเห็น<sup>13</sup> โดยเด็กในที่นี้ คือ เด็กที่มีตัวตนจริง ๆ ดังนั้น นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายญี่ปุ่นจึงหมายถึงเฉพาะสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงเท่านั้น

จากนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายของทั้งสี่ประเทศข้างต้นพบว่า นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศอังกฤษ ประเทศแคนาดา และประเทศฝรั่งเศส ครอบคลุมถึงทั้งสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงและสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริง กล่าวคือ กฎหมายของทั้งสามประเทศนี้มุ่ง “คุ้มครองมิให้มีการนำเสนอเนื้อหาลามกเกี่ยวกับเด็ก” ในทางกลับกันนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศญี่ปุ่นนั้นจำกัดอยู่เพียงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงเท่านั้น กล่าวคือ กฎหมายญี่ปุ่นมุ่ง “คุ้มครองเด็กที่มีตัวตนจริง” โดยนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กของทั้งสี่ประเทศสามารถสรุปได้ตามตารางดังต่อไปนี้

<sup>13</sup> Act on Punishment of Activities Relating to Child Prostitution and Child Pornography, and the Protection of Children – Article 2

ตารางที่ 4 สรุปนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายต่างประเทศ

ประเด็น / ประเทศ	ประเทศอังกฤษ	ประเทศแคนาดา	ประเทศฝรั่งเศส	ประเทศญี่ปุ่น
อายุของเด็ก	ต่ำกว่า 18 ปี	ต่ำกว่า 18 ปี	ไม่เกิน 18 ปี	ต่ำกว่า 18 ปี
นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมาย	วัตถุที่แสดงให้เห็นภาพของเด็กซึ่งมีลักษณะลามก รวมทั้งภาพของเด็กที่ไม่มีตัวตนจริง และภาพที่สร้างขึ้นโดยวิธีใด ๆ ซึ่งนำเสนอให้รู้สึกว่าคุณภาพปรากฏในภาพนั้นเป็นเด็ก แม้ว่าส่วนใดส่วนหนึ่งของลักษณะภายนอกจะเป็นของผู้ใหญ่	- วัตถุที่แสดงให้เห็นภาพการประกอบกิจกรรมทางเพศหรืออวัยวะเพศของเด็กหรือบุคคลที่ถูกทำให้เห็นว่าเป็นเด็ก - เอกสารหรือแถบบันทึกเสียงที่นำเสนอถึงการประกอบกิจกรรมทางเพศกับเด็กซึ่งเป็นความผิดตามกฎหมาย - วัตถุที่แสดงให้เห็นภาพเอกสาร หรือแถบบันทึกเสียงที่สนับสนุนการประกอบกิจกรรมทางเพศกับเด็กซึ่งเป็นความผิดกฎหมาย	วัตถุที่แสดงให้เห็นภาพของเด็ก หรือ บุคคล ที่มีลักษณะทางกายภาพเป็นเด็กซึ่งมีลักษณะสื่อไปในทางลามกอนาจาร ทั้งนี้รวมถึงเด็กที่ไม่มีตัวตนจริง เช่น การ์ตูน ภาพวาด	วัตถุที่แสดงให้เห็นภาพของเด็กเข้าร่วมในกิจกรรมทางเพศหรือการสัมผัสอวัยวะเพศหรือการเปลือยทั้งหมดหรือบางส่วน ซึ่งกระตุ้นความรู้สึกทางเพศของผู้พบเห็น
ลักษณะของสื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นความผิดอาญา	สื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงและสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริง	สื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงและสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริง	สื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงและสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริง	สื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงเท่านั้น
สิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง	คุ้มครองมิให้มีการนำเสนอเนื้อหาลามกเกี่ยวกับเด็ก	คุ้มครองมิให้มีการนำเสนอเนื้อหาลามกเกี่ยวกับเด็ก	คุ้มครองมิให้มีการนำเสนอเนื้อหาลามกเกี่ยวกับเด็ก	คุ้มครองเด็กที่มีตัวตนจริง

สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริง กล่าวคือ สื่อลามกอนาจารเด็กซึ่งไม่มีเด็กที่มีตัวตนจริงเข้าไปเกี่ยวข้องในกระบวนการผลิตนั้นถูกบัญญัติให้เป็นความผิดทั้งตามกฎหมาย



ของประเทศอังกฤษ ประเทศแคนาดา และประเทศฝรั่งเศส อย่างไรก็ตาม การกำหนดให้นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กรวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงนี้ทำให้เกิดข้อถกเถียงจากหลายฝ่าย ทั้งฝ่ายที่โต้แย้งว่าไม่ควรกำหนดให้นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กรวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กในลักษณะดังกล่าว และฝ่ายที่สนับสนุนว่าควรกำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กในลักษณะดังกล่าวรวมอยู่ในนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กด้วย

#### 5.1.1.1 เหตุผลในการกำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงเป็นความผิดอาญา

สื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงทุกฝ่ายต่างเห็นตรงกันว่า เป็นสิ่งที่ควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญา ดังจะเห็นได้จากการที่กฎหมายของทุกประเทศ ไม่ว่าจะเป็นประเทศอังกฤษ ประเทศแคนาดา ประเทศฝรั่งเศส หรือประเทศญี่ปุ่น ต่างก็กำหนดให้การกระทำใด ๆ เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กลักษณะนี้เป็นความผิดอาญา เนื่องจากสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงมีเด็กซึ่งมีตัวตนจริงเข้าไปเกี่ยวข้องในขั้นตอนการผลิตซึ่งการที่เด็กตกเป็นเหยื่อของการล่วงละเมิดทางเพศย่อมส่งผลกระทบต่อเด็กโดยตรง ในทางกลับกันกรณีสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงนั้นก็มีข้อถกเถียงหลายประการว่าควรกำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กในลักษณะดังกล่าวรวมอยู่ในนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กหรือไม่ ทั้งนี้ ผู้วิจัยมีความคิดเห็นว่าการบัญญัตินิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กนี้จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องบัญญัติให้ครอบคลุมไปถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงด้วย เนื่องมาจากเหตุผลสามประการดังต่อไปนี้

ประการที่หนึ่ง ข้อโต้แย้งสำคัญที่ฝ่ายซึ่งไม่เห็นด้วยกับการกำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงเป็นความผิดอาญายกขึ้นมากล่าวอ้าง คือ สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงมิได้ก่อให้เกิดความเสียหายใด ๆ กับเด็กเนื่องจากไม่มีเด็กที่มีตัวตนจริงเข้าไปเกี่ยวข้อง นอกจากนี้ยังไม่มีหลักฐานใดที่แสดงให้เห็นว่าสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงจะก่อให้เกิดการกระทำความผิดทางเพศที่มีตัวตนจริง ๆ อีกทั้งปัญหาการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กที่เกิดขึ้นในสังคมนั้นมิได้เป็นผลมาจากการเสพสื่อลามกอนาจารเด็กเสียทั้งหมด แต่ยังเกิดจากปัจจัยอื่น ๆ ด้วย จึงไม่สมเหตุผลที่จะกำหนดความรับผิดชอบสำหรับสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริง<sup>14</sup> อย่างไรก็ตาม ประเด็นนี้ผู้วิจัยมีความคิดเห็นเห็นว่า แม้สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงจะมีได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อเด็กโดยตรง แต่การปฏิเสธว่าสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงไม่มีความเชื่อมโยงใด ๆ กับการล่วงละเมิด

<sup>14</sup> Keisha April, "Cartoons Aren't Real People, Too: Does the Regulation of Virtual Child Pornography Violate the First Amendment and Criminalize Subversive Thought," *Cardozo Journal of Law & Gender* 19 (2012): 241 – 271.

ทางเพศต่อเด็กเล็กก็ข้ออ้างที่ไม่สมเหตุสมผลเช่นเดียวกัน<sup>15</sup> เนื่องจากข้ออ้างดังกล่าวไม่สอดคล้องกับเหตุผลในการบัญญัติกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของหลาย ๆ ประเทศ ประเทศอังกฤษได้ให้เหตุผลว่าสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงอาจสนับสนุนให้เกิดการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กในชีวิตจริง<sup>16</sup> ประเทศแคนาดาได้อ้างเหตุผลในการเพิ่มความคุ้มครองแก่เด็กเพื่อมิให้ตกเป็นเหยื่อของการแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบในการบัญญัตินิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กให้รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริง<sup>17</sup> ในขณะที่ประเทศฝรั่งเศสต้องการเพิ่มความเข้มงวดของมาตรการทางกฎหมายในการป้องกันการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กจึงมีการแก้ไขเพิ่มเติมให้นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กให้ครอบคลุมสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริง<sup>18</sup> ดังนั้น จึงจะเห็นได้ว่าหลายประเทศยอมรับว่าสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงมีความเชื่อมโยงกับการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็ก กล่าวคือ การเสพสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงอาจก่อให้เกิดการเรียนรู้ตามทฤษฎีการเรียนรู้ทางสังคมว่าการประกอบกิจกรรมทางเพศกับเด็กนั้นเป็นสิ่งที่พึงกระทำ และมีส่วนช่วยกระตุ้นให้บุคคลที่เสพสื่อชิ้นนั้นไปกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กในชีวิตจริง

นอกจากนี้สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงยังก่อให้เกิดผลกระทบต่อเด็กโดยอ้อม กล่าวคือ สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงนี้สามารถนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการล่อลวงให้เด็กเข้าร่วมในการประกอบกิจกรรมทางเพศได้ สื่อลามกอนาจารเด็กในลักษณะนี้สามารถนำเสนอให้เห็นถึงการประกอบกิจกรรมทางเพศกับเด็กซึ่งเด็กที่ปรากฏในสื่อชิ้นนั้นมีความสุขกับการกระทำดังกล่าว เนื่องด้วยสภาพจิตใจที่อ่อนแอและไร้เดียงสาของเด็ก เมื่อเด็กได้เสพสื่อในลักษณะดังกล่าวเด็กจึงอาจเรียนรู้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้และหลงเชื่อที่จะตกเป็นเหยื่อของการล่วงละเมิดทางเพศ<sup>19</sup> อีกทั้งผลกระทบต่อประการสำคัญที่

<sup>15</sup> Wendy L. Pursel, "Computer-Generated Child Pornography: A Legal Alternative?," *Seattle University Law Review* 22 (1998): 645 – 665.

<sup>16</sup> Julia Hornle, *Countering the Dangers of Online Pornography - Shrewd Regulation of Lewd Content* [Online], Accessed: 10 May 2018. Available from: <http://www.bailii.org/uk/other/journals/EJLT/2011/02-1/55.html>

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> Sénat, *Rapport n° 49 - Projet de loi adopté par l'Assemblée nationale relatif à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs victimes et sur la proposition de loi relative à la répression des crimes* [Online], Accessed: 1 April 2018. Available from [https://www.senat.fr/rap/l97-049/l97-049\\_mono.html#toc49](https://www.senat.fr/rap/l97-049/l97-049_mono.html#toc49)

<sup>19</sup> Wade T. Anderson, "Criminalizing "Virtual" Child Pornography under the Child Pornography Prevention Act: Is It Really What It "Appears to Be?," *University of Richmond Law Review* 35, 2 (2001): 393 – 421.

เกิดจากสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริง คือ ผลกระทบที่เกิดต่อสังคม หากไม่มีการกำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงเป็นความผิดอาญาส่งผลให้สื่อลามกอนาจารเด็กในลักษณะดังกล่าวสามารถเผยแพร่ได้อย่างเสรี ประชาชนในสังคมเมื่อได้เสพสื่อดังกล่าวจะเรียนรู้พฤติกรรมการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กและในที่สุดอาจเกิดทัศนคติว่าการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กนี้เป็นสิ่งที่ยอมรับได้<sup>20</sup> การที่ประชาชนเกิดทัศนคติว่าการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กเป็นสิ่งที่ยอมรับได้ย่อมส่งผลให้ปัญหาการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กมีความรุนแรงมากขึ้นและทำให้การแก้ไขปัญหาการแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบจากเด็กเป็นไปได้ยาก

ประการที่สอง ข้อโต้แย้งอีกประการหนึ่งที่ฝ่ายซึ่งไม่เห็นด้วยกับการกำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงเป็นความผิดอาญา คือ หลักฐานที่แสดงว่าการกำหนดให้สื่อลามกอนาจารเป็นสิ่งที่ถูกกฎหมายทำให้สถิติของการกระทำความผิดทางเพศลดลง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็ก การกำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงเป็นสิ่งที่ถูกกฎหมายจึงทำให้ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องใช้เด็กจริง ๆ ในการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กและสามารถช่วยลดปัญหาการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กได้<sup>21</sup> อย่างไรก็ตามผู้วิจัยมีความคิดเห็นว่า แม้สื่อลามกอนาจารเด็กนั้นจะไม่มีเด็กที่มีตัวตนจริงเข้าไปเกี่ยวข้อง แต่สื่อลามกอนาจารเด็กในลักษณะนี้ก็สามารถนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการล่อลวงให้เด็กตกเป็นเหยื่อของการล่วงละเมิดทางเพศได้ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น การใช้สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงเป็นเครื่องมือทำให้การล่อลวงเด็กให้เข้าร่วมในการประกอบกิจกรรมทางเพศเป็นไปได้ง่ายยิ่งขึ้นซึ่งย่อมส่งผลต่อการเพิ่มขึ้นของการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็ก อีกทั้งสื่อลามกอนาจารเด็กยังมีลักษณะที่แตกต่างจากสื่อลามกอนาจารทั่วไป กรณีสื่อลามกอนาจารทั่วไปบุคคลที่ปรากฏในสื่อ นั้นคือผู้ใหญ่ซึ่งอยู่ในวัยที่เหมาะสมในการประกอบกิจกรรมทางเพศ การใช้สื่อลามกอนาจารทั่วไปเป็นเครื่องมือในการระบายความต้องการทางเพศนี้จึงเป็นสิทธิส่วนบุคคล ในทางกลับกันกรณีสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นการนำเสนอให้เห็นการประกอบกิจกรรมทางเพศของเด็กซึ่งเป็นผู้ที่อ่อนแอทั้งด้านร่างกายและจิตใจ การเปิดโอกาสให้มีการระบายความต้องการทางเพศผ่านสื่อลามกอนาจารเด็กแม้ว่าสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นจะไม่มีเด็กที่มีตัวตนจริงเข้ามาเกี่ยวข้องก็ย่อมทำให้เด็กตกอยู่ในฐานะวัตถุทางเพศอันเป็นการลดทอนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และเป็นสิ่งที่สังคมไม่อาจยอมรับได้<sup>22</sup>

<sup>20</sup> Wendy L. Pursel, "Computer-Generated Child Pornography: A Legal Alternative?," *Seattle University Law Review*: 645 – 665.

<sup>21</sup> Keisha April, "Cartoons Aren't Real People, Too: Does the Regulation of Virtual Child Pornography Violate the First Amendment and Criminalize Subversive Thought," *Cardozo Journal of Law & Gender*: 241 - 271.

<sup>22</sup> Wendy L. Pursel, "Computer-Generated Child Pornography: A Legal Alternative?," *Seattle University Law Review*: 645 – 665.

นอกจากนี้หากไม่กำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงเป็นความผิดอาญาย่อมก่อให้เกิดปัญหาในการดำเนินคดีสื่อลามกอนาจารเด็ก เนื่องจากสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงบางรูปแบบมีความเหมือนจริงจนยากที่จะจำแนกความแตกต่างจากสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริง เช่น สื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดง สื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกตัดแปลงหรือสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิก การกำหนดนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กให้หมายถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงเท่านั้นจึงทำให้เกิดภาระในการพิสูจน์ว่าเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารนั้นเป็นเด็กที่มีตัวตนจริง ๆ หรือไม่ ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กจึงสามารถยกเหตุที่ว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อไม่มีใช้เด็กที่มีตัวตนจริงขึ้นมาเป็นข้ออ้างในการยกเว้นความผิดของตนได้อันส่งผลให้การดำเนินคดีสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นไปอย่างยากลำบากเพราะผู้กระทำความผิดย่อมยกเหตุดังกล่าวขึ้นมากล่าวอ้างในทุก ๆ คดี หากฝ่ายโจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อเป็นเด็กจริง ๆ ก็ย่อมไม่สามารถเอาผิดกับผู้กระทำความผิดได้ ดังนั้น แทนที่จะช่วยลดปัญหาการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก ในทางกลับกันกรณีดังกล่าวอาจส่งผลให้การผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กโดยใช้เด็กที่มีตัวตนจริงเพิ่มมากขึ้นเพราะการพิสูจน์ว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นเด็กที่มีตัวตนจริงนั้นมีใช้สิ่งที่สามารถกระทำได้โดยง่าย<sup>23</sup>

ประการที่สาม ข้อโต้แย้งประการสุดท้ายที่ฝ่ายซึ่งไม่เห็นด้วยกับการกำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงเป็นความผิดอาญายกขึ้นมากล่าวอ้าง คือ การกำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงเป็นความผิดอาญานั้นกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชนเกินสมควร อีกทั้งยังกระทบต่อการสร้างสรรค์ผลงานของศิลปิน<sup>24</sup> อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยมีความคิดเห็นว่า แม้ประชาชนทุกคนจะมีเสรีภาพในการแสดงออก แต่เสรีภาพในการแสดงออกนี้ก็สามารถถูกจำกัดได้โดยกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เสรีภาพในการแสดงออกของประชาชนจะมีอย่างน้อยเพียงใดขึ้นอยู่กับสภาพสังคมและวัฒนธรรมของประเทศนั้น ๆ แม้การกำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงเป็นความผิดอาญาจะกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชนแต่ก็เป็นไปเพื่อป้องกันมิให้เกิดการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กซึ่งหลาย ๆ ประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศแคนาดา ประเทศฝรั่งเศส ต่างมองว่าการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กนั้นเป็นสิ่งที่กระทบต่อความสงบ

<sup>23</sup> Wade T. Anderson, "Criminalizing "Virtual" Child Pornography under the Child Pornography Prevention Act: Is It Really What It "Appears to Be?," *University of Richmond Law Review*: 393 - 421.

<sup>24</sup> Keisha April, "Cartoons Aren't Real People, Too: Does the Regulation of Virtual Child Pornography Violate the First Amendment and Criminalize Subversive Thought," *Cardozo Journal of Law & Gender*: 241 - 271.

เรียบร้อยของสังคม เสรีภาพในการแสดงออกดังกล่าวจึงสามารถถูกจำกัดได้ นอกจากนี้เมื่อพิจารณาจากลักษณะของสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงพบว่า สื่อลามกอนาจารเด็กในลักษณะนี้มีคุณค่าทางศิลปะน้อยมาก<sup>25</sup> เมื่อเปรียบเทียบระหว่างการป้องกันการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กโดยการกำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงเป็นผิดอาญากับการคุ้มครองเสรีภาพในการสร้างสรรค์ผลงานของศิลปินย่อมเห็นได้อย่างชัดเจนว่าการป้องกันการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กย่อมมีความสำคัญมากกว่า ดังนั้น การกำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงย่อมไม่กระทบต่อเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชนเกินสมควรแต่อย่างใด

จากเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้นจึงจะเห็นได้ว่า การกำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงเป็นความผิดอาญานั้นมีความจำเป็นอย่างยิ่ง เพราะสื่อลามกอนาจารเด็กในลักษณะดังกล่าวส่งผลกระทบต่อทั้งตัวเด็กและสังคม อีกทั้งยังเป็นปัจจัยหนึ่งซึ่งสนับสนุนให้เกิดการแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบจากเด็ก ในหัวข้อต่อไปจะทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบขอบเขตของนิยามสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศเพื่อเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กให้มีความเหมาะสมมากยิ่งขึ้น

#### 5.1.1.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบเรื่องขอบเขตของนิยามสื่อลามกอนาจารเด็ก

ปัจจุบันนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทยถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา โดยมาตรา 1 (17) วางหลักว่า “สื่อลามกอนาจารเด็ก หมายถึง วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้รู้หรือเห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกิน 18 ปี โดยรูป เรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือรูปแบบอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน” ประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาคือนิยามดังกล่าวครอบคลุมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กในลักษณะในบ้าง เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำที่ว่า “การกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกิน 18 ปี” จะพบว่าเด็กที่มีสภาพบุคคลเท่านั้นที่จะสามารถมีอายุได้ตามกฎหมาย<sup>26</sup> และเมื่อพิจารณาจากความหมายของเด็กตามประมวลกฎหมายอาญายังพบว่า บทบัญญัติอื่นๆที่ใช้คำว่าเด็กต่างมุ่งหมายถึงเด็กที่มีตัวตนจริงทั้งสิ้น นอกจากนี้กระทรวงยุติธรรมโดยสำนักงานกิจการยุติธรรมได้รับมอบหมายจากนายวิษณุ เครืองาม รองนายกรัฐมนตรีให้จัดทำคู่มือและแนวทางการดำเนินการตามแผนและการเตรียมความพร้อมในการบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 ซึ่งในคู่มือ

<sup>25</sup> Wade T. Anderson, "Criminalizing "Virtual" Child Pornography under the Child Pornography Prevention Act: Is It Really What It "Appears to Be?," *University of Richmond Law Review*: 393 - 421.

<sup>26</sup> อภิรัฐ บุญทอง, "สาระสำคัญของความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก," *ตุลพาท* 63, 1 (2559): 165 - 182.

ดังกล่าวระบุว่านิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทยนี้ไม่รวมถึงการ์ตูนหรือภาพเคลื่อนไหวที่บุคคลซึ่งปรากฏในวัตถุนั้นไม่ใช่มนุษย์จริง แต่เป็นเพียงเสมือนจริง<sup>27</sup> ซึ่งเป็นแนวทางที่สอดคล้องกับถ้อยคำตามบทบัญญัติข้างต้น กล่าวคือ สื่อลามกอนาจารเด็กหมายถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงที่มีตัวตนจริงเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำส่วนต่อมาจะพบว่าสื่อลามกอนาจารเด็กรวมถึงวัตถุที่เป็น “ภาพเขียนและภาพระบายสี” ด้วยซึ่งโดยสภาพของวัตถุดังกล่าวแล้วเด็กที่ปรากฏในสื่อย่อมมิใช่เด็กที่มีตัวตนจริง แต่เป็นเด็กที่เกิดจากจินตนาการของมนุษย์ ซึ่งขัดแย้งกับถ้อยคำตามนิยามส่วนแรก อีกทั้งสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงที่อยู่ในรูปแบบอื่น ๆ ซึ่งไม่ใช่รูปภาพ ได้แก่ เอกสาร แถบบันทึกเสียง ก็รวมอยู่ในนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กเช่นกัน<sup>28</sup> ทั้งนี้ แม้นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายจะบัญญัติให้รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กในรูปภาพเขียนและภาพระบายสี แต่กรณีสื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกดัดแปลงหรือสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิกนี้ยังคงมีความคลุมเครือว่ารวมไปถึงกรณีดังกล่าวด้วยหรือไม่<sup>29</sup> นอกจากนี้นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กยังไม่รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดงเนื่องจากกฎหมายบัญญัติว่าต้องเป็นการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กเท่านั้น ทั้งๆที่สื่อลามกอนาจารเด็กทั้งสองลักษณะนี้ส่งผลกระทบต่อตัวเด็กและสังคมในทำนองเดียวกับสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงประเภทอื่นๆและมีความเสมือนจริงจนในบางครั้งไม่สามารถแยกออกได้โดยง่ายว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อเป็นเด็กที่มีตัวตนจริงหรือไม่ อนึ่ง ผู้เสนอร่างกฎหมายได้ชี้แจงว่านิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามประมวลกฎหมายอาญาหมายถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงและสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงในซึ่งเป็นภาพวาด ภาพระบายสี หรือการ์ตูน แต่ไม่รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดงและสื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิกที่มีความเสมือนจริง<sup>30</sup>

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ถึงปัญหาของนิยามสื่อลามกอนาจารเด็ก กล่าวคือ นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กส่วนแรกบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำที่มุ่งหมายให้สื่อลามกอนาจาร

<sup>27</sup> สำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม, *คู่มือและแนวทางการดำเนินการตามแผนและการเตรียมความพร้อมในการบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558* [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 15 มีนาคม 2561. แหล่งที่มา: <http://dl.parliament.go.th/handle/lirt/493528>

<sup>28</sup> สำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม, *คู่มือและแนวทางการดำเนินการตามแผนและการเตรียมความพร้อมในการบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558* [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 15 มีนาคม 2561. แหล่งที่มา: <http://dl.parliament.go.th/handle/lirt/493528>

<sup>29</sup> อภิรัฐ บุญทอง, "สาระสำคัญของความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก," *ตุลพาหะ*: 165 – 182.

<sup>30</sup> สัมภาษณ์, จินตนนท์ ชญาตร์ ศุภมิตร, สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ, 15 มิถุนายน 2561.

เด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงเท่านั้น ในขณะที่ส่วนต่อมาบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำที่ครอบคลุมไปถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงด้วย นอกจากนี้ผู้เสนอร่างกฎหมายยังได้ชี้แจงว่านิยามดังกล่าวครอบคลุมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงและสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงบางประเภทเท่านั้น ความไม่สอดคล้องกันของถ้อยคำตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ความคิดเห็นของนักกฎหมาย เจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย และแนวทางการบังคับใช้กฎหมายซึ่งออกโดยหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายนี้ก่อให้เกิดความสับสนในประเด็นสื่อลามกอนาจารเด็กที่อยู่ในรูปแบบภาพว่าครอบคลุมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กในลักษณะใดบ้าง ความไม่ชัดเจนดังกล่าวขัดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Principle of Legality) ที่วางหลักว่ากฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน<sup>31</sup> อีกทั้งยังส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นไปอย่างสับสนและไม่สามารถแก้ไขปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กได้

จากการศึกษานิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายต่างประเทศจะเห็นได้ว่าในประเด็นสื่อลามกอนาจารเด็กในรูปแบบภาพนี้ ทั้งกฎหมายอังกฤษ กฎหมายแคนาดา และกฎหมายฝรั่งเศสต่างบัญญัตินิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กให้ครอบคลุมไปถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริง ได้แก่ สื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดง สื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกดัดแปลงหรือสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิก และสื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นภาพวาด ภาพระบายสีหรือการ์ตูน เนื่องมาจากเหตุผลที่ได้นำเสนอไว้ในหัวข้อ 5.1.1.1 กล่าวคือ การเสพสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงอาจส่งผลให้เกิดการกระทำความผิดอาญาต่อเด็กที่มีตัวตนจริงและสามารถใช้เป็นเครื่องมือในการล่อลวงเด็กให้ตกเป็นเหยื่อของการล่วงละเมิดทางเพศได้ อีกทั้งสื่อลามกอนาจารเด็กในลักษณะนี้ยังส่งผลกระทบต่อสังคมในทำนองเดียวกับสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริง การเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กในลักษณะนี้ออกไปสู่สังคมทำให้ประชาชนในสังคมเกิดทัศนคติที่ว่า การล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กเป็นสิ่งที่สามารถยอมรับได้และมองว่าเด็กเป็นวัตถุทางเพศ ทัศนคติเช่นนี้ย่อมส่งผลให้ต่อสวัสดิภาพของเด็กและทำให้การแก้ไขปัญหาการแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบจากเด็กเป็นไปอย่างยากลำบาก

ประเทศญี่ปุ่นเป็นเพียงประเทศเดียวจากกลุ่มประเทศที่ทำการศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ที่จำกัดขอบเขตของนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กไว้เฉพาะกรณีที่บุคคลในสื่อเป็นเด็กที่มีตัวตนจริงโดยให้เหตุผลว่าการกำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงเป็น

<sup>31</sup> ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 39 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561), หน้า 44.

ความผิดอาญานั้นเป็นการละเมิดเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชนเกินสมควร<sup>32</sup> อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาสภาพสังคมและเศรษฐกิจของประเทศญี่ปุ่นที่การผลิตสื่อลามกอนาจารและการผลิตการ์ตูนและสื่อลามกอนาจารเป็นอุตสาหกรรมสำคัญของประเทศ ผู้วิจัยมีความคิดเห็นว่าเหตุผลประการสำคัญอีกประการหนึ่งที่กฎหมายญี่ปุ่นมิได้กำหนดความรับผิดอาญาสำหรับสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงเนื่องมาจากผลกระทบและความเสียหายที่อาจเกิดกับอุตสาหกรรมดังกล่าวเพราะการ์ตูนซึ่งแสดงให้เห็นตัวละครที่เป็นเด็กในบริบทที่สื่อไปในทางเพศนั้นเป็นส่วนหนึ่งของอุตสาหกรรมการ์ตูนและแอนิเมชันของประเทศญี่ปุ่น และสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงซึ่งมีความเสมือนจริงก็เป็นส่วนหนึ่งของอุตสาหกรรมสื่อลามกอนาจารของประเทศญี่ปุ่นเช่นกัน อีกทั้งยังมีผู้บริโภคสื่อในลักษณะนี้เป็นจำนวนมาก การกำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กรวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงด้วยย่อมส่งผลกระทบต่ออุตสาหกรรมดังกล่าวและอาจได้รับการต่อต้านจากผู้บริโภคสื่อและกลุ่มผู้เสียผลประโยชน์<sup>33</sup> หนึ่ง ในทางกลับกันการผลิตและเผยแพร่สื่อลามกอนาจารทั่วไปยังคงเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยและยังคงไม่ได้รับการยอมรับจากประชาชนส่วนมากในสังคม บริบททางสังคมในประเด็นสื่อลามกอนาจารของประเทศไทยจึงแตกต่างจากประเทศญี่ปุ่นอย่างสิ้นเชิง

ดังนั้น จึงจะเห็นได้ว่าความมุ่งหมายของกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน บางประเทศมุ่งคุ้มครองมิให้มีการนำเสนอเนื้อหาลามกเกี่ยวกับเด็ก ในขณะที่บางประเทศมุ่งคุ้มครองมิให้เกิดความเสียหายขึ้นกับเด็กที่มีตัวตนจริงเท่านั้น ความแตกต่างดังกล่าวส่งผลต่อการบัญญัตินิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กในแต่ละประเทศ ประเด็นต่อไปที่ควรพิจารณาคือการกำหนดนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทยควรเป็นไปในทิศทางใด กล่าวคือ กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยควรมุ่ง “คุ้มครองเด็กที่มีตัวตนจริง” หรือ “คุ้มครองมิให้มีการนำเสนอเนื้อหาลามกเกี่ยวกับเด็ก”

เมื่อพิจารณาจากเหตุผลในการบัญญัติกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กตามหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 ที่ระบุไว้ว่า “สื่อลามกอนาจารเด็กเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และเป็นปัจจัยที่ก่อให้เกิดการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กและส่งผลกระทบต่อสวัสดิภาพของเด็ก” จะเห็นได้ว่าผลกระทบต่อเด็ก ไม่ว่าจะเป็นผลกระทบจากการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กหรือผลกระทบต่อ

<sup>32</sup> Tom Maddocks, **Japan likely to pass long-awaited laws banning the possession of child pornography** [Online], Accessed: 31 March 2018. Available from <http://www.abc.net.au/news/2014-06-05/japan-child-pornography/5501416>

<sup>33</sup> James Fletcher, **Why hasn't Japan banned child-porn comics?** [Online], Accessed: 31 March 2018. Available from: <http://www.bbc.com/news/magazine-30698640>



ส่วสติภาพของเด็ก มิได้เกิดขึ้นจากสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงเท่านั้น แม้สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงจะมีได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อตัวเด็ก แต่ก็สามารถก่อให้เกิดผลกระทบต่อเด็กได้ในทำนองเดียวกันกับสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงและยังส่งผลกระทบต่อสังคมเช่นเดียวกับสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงดังที่ได้นำเสนอไว้ในหัวข้อ 5.1.1.1 อีกทั้งหากพิจารณาจากถ้อยคำตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1 (17) ที่วางหลักว่าสื่อลามกอนาจารเด็กรวมถึงวัตถุที่อยู่ในรูปเอกสารด้วยทั้ง ๆ ที่โดยสภาพของวัตถุชนิดนี้แล้วไม่อาจมีเด็กที่มีตัวตนจริงเข้าไปเกี่ยวข้องได้ก็อาจกล่าวได้ว่าทางผู้เสนอร่างกฎหมายยอมรับว่าสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงที่อยู่ในรูปแบบอื่นซึ่งไม่ใช่รูปภาพก่อให้เกิดผลกระทบต่อตัวเด็กและสังคมเช่นกัน

นอกจากนี้ เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กได้แสดงความคิดเห็นในประเด็นสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริง ดังต่อไปนี้

นายขจรศักดิ์ พุทธานุภาพ รองอธิบดีอัยการ สำนักงานการสอบสวน และกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์ซึ่งมีอำนาจในการตรวจพิจารณาและกำหนดประเภทภาพยนตร์ที่จะนำออกฉาย ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายในประเทศไทยตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ได้แสดงความคิดเห็นว่า “ในทัศนะของคณะกรรมการฯ ความเข้มงวดในการพิจารณาภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับพฤติกรรมทางเพศของเด็กกรณีทีบุคคลซึ่งปรากฏในสื่อดังกล่าวเป็นเด็กจริง ๆ กับกรณีทีบุคคลซึ่งปรากฏในสื่อไม่ใช่เด็กจริง ๆ นั้นไม่แตกต่างกัน ถึงแม้จะเป็นการ์ตูนหรือแอนิเมชัน แต่ถ้ามีฉากข่มขืนเด็กหรือพฤติกรรมทางเพศของเด็กที่ไม่เหมาะสมก็ต้องห้ามเผยแพร่เช่นกัน คำว่า “สื่อ” นี้ไม่ใช่จะเป็นเรื่องของบุคคลแสดงเสมอไป แม้แต่ข้อความก็เป็นสื่อได้ หากมีการเขียนบรรยายถึงการกระทำทางเพศต่อเด็กก็ย่อมเป็นสื่อลามกอนาจารเด็ก หรือแม้จะมีแค่เสียง แต่หากข้อความที่ปรากฏจากการพูดนำเสนอให้เห็นถึงการร่วมเพศกับเด็กก็น่าจะต้องถือเป็นสื่อลามกอนาจารเด็กด้วย ทางคณะกรรมการฯ ให้ความสำคัญกับความมุ่งหมายทางเพศที่ไม่เหมาะสมต่อเด็กมากกว่าข้อเท็จจริงที่ว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อนั้นเป็นเด็กจริงหรือไม่ เพราะการบังคับใช้กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กนี้ต้องสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่เป็นไปเพื่อคุ้มครองเด็กและคุ้มครองสังคมให้ปราศจากการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก”<sup>34</sup>

<sup>34</sup> สัมภาษณ์, ขจรศักดิ์ พุทธานุภาพ, รองอธิบดีอัยการ สำนักงานการสอบสวน, 3 พฤษภาคม 2561.

พันตำรวจโท รุ่งเลิศ คันธจันทร์ เจ้าหน้าที่ตำรวจประจำคณะทำงานปราบปรามการล่องละเมิดทางเพศต่อเด็กทางอินเทอร์เน็ต (TICAC) ซึ่งเป็นคณะทำงานภายใต้สำนักงานตำรวจแห่งชาติที่ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กและการแสวงหาประโยชน์ทางเพศต่อเด็กเพื่อการค้าเป็นการเฉพาะ ได้แสดงความคิดเห็นว่า “สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่มีเด็กจริง ๆ เป็นเข้าไปเกี่ยวข้องกับอาจมีความรุนแรงน้อยกว่าสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงเพราะสื่อลามกอนาจารเด็กในรูปแบบนี้ไม่เกิดผลกระทบต่อตัวเด็กโดยตรง อย่างไรก็ตาม สื่อลามกอนาจารเด็กในรูปแบบนี้ก็อาจเป็นสิ่งเร้าที่กระตุ้นให้บุคคลกระทำความผิดต่อเด็กที่มีตัวตนจริงได้ ในลักษณะของการพัฒนาการเป็นลำดับขั้น เช่น ตอนนี้นุคคลอาจจะชอบเด็กที่เป็นการ์ตูนแต่ในอนาคตก็อาจเป็นไปได้ว่าการเสพสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่มีเด็กจริง ๆ เข้าไปเกี่ยวข้องจะส่งผลให้เขาไปชอบเด็กจริงหรือล่องละเมิดทางเพศต่อเด็กจริง สำหรับกรณีสื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่ซึ่งมีลักษณะเหมือนเด็กเป็นผู้แสดง ผมก็เห็นว่ามีความกระทบในลักษณะเดียวกันกับสื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นการ์ตูน จากประสบการณ์ที่เจอมาผู้ที่ชอบสื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นเด็กจริง ๆ ก็น่าจะชอบสื่อลามกอนาจารเด็กในรูปแบบที่เป็นการ์ตูนด้วย”<sup>35</sup>

นางสาวดวงพร โชติปัญญา นิติกรชำนาญการ กรมกิจการเด็กและเยาวชนซึ่งเป็นหน่วยงานที่มีภารกิจในการคุ้มครองและพิทักษ์สิทธิเด็กและเยาวชน อีกทั้งยังเป็นหน่วยงานที่มีส่วนร่วมในกำหนดแนวทางในการบังคับใช้กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กตามคู่มือและแนวทางการดำเนินการตามแผนและการเตรียมความพร้อมในการบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 ได้แสดงความคิดเห็นว่า “ในแง่ของความรุนแรงและผลกระทบของสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริง กรณีที่เป็นภาพจะเห็นชัดเจนถึงความรุนแรงและผลกระทบ เมื่อเด็กเห็นภาพลามกอนาจารเด็กนั้น เด็กจะเกิดความอยากรู้อยากเห็นที่เห็นนั้นคืออะไรซึ่งเด็กยังไม่สามารถที่จะเข้าใจได้โดยตัวเด็กเอง สำหรับในลักษณะที่เป็นตัวอักษรนั้นเด็กก็อาจจะยังไม่สามารถเข้าใจได้เช่นกัน ดังนั้น คนที่เสพสื่อลามกอนาจารเด็กนี้คือผู้ใหญ่ซึ่งขึ้นอยู่กับจิตสำนึกของแต่ละบุคคล ถ้าคุณเสพสื่อลามกอนาจารเด็ก ไม่ว่าจะป็นรูปภาพหรือตัวหนังสือ แล้วไม่ได้ไม่ก่อให้เกิดอันตรายกับบุคคลภายนอก ส่วนตัวก็มองว่ามันไม่ได้มีผลเสียหายอะไร แต่ถ้าเสพแล้วไปทำให้ให้เกิดความเสียหายกับบุคคลนอก การกระทำดังกล่าวก็สมควรเป็นความผิด”<sup>36</sup>

<sup>35</sup> สัมภาษณ์, รุ่งเลิศ คันธจันทร์, พันตำรวจโท คณะทำงานปราบปรามการล่องละเมิดทางเพศต่อเด็กทางอินเทอร์เน็ต สำนักงานตำรวจแห่งชาติ, 8 พฤษภาคม 2561.

<sup>36</sup> สัมภาษณ์, ดวงพร โชติปัญญา, นิติกรชำนาญการ กรมกิจการเด็กและเยาวชน, 10 พฤษภาคม 2561.

เมื่อเจตนารมณ์ของกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นไปเพื่อ “คุ้มครองและป้องกันการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก”<sup>37</sup> หลาย ๆ ประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศแคนาดา ประเทศฝรั่งเศส จึงกำหนดนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กให้ครอบคลุมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงซึ่งอยู่ในรูปแบบภาพเพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย เนื่องจากสื่อลามกอนาจารเด็กทุกประเภทไม่ว่าจะมีเด็กที่มีตัวตนจริงเข้าไปเกี่ยวข้องหรือไม่ก็ตามต่างก็ส่งผลกระทบต่อเด็กและสังคมทั้งสิ้น นอกจากนี้จากความคิดเห็นในประเด็นสื่อลามกอนาจารเด็กข้างต้นจะเห็นได้ว่าเจ้าหน้าที่ทุกท่านยอมรับว่าสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงนั้นแม้จะมีได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อเด็ก แต่ก็ก่อผลกระทบโดยอ้อมต่อเด็กและสังคม จึงอาจกล่าวได้ว่าบริบทของสังคมไทยในปัจจุบัน ประชาชนส่วนมากมีทัศนคติแง่ลบเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กและมองว่าสื่อดังกล่าวส่งผลกระทบต่อตัวเด็กและสังคม ไม่ว่าจะสื่อนั้นมีเด็กที่มีตัวตนจริงเข้าไปเกี่ยวข้องหรือไม่ ทั้งนี้ แม้ประเทศญี่ปุ่นจะจำกัดนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กไว้เฉพาะกรณีที่มีเด็กซึ่งมีตัวตนจริงเข้าไปเกี่ยวข้อง แต่บริบททางสังคมในประเด็นสื่อลามกอนาจารระหว่างประเทศ ญี่ปุ่นและประเทศไทยแตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง อุตสาหกรรมสื่อลามกอนาจารและการ์ตูนเป็นอุตสาหกรรมสำคัญของญี่ปุ่น ในขณะที่อุตสาหกรรมดังกล่าวยังเป็นสิ่งที่ไม่ได้รับการยอมรับในประเทศไทย อีกทั้งในประเทศอังกฤษ ประเทศแคนาดา และประเทศฝรั่งเศส การผลิตและเผยแพร่สื่อลามกอนาจารทั่วไปก็สามารถทำได้ภายใต้การควบคุมของกฎหมายเช่นเดียวกับประเทศญี่ปุ่น แต่กรณีสื่อลามกอนาจารเด็กนี้เป็นเรื่องที่ถูกห้ามอย่างเด็ดขาด ไม่ว่าจะสื่อที่มีตัวตนจริง เข้าไปเกี่ยวข้องในกระบวนการผลิตหรือไม่ เนื่องจากทั้งสามประเทศให้น้ำหนักกับการคุ้มครองและป้องกันการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กมากกว่าเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชนผ่านสื่อลามกอนาจารเด็ก เมื่อการผลิตและสื่อลามกอนาจารทั่วไปยังคงเป็นสิ่งที่มีผิดกฎหมายในประเทศไทย กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยก็สมควรที่ให้น้ำหนักกับการคุ้มครองและป้องกันการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กมากกว่าเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชนผ่านสื่อลามกอนาจารเด็กเช่นกัน

ผู้วิจัยจึงมีความคิดเห็นว่า การบัญญัตินิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทยควรคำนึงถึงเนื้อหาที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นสำคัญ กล่าวคือ “กฎหมายควรมุ่งคุ้มครองมิให้มีการนำเสนอเนื้อหาลามกเกี่ยวกับเด็ก” โดยมีต้องคำนึงว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อ นั้นเป็นเด็กที่มีตัวตนจริง ๆ หรือไม่ เพราะทั้งสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงและสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงต่างก็เป็นอันตรายต่อเด็กและสังคมทั้งสิ้น การที่แนวทางการบังคับใช้กฎหมายซึ่งออกโดยหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายระบุว่านิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทยไม่รวมถึงสื่อลามกอนาจารที่บุคคลที่ปรากฏในสื่อมิใช่เด็กที่มีตัวตนจริง เช่น การ์ตูน การ

<sup>37</sup> หมายเหตุนายกรัฐมนตรีแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558

ดัดแปลงหรือสร้างโดยคอมพิวเตอร์กราฟิก อีกทั้งการที่เจตนาของผู้เสนอร่างกฎหมายไม่ประสงค์ ให้นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กรวมไปถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดงและสื่อลามก อนาจารเด็กที่ถูกสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิก ทั้ง ๆ บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญา กำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงในลักษณะอื่น เช่น การ์ตูน นิยาย แลบบ ันท์กเสียง รวมอยู่ในนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กย่อมก่อให้เกิดความสับสนในการบังคับใช้ กฎหมาย เพราะสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงเหล่านี้ต่างนำเสนอเนื้อหาลามกต่อ เด็กเช่นเดียวกันและส่งผลกระทบต่อสังคมเช่นเดียวกัน ยิ่งไปกว่านั้นสื่อลามกอนาจารเด็กที่อยู่ใน รูปแบบภาพยังสามารถนำเสนอเนื้อหาดังกล่าวได้ชัดเจนกว่าสื่อลามกอนาจารเด็กในรูปแบบอื่น ปัจจุบันถ้อยคำตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายยังมีความคลุมเครือว่านิยามของสื่อลามกอนาจารเด็ก รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงซึ่งอยู่ในรูปแบบภาพด้วยหรือไม่ ดังนั้นจึงควร มีการแก้ไขนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (17) ให้ชัดเจนโดย ครอบคลุมไปถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงซึ่งอยู่ในรูปแบบภาพ ได้แก่ สื่อลามก อนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดง สื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกดัดแปลงหรือสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์ กราฟิก และสื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นภาพวาด ภาพระบายสีหรือการ์ตูน เพื่อยับยั้งและป้องกัน อันตรายจากสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงซึ่งอาจเกิดต่อเด็กและสังคม

อย่างไรก็ดี การแก้ไขนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กให้ครอบคลุมถึงสื่อ ลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงซึ่งอยู่ในรูปแบบภาพนี้อาจเกิดข้อโต้แย้งว่าเป็นสิ่งที่ กระทบต่อเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชนเกินสมควรเพราะสื่อลามกอนาจารเด็กลักษณะ ดังกล่าวไม่มีเด็กที่มีตัวตนจริงเข้าไปเกี่ยวข้องจึงไม่ส่งผลกระทบต่อเด็ก ประเด็นนี้ผู้วิจัยมีความ คิดเห็นว่า การแก้ไขนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กให้ครอบคลุมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏ ภาพของเด็กจริงซึ่งอยู่ในรูปแบบภาพนี้ไม่กระทบต่อเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชนเกิน สมควร เมื่อพิจารณาจากรวมทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 4 ได้บัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง” ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นกรอบความคิดที่มุ่งถึงการให้เกียรติและยกย่องนับถือบุคคลอื่นเป็นมนุษย์ เช่นเดียวกัน แนวความคิดดังกล่าวต้องการให้มนุษย์ตระหนักว่าในความสัมพันธ์ระหว่างกันนั้นจะ ปฏิบัติต่อผู้อื่นเยี่ยงสัตว์คือในลักษณะต่ำกว่ามนุษย์ไม่ได้<sup>38</sup> แนวความคิดเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นี้ ถูกบัญญัติไว้ในบททั่วไปของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 อันเป็นการประกาศ เจตนาของรัฐธรรมนูญว่าจะให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การตีความเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ ขึ้นพื้นฐานต่าง ๆ จึงต้องตีความว่าสิทธิและเสรีภาพขึ้นพื้นฐานอื่น ๆ นั้นมีผลมาจากศักดิ์ศรีความเป็น

<sup>38</sup> นพนิติ สุริยะ, สิทธิมนุษยชน : แนวคิดและการคุ้มครอง (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2559), หน้า 43.

มนุษย์และต้องนำเนื้อหาของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาใช้ประกอบการตีความสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานอื่น ๆ ด้วย แนวความคิดดังกล่าวย่อมก่อสิทธิเรียกร้องต่อรัฐให้กระทำการต่าง ๆ เพื่อบรรลุเป้าหมายต่อการใช้สิทธิและเสรีภาพ<sup>39</sup> แม้การกำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงซึ่งอยู่ในรูปแบบภาพเป็นความผิดอาญาจะกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชน แต่การเปิดโอกาสให้มีการระบายความต้องการทางเพศผ่านสื่อลามกอนาจารเด็ก แม้ว่าสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นจะไม่มีเด็กที่มีตัวตนจริงเข้ามาเกี่ยวข้องย่อมทำให้เด็กตกอยู่ในฐานะวัตถุทางเพศอันเป็นการลดทอนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างร้ายแรงเช่นกัน<sup>40</sup> ดังที่ได้อธิบายในหัวข้อ 5.1.1.1 เมื่อพิจารณาจากการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้ประกาศเจตนารมณ์ของรัฐว่าจะให้ความสำคัญคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การกำหนดเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน รวมทั้งเสรีภาพในการแสดงออกจึงต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วย การให้เสรีภาพประชาชนในการแสดงออกผ่านสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงด้วยเหตุผลที่ว่าสื่อดังกล่าวมิได้มีเด็กที่มีตัวตนจริงเข้าไปเกี่ยวข้องนั้นย่อมไม่อาจเปลี่ยนแปลงข้อเท็จจริงที่ว่าสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นสิ่งที่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างร้ายแรงอันเป็นสิ่งที่ขัดกับหลักการตามมาตรา 4 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ไปได้

นอกจากนี้การใช้เสรีภาพในการแสดงออกผ่านสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงยังกระทบต่อสิทธิอื่นๆ ที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ให้ความสำคัญคุ้มครองเช่นกันเช่นกัน มาตรา 32 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เกียรติยศ ชื่อเสียง และครอบครัว” การใช้เสรีภาพในการแสดงออกผ่านสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงไม่เพียงแต่ลดทอนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เท่านั้น แต่ยังกระทบต่อสิทธิในเกียรติยศและชื่อเสียงของบุคคลด้วย เนื่องจากเนื้อหาของสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงที่แสดงให้เห็นถึงการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กและการปฏิบัติกับเด็กในฐานะวัตถุทางเพศย่อมเป็นการปฏิเสธสิทธิในเกียรติยศและชื่อเสียงของเด็กซึ่งเป็นกลุ่มบุคคลที่อ่อนแอที่สุดของสังคม<sup>41</sup> อีกทั้งเนื้อหาเนื้อหาที่นำเสนอว่าเด็กเป็นวัตถุทางเพศเพื่อตอบสนองความต้องการของผู้ใหญ่ยังกระทบต่อความเสมอภาค<sup>42</sup> ซึ่งเป็นสิ่งได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560<sup>43</sup>

<sup>39</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558), หน้า 111 - 113.

<sup>40</sup> Wendy L. Pursel, "Computer-Generated Child Pornography: A Legal Alternative?," *Seattle University Law Review*: 645 – 665.

<sup>41</sup> R. v. Sharpe, [2001] 1 SCR 45, 2001 SCC 2

<sup>42</sup> Ibid.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 วางหลักว่าบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงออก การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือเพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน<sup>44</sup> อีกทั้งกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลยังต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้<sup>45</sup> ข้อเสนอแนะในการแก้ไขนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กให้รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงซึ่งอยู่ในรูปแบบภาพนี้ แม้จะเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชน แต่ก็เกินไปเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เนื่องจากสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงส่งผลกระทบต่อเด็กและส่งผลกระทบต่อสังคมในทำนองเดียวกับสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริง อีกทั้งสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงนี้ยังเป็นสิ่งที่ลิดทอนศักดิ์ศรีศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กและกระทบต่อสิทธิอื่น ๆ ของเด็กที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย เมื่อพิจารณาจากลักษณะและเนื้อหาของสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงจะเห็นได้อย่างชัดเจนว่าการแสดงออกผ่านสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงนี้เป็นสิ่งที่มีคุณค่าน้อยมากและไม่ใช้สิ่งไหนที่แนวความคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงออกประสงค์จะให้ความคุ้มครอง<sup>46</sup> เมื่อชั่งน้ำหนักระหว่างการคุ้มครองความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของสังคมจากผลกระทบที่เกิดจากสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงและเสรีภาพในการแสดงออกผ่านสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏ

<sup>43</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 – มาตรา 4 - ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง

ปวงชนชาวไทยย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเสมอกัน

<sup>44</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 – มาตรา 34 - บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน

<sup>45</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 – มาตรา 26 - การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

<sup>46</sup> Wade T. Anderson, "Criminalizing "Virtual" Child Pornography under the Child Pornography Prevention Act: Is It Really What It "Appears to Be?," *University of Richmond Law Review*: 393 - 421.

ภาพของเด็กจริงย่อมเห็นได้อย่างชัดเจนว่า ประเทศไทยควรให้นำหน้ากับการคุ้มครองความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของสังคมโดยการกำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงเป็นความผิดอาญามากกว่า นอกจากนี้เมื่อพิจารณากฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยในปัจจุบันจะพบว่าได้มีการเปิดช่องให้ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กสามารถยกข้ออ้างกรณีการกระทำที่มีได้เป็นไปเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศชั้นเพื่อให้การกระทำของตนไม่เป็นความผิดได้ เช่น การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อประโยชน์ในการดำเนินกระบวนการยุติธรรม การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อประโยชน์ทางการแพทย์ ซึ่งจะได้อธิบายโดยละเอียดต่อไปในหัวข้อ 5.3.1 การกำหนดข้ออ้างดังกล่าวไว้ในกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชนและเป็นหลักประกันว่ากฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กจะไม่กระทบต่อเสรีภาพในการแสดงออกโดยสุจริตของประชาชน<sup>47</sup> ดังนั้น การแก้ไขนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทยให้รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงซึ่งอยู่ในรูปแบบภาพจึงไม่กระทบต่อเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชนเกินสมควรแต่อย่างใด

การชั่งน้ำหนักระหว่างการคุ้มครองความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของสังคมจากผลกระทบที่เกิดจากสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงและเสรีภาพในการแสดงออกผ่านสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงตามที่ได้วิเคราะห์ข้างต้นเป็นไปในทำนองเดียวกับหลักการกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศแคนาดาวัตถุประสงค์สำคัญของการบัญญัติกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศแคนาดาเป็นไปเพื่อปราบปรามการแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบจากเด็ก อีกทั้งยังเป็นไปเพื่อปลูกฝังทัศนคติว่าเด็กจำเป็นต้องได้รับการคุ้มครองจากผลกระทบต่าง ๆ ที่เกิดจากการล่วงละเมิดทางเพศและไม่ใช่ว่าบุคคลที่เหมาะสมสำหรับการประกอบกิจกรรมทางเพศ<sup>48</sup> ดังนั้น กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศแคนาดาจึงบัญญัตินิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กให้ครอบคลุมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงด้วย เพราะหากไม่บัญญัติให้นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กรวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงย่อมไม่สามารถทำให้ประชาชนตระหนักได้ว่าเด็กมิใช่วัตถุทางเพศ อย่างไรก็ตาม ประเทศแคนาดาได้ตระหนักถึงเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชนเช่นกันจึงได้กำหนดข้อยกเว้นกรณีมีเหตุอันสมควรไว้ในกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อเป็นหลักประกันว่า

<sup>47</sup> House of Commons Debates, 34th Parliament, 3rd Session : Vol. 16 [Online], Accessed: 6 July 2018. Available from: [http://parl.canadiana.ca/view/oop.debates\\_HOC3403\\_16/1?r=0&s=1](http://parl.canadiana.ca/view/oop.debates_HOC3403_16/1?r=0&s=1)

<sup>48</sup> Ibid.

การบังคับใช้กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กจะไม่กระทบต่อการแสดงออกผ่านสื่อลามกอนาจารเด็ก บางรูปแบบที่เป็นประโยชน์ต่อสังคม<sup>49</sup>

เมื่อพิจารณาจากเหตุผลต่าง ๆ ที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าการแก้ไข นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทยให้รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของ เด็กจริงซึ่งอยู่ในรูปแบบภาพนั้นเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกในสัดส่วนที่เหมาะสม อีกทั้ง ประชาชนส่วนใหญ่ยังเห็นได้อย่างชัดเจนว่าการกระทำใด ๆ เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏ ภาพของเด็กจริงนี้เป็นภัยคุกคามต่อสังคมและไม่สามารถให้อภัยต่อการกระทำดังกล่าวได้ดังจะเห็นได้ จากความคิดเห็นของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขปัญหาสื่อลามก อนาจารเด็กแต่ละท่าน การปราบปรามสื่อดังกล่าวจึงเป็นสิ่งที่สังคมเห็นว่าถูกต้อง สื่อลามกอนาจาร เด็กในลักษณะดังกล่าวจึงสมควรถูกบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาเพื่อให้บรรลุนิติกรรมประการสำคัญ ของกฎหมายอาญาที่เป็นไปเพื่อคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของสังคม การควบคุมการกระทำ ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในลักษณะนี้โดยใช้กระบวนการยุติธรรมจึงไม่เป็นการใช้ กระบวนการนั้นเกินสมรรถภาพ อีกทั้งการกำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กเทียมเป็นความผิดอาญาเพื่อ คุ้มครองและป้องกันการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กยังสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อย ับยั้งการทำความผิด นอกจากนี้การบัญญัตินิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กโดยคำนึงถึงเนื้อหาที่ ปรากฏในสื่อเป็นสิ่งสำคัญย่อมส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างยุติธรรมและไม่เลือกปฏิบัติ หนึ่ง แม้จะมีการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารทั่วไปแล้วแต่สื่อที่มีเนื้อหาลามกอนาจาร เกี่ยวกับเด็กนี้มีความรุนแรงกว่าสื่อลามกอนาจารทั่วไป เพราะเด็กเป็นกลุ่มบุคคลที่มีความอ่อนแอกว่า ผู้ใหญ่ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาเพราะไม่มีวิธีการอื่น ๆ ที่ เหมาะสมในการแก้ไขปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็ก การกำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพ ของเด็กจริงเป็นความผิดอาญาจึงสอดคล้องกับแนวความคิดในการกำหนดความผิดอาญาของ ศาสตราจารย์เซอร์เบิร์ต แอล แพ็กเกอร์

ประเด็นต่อไปที่ต้องพิจารณาคือการแก้ไขนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กให้ รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงนี้ควรบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำในรูปแบบใด แม้ กฎหมายอังกฤษ กฎหมายแคนาดา และกฎหมายฝรั่งเศสจะบัญญัตินิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กให้ ครอบคลุมสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงเช่นเดียวกัน แต่การบัญญัตินิยามของแต่ละ ประเทศมีแนวทางที่แตกต่างกัน กรณีของประเทศอังกฤษนั้นมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบัญญัติ นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กถึง 3 ฉบับ ผู้วิจัยจึงมีคิดความคิดเห็นว่า การที่บัญญัตินิยามของสื่อ ลามกอนาจารเด็กไว้ในกฎหมายหลายฉบับอาจก่อให้เกิดความสับสนในการบังคับใช้กฎหมาย สำหรับ

<sup>49</sup> Ibid.



กรณีของประเทศฝรั่งเศสนั้นมีการบัญญัตินิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กโดยใช้คำว่า “รูปภาพหรือสื่อใด ๆ” ซึ่งคำว่าสื่อใด ๆ เป็นคำที่มีความหมายกว้างและอาจก่อให้เกิดการตีความกฎหมายที่ขยายความออกไปเกินจากเจตนารมณ์ของกฎหมาย ดังนั้น ผู้วิจัยจึงมีความคิดเห็นว่าจะไม่นำแนวทางของกฎหมายอังกฤษและกฎหมายฝรั่งเศสมาปรับใช้กับกฎหมายไทยแต่อย่างใด

เมื่อพิจารณาจากนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายแคนาดาจะเห็นได้ว่านิยามดังกล่าวครอบคลุมทั้งสื่อลามกอนาจารเด็กในรูปแบบภาพ เอกสาร และแถบบันทึกเสียง ซึ่งเป็นไปในทิศทางเดียวกับนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยในปัจจุบัน อีกทั้งยังบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำที่ชัดเจนและตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ผู้วิจัยจึงมีความคิดเห็นว่าการแก้ไขนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทยนี้ควรนำแนวทางของกฎหมายแคนาดา มาปรับใช้ อย่างไรก็ตาม มีนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กสองส่วนที่ผู้วิจัยเห็นว่าไม่สมควรนำมาเป็นแนวทางในการบัญญัตินิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทย ดังนี้

ส่วนแรก นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายแคนาดานั้นรวมถึงสื่อในรูปแบบภาพของเด็กที่มีตัวตนจริง ๆ ซึ่งองค์ประกอบสำคัญของสื่อมุ่งแสดงให้เห็นถึงของอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของเด็ก เช่น ภาพเด็กสวมใส่ชุดว่ายน้ำซึ่งมีการถ่ายเน้นให้เห็นถึงอวัยวะเพศของเด็ก<sup>50</sup> ศาลเคยอธิบายว่า ภาพถ่ายขณะเด็กอาบน้ำที่ถ่ายกันภายในครอบครัวซึ่งไม่ได้มุ่งแสดงให้เห็นถึงอวัยวะเพศหรือทวารหนักของเด็กเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศนั้น หากภาพดังกล่าวถูกนำไปใส่ในอัลบั้มเดียวกับภาพลามกอนาจารทั่วไปที่กระตุ้นความรู้สึกทางเพศ ภาพดังกล่าวก็สามารถกลายเป็นภาพที่มีความมุ่งหมายเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศได้ตามนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กในส่วนนี้ได้เช่นกัน<sup>51</sup> ในส่วนนี้ผู้วิจัยมีความคิดเห็นว่าการขยายความให้สื่อลามกอนาจารเด็กกรวมไปถึงกรณีภาพถ่ายที่มีได้มีความมุ่งหมายในทางเพศซึ่งรวมอยู่ในอัลบั้มเดียวกับภาพลามกอนาจารนั้นเป็นสิ่งที่กระทบต่อเสรีภาพของประชาชนเกินสมควร เพราะการตัดสินว่าวัตถุใดเป็นสื่อลามกอนาจารเด็กควรพิจารณาจากเนื้อหาของวัตถุนั้นเป็นสำคัญ นอกจากนี้จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของประเทศไทย การพิจารณาว่ากรณีใดมีลักษณะลามกอนาจารมิได้จำกัดว่าจะบุคคลจะต้องเปลือยเท่านั้น การที่นางแบบแสดงแฟชั่นโชว์ โดยแต่งกายด้วยชุดอาบน้ำตัดเย็บด้วยผ้าลูกไม้บางและสามารถมองผ่านช่องว่างของผ้าลูกไม้บางนั้นเห็นบนเนื้อตัวร่างกายของนางแบบย่อมเป็นกรณีที่มีลักษณะลามกอนาจารแล้ว<sup>52</sup> เมื่อเทียบเคียงแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของประเทศไทยกับกรณีตัวอย่างของประเทศแคนาดาจะเห็นว่าภาพเด็กสวมใส่ชุดว่ายน้ำซึ่งมีการถ่ายเน้นให้เห็นถึงอวัยวะเพศของเด็กย่อมมีลักษณะลามกอนาจารตามกฎหมาย

<sup>50</sup> R. v. Rudiger, 2011 BCSC 1397

<sup>51</sup> R. v. Sharpe, [2001] 1 SCR 45, 2001 SCC 2

<sup>52</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5519/2531

ไทยเช่นกัน กรณีดังกล่าวจึงอยู่ในวิสัยที่ศาลจะสามารถพิจารณาพิพากษาได้ภายใต้ขอบเขตของคำว่า “ลามกอนาจาร” โดยไม่จำเป็นต้องเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวแต่อย่างใด

ส่วนที่สอง นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายแคนาดาครอบคลุมสื่อลามกอนาจารเด็กในรูปแบบภาพ เอกสาร และแถบบันทึกเสียงที่เสนอแนะหรือสนับสนุนให้เกิดการประกอบกิจกรรมทางเพศกับเด็ก แม้สื่อเหล่านั้นจะมีได้นำเสนอให้เห็นถึงการประกอบกิจกรรมทางเพศอย่างชัดเจน เช่น การแลกเปลี่ยนข้อความที่มีเนื้อหาว่าบุคคลทั้งสองได้ปรึกษาและตกลงกันจะร่วมกันล่องละเมิดทางเพศเด็กหญิง<sup>53</sup> ส่วนนี้ผู้วิจัยมีความคิดเห็นว่าการกำหนดนิยามให้รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่มีเนื้อหาดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความไม่ชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมาย เพราะกรณีใดจะถือว่าเป็นการเสนอแนะหรือสนับสนุนให้เกิดการประกอบกิจกรรมทางเพศนั้นขึ้นอยู่กับมุมมองแต่ละคนซึ่งอาจทำให้เกิดการขยายความออกไปจนกระทบต่อเสรีภาพของประชาชนเกินสมควร นอกจากนี้ยังอาจบ่งชี้ว่าผู้มีส่วนดังกล่าวอาจถูกนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการโฆษณาชวนเชื่อที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังได้ (Hate Propaganda)<sup>54</sup>

แม้นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กสองส่วนข้างต้นจะบัญญัติขึ้นเพื่อให้เจตนารมณ์ของกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นไปเพื่อคุ้มครองและป้องกันการล่องละเมิดทางเพศต่อเด็กสำเร็จลุล่วงอันเป็นไปตามหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล แต่การบัญญัตินิยามดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อบุคคลมิได้มีเจตนาร้ายต่อเด็ก เช่น การถ่ายภาพเด็กอาบน้ำโดยบุคคลในครอบครัว การส่งข้อความที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการกระทำทางเพศของเด็กโดยมิได้มีจุดประสงค์เพื่อล่องละเมิดทางเพศต่อเด็ก ซึ่งย่อมกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินสมควรอันสิ่งขัดต่อหลักความจำเป็น นอกจากนี้บทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวอาจถูกนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการโฆษณาชวนเชื่อที่ก่อให้เกิดความเกลียดชังได้และอาจก่อให้เกิดโทษมากกว่าประโยชน์อันขัดต่อหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ หากนำแนวทางของกฎหมายแคนาดาทั้งสองส่วนข้างต้นมาใช้ในการกำหนดนิยามสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทยย่อมขัดต่อหลักความได้สัดส่วน ดังนั้น ผู้วิจัยจึงมีความคิดเห็นว่าการนำแนวทางตามกฎหมายแคนาดาใช้ในการแก้ไขนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กแต่เพียงบางส่วนเท่านั้น โดยนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทยควรเป็นไปแนวทางดังต่อไปนี้

(1) กรณีสื่อลามกอนาจารเด็กในรูปแบบภาพควรกำหนดให้ครอบคลุมถึงวัตถุใด ๆ ที่แสดงให้เห็นภาพ โดยภาพดังกล่าวนำเสนอให้เห็นถึงการประกอบกิจกรรมทางเพศเด็กหรือบุคคลที่ถูกนำเสนอให้เห็นว่าเป็นเด็ก ไม่ว่าบุคคลดังกล่าวจะมีตัวตนจริงหรือไม่ก็ตาม

<sup>53</sup> R. v. A.V., 2016 ONCJ 827

<sup>54</sup> Bruce Ryder, "The Harms of Child Pornography Law," *UBC Law Review* 36, 1 (2003): 101 – 135.

(2) กรณีสื่อลามกอนาจารเด็กในรูปแบบเอกสารควรกำหนดให้ครอบคลุมถึงเอกสารที่มีองค์ประกอบสำคัญเป็นบรรยายการประกอบกิจกรรมทางเพศกับเด็กเป็นความผิดอาญาเป็นความผิดตามอาญาเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ

(3) กรณีสื่อลามกอนาจารเด็กในรูปแบบแถบบันทึกเสียงควรกำหนดให้ครอบคลุมถึงแถบบันทึกเสียงที่มีองค์ประกอบสำคัญเป็นการบรรยายการประกอบกิจกรรมทางเพศกับเด็กซึ่งเป็นความผิดตามอาญาโดยมีวัตถุประสงค์ทางเพศ

ประเด็นขอบเขตของนิยามสื่อลามกอนาจารเด็กสรุปได้ว่า เจตนารมณ์ของกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นไปเพื่อคุ้มครองและป้องกันการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กซึ่งไม่ว่าจะเป็นสื่อลามกอนาจารเด็กที่มีเด็กหรือไม่มีเด็กเข้าไปเกี่ยวข้องต่างก็ส่งผลกระทบต่อเด็กและสังคมทั้งสิ้น กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กจึงควรพิจารณาถึงเนื้อหาที่ปรากฏในสื่อว่ามีลักษณะลามกอนาจารเกี่ยวกับเด็กหรือไม่เป็นสำคัญ มิใช่พิจารณาว่ามีเด็กเข้าไปเกี่ยวข้องจริงหรือไม่ ดังนั้น นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยจึงควรถูกแก้ไขให้ชัดเจนโดยบัญญัติให้รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงซึ่งอยู่ในรูปแบบภาพทุกประเภท ไม่ว่าจะบุคคลที่ปรากฏในสื่อจะเป็นเด็กที่มีตัวตนจริงหรือไม่ ได้แก่ สื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดง สื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกดัดแปลงหรือสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิก และสื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นภาพวาด ภาพระบายสี หรือการ์ตูน โดยยึดแนวทางของนิยามสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายแคนาดาเพื่อยับยั้งและป้องกันอันตรายของการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กที่จะเกิดต่อตัวเด็กและสังคม

### 5.1.1.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบเรื่องการพิสูจน์อายุของบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็ก

ปัญหาเรื่องการพิสูจน์อายุของบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นปัญหาอีกประการที่เกิดขึ้นกับการบังคับใช้กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของหลาย ๆ ประเทศ เนื่องจากบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นส่วนมากมักจะไม่สามารถระบุตัวตนได้<sup>55</sup> หัวข้อนี้จึงจะทำการวิเคราะห์ในประเด็นการพิสูจน์อายุของบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายต่างประเทศเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย และเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ กฎหมายของประเทศอังกฤษกำหนดนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กให้รวมถึงทั้งสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงและสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงซึ่งอยู่ในรูปแบบภาพ ได้แก่ สื่อ

<sup>55</sup> Alisdair A. Gillespie, "Child Pornography," *Information & Communications Technology Law* 27, 1 (2018): 30 – 54.

ลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดง สื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกตัดแปลงหรือสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิก และสื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นภาพวาด ภาพระบายสีหรือการ์ตูน ดังนั้น การพิสูจน์อายุของเด็กนี้ฝ่ายโจทก์ไม่จำเป็นที่จะต้องพิสูจน์ให้ทราบถึงอายุที่แท้จริงของเด็ก เพียงพิสูจน์ว่าสื่อลามกอนาจารดังกล่าวนำเสนอให้เห็นเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปีก็เพียงพอแล้ว<sup>56</sup> การพิจารณาว่ากรณีใดจึงจะเป็นการนำเสนอให้เห็นว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อเป็นเด็กสามารถพิจารณาโดยใช้หลักวิญญูชนซึ่งในระบบกฎหมายของอังกฤษจะพิจารณาโดยคณะลูกขุนอันเป็นตัวแทนของวิญญูชน กล่าวคือ คณะลูกขุนสามารถพิจารณาจากลักษณะภายนอกของบุคคลที่ปรากฏในสื่อ รวมทั้งพยานหลักฐานอื่น ๆ ที่ปรากฏในคดี หากคณะลูกขุนเห็นว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารนี้เป็นเด็ก สื่อดังกล่าวก็ย่อมเป็นสื่อลามกอนาจารเด็ก การพิจารณาอายุของบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายอังกฤษไม่จำเป็นที่จะต้องอาศัยพยานผู้เชี่ยวชาญ<sup>57</sup> อย่างไรก็ตาม หากมีการนำสืบพยานผู้เชี่ยวชาญ คณะลูกขุนก็สามารถนำพยานผู้เชี่ยวชาญมาใช้ประกอบการพิจารณาได้<sup>58</sup>

นอกจากนี้กฎหมายอังกฤษยังได้แบ่งความผิดอาญาออกเป็น 3 ประเภท<sup>59</sup> ตามวิธีการพิจารณาคดีในศาล ได้แก่ ความผิดที่ต้องฟ้องโดยคำฟ้อง (Indictable Offences) ซึ่งมีโทษร้ายแรงจึงต้องพิจารณาคดีโดยผู้พิพากษาและคณะลูกขุน<sup>60</sup> ความผิดซึ่งพิจารณาแบบรวบรัดได้ (Summary Conviction Offences) ซึ่งมีความรุนแรงน้อยจึงสามารถพิจารณาแบบรวบรัดโดยใช้ผู้พิพากษาและไม่ต้องใช้คณะลูกขุน<sup>61</sup> และความผิดที่จะฟ้องโดยคำฟ้องหรือพิจารณาแบบรวบรัดก็ได้ (Hybrid Offences)<sup>62</sup> เมื่อพิจารณาทบบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กกฎหมาย Protection of Children Act 1978, กฎหมาย Criminal Justice Act 1988 และกฎหมาย Coroners and Justice Act 2009 พบว่าความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กทุกฐานความผิดนั้นเป็นความผิดที่จะฟ้องโดยคำฟ้องหรือพิจารณาแบบรวบรัดก็ได้ ดังนั้น แม้โดยหลักแล้วคณะลูกขุนจะเป็นผู้พิจารณาว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อเป็นเด็กหรือไม่ แต่หากคดีสื่อลามกอนาจารเด็กคดีใดใช้วิธีการดำเนินคดีแบบรวบรัด อำนาจในการพิจารณาองค์ประกอบความผิดดังกล่าวย่อมเป็นของผู้พิพากษาซึ่งสามารถพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคดีได้ในทำนองเดียวกับคณะลูกขุน

<sup>56</sup> Ibid.

<sup>57</sup> R. v. Land [1998] 1 Cr. App. R. 301

<sup>58</sup> Alisdair A. Gillespie, "Child Pornography," *Information & Communications Technology Law*: 30 - 54.

<sup>59</sup> สมชัย เมธากวินโสภณ, "ปัญหาองค์คณะในการพิจารณาคดีอาญาของไทย," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 30 - 32.

<sup>60</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>61</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>62</sup> เรื่องเดียวกัน.

ประเทศแคนาดาเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และมีการแบ่งความผิดอาญาออกเป็น 3 ประเภทเช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ โดยความผิดฐานผลิตสื่อลามกอนาจารเด็ก<sup>63</sup> และเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก<sup>64</sup> เป็นความผิดที่ต้องฟ้องโดยคำฟ้องเท่านั้น ในขณะที่ความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก<sup>65</sup> และเข้าถึงสื่อลามกอนาจารเด็ก<sup>66</sup> เป็นความผิดที่จะฟ้องโดยคำฟ้องหรือพิจารณาแบบรวบรัดก็ได้ นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศแคนาดานั้นครอบคลุมถึงทั้งสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงและสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริง ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบภาพ เอกสาร หรือแถบบันทึกเสียง ดังนั้น การพิจารณาว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อดังกล่าวเป็นเด็กหรือไม่จึงไม่จำเป็นต้องพิสูจน์อายุที่แท้จริงของบุคคลที่ปรากฏในสื่อและไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อมีตัวตนจริง เพียงพิจารณาว่าสื่อดังกล่าวนำเสนอเนื้อหาลามกอนาจารเกี่ยวกับเด็กโดยใช้หลักวิญญูชนก็เพียงพอแล้ว ดังนั้น ในคดีที่ฟ้องโดยคำฟ้อง คณะลูกขุนจะเป็นผู้ทำหน้าที่ในการพิจารณาว่าสื่อดังกล่าวนำเสนอลามกอนาจารเกี่ยวกับเด็กหรือไม่ ในขณะที่คดีซึ่งใช้วิธีการพิจารณาแบบรวบรัดหน้าที่ดังกล่าวจะเป็นของผู้พิพากษา ทั้งนี้ คณะลูกขุนและผู้พิพากษาสสามารถวินิจฉัยได้จากพยานหลักฐานที่ปรากฏในคดี

กรณีสื่อลามกอนาจารเด็กที่อยู่ในรูปแบบภาพ วัตถุดังกล่าวจะอยู่ในนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กต่อเมื่อ “วัตถุดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี หรือบุคคลที่ถูกทำให้เห็นว่ามีอายุต่ำกว่า 18 ปีซึ่งเข้าร่วมในการประกอบกิจกรรมทางเพศอย่างชัดเจน” โดยแนวคำพิพากษาของศาลแคนาดาได้วางหลักว่า การวินิจฉัยว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อเป็นเด็กหรือถูกทำให้เห็นว่าเป็นเด็กหรือไม่อาจพิจารณาได้จากลักษณะต่างๆ เช่น ลักษณะของอวัยวะเพศและขนบริเวณอวัยวะเพศ<sup>67</sup> การพัฒนาของเต้านม<sup>68</sup> การพัฒนาของสะโพก<sup>69</sup> รูปแบบของการแต่งกายที่นำเสนอว่าบุคคลที่ปรากฏในภาพเป็นเด็ก<sup>70</sup>

ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยระบบศาลของประเทศฝรั่งเศสแบ่งศาลชั้นต้นที่ทำหน้าที่ในการตัดสินคดีออกเป็น 3 ศาล ได้แก่ ศาลตำรวจ<sup>71</sup> ศาลฆังมิโมไซ<sup>72</sup> และศาลลูกขุน<sup>73</sup> ซึ่งความพิเศษของศาลลูกขุนที่แตกต่างจากศาลแขวง

<sup>63</sup> Criminal Code of Canada – Section 163.1(2)

<sup>64</sup> Criminal Code of Canada – Section 163.1(3)

<sup>65</sup> Criminal Code of Canada – Section 163.1(4)

<sup>66</sup> Criminal Code of Canada – Section 163.1(4.1)

<sup>67</sup> R. v. Garbett, 2008 ONCJ 97.

<sup>68</sup> Ibid.

<sup>69</sup> Ibid.

<sup>70</sup> Ibid.

<sup>71</sup> French Penal Code – Article 131-13

และศาลมัชฌิมโทซนี่ คือ ศาลลูกขุนจะมีคณะลูกขุนทำหน้าที่ในการพิจารณาคดีร่วมกับองค์คณะผู้พิพากษา ในขณะที่ศาลอื่น ๆ จะมีเฉพาะผู้พิพากษาอาชีพเป็นองค์คณะในการพิจารณาคดีเท่านั้น<sup>74</sup> นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายฝรั่งเศสบัญญัติโดยใช้คำว่า “รูปภาพหรือสื่อใด ๆ ของเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี ซึ่งมีลักษณะสื่อไปในทางลามกอนาจาร รวมถึงรูปภาพของบุคคลที่มีลักษณะทางกายภาพเป็นเด็ก”<sup>75</sup> ซึ่งครอบคลุมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงซึ่งอยู่ในรูปแบบภาพ กล่าวคือ สื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดง สื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกดัดแปลงหรือสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิก และสื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นภาพวาด ภาพระบายสีหรือการ์ตูน การดำเนินคดีสื่อลามกอนาจารเด็กจึงไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อเป็นเด็กที่มีตัวตนจริงหรือพิสูจน์อายุที่แท้จริงของเด็ก เพียงพิสูจน์ว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อมีลักษณะทางกายภาพเป็นเด็กก็พอแล้ว ทั้งนี้ คดีสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นเป็นคดีที่มีระวางโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี จึงอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลมัชฌิมโทซนี่ซึ่งเป็นศาลที่ไม่มีคณะลูกขุน ดังนั้นบุคคลที่จะเป็นผู้พิจารณาว่าสื่อลามกอนาจารใดนำเสนอให้เห็นเด็กหรือบุคคลที่มีลักษณะทางกายภาพเป็นเด็กก็คือผู้พิพากษาในคดีนั้นโดยพิจารณาจากพยานหลักฐานที่ปรากฏในคดี<sup>76</sup> เช่น กรณีการ์ตูน การที่ลักษณะของตัวละครที่ในสื่อเป็นเป็นเด็ก ใบหน้าแสดงให้เห็นว่าตัวละครดังกล่าวมีอายุน้อยมาก และมีขนาดตัวเล็กกว่าเมื่อเปรียบเทียบกับตัวละครอื่นที่มีลักษณะเป็นผู้ใหญ่ย่อมเป็นอยู่ในนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็ก<sup>77</sup>

ประเทศญี่ปุ่นเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายญี่ปุ่นจำกัดเฉพาะสื่อลามกอนาจารที่บุคคลซึ่งปรากฏในสื่อเป็นเด็กที่มีตัวตนจริงเท่านั้น<sup>78</sup> ดังนั้น หากไม่สามารถระบุตัวตนของบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กได้ว่าเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปีหรือไม่ การดำเนินคดีเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กย่อมเป็นไปได้ยาก<sup>79</sup>

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>72</sup> French Penal Code – Article 131-4

<sup>73</sup> French Penal Code – Article 131-1

<sup>74</sup> Walter Cairns and Robert Mckeon, *Introduction to French Law* (London: Cavendish Pub., 1995), p. 32 – 38.

<sup>75</sup> French Penal Code – Article 227-23

<sup>76</sup> Legifrance, *Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 12 septembre 2007, 06-86.763, Inédit* [Online], Accessed: 1 April 2018. Available from <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007640077&fastReqId=641482261&fastPos=25>

<sup>77</sup> Ibid.

<sup>78</sup> Act on Punishment of Activities Relating to Child Prostitution and Child Pornography, and the Protection of Children – Article 2

<sup>79</sup> Ciaran Varley, *Is Japan turning a blind eye to paedophilia?* [Online], Accessed: 31 March 2018. Available from: <http://www.bbc.co.uk/bbcthree/article/57eaaf23-0cef-48c8-961f-41f2563b38aa>

ประเด็นเรื่องการพิสูจน์อายุของบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายต่างประเทศสามารถสรุปเป็นตารางได้ ดังนี้

**ตารางที่ 5 สรุปการพิสูจน์อายุของเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายต่างประเทศ**

ประเด็น / ประเทศ	ประเทศอังกฤษ	ประเทศแคนาดา	ประเทศฝรั่งเศส	ประเทศญี่ปุ่น
<b>นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็ก</b>	ครอบคลุมทั้งสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงและสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงซึ่งอยู่ในรูปแบบภาพ	ครอบคลุมทั้งสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงและสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงซึ่งอยู่ในรูปแบบภาพ เอกสาร แถบบันทึกเสียง	ครอบคลุมทั้งสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงและสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงซึ่งอยู่ในรูปแบบภาพ	จำกัดเฉพาะสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงเท่านั้น
<b>การพิสูจน์อายุของบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็ก</b>	ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าเป็นเด็กที่มีตัวตนจริง เพียงพิสูจน์ว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อถูกนำเสนอให้รู้สึกว่าเป็นเด็ก	ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าเป็นเด็กที่มีตัวตนจริง เพียงพิสูจน์ว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อถูกทำให้เห็นว่าเป็นเด็ก	ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าเป็นเด็กที่มีตัวตนจริง เพียงพิสูจน์ว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อมีลักษณะทางกายภาพเป็นเด็ก	ต้องพิสูจน์ว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปีซึ่งมีตัวตนจริง
<b>ผู้มีอำนาจวินิจฉัยอายุของบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็ก</b>	คณะลูกขุนหรือผู้พิพากษา โดยใช้หลักวิญญูชน	คณะลูกขุนหรือผู้พิพากษา โดยใช้หลักวิญญูชน	ผู้พิพากษา	ผู้พิพากษา

ประเทศไทยยังคงมีปัญหาเรื่องความไม่ชัดเจนในนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กว่ารวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กในลักษณะใดบ้าง ทั้งนี้ ข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติพบว่า

ปัจจุบันยังไม่เคยมีการดำเนินคดีกับสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงแต่อย่างใด<sup>80</sup> การดำเนินคดีเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กจึงต้องมีการยืนยันตัวบุคคล ถ้าหากเป็นเด็กที่อายุน้อยจนเห็นได้ชัดว่าเป็นเด็กก็ย่อมไม่มีปัญหาในการพิสูจน์อายุ แต่ถ้าหากเป็นเด็กโตที่มีความกำกึ่งก็อาจจะไม่สามารถยืนยันได้ในทันทีว่าเป็นเด็กหรือไม่<sup>81</sup> แม้ในปัจจุบันการดำเนินคดีเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในประเทศไทยส่วนมากมักจะสามารุระบุตัวตนของเด็กได้<sup>82</sup> แต่ผู้วิจัยมีความคิดเห็นว่าหากในอนาคตมีการดำเนินคดีเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยเพิ่มขึ้นอาจก่อให้เกิดปัญหาเช่นเดียวกับในต่างประเทศที่มักจะไม่สามารถระบุตัวตนของเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กได้ในคดีสื่อลามกอนาจารเด็กได้อันส่งผลให้การดำเนินคดีสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นไปอย่างยากลำบาก<sup>83</sup>

จากที่ได้นำเสนอในหัวข้อ 5.1.1.2 ว่าควรมีการแก้ไขนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทยให้รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงซึ่งอยู่ในรูปแบบภาพ ได้แก่ สื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดง สื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกดัดแปลงหรือสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิก และสื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นภาพวาด ภาพระบายสีหรือการ์ตูน ดังนั้น หากแก้ไขนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กให้รวมสื่อในลักษณะดังกล่าวด้วยก็ไม่มีควมจำเป็นที่จะต้องพิสูจน์อายุของเด็กที่ปรากฏในสื่อหรือพิสูจน์ว่าบุคคลที่ปรากฏสื่อมีตัวตนจริงแต่อย่างใด เพียงพิสูจน์ว่าบุคคลในสื่อถูกทำให้เห็นว่าเป็นเด็กก็เพียงพอแล้ว การกำหนดนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กในลักษณะนี้ย่อมสามารถแก้ไขปัญหาการระบุตัวตนของเด็กที่ปรากฏในสื่อได้ ประเด็นต่อมาที่ต้องพิจารณา คือ การวินิจฉัยว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อเป็นเด็กหรือถูกทำให้เห็นว่าเป็นเด็กหรือไม่เป็นหน้าที่ของบุคคลใด เมื่อพิจารณาจากประเด็นการพิสูจน์อายุของบุคคลที่ปรากฏในสื่อตามกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยที่กำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงเป็นความผิดอาญาข้างต้นพบว่า ประเทศฝรั่งเศสที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกับประเทศไทยได้กำหนดให้ผู้พิพากษาในคดีนั้น ๆ พิจารณาว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อมีลักษณะทางกายภาพเป็นเด็กหรือไม่โดยพิจารณาจากพยานหลักฐานที่ปรากฏ อีกทั้งในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ กล่าวคือ ประเทศอังกฤษและประเทศแคนาดาก็ได้กำหนดให้คดีสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นคดีที่จะฟ้องโดยคำฟ้องหรือพิจารณาแบบบรรทัดก็ได้ ดังนั้น ในกรณีที่มีการดำเนินคดีโดยพิจารณาแบบบรรทัด การวินิจฉัยว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อเป็นเด็กหรือถูกทำให้เห็นว่าเป็นเด็กหรือไม่ก็เป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาในคดีนั้น ๆ เช่นกัน ซึ่งผู้พิพากษาต้องพิจารณาโดยใช้หลักวิญญูชน

<sup>80</sup> สัมภาษณ์, รุ่งเลิศ คันธจันทร์, พันตำรวจโท คณะทำงานปราบปรามการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กทางอินเทอร์เน็ต สำนักงานตำรวจแห่งชาติ, 8 พฤษภาคม 2561.

<sup>81</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>82</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>83</sup> Alisdair A. Gillespie, "Child Pornography," *Information & Communications Technology Law*: 30 - 54.



นอกจากนี้ในการดำเนินคดีความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเด็กของประเทศไทย หากปรากฏว่าผู้กระทำความผิดไม่รู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุของเด็ก กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดทางเพศต่อเด็กโดยเข้าใจโดยสุจริตว่าเด็กเป็นผู้ใหญ่ กรณีนี้ย่อมเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดจึงถือว่าผู้กระทำความผิดขาดเจตนา ผู้กระทำความผิดจึงไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำของตนแต่อย่างใด<sup>84</sup> ซึ่งในการพิจารณาว่าผู้กระทำความผิดไม่รู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุของเด็กโดยสุจริตหรือไม่นั้นแนวคำพิพากษาศาลฎีกาได้พิจารณาโดยอาศัยข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้

**คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 19960/2555** “ขณะจำเลยรับผู้เสียหายเข้าทำงานไม่ได้ตรวจดูหลักฐานเกี่ยวกับอายุของผู้เสียหายก่อน ผู้เสียหายมีรูปร่างโตกว่าเด็กทั่วไปตัวใหญ่และมีส่วนสูงประมาณ 155 เซนติเมตร และเมื่อพิจารณาภาพถ่ายของผู้เสียหายแล้วก็มีรูปร่างสูงใหญ่และลักษณะสูงใหญ่เกินกว่าเด็กหญิงที่มีอายุ 15 ปี โดยทั่วไป เช่นนี้จึงมีเหตุผลที่จำเลยจะเข้าใจโดยสุจริตว่าผู้เสียหายมีอายุ 17 ถึง 18 ปี การที่จำเลยสำคัญผิดเกี่ยวกับอายุของผู้เสียหายนี้เป็นการไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีตาม ป.อ. มาตรา 277 วรรคแรก ประกอบมาตรา 59 วรรคสาม วรรคสอง และวรรคหนึ่ง แม้จะมีบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในมาตรา 276 วรรคแรก แต่เมื่อผู้เสียหายยินยอมให้จำเลยกระทำชำเรา การกระทำของจำเลยก็ไม่เป็นความผิดมาตรา 276 วรรคแรก”

**คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12675/2555** “มีปัญหาต้องวินิจฉัยตามฎีกาของจำเลยว่า จำเลยกระทำความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปีและฐานพรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากผู้ปกครองเพื่อการอนาจารตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ภาค 9 หรือไม่ จำเลยฎีกาว่า ผู้เสียหายมีรูปร่างหน้าตาตลอดจนสรีระโตกว่าเด็กในวัยเดียวกัน จำเลยจึงสำคัญผิดว่าผู้เสียหายมีอายุไม่ต่ำกว่า 20 ปี การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นความผิดนั้น ได้ความจากคำเบิกความของผู้เสียหายว่า ผู้เสียหายสูง 152 เซนติเมตร น้ำหนัก 40 กิโลกรัมเศษ นับว่าผู้เสียหายมีรูปร่างโตกว่าเด็กทั่วไปในวัยเดียวกันไม่มากนัก และจากภาพถ่ายของผู้เสียหายที่นำขึ้นสถานที่เกิดเหตุ ใบหน้าของผู้เสียหายยังเยาว์วัยทั้งรูปร่างและลักษณะของผู้เสียหายที่ปรากฏมิได้มีข้อบ่งชี้ว่าจะมีอายุไม่น้อยกว่า 20 ปี ตามที่จำเลยฎีกาแต่อย่างใด ขณะเกิดเหตุผู้เสียหายไปช่วยนางหทัยชายอาหารในช่วงปิดภาคเรียน จำเลยก็ไปรับประทานอาหารที่บ้านนางหทัยเป็นประจำ และผู้เสียหายเรียกจำเลย

<sup>84</sup> เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินต์ติ้ง, 2551), หน้า 142.

ว่าอาตุ้ม ดังนั้นจำเลยย่อมทราบว่าผู้เสียหายยังเป็นนักเรียนและอายุไม่เกิน 15 ปี ฎีกาของจำเลยข้อนี้ จึงฟังไม่ขึ้น”

จากคำพิพากษาข้างต้นจะเห็นได้ว่าพยานหลักฐานสำคัญประการหนึ่งของผู้พิพากษานำมาใช้ในการพิจารณาว่าผู้กระทำความผิดไม่รู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุของเด็กโดยสุจริตหรือไม่ คือ การพิจารณาจากลักษณะทางกายภาพของเด็ก โดยอาจพิจารณาจากภาพถ่ายของเด็กและพยานหลักฐานอื่น ๆ ในคดี เมื่อเทียบเคียงแนวคำพิพากษาในกรณีข้างต้นกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กแล้ว ผู้วิจัยมีความคิดเห็นว่า หากผู้พิพากษาในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเด็กสามารถตัดสินว่าข้ออ้างเรื่องความไม่รู้อายุของเด็กที่จำเลยยกขึ้นมากล่าวอ้างฟังขึ้นหรือไม่โดยการพิจารณาลักษณะทางกายภาพของเด็กประกอบกับพยานหลักฐานอื่น ผู้พิพากษาในคดีสื่อลามกอนาจารเด็กก็ย่อมสามารถวินิจฉัยว่าบุคคลในสื่อเป็นเด็กหรือถูกทำให้เห็นว่าเป็นเด็กหรือไม่ โดยพิจารณาลักษณะทางกายภาพของเด็กประกอบกับพยานหลักฐานอื่น ๆ ได้ในทำนองเดียวกัน

ประเด็นเรื่องการพิสูจน์อายุของบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็ก ผู้วิจัยจึงมีความคิดเห็นว่า หากมีแก้ไขนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยให้รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงก็ไม่น่ามีความจำเป็นที่จะต้องระบุตัวตนของเด็กและพิสูจน์อายุที่แท้จริงของเด็กที่ปรากฏในสื่อแต่อย่างใด เพียงพิสูจน์ว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อถูกทำให้เห็นว่าเป็นเด็กก็เพียงพอแล้ว เนื่องจากเจตนารมณ์ของกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นไปเพื่อคุ้มครองและป้องกันเด็กจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศจึงควรพิจารณาว่าสื่อดังกล่าวนำเสนอเนื้อหาลามกอนาจารเกี่ยวกับเด็กหรือไม่ มิใช่พิจารณาว่าเด็กที่ปรากฏในสื่อมีตัวตนจริงหรือไม่ เพราะสื่อลามกอนาจารเด็กทุกรูปแบบต่างส่งผลกระทบต่อตัวเด็กและสังคมทั้งสิ้น ทั้งนี้ ในการวินิจฉัยว่ากรณีใดเป็นกรณีที่บุคคลที่ปรากฏในสื่อเป็นเด็กหรือถูกนำเสนอให้เห็นว่าเป็นเด็กสามารถพิจารณาได้จากพยานหลักฐานที่ปรากฏในคดีโดยอาศัยหลักวิญญูชนเช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศอังกฤษ ประเทศแคนาดาและประเทศฝรั่งเศส กล่าวคือ หากวิญญูชนเห็นว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อดังกล่าวเป็นเด็ก สื่อดังกล่าวย่อมอยู่ในความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็กซึ่งตัวแทนของวิญญูชนในระบบกฎหมายไทยก็คือผู้พิพากษา เนื่องจากเมื่อพิจารณาจากกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสซึ่งใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกับประเทศไทย กฎหมายของฝรั่งเศสก็ยอมรับว่าผู้พิพากษามีอำนาจในการพิจารณาประเด็นดังกล่าวเช่นกัน อีกทั้งในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศแคนาดา ก็ยอมรับในทำนองเดียวกันว่าการผู้พิพากษามีอำนาจวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าว นอกจากนี้เมื่อเทียบเคียงกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของประเทศไทยในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเด็กจะพบว่าผู้พิพากษสามารถพิจารณาลักษณะทางกายภาพของเด็กประกอบกับพยานหลักฐานอื่นที่ปรากฏในคดีเพื่อวินิจฉัยว่าข้ออ้างเรื่องความไม่รู้อายุของเด็กของ

จำเลยฟังขึ้นหรือไม่ ดังนั้น การวินิจฉัยว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อเป็นเด็กหรือถูกทำให้เห็นว่าเป็นเด็กหรือไม่จึงอยู่ในวิสัยของผู้พิพากษาที่จะสามารถกระทำได้เช่นเดียวกันภายใต้หลักวิญญูชน

อนึ่ง ในการวินิจฉัยว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อเป็นเด็กหรือถูกทำให้เห็นว่าเป็นเด็กหรือไม่ตามกฎหมายไทยอาจนำหลักเกณฑ์ตามกฎหมายแคนาดามาใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาได้ โดยสามารถพิจารณาได้จากลักษณะดังต่อไปนี้ประกอบกัน<sup>85</sup>

- (1) ลักษณะของอวัยวะเพศและขนบริเวณอวัยวะเพศ
- (2) การพัฒนาของเต้านม
- (3) การพัฒนาของสะโพก
- (4) ลักษณะของผิวหนัง เช่น รอยเหี่ยวย่น แผลเป็น ผิวหนังด้าน ซึ่งลักษณะเหล่านี้มักปรากฏในบุคคลที่มีอายุมาก
- (5) ลักษณะของใบหน้าที่เป็นเด็ก
- (6) ลักษณะของขนบริเวณร่างกาย
- (7) รูปแบบของการแต่งกายที่น่าเสนอว่าบุคคลที่ปรากฏในภาพเป็นเด็ก เช่น การใส่ชุดนอนลายการ์ตูน
- (8) ชื่อไฟล์ แหล่งที่มาของสื่อลามกอนาจารเด็ก เช่น สื่อดังกล่าวมาจากเว็บไซต์สื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นที่รู้จัก

การพิจารณาโดยใช้หลักวิญญูชน คือ การพิจารณาโดยใช้มุมมองของคนทั่วไป มิใช่พิจารณาโดยใช้มุมมองของผู้ผลิตหรือผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก หากคนทั่วไปมองว่าบุคคลที่ปรากฏในภาพเป็นเด็กหรือถูกทำให้เห็นว่าเป็นเด็ก ภาพดังกล่าวย่อมเป็นสื่อลามกอนาจารเด็ก เช่น กรณีที่บุคคลซึ่งปรากฏในสื่อเป็นผู้ใหญ่แต่งกายด้วยชุดนักเรียนย่อมเห็นได้ว่าผู้ผลิตประสงค์ที่จะให้ผู้เสพสื่อดังกล่าวเข้าใจว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อเป็นเด็ก แต่หากคนทั่วไปเห็นว่าสรีระของบุคคลที่ปรากฏในสื่อเป็นของผู้ใหญ่ สื่อดังกล่าวย่อมไม่ใช่สื่อลามกอนาจารเด็ก<sup>86</sup>

### 5.1.2 ข้อพิจารณาเรื่องลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิด

เมื่อพิจารณาถึงนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กแล้ว สิ่งต่อไปที่ต้องพิจารณาในประเด็นองค์ประกอบความผิดในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กก็คือ ลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดอาญา เพื่อให้ทราบถึงขอบเขตในการปรับใช้สื่อลามกอนาจารเด็ก หัวข้อนี้จึงจะทำการ

<sup>85</sup> R. v. AW, 2012 ONCJ 560

<sup>86</sup> R. v. Sharpe, [2001] 1 SCR 45, 2001 SCC 2

วิเคราะห์ลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดตามกฎหมายสื่อลามกอนาจารของต่างประเทศ เปรียบเทียบกับกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทย

ประเทศอังกฤษกำหนดลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในกฎหมาย 3 ฉบับ แบ่งเป็น 2 กรณี กรณีแรกคือ “ภาพลามกเด็กและภาพลามกเด็กเทียม” กล่าวคือ วัตถุใด ๆ ที่แสดงให้เห็นภาพของบุคคลหรือบุคคลที่ถูกนำเสนอให้รู้สึกว่ายู่งต่ำกว่า 18 ปีซึ่งมีลักษณะลามก<sup>87</sup> ได้แก่ สื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริง สื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดง สื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกดัดแปลงหรือสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิก ซึ่งบุคคลที่ปรากฏในสื่อเป็นเด็กที่มีตัวตนจริงหรือมีลักษณะเหมือนเด็กจริง โดยกฎหมาย Protection of Children Act 1978 ได้กำหนดให้การผลิต การเผยแพร่ และการครอบครองเพื่อเผยแพร่ภาพลามกเด็กหรือภาพลามกเด็กเทียมเป็นความผิดอาญา<sup>88</sup> สำหรับการครอบครองภาพลามกเด็กหรือภาพลามกเด็กเทียมเพื่อประโยชน์ส่วนตัวนั้นมิได้เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายฉบับดังกล่าวแต่อย่างใด แต่เป็นความผิดตามกฎหมาย Criminal Justice Act 1988<sup>89</sup>

กรณีที่สอง คือ “ภาพต้องห้ามของเด็ก” กล่าวคือ ภาพนิ่ง ภาพเคลื่อนไหว รวมทั้งข้อมูลที่สามารถแปลงเป็นภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวได้ของบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีซึ่งมีลักษณะลามก ไม่ว่าจะบุคคลดังกล่าวจะมีตัวตนจริงหรือไม่ แต่ไม่รวมถึงภาพลามกเด็กและภาพลามกเด็กเทียม<sup>90</sup> ดังนั้นภาพต้องห้ามของเด็กตามกฎหมายฉบับนี้ ได้แก่ สื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นภาพวาด ภาพระบายสี การ์ตูน หรือรูปแบบอื่นในทำนองเดียวกันซึ่งบุคคลที่ปรากฏในสื่อไม่มีความเหมือนจริง โดยกฎหมาย Coroners and Justice Act 2009 ได้บัญญัติฐานความผิดไว้เฉพาะการครอบครองภาพต้องห้ามของเด็ก<sup>91</sup> มิได้มีการบัญญัติความผิดฐานผลิตและเผยแพร่ภาพต้องห้ามของเด็กไว้แต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ผู้ผลิตและผู้เผยแพร่ภาพต้องห้ามของเด็กก็ยังคงต้องรับผิดชอบการครอบครองภาพต้องห้ามของเด็กเพราะในการผลิตและเผยแพร่นั้นต้องมีการครอบครองภาพดังกล่าวไว้เช่นกัน<sup>92</sup>

ประเทศแคนาดาบัญญัตินิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กให้ครอบคลุมถึงทั้งสื่อลามกอนาจารเด็กที่มีเด็กที่มีเด็กจริงและไม่มีเด็กจริงเข้ามาเกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบภาพ เอกสาร หรือแถบบันทึกเสียง โดยประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติให้การผลิต การเผยแพร่ และการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดเช่นเดียวกับกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทย

<sup>87</sup> Protection of Children Act 1978 – Section 7

<sup>88</sup> Protection of Children Act 1978 – Section 1 (1)

<sup>89</sup> Criminal Justice Act 1988 – Section 160

<sup>90</sup> Coroners and Justice Act 2009 – Section 65

<sup>91</sup> Coroners and Justice Act 2009 – Section 62 (1)

<sup>92</sup> Alisdair A. Gillespie, "Child Pornography," *Information & Communications Technology Law*: 30 - 54.

อังกฤษ นอกจากนี้กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศแคนาดายังได้บัญญัติให้การเข้าถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดอาญาอีกด้วย<sup>93</sup> การบัญญัติความผิดฐานเข้าถึงสื่อลามกอนาจารเด็กนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อปราบปรามผู้ที่เจตนาดูสื่อลามกอนาจารเด็กผ่านอินเทอร์เน็ต<sup>94</sup>

ประเทศฝรั่งเศสกำหนดนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กให้รวมทั้งสื่อลามกอนาจารเด็กที่มีและไม่มีเด็กเป็นเข้ามาเกี่ยวข้องในรูปแบบภาพเช่นเดียวกับกับกฎหมายอังกฤษ โดยประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสบัญญัติให้การผลิต การเผยแพร่ และการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดอาญา<sup>95</sup> ส่วนประเทศญี่ปุ่นกำหนดนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กไว้แตกต่างจากประเทศอื่นโดยจำกัดไว้เฉพาะสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ประเทศญี่ปุ่นได้กำหนดให้การผลิต การครอบครอง และการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดในทำนองเดียวกับกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศอื่น ๆ เช่นกัน<sup>96</sup>

ประเด็นเรื่องลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายต่างประเทศสามารถสรุปเป็นตารางได้ดังนี้

#### ตารางที่ 6 สรุปลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ตามกฎหมายต่างประเทศ

ประเด็น / ประเทศ	ประเทศ อังกฤษ	ประเทศ แคนาดา	ประเทศ ฝรั่งเศส	ประเทศ ญี่ปุ่น
การผลิตสื่อลามกอนาจารเด็ก	✓	✓	✓	✓
การเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก	✓	✓	✓	✓
การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก	✓	✓	✓	✓
การเข้าถึงสื่อลามกอนาจารเด็ก	✗	✓	✗	✗

✓ = บัญญัติให้เป็นความผิดอาญา

✗ = มิได้บัญญัติให้เป็นความผิดอาญา

<sup>93</sup> Criminal Code of Canada – Section 163.1

<sup>94</sup> Lyne Casavant and James R. Robertson, *The Evolution of Pornography Law in Canada* [Online], Accessed: 20 March 2018. Available from: <https://bdp.parl.ca/content/lop/researchpublications/843-e.htm>

<sup>95</sup> French Penal Code – Article 227-23

<sup>96</sup> Act on Punishment of Activities Relating to Child Prostitution and Child Pornography, and the Protection of Children – Article 7

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าทุกประเทศมีการบัญญัติให้การผลิต การเผยแพร่ และการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดอาญา มีเพียงประเทศแคนาดาที่บัญญัติให้การเข้าถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดอาญาด้วย ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยแล้วจะเห็นได้มาตรา 287/1 ได้บัญญัติให้การครอบครองและการส่งต่อสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิด ในขณะที่มาตรา 287/1 บัญญัติให้การผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อความประสงค์แห่งการค้าเป็นความผิดอาญา จึงจะเห็นได้กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยกำหนดให้การผลิต การเผยแพร่ และการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดอาญาสอดคล้องกับกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของต่างประเทศ

อย่างไรก็ตาม จากที่ผู้วิจัยได้เสนอแนะไว้ในหัวข้อ 5.1.1 ว่าควรมีการแก้ไขนิยามสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยให้ครอบคลุมสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงซึ่งอยู่ในรูปแบบภาพด้วย ประเด็นต่อไปที่ต้องพิจารณาก็คือ หากมีการแก้ไขนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กให้รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงซึ่งอยู่ในรูปแบบภาพแล้ว ควรมีการแก้ไขบทบัญญัติในส่วนของลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดด้วยหรือไม่

การผลิตและเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กนั้นย่อมเห็นได้อย่างชัดเจนว่า ไม่ว่าจะเป็นการผลิตและเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริง หรือการผลิตและเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงต่างก็ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสังคมทั้งสิ้น เพราะการผลิตและการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเป็นการทำให้สื่อลามกอนาจารเด็กกระจายออกสู่สังคมในวงกว้างซึ่งเป็นการส่งเสริมให้เกิดการแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็กโดยมิชอบและกระทบต่อศีลธรรมอันดีของสังคมจึงควรบัญญัติให้การผลิตและเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดอาญา ไม่ว่าจะป็นกรณีที่มีเด็กจริงเข้าไปเกี่ยวข้องหรือไม่ นอกจากนี้การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริง สื่อลามกอนาจารเด็กนั้นย่อมเป็นการบันทึกภาพเหตุการณ์ของการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก อันส่งผลกระทบต่อเด็กโดยตรงทั้งทางร่างกายและจิตใจจึงควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญาเช่นกัน ในทางกลับกันการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงเพื่อประโยชน์ส่วนตัว มีข้อโต้แย้งจากนักกฎหมายบางฝ่ายว่าไม่ควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญา เพราะสื่อลามกอนาจารเด็กดังกล่าวมิได้มีเด็กจริงเข้าไปเกี่ยวข้องจึงมิได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อเด็กโดยตรง อีกทั้งเมื่อเป็นการครอบครองไว้เพื่อประโยชน์ส่วนตัวก็ย่อมถูกนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการชักจูงเด็กให้ตกเป็นเหยื่อของสื่อลามกอนาจารเด็ก การครอบครองสื่อดังกล่าวจึงย่อมมิได้ส่งผลกระทบต่อสังคมแต่อย่างใด<sup>97</sup> อนึ่ง ในประเด็นดังกล่าวเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กได้แสดงความคิดเห็น ดังนี้

<sup>97</sup> Alisdair A. Gillespie, "Child Pornography," *Information & Communications Technology Law*: 30 - 54.

นายจรศักดิ์ พุทธานุภาพ รองอธิบดีอัยการ สำนักงานการสอบสวน และกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์ซึ่งมีอำนาจในการตรวจพิจารณาและกำหนดประเภทภาพยนตร์ที่จะนำออกฉาย ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายในประเทศไทยตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ได้แสดงความคิดเห็นว่า “ส่วนตัวเห็นว่าการครอบครองสื่อลามกอนาจารโดยบุคคลซึ่งปรากฏในสื่อไม่ใช่เด็กจริง ๆ ควรบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาเช่นกัน เพราะในทางปฏิบัติการพิสูจน์ว่าเป็นการครอบครองเพื่อประโยชน์ส่วนตัวหรือเพื่อการค้าเป็นสิ่งที่กระทำได้ยาก กรณีการครอบครองสื่อลามกอนาจารทั่วไปแม้การผลิตหรือเผยแพร่จะผิดกฎหมาย แต่การครอบครองนั้นถือว่าเป็นเรื่องส่วนบุคคลจึงสามารถกระทำได้เมื่ออยู่ในวัยที่เหมาะสมและไม่ได้มีการบัญญัติให้เป็นความผิด อย่างไรก็ตาม กรณีสื่อลามกอนาจารเด็กจะแตกต่างกันเพราะเด็กยังไม่มีความพร้อมในหลาย ๆ ด้าน เด็กจึงไม่ควรที่เข้ามาสู่กระบวนการแสวงหาประโยชน์ทางเพศ อีกทั้งประเด็นการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กเป็นประเด็นที่สังคมไม่อาจยอมรับได้ เจตนาารมณ์ของกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นไปเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพทางเพศของเด็ก ดังนั้น จึงไม่ควรให้มีสื่อลามกอนาจารลักษณะนี้ในสังคม ไม่ว่าจะบุคคลที่ปรากฏในสื่อจะเป็นเด็กจริง ๆ หรือไม่ก็ตาม”<sup>98</sup>

พันตำรวจโท รุ่งเลิศ คันธจันทร์ เจ้าหน้าที่ตำรวจประจำคณะทำงานปราบปรามการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กทางอินเทอร์เน็ต (TICAC) ซึ่งเป็นคณะทำงานภายใต้สำนักงานตำรวจแห่งชาติที่ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กและการแสวงหาประโยชน์ทางเพศต่อเด็กเพื่อการค้าเป็นการเฉพาะ ได้แสดงความคิดเห็นว่า “หากบุคคลครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงเพื่อประโยชน์ส่วนตัวโดยมิได้เผยแพร่ ในความคิดเห็นของผม ผมคิดว่าการกระทำดังกล่าวน่าจะมีได้ก่อให้เกิดความเสียหายกับผู้หนึ่งผู้ใด อย่างไรก็ตาม แม้สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงจะมีได้ก่อให้เกิดผลกระทบโดยตรง แต่ก็อาจก่อให้เกิดผลกระทบโดยอ้อมได้เช่นกัน คนที่ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กในรูปแบบนี้เพื่อใช้ประโยชน์ส่วนตัวก็มีความเป็นไปได้ที่เขาจะไปกระทำความผิดต่อเด็กจริง ๆ และก่อให้เกิดความเสียหายได้ ในแง่ของการใช้สิทธิเสรีภาพนั้น ถึงแม้การกำหนดให้การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดอาญาจะกระทบต่อสิทธิเสรีภาพบ้างแต่ก็เป็นจำกัดภายในขอบเขตที่สมควร เมื่อกฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดก็ต้องปฏิบัติตาม”<sup>99</sup>

นางสาวดวงพร โชติปัญญา นิติกรชำนาญการ กรมกิจการเด็กและเยาวชนซึ่งเป็นหน่วยงานที่มีภารกิจในการคุ้มครองและพิทักษ์สิทธิเด็กและเยาวชน อีกทั้งยังเป็นหน่วยงานที่มีส่วน

<sup>98</sup> สัมภาษณ์, จรศักดิ์ พุทธานุภาพ, รองอธิบดีอัยการ สำนักงานการสอบสวน, 3 พฤษภาคม 2561.

<sup>99</sup> สัมภาษณ์, รุ่งเลิศ คันธจันทร์, พันตำรวจโท คณะทำงานปราบปรามการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กทางอินเทอร์เน็ต สำนักงานตำรวจแห่งชาติ, 8 พฤษภาคม 2561.

ร่วมในกำหนดแนวทางในการบังคับใช้กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กตามคู่มือและแนวทางการดำเนินการตามแผนและการเตรียมความพร้อมในการบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 ได้แสดงความคิดเห็นว่า “ส่วนตัวคิดว่าเมื่อกฎหมายบัญญัติให้เป็นการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดก็ไม่สมควรที่จะกระทำ เรื่องที่ว่าบุคคลครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงแล้วอาจจะส่งเสริมให้มีการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กจริงนี้สามารถมองได้หลายมุม เพราะบางคนไม่ได้เสฟสื่อเหล่านี้ แต่เนื่องด้วยสภาพทางจิตของเขา เขาก็สามารถที่จะไปกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กได้ แม้สื่อลามกอนาจารจะมีส่วนส่งเสริมให้บุคคลไปกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กจริง ๆ แต่ก็ได้ส่งผลในทุกกรณี การที่มีปัญหาเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กในสังคมทุกวันนี้ได้มาจากสื่อลามกอนาจารเด็กเพียงอย่างเดียว แต่การกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ก็เป็นอีกช่องทางที่เราจะสามารถป้องกันและบรรเทาปัญหาเหล่านี้ให้เพิ่มมากขึ้น”<sup>100</sup>

จากความคิดเห็นข้างต้นจะเห็นได้ว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขปัญหามือถือลามกอนาจารเด็กบางท่านมองว่าการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงเพื่อประโยชน์ส่วนตัวนั้นมิได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อเด็กหรือสังคมโดยตรง แต่ทุกท่านยอมรับว่าการครอบครองดังกล่าวอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อเด็กหรือสังคมโดยอ้อมได้ เนื่องจากการเสฟสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงอาจกระตุ้นให้เกิดการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กที่มีตัวตนจริง อีกทั้งการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กมีความรุนแรงกว่าการครอบครองสื่อลามกอนาจารทั่วไป แม้จะเป็นสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงก็ตาม เพราะการเสฟสื่อลามกอนาจารเด็กในทุกรูปแบบย่อมก่อให้เกิดทัศนคติว่าเด็กซึ่งเป็นบุคคลที่มีความอ่อนแอทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจคือ วัตถุทางเพศ การมีทัศนคติเช่นนี้เป็นพฤติกรรมที่สังคมไทยในปัจจุบันไม่อาจยอมรับได้ นอกจากนี้เมื่อพิจารณากฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศที่กำหนดนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กครอบคลุมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริง ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศแคนาดา และประเทศฝรั่งเศส จะเห็นได้ว่าประเทศเหล่านี้ยอมรับว่าการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงส่งผลกระทบต่อเด็กและสังคมเช่นกัน ดังจะเห็นได้จากการบัญญัติให้การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงเป็นความผิดอาญา ผู้วิจัยจึงมีความคิดเห็นว่าการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงส่งผลกระทบต่อเด็กและสังคมในทางอ้อมเช่นเดียวกับสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงก็ควรบัญญัติให้การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงเป็น

<sup>100</sup> สัมภาษณ์, ดวงพร โชติปัญญา, นิติกรชำนาญการ กรมกิจการเด็กและเยาวชน, 10 พฤษภาคม 2561.



ความผิดอาญาด้วย เพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นไปเพื่อคุ้มครองและป้องกันการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก

สรุป ประเด็นองค์ประกอบความผิดในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ผู้วิจัยมีความคิดเห็นว่าควรมีการแก้ไขนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทยให้ครอบคลุมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงซึ่งอยู่ในรูปแบบภาพทุกรูปแบบ ได้แก่ สื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดง สื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกดัดแปลงหรือสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิก สื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นภาพวาด ภาพระบายสีหรือการ์ตูน เนื่องจากสื่อลามกอนาจารประเภทดังกล่าวส่งผลกระทบต่อเด็กและสังคม โดยนำกฎหมายแคนาดามาเป็นแนวทางในการแก้ไขนิยามสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทย เมื่อกำหนดนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กให้รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงจึงไม่จำเป็นที่จะต้องระบุตัวตนของเด็กหรือพิสูจน์อายุของเด็ก เพียงพิจารณาว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อถูกทำให้เห็นว่าเป็นเด็กก็เพียงพอแล้ว การพิจารณาประเด็นดังกล่าวอยู่ในอำนาจของผู้พิพากษาในคดีนั้น ๆ ที่จะพิจารณาโดยอาศัยหลักวิญญูชนตามพยานหลักฐานที่ปรากฏในคดี ทั้งนี้ การพิจารณาว่ากรณีในจึงจะเป็นกรณีที่บุคคลถูกทำให้เห็นว่าเป็นเด็กนั้นสามารถนำแนวทางในการพิจารณาตามกฎหมายแคนาดามาใช้ได้ นอกจากนี้ยังควรกำหนดให้ลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดอาญาครอบคลุมถึงทั้งการผลิต การเผยแพร่ และการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงเพราะการผลิต การเผยแพร่ และการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กประเภทดังกล่าวอาจกระตุ้นให้มีการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กที่มีตัวตนจริง อีกทั้งยังส่งผลให้ประชาชนมีทัศนคติในแง่บวกเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กและมองว่าเด็กเป็นวัตถุทางเพศซึ่งเป็นสิ่งที่ขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็ก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## 5.2 ข้อพิจารณาเรื่องเหตุจรรยาบรรณผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้เนื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิด

จากที่ได้ศึกษาในบทที่ 2 พบว่า เหตุจรรยาบรรณ คือ ข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดอาญาอันทำให้การกระทำความผิดดังกล่าวมีความร้ายแรงกว่าปกติ ผู้กระทำความผิดจึงต้องรับโทษหนักขึ้นเพราะเหตุนั้น ทั้งนี้ เมื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในต่างประเทศพบว่า ประเทศอังกฤษได้กำหนดเหตุที่ศาลจะต้องมานำมาใช้พิจารณาเพื่อกำหนดความหนักเบาของโทษที่จะลงกับผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในแนวทางการลงโทษ (Sentencing Guideline) ประเทศแคนาดาและประเทศฝรั่งเศสมีกรณีบัญญัติเหตุจรรยาบรรณในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ในขณะที่ประเทศญี่ปุ่นไม่มีการบัญญัติเหตุจรรยาบรรณในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้แต่อย่างใด

แนวทางการลงโทษของประเทศอังกฤษได้กำหนดเหตุที่ศาลต้องนำมาใช้พิจารณาลงโทษผู้กระทำความผิดหลายประการ เช่น ประวัติการกระทำความผิดซ้ำ อายุของเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจาร ปริมาณของสื่อลามกอนาจารเด็ก การนำเสนอให้เห็นว่าเด็กมีนเมาหรือได้รับสารเสพติด การกระทำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการค้า และการละเมิดความไว้นื้อเชื่อใจ<sup>101</sup> ซึ่งหากปรากฏข้อเท็จจริงข้างต้น ผู้กระทำความผิดอาจต้องรับโทษหนักกว่ากรณีทั่วไป

ประเทศแคนาดาได้กำหนดเหตุจรรยาบรรณการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นไปโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อหากำไรไว้ในมาตรา 163.1<sup>102</sup> นอกจากนี้ยังได้กำหนดเหตุจรรยาบรรณอื่น ๆ ที่ต้องนำมาใช้พิจารณาในคดีอาญาไว้ในมาตรา 718.2 เช่น การละเมิดความไว้นื้อเชื่อใจ การกระทำความผิดต่อคู่สมรส การกระทำความผิดต่อผู้ที่พิการทางด้านร่างกายหรือจิตใจ เป็นข้อเท็จจริงที่มีผลในการเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิด<sup>103</sup>

ประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดเหตุจรรยาบรรณความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้เพียง 2 ประการ คือ การกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กโดยใช้เครือข่ายการสื่อสาร (Communication network) เช่น ระบบอินเทอร์เน็ต เป็นเครื่องมือ และกรณีการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กโดยกลุ่มบุคคล (Bande organisée)<sup>104</sup> ในขณะที่ประเทศญี่ปุ่นมิได้บัญญัติเหตุจรรยาบรรณความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้แต่อย่างใด

ข้อเท็จจริงประการหนึ่งที่มักปรากฏในคดีสื่อลามกอนาจารเด็ก คือ ข้อเท็จจริงที่ว่าผู้กระทำความผิดได้อาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดซึ่งยอมทำให้การกระทำความผิดมีความร้ายแรงกว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กโดยทั่วไป ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาเหตุจรรยาบรรณกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศพบว่า ประเทศอังกฤษและประเทศแคนาดาได้กำหนดให้ข้อเท็จจริงที่ว่าผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กกระทำความผิดโดยละเมิดความไว้นื้อเชื่อใจเป็นเหตุที่จะต้องนำมาใช้ในการพิจารณาเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิด นอกจากนี้เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเด็กตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยแล้วพบว่า ความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเด็กทุกฐานความผิดมีเหตุจรรยาบรรณร่วมกันประการหนึ่ง คือ เหตุจรรยาบรรณผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิด ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดต่อ

<sup>101</sup> Sentencing Council, **Sexual Offences Definitive Guideline** [Online], Accessed: 11 March 2018. Available from: [https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Final\\_Sexual\\_Offences\\_Definitive\\_Guideline\\_content\\_web1.pdf](https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Final_Sexual_Offences_Definitive_Guideline_content_web1.pdf)

<sup>102</sup> Criminal Code of Canada – Section 163.1(4.3)

<sup>103</sup> Criminal Code of Canada – Section 718.2

<sup>104</sup> French Penal Code – Article 227-23

ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาลของตน<sup>105</sup> ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงจะทำการศึกษาถึงเหตุผลในการบัญญัติเหตุฉกรรจ์กรณีผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้เนื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิด และขอบเขตของบุคคลที่ต้องรับผิดชอบจากเหตุฉกรรจ์ในกรณีดังกล่าว

### 5.2.1 เหตุผลในการบัญญัติเหตุฉกรรจ์กรณีผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้เนื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิด

การกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กโดยผู้กระทำความผิดเป็นผู้ใกล้ชิดกับเด็ก เช่น บุพการี ผู้ใช้อำนาจปกครอง อาจารย์ และอาศัยความไว้เนื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนหรืออำนาจที่ตนมีต่อเด็กในการกระทำความผิดนั้นเป็นเหตุการณ์ที่พบได้บ่อยครั้งในปัจจุบัน ประเทศอังกฤษปรากฏข่าวอาจารย์ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กจำนวนมากซึ่งบุคคลในสื่อเหล่านั้นคือลูกศิษย์ของตนเองและเผยแพร่ผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต<sup>106</sup> ประเทศแคนาดาปรากฏข่าวมารดาวัย 43 ปีล่วงละเมิดทางเพศบุตรชายวัย 4 ปีของตน พร้อมทั้งบันทึกเหตุการณ์ดังกล่าวไว้และส่งต่อทางอีเมล<sup>107</sup> ประเทศฝรั่งเศสปรากฏข่าวว่าในปี 2015 มีการไล่อาจารย์กว่า 27 คนที่เคยกระทำความผิดเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กและสื่อลามกอนาจารเด็กออกจากงานซึ่งเป็นจำนวนที่เพิ่มขึ้นจากปี 2014<sup>108</sup> ประเทศญี่ปุ่นปรากฏข่าวการเพิ่มขึ้นของคดีความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในปี 2018 ซึ่งผู้บริโภคสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นรวมถึงบุคคลที่ทำงานเกี่ยวข้องกับเด็ก เช่น อาจารย์ในโรงเรียนประถมศึกษา เจ้าหน้าที่ในโรงเรียนมัธยมศึกษา เป็นต้น<sup>109</sup> ส่วนประเทศไทยก็ปรากฏข่าวบิดามารดามีเพศสัมพันธ์กันแล้วนำบุตรอายุประมาณ 3 ปี เข้าร่วมด้วย ซึ่งบิดามารดาได้มีการบันทึกวิดีโอและ

<sup>105</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285

<sup>106</sup> Tom Worden, 'Obsessed' with Pupil Brit Teacher Arrested in Spain for 'Secretly Filming and Sharing Graphic Footage of Schoolgirl' [Online], Accessed: 10 April 2018. Available from: <https://www.thesun.co.uk/news/4185323/brit-teacher-arrested-in-spain-after-sharing-pictures-of-student/>

<sup>107</sup> Gavin Young, Alberta Mother and Daycare Worker Charged with Child Pornography Crimes Involving Her Four-Year-Old Son [Online], Accessed: 10 April 2018. Available from: <http://nationalpost.com/news/canada/alberta-mother-and-daycare-worker-charged-with-child-pornography-crimes-involving-her-four-year-old-son>

<sup>108</sup> The Local, France Removes 27 Paedophile Profs from Schools in a Year [Online], Accessed: 10 April 2018. Available from: <https://www.thelocal.fr/20160316/27-paedophile-teachers-struck-off-in-france-last-year>

<sup>109</sup> Kyodo, Child Pornography Cases Break Annual Record as Police Get Hands on Buyers List [Online], Accessed: 10 April 2018. Available from: <https://www.japantimes.co.jp/news/2018/03/26/national/crime-legal/child-porn-cases-break-annual-record-as-police-get-hands-on-buyers-list/#.WuHR1n--nIU>

นำไปลงในกลุ่มไลน์เพื่อหารายได้<sup>110</sup> จากข่าวจึงเห็นได้อย่างชัดเจนว่าปัญหาการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กโดยอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจจากเด็กนี้เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นทั่วทุกมุมโลก

แนวความคิดในการคุ้มครองเด็กได้วางหลักไว้ว่า การที่สภาพร่างกายและจิตใจของเด็กอ่อนแอกว่าผู้ใหญ่ส่งผลให้เด็กไม่สามารถใช้สิทธิต่าง ๆ ได้อย่างเต็มที่ เด็กจึงจำเป็นต้องได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษเพื่อให้สามารถใช้สิทธิของตนได้เท่าเทียมกับผู้ใหญ่โดยรัฐมีหน้าที่ต้องกำหนดมาตรการทางกฎหมายต่าง ๆ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว<sup>111</sup> รวมทั้งการบัญญัติให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดอาญาแยกต่างหากจากสื่อลามกอนาจารทั่วไป ทั้งนี้ การกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กโดยบุคคลที่มีความใกล้ชิดกับเด็ก เช่น บุพการี ผู้ใช้อำนาจปกครอง อาจารย์ เป็นกรณีที่บุคคลดังกล่าวสามารถใช้ความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนหรืออำนาจที่ตนมีเหนือเด็กในการล่อลวงหรือบังคับเด็กให้ตกเป็นเครื่องมือในการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กได้ง่ายกว่าการกระทำความผิดในรูปแบบทั่วไป อีกทั้งยังส่งผลให้เด็กไม่กล้าเปิดเผยว่าตนตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเพราะตนอยู่ภายใต้อำนาจของบุคคลดังกล่าวจึงหวาดกลัวในผลกระทบที่จะตามมาหากเปิดเผยเรื่องราวดังกล่าวออกไป ดังจะเห็นได้จากรายงานของยูนิเซฟในปี 2017 ที่ระบุว่ามียาวชนหญิงกว่า 15 ล้านคนถูกล่วงละเมิดทางเพศซึ่งส่วนมากถูกกระทำโดยบุคคลใกล้ชิด แต่มีเพียงร้อยละ 1 ของเด็กเหล่านี้เท่านั้นที่เปิดเผยเรื่องราวดังกล่าวและขอความช่วยเหลือจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง<sup>112</sup> ผู้กระทำความผิดในกรณีดังกล่าวจึงมักไม่เกรงกลัวว่าตนจะถูกดำเนินคดี จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าข้อเท็จจริงที่ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดนั้นไม่เพียงแต่ทำให้เด็กตกอยู่ในฐานะบุคคลที่อ่อนแอกว่าเพราะสภาพร่างกายและจิตใจ แต่ยังส่งผลให้เด็กอยู่ในฐานะบุคคลที่อ่อนแอกว่าเนื่องจากอยู่ภายใต้อำนาจควบคุมของบุคคลที่มีความใกล้ชิดกับตนอีกด้วย ข้อเท็จจริงนี้ส่งผลให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กมีความร้ายแรงกว่าการกระทำความผิดในกรณีปกติ อีกทั้งผู้กระทำความผิดยังคงมองว่าประโยชน์ที่ตนจะได้รับจากการกระทำความผิดดังกล่าวมีมากกว่าความเสี่ยงที่ตนจะถูกดำเนินคดี การลงโทษผู้กระทำความผิดในรูปแบบเดียวกับการกระทำความผิดในกรณีทั่วไปจึงย่อมไม่สามารถยับยั้งการกระทำความผิดได้

<sup>110</sup> โปสต์ทูเดย์, มุมมืดของสังคม!! พ่อแม่มีเช็กลิสต์เอาลูกเล็กร่วมวง-ถ่ายคลิปหารายได้ผ่านไลน์ [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 10 ธันวาคม 2560. แหล่งที่มา: <https://www.posttoday.com/social/hot/529157>

<sup>111</sup> Fiona Orr, "Do Children Require Special Protection Under International Human Rights Law?", *The King's Student Law Review* 5, 1 (2014): 43 - 57.

<sup>112</sup> สำนักข่าวอิศรา, ยูนิเซฟชี้เด็กหลายล้านคนทั่วโลกถูกคุกคามจากการลงโทษรุนแรง-ล่วงละเมิดทางเพศ-ฆาตกรรม [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ: 10 เมษายน 2561. แหล่งที่มา: <https://www.isranews.org/isranews-short-news/60828-unicef-60828.html>

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาแนวความคิดในการกำหนดเหตุจรรยาในความผิดอาญาจะพบว่า การกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กโดยผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดสอดคล้องกับหลักคำนี้ถึงจิตใจซึ่งวางหลักว่า กฎหมายต้องกำหนดโทษให้หนักขึ้นตามความชั่วของจิตใจของผู้กระทำความผิด การกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กโดยผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดนี้ ผู้กระทำความผิดมักเป็นบุคคลที่มีหน้าที่ในการปกป้องคุ้มครองเด็ก ไม่ว่าจะเป็นหน้าที่ตามศีลธรรมหรือหน้าที่ตามกฎหมาย เช่น กรณีบุพการีซึ่งมีหน้าที่ตามศีลธรรมในการปกป้องบุตรของตน อีกทั้งยังมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนด<sup>113</sup> หรือกรณีอาจารย์ซึ่งเป็นวิชาชีพที่มีต้องอบรมสั่งสอนเด็กจึงมีหน้าที่ตามศีลธรรมที่จะต้องปกป้องคุ้มครองเด็กเช่นกัน ดังนั้น การที่บุคคลดังกล่าวกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กจึงแสดงให้เห็นว่าจิตใจของบุคคลนั้นมีความชั่วร้ายมากกว่าปกติ ด้วยเหตุผลข้างต้นนี้จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องกำหนดให้ข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นเหตุจรรยาที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น<sup>114</sup>

### 5.2.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบเรื่องขอบเขตของบุคคลที่ต้องรับผิดจากเหตุจรรยากรณีผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิด

หัวข้อนี้จะทำการเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในต่างประเทศว่ามี การนำเหตุจรรยากรณีผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดไปปรับใช้กับการกระทำความผิดฐานใดบ้างและมีขอบเขตอย่างไร จากการศึกษาในบทที่ 4 พบว่าประเทศอังกฤษและประเทศแคนาดาได้บัญญัติเหตุจรรยากรณีผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ซึ่งสามารถแยกพิจารณาตามมาตรการทางกฎหมายของแต่ละประเทศได้ดังนี้

กฎหมายของประเทศอังกฤษได้บัญญัติไว้ในแนวทางการลงโทษว่าการกระทำความผิดฐานผลิต เผยแพร่ และครอบครองภาพลามกเด็กตามกฎหมาย Protection of Children Act 1978 และกฎหมาย Criminal Justice Act 1988 หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าเป็นการกระทำโดยละเมิดความไว้นื้อเชื่อใจ (Abuse of Trust) ศาลต้องนำข้อเท็จจริงดังกล่าวมาใช้พิจารณาเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดให้หนักขึ้น แต่แนวทางการลงโทษนี้มิได้กำหนดชัดเจนว่าหากปรากฏข้อเท็จจริงดังกล่าวศาลจะต้องลงโทษผู้กระทำความผิดหนักขึ้นเพียงใด ดังนั้นศาลจึงอาจใช้ดุลพินิจได้โดย

<sup>113</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ - มาตรา 1564 - บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาตามสมควรแก่บุตรในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์

<sup>114</sup> Alisdair A. Gillespie, *Child Pornography: Law and Policy* (Abingdon: GlassHouse/Routledge, 2011), p. 262.

พิจารณาจากข้อเท็จจริงในแต่ละคดี<sup>115</sup> นอกจากนี้กฎหมายยังมิได้บัญญัติความหมายของการละเมิดความไว้นื้อเชื่อใจไว้ การพิจารณาว่ากรณีใดเป็นการละเมิดความไว้นื้อเชื่อใจจึงต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ปรากฏและศึกษาจากแนวคำพิพากษาของศาล ทั้งนี้ ศาลได้ยกตัวอย่างว่ากรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลในครอบครัวของเด็ก ผู้กระทำความผิดเป็นอาจารย์ของเด็กหรือผู้กระทำความผิดทำงานเกี่ยวกับสังคมสงเคราะห์ เหล่านี้ล้วนอยู่ในความหมายของการละเมิดความไว้นื้อเชื่อใจ<sup>116</sup> อีกทั้งเมื่อเทียบเคียงกับความผิดฐานละเมิดความไว้นื้อเชื่อใจ (Abuse of Position of Trust) ตามกฎหมาย Sexual Offences Act 2003 จะพบว่า การละเมิดความไว้นื้อเชื่อใจนั้นอาจขยายไปถึงกรณีผู้กระทำความผิดเป็นผู้ดูแลเด็กในสถานพยาบาล สถานสงเคราะห์ สถานศึกษา และหน่วยงานอื่น ๆ ที่กฎหมายกำหนดอีกด้วย<sup>117</sup> อย่างไรก็ตาม กรณีที่จะเป็นการละเมิดความไว้นื้อเชื่อใจต้องเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดต่อเด็กที่อยู่ในความดูแลหรือความควบคุมของตนโดยตรง หากไม่ได้กระทำต่อเด็กที่ตนมีหน้าที่ควบคุมดูแลโดยตรง เช่น การที่ครูใหญ่โรงเรียนประถมศึกษาครอบครองภาพลามกเด็กซึ่งบุคคลที่ปรากฏในภาพไม่ใช่เด็กที่อยู่ในความดูแลของตน ย่อมไม่เป็นการละเมิดความไว้นื้อเชื่อใจ ผู้กระทำความผิดจึงไม่ต้องรับโทษหนักขึ้นเพราะเหตุดังกล่าว<sup>118</sup>

กฎหมายของประเทศแคนาดาได้กำหนดเหตุที่ศาลต้องนำมาใช้พิจารณาเพิ่มหรือลดโทษผู้กระทำความผิดในคดีอาญาไว้ในประมวลกฎหมายอาญาแคนาดา มาตรา 718.3<sup>119</sup> เหตุประการหนึ่งที่บัญญัติไว้ในมาตราดังกล่าวคือ กรณีปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้กระทำความผิดกระทำความผิดโดยละเมิดความไว้นื้อเชื่อใจ (Abused a position of trust or authority) ข้อเท็จจริงดังกล่าวมักเกิดขึ้นในการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กและมีคดีขึ้นสู่ศาลอยู่บ่อยครั้ง กฎหมายแคนาดาได้บัญญัติความหมายของการละเมิดความไว้นื้อเชื่อใจไว้เป็นลายลักษณ์อักษร อย่างไรก็ตาม ศาลได้วางหลักว่า การละเมิดความไว้นื้อเชื่อใจนี้เป็นกรณีที่ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใหญ่และเด็กก่อให้เกิดโอกาสที่ผู้ใหญ่จะสามารถโน้มน้าวและชักจูงให้เด็กกระทำการต่าง ๆ ได้ โดยเด็กนั้นจะตกอยู่ในฐานะบุคคลที่ด้อยกว่าและถูกครอบงำจากความสัมพันธ์ดังกล่าว<sup>120</sup> เช่น กรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นอาจารย์ของเด็ก<sup>121</sup> กรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุพการีของเด็ก<sup>122</sup> กรณีผู้กระทำความผิดเป็นญาติ

<sup>115</sup> Sentencing Council, **Sexual Offences Definitive Guideline** [Online], Accessed: 11 March 2018. Available from: [https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Final\\_Sexual\\_Offences\\_Definitive\\_Guideline\\_content\\_web1.pdf](https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Final_Sexual_Offences_Definitive_Guideline_content_web1.pdf)

<sup>116</sup> Oliver & Ors, v. R. [2002] EWCA Crim 2766

<sup>117</sup> Sexual Offences Act 2003 – Section 21

<sup>118</sup> Horn v. R. [2014] EWCA Crim 653

<sup>119</sup> Criminal Code of Canada – Section 718.2

<sup>120</sup> R. v. Audet, [1996] 2 S.C.R. 171

<sup>121</sup> Ibid.

<sup>122</sup> Ibid.

ของเด็ก<sup>123</sup> กรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นพี่เลี้ยงเด็ก<sup>124</sup> เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การละเมิดความไว้นื้อ  
 เชื่อใจนี้ต้องพิจารณาจากความสัมพันธ์ตามความเป็นจริงระหว่างผู้กระทำความผิดและเด็กที่ตกเป็น  
 เหยื่อ มิใช่สถานะทางสังคมของผู้กระทำความผิด ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับกฎหมายอังกฤษ  
 ดังนั้น กรณีที่ผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นอาจารย์กระทำความผิดฐานเข้าถึงและครอบครองสื่อลามก  
 อนาจารเด็กโดยไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อเป็นเด็กนักเรียนที่อยู่ในความดูแลของตน  
 ย่อมมิใช่การละเมิดความไว้นื้อเชื่อใจ ผู้กระทำความผิดจึงไม่ต้องรับโทษหนักขึ้นเพราะเหตุดังกล่าว<sup>125</sup>

สำหรับกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสและประเทศญี่ปุ่นมิได้บัญญัติเหตุฉกรรจ์กรณีที่  
 ผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดไว้ในกฎหมายสื่อลามก  
 อนาจารเด็กแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงที่ว่าผู้กระทำความผิดอยู่ในฐานะบุคคลที่ได้รับความ  
 ไว้นื้อเชื่อใจจากเด็กมักเป็นข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคดีสื่อลามกอนาจารเด็กเช่นกัน ดังจะให้เห็นจาก  
 ข่าวก่อนที่ยกขึ้นเป็นตัวอย่างในหัวข้อ 5.2.1

ประเด็นเรื่องเหตุฉกรรจ์กรณีผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตน  
 ในการกระทำความผิดตามกฎหมายของต่างประเทศจึงสามารถสรุปเป็นตารางได้ดังนี้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
 CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>122</sup> R. v. A.V., [2016] ONCJ 827

<sup>123</sup> R. v. N.K.P., [2010] ABPC 341

<sup>124</sup> R. v. A.G.A., 2010 ABCA 61

<sup>125</sup> R. v. Ingvaldson, 2012 BCPC 437

ตารางที่ 7 สรุปเหตุการณ์กรณีผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้เนื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตน  
ในการกระทำความผิดตามกฎหมายต่างประเทศ

ประเด็น / ประเทศ	ประเทศอังกฤษ	ประเทศแคนาดา	ประเทศฝรั่งเศส	ประเทศญี่ปุ่น
เหตุการณ์กรณีผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้เนื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิด	มีการกำหนดเหตุการณ์กรณีผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้เนื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดไว้ในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก	มีการกำหนดเหตุการณ์กรณีผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้เนื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดไว้ในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก	ไม่มี การกำหนดเหตุการณ์กรณีผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้เนื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดไว้ในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก	ไม่มี การกำหนดเหตุการณ์กรณีผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้เนื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดไว้ในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก
ขอบเขตของบุคคลที่ต้องรับผิดชอบจากเหตุการณ์ผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้เนื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิด	มิได้บัญญัติขอบเขตไว้ชัดเจน จึงขึ้นอยู่กับพฤติความของศาล อย่างไรก็ตามต้องพิจารณาจากความสัมพันธ์ระหว่างเด็กและผู้กระทำความผิดตามความเป็นจริง	มิได้บัญญัติขอบเขตไว้ชัดเจน จึงขึ้นอยู่กับพฤติความของศาล อย่างไรก็ตามศาลได้วางหลักว่าความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใหญ่และเด็กต้องก่อให้เกิดโอกาสที่ผู้ใหญ่จะสามารถโน้มน้าวให้เด็กกระทำการต่าง ๆ ได้ โดยเด็กนั้นจะถูกครอบงำจากความสัมพันธ์ดังกล่าว โดยต้องพิจารณาจากความสัมพันธ์ตามความเป็นจริงระหว่างเด็กและผู้กระทำความผิด	ไม่มี การกำหนดความผิดไว้ในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก	ไม่มี การกำหนดความผิดไว้ในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก

เมื่อพิจารณามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยพบว่ากฎหมายไทยบัญญัติเหตุการณ์กรณีผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้เนื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ซึ่งบังคับใช้กับการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเด็กทุกฐานความผิด<sup>126</sup> ยกเว้นความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/1 และมาตรา 287/2 ผู้วิจัยจึงมีความคิดเห็นว่าประเทศไทยควรบัญญัติเหตุการณ์

<sup>126</sup> ประมวลกฎหมายอาญา - มาตรา 285



ผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดเพื่อป้องกันปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก โดยบังคับใช้เหตุผลจรรยาบรรณดังกล่าวกับสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริง ดังเช่นแนวทางของประเทศอังกฤษและประเทศแคนาดา เนื่องจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กสร้างความเสียหายต่อตัวเด็กที่ตกเป็นเหยื่อทั้งด้านร่างกายและจิตใจ อีกทั้งยังเป็นการบั่นทอนศีลธรรมอันดีของประชาชนในสังคม ซึ่งหากปรากฏข้อเท็จจริงว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นได้กระทำโดยบุคคลที่ได้รับความไว้นื้อเชื่อใจจากเด็กก็ยิ่งทำให้ลักษณะของการกระทำและผลกระทบที่เกิดจากการกระทำดังกล่าวรุนแรงกว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในกรณีทั่วไป ดังที่ได้วิเคราะห์ในหัวข้อ 5.2.1

ประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณา คือ ขอบเขตของบุคคลที่ต้องรับผิดชอบจากเหตุการณ์กรณีผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดควรเป็นอย่างไร กฎหมายอังกฤษและกฎหมายแคนาดาวางหลักว่าผู้กระทำความผิดต้องเป็นบุคคลที่เด็กให้ความไว้นื้อเชื่อใจโดยพิจารณาจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดกับเด็กตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏ มิใช่เพียงหน้าที่ตามกฎหมาย ขอบเขตของบุคคลที่ต้องรับผิดชอบไม่ได้จำกัดอยู่แค่เพียงบุพการี หรือผู้มีอำนาจปกครองเด็กตามกฎหมายเท่านั้น แต่อาจหมายรวมถึงบุคคลที่มีหน้าที่ดูแลเด็กตามความเป็นจริง เช่น พี่เลี้ยง บุคคลใด ๆ ที่รับดูแลเด็กไว้ชั่วคราว ทั้งนี้ หากพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยจะพบว่ามีการบัญญัติเหตุผลจรรยาบรรณผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนไว้ใน มาตรา 285 เช่นกัน บทบัญญัติดังกล่าวบังคับใช้กับการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเด็กหลายฐานความผิด เช่น ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 ความผิดฐานกระทำอนาจารต่อเด็กตามมาตรา 279 แต่มิได้บังคับใช้กับความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก โดยบทบัญญัติมาตรา 285 จำกัดขอบเขตของบุคคลที่ต้องรับโทษหนักขึ้นจากเหตุการณ์ไว้นื้อเชื่อใจเพียงบุพการี อาจารย์ผู้มีหน้าที่ควบคุมดูแลศิษย์ ผู้มีอำนาจควบคุมตามหน้าที่ราชการ ผู้ใช้อำนาจปกครอง ผู้พิทักษ์และผู้อนุบาล ซึ่งมีขอบเขตที่แคบกว่าแนวทางของกฎหมายอังกฤษและกฎหมายแคนาดา

อย่างไรก็ดี ประเทศอังกฤษและประเทศแคนาดาเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ซึ่งคำพิพากษาของศาลเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมายประเภทหนึ่ง ศาลจึงสามารถใช้ดุลพินิจในการพิจารณาจากข้อเท็จจริงของแต่ละคดีได้อย่างกว้างขวางกว่าประเทศในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร กรณีของประเทศอังกฤษมิได้ให้บัญญัติความหมายของการละเมิดความไว้นื้อเชื่อใจไว้อย่างชัดเจนจึงต้องขึ้นอยู่กับการตีความของศาลในคดีนั้น ๆ ในขณะที่ประเทศแคนาดา แม้ศาลจะได้อ่างหลักเกณฑ์ของการละเมิดความไว้นื้อเชื่อใจไว้ว่าต้องเป็นกรณีที่ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใหญ่และเด็กก่อให้เกิดโอกาสที่ผู้ใหญ่จะสามารถโน้มน้าวและชักจูงให้เด็กกระทำการต่าง ๆ ได้ โดยเด็กนั้น

จะตกอยู่ในฐานะบุคคลที่ด้อยกว่าและถูกรับอำนาจจากความสัมพันธ์ดังกล่าว<sup>127</sup> แต่ศาลก็ยังคงมีอำนาจตีความได้อย่างกว้างขวางภายใต้หลักเกณฑ์ดังกล่าวเช่นกัน

ประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร แตกต่างจากประเทศอังกฤษและประเทศแคนาดา การบัญญัติเหตุผลจรรยาจึงต้องบัญญัติในรูปกฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงควรมีขอบเขตที่ชัดเจนเพื่อให้รัฐใช้อำนาจเกินสัดส่วน เพราะหากการบัญญัติเหตุผลจรรยาไม่ชัดเจนแล้วอาจก่อให้เกิดการตีความเกินจากเจตนารมณ์ของกฎหมายและส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนสมควร ผู้วิจัยจึงมีความคิดเห็นว่าขอบเขตของบุคคลที่ต้องรับผิดชอบจากเหตุจรรยากรณีผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้เนื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดควรยึดแนวทางตาม มาตรา 285 แห่งประมวลกฎหมายอาญาที่จำกัดไว้เพียงบุพการี อาจารย์ผู้มีหน้าที่ควบคุมดูแลศิษย์ ผู้มีอำนาจควบคุมตามหน้าที่ราชการ ผู้ใช้อำนาจปกครอง ผู้พิทักษ์ และผู้อนุบาลเท่านั้น เพราะบุคคลดังกล่าวเป็นผู้ที่มีหน้าที่ตามกฎหมายและตามศีลธรรมในการคุ้มครองเด็กอย่างแท้จริง การกระทำความผิดโดยบุคคลดังกล่าวจึงมีความร้ายแรงกว่ากรณีทั่วไปและสมควรที่บุคคลดังกล่าวจะต้องได้รับโทษหนักขึ้น อีกทั้งการบัญญัติเหตุผลจรรยาสำหรับความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในลักษณะดังกล่าวยังสอดคล้องกับการบัญญัติเหตุผลจรรยาสำหรับการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเด็กฐานอื่น ๆ ในประมวลกฎหมายอาญาอันจะส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปในทิศทางเดียวกัน

### 5.2.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบเรื่องฐานความผิดและระวางโทษสำหรับเหตุจรรยากรณีผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้เนื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิด

หากพิจารณาระวางโทษของฐานความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในปัจจุบันจะพบว่า ความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ในขณะที่ความผิดฐานส่งต่อต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ<sup>128</sup> สำหรับความผิดฐานผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อความประสงค์แห่งการค้าระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงสองแสนบาท<sup>129</sup> ดังนั้น เมื่อกำหนดขอบเขตของบุคคลที่ต้องรับผิดชอบจากเหตุจรรยากรณีผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้เนื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดแล้ว ประเด็นต่อมาที่จะต้องพิจารณา คือ เหตุจรรยาดังกล่าวควรบังคับใช้กับฐานความผิดใดและควรกำหนดระวางโทษสำหรับเหตุจรรยาในกรณีดังกล่าวเพียงใดจึงจะได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด

<sup>127</sup> R. v. Audet, [1996] 2 S.C.R. 171

<sup>128</sup> ประมวลกฎหมายอาญา – มาตรา 287/1

<sup>129</sup> ประมวลกฎหมายอาญา – มาตรา 287/1

ประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 9 ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ จำแนกฐานความผิดออกเป็น 2 ประเภท คือ ประเภทที่หนึ่ง ฐานความผิดที่กระทำทางเพศต่อบุคคลอื่นโดยตรง ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเรา ตั้งแต่มาตรา 276 ถึงมาตรา 277, ความผิดเกี่ยวกับการอนาจาร ตั้งแต่มาตรา 278 ถึงมาตรา 280 และประเภทที่สอง ฐานความผิดที่เป็นการส่งเสริมหรือกระตุ้นให้เกิดการกระทำความผิดทางเพศ ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับการพาไปเพื่อการอนาจาร ตั้งแต่มาตรา 282 ถึงมาตรา 284, ความผิดฐานดำรงชีพจากรายได้ของผู้ซึ่งค้าประเวณี ตามมาตรา 286, ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจาร ตั้งแต่มาตรา 287 ถึงมาตรา 287/2 โดยความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กจัดอยู่ในความผิดประเภทที่สอง คือ ฐานความผิดที่เป็นการส่งเสริมหรือกระตุ้นให้เกิดการกระทำความผิดทางเพศ<sup>130</sup> ซึ่งเมื่อพิจารณาจากระวางโทษของบทบัญญัติดังกล่าวจะพบว่าฐานความผิดที่กระทำทางเพศต่อบุคคลอื่นโดยตรงจะกำหนดระวางโทษไว้สูงกว่าฐานความผิดที่เป็นการส่งเสริมหรือกระตุ้นให้เกิดการกระทำความผิดทางเพศ เนื่องจากการกระทำความผิดทางเพศต่อบุคคลอื่นโดยตรงก่อให้เกิดผลกระทบที่รุนแรงกว่าการส่งเสริมหรือกระตุ้นให้เกิดการกระทำความผิดทางเพศ สำหรับเหตุจรรยาบรรณผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดตามมาตรา 285 ที่วางหลักไว้ว่าผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักขึ้นหนึ่งในสามของความผิดที่ตนได้กระทำนั้นบังคับใช้กับฐานความผิดที่กระทำทางเพศต่อบุคคลอื่นโดยตรงทุกฐานความผิด และบังคับใช้กับฐานความผิดที่เป็นการส่งเสริมหรือกระตุ้นให้เกิดการกระทำความผิดทางเพศบางฐานความผิด กล่าวคือ บังคับใช้เฉพาะความผิดฐานเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจารตามมาตรา 282 ถึงมาตรา 283<sup>131</sup>

เมื่อพิจารณาจากลักษณะความผิดฐานครอบครองและส่งต่อสื่อลามกอนาจารเด็กที่ระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีและเจ็ดปีตามลำดับ ผู้วิจัยมีความคิดเห็นว่าไม่ควรนำเหตุจรรยาบรรณผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดมาใช้ในการกำหนดระวางโทษของความผิดทั้งสองฐานให้หนักขึ้น เนื่องจากการกระทำความผิดดังกล่าวมิได้มีการกระทำโดยตรงต่อเด็ก อีกทั้งยังมีได้เป็นการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กไปสู่สังคมเป็นวงกว้าง การกระทำดังกล่าวจึงส่งผลกระทบต่อเด็กและสังคมน้อยกว่าการกระทำความผิดฐานผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อความประสงค์แห่งการค้าและการกระทำความผิดทางเพศต่อบุคคลโดยตรงฐานอื่น ๆ หากมีการกำหนดระวางโทษของความผิดทั้งสองฐานให้หนักขึ้นอาจเกินสัดส่วนกับการกระทำความผิด นอกจากนี้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจนำข้อเท็จจริงที่ว่า การกระทำความผิดดังกล่าวอาศัยความไว้นื้อเชื่อ

<sup>130</sup> คมพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึงลักษณะ 9 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561), หน้า 553 - 556.

<sup>131</sup> ประมวลกฎหมายอาญา - มาตรา 285

ที่เด็กมีต่อผู้กระทำความผิดมาใช้พิจารณากำหนดโทษของผู้กระทำความผิดให้หนักขึ้นได้ภายใต้ขอบเขตของระวางโทษที่กฎหมายกำหนด ระวางโทษดังกล่าวจึงเหมาะสมกับลักษณะของการกระทำความผิดและผลกระทบที่เกิดจากการกระทำความผิดดังกล่าวแล้ว

อย่างไรก็ดี ความผิดฐานผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อความประสงค์แห่งการค้าแตกต่างจากการกระทำความผิดฐานครอบครองและส่งต่อสื่อลามกอนาจารเด็ก การกระทำความผิดฐานดังกล่าวเกี่ยวข้องกับเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กออกไปสู่วงกว้างและยังเป็นการแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยมุ่งหากำไรจากเด็ก อีกทั้งในขั้นตอนการผลิตยังอาจมีการบังคับ ชู เชิญ หรือล่อลวงเด็กให้เข้าร่วมในการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กซึ่งเป็นการกระทำต่อตัวเด็กโดยตรง การกระทำดังกล่าวจึงมีความร้ายแรงกว่าความผิดฐานครอบครองและส่งต่อสื่อลามกอนาจารเด็ก นอกจากนี้หากปรากฏข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่าการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นการกระทำโดยอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อผู้กระทำความผิดยอมแสดงให้เห็นว่าบุคคลดังกล่าวมีความชั่วร้ายในจิตใจมากและส่งผลให้การกระทำความผิดดังกล่าวมีความรุนแรงเพิ่มขึ้นจนระวางโทษในกรณีปกติอาจไม่สามารถยับยั้งการกระทำความผิดดังกล่าวได้<sup>132</sup>

อนึ่ง มีข้อควรพิจารณาถึงความจำเป็นในการกำหนดเหตุจูงใจกรณีผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดสำหรับความผิดฐานผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อความประสงค์แห่งการค้า เนื่องจากก่อนการกระทำความผิดฐานผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อความประสงค์แห่งการค้า ผู้กระทำความผิดอาจกระทำความผิดทางเพศฐานอื่น ๆ โดยตรงต่อเด็กมาก่อน เช่น ผู้กระทำความผิดเป็นบิดาของเด็กซึ่งได้กระทำชำเราเด็กและบันทึกภาพเหตุการณ์ดังกล่าวไว้โดยมีวัตถุประสงค์ในการนำไปเผยแพร่เพื่อหากำไร ดังนั้น อาจเกิดข้อโต้แย้งว่า เมื่อการกระทำชำเราเด็กและการบันทึกภาพเหตุการณ์เด็กขณะถูกระทำชำเราเป็นการกระทำโดยมีเจตนาเพื่อนำไปเผยแพร่หากำไร การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่มีเจตนาเดียวกัน กล่าวคือ เป็นการกระทำกรรมเดียวกัน<sup>133</sup> ผู้กระทำความผิดจึงต้องได้รับโทษตามกฎหมายบทหนัก<sup>134</sup> ซึ่งในที่นี้คือ ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กโดยมีเหตุจูงใจตามมาตรา 277 ประกอบมาตรา 285 เมื่ออย่างไรเสียก็ต้องลงโทษฐานกระทำชำเราซึ่งเป็นบทหนักจึงไม่มีความจำเป็น

<sup>132</sup> วิจิตร ลุติตานนท์, กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 4 (พระนคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2507), หน้า 37.

<sup>133</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินติ้ง, 2551), หน้า 750.

<sup>134</sup> ประมวลกฎหมายอาญา - มาตรา 90 - เมื่อการกระทำใดอันเป็นกรรมเดียวเป็นความผิดต่อกฎหมายหลายบท ให้ใช้กฎหมายบทที่มีโทษหนักที่สุดลงโทษแก่ผู้กระทำความผิด

ที่ต้องบัญญัติเหตุจรรยาบรรณผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้เนื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดสำหรับความผิดฐานผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อความประสงค์แห่งการค้า

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาองค์ประกอบความผิดของความผิดฐานผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อความประสงค์แห่งการค้าจะพบว่า การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานดังกล่าวมิใช่จะต้องเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดทางเพศโดยตรงฐานอื่น ๆ ต่อเด็กมาก่อนเท่านั้น เนื่องจากองค์ประกอบความผิดฐานดังกล่าวบัญญัติลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดไว้หลายกรณี อาทิ การมีไว้เพื่อความประสงค์แห่งการค้า การทำให้แพร่หลายเพื่อความประสงค์แห่งการค้า การโฆษณาหรือโฆษณาว่าสื่อลามกอนาจารเด็กดังกล่าวแล้วจะหาได้จากบุคคลใด ตัวอย่างเช่น บิดาทำสำเนาภาพเปลือยของบุตรสาวจำนวนมากและนำไปเผยแพร่เพื่อความประสงค์แห่งการค้า อาจารย์ได้โฆษณาว่าสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลของตนสามารถหาได้จากแหล่งใด แม้การกระทำเหล่านี้ผู้กระทำความผิดจะไม่ได้กระทำความผิดทางเพศต่อเด็กโดยตรง แต่การกระทำความผิดดังกล่าวก็สร้างความเสียหายต่อตัวเด็กและเป็นความผิดฐานผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเช่นกัน นอกจากนี้การกระทำโดยบุคคลที่มีความใกล้ชิดกับเด็กย่อมก่อให้เกิดความเสียหายต่อเด็กมากกว่ากรณีทั่วไป หากไม่บัญญัติเหตุจรรยาบรรณผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้เนื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดไว้ย่อมทำให้ผู้กระทำความผิดขาดความเกรงกลัวและเป็นอุปสรรคต่อการปราบปรามปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็ก ดังนั้นจึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องกำหนดเหตุจรรยาบรรณผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้เนื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดสำหรับความผิดฐานผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อความประสงค์แห่งการค้า

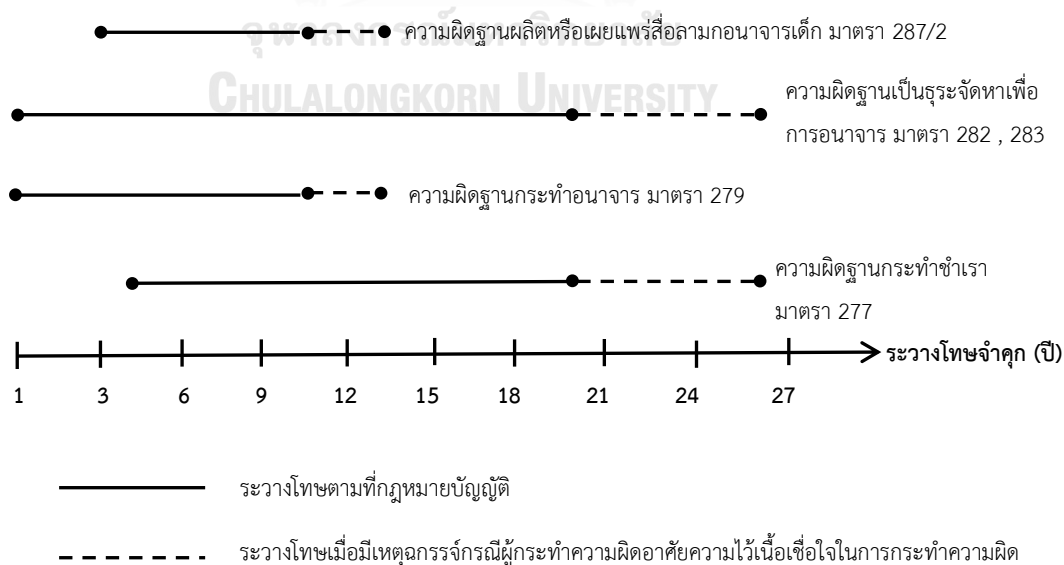
เมื่อเปรียบเทียบกับความผิดเกี่ยวกับเพศฐานอื่นพบว่า ความผิดฐานผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อความประสงค์แห่งการค้าใกล้เคียงกับความผิดฐานเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจารตามมาตรา 282 ถึงมาตรา 283 กล่าวคือ เป็นการกระทำความผิดทางเพศประเภทส่งเสริมหรือกระตุ้นให้เกิดการกระทำความผิดทางเพศเช่นเดียวกัน โดยความผิดฐานเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจารเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นในทำนองเดียวกับความผิดฐานผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อความประสงค์แห่งการค้า ทั้งนี้ความผิดฐานเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจารเป็นการกระทำในขั้นก่อนจะมีการกระทำอนาจารหรือกระทำชำเราเด็ก<sup>135</sup> ในขณะที่ความผิดฐานผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อความประสงค์แห่งการค้าเป็นการกระทำในขั้นหลังจากที่มีการกระทำอนาจารหรือกระทำชำเราเด็กแล้ว ซึ่งความผิดฐานเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจารอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 285 กล่าวคือ หากผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้เนื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิด ผู้ที่

<sup>135</sup> คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึงลักษณะ 9, หน้า 619.

ต้องระวางโทษหนักขึ้นหนึ่งในสามของการกระทำความผิดกรณีปกติ ผู้วิจัยจึงมีความคิดเห็นว่า เมื่อการกระทำความผิดฐานผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อความประสงค์แห่งการค้ามีลักษณะใกล้เคียงกับความผิดฐานเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจาร การกำหนดให้ความผิดฐานผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อความประสงค์แห่งการค้ากรณีปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดต้องระวางโทษของหนักขึ้นหนึ่งในสามในทำนองเดียวกับความผิดฐานเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจารย่อมเป็นสัดส่วนที่เหมาะสมกับลักษณะและผลกระทบที่เกิดจากการกระทำความผิดดังกล่าว

นอกจากนี้เมื่อเปรียบเทียบกับระวางโทษของความผิดฐานผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กกับความผิดเกี่ยวกับเพศฐานอื่น ๆ ที่กระทำต่อเด็กตามประมวลกฎหมายอาญาจะพบว่าความผิดฐานกระทำชำเราตามมาตรา 277 กำหนดระวางโทษจำคุกสี่ปีถึงยี่สิบปี ความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 279 ระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี ความผิดฐานเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจารระวางโทษจำคุกหนึ่งปีถึงยี่สิบปี ซึ่งการกระทำความผิดฐานดังกล่าวข้างต้นหากปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักขึ้นหนึ่งในสามของการกระทำความผิดฐานนั้น ๆ ในขณะที่ความผิดฐานผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/2 ระวางโทษจำคุกสามปีถึงสิบปีซึ่งสามารถสรุปได้ตามแผนภาพ ดังนี้

### แผนภาพเปรียบเทียบระวางโทษของฐานความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเด็ก



จากแผนภาพข้างต้นจะเห็นได้ว่า การบังคับใช้เหตุจรรยาบรรณผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดกับความผิดฐานผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/2 โดยผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักขึ้นหนึ่งในสามของการกระทำความผิดในกรณีปกตินั้นได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กฐานอื่น ๆ ตามประมวลกฎหมายอาญา ดังจะเห็นได้จากการที่ระวางโทษของความผิดฐานดังกล่าวอยู่ในช่วงเดียวกับการกระทำความผิดทางเพศที่กระทำต่อเด็กฐานอื่น ๆ อีกทั้งระวางโทษสูงสุดของการกระทำดังกล่าวก็มิได้สูงไปกว่าการกระทำความผิดบางฐานความผิดที่โดยลักษณะของการกระทำแล้วมีความรุนแรงมากกว่า เช่น ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กที่เป็นการกระทำความผิดต่อเด็กโดยตรง ดังนั้น ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น ผู้วิจัยจึงมีความคิดเห็นว่าควรบังคับใช้เหตุจรรยาบรรณในกรณีดังกล่าวเฉพาะความผิดฐานผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อความประสงค์แห่งการคุ้มครองตามมาตรา 287/2 และควรกำหนดระวางโทษสำหรับเหตุจรรยาบรรณสำหรับกรณีดังกล่าวไว้เช่นเดียวกับมาตรา 285 กล่าวคือผู้กระทำความผิดฐานผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อความประสงค์แห่งการคุ้มครองโดยอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดต้องระวางโทษหนักขึ้นหนึ่งในสามของระวางโทษในกรณีปกติ

สรุป ประเด็นเหตุจรรยาบรรณผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิด ผู้วิจัยมีความคิดเห็นว่า กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยควรกำหนดเหตุจรรยาบรรณผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดโดยขอบเขตของบุคคลที่ต้องรับผิดชอบเหตุจรรยาบรรณผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิด ได้แก่ บุพการี อาจารย์ผู้มีหน้าที่ควบคุมดูแลศิษย์ ผู้มีอำนาจควบคุมตามหน้าที่ราชการ ผู้ใช้อำนาจปกครอง ผู้พิทักษ์ และผู้อนุบาล เหตุจรรยาบรรณดังกล่าวควรบังคับใช้เฉพาะความผิดฐานผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/2 โดยกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักขึ้นหนึ่งในสามของการกระทำความผิดในกรณีปกติ

### 5.3 ข้อพิจารณาเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก

จากการศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในต่างประเทศพบว่าหลายประเทศได้มีการบัญญัติข้อยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้หลายประการในรูปแบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร นอกจากนี้แม้กฎหมายของบางประเทศจะมิได้บัญญัติข้อยกเว้นความรับผิดไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่ก็ได้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้ในการยกเว้นความรับผิดในคดีสื่อลามกอนาจารเด็กเช่นกัน ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองบุคคลที่มิได้มีเจตนาร้ายต่อเด็กอันส่งผลให้กฎหมายดังกล่าวสามารถนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการปราบปรามผู้ที่มีมุ่งแสวงหาประโยชน์ทาง

เพศโดยมิชอบจากเด็กได้อย่างแท้จริง หัวข้อนี้จึงจะทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบข้อยกเว้นความรับผิดชอบเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของต่างประเทศเพื่อใช้เป็นแนวทางในการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดชอบเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทย

ประเทศอังกฤษมีการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดชอบฐานเผยแพร่และครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กโดยมีเหตุอันสมควร และข้อยกเว้นความรับผิดชอบฐานผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อประโยชน์ในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมซึ่งกรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็ก นอกจากนี้ยังกำหนดข้อยกเว้นกรณีการใช้เพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลโดยเด็กให้ความยินยอม โดยข้อยกเว้นดังกล่าวถูกบัญญัติไว้ในรูปกฎหมายลายลักษณ์อักษร

ประเทศแคนาดามีการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดชอบในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กกรณีกระทำโดยมีเหตุอันสมควรซึ่งผู้กระทำความผิดไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็กไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร นอกจากนี้ยังกำหนดข้อยกเว้นกรณีการใช้เพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลโดยเด็กให้ความยินยอมไว้โดยนำหลักความยินยอมในกฎหมายอาญามาปรับใช้ในฐานะหลักกฎหมายทั่วไป และกำหนดข้อยกเว้นกรณีผู้กระทำความผิดไม่รู้อายุของเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กไว้เช่นกัน

ประเทศญี่ปุ่นมีการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดชอบในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กกรณีผู้กระทำความผิดไม่รู้อายุของเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในทำนองเดียวกับประเทศแคนาดา ในขณะที่ประเทศฝรั่งเศสมีการกำหนดข้อยกเว้นกรณีผู้กระทำความผิดสามารถพิสูจน์ได้ว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นผู้ใหญ่

ในส่วนต่อไปจะทำการวิเคราะห์ข้อยกเว้นความรับผิดชอบในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในกรณีต่าง ๆ ตามกฎหมายต่างประเทศเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย โดยแบ่งเป็น 4 หัวข้อ ได้แก่ ข้อยกเว้นกรณีการกระทำที่มีได้เป็นไปเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศ ข้อยกเว้นกรณีการใช้เพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลโดยเด็กให้ความยินยอม ข้อยกเว้นกรณีผู้กระทำความผิดสามารถพิสูจน์ได้ว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นผู้ใหญ่และข้ออ้างกรณีผู้กระทำความผิดไม่รู้อายุของเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็ก จากนั้นจึงจะทำการเสนอแนะแนวทางในการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดชอบในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทยต่อไป



### 5.3.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบเรื่องข้อยกเว้นกรณีการกระทำที่มีได้เป็นไปเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศ

จากการศึกษามาตรการทางกฎหมายในต่างประเทศพบว่าประเทศอังกฤษและประเทศแคนาดาได้กำหนดข้อยกเว้นการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กกรณีการกระทำที่มีได้เป็นไปเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศไว้ ดังนี้

ประเทศอังกฤษได้บัญญัติข้อยกเว้นความรับผิดฐานเผยแพร่และครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมาย Protection of Children Act 1978<sup>136</sup> และกฎหมาย Criminal Justice Act 1988<sup>137</sup> ไว้ โดยหากปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้กระทำความผิดฐานเผยแพร่หรือครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กกระทำไปโดยมีเหตุอันสมควร (Legitimate Reason) เช่น นักวิจัยครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อประโยชน์ทางการศึกษา เจ้าหน้าที่ตำรวจครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อประโยชน์ในการพิจารณาคดี บุคคลดังกล่าวย่อมไม่ต้องรับผิดในความผิดฐานนั้น ๆ นอกจากนี้ในความผิดฐานผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมาย Protection of Children Act 1978 หากผู้ผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กพิสูจน์ได้ว่าตนเป็นหน้าที่ของหน่วยงานที่กฎหมายกำหนด คือ หน่วยสืบราชการลับของสหราชอาณาจักร (Secret Intelligence Service) หรือเจ้าหน้าที่ของหน่วยข่าวกรองของสหราชอาณาจักร (Government Communications Headquarters) และตนจำเป็นต้องผลิตภาพลามกเพื่อประโยชน์ในการดำเนินงานของหน่วยงานนั้น ๆ หรือในกรณีที่ไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานดังกล่าว แต่บุคคลนั้นสามารถพิสูจน์ได้ว่าตนจำเป็นต้องผลิตภาพลามกเด็กเพื่อประโยชน์ในการป้องกัน สืบสวน หรือสอบสวนอาชญากรรม หรือเพื่อประโยชน์ในกระบวนการพิจารณาคดีอาญา บุคคลดังกล่าวก็ไม่ต้องรับผิดฐานผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กแต่อย่างใด<sup>138</sup>

ประเทศแคนาดาได้บัญญัติข้อยกเว้นความรับผิดในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กกรณีมีเหตุสมควรไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 163.1 (6)<sup>139</sup> โดยกำหนดเงื่อนไขไว้สองประการ ประการที่หนึ่ง การกระทำความผิดนั้นต้องเป็นการกระทำโดยมีเหตุอันสมควรซึ่งเหตุดังกล่าวเกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรม วิทยาศาสตร์ การแพทย์ การศึกษา หรือศิลปะ กรณีใดจะเป็นกรณีมีเหตุอันสมควรนั้นต้องพิจารณาว่าผู้กระทำความผิดสุจริตอย่างแท้จริงหรือไม่ อีกทั้งการกระทำนั้นต้องสัมพันธ์กับข้ออ้างของผู้กระทำความผิดและมีความเชื่อมโยงกับวัตถุประสงค์อย่างใด

<sup>136</sup> Protection of Children Act 1978 – Section 1(4)

<sup>137</sup> Criminal Justice Act 1988 – Section 160 (2) (a)

<sup>138</sup> Protection of Children Act 1978 – Section 1B

<sup>139</sup> Criminal Code of Canada – Section 163.1 (6)

อย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดข้างต้น<sup>140</sup> ประการที่สอง การกระทำดังกล่าวต้องมีได้ก่อความเสี่ยงที่ทำให้เกิดอันตรายแก่บุคคลเด็กเกินสมควรโดยความเสี่ยงนั้นจะต้องเป็นความเสี่ยงที่วิญญูชนคาดหมายได้ ส่วนอันตรายนั้นอาจเป็นอันตรายทางด้านร่างกายหรือจิตใจก็ได้<sup>141</sup>

ประเทศไทยมิได้มีการบัญญัติข้อยกเว้นความรับผิดกรณีมีเหตุอันสมควรไว้ดังเช่นประเทศอังกฤษและประเทศแคนาดา แต่เมื่อพิจารณาองค์ประกอบความผิดของความผิดฐานครอบครองหรือส่งต่อสื่อลามกอนาจารเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287/1 ของประเทศไทยพบว่า การกระทำที่จะเป็นความผิดตามมาตรานี้จะต้องมีมูลเหตุชักจูงใจเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศ อันหมายถึงการได้มาซึ่งประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งในทางเพศ เช่น เพื่อนำไปสนองความใคร่ เพื่อการอนาจาร ไม่ว่าผู้ครอบครองหรือบุคคลอื่นจะได้รับประโยชน์ทางเพศนั้น มูลเหตุชักจูงใจเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศนี้เป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบภายในตามโครงสร้างความรับผิดทางอาญา หากผู้ครอบครองหรือส่งต่อสื่อลามกอนาจารเด็กมิได้กระทำเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศ เช่น นักวิจัยครอบครองเพื่อประโยชน์ทางการศึกษา เจ้าหน้าที่ตำรวจครอบครองเพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีและส่งต่อให้หน่วยงานอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องเพื่อประสานงานให้การดำเนินคดีดังกล่าว ลุล่วง การครอบครองหรือส่งต่อนั้นย่อมไม่เป็นความผิดตามมาตรานี้เพราะขาดองค์ประกอบภายใน<sup>142</sup> ดังนั้นจึงจะเห็นได้ว่าแม้กฎหมายไทยจะไม่ได้มีการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดกรณีมีเหตุอันสมควร แต่ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กก็สามารถยกเหตุที่ว่า การกระทำดังกล่าวมิได้เป็นไปเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศขึ้นมาเป็นข้ออ้างเพื่อให้การกระทำของตนไม่เป็นความผิดได้ ซึ่งเป็นการอ้างเหตุในทำนองเดียวกับข้อยกเว้นกรณีมีเหตุอันสมควรตามกฎหมายอังกฤษและกฎหมายแคนาดา

อย่างไรก็ตาม เมื่อเปรียบเทียบถ้อยคำของบทบัญญัติตามกฎหมายอังกฤษ กฎหมายแคนาดา และกฎหมายไทยจะพบว่า ข้ออ้างกรณีการกระทำที่มีได้เป็นไปเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศตามกฎหมายไทยมีขอบเขตที่กว้างกว่าข้อยกเว้นกรณีมีเหตุอันสมควรตามกฎหมายอังกฤษและกฎหมายแคนาดา กล่าวคือ กฎหมายอังกฤษจำกัดไว้เฉพาะกรณี “มีเหตุสมควร” ส่วนกฎหมายแคนาดานอกจากจะต้องมีเหตุอันสมควรแล้วยังต้อง “เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรม วิทยาศาสตร์ การแพทย์ การศึกษา หรือศิลปะ” ด้วย ในขณะที่กฎหมายไทยกำหนดไว้เพียง “มิได้แสวงหาประโยชน์ทางเพศ” เท่านั้น ไม่มีการกำหนดขอบเขตว่าการกระทำที่มีได้แสวงหาประโยชน์ทางเพศนี้จะต้องเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับด้านใดและไม่มีกำหนดให้พิจารณาถึงผลกระทบที่อาจเกิดกับเด็ก อีกทั้งยังไม่มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยในประเด็นดังกล่าว ผู้วิจัยมีความคิดเห็นว่า

<sup>140</sup> R. v. Katigbak, [2011] 3 SCR 326, 2011 SCC 48

<sup>141</sup> Ibid.

<sup>142</sup> อภิรัฐ บุญทอง, "สาระสำคัญของความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก," *ตุลพาห:* 165 - 182.

ในบางกรณีการกระทำที่มีได้เป็นไปเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศนั้นอาจก่อให้เกิดอันตรายแก่เด็กเกินสมควร เช่น ในประเทศออสเตรเลียมีกรณีที่เจ้าหน้าที่ตำรวจเปิดเว็บไซต์สื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อล่อจับบุคคลที่กระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก<sup>143</sup> แม้ตำรวจจะเข้าไปเพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีแต่ก็มีข้อควรพิจารณาว่าการดังกล่าวจะก่อความเสี่ยงที่จะทำให้เด็กได้รับอันตรายเกินสมควรหรือไม่ หรือกรณีที่มีการนำสื่อลามกอนาจารเด็กไปใช้เป็นตัวอย่งในการบรรยายในชั้นเรียนซึ่งเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ทางการศึกษา แต่หากมีการแจกจ่ายสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อเป็นตัวอย่งจำนวนมากเช่นนี้ก็อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่เด็กที่ปรากฏในสื่อเกินสมควรได้ ดังนั้นข้ออ้างกรณีการกระทำที่มีได้เป็นไปเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศนั้นนอกจากจะพิจารณาว่าการกระทำนั้นมีได้เป็นไปเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศแล้ว ยังควรพิจารณาว่าการกระทำนั้นก่อความเสี่ยงที่จะทำให้เกิดอันตรายแก่เด็กเกินสมควรหรือไม่ตามแนวทางของกฎหมายแคนาดาด้วย

ความผิดฐานผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อความประสงค์แห่งการค้าตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287/2 ของประเทศไทยได้วางหลักว่าการกระทำที่จะเป็นความผิดตามมาตรานี้จะต้องมีมูลเหตุชกุงใจเพื่อความประสงค์แห่งการค้า เพื่อการแจกจ่ายแก่ประชาชน เพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน เพื่อจะช่วยให้แพร่หลาย หรือช่วยในการค้าสื่อลามกอนาจารเด็ก<sup>144</sup> ดังนั้นหากเป็นการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อประโยชน์ในการป้องกัน สืบสวน หรือสอบสวนอาชญากรรม หรือเพื่อประโยชน์ในกระบวนการพิจารณาคดีอาญา ย่อมแสดงให้เห็นว่าผู้ผลิตมิได้มีมูลเหตุชกุงใจเพื่อวัตถุประสงค์ข้างต้น ผู้ผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กจึงไม่มีความผิดตามมาตรานี้แต่อย่างใด ซึ่งสอดคล้องกับข้อยกเว้นความรับผิดในความผิดฐานผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายอังกฤษ นอกจากนี้หากพิจารณาถึงลักษณะการกระทำความผิดซึ่งเป็นการผลิตหรือเผยแพร่โดยมีมูลเหตุชกุงใจเพื่อความประสงค์แห่งการค้าแล้ว ผู้วิจัยมีความคิดเห็นว่าการกระทำความผิดในลักษณะดังกล่าวไม่สมควรที่จะมีการบัญญัติข้อยกเว้นความรับผิดไว้แต่อย่างใด เนื่องจากการผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อความประสงค์แห่งการค้านั้นเป็นการแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบจากเด็กซึ่งส่งผลเสียต่อเด็กอย่างชัดเจน อีกทั้งผลประโยชน์ที่ได้จากการกระทำดังกล่าวยังเป็นสาเหตุสำคัญที่ก่อให้เกิดการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก

สรุป คือ ปัจจุบันกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยได้บัญญัติข้ออ้างกรณีการกระทำที่มีได้เป็นไปเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศไว้ซึ่งข้ออ้างดังกล่าวส่งผลให้การ

<sup>143</sup> Duncan Riley, *Australian Police Ran a Child Porn Site for Nearly a Year to Catch Pedophiles* [Online], Accessed: 10 May 2018. Available from: <https://siliconangle.com/blog/2017/10/08/australian-police-hosted-ran-child-porn-site-nearly-year-catch-pedophiles/>

<sup>144</sup> ประมวลกฎหมายอาญา – มาตรา 287/2

กระทำไม่เป็นการผิด บทบัญญัติดังกล่าวเป็นไปในทำนองเดียวกับข้อยกเว้นความรับผิดชอบที่มีเหตุอันสมควรตามกฎหมายอังกฤษและประเทศแคนาดา ดังนั้น จึงไม่จำเป็นต้องบัญญัติข้อยกเว้นความรับผิดชอบดังกล่าวเพิ่มเติมในกฎหมายไทยแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม บางกรณีการกระทำที่มีได้เป็นไปเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศนั้นอาจก่อให้เกิดอันตรายแก่เด็กเกินสมควรได้ หากกรณีใดปรากฏข้อเท็จจริงว่าการกระทำที่มีได้เป็นไปเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศนั้นก่อให้เกิดอันตรายต่อเด็กเกินสมควรก็ไม่ควรจะได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นในกรณีนี้แต่อย่างใด เพราะการกระทำดังกล่าวขัดกับแนวความคิดในการคุ้มครองเด็กและเจตนารมณ์ของกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นไปเพื่อคุ้มครองและป้องกันการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก ผู้วิจัยจึงมีความคิดเห็นว่า การพิจารณาข้ออ้างกรณีนี้ไม่ควรจะพิจารณาจากเงื่อนไขที่ว่าการกระทำดังกล่าวมีได้เป็นไปเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศเพียงอย่างเดียว แต่ควรพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวนั้นมีได้ก่อความเสี่ยงที่จะทำให้เกิดอันตรายต่อเด็กเกินสมควรด้วยโดยนำแนวทางของกฎหมายแคนาดามาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณา

### 5.3.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบเรื่องข้อยกเว้นกรณีการใช้เพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลโดยเด็กให้ ความยินยอม

จากการศึกษาพบว่ากฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศอังกฤษและประเทศแคนาดามีการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดชอบเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กกรณีการใช้เพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลโดยเด็กให้ความยินยอมไว้ อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ของข้อยกเว้นดังกล่าวตามกฎหมายของทั้งสองประเทศนั้นมีความแตกต่างกัน

ประเทศอังกฤษมีการบัญญัติข้อยกเว้นความรับผิดชอบเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กกรณีการใช้เพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลโดยเด็กให้ความยินยอมไว้ ซึ่งบังคับใช้กับการกระทำความผิดฐานผลิต เผยแพร่ และครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมาย Protection of Children Act 1978<sup>145</sup> และกฎหมาย Criminal Justice Act 1988<sup>146</sup> โดยผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไม่ต้องรับผิดชอบหากสามารถพิสูจน์ได้ตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

- (1) เด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นเด็กอายุตั้งแต่ 16 ปีขึ้นไป
- และ
- (2) เด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นหรือเคยเป็นคู่สมรสหรือหุ้นส่วนทางแพ่ง (Civil Partners) ของผู้กระทำความผิด หรือได้อยู่กินหรือเคยอยู่กินฉันสามีภริยากับผู้กระทำความผิด และ

<sup>145</sup> Protection of Children Act 1978 – Section 1A

<sup>146</sup> Criminal Justice Act 1988 – Section 160A

(3) ไม่มีบุคคลอื่น ๆ ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็ก นอกจากตัวเด็กเอง และผู้กระทำความผิด และ

(4) เด็กต้องให้ความยินยอมในการผลิตหรือครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กนั้น อีกทั้งยังต้องเป็นการใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตัวระหว่างตัวเด็กกับผู้กระทำความผิด ไม่มีการเผยแพร่ไปสู่บุคคลภายนอก

การกำหนดข้อยกเว้นในกรณีข้างต้นมีเหตุผลมาจากการที่กฎหมายอังกฤษกำหนดให้บุคคลอายุตั้งแต่ 16 ปีขึ้นไปสามารถให้ความยินยอมทางเพศได้<sup>147</sup> แต่กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศอังกฤษนั้นให้ความคุ้มครองเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี จึงอาจทำให้เกิดกรณีที่เด็กอายุมากกว่า 16 ปีสามารถให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์ได้ แต่กลับไม่สามารถถ่ายภาพหรือยินยอมให้มีการถ่ายภาพเปลือยของตนเองซึ่งอาจให้เกิดการความขัดแย้งในการปรับใช้กฎหมาย อีกทั้งการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดในกรณีดังกล่าวยังมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองความมั่นคงของการสมรสและการอยู่กินร่วมกันฉันสามีภรรยา<sup>148</sup>

ประเทศแคนาดาได้กำหนดข้อยกเว้นความรับผิดในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กกรณีการใช้เพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลโดยเด็กให้ความยินยอมไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ดังเช่นประเทศอังกฤษ แต่ข้อยกเว้นดังกล่าวเกิดจากการวางหลักของศาลเพื่อรักษาสมดุลระหว่างการป้องกันเด็กจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศและการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชน<sup>149</sup> เนื่องจากกฎหมายแคนาดากำหนดให้เด็กอายุตั้งแต่ 16 ปีขึ้นไปสามารถให้ความยินยอมในการประกอบกิจกรรมทางเพศได้ แต่กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของแคนาดานั้นคุ้มครองบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี จึงก่อให้เกิดความขัดแย้งในการปรับใช้กฎหมายในทำนองเดียวกับกฎหมายอังกฤษ ข้อยกเว้นในกรณีนี้จึงมีขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยมุ่งคุ้มครองบุคคลที่กระทำการความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กโดยมิได้มีเจตนาร้าย เช่น กรณีบุคคลอายุ 17 ปีที่คบหากันฉันคนรักและได้ถ่ายภาพเปลือยของอีกฝ่ายไว้โดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์<sup>150</sup> ดังนั้น ศาลจึงได้นำหลักความยินยอมในกฎหมายอาญามาใช้วางแนวทางในการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กโดยข้อยกเว้นกรณีการใช้เพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลโดยเด็กให้ความยินยอมตามกฎหมายแคนาดา มีหลักเกณฑ์ดังนี้

<sup>147</sup> Sexual Offences Act 2003 – Section 9

<sup>148</sup> Alisdair A. Gillespie, *Child Pornography: Law and Policy*, p. 225 - 228.

<sup>149</sup> R. v. Barabash, 2015 SCC 29, [2015] 2 S.C.R. 522

<sup>150</sup> Joshua Sealy-Harrington, *Keep It To Yourself: The Private Use Exception for Child Pornography Offences* [Online], Accessed: 20 March 2018. Available from: <https://ablawg.ca/2015/06/23/keep-it-to-yourself-the-private-use-exception-for-child-pornography-offences/>

(1) การประกอบกิจกรรมทางเพศนั้นต้องชอบด้วยกฎหมาย (Lawfulness) กล่าวคือ เด็กต้องอยู่ในวัยที่สามารถให้ความยินยอมทางเพศได้ กล่าวคือ ต้องมีอายุตั้งแต่ 16 ปีขึ้นไป<sup>151</sup> และเด็กต้องให้ความยินยอมในการประกอบกิจกรรมทางเพศดังกล่าว

(2) เด็กและบุคคลทุกคนที่ปรากฏในสื่อต้องให้ความยินยอมในการบันทึกการประกอบกิจกรรมทางเพศนั้น

(3) สื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกบันทึกไว้จะต้องใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตัวสำหรับผู้ผลิตสื่อลามกอนาจารเด็ก และ/หรือบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กเท่านั้น และไม่มีการเผยแพร่ออกไปสู่บุคคลภายนอก

จากข้อยกเว้นความรับผิดในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กกรณีการใช้เพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลโดยเด็กให้ความยินยอมตามกฎหมายอังกฤษและกฎหมายแคนาดาข้างต้นพบว่า หลักเกณฑ์ในการอ้างข้อยกเว้นดังกล่าวตามกฎหมายของทั้งสองประเทศมีความคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ การประกอบกิจกรรมทางเพศของเด็กที่ถูกบันทึกไว้ต้องชอบด้วยกฎหมายโดยเด็กให้ความยินยอมในการผลิตและครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กนั้น อีกทั้งสื่อลามกอนาจารเด็กยังต้องถูกเก็บไว้เพื่อใช้ประโยชน์ส่วนตัวระหว่างเด็กและผู้กระทำความผิดเท่านั้น มิได้เผยแพร่ออกไปสู่บุคคลภายนอก อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันระหว่างกฎหมายอังกฤษและกฎหมายแคนาดาก็คือ กฎหมายอังกฤษกำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมเรื่องความสัมพันธ์พิเศษระหว่างเด็กและผู้กระทำความผิดไว้ โดยผู้กระทำความผิดต้องเป็นคู่สมรส หุ่นส่วนทางแพ่ง หรืออยู่กินฉันสามีภริยากับเด็ก ในขณะที่กฎหมายแคนาดาไม่ได้กำหนดเงื่อนไขดังกล่าว

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายไทย เช่น ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีตามมาตรา 277<sup>152</sup> ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีตามมาตรา 279<sup>153</sup> พบว่าการกระทำจะเป็นความผิดเมื่อกระทำต่อเด็กที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี ไม่ว่าจะเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ยินยอมก็ตาม กล่าวอีกนัยคือ หากเป็นการกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารเด็กที่มีอายุมากกว่า 15 ปีและเด็กนั้นยินยอม ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด ดังนั้น จะเห็นได้ว่าเด็กอายุมากกว่า 15 ปีสามารถให้ความยินยอมทางเพศได้แล้วนั่นเอง อย่างไรก็ตาม กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยให้การคุ้มครองเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี<sup>154</sup> จึงอาจก่อให้เกิดปัญหาเช่นเดียวกับกฎหมายอังกฤษและกฎหมายแคนาดาที่เด็กอายุต่ำกว่า 18 ปีสามารถให้ความยินยอม

<sup>151</sup> Criminal Code of Canada – Section 151

<sup>152</sup> ประมวลกฎหมายอาญา - มาตรา 277

<sup>153</sup> ประมวลกฎหมายอาญา - มาตรา 279

<sup>154</sup> ประมวลกฎหมายอาญา - มาตรา 1 (17)

ทางเพศได้ แต่ไม่สามารถให้ความยินยอมในการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กได้ ทั้งนี้ กฎหมายไทยมิได้มีการกำหนดข้อยกเว้นในกรณีการใช้เพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลโดยเด็กให้ความยินยอมไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรแต่อย่างใด อีกทั้งยังไม่เคยมีตัวอย่างคำพิพากษาที่นำหลักความยินยอมของเด็กมาปรับใช้เพื่อยกเว้นความรับผิดในคดีสื่อลามกอนาจารเด็กในฐานะหลักกฎหมายทั่วไป ประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาก็คือ ควรมีการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กกรณีการใช้เพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลโดยเด็กให้ความยินยอมไว้ในกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยหรือไม่ อนึ่ง เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กได้แสดงความคิดเห็นในประเด็นดังกล่าว ดังนี้

พันตำรวจโท รุ่งเลิศ คันจันทน์ เจ้าหน้าที่ตำรวจประจำคณะทำงานปราบปรามการล่องละเมิดทางเพศต่อเด็กทางอินเทอร์เน็ต (TICAC) ซึ่งเป็นคณะทำงานภายใต้สำนักงานตำรวจแห่งชาติที่ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กและการแสวงหาประโยชน์ทางเพศต่อเด็กเพื่อการค้าเป็นการเฉพาะ ได้แสดงความคิดเห็นว่า “ **ไม่เห็นด้วยกับข้อยกเว้นในลักษณะนี้ เพราะกฎหมายคุ้มครองเด็ก ความเป็นเด็กพิจารณาจากอายุ ณ ตอนที่มีการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กเด็กอาจจะให้ความยินยอมด้วยความอ่อนวัยวุฒิหรือประสบการณ์ ถึงแม้จะให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์ได้ แต่ส่วนตัวก็เห็นว่าไม่เหมาะสมที่จะให้ความยินยอมในการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็ก และแม้จะมีการกำหนดเงื่อนไขเรื่องความสัมพันธ์พิเศษระหว่างเด็กและผู้กระทำความผิดไว้ก็ยังคงคิดว่าเป็นสิ่งที่ไม่เหมาะสม เพราะเด็กไม่ควรที่จะต้องมาถ่ายและตกเป็นเหยื่อของสื่อลามกอนาจารเด็ก**”<sup>155</sup>

นางสาวดวงพร โชติปัญญา นิติกรชำนาญการ กรมกิจการเด็กและเยาวชนซึ่งเป็นหน่วยงานที่มีภารกิจในการคุ้มครองและพิทักษ์สิทธิเด็กและเยาวชน อีกทั้งยังเป็นหน่วยงานที่มีส่วนร่วมในกำหนดแนวทางในการบังคับใช้กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กตามคู่มือและแนวทางการดำเนินการตามแผนและการเตรียมความพร้อมในการบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 ได้แสดงความคิดเห็นว่า “**ส่วนตัวมีความคิดเห็นว่า ความยินยอมของเด็กต้องดูเป็นกรณีไป การให้ความยินยอมของเด็กนี้ต้องดูว่าเด็กได้รับผลกระทบจากการให้ความยินยอมดังกล่าวด้วยหรือไม่ การที่เด็กต้องมาถูกบันทึกภาพในลักษณะลามกอนาจารเช่นนี้ย่อมมีผลกระทบต่อตัวเด็กเอง ซึ่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กก็ได้กำหนดไว้ว่าเด็กต้องได้รับความคุ้มครองและดูแลอย่างเท่าเทียม อีกทั้งยังต้องไม่ตกเป็นเหยื่อของความรุนแรงเกี่ยวกับเพศ ถึงแม้เด็กจะให้ความยินยอมก็ตาม แต่ข้อยกเว้นในกรณีขัดกับสิทธิเด็ก การที่เด็กตัดสินใจให้ความยินยอม**

<sup>155</sup> สัมภาษณ์, รุ่งเลิศ คันจันทน์, พันตำรวจโท คณะทำงานปราบปรามการล่องละเมิดทางเพศต่อเด็กทางอินเทอร์เน็ต สำนักงานตำรวจแห่งชาติ, 8 พฤษภาคม 2561.

นี้ต้องพิจารณาด้วยว่าเด็กมีวุฒิภาวะในการให้ความยินยอมเพียงใด จะแน่ใจได้อย่างไรว่าการตัดสินใจ เช่นนั้นมิได้เกิดจากการถูกหว่านล้อมโดยบุคคลที่มีวุฒิภาวะที่สูงกว่า **อย่างไรก็ตาม ถ้าเป็นกรณีสมรสกันแล้ว บุคคลก็จะบรรลุนิติภาวะตามกฎหมาย ซึ่งก็ถือว่าวุฒิภาวะในการให้ความยินยอมกรณีนี้ เพราะกฎหมายไทยเองก็ให้การยอมรับว่า หากบุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปีทำการสมรส ก็จะถือว่าบุคคลนั้นบรรลุนิติภาวะแล้ว** แต่ถ้าปรากฏเพียงข้อเท็จจริงว่ามีการอยู่กินฉันสามีภรรยา ส่วนตัวคิดว่าไม่สมควรที่จะให้ความยินยอมเป็นช้อยกเว้นความรับผิดชอบได้”<sup>156</sup>

ประเด็นนี้ผู้วิจัยมีความคิดเห็นว่าจะไม่ควรมีการบัญญัติช้อยกเว้นกรณีดังกล่าวไว้ในบทบัญญัติว่าด้วยสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยด้วยเหตุผลสามประการ ดังต่อไปนี้

ประการที่หนึ่ง เมื่อเทียบเคียงกับบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาลักษณะ 9 ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศที่เด็กเป็นวัตถุแห่งการกระทำ เช่น ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีตามมาตรา 277<sup>157</sup> ความผิดฐานทำอนาจารเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีตามมาตรา 279<sup>158</sup> จะเห็นได้ว่าตามกฎหมายไทยวางหลักให้เด็กอายุมากกว่า 15 ปีสามารถให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์ได้ อย่างไรก็ตาม แม้เด็กในช่วงอายุดังกล่าวจะสามารถให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์ได้ แต่ไม่ได้หมายความว่าในช่วงอายุดังกล่าวจะเป็นช่วงอายุอันเหมาะสมที่เด็กจะให้ความยินยอมในการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็ก เนื่องจากผลกระทบจากสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นมีความรุนแรงกว่าผลกระทบที่เกิดจากการประกอบกิจกรรมทางเพศ การผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กไม่เพียงแต่ส่งผลกระทบต่อร่างกายของเด็กเท่านั้น แต่ยังส่งผลกระทบต่อจิตใจของเด็กด้วยเพราะการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นเป็นการบันทึกภาพกิจกรรมทางเพศดังกล่าวไว้ซึ่งสามารถนำมาฉายซ้ำได้อีกทั้งหากสื่อลามกอนาจารเด็กดังกล่าวได้ถูกเผยแพร่ออกไปผลกระทบก็ยิ่งจะทวีความรุนแรงขึ้น ผู้วิจัยจึงมีความคิดเห็นว่าการที่เด็กในช่วงอายุดังกล่าวยังไม่มีความสามารถในการรับรู้ข้อเท็จจริงและผลกระทบที่เกิดขึ้นจากสื่อลามกอนาจารเด็กเพียงพอที่จะให้ความยินยอมในการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็ก ซึ่งสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็ก รวมทั้งกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศฝรั่งเศสและประเทศญี่ปุ่น ที่มีได้วางหลักว่าประเทศภาคีต้องกำหนดช้อยกเว้นกรณีการใช้เพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลโดยเด็กให้ความยินยอมไว้แต่อย่างใด

แม้ประมวลกฎหมายแพ่งละพาณิชย์ของประเทศไทยจะวางหลักไว้ว่า บุคคลสามารถที่จะกระทำการสมรสได้เมื่ออายุ 17 ปี แต่ถ้าหากมีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการ

<sup>156</sup> สัมภาษณ์, ดวงพร โชติปัญญา, นิติกรชำนาญการ กรมกิจการเด็กและเยาวชน, 10 พฤษภาคม 2561.

<sup>157</sup> ประมวลกฎหมายอาญา - มาตรา 277

<sup>158</sup> ประมวลกฎหมายอาญา - มาตรา 279



สมรสก่อนอายุครบ 17 ปีก็ได้<sup>159</sup> ซึ่งหากทำการสมรสแล้วก็จะถือว่าบุคคลบรรลุนิติภาวะ<sup>160</sup> อย่างไรก็ตาม การบรรลุนิติภาวะโดยการสมรสนี้เป็นเรื่องความสามารถในการทำนิติกรรมและการใช้สิทธิต่าง ๆ ตามกฎหมายแพ่งซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความยุติธรรมในความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันอันเป็นคนละเรื่องกับกฎหมายอาญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมโดยรวม การบรรลุนิติภาวะโดยการสมรสจึงมิใช่สิ่งที่บ่งบอกว่าเด็กมีความพร้อมที่จะให้ความยินยอมในการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็ก แม้เด็กจะบรรลุนิติภาวะโดยการสมรสแล้วก็ตามก็อาจยังไม่มีความสามารถเพียงพอในการรับรู้ข้อเท็จจริงและผลกระทบที่เกิดจากการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็ก การคุ้มครองเด็กผ่านกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นควรพิจารณาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นไปเพื่อคุ้มครองและป้องกันการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กเป็นสำคัญ เมื่ออนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็กวางหลักให้คุ้มครองเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปีอันเป็นช่วงอายุของเด็กที่ได้นานาชาติเห็นตรงกันว่าสมควรได้รับความคุ้มครอง ดังนั้น ผู้วิจัยจึงมีความคิดเห็นว่า แม้จะปรากฏข้อเท็จจริงเรื่องความสัมพันธ์พิเศษระหว่างเด็กกับผู้กระทำความผิด แต่ข้อเท็จจริงดังกล่าวก็ไม่สมควรยกขึ้นมากล่าวอ้างเพื่อยกเว้นความผิดได้

ประการที่สอง การอ้างข้อยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กกรณีการใช้เพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลโดยเด็กให้ความยินยอมตามกฎหมายอังกฤษและกฎหมายแคนาดานั้นต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่ว่าเด็กให้ความยินยอมในการผลิตและครอบครองสื่อลามกอนาจาร ซึ่งความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำความผิดบางฐานสามารถยกขึ้นเป็นเหตุเพื่อยกเว้นความรับผิดอาญาได้ตามแนวความคิดเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายในกฎหมายอาญา อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ของความยินยอมของผู้เสียหายในกฎหมายอาญาพบว่าหลักเกณฑ์ประการสำคัญ คือ ความยินยอมนั้นต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยต้องพิจารณาจากคุณธรรมทางกฎหมายของการกำหนดความผิดฐานนั้น ๆ หากความยินยอมของผู้เสียหายเป็นการสละคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล การให้ความยินยอมดังกล่าวย่อมไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่หากเป็นการสละคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นของส่วนรวมย่อมขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี เนื่องจากคุณธรรมทางกฎหมายประเภทนี้มุ่งคุ้มครองสังคม บุคคลจึงไม่มีอำนาจที่จะสละได้<sup>161</sup>

<sup>159</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งละพาณิชย์ - มาตรา 1448 - การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้

<sup>160</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งละพาณิชย์ - มาตรา 20 - ผู้เยาว์ย่อมบรรลุนิติภาวะเมื่อทำการสมรส หากการสมรสนั้นได้ทำตามบทบัญญัติมาตรา 1448

<sup>161</sup> คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2556), หน้า 266.

ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร ได้อธิบายไว้ว่าคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก คือ “การคุ้มครองและป้องกันการล่วงละเมิดทางเพศเด็ก”<sup>162</sup> ซึ่งการคุ้มครองและป้องกันการล่วงละเมิดทางเพศเด็กนี้มีไว้ไม่ใช่เพียงคุ้มครองเด็กที่ตกเป็นเหยื่อของสื่อลามกอนาจารเด็กในคดีที่มีการฟ้องร้องเท่านั้น แต่หมายถึงเด็กทุกคนในสังคม จึงจะเห็นได้ว่าคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นของส่วนรวม ดังนั้นหากผู้เสียหายให้ความยินยอมในการกระทำความผิดดังกล่าวย่อมขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน นอกจากนี้ผู้วิจัยยังมีความคิดเห็นว่า แม้กฎหมายอังกฤษจะวางเงื่อนไขเรื่องความสัมพันธ์พิเศษระหว่างผู้กระทำความผิดกับเด็กไว้ กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดต้องเป็นคู่สมรส หุ่นส่วนทางแพ่ง หรืออยู่กินฉันสามีภริยากับเด็ก ซึ่งวิญญูชนทั่วไปย่อมมองว่าการประกอบกิจกรรมทางเพศระหว่างบุคคลที่มีความสัมพันธ์พิเศษนี้เป็นสิ่งที่ยอมรับได้และไม่ขัดต่อศีลธรรม แต่วัตถุประสงค์สำคัญของการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กคือการคุ้มครองและป้องกันการล่วงละเมิดทางเพศเด็กทุกคนในสังคม อันตรายที่เกิดขึ้นจากสื่อลามกอนาจารเด็กจึงมีไว้เพียงอันตรายที่เด็กซึ่งปรากฏในสื่อจะได้รับจากการประกอบกิจกรรมทางเพศ แต่ยังไม่รวมถึงอันตรายที่เกิดขึ้นจากการที่กิจกรรมทางเพศได้ถูกบันทึกไว้และอาจถูกเผยแพร่ออกไป ดังนั้น แม้จะมีการกำหนดเงื่อนไขเรื่องความสัมพันธ์พิเศษระหว่างผู้กระทำความผิดและเด็กที่ปรากฏในสื่อเอาไว้ แต่เมื่อวัตถุประสงค์สำคัญของการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นการคุ้มครองเด็กในภาพรวม เด็กเพียงคนใดคนหนึ่งจึงไม่อาจสละความคุ้มครองดังกล่าวได้ การที่เด็กซึ่งปรากฏในสื่อให้ความยินยอมในการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กจึงยังคงเป็นสิ่งที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนในสังคมนั้นเอง

ประการที่สาม แม้ข้อยกเว้นความรับผิดชอบเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กกรณีการใช้เพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลโดยเด็กให้ความยินยอมตามกฎหมายอังกฤษและกฎหมายแคนาดาจะกำหนดเงื่อนไขว่า ผู้กระทำความผิดจะอ้างข้อยกเว้นดังกล่าวได้ต่อเมื่อเป็นการใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตัวระหว่างตัวเด็กกับผู้กระทำความผิดโดยผู้กระทำความผิดมิได้เผยแพร่ไปสู่บุคคลภายนอกเท่านั้น แต่เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงในปัจจุบันที่เทคโนโลยีเข้ามามีบทบาทสำคัญในการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กจะเห็นได้ว่าการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กสามารถทำได้อย่างง่ายดายและกว้างขวาง การพิสูจน์ว่าผู้กระทำความผิดครอบครองเพื่อประโยชน์ส่วนตัวอย่างแท้จริงหรือไม่จึงเป็นสิ่งที่กระทำได้ยาก ในประเด็นเรื่องดำเนินคดีในความผิดฐานครองสื่อลามกอนาจารเด็กนี้ พันตำรวจโทรุ่งเลิศ คันทจันทร์ เจ้าหน้าที่ตำรวจประจำคณะทำงานปราบปรามการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กทางอินเทอร์เน็ต (TICAC) ซึ่งเป็นคณะทำงานภายใต้สำนักงานตำรวจ

<sup>162</sup> คณิต ฌ นคร, *กฎหมายอาญาภาคความผิด*, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), หน้า 586.

แห่งชาติที่ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กและการแสวงหาประโยชน์ทางเพศต่อเด็ก เพื่อการค้าเป็นการเฉพาะ ได้ให้ข้อมูลว่า

“เคยมีการดำเนินคดีในความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อประโยชน์ส่วนตัว อย่างไรก็ตาม เป็นการดำเนินคดีในลักษณะที่เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่มีพยานหลักฐานในการดำเนินคดีฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อเผยแพร่หรือส่งต่อ กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ตำรวจได้รับเบาะแสว่ามีการครอบครองเพื่อส่งต่อ เมื่อเข้าไปตรวจค้นก็พบว่ามี การครอบครอง แต่ก็มีปัญหาในเรื่องพยานหลักฐานที่ไม่สามารถนำมาพิสูจน์ความผิดของบุคคลดังกล่าวได้ ซึ่ง **ส่วนใหญ่คดีครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กที่เคยดำเนินคดีจะเป็นกรณีการครอบครองเพื่อเผยแพร่ แต่มีข้อจำกัดหลายอย่าง เช่น การส่งต่อใน Facebook หรือ Twitter ซึ่งเกิน 90 วันแล้ว ทางเจ้าหน้าที่ตำรวจจึงไม่ได้หลักฐานทางข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์<sup>163</sup> มาประกอบ เจ้าหน้าที่ตำรวจจึงแจ้งข้อหาเฉพาะกรณีครอบครองเพื่อประโยชน์ส่วนตัว<sup>164</sup>**”

จากข้อมูลข้างต้นจึงจะเห็นได้ว่า การพิสูจน์ว่าการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนตัวหรือเพื่อเผยแพร่นั้นทำได้ยาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเผยแพร่ผ่านระบบอินเทอร์เน็ต เพราะข้อจำกัดด้านพยานหลักฐานในการดำเนินคดีที่ต้องเรียกจากผู้ให้บริการเครือข่ายคอมพิวเตอร์ เนื่องจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2551 ได้กำหนดให้ผู้ให้บริการต้องเก็บรักษาข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ไว้ไม่น้อยกว่า 90 วันนับแต่วันที่ข้อมูลนั้นเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์<sup>165</sup> ดังนั้น หากมีการกำหนดข้อยกเว้นกรณีการใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตัวโดยเด็กให้ความยินยอมไว้จากกรณีที่ผู้กระทำความผิดใช้ช่องว่างจากข้อจำกัดดังกล่าวเพื่อให้ตนพ้นผิด เช่น ผู้กระทำความผิดได้ผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กและได้มีการส่งต่อทางอินเทอร์เน็ต แต่เนื่องจากผู้ให้บริการเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเก็บข้อมูลจราจรคอมพิวเตอร์ของการกระทำดังกล่าวไว้เพียง 90 วัน เจ้าหน้าที่ตำรวจจึงดำเนินคดีได้เฉพาะในฐานะครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อประโยชน์ส่วนตัว ผู้กระทำความผิดจึงอาจอ้างว่าเด็กยินยอมให้ตนกระทำความผิดดังกล่าวเพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดได้ นอกจากนี้บุคคลที่เผยแพร่ก็น่าจะมีบุคคลที่กระทำ

<sup>163</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2551 - มาตรา 3 - “ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์” หมายความว่า ข้อมูลเกี่ยวกับการติดต่อสื่อสารของระบบคอมพิวเตอร์ ซึ่งแสดงถึงแหล่งกำเนิด ต้นทาง ปลายทาง เส้นทาง เวลา วันที่ ปริมาณ ระยะเวลา ชนิดของบริการ หรืออื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการติดต่อสื่อสารของระบบคอมพิวเตอร์นั้น

<sup>164</sup> สัมภาษณ์, รุ่งเลิศ คันธจันทร์, พันตำรวจโท คณะทำงานปราบปรามการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กทางอินเทอร์เน็ต สำนักงานตำรวจแห่งชาติ, 8 พฤษภาคม 2561.

<sup>165</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2551 - มาตรา 26 ผู้ให้บริการต้องเก็บรักษาข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ไว้ไม่น้อยกว่าเก้าสิบวันนับแต่วันที่ข้อมูลนั้นเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ แต่ในกรณีจำเป็น พนักงานเจ้าหน้าที่จะสั่งให้ผู้ให้บริการผู้ใดเก็บรักษาข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ไว้เกินเก้าสิบวันแต่ไม่เกินสองปีเป็นกรณีพิเศษเฉพาะรายและเฉพาะคราวก็ได้

ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในชั้นแรก กล่าวคือ แม้ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กจะได้ผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กและครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กไว้เพื่อประโยชน์ส่วนตัวโดยมิได้ประสงค์จะเผยแพร่ไปสู่บุคคลภายนอก แต่ก็อาจมีกรณีที่บุคคลที่สามสามารถเข้าถึงสื่อดังกล่าวและนำสื่อดังกล่าวไปเผยแพร่ได้ ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าในสภาพสังคมปัจจุบันที่เทคโนโลยีถูกใช้เป็นเครื่องมือหลักในการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก การที่สื่อลามกอนาจารเด็กจะถูกครอบครองในวงจำกัดและไม่เผยแพร่ไปสู่บุคคลภายนอกนั้นเป็นไปได้ยาก อีกทั้งการพิสูจน์ว่าสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นได้ถูกเผยแพร่ออกไปหรือไม่นั้นก็มิใช่สิ่งที่จะสามารถกระทำได้ง่ายเช่นกัน ผู้วิจัยจึงมีความคิดเห็นว่าการที่สื่อลามกอนาจารเด็กจะถูกเผยแพร่ออกไปและก่อให้เกิดผลกระทบต่อตัวเด็กที่ตกเป็นเหยื่อและสังคมมีมากกว่าประโยชน์ที่จะได้รับจากการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดในกรณีดังกล่าว ดังนั้น จึงไม่ควรกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดการใช้เพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลโดยเด็กให้ความยินยอมเพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียดังกล่าว

จากเหตุผลทั้งสามประการข้างต้น คือ ช่วงอายุของเด็กที่ยังคงไม่เหมาะสมในการให้ความยินยอมในการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ความยินยอมในลักษณะดังกล่าวเป็นสิ่งที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน และในทางปฏิบัติการบังคับใช้ข้อยกเว้นกรณีดังกล่าวเป็นไปได้ยากเพราะมีความเสี่ยงสูงที่สื่อลามกอนาจารเด็กจะถูกเผยแพร่ออกไป ผู้วิจัยจึงมีความคิดเห็นว่าการกำหนดสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยไม่สมควรที่จะบัญญัติข้อยกเว้นกรณีการใช้เพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลโดยเด็กให้ความยินยอมแต่อย่างใด

### 5.3.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบเรื่องข้อยกเว้นกรณีผู้กระทำความผิดสามารถพิสูจน์ได้ว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นผู้ใหญ่

จากการศึกษานิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายของต่างประเทศพบว่า นิยามตามกฎหมายอังกฤษ กฎหมายแคนาดา และกฎหมายฝรั่งเศส มิได้จำกัดอยู่เฉพาะสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงเท่านั้น แต่ยังรวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงด้วย แม้ว่าเด็กที่ปรากฏในสื่อดังกล่าวจะมีตัวตนจริง ได้แก่ สื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกดัดแปลงหรือสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิก สื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดง หรือสื่อลามกอนาจารเด็กที่อยู่ในรูปของภาพวาดหรือการ์ตูน ทั้งนี้ กฎหมายฝรั่งเศสได้กำหนดข้อยกเว้นกรณีผู้กระทำความผิดสามารถพิสูจน์ได้ว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นผู้ใหญ่ไว้ ในขณะที่กฎหมายอังกฤษและกฎหมายแคนาดาไม่ได้มีการกำหนดข้อยกเว้นในกรณีดังกล่าว ส่วนประเทศญี่ปุ่นนั้นนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กจำกัดอยู่เฉพาะกรณีสื่อที่ปรากฏภาพของเด็กที่มีตัวตนจริง ดังนั้น หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าบุคคลในสื่อเป็นผู้ใหญ่มิใช่เป็นความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก เพราะขาดองค์ประกอบความผิด ในหัวข้อนี้จึงทำการวิเคราะห์ข้อยกเว้นกรณีผู้กระทำความผิด

สามารถพิสูจน์ได้ว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นผู้ใหญ่ตามกฎหมายฝรั่งเศส เปรียบเทียบกับกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศอังกฤษ ประเทศแคนาดา และประเทศไทย เพื่อเสนอแนะแนวทางในการกำหนดข้อยกเว้นในกรณีดังกล่าวต่อไป

กฎหมายฝรั่งเศสกำหนดนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในมาตรา 227-23 แห่งประมวลกฎหมายอาญาว่าหมายถึงรูปภาพหรือสื่อใด ๆ ของเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี ซึ่งมีลักษณะสื่อไปในทางลามกอนาจารและให้รวมถึงกรณีบุคคลซึ่งปรากฏในสื่อมีลักษณะทางกายภาพเป็นเด็กด้วย นอกจากนี้ศาลฎีกายังเคยวางหลักว่ารูปภาพวาด ภาพระบายสี การ์ตูนหรือรูปแบบอื่นในการทำงานเดียวกันซึ่งบุคคลที่ปรากฏในสื่อเป็นเด็กในจินตนาการที่ไม่ได้มีตัวตนจริง ๆ ก็เป็นสื่อลามกอนาจารเด็กตามนิยามของมาตรา 227-23 เช่นกัน<sup>166</sup> ดังนั้นสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายฝรั่งเศสจึงครอบคลุมทั้งสื่อลามกอนาจารปรากฏภาพของเด็กและสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริง อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวก็ได้วางหลักไว้เช่นกันว่า ถ้าผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ไม่ว่าจะเป็ความผิดฐานผลิต เผยแพร่ หรือครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก สามารถพิสูจน์ได้ว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นมีอายุมากกว่า 18 ปี กล่าวคือ เป็นผู้ใหญ่ในวันที่ภาพนั้นถูกถ่ายหรือบันทึก ผู้กระทำความผิดก็ไม่ต้องรับผิดตามมาตรา 227-23 แต่อย่างใด

จากที่ได้วิเคราะห์มาในหัวข้อ 5.1 จะเห็นได้ว่ากฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศอังกฤษ ประเทศแคนาดา และประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กให้ครอบคลุมไปถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริง กล่าวคือ กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของกลุ่มประเทศเหล่านี้มิได้คุ้มครองเด็กที่มีตัวตนจริงเท่านั้น แต่มุ่งคุ้มครองมิให้มีการนำเสนอเนื้อหาลามกอนาจารเกี่ยวกับเด็ก เนื่องจากสื่อลามกอนาจารในลักษณะดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อตัวเด็กและสังคมเช่นกันแม้จะไม่มีเด็กที่มีตัวตนจริงเข้าไปเกี่ยวข้อง อย่างไรก็ตาม ประเทศฝรั่งเศสเป็นเพียงประเทศเดียวในกลุ่มประเทศดังกล่าวที่กำหนดข้อยกเว้นกรณีผู้กระทำความผิดสามารถพิสูจน์ได้ว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นผู้ใหญ่ไว้ การกำหนดข้อยกเว้นในรูปแบบนี้ทำให้การบังคับใช้กฎหมายเกิดผลแปลก เนื่องจากกรณีสื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดง หากผู้กระทำความผิดสามารถพิสูจน์ได้ว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อเป็นผู้ใหญ่แต่มีลักษณะทางกายภาพเป็นเด็ก บุคคลดังกล่าวย่อมไม่ต้องรับผิดแต่อย่างใด ในทางกลับกันกรณีสื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิกและสื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นภาพวาด ภาพระบายสีหรือการ์ตูนย่อมไม่ได้ประโยชน์จากข้อยกเว้นดังกล่าวเพราะศาลเคยวางหลักไว้ว่า กรณีสื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกสร้างขึ้น

<sup>166</sup> Guillaume Champeau, *Dessiner Des Lolicons Devient Illégal, Même S'ils Sont Privés* [Online], Accessed: 31 March 2018. Available from: <https://www.numerama.com/magazine/26821-dessiner-des-lolicons-devient-illegal-meme-s-ils-sont-privés.html>

โดยคอมพิวเตอร์กราฟิกและสื่อลามกอนาจารเด็กที่อยู่เป็นการตุนั้น บุคคลที่ปรากฏในสื่อมิได้มีตัวตนจริงจึงไม่อาจพิสูจน์ว่าเป็นผู้ใหญ่ได้<sup>167</sup> ทั้ง ๆ ที่สื่อลามกอนาจารทุกรูปแบบเหล่านี้ต่างนำเสนอเนื้อหาลามกอนาจารเกี่ยวกับเด็กอันส่งผลกระทบต่อตัวเด็กและสังคมทั้งสิ้น

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายของประเทศอังกฤษและประเทศแคนาดาจะพบว่า แม้สื่อลามกอนาจารทั่วไปจะสามารถผลิตและเผยแพร่ได้อย่างถูกกฎหมายภายใต้การควบคุมของหน่วยงานรัฐ อย่างไรก็ตาม ทั้งสองประเทศมีการบัญญัติความผิดอาญาสำหรับสื่อลามกอนาจารทั่วไปไว้ โดยประเทศอังกฤษบัญญัติไว้ใน Obscene Publications Act 1959<sup>168</sup> ส่วนประเทศแคนาดาบัญญัติกฎหมายสื่อลามกอนาจารทั่วไปไว้ในประมวลกฎหมายอาญาแคนาดา<sup>169</sup> โดยสื่อลามกอนาจารที่จะเป็นความผิดตามกฎหมายอังกฤษและกฎหมายแคนาดาต้องเป็นสื่อลามกอนาจารที่มี “ลักษณะน่ารังเกียจ (Obscene)” กล่าวคือ เป็นกรณีที่สื่อลามกอนาจารนั้นมีเนื้อหารุนแรงกว่ากรณีปกติ เช่น การทำร้ายร่างกาย การใช้ยาเสพติด ในทางกลับกันกรณีของประเทศฝรั่งเศส การกระทำใด ๆ เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารทั่วไปจะเป็นความผิดอาญาต่อเมื่อมีการผลิต ขนส่ง หรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารโดยที่เด็กอายุไม่เกิน 18 ปีสามารถเห็นหรือรับรู้ถึงสื่อชิ้นนั้นได้<sup>170</sup> การผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารทั่วไปโดยไม่ได้นำเสนอให้เด็กรับรู้มิได้ถูกกำหนดให้เป็นความผิดอาญาแต่อย่างใด นอกจากนี้ แม้สื่อลามกอนาจารทั่วไปจะถูกควบคุมโดยหน่วยงานภายใต้กระทรวงวัฒนธรรมที่ชื่อว่า Centre national du cinéma et de l’image animée (CNC) แต่การควบคุมดังกล่าวก็เป็นการควบคุมในรูปแบบการจัดระดับสื่อ เช่น ภาพยนตร์ ละคร วิดีโอ วิดีโอเกมให้เหมาะสมกับผู้ชมแต่ละวัยเท่านั้น แม้การฝ่าฝืนกฎหมายที่บังคับใช้โดย CNC เช่น การประกอบกิจการโรงภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาต, การนำสื่อที่มีได้จัดระดับไปเผยแพร่ จะเป็นความผิดตามกฎหมาย แต่โทษที่กำหนดไว้จะเป็นลักษณะของโทษทางปกครองและโทษปรับ<sup>171</sup> วัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้จึงแตกต่างจากกฎหมายสื่อลามกอนาจารทั่วไปของประเทศอังกฤษและประเทศแคนาดา กล่าวคือ กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กทั่วไปของประเทศอังกฤษและประเทศแคนาดามีวัตถุประสงค์เพื่อปราบปรามสื่อลามกอนาจารที่มีลักษณะน่ารังเกียจ ในขณะที่กฎหมายที่บังคับใช้โดย CNC ของประเทศฝรั่งเศสนั้นมี

<sup>167</sup> Legifrance, *Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 12 septembre 2007, 06-86.763, Inédit11-83.012, Inédit* [Online], Accessed: 1 April 2018. Available from <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007640077&fastReqId=641482261&fastPos=25>

<sup>168</sup> Obscene Publications Act 1959 – Section 2(1)

<sup>169</sup> Criminal Code of Canada – Section 163

<sup>170</sup> French Penal Code – Article 227-24

<sup>171</sup> Centre national du cinéma et de l’image animée, *Code du cinéma et de l’image animée* [Online], Accessed: 31 March 2018. Available from: <http://www.cnc.fr/web/fr/code-du-cinema-et-de-l-image-animee/-/editoriaux/36342>

วัตถุประสงค์เพื่อควบคุมให้การเผยแพร่สื่อเป็นไปอย่างเหมาะสมและสร้างความเป็นระเบียบเรียบร้อย ให้อุตสาหกรรมภาพยนตร์ จึงอาจกล่าวได้ว่าสื่อลามกอนาจารทั่วไปในประเทศฝรั่งเศสนั้นสามารถผลิต และเผยแพร่ได้เสรีกว่าในประเทศอังกฤษและประเทศแคนาดา

ดังนั้น เหตุผลที่กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศฝรั่งเศสต้องกำหนด ข้อยกเว้นความรับผิดชอบผู้กระทำความผิดสามารถพิสูจน์ได้ว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจาร เด็กเป็นผู้ใหญ่ก็เนื่องมาจากการที่สื่อลามกอนาจารทั่วไปของประเทศฝรั่งเศสนั้นสามารถผลิตและ เผยแพร่ได้โดยไม่เป็นความผิดอาญา การเสพสื่อลามกอนาจารทั่วไปในประเทศฝรั่งเศสจึงทำได้อย่าง เสรีภายใต้การควบคุมของกฎหมาย การกำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กที่มีผู้ใหญ่เป็นผู้แสดงเป็น ความผิดอาญาโดยไม่มีข้อยกเว้นใด ๆ จึงอาจก่อให้เกิดการต่อต้านจากหลายฝ่ายและอาจกระทบต่อ เสรีภาพในการแสดงออกของประชาชนชาวฝรั่งเศสเกินสมควร

ประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาคือ ข้อยกเว้นความรับผิดชอบเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจาร เด็กกรณีผู้กระทำความผิดสามารถพิสูจน์ได้ว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นผู้ใหญ่ควร บัญญัติไว้ในกฎหมายไทยหรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้นายจรงค์ศักดิ์ พุทธานุภาพ รองอธิบดีอัยการ สำนักงานการสอบสวน และกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์ซึ่งมีอำนาจในการตรวจ พิจารณาและกำหนดประเภทภาพยนตร์ที่จะนำออกฉาย ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายในประเทศ ไทยตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ได้แสดงความคิดเห็นว่า

“การบัญญัติในลักษณะนี้เป็นเพราะกฎหมายมุ่งพิจารณาที่ตัวเด็กว่าบุคคลที่ปรากฏ ในสื่อเป็นเด็กจริง ๆ หรือไม่ มิได้พิจารณาจากความมุ่งหมายทางเพศที่มีต่อเด็ก อย่างไรก็ตาม ในการ บังคับใช้กฎหมายต้องพิจารณาจากคุณธรรมทางกฎหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ ว่ามุ่งคุ้มครองสิ่งใด *คุณธรรมทางกฎหมายของกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กนี้มุ่งคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กในเรื่องเพศ และป้องกันการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก สื่อลามกอนาจารเด็กไม่ว่าจะมีเด็กจริง ๆ เข้าไป เกี่ยวข้องหรือใช้ผู้ใหญ่ที่มีลักษณะเหมือนเด็กเป็นผู้แสดงต่างก็ส่งผลกระทบต่อตัวเด็ก และสังคมทั้งสิ้น การกำหนดข้อยกเว้นในลักษณะนี้จึงทำให้การบังคับใช้กฎหมายเกิดผลแปลก เพราะในบางครั้งสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงนั้นสามารถใช้เทคนิคต่าง ๆ ซึ่ง นำเสนอเนื้อหาที่ช่วยอารมณ์มากกว่าสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริง หาก กฎหมายมุ่งที่จะคุ้มครองมิให้เกิดการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กก็ควรที่จะควบคุมสื่อลามกอนาจาร เด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงด้วย มิใช่แบ่งแยกจากรวมสิ่งนี้ ไม่รวมสิ่งนั้น สิ่งสำคัญที่ควร พิจารณาคือจุดมุ่งหมายของสื่อที่ว่าต้องการสื่ออะไร”<sup>172</sup>*

<sup>172</sup> สัมภาษณ์, จรงค์ศักดิ์ พุทธานุภาพ, รองอธิบดีอัยการ สำนักงานการสอบสวน, 3 พฤษภาคม 2561.

เมื่อพิจารณาจากบริบทของสังคมไทยจะพบว่า สื่อลามกอนาจารทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นสื่อลามกอนาจารทั่วไปหรือสื่อลามกอนาจารเด็กยังคงเป็นที่ประชาชนส่วนมากในสังคมไม่ให้การยอมรับ ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารทั่วไป<sup>173</sup> และบทบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา นอกจากนี้กฎหมายฉบับอื่น ๆ ก็มีการกำหนดบทบัญญัติที่มีวัตถุประสงค์เพื่อปราบปรามสื่อลามกอนาจารไว้เช่นกัน เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550<sup>174</sup> พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551<sup>175</sup> ปัจจุบันการผลิตและเผยแพร่สื่อลามกอนาจารในประเทศไทยจึงมีความเข้มงวดกว่าประเทศอังกฤษและประเทศแคนาดาเป็นอย่างมากจนอาจกล่าวได้ว่าการผลิตและเผยแพร่สื่อลามกอนาจารในประเทศไทยไม่สามารถทำได้โดยสิ้นเชิง แตกต่างจากประเทศฝรั่งเศสที่สามารถทำได้อย่างเสรี นอกจากนี้สื่อลามกอนาจารเด็กทุกลักษณะไม่ว่าจะมีเด็กที่มีตัวตนจริง ๆ เข้าไปเกี่ยวข้องหรือไม่ต่างก็ส่งผลกระทบต่อตัวเด็กและสังคมทั้งสิ้น การผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดงนี้ แม้บุคคลที่ปรากฏในสื่อจะเป็นผู้ใหญ่ที่สามารถให้ความยินยอมทางเพศได้จึงทำให้เด็กที่มีตัวตนจริง ๆ ไม่ได้รับผลกระทบจากการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กโดยตรง แต่สื่อลามกอนาจารเด็กในรูปแบบนี้ก็ส่งผลกระทบต่อทางอ้อมโดยอาจกระตุ้นให้เกิดการกระทำความผิดต่อเด็กจริงและสามารถนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการล่อลวงเด็กที่มีตัวตนจริงให้ตกเป็นเหยื่อของการล่วงละเมิดทางเพศได้ อีกทั้งสื่อดังกล่าวยังอาจส่งผลให้สังคมมีทัศนคติในแง่บวกเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กและมองว่าเด็กเป็นวัตถุทางเพศ

ผู้วิจัยจึงมีความคิดเห็นว่า ไม่ควรกำหนดข้อยกเว้นกรณีผู้กระทำความผิดสามารถพิสูจน์ได้ว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นผู้ใหญ่ เนื่องจากเจตนารมณ์ของกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นไปเพื่อคุ้มครองและป้องกันการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กที่มีผู้ใหญ่เป็นผู้แสดงนั้นส่งผลกระทบต่อตัวเด็กและสังคมในทำนองเดียวกับสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงและสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงในรูปแบบอื่น ๆ เมื่อความมุ่งหมายของสื่อลามกอนาจารเด็กที่มีผู้ใหญ่เป็นผู้แสดงเป็นไปเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็กและสื่อลามกอนาจารเด็กดังกล่าวยังส่งผลกระทบต่อตัวเด็กและสื่อลามกอนาจารเด็กในรูปแบบอื่น ๆ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดให้สื่อดังกล่าวเป็นความผิดอาญาเช่นกัน การยกเว้นความผิดให้เฉพาะกรณีสื่อลามกอนาจารเด็กที่มีผู้ใหญ่เป็นผู้แสดงหากสามารถพิสูจน์ได้ว่าบุคคลที่ในสื่อเป็นผู้ใหญ่นั้นย่อมทำให้การบังคับใช้กฎหมายเกิดผลแปลก เพราะข้อยกเว้นดังกล่าวสามารถปรับใช้ได้กับ

<sup>173</sup> ประมวลกฎหมายอาญา - มาตรา 287

<sup>174</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 - มาตรา 14

<sup>175</sup> พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 - มาตรา 23



สื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดงเท่านั้น ไม่สามารถนำไปปรับใช้กับสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงประเภทอื่นได้ ทั้ง ๆ ที่สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงทุกประเภทเป็นอันตรายต่อสังคมเช่นเดียวกัน นอกจากนี้การที่ประเทศฝรั่งเศสกำหนดข้อยกเว้นในกรณีดังกล่าวไว้ก็เพราะบริบทสังคมและกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสให้การยอมรับสื่อลามกอนาจารทั่วไปที่แสดงโดยผู้ใหญ่ กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศฝรั่งเศสจึงต้องกำหนดข้อยกเว้นในกรณีดังกล่าวไว้เพื่อมิให้เกิดการต่อต้านจากประชาชนและรักษาสมดุลระหว่างการคุ้มครองเด็กและเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชน แต่บริบทของสังคมและกฎหมายของประเทศไทยนั้นแตกต่างจากประเทศฝรั่งเศส การผลิตและเผยแพร่สื่อลามกอนาจารทั่วไปยังคงเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายไทยและยังไม่ได้รับการยอมรับจากประชาชนส่วนใหญ่ในประเทศ ดังนั้น หากนำข้อยกเว้นดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยย่อมขัดแย้งกับบริบทของสังคมไทยและทำให้เกิดความลึกลับในการปรับใช้กฎหมาย

#### 5.3.4 วิเคราะห์เปรียบเทียบเรื่องข้ออ้างกรณีผู้กระทำความผิดไม่รู้อายุของเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็ก

จากการศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในต่างประเทศพบว่า ประเทศแคนาดาและประเทศญี่ปุ่นมีการกำหนดข้อยกเว้นกรณีผู้กระทำความผิดไม่รู้อายุของเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็ก ดังนี้

ประเทศแคนาดาเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ซึ่งโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ประกอบด้วยองค์ประกอบ 2 ส่วนคือ องค์ประกอบทางด้านการกระทำ (Actus reus) และองค์ประกอบทางด้านจิตใจ (Mens rea) คือ เจตนา<sup>176</sup> ดังนั้น การกระทำที่จะเป็นความผิดตามกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้กระทำรู้ถึงลักษณะที่เป็นอาชญากรรมของวัตถุดังกล่าว<sup>177</sup> คือรู้ว่าวัตถุที่ตัวเองเผยแพร่ครอบครอง หรือเข้าถึงนั้นเป็นสื่อลามกอนาจารเด็ก หากไม่รู้ว่านั้นเป็นแสดงให้เห็นถึงการประกอบกิจกรรมทางเพศของบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี ย่อมถือว่าผู้นั้นไม่มีเจตนา การกระทำดังกล่าวจึงไม่เป็นความผิด<sup>178</sup> อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายอาญาแคนาดามาตรา 163.1 ได้วางหลักว่า ผู้กระทำความผิดฐานผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กจะสามารถอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้ไม่ต้องรับผิดได้ต่อเมื่อตนได้ปฏิบัติทุกวิถีทางที่จำเป็นเพื่อให้ทราบถึงอายุของบุคคลดังกล่าว และได้ปฏิบัติทุกวิถีทาง

<sup>176</sup> Jacqueline Martin and Tony Storey, *Unlocking Criminal Law* (Abingdon, Oxon ; New York, NY Routledge, 2015), p. 18.

<sup>177</sup> R. v. Garbett, [2010] ONSC 2762

<sup>178</sup> R. v. Pressacco, [2010] SKQB 114

ที่จำเป็นเพื่อให้แน่ใจบุคคลดังกล่าวนั้นมิได้ถูกทำให้เห็นว่าอายุต่ำกว่า 18 ปีแล้ว<sup>179</sup> ดังนั้น กรณีการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก และการเข้าถึงสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นผู้กระทำความผิดสามารถอ้างว่าตนไม่รู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุของเด็กได้ตามหลักทั่วไปของกฎหมายอาญา กล่าวคือ ต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าตนไม่รู้ว่าคุณคนที่ปรากฏในสื่อเป็นเด็กและบุคคลดังกล่าวมิได้ถูกทำให้เห็นว่าเป็นเด็ก แต่ในกรณีการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กนั้น ผู้กระทำความผิดจะอ้างข้อยกเว้นในกรณีดังกล่าวได้ต่อเมื่อตนได้กระทำทุกวิถีทางที่จำเป็นเพื่อให้ทราบอายุของบุคคลที่ปรากฏในสื่อและเพื่อให้แน่ใจว่าคุณคนในสื่อมิได้ถูกทำให้เห็นว่าเป็นเด็กแล้ว การปฏิบัติทุกวิถีทางที่จำเป็นนี้เป็นเงื่อนไขที่เข้มงวดกว่ากรณีตามหลักทั่วไปโดยต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้กระทำความผิดมีความกระตือรือร้นที่จะสอบถามอายุของเด็ก มิใช่เพียงสังเกตจากลักษณะภายนอก<sup>180</sup>

ประเทศญี่ปุ่น กฎหมาย Act on Punishment of Activities Relating to Child Prostitution and Child Pornography, and the Protection of Children ได้กำหนดบทบัญญัติประการหนึ่งที่แตกต่างจากประเทศอื่น ๆ คือ มาตรา 9 แห่งกฎหมายฉบับดังกล่าวได้วางหลักว่าผู้กระทำความผิดฐานผลิต เผยแพร่ หรือครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นห้ามอ้างว่าตนไม่รู้อายุของเด็กที่ปรากฏในสื่อเป็นเหตุเพื่อให้พ้นจากความรับผิด<sup>181</sup> กล่าวคือ หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าคุณคนที่ปรากฏในสื่อเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี แม้ผู้กระทำความผิดจะเชื่อโดยสุจริตว่าคุณคนที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นอายุมากกว่า 18 ปี ผู้กระทำความผิดก็ต้องรับผิดในการกระทำความผิดฐานนั้น ๆ แต่ในขณะเดียวกันก็ได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ประการหนึ่งว่า ผู้กระทำความผิดอาจอ้างเหตุที่ตนไม่รู้อายุของเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อให้พ้นจากความรับผิดได้ หากความไม่รู้นั้นมีได้เกิดจากความประมาทของตน<sup>182</sup> กรณีมิได้เกิดจากความประมาทของเรื่องนี้ หมายถึง ตนได้กระทำทุกวิถีทางที่จำเป็นเพื่อหลีกเลี่ยงการกระทำความผิดนั้นแล้ว<sup>183</sup> ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ในการทำงานเกี่ยวกับกฎหมายแคนาดา

ประเทศอังกฤษนั้นมิได้กำหนดข้อยกเว้นความรับผิดในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กกรณีผู้กระทำความผิดไม่รู้อายุของเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม หากผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไม่รู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุของเด็กและบุคคลที่ปรากฏในสื่อมิได้ถูกนำเสนอให้รู้สึกว่าเป็นเด็ก ย่อมเป็นกรณีที่ผู้กระทำ

<sup>179</sup> Criminal Code of Canada – Section 163.1(5)

<sup>180</sup> R. v. Barabash, 2012 ABQB 99

<sup>181</sup> Act on Punishment of Activities Relating to Child Prostitution and Child Pornography, and the Protection of Children – Article 9

<sup>182</sup> Ibid.

<sup>183</sup> Jacqueline Martin and Tony Storey, *Unlocking criminal law*, p. 87.

ไม่มีเจตนา ผู้กระทำความผิดก็สามารถยกเหตุดังกล่าวขึ้นมาอ้างได้ตามหลักกฎหมายอาญาทั่วไป เช่นกัน อย่างไรก็ตาม สำหรับความผิดฐานเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมาย Protection of Children Act 1978 มาตรา 1(1)(b)<sup>184</sup> ศาลได้วางหลักว่าความผิดฐานดังกล่าวเป็นความรับผิดเคร่งครัด (Strict Liability)<sup>185</sup> กล่าวคือ เป็นความรับผิดที่ผู้กระทำความผิดต้องรับผิดในการกระทำของตนโดยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงองค์ประกอบทางด้านจิตใจ แม้ผู้กระทำความผิดจะไม่มีเจตนาและไม่ประมาท ผู้กระทำความผิดก็ยังคงต้องรับผิดเพราะกฎหมายประสงค์จะลงโทษผู้ที่กระทำการเช่นนั้น<sup>186</sup> ดังนั้น กรณีความผิดฐานเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก ผู้กระทำความผิดจึงไม่สามารถอ้างข้อเท็จจริงในกรณีดังกล่าวได้

ประเทศฝรั่งเศสมีได้กำหนดข้อยกเว้นความรับผิดในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กกรณีผู้กระทำความผิดไม่รู้อายุของเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกับกฎหมายอังกฤษ อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 121-3 ได้วางหลักไว้ว่า การกระทำใด ๆ จะเป็นความผิดอาญาต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา<sup>187</sup> ดังนั้น ในการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราบุคคลอายุต่ำกว่า 15 ปี หากผู้กระทำความผิดมีเหตุอันควรเชื่อว่าบุคคลดังกล่าวอายุมากกว่า 15 ปีและเชื่อโดยสุจริต ย่อมเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดไม่มีเจตนา การกระทำดังกล่าวจึงไม่เป็นความผิด<sup>188</sup> เช่นเดียวกับในกรณีความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก หากผู้กระทำความผิดไม่รู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุของเด็กและสามารถพิสูจน์ได้ว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อมิได้มีลักษณะทางกายภาพเป็นเด็ก ผู้กระทำความผิดก็สามารถยกเหตุดังกล่าวขึ้นเพื่อให้ตนไม่ต้องรับผิดได้ตามหลักกฎหมายอาญาทั่วไปได้เช่นกัน

จากข้อยกเว้นกรณีผู้กระทำความผิดไม่รู้อายุของเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายต่างประเทศข้างต้นพบว่า ประเทศฝรั่งเศสสามารถอ้างเหตุดังกล่าวเพื่อให้การกระทำใด ๆ เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไม่เป็นความผิดได้ตามหลักกฎหมายอาญาทั่วไปในการทำงานเดียวกับประเทศอังกฤษ แต่ประเทศอังกฤษนั้นไม่สามารถอ้างข้ออ้างดังกล่าวในความผิดฐานเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กได้ สำหรับประเทศแคนาดา ความผิดฐานเผยแพร่ ครอบครอง และเข้าถึงสื่อ

<sup>184</sup> Protection of Children Act 1978 - Section 1(1)(b) - it is an offence for a person—

(b) to distribute or show such indecent photographs or pseudo-photographs

<sup>185</sup> R. v. Price [2006] EWCA Crim 3363

<sup>186</sup> Ibid, 84 – 85.

<sup>187</sup> French Penal Code – Article 121-3 - There is no felony or misdemeanour in the absence of an intent to commit it.

<sup>188</sup> Catherine Elliott, *French Criminal Law* (Uffculme, Cullompton, Devon, UK ; Portland, Or. : Willan Pub., 2001), p. 67.

ลามกอนาจารเด็กสามารถอ้างได้ตามหลักกฎหมายอาญาทั่วไปเช่นกัน แต่ในความผิดฐานผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นสามารถอ้างได้ต่อเมื่อผู้กระทำความผิดได้กระทำทุกวิถีทางที่จำเป็นเพื่อให้ทราบอายุของเด็กแล้วและบุคคลที่ปรากฏในสื่อมิได้ถูกทำให้เห็นว่าเป็นเด็ก ส่วนในประเทศญี่ปุ่นจะสามารถอ้างข้อยกเว้นดังกล่าวในการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กได้ต่อเมื่อผู้กระทำความผิดมิได้ประมาท ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไปคือ ข้อยกเว้นในกรณีดังกล่าวควรบัญญัติไว้ในกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยหรือไม่

สำหรับกฎหมายไทย การวินิจฉัยว่าการกระทำใดเป็นความผิดอาญานั้นจะต้องพิจารณาถึงโครงสร้างความรับผิดทางอาญา กล่าวคือ การกระทำนั้นจะต้องครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิด อีกทั้งต้องไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิดและยกเว้นโทษสำหรับการกระทำนั้น โดยการกระทำอันจะครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 4 ประการ คือ มีการกระทำ การกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายนอกและครบองค์ประกอบภายในของความผิดในเรื่องนั้น ๆ รวมทั้งผลของการกระทำต้องสัมพันธ์กับการกระทำตามหลักในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล<sup>189</sup>

องค์ประกอบภายนอก คือ สิ่งที่อยู่ภายนอกซึ่งสามารถมองเห็นหรือสัมผัสได้ โดยองค์ประกอบภายนอกของความผิดนั้นแบ่งได้เป็น 3 ส่วน คือ ผู้กระทำ การกระทำ และวัตถุแห่งการกระทำ<sup>190</sup> ความผิดฐานผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อความประสงค์แห่งการค้าตามมาตรา 287/2<sup>191</sup> องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ คือ 1. ผู้ใด (ผู้กระทำ) 2. ผลิต (การกระทำ) 3. สื่อลามกอนาจารเด็ก (วัตถุแห่งการกระทำ) ทั้งนี้ การกระทำที่จะครบองค์ประกอบภายนอกของความผิดจะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบทั้ง 3 ส่วน หากขาดองค์ประกอบส่วนใดไปการกระทำนั้นย่อมไม่เป็นความผิด

องค์ประกอบภายในนั้นตรงข้ามกับองค์ประกอบภายนอก กล่าวคือ องค์ประกอบภายในเป็นสิ่งที่ไม่สามารถมองเห็นหรือไม่สามารถสัมผัสได้เพราะเป็นสิ่งที่อยู่ในจิตใจของผู้กระทำ<sup>192</sup> โดยหลักแล้วองค์ประกอบภายในของความผิดอาญาคือ “เจตนา” หรือ “ประมาท” อย่างไรก็ตาม ความผิดบางประเภทอาจไม่ต้องการองค์ประกอบภายในเลย กล่าวคือ การกระทำเป็นความผิดแม้ผู้กระทำจะไม่ได้เจตนาและไม่ได้ประมาท<sup>193</sup> ทั้งนี้ตามที่ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59

<sup>189</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 81.

<sup>190</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 122.

<sup>191</sup> ประมวลกฎหมายอาญา – มาตรา 287/2

<sup>192</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 142.

<sup>193</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 141.

วางหลักไว้<sup>194</sup> นอกจากนี้ความผิดอาญาบางมาตรา ไม่เพียงแต่ผู้กระทำจะต้องมีเจตนาในการกระทำเท่านั้น แต่ผู้กระทำยังต้องมี “เจตนาพิเศษ” กล่าวคือ มูลเหตุชกุงใจในการกระทำด้วย เช่น ความผิดฐานผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อความประสงค์แห่งการค้า นอกจากผู้กระทำจะต้องมีเจตนาผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กแล้ว ผู้กระทำยังต้องมีมูลเหตุชกุงใจในการผลิตสื่อลามกอนาจารดังกล่าวเพื่อความประสงค์แห่งการค้าอีกด้วย หากเป็นการผลิตเพื่อตนเองย่อมไม่เป็นความผิดฐานนี้

องค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในของความผิดอาญานั้นมีความสัมพันธ์กันดังจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสามที่บัญญัติว่า “ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด จะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้” กล่าวคือ หลักสำคัญที่จะถือว่าผู้กระทำมีเจตนาอันเป็นองค์ประกอบภายในของความผิดได้นั้น ผู้กระทำจะต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนั้น ๆ หากผู้กระทำไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดย่อมถือว่าผู้กระทำมีเจตนาไม่ได้<sup>195</sup> เช่น ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าเด็กอายุ 14 ปี แต่ผู้กระทำอ้างว่าตนเข้าใจว่าเด็กอายุ 18 ปี เนื่องจากเด็กมีรูปร่างสูงใหญ่ พุดจาฉะฉานเหมือนผู้ใหญ่ และหลักฐานอื่น ๆ ที่สามารถแสดงให้เห็นว่าจำเลยมีเหตุควรเชื่อเช่นนั้น กรณีดังกล่าวต้องถือว่าผู้กระทำขาดเจตนากระทำความผิด ตามมาตรา 59 วรรคสาม ผู้กระทำจึงไม่มีความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี<sup>196</sup> อีกทั้งหากเด็กให้ความยินยอมในการกระทำชำเราดังกล่าว การกระทำนั้นย่อมไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 เช่นกัน<sup>197</sup>

<sup>194</sup> ประมวลกฎหมายอาญา - มาตรา 59 - บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยประมาท หรือเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดให้ต้องรับผิดชอบแม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนา

กระทำโดยเจตนา ได้แก่กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำและในขณะที่ผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น

ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด จะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้

กระทำโดยประมาท ได้แก่กระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่

การกระทำ ให้หมายความรวมถึงการให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้นโดยงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย

<sup>195</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 143.

<sup>196</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6405,2536, 4665/2547, 19960/2555, 11683/2556

<sup>197</sup> ประมวลกฎหมายอาญา - มาตรา 276 - ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาโครงสร้างความรับผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กทั้งความผิดฐานครอบครองและส่งต่อสื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/1 และความผิดฐานผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อความประสงค์แห่งการค้าตามมาตรา 287/2 พบว่าองค์ประกอบภายในของบทบัญญัติตามมาตรา 287/1 และมาตรา 287/2 คือ เจตนาธรรมดาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59<sup>198</sup> ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กจึงต้องรู้ว่าผู้ที่อยู่ในสื่อดังกล่าวเป็นเด็กอายุไม่เกิน 18 ปีหรือในกรณีที่มีการแก้ไขนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กให้ครอบคลุมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงซึ่งอยู่ในรูปแบบภาพก็ต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้กระทำความผิดไม่รู้ว่าเป็นบุคคลที่ปรากฏในสื่อถูกทำให้เห็นว่าเป็นเด็กด้วย หากผู้กระทำความผิดไม่รู้ข้อเท็จจริงดังกล่าว การกระทำใด ๆ เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กย่อมไม่เป็นความผิดเพราะขาดเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคสาม<sup>199</sup>

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทยสามารถอ้างข้อเท็จจริงเรื่องความไม่รู้อายุของเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กได้ในตามหลักทั่วไปได้ทำนองเดียวกับกฎหมายอังกฤษ กฎหมายแคนาดา และกฎหมายฝรั่งเศส ผู้วิจัยจึงมีความคิดเห็นเห็นว่าไม่มีความจำเป็นต้องบัญญัติข้อยกเว้นกรณีผู้กระทำความผิดไม่รู้อายุของเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กในกฎหมายไทยแต่อย่างใด

สรุป ประเด็นเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยมีการกำหนดให้ผู้กระทำความผิดสามารถยกข้ออ้างเรื่องการกระทำที่มีได้เป็นไปเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศอันส่งผลให้การกระทำไม่เป็นความผิดไว้แล้ว ดังนั้นจึงไม่จำเป็นต้องมีการบัญญัติข้อยกเว้นดังกล่าวเพิ่มเติมแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยมีความคิดเห็นว่า ในการพิจารณาข้ออ้างดังกล่าว นอกจากจะต้องพิจารณาว่าเป็นการกระทำที่ไม่ได้แสวงหาประโยชน์ทางเพศแล้ว ควรพิจารณาว่าการกระทำนั้นจะต้องไม่ก่อความเสี่ยงที่จะทำให้เกิดอันตราย

<sup>198</sup> ประมวลกฎหมายอาญา - มาตรา 59 - บุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดเมื่อได้กระทำโดยประมาท หรือเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดให้ต้องรับผิดแม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนา

กระทำโดยเจตนา ได้แก่กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำและในขณะเดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น

ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด จะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้

กระทำโดยประมาท ได้แก่กระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่

การกระทำ ให้หมายความรวมถึงการให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้นโดยงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย

<sup>199</sup> ทวิเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), หน้า 219.

ต่อเด็กเกินสมควรตามแนวทางของกฎหมายแคนาดาด้วยเพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นไปเพื่อคุ้มครองและป้องกันการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก

ผู้วิจัยมีความคิดเห็นว่าจะไม่ควรกำหนดข้อยกเว้นกรณีการใช้เพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลโดยเด็กให้ความยินยอมไว้ในกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กแต่อย่างใด เนื่องจากเด็กยังไม่มีความสามารถในการรับรู้ข้อเท็จจริงเพียงพอที่จะให้ความยินยอมในกรณีดังกล่าวและความยินยอมในกรณีดังกล่าวเป็นการสละทางคุณธรรมทางกฎหมายซึ่งเป็นของส่วนรวมจึงไม่สามารถนำมาใช้ยกเว้นความรับผิดชอบได้ อีกทั้งการพัฒนาของเทคโนโลยียังส่งผลให้ความเสี่ยงที่สื่อลามกอนาจารเด็กจะถูกเผยแพร่ออกไปมากกว่าประโยชน์ที่จะได้รับจากการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดชอบในกรณีดังกล่าว

ผู้วิจัยมีความคิดเห็นว่าจะไม่ควรกำหนดข้อยกเว้นกรณีผู้กระทำความผิดสามารถพิสูจน์ได้ว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นผู้ใหญ่ไว้ในกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยเช่นกัน เพราะข้อยกเว้นดังกล่าวไม่สอดคล้องกับบริบทของสังคมไทยและขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็ก นอกจากนี้หากกำหนดข้อยกเว้นดังกล่าวย่อมทำให้เกิดความลักลั่นในการบังคับใช้กฎหมาย

ข้อยกเว้นกรณีผู้กระทำความผิดไม่รู้อายุของเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กนั้น เมื่อพิจารณาจากกฎหมายอาญาของประเทศไทยพบว่าผู้กระทำความผิดสามารถอ้างข้อเท็จจริงว่าตนไม่รู้อายุของเด็กที่ปรากฏในสื่อเพื่อให้การกระทำของตนไม่เป็นความผิดได้ตามหลักกฎหมายอาญาทั่วไป ผู้วิจัยจึงมีความคิดเห็นว่าจะไม่จำเป็นต้องกำหนดข้อยกเว้นในกรณีดังกล่าวแต่อย่างใด

ตารางที่ 8 สรุปข้อยกเว้นความรับผิดชอบเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในต่างประเทศ

ประเด็น / ประเทศ	ประเทศอังกฤษ	ประเทศแคนาดา	ประเทศฝรั่งเศส	ประเทศญี่ปุ่น
ข้อยกเว้นกรณีการกระทำที่มีได้เป็นไปเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศ	มี	มี และมีเงื่อนไขว่าต้องไม่ก่อความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายแก่เด็กเกินสมควร	ไม่มี ดังนั้น แม้จะมีได้เป็นไปเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศก็อาจเป็นความผิดอาญา เว้นแต่จะมีกฎหมายเฉพาะเรื่องอื่น ๆ ให้อำนาจไว้	
ข้อยกเว้นกรณีการใช้เพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลโดยเด็กให้ความยินยอม	มี โดยมีเงื่อนไขว่า 1. การประกอบกิจกรรมทางเพศชอบด้วยกฎหมาย 2. เด็กยินยอมให้ผลิต-ครอบครอง 3. ไม่มีการเผยแพร่สู่บุคคลภายนอก	มี โดยมีเงื่อนไขว่า 1. การประกอบกิจกรรมทางเพศชอบด้วยกฎหมาย 2. เด็กยินยอมให้ผลิตและครอบครอง 3. ไม่มีการเผยแพร่สู่บุคคลภายนอก 4. ผู้กระทำความผิดมีความสัมพันธ์พิเศษกับเด็ก	ไม่มี ดังนั้น แม้เด็กจะให้ความยินยอมในการผลิต เผยแพร่ หรือ ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก การกระทำดังกล่าวก็ยังเป็นความผิดอาญา	
ข้อยกเว้นกรณีสามารถพิสูจน์ได้ว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นผู้ใหญ่	ไม่มี ดังนั้น แม้พิสูจน์ได้ว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อเป็นผู้ใหญ่ก็เป็นความผิดอาญา หากบุคคลดังกล่าวถูกนำเสนอให้เห็นว่าเป็นเด็ก		มี	นิยามไม่รวมสื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดง ดังนั้นหากพิสูจน์ได้ว่าเป็นผู้ใหญ่ย่อมไม่มีความผิด
ข้อยกเว้นกรณีผู้กระทำความผิดไม่รู้อายุของเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็ก	ไม่มีบัญญัติไว้ แต่สามารถอ้างได้ตามหลักกฎหมายอาญาทั่วไป	มีบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรและสามารถอ้างได้ตามหลักกฎหมายอาญาทั่วไป	ไม่มีบัญญัติไว้ แต่สามารถอ้างได้ตามหลักกฎหมายอาญาทั่วไป	มี บัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร



## บทที่ 6

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

บทสุดท้ายนี้จะทำการสรุปสาระสำคัญของบทต่าง ๆ ทั้งหมดในภาพรวม โดยหัวข้อที่ 6.1 จะทำการสรุปความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา ความทั่วไปเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก เหตุผลในการกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก แนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความผิดอาญาที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กทั้งของประเทศไทย และมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของต่างประเทศ นอกจากนี้จะทำการเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กทั้งของไทยและต่างประเทศเพื่อวิเคราะห์ข้อควรพิจารณาในประเด็นต่าง ๆ หลังจากนั้นในหัวข้อ 6.2 จะทำการเสนอแนะแนวทางในการพัฒนาบทบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารตามกฎหมายไทยเพื่อให้สอดคล้องกับบริบทของประเทศไทยและเจตนารมณ์ของกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็ก อันจะเป็นไปตามสมมติฐานของการศึกษาวิจัยในครั้งนี้

#### 6.1 บทสรุป

สื่อลามกอนาจารลามกอนาจารเด็กเป็นปัญหาที่ปรากฏอยู่ในสังคมมาอย่างยาวนานหลายทศวรรษ เมื่อเทคโนโลยีเกิดการพัฒนาก้าวกระโดดและถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการผลิตและเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กปัญหาดังกล่าวก็ยิ่งทวีความรุนแรง เนื่องจากเทคโนโลยีส่งผลให้การผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กทำได้ง่ายดายและสามารถเผยแพร่ออกไปได้อย่างรวดเร็ว นอกจากนี้เทคโนโลยียังส่งผลให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กมีความซับซ้อนยิ่งขึ้น ปัจจุบันสื่อลามกอนาจารเด็กมิได้มีเฉพาะสื่อลามกอนาจารเด็กที่มีเด็กซึ่งมีตัวตนจริงเข้าไปเกี่ยวข้องเท่านั้น แต่ยังรวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กประเภทที่ไม่มีเด็กเข้าไปเกี่ยวข้อง หรือสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงด้วย เช่น สื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นการ์ตูน สื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดง สื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกดัดแปลงหรือสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิก ความรุนแรงของปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กส่งผลให้เกิดความร่วมมือระดับนานาชาติเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวผ่านความตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ เช่น อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็ก เพราะเป็นที่ยอมรับกันในระดับโลกว่าปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อสวัสดิภาพและสิทธิของเด็ก อีกทั้งยังเป็นการบั่นทอนศีลธรรมอันดีของประชาชนในสังคมด้วย

ประเทศไทยตระหนักถึงความสำคัญของปัญหาดังกล่าวจึงได้มีการออกพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 โดยเพิ่มเติมความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กใน มาตรา 287/1 และความผิดฐานผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อความสะดวกแห่งการค้าในมาตรา 287/2 การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในครั้งนี้เป็นการแยกบทบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กออกจากบทบัญญัติว่าด้วยสื่อลามกอนาจารทั่วไป การกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้เป็นการเฉพาะนี้เนื่องมาจากการที่สภาพร่างกายและจิตใจของเด็กมีความอ่อนแอกว่าผู้ใหญ่ เด็กจึงต้องได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษ หลักการนี้เป็นหลักการสากลที่นานาชาติให้การยอมรับดังจะเห็นได้จากอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กซึ่งประเทศไทยได้ให้สัตยาบัน อย่างไรก็ตาม แม้ประเทศไทยจะมีการประกาศใช้กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กแล้ว แต่ปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กในสังคมไทยยังคงเป็นปัญหาสำคัญที่ต้องได้รับการแก้ไข เมื่อพิจารณากฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยพบว่ายังคงมีปัญหาหลายประการ ดังนี้

ประการแรก นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยยังคงมีความไม่ชัดเจนในประเด็นสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริง เนื่องจากนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (17) วางหลักว่า “สื่อลามกอนาจารเด็ก คือ วัตถุที่แสดงให้เห็นหรือเห็นถึงการกระทำทางเพศของบุคคลซึ่งมีอายุไม่เกิน 18 ปี” ซึ่งเมื่อพิจารณาจากถ้อยคำดังกล่าวย่อมเข้าใจได้ว่าเด็กที่มีสภาพบุคคลเท่านั้นจึงจะสามารถมีอายุได้ตามกฎหมาย<sup>1</sup> สื่อลามกอนาจารเด็กนี้จึงน่าจะหมายถึงเฉพาะสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพเด็กซึ่งมีตัวตนจริง อีกทั้งแนวทางการบังคับใช้กฎหมายจัดทำโดยสำนักงานกิจการมฤตธรรมภายหลังจากได้รับมอบหมายจากนายวิษณุ เครืองาม รองนายกรัฐมนตรี ยังระบุว่านิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามประมวลกฎหมายอาญานี้ไม่รวมถึงเด็กที่มีใบหน้าจริงแต่เป็นเพียงเสมือนจริง<sup>2</sup> ซึ่งสอดคล้องกับถ้อยคำข้างต้น อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงถ้อยคำตามนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กส่วนต่อไปจะพบว่าได้กำหนดให้รวมถึงวัตถุที่อยู่ในรูปภาพเขียนหรือภาพระบายสีด้วย ซึ่งโดยสภาพแล้วเด็กที่ปรากฏในวัตถุเหล่านี้ย่อมมิใช่เด็กที่มีตัวตนจริงซึ่งจะมีสภาพบุคคลได้ แต่เป็นเด็กในจินตนาการที่เกิดจากการสร้างของคนอันขัดแย้งกับถ้อยคำตามบทบัญญัติของกฎหมายในส่วนแรก

นอกจากนี้แม้นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กจะกำหนดให้รวมถึงวัตถุที่เป็นภาพเขียนหรือภาพระบายสีซึ่งเป็นสื่อลามกอนาจารเด็กประเภทที่สามารถแยกออกได้โดยง่ายว่าบุคคลที่ปรากฏใน

<sup>1</sup> อภิรัฐ บุญทอง, "สาระสำคัญของความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก," *ตุลพาท* 63, 1 (2559): 165 – 182.

<sup>2</sup> สำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม, *คู่มือและแนวทางการดำเนินการตามแผนและการเตรียมความพร้อมในการบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558* [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 15 มีนาคม 2561. แหล่งที่มา: <http://dl.parliament.go.th/handle/lirt/493528>

สื่อมิใช่เด็กจริง ๆ แต่กรณีสื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกดัดแปลงหรือสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิก ยังคงมีความไม่ชัดเจนว่ารวมอยู่ในนิยามดังกล่าวด้วยหรือไม่<sup>3</sup> อีกทั้งหากปรากฏว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อมิใช่เด็กแต่เป็นผู้ใหญ่ที่มีลักษณะเหมือนเด็กก็ย่อมไม่อยู่ในนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทยแต่อย่างใด อนึ่ง ผู้เสนอร่างกฎหมายได้ชี้แจงว่าสื่อลามกอนาจารเด็กตามประมวลกฎหมายอาญานี้หมายถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงและสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงซึ่งเป็นภาพวาด ภาพระบายสี หรือการ์ตูน แต่ไม่รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงที่ถูกดัดแปลงหรือสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิกและสื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดง<sup>4</sup> กล่าวคือ เจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายประสงค์ให้สื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทยครอบคลุมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของเด็กจริงและสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงเพียงบางประเภทเท่านั้น ทั้ง ๆ ที่สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงทุกประเภทต่างส่งผลกระทบต่อเด็กและสังคมในทำนองเดียวกัน ความไม่สอดคล้องกันของถ้อยคำตามตัวบทกฎหมาย เจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย แนวทางการบังคับใช้กฎหมายที่ออกในหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมาย และความคิดเห็นของนักกฎหมายนี้ย่อมก่อให้เกิดความไม่ชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กอันเป็นการลดทอนประสิทธิภาพของกฎหมายดังกล่าว

ประการที่สอง ข้อเท็จจริงที่มักปรากฏในคดีสื่อลามกอนาจารเด็ก คือ ผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่เด็กให้ความไว้วางใจ เช่น บิดา มารดา อาจารย์ บุคคลกลุ่มนี้มีทั้งหน้าที่ทางกฎหมายและหน้าที่ทางศีลธรรมในการคุ้มครองเด็ก อีกทั้งยังสามารถอาศัยความเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดอันส่งผลให้การกระทำความผิดเป็นไปได้ง่ายกว่าปกติ นอกจากนี้ความเสี่ยงที่เด็กจะเปิดเผยว่าตนตกเป็นเหยื่อจากสื่อลามกอนาจารเด็กก็มีน้อยกว่ากรณีทั่วไปเช่นกันเพราะบุคคลกลุ่มดังกล่าวมีอำนาจในการควบคุมเด็กซึ่งย่อมทำให้เด็กเกิดความเกรงกลัวที่จะเปิดเผยว่าตนตกเป็นเหยื่อ ข้อเท็จจริงนี้จึงส่งผลให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กมีความรุนแรงกว่ากรณีทั่วไป แต่ประมวลกฎหมายอาญากลับมิได้มีการบัญญัติเหตุฉกรรจ์สำหรับกรณีดังกล่าวไว้แต่อย่างใด

ประการที่สาม หากพิจารณากฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของต่างประเทศจะพบว่ากฎหมายของบางประเทศได้กำหนดข้อยกเว้นความรับผิดในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้บางประการเพื่อคุ้มครองผู้มีได้มีเจตนาร้ายต่อเด็กและป้องกันมิให้การบังคับใช้กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชนเกินสมควร อย่างไรก็ตาม กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยกำหนดเหตุที่ผู้กระทำความผิดจะสามารถยกขึ้นเป็นข้ออ้างเพื่อให้

<sup>3</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>4</sup> สัมภาษณ์, จินตพันธ์ ชญาตร์ ศุภมิตร, สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ, 15 มิถุนายน 2561.

การกระทำของตนไม่เป็นความผิดไว้เฉพาะกรณีการกระทำที่มีได้เป็นไปเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศเท่านั้น จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าขอบเขตของข้ออ้างดังกล่าวมีความเหมาะสมหรือไม่ และควรมีการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเพิ่มเติมในกฎหมายไทยหรือไม่

ปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กนี้เป็นปัญหาสำคัญที่เกิดขึ้นในต่างประเทศเช่นกันซึ่งบัพัญญูติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันตามบริบทสังคมของประเทศนั้น ๆ ผู้วิจัยจึงได้ทำการศึกษามาตรการทางกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศแคนาดา ประเทศฝรั่งเศส และประเทศญี่ปุ่น ในประเด็นต่าง ๆ เพื่อนำแนวทางของกฎหมายต่างประเทศมาปรับใช้เพื่อแก้ไขปัญหาลามกอนาจารเด็กของประเทศไทย ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

ข้อพิจารณาเรื่ององค์ประกอบความผิดในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศอังกฤษ ประเทศแคนาดา และประเทศฝรั่งเศสได้บัญญัตินิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กให้รวมไปถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงซึ่งอยู่ในรูปแบบภาพ ได้แก่ สื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดง สื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกตัดแปลงหรือสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิก และสื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นภาพวาด ภาพระบายสีหรือการ์ตูนด้วย มิได้จำกัดว่าจะต้องมีเด็กที่มีตัวตนจริงเข้าไปเกี่ยวข้องในสื่อเท่านั้น สื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายของทั้งสามประเทศนี้ต้องเป็นสื่อที่นำเสนอถึงการประกอบกิจกรรมทางเพศซึ่งมีลักษณะลามกของเด็กหรือบุคคลที่ถูกนำเสนอให้เห็นว่าเป็นเด็ก ดังนั้นการพิจารณาว่าสื่อใดเป็นสื่อลามกอนาจารเด็กจึงมิได้พิจารณาว่ามีเด็กที่มีตัวตนจริงเข้าไปเกี่ยวข้องหรือไม่ แต่พิจารณาจากเนื้อหาของสื่อที่นำเสนอเนื้อหาลามกอนาจารเกี่ยวกับเด็กหรือไม่ โดยการกระทำที่เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายของทั้งสามประเทศครอบคลุมถึงการกระทำทั้งในขั้นตอนการผลิต การเผยแพร่ และการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก

กฎหมายญี่ปุ่นกำหนดลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดครอบคลุมทั้งในขั้นตอนการผลิต การเผยแพร่ และการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเช่นกัน แต่ประเทศญี่ปุ่นเป็นเพียงประเทศเดียวจากกลุ่มประเทศที่ทำการศึกษาที่จำกัดนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กไว้เพียงกรณีที่มีเด็กซึ่งมีตัวตนจริงเข้าไปเกี่ยวข้องโดยให้เหตุผลว่าการกำหนดความผิดอาญาสำหรับสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงนี้จำกัดเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชนมากเกินไป อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากสภาพเศรษฐกิจและสังคมของญี่ปุ่นแล้วจะเห็นได้ว่าอุตสาหกรรมสื่อลามกอนาจารและอุตสาหกรรมการ์ตูนและแอนิเมชันเป็นอุตสาหกรรมที่สำคัญและสร้างรายได้มหาศาลให้ประเทศญี่ปุ่น ซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริง ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบการ์ตูน คอมพิวเตอร์กราฟิก หรือการใช้ผู้ใหญ่ที่เหมือนเด็กเป็นผู้แสดง ต่างก็เป็นส่วนหนึ่งของอุตสาหกรรมเหล่านี้ทั้งสิ้น

ดังนั้น จึงไม่อาจปฏิเสธได้ว่าเหตุผลอีกประการหนึ่งที่ทำให้ประเทศญี่ปุ่นมิได้กำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงเป็นความผิดอาญาก็เนื่องมาจากแรงกดดันจากกลุ่มผลประโยชน์และประชาชนจำนวนมากในประเทศที่เสพสื่อลามกอนาจารเด็กในรูปแบบนี้

บริบทของประเทศไทยในประเด็นเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารนั้นแตกต่างจากประเทศญี่ปุ่นอย่างสิ้นเชิง กล่าวคือ การผลิตและเผยแพร่สื่อลามกอนาจารทั่วไปเพื่อความประสงค์แห่งการค้ายังเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายไทย อีกทั้งประชาชนส่วนมากในประเทศยังคงมีทัศนคติในแง่ลบกับสื่อลามกอนาจาร กรณีสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นมีความรุนแรงกว่าสื่อลามกอนาจารทั่วไปเนื่องจากบุคคลที่ปรากฏในสื่อเป็นเด็กซึ่งไม่มีความพร้อมทางด้านร่างกายและจิตใจเทียบเท่าผู้ใหญ่ แม้เด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารจะมีใช่เด็กที่มีตัวตนจริงแต่สื่อลามกอนาจารเด็กในลักษณะนี้ก็ยังคงส่งผลกระทบต่อเด็กและสังคมเช่นกัน การเสพสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงอาจเป็นกระตุ้นให้เกิดการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กในชีวิตจริงและสามารถนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการล่อลวงเด็กให้ตกเป็นเหยื่อของการล่วงละเมิดทางเพศได้ นอกจากนี้หากปล่อยให้มีการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงออกสู่สังคมโดยไม่มีการปราบปรามย่อมทำให้ประชาชนในสังคมมองว่าสื่อดังกล่าวเป็นสิ่งที่ยอมรับได้และมองว่าเด็กเป็นวัตถุทางเพศ มุมมองดังกล่าวนี้ย่อมทำให้การแก้ไขปัญหาการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กเป็นไปอย่างยากลำบาก

ดังนั้น ประเทศไทยจึงสมควรแก้ไขนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กโดยมุ่ง “คุ้มครองมิให้มีการนำเสนอเนื้อหาลามกอนาจารเกี่ยวกับเด็ก” กล่าวคือ กำหนดให้การผลิต การเผยแพร่ และการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงซึ่งอยู่ในรูปแบบภาพที่นำเสนอให้เห็นว่าบุคคลในภาพเป็นเด็ก ไม่ว่าจะบุคคลที่ปรากฏในสื่อจะเป็นเด็กที่มีตัวตนจริงหรือไม่ ได้แก่ สื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดง สื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกดัดแปลงหรือสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิก และสื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นภาพวาด ภาพระบายสีหรือการ์ตูน เป็นความผิดอาญาเช่นเดียวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในรูปแบบอื่น ๆ เพื่อปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กและยับยั้งมิให้เกิดการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กโดยนำแนวทางของประเทศแคนาดาามาปรับใช้ อนึ่ง แม้การกำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงข้างต้นเป็นความผิดอาญาจะกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคล แต่ก็เกินไปเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน การกระทำดังกล่าวจึงไม่เป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชนเกินสมควรแต่อย่างใด

ข้อพิจารณาเรื่องเหตุฉกรรจ์กรณีผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิด กฎหมายอังกฤษและกฎหมายแคนาดากำหนดให้ข้อเท็จจริงที่ว่าผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กอยู่ในฐานะบุคคลที่ได้รับความไว้นื้อเชื่อใจจากเด็กต้องถูก

นำมาใช้พิจารณาเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดให้หนักขึ้น เนื่องจากการกระทำความผิดโดยอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนนี้ย่อมส่งผลให้การกระทำความผิดมีความร้ายแรงกว่ากรณีทั่วไป เพราะไม่เพียงเด็กจะตกอยู่ในฐานะบุคคลที่อ่อนแอกว่าโดยสภาพร่างกายและจิตใจแล้ว แต่ข้อเท็จจริงข้างต้นยังส่งผลให้เด็กตกอยู่ในฐานะอ่อนแอกว่าเพราะอยู่ภายใต้อำนาจควบคุมของบุคคลดังกล่าวด้วย การที่ผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดนี้แสดงให้เห็นว่าผู้กระทำความผิดมีจิตใจชั่วร้ายกว่าปกติ ประเทศไทยจึงควรกำหนดให้ข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นตามหลักค่านึงถึงจิตใจ

กฎหมายอังกฤษและกฎหมายแคนาดาได้บัญญัตินิยามของบุคคลที่ได้รับความไว้นื้อเชื่อใจไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแต่อย่างใด บุคคลใดจะอยู่ในฐานะบุคคลที่ได้รับความไว้นื้อเชื่อใจจากเด็กจึงขึ้นอยู่กับการศึกษาของศาลในคดีนั้น ๆ ซึ่งระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของทั้งสองประเทศเอื้อให้ศาลสามารถตีความได้อย่างกว้างขวาง แต่ประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร การกำหนดเหตุฉกรรจ์กรณีดังกล่าวจึงจำเป็นต้องมีขอบเขตที่ชัดเจนซึ่งเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยจะพบว่า มาตรา 285 มีการกำหนดเหตุฉกรรจ์กรณีผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดสำหรับการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเด็กฐานอื่น ๆ เช่นกัน โดยจำกัดขอบเขตของบุคคลที่ต้องรับโทษหนักขึ้นจากเหตุฉกรรจ์ไว้เพียงบุพการี อาจารย์ผู้มีหน้าที่ควบคุมดูแลศิษย์ ผู้มีอำนาจควบคุมตามหน้าที่ราชการ ผู้ใช้อำนาจปกครอง ผู้พิทักษ์ และผู้อนุบาลซึ่งเป็นผู้ที่มีหน้าที่ตามกฎหมายและตามศีลธรรมในการคุ้มครองเด็กอย่างแท้จริง ดังนั้น ประเทศไทยจึงควรกำหนดขอบเขตของบุคคลที่ต้องรับผิดจากเหตุฉกรรจ์กรณีผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดตามแนวทางของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 โดยเหตุฉกรรจ์ในกรณีนี้ควรบังคับใช้เฉพาะการกระทำความผิดฐานผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อความประสงค์แห่งการค้าตามมาตรา 287/2 และควรกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักขึ้นหนึ่งในสามของการกระทำความผิดในกรณีปกติในทำนองเดียวกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 เพื่อยับยั้งการกระทำความผิดในกรณีดังกล่าว

ทั้งนี้ กรณีการกระทำความผิดฐานผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อความประสงค์แห่งการค้าโดยมีการกระทำความผิดทางเพศโดยตรงต่อเด็กมาก่อน เช่น บิดากระทำชำเราบุตรของตนและบันทึกภาพเหตุการณ์ดังกล่าวไว้โดยมีวัตถุประสงค์ในการนำไปเผยแพร่เพื่อหากำไร อาจมีข้อโต้แย้งว่าเป็นการกระทำกรรมเดียวกันซึ่งผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษฐานกระทำชำเราซึ่งเป็นบทหนักอยู่แล้ว จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติเหตุฉกรรจ์สำหรับกรณีดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ความผิดฐานผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/2 นี้ อาจเป็นกรณีที่ผู้กระทำ

ความผิดไม่ได้มีการกระทำความผิดทางเพศโดยตรงต่อเด็กมาก่อน เช่น บิดาทำสำเนาภาพเปลือยของ บุตรสาวจำนวนมากและนำไปเผยแพร่เพื่อความประสงค์แห่งการค้า อาจารย์ได้โฆษณาว่าสื่อลามก อนาจารเด็กที่ปรากฏภาพของศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลของตนสามารถหาได้จากแหล่งใด ดังนั้น จึง จำเป็นต้องกำหนดเหตุฉุกเฉินผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการ กระทำความผิดสำหรับความผิดฐานผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อความประสงค์แห่ง การค้าเพื่อยับยั้งการกระทำความผิดดังกล่าว

ข้อพิจารณาเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดชอบในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก กฎหมาย อังกฤษกำหนดข้อยกเว้นกรณีเพื่อประโยชน์แห่งการดำเนินกระบวนการยุติธรรม อีกทั้งยังได้กำหนด ข้อยกเว้นกรณีมีเหตุอันสมควรด้วยโดยกฎหมายอังกฤษมิได้กำหนดความหมายของกรณีมีเหตุอัน สมควรไว้เป็นลายลักษณ์อักษร กรณีใดจะเป็นเหตุอันสมควรมันจึงขึ้นอยู่กับการศึกษาของศาล ในขณะที่ประเทศแคนาดาได้มีการกำหนดข้อยกเว้นกรณีมีเหตุอันสมควรไว้เช่นกันแต่จำกัดว่าเหตุอัน สมควรดังกล่าวจะต้องเกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรม วิทยาศาสตร์ การแพทย์ การศึกษา หรือ ศิลปะเท่านั้น และต้องปรากฏว่าการกระทำดังกล่าวมิได้มีความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดอันตรายแก่เด็กเกิน สมควรด้วยผู้กระทำความผิดจึงจะสามารถยกข้อยกเว้นในกรณีนี้ขึ้นมากล่าวอ้างได้ เมื่อพิจารณาจาก บทบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย จะพบว่า ความผิดฐานครอบครองและส่งต่อสื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/1 ได้กำหนด องค์ประกอบความผิดไว้ว่าต้องเป็นการกระทำเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศ กล่าวอีกนัยคือ หากมิได้ เป็นการกระทำเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศแล้ว การกระทำดังกล่าวย่อมไม่มีความผิดแต่อย่างใด ข้ออ้างกรณีการกระทำที่มีได้เป็นไปเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศของประเทศไทยนี้มีวัตถุประสงค์ใน การคุ้มครองบุคคลที่มีได้มีเจตนาร้ายต่อเด็กเช่นเดียวกับข้อยกเว้นเพื่อประโยชน์แห่งการดำเนิน กระบวนการยุติธรรมและข้อยกเว้นกรณีมีเหตุอันสมควรตามกฎหมายอังกฤษและกฎหมายแคนาดา

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำตามกฎหมายอังกฤษ กฎหมายแคนาดา และกฎหมาย ไทยแล้วพบว่า “กรณีมิได้เป็นไปเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศ” มีความเขตที่กว้างกว่า “กรณีมีเหตุ อันสมควร” ในบางกรณีการกระทำที่มีได้เป็นไปเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศนั้นอาจก่อให้เกิด อันตรายแก่เด็กเกินสมควรได้ ดังนั้น ในการพิจารณาข้ออ้างกรณีการกระทำที่มีได้เป็นไปเพื่อแสวงหา ประโยชน์ทางเพศตามกฎหมายไทย นอกจากจะต้องพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวมิได้เป็นไปเพื่อ แสวงหาประโยชน์ทางเพศแล้ว ควรจะต้องพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวต้องไม่มีความเสี่ยงที่จะ ก่อให้เกิดอันตรายแก่เด็กเกินสมควรด้วยโดยนำแนวทางตามกฎหมายแคนาดามาใช้

กฎหมายอังกฤษและกฎหมายแคนาดาได้วางหลักเรื่องข้อยกเว้นกรณีการใช้เพื่อประโยชน์ ส่วนบุคคลโดยเด็กให้ความยินยอมไว้ โดยผู้กระทำความผิดจะสามารถอ้างข้อยกเว้นในกรณีนี้ได้

ต่อเมื่อสามารถพิสูจน์ได้ว่าการประกอบกิจกรรมทางเพศของเด็กที่ปรากฏในสื่อถูกต้องตามกฎหมาย เด็กให้ความยินยอมในการผลิตสื่อลามกอนาจารนั้น และต้องไม่มีการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กไปสู่บุคคลภายนอก อนึ่ง กฎหมายอังกฤษมีการกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมจากกฎหมายแคนาดาโดยต้องปรากฏว่าผู้กระทำความผิดนั้นมีความสัมพันธ์พิเศษกับเด็ก กล่าวคือ เป็นคู่สมรสหรืออยู่กินกันฉันสามีภริยากับเด็กด้วย อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากบริบทของสังคมไทยแล้วพบว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ปฏิบัติงานเกี่ยวข้องกับการแก้ไขปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กส่วนมากมองว่าเด็กยังคงไม่มีความสามารถในการรับรู้ข้อเท็จจริงเพียงพอที่จะให้ความยินยอมในการผลิตและครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก นอกจากนี้ความยินยอมของเด็กในการให้ผลิตและครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กยังเป็นการสละทางคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นของส่วนรวมจึงขัดกับหลักความยินยอมในกฎหมายอาญาอันทำให้ไม่สามารถนำมาใช้ยกเว้นความรับผิดอาญาได้ อีกทั้งการพัฒนาของเทคโนโลยียังส่งผลให้ความเสี่ยงที่สื่อลามกอนาจารเด็กจะถูกเผยแพร่ออกไปมีมากกว่าประโยชน์ที่จะได้รับจากการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดในกรณีดังกล่าว ดังนั้น ประเทศไทยจึงไม่สมควรกำหนดข้อยกเว้นในกรณีดังกล่าวไว้แต่อย่างใด

กฎหมายฝรั่งเศสกำหนดนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กให้ครอบคลุมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริง ขณะเดียวกันก็ได้กำหนดข้อยกเว้นกรณีผู้กระทำความผิดสามารถพิสูจน์ได้ว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นผู้ใหญ่ไว้ด้วย ในขณะที่กฎหมายอังกฤษและกฎหมายแคนาดาบัญญัตินิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กให้รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงในทำนองเดียวกับกฎหมายฝรั่งเศส แต่ไม่ได้กำหนดข้อยกเว้นในกรณีดังกล่าว ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากบริบททางสังคมและกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสแล้วจะพบว่ากฎหมายฝรั่งเศสมิได้กำหนดความผิดอาญาสำหรับสื่อลามกอนาจารในกรณีทั่วไปไว้แตกต่างจากประเทศอังกฤษและประเทศแคนาดาที่กำหนดให้สื่อลามกอนาจารทั่วไปที่มีลักษณะน่ารังเกียจเป็นความผิดอาญา บุคคลจะมีความผิดอาญาตามกฎหมายฝรั่งเศสต่อเมื่อได้นำเสนอสื่อลามกอนาจารทั่วไปแก่เด็ก สื่อลามกอนาจารทั่วไปจึงเป็นสิ่งที่ยอมรับได้ในสังคมของประเทศฝรั่งเศส ดังนั้น รัฐจึงกำหนดข้อยกเว้นกรณีผู้กระทำความผิดสามารถพิสูจน์ได้ว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นผู้ใหญ่ขึ้นเพื่อรักษาสมดุลระหว่างการคุ้มครองเด็กและเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชน

บริบทของสังคมและกฎหมายในเรื่องสื่อลามกอนาจารของประเทศไทยแตกต่างจากประเทศฝรั่งเศส ดังจะเห็นได้จากการที่กฎหมายไทยกำหนดให้การผลิตและเผยแพร่สื่อลามกอนาจารทั่วไปเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา การที่การผลิตและเผยแพร่สื่อลามกอนาจารทั่วไปเป็นความผิดอาญาแสดงให้เห็นว่าประชาชนส่วนมากยังคงมองว่าสื่อลามกอนาจารเป็นสิ่งที่ไม่เหมาะสมเมื่อมีการแก้ไขนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทยให้ครอบคลุมถึงสื่อลามกอนาจารเด็ก



ที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงจึงไม่สมควรกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดชอบผู้กระทำความผิดสามารถพิสูจน์ได้ว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อเป็นผู้ใหญ่ เนื่องจากการกำหนดข้อยกเว้นกรณีดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดความสับสนในการปรับใช้กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็ก ข้อยกเว้นกรณีนี้สามารถขึ้นอ้างได้เฉพาะความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดงเท่านั้น สื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกดัดแปลงหรือสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิกและสื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นภาพวาด ภาพระบายสี หรือการ์ตูนย่อมมิได้ประโยชน์จากข้อยกเว้นในกรณีดังกล่าวเพราะบุคคลที่ปรากฏในสื่อไม่มีตัวตนจริง จึงไม่สามารถพิสูจน์อายุของบุคคลที่ปรากฏในสื่อได้ ทั้ง ๆ ที่สื่อลามกอนาจารเหล่านี้ต่างนำเสนอเนื้อหาลามกอนาจารเกี่ยวกับเด็กเช่นเดียวกัน เมื่อลักษณะและผลที่เกิดจากสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงนี้เป็นไปในทำนองเดียวกันจึงควรกำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กทุกรูปแบบเป็นความผิดโดยไม่มีการยกเว้นความรับผิดชอบให้สื่อลามกอนาจารเด็กในรูปแบบใดเป็นพิเศษ ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นไปเพื่อคุ้มครองและป้องกันการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก

กฎหมายแคนาดาและกฎหมายญี่ปุ่นมีการกำหนดข้อยกเว้นกรณีผู้กระทำความผิดไม่รู้อายุของเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กไว้เป็นลายลักษณ์อักษร อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากโครงสร้างความรับผิดทางอาญาของกฎหมายไทยแล้วพบว่า ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กสามารถอ้างข้อยกเว้นดังกล่าวได้ตามหลักกฎหมายอาญาทั่วไป ดังนั้น จึงไม่จำเป็นที่จะต้องมีการบัญญัติข้อยกเว้นดังกล่าวไว้ในกฎหมายไทยแต่อย่างใด

หากประเทศไทยกำหนดนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้นโดยครอบคลุมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงซึ่งอยู่ในรูปแบบภาพ กล่าวคือ สื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดง สื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกดัดแปลงหรือสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิก และสื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นภาพวาด ภาพระบายสีหรือการ์ตูนด้วย อีกทั้งกำหนดเหตุฉกรรจ์กรณีผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กอาศัยความไว้เนื้อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดและวางแนวทางให้การพิจารณาข้ออ้างกรณีการกระทำที่มีได้เป็นไปเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศว่าต้องพิจารณาถึงความเสี่ยงของอันตรายที่อาจเกิดต่อเด็กด้วยย่อมช่วยให้ประเทศไทยสามารถแก้ไขปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้นและก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อเด็กซึ่งเป็นบุคคลที่จำเป็นต้องได้รับการคุ้มครองและป้องกันมิให้ตกเป็นเหยื่อของการล่วงละเมิดทางเพศ

## 6.2 ข้อเสนอแนะ

จากบทสรุปข้างต้นทำให้เห็นว่าประเทศไทยควรนำแนวทางของกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศแคนาดา มาปรับใช้กับกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อเด็กและสังคม ผู้วิจัยขอเสนอแนะการพัฒนาบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ดังนี้

6.2.1 ข้อเสนอแนะให้ประเทศไทยแก้ไขนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามประมวลกฎหมายอาญาให้ชัดเจนโดยครอบคลุมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงซึ่งอยู่ในรูปแบบภาพที่นำเสนอให้เห็นบุคคลที่ปรากฏในสื่อเป็นเด็ก ไม่ว่าจะบุคคลที่ปรากฏในสื่อจะเป็นเด็กที่มีตัวตนจริงหรือไม่ก็ตาม ได้แก่ สื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่เป็นผู้แสดง สื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกดัดแปลงหรือสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิก และสื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นภาพวาด ภาพระบายสี หรือการ์ตูน โดยลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดอาญาควรครอบคลุมถึงการผลิต การเผยแพร่ และการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงตามแนวทางของกฎหมายแคนาดา เพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายและมีให้เกิดความสับสนในการปรับใช้กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็ก

อย่างไรก็ตาม การแก้ไขนิยามสื่อลามกอนาจารเด็กให้รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ปรากฏภาพของเด็กจริงซึ่งอยู่ในรูปแบบภาพนี้ไม่ควรนำแนวทางของกฎหมายแคนาดา มาปรับใช้ทั้งหมด แต่ควรจำกัดไว้เฉพาะกรณีสื่อในรูปแบบภาพที่นำเสนอให้เห็นถึงการประกอบกิจกรรมทางเพศเด็กหรือบุคคลที่นำเสนอให้เห็นว่าเป็นเด็ก ไม่ว่าจะบุคคลดังกล่าวจะมีตัวตนจริงหรือไม่ก็ตาม และไม่ควรรวมถึงกรณีภาพที่องค์ประกอบสำคัญของสื่อมุ่งแสดงให้เห็นถึงของอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของเด็กและภาพที่เสนอแนะหรือสนับสนุนให้เกิดการประกอบกิจกรรมทางเพศกับเด็ก เพราะจะเป็นการบัญญัติกฎหมายที่ฟุ่มเฟือยและส่งผลกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชนเกินสมควร

การพิจารณาว่าบุคคลที่ปรากฏในสื่อถูกนำเสนอให้เห็นว่าเป็นเด็กหรือไม่สามารถพิจารณาโดยอาศัยหลักวิญญูชนและอาจพิจารณาจากข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้ประกอบกัน

- (1) ลักษณะของอวัยวะเพศและขนบริเวณอวัยวะเพศ
- (2) การพัฒนาของเต้านม
- (3) การพัฒนาของสะโพก
- (4) ลักษณะของผิวหนัง เช่น รอยเหี่ยวย่น แผลเป็น ผิวหนังดำน ซึ่งลักษณะเหล่านี้มักปรากฏในบุคคลที่มีอายุมาก
- (5) ลักษณะของใบหน้าที่เป็นเด็ก
- (6) ลักษณะของขนบริเวณร่างกาย

(7) รูปแบบของการแต่งกายที่นำเสนอว่าบุคคลที่ปรากฏในภาพเป็นเด็ก เช่น การใส่ชุดนอนลายการ์ตูน

(8) ชื่อไฟล์ แหล่งที่มาของสื่อลามกอนาจารเด็ก เช่น สื่อดังกล่าวมาจาก เว็บไซต์สื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นที่รู้จัก

6.2.2 ขอเสนอแนะให้ประเทศไทยกำหนดเหตุการณ์ผู้กระทำความผิดอาศัยความไว้นี้เพื่อเชื่อใจที่เด็กมีต่อตนในการกระทำความผิดสำหรับการกระทำความผิดฐานผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อความประสงค์แห่งการค้าตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287/2 โดยครอบคลุมถึงกรณีการกระทำความผิดต่อผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล เนื่องจากข้อเท็จจริงดังกล่าวส่งผลให้การกระทำความผิดมีความรุนแรงกว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในกรณีทั่วไป ผู้กระทำความผิดจึงสมควรต้องรับโทษหนักขึ้นเพื่อยับยั้งการกระทำความผิดในลักษณะดังกล่าว ทั้งนี้ หากปรากฏข้อเท็จจริงดังกล่าวผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักขึ้นหนึ่งในสามของการกระทำความผิดในกรณีปกติ

6.2.3 ขอเสนอแนะให้ประเทศไทยกำหนดแนวทางในการพิจารณาข้ออ้างกรณีการกระทำที่มีได้เป็นไปเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยนอกจากต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าการกระทำนั้นมีได้เป็นไปเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศแล้ว การกระทำนั้นต้องมีได้ก่อความเสี่ยงที่จะทำให้เกิดอันตรายต่อเด็กเกินสมควรด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้เด็กได้รับความคุ้มครองเพิ่มขึ้น

เมื่อผู้วิจัยได้ศึกษาและจัดทำวิทยานิพนธ์ เรื่อง “แนวทางในการพัฒนาความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก” เสร็จสิ้นแล้ว ผู้วิจัยได้ทราบว่าปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นปัญหาที่ปรากฏอยู่ในสังคมไทยมาเป็นเวลาช้านานและยังคงปรากฏอยู่จนถึงปัจจุบัน แต่เพิ่งมีการนำมาตรการทางกฎหมายอาญามาปรับใช้กับปัญหาดังกล่าวใน พ.ศ. 2558 การศึกษาถึงสาเหตุของปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็ก ผลกระทบที่เกิดขึ้นจากปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็ก แนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กและมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยในปัจจุบันพบว่า มาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยนั้นยังคงมีความไม่ชัดเจนอยู่หลายประการและไม่เพียงพอต่อการแก้ไขปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็ก อนึ่ง เมื่อผู้วิจัยได้ทำการศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศแคนาดา ประเทศฝรั่งเศส และประเทศญี่ปุ่นพบว่าประเทศเหล่านี้ต่างมีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้เป็นการเฉพาะ แม้บริบทของสังคมของประเทศเหล่านี้จะมีความแตกต่างจากสังคมไทยบางประการ แต่ก็มีมาตรการทางกฎหมายหลายส่วนที่สามารถนำมาใช้เป็นแนวทางในการพัฒนาบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กให้เหมาะสมกับ

บริบทของสังคมไทยได้ ผู้วิจัยจึงได้ศึกษาและวิเคราะห์อย่างถี่ถ้วนและนำเสนอแนวทางในการพัฒนา บทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กตามข้อเสนอแนะข้างต้น ซึ่งผู้วิจัยมีความ คิดเห็นว่าการปรับปรุงบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กดังกล่าวจะส่งผลให้การ บังคับใช้กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นและลดปัญหาสื่อลามก ออนาจารเด็กลงได้ สมดังสมมติฐานของการศึกษาที่ได้กำหนดไว้ตั้งแต่ต้น

ข้อความท้ายที่สุดของวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ผู้วิจัยมีความคิดเห็นว่ายังมีมาตรการทางด้านอื่น ๆ นอกจากมาตรการทางกฎหมายที่สามารถนำมาใช้แก้ปัญหามือถือลามกอนาจารเด็กได้ เช่น มาตรการใน การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด กล่าวคือ แม้พฤติกรรมการเสพสื่อลามกอนาจารเด็กจะเป็น พฤติกรรมที่สังคมไม่อาจยอมรับได้จึงสมควรนำมาตรการทางกฎหมายอาญามาปรับใช้เพื่อคุ้มครอง สังคมดังที่ได้มีการนำเสนอในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าบุคคลที่เสพสื่อลามกอนาจาร เด็กจำนวนมากคือบุคคลที่เป็นโรคโคร์เด็ก (Pedophilia) ซึ่งในทางการแพทย์ยอมรับว่าอาการทางจิต ประเภทหนึ่ง<sup>5</sup> ดังนั้น หากมีการศึกษาเพิ่มเติมในประเด็นเรื่องการบำบัดผู้เสพสื่อลามกอนาจารเด็ก และสามารถหาแนวทางในการนำมามาตรการแก้ไขฟื้นฟูมาปรับใช้กับผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามก ออนาจารเด็กได้อย่างเหมาะสมเพื่อเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมดังกล่าวย่อมส่งผลให้การกระทำความผิดซ้ำ มีจำนวนลดลงและทำให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กหมดไปในที่สุด<sup>6</sup>

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>5</sup> Stephen T. Holmes, *Sex Crimes : Patterns and Behavior* (Los Angeles: Sage Publications, 2009), p. 140 – 141.

<sup>6</sup> Ibid, p. 276.

## รายการอ้างอิง

- AFP. Japan Finally Bans Child Pornography [Online]. Available from: <https://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/asia/japan/10908178/Japan-finally-bans-child-pornography.html> [31 March 2018]
- Anderson, W. T. Criminalizing "Virtual" Child Pornography under the Child Pornography Prevention Act: Is It Really What It "Appears to Be?". University of Richmond Law Review 35, 2 (2001): 393 - 421.
- Anthony Springrt Jr. The Pedagogy of Pornography: What Popular Pornography on the Internet Teaches Us About Aggression and Consent. UNLV Theses, Dissertations, Professional Papers, and Capstones 12 (2011): 1308.
- April, K. Cartoons Aren't Real People, Too: Does the Regulation of Virtual Child Pornography Violate the First Amendment and Criminalize Subversive Thought. Cardozo Journal of Law & Gender 19 (2012): 241 - 271.
- BBC. Gay Couples to Get Joint Rights [Online]. Available from: [http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk\\_news/politics/3584285.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/politics/3584285.stm) [12 March 2018]
- British Board of Film Classification. Bbfc Guidelines [Online]. Available from: [http://www.bbfc.co.uk/sites/default/files/attachments/bbfc%20classification%20guidelines%202014\\_5.pdf](http://www.bbfc.co.uk/sites/default/files/attachments/bbfc%20classification%20guidelines%202014_5.pdf) [ 10 March 2018]
- Canadian Broadcast Standards Council. Canadian Association of Broadcasters' Code of Ethics (2002) [Online]. Available from: <http://www.cbsc.ca/codes/cab-code-of-ethics/> [20 March 2018]
- Casavant, L., and Robertson, J. R. The Evolution of Pornography Law in Canada [Online]. Available from: <https://bdp.parl.ca/content/lop/researchpublications/843-e.htm> [20 March 2018]
- Centre national du cinéma et de l'image animée. Code Du Cinema Et De L'image Animée [Online]. Available from: <http://www.cnc.fr/web/fr/code-du-cinema-et-de-l-image-animee/-/editoriaux/36342> [31 March 2018]

- . Regulatory Function : Film Classification [Online]. Available from:  
<http://www.cnc.fr/web/en/film-classification> [31 March 2018]
- Champeau, G. Dessiner Des Lolicons Devient Illégal, Même S'ils Sont Privés [Online].  
 Available from: <https://www.numerama.com/magazine/26821-dessiner-des-lolicons-devient-illegal-meme-s-ils-sont-privés.html> [31 March 2018]
- David W. Selfe, and Burke, V. Perspectives on Sex, Crime and Society,. London:  
 Carvendish Publishing Limited, 2001.
- Department of Justice. Criminal Offences [Online]. Available from:  
<http://www.justice.gc.ca/eng/cj-jp/victims-victimes/court-tribunaux/offences-infractions.html> [20 March 2018]
- . Where Our Legal System Comes From [Online]. Available from:  
<http://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/just/03.html> [20 March 2018]
- . Youth Involvement in Prostitution: A Literature Review and Annotated Bibliography [Online]. Available from: [http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/cj-jp/yj-ij/rr01\\_13/p23.html#sec23](http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/cj-jp/yj-ij/rr01_13/p23.html#sec23) [20 March 2018]
- Elliott, C. French Criminal Law. Uffculme, Cullompton, Devon, UK ; Portland, Or. :  
 Willan Pub., 2001.
- Fletcher, J. Why Hasn't Japan Banned Child-Porn Comics? [Online]. Available from:  
<http://www.bbc.com/news/magazine-30698640> [31 March 2018]
- Garner, B. A. Black's Law Dictionary. 9th ed. St. Paul, MN: West, 2009.
- Gary Slapper, and Kelly, D. The English Legal System. London ; New York:  
 Routledge, 2013.
- Gillespie, A. A. Child Pornography. Information & Communications Technology Law  
 27, 1 (2018).
- . Child Pornography: Law and Policy. Abingdon: GlassHouse/Routledge, 2011.
- HANSARD. Protection of Children Bill [Online]. Available from:  
<http://hansard.millbanksystems.com/commons/1978/feb/10/protection-of-children-bill> [12 February 2018]
- Holmes, S. T. Sex Crimes : Patterns and Behavior. Los Angeles: Sage Publications,  
 2009.

- Hornle, J. Countering the Dangers of Online Pornography - Shrewd Regulation of Lewd Content [Online]. Available from: <http://www.bailii.org/uk/other/journals/EJLT/2011/02-1/55.html> [10 May 2018]
- House of Commons Debates, 34th Parliament, 3rd Session : Vol. 16 [Online]. 1993. Available from: [http://parl.canadiana.ca/view/oop.debates\\_HOC3403\\_16/1?r=0&s=1](http://parl.canadiana.ca/view/oop.debates_HOC3403_16/1?r=0&s=1) [6 July 2018]
- Howard, T. E. Don't Cache out Your Case: Prosecuting Child Pornography Possession Laws Based on Images Located in Temporary Internet Files. Berkeley Technology Law Journal 19 (2004): 1228 – 1273.
- International Centre For Missing & Exploited Children. Child Pornography: Model Legislation & Global Review [Online]. Available from: <https://www.icmec.org/child-pornography-model-legislation/> [10 March 2018]
- Jacqueline Martin, and Storey, T. Unlocking Criminal Law. Abingdon, Oxon ; New York, NY Routledge, 2015.
- Julian Sher, and Carey, B. Debate on Child Pornography's Link to Molesting [Online]. Available from: <https://www.nytimes.com/2007/07/19/us/19sex.html> [10 March 2018]
- Jung, S., Ennis, L., and Jr., L. A. M. Child Pornography Offending Seen through Three Theoretical Lense. Deviant Behavior 33, 8 (2018).
- Kaiser, V. La Protection Des Mineurs Sur Internet : Laproblématique De La Pédo-pornographie Et Des Contenus Jugés Préjudiciables [Online]. Available from: [https://www.unamur.be/droit/dtic/publications/memoire\\_V\\_KAISER.pdf](https://www.unamur.be/droit/dtic/publications/memoire_V_KAISER.pdf) [31 March 2018]
- Kyodo. Child Pornography Cases Break Annual Record as Police Get Hands on Buyers List [Online]. Available from: <https://www.japantimes.co.jp/news/2018/03/26/national/crime-legal/child-porn-cases-break-annual-record-as-police-get-hands-on-buyers-list/#.WuHR1n-nIU> [10 April 2018]

- Legifrance. Cour De Cassation, Chambre Criminelle, Du 12 Septembre 2007, 06-86.763, Inédit [Online]. Available from: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007640077&fastReqId=641482261&fastPos=25> [1 April 2018]
- . Cour De Cassation, Criminelle, Chambre Criminelle, 6 Juin 2012, 12-90.016, Inédit [Online]. Available from: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000026027646> [1 April 2018]
- . Cour De Cassation, Criminelle, Chambre Criminelle, 6 Mars 2013, 12-82.735, Inédit [Online]. Available from: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000027251328&fastReqId=1870354773&fastPos=10> [1 April 2018]
- . Cour De Cassation, Criminelle, Chambre Criminelle, 28 Mars 2012, 11-83.012, Inédit [Online]. Available from: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000025901220&fastReqId=1409355153&fastPos=13> [1 April 2018]
- . Loi N° 98-468 Du 17 Juin 1998 Relative À La Prévention Et À La Répression Des Infractions Sexuelles Ainsi Ou'à La Protection Des Mineurs [Online]. Available from: [https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=9786530978427F7F587D836AF70E7D12.tplgfr27s\\_3?cidTexte=JORFTEXT000000556901&dateTexte=20011231](https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=9786530978427F7F587D836AF70E7D12.tplgfr27s_3?cidTexte=JORFTEXT000000556901&dateTexte=20011231) [1 April 2018]
- Maddocks, T. Japan Likely to Pass Long-Awaited Laws Banning the Possession of Child Pornography [Online]. Available from: <http://www.abc.net.au/news/2014-06-05/japan-child-pornography/5501416> [31 March 2018]
- Mann, T. Mother 'Paid Almost £10,000 to Sexually Abuse Her 11-Month Old Baby' [Online]. Available from: <http://metro.co.uk/2016/01/29/mother-paid-almost-10000-to-sexually-abuse-her-11-month-old-baby-5651102> [29 October 2017]



Mark McLelland, and Mackie, V. Routledge Handbook of Sexuality Studies in East Asia. New York: Routledge/Taylor & Francis Group, 2015.

Merriam-Webster's Dictionary of Law. Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 2011.

Ministry of Justice. Consultation on the Possession of Non-Photographic Visual Depictions of Child Sexual Abuse [Online]. 2007. Available from: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.justice.gov.uk/docs/consultation-non-photographic-response.pdf>

Motion Picture Association. Theatrical Classification [Online]. Available from: <https://www.mpa-canada.org/theatrical-classification/> [20 March 2018]

Oda, H. Japanese Law. Oxford: Oxford University Press, 2003.

Orr, F. Do Children Require Special Protection under International Human Rights Law? The King's Student Law Review 5, 1 (2014).

Packer, H. L. The Limits of the Criminal Sanction. Stanford, California: Stanford University Press, 1968.

Paul, B. The Effects of Exposure to Virtual Child Pornography on Viewer Cognitions and Attitudes toward Deviant Sexual Behavior. Communication Research 35, 1 (2008): 3 – 38.

Pollard, N. The Modern Pornography Debates. Tolley's Journal of Media Law and Practice 14, 4 (1993): 134 – 137.

Pursel, W. L. Computer-Generated Child Pornography: A Legal Alternative? Seattle University Law Review 22 (1998): 645 - 665.

Riley, D. Australian Police Ran a Child Porn Site for Nearly a Year to Catch Pedophiles [Online]. Available from: <https://siliconangle.com/blog/2017/10/08/australian-police-hosted-ran-child-porn-site-nearly-year-catch-pedophiles/> [10 May 2018]

Rizzo-Smith, J. Thanks to 'Your Name' Japan's Anime Industry Earns \$17.7 Billion [Online]. Available from: <https://www.sbs.com.au/popasia/blog/2017/11/17/thanks-your-name-japans-anime-industry-earns-177-billion> [31 March 2018]

- Ryder, B. The Harms of Child Pornography Law. UBC Law Review 36, 1 (2003): 101 - 135.
- Sealy-Harrington, J. Keep It to Yourself: The Private Use Exception for Child Pornography Offences [Online]. Available from: <https://ablawg.ca/2015/06/23/keep-it-to-yourself-the-private-use-exception-for-child-pornography-offences/> [20 March 2018]
- Sénat. Rapport N° 49 - Projet De Loi Adopté Par L'assemblée Nationale Relatif À La Prévention Et À La Répression Des Infractions Sexuelles Ainsi Ou'à La Protection Des Mineurs Victimes Et Sur La Proposition De Loi Relative À La Répression Des Crimes [Online]. Available from: [https://www.senat.fr/rap/l97-049/l97-049\\_mono.html#toc49](https://www.senat.fr/rap/l97-049/l97-049_mono.html#toc49) [1 April 2018]
- . Rapport N° 265 - Projet De Loi, Adopte Avec Modifications Par L'assemblee Nationale, En Deuxieme Lecture, Relatif a La Prevention Et a La Repression Des Infractions Sexuelles Ainsi Ou'a La Protection Des Mineurs [Online]. Available from: <http://www.senat.fr/rap/l97-265/l97-26517.html#toc99> [1 April 2018]
- Sentencing Council. Sexual Offences Definitive Guideline [Online]. Available from: [https://www.sentencingcouncil.org.uk/wpcontent/uploads/Final\\_Sexual\\_Offences\\_Definitive\\_Guideline\\_content\\_web1.pdf](https://www.sentencingcouncil.org.uk/wpcontent/uploads/Final_Sexual_Offences_Definitive_Guideline_content_web1.pdf) [11 March 2018]
- Stewart, W. Russian City Gripped by Fear after 12-Year-Old Girl Was Snatched by Paedophiles and Repeatedly Raped on a Live Webcast as Police Flood the Streets [Online]. Available from: <http://www.dailymail.co.uk/news/article-5069139/Russian-girl-12-raped-paedophile-porn-website.html> [10 March 2018]
- Strusiewicz, C. J. The Japanese Porn Industry: 5 Things We Learned at Japan Adult Expo [Online]. Available from: <https://www.tokyoweekender.com/2018/02/the-japanese-porn-industry-5-things-we-learned-at-japan-adult-expo/> [31 March 2018]
- Taylor, M., Holland, G., and Quayle, E. Typology of Paedophile Picture Collections. The Police Journal 74, 2 (2001): 97 – 107.

- Taylor, M., Quayle, E., and Holland, G. Child Pornography, the Internet and Offending. *Isuma - Canadian Journal of Policy Research* 2, 2 (2001): 94 – 100.
- The Local. France Removes 27 Paedophile Profs from Schools in a Year [Online]. Available from: <https://www.thelocal.fr/20160316/27-paedophile-teachers-struck-off-in-france-last-year> [10 April 2018]
- UNICEF. Commercial Sexual Exploitation of Children and Child Sexual Abuse in the Pacific: A Regional Report [Online]. Available from: [https://www.unicef.org/eapro/Pacific\\_CSEC\\_report.pdf](https://www.unicef.org/eapro/Pacific_CSEC_report.pdf) [10 March 2018]
- Varley, C. Is Japan Turning a Blind Eye to Paedophilia? [Online]. Available from: <http://www.bbc.co.uk/bbcthree/article/57eaaf23-0cef-48c8-961f-41f2563b38aa> [31 March 2018]
- Walter Cairns, and Mckeon, R. Introduction to French Law. London: Cavendish Pub., 1995.
- Wéry, É. Sexe En Ligne : Aspects Juridiques Et Protection Des Mineurs. Bruxelles: Larcier, 2004.
- Worden, T. 'Obsessed' with Pupil Brit Teacher Arrested in Spain for 'Secretly Filming and Sharing Graphic Footage of Schoolgirl' [Online]. Available from: <https://www.thesun.co.uk/news/4185323/brit-teacher-arrested-in-spain-after-sharing-pictures-of-student/> [10 April 2018]
- Young, G. Alberta Mother and Daycare Worker Charged with Child Pornography Crimes Involving Her Four-Year-Old Son [Online]. Available from: <http://nationalpost.com/news/canada/alberta-mother-and-daycare-worker-charged-with-child-pornography-crimes-involving-her-four-year-old-son> [10 April 2018]
- Zanghellini, A. Underage Sex and Romance in Japanese Homoerotic Manga and Anime. *Social & Legal Studies* 18, 2 (2009): 159 - 177.
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. หลักกฎหมายว่าด้วย สิทธิเสรีภาพ. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547.
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินต์ติ้ง, 2550.
- . คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินต์ติ้ง, 2551.

- เนติ รัตนากร. การให้ความคุ้มครองเด็กในกฎหมายควบคุมสื่อลามก ศึกษาเปรียบเทียบ กฎหมายไทย อังกฤษ สหรัฐอเมริกา และเยอรมัน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2542.
- เสกสัณห์ เครือคำ. อาชญากรรม อาชญาวิทยา และงานยุติธรรมทางอาญา. นครปฐม: เพชรเกษมการพิมพ์, 2558.
- โพสท์ทูเดย์. สุดสลด! เด็กวัย 15 ฆ่าตัวตาย เหตุถูกเพื่อนแกล้งโพสต์ภาพเปลือยลงโซเชียล [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.posttoday.com/world/news/436714> [15 พฤศจิกายน 2560]
- โสมนัส เจือศรีสกุล. มาตรการควบคุมต่อต้านสื่อลามกเด็ก. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2545.
- กฎหมายตราสามดวง ฉบับราชบัณฑิตยสถาน เล่ม 2. กรุงเทพฯ: ราชบัณฑิตยสถาน, 2550.
- กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ. ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน - Universal Declaration of Human Rights [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://humanrights.mfa.go.th/th/humanrights/obligation> [15 ธันวาคม 2560]
- กรรณิการ์ รอดมา. ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกเด็กบนอินเทอร์เน็ต. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์. 2556.
- ขจรศักดิ์ พุทธมานุภาพ. รองอธิบดีอัยการ สำนักงานการสอบสวน. สัมภาษณ์, 3 พฤษภาคม 2561.
- คณพล จันทน์หอม. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึงลักษณะ 9. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561.
- . วิเคราะห์กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 : ศึกษากระบวนการร่างกฎหมายและประเด็นความรับผิดชอบในทางอาญา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2545.
- คณะกรรมการปราบปรามการล่อลวงละเมิดทางเพศต่อเด็กทางอินเทอร์เน็ต. สถิติผลเบาะแสและการปฏิบัติงานของ Ticac ตั้งแต่ 9 ธ.ค. 2558 ถึงวันที่ 10 มกราคม 2561 [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://ticac.police.go.th/update-static-11jan/> [10 มีนาคม 2561]
- คณิต ฦ นคร. กฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559.
- . กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2556.
- จอมพล พัทธ์กษัตริย์โยธิน. ภาพโป๊: กฎหมายสื่อลามกและศีลธรรม. วารสารสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร 12, 1 (2559): 78 – 100.

- จิตติ ดิงศภัทย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพฯ: สำนักอบรม  
ศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2555.
- . คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพฯ: จีรัชการ  
พิมพ์, 2548.
- จินตนันท์ ชญาตร์ ศุภมิตร. สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ. สัมภาษณ์, 15 มิถุนายน 2561.
- ณรงค์ ใจหาญ. ความหมายของสิ่งลามกในกฎหมาย. วารสารนิติศาสตร์ 16, 2 (2529): 125 - 131.
- . รายงานสรุปโครงการวิจัย เรื่อง ศึกษาความเป็นไปได้ในการกำหนดชั้นโทษและการนำไป  
ปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา. ตุลพาห 53, 2 (2549): 1 - 59.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 17. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559.
- . คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ. พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพฯ: วิญญูชน,  
2559.
- . ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง. พิมพ์ครั้งที่ 39. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561.
- ชนะชัย ผดุงธิตี. สื่อลามกกับผู้กระทำความผิดทางเพศ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะสังคม  
สงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2545.
- ชนะชัย มีผดุง. มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการผลิตและเผยแพร่วัตถุหรือสิ่งของลามก.  
วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2539.
- นพนธิ สุริยะ. สิทธิมนุษยชน : แนวคิดและการคุ้มครอง. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559.
- นายกาฝาก. การแถลงข่าวความร่วมมือในการต่อต้านการละเมิดทางเพศเด็กออนไลน์ระหว่าง Thai  
Hotline, Google และ Ticac [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:  
[http://www.kafaak.com/2017/02/06/pr-partnership-between-thai-hotline-  
google-and-ticac/](http://www.kafaak.com/2017/02/06/pr-partnership-between-thai-hotline-google-and-ticac/) [10 มีนาคม 2561]
- บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. กรุงเทพฯ: วิญญู  
ชน, 2558.
- ประพิณพงศ์ พงษ์ทัตศิริกุล. มาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันความรุนแรงจากกิจกรรมรับนิสิต  
นักศึกษาใหม่. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.  
2559.
- ประภิน ประชญาภรณ์. ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำความผิดอาญา. วิทยานิพนธ์  
ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2522.
- ประสิทธิ์ ไชววิไลกุล. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล. พิมพ์ครั้งที่ 6.  
กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2556.

- ประสิทธิ์ โขวิไลกุล. ปริมณฑลแห่งกฎหมาย. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554.
- บุญยวีร์ ประจวบลาภ. การอ้างอิงตีประเพณีและวัฒนธรรมกับความรับผิดชอบทางอาญา. วิทยานิพนธ์  
ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2555.
- พระพรหมคุณาภรณ์. นิติศาสตร์แนวพุทธ. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555.
- พระสาสนโสภณ. รู้ไว้ไกลบาป. นนทบุรี: กรีน ปัญญาญาณ, 2555.
- พลอยชมพู ม่วงเล็ก. มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็กบน  
อินเทอร์เน็ต. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษมบัณฑิต.  
2558.
- พุทธทาสภิกขุ. ศาสนากับสังคม. กรุงเทพฯ: สุขภาพใจ, 2549.
- มานิตย์ จุ่มปา. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์. พิมพ์ครั้งที่ 2.  
กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554.
- มีนตรี ฉัตรจินดา. ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก. วิทยานิพนธ์  
ปริญญามหาบัณฑิต, สาขากฎหมายอาญา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.  
2556.
- มูลนิธิเพื่อยุติการแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็ก. รู้เท่าทันการแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็ก.  
พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: มูลนิธิเพื่อยุติการแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็ก, 2556.
- ยอร์ช ปาดูซ์. บันทึกของนายยอร์ช ปาดูซ์ (Georges Padoux) ที่ปรึกษาการร่างกฎหมายของรัฐบาล  
สยามเกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2546.
- ยุพาพร ปิวะพงษ์. อิทธิพลของสื่อลามกที่มีผลต่อการกระทำผิดทางเพศของเด็กและเยาวชนศึกษา  
เฉพาะกรณี : ศูนย์ฝึกและอบรมเด็กและเยาวชนในเขตกรุงเทพมหานครและปริมณฑล.  
วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชาอาชญาวิทยาและงานยุติธรรม คณะสังคมศาสตร์  
และมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหิดล. 2554.
- รุ่งเลิศ คันธจันทร์. พันตำรวจโท คณะทำงานปราบปรามการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กทาง  
อินเทอร์เน็ต สำนักงานตำรวจแห่งชาติ. สัมภาษณ์, 8 พฤษภาคม 2561.
- วิจิตร ลุฑิตานนท์. กฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 4. พระนคร: โรงพิมพ์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2507.
- วิริยะ ธรรมจักร. มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กจากสื่อลามก. วิทยานิพนธ์ปริญญา  
มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. 2556.

- วิลาวลัย วัชรศักดิ์เวช. ประเทศไทย: สื่อลามกเด็กออนไลน์เพิ่มสูงขึ้นเป็นประวัติการณ์ ยูเอ็นโอดีซี กล่าว [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://www.benarnews.org/thai/news/TH-sexual-abuse-10182017182946.html> [10 มีนาคม 2561]
- สถานทูตสหรัฐและสถานกงสุลในประเทศไทย. สหรัฐอเมริกาและไทยร่วมลงนามในข้อตกลงแบ่งปันข้อมูลเพื่อต่อต้านการแสวงประโยชน์จากเด็ก [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://th.usembassy.gov/th/us-thailand-signed-information-sharing-agreement-combat-child-sexual-exploitation-th/> [15 เมษายน 2561]
- สมชัย เมธากวินโสภณ. ปัญหาองค์คณะในการพิจารณาคดีอาญาของไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2548.
- สรารัฐ ปิตยาศักดิ์. กฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศ = Information Technology Law. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2555.
- สำนักข่าวอิสรา. ยูนิเซฟชี้เด็กหลายล้านคนทั่วโลกถูกคุกคามจากการลงโทษรุนแรง-ล่วงละเมิดทางเพศ-ขาดกรรม [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://www.isranews.org/isranews-short-news/60828-unicef-60828.html> [10 เมษายน 2561]
- สำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม. คู่มือและแนวทางการดำเนินการตามแผนและการเตรียมความพร้อมในการบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://dl.parliament.go.th/handle/lirt/493528> [15 มีนาคม 2561]
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. บันทึกการประชุมพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ครั้งที่ 1/2558. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2558. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)
- สำนักงานศาลยุติธรรม. การพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989. กรุงเทพฯ: สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2555.
- สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง. หลักแห่งความได้สัดส่วน. กรุงเทพฯ: สำนักวิจัยและวิชาการ, 2548.
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. หลักสัดส่วนในการกำหนดโทษ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://web.krisdika.go.th/data/outsitedata/article77/file/13-10-60.pdf> [6 มกราคม 2561]

- หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญา ภาค 2-3. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- . การกำหนดโทษสำหรับความผิดในประมวลกฎหมายอาญา. ตุลพาห 7, 8 (2503): 931 – 935.
- . คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2548.
- อภิรัฐ บุญทอง. สาระสำคัญของความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก. ตุลพาห 63, 1 (2559): 165 - 182.
- อัจฉริยา ชูตินันท์. อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา. พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2557.
- อุทัย อาทิวะช. การมีส่วนร่วมของประชาชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา : ตัวอย่างของระบบ ลูกขุนฝรั่งเศส. วารสารผู้ตรวจการแผ่นดิน 2, 2 (2552): 73 - 97.





ภาคผนวก



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
**CHULALONGKORN UNIVERSITY**

## ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวธัญทิพ เสนชัย เกิดเมื่อวันที่ 16 ตุลาคม พ.ศ. 2536 ที่จังหวัดกรุงเทพมหานคร สำเร็จการศึกษาระดับชั้นมัธยมศึกษาจากโรงเรียนหอวัง และปริญญาตรีศาสตรบัณฑิต เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง จากคณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2558 นอกจากนี้ยังสอบผ่านหลักสูตรวิชาว่าความของสำนักฝึกอบรมวิชาว่าความ สภานายความแห่งประเทศไทย รุ่นที่ 45 รวมทั้งสอบไล่ได้ความรู้ชั้นเนติบัณฑิตจากสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา สมัยที่ 69 และเข้าศึกษาต่อในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

