

มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กจากสื่อลามก

วริยะ ธรรมจักร

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

พ.ศ. 2556

**LEGAL MEASURE FOR THE PROTECTION ON CHILD
FROM PORNOGRAPHY**

WIRIYA THUMMAJUK

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2013

หัวข้อวิทยานิพนธ์	มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กจากสื่อลามก
ชื่อผู้เขียน	วิริยะ ธรรมจักร
อาจารย์ที่ปรึกษา	ศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2555

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ในการศึกษามาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองเด็กที่เด็กเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับสื่อลามกในขั้นตอนของการทำหรือผลิตสื่อลามก เนื่องจากบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 ว่าด้วยสื่อลามกที่ใช้บังคับในปัจจุบัน ยังไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะให้ความคุ้มครองเด็กซึ่งต้องตกเป็นผู้ถูกกระทำไว้เป็นพิเศษ กล่าวคือยังไม่มีมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับสื่อลามกบัญญัติเป็นการเฉพาะ ซึ่งในเรื่องนี้ประเทศอังกฤษและประเทศเยอรมันมีการกำหนดควบคุมสื่อลามกเด็กไว้เป็นพิเศษจากสื่อลามกผู้ใหญ่ โดยกำหนดความผิดเกี่ยวกับการทำ ผลิต สื่อลามกเด็ก การเผยแพร่สื่อลามกเด็ก การครอบครองสื่อลามกเด็ก และการกำหนดอายุที่ให้การคุ้มครองเด็กนั้น กฎหมายอังกฤษกำหนดอายุของเด็กที่ให้ความคุ้มครองไว้ที่อายุไม่เกินสิบหกปี ในขณะที่เยอรมันกำหนดอายุของบุคคลที่จะได้รับความคุ้มครองไว้ที่อายุไม่เกินสิบแปดปีสำหรับการคุ้มครองสื่อลามก สำหรับประเทศไทยมีการกำหนดอายุเด็กไว้ที่อายุไม่เกินสิบห้าปีเป็นส่วนใหญ่สำหรับการคุ้มครองเด็กในความผิดเกี่ยวกับเพศ

ผลการศึกษาพบว่า เนื่องจากอายุเด็กของผู้เสียหายเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิด ทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการพิจารณาลักษณะรูปร่างของเด็กที่ปรากฏอยู่ในภาพลามก ซึ่งเป็นผลให้ไม่สามารถรู้ได้แน่ชัดว่าเด็กที่ปรากฏอยู่ในภาพลามกมีอายุเท่าใด เพราะปัจจุบันเด็กมีการเจริญเติบโตทางร่างกายอย่างรวดเร็ว ทำให้ไม่อาจคาดคะเนได้ ซึ่งอายุเด็กถือว่าเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ถ้าไม่รู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุ ก็ไม่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้ และขณะเดียวกันอายุ ของเด็กยังเป็นองค์ประกอบความผิดที่เป็นเงื่อนไขแห่งการเพิ่มโทษด้วย โดยในเรื่องความผิดทางเพศเกี่ยวกับเด็กในประเทศอังกฤษมีหลักการแนวคิดที่ว่าอายุเป็นเงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัย คือ ผู้กระทำความผิดไม่จำเป็นต้องรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของผู้เสียหาย และประเทศเยอรมัน ก็ไม่ยอมให้ผู้กระทำความผิดยกข้ออ้างเกี่ยวกับการสำคัญผิดในอายุขึ้นแก้ตัวให้พ้นผิดได้ ดังนั้นแม้ว่าจะเกิดกรณีสำคัญผิดในอายุศาล

กึ่งโทษได้ จะเห็นได้ว่าการที่ถือว่าอายุของผู้เสียหายมีสถานะเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยนั้น ทำให้เด็กได้รับการคุ้มครองโดยบทบัญญัติของกฎหมายอย่างเด็ดขาด เพราะโดยเหตุการณ์ที่ผู้กระทำความผิดได้ละเมิดทางเพศแก่เด็กนั้นเป็นเรื่องที่ขัดต่อศีลธรรมและมีความผิดโดยตัวของมันเองอยู่แล้ว ดังนั้นการที่ผู้กระทำจะรู้หรือไม่รู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของผู้ที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศหรือไม่ นั่นจึงไม่ใช่เหตุผลที่จะหยิบยกขึ้นมากล่าวอ้างเพื่อให้ตนพ้นผิดได้

ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่าหากประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287 ไม่ได้รับการแก้ไขหรือปรับปรุงให้ทันต่อสถานการณ์เกี่ยวกับการกระทำในลักษณะที่เป็นการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กและการที่เด็กเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับสิ่งลามกในขั้นตอนของการทำหรือผลิตสิ่งลามก อาจทำให้อาชญากรรมทางเพศมีปริมาณสูงขึ้น จึงควรทำให้อายุของเด็กซึ่งต้องตกเป็นผู้ถูกกระทำ มีสถานะเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย เพราะหากอายุเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยแล้ว ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุจะไม่ถูกคลุมโดยเจตนา และปัญหาความสำคัญผิดในอายุจะไม่เกิดขึ้นเลย จะทำให้กฎหมายอาญาไทยมีประสิทธิภาพต่อการคุ้มครองเด็กได้อย่างเด็ดขาด และนำหลักการกำหนดโทษตามสัดส่วนของการกระทำความผิดมากำหนดตามระดับความหนักเบาของความผิด โดยมีการกำหนดโทษในอัตราที่สูงขึ้น อันเนื่องมาจากการพิจารณาทั้งลักษณะความร้ายแรงของการกระทำความผิดหรือความเป็นอันตรายของความผิดให้เหมาะสมกับผู้กระทำได้กระทำลง โดยมีเหตุผลส่วนใหญ่มาจากการลงโทษให้เด็ดขาด หรือหลายจำ ไม่กล้ากระทำผิดอีก อีกทั้งเพื่อให้การนำไปปรับใช้เหมาะสมแก่พฤติการณ์และความเสียหายที่เกิดขึ้น

Thesis Title	Legal measure for the protection on child from pornography
Author	Wiriya Thummajuk
Thesis Advisor	Prof Dr. Surasak Likhasitwattanakul
Department	Law
Academic Year	2012

ABSTRACT

The purpose of this thesis is study on the legal measure for the protection on child who related with the procedure of makes or produces the obscene thing. Therefore, nowadays the Criminal Code section 287 provides the obscene thing is not enough efficiently to protect the child committed by the offender. It does not have specific legal measure while in England and Germany provide the specific child obscene thing besides the adult obscene thing. It provides the offence about makes, produces, distributes and possesses the child obscene thing and provides average of age for the protection. England law provides the age for the protection on a child not yet over sixteen years of age while German law provides the age for the protection on a child not yet over eighteen years of age. The Kingdom of Thailand law provides the protection on child about offence relating to sexuality on a child not yet over fifteen years of age.

It was found form studies that the child's age of injured person is the elements of the offence, it makes problem on how to consider the child's character apperance which appear in obscene picture. It makes an unclear that how old is that child because at the present time the child grows up rapidly, it can not estimate the child's age. Due to the child's age is the facts constituting the elements of the offence, if the doer does not know the facts of child's age, the doer shall not be punished. And while the child's age is the elements of the offence which is the condition of increasing the punishment. The offence relating to sexuality of England law provides the theory on condition of the object punishment based on age that is the committed act is the offence although the offender did not know the fact of injured person's age and German law provides that the offender may not raise the mistake as an excuse that such offender did not commit such act, although the offender understands the age mistakenly that it really exist, the court may inflict a penalty. It appears that the provision of injured person's age is the condition of

the object punishment, it makes absolutely protection on child. Because the offender commits the sexuality with a child is unmoral and guilty, the offender can not raise the fact of child's age that such person shall not be excused from the liability committed.

Thus, I shall offer the mean to solve the present situation problem on the offence relating to sexuality with a child and a child who related with the procedure of makes or produces the obscene thing which made sexual crime increase. That mean is adjust the Criminal Code section 287 that is provides the child's age committed by the offender is the condition of the object punishment. It will solve problem on the fact of age which exclude the commit an act intentionally and problem on the offender understands the age mistakenly that it really exist will not happen and it will make absolute efficiently protection on child. As a result of another majority reason that is the mean shall apply for proper behavior, occurred damage and the offender shall be afraid of doing something again or shall not committed any subsequent offence, the other mean is take the principle of proportional punishment to provides the level of the offence consider properly offence committed by the offender through severe character or danger.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความสามารถและอนุเคราะห์อย่างยิ่งจาก ศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ที่ให้ความเมตตาเข้ารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ โดยท่านได้สละเวลาอันมีค่ายิ่งช่วยชี้แนะให้ความรู้ คำแนะนำตั้งแต่ผู้เขียนเริ่มทำวิทยานิพนธ์ จวบจนสำเร็จสมบูรณ์ จึงขอกราบขอบพระคุณท่านเป็นอย่างสูงที่ให้ความเมตตากรุณาแก่ผู้เขียน ตลอดมา

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ที่กรุณาเข้ารับเป็นประธาน กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์ ดร.ประธาน วัฒนวานิชย์ และรองศาสตราจารย์ อัจฉริยา ชูตินันท์ ที่กรุณาเข้ารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งอาจารย์ ทุกๆ ท่านได้กรุณาสละ เวลาอันมีค่ายิ่งทำการตรวจพิจารณา ให้ความรู้ คำแนะนำในการปรับปรุงแก้ไขวิทยานิพนธ์นี้ให้ สมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอขอบคุณในความช่วยเหลือและกำลังใจจากคุณชิริทธิ์ ยอดสุวรรณ คุณโกเมศ สุบงกช คุณวิไลพร บรรพต และพี่น้องพี่องเพื่อนนักศึกษาภาควิชาภาษาอังกฤษ รุ่น 53 ทุกท่านที่คอยเป็นกำลังใจอันสำคัญในการเขียนวิทยานิพนธ์จนสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

สุดท้ายนี้ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบุคคลที่สำคัญอย่างยิ่งคือคุณพ่อสำเร็จ ธรรมจักร คุณแม่ประไพ ธรรมจักร และนายวศะ ธรรมจักร น้องชายของผู้เขียนที่ได้ให้กำลังใจ และสนับสนุนผู้เขียนมาโดยตลอด

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณค่าและประโยชน์ต่อการศึกษา ผู้เขียนขอมอบความดี ทั้งหมดให้กับบิดา มารดา และครูบาอาจารย์ทุกท่าน ตลอดจนผู้แต่งหนังสือตำราทุกท่านที่ ผู้เขียนใช้อ้างอิงในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ แต่หากมีความผิดพลาดและมีข้อบกพร่องอันเกิดจาก วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

วิริยะ ธรรมจักร

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	๖
กิตติกรรมประกาศ	๗
บทที่	
1. บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	5
1.3 สมมติฐานของการศึกษา	5
1.4 ขอบเขตของการศึกษา	6
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา	6
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	6
2. แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กจากสื่อลามกเด็ก 8	
2.1 แนวความคิดที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการแสดงออกทางเพศ	9
2.1.1 แนวคิดแบบอนุรักษ์นิยม	9
2.1.2 แนวคิดแบบเสรีนิยม	10
2.2 ทฤษฎีอาชญาวิทยาเกี่ยวกับอาชญากรรมที่เกิดขึ้นจากสื่อลามก	11
2.3 หลักสากลในการคุ้มครองเด็ก	13
2.4 แนวคิดทฤษฎีเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย	16
2.4.1 โครงสร้างความคิดในทางอาญา.....	16
2.4.2 ความหมายและประเภทของเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย.....	22
2.4.3 ความแตกต่างของเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยกับเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว.....	26
2.4.4 เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยกับความผิดที่ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากผล.....	26
2.5 หลักเกณฑ์ในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กจากสื่อลามกเด็ก.....	26
2.5.1 หลักการทั่วไปในการคุ้มครองเด็ก.....	26

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
2.5.2 คุณธรรมทางกฎหมาย.....	30
2.5.3 หลักความได้สัดส่วนของการกระทำและโทษ	32
2.5.4 ความจำเป็นที่ต้องมีมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมสื่อลามกเด็ก	35
2.5.5 ข้อดีข้อเสียของมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กจากสื่อลามกเด็ก .	37
3. มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กจากสื่อลามกเด็กในต่างประเทศ	39
3.1 ประเทศอังกฤษ	39
3.1.1 มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมสื่อลามก	39
3.1.2 มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็ก	42
3.2 ประเทศเยอรมัน	49
3.2.1 มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมสื่อลามก	49
3.2.2 มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็ก	50
4. มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กจากสื่อลามกเด็กในประเทศไทย	54
4.1 การคุ้มครองสิทธิของเด็กในกฎหมายไทยที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน	54
4.1.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย.....	54
4.1.2 ประมวลกฎหมายอาญา.....	54
4.2 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการทางในการคุ้มครองเด็ก	55
4.2.1 วิเคราะห์ผลกระทบของสื่อลามกเด็กต่อเด็กและสังคม	55
4.2.2 ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายในปัจจุบัน	58
4.2.3 ปัญหาเกี่ยวกับประสิทธิภาพในการบังคับใช้มาตรการทางกฎหมาย.....	62
4.2.4 ปัญหาความได้สัดส่วนของการกระทำและโทษ	65
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ	68
5.1 บทสรุป	68
5.2 ข้อเสนอแนะ	71
บรรณานุกรม	73
ประวัติผู้เขียน	80

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างบุคคล สังคมโลกทั่วไปในปัจจุบันถือว่าหากเป็นความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้ว ย่อมเป็นสิทธิและเสรีภาพที่มนุษย์ทุกคนต่างมีสิทธิที่จะแสวงหาความสุขทางเพศได้ตามความพึงพอใจ แต่ความพึงพอใจในการมีความสัมพันธ์ทางเพศนั้น จะต้องไม่เป็นการกระทำที่ล่วงละเมิดต่อสิทธิและร่างกายของบุคคลอื่น หรือมีลักษณะเป็นการเปิดเผยหรือเผยแพร่ความสัมพันธ์ทางเพศนั้นต่อสาธารณะอันจะส่งผลให้วัฒนธรรมและประเพณีอันดีงามของสังคมนั้นๆ ต้องเสื่อมทรามลงด้วย

ปัจจุบันปัญหาการเปิดเผยหรือเผยแพร่ความสัมพันธ์ทางเพศในเรื่องสิ่งลามกได้ขยายวงออกไป เกิดปัญหาต่างๆ มากมาย โดยเฉพาะปัญหาในเรื่องของเด็ก การคุ้มครองสิทธิเด็กที่ถูกล่วงละเมิดในทางเพศที่เกี่ยวข้องกับสิ่งลามก เนื่องจากสื่อหลายประเภทนำเสนอเรื่องราวที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งนำเสนอเรื่องราวทางเพศ ภาพลามกอนาจาร ภาพหยาบโลน หรือภาพเปลือย ทั้งที่เป็นภาพนิ่งและภาพเคลื่อนไหว ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของหนังสือภาพ หนังสือการ์ตูน นิตยสารต่างๆ หรือวิดีโอ การเผยแพร่ทางระบบอินเทอร์เน็ตซึ่งปรากฏโดยผ่านระบบคอมพิวเตอร์ และรวมถึงการบันทึกทางคอมพิวเตอร์ที่มีความทันสมัยต่อโลกปัจจุบันมากยิ่งขึ้น¹ การนำเสนอสิ่งเหล่านี้อย่างแพร่หลาย อาจทำให้เกิดค่านิยมที่ไม่ถูกต้องไม่เหมาะสม จะเห็นได้ว่าปัจจุบันนี้สิ่งลามกดังกล่าวได้มีการนำเด็กและเยาวชนของชาติ ซึ่งเป็นกำลังสำคัญในการพัฒนาบ้านเมืองในอนาคตเข้ามาเกี่ยวข้องในการจัดทำสิ่งลามกด้วย สิ่งลามกเด็กล้นเป็นภัยคุกคามร้ายแรงต่อสวัสดิภาพและความปลอดภัยของเด็กและเยาวชน เสมือนมะเร็งร้ายที่ทำร้ายเยาวชน² และถือเป็น

¹ สำนักงานสถิติแห่งชาติได้สำรวจการมีการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารในครัวเรือน ในปี พ.ศ. 2552 ทั้งสิ้น 79,560 ครัวเรือน ผลการสำรวจสรุปและมีความเห็นว่า ประมาณร้อยละ 37.2 ของครัวเรือนทั้งสิ้น ต้องการให้ควบคุมเว็บไซต์ที่ลามกอนาจาร (ข้อมูลจากกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร ICT, http://www.mict.go.th/more_news.php?cid=37 สืบค้นเมื่อวันที่ 17 ตุลาคม 2554)

² อุทัยวรรณ แจ่มสุธิ. (2541). รายงานการเสวนาทงวิชาการ เรื่อง “สื่อลามกและการค้าประเวณีทางอินเทอร์เน็ต : มะเร็งร้ายที่ทำลายเยาวชนไทย”. หน้า 94.

ผลผลิตที่ได้มาจากการก่ออาชญากรรมอันเป็นการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก ทั้งนี้ยังจะส่งผลให้มีการนำไปสู่การค้าประเวณีเด็กต่อไปมากขึ้น จึงจำเป็นต้องมีมาตรการทางกฎหมายที่มาให้ความคุ้มครอง

ปัญหาการละเมิดทางเพศต่อเด็ก การกระทำทารุณทางเพศต่อเด็ก การแสวงหาประโยชน์ทางเพศต่อเด็ก เป็นปัญหาที่กระทบต่อสิทธิของเด็กทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นทางด้านชีวิตร่างกาย หรือจิตใจ ตัวอย่างเช่น เด็กหญิงวัย 12 ขวบ ถูกคนร้ายข่มขืนทั้งชุดนักเรียนหมกศพไว้ในป่าไผ่ เจ้าหน้าที่ตำรวจพบศพเด็กหญิงถูกข่มขืนทั้งอยู่ในป่าละเมาะ สภาพศพถูกถลกกระโปรงขึ้น และมีร่องรอยการถูกข่มขืน กระเป๋ารองเท้า ถุงเท้า ถูกรื้อกระจัดกระจาย³

หนุ่มช่างสีลักพาตัวเด็กนักเรียนหญิงชั้นอนุบาล 2 จากห้องน้ำโรงเรียน ไปข่มขืนที่บ้านพัก โดยเข้าไปซ่อนตัวในห้องน้ำโรงเรียน ขณะเด็กหญิงเข้าห้องน้ำ ผู้ต้องหาก็ได้ฟังประตูเข้าไปแล้วใช้มือจับศีรษะเด็กโขกกับผนังห้องน้ำ และยังทำร้ายร่างกายจนเด็กได้รับบาดเจ็บหมดสติ แล้วจึงนำเด็กไปข่มขืนที่บ้านพัก ส่งผลให้เด็กนักเรียนหญิงได้รับบาดเจ็บสาหัสต้องผ่าตัดเลือดคั่งในสมอง⁴

นอกจากนี้ปัญหาเรื่องสิ่งลามกก็เป็นอีกปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทารุณและการแสวงหาประโยชน์ทางเพศต่อเด็ก การกระทำทารุณทางเพศต่อเด็ก จึงได้แก่การกระทำทารุณทางเพศของผู้ใหญ่ที่ใช้เด็กในกิจกรรมที่มุ่งไปเพื่อกระตุ้นความรู้สึกทางเพศ ไม่ว่าจะเป็นการร่วมประเวณี การสัมผัส การเปิดอวัยวะเพศ การแสดงวัตถุลามก และการพูดคุยเกี่ยวกับสิ่งของทางเพศไปในทางกามารมณ์⁵ และจะเห็นได้ว่า ปัญหาเรื่องเกี่ยวกับสิ่งลามกเป็นหนึ่งในปัญหาของการกระทำทารุณทางเพศต่อเด็ก

การคุ้มครองสิทธิเด็ก แต่เดิมนั้นเด็กถูกมองว่าเป็นวัตถุหรือทรัพย์สินของบิดา มารดา โดยสังคมมองว่าเด็กมีคุณค่าเพียงใช้แรงงานเท่านั้น⁶ เด็กจึงไม่ใช่บุคคลที่จะมีสิทธิในทางสังคม⁷ ดังนั้น สภาพของการแสวงหาประโยชน์และการทารุณต่อเด็กจึงเกิดขึ้นจำนวนมาก จนต่อมาได้มีความสนใจโดยกลุ่มของนักกฎหมายสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural law school) ในเรื่อง

³ ครอบครัวยาว 3 รายงานข่าววันที่ 22 สิงหาคม 2553. <http://www.krobkruakao.com> สืบค้นเมื่อวันที่ 17 ตุลาคม 2554 .

⁴ แหล่งเดิม. รายงานข่าววันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2554.

⁵ Cathy, Cobley. (1995). *Child abuse & The law*. p.20.

⁶ วิชามหาคุณ และ วัชรินทร์ บึงเจกวิญญูสกุล. (2533). *รายงานการวิจัยเรื่อง ผลกระทบของเด็กถูกกระทำทารุณกรรม : มาตรการป้องกัน แก้ไข ศึกษาเฉพาะกรณีเด็กและเยาวชนที่เกี่ยวข้องคดี*. หน้า 27.

⁷ Cathy, Cobley. (1995). *Op.cit.* p.115.

การกระทำทารุณกรรมเด็กและได้ศึกษาถึงปัญหาเรื่องสิทธิของเด็ก โดยเห็นว่าสิทธิเด็ก เป็นสิทธิสากลและเป็นสิทธิเด็ดขาดที่จะต้องได้รับการรับรองและคุ้มครองโดยไม่มีข้อยกเว้น⁸ ดังนั้นแนวคิดในเรื่องของการคุ้มครองสิทธิเด็ก จึงค่อยๆ มีอิทธิพลต่อกฎหมาย และมีการยอมรับแนวคิดนี้ ดังปรากฏในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก และต่อมาในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กขององค์การสหประชาชาติ และขยายไปสู่กฎหมายของประเทศต่างๆ ที่จะกำหนดการคุ้มครองเด็ก

ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กของสหประชาชาติ ปี 1989⁹ องค์การสหประชาชาติได้ตระหนักถึงความสำคัญของเด็กและต้องการให้เด็กได้รับการปลดปล่อยจากปัญหาการละเมิดสิทธิทางเพศ รวมถึงปัญหาการแสวงหาประโยชน์จากการแสวงหาลามกเด็กเป็นการยืนยันว่าในระดับชาติจะต้องจัดให้มีการคุ้มครองเด็กจากการแสวงหาประโยชน์ โดยที่ประเทศต่างๆ อาจจะนำหลักไปเป็นแนวทางในการกำหนดนโยบายสำหรับมาตรการให้ความคุ้มครองเด็ก การให้ความคุ้มครองเด็กในแต่ละประเทศจึงมีวิธีการแนวทางปฏิบัติที่แตกต่างกันตามแต่สภาพสังคมของประเทศนั้นๆ ตัวอย่างคดี Orchid Club ในเดือนกรกฎาคม 2539 คณะลูกขุนใหญ่แห่งสหรัฐ ในซานโฮเซ แคลิฟอร์เนีย ฟ้องจำเลย 16 คน ที่อยู่ในสหรัฐอเมริกาและต่างประเทศ ในข้อหามีส่วนในกลุ่มเผยแพร่ภาพลามกเด็กชื่อ Orchid Club ซึ่งสมาชิกในกลุ่มทำการแลกเปลี่ยนภาพทางเพศกระทำผิดต่อเด็กและเผยแพร่การกระทำดังกล่าวผ่านอินเทอร์เน็ตสดๆ รวมทั้งจัด chat room กับเด็ก การแลกเปลี่ยนภาพดังกล่าวกระทำโดยสมาชิกคนหนึ่งถ่ายภาพเด็กหญิงในท่าทางต่างๆ ด้วยกล้องดิจิทัล และส่งภาพนั้นผ่านอินเทอร์เน็ตไปยังสมาชิกคนอื่นๆ ซึ่งจะดูภาพได้โดยการสนทนาทาง chat room ซึ่งมีรหัสผ่านในการเข้าใช้ ศาลพิพากษาจำคุกจำเลยดังกล่าวรวม 3 คน เป็นระยะเวลา 30 ปี 19 ปี 7 เดือน และ 11 ปี ตามลำดับ¹⁰

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ซึ่งเป็นบทบัญญัติหลักในเรื่องฐานความผิดเกี่ยวกับเพศ คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ เสรีภาพในทางเพศ หากเมื่อใดมี

⁸ วิชา มหาคณ และ วัชรินทร์ บึงเจกวิญญูสกุล. แหล่งเดิม. หน้า 54.

⁹ ข้อ 34 “รัฐภาคีที่จะคุ้มครองเด็กจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศ และการการทำทางเพศ ที่มีขอบทุกรูปแบบ เพื่อการนี้รัฐภาคีจะดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวง ทั้งมาตรการภายในประเทศและมาตรการทวิภาคีและพหุภาคีเพื่อป้องกัน

ก) การชักจูง หรือบีบบังคับเด็กให้มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศใดๆ ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ข) การแสวงหาประโยชน์จากเด็กในการค้าประเวณี หรือการกระทำอื่นๆ ที่เกี่ยวกับเพศที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ค) การแสวงหาประโยชน์จากเด็กในการแสดงลามกอนาจาร และที่เกี่ยวกับสิ่งลามกอนาจาร”

¹⁰ สถาบันกฎหมายอาญา. (2552, มีนาคม). รายงานการเสวนาทางวิชาการ เรื่อง “สื่อลามกและการค้าประเวณีทางอินเทอร์เน็ต : มะเร็งร้ายที่ทำลายเยาวชนไทย”. หน้า 98.

การกระทำเกี่ยวกับเพศแล้วบุคคลผู้ถูกระทำไม่ยินยอม บุคคลผู้กระทำการนั้นมีความผิด และต้องรับโทษในทางอาญาตามมาตรา 277 คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้คือ ความบริสุทธิ์ในทางเพศของเด็ก การมีเพศสัมพันธ์กับเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีเป็นความผิดอาญาไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม บุคคลผู้กระทำการนั้นมีความผิด และต้องรับโทษในทางอาญาและถ้ากระทำต่อเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี จะต้องรับโทษหนักขึ้น

ในกรณีของการให้ความยินยอมในเรื่องเพศนั้น กฎหมายกำหนดอายุของเด็กเอาไว้ที่อายุไม่เกินสิบห้าปี โดยกฎหมายบัญญัติมิให้ผู้กระทำความผิดอ้างการให้ความยินยอมของเด็กเพื่อให้พ้นผิด ทั้งยังจะเป็นการคุ้มครองไม่ให้เด็กเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับเพศก่อนวัยอันควร

สำหรับเด็กนั้น เมื่อพิจารณาในเรื่องความสัมพันธ์ทางด้านการเจริญเติบโตและการพัฒนาการทางเพศ¹¹ พบว่า ช่วงวัยเด็ก จะมีอายุอยู่ระหว่าง 3 ปี จนถึง 13 ปี เป็นช่วงของการเจริญเติบโตทั้งทางร่างกายและจิตใจ ทางร่างกายมีการพัฒนาของอวัยวะต่างๆ ทำงานได้เกือบเต็มที่ อวัยวะเพศยังคงมีการเจริญเติบโตอยู่ ทางด้านจิตใจในวัยนี้จะทำการเรียนรู้จากสิ่งแวดล้อมรอบข้าง การแบ่งเพศชัดเจนขึ้น โคนเดือนแบบพฤติกรรมทางเพศจากบิดาหรือมารดาเริ่มสนใจในความแตกต่างทางเพศของเด็กหญิงและเด็กชาย ซึ่งเป็นไปโดยธรรมชาติ จากพื้นฐานทางด้านการพัฒนา จะเห็นว่าช่วงวัยเด็ก ซึ่งอยู่ในภาวะอ่อนแอ และต่อแหลมต่ออันตรายยิ่งมีความสำคัญในเรื่องของการพิจารณาถึงการให้ความคุ้มครองบุคคลที่เป็นเด็กในเรื่องทางเพศ ซึ่งจะต้องให้ความระมัดระวังเป็นพิเศษเพราะเป็นช่วงที่เริ่มมีการพัฒนาทางเพศและเข้าสู่ช่วงวัยเจริญพันธุ์ที่อาจถูกระทำการต่างๆ เกี่ยวกับเพศจากบุคคลอื่นได้

อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287¹² ซึ่งเป็นกฎหมายหลักที่นำมาใช้ในการควบคุมสิ่งลามก ที่เป็นการกระตุ้นอารมณ์ทางเพศให้เกิดขึ้นผิดจากธรรมชาติ¹³ โดยที่ไม่ได้คำนึงถึงหรือมีมาตรการที่จะให้ความคุ้มครองเด็กเกี่ยวกับสิ่งลามกเป็นพิเศษเท่าที่ควร กฎหมายไทยที่ใช้อยู่ในปัจจุบันนั้น กำหนดห้ามการเผยแพร่สิ่งลามกเป็นการทั่วไป โดยมีได้พิจารณาว่าสิ่งลามกนั้นจะเป็นสิ่งลามกเด็กหรือสิ่งลามกผู้ใหญ่ จึงทำให้เห็นว่ากฎหมายให้ความสำคัญต่อปัญหา

¹¹ พิสมัย เต๋นดวงบริพันธ์. (2538). *ความรู้เรื่องเพศ*. หน้า 27.

¹² มาตรา 287 บัญญัติว่า “ผู้ใด (1) เพื่อความประสงค์แห่งการค้า หรือโดยการค้า เพื่อการแจกจ่ายหรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน ทำ ผิด มิไว้ นำเข้าหรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกไปนอกราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไปหรือทำให้แพร่หลายโดยประการใดๆ ซึ่งเอกสาร ภาพเขียนภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพหรือสิ่งอื่นใดอันลามก...”

¹³ ชลิตาภรณ์ ส่งสัมพันธ์. (2551). *หนังสือ ปีตลาดล่าง : ความรู้ และจินตนาการในเรื่องเพศ*. หน้า 3.

สิ่งลามกเด็กน้อยเกินไป ซึ่งการคุ้มครองเด็กที่ตกเป็นเหยื่อในความผิดฐานนี้ ยังไม่มีความชัดเจน และขาดการเอาใจใส่เท่าที่ควร ทั้งที่ปัญหาสิ่งลามกเด็กเป็นปัญหาสำคัญและเป็นปัจจัยที่ก่อให้เกิด อาชญากรรมทางเพศ จากการที่ปัญหาดังกล่าวถูกละเลยยังส่งผลให้การบังคับใช้ประมวลกฎหมาย อาญา มาตรา 277 ไม่ได้ผลเท่าที่ควร และอาจเป็นการส่งผลให้คนมีรสนิยมทางเพศกับเด็กอีกด้วย

ดังนั้น เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการแพร่กระจายของสิ่งลามกที่เกี่ยวกับเด็ก และเพื่อเป็นการให้ ความคุ้มครองแก่เด็กที่ตกเป็นเหยื่อของอาชญากรรมจากภัยคุกคามทางเพศอันเกิดจากสิ่งลามกเด็ก เป็นกรณีพิเศษ จึงจำเป็นต้องมีมาตรการทางกฎหมายในเรื่องสิ่งลามกที่เกี่ยวกับเด็กกำหนดไว้ เป็นพิเศษ ทั้งนี้เพื่อให้ประเทศไทยมีกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวข้องกับสิ่งลามกเด็ก โดยเฉพาะ สอดคล้องกับหลักสากล

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาประวัติความเป็นมา แนวคิดและทฤษฎีในการคุ้มครองเด็กจากสิ่งลามกที่มีการนำเด็กเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับสิ่งลามกในขั้นตอนของการทำหรือผลิตสิ่งลามก
2. เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์แนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการในการคุ้มครองเด็กจาก สิ่งลามกที่มีการนำเด็กเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับสิ่งลามกในขั้นตอนของการทำหรือผลิตสิ่งลามก
3. เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมสิ่งลามกของต่างประเทศ ศึกษาเปรียบเทียบกับมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมสิ่งลามกของประเทศไทย โดยเน้น เรื่องการให้ความคุ้มครองเด็ก
4. เพื่อวิเคราะห์ถึงปัญหาเกี่ยวกับสิ่งลามกที่เกี่ยวกับเด็กและหามาตรการทางกฎหมาย ที่เหมาะสมเกี่ยวกับการป้องกันสิ่งลามกที่เกี่ยวกับเด็กให้สอดคล้องกับหลักสากล เพื่อคุ้มครองเด็ก ที่ตกเป็นเหยื่อ

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

บทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 ในเรื่องสิ่งลามกที่ใช้บังคับในปัจจุบัน ยังไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะให้ความคุ้มครองเด็กซึ่งต้องตกเป็นผู้ถูกกระทำไว้เป็นพิเศษ กล่าวคือ ยังไม่มีมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับสิ่งลามกเด็กบัญญัติเป็นการเฉพาะ โดยไม่ได้มี การแบ่งแยกระหว่างสิ่งลามกเด็กกับสิ่งลามกผู้ใหญ่ ดังจะเห็นได้ว่า มีระดับความรุนแรงที่ ส่งผลกระทบและสะท้อนต่อสังคมแตกต่างกัน จึงเห็นสมควรที่มีมาตรการทางกฎหมายที่จะให้ ความคุ้มครองเด็กที่ต้องตกเป็นผู้ถูกกระทำเป็นพิเศษ โดยแยกความรับผิดชอบในเรื่องสิ่งลามกเด็กและ สิ่งลามกผู้ใหญ่ออกจากกันให้ชัดเจน แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากอายุเด็กของผู้เสียหายเป็นส่วนหนึ่ง

ขององค์ประกอบความผิด ทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการพิจารณาลักษณะรูปร่างของเด็กที่ปรากฏอยู่ในภาพลามกซึ่งเป็นผลให้ไม่สามารถรู้ได้แน่ชัดว่าเด็กที่ปรากฏอยู่ในภาพลามกมีอายุเท่าใด แสดงให้เห็นว่าจุดมุ่งหมายที่กฎหมายมุ่งที่จะคุ้มครองเด็กตามมาตรา 287 ไม่สามารถที่จะนำเรื่องเกณฑ์อายุของเด็กมาบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งสมควรที่จะต้องปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับสภาพปัญหาในปัจจุบัน โดยการบัญญัติ “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย” มาบังคับใช้ในกับกรณีการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับสิ่งลามกเด็ก และนำหลักการกำหนดโทษตามสัดส่วนของการกระทำความผิด โดยการกำหนดอัตราโทษให้สูงขึ้น

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

การวิจัยฉบับนี้ได้ทำการศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งลามก โดยขอบเขตของการศึกษานี้เริ่มจากการศึกษาถึงประวัติความเป็นมา แนวคิด และหลักการในการควบคุมเกี่ยวกับสิ่งลามก ศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งลามกในต่างประเทศ เพื่อนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งลามกของไทย ว่ามีข้อแตกต่าง ข้อดี ข้อเสียอย่างไร เพื่อหามาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมให้สอดคล้องกับหลักสากล

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

วิทยานิพนธ์นี้ทำการศึกษา ค้นคว้าและวิจัยในเชิงเอกสารโดยทำการศึกษาค้นคว้ารวบรวมหลักการจากบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับการควบคุมสิ่งลามก โดยเน้นเรื่องการศึกษาความคุ้มครองเด็ก หนังสือ บทความ วิทยานิพนธ์ รวมทั้งข้อมูลเอกสารทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อนำมาศึกษาวิเคราะห์ในเชิงเปรียบเทียบ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงประวัติความเป็นมา แนวคิดและทฤษฎีในการคุ้มครองเด็กจากสิ่งลามกที่มีการนำเด็กเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับสิ่งลามกในขั้นตอนของการทำหรือผลิตสิ่งลามก
2. ทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์ และแนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการในการคุ้มครองเด็กจากสิ่งลามกที่มีการนำเด็กเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับสิ่งลามกในขั้นตอนของการทำหรือผลิตสิ่งลามก
3. ทำให้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมสิ่งลามกที่เกี่ยวกับเด็กของต่างประเทศเปรียบเทียบกับมาตรการทางกฎหมายของประเทศไทย

4. ทำให้ทราบถึงแนวทางที่สมควรปรับเปลี่ยนหรือแก้ไขเพิ่มเติมมาตรการทางกฎหมาย ในการคุ้มครองเด็กจากสิ่งลามกที่มีการนำเด็กเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับสิ่งลามกในขั้นตอนของการทำหรือผลิตสิ่งลามกให้สอดคล้องกับหลักสากล

D
P
U

บทที่ 2

แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครอง เด็กจากสื่อลามก

โดยทั่วไปแล้วสังคมทั่วไปต่างยอมรับว่าสื่อลามกคือสิ่งที่มีผลกระทบต่อวัฒนธรรมและศีลธรรมอันดีของสังคมไทย และเห็นว่าสื่อลามกเป็นภัยร้ายแรง ในฐานะเป็นปัจจัยที่มีส่วนกระตุ้นให้เกิดอาชญากรรมทางเพศ และมีผลต่อจิตใจและอารมณ์ของบุคคล เช่น เมื่อเห็นแล้วจะมีอารมณ์ทางเพศและมีความต้องการระบายอารมณ์ทางเพศด้วยการสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง ซึ่งบางครั้งก็จะไปหาเหยื่อเพื่อระบายความต้องการทางเพศ ตัวอย่างเช่น คดีข่มขืน ด.ญ.ปรารักษ์ นามสมมติ อายุ 12 ปี ซึ่งจากการที่เจ้าหน้าที่ตรวจค้นบ้านภายในห้องนอนของผู้ต้องหา พบหนังสือโป๊ แผ่นวีซีดี ภาพยนตร์ลามกอนาจารเป็นจำนวนมาก แสดงให้เห็นได้ว่าสื่อลามกมีความสัมพันธ์กับผู้กระทำความผิดทางเพศ

ปัญหาการละเมิดสิทธิเด็กทางเพศเป็นปัญหาที่ได้รับความสนใจ การกระทำทารุณทางเพศต่อเด็ก การแสวงหาประโยชน์ทางเพศต่อเด็ก เป็นปัญหาที่กระทบต่อสิทธิทางเพศของเด็ก และปัญหาเรื่องสื่อลามกก็เป็นอีกปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทารุณและการแสวงหาประโยชน์ทางเพศต่อเด็ก

ในเชิงจิตวิทยาพบว่า สื่อลามกเด็กมีส่วนทำให้ผู้กระทำละเมิดทางเพศต่อเด็กรู้สึกแน่ใจว่าการที่ตนเองมีความปรารถนาในตัวเด็กเป็นความคิดที่ถูกต้อง เนื่องจากสื่อลามกเด็กส่วนใหญ่ มักจะสื่อออกมาในทำนองที่ว่าเด็กมีความสุขและสนุกไปกับประสบการณ์ทางเพศที่ตนเองได้รับ¹ และถูกใช้เป็นเครื่องมือในการลดมาตรฐานทางศีลธรรมในจิตใจ หรือจิตสำนึกผิดชอบของเด็กที่ได้เสพสื่อนี้ต่อไปด้วย โดยผู้นั้นจะเห็นว่าเรื่องนี้เป็นเรื่องธรรมดา² และถูกล่อลวงให้มีเพศสัมพันธ์กับผู้ละเมิดในที่สุด

¹ Carol Livingston. (2000). *Protecting Children Online*. p.17.

² Agnes Fournier de Saint – Maur. (1999, 29 September – 1 October). “The Sexual Abuse of Children via the Internet: A new Challenge for INTERPOL.” *Paper presented at the International Conference Combating Child Pornography on the Internet*. Vienna.

ปัจจุบันปัญหาในเรื่องสิ่งลามกได้ขยายวงออกไป เกิดปัญหาต่างๆ มากมาย โดยเฉพาะปัญหาในเรื่องของเด็ก การคุ้มครองสิทธิเด็กที่ถูกล่วงละเมิดในทางเพศที่เกี่ยวข้องกับสิ่งลามก และปัญหาการเผยแพร่สิ่งลามกในระบบคอมพิวเตอร์และอินเทอร์เน็ต ซึ่งทั้งสองปัญหาก่อให้เกิดความเสียหายต่อเด็กและสังคม โดยเฉพาะต่อระบบศีลธรรมการกำหนดพฤติกรรมทางเพศของคนในสังคมหรือของเด็ก จึงจำเป็นที่ต้องมีมาตรการทางกฎหมายที่จะต้องให้คุ้มครองเด็กจากรัฐ การบัญญัติรับรองและคุ้มครองทางกฎหมาย กล่าวคือ มีการบัญญัติเป็นกฎหมายว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด และกฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำผิดต้องได้รับโทษทางอาญา³

2.1 แนวความคิดที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการแสดงออกทางเพศ

2.1.1 แนวคิดแบบอนุรักษนิยม (Conservative) ได้พิจารณาเกี่ยวกับแนวคิดทางเพศเอาไว้ โดยมองว่าการแสดงออกในเรื่องทางเพศอย่างเปิดเผยในสังคมเป็นสิ่งที่ไม่เหมาะสม เพราะมองว่าเรื่องเพศเป็นของต่ำ หยาบคาย และไม่เหมาะสมที่จะพูดคุย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแสดงออกทางเพศที่เบี่ยงเบนไปจากธรรมชาติ⁴ การแสดงอารมณ์ความรู้สึกต่อความพึงพอใจทางเพศ ก็ถือว่าเป็นสิ่งที่ไม่งาม ซึ่งการแสดงออกดังกล่าวอาจจะกระทบต่อระบบศีลธรรมอันดีของบุคคลในสังคม และท้ายที่สุดจะเป็นการทำลายคุณค่าทางศีลธรรมและสังคม⁵ แต่ต่อมาแนวคิดนี้ได้ค่อยๆ ผ่อนคลายความคิดในเรื่องการแสดงออกทางเพศของตนเองลง โดยยอมรับถึงการแสดงออกทางเพศที่สามารถที่จะทำได้ เช่น การให้ความรู้ความเข้าใจในเรื่องของเพศศึกษาต่างๆ แต่ยังไม่ยอมรับในเรื่องของการแสดงออกทางเพศบางประการและการแสดงออกทางเพศที่เกินเลยไปจากมาตรฐานทางสังคมที่ยอมรับกัน โดยการแสดงออกทางเพศสมควรเป็นเรื่องส่วนตัว และมีจุดมุ่งหมายเพื่อการดำรงเผ่าพันธุ์มนุษย์ การแสดงออกต่อสาธารณะจะทำได้ก็แค่เพียงเพื่อการให้ความรู้ทางเพศเท่านั้น ในเรื่องสิ่งลามก แนวคิดนี้มีความเห็นว่า คุณค่าของความสัมพันธ์ภายในครอบครัว คุณค่าของการแต่งงาน การมีคู่ครองคู่สมรสคนเดียว (monogamous) มีความสำคัญต่อระบบสังคม คุณค่าทางศีลธรรมที่จะต้องรักษาสถาบันทางสังคมเป็นสิ่งสำคัญมากกว่าการที่จะหาความบันเทิงจากการมีกิจกรรมทางเพศ สิ่งลามกจึงถูกมองว่าเป็นสิ่งที่จะทำลายคุณค่า และศีลธรรมดังกล่าว สิ่งลามกเป็นสิ่งที่แสดงถึงกิจกรรมทางเพศในลักษณะต่างๆ เท่าที่สามารถจะนึกคิดปฏิบัติ

³ ตามหลักประกันในกฎหมายอาญาที่ว่าไม่มีกฎหมาย ไม่มีความคิด ไม่มีโทษ (Nullum Crime, Nulla Poena Sine lege).

⁴ Daniel Linz and Neil Malamuth. (1993). *Pornography*. p.7.

⁵ Ibid.

ขึ้นมาได้⁶ และยังสะท้อนให้เห็นถึงการทำลายคุณค่าทางแนวคิดของการมีคู่สมรสเพียงคนเดียว ด้วยลักษณะของกิจกรรมทางเพศของบุคคลต่าง ๆ ที่ปรากฏในสิ่งลามก สะท้อนให้เห็นถึงความอันตรายต่อบุคคล⁷ สังคมและมาตรฐานทางศีลธรรม⁸ อันตรายที่มีต่อร่างกายและจิตใจของเหยื่อ และบุคคลที่ชม และอันตรายจากเนื้อหาของสิ่งลามกที่มุ่งกระตุ้นความรู้สึก และความต้องการทางเพศที่มีต่อความรู้สึกของบุคคลในสังคมต่อมาตรฐานทางศีลธรรมในเรื่องเพศ นำมาซึ่งความเสื่อมต่อมาตรฐานทางศีลธรรมทางเพศของสังคมและท้ายที่สุดมาตรฐานทางศีลธรรม และสังคมจะถูกทำลาย

2.1.2 แนวคิดแบบเสรีนิยม (Liberal) มีความเห็นในเรื่องการแสดงออกทางเพศเอาไว้ว่า โดยพื้นฐานของมนุษย์มีความเป็นปัจเจกชน มีเสรีภาพในการกระทำต่างๆ ซึ่งเป็นสิทธิที่มีมาแต่เกิด เป็นสิทธิตามธรรมชาติ การทำความเข้าใจเกี่ยวกับเรื่องเพศ ไม่ใช่สิ่งที่จะมีผลต่อสังคม เพราะเรื่องทางเพศเป็นเรื่องส่วนตัว ซึ่งไม่ทำให้เกิดอันตรายต่อสังคม การแสดงความพึงพอใจทางเพศแก่กัน ของคู่อรักหรือบุคคลอันเป็นที่รักจึงไม่ใช่เรื่องเสียหาย⁹ การพูดคุยเรื่องทางเพศในที่สาธารณะ หรือการแสดงออกทางเพศของบุคคลในที่สาธารณะเป็นเรื่องธรรมดาสามารถกระทำได้ และจะไม่สมควรที่จะถูกขัดขวางด้วยอำนาจใดๆ บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะรับรู้ข้อมูลทางเพศต่างๆ ได้อย่างเต็มที่ และเมื่อได้รับข้อมูลทางเพศอย่างเต็มที่ก็ย่อมที่จะกำหนดพฤติกรรมทางเพศของตนเองได้¹⁰ โดยมีพื้นฐานมาจากการที่เห็นว่ามนุษย์มีเหตุผลในการเลือกที่จะยอมรับพฤติกรรมใด พฤติกรรมหนึ่งได้ ในเรื่องสิ่งลามก แนวคิดนี้เห็นว่าสิ่งลามกมีความใกล้เคียงกับการแสดงออกทางเพศ แต่สิ่งลามกเป็นการแสดงให้เห็นถึงถ้อยคำ รูปภาพที่แสดงถึงเรื่องทางเพศของมนุษย์ โดยแท้ กล่าวคือสิ่งลามกจะมุ่งไปที่การกระตุ้นอารมณ์ ความรู้สึกทางเพศแต่เพียงอย่างเดียว¹¹ และด้วยการที่การแสดงออกทางเพศกับเรื่องสิ่งลามกเป็นเรื่องที่ใกล้เคียงกัน ดังนั้น แนวคิดนี้จึงเห็นว่าสิ่งลามกก็คือการแสดงออกทางเพศที่เป็นอันตราย (harm) และจะต้องถูกจำกัด กล่าวคือ เสรีภาพในการแสดงออกทางเพศยังคงมีต่อไปจนกว่าจะเห็นว่า การแสดงออกนั้นเป็นอันตราย ความเป็น

⁶ Brian McNair. (1997). *Mediated Sex : Pornography and Postmodern Culture*. p.49.

⁷ Ian Hunter, David Saunders and Dagald Williamson. (1993). *On pornography: literature, sexuality and obscenity law*. p.59.

⁸ Susan M. Easton. (1994). *The problem of pornography : regulation and the right to free speech*. p. 27.

⁹ ชลิดาภรณ์ ส่งสัมพันธ์. (2547). *ภาษาเพศ : อำนาจ เรื่อง ทางเพศกับพหุนิยมทางจริยศาสตร์* (*Legitimate Sex : Sexuality and Ethical Pluralism*). หน้า 74.

¹⁰ Daniel Linz and Neil Malamuth. *Op.cit.* p.10.

¹¹ Brian McNair. *Op.cit.* p.7.

อันตรายนี้อาจเป็นอันตรายต่อร่างกาย จิตใจของบุคคลหรือผู้รับรู้ ซึ่งความเป็นอันตรายนี้จะขึ้นอยู่กับบุคคลและชุมชนที่จะพิจารณาว่ากรณีใดจะถือว่าการแสดงออกนั้นเป็นสิ่งลามก ด้วยเหตุนี้แนวคิดเสรีนิยมเห็นว่าสิ่งลามกเป็นสิ่งที่จะต้องมีการควบคุมเพื่อมิให้กระทบต่อสิทธิเสรีภาพโดยรวมของบุคคลอื่นๆ

แนวคิดทั้งสองแนวมีอิทธิพลต่อการบัญญัติกฎหมายเพื่อควบคุมสิ่งลามกจะเห็นได้ว่าถ้าประเทศใดยึดถือแนวคิดอนุรักษนิยมประเทศนั้นจะมีกฎหมายที่ห้ามการเผยแพร่สิ่งลามกทุกประเภทเป็นการเด็ดขาดไม่มีข้อยกเว้น เนื่องจากการเผยแพร่ง่ายกว่าก่อให้เกิดผลเสียด้านศีลธรรมต่อบุคคลในสังคม ในขณะที่ยึดถือแนวคิดเสรีนิยม ประเทศนั้นก็จะมีกฎหมายที่ควบคุมสิ่งลามกที่เป็นไปตามแนวคิดเสรี กล่าวคือ เพราะแนวในการพิจารณามีความแตกต่างกันทำให้มองว่าสิ่งๆ หนึ่งตามแนวคิดอนุรักษนิยมถือว่าเป็นสิ่งลามกแล้ว ในขณะที่สิ่งเดียวกันนี้ถ้าพิจารณาตามแนวคิดเสรีนิยมไม่ถือว่าเป็นสิ่งลามกก็ได้ ด้วยเหตุนี้กฎหมายที่ควบคุมสิ่งลามกตามแนวคิดเสรีนิยมจึงถูกมองว่ามีความไม่เข้มงวด สิ่งลามกบางประเภทสามารถจำหน่ายได้แต่แท้ที่จริงแล้วสิ่งๆ นั้นไม่ถือว่าเป็นสิ่งลามกในความหมายของประเทศนั้น

2.2 ทฤษฎีอาชญาวิทยาเกี่ยวกับอาชญากรรมที่เกิดขึ้นจากสื่อลามก

2.2.1 ทฤษฎีอาชญากรรมไร้เหยื่อ (Victimless Crime)

อาชญาวิทยา ได้ให้ความสนใจเกี่ยวกับเรื่องเหยื่ออาชญากรรมเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ โดยมีการคิดค้นทฤษฎีการแบ่งกลุ่มของเหยื่อเพื่อกำหนดมาตรการในการป้องกันอาชญากรรม และการช่วยเหลือบุคคลที่ตกเป็นเหยื่อ

การก่ออาชญากรรมย่อมเกิดผลกระทบต่อบุคคลและสังคม อาชญากรรมที่มีผลกระทบต่อบุคคล คือมีบุคคลได้รับความเสียหายจากการก่ออาชญากรรมโดยตรง เรียกว่า เหยื่ออาชญากรรม (Victim) อาทิ ความผิดเกี่ยวกับ การฆาตกรรม ข่มขืน ปล้น ทำร้ายร่างกาย โจรกรรม ลักทรัพย์ การวางเพลิง เป็นต้น ส่วน อาชญากรรมที่มีได้มีผลกระทบต่อบุคคลโดยตรง แต่มีผลกระทบต่อบุคคลโดยอ้อม แต่ในทางอาชญาวิทยาถือว่ามีผลกระทบต่อสังคมโดยตรง เรียกว่าอาชญากรรมไร้เหยื่อ (Victimless) อาทิ ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด การผิดฝ่าฝืนกฎหมายจราจร การทำลายทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม รวมทั้งการผลิตและเผยแพร่วัสดุลามกก็ถือว่าเป็นอาชญากรรมไร้เหยื่อ ด้วยเช่นกัน

อาชญากรรมไร้เหยื่อ (Victimless Crime) เป็นอาชญากรรมที่รัฐกำหนดว่าเป็นความผิดในปัจจุบัน ได้แก่ โสเภณี การพนัน การเสพยาเสพติด การดื่มสุราในที่สาธารณะ การเตร็ดเตร่เร่ร่อน รกร่วมเพศ การผลิตและเผยแพร่วัสดุลามก เป็นต้น ลักษณะของอาชญากรรมต่อสังคม คือ

1. การพิจารณาจากความน่ารังเกียจ โดยใช้คุณค่าของสังคมเป็นตัวตัดสินว่าการกระทำ เช่นใดที่สมควรเป็นสิ่งที่ต้องห้ามปฏิบัติในสังคมนั้น

2. โดยพิจารณาจากการกระทำที่เป็นการรบกวนต่อความสงบเรียบร้อยภายในชุมชน

3. โดยพิจารณาจากการกระทำที่เป็นการผิดหลักสุขอนามัย การกระทำที่เป็นอันตราย หรือการทำให้พังทลายของคุณค่าด้านสิทธิส่วนบุคคลและบุคคลอื่นๆ ในสังคม

4. การกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนต่อข้อห้ามของกฎหมายภายในสังคม¹²

การกระทำความผิดทางเพศแม้ผู้กระทำความผิดจะมีส่วนเกี่ยวข้องกับวัตถุลามกอยู่บ้าง แต่ผู้เสียหายก็ไม่ใช่ผู้ได้รับผลกระทบจากวัตถุลามกโดยตรง ดังนั้น ผู้เสียหายจึงไม่ได้ตกเป็นเหยื่อของวัตถุลามก แต่เป็นผู้เสียหายในคดีความผิดทางเพศเท่านั้น

2.2.2 ทฤษฎีการเรียนรู้ทางสังคม (Social Learning Theory)

นักสังคมศาสตร์โดยทั่วไปเชื่อว่าพฤติกรรมของบุคคลจะสอดคล้องกับสภาพแวดล้อมทางสังคมที่อยู่ใกล้ตัว ดังนั้น บุคคลมีแนวโน้มที่จะเข้าไปอยู่ในสังคมหรือสร้างสังคมที่มีสภาพแวดล้อมสอดคล้องกับพฤติกรรม ความเชื่อ และเครือข่ายความผูกพันของบุคคลนั้น¹³

นักอาชญาวิทยาอีกกลุ่มหนึ่งเชื่อว่าพฤติกรรมอาชญากรรมนั้นก็คือ พฤติกรรมรูปแบบหนึ่งที่เกิดจากการเรียนรู้ของบุคคลในชีวิตจริง เช่นเดียวกับการเรียนรู้เป็นผู้เคารพต่อกฎหมายหรือระเบียบของสังคม ความหมายของการเรียนรู้ของนักทฤษฎีเหล่านี้ หมายความว่าถึงนิสัยและความรู้ อันเป็นผลมาจากการพัฒนาของบุคคลในประสบการณ์เกี่ยวกับการเข้าไป และการปรับปรุงตนเองให้เหมาะสมกับสภาพแวดล้อมทางสังคม

เอ็ดวิน ชัทเทอร์แลนท ได้นำเสนอไว้ในหนังสือ “อาชญาวิทยา” (Criminology) ว่า กระบวนการสำคัญและเฉพาะเจาะจงที่พัฒนาพฤติกรรมอาชญากรรมของมนุษย์ ก็คือการคบหาสมาคมกับบุคคลที่มีความแตกต่างกันในด้านความเป็นอาชญากรและความเป็นพลเมืองดี

นอกจากนี้ ชัทเทอร์แลนท ได้เสนอ “ทฤษฎีการเรียนรู้” ว่ากระบวนการที่บุคคลจะเข้ามา มีส่วนเกี่ยวข้องกับพฤติกรรมของอาชญากรรม นั้น ไม่ได้มีสาเหตุโดยตรงมาจากพันธุกรรมหรือสภาพแวดล้อมทางสังคม หากแต่เกิดจากกระบวนการเรียนรู้พฤติกรรมอาชญากรรมจากบุคคลใกล้ชิด โดยการติดต่อสื่อสารกันไม่ว่าจะเป็นทางวาจาหรือลักษณะท่าทาง แต่การเรียนรู้ตามทฤษฎีนี้ก็ไม่ได้หมายความว่า เป็นกระบวนการเรียนรู้ที่เกิดขึ้นเหมือนการเรียนรู้เชิงพฤติกรรมอื่นๆ จะเห็นได้จากหลักการที่ว่า “บุคคลจะกลายเป็นผู้กระทำความผิดเพราะว่า ความเห็นด้วยกับการละเมิดกฎหมายมีมากกว่าความเห็นด้วยการไม่ละเมิดกฎหมาย” ซึ่งหมายความว่าถ้าพึงเฉพาะการเรียนรู้

¹² Lydia Voigt. (1994). *Criminology and Justice*. p.406.

¹³ พรชัย ชันดี และคณะ. (2543). *ทฤษฎี และงานวิจัยทางอาชญาวิทยา*. หน้า 108.

พฤติกรรมอาชญากรรมจะไม่เพียงพอทำให้บุคคลไปประกอบอาชญากรรมได้ บุคคลดังกล่าวจะต้องผ่านกระบวนการตัดสินใจที่เห็นชอบด้วยกับพฤติกรรมที่ละเมิดกฎหมายมากกว่าความเห็นด้วยกับพฤติกรรมถูกกฎหมาย และสิ่งที่ทำให้บุคคลมีความเห็นด้วยกับพฤติกรรมที่ละเมิดกฎหมายก็คือ วัฒนธรรมและค่านิยมที่มาพร้อมกับกระบวนการในการเรียนรู้พฤติกรรมผิดกฎหมายนั้น ซึ่งในที่นี้ก็หมายถึงแรงคล้อย แรงกระตุ้น การใช้เหตุผล และทัศนคติของการประกอบอาชญากรรมนั้นๆ

เอเคอร์ ได้ตั้ง “ทฤษฎีการเรียนรู้ทางสังคม” โดยสามารถอธิบายพฤติกรรมอาชญากรรมและผิดกฎหมายได้มากกว่า “ทฤษฎีการคบหาสมาคมที่แตกต่างกัน” หลักการสำคัญ คือ พฤติกรรมเบี่ยงเบนเป็นผลมาจากกระบวนการเรียนรู้ โดยผ่านทางความใกล้ชิดหรือทางการเลียนพฤติกรรมของบุคคลอื่น ซึ่งทฤษฎีนี้สามารถอธิบายพฤติกรรมอาชญากรรมต่าง ๆ ได้เกือบทุกประเภท โดยครอบคลุมถึง พฤติกรรมเบี่ยงเบนทางเพศ อาชญากรรมรุนแรง ความบกพร่องทางจิต

“ทฤษฎีการเรียนรู้ทางสังคม” สามารถนำมาอธิบายเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างสื่อลามกกับการกระทำผิดของผู้กระทำความผิดทางเพศได้ เนื่องจากพฤติกรรมทางเพศของบุคคลย่อมเกิดจากกระบวนการเรียนรู้เช่นกัน หากมีการเรียนรู้ในลักษณะที่ไม่ถูกต้องหรือเบี่ยงเบนไปจากมาตรฐานของสังคม ก็ถือว่าเป็นการก่ออาชญากรรมได้

2.3 หลักสากลในการคุ้มครองเด็ก

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

ประเทศไทยได้ลงนามในภาคยานุวัติสารเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เมื่อ 12 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2535 และอนุสัญญามีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 26 เมษายน พ.ศ.2535 เป็นต้นมา

นอกจากนั้น ประเทศไทยได้เข้าร่วมและลงนามในข้อตกลงระดับโลกและระดับภูมิภาคเอเชียแปซิฟิกที่เกี่ยวกับเรื่องเด็กหลายเรื่อง ได้แก่ การประชุมสมัชชาแห่งชาติสหประชาชาติสมัยพิเศษ ระหว่างวันที่ 8 – 10 พฤษภาคม พ.ศ. 2545 ณ นครนิวยอร์ก ที่เห็นชอบเอกสารแนวทางการดำเนินงานด้านเด็กตามแนวทาง “โลกที่เหมาะสมสำหรับเด็ก” เพื่อให้ประเทศสมาชิกใช้เป็นแนวทางในการดำเนินงาน ซึ่งประเทศไทยได้มีการดำเนินงานอย่างจริงจัง โดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้องทั้งภาครัฐ ภาคเอกชน ผู้ทรงคุณวุฒิ และนักวิชาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกลุ่มเด็ก และเยาวชนทั่วประเทศ ประมาณ 12,000 คน ได้ร่วมกันจัดทำนโยบายและแผนยุทธศาสตร์ระดับชาติด้านการพัฒนาเด็ก ตามแนวทางโลกที่เหมาะสมสำหรับเด็ก พ.ศ. 2550 – 2559 ขึ้น สำหรับเนื้อหาสาระของแผนดังกล่าวนี้ ได้กำหนดไว้ในเอกสาร แนวทาง “โลกที่เหมาะสมสำหรับเด็ก” จำนวน

4 ด้าน คือ ด้านการส่งเสริมคุณภาพชีวิตด้านการจัดการศึกษาที่มีคุณภาพ ด้านการปกป้องเด็กจากการถูกละเมิด หรือแสวงหาประโยชน์ความรุนแรง และด้านการต่อต้านเอชไอวี/เอดส์¹⁴

การให้ความคุ้มครองเด็กในเรื่องการแสวงหาประโยชน์เกี่ยวกับสิ่งลามก ในระหว่างประเทศได้มีแนวทางการคุ้มครองเด็ก อันเป็นแนวทางที่ประเทศภาคีต้องนำไปปฏิบัติ ดังปรากฏในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กขององค์การสหประชาชาติ ปี 1989 ตามข้อ 34 ดังนี้

ข้อ 34 “รัฐภาคีรับที่จะคุ้มครองเด็กจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศ และการกระทำทางเพศที่มีขอบทุกรูปแบบ เพื่อการนี้รัฐภาคีจะดำเนินการที่เหมาะสมทั้งปวง ทั้งมาตรการภายในประเทศและมาตรการทวิภาคีและพหุภาคีเพื่อป้องกัน

ก) การชักจูง หรือบีบบังคับเด็กให้มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศใดๆ ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ข) การแสวงหาประโยชน์จากเด็กในการค้าประเวณี หรือการกระทำอื่นที่เกี่ยวกับเพศที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ค) การแสวงหาประโยชน์จากเด็กในการแสดงลามกอนาจาร และที่เกี่ยวกับสิ่งลามกอนาจาร¹⁵

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้กำหนดเป็นมาตรฐานทางกฎหมายสำหรับการคุ้มครองเด็กจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศ โดยเฉพาะในเรื่องสิ่งลามกในข้อที่ 34 (ค) ที่ป้องกันไม่ให้มีการใช้เด็กไม่ว่าจะด้วยวิธีการใดๆ ที่เป็นการแสดงให้เห็นถึงการแสวงหาประโยชน์โดยการนำเด็กเข้าไปเป็นผู้แสดงในการผลิตสิ่งลามก และจะต้องไม่มีการนำสิ่งลามกเด็กออกเผยแพร่ไม่ว่าจะด้วยวิธีการใดๆ ตลอดจนจะต้องไม่มีการจำหน่ายหรือเผยแพร่สิ่งลามกแก่เด็ก และกรณีที่น่าที่ จะรวมไปถึงการเผยแพร่สิ่งลามกทางอินเทอร์เน็ต

จากอนุสัญญาข้างต้นพบว่า องค์การสหประชาชาติได้ตระหนักถึงความสำคัญของเด็ก และต้องการให้เด็กได้รับการปลดปล่อยจากปัญหาการละเมิดสิทธิทางเพศ รวมถึงปัญหา

¹⁴ คณะอนุกรรมการเรื่อง “สิทธิเด็ก” คณะกรรมการส่งเสริมการพัฒนาเด็กและเยาวชนแห่งชาติ. (2550). “เรื่อง การค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็ก และสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก และเรื่อง ความเกี่ยวพันของเด็กในความขัดแย้งกันด้วยอาวุธ”. หน้า 11.

¹⁵ U.N. Convention on the Rights of child, article 34 : States Parties undertake to protect the from all forms of sexual exploitation and sexual abuse. For these Purposes, States Parties shall in particular take all appropriate, 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.

การแสวงหาประโยชน์จากการแสดงลามกของเด็ก เป็นการยืนยันว่าในระดับชาติจะต้องจัดให้มีการคุ้มครองเด็กจากการแสวงหาประโยชน์ รัฐต่างๆ อาจนำหลักการในข้อ 34 ไปเป็นแนวทางในการกำหนดแผนนโยบายสำหรับมาตรการให้ความคุ้มครองเด็ก

ในส่วนของการกำหนดอายุของบุคคลที่จะได้รับความคุ้มครอง อนุสัญญาฉบับนี้กำหนดเอาไว้ในข้อ 1 “เด็ก หมายถึง มนุษย์ทุกคนที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านั้นตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็กนั้น”¹⁶

นอกจากนั้นในส่วนของการปฏิบัติงานขององค์การสหประชาชาติ ปี 1992 ในการป้องกันการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็ก และสิ่งลามกเด็ก (Programme of Action for the Prevention of Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography) โดยมีเนื้อหาที่จะส่งเสริมและรณรงค์ให้มีการป้องกัน การค้าเด็ก การค้าประเวณี และสิ่งลามกเด็ก โดยเฉพาะในเรื่องของสิ่งลามกเด็กที่รัฐภาคีจะต้องมีการควบคุมการเผยแพร่ การทำ ผลิต และการครอบครองสิ่งลามกที่มีเด็กเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องด้วย¹⁷

ในส่วนแนวคิดเรื่องสิ่งลามกเด็กบนคอมพิวเตอร์หรืออินเทอร์เน็ต มีการกล่าวถึงในระดับโลกครั้งแรกในการประชุมระดับนานาชาติเรื่องการกระทำทารุณทางเพศต่อเด็กที่กรุงสต็อกโฮล์ม ประเทศสวีเดน เมื่อเดือนสิงหาคม ปี 2539 โดยรัฐบาลต่างๆ รวม 122 ประเทศ ขอมตกลงที่จะพัฒนาปรับปรุง และบังคับใช้กฎหมายในประเทศ เพื่อสร้างความรับผิดชอบทางอาญาของบริษัทผู้ใช้อินเทอร์เน็ต ลูกค้า และผู้เป็นสื่อกลางในเรื่องของสิ่งลามกเด็ก รวมถึงการมีสื่อลามกเด็กไว้ในความครอบครอง¹⁸ แต่ทว่าด้วยการที่ปัญหาสิ่งลามกบนคอมพิวเตอร์หรืออินเทอร์เน็ตยังเป็นปัญหาใหม่ ดังนั้น รัฐบาลต่างๆ จึงยังคงทำการปรับปรุงกฎหมายของตนให้มีประสิทธิภาพต่อไปเพื่อรองรับปัญหาใหม่ที่จะตามมา

¹⁶ 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.

¹⁷ Eugeen Verhellen. (1996). *Monitoring children's rights*. p.411.

¹⁸ จิตรารักษ์ วันสพงศ์. (2541, 16 กรกฎาคม). “อินเทอร์เน็ต : เทคโนโลยีทำร้ายเด็ก?”. หน้า 8.

2.4 แนวคิดทฤษฎีเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย

ก่อนที่จะศึกษาในเรื่อง “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย” จะต้องศึกษาถึงโครงสร้างความคิดในทางอาญาเสียก่อน ซึ่งโดยแนวความคิดในเรื่องโครงสร้างความคิดอาจมีความแตกต่างกันได้เป็นหลายแนว ขึ้นอยู่กับกฎหมายอาญาของแต่ละประเทศซึ่งได้จัดโครงสร้างแตกต่างกันออกไป¹⁹ โดยผู้เขียนขออธิบายในส่วนของคุณโครงสร้างความคิดในทางอาญาของประเทศไทยและประเทศเยอรมันเป็นลำดับ ดังต่อไปนี้

2.4.1 โครงสร้างความคิดในทางอาญา

บุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาเมื่อ²⁰

- 1) การกระทำครบ “องค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติ
- 2) การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด
- 3) การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

ในการพิจารณาว่าบุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาหรือไม่นั้น ประการแรกต้องดูว่าการกระทำของบุคคลนั้นครบ “องค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ หากครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติแล้วก็ต้องดูต่อไปว่าการกระทำมีกฎหมายยกเว้นความผิดหรือไม่ หากไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิดก็ต้องดูต่อไปว่ามีกฎหมายยกเว้นโทษหรือไม่ หากไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษก็หมายความว่า บุคคลนั้นจะต้องรับผิดในทางอาญา ซึ่งหากมีเหตุลดโทษ ศาลก็อาจใช้ดุลยพินิจลดโทษให้ เช่นกระทำความผิดเพราะบันดาลโทสะ (มาตรา 72) และหากโทษที่ได้รับเป็นโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี ศาลก็อาจใช้ดุลยพินิจรอการลงอาญา ถ้าเข้าตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติ (มาตรา 56)

โครงสร้างข้อ 1 การกระทำครบ “องค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติ หมายความว่า

1. มีการกระทำ

คำว่า “การกระทำ” ประมวลกฎหมายมาตรา 59 มิได้บัญญัติไว้โดยตรง แต่มีการอธิบายว่า การกระทำ หมายถึง การเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยอยู่ภายใต้บังคับของจิตใจหรือโดยรู้สำนึก²¹ ซึ่งทำให้เห็นได้ว่า การอธิบายความหมายของการกระทำมิใช่พิจารณาจากลักษณะภายนอกที่แสดงออกมาเท่านั้น แต่ต้องพิจารณาลักษณะภายในเรื่องการรู้สำนึก ซึ่งเป็น

¹⁹ คณิต ณ นคร. (2551). *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*. หน้า 95.

²⁰ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2551). *กฎหมายอาญา ภาค 1*. หน้า 92.

²¹ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2539). *หลักกฎหมายอาญา*. หน้า 35.

เรื่องจิตใจที่บังคับร่างกายให้แสดงออกมา กล่าวคือ การเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกาย ต้องเป็นไปโดยรู้ตัวเอง²²

2. การกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายนอกของความผิดในเรื่องนั้นๆ

องค์ประกอบภายนอก คือ การกระทำและสิ่งต่างๆ ที่กฎหมายอาญาบัญญัติว่าเป็นความผิดและเป็นสิ่งที่อยู่ภายนอก สามารถมองเห็นได้หรือสัมผัสได้ คือ เป็นสิ่งที่ปรากฏออกมาทาง ตา หู จมูก ลิ้น กาย การที่จะดูว่าครบองค์ประกอบภายนอกหรือไม่นั้น เป็นการพิจารณาตามความจริงที่เกิดขึ้น ซึ่งองค์ประกอบภายนอกของความผิดแทบทุกฐาน²³

3. การกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายในของความผิดในเรื่องนั้นๆ

องค์ประกอบภายใน คือ สิ่งตรงข้ามกับองค์ประกอบภายนอก กล่าวคือหมายถึง สิ่งที่เป็นส่วนจิตใจของผู้กระทำความผิดอันประกอบเป็นความผิดฐานใดฐานหนึ่ง²⁴ โดยหากพิจารณาในแต่ละฐานความผิดจะพบว่าอาจมีเพียงสิ่งเดียว ได้แก่ เจตนาหรือประมาท หรืออาจพบว่ามีหลายสิ่ง เช่น เจตนาและมูลเหตุจูงใจ เป็นต้น

องค์ประกอบภายในของความผิดที่สำคัญประการแรกคือ “เจตนา” ซึ่งเป็นองค์ประกอบภายในหลัก ส่วนองค์ประกอบภายในรองลงมาที่จะพิจารณาต่อจากเจตนาได้แก่ ประมาท²⁵

4. ผลของการกระทำสัมพันธ์กับการกระทำตามหลักในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล กล่าวคือ เป็นปัญหาเรื่องของการผิดที่ต้องการผล และเป็นปัญหาเกี่ยวกับเรื่องของผลในชั้นปลายที่เกิดขึ้นจากการที่บุคคลกระทำความผิดตามโครงสร้างความรับผิดทางอาญาว่าผู้กระทำจะต้องรับผิดในผลดังกล่าวหรือไม่²⁶

แม้การกระทำจะครบ “องค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติตามโครงสร้างข้อ 1 ก็ยังไม่อาจจะสรุปได้ว่าบุคคลนั้นต้อง “รับผิดในทางอาญา” เพราะจะต้องดูโครงสร้างข้อ 2 และข้อ 3 ต่อไป

โครงสร้างข้อ 2 การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด

การกระทำที่ครบ “องค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติตามโครงสร้างข้อ 1 หากเป็นการกระทำที่มีกฎหมายยกเว้นความผิด ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดในทางอาญา กฎหมายยกเว้น

²² สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2547). *ปัญหาพิเศษในกฎหมายอาญา*. หน้า 46.

²³ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. เล่มเดิม. หน้า 127.

²⁴ คณิต ฒ นคร. เล่มเดิม. หน้า 152.

²⁵ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. เล่มเดิม. หน้า 54.

²⁶ แหล่งเดิม. หน้า 64.

ความผิด มีผลทำให้ผู้กระทำ “ไม่มีความผิด” (ตามมาตรา 68 เป็นต้น) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือทำให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้

การกระทำโดยป้องกัน ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 นั้น หากพิจารณาตามโครงสร้างความผิดอาญา ถือว่าผู้กระทำได้กระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ แต่การครบองค์ประกอบในความผิดฐานใดฐานหนึ่งนั้นก็ตาม อาจเป็นการกระทำที่ไม่ผิดกฎหมาย (Rechtswidrig)²⁷ ซึ่งอยู่ในส่วนที่เรียกว่า เหตุยกเว้นความผิดหรือเหตุที่ทำให้ผู้กระทำมีอำนาจทำได้ (Justification) ก็ได้ ซึ่งนอกจากเหตุเรื่องป้องกันแล้ว ในกฎหมายอาญายังบัญญัติเหตุที่ทำให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ในเรื่องการทำแท้งแก่หญิงของแพทย์ (มาตรา 305) เรื่องการแสดงความเห็น โดยสุจริต (มาตรา 329) และเรื่องการแสดงความคิดเห็นในกระบวนการพิจารณาคดี (มาตรา 331)²⁸

อย่างไรก็ตาม แม้การกระทำที่ครบ “องค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติตามโครงสร้างข้อ 1 จะไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิดตามข้อ 2 ก็ยังไม่อาจสรุปได้ทันทีว่าผู้กระทำต้องรับผิดในทางอาญา จะต้องพิจารณาโครงสร้างข้อ 3 ต่อไปด้วยว่า การกระทำนั้นมีกฎหมายยกเว้นโทษหรือไม่

โครงสร้างข้อ 3 การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 67 จัดเป็นเหตุยกเว้นโทษ (Excuse) ตามโครงสร้างความรับผิดในทางอาญา ซึ่งหมายถึง ผู้กระทำด้วยความจำเป็นนั้นได้กระทำครบองค์ประกอบความผิดและไม่มีเหตุยกเว้นความผิด แต่เป็นเรื่องที่กฎหมายไม่ลงโทษ จัดอยู่ในโครงสร้างความรับผิดในทางอาญาส่วนที่ 3 ในทางตำราเรียกว่า “ความจำเป็นที่กฎหมายยกเว้นโทษ” (Excusable Necessity) อันแสดงว่าเป็นเรื่องที่ผิดกฎหมายเพราะเป็นการกระทำต่อผู้บริสุทธิ์ (Innocent person) เพียงแต่กฎหมายยกเว้นโทษให้เท่านั้น²⁹

กฎหมายที่ยกเว้นโทษ³⁰ ให้แก่การกระทำต่างๆ ที่เป็นความผิดมีหลายกรณีด้วยกัน³¹ เช่น

1. การกระทำความผิดโดยจำเป็น (มาตรา 67)

²⁷ คณิต ฒ นคร. เล่มเดิม. หน้า 206.

²⁸ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. เล่มเดิม. หน้า 74.

²⁹ แหล่งเดิม. หน้า 86.

³⁰ คำว่า “เหตุอันควรยกเว้นโทษ” เป็นคำที่ใช้ในมาตรา 89 นอกจากนั้นให้ดูมาตรา 62 ซึ่งใช้คำว่า “ข้อเท็จจริงใด ถ้ามีอยู่จริงจะทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ” ป.วิ.อ. มาตรา 185 ใช้คำว่า “มิเหตุตามกฎหมายที่จำเลยไม่ควรต้องรับโทษ”

³¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. เล่มเดิม. หน้า 91.

2. การกระทำความผิดของเด็กอายุไม่เกิน 10 ปี และไม่เกิน 15 ปี (มาตรา 73 และ 74)
3. การกระทำความผิดของคนวิกลจริต (มาตรา 65)
4. การกระทำความผิดของผู้มีเมมา (มาตรา 66)
5. การกระทำความผิดตามคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงาน (มาตรา 70)
6. การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินในบางความผิดระหว่างสามีภรรยา (มาตรา 71 วรรคแรก)

นอกจากนั้นกฎหมายยังยกเว้นโทษในกรณีที่ความผิดอยู่ในชั้นพยายาม แต่ผู้กระทำความผิดยังหรือกลับใจ (มาตรา 82) หรือเป็นการพยายามทำแท้งตามมาตรา 301 และ 302 วรรคแรก (ดูมาตรา 304) หรือการพยายามกระทำความผิดหลุโทษ (มาตรา 105)

การกระทำที่ครบ “องค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติตามโครงสร้างข้อ 1 แม้ไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิดตามโครงสร้างข้อ 2 แต่ถ้ามีกฎหมายยกเว้นโทษตามโครงสร้างข้อ 3 ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดในทางอาญา

ในทางกลับกัน หากการกระทำที่ครบ “องค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติตามโครงสร้างข้อ 1 ไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิดตามโครงสร้างข้อ 2 หรือไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษตามโครงสร้างข้อ 3 ผู้กระทำก็จะต้องรับผิดในทางอาญา และหากการกระทำของบุคคลมีเหตุผลโทษ³² ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ บุคคลนั้นก็อาจได้รับการลดโทษถ้าศาลเห็นสมควรที่จะลดโทษให้

กฎหมายนอกจากจะมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความผิดทางอาญาและโทษแล้ว และยังมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับเรื่องข้อเท็จจริงอยู่นอก “โครงสร้างของความผิดทางอาญา” ด้วย บทบัญญัติที่เกี่ยวกับเรื่องข้อเท็จจริงอยู่นอก “โครงสร้างของความผิดทางอาญา” แล้ว ยังมีบทบัญญัติว่าด้วย “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย” (objective Strafbarkeitung) อีกเรื่องหนึ่งด้วย³³ ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญาของประเทศเยอรมันนี้

โครงสร้างของความผิดอาญา³⁴ ประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการ คือ

- 1) การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ
- 2) ความผิดกฎหมาย และ
- 3) ความชั่ว

³² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. เล่มเดิม. หน้า 92.

³³ คณิต ณ นคร. เล่มเดิม. หน้า 122.

³⁴ คณิต ณ นคร. (2553). *ประมวลกฎหมายอาญา : หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ*. หน้า 249.

1 การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ

องค์ประกอบของความผิดอาญาโดยทั่วไปแบ่งออกเป็น “องค์ประกอบภายนอก” และ “องค์ประกอบภายใน”

“องค์ประกอบภายนอก” ประกอบด้วย ผู้กระทำ การกระทำ กรรมของการกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล และในบางกรณีอาจมีส่วนพิเศษอื่นๆ ด้วย เช่น เวลากลางคืนในความผิดฐานลักทรัพย์ เป็นต้น

“องค์ประกอบภายใน” ประกอบด้วย เจตนา ประมาท มูลเหตุชกจิตใจ และองค์ประกอบภายในอื่น เช่น การไตร่ตรองไว้ก่อน เป็นต้น

“การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” นี้ อาจครบเพียงในชั้นพยายามกระทำ ความผิด หรือครบในชั้นเตรียมกระทำ ความผิดในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิด ในการกระทำในชั้นเตรียมกระทำ ความผิด

2 ความผิดกฎหมาย

การกระทำจะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อกรณีไม่มี “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” ในการพิจารณาการกระทำใดการกระทำหนึ่งต่อไปเมื่อเป็น “การกระทำที่ครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” แล้วก็ต้องพิจารณาว่ามี “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” หรือไม่ นั่นเอง

3 ความชั่ว

“ความชั่ว” เป็นเรื่องของ “ความรู้ผิดชอบ” บุคคลที่จะสามารถมีความรู้ผิดชอบ โดยปกติคือผู้ที่เป็นผู้ใหญ่แล้ว

“ความชั่ว” ของบุคคลอาจเป็นกรณีใดกรณีหนึ่ง คือ ไม่มีความชั่วเลย มีความชั่วอย่างจำกัด และมีความชั่วที่บริบูรณ์

โดยที่ “ความชั่ว” เป็นองค์สำคัญของความผิดอาญา และตามที่กล่าวมาแล้วว่า ผู้ที่จะถูกดำเนินคดีหรือมีความชื่อนั้น จะต้องเป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้น นิติบุคคลไม่มีชีวิตจิตใจ จึงไม่อาจมีความรู้ผิดชอบ นิติบุคคลจึงมีความชั่วไม่ได้

แม้การกระทำใดการกระทำหนึ่งจะครบถ้วนด้วยข้อสาระสำคัญทั้งสามประการ กล่าวคือ เป็นการกระทำที่มี “การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” เป็นการกระทำที่มี “ความผิดกฎหมาย” และเป็นการกระทำที่มี “ความชั่ว” แล้ว แต่ในการกระทำนั้น อาจยังมีข้อเท็จจริงบางอย่างที่กฎหมายบัญญัติไว้และเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอก “โครงสร้างของความผิดอาญา”

ข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญามี 2 ประการ³⁵ คือ

1) เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว และ

2) เหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว

1 เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว

ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับตัวผู้กระทำที่กฎหมายเห็นว่าเนื่องจากการมีอยู่แล้วของข้อเท็จจริงนั้นก่อนการกระทำความผิดหรือการเกิดขึ้นของข้อเท็จจริงนั้นในภายหลัง การกระทำความผิด กรณีไม่สมควรลงโทษผู้กระทำเลยทีเดียว หรือสมควรลดหย่อนให้ผู้กระทำกฎหมายจึงได้บัญญัติ “เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว” หรือ “เหตุลดโทษให้เฉพาะตัว” ผู้กระทำไว้ การลดโทษให้กรณีมี “เหตุลดโทษให้เฉพาะตัว” ก็คือ การยกเว้นโทษให้อย่างหนึ่ง กล่าวคือ ยกเว้นโทษให้บางส่วน ฉะนั้น เหตุยกโทษเฉพาะตัวหรือเหตุลดโทษเฉพาะตัวจึงอาจเรียกรวมๆ ว่าเป็น “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว”

การบัญญัติ “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” เกิดขึ้นจากเหตุผลที่อยู่นอกเหนือเหตุผลของ “โครงสร้างของความผิดอาญา” “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” จึงหมายความว่า ข้อเท็จจริงที่อยู่ นอกโครงสร้างของความผิดอาญาและเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำผิดโดยตรง เป็นการเฉพาะตัว

“เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” มี 2 ประเภท

(1) เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว และ

(2) เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว

เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว กล่าวคือ กรณีที่เป็นบทบัญญัติที่กล่าวถึงการมีอยู่แล้วของข้อเท็จจริงนั้นก่อนการกระทำความผิด เช่น กรณีการเป็นสามีภริยาของผู้กระทำกับผู้เสียหาย ตามมาตรา 71³⁶ ซึ่ง “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” กรณีนี้เรียกขานในทางตำราว่า “เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว”

เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว กล่าวคือ กรณีที่เป็นบทบัญญัติที่บัญญัติขึ้นเพราะเห็นว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นภายหลังการกระทำผิดทำให้ไม่สมควรลงโทษผู้กระทำ เช่น การถอนตัวจาก

³⁵ คณิต ณ นคร. เล่มเดิม. หน้า 252.

³⁶ หากสามีร่วมกับผู้อื่นลัทธิภริยา สามีเท่านั้นที่ไม่ต้องรับโทษ แต่ผู้อื่นที่ร่วมกับสามีต้องรับโทษ ตามกฎหมาย การเป็นสามีภริยาจึงเป็นข้อเท็จจริงเฉพาะตัว หรือเป็น “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว”

การพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 82³⁷ “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” ประเภทหลังนี้ เรียกขานในทางตำราว่า “เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว”

โดยที่ “เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว” และ “เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว” เป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญา การลงโทษผู้กระทำความผิดขึ้นอยู่กับกรณีอยู่ของเหตุดังกล่าวเท่านั้น ฉะนั้น แม้ผู้กระทำจะไม่รู้ข้อเท็จจริงในส่วนนี้ก็ลงโทษผู้กระทำได้ เช่น ผู้กระทำไม่รู้ว่าทรัพย์สินที่ตนเองลักเป็นของภริยา แต่สำคัญผิดว่าเป็นของผู้อื่น (มิใช่ภริยาตน) ผู้กระทำก็ได้รับการยกเว้นโทษ ในทางกลับกันถ้าผู้กระทำเข้าใจ (สำคัญผิด) ว่าทรัพย์สินที่ตนลักเป็นของภริยา แต่ความเป็นจริงเป็นของผู้อื่น (มิใช่ภริยาตน) ผู้กระทำก็ต้องถูกลงโทษ

2 เหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว

การลงโทษผู้กระทำสำหรับความผิดทางเพศให้หนักขึ้นตามมาตรา 285 ก็เป็นเรื่องเฉพาะตัว กรณีดังกล่าวนี้จึงเป็น “เหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว” ซึ่งข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวก็เป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญาเช่นเดียวกัน

2.4.2 ความหมายของเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย³⁸

“เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย” คือ ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการกระทำที่เป็นความผิดทางอาญานั้น แต่ไม่ใช่ข้อสาระสำคัญทั้งสามประการของความผิดอาญา เป็นข้อเท็จจริงที่ไม่เกี่ยวข้องกับเจตนาและประมาท

ข้อเท็จจริงแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยนี้ เป็นสิ่งจำเป็นที่ต้องมี มิฉะนั้นแล้วจะลงโทษผู้กระทำความผิดในกรณีนั้นไม่ได้

ตัวอย่างเช่น การทำร้ายร่างกายผู้แทนรัฐต่างประเทศที่จะเป็นการกระทำที่จะถูกลงโทษตามมาตรา 131 ใต้นั้น จะต้องได้ความว่าผู้ถูกทำร้ายเป็นผู้แทนรัฐต่างประเทศ “ซึ่งได้รับแต่งตั้งให้มาสู่ราชสำนัก”

การเป็นผู้แทนรัฐต่างประเทศซึ่งได้รับแต่งตั้งให้มาสู่ราชสำนักเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย เพราะการที่กฎหมายบัญญัติเช่นนั้นก็เพื่อให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และการคุ้มครองดูแลนี้ต้องเป็นการคุ้มครองดูแลที่สมบูรณ์แบบอีกด้วย หากจะถือว่า “การเป็นผู้แทนรัฐต่างประเทศซึ่งได้รับแต่งตั้งให้มาสู่ราชสำนัก”

³⁷ ในกรณีที่มีผู้กระทำความผิดหลายคน กฎหมายยกเว้นโทษให้เฉพาะผู้ที่ถอนตัวจากการกระทำความผิดเท่านั้น ผู้ที่มีได้ถอนตัวจากการกระทำความผิดก็ต้องรับโทษตามกฎหมาย เหตุการณ์ถอนตัวจากการกระทำความผิด ไม่ว่าจะเป็นการขยับยั้งเสียเองหรือการกลับใจไม่ให้เกิดการกระทำบรรลุจึงต่างเป็น “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว”

³⁸ คณิศ ณ นคร. (2551). *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*. หน้า 122 – 124.

เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดแล้ว การคุ้มครองผู้แทนรัฐต่างประเทศก็จะไร้ความสามารถเพราะผู้กระทำความผิดอาจอ้างความไม่รู้จักข้อเท็จจริงในส่วนนี้และทำให้การกระทำนั้นเป็นการกระทำ ที่ขาดเจตนาได้

ในความผิดฐานปล้นทรัพย์ที่กฎหมายบัญญัติไว้ในมาตรา 340 วรรคสอง ว่า

“ถ้าเป็นการปล้นทรัพย์ผู้ถูกระทำแม้คนหนึ่งคนใดมีอาวุธติดตัวไปด้วย ผู้กระทำความผิดจะระวางโทษจำคุกสิบสองถึงยี่สิบปี...”

ซึ่งการที่กฎหมายระวางโทษดังกล่าวว่าหนักกว่าระวางโทษปล้นทรัพย์ตามมาตรา 340 วรรคหนึ่ง นั้น ก็เพราะกฎหมายประสงค์จะลงโทษหนักแก่ผู้กระทำความผิดฐานปล้นทรัพย์ทุกคน “การมีอาวุธติดตัวไปด้วยในการปล้นทรัพย์” จึงเป็นข้อเท็จจริงแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย ฉะนั้นหากจะให้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดแล้วก็ย่อมไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย

จากตัวอย่างที่ยกมาดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยเป็นข้อเท็จจริงที่ส่วนหนึ่งมีลักษณะพิเศษเฉพาะตัว ในขณะที่เดียวกันก็เป็นข้อเท็จจริงที่ส่วนหนึ่งมีลักษณะใกล้เคียงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด แต่เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยจะเป็นข้อเท็จจริงที่มีลักษณะอย่างไร ต่างก็ตกอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ทางกฎหมายอย่างเดียวกัน คือ ปัญหาการลงโทษได้หรือไม่ขึ้นอยู่กับว่ามีอยู่หรือไม่มีอยู่ของเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยโดยไม่เกี่ยวข้องกับเจตนาหรือประมาทแต่อย่างใด กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดจะต้องถูกลงโทษสำหรับการกระทำนั้น ถ้าในกรณีนั้นมีเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย ถึงแม้ว่าผู้กระทำความผิดจะรู้หรือไม่อาจคาดหมายได้ว่าจะมีเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยนั้นก็ตาม

หากพิจารณาบทบัญญัติเกี่ยวกับเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยจากจุดมุ่งหมายของเงื่อนไขแห่งการลงโทษเองแล้วสามารถแบ่งประเภทของเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยออกไปได้เป็นสองประเภท คือ

1. เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่เป็นข้อจำกัดในการลงโทษ และ
2. เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่เป็นเหตุเพิ่มโทษให้หนักขึ้น

เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยประเภทแรกบัญญัติขึ้น โดยมีจุดมุ่งหมายที่จะทำให้เป็นข้อจำกัดในการลงโทษสำหรับการกระทำความผิด กล่าวคือ จะลงโทษผู้กระทำความผิดได้จะต้องมีเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย เช่น กรณีตามมาตรา 131 เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่เป็นเหตุจำกัดในการลงโทษในทางตำราเรียกว่า “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่แท้” (echte objective Strafbarkeitsbedingung)

เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยอีกประเภทหนึ่งบัญญัติขึ้น โดยมีจุดมุ่งหมายที่จะให้เป็นเหตุเพิ่มโทษให้หนักขึ้นสำหรับการกระทำความผิด เช่น กรณีตามมาตรา 340 วรรคสอง หรือบัญญัติขึ้นโดยมีจุดมุ่งหมายที่จะให้เป็นเหตุที่จะลงโทษกัน เช่น กรณีตามมาตรา 330 เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยประเภทหลังนี้ในเนื้อหาที่จะเกี่ยวพันกับความสมควรลงโทษของความผิดอาญา แต่ในรูปแบบจะแสดงออกถึงความเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย ทั้งนี้ เพราะกฎหมายที่ไม่ประสงค์ที่จะให้เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยไปเกี่ยวข้องกับเจตนาและประมาท เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยประเภทดังกล่าวนี้เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย ที่ในทางตำราเรียกว่า “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่ไม่แท้” (unechte objective Strafbarkeitsbedingung)³⁹

1) เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่แท้⁴⁰

กฎหมายได้บัญญัติเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่แท้ไว้หลายกรณี เป็นต้นว่า กรณีเกี่ยวกับการคุ้มครองสัมพันธกับต่างประเทศและตามหลักต่างตอบแทน กรณีเกี่ยวกับการคุ้มครองความเด็ดขาดในอำนาจรัฐ กรณีเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สิน เช่น ในความผิดฐานรับของโจรตามมาตรา 357 วรรคหนึ่ง

2) เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่ไม่แท้

มาตรา 340 วรรคสอง บัญญัติว่า “ถ้าในการปล้นทรัพย์ผู้กระทำความผิดคนหนึ่งคนใดมีอาวุธติดตัวไปด้วย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบสองปีถึงสี่สิบปีและปรับตั้งแต่สองหมื่นสี่พันบาท ถึงสี่หมื่นบาท”

เกี่ยวกับมาตรา 340 วรรคสองนี้ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย กล่าวว่า ผู้มีอาวุธติดตัวต้องมีเจตนามีอาวุธติดตัวไปด้วย สำหรับผู้ปล้นคนอื่นต้องรับโทษสูงขึ้นตาม (แม้จะไม่มีเจตนาก็ตาม)⁴¹

ความเห็นนอกจากนี้จะไม่สอดคล้องกับความเห็นในทางตำราแล้ว ยังเป็นความเห็นที่ขัดแย้งกันเองในตัวอีกด้วย กล่าวคือ ศาสตราจารย์ ดร. หยุด แสงอุทัย เห็นว่าการมีอาวุธติดตัวเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด แต่ในขณะที่เดียวกันก็เห็นว่าเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย

³⁹ แหล่งเดิม. หน้า 126.

⁴⁰ แหล่งเดิม. หน้า 127.

⁴¹ หยุด แสงอุทัย. (2538). *กฎหมายอาญา ภาค 2-3*. หน้า 300.

เมื่อการมีอาวุธติดตัวเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยแล้วก็ย่อมไม่ใช่ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด และเมื่อไม่ใช่ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดก็ไม่อาจกล่าวถึงเจตนาได้ กล่าวคือ ผู้มีอาวุธติดตัวจะารู้ถึงข้อเท็จจริงในส่วนนี้หรือไม่เป็นข้อเท็จจริง

ดังกล่าวมาแล้วว่าเงื่อนไขแห่งการลงโทษ แต่ในขณะที่เดียวกันเห็นว่าเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่มาแต่ในเนื้อหาจะเกี่ยวพันกับความสมควรลงโทษของความผิดทางอาญาคือเกี่ยวพันกับโครงสร้างของความผิดอาญา แต่ในรูปแบบแสดงออกถึงความเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย โดยเหตุที่เงื่อนไขแห่งการลงโทษที่เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่ไม่แท้กฎหมายจึงเรียกสิ่งนี้ว่า “เหตุลักษณะคดี”

เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่ไม่แท้มีน้อยมากเมื่อเทียบกับเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่แท้จริง

ดังกล่าวแล้วมาตรา 330 เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่ไม่แท้ และเป็นเหตุที่เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษในคดีหมิ่นประมาทเพราะน้ำหนักของความผิดฐานหมิ่นประมาทอยู่ที่ความเป็นเท็จของข้อเท็จจริง กฎหมายจึงได้กำหนดหน้าที่ไว้ให้ผู้กระทำผิดต้องพิสูจน์ความจริง ซึ่งหากพิสูจน์ไม่ได้ก็ย่อมจะต้องถูกลงโทษ ฉะนั้น ความเป็นจริงจึงเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย⁴²

การบังคับใช้เงื่อนไขทางภาวะวิสัย ดังกล่าวมาแล้วว่าเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญา การลงโทษผู้กระทำความผิดและผู้ร่วมกระทำความผิดได้หรือไม่จึงขึ้นอยู่กับว่าในกรณีใดกรณีหนึ่งนั้นมีเงื่อนไขแห่งการลงโทษในทางภาวะวิสัยหรือไม่ ถ้ามีก็ลงโทษได้ ถ้าไม่มีก็ไม่สามารถลงโทษได้

โดยที่เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยไม่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ฉะนั้น เจตนาหรือประมาทจึงไม่มีความสำคัญต่อการพิจารณาเรื่องการลงโทษ

ความสำคัญผิดเกี่ยวกับเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยไม่มีผลใด ๆ ตามกฎหมาย

ในกรณีของเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่ไม่แท้ก็ต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่ว่าเงื่อนไขแห่งการลงโทษไม่อยู่ในองค์ประกอบความผิด ทั้งนี้ เพราะกฎหมายประสงค์ที่จะให้เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยเกี่ยวพันกับเจตนาหรือประมาท

เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของมาตรา 2 ด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักการพิสูจน์สันตงสัย กล่าวคือ หากยังสงสัยว่ากรณีใดกรณีหนึ่งมีเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยหรือไม่ ต้องถือว่าในกรณีนั้นมีเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย

⁴² คณิต ณ นคร. เล่มเดิม. หน้า 128.

2.4.3 ความแตกต่างของเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยกับเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว⁴³

“เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย” แตกต่างจาก “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” ในข้อที่ว่า เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับผู้กระทำความผิด แต่เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการกระทำความผิด เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยจึงใช้กับผู้กระทำความผิดทุกคน แต่เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวใช้ได้กับผู้กระทำความผิดคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะเท่านั้น

2.4.4 เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยกับความผิดที่ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากผล

จากตัวอย่างของเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยตามมาตรา 340 วรรค 2 จะเห็นได้ว่าการมีเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยทำให้ผู้กระทำความผิดทุกคนได้รับโทษหนักทำนองเดียวกันกับการลงโทษผู้กระทำความผิดใน "ความคิดที่ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากผล" (erfolgsqualifiziertes Delikt) เช่น ความผิดมาตรา 290 อย่างไรก็ตาม การลงโทษหนักทั้งสองกรณีมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ การลงโทษกรณีความคิดที่ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น เนื่องมาจากผลนั้นจะลงโทษได้ก็ต่อเมื่ออย่างน้อยผู้กระทำความผิดประมาทและกระทำนั้นเป็นเหตุให้เกิดผลนั้นขึ้น เพราะทฤษฎีผลธรรมชาติตามมาตรา 63 นั้น ผลที่ต้องรับผิดคือผลที่ผู้กระทำอย่างน้อยประมาท

แต่การลงโทษหนักกรณีเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยไม่เกี่ยวข้องกับการประมาทของผู้กระทำความผิดแต่อย่างใด⁴⁴

2.5 หลักเกณฑ์ในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กจากสื่อลามกเด็ก

2.5.1 หลักการทั่วไปในการคุ้มครองเด็ก

ประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายอื่นที่มีโทษทางอาญา มีบทบัญญัติหลายลักษณะและหลายมาตราที่มุ่งคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์เป็นพิเศษ ทั้งนี้โดยการกำหนดช่วงอายุของเด็กและผู้เยาว์ซึ่งเป็นผู้เสียหายให้สัมพันธ์กับโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด นั่นคือหากผู้เสียหายยังอายุน้อย โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดก็จะยิ่งหนักขึ้น แต่ปัญหาประการหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับอายุของเด็กและผู้เยาว์⁴⁵ คือในประเทศไทยมีการให้นิยามของคำว่า “เด็ก” และ “ผู้เยาว์” ที่แตกต่างกัน

⁴³ แหล่งเดิม. หน้า 124.

⁴⁴ แหล่งเดิม. หน้า 125.

⁴⁵ กมลินทร์ พินิจภูวดล. (2541). *แนวทางและมาตรการในการจัดการศึกษาของเด็กด้อยโอกาส* (รายงานการวิจัย). หน้า 4-6.

ออกไป โดยเฉพาะคำนิยามในทางกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมาย พระราชบัญญัติ ประกาศ หรือระเบียบต่างๆ เช่น

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 74 บัญญัติว่า “เด็กอายุกว่าสิบปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ...”

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 75 บัญญัติว่า “ผู้ใดอายุกว่าสิบห้าปีแต่ต่ำกว่าสิบแปดปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ให้ศาลพิจารณาถึงความรู้ผิดชอบและสิ่งอื่นที่เกี่ยวเนื่องกับผู้นั้น ในอันที่จะควรวินิจฉัยว่าสมควรพิพากษาลงโทษผู้นั้นหรือไม่...”

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษ...”

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 318 บัญญัติว่า “ผู้ใดพรากผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล โดยผู้เยาว์นั้นไม่เต็มใจไปด้วย ต้องระวางโทษ...”

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 19 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมพ้นจากภาวะผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะเมื่อมีอายุสิบปีบริบูรณ์” อย่างไรก็ตาม บุคคลอาจจะพ้นจากการเป็นผู้เยาว์ได้หากทำการสมรสก่อนอายุสิบปี กล่าวคือ เมื่อมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์ หรือตามอายุที่ศาลอนุญาตให้ทำการสมรสได้ก่อน

พระราชบัญญัติมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก มาตรา 4 บัญญัติว่า “เด็ก” หมายความว่า บุคคลผู้มีอายุไม่เกินสิบแปดปีบริบูรณ์

พระราชบัญญัติส่งเสริมและประสานงานเยาวชนแห่งชาติ พ.ศ. 2521 มาตรา มาตรา 3 กำหนดว่า “เยาวชน” หมายความว่า บุคคลซึ่งมีอายุไม่เกินยี่สิบห้าปี

พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 4 บัญญัติว่า

“เด็ก” หมายความว่า ถึง บุคคลอายุเกินเจ็ดปีบริบูรณ์ แต่ยังไม่เกินสิบสี่ปีบริบูรณ์

“เยาวชน” หมายความว่า ถึง บุคคลอายุเกินสิบสี่ปีบริบูรณ์ แต่ยังไม่ถึงสิบแปดปีบริบูรณ์”

ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 294 (27 พฤศจิกายน 2515) เรื่อง เด็กประพฤติดนไม่สมควรแก้ไข ข้อ 1 กำหนดว่า “เด็ก” หมายความว่า ผู้ซึ่งอายุไม่ครบสิบแปดปีบริบูรณ์ และยังไม่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส (ถูกยกเลิกแล้ว)

ระเบียบกรมประชาสงเคราะห์ว่าด้วยการสงเคราะห์เด็กภายในครอบครัว พ.ศ.2529 ข้อ 4 บัญญัติว่า “เด็กซึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศไทย ที่เพิ่งได้รับการสงเคราะห์ตามระเบียบนั้น ต้องอายุไม่เกิน 18 ปี หรือที่อยู่ในระหว่างการศึกษามีอายุไม่เกิน 20 ปีบริบูรณ์...”

ดังได้กล่าวแล้วว่าในประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายอื่นๆ ที่มีโทษทางอาญาได้ มีบทบัญญัติหลายมาตราที่มุ่งคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์เป็นพิเศษ โดยเฉพาะความผิดที่เกี่ยวกับเพศ ทั้งนี้ โดยการกำหนดอายุของเด็กและผู้เยาว์ซึ่งเป็นผู้เสียหายไว้ให้สัมพันธ์กับโทษที่จะลง คือ ผู้เสียหายอายุยิ่งน้อย โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดก็ยิ่งหนักขึ้น ซึ่งการที่กฎหมายบัญญัติเช่นนี้ ก็เพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายนั้นคือ ความบริสุทธิ์ในทางเพศของเด็กหญิง เพราะเด็กหญิง ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการทางด้านต่าง ๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษา อบรม และประสบการณ์ไม่เพียงพอ โดยทั่วไปแล้ว บทบัญญัติเหล่านั้นจะกำหนดอายุของผู้เสียหาย ซึ่งเป็นผู้เสียหายไว้ใน 2 ลักษณะ คือ

- 1) กำหนดเป็นช่วงอายุเดียว และ
- 2) กำหนดเป็นช่วงอายุต่างๆ หลายช่วง

1. กำหนดเป็นช่วงอายุเดียว

บทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดอายุของผู้เสียหายเป็นช่วงอายุเดียว มักใช้ถ้อยคำว่า “... เด็กอายุยังไม่เกิน...ปี...” เช่น

มาตรา 293 บัญญัติว่า “ผู้ใดช่วยหรือยุยงเด็กอายุยังไม่เกินสิบหกปี หรือผู้ซึ่งไม่สามารถ เข้าใจได้ว่าการกระทำของตนเองมีสภาพหรือสาระสำคัญอย่างไร หรือไม่สามารถบังคับการกระทำ ของตนได้ ให้ฆ่าตนเอง ถ้าการฆ่าตนเองนั้น ได้เกิดขึ้น หรือได้มีการพยายามฆ่าตนเองต้องระวาง โทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

มาตรา 306 บัญญัติว่า “ผู้ใดทอดทิ้งเด็กอายุยังไม่เกินเก้าปีไว้ ณ ที่ใด เพื่อให้เด็กนั้น พ้นไปเสียจากตน โดยประการที่ทำให้เด็กนั้นปราศจากผู้ดูแล ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

มาตรา 398 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดด้วยประการใด ๆ อันเป็นการทารุณต่อเด็กอายุยังไม่ เกินสิบห้าปี คนป่วยเจ็บหรือคนชราซึ่งต้องพึ่งผู้ผู้นั้นในการดำรงชีพหรือการอื่นใด ต้องระวางโทษ จำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

2. กำหนดเป็นช่วงอายุต่างๆ หลายช่วง

บทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดอายุของผู้เสียหายเป็นช่วงอายุต่างๆ โดยจะมีความสัมพันธ์เกี่ยวเนื่องกันในแต่ละช่วงอายุ ซึ่งช่วงอายุแรกของฐานความผิดนี้มักจะบัญญัติโดยใช้ ถ้อยคำ เช่นว่า “...อายุไม่เกินสิบห้าปี...” และช่วงอายุถัดไปจะใช้ถ้อยคำว่า “...อายุกว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี...” โดยแต่ละช่วงอายุอาจจะถูกบัญญัติอยู่ในมาตราเดียวกันหรือคนละมาตราก็ได้ ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานพรากเด็ก พรากผู้เยาว์ตามมาตรา 317,318 และ319

มาตรา 317 บัญญัติว่า “ผู้ใดโดยปราศจากเหตุอันสมควร พรางเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกพันบาทถึงสามหมื่นบาท...”

มาตรา 318 บัญญัติว่า “ผู้ใดพรางผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลโดยผู้เยาว์นั้นไม่เต็มใจไปด้วย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นบาท...”

มาตรา 319 บัญญัติว่า “ผู้ใดพรางผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลเพื่อหาทำไร หรือเพื่อการอนาจาร โดยผู้เยาว์นั้นเต็มใจไปด้วยต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นบาท...”

นอกจากความผิดฐานพรางเด็ก พรางผู้เยาว์ข้างต้นแล้ว ยังพบได้อีกใน

ความผิดฐานกระทำชำเราตามมาตรา 277

ความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 และ 279

ความผิดฐานจัดหาบุคคลเพื่อความใคร่ของผู้อื่นตามมาตรา 282 และมาตรา 283

ความผิดฐานพาบุคคลไปเพื่อการอนาจารตามมาตรา 283 ทวิ

นอกจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาแล้ว การกำหนดอายุของผู้เสียหายยังมีอยู่ในบทบัญญัติในกฎหมายอื่น ๆ ที่มีโทษทางอาญาดังเช่น พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539

มาตรา 8 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราหรือกระทำอื่นใดเพื่อสำเร็จความใคร่ของตนเองหรือผู้อื่นแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีในสถานการค้าประเวณี โดยบุคคลนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตามต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสามปี และปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงหกหมื่นบาท

ถ้าหากกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงหกปีและปรับตั้งแต่สี่หมื่นบาทถึงหนึ่งแสนสองหมื่นบาท...”

มาตรา 9 บัญญัติว่า “ผู้ใดเป็นธุระจัดหา ล่อไปหรือชักพาไปซึ่งบุคคลใดเพื่อให้บุคคลนั้นกระทำการค้าประเวณีแม้บุคคลนั้นจะยินยอมก็ตาม และไม่ว่าการกระทำต่างๆ อันประกอบเป็นความผิดนั้นจะได้กระทำภายในหรือนอกราชอาณาจักร ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี ผู้กระทำได้ระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงสามแสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ผู้กระทำได้ระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงสี่แสนบาท...”

จากบทบัญญัติของกฎหมายข้างต้นจะเห็นได้ว่าจุดประสงค์ที่กฎหมายกำหนดอายุของผู้เสียหายเป็นช่วงอายุต่าง ๆ ก็เพื่อคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ โดยหากอายุยิ่งน้อย กฎหมายก็ยิ่งคุ้มครองอย่างเข้มงวดมากขึ้น เนื่องจากเด็กและผู้เยาว์นั้นอายุยิ่งน้อย ก็ยิ่งขาดความสามารถในการคิด การตัดสินใจและปกป้องตนเองประกอบกับสภาพร่างกายและจิตใจของเด็กยังไม่เจริญเติบโตเพียงพอ กฎหมายจึงต้องคุ้มครองเด็กเป็นพิเศษ

จะเห็นได้ว่ากฎหมายมุ่งคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์เป็นพิเศษ โดยการบัญญัติช่วงอายุของเด็กและผู้เยาว์ให้สัมพันธ์กับโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิด คือยิ่งอายุน้อยโทษที่จะลงก็ยิ่งมาก โดยคุณธรรมที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองก็คือความบริสุทธิ์ทางเพศของเด็ก

2.5.2 คุณธรรมทางกฎหมาย

บทบัญญัติของความผิดฐานต่างๆ เป็นบทบัญญัติที่สั้นและกะทัดรัด แต่ในความสั้นและกะทัดรัดของบทบัญญัตินั้นๆ จะเห็นได้ว่ากฎหมายได้รวบรวมเอาสิ่งต่างๆ ที่เป็นพื้นฐานของความผิดฐานต่าง ๆ นั้นเข้าไว้อย่างเหมาะสม สิ่งที่เป็นพื้นฐานดังกล่าวนี้คือผู้กระทำ การกระทำ กรรมของการกระทำ ผลของการกระทำ รวมทั้ง “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut)⁴⁶ ด้วย

ในการบัญญัติความผิดฐานต่างๆ นั้น จะมี “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) เป็นพื้นฐานในทางความคิดด้วยเสมอไม่ว่าผู้บัญญัติจะได้คำนึงถึง “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) ก่อนการบัญญัติหรือไม่ก็ตาม เพราะ “ความผิดทางอาญา” (Verbrechen หรือ crime) มาจาก “ปทัสถาน” (Norm) และ “ปทัสถาน” (Norm) มาจาก “คุณธรรมทางกฎหมาย”(Rechtsgut)⁴⁷

2.5.2.1 ความหมายของคุณธรรมทางกฎหมาย

“คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) ไม่ใช่สิ่งที่เป็นรูปธรรมที่สามารถจับต้องได้ โดยใช้ประสาทสัมผัสทั้งห้า แต่เป็นสิ่งที่ เป็น “ภาพในทางความคิด” ซึ่งเป็นสิ่งที่ เป็นนามธรรม

⁴⁶ ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ เรียก Rechtsgut ว่า “นิติสมบัติ”

⁴⁷ คณิศ ณ นคร. (2551). *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*. หน้า 129.

กล่าวโดยเฉพาะ “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) เป็นสิ่งที่ เป็น “ประโยชน์” (Interesse หรือ Interest) หรือเป็นสิ่งที่ เป็น “คุณค่า” (Wert/value) ในการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคม⁴⁸

ในการที่จะให้การอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมมีความเป็นปกติสุขนั้น มนุษย์ทุกคนต้องเคารพและไม่ละเมิด “ประโยชน์” (Interesse/interest) หรือ “คุณค่า” (Wert/value) ของการอยู่ร่วมกัน การละเมิด “ประโยชน์” (Interesse/interest) หรือ “คุณค่า” (Wert/value) ของการอยู่ร่วมกันจึงเป็นการละเมิด “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) ฉะนั้น จึงสามารถให้ความหมายของ “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) ได้ว่า

“คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) หมายถึง “ประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันที่กฎหมายคุ้มครอง” หรือ “ประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง”⁴⁹

“คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) กับ “กรรมของการกระทำ” (Schutzobjekt object of protection) เป็นคนละอย่างและแตกต่างกัน ในขณะที่ “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) เป็น “คุณค่า” (Wert/value) ในทางอุดมคติที่อยู่เบื้องหลังของความผิดฐานต่าง ๆ แต่ “กรรมของการกระทำ” (Schutzobjekt object of protection) เป็นวัตถุที่ถูกกระทบจากการกระทำที่ละเมิด “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut)⁵⁰

2.5.2.2 ประเภทของคุณธรรมทางกฎหมาย

“คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) แบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” (Individualrechtsgut) เช่น ชีวิต “ความปลอดภัยของร่างกาย” “กรรมสิทธิ์” และ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนร่วม” (Universalrechtsgut) เช่น “ความปลอดภัยในการจราจร” ในความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการจราจร “ความมั่นคงเชื่อถือและการชำระหนี้ได้ของเงินตรา” ในความผิดเกี่ยวกับเงินตรา “ความคงอยู่ของดินแดนหรือความเป็นเอกภาพของดินแดน” ในความผิดฐานกบฏดินแดน เป็นต้น

ในส่วนที่เกี่ยวกับ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” (Individualrechtsgut) นั้น ยังอาจแบ่งแยกย่อยออกไปเป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลโดยแท้” (hochstpersönliches Rechtsgut) เช่น เกียรติ ปลอดภัยของร่างกาย แต่การแบ่งแยกย่อยออกไปนี้เป็นเพียงการพยายามแยกแยะให้เห็นเด่นชัดที่อาจมีประโยชน์ในทางวิชาการบ้างเท่านั้น เช่น ในการบัญญัติความผิดอันยอมความได้ เป็นต้น

⁴⁸ แหล่งเดิม. หน้า 132.

⁴⁹ Vgl. Hans-Joachim Rudolphi, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch : Band I, Allgemeiner Teil, vor §1, S. 4

⁵⁰ คณิต ณ นคร. แหล่งเดิม หน้า 132.

โดยทั่วไป “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” (Individualrechtsgut) เป็น “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) ที่ผู้เป็นเจ้าของสามารถสละความคุ้มครองได้ แต่สำหรับชีวิตมนุษย์นั้น แม้จะเป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” (Individualrechtsgut) แต่ผู้เป็นเจ้าของก็ไม่อาจสละความคุ้มครองได้⁵¹

2.5.2.3 ประโยชน์ของคุณธรรมทางกฎหมาย

การแบ่งแยกประเภทของ “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) มีผลต่อการวินิจฉัยเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย เพราะการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายกระทำได้เฉพาะกรณีการป้องกัน “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” (Individualrechtsgut) เท่านั้น⁵²

ดังกล่าวมาแล้วว่า “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” (Individualrechtsgut) โดยทั่วไปเจ้าของสามารถสละความคุ้มครองได้ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” (Individualrechtsgut) จึงมีความสำคัญในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหาย

นอกจากนี้ “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) ยังมีประโยชน์ในการวินิจฉัยปัญหาผู้เสียหายในคดีอาญาอีกด้วย⁵³

โดยที่ “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) เป็นพื้นฐานที่สำคัญของความผิดฐานต่าง ๆ “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) จึงเป็นเครื่องช่วยในการตีความกฎหมายอาญาด้วย⁵⁴

2.5.3 หลักความได้สัดส่วนของการกระทำและโทษ

ปัญหาเกี่ยวกับระบบการลงโทษ ในความเป็นจริงทางสังคม การลงโทษจะประสพผลสำเร็จอย่างไรหรือไม่ ผู้ที่เห็นว่าเรือนจำไม่ประสบความสำเร็จในการแก้ไขผู้กระทำความผิด มักจะเห็นด้วยกับวัตถุประสงค์ ในการลงโทษเพื่อเป็นการทดแทนความผิด (Retribution) “การลงโทษให้เหมาะสมกับความผิด” หรือ “ผู้กระทำความผิดไม่จำเป็นจะต้องได้รับการแก้ไขบำบัด” หรือการลงโทษเพื่อ “ผดุงความเป็นธรรม” ดังนั้นการลงโทษผู้กระทำความผิด จึงเป็นการทำให้ผู้กระทำผิดนั้น ไม่สามารถจะกระทำผิดได้ในชั่วระยะเวลาหนึ่ง หรือ แม้แต่การตัดออกไป

⁵¹ แหล่งเดิม. หน้า 133.

⁵² แหล่งเดิม. หน้า 134.

⁵³ คณิต ฒ นคร “ผู้เสียหายในคดีอาญา” วารสารอัยการ ปีที่ 1 ฉบับที่ 1 มกราคม 2521 หน้า 48; คณิต ฒ นคร กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หน้า 117-123; และดู คณิต ฒ นคร. *ข้อกฎหมายในคดีนายกอานันท์*. หนังสือพิมพ์เป็นอภิธานนาการแก้ญาคติมิตรเนื่องใน โอกาสอายุครบหกสิบปี. วันที่ 7 พฤษภาคม 2540.

⁵⁴ คณิต ฒ นคร “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา.” วารสารอัยการ ปีที่ 3 ฉบับที่ 25 มกราคม 2523 หน้า 55.; แสง บุญเฉลิมวิภาส *หลักกฎหมายอาญา*. หน้า 30-31.

จากสังคม (Incapacitation) ด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้ รัฐจึงจำเป็นต้องควบคุมผู้กระทำผิดไว้ในเรือนจำ เพื่อมิให้บุคคลนั้นทำอันตรายต่อสังคมได้อีกต่อไป อย่างไรก็ตามระบบความยุติธรรมและมาตรการทางกฎหมายของประเทศต่าง ๆ มิได้มีวัตถุประสงค์ในการลงโทษผู้กระทำความผิดเพียงอย่างเดียว แต่ยังมีจุดมุ่งหมายอื่นๆ อยู่ด้วย หรือมีจุดมุ่งหมายหลายประการพร้อมๆ กัน เช่น การลงโทษเพื่อเป็นการทดแทน และในขณะเดียวกันก็มีผลในการยับยั้งด้วย เป็นต้น⁵⁵

กฎหมายของประเทศต่าง ๆ ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการกำหนดและจำแนกอาชญากรที่เป็นอันตรายต่อสังคมหรือเป็นผู้กระทำความผิดคดีนิสัยหรือกระทำความผิดซ้ำ จะบัญญัติลักษณะของบุคคลและการกระทำความผิดไว้ในกฎหมายโดยเฉพาะ จุดมุ่งหมายของมาตรการทางกฎหมายดังกล่าวก็เพื่อคุ้มครองสังคม โดยใช้วิธีแยกผู้กระทำผิดออกจากสังคมอย่างยาวนาน ซึ่งแนวคิดของกฎหมายนี้มีรากฐานมาจากการพิจารณาเงื่อนไขเกี่ยวกับการกระทำความผิด ประเภท ความร้ายแรง อายุ และสถานะทางด้านจิตใจ

การลงโทษทางอาญาในกฎหมายไทยนั้น มีหลักทั่วไปในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 18 ซึ่งกำหนดโทษสำหรับผู้กระทำความผิดไว้ 5 ลักษณะ คือ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ และริบทรัพย์ แต่จะลงโทษในอัตราใดจะต้องพิจารณาจากความผิดในแต่ละฐาน ซึ่งได้จัดเรียงไว้เป็นหมวดหมู่ตามลักษณะของการกระทำ ความร้ายแรงของความผิด ซึ่งการจัดเรียงเช่นนี้ เป็นการยึดถือเอาตามลักษณะของการกระทำเป็นสำคัญ เมื่อได้พิจารณาถึงระดับของโทษในแต่ละฐานความผิดแล้วจะพบว่า อัตราโทษในความผิดต่าง ๆ ในประมวลกฎหมายอาญามีความหลากหลายแตกต่างกัน ทั้งโทษจำคุกและโทษปรับ อันเนื่องมาจากการพิจารณาทั้งลักษณะความร้ายแรงของการกระทำความผิดหรือความเป็นอันตรายของความผิดให้เหมาะสมที่ผู้กระทำได้กระทำลง โดยมีเหตุผลส่วนใหญ่มาจากการลงโทษให้เด็ดขาด หรือหลายจำ ไม่กล้ากระทำผิดอีก ซึ่งระดับของโทษนั้น จะช่วยสะท้อนให้เห็นถึงระดับความรุนแรงของอาชญากรรมที่รัฐและสังคมให้ความสำคัญ และจะต้องมีความยืดหยุ่นต่อการนำไปปรับใช้ให้เหมาะสมแก่พฤติการณ์และความเสียหายที่เกิดขึ้น

หลักการกำหนดโทษตามสัดส่วนของการกระทำความผิดนี้ มีวัตถุประสงค์หลัก คือ เป็นการเลือกบทลงโทษที่มีความเหมาะสมกับระดับความหนักเบาของความผิด ซึ่งหากระบบลงโทษการกระทำความผิดทุกกรณีเหมือนกันหมด อาจทำให้ดำเนินระบบดังกล่าวได้ว่าเป็นการกำหนดอัตราโทษที่หยাবจนเกินไป การจะนำไปปรับใช้ให้เกิดขึ้นเป็นรูปธรรมนั้นจะเป็นสิ่งสำคัญยิ่งขึ้น ด้วยเหตุที่การกระทำความผิดแต่ละลักษณะในประมวลกฎหมายอาญานั้นจะมี

⁵⁵ ประธาน วัฒนาวณิชช์. บทบาทของกระบวนการยุติธรรมในการควบคุมอาชญากรรม. รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี คร.ปรีดี เกษมทรัพย์. หน้า 135.

ความสลับซับซ้อนและแตกต่างกันออกไป อาทิ ความผิดต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ หรือทรัพย์สิน ซึ่งแต่ละลักษณะนั้นย่อมมีความรุนแรงแตกต่างกันไป เมื่อมีการนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ ก็จะต้องมีการจัดระดับชั้นของข้อเท็จจริงที่จะเข้าสู่การพิจารณาของผู้พิพากษา และระดับโทษ ซึ่งโทษบางอย่างอาจจะง่ายที่จะจัดระดับ แต่โทษบางกรณีก็จัดระดับยาก ยกตัวอย่างเช่น การให้ทำงานบำเพ็ญประโยชน์สาธารณะ 120 ชั่วโมงนั้น นักหรือเบากว่าการรอลงโทษ โดยผู้พิพากษากำหนดเงื่อนไขการคุมประพฤติ (sursis probatoire) และโดยเฉพาะการเปรียบเทียบ ระหว่างโทษจำคุกที่อยู่ในระดับที่เหนือกว่าโทษปรับ แต่ในความรู้สึกของคนทั่วไปแล้ว โทษปรับ 10,000 ฟรังก์ ที่มีการบังคับทันทีนั้นหนักกว่าโทษจำคุก 2 เดือน แต่ศาลให้รอลงอาญา ดังนั้น ในทางความเป็นจริงปัญหาจึงอยู่ที่ความหนักเบาของโทษต้องกำหนดโดยหลักการ (in abstracto) ในขณะที่แต่ละคนมักจะพิจารณาตามสภาพความเป็นจริง (in concreto) จากผลกระทบที่มีต่อชีวิต ทางสังคมของตน การถูกลงโทษยึดใบขับขี่ 1 ปี สำหรับผู้ประกอบอาชีพมอเตอร์ไซค์รับจ้าง เป็นโทษหนักมากเมื่อเทียบกับโทษจำคุก 1 ปี แต่ศาลให้รอลงอาญาโทษปรับสถานหนัก สำหรับผู้ประกอบอาชีพวิศวกรกับกรรมกรมีผลต่างกันมาก ระยะเวลา 3 เดือน สำหรับคนหนุ่มอายุ 25 ปี กับคนชราอายุ 85 ปี ก็มีความหมายต่างกันมาก⁵⁶

จากข้อคิดดังกล่าวทำให้ Jeremy Bentham วิเคราะห์ความได้สัดส่วน โดยการจัดกลุ่ม สภาวะ 32 ลักษณะที่อาจมีผลต่อความรู้สึกหนักเบาของโทษ ซึ่งอาจพิจารณาจากลักษณะทาง สุขภาพกายและจิตใจ ลักษณะทางวัฒนธรรม อุปนิสัย ระดับศีลธรรม การนับถือศาสนา ความมี มนุษย์สัมพันธ์ การงานอาชีพตามปกติ ฐานะทางเศรษฐกิจ เพศ อายุ พื้นเพเดิมทางครอบครัว ฐานะ ทางสังคม ระดับการศึกษา ถิ่นที่อยู่ ไปจนถึงระบอบการปกครองของบ้านเมือง

มีผู้วิเคราะห์ต่อไปว่า เป็นเรื่องที่ยุติธรรมหากมีการลงโทษผู้กระทำความผิดสองคนที่มีความชั่วระดับเดียวกันด้วยโทษอย่างเดียวกัน โดยอ้างถึงหลักความได้สัดส่วนของการลงโทษ แต่จะ ไม่ยุติธรรมที่จะเดินตามแนวทางนี้ ถ้าโดยบุคลิกภาพของผู้กระทำความผิดทั้งสองคนได้รับผล ในเชิงความรู้สึกต่อการลงโทษที่แตกต่างกัน เพราะการลงโทษที่เหมือนกันอาจส่งผลกระทบต่อ บุคคลที่ถูกลงโทษได้ในสัดส่วนต่างกัน

จากหลักดังกล่าว ทำให้มีการปรับลดโทษปรับที่จะใช้กับผู้กระทำความผิด โดยพิจารณา จากสภาวะทางรายได้ของบุคคลนั้น รวมถึงการลดระยะเวลาในการจำคุกผู้กระทำความผิดที่มี

⁵⁶ พิชญ์ ลีอานิชกิจ. (2551). บทบาทของพนักงานอัยการต่อการใช้ดุลยพินิจของศาลในการกำหนด โทษ. หน้า 7.

ช่วงเวลาในการดำรงชีวิตจำกัด เพราะการเป็นผู้ติดเชื้อร้ายแรงหรือเงื่อนไขในการควบคุมจะดำเนินไปด้วยความยากลำบาก เช่น เป็นผู้กระทำความผิดที่ติดโรคเอดส์⁵⁷

2.5.4 ความจำเป็นที่ต้องมีมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมสื่อลามกเด็ก

สื่อลามกที่มีการแพร่หลายอยู่อย่างมากในสังคม นับเป็นปัญหาที่มีความรุนแรงและจำเป็นในการควบคุมโดยใช้มาตรการทางกฎหมาย โดยเฉพาะสื่อลามกเด็ก ซึ่งเด็กเป็นทรัพยากรมนุษย์ที่มีคุณค่า⁵⁸ เพราะเด็กจะเป็นกลุ่มประชากรที่เติบโตเป็นกำลังสำคัญในการสร้างสรรค์สังคม การพัฒนาประเทศจึงต้องไม่ละเลยและตระหนักถึงความสำคัญของเด็กในระดับโลกจึงได้มีการทำความตกลงระหว่างประเทศในเรื่องสิทธิเด็ก⁵⁹ ซึ่งจะเห็นได้ว่าปัจจุบันปัญหาดังกล่าวก่อให้เกิดความเชื่อมโยงระหว่างสื่อลามกเด็กกับอาชญากรรมอื่นๆ ที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน และความเสื่อมของมาตรฐานศีลธรรมสังคม ล้วนเป็นสิ่งที่พึงคำนึงถึงความสำคัญและความจำเป็นที่จะต้องนำมาพิจารณาหามาตรการทางกฎหมายในการควบคุมสื่อลามกเด็กต่อไป

2.5.4.1 ความเชื่อมโยงระหว่างสื่อลามกเด็กกับการกระทำความผิดและอาชญากรรมอื่นๆ

เนื่องจากสื่อลามกเด็กจะมีส่วนเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมอื่นๆ ด้วย กล่าวคือในกระบวนการผลิตหรือกลไกทางการตลาดของสื่อดังกล่าวไม่ใช่เพียงการว่าจ้างให้เด็กมาเป็นแบบถ่ายภาพเปลือย ผลิต และจัดจำหน่ายในผู้บริโภคเหล่านั้น เริ่มต้นตั้งแต่กระบวนการก่อนการผลิตคือ การหาเด็กที่จะมาเป็นแบบ เนื่องจากการนำเด็กมาเป็นแบบสื่อลามกนั้นไม่เป็นที่ยอมรับทั้งในเชิงสังคมและเชิงกฎหมาย ผู้ผลิตจึงไม่สามารถหาผู้แสดงเป็นแบบได้อย่างเปิดเผยเหมือนกับสื่อที่เปิดเผยอื่นๆ อีกทั้งหากต้องการผู้แสดงที่เป็นเด็กยิ่งถือเป็นความยากลำบากแก่ผู้ผลิตมากขึ้น ซึ่งบางครั้งการได้มาของการนำตัวเด็กมาแสดงสื่อลามกมักจะได้มาจากวิธีการการล่อลวง ข่มขู่ บังคับ

ส่วนใหญ่ผู้ที่กระทำการล่อลวงเด็กในลักษณะนี้มักจะเป็นกลุ่มผู้ที่นิยมมีเพศสัมพันธ์กับเด็ก (Pedophile) บุคคลเหล่านี้มักเป็นผู้มีปมด้อย ไม่ชอบหรือไม่สามารถมีความสุขทางเพศกับหญิงสาวแต่กลับมีความรู้สึกทางเพศกับเด็กๆ ที่ไร้เดียงสา อายุต่ำกว่า 12 ปีลงมา มักไม่ทำอันตราย

⁵⁷ Federic Jerome Pansier. (1994). *La peine et le droit, Que sais-je?*. (อ้างถึงใน เศรษฐชัย อันสมศรี. *คฤหาสน์ในการกำหนดโทษจำคุก*, 2547 : 57.).

⁵⁸ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. เล่มเดิม. หน้า 184.

⁵⁹ คณะอนุกรรมการเรื่อง “สิทธิเด็ก” คณะกรรมการส่งเสริมการพัฒนาเด็กและเยาวชนแห่งชาติ. (2550). “เรื่อง การค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็ก และสื่อลามกที่เกี่ยวข้องกับเด็ก และเรื่อง ความเกี่ยวพันของเด็กในความขัดแย้งกันด้วยอาวุธ”. หน้า 11.

ต่อเด็กแต่ละจะเป็นลักษณะต่อเด็กด้วยเงิน ขนมห หรือของเล่นจนเด็กสนิทสนมด้วย แล้วจึงมีปฏิบัติการทางเพศโดยการอวดอวัยวะเพศให้เด็กดู เอาอวัยวะเพศไปเสียดสีร่างกายของเด็กจนสำเร็จความใคร่ หรือให้เด็กใช้มือสำเร็จความใคร่ให้ สำหรับพวกมีความรู้สึกรุนแรงอาจจะถึงขนาดทำการร่วมเพศกับเด็ก หรือร่วมเพศทางเวจมรรค (ทวารหนัก) ของเด็ก ในกรณีที่มีการขัดขืน อาจมีการฆ่าปิดปากก็ได้⁶⁰ และคนกลุ่มนี้มักจะนิยมถ่ายภาพลามกของเด็กที่ตนล่อลวงมาได้ไว้เป็นที่ระลึก เผยแพร่ให้กับกลุ่มของตน ใช้ล่อลวงเหยื่อรายอื่นต่อไป และที่สำคัญยังใช้เป็นเครื่องมือในการข่มขู่เด็กที่เป็นเหยื่อไม่ให้แพร່พรายเรื่องนี้ พร้อมกับบังคับเด็กคนดังกล่าวให้มาเป็นเครื่องระบายอารมณ์ทางเพศได้อีกในคราวต่อไปอีก

ในขั้นตอนการผลิตสื่อลามกเด็ก โดยเฉพาะสื่อที่แสดงถึง ภาพและเสียง เช่น ภาพนิ่ง ภาพยนตร์ วิดีโอ ทั้งแบบดั้งเดิมและในอินเทอร์เน็ต ไม่ว่าจะมัลติมีเดีย ประสงค์เชิงการค้าหรือไม่ เด็กมักถูกมองเป็นวัตถุทางเพศมากกว่ามนุษย์ หลายครั้งภาพที่สื่อออกมาเป็นเพียงการยื่นโปสท่าอย่างร่าเริง แต่เบื้องหลังนั้นเด็กอาจถูกทำร้ายเนื่องจากการขัดขืน ฆ่าร้ายไปกว่านั้นมีสื่อลามกจำนวนมากที่แสดงภาพจากการล่วงละเมิดต่อเด็ก (Crime Scene) ไม่ว่าจะเป็นการทำร้ายร่างกาย การกระทำอนาจาร การข่มขืนกระทำชำเรา การทรมาน จนไปถึงระดับที่รุนแรงที่สุดคือการฆ่าที่มีให้เป็นกันอยู่บ่อย ๆ โดยเฉพาะกับเด็กทารก ดังตัวอย่างที่เราได้ศึกษามาแล้วจากเรื่องผลกระทบของสื่อลามกเด็กต่อเด็กที่เป็นเหยื่อทางด้านร่างกาย การกระทำคามผิดนี้มีได้ยุติเพียงการผลิตสื่อลามกเด็กเท่านั้น เนื่องจากสิ่งที่เห็นนี้ไม่ใช่เพียงแต่การแสดงหรือภาพมายา แต่เด็กที่ปรากฏอยู่ในสื่อคือเหยื่อจริงๆ ของอาชญากรรม ภาพและเสียงที่สะท้อนออกมาจากสื่อ คือเรื่องจริงที่เกิดขึ้นกับเด็กเหล่านั้นและหากผู้บริโภคยังนิยมมากเท่าใด ก็จะเป็นการสนับสนุนให้เด็กถูกทำร้ายมากขึ้นเท่านั้น

ในสายตาขององค์กรอาชญากรรม สื่อลามกเด็กยิ่งแพร่กระจายออกไปและเป็นที่ยอมรับมากเท่าใด ก็ยิ่งเป็นการสนับสนุนธุรกิจการค้าเด็กและค้าประเวณีเด็กของตนเองมากขึ้น องค์กรเหล่านี้จึงพยายามทุกวิถีทางที่จะใช้สื่อลามกเด็ก เป็นเครื่องมือส่งเสริมการขาย โดยมีได้คำนึงถึงความถูกต้องและศีลธรรมอันดีแต่ประการใด

2.5.4.2 ความเสื่อมของมาตรฐานศีลธรรมในสังคม

มาตรฐานศีลธรรมในสังคม หมายถึง มาตรฐานของความประพฤติที่ดี ที่ชอบในสายตาของสมาชิกในสังคม ซึ่งก็อาจจะเปลี่ยนแปลงไปได้ตามยุคสมัย เมื่อเราพิจารณาถึงประเด็นสื่อลามกเด็กนี้จะพบว่ามีความคล้ายคลึงกับปัญหาสังคมอื่นๆ เช่น ปัญหายาเสพติด ปัญหาบ่อนการพนัน กล่าวคือ แต่เดิมการเสพสื่อลามกถือเป็นการขัดต่อหลักคำสอนทางศาสนาอย่างรุนแรง ในสังคมที่

⁶⁰ อเนก อารีพรค และสุวันทา อารีพรค. (2525). *เรียนรู้เรื่องเพศ*. หน้า 224.

เครื่องศาสนามาเสนอเรื่องราวทางเพศเป็นเรื่องที่อันตรายมาก โดยเฉพาะความต้องการทางเพศที่ผิดปกติเช่นสื่อลามกเด็กนี้ ผู้นำทางศาสนาในหลายประเทศอ้างว่าสื่อลามกจะล่อลวงให้ผู้บริโภคก้าวล่วงเข้าสู่การละเมิดศีลธรรม และละเมิดต่อคำสั่งสอนของพระเจ้าหรือศาสดาในแต่ละศาสนา และในท้ายที่สุดแล้วจะทำให้ศีลธรรมของคนในสังคมเสื่อมทรามลง⁶¹ แต่การใช้หลักศีลธรรมกับสังคมในยุคปัจจุบันจะมีจุดอ่อนคือ ผู้ที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับปัญหานี้ก็รู้สึกว่ารู้อะไรไม่ใช่ ไม่สนใจกับการแก้ปัญหา ส่วนผู้บริโภคสื่อลามกเด็กนั้นก็รู้สึกเหมือนติดอยู่ในกับดัก ยิ่งเสพยิ่งต้องการมากขึ้น ทั้งที่ใจก็รู้ว่ามันเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง ก็พยายามหาเหตุผลมาทำให้กลายเป็นความชอบธรรมในการเสพขึ้นมา เช่น การอ้างว่า การเสพและแพร่กระจายสื่อลามกเด็กเป็นเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เป็นสิทธิส่วนบุคคล เป็นการช่วยลดการก่ออาชญากรรมทางเพศในสังคม พยายามหาตัวร่วมมากขึ้นด้วยการการตั้งกลุ่ม พยายามแพร่กระจายสื่อลามกเด็กให้ออกไปอย่างกว้างขวางที่สุดเท่าที่จะทำได้ จนกระทั่งทำให้ค่านิยม มาตรฐานทางศีลธรรมในประเด็นดังกล่าวเปลี่ยนแปลงไปในที่สุด โดยมีได้คำนึงถึงความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นจะส่งผลกระทบต่อใครบ้าง⁶²

อย่างไรก็ตาม เด็กถือเป็นประชากรกลุ่มพิเศษในสังคมที่ควรได้รับการปกป้องคุ้มครอง โดยเฉพาะในเรื่องเพศ เนื่องจากเป็นกลุ่มที่อ่อนแอ และได้รับความกระทบกระเทือนง่าย ทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจ ขาดประสบการณ์และการยับยั้งชั่งใจ ดังนั้น หากปล่อยให้ปัญหาสื่อลามกเด็กกลุกลามใหญ่โต เด็กในสังคมก็จะได้รับค่านิยม มาตรฐานทางศีลธรรมก็บิดเบือนไป เด็กที่เคยตกเป็นเหยื่อ หรือเด็กที่ไม่ได้รับการดูแลอย่างดีจากผู้ใหญ่ ก็เป็นเหมือนระเบิดเวลาที่จะทำร้ายคนรอบข้างได้ทุกเมื่อ แม้แต่เด็กที่เป็นผู้บริโภคสื่อลามกเด็กเองก็เช่นกัน สื่อลามกเด็กที่เสพเข้าไปจะเป็นเหมือนตัวอย่างของพฤติกรรมทางเพศที่เด็กจะนำไปเลียนแบบ เช่น การมีความสัมพันธ์ทางเพศในวัยเรียน การมีพฤติกรรมสำส่อน การอยู่กินกันก่อนแต่งงาน เป็นต้น หากไม่รีบทำการควบคุมต่อต้านสื่อลามกเด็กมาตรฐานทางสังคมก็จะยิ่งเสื่อมลงไปเรื่อยๆ ในกลุ่มคนรุ่นถัดๆ ไป

2.5.5 ข้อดีข้อเสียของมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กจากสื่อลามกเด็ก

2.5.5.1 ข้อดีของมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กจากสื่อลามกเด็ก

1. ช่วยลดทอนอุปสงค์ของผู้บริโภคในการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็ก และสื่อลามกที่เกี่ยวข้องกับเด็ก และช่วยลดจำนวนกลุ่มผู้ที่มีรสนิยมทางเพศขึ้นชอบเด็กได้ง่าย รวมทั้งสร้าง

⁶¹ จงกมลณี โตสกุลวงศ์. (2542). การวิเคราะห์ว่าททรรรมการให้ความหมายสื่อสิ่งพิมพ์ลามกของ 9 สถาบันในสังคมไทย. หน้า 4.

⁶² โสมนัส เจือศรีกุล. (2545). มาตรการควบคุมต่อต้านสื่อลามกเด็ก. หน้า 43.

ความเชื่อมั่นในความสำคัญของการสร้างเสริมการทำงานร่วมกันในระดับโลกของผู้ที่มีบทบาท ทั้งปวง และความสำคัญของการปรับปรุงการบังคับใช้กฎหมายระดับประเทศให้ดีขึ้น

2. ทำให้เกิดความสมดุลด้านกฎหมาย ซึ่งประเทศไทยเน้นการปราบปรามการกระทำ ความผิด หากการบังคับใช้กฎหมายที่เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ สอดคล้องกับเทคโนโลยีทันสมัย ที่เปลี่ยนแปลงไป ก็จะสามารถคุ้มครองบุคคลตามจุดมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายอาญาได้

3. ทำให้สามารถนำตัวผู้ผลิตและผู้เผยแพร่สื่อลามกมาลงโทษได้ และลงโทษผู้กระทำความผิด ได้อย่างเหมาะสมกับตามระดับความร้ายแรงของการกระทำและสัดส่วนของการลงโทษ

4. ลดความเสี่ยงอันตรายที่จะเกิดขึ้นกับเด็ก ไม่ว่าจะเป็นการใช้ความรุนแรง การบังคับ ชูเชิญ ในการทารุณกรรมทางเพศต่อเด็ก ซึ่งเด็กอาจได้รับจากผู้กระทำความผิด ทั้งนี้ เป็นไปตาม วัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญ

2.5.5.2 ข้อเสียของมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กจากสื่อลามกเด็ก

กลุ่มแนวคิดแบบเสรีนิยม ซึ่งมีความเห็นในเรื่องการแสดงออกทางเพศ ว่า โดยพื้นฐาน ของมนุษย์มีความเป็นปัจเจกชน มีเสรีภาพในการกระทำต่างๆ ซึ่งเป็นสิทธิที่มีมาแต่เกิดเป็นสิทธิ ตามธรรมชาติ การทำความเข้าใจเกี่ยวกับเรื่องเพศ ไม่ใช่สิ่งที่จะมีผลต่อสังคม อาจมองว่ามาตรการ ทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กจากสื่อลามกเด็กเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพมากเกินไปในบางกรณี เพราะเรื่องทางเพศเป็นเรื่องส่วนตัว ซึ่งไม่ทำให้เกิดอันตรายต่อสังคม การแสดงความพึงพอใจ ทางเพศแก่กันของคู่รักหรือบุคคลอันเป็นที่รักจึงไม่ใช่เรื่องเสียหาย เป็นเรื่องธรรมดาสามารถ กระทำได้ และจะไม่สมควรที่จะถูกขัดขวางด้วยอำนาจใดๆ อีกทั้ง แนวคิดนี้เห็นว่าสื่อลามกมี ความใกล้เคียงกับการแสดงออกทางเพศ เป็นการแสดงให้เห็นถึงถ้อยคำ รูปภาพที่แสดงถึงเรื่องทาง เพศของมนุษย์ ซึ่งจะมุ่งไปที่การกระตุ้นอารมณ์ความรู้สึกทางเพศแต่เพียงอย่างเดียว ไม่เป็น อันตรายต่อร่างกาย จิตใจของบุคคล หรือผู้รับรู้ จนกว่าบุคคลและชุมชน ลักษณะดังกล่าวนี้ เป็นอันตรายจึงจะต้องถูกจำกัด

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กจากสื่อลามกเด็กในต่างประเทศ

การศึกษาค้นคว้ากฎหมายของประเทศต่างๆ จะทำให้เห็นมาตรการในการคุ้มครองเหยื่อทางเพศ ซึ่งเป็นประโยชน์ในการนำมาเป็นข้อเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายอาญาของไทย ในการปรับปรุงแก้ไขเปลี่ยนแปลงในส่วนที่เป็นสาระสำคัญให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น โดยจะกล่าวถึงประเทศอังกฤษและประเทศเยอรมัน

3.1 ประเทศอังกฤษ

3.1.1 มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมสื่อลามก

ในประเทศอังกฤษมีกฎหมายที่ควบคุมเกี่ยวกับสื่อลามกหลายฉบับ และในการพิจารณาว่าสิ่งใดบ้างเป็นสิ่งลามก เมื่อพิจารณาจากกฎหมายต่างๆ พบว่า การพิจารณาถึงสื่อลามกนั้น กฎหมายพิจารณาว่าเป็นกรณีของการก่อให้เกิดความเสียหายต่อศีลธรรมอันดีของสังคม¹ สื่อลามกจะก่อให้เกิดความเสื่อมทั้งทางร่างกายและจิตใจของบุคคลที่ได้รับรู้ กล่าวคือ สื่อลามกจะมีอิทธิพลต่อสภาพร่างกาย และจิตใจของผู้รับให้มีแนวโน้มไปในทางที่ผิดศีลธรรม และจะส่งผลไปถึงมาตรฐานทางศีลธรรมของสังคม และสื่อลามกนั้นจะต้องไม่ใช่งานที่มีคุณค่าทางสังคมอันเป็นงานทางวิชาการ เป็นงานศิลปะ เป็นงานทางอักษรศาสตร์ หรือเป็นงานที่มีคุณค่าทางสุนทรียศาสตร์²

ในอังกฤษมีกฎหมายควบคุมสื่อลามกหลายฉบับ แต่ฉบับที่เป็นหลักในการควบคุมคือกฎหมาย The Obscene Publications Act 1959 กฎหมายฉบับนี้ได้วางหลักกฎหมายห้ามการเผยแพร่สื่อลามกที่ปรากฏในรูปแบบของข้อความที่บรรจุหรือปรากฏออกมาเป็นรูปร่างเพื่อให้สามารถอ่าน มองเห็นได้ และรวมถึงการบันทึกเสียง บันทึกภาพหรือการบันทึกภาพลงบนวัตถุอื่น³

¹ Ian Hunter, David Saunders and Dugald Williamson. (1993). *On pornography : literature, sexuality and obscenity law*. p.59. see The Obscene Publication Act 1959, section 1, and The Theatre Act 1986, section 2(1).

² The Obscene Publication Act 1959, section 4.

³ The Obscene Publication Act 1959, section 1(2).

กฎหมายฉบับนี้กำหนดฐานความผิดสำหรับการเผยแพร่สิ่งลามกเอาไว้ดังนี้⁴

(ก) การตีพิมพ์ จำหน่าย การเผยแพร่ ขาย ให้เช่า หรือให้ยืมสิ่งลามก

(ข) กระทำให้สิ่งที่ยังไม่ปรากฏข้อความอันเป็นสิ่งลามก เพื่อให้พบเห็น หรือเพื่อให้มีการบันทึก แสดง เล่น หรือนำออกฉาย

ผู้ใดกระทำการเผยแพร่สิ่งลามกให้ปรากฏต่อสาธารณชน มีความผิดตามกฎหมาย ต้องรับโทษซึ่งมีสองลักษณะ คือ

(1) กรณีลงโทษตามการพิจารณาคดีโดยรวบรัด (summary trial) ซึ่งจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินห้าพันปอนด์หรือตามที่ศาลกำหนด (prescribes sum) หรือทั้งจำทั้งปรับ

(2) กรณีลงโทษตามการพิจารณาคดีโดยอินไดเมนท์ (trial on indictment) ซึ่งจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ⁷

กรณีความผิดข้างต้นสามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีได้ทั้งโดยรวบรัด และโดยอินไดเมนท์ ซึ่งเรียกความผิดแบบนี้ว่า Offences triable either way⁸

⁴ The Obscene Publication Act 1959, section 1(3).

⁵ Summary trial เป็นการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาคดีอย่างรวบรัด โดยจะดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ศาล Magistrates ซึ่งการดำเนินการกระบวนการวิธีพิจารณาประเภทนี้จะไม่มีการใช้ระบบจURY ในการตัดสินความผิด จะมีเพียงผู้พิพากษาเป็นผู้ตัดสินความผิดและกำหนดโทษคดีส่วนใหญ่ที่จะใช้วิธีพิจารณาประเภทนี้จะเป็นคดีความผิดไม่ร้ายแรง

⁶ Trial on indictment เป็นการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาคดีโดยเต็มรูปแบบ กล่าวคือ ดำเนินการฟ้องคดีโดยใช้แบบการฟ้องที่เรียกว่า indictment มีการพิจารณาคดีโดยมีลูกขุนในการตัดสินความผิด และผู้พิพากษาจะเป็นผู้กำหนดโทษสำหรับความผิดนั้น ซึ่งจะกระทำกันใน The Crown Court คดีส่วนใหญ่ที่จะใช้วิธีพิจารณาประเภทนี้จะเป็นคดีความผิดร้ายแรง

⁷ The Obscene Publication Act 1959, section 2(1)(a),(b)

⁸ Offences triable either way เป็นความผิดที่สามารถเลือกดำเนินวิธีพิจารณาคดีได้ระหว่างวิธีพิจารณาคดีโดยรวบรัด หรือโดยอินไดเมนท์ โดยกฎหมาย Magistrates' Courts Act 1980 ได้กำหนดวิธีการพิจารณาว่าคดีประเภทนี้จะต้องใช้วิธีพิจารณาคดีแบบใด โดยกฎหมายกำหนดให้ฝ่ายโจทก์และฝ่ายจำเลยต่างแสดงเหตุผลว่าวิธีการพิจารณาคดีโดยรวบรัดหรือโดยอินไดเมนท์ วิธีการใดจะเหมาะสมที่สุดสำหรับคดีที่ฟ้องร้อง โดยทั้งสองฝ่ายต้องนำเสนอเหตุผลและปัจจัยต่าง ๆ ต่อศาล Magistrates เมื่อศาล Magistrates พิจารณาจากเหตุผลต่าง ๆ ของทั้งสองฝ่าย ก็จะทำการพิจารณาว่าวิธีพิจารณาคดีโดยวิธีใดจะเหมาะสมที่สุด ถ้าศาลพิจารณาว่าสมควรพิจารณาคดีโดยรวบรัด ศาลจะทำการพิจารณาคดีโดยรวบรัดต่อไป แต่ถ้าศาลพิจารณาว่าสมควรพิจารณาคดีโดยอินไดเมนท์ ศาลก็จะดำเนินการส่งคดีไปยังศาลที่พิจารณาคดีโดยอินไดเมนท์ต่อไป. (In John Sprack. (1992). *Emmins on Criminal Procedure* (Fifth edition). pp.202-203.)

และด้วยการที่เป็นความผิดที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของสังคม ดังนั้น การดำเนินคดีสำหรับความผิดดังกล่าวไม่สามารถกระทำได้ เว้นแต่จะได้กระทำโดย หรือได้รับการอนุญาตจาก Director of Public Prosecution(DPP)⁹¹⁰

ภายใต้กฎหมายปี 1959 ซึ่งแก้ไขในปี 1964 เพิ่มเติมกรณีการทำหรือผลิตภัณฑ์ลามกขึ้นใหม่¹¹ ความผิดเกี่ยวกับสิ่งลามกประกอบด้วยการตีพิมพ์วัสดุลามกเพื่อค้ากำไร การครอบครองไว้เพื่อตนเอง ไม่เพียงพอที่จะถือว่าเป็นความผิด ซึ่งจะแตกต่างจากการครอบครองสิ่งลามกเด็กซึ่งมีการครอบครองก็เพียงพอแล้ว สิ่งลามกอาจรวมถึงวัตถุที่เป็นงานเขียน รูปภาพ และฟิล์ม ปัจจุบันรวมถึง เทปวีดีโอ (video-cassettes) แผ่นดิสก์คอมพิวเตอร์ (computer disk) แผ่นซีดี (CD)¹²

สำหรับการควบคุมในเรื่องของภาพหรือบทบาททางการแสดงที่มีลักษณะลามกที่ปรากฏต่อสาธารณชน มีกฎหมายต่าง ๆ เข้ามาควบคุม โดยในกฎหมาย The Theatres Act 1968 ได้บัญญัติห้ามการแสดงที่มีลักษณะเป็นการลามกไม่ว่าการแสดงนั้นจะปรากฏต่อสาธารณชนหรือเป็นการแสดงให้ชมเป็นการส่วนตัวมีความผิด และกฎหมายกำหนดความรับผิดชอบของบุคคลเอาไว้โดยผู้ที่ทำการแสดง ผู้กำกับการแสดง หรือบุคคลที่มีส่วนให้มีการแสดงลามกปรากฏมีความผิด¹³ ต้องรับโทษดังนี้

(1) กรณีลงโทษตามการพิจารณาคดีโดยรวบรัด (summary trial) ซึ่งจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินห้าพันปอนด์หรือตามที่ศาลกำหนด (prescribed sum) หรือทั้งจำทั้งปรับ

(2) กรณีลงโทษตามการพิจารณาคดีโดยยื่นไต่เบาะแส (trial on indictment) ซึ่งจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ¹⁴

สำหรับการควบคุมสิ่งลามกที่แพร่ภาพทางโทรทัศน์ หรือเคเบิลทีวี ที่การแสดงบทบาทของนักแสดงที่มีลักษณะไปในทางลามกอนาจาร ผู้จัดหาหรือให้บริการเกี่ยวกับเคเบิลทีวีที่มีความผิด

⁹ Director of Public Prosecution (DPP) คือ หัวหน้าหน่วยใน The Crown Prosecution Service (CPS) โดยบุคคลที่จะเป็น DPP ได้ นั้น ต้องเป็นทนายความ (barrister) หรือ ทนายความที่ปรึกษา (solicitor) มาก่อนไม่น้อยกว่า 10 ปี DPP จะได้รับการแต่งตั้งจาก Attorney General และ DPP จะรับผิดชอบการดำเนินการทั้งหมดในการดำเนินคดีอาญา ตลอดจนการดำเนินคดีที่มีการริเริ่มโดยตำรวจ และอาจจะเข้าดำเนินการเสียเองในระหว่างดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญาเมื่อเห็นว่าสมควร. (in John Sprack. Op.Cit. pp.5 - 10.)

¹⁰ The Obscene Publication Act 1959, section 2(3A).

¹¹ The Obscene Publication Act 1964, section 2(2)(a)

¹² Collin Manchester. (1995,July). *Computer pornography*. p.546,548.

¹³ The Theatre Act 1968, section 2(2).

¹⁴ The Theatre Act 1968, section 2(2)(a),(b).

ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย (The Cable and Broadcasting Act 1984. มีโทษ) กรณีลงโทษตาม การพิจารณาคดีโดยรวบรัด (summary trial) ซึ่งจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินห้าพันปอนด์ หรือตามที่ศาลกำหนด (the statutory maximum) หรือทั้งจำทั้งปรับ หรือ กรณีลงโทษตาม การพิจารณาคดีโดยอินไดเมนต์ (trial on indictment) ซึ่งจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับ หรือทั้งจำ ทั้งปรับ¹⁵

ในกฎหมาย Video Recordings Act 1984 มีการควบคุมสำหรับอุปกรณ์ที่เกี่ยวกับ วิดีโอเทปที่บรรจุรายละเอียดข้อมูลภาพและเสียง และเนื้อหาของภาพและเสียง โดยมีการควบคุม ถึงลักษณะของเนื้อหาที่ไม่สามารถเผยแพร่ได้ ซึ่งเนื้อหาที่ถูกควบคุมถ้ามีลักษณะที่แสดงถึง

1) กิจกรรมทางเพศของมนุษย์ที่น่าดู...¹⁶

2) อวัยวะสืบพันธุ์ของมนุษย์...¹⁷

3.1.2 มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็ก

ในกฎหมายอังกฤษมีการกำหนดอายุของเด็กในกฎหมายไว้ในหลายกรณี ได้แก่ บุคคลที่ อายุต่ำกว่า 14 ปี เช่น กฎหมาย The Indecency with Child Act 1960. บุคคลอายุต่ำกว่า 16 ปี เช่น กฎหมาย The Children and Young Persons Act 1933 หรือบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี เช่น กฎหมาย The Family Law Act 1996 ซึ่งก็ขึ้นอยู่กับว่า เนื้อหา หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายแต่ละฉบับที่จะ ให้ความคุ้มครอง และสำหรับกฎหมายที่คุ้มครองเด็กในเรื่องสื่อลามก คือ The Protection of Children Act 1978 ได้กำหนดอายุของเด็กที่ได้รับความคุ้มครองเอาไว้ว่า เด็กให้หมายถึง บุคคลที่มี อายุต่ำกว่า 16 ปี¹⁸

ในประเทศอังกฤษการควบคุมสิ่งลามกจะอยู่ภายใต้กฎหมาย The Obscene Publications Act 1959 ในส่วนของการคุ้มครองเด็กที่เกี่ยวกับสิ่งลามกมีกฎหมายพิเศษที่กำหนดมาตรการ คุ้มครองเด็กที่เกี่ยวกับสิ่งลามกและสิ่งที่ไม่เหมาะสมที่เด็กมีส่วนร่วมอยู่ด้วย

1) มาตรการคุ้มครองเด็กที่เกี่ยวกับสิ่งลามก

บทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้คือ มาตรา 1 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก 1978 และมาตรา 160 ของพระราชบัญญัติกระบวนการยุติธรรมอาญา 1988 พระราชบัญญัติ คุ้มครองเด็ก 1978 สะท้อนบางแง่มุมของการหาประโยชน์ทางเพศจากเด็กโดยกำหนดโทษต่อ การสร้าง เผยแพร่ แสดงและโฆษณาภาพลามกอนาจารของเด็ก ทั้งนี้ต้องพิสูจน์ว่าภาพดังกล่าว

¹⁵ The Cable and Broadcasting Act 1984, section 25.

¹⁶ The Video Recordings Act 1984, section 2(2)(a).

¹⁷ The Video Recordings Act 1984, section 2(2)(a).

¹⁸ The Protection of Children Act 1978, section 1(1)(a).

เข้านิยามว่า “ลามกอนาจาร” หรือไม่ คำว่า “ลามกอนาจาร” มิได้ถูกนิยามในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก 1978 แต่คำพิพากษาบรรทัดฐานได้กล่าวว่าเป็นเรื่องทีละขณะลูกขุนต้องตัดสินตามมาตรฐานของทรัพย์สิน¹⁹

มาตรา 1 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก 1978 ครอบคลุมขอบเขตอย่างกว้างของความคิดเกี่ยวกับภาพลามกอนาจารของเด็กและยังขยายไปถึงการสร้าง “ภาพตัดต่อ” ซึ่งมีนิยามคือ “รูปที่ไม่ว่าสร้างโดยคอมพิวเตอร์กราฟฟิกหรือวิธีอื่นใดที่ปรากฏบนภาพถ่าย” ตามกฎหมายนี้ภาพตัดต่อมีฐานะเหมือนภาพทั่วไป จึงเป็นไปได้ว่าอาจลงโทษบุคคลที่ทำภาพตัดต่อหากปรากฏว่าบุคคลในรูปเป็นเด็ก แม้สตรีจะเป็นผู้ใหญ่ (มาตรา 7 (8) พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก 1978) พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก 1978 และ มาตรา 160 ของพระราชบัญญัติกระบวนการยุติธรรมอาญา 1988 เกี่ยวข้องเฉพาะภาพและภาพตัดต่อลามกของเด็กเท่านั้น กฎหมายอื่นอาจใช้ฟ้องความผิดเกี่ยวกับภาพวาเดียมและเรื่องราว ซึ่งมีกฎหมายหลัก คือพระราชบัญญัติลามก 1959 ในส่วนของมาตรา 1 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก 1978 กล่าวถึงความผิดอาญา และศาลก็ได้ตีความไว่กว้าง กรณีความผิดคืออุกฉกรรจ์อาจลงโทษสูงสุดคือจำคุก 10 ปี ความผิดตามมาตรา 1 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก 1978 ต้องพิสูจน์ว่า

1. จำเลยได้ตั้งใจหรือโดยรู้ในการสร้าง ถือเอา อนุญาตให้ถือเอา เผยแพร่ หรือแสดงรูปถ่ายลามกหรือรูปถ่ายตัดต่อลามกหรือครอบครองโดยรู้ว่าจะเผยแพร่ แสดง ตีพิมพ์ หรือเป็นเหตุให้ตีพิมพ์โฆษณาภาพลามก

2. รูปถ่ายหรือรูปถ่ายตัดต่อนั้นลามก รูปถ่ายรวมถึงฟิล์มรูปถ่ายลามกหรือสำเนารูปถ่ายหรือฟิล์มหรือที่บรรจุข้อมูลคอมพิวเตอร์ซึ่งเปลี่ยนเป็นภาพถ่ายได้

3. รูปถ่ายหรือรูปถ่ายตัดต่อนั้นเป็นรูปเด็ก

ส่วนมาตรา 160 ของพระราชบัญญัติความยุติธรรมทางอาญา 1988 ครอบคลุมความคิดการครอบครองรูปถ่ายลามกเด็ก การพิสูจน์องค์ประกอบทางจิตใจและสิ่งที่ปรากฏบนภาพถ่ายหรือภาพตัดต่อ ให้ดูคดี Atkins มีความสำคัญยิ่งในเรื่องคอมพิวเตอร์ที่มีผู้ใช้หลายคน เมื่อไม่มีหลักฐานนิติเวชว่าใครใช้คอมพิวเตอร์ และการฟ้องร้องการครอบครองวัตถุที่เก็บในฮาร์ดไดรฟ์ ซึ่งในการพิสูจน์ทางนิติเวชของฮาร์ดไดรฟ์สามารถระบุว่าวัตถุโดยอยู่ในไฟล์อินเตอร์เน็ตชั่วคราว

¹⁹ *Indecent photographs of children : Legal Guidance : The Crown Prosecution Service*. สืบค้นเมื่อ

และสามารถสันนิษฐานผู้ใช้คอมพิวเตอร์ได้วัตถุบางอย่างอาจทำให้เกิดข้อหา “สร้าง” รูปถ่าย โดยไม่ต้องพิสูจน์ว่าได้ที่ซ่อนหรือไม่ ถ้าพิสูจน์ได้ว่าผู้ใช้รู้ถึงการมีและผลการทำงานของซอฟต์แวร์ที่ซ่อนมีความผิดในการครอบครอง และคดี R v. Porter ศาลอุทธรณ์ตัดสินว่ารูปถ่ายจะอยู่ในครอบครอง เมื่อจำเลยเพียงแต่เก็บรักษาหรือควบคุมรูปภาพในขณะนั้น หากในขณะครอบครองเขาไม่ได้ควบคุมรูปภาพก็จะไม่ผิดครอบครอง หากรูปถูกลบไปก็อาจมีการตรวจสอบทางนิติเวช “การครอบครอง” ขึ้นอยู่กับว่าจำเลยรู้ทักษะหรือซอฟต์แวร์ที่รับภาพนั้นมาหรือไม่ หากจำเลยรับว่าตนดาวน์โหลดรูปหรือเข้าถึงจากอินเทอร์เน็ตก็อาจมีความผิดฐาน “สร้าง” ตามมาตรา 1 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก 1978

เมื่อมีรูปลามกของเด็ก อัยการต้องฟ้องผู้ต้องสงสัยในความผิดมาตรา 1 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก 1978 และมาตรา 160 พระราชบัญญัติความยุติธรรมทางอาญา 1988 ไม่ใช่ข้อหาสื่อลามกร้ายแรง²⁰ คดี R v. Stephen Neal 2011 ศาลอุทธรณ์เห็นว่าไม่ยุติธรรมสำหรับผู้ซื้อหนังสือที่จะถูกฟ้องข้อหาครอบครองรูปภาพในหนังสือโดยไม่ฟ้องผู้พิมพ์และ/หรือผู้เขียน ซึ่งสิ่งบันทึกไม่จำกัดแค่เทคโนโลยีสมัยเก่า เทคโนโลยีได้เปลี่ยนวิธีสร้างสิ่งบันทึก เครื่องสแกนและซอฟต์แวร์อาจ “บันทึก” ภาพถ่ายและสร้างงานทางดิจิทัลและเพิ่มสีหรือควบคุมวิธีเดียวกับภาพถ่าย โทรศัพท์มือถือบางประเภทมีผลเมื่อถ่ายรูปก็จะสร้างสิ่งบันทึกแทนรูปถ่ายเต็ม หากโทรศัพท์ถูกยึดพร้อมภาพนั้นก็อาจถือเป็นรูปถ่ายได้ (เพราะถ่ายจากกล้อง) และมีความผิดตามมาตรา 1 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก 1978 หรือมาตรา 160 พระราชบัญญัติความยุติธรรมทางอาญา 1988

เมื่อพบรูปภาพหรือรูปตัดต่อลามกอนาจารเด็กในระบบคอมพิวเตอร์หรือทรัพย์สินอื่นของผู้ต้องสงสัย ข้อหาโดยปกติคือ การสร้างรูปลามกเด็กตามมาตรา 1 (1) (a) พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก 1978 หรือครอบครองรูปตามมาตรา 160 พระราชบัญญัติความยุติธรรมทางอาญา 1988 ข้อดีของข้อหา “สร้าง” มีมากกว่า “การครอบครอง” ภาพลามกเด็กคือ ไม่มีข้อแก้ตัวในข้อหานี้

แนวทางการลงโทษจากคณะกรรมการการลงโทษควรถูกใช้เพื่อพิจารณารูปแบบการใส่สวนคดีรูปภาพลามกและภาพตัดต่อลามกเด็ก แนวทางการตีความปรากฏในคดี R v. Thompson 2004 ซึ่งระบุให้ใช้วิธีที่จะกล่าวต่อไปเมื่อมีการฟ้อง ตามลักษณะ

²⁰ Ibid.

ของวัตถุ คณะกรรมการการลงโทษได้แบ่งวัตถุเป็น 5 ระดับตามความรุนแรง²¹ โดยระดับที่ 5 จะรุนแรงสุด

ระดับ 1 รูปภาพแนวอิโรติกซึ่งไม่มีกิจกรรมทางเพศ

ระดับ 2 กิจกรรมทางเพศระหว่างเด็กโดยไม่มีการสอดใส่อวัยวะเพศหรือการสำเร็จความใคร่โดยตนเองของเด็ก

ระดับ 3 กิจกรรมทางเพศระหว่างเด็กกับผู้ใหญ่โดยไม่มีการสอดใส่อวัยวะเพศ

ระดับ 4 กิจกรรมทางเพศของเด็กคนเดียวหรือหลายคนหรือทั้งเด็กและผู้ใหญ่โดยมีการสอดใส่อวัยวะเพศ

ระดับ 5 แนวชาติสต์หรือการสอดใส่อวัยวะเพศต่อหรือโดยสัตว์

ปัจจัยพิจารณาเพิ่มหรือลดระดับปรากฏในคดี R v. Oliver, Hartrey and Baldwin 2003 ศาลคดี Oliver กล่าวว่า ปัจจัยต้น 2 ประการที่พิจารณาความรุนแรงของความผิดคือ ลักษณะของความลามกและขอบเขตการเกี่ยวข้องของผู้กระทำความผิด ความรุนแรงของความผิดจะเพิ่มจากความใกล้ชิดและการตอบสนองของผู้กระทำต่อความผิดแรกเริ่ม อายุของเด็กก็เป็นปัจจัยเพิ่มระดับตามประเภทข้างต้น ซึ่งต้องคว่าเด็กอายุต่ำกว่า 13 หรือ อายุ 13 -15 และ 16-17 ปี

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก 1978 กฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์เพื่อป้องกันการแสวงหาประโยชน์จากเด็กโดยการจัดทำภาพลามกอนาจารที่มีเด็กร่วมอยู่ด้วยและกำหนดบทลงโทษสำหรับการจำหน่าย การแสดงและการโฆษณาภาพลามกดังกล่าว

กฎหมายให้ความคุ้มครองเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี โดยกำหนดความผิดสำหรับสิ่งลามกเด็กไว้ดังนี้

- (1) ได้ทำ หรือยอมให้ทำเอาภาพลามกเด็ก หรือ
- (2) การจำหน่าย เผยแพร่หรือนำแสดง หรือ
- (3) มีภาพลามกเด็กไว้ในความครอบครองเพื่อขายจำหน่าย เผยแพร่ หรือนำออกแสดง
- (4) ตีพิมพ์ หรือเป็นเหตุให้มีการพิมพ์โฆษณา ว่ามีการเผยแพร่หรือนำออกแสดง

ซึ่งสิ่งลามกเด็กมีความผิด²²

โดยบุคคลที่กระทำความผิดดังกล่าวมีความผิดต้องรับโทษอันได้แก่ กรณีลงโทษตามการพิจารณาคดีโดยรวบรัด (summary trial) ซึ่งจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินห้าพันปอนด์ (level 5 on the standard scale) หรือทั้งจำทั้งปรับ หรือกรณีลงโทษตามการพิจารณาคดี

²¹ Ibid.

²² The Protection of Children Act 1978, section 1(1).

โดยอินไคเมนต์ (trial on indictment) ซึ่งจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ²³ ซึ่งกรณีความผิดดังกล่าวสามารถดำเนินคดีได้ทั้งในรูปแบบของการดำเนินกระบวนวิธีพิจารณาคดีโดยรวบรัด และโดยอินไคเมนต์ (offences triable either way) และด้วยเป็นการความผิดที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของสังคม ดังนั้น กฎหมายจึงกำหนดว่าการดำเนินคดีความผิดดังกล่าวข้างต้นจะกระทำไม่ได้ เว้นแต่จะได้กระทำโดยหรือได้รับการอนุญาตจาก Direction of Public Prosecutions(DPP)²⁴

นอกจากคุ้มครองในด้านสื่อลามกเด็กแล้ว กรณีของการกระทำอนาจารในขั้นตอนของการจัดทำภาพลามกเด็กนั้น กฎหมายอังกฤษมีกำหนดความผิดสำหรับการกระทำอนาจารเด็ก (indecent assault) ใน The Sexual Offences Act 1956 (มีการแก้ไขหลายครั้ง) กำหนดความผิดสำหรับบุคคลที่กระทำอนาจารต่อเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี แยกเป็นความผิดกระทำต่อเด็กหญิง²⁵ และกระทำต่อเด็กชาย²⁶ และบุคคลนั้นมีความผิดและรับโทษในความผิดนี้ใน 2 ลักษณะ คือ

(1) กรณีลงโทษตามการพิจารณาโดยรวบรัด (summary trial) โดยจำคุกในระยะเวลาไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินห้าพันปอนด์หรือตามที่ศาลกำหนด (prescribed sum) หรือทั้งจำทั้งปรับ หรือ

(2) กรณีลงโทษตามการพิจารณาโดยอินไคเมนต์ (trial on indictment) โดยจำคุกในระยะเวลาไม่เกินสิบปี

2) มาตรการคุ้มครองเด็กในเรื่องสิ่งที่ยั่วยุศีลธรรมอันดี

การเปิดเผยหรือแสดงภาพที่ยั่วยุศีลธรรมอันดี (indecent display) ผู้สาธารณชนนั้นวัตถุสิ่งของหรือบริการต่าง ๆ จะต้องมีข้อความแสดงคำเตือน หรือกำหนดอายุของผู้ที่สามารถรับรู้หรือใช้สิ่งของหรือบริการเหล่านั้นได้ จึงจะสามารถเผยแพร่สู่สาธารณชนได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเหมาะสมหรือลามกแก่เด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี²⁷ โดยเหตุที่คุ้มครองเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี เพราะพิจารณาจากการรับรู้และการเลือกที่จะรับรู้ในเรื่องทางเพศ ในขณะที่การคุ้มครองเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี จะคุ้มครองจากการกระทำที่ไม่เหมาะสมทางเพศ เพราะเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี ยังอ่อนวัยและอาจถูกล่อลวงได้ง่าย โดยกำหนดโทษไว้ดังนี้

²³ The Protection of Children Act 1978, section 6.

²⁴ The Protection of Children Act 1978, section 1(3).

²⁵ The Sexual Offences Act 1956, section 14(2).

²⁶ The Sexual Offences Act 1956, section 15(2).

²⁷ The Indecent Displays (Control) Act 1981, section1(6).

(1) กรณีลงโทษตามการพิจารณาคดีโดยรวบรัด (summary trial) โดยปรับไม่เกินห้าพันปอนด์หรือตามอัตราโทษขั้นสูงตามที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนด (the statutory maximum)

(2) กรณีลงโทษตามการพิจารณาคดีโดยอินไดเมนท์ (trial on indictment) โดยจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรการทางกฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษข้างต้นนั้น ประเทศอังกฤษได้มีการกำหนดการควบคุมการกระทำเกี่ยวกับการทำ ผลิต เผยแพร่ การครอบครอง และการโฆษณาสิ่งลามกเด็ก และกำหนดความรับผิดชอบของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับสิ่งลามกเด็ก แยกต่างหากจากความผิดเกี่ยวกับสิ่งลามกผู้ใหญ่ แต่เมื่อพิจารณาในกรณีของโทษสำหรับความผิดพบว่าระวางโทษสำหรับความผิดเกี่ยวกับสิ่งลามกเด็กและสิ่งลามกผู้ใหญ่ไม่มีความแตกต่างกัน อีกทั้งยังมีมาตรการควบคุมในรูปแบบของการตรวจสอบสื่อต่างๆ เช่น ในกฎหมายเกี่ยวกับภาพยนตร์ กฎหมายเกี่ยวกับวิดีโอ เป็นต้น ที่จะกำหนดลักษณะของภาพหรือเสียงที่เป็นการลามก หรือขัดต่อศีลธรรม ไม่มีการเผยแพร่แก่เด็ก หรือสาธารณะ นอกจากนั้นยังมีกรณีของการกำหนดให้มีการแสดงข้อความ คำเตือนสำหรับสิ่งของที่เกี่ยวข้องกับเด็กที่อาจเป็นอันตรายตาม the Indecent Displays (Control) Act 1981 ซึ่งกรณีถ้าไม่ปฏิบัติตามก็จะต้องรับโทษอาญา ซึ่งถือว่าเป็นมาตรการที่เข้ามาควบคุมเพื่อให้เป็นไปตามมาตราที่กำหนด

การกระทำความผิดของกฎหมายอาญาของอังกฤษต้องมียุติประกอบที่สำคัญอยู่สองประการ คือ ประการแรก ต้องเป็นการกระทำความผิดทางอาญา (act reus) ซึ่งเป็นองค์ประกอบภายนอก และประการที่สอง เป็นการกระทำที่ต้องมีเจตนา (mens rea) เป็นองค์ประกอบภายใน ซึ่งถ้าขาดองค์ประกอบอย่างใดอย่างหนึ่งทั้งสองประการนี้ ไม่ถือว่าเป็นการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น แต่ความผิดบางประเภทที่กฎหมายสามารถลงโทษผู้กระทำผิดได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงเจตนา เช่น ความผิดก่อความเดือดร้อนรำคาญทั่วไป (Public nuisance) ลักษณะของการกระทำคือการก่อให้เกิดผู้อื่นได้รับความเดือดร้อน โดยไม่จำเป็นต้องมีเจตนาร้ายที่จะทำความรำคาญ เพียงแต่ผลแห่งการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับความเดือดร้อนแล้ว ก็ถือเป็นความผิดในทางอาญา²⁸ กฎหมายอังกฤษนั้น ถือว่าความผิดเกี่ยวกับเพศเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมอันดีและถือเป็นความผิดในตัวของมันเอง (mala in se) ซึ่งถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมเช่นเดียวกับหลายๆ

²⁸ หลวงประเสริฐมุนิจ. (2495). คำอธิบายกฎหมายประเทศอังกฤษ. หน้า 54.

ประเทศ อย่างไรก็ตามในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ กฎหมายอังกฤษจะมีลักษณะเป็นขอบเขต ทั้งที่เป็นองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในของความผิดแต่ละฐาน²⁹

ในเรื่องความสำคัญผิดในอายุของเด็กผู้เสียหายนั้น กฎหมายอังกฤษไม่อนุญาตให้ยกขึ้นแก้ตัว³⁰ และมีคำพิพากษาเป็นบรรทัดฐานในแนวเดียวกัน เช่นตัวอย่างที่ขึ้นไปสู่การพิจารณาของศาลสูงสุด ได้แก่คดี Regina v.Prince ในปี คศ.1875³¹ ซึ่งเป็นเรื่องที่จำเลยถูกจับในข้อหาพาตัวเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบหกปีไปจากการปกครองของบิดาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย โดยจำเลยเชื่อโดยสุจริตว่าเด็กหญิงนั้นอายุสิบแปดปีแล้วและซึ่งจำเลยเชื่อโดยสุจริตใจ และความเชื่อของเขาก็สมเหตุสมผลด้วย แต่จำเลยก็ไม่สามารถแก้ตัวได้ โดยศาลให้เหตุผลว่า³² แม้การกระทำนี้จำเลยจะเข้าใจว่าไม่ผิดกฎหมาย แต่มันก็เป็นความผิดมันตัวของมันเอง (not illegal but wrong...) จะเห็นได้ว่าจำเลยไม่สามารถอ้างเหตุสำคัญผิดในอายุของเด็กขึ้นอ้างให้พ้นผิดได้ ซึ่งถ้าหากว่ายอมให้จำเลยอ้างได้ว่าได้กระทำไปโดยเชื่ออย่างสมเหตุสมผลแล้วว่าเด็กอายุเกินกว่า 16 ปี ซึ่งก็ถือว่าจำเลยไม่มีเจตนาร้าย เช่นนี้ก็เป็นไปได้ยาก ว่าบุคคลใดจะพาเด็กไปจากการปกครองของบิดาจะเป็นความผิดกฎหมายเว้นเสียว่า จะรู้ว่าเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี จึงต้องตีความว่า โดยรู้อยู่แล้ว แม้ตัวบทจะไม่ได้บัญญัติไว้ ซึ่งถือว่าจำเลยกระทำไปโดยความเสี่ยงว่าข้อเท็จจริงอาจจะออกมาว่า เด็กนั้นอายุต่ำกว่า 16 ปี ก็ได้ การกระทำของจำเลยเป็นความผิดในตัวของมันเอง แม้ว่าจะไม่เป็นความผิดกฎหมาย (not illegal but wrong...) จำเลยต้องแบกรับความเสี่ยงนั่นเอง ซึ่งการพาไปนั้น อาจจะพาไปด้วยเจตนาดีก็ได้และอาจไม่ขัดต่อศีลธรรมก็ได้ แต่อย่างไรก็ตามก็ยังเป็นการกระทำที่ต้องห้ามถือเป็นความผิดอยู่ในตัวเองอยู่แล้วหากไม่มีการรองรับ จำเลยจึงไม่อาจอ้างเรื่องความเชื่อที่ว่าเด็กอายุเกินกว่า 16 ปี เพื่อให้พ้นผิดได้

คดีนี้ถือเป็นแนวบรรทัดฐานในการตัดสินคดีของประเทศอังกฤษมาจนถึงปัจจุบัน ซึ่งวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองเด็กเป็นสำคัญ และเป็นการยากหากจะต้องพิสูจน์ถึงการรู้หรือไม่รู้เกี่ยวกับอายุเด็ก จึงควรถือว่าผู้กระทำได้รู้อยู่แล้วเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมาย จากคำพิพากษานี้ในปัจจุบันประเทศอังกฤษจึงได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ใน The sexual offences Act 2003 โดยมุ่งคุ้มครองเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ซึ่งผู้กระทำความผิดไม่สามารถอ้างเหตุความเชื่อเกี่ยวกับอายุได้เลย แต่ถ้าหากได้กระทำความผิดต่อเด็กอายุ

²⁹ ซัยชนะ พรรัตน์พันธุ์. (2545). การคุ้มครองเด็กและเยาวชนชายที่เป็นเหยื่อการกระทำผิดทางเพศ ศึกษาเฉพาะกรณีการลงโทษกฎหมายอาญา. หน้า 37.

³⁰ Smith and Hogan. (2002). *Criminal* (Tenth edition). p.121

³¹ Wayne R.Lafave and Austin w.Sott.Jr. (1972). *Handbook on Criminal Law*. p.360 – 361.

³² Kadish and Paulsen. (1975). *Criminal Law and Its Processes (Case and Materials)*. p.102 – 103.

เกินกว่า 13 ปี แล้ว ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าจำเลยเชื่ออย่างสมเหตุสมผลว่าเด็กอายุเกิน 16 ปี หรือเกินกว่านั้น ตามหลัก Reasonable Believe หลักการนี้ใช้ทั้งในกรณีการพิสูจน์เกี่ยวกับความเชื่อเรื่องความยินยอมในการร่วมประเวณี และการพิสูจน์เกี่ยวกับความเชื่อว่าเป็นเด็กที่ร่วมประเวณีนั้น มีอายุที่สามารถให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีได้ ซึ่งหมายความว่าถึงการพิสูจน์ว่าสิ่งหนึ่งสิ่งใดนั้นปราศจากข้อสงสัยตามสมควร คือการพิสูจน์ว่าไม่มีข้อสงสัยตามสมควรในจิตใจของวิญญูชนว่าจำเลยมีเจตนาตามที่ถูกกล่าวหา โดยมีข้อสันนิษฐานว่าจำเลยเป็นเช่นวิญญูชนทั่วไป การพิสูจน์เจตนาของการขึ้นใจบุคคลอื่นให้มีเพศสัมพันธ์ จึงเป็นเรื่องของการแสดงว่าวิญญูชนไม่น่าจะเชื่อตามที่จำเลยกล่าวอ้าง เมื่อพิจารณาว่าจำเลยอยู่ในฐานะวิญญูชนทั่วไป

นอกจากนี้ก็ยังมียุติคดี *People v. Ratz*³³ เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศซึ่งผู้กระทำความผิดสำคัญผิดในอายุของเด็กผู้เสียหาย ซึ่งศาลสูงสุดแห่งประเทศอังกฤษได้ให้เหตุผลไว้ว่า เพื่อป้องกันสถาบันทางสังคม อันได้แก่ ครอบครัวและเด็ก จึงจะต้องถือว่าจำเลยกระทำโดยตระหนกอยู่ว่าตนเองกำลังเสี่ยงกับความผิด ดังนั้น ไม่ว่าจำเลยจะรู้หรือไม่รู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของผู้เสียหายจำเลยก็ต้องรับผิดชอบในการกระทำนั้น

3.2 ประเทศเยอรมัน

3.2.1 มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมสื่อลามก

ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ไม่ได้มีการให้คำจำกัดความของสื่อลามกเอาไว้เป็นการเฉพาะ แต่ได้มีการให้คำอธิบายถึงสื่อลามกเอาไว้ โดยสิ่งที่จะต้องถือว่าเป็น สื่อลามก ต้องเป็นสิ่งที่รู้สึกได้เพียงอย่างเดียวหรือมีจุดมุ่งหมายหลักเพื่อการกระตุ้นความรู้สึกทางเพศของผู้ที่ได้ชมและเป็นการละเมิดต่อขอบเขตในเรื่องความเหมาะสมทางเพศที่อยู่บนพื้นฐานของแนวคิดทางด้านศีลธรรมของสังคมโดยทั่วไป

ระบบกฎหมายเยอรมันเป็นระบบประมวลกฎหมาย ดังนั้นกฎหมายควบคุมสื่อลามกจะปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมัน โดยกฎหมายของเยอรมัน ห้ามการเผยแพร่สื่อลามกไม่ว่าจะเป็นการขาย จำหน่าย การนำออกแสดง หรือทำให้เผยแพร่ด้วยวิธีการอื่นใด ซึ่งงานเขียน การบรรยาย หรือรูปภาพอันลามก ในสถานที่สาธารณะ หรือผลิตเพื่อนำออกเผยแพร่หรือประกาศหรือโฆษณา ซึ่งบุคคลที่กระทำการดังกล่าวจะต้องรับโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับตามที่กำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามมาตรา 184 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเดิม

³³ Kadish and Paulsen. Opcit. p 106.

ต่อมาในปี 1987 ได้มีการตรวจแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมันเสียใหม่และจากการแก้ไขครั้งนี้ ได้มีการกำหนดหลักการใหม่ในเรื่องการควบคุมสิ่งลามกตามมาตรา 184 โดยควบคุมงานประพันธ์ในลักษณะของสิ่งที่สามารถแสดงออกมาให้เห็นเป็นภาพ เสียง ตลอดจนการบันทึกภาพ เสียง³⁴ กล่าวคือ

(1) ห้ามการเผยแพร่สิ่งลามกไม่ว่าจะโดยการขาย จำหน่าย ให้ ให้ยืม ให้เช่า หรือเสนอขาย จำหน่าย ให้ ให้ยืม ให้เช่า

(2) การจัดทำ ผลิต เสนอ หรือ แนะนำสิ่งลามก

(3) การเผยแพร่สิ่งลามกผ่านทางระบบการกระจายเสียง (broadcast) ไม่ว่าจะเป็นการกระจายเสียงทางวิทยุหรือโทรทัศน์

(4) เผยแพร่สิ่งลามกที่แสดงลักษณะของพฤติกรรมทางเพศระหว่างมนุษย์กับสัตว์ (sexual actions of human with animal) เพราะถือว่าเป็นพฤติกรรมทางเพศที่ผิดปกติและกรณีอาจถือว่าเป็นกระทำทารุณต่อสัตว์

โดยบุคคลดังกล่าวต้องรับโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีและปรับตามที่กฎหมายกำหนดหรือทั้งจำทั้งปรับ

จากการแก้ไขมาตรา 184 ใหม่ นอกจากกฎหมายจะควบคุมในเรื่องของสิ่งลามกทั่วไปแล้ว ยังควบคุมถึงการเผยแพร่สิ่งลามกทางระบบการกระจายเสียง ซึ่งแต่เดิมไม่ได้ครอบคลุมในส่วนนี้ นอกจากนั้นยังมีการจำแนกสิ่งลามกออกเป็นสิ่งลามกธรรมดา สิ่งลามกที่เป็นพฤติกรรมระหว่างมนุษย์กับสัตว์ และยังมีสิ่งลามกเด็ก ซึ่งกรณีสิ่งลามกเด็กจะกล่าวในส่วนของ การคุ้มครองเด็กต่อไป

3.2.2 มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็ก

แต่เดิมประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติแยกเรื่องสิ่งลามกเด็กกับสิ่งลามกผู้ใหญ่ ออกจากกัน แต่กฎหมายควบคุมการเผยแพร่สิ่งลามกเป็นการทั่วไป ในส่วนการคุ้มครองเด็ก เมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมันฉบับเก่าในมาตรา 184 พบว่านอกจากกฎหมายของเยอรมันจะบัญญัติ ห้ามการเผยแพร่ การผลิต การโฆษณา สิ่งลามกต่อสาธารณะแล้ว กฎหมายยังกำหนดห้ามไม่ให้มีการขาย จำหน่าย หรือเสนอขายสิ่งลามกแก่บุคคลอายุต่ำกว่า 16 ปี ถ้าบุคคลใดทำการขายหรือเสนอขายสิ่งลามกให้แก่เด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี มีความผิดต้องรับโทษ แต่สิ่งลามกตามกฎหมายเก่า จำกัดเฉพาะสิ่งลามกที่อยู่ในรูปของงานเขียนหรือหนังสือ และรวมถึงหนังสือที่มีรูปภาพ

³⁴ German penal code, article 11(3)

ต่อมาในปี 1987 ได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมัน โดยเฉพาะในมาตรา 184 ซึ่งควบคุมการเผยแพร่สิ่งลามก ในหลักการใหม่พบว่าได้มีการให้ความคุ้มครองบุคคลที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปี ซึ่งแต่เดิมกฎหมายอาญาบับเท่าให้ความคุ้มครองเด็กอายุต่ำกว่าสิบหกปีโดยในกฎหมายใหม่มีหลักการเพิ่มขึ้นในการคุ้มครองเด็กดังนี้

(1) สิ่งลามกทั่วไป

(1.1) ห้ามเผยแพร่สิ่งลามก โดยประการที่ว่า บุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปีสามารถที่จะรับรู้ได้หรือมีการเสนอให้แก่บุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปี³⁵

(1.2) บุคคลใดทำสิ่งลามกในสถานที่ที่บุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปี สามารถที่จะเห็นได้ชมหรือรับรู้ได้³⁶

(1.3) บุคคลใดทำสิ่งลามกในสถานที่สาธารณะ ที่บุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปี อาจพบเห็นได้ หรือมีการเผยแพร่สิ่งลามกนอกเขตการค้าด้วยวิธีการเสนอขายหรือประกาศ³⁷

บุคคลใดที่กระทำ ความผิดข้างต้น ไม่ว่าด้วยวิธีการอย่างไร อันเป็นการเผยแพร่สิ่งลามกแก่บุคคลต่ำกว่าสิบแปดปี ต้องรับโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับตามที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ

(2) สิ่งลามกเด็ก³⁸

กรณีนี้เป็นหลักการที่เพิ่มขึ้นมาในเรื่องการเผยแพร่สิ่งลามกเด็ก

(2.1) จำหน่ายหรือเผยแพร่ หรือ

(2.2) แสดงต่อสาธารณะ ส่ง นำแสดง หรือทำด้วยประการอื่นใด เพื่อได้พบเห็นได้ หรือ

(2.3) ผลิต จัดทำ จัดหา เก็บรักษาเพื่อให้หาได้ เสนอ โฆษณา ประกาศ แนะนำ หรือกระทำด้วยประการอื่น

โดยถ้ากรณีเป็นการกระทำต่อสิ่งลามกเด็ก บุคคลที่กระทำการดังกล่าว ต้องรับโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนจนถึงห้าปี หรือปรับตามที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ

ส่วนการครอบครองสิ่งลามกเด็ก ผู้ที่ครอบครองต้องรับโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับตามที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ³⁹

³⁵ German penal code, article 184(1)1.

³⁶ German penal code, article 184(1)2.

³⁷ German penal code, article 184(1)5.

³⁸ German penal code, article 184b.

³⁹ German penal code, article 184b(2).

ในส่วนของการกระทำทางเพศต่อเด็กในขั้นตอนของการจัดทำสิ่งลามกนั้น กฎหมายอาญาเยอรมันถือว่าการนำเสนอเด็กในรูปแบบของเสียงหรือรูปร่างเพื่อให้ปรากฏ สิ่งลามกเด็ก เพื่อที่จะกระตุ้นความรู้สึกทางเพศของเด็กหรือบุคคลอื่น ถือว่าเป็นความผิดฐานกระทำทารุณทางเพศเด็กตามมาตรา 176(5) แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันด้วย โดยผู้ที่กระทำ หรือพยายามกระทำความผิดดังกล่าว ต้องรับโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตามที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ

นอกจากประมวลกฎหมายอาญาแล้ว การคุ้มครองเด็กในเรื่องของสิ่งลามก ยังมีกฎหมายอีกสองฉบับ คือ The Act on the Dissemination of Publications Morally Harmful to Youth เป็นกฎหมายที่กำหนดกระบวนการตรวจสอบว่าสิ่งพิมพ์ใดเป็นสิ่งพิมพ์ที่อันตรายต่อศีลธรรมกับเด็กหรือผู้เยาว์ โดยมีการออกเป็นบัญชีรายชื่อของสิ่งที่จะต้องห้าม (black list) ที่จะถูกห้ามไม่ให้มีการเผยแพร่สิ่งพิมพ์เหล่านี้แก่เด็กและผู้เยาว์ และ The Act on the Protection of Young Person in public Places กฎหมายฉบับนี้รับรองให้ความคุ้มครองแก่เด็กหรือผู้เยาว์ในรูปแบบที่มากขึ้น โดยจะพิจารณาถึงความเป็นอันตรายต่อเด็กและผู้เยาว์ ทางด้านการพัฒนาทางร่างกาย จิตใจ และศีลธรรม ซึ่งกรณีนี้สิ่งลามกก็ถือเป็นสิ่งที่มีผลต่อการพัฒนาต่อร่างกาย จิตใจ และศีลธรรมของเด็กและผู้เยาว์

กรณีการคุ้มครองเด็กเกี่ยวกับสิ่งลามกในกฎหมายเยอรมันดังกล่าวข้างต้นนั้น ประเทศเยอรมันได้มีการกำหนดการควบคุมการทำ ผลิต หรือการเผยแพร่สิ่งลามกเด็กแยกออกจากสิ่งลามกผู้ใหญ่ และมีการกำหนดการควบคุมการครอบครองสิ่งลามกเด็กไม่ว่าจะครอบครองเพื่อการค้าหรือส่วนตัวก็มีความผิด ในส่วนของโทษสำหรับความผิดของบุคคลที่เกี่ยวกับสิ่งลามกเด็กนั้นมีระวางโทษที่สูงกว่าความผิดเกี่ยวกับสิ่งลามกผู้ใหญ่ อีกทั้ง ยังพบว่ามีการในทางปกครองที่เข้ามาควบคุมในเรื่องเกี่ยวกับสิ่งลามกและสิ่งขัดต่อศีลธรรมอันเป็นอันตรายแก่เด็กหรือผู้เยาว์ เช่น การกำหนดบัญชีรายชื่อสิ่งพิมพ์ที่เป็นอันตรายต่อเด็ก ใน The Act on the Dissemination of Publications Morally Harmful to Youth หรือ สิ่งที่เป็นอันตรายต่อการพัฒนาการของเด็กใน The Act on the Protection of Young Person in Public Place เป็นต้น

สำหรับความผิดฐาน “การล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก”

ความผิดเกี่ยวกับเพศของประเทศเยอรมันได้บัญญัติไว้ในมาตรา 173 ถึง มาตรา 184b The penal of the German federal Republic, 1871 การข่มขืนกระทำชำเราและการล่วงละเมิดทางเพศ (Rape and sexual Abuse)

การล่วงละเมิดทางเพศตามกฎหมายเยอรมัน ตามมาตรา 176 ได้บัญญัติให้การกระทำ ความผิดเกี่ยวกับเพศต่อบุคคลอายุต่ำกว่าสิบสี่ปี หรือผู้ใด อนุญาตเกี่ยวกับเพศต่อผู้อื่น หรืออนุญาต

ให้ผู้อื่นกระทำเช่นเดียวกันนั้นต่อเด็กเป็นการกระทำความผิดการพยายามกระทำความผิดต้องรับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติ

ข้อสังเกตในประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมัน มาตรา 176 นั้น ได้บัญญัติถึงการกระทำความผิดอันเกี่ยวกับเพศของบุคคลที่กระทำต่อเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี หรือผู้ที่อนุญาตให้เด็กกระทำทางเพศต่อผู้กระทำความผิด โดยไม่ได้คำนึงว่าเด็กที่ถูกกระทำนั้นจะเป็นหญิงหรือชายก็เป็นความผิดตามมาตรานี้นั้น ย่อมแสดงว่ากฎหมายของเยอรมันให้การคุ้มครองในเรื่องเพศต่อเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี ที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราและละเมิดทางเพศ ไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ส่วนเรื่องการสำคัญผิดในเรื่องอายุของเด็ก ตามกฎหมายของประเทศเยอรมันนั้น ไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นเรื่องเฉพาะ แต่หากว่าผู้กระทำความผิดไม่สามารถยกขึ้นอ้างเป็นข้อต่อสู้ในคดีให้พ้นผิดได้ เพราะตามหลักกฎหมายของเยอรมันบัญญัติไว้ว่าความสำคัญผิดในเรื่องที่สัมผัสไม่ได้ ซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้เป็นองค์ประกอบของความผิดไว้ แก้วตัวไม่ได้⁴⁰

⁴⁰ 2 Manual of German Law no.31 p.83. Kenny no.40 p.56. no.145 p.183 (อ้างอิงใน จิตติ ดิงศภัทย์ ,2546 : 734)

บทที่ 4

มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กจากสื่อลามกเด็กในประเทศไทย

ในบทนี้จะกล่าวถึงการคุ้มครองสิทธิของเด็กในกฎหมายไทยที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน เพื่อให้ทราบถึงประสิทธิภาพของการบังคับใช้กฎหมายไทย ว่าสอดคล้องกับสภาพปัญหาในปัจจุบันหรือไม่ อย่างไร และวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็ก

4.1 การคุ้มครองสิทธิของเด็กในกฎหมายไทยที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน

4.1.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

มาตรา 52 วรรคสอง “เด็ก เยาวชน สตรี และบุคคลในครอบครัว มีสิทธิได้รับความคุ้มครองจากรัฐ ให้ปราศจากการใช้ความรุนแรงและการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม...”

มาตรา 80 “รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านสังคม การสาธารณสุข การศึกษา และวัฒนธรรม ดังต่อไปนี้

(1) คุ้มครองเด็กและพัฒนาเด็กและเยาวชน...”

มาตราดังกล่าวนี้ข้างต้นเป็นหลักประกันที่รัฐต้องให้ความคุ้มครองเด็ก และเยาวชนจากการใช้ความรุนแรงและการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม รวมถึงการใช้ความรุนแรงจากการบังคับขู่เข็ญ โดยรัฐต้องเข้ามากำหนดมาตรการคุ้มครองเด็ก และนอกจากนั้นรัฐจะต้องจัดให้มีการคุ้มครองตามที่กำหนดไว้เป็นแนวนโยบาย ตามรัฐธรรมนูญในมาตรา 80

4.1.2 ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 287 “ผู้ใด

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

(2) ประกอบการค้า หรือมีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้าเกี่ยวกับวัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้ว แจกจ่ายหรือแสดงอวดแก่ประชาชน หรือให้เช่าวัตถุหรือสิ่งของเช่นนั้น

(3) เพื่อจะช่วยให้การทำให้แพร่หลาย หรือการค้าวัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้ว โฆษณา หรือโฆษณาโดยประการใดๆ ว่ามีบุคคลกระทำการอันเป็นความผิดตามมาตรา 287 หรือ โฆษณาหรือโฆษณาว่า วัตถุ หรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้วจะหาได้จากบุคคลใด หรือโดยวิธีใด...”

ในการกำหนดควบคุมเรื่องสิ่งลามก ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 ได้บัญญัติห้ามสิ่งลามกไม่ว่าจะเป็นสิ่งลามกผู้ใหญ่หรือสิ่งลามกเด็ก ไม่ให้มีการเผยแพร่เพื่อการค้าหากำไร ซึ่งได้กำหนดลักษณะการห้ามเอาไว้ 3 ประการ คือ

- (1) ห้ามการเผยแพร่สิ่งลามก
- (2) ห้ามการค้า
- (3) ห้ามการโฆษณาบอกแหล่งที่มีสิ่งลามก

ซึ่งกำหนดโทษเอาไว้ที่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ โดยไม่ว่าจะเป็นสิ่งลามกผู้ใหญ่หรือสิ่งลามกเด็ก ผู้กระทำความผิดจะต้องได้รับโทษในอัตราโทษที่เท่ากัน

4.2 การวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการทางในการคุ้มครองเด็ก

4.2.1 วิเคราะห์ผลกระทบของสื่อลามกเด็กต่อเด็กและสังคม

ปัญหาสื่อลามกเด็กเป็นปัญหาสำคัญปัญหาหนึ่ง สื่อลามกเด็กนั้นมิใช่แต่เพียงภาพที่แสดงถึงภาพเปลือยเท่านั้น หากแต่เป็นฉากหนึ่งของอาชญากรรมอื่น ๆ อีกด้วย ไม่ว่าจะเป็น การข่มขืนกระทำชำเรา การทำอนาจาร การทำร้ายร่างกาย และการฆาตกรรม ซึ่งมีการปรากฏภาพให้เห็นว่ามีการถ่ายภาพการล่วงละเมิดทางเพศของเด็ก อาจจะเป็นภาพวาด มีการทรมานทางเพศกับเด็ก จากนั้นผู้กระทำความผิดก็อาจจะส่งภาพเผยแพร่ให้กับบุคคลอื่น ไม่ว่าจะเป็นในเชิงธุรกิจการค้าที่แสวงหากำไร หรือเป็นการแบ่งปันกันเองระหว่างบุคคล โดยอาจจะเผยแพร่ผ่านทางอินเทอร์เน็ต ซึ่งบางครั้งก็ได้มีการจำหน่ายวัตถุลามกผ่านทางเว็บไซต์ของตัวเองอีกด้วย

เนื่องจากกระแสวัฒนธรรมจากต่างประเทศที่มาพร้อมกับการพัฒนาทางเทคโนโลยีก็มีส่วนสำคัญในการสร้างวัฒนธรรมใหม่ขึ้นมาในสังคมไทย คือ สื่อลามกที่มีแพร่กระจายทั่วไป โดยเฉพาะในอินเทอร์เน็ต คนไทยมิได้ใช้อินเทอร์เน็ตเพื่อหาความรู้อย่างที่ควรจะเป็น หากแต่ใช้เพื่อความบันเทิงทั้งสิ้น และความบันเทิงที่เป็นที่นิยมมากที่สุดคือเรื่องเพศ ความแตกต่างระหว่างแนวคิดของสังคมไทยที่ถือว่าเรื่องเพศเป็นเรื่องน่าอาย กับเสรีภาพในการแสดงข้อมูลข่าวสารมีมากเกินไป ผู้คนต่างก็อยากตอบสนองความกระหายใคร่รู้ของตนเองอย่างลับๆ อินเทอร์เน็ตจึงเป็นช่องทางที่น่าสนใจ ไม่มีใครทราบว่าเป็นใคร ยิ่งหากยิ่งพบ ยิ่งอยากรู้อยากเห็น สื่อลามกทั่วไปก็ไม่สามารถตอบสนองได้เท่าที่ควร ผู้บริโภคจึงแสวงหาสิ่งที่แปลกออกไปเรื่อยๆ สื่อลามกเด็กก็เป็น

ส่วนหนึ่งในความแปลกและวิตถาร ปัจจุบันกลุ่มผู้บริโภคสื่อลามกเด็กไม่ได้จำกัดอยู่ในหมู่ผู้ที่ยกจะมีเพศสัมพันธ์กับเด็กหรือกลุ่มรักร่วมเพศเท่านั้น แต่ได้ขยายลูกกลมไปถึงบุคคลทั่วไปที่มีเคยคิดว่าตนเองชอบบริโภคสิ่งเหล่านี้มาก่อนเลย

กรณีปัญหาสื่อลามกเด็กแสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่า ปัญหาสื่อลามกเด็กนั้นนับวันจะยิ่งทวีความรุนแรงและซับซ้อนยิ่งขึ้น เราทุกคนต่างได้รับผลกระทบจากปัญหานี้ทั้งสิ้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องจัดการให้สื่อลามกเด็กหมดไปจากสังคม แต่โดยสภาพปัญหานี้ชี้ให้เห็นว่า ปัญหาสื่อลามกเด็กมิได้เพียงเกิดขึ้นในเขตดินแดนของแต่ละรัฐเท่านั้น หากแต่ลูกกลมใหญ่โตกลายเป็นเครือข่ายกระจายอยู่ทั่วโลก

4.2.1.1 ผลกระทบของสื่อลามกเด็กต่อเด็กที่เป็นเหยื่อ

เด็กถือว่าเป็นผู้ที่ได้รับผลกระทบโดยตรงจากปัญหานี้ การให้เด็กมีส่วนร่วมกับสื่อลามกถือเป็นการทำร้ายเด็กทางเพศ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงความยินยอมของเด็ก ซึ่งไม่ว่าเด็กจะรู้สึกดีหรือไม่กับกิจกรรมนี้ ทั้งผู้ผลิตและผู้บริโภคต่างก็มีส่วนในการทำร้ายนี้ทั้งสิ้น จากการศึกษาพบว่าเด็กเป็นวัยที่สมควรได้รับความคุ้มครองทางเพศเป็นพิเศษ เนื่องจากเด็กจะมีโอกาสได้รับผลกระทบจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศได้มากกว่าผู้ใหญ่ และความไม่พร้อมของสภาพร่างกายและสภาพจิตใจก็เป็นสาเหตุสำคัญอีกประการหนึ่งด้วย

4.2.1.1.1 ผลกระทบด้านร่างกาย

โดยตัวสื่อลามกเด็กเองนั้นอาจเป็นได้ทั้งอาชญากรรม และภาพบันทึกเหตุการณ์อาชญากรรม (A Crime Scene) ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่า ขณะนั้นเด็กกำลังถูกล่วงละเมิดทางเพศอย่างไร ทั้งนี้เนื่องจากเนื้อหาของสื่อที่น่าเสนาอาจไม่เป็นเพียงภาพเด็กเปลือยหรือแสดงท่าทางที่กระตุ้นความต้องการทางเพศเท่านั้น แต่รวมถึงภาพเด็กขณะทำกิจกรรมทางเพศไม่ว่าจะโดยลำพังหรือร่วมกับผู้อื่น ไม่ว่าจะกับเด็กด้วยกัน หรือกับผู้ใหญ่ และกรณีเด็กถูกปฏิบัติเชิงฆาตกรรมทางเพศ เช่น การทำร้ายร่างกายกรณีเด็กไม่ให้ความร่วมมือ ภาพการร่วมเพศกับเด็กอย่างป่าเถื่อนเยี่ยงสัตว์ป่า การข่มขืน ขณะที่เด็กยังบริสุทธิ์(ทำลายพรหมจรรย์) การบังคับเด็กให้เป็นทางทางเพศ การร่วมเพศทางเวจมรรค(ทวารหนัก) และทางปาก(Oral sex) สิ่งที่เราเห็นจากสื่อไม่ใช่แค่เพียงการที่เด็กคนหนึ่งถูกถ่ายภาพ แต่ภาพหรือเสียงที่สื่อออกมาแสดงให้เห็นว่าเด็กคนนั้นกำลังถูกทำร้าย ถูกทรมาณ ถูกข่มขืน สิ่ง que เด็กต้องเผชิญจึงไม่แตกต่างอะไรกับกรณีถูกทำร้าย ถูกทรมาณ หรือถูกข่มขืนทั่วไป ผลที่ตามมาก็มีตั้งแต่แผลฟกช้ำเล็กน้อย การตั้งครรภ์ การติดโรคจากการมีเพศสัมพันธ์จากผู้ใหญ่ ไปจนถึงพิการ และเสียชีวิตในบางกรณี ความรุนแรงที่เด็กได้รับย่อมส่งผลกระทบต่อร่างกายเด็กมากกว่าผู้ใหญ่อย่างแน่นอน เนื่องจากเด็กยังขาดความพร้อมทางสภาพร่างกาย โดยเฉพาะในการประกอบกิจกรรมทางเพศ และในหลายกรณีหากเหยื่อเป็นผู้ใหญ่ก็ไม่น่าจะทนได้เช่นเดียวกัน

4.2.1.1.2 ผลกระทบด้านจิตใจ

สื่อลามกเด็กถือเป็นการใช้ประโยชน์ทางเพศกับเด็กโดยตรง ซึ่งเห็นได้ชัดว่าประสบการณ์เหล่านั้นมักทำให้เกิดความซึมเศร้า ต่อด้านสังคม อารมณ์แปรปรวน เครียด กลัวและหวาดวิตก¹ ซึ่งความพยายามในการควบคุมการใช้ประโยชน์ทางเพศจากเด็กควรจะนำผลกระทบทางจิตใจที่เด็กจะได้รับมาพิจารณาพร้อมกับปัญหาในการให้คำจำกัดความของสื่อลามกและการบัญญัติกฎหมายที่มีเจตนาธรรมในการปกป้องเด็กจากการกระทำทารุณกรรมทางร่างกายด้วย²

การที่เด็กตกเป็นเหยื่อทางเพศในกรณีสื่อลามกเด็กนั้น เด็กจะได้รับผลกระทบทางจิตใจด้วย ในความเป็นจริงเด็กอาจได้รับการรักษา และหายจากอาการบาดเจ็บทางร่างกายในเวลาไม่นาน แต่เด็กเองอาจต้องใช้เวลาทั้งชีวิตในการรักษาบาดแผลทางจิตใจ เนื่องจากสื่อที่เผยแพร่ออกมา นั้นจะมีผลในการหลอกหลอนเด็กให้ระลึกถึงวันที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศได้ และไม่ว่าจะนานเพียงใด สื่อนั้นก็ยังคงอยู่เป็นการประจานเด็กอย่างต่อเนื่อง โดยเฉพาะหากสื่อดังกล่าวถูกเผยแพร่ทางโดเมนสาธารณะ (Public Domain) ของอินเทอร์เน็ต แวดวงของผู้รับรู้ก็จะยิ่งกว้างออกไป ต่อให้ผู้ผลิตสื่อลามกเด็กจะถูกดำเนินคดีไปแล้วก็ตาม ภาพเหล่านี้ก็จะถูกส่งต่อไปเรื่อยๆ จนไม่สามารถตามกลับคืนมาได้

4.2.1.2 ผลกระทบของสื่อลามกเด็กที่มีต่อสังคม

นอกจากเด็กที่ตกเป็นเหยื่อของวงการสื่อลามกเด็กจะได้รับผลกระทบแล้ว อีกฝ่ายหนึ่งที่ได้รับผลกระทบอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้เช่นเดียวกันคือสังคมนั่นเอง เนื่องจากผู้ที่เกี่ยวข้องกับทุกฝ่ายต่างเป็นหน่วยหนึ่งในสังคม ทุกสิ่งที่เกิดขึ้นย่อมส่งผลถึงหน่วยอื่น ๆ ในสังคมด้วย ทั้งในภาพย่อยและภาพรวม การกระทำของผู้ผลิตเป็นการทำร้ายเด็กซึ่งถือเป็นอนาคตของชาติ เด็กที่ตกเป็นเหยื่ออาจกลายเป็นอาชญากรต่อไปในอนาคต ส่วนผู้บริโภคเมื่อเสพสื่อลามกเด็กแล้วก็อาจกลายเป็นอาชญากรที่ทำร้ายเด็กคนอื่น ๆ ในสังคมต่อไปได้เช่นกัน หรือไม่ก็กลายเป็นผู้ผลิตสื่อลามกเด็กเสียเอง และเมื่อมีผู้เกี่ยวข้องกับวงการนี้มาก ๆ สังคมโดยภาพรวมก็จะเสื่อมลงด้วย

¹ Magaret A. Healy. (1996, 27-31 August). "Child Pornography: An International Perspective". submitted by ECPAT for the World Congress against Commercial Sexual Exploitation of Children, Stockholm, Sweden.

² จงกมลณี โตสกุลวงศ์. (2542). การวิเคราะห์ท้าวทรรณการให้ความหมายสื่อสิ่งพิมพ์ลามกของ 9 สถาบันในสังคมไทย. หน้า 40.

³ Carol Livingston. Loc.cit.

4.2.2 ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายในปัจจุบัน

การคุ้มครองเด็กตามรัฐธรรมนูญนั้น เด็กเยาวชนจะต้องได้รับการคุ้มครองจากรัฐอันเป็นหลักประกันว่า รัฐต้องให้ความคุ้มครองเด็ก และเยาวชน จากการใช้ความรุนแรงและการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม รวมถึงการใช้ความรุนแรงจากการบังคับ ขู่เข็ญ ซึ่งรัฐต้องเข้ามากำหนดมาตรการในการคุ้มครองเด็ก

ประมวลกฎหมายอาญา มีการกำหนดเกณฑ์อายุของเด็กเอาไว้ในหลายกรณี ดังนี้

1.1) กำหนดอายุสำหรับความรับผิดชอบในทางอาญาและการรับโทษ กรณีเป็นการกำหนดอายุของบุคคลสำหรับความรับผิดชอบในการกระทำความผิด โดยเฉพาะอายุของบุคคลที่เป็นเด็กที่กระทำความผิด ได้แก่เด็กอายุไม่เกินเจ็ดปี (มาตรา 73) เด็กอายุกว่าเจ็ดปีแต่ไม่เกินสิบสี่ปี (มาตรา 74) โดยเด็กที่มีอายุในช่วงดังกล่าว ถ้ากระทำความผิดตามที่กฎหมายกำหนดถือว่ามีความผิดแต่ไม่ต้องรับโทษ ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้ไม่ได้เป็นการกำหนดอายุเด็กเพื่อเป็นการคุ้มครอง แต่เป็นกรณีที่กฎหมายประสงค์ที่จะไม่เอาโทษเด็กเพราะเห็นว่ายังอยู่ในวัยที่ยังไม่รู้ผิดชอบชั่วดี ไม่รู้ว่าอะไรควรทำ อะไรไม่ควรทำ

ถึงแม้ว่าจะกำหนดอายุของเด็กไว้ที่อายุไม่เกินสิบสี่ปี แต่มีการกล่าวถึงเกณฑ์อายุเด็กไว้ในมาตรา 46 วรรคท้าย โดยกล่าวถึงเด็กที่มีอายุไม่เกินสิบเจ็ดปี ซึ่งอยู่ในส่วนของวิธีการเพื่อความปลอดภัย

1.2) กำหนดอายุสำหรับการให้ความยินยอมในเรื่องเพศ โดยพิจารณาได้ในเรื่องของการกระทำผิดทางเพศ ซึ่งแบ่งได้เป็น 3 กรณี

ก) การมีเพศสัมพันธ์กับเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี เป็นความผิดอาญาไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม บุคคลผู้กระทำการนั้นมีความผิด และต้องรับโทษในทางอาญาและถ้ากระทำต่อเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี จะต้องรับโทษหนักขึ้น (มาตรา 277)

ข) การกระทำอนาจารต่อเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี ไม่ว่าเด็กผู้นั้นจะเป็นชายหรือหญิงก็ตามจะให้ความยินยอมหรือไม่ก็ตาม บุคคลผู้กระทำการนั้นมีความผิด ต้องรับโทษทางอาญา (มาตรา 279)

ค) การกระทำเพื่อให้เกิดผลอันเป็นการสนองความใคร่ของผู้อื่น ไม่ว่าจะป็นธุระจัดหา ล่อลวงไป หรือชักพาไปเพื่อการอนาจารซึ่งเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม (มาตรา 282, 283 และ 283 ทวิ) บุคคลที่กระทำการนั้นมีความผิด

กรณีในเรื่องของการให้ความยินยอมในเรื่องเพศนั้น กฎหมายกำหนดอายุของเด็กเอาไว้ที่อายุไม่เกินสิบห้าปี โดยกฎหมายบัญญัติมิให้ผู้กระทำความผิดอ้างการให้ความยินยอมของเด็กเพื่อให้พ้นผิด

สำหรับเด็กเมื่อพิจารณาในเรื่องความสัมพันธ์ทางการเจริญเติบโตและการพัฒนาทางเพศพบว่าโดยทั่วไปมีการจำแนกออกเป็น 5 ช่วงอายุด้วยกัน⁴ ดังนี้

1) ช่วงวัยทารก โดยช่วงนี้จะอยู่ระหว่างอายุตั้งแต่แรกเกิดจนถึงอายุสามปี เริ่มมีการพัฒนาทางร่างกายอย่างรวดเร็ว การพัฒนาทางเพศและความรู้สึกในเรื่องเพศยังไม่มี เป็นช่วงของการปรับตัวให้เข้ากับสภาพแวดล้อมภายนอกเป็นส่วนใหญ่

2) ช่วงวัยเด็ก จะมีอายุอยู่ระหว่าง 3 ปี จนถึง 13 ปี เป็นช่วงของการเจริญเติบโตทั้งทางร่างกายและจิตใจ ทางร่างกายมีการพัฒนาของอวัยวะต่าง ๆ ทำงานได้เกือบเต็มที่ อวัยวะเพศยังคงมีการเจริญเติบโตอยู่ ทางด้านจิตใจในวัยนี้จะทำการเรียนรู้จากสิ่งแวดล้อมรอบข้าง การแบ่งเพศชัดเจนขึ้น โดยเลียนแบบพฤติกรรมทางเพศจากบิดาหรือมารดา เริ่มสนใจในความแตกต่างทางเพศของเด็กหญิงและเด็กชาย ซึ่งเป็นไปตามธรรมชาติ

3) ช่วงวัยรุ่น จะมีอายุตั้งแต่ 13 ปี จนถึง 19 หรือ 20 ปี เป็นวัยที่มีการเจริญเติบโตทางเพศ เข้าสู่ช่วงวัยเจริญพันธุ์ ร่างกายเจริญเติบโตอย่างรวดเร็ว ความแตกต่างระหว่างเด็กชายและเด็กหญิงเริ่มเด่นชัด ในเด็กชายเสียงแตก เริ่มมีหนวดเครา ในเด็กหญิงเริ่มมีประจำเดือน การทำงานของฮอร์โมนทางเพศและอวัยวะเพศเริ่มทำงานอย่างเต็มที่ มีอารมณ์อ่อนไหว มีความสนใจในเรื่องเพศและเพศตรงข้ามเพิ่มมากขึ้น

4) ช่วงวัยผู้ใหญ่ จะมีอายุระหว่าง 20 ปีจนถึง 60 ปี เป็นวัยที่มีการเจริญเติบโตทั้งทางร่างกายและจิตใจมีประสิทธิภาพในการทำงานอย่างสูงถือเป็นวัยเจริญพันธุ์อย่างแท้จริง มีทัศนคติในเรื่องและยอมรับในเรื่องทางเพศเป็นเรื่องปกติธรรมชาติของคนสองคนที่จะมีความสัมพันธ์เพื่อสร้างครอบครัว

5) ช่วงวัยชรา จะมีอายุระหว่าง 60 ปีขึ้นไป มีการเปลี่ยนแปลงทางร่างกาย เริ่มเสื่อมถอยลงอย่างรวดเร็ว ความสามารถทางเพศอาจยังคงมีอยู่ขึ้นอยู่กับสภาพทางร่างกายและจิตใจ และเห็นเรื่องเพศเรื่องธรรมดา

จากพื้นฐานทางด้านการพัฒนาข้างต้น เห็นว่ามีการกำหนดช่วงวัยที่เกี่ยวข้องกับเด็กเอาไว้เป็นสามช่วงคือ 1) ช่วงวัยทารก 2) ช่วงวัยเด็ก และ 3) ช่วงวัยรุ่น โดยมีช่วงอายุทั้งสิ้นอยู่ในระหว่างแรกเกิดจนถึงอายุประมาณ 20 ปี ซึ่งมีความสำคัญในเรื่องของการพิจารณาถึงการให้ความคุ้มครองบุคคลที่เป็นเด็กในเรื่องทางเพศ โดยเฉพาะในช่วงวัยเด็กและวัยรุ่นที่จะต้องให้ความสำคัญระมัดระวังเป็นพิเศษเพราะเป็นช่วงที่เริ่มมีการพัฒนาทางเพศและเข้าสู่ช่วงของวัยเจริญพันธุ์ที่อาจถูกกระทำกร่างต่าง ๆ เกี่ยวกับเพศจากบุคคลอื่นได้

⁴ พิสมัย เคนดวงบริพันธ์. (2538). *ความรู้เรื่องเพศ*. หน้า 27.

อย่างไรก็ตาม ในเรื่องเกี่ยวกับวัตถุหรือสิ่งลามกนั้น ประมวลกฎหมายอาญา ได้บัญญัติขึ้นบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 โดยให้ยกเลิกกฎหมายลักษณะอาญา โดยบัญญัติความผิดเกี่ยวกับวัตถุหรือสิ่งลามกไว้ในลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ ไว้ในมาตรา 287 บัญญัติว่า “ผู้ใด

(1) เพื่อความประสงค์แห่งการค้า หรือโดยการค้า เพื่อการแจกหรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน ทำผลิต มีไว้นำเข้า หรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออก หรือยังให้ส่งออก ไปนอกราชอาณาจักร พาไป หรือยังให้พาไป หรือทำให้แพร่หลายโดยประการใดๆ ซึ่งเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกความ หรือสิ่งอื่นใดอันลามก

(2) ประกอบการค้า หรือมีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้าเกี่ยวกับวัตถุหรือสิ่งลามกดังกล่าวแล้ว แจกหรือแสดงอวดแก่ประชาชน หรือให้เช่าวัตถุหรือสิ่งของเช่นว่านั้น

(3) เพื่อจะช่วยการทำให้แพร่หลาย หรือการค้าวัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้ว โฆษณาหรือโฆษณาโดยประการใด ๆ ว่ามีบุคคลกระทำการอันเป็นความผิดตามมาตรา นี้ หรือโฆษณา หรือ โฆษณาว่าวัตถุ หรือสิ่งของลามกดังกล่าว แล้วจะหาได้จากบุคคลใด หรือโดยวิธีใด

ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ซึ่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 เป็นวัตถุแห่งการกระทำเปลี่ยนจากบุคคลในมาตราก่อนๆ มาเป็นสิ่งของ⁵ และต่อมาได้มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 ยกเลิกโดยมาตรา 6 ให้ใช้ความใหม่แทนโดยแก้ไขอัตราโทษให้หนักขึ้น โดยมีเจตนารมณ์ที่จะลงโทษผู้ที่กระทำให้วัตถุลามกแพร่หลายออกไปโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าหรือเพื่อการแจกจ่ายหรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน⁶

มาตรา 287 ตามประมวลกฎหมายอาญานี้ ได้นำบทบัญญัติตามมาตรา 3 และมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติปรามการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุอันลามก พ.ศ. 2471 มารวมกันบัญญัติเป็นความผิดเกี่ยวกับวัตถุอันลามกขึ้น โดยมีการบัญญัติเพิ่มเติมถึงวัตถุที่อาจจะเป็นสิ่งลามกไว้ คือ แถบบันทึกเสียง หมายถึง เทปบันทึกเสียง และแถบบันทึกภาพ หมายถึง เทปวิดีโอ เนื่องจากปรากฏว่าสิ่งดังกล่าวได้ผลิตขึ้นตามความเจริญของเทคโนโลยีนอกจากสื่อสิ่งพิมพ์

⁵ จิตติ ดิงศภัทย์. (2517). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2*. หน้า 1834.

⁶ ประภาส อวยชัย. (2538). *ข้อโต้แย้งจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาหรือฎีกา 100 ปี ตามกฎหมายอาญา*. หน้า 3764.

ซึ่งต่อมาได้มีกฎหมายบัญญัติถึงวัตถุประเภทนี้ไว้ในกฎหมายเฉพาะ คือ พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทป และวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530

ความผิดตามมาตรา 287 นี้บัญญัติกำหนดฐานความผิดไว้ 3 กรณี คือ

องค์ประกอบความผิดในส่วนการกระทำในกรณีที่ 1 คือ ทำผลิต มีไว้ นำเข้า หรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกไปนอกราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไป หรือทำให้แพร่หลายด้วยประการใด ๆ ซึ่งสิ่งลามก การทำหรือผลิต คือทำให้เกิดมีขึ้น เช่น เขียนหรือพิมพ์⁷

องค์ประกอบความผิดในส่วนการกระทำในกรณีที่ 2 คือ ประกอบการค้า หรือมีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องกับการค้าสิ่งลามก⁸

องค์ประกอบความผิดในส่วนการกระทำในกรณีที่ 3 คือ โฆษณา ไขข่าวว่าบุคคลใดกระทำการในข้อ 1, 2 หรือโฆษณา ไขข่าวลามกนั้นหาได้จากบุคคลใดหรือโดยวิธีใด

องค์ประกอบความผิดทางจิตใจ ทั้ง 3 ข้อ คือต้องมีเจตนาตามมาตรา 59 หมายถึง การรู้ว่าวัตถุอันหนึ่งลามกหรือไม่เป็นปัญหาข้อกฎหมาย⁹ แต่สิ่งหรือวัตถุนั้นมีรูปร่างอย่างไรเป็นข้อเท็จจริง ถ้าไม่รู้รูปลักษณะของวัตถุก็ไม่เป็นเจตนาตามมาตรา 59

นอกจากนี้ในข้อ 1 ต้องมีเจตนาพิเศษ คือ เพื่อความประสงค์แห่งการค้า ซึ่งหมายถึงการทำเพื่อหากำไรเป็นปกติ หรือโดยการค้า ซึ่งหมายถึงการกระทำนั้นเองเป็นการค้า หรือเพื่อการแจกจ่ายคือส่งไปยังบุคคลอื่น หรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน ซึ่งหมายถึงให้บุคคลไม่จำกัดว่าผู้ใดโดยเฉพาะได้เห็น ไม่หมายความถึงให้บุคคลบางคนโดยเฉพาะได้ดู เช่น ให้เพื่อนดู เป็นต้น

⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 2461/2531 การที่จำเลยทำหน้าที่ควบคุมการฉายภาพยนตร์ทางโทรทัศน์ได้นำแถบบันทึกภาพลามกมาอัดภาพยนตร์จิ้งที่กำลังแพร่ภาพเพื่อใช้ส่วนตัว แต่ได้เกิดเหตุขัดข้องทางเทคนิคการส่งภาพ ทำให้ภาพลามกที่บันทึกไว้ออกไปปรากฏทางเครื่องรับโทรทัศน์ เหตุที่เกิดขึ้นดังกล่าวเป็นไปในลักษณะบังคับ จำเลยมิได้มีเจตนาที่จะแพร่ภาพลามกนั้นออกไปสู่สาธารณะ จึงไม่มีความผิดตามมาตรา 287

⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 959-960/2505 หนังสือที่มีภาพอวัยวะสืบพันธุ์ของชายหญิงที่จัดพิมพ์โดยมีวัตถุประสงค์ด้านวิชาการ การวางขายตามร้านหนังสือทั่วไป ไม่ถือว่าเป็นหนังสือลามกอนาจาร จึงไม่มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287

⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1223/2508 การพิมพ์ของกลางเป็นเพียงภาพที่แสดงถึงสัดส่วนความสมบูรณ์ของร่างกายที่มีได้มีสิ่งปกปิด โดยเฉพาะ ส่วนล่างก็พยายามปกปิดหรือทำเป็นเพียงเงา ๆ และได้ลบเลือนให้เป็นอวัยวะที่ราบเรียบแล้ว ภาพไม่มีลักษณะน่าเกลียด อูจาดบัดสี ดังนี้ไม่ถือว่าเป็นภาพลามกตามความหมายที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289

ในข้อ 3 ต้องมีเจตนาพิเศษ คือเพื่อจะช่วยการทำให้แพร่หลาย หรือช่วยการค้าวัตถุหรือสิ่งลามก นั้น¹⁰

มาตรา 287 นี้ได้บัญญัติเพิ่มโทษขึ้นจากเดิม มาตรา 240 แห่งกฎหมายลักษณะอาญาที่ให้ จำคุกไม่เกินหกเดือน ปรับไม่เกินห้าร้อยบาท ทั้งจำทั้งปรับ มาเป็นระวางโทษจำคุกไม่เกิน สามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

ข้อสังเกต คือ มาตรา 287 แห่งประมวลกฎหมายอาญาใช้คำว่า วัตถุหรือสิ่งของลามก แต่ก็มีได้ให้คำนิยามว่า “ลามก” หมายถึงสิ่งใดเช่นกัน

กรณีปัญหาตามความผิดฐานนี้ ปัจจุบันสื่อลามกเด็กนั้นก็ต้องใช้มาตรการทางกฎหมาย ตามกฎหมายฉบับนี้โดยไม่มีการแบ่งแยกระหว่างสื่อลามกเด็กหรือสื่อลามกผู้ใหญ่ เหมือนกับที่มี มาตรการทางกฎหมายที่มีการให้ความคุ้มครองเด็ก ดังเช่นในเรื่องความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก ที่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ ทำให้มองเห็นว่าเกิด การละเลยต่อการคุ้มครองเด็กที่ตกเป็นเหยื่อของการกระทำผิดเกี่ยวกับสิ่งลามก ซึ่งอยู่ในฐานะของ การเป็นผู้แสดง ซึ่งตรงนี้เห็นว่าเป็นช่องว่างของกฎหมายที่อาจทำให้มีการกระทำความผิดเกี่ยวกับ สิ่งลามกต่อเด็กได้

จากการศึกษาปัญหาที่เกิดขึ้น ในเรื่องเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายของสื่อลามก เด็กนั้น พบว่ามีความสำคัญและจำเป็นที่จะต้องมีการกำหนดเพื่อเป็น การควบคุม และคุ้มครองเด็กที่จะตกเป็นเหยื่อของผู้กระทำความผิด อีกทั้งเพื่อให้การลงโทษ เหมาะสมตามสัดส่วนของการกระทำความผิดด้วย

4.2.3 ปัญหาเกี่ยวกับประสิทธิภาพในการบังคับใช้มาตรการทางกฎหมาย

ในการวางหลักเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายของกรณีสื่อลามกเด็กนั้น ประเทศไทย ไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร ขาดความชัดเจน อันเนื่องมาจากทัศนคติที่แตกต่างกัน กล่าวคือ แม้ว่าทุกฝ่ายจะมีความเห็นตรงกันว่าสมควรที่จะควบคุมสื่อลามกเด็ก แต่ในรายละเอียดทั้งเรื่อง คำนิยามสื่อลามกเด็ก เกณฑ์อายุที่จะได้รับความคุ้มครอง ฐานความผิดในเรื่องนี้ โดยเฉพาะ การครอบครองสื่อลามกเด็กโดยส่วนตัวยังมีความเห็นไม่สอดคล้องกันอยู่ ส่งผลให้เกิดความไม่ ชัดเจนในเรื่องของมาตรฐาน ซึ่งในเรื่องอายุเด็กที่ได้รับความคุ้มครองเกี่ยวกับสื่อลามกเด็กโดยตรง นั้นไม่มี ซึ่งจากศึกษาพบว่า กฎหมายไทยได้กำหนดระดับอายุเด็กที่ได้รับความคุ้มครองโดยเฉพาะ เรื่องเพศไว้หลากหลาย ซึ่งในประมวลกฎหมายอาญา ได้มีการกำหนดอายุสำหรับการให้ ความยินยอมในเรื่องเพศ โดยแบ่งเป็น 3 กรณี คือ

¹⁰ จิตติ ดิงศภัทย์. เล่มเดิม. หน้า 1833-1836.

1. การมีเพศสัมพันธ์กับเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี เป็นความผิดทางอาญาไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม บุคคลผู้กระทำการนั้นมีความผิด และต้องรับโทษในทางอาญา และถ้ากระทำต่อเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี จะต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 277

2. การกระทำอนาจารต่อเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ไม่ว่าเด็กนั้นจะเป็นชายหรือหญิงก็ตามจะให้ความยินยอมหรือไม่ก็ตาม บุคคลผู้กระทำนั้นมีความผิด ต้องรับโทษทางอาญาตามมาตรา 279

3. การกระทำเพื่อให้เกิดผลอันเป็นการสนองความใคร่ของผู้อื่น ไม่ว่าจะป็นรู่ระจัดหาล่องลงไป หรือชักพาไปเพื่อการอนาจารซึ่งเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม บุคคลที่กระทำการนั้นมีความผิดตามมาตรา 282 , 283 และ 283 ทวิ

ดังที่กล่าวมาข้างต้นจะพบว่าตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยนั้น กำหนดอายุเด็กไว้ไม่เกิน 15 ปี และแม้ว่าผู้กระทำความผิดจะอ้างความยินยอมของเด็กก็ไม่อาจพ้นผิดไปได้ การที่กฎหมายกำหนดอายุเด็กที่เป็นผู้เสียหายไว้เช่นนี้ เพราะมีวัตถุประสงค์ที่จะเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดต่อเด็กเหล่านี้

แต่เมื่อพิจารณาในเรื่องของอายุของเด็กที่ตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิดนั้น หากเด็กนั้นแสดงความยินยอมในการเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศ คือ เด็กอายุตั้งแต่ 15 – 18 ปี และการเปิดโอกาสให้แสดงความยินยอมได้ ผู้ต้องหาอาจใช้ข้ออ้างให้ตนพ้นผิดได้ ยิ่งกรณีของสื่อลามกเด็กนั้น โดยสภาพของคดีที่มีความเป็นไปได้ว่า เจ้าหน้าที่อาจไม่สามารถนำเหยื่อในการผลิตสื่อลามกเด็กมาเป็นพยานในคดีได้ สิ่งเดียวที่เป็นหลักฐานสำคัญ คือ สื่อลามกเด็กที่เป็นของกลาง ซึ่งผู้ต้องหาอาจอ้างว่าเด็กได้แสดงให้ ความยินยอมแล้ว โดยจะเห็นได้ว่าเด็กมีความสุขกับการทำกิจกรรมทางเพศนั้น ไม่มีใครทราบได้ว่าในความเป็นจริงเบื้องหลังภาพนั้น เด็กกำลังเผชิญกับอะไรอยู่ มีการบังคับให้แสดงสีหน้ายิ้มแย้มหรือไม่ กระนั้นเองก็ถือเป็นความยากลำบากของเจ้าหน้าที่กฎหมาย และผู้พิพากษาในการพิจารณาว่า เด็กในภาพแสดงความยินยอมหรือไม่

เนื่องจากสื่อลามกนั้นมิใช่แต่เพียงภาพที่แสดงถึงภาพเปลือยเท่านั้น หากแต่เป็นฉากหนึ่งของอาชญากรรมอื่นๆ อีกด้วย ไม่ว่าจะเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา การทำอนาจาร การทำร้ายร่างกาย และการฆาตกรรม ดังนั้น กฎหมายจึงสามารถเอาผิดและลงโทษผู้กระทำความผิดตามสิ่งที่ปรากฏในสื่อได้อีกด้วย เนื่องจากสื่อดังกล่าวถือเป็นหลักฐานชั้นสำคัญในการฟ้องร้องคดี

ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นกับสถานการณ์ปัจจุบันของสังคมไทย ย่อมเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปแล้วว่าคดีที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับความผิดทางเพศนั้น มีปริมาณเพิ่มสูงขึ้นอย่างน่าวิตก แต่รัฐหรือองค์กร

ของรัฐที่เกี่ยวข้องก็ได้หาแนวทางหรือมีมาตรการในการแก้ไขเพิ่มเติมอย่างต่อเนื่อง เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายในทุกรูปแบบต่างๆ ที่มีและความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น ซึ่งการอุดช่องว่างของกฎหมายนั้นเพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดนำมาใช้ในการต่อสู้คดีและเพื่อให้หลุดพ้นจากความรับผิดชอบทางอาญา

แต่อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 ของไทยก็ยังไม่สามารถคุ้มครองเหยื่อทางเพศได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะสื่อลามกเด็ก ที่เด็กตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิด ถึงแม้จะมีการพยายามเสนอให้มีการพิจารณาคຸ້ມครองเด็กเป็นพิเศษในเรื่องสื่อลามกเด็กแล้วก็ตาม แต่ทั้งนี้เนื่องจากยังมีประเด็นปัญหาในเรื่องการพิจารณาอายุเด็ก ซึ่งปรากฏในภาพที่ทำกิจกรรมทางเพศอยู่ในขณะนั้น การที่จะพิจารณานุคคลแต่เพียงรูปร่าง ลักษณะเสียงของบุคคลนั้น ไม่อาจรู้ได้ชัดว่าเป็นรูปร่างลักษณะหรือเสียงของบุคคลที่มีอายุสิบแปดปีหรือไม่ และถึงแม้ว่าผู้กระทำความผิดจะร้องคัดค้านความผิดว่าเด็กนั้นอายุไม่เกินสิบแปดปี แต่ก็อาจจะอ้างว่าตนไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด ทำให้ไม่อาจลงโทษผู้กระทำความผิดได้¹¹ ซึ่งถือเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดที่ผู้กระทำต้องรู้ เมื่อไม่รู้ย่อมไม่เป็นความผิด¹²

ปัญหาในกรณีดังกล่าว เนื่องจากสภาวะการเจริญการเติบโตของเด็กในปัจจุบัน¹³ โดยทั่วไปมีการเจริญการเติบโตเร็ว ทำให้เมื่อมองจากรูปร่างภายนอกของแล้วไม่สามารถคาดคะเนได้ว่าเด็กนั้นมีอายุเท่าใด เช่น เด็กหญิงที่มีอายุ 13 ปี อาจมีรูปร่างภายนอกคล้ายกับหญิงที่มีอายุ 17 ปี ก็เป็นไปได้ หรือเด็กชายที่อายุ 14 อาจมีรูปร่างภายนอกคล้ายเด็ก 16 ก็เป็นไปได้ ซึ่งหากเปรียบเทียบกับเมื่ออดีตเด็กในยุคปัจจุบันมีการเจริญเติบโตทางกายภาพอย่างรวดเร็วและมีแนวโน้มว่าจะสูงใหญ่กับเด็กรุ่นราวเดียวกันกับเด็กสมัยก่อน ซึ่งการที่เด็กเติบโตทางกายภาพเร็ว ทำให้เด็กได้รับการปฏิบัติเสมือนว่าโตแล้ว ทั้งทัศนคติความเป็นผู้ใหญ่และคนรอบข้างเปลี่ยนไป การเจริญเติบโตทางร่างกายอย่างเดียวไม่สามารถวัดได้ว่าเด็กจะมีพัฒนาการทางด้านอื่นๆ เช่น พัฒนาการทางอารมณ์ พัฒนาการทางความคิดสติปัญญา พัฒนาการทางด้านสังคม ซึ่งพัฒนาการเหล่านี้อาจจะยังมิได้พัฒนาเท่ากับด้านกายภาพหรือกล่าวได้ว่าวุฒิภาวะด้านอื่นๆ ยังเป็นเด็กอยู่ เพราะฉะนั้นหากปล่อยให้เด็กมีเสรีภาพหรือปล่อยให้เด็กตัดสินใจในเรื่องที่ต้องอาศัยวุฒิภาวะเขาอาจจะตัดสินใจผิดพลาดได้

¹¹ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา เรื่องเสร็จที่ 271-272/2550

¹² สวัสดิ์ ภูไชยแสง. (2552). *เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย : ศึกษาอายุผู้เสียหายที่เป็นเด็กในความผิดเกี่ยวกับเพศ*. หน้า 80.

¹³ อุทัย ดุลยเกษม. (2547, มกราคม). "เด็กยุคใหม่โตเร็วแต่ตัว". วารสาร life&family. หน้า 8, 94.

นอกจากนี้ยังมีข้อเท็จจริงปรากฏขึ้นจากคำพิพากษาฎีกาที่ 5176/2538 ผู้เสียหายคือเด็กหญิงมะปราง ศิริแดง มีอายุ 14 ปี 5 เดือน ซึ่งจำเลยอ้างสำคัญผิดในเรื่องอายุของผู้เสียหายว่าเข้าใจว่าผู้เสียหายมีอายุ 18 ปี ศาลพิพากษาว่า จำเลยไม่มีความผิดฐานกระทำชำเราเด็กหญิงตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 เนื่องจากอายุของผู้เสียหายเป็นองค์ประกอบของความผิดจึงเป็นข้อเท็จจริงที่ว่าผู้กระทำผิดได้รู้หรือไม่ การรู้หรือไม่รู้ข้อเท็จจริงในเรื่องอายุจึงสามารถยกขึ้นอ้างได้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 วรรคหนึ่ง

คำพิพากษาฎีกาที่ 6405/2549 ซึ่งวินิจฉัยว่าตอนหนึ่งเชื่อได้ว่าจากรูปร่าง การพูดจา การงานที่ผู้เสียหายทำมีเหตุผลทำให้ผู้พบเห็นเข้าใจว่าผู้เสียหายมีอายุเกินกว่า 15 ปี ฟังได้ว่าจำเลยสำคัญผิดโดยเข้าใจว่าผู้เสียหายอายุ 17 ปี ย่อมมีผลทำให้จำเลยไม่รู้ข้อเท็จจริงว่าผู้เสียหายอายุไม่เกิน 15 ปี ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงเป็นองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคแรก เมื่อจำเลยไม่รู้ข้อเท็จจริงดังกล่าวจำเลยไม่มีเจตนากระทำความผิดตามมาตรานี้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสาม

ในประเทศไทยเราก็ได้มีการวิจัยสำรวจรูปร่างของคนไทยโดยศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ (เนคเทค) สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ (สวทช.) ซึ่งผลการสำรวจพบว่าคนไทยส่วนใหญ่ทั้งเพศชายและเพศหญิงมีรูปร่างที่สูงใหญ่ขึ้นกว่าเดิมและให้เหตุผลว่าน่าจะเป็นผลมาจากการกินอาหารที่ดีขึ้น มีการดูแลเรื่องโภชนาการดีขึ้น ทำให้คนรุ่นใหม่มีรูปร่างใหญ่โตกว่าคนในอดีต¹⁴

ด้วยเหตุที่เด็กมีพัฒนาการ โตเกินวัยอันควรจึงเป็นเหตุให้การพิจารณาจากภาพของสิ่งลามก ที่ปรากฏเป็นภาพของบุคคลแต่เพียงรูปร่างของบุคคล เพื่อนำมาทบทวนพิจารณาหามาตรการทางกฎหมายนั้น ไม่อาจรู้ได้ชัดว่าเป็นรูปร่างลักษณะของบุคคลอายุเท่าใด

4.2.4 ปัญหาความได้สัดส่วนของการกระทำและโทษ

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 เป็นหลักในการควบคุมการเผยแพร่สิ่งลามก การจัดทำ หรือ การผลิตสิ่งลามก แต่มีข้อน่าสังเกตว่ามาตรการดังกล่าวไม่ได้มีการแบ่งแยกให้ความคุ้มครองเด็กในเรื่องสิ่งลามกเป็นพิเศษ ซึ่งเป็นมาตรการที่ควบคุมเป็นการทั่วไป โดยไม่ได้มีการแบ่งแยกว่าสิ่งลามกนั้นเป็นสิ่งลามกเด็กหรือสิ่งลามกผู้ใหญ่ เริ่มตั้งแต่การจัดทำหรือการผลิตสิ่งลามก จะเห็นได้ว่า เมื่อมีเด็กเกี่ยวข้องกับการกระทำทางเพศในรูปแบบต่าง ๆ เพื่อให้ปรากฏในสิ่งลามก ซึ่งกรณีนี้มีกฎหมายในเรื่องความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กควบคุมอยู่ และการกระทำทางเพศต่อเด็กนี้ก็ครบองค์ประกอบความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก อาจกล่าวได้ว่าในประเด็น

¹⁴ หน่วยปฏิบัติการวิจัยคลังอนุพันธุกรรม. (2552). *รูปร่างประชากรไทย*(รายงานวิจัย)

ปัญหานี้กฎหมายที่ใช้บังคับในปัจจุบันมีมาตรการคุ้มครองเด็กเป็นอย่างดี แต่กฎหมายไม่ได้กำหนดควบคุมไม่ให้มีการการทำทางเพศที่ไม่เหมาะสมต่อเด็กในการเผยแพร่สิ่งลามกเด็ก จากการทำไม่ได้ มีการแบ่งแยกระหว่างฐานความผิดสำหรับสิ่งลามกผู้ใหญ่และสิ่งลามกเด็กออกจากกัน อาจทำให้เกิดการละเลยต่อการคุ้มครองเด็กที่ตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิดเกี่ยวกับสิ่งลามก ซึ่งอยู่ในฐานะของการเป็นผู้แสดง ซึ่งตรงนี้เห็นว่าเป็นช่องว่างของกฎหมายที่ทำให้มีการกระทำความผิดเกี่ยวกับสิ่งลามกต่อเด็กได้

ปัญหาดังกล่าวสะท้อนให้เห็นว่า สิ่งลามกเด็กกับสิ่งลามกผู้ใหญ่มีระดับความรุนแรงที่ส่งผลกระทบต่อและสะท้อนสังคมแตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นการเจริญเติบโต การพัฒนา ทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจ ซึ่งช่วงวัยเด็กนี้สมควรที่จะต้องให้ความสำคัญในเรื่องของการพิจารณาถึงการให้ความคุ้มครอง โดยจะต้องให้ความระมัดระวังเป็นพิเศษเพราะเป็นช่วงที่เริ่มมีการพัฒนาทางเพศ และเข้าสู่ช่วงวัยเจริญพันธุ์ที่อาจถูกกระทำการต่าง ๆ เกี่ยวกับเพศจากบุคคลอื่นได้

ขณะเดียวกันอายุของเด็กยังเป็นองค์ประกอบความผิดที่เป็นเงื่อนไขแห่งการเพิ่มโทษ ซึ่งอาศัยข้อเท็จจริงของอายุที่มีอยู่แล้วในขณะที่กระทำความผิด ดังจะเห็นได้จากการที่กฎหมายกำหนดอายุของเด็กที่ตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิดไว้เป็นช่วงอายุต่าง ๆ เช่น มาตรา 317 “...เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี...” หรือมาตรา 318 “...ผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าแต่ยังไม่เกินสิบแปด...” ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงการกำหนดโทษในบทบัญญัติของกฎหมายจะเห็นว่า การกำหนดอายุผู้เสียหายไว้เป็นช่วง ๆ นั้นจะสัมพันธ์กับโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดด้วย นั่นคือ หากช่วงอายุยิ่งน้อย โทษที่จะลงก็ยิ่งหนักขึ้น

การลงโทษผู้กระทำความผิดที่เกี่ยวกับสิ่งลามกเด็ก ซึ่งเด็กตกเป็นเหยื่อของการกระทำนั้น จะเห็นได้ว่าบทลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287 ไม่ได้พิจารณาความได้สัดส่วนตามลักษณะของการกระทำ ความร้ายแรงของความผิด ที่อาจมีผลต่อความรู้สึกหนักเบาของโทษ ซึ่งอาจพิจารณาจากลักษณะทางสุขภาพกายและจิตใจ ระดับศีลธรรม ลักษณะ เพศ อายุ ซึ่งเป็นหลักการที่ยึดถือเอาตามลักษณะของการกระทำเป็นสำคัญ อันเนื่องมาจากการพิจารณาทั้งลักษณะความร้ายแรงของการกระทำความผิดหรือความเป็นอันตรายของความผิดให้เหมาะสมที่ผู้กระทำได้กระทำลง โดยหลักการกำหนดโทษตามสัดส่วนของการกระทำความผิดนี้มีวัตถุประสงค์หลัก คือ เป็นการเลือกบทลงโทษที่มีความเหมาะสมกับระดับความหนักเบาของความผิด ซึ่งมีเหตุผลส่วนใหญ่มามากจากการลงโทษให้เจ็บตลอบ หรือตลอบจำ ไม่กล้ากระทำความผิดอีก

กรณีจึงมีความสำคัญและจำเป็นอย่างยิ่ง ที่สมควรจะมีการพิจารณาหามาตรการทางกฎหมายมาควบคุมเรื่องเกี่ยวกับสิ่งลามกเด็กอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เพื่อเป็นการปกป้องและ

คุณแม่ตั้งครรภ์ที่อาจถูกล่วงละเมิดทางเพศได้ง่าย หรือการมีเพศสัมพันธ์ก่อนวัยอันควร ซึ่งเป็น
วัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองเด็กเป็นพิเศษ

D
P
U

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ปัญหาสื่อลามกเด็ก แสดงให้เห็นถึงการคุกคามทางเพศเด็กในอีกรูปแบบหนึ่ง จากการที่เด็กเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับสิ่งลามกในขั้นตอนของการทำหรือผลิตสิ่งลามก ซึ่งทำให้เด็กอยู่ในฐานะของผู้แสดง สังคมไทยในปัจจุบันกำลังเผชิญหน้ากับปัญหาการเผยแพร่สิ่งลามกเด็กอย่างมากจากการศึกษาโดยทั่วไปแล้วสังคมทั่วไปต่างยอมรับว่าสื่อลามกคือสิ่งที่มีผลกระทบต่อวัฒนธรรมและศีลธรรมอันดีของสังคมไทย และเห็นว่าสื่อลามกเป็นภัยร้ายแรง ในฐานะเป็นปัจจัยที่มีส่วนกระตุ้นให้เกิดอาชญากรรมทางเพศ และมีผลต่อจิตใจและอารมณ์ของบุคคล ซึ่งเป็นที่แน่ชัดว่าสื่อลามกมีความสัมพันธ์กับผู้กระทำความผิดทางเพศ โดยสื่อที่เป็นช่องทางในการเผยแพร่สื่อลามกในสังคมไทย ส่วนใหญ่จะเป็นภาพถ่ายวิดีโอ ซีดี หรือจากอินเทอร์เน็ต ซึ่งเป็นช่องทางในการเผยแพร่สื่อลามกได้มากกว่าสื่ออื่นอย่างแน่นอน

ในการคุ้มครองเด็กจากการคุกคามทางเพศนั้น กฎหมายอาญานับว่ามีบทบาทสำคัญอย่างยิ่ง ดังนั้น เมื่อเกิดกรณีที่เด็กยังไม่ได้รับการคุ้มครอง หรือกรณีที่ถูกกฎหมายไม่อาจลงโทษผู้กระทำความผิดได้ จึงเป็นเรื่องที่สำคัญต่อการพิจารณาหามาตรการทางกฎหมายเพื่อนำมาปรับปรุงแก้ไขให้สามารถอุดช่องว่างของกฎหมาย กล่าวคือ เพื่อสามารถที่จะให้ความคุ้มครองเด็ก และสามารถนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้

จากปัญหาเรื่องสื่อลามกเด็ก ซึ่งเด็กตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิดนั้น ในการที่จะนำมาตรการทางกฎหมายมาควบคุมและบังคับใช้นั้น มีประเด็นสำคัญในเรื่องของการพิจารณาจากภาพที่ปรากฏในสื่อลามก ว่าภาพนั้นเป็นเด็กอายุเท่าใด ซึ่งการที่จะออกบทบัญญัติของกฎหมายมาบังคับใช้โดยกำหนดอายุของเด็กที่ปรากฏอยู่ในภาพนั้น ไม่สามารถนำออกมากำหนดอายุของเด็ก เพื่อนำผู้กระทำความผิดลงโทษได้ เนื่องจากปัจจุบันสภาวะการเจริญการเติบโตของเด็กในปัจจุบัน โดยทั่วไปมีการเจริญการเติบโตเร็ว และมีรูปร่างสูงใหญ่ผิดไปจากธรรมชาติของเด็กมาก เมื่อพิจารณาอายุของเด็กที่ปรากฏอยู่ในภาพแล้ว อาจทำให้มองจากรูปร่างภายนอกของแล้วไม่สามารถคาดคะเนได้ว่าเด็กนั้นมีอายุเท่าใด ซึ่งมีผลก่อให้เกิดคลาดเคลื่อนได้ด้วย หรือผู้กระทำความผิดอาจจะอ้างความสำคัญผิดในเรื่องของอายุยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้ ซึ่งการกำหนดอายุของเด็ก

ที่เป็นผู้เสียหายที่จะนำมาเป็นมาตรการทางกฎหมายนั้น อายุเด็กถือว่าเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ถ้าไม่รู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุ ก็ไม่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้ และขณะเดียวกันอายุของเด็กยังเป็นองค์ประกอบความผิดที่เป็นเงื่อนไขแห่งการเพิ่มโทษด้วย

ในเรื่องนี้ประเทศอังกฤษและประเทศเยอรมันมีการกำหนดควบคุมสิ่งลามกเด็กไว้เป็นพิเศษจากสิ่งลามกผู้ใหญ่ โดยกำหนดความผิดเกี่ยวกับการทำ ผลิต สิ่งลามกเด็ก การเผยแพร่สิ่งลามกเด็ก การครอบครองสิ่งลามกเด็ก แต่สำหรับกฎหมายไทยนั้นไม่ได้มีการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสิ่งลามกเด็กไว้เป็นพิเศษ โดยกฎหมายของไทยจะกำหนดความผิดเกี่ยวกับสิ่งลามกไว้เป็นการทั่วไป ซึ่งกำหนดอายุที่ให้การคุ้มครองเด็กนั้น กฎหมายอังกฤษกำหนดอายุของเด็กที่ให้ความคุ้มครองไว้ที่อายุไม่เกินสิบหกปี ในขณะที่เยอรมันกำหนดอายุของบุคคลที่จะได้รับความคุ้มครองไว้ที่อายุไม่เกินสิบแปดปีสำหรับการคุ้มครองสิ่งลามก สำหรับประเทศไทยมีการกำหนดอายุเด็กไว้ที่อายุไม่เกินสิบห้าปีเป็นส่วนใหญ่สำหรับการคุ้มครองเด็กในความผิดเกี่ยวกับเพศ

นอกจากนี้ยังมีการลงโทษบุคคลที่เกี่ยวข้องเป็นพิเศษ โดยการกำหนดโทษไว้สำหรับบุคคลที่เกี่ยวข้องกับความผิดเกี่ยวกับสิ่งลามก ทั้งสองประเทศมีการกำหนดไว้เป็นพิเศษ โดยโทษสำหรับความผิดของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับสิ่งลามกเด็กจะมีระวางโทษที่สูงกว่า ยกเว้นแต่ประเทศอังกฤษที่โทษสำหรับบุคคลที่เกี่ยวข้องกับสิ่งลามกเด็กไม่แตกต่างจากสิ่งลามกผู้ใหญ่ ในส่วนการลงโทษบุคคลนั้น ทั้งกฎหมายอังกฤษและเยอรมัน มีการลงโทษบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการทำให้เกิดสิ่งลามกขึ้น ไม่ว่าจะเป็นผู้ผลิต จัดทำ ผู้เผยแพร่ ผู้ครอบครองสิ่งลามกเด็ก สำหรับประเทศไทยไม่ได้มีการกำหนดบทลงโทษสำหรับบุคคลที่เกี่ยวข้องกับสิ่งลามกเด็กเป็นพิเศษเหมือนกับทั้งสองประเทศ โดยจะกำหนดไว้เป็นการทั่วไปสำหรับความผิดเกี่ยวกับสิ่งลามก

ส่วนในเรื่องความผิดทางเพศเกี่ยวกับเด็กในประเทศอังกฤษ มีหลักการแนวคิดว่าอายุเป็นเงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัย คือ ผู้กระทำความผิดไม่จำเป็นต้องรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของผู้เสียหาย ดังนั้น เมื่อเกิดกรณีสำคัญผิดในอายุของผู้เสียหาย ศาลก็สามารถลงโทษได้ แสดงให้เห็นว่าความผิดเหล่านี้ไม่มีเจตนาในเรื่องของอายุเข้ามาเกี่ยวข้อง โดยได้ให้เหตุผลไว้ในคดี Regina v. Price ปี 1875 ว่า เนื่องจากการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดในตัวของมันเอง ถึงแม้ว่าจำเลยจะเข้าใจว่าไม่ผิดกฎหมายแต่ก็รู้ว่าเป็นสิ่งที่ผิด (Not illegal but wrong) นอกจากนั้นแล้ว ตามทฤษฎีเสี่ยงภัยได้อธิบายว่าผู้กระทำได้ตัดสินใจทำสิ่งที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด ผู้กระทำย่อมรู้ว่าตัวเองไม่มีอำนาจที่จะกระทำ เมื่อผู้กระทำตัดสินใจเสี่ยงภัยนั้น ๆ และต้องรับผิดชอบตามกฎหมายไม่จำเป็นต้องรู้ขนาดว่าภัยที่ตนเสี่ยงนั้นจะให้โทษขั้นหนักหรือเบา

สำหรับการคุ้มครองเด็กในเรื่องความผิดทางเพศเกี่ยวกับเด็กของประเทศเยอรมัน ในเรื่องการสำคัญผิดในเรื่องอายุของเด็กนั้น ไม่ได้มีบทบัญญัติไว้เป็นเรื่องเฉพาะ แต่หากว่าผู้กระทำ

ความผิดไม่สามารถยกขึ้นอ้างเป็นข้อต่อสู้ในคดีให้พ้นผิดได้ เพราะตามหลักกฎหมายทั่วไปของเยอรมันบัญญัติไว้ว่าความสำคัญผิดในเรื่องที่สัมผัสไม่ได้ ซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้เป็นองค์ประกอบของความผิดไว้ แก่ตัวไม่ได้

เมื่อพิจารณาหลักทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษทางภาวะวิสัยแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า ควรนำแนวคิดเกี่ยวกับเรื่องเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยความผิดทางอาญาของบุคคล และมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กตามคุณธรรมตามกฎหมาย เพื่อให้เป็นไปตามเจตจำนงของกฎหมายอาญา โดยเฉพาะการพิจารณาลงโทษผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับสิ่งลามกต่อเด็ก ซึ่งกฎหมายควรที่จะให้ความคุ้มครองเด็กเป็นกรณีพิเศษ ซึ่งเมื่อนำทฤษฎีเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยมาใช้บังคับแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า ปัญหาการพิจารณาจากภาพที่ปรากฏในสื่อลามก ว่าภาพนั้นเป็นเด็กอายุเท่าใด ก็จะหมดไป ทำให้กฎหมายสามารถคุ้มครองเด็กให้รอดพ้นจากอันตรายได้ เนื่องจากผู้ที่คิดจะกระทำความผิดโดยใช้เด็ก เป็นผู้แสดง อาจเกิดความเกรงกลัว ไม่กล้าที่จะกระทำความผิด และสามารถทำให้คุ้มครองป้องกัน และปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับสิ่งลามกเด็กได้จริงตามความประสงค์ของกฎหมาย

หลังจากที่ผู้เขียนทำการศึกษาและค้นคว้าวิจัยทางกฎหมายอาญาเกี่ยวกับความผิดทางเพศ เกี่ยวกับสิ่งลามกเด็ก ทั้งในประเทศและต่างประเทศ รวมทั้งมาตรการที่ใช้ในการลงโทษผู้กระทำความผิด พบว่า มาตรการทางกฎหมายไทยที่ใช้ในปัจจุบันนั้นยังไม่ได้มีการบัญญัติให้ความคุ้มครองเด็กที่ตกเป็นเหยื่อของการกระทำ ซึ่งอยู่ในฐานะผู้แสดงกิจกรรมทางเพศเป็นพิเศษ แม้จะได้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งลามกไว้ในปัจจุบันแล้ว โดยมีลักษณะที่เป็นการกำหนดมาตรการที่เป็นการทั่วไป แต่ก็ยังไม่มีประสิทธิภาพในการบังคับใช้ กล่าวคือ ยังไม่สามารถให้ความคุ้มครองเด็กหรือบางกรณีไม่สามารถนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการที่ศึกษาวิเคราะห์ตามที่ได้กล่าวมาแล้วทั้งหมด เพื่อความชัดเจนในกรณีที่สื่อลามกนั้น มีเด็กเข้ามาเกี่ยวข้อง และสามารถคุ้มครองเด็กได้อย่างมีประสิทธิภาพ รวมทั้งนำมาตรการในการลงโทษผู้กระทำความผิดที่เหมาะสมถูกต้องและยุติธรรมมาพัฒนากฎหมายไทย เห็นควรแก้ไขปัญหาที่เกิดจากกรณีเกี่ยวกับสื่อลามกเด็กในประมวลกฎหมายอาญา ดังนี้

5.2.1 เนื่องจากในการที่จะกำหนดมาตรการทางกฎหมายมาคุ้มครองเด็ก อายุเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด เมื่อเกิดปัญหาเกี่ยวกับการพิจารณาลักษณะรูปร่างของเด็กที่ปรากฏอยู่ในภาพลามก เนื่องด้วยปัจจุบันเด็กมีการเจริญเติบโตทางร่างกายอย่างรวดเร็ว ทำให้ไม่อาจคาดคะเนได้ว่าเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี เพราะเด็กบางคนอายุเพียง 14 ก็มีลักษณะคล้ายเด็กอายุ 18 ปี ก็เป็นไปได้ จากปัญหานี้ส่งผลให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายตามมาตรานี้ไม่สามารถคุ้มครองเด็กได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้น การแก้ปัญหานี้ จึงควรกำหนดให้ลักษณะของการกระทำความผิดมีสถานะเป็นเงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัย ทั้งนี้เพราะหากลักษณะของการกระทำความผิดเป็นเงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัยแล้ว ในกรณีเด็กที่ปรากฏอยู่ในภาพลามก ก็จะไม่ถูกคลุมไปด้วยเรื่องอายุ เนื่องจากลักษณะของการกระทำความผิดเป็นข้อเท็จจริงนอกโครงสร้างขององค์ประกอบความผิด และปัญหาในเรื่องการพิจารณาในเรื่องของอายุเด็กที่ตกเป็นเหยื่อซึ่งปรากฏในภาพลามก ก็จะไม่เกิดขึ้นเลย เนื่องจากลักษณะของการกระทำความผิดเป็นผลทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับผิดชอบโดยตรง ส่วนวิธีการในการทำให้ลักษณะของการกระทำความผิดมีสถานะเป็นเงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัยก็โดยการเพิ่มอนุมาตราเข้ามา ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 โดยการบัญญัติเพิ่มเติมอนุมาตรา 4 ว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรานี้ มีลักษณะที่เป็นอันตรายต่อเด็ก หรือมีการใช้เด็ก ต้องระวางโทษ” ดังนี้ ก็จะทำให้ลักษณะการกระทำความผิดเป็นเงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัย ทำให้สามารถคุ้มครองเด็กได้อย่างเด็ดขาด และมีประสิทธิภาพมากขึ้น ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

5.2.2 ในเรื่องของอัตราโทษ ปัจจุบันนั้นไม่ว่าจะเป็นสิ่งลามกเด็กหรือสิ่งลามกผู้ใหญ่ กฎหมายกำหนดให้ลงโทษผู้กระทำความผิดเท่ากัน โดยไม่ได้มีการแบ่งแยก ซึ่งจะเห็นได้ว่าสิ่งลามกเด็กกับสิ่งลามกผู้ใหญ่มีระดับความรุนแรงที่ส่งผลกระทบต่อและสะท้อนสังคมแตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นการเจริญเติบโต การพัฒนา ทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจ ซึ่งช่วงวัยเด็กนี้สมควรที่จะต้องให้ความสำคัญในเรื่องของการพิจารณาถึงการให้ความคุ้มครอง โดยจะต้องให้ความระมัดระวังเป็นพิเศษเพราะเป็นช่วงที่เริ่มมีการพัฒนาทางเพศและเข้าสู่ช่วงวัยเจริญพันธุ์ ที่อาจถูกกระทำการต่างๆ เกี่ยวกับเพศจากบุคคลอื่นได้ ดังนั้น จึงสมควรนำหลักการกำหนดโทษตามสัดส่วนของการกระทำความผิดมากำหนดตามระดับความหนักเบาของความผิด โดยมี

การกำหนดโทษในอัตราที่สูงขึ้น อันเนื่องมาจากการพิจารณาถึงลักษณะความร้ายแรงของการกระทำความผิดหรือความเป็นอันตรายของความผิดให้เหมาะสมกับผู้กระทำได้กระทำลง โดยมีเหตุผลส่วนใหญ่มาจากการลงโทษให้เด็ดขาด หรือหลายจำ ไม่กล้ากระทำความผิดอีก อีกทั้งเพื่อให้การนำไปปรับใช้เหมาะสมแก่พฤติกรรมและความเสียหายที่เกิดขึ้น

D
P
U

DU
P
U

บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2551). *กฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป* (ฉบับพิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินติ้ง (ประเทศไทย).
- คณิต ณ นคร. (2551). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2553). *ประมวลกฎหมายอาญา : หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ*. (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- จิตติ ติงศัททีย์. (2546). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1* (ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายเนติบัณฑิตยสภา.
- _____. (2548). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2*. (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายเนติบัณฑิตยสภา.
- ชลิดาภรณ์ ส่งสัมพันธ์. (2551). *หนังสือไปตลาดล่าง : ความรู้ และจินตนาการในเรื่องเพศ* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: มูลนิธิสร้างความสำเร็จเรื่องสุขภาพผู้หญิง (สคส.).
- ชลิดาภรณ์ ส่งสัมพันธ์. (2547). *ภาษาเพศ : อำนาจ เรื่อง ทางเพศกับพหุนิยมทางจริยศาสตร์ (Legitimate Sex : Sexuality and Ethical Pluralism)*. เชียงใหม่: ศูนย์สตรีศึกษา คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2552). *ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง* (พิมพ์ครั้งที่ 23). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- พรชัย ขันดี และคณะ. (2543). *ทฤษฎีและงานวิจัยทางอาชญาวิทยา*. กรุงเทพฯ: บุคเน็ท.
- พิสมัย เด่นดวงบริพันธ์. (2538). *ความรู้เรื่องเพศ*. กรุงเทพฯ: คณะครุศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2547). *ปัญหาพิเศษในกฎหมายอาญา*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2539). *หลักกฎหมายอาญา*. (พิมพ์ครั้งที่ 1) กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- หยุด แสงอุทัย. (2538). *กฎหมายอาญา ภาค 2-3* (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

หลวงประเสริฐมนูกิจ. (2495). *คำอธิบายกฎหมายประเทศเองไกลแขกซอน*. กรุงเทพฯ: พระนคร.

เอนก อารีพรรค และสุวัทนา อารีพรรค. (2525). *เรียนรู้เรื่องเพศ*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

บทความ

จอมพล พัทธ์สันตโยธิน. (2551, ตุลาคม - 2552, มีนาคม) “ความผิดฐานครอบครองสื่อลามกเด็กในระบบคอมพิวเตอร์ตามกฎหมายอังกฤษ.” *วารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ (มหาวิทยาลัยนเรศวร)*, 2(1). หน้า 9-29.

ณรงค์ ใจหาญ. (2529) “ความหมายของสื่อลามกในกฎหมาย.” *วารสารนิติศาสตร์*, 16(2). หน้า 125-131.

มานราชเสวี, พระยา. (2536, มกราคม). “ศิลปกับลามก.” *วารสารอักษร*, 16. หน้า 112-115.

หยุด แสงอุทัย. (2483). “การวินิจฉัยปัญหาคดีอาญา.” *บทบัญญัติ*, 11. หน้า 233-234.

วิทยานิพนธ์

จกมลณี โตสกุลวงศ์. (2542). *การวิเคราะห์ว่าทกกรรมการให้ความหมายสื่อสิ่งพิมพ์ลามกของ 9 สถาบันในสังคมไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท)*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ชัยชนะ พรรัตน์พันธุ์. (2545). *การคุ้มครองเด็กและเยาวชนชายที่เป็นเหยื่อการกระทำผิดทางเพศศึกษาเฉพาะกรณีการลงโทษกฎหมายอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท)*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

เนติ รัตนากร. (2542). *การให้ความคุ้มครองเด็กในกฎหมายควบคุมสื่อลามก : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทย อังกฤษ สหรัฐอเมริกาและเยอรมัน (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท)*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

พิชญ์ ลีอานิชกิจ. (2551). *บทบาทของพนักงานอัยการต่อการใช้ดุลยพินิจของศาลในการกำหนดโทษ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท)*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

- สาวิตรี ภูไชยแสง. (2552). *เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย : ศึกษาอายุผู้เสียหายที่เป็นเด็กในความคิดเกี่ยวกับเพศ* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- โสมนัส เจือศรีกุล. (2546). *มาตรการควบคุมต่อต้านสื่อลามกเด็ก* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2524). *ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ศรีอรุณ ตะโคดม. (2542). *ปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจาร* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

เอกสารอื่น ๆ

- กมลินทร์ พินิจภูวดล. (2541). *แนวทางและมาตรการในการจัดการศึกษาของเด็กด้อยโอกาส* (รายงานการวิจัย). สำนักงานคณะกรรมการศึกษาแห่งชาติ.
- คณะอนุกรรมการเรื่อง “สิทธิเด็ก” คณะกรรมการส่งเสริมการพัฒนเด็กและเยาวชนแห่งชาติ. (2550). “เรื่อง การค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็ก และสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก.” สำนักงานส่งเสริมสวัสดิภาพและพิทักษ์เด็ก เยาวชน ผู้ด้อยโอกาส และผู้สูงอายุ (สท.) กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์.
- จิตรารักษ์ วันสพวงศ์. (2541, 16 กรกฎาคม). “อินเทอร์เน็ต : เทคโนโลยีใหม่ทำร้ายเด็ก.” ในเอกสารประกอบการเสวนาทงวิชาการ เรื่องสื่อลามกเด็กและการค้าประเวณีทางอินเทอร์เน็ต : มะเร็งร้ายที่ทำลายเยาวชนไทย ที่สำนักงานอัยการสูงสุด (อัคราณา).
- บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา. เรื่องเสร็จที่ 271-272/2550.
- ประกาศ อวยชัย. (2538). *ข้อโต้แย้งจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาหรือฎีกา 100 ปี ตามกฎหมายอาญา*. กรุงเทพฯ : กรุงเทพมหานคร พรินติ้ง กรุ๊ป.
- วิชา มหาคุณ และ วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล. (2533). *รายงานการวิจัย เรื่อง “ผลกระทบของเด็กถูกระทำทารุณกรรม : มาตรการป้องกัน แก้ไข ศึกษาเฉพาะกรณีเด็กและเยาวชนที่เคยต้องคดี”*. กรุงเทพฯ : สมาคมสวัสดิการเด็กในประเทศไทย.

สถาบันกฎหมายอาญา รายงานการเสวนาทางวิชาการ เรื่อง “สื่อลามกและการค้าประเวณีทางอินเทอร์เน็ต : มะเร็งร้ายที่ทำลายเยาวชนไทย”. บทบัณฑิตย์, เล่มที่ 55 ตอน 1 (มีนาคม 2542). กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัด จีรัชการพิมพ์.

สถาบันกฎหมายอาญา. (2541). รายงานการเสวนาทางวิชาการเรื่อง “สื่อลามกเด็กและการค้าประเวณีทางอินเทอร์เน็ต : มะเร็งร้ายที่ทำลายเยาวชนไทย.” กรุงเทพฯ : สถาบันกฎหมายอัยการ สำนักงานอัยการสูงสุด. (อัดสำเนา).

สถาบันกฎหมายอาญา. “เรื่องสื่อลามกเด็กและการค้าประเวณีทางอินเทอร์เน็ต : มะเร็งร้ายที่ทำลายเยาวชนไทย.” เอกสารประกอบการเสวนาทางวิชาการ ที่สำนักงานอัยการสูงสุด เมื่อวันที่ 16 กรกฎาคม 2541 (อัดสำเนา).

หน่วยปฏิบัติการวิจัยคลังอนุพันธุกรรม. (2552). *รูปร่างประชากรไทย* (รายงานวิจัย). ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ.

กฎหมาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.

ประมวลกฎหมายอาญา.

สารสนเทศจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์

สำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ. สืบค้นเมื่อ 15 กรกฎาคม 2554, จาก

<http://www.thaihealth.or.th>

กระทรวงวัฒนธรรม. สืบค้นเมื่อ 1 สิงหาคม 2554, จาก

<http://www.m-culture.go.th>

กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร. สืบค้นเมื่อ 17 ตุลาคม 2554, จาก

<http://www.mict.go.th>

ภาษาต่างประเทศ

BOOKS

- Agnes Fournier de Saint – Maur. (1999, 29 September - 1 October). “*The Sexual Abuse of Children via the Internet: A new Challenge for INTERPOL.*” Paper presented at the International Conference Combating Child Pornography on the Internet, Vienna : ECPAT.
- Cathy, Cobby. (1995). *Child abuse & The law*. London : Cavendish Publishing Limited.
- Easton, Susan M. (1994). *The problem of pornography : regulation and the right to free speech*. London : Routledge. p.27.
- Healy, M. A. (1996, 27-31 August). “Child Pornography: An International Perspective”. *submitted by ECPAT for the World Congress against Commercial Sexual Exploitation of Children, Stockholm, Sweden.*
- Hunter, Ian., Saunders, David and Williamson, Dagald. (1993). *On pornography: literature, sexuality and obscenity law*. New York : ST. Martin’s Press.
- Kadish and Paulsen. (1975). *Criminal Law and Its Processes (Case and Materials)* (3th ed). Boston : Little Brown.
- Linz, Daniel. (1993). “*Pornography : Communication Concepts.*” California : Sage publication.
- Livingston, C. (2000). *Protecting Children Online*. Bangkok : ECPAT International.
- Lydia Voigt, William, Thornton E., Jr., Leo Barrile, Jerrol Seaman M. (1994). *Criminology and Justice*. New York : McGraw – Hill.
- Manchester, Collin. (1995, July). *Computer pornography*. Criminal L. Rev.
- McNair, Brian. (1997). “*Mediated Sex : Pornography and Postmodern Culture.*” London : Arnold.
- Reoch, Richard (editor). (1994). *Human Rights’ the new consensus*. London : Regency Press (Humanity).
- Smith and Hogan. (2002). *Criminal Law* (10th ed). Buterworths : Lexis.

Sprack, John. (1992). *Emmins on Criminal Procedure* (Fifth edition). London : Blackstone Press Limited.

Verhellen, Eugene. (1996). *Monitoring children's rights*. The Hague : Martinus Nijhoff Publishers.

Wayne R. Lafave and W. Sott, Jr. (1972). *Handbook on Criminal Law*. Minnesota : West.

DRU

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล	นายวิริยะ ธรรมจักร
วัน เดือน ปี เกิด	24 พฤศจิกายน 2529
ประวัติการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต ปีการศึกษา 2551 มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์
ประวัติการทำงาน	ปี พ.ศ. 2552 ตำแหน่งนิติกร กลุ่มงานตรวจสอบวินิจฉัย งานละเมิดและแพ่ง 3 สำนักความรับผิดชอบแพ่ง กรมบัญชีกลาง กระทรวงการคลัง ปี พ.ศ. 2556 – ปัจจุบัน ตำแหน่งนิติกร 4 องค์การส่งเสริมกิจการโคนมแห่งประเทศไทย กระทรวงเกษตรและสหกรณ์