

การกำหนดความผิดอาญา กรณีการส่งมอบสื่อลามกให้แก่เด็ก

ศุภลักษณ์ มณีสว่าง

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2561

Criminalization of Delivering Pornography to Child

Supaluk Maneeswang

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

Department of Law

Pridi Bhanomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2018



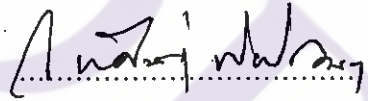
ใบรับรองวิทยานิพนธ์

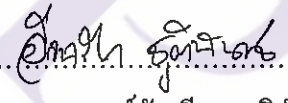
คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

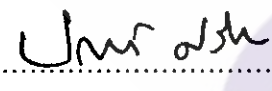
ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต


หัวข้อวิทยานิพนธ์ : การกำหนดความผิดอาญา กรณีการส่งมอบสื่อลามกให้แก่เด็ก
เสนอโดย : นางสาวศุภลักษณ์ มณีสว่าง
สาขาวิชา : นิติศาสตร์
หมวดวิชา : กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ : รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์

ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว

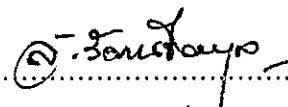

.....ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล)


.....กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์
(รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์)


.....กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท)


.....กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กรรภิรมย์ โกมลารชุน)

คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ รับรองแล้ว


.....คณบดีคณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนชื้อสกุล)

วันที่ เดือน พ.ศ.

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การกำหนดความผิดอาญา : กรณีการส่งมอบสื่อลามกให้แก่เด็ก
ชื่อผู้เขียน	ศุภลักษณ์ มณีสว่าง
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2560

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ในการศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกในการที่จะเอาผิดและหาวิธีลดสื่อลามกอนาจาร กับบุคคลที่เสนอ เผยแพร่ โฆษณา หรือค้าสื่อลามกให้แก่เด็ก เนื่องจากบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 ว่าด้วยสื่อลามกที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ยังไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะเอาผิดกับบุคคลที่ค้า จำหน่าย โฆษณาหรือเพื่อการแสดงออกแก่บุคคลที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปี ทำ ผลิต มีไว้ นำเข้าหรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกไปนอกราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไป ทำให้แพร่หลาย และโฆษณาหรือโฆษณาไว้เป็นพิเศษ กล่าวคือ ยังไม่มีมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับสื่อลามกบัญญัติเป็นการเฉพาะ ซึ่งในเรื่องนี้ประเทศเยอรมันและประเทศอังกฤษมีการกำหนดและควบคุมไว้

ผลการศึกษาพบว่า กฎหมายในประเทศอังกฤษ กำหนดอายุเด็กที่ให้ความคุ้มครองไว้ที่อายุไม่เกินสิบหกปี เด็กในฐานะที่เป็นผู้รับรู้สื่อลามกนั้น มีการคุ้มครองเด็กจากสื่อที่อันตรายรวมถึงสื่อที่เป็นภาพลามก โดยกำหนดคุ้มครองไม่ให้หนังสือหรือสิ่งพิมพ์ประเภทนี้ตกถึงมือเด็ก และกำหนดความรับผิดชอบของผู้พิมพ์ ขาย ให้เช่า สิ่งพิมพ์ที่มีลักษณะเป็นอันตรายหรือมีภาพลามกเอาไว้ ในขณะที่ประเทศเยอรมันกำหนดอายุของบุคคลที่จะได้รับความคุ้มครองไว้ที่อายุไม่เกินสิบแปดปี สำหรับการคุ้มครองสื่อลามก ซึ่งหากเราไม่มีการควบคุมเรื่องสื่อลามกอนาจารเสียเลย ปล่อยให้เผยแพร่ได้อย่างเสรี โดยไม่มองว่าบุคคลที่ได้รับนั้นเป็นเด็กซึ่งยังอยู่ในช่วงอายุที่ยังไม่เหมาะสมก็อาจส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของสังคมมากยิ่งขึ้น

ในประเทศอังกฤษมีหลักการแนวคิดว่าอายุเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย คือ ผู้กระทำความผิดไม่จำเป็นต้องรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของผู้เสียหาย และประเทศเยอรมัน ก็ไม่ยอมให้ผู้กระทำความผิดยกข้ออ้างเกี่ยวกับการสำคัญผิดในอายุขึ้นแก้ตัวให้พ้นผิดได้ ดังนั้นแม้ว่าจะเกิดกรณีสำคัญผิดในอายุศาลก็ลงโทษได้ จะเห็นได้ว่าการที่ถือว่าอายุของผู้เสียหายมีสถานะเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยนั้น ทำให้เด็กได้รับการคุ้มครองโดยบทบัญญัติของกฎหมาย

อย่างเด็ดขาด ดังนั้นการที่ผู้กระทำจะรู้หรือไม่รู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของเด็กหรือไม่นั้น จึงไม่ใช่เหตุผลที่จะหยิบยกขึ้นมากล่าวอ้างเพื่อให้ตนพ้นจากความผิดได้

ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า หากไม่มีการกำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับเรื่องนี้ และประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287 ไม่ได้รับการบัญญัติ แก้ไขหรือปรับปรุงให้ทันต่อสถานการณ์ เพื่อควบคุมการเข้าถึงสื่อลามกอนาจาร อาจทำให้เกิดอาชญากรรมทางเพศในปริมาณที่สูงขึ้น ควรนำหลักการกำหนดโทษตามสัดส่วนของการกระทำความผิดมากำหนดตามระดับความหนักเบาของความผิด โดยมีการกำหนดโทษในอัตราที่สูงขึ้น อันเนื่องมาจากการพิจารณาทั้งลักษณะความร้ายแรงของการกระทำความผิดหรือความเป็นอันตรายของความผิดให้เหมาะสมที่ผู้กระทำได้กระทำลง โดยมีเหตุผลส่วนใหญ่มาจากการลงโทษให้เด็ดขาด หรือหลายจำไม่กล้ากระทำผิดอีกทั้งเพื่อให้การนำไปปรับใช้เหมาะสมแก่พฤติการณ์และความเสียหายที่เกิดขึ้น

Thesis Title	Criminalization of Delivering Pornography to child
Author	Supaluk Maneeswang
Thesis Advisor	Professor Assoc. Achariya Chutinun
Department	Law
Academic Year	2017

ABSTRACT

This thesis aims to study the legal measures regarding pornography to condemn the person who offer pornography by public or commercial advertisement to teenagers and how to reduce publishing pornography. Because of the provisions of the Criminal Code, Section 287 of the current use of pornography is not effective enough to punish a trafficked person for distributing advertisement or for displaying publicity to persons under the age of eighteen who making them available for import or for export in the Kingdom of Thailand include take or leave them widespread and that advertisement or news. In Germany and England, This issue is specific legislative measures regarding pornography but Thailand is not specific legal this issue.

The study indicated that Law in the UK Determine the age of protected children is at age of sixteen who from dangerous of pornography, including pornography media, By defending a type of papers or publications to children. And controlling the responsibility of prohibited printing media, for sales, for rent from printer. While Germany determine the age of the person to be protected at the age of eighteen years for the protection of pornography. In the another hand, Thailand is not control over pornography. Let's release it freely. It is not considered that the person is a child, which is still in the age is not appropriate. It can affect the peace and morality of the society more.

In England, the principle that age is a condition of punishment is that the offender does not need to know the facts about the victim's age. And Germany It does not allow the offender to make excuses about the importance of the wrong in the age to make excuses. Although the offender understands the age mistakenly that it really exist, the court may inflict a penalty. It appears that the provision injured person's age is the condition of the object punishment, it makes absolutely protection on child. The offender cannot raise the fact of child's age that such person shall not be excused from the liability committed.

So the researcher found that, If there is not defect on this issue. And the Penal Code, Section 287, has not been promulgated. correct or update the situation to control access to pornography may cause higher sex crimes. 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 offender, 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

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยความกรุณาและอนุเคราะห์อย่างยิ่งจาก รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์ ที่ได้ให้ความเมตตา รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ โดยท่านได้สละเวลาช่วยชี้แนะให้ความรู้ คำแนะนำตั้งแต่เริ่มเขียนวิทยานิพนธ์ จนเสร็จสมบูรณ์ จึงขอขอบพระคุณท่านเป็นอย่างสูงที่ให้ความเมตตา กรุณา

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล ที่กรุณา รับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท และ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กรรภิรมย์ โกมลารชุล ที่กรุณา รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งอาจารย์ทุก ๆ ท่าน ได้กรุณา สละเวลาอันมีค่า ยังทำการตรวจพิจารณา ให้ความรู้ คำแนะนำ ในการปรับปรุงแก้ไขวิทยานิพนธ์นี้ให้สมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบคุณบุคคลที่สำคัญยิ่ง คือ คนในครอบครัวของผู้เขียน ทุกคนที่ได้ให้กำลังใจ เป็นแรงผลักดัน และคอยสนับสนุนช่วยเหลือผู้เขียนมาโดยตลอด

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณค่าและประโยชน์ต่อการศึกษา ผู้เขียนขอขอบพระคุณดี ทั้งหมดให้กับบิดา มารดา และครูบาอาจารย์ทุกท่าน ตลอดจนผู้แต่งหนังสือตำราทุกท่านที่ทำให้ ผู้เขียนใช้อ้างอิงในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ แต่หากมีความผิดพลาดและมีข้อบกพร่องอันเกิดจาก วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

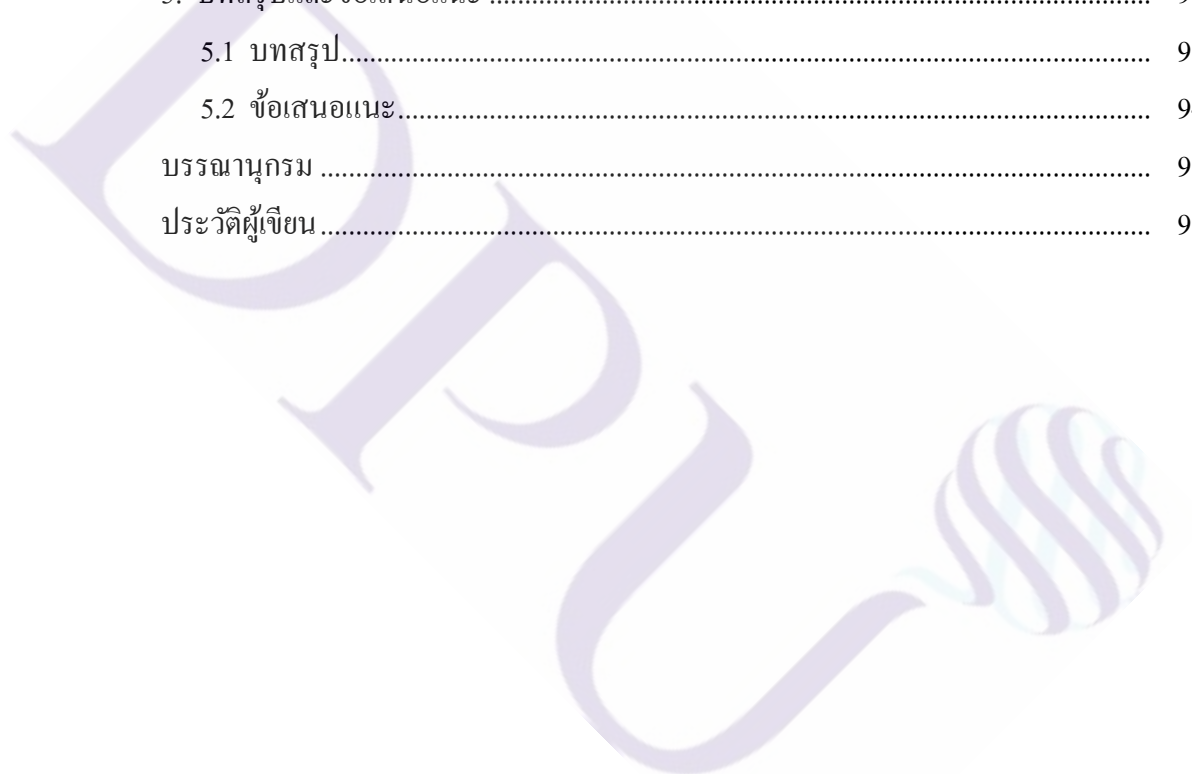
ศุภลักษณ์ มณีสว่าง

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	๖
กิตติกรรมประกาศ.....	๗
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	4
1.3 สมมติฐานของการศึกษา	4
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	5
1.5 วิธีการศึกษา	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	5
2. แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการเผยแพร่ สื่อลามกแก่บุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปี	7
2.1 แนวความคิดที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการแสดงออกทางเพศ.....	8
2.2 ทฤษฎีอาชญาวิทยาเกี่ยวกับอาชญากรรมที่เกิดขึ้นจากสื่อลามก.....	13
2.3 ความหมายของเหยื่ออาชญากรรม.....	17
2.4 แนวคิดและหลักเกณฑ์ทั่วไปในการกำหนดความผิดทางอาญา	25
2.5 แนวคิดทฤษฎีเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย.....	30
2.6 หลักสากลในการคุ้มครองเด็ก	52
2.7 หลักเกณฑ์ในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองบุคคล อายุต่ำกว่าสิบแปดปี.....	52
3. มาตรการทางกฎหมายในการครอบครอง คำ ผลิต ทำให้แพร่หลายสื่อลามก ในต่างประเทศ.....	62
3.1 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	62
3.2 ประเทศอังกฤษ.....	67

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
4. มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกในประเทศไทย	76
4.1 การคุ้มครองสิทธิเกี่ยวกับสื่อลามกในประเทศไทยที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน	76
4.2 ปัญหาเกี่ยวกับประสิทธิภาพในการบังคับใช้มาตรการทางกฎหมาย	87
4.3 ปัญหาความได้สัดส่วนของการกระทำและโทษ	88
4.4 ข้อโต้แย้งเรื่องหลักความรับผิดชอบเด็ดขาด	88
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ	91
5.1 บทสรุป	91
5.2 ข้อเสนอแนะ	94
บรรณานุกรม	95
ประวัติผู้เขียน	99



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในสังคมปัจจุบัน ความสัมพันธ์ทางเพศ ถือว่าเป็นปัญหาระหว่างบุคคล และเราปฏิเสธไม่ได้ว่า เรื่องลามกอนาจารเป็นเรื่องเพศเรื่องหนึ่งที่ทำให้เกิดความยุ่งยากในทางที่เสื่อมทราม มีเนื้อหาที่ทำให้ค่าของศีลธรรมอันดีนั้นลดลง ละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ส่งผลต่อความสัมพันธ์ของมนุษย์ในสังคม¹ เรื่องลามกอนาจาร เป็นหนทางหนึ่งที่มีมนุษย์เลือกใช้ในการกระตุ้นหรือบำบัดอารมณ์ทางเพศ เพราะอารมณ์ทางเพศเป็นเรื่องธรรมชาติของมนุษย์ และในปัจจุบันถือว่า หากเป็นความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้ว ย่อมเป็นสิทธิและเสรีภาพที่มนุษย์ทุกคนต่างมีสิทธิที่จะแสวงหาความสุขทางเพศได้ตามความพึงพอใจ แต่ความพึงพอใจในการมีความสัมพันธ์ทางเพศนั้น จะต้องไม่เป็นการกระทำที่ล่วงละเมิดต่อสิทธิและร่างกายของบุคคลอื่น หรือมีลักษณะเป็นการเปิดเผยหรือเผยแพร่ความสัมพันธ์ทางเพศนั้นต่อสาธารณะอันจะส่งผลให้วัฒนธรรมและประเพณีอันดีงามของสังคมนั้น ๆ ต้องเสื่อมทรามลงด้วย

ปัจจุบันปัญหาการเปิดเผยหรือเผยแพร่ความสัมพันธ์ทางเพศในเรื่องสิ่งลามกได้ขยายวงกว้างออกไป เกิดปัญหาต่าง ๆ มากมาย เนื่องจากสื่อลามกหลายประเภทนำเสนอเรื่องราวที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งนำเสนอเรื่องราวทางเพศ ภาพลามกอนาจาร ภาพหยาบโลนหรือภาพเปลือย ทั้งที่เป็นภาพนิ่งและภาพเคลื่อนไหว ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของหนังสือภาพ หนังสือการ์ตูน นิตยสารต่าง ๆ หรือวิดีโอ การเผยแพร่ทางระบบอินเทอร์เน็ต ซึ่งปรากฏโดยผ่านระบบคอมพิวเตอร์ และรวมถึงการบันทึกทางคอมพิวเตอร์ที่มีความทันสมัยต่อโลกปัจจุบันมากยิ่งขึ้น² บทบาทและ

¹ กองทุนศาสตราจารย์ คะเน็ง ฤาไชย ร่วมกับ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, ปัญหาพฤติกรรมของมนุษย์ในสังคมไทยบนอินเทอร์เน็ต (เอกสารประกอบโครงการเวทีสัมมนาเพื่อจุดประกายความคิดในการพัฒนาระบบกฎหมายไทย เรื่อง), (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน, 2546), น. 17.

² กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร ICT, “สำนักงานสถิติแห่งชาติได้สำรวจการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารในครัวเรือนในปี พ.ศ.2552 ทั้งสิ้น 79,560 ครัวเรือน ผลการสำรวจสรุปและมีความเห็นว่า ประมาณร้อยละ 37.2 ของครัวเรือน ต้องการให้ควบคุมเว็บไซต์ที่ลามกอนาจาร”

จาก http://www.mict.go.th/more_news.php?cid=37.

หน้าที่ของสื่อมวลชนในสังคมไทย ที่ต้องเผยแพร่ความรู้ และข่าวสารนั้น ลดบทบาทลงไปมาก คงเหลือเพียงความบันเทิงที่มุ่งนำเสนอสู่ประชาชนอย่างต่อเนื่อง ที่มาในรูปแบบของรายการ โทรทัศน์ วิทยุ อินเทอร์เน็ต ไม่เว้นแม้แต่หนังสือพิมพ์ที่น่าจะบรรจุข่าวสาร และความรู้ไว้มากมาย กลับนำเสนอเนื้อหาด้านความบันเทิงมากเกินไปจนความพอดีทำให้ประชาชนได้รับแต่ความบันเทิงมากเกินไป กอปรกับความเจริญก้าวหน้าของเทคโนโลยีต่าง ๆ ทำให้สื่อลามกอนาจารที่แอบแฝงมาร่วมกับความบันเทิง แพร่กระจายสู่ประชาชนได้ง่ายดาย และรวดเร็ว ซึ่งแตกต่างจากอดีตที่สื่อเหล่านั้นจะเข้าถึงประชาชนเฉพาะกลุ่มเท่านั้น สื่อลามกอนาจารมีการพัฒนารูปแบบการสื่อสารที่ส่งไปถึงผู้บริโภคมีความรวดเร็ว หลากหลายมากขึ้น สื่อลามกที่ปรากฏในปัจจุบันสามารถจำแนกได้ดังนี้ สื่อซีดี สื่อประเภทนี้มีการแพร่กระจายสู่ประชาชนได้อย่างรวดเร็ว ง่ายดาย ด้วยราคาที่ไม่แพงจนเกินไป และหาซื้อได้ง่าย อย่างไรก็ตาม สื่อลามกอนาจารหากใช้อย่างไม่ถูกต้อง ก็อาจนำไปสู่การกระทำความผิดที่เกี่ยวกับเพศได้ เช่น การข่มขืนกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจาร เป็นต้น ดังนั้น หากรัฐจะควบคุมไม่ให้มีสื่อลามกอนาจารเสียเลย ก็จะกลายเป็นการจำกัดเสรีภาพในเรื่องทางเพศอันเป็นเรื่องส่วนตัวโดยแท้ แต่ถ้าไม่ควบคุมเสียเลย ปล่อยให้เผยแพร่ได้อย่างเสรี ก็อาจส่งผลต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมได้

ด้วยเหตุนี้ จึงเกิดการควบคุมสื่อลามกอนาจาร ซึ่งในประมวลกฎหมายอาญา ได้ยึดหลักเป็นผู้ใหญ่ และเป็นส่วนตัว (Adult and Alone) กล่าวคือ บุคคลสามารถครอบครองสื่อลามกอนาจาร ไม่ว่าจะเป็นคลิปีวีดีโอ ภาพยนตร์ หนังสือ ภาพถ่าย หรือ สื่ออื่นใดที่มีลักษณะ โป๊เปลือย ชั่วร้ายทางเพศได้ หากว่า

1. ผู้นั้นมีวุฒิภาวะแล้ว (Adult) นั่นคือ มีประสบการณ์ชีวิตและมีความรู้เรื่องเพศ พร้อมทั้งจะใช้เสรีภาพทางเพศได้ในกรอบที่ถูกต้องพอควร

2. เก็บสื่อลามกอนาจารนั้นไว้เป็นของส่วนตัว (Alone) ไม่เผยแพร่ ไขข่าวต่อให้กับผู้หนึ่งผู้ใด ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 ได้กำหนดความผิดเอาไว้ 3 รูปแบบด้วยกัน คือ

1. ทำ ผลิต มีไว้ นำเข้า ส่งออกหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเพื่อการค้า เพื่อจ่ายแจก หรือเพื่อแสดงอวดแก่ประชาชน ซึ่งเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา รูปถ่าย ภาพยนตร์ เป็นต้น

2. ถ้าสื่อลามกอนาจาร มีส่วนเกี่ยวข้องกับการค้าสื่อลามกอนาจาร (เช่น เงินทุน เป็นคนกลางรับของไปขายต่อ จ่ายแจก แสดงอวด หรือให้เข้าสื่อลามกอนาจาร)

3. โฆษณาหรือไขข่าวว่าสื่อลามกอนาจาร หาได้จากบุคคลใดหรือโดยวิธีใด เพื่อช่วยให้แพร่หลายหรือให้ประโยชน์ทางการค้า

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า ถ้าการครอบครองหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจาร เป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนตัว หรือต่อบุคคลเฉพาะบางคน ไม่เผยแพร่ไปยังประชาชนทั่วไป เช่นนี้ยังสามารถกระทำได้ไม่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287

อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 ซึ่งเป็นกฎหมายหลักที่นำมาใช้ในการควบคุมสิ่งลามก ที่เป็นการกระตุ้นอารมณ์ทางเพศให้เกิดขึ้นตามธรรมชาติ โดยที่ไม่ได้คำนึงถึงหรือมีมาตรการที่จะเอาผิดกับบุคคลที่เสนอ เผยแพร่ โฆษณา หรือค้าสื่อลามก แก่บุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์ กฎหมายไทยที่ใช้อยู่ในปัจจุบันนั้น กำหนดการเผยแพร่สื่อลามกเป็นการทั่วไป โดยไม่ได้พิจารณาว่าสิ่งลามกนั้น ถ้าได้มีการเผยแพร่แก่บุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปี ซึ่งอาจทำให้เด็กนั้นตกเป็นเหยื่ออาชญากรรม และจะทำให้เกิดปัญหาทางสังคมเพิ่มมากขึ้น อาจจะเป็นปัจจัยที่ก่อให้เกิดอาชญากรรมทางเพศเพิ่มมากขึ้นด้วย

ปัญหาการผลิตและเผยแพร่วัตถุหรือสิ่งของลามกในปัจจุบัน ก็นับว่าเป็นปัญหาสำคัญที่สังคมควรให้ความสนใจเพื่อที่จะเตรียมมาตรการในการแก้ไขปัญหาเพื่อให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น เนื่องจากวัตถุหรือสิ่งของลามกเป็นสิ่งที่นำมาซึ่งความเสื่อมเสียศีลธรรมอันดีของสังคม และส่งผลกระทบต่อพฤติกรรมทางเพศของบุคคลทุกเพศทุกวัย โดยเฉพาะบุคคลที่เป็นเด็ก

ระบบยุติธรรมทางอาญาในปัจจุบัน ได้คุ้มครองผู้กระทำความผิดทางอาญาโดยคำนึงถึงสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน ในขณะที่เดียวกันผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมซึ่งเป็นผู้ได้รับผลจากการประทุษร้ายโดยผู้กระทำความผิดอาญา จึงควรได้รับการคุ้มครองอย่างเหมาะสมและเท่าเทียมกัน³

อย่างไรก็ตามในหลายประเทศ ได้ให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองและป้องกัน รวมทั้งการปฏิบัติต่อผู้เสียหาย หรือเหยื่ออาชญากรรม โดยให้บุคคลดังกล่าวได้มีส่วนร่วมในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญามากขึ้น และได้เรียกร้องให้มีการชดเชยความเสียหายแก่ผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมในคดีอาญาโดยรัฐ ซึ่งต่อมาในปี ค.ศ. 1985 ได้มีการประชุมkongเกรสสหประชาชาติว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรม (The United Nations Congress on the prevention of crime and the treatment of offenders) ครั้งที่ 7 ณ กรุงมิลาน ประเทศอิตาลี และได้ร่วมกันร่าง Magna carta for victims ซึ่งกล่าวถึงการชดเชยความเสียหายแก่ผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมในคดีอาญาโดยรัฐ ในปีเดียวกันได้มีมติที่ประชุมใหญ่ที่ 40/34 ของการประชุมใหญ่สหประชาชาติว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรม และปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดโดยได้ประกาศรับรอง⁴ “ปฏิญญาสากลว่าด้วย

³ กุมพล พลวัน, “การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย,” วารสารอัยการนิเทศ, เล่มที่ 54, น. 79, (2535).

⁴ ประชัช เปี่ยมสมบูรณ์, “การประชุมkongเกรสสหประชาชาติว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรม และการบำบัดฟื้นฟูผู้กระทำความผิด,” วารสารอาชญาวิทยาและงานยุติธรรม, เล่มที่ 3, ฉบับที่ 2, น. 14, (ธันวาคม 2526).

หลักความยุติธรรมขั้นพื้นฐานของผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรม และการใช้อำนาจโดย มิชอบ” (Declaration of basic principles of justice for victims of crime and abuse of power, 1985) นับเป็นครั้งแรกที่มีการยอมรับสิทธิของผู้เสียหาย หรือเหยื่ออาชญากรรม อันรวมถึงสิทธิที่ได้รับการเยียวยา⁵

ด้วยเหตุนี้ เพื่อป้องกันไม่ให้มีการเผยแพร่ โฆษณา หรือคำวิดฤหรือสื่อลามก แก่บุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปี จึงจำเป็นต้องมีมาตรการทางกฎหมายและควรมีการกำหนดฐานความผิดในเรื่องการควบคุมการผลิต การเผยแพร่ การโฆษณา หรือการคำวิดฤหรือสื่อลามก แก่บุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปีไว้โดยเฉพาะ เพื่อไม่ให้มีไว้ในครอบครอง เพราะอาจทำให้เด็กขาดศีลธรรมอันดีในสังคมเพิ่มมากขึ้น ซึ่งประเทศไทยยังไม่มีมาตรการทางกฎหมายที่ชัดเจนและครอบคลุมเพื่อคุ้มครองเด็กจากสื่อลามกไว้ในประมวลกฎหมายอาญาแต่อย่างใด จึงควรกำหนดโทษและเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดในเรื่องนี้ให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาแนวคิดทฤษฎีในการค้า จำหน่าย เผยแพร่ โฆษณาและครอบครองสื่อลามก เพื่อส่งมอบให้แก่บุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปีครอบครอง

2. เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมสื่อลามกของต่างประเทศ ศึกษาวิเคราะห์และเปรียบเทียบกับมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมสื่อลามกของประเทศไทย เพื่อเป็นแนวทางในการปรับปรุงหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันให้มีความเหมาะสม สอดคล้องกับสภาพสังคม โดยเน้นเรื่องการค้า จำหน่าย เผยแพร่ โฆษณาและครอบครองสื่อลามกเพื่อส่งมอบให้แก่บุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปีครอบครอง

3. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ถึงปัญหาและวิธีการในการปรับปรุงและแก้ไขการกำหนดความผิดทางอาญาของการที่จะเอาผิดกับบุคคลที่ส่งมอบสื่อลามกให้แก่บุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปีครอบครอง เพื่อให้สามารถบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพและรักษาไว้ซึ่งศีลธรรมอันดี

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

สื่อลามกมีผลต่อพฤติกรรมของเด็กซึ่งเป็นสาเหตุให้เกิดการกระทำความผิดทางเพศ และก่อให้เกิดอาชญากรรมในรูปแบบต่าง ๆ เพิ่มมากขึ้น บทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287 ในเรื่องสื่อลามกที่ใช้บังคับในปัจจุบันยังไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะเอาผิดกับบุคคลที่ค้า จำหน่ายหรือเพื่อการแสดงอวดแก่บุคคลที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปีให้มีไว้ในความครอบครอง

⁵ ชาญเชวาน์ ไชยานุกิจ, “เหยื่ออาชญากรรม, การประณอมพิพาท และกระบวนการยุติธรรม,” วารสารอัยการนิเทศ, เล่มที่ 58, ฉบับที่ 4, น. 90-91, (2539).

ทำ ผลิต มีไว้ นำเข้าหรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออก หรือยังให้ส่งออกไปนอก ราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไป ทำให้แพร่หลาย และโฆษณาหรือไขข่าว จึงเห็นสมควรที่จะ มีการกำหนดฐานความผิด และมีมาตรการทางกฎหมายที่จะเอาผิดกับบุคคลที่กระทำความผิด โดยการกำหนดอัตราโทษแก่ผู้กระทำความผิดให้สูงขึ้น

1.4 ขอบเขตการศึกษา

การวิจัยฉบับนี้ได้ทำการศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามก โดยขอบเขต ของการศึกษาครั้งนี้เริ่มจากการศึกษาถึงประวัติความเป็นมา แนวคิด หลักการในการกำหนด ความผิดอาญา และการควบคุมเกี่ยวกับสื่อลามก ศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามก ในต่างประเทศ เพื่อนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบเพื่อเป็นแนวทางในการปรับปรุง หรือแก้ไขเพิ่มเติม กับมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกของประเทศไทย ว่ามีข้อแตกต่าง ข้อดี ข้อเสียอย่างไร เพื่อหามาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมให้สอดคล้องกับหลักสากล

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

วิทยานิพนธ์นี้ทำการศึกษา ค้นคว้าและวิจัยในเชิงเอกสาร โดยทำการศึกษาค้นคว้า รวบรวมหลักการจากบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับการควบคุมสื่อลามก โดยเน้นเรื่องการเอาผิด ตามมาตรการทางกฎหมายและควรมีการกำหนดฐานความผิดกับบุคคลที่เสนอ เผยแพร่ โฆษณา หรือค้าสื่อลามก แก่บุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปี หนังสือ บทความ วิทยานิพนธ์ รวมทั้งข้อมูลเอกสาร ทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เพื่อนำมาศึกษาวิเคราะห์ในเชิงเปรียบเทียบ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงประวัติความเป็นมา แนวคิดและทฤษฎีการกำหนดความผิดอาญาใน การคุ้มครองสื่อลามกที่มีการนำบุคคลที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปีเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องใน การครอบครองสื่อลามก
2. ทำให้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกของต่างประเทศเปรียบเทียบกับ มาตรการทางกฎหมายของประเทศไทย
3. ทำให้ทราบถึงแนวทางและมาตรการอื่น ๆ เพื่อนำมาวิเคราะห์เพื่อหาแนวทางในการที่จะ ปรับเปลี่ยนหรือแก้ไขเพิ่มเติมฐานความผิดและมาตรการทางกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ให้เหมาะสม และสามารถบังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ในการที่นำบุคคลที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปี

เข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องในการครอบครองสิ่งลามก อันจะส่งผลโดยรวมต่อความสงบสุขของสังคม
และประเทศชาติ



บทที่ 2

แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการเผยแพร่ สื่อลามกแก่บุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปี

การกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเป็นอาชญากรรมรูปแบบหนึ่งที่เป็นปัญหา ส่งผลกระทบต่อสังคม เศรษฐกิจ ความสงบและความมั่นคงของประเทศ เนื่องจากในสังคมปัจจุบัน มีสื่อลามกที่มีลักษณะที่อาจช่วยทำให้เกิดพฤติกรรมอันตรายแพร่หลายอยู่ในสังคมไทยและประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกเป็นจำนวนมาก สื่อลามกดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อพฤติกรรมของเด็กบางคน และประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกได้ให้ความสำคัญกับเด็กมากยิ่งขึ้น เป็นผลสืบเนื่องมาจากเด็กเป็นทรัพยากรที่มีคุณค่าและมีความสำคัญยิ่งของประเทศชาติ หากเด็กได้รับการขัดเกลาทางสังคมอย่างถูกต้อง และเหมาะสม มีการพัฒนาศักยภาพ มีวิถีชีวิตที่ดำเนินตามครรลองสังคมของชาติตนแล้ว ย่อมเติบโตเป็นคนดีมีคุณภาพและเป็นกำลังสำคัญในการพัฒนาสังคมและประเทศชาติให้เจริญก้าวหน้าต่อไป ในทางตรงกันข้ามหากประเทศใดก็ตามที่เด็กและเยาวชนขาดการขัดเกลาทางสังคม มีการกระทำความผิดในสังคมมาก ประเทศเหล่านั้นจำเป็นต้องตระหนักถึงปัญหาที่เกิดขึ้นและปัญหาอื่น ๆ ที่จะตามมา และหากไม่มีแนวทางการป้องกันและแก้ไขก็อาจกลายเป็นปัญหาสังคมที่ร้ายแรงและส่งผลกระทบต่อการพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม การเมือง และการปกครองของประเทศชาติได้ ประเทศไทยก็เช่นเดียวกันที่ตระหนักถึงความสำคัญและเห็นคุณค่าของเด็กมากขึ้นกว่าในอดีต โดยมีการระบุถึงความสำคัญของเด็กไว้สูงสุดเป็นอันดับแรก แต่ก็ยังไม่ปรากฏเป็นรูปธรรมที่ชัดเจนเท่าที่ควรนัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาอาชญากรรมทางเพศ ซึ่งมีอัตราสูงขึ้นอย่างต่อเนื่องทั้งทางด้านปริมาณ และระดับความรุนแรง แสดงให้เห็นถึงความเสื่อมถอยของศีลธรรม และความสามารถในการควบคุม ตลอดจนการป้องกัน และแก้ไขปัญหาอาชญากรรมทางเพศโดยหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง

โดยทั่วไปแล้ว สังคมต่างยอมรับว่าสื่อลามก คือ สิ่งที่มีผลกระทบต่อวัฒนธรรมและศีลธรรมอันดีของสังคมไทย และเห็นว่าสื่อลามกเป็นภัยร้ายแรง ในฐานะเป็นปัจจัยที่มีส่วนในการกระตุ้นในการเกิดอาชญากรรมทางเพศ และมีผลต่อจิตใจและอารมณ์ของบุคคล เช่น เมื่อเห็นแล้ว

จะมีอารมณ์ทางเพศและมีความต้องการระบายอารมณ์ทางเพศด้วยการสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง ซึ่งบางครั้งก็จะไปหาเหยื่อเพื่อระบายความต้องการทางเพศ

2.1 แนวความคิดที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการแสดงออกทางเพศ

2.1.1 แนวความคิดแบบอนุรักษ์นิยม (Conservative) ได้พิจารณาเกี่ยวกับแนวคิดทางเพศเอาไว้ โดยมองว่าการแสดงออกในเรื่องทางเพศอย่างเปิดเผยในสังคมเป็นสิ่งที่ไม่เหมาะสม เพราะมองว่าเรื่องเพศเป็นของต่ำ หยาบคาย และไม่เหมาะสมที่จะพูดคุย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแสดงออกทางเพศที่เบี่ยงเบนไปจากธรรมชาติ¹ การแสดงอารมณ์ความรู้สึกต่อความพึงพอใจทางเพศ ก็ถือว่าเป็นสิ่งไม่ดีงาม ซึ่งการแสดงออกดังกล่าวอาจจะกระทบต่อระบบศีลธรรมอันดีของบุคคลในสังคม และท้ายที่สุดจะเป็นการทำลายคุณค่าทางศีลธรรมและสังคม² แต่ต่อมาแนวคิดนี้ได้ค่อย ๆ ผ่อนคลายความคิดในเรื่องการแสดงออกทางเพศของตนเองลง โดยยอมรับถึงการแสดงออกทางเพศว่าสามารถที่จะทำได้ เช่น การให้ความรู้ความเข้าใจในเรื่องของเพศศึกษาต่าง ๆ แต่ยังไม่ยอมรับในเรื่องของการแสดงออกทางเพศบางประการและการแสดงออกทางเพศที่เกินเลยไปจากมาตรฐานทางสังคมที่ยอมรับกัน โดยการแสดงออกทางเพศสมควรเป็นเรื่องส่วนตัว และมีจุดมุ่งหมายเพื่อการดำรงเผ่าพันธุ์มนุษย์ แนวคิดนี้มีความเห็นว่า คุณค่าของความสัมพันธ์ภายในครอบครัว คุณค่าของการแต่งงาน การมีคู่ครองคู่สมรสคนเดียว มีความสำคัญต่อระบบสังคม คุณค่าทางศีลธรรมที่จะต้องรักษาสถาบันทางสังคมเป็นสิ่งสำคัญมากกว่าการที่จะหาความบันเทิงจากการมีกิจกรรมทางเพศ สิ่งลามกจึงถูกมองว่าเป็นสิ่งที่จะทำลายคุณค่า และศีลธรรมดังกล่าว สิ่งลามกเป็นสิ่งที่แสดงถึงกิจกรรมทางเพศในลักษณะต่าง ๆ เท่าที่สามารถจะนึกคิดปฏิบัติขึ้นมาได้³ และยังสะท้อนให้เห็นถึงการทำลายคุณค่าทางแนวคิดของการมีคู่สมรสเพียงคนเดียวด้วยกิจกรรมทางเพศของบุคคลต่าง ๆ ที่ปรากฏในสิ่งลามก สะท้อนให้เห็นถึงความอันตรายต่อบุคคล⁴ สังคม และมาตรฐานทางศีลธรรม⁵ อันตรายที่มีต่อร่างกายและจิตใจของเหยื่อ ของบุคคลที่ชม และอันตรายจากเนื้อหาของสิ่งลามกที่มุ่งกระตุ้นความรู้สึก และความต้องการทางเพศที่มีต่อความรู้สึกของบุคคลในสังคมต่อมาตรฐานทาง

¹ Daniel Linz and Neil Malamuth, *Pornography*, (Newbury Park, California: Sage Publications, 1993), p. 7.

² *Ibid.*

³ Brian McNair, *Mediated Sex: Pornography and Postmodern Culture*, (London, New York: Arnold, 1997), p. 49.

⁴ Ian Hunter, David Saunders and Dagald Williamson, *On pornography: literature, sexuality and obscenity law*. (Michigan .USA: Macmillan, 1993), p. 59.

⁵ Susan M. Easton, *The problem of pornography: regulation and the right to free speech*. (London, New York: Routledge, 1994), p. 27.

ศีลธรรมในเรื่องเพศนำมาซึ่งมาเชื่อมต่อมาตรฐานทางศีลธรรมทางเพศของสังคม และท้ายที่สุดมาตรฐานทางศีลธรรมและสังคมจะถูกทำลาย

2.1.2 แนวคิดแบบเสรีนิยม (Liberal) มีความเห็นในเรื่องการแสดงออกทางเพศเอาไว้ว่าโดยพื้นฐานของมนุษย์มีความเป็นปัจเจกชน มีเสรีภาพในการกระทำต่าง ๆ ซึ่งเป็นสิทธิที่มีมาแต่เกิด เป็นสิทธิตามธรรมชาติ การทำความเข้าใจเกี่ยวกับเรื่องเพศ ไม่ใช่สิ่งที่จะมีผลต่อสังคม เพราะเรื่องทางเพศเป็นเรื่องส่วนตัว ซึ่งไม่ทำให้เกิดอันตรายต่อสังคม การแสดงความพึงพอใจทางเพศแก่กันของคู่อรักหรือบุคคลอันเป็นที่รักจึงไม่ใช่เรื่องเสียหาย⁶ การพูดคุยเรื่องทางเพศในที่สาธารณะหรือการแสดงออกทางเพศของบุคคลในที่สาธารณะเป็นเรื่องธรรมดาสามารถกระทำได้ และจะไม่มีสมควรที่จะถูกขัดขวางด้วยอำนาจใด ๆ บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะรับรู้ข้อมูลทางเพศต่าง ๆ ได้อย่างเต็มที่ และเมื่อได้รับรู้ข้อมูลทางเพศอย่างเต็มที่ก็ย่อมที่จะกำหนดพฤติกรรมทางเพศของตนเองได้⁷ โดยมีพื้นฐานมาจากการที่เห็นว่ามนุษย์มีเหตุผลในการเลือกที่จะยอมรับพฤติกรรมใดพฤติกรรมหนึ่งได้ ในเรื่องสิ่งลามก แนวคิดนี้เห็นว่าสิ่งลามกมีความใกล้เคียงกับการแสดงออกทางเพศ แต่สิ่งลามกเป็นการแสดงให้เห็นถึงถ้อยคำ รูปภาพที่แสดงถึงเรื่องทางเพศของมนุษย์โดยแท้ แนวคิดนี้จึงเห็นว่าสิ่งลามก ก็คือ การแสดงออกทางเพศที่เป็นอันตราย และจะต้องถูกจำกัด กล่าวคือ เสรีภาพในการแสดงออกทางเพศยังคงมีต่อไปจนกว่าจะเห็นว่า การแสดงออกนั้นเป็นอันตราย ความเป็นอันตรายนี้อาจเป็นอันตรายต่อร่างกาย จิตใจของบุคคลหรือผู้รับรู้ ซึ่งความเป็นอันตรายนี้จะขึ้นอยู่กับบุคคลและชุมชนที่จะพิจารณาว่ากรณีใดจะถือว่าการแสดงออกนั้นเป็นสิ่งลามก ด้วยเหตุนี้แนวคิดแบบเสรีนิยมเห็นว่าสิ่งลามกเป็นสิ่งที่จะต้องมีการควบคุมเพื่อไม่ให้กระทบต่อสิทธิเสรีภาพโดยรวมของบุคคลอื่น ๆ

แนวคิดทั้งสองแนวคิดนี้มีอิทธิพลต่อการบัญญัติกฎหมายเพื่อควบคุมสื่อลามก จะเห็นได้ว่าถ้าประเทศใดยึดถือแนวคิดแบบอนุรักษนิยม ประเทศนั้นจะมีกฎหมายที่ห้ามการเผยแพร่สื่อลามกทุกประเภทเป็นการเด็ดขาดโดยไม่มีข้อยกเว้น เนื่องจากการเผยแพร่ดังกล่าวก่อให้เกิดผลเสียในด้านศีลธรรมต่อบุคคลในสังคม ในขณะที่ยึดถือแนวคิดแบบเสรีนิยม ประเทศนั้นก็จะมีกฎหมายที่ควบคุมสื่อลามกที่เป็นไปตามแนวคิดเสรี กล่าวคือ เพราะว่าแนวในการพิจารณามีความแตกต่างกัน ทำให้มองว่าสิ่ง ๆ หนึ่งตามแนวคิดแบบอนุรักษนิยมถือว่าเป็นสิ่งลามกแล้ว ในขณะที่สิ่งเดียวกันนี้ ถ้าพิจารณาตามแนวคิดแบบเสรีนิยมไม่ถือว่าเป็นสิ่งลามกก็ได้ ด้วยเหตุนี้กฎหมายที่

⁶ ชลิดาภรณ์ ส่งสัมพันธ์, ภาษาเพศ: อำนาจ เรื่อง ทางเพศกับพหุนิยมทางจริยศาสตร์, (เชียงใหม่: มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2547), น. 74.

⁷ Daniel Linz and Neil Malamuth, *Op.Cit.*, p.10.

ควบคุมสื่อลามกตามแนวคิดแบบเสรีนิยมจึงถูกมองว่ามีความไม่เข้มงวด สื่อลามกบางประเภทสามารถจำหน่ายได้ แต่แท้ที่จริงแล้วสิ่ง ๆ นั้น ไม่ถือว่าเป็นสื่อลามกในความหมายของประเทศนั้น

คำว่า “สื่อลามก” มี 2 ลักษณะ คือ pornography ได้แก่ การแสดงถึงพฤติกรรมทางเพศไม่ว่าจะเป็นการเขียนหรือภาพที่นำไปสู่การตื่นเต้นทางเพศหรือยั่วกามารมณ์หรือทำให้เกิดกำหนัด อีกลักษณะหนึ่ง ได้แก่ obscenity หมายถึง สิ่งที่ทำให้เกิดความรู้สึกอันน่ารังเกียจ เช่น แสดงถ้อยคำหรือวัตถุสิ่งของทางเพศในลักษณะที่หยาบช้า

ในการนิยาม คำว่า “สื่อลามก” และ คำว่า “อนาจาร” นั้น สามารถแยกพิจารณาได้ใน 2 ลักษณะ คือ

1. หากพิจารณาตามถ้อยคำตัวอักษร ตามนัยของพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542 “ลามก” จึงหมายถึง สื่อที่หยาบช้า เลวทราม สกปรก อันเป็นที่น่ารังเกียจแก่ผู้อื่นในแง่ความดีงาม ส่วน “อนาจาร” ได้ให้ความหมายไว้ว่า ความประพฤติชั่ว ความประพฤติน่าอัปยศ ความประพฤตินอกกรอบนอกแบบ

2. หากพิจารณาตามตัวบทกฎหมาย และแนวคำพิพากษาศาลฎีกา คำว่า “ลามก” นี้ เป็นคำที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 และพระราชบัญญัติปราบปรามการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุอันลามก พุทธศักราช 2471 โดยสรุปแล้ว คำว่า “สื่อลามก” หมายถึง สิ่งที่ผู้พบเห็นมีความรู้สึกอูจาด บัณฑิต หยาบช้า น้อมนำไปสู่ความชั่วหรือความโศรกทางกามารมณ์ ส่วนใหญ่จะเป็นไปในรูปของภาพเปลือยของมนุษย์ หรือภาพอวัยวะเพศทั้งของหญิงหรือชาย ภาพการร่วมเพศ หรือการบรรยายให้เกิดจินตนาการดังกล่าว เพื่อยั่วให้เกิดความโศรกทางกามารมณ์ ไม่ว่าจะแสดงออกในรูปของภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือสิ่งอื่นใดก็ตาม ถ้าเป็นสิ่งที่เป็ศิลปะ เช่น การวาดภาพสัดส่วนหญิงเปลือยกายอวัยวะเพศถูกระบายให้ลบลึบเลือน ไม่น่าเกลียดอูจาดบัณฑิตที่จะนำไปสู่ความโศรกทางกามารมณ์ ไม่เป็นลามกอนาจาร ภาพไม่เห็นอวัยวะเพศชัดเจน แต่ก็มีลักษณะส่อไปในด้านยั่วกามารมณ์และภาพหญิงเปลือยตลอดร่าง ซึ่งพอเห็นอวัยวะเพศได้บ้างถือได้ว่าเป็นภาพอันลามก ไม่ใช่ภาพศิลปะที่แสดงถึงสัดส่วนความสมบูรณ์ของร่างกาย โดยผลของถ้อยคำที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาในหลายฉบับ ทำให้หลายคนนำเอาถ้อยคำในคำตัดสินนั้นมายึดถือเป็น “นิยาม” ของสื่อลามก เช่น ภาพหญิงสวมแต่กางเกงในโปรงตา มีผู้ชายนอนกอดมือโอบบริเวณทรวงอกหรือภาพหญิงเปลือยกายท่อนบนใช้มือกอดหูโทรศัพท์กดที่อวัยวะเพศ เป็นต้น ทั้งที่ความเป็นจริงแล้วคดีที่ขึ้นสู่ศาล คือ การนำเอาข้อเท็จจริงแต่ละรายนั้น มาพิจารณาในชั้นศาล ซึ่งมีปัจจัยหรือเงื่อนไขที่แตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับเวลา ยุคสมัย สถานที่ ดังนั้น การนำคำพิพากษามาใช้เป็นบรรทัดฐาน เป็นเรื่องที่สามารถทำได้ แต่ทั้งนี้ต้องไม่ละทิ้งเจตนารมณ์ของกฎหมาย ประกอบด้วย กฎหมาย

อาญา มาตรา 287 ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม โดยมีเจตนารมณ์ทั้งในเรื่องของความดีงามของสังคม รวมทั้งผลกระทบที่เกิดขึ้นตามมาของสื่อลามกที่ในทางกฎหมาย ก็คือ “การข่มขืนทางกามมารมณ” ซึ่ง หมายถึง สื่อที่มีผลเป็นการเหนี่ยวนำให้ผู้บริโภคไปแสดงออกเรื่องเพศ หรือไปทำกิจกรรมทางเพศต่อบุคคลอื่น อันนำมาซึ่งปัญหาสังคมอีกหลายประการ ทั้งปัญหาการข่มขืน การท้องก่อนวัยอันควร เป็นต้น รวมไปถึงปัญหาทางจิตวิทยา พฤติกรรม และวัฒนธรรม เช่น ภาพนักศึกษาในชุดครุฑรูปที่ถ่ายให้เห็นช่วงหน้าอกที่มองรอดไปจากกระดุมเสื้อ เช่น ภาพพิมพ์ของกลางเป็นภาพหญิงสาวซึ่งมีบางภาพเปิดเผยด้านมออย่างโจ่งแจ้ง ส่วนอวัยวะเพศ แม้จะมีเสื้อผ้าอาภรณ์ปกปิดเอาไว้ แต่ก็ปกปิดไว้อย่างหมีนเหม ซึ่งนอกจากจะอยู่ในอิริยาบถที่ไม่เรียบร้อยไม่น่าดูแล้ว ยังอยู่ในอิริยาบถที่น่าเกลียดน่าชังอีกด้วย กล่าวคือ มีบางภาพอยู่ในอิริยาบถนอน ก็นอนหงายต่างขาออกอย่างกว้างทำนองเจตนาเพื่ออวดอวัยวะเพศอย่างเด่นชัด ส่วนภาพที่อยู่ในอิริยาบถนั่ง ก็นั่งต่างขาออกแม้จะมีผ้าปกปิดอวัยวะเพศก็เป็นผ้าบางใส ก็แสดงว่าต้องการอวดอวัยวะเพศ เช่นเดียวกับภาพอิริยาบถนอนดังกล่าว จึงเป็นภาพที่มีเจตนาข่มขืนให้บังเกิดความใคร่ทางกามมารมณโดยตรง ถือเป็นภาพลามกตามความหมายที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 (1)⁸ และ ภาพหญิงเปลือยกายในท่าต่าง ๆ ที่ไม่เปิดเผยให้เห็นของลับอวัยวะ เป็นแต่แสดงให้เห็นความงามของทรวดทรงอวัยวะภายนอกและแสดงฝีมือในการถ่ายและวาดภาพ ไม่แสดงไปในแนวทางเลวทรามต่ำช้าแล้ว ไม่เป็นลามกอนาจาร อย่งไรก็ตาม การกระทำที่จะเป็นความผิดได้ ไม่ใช่เพียงการดู การมีไว้ในครอบครอง หรือการทำขึ้นเท่านั้น แต่จะผิดกฎหมายก็ต่อเมื่อ สื่อลามกอนาจารนั้นผลิต นำเข้า เผยแพร่ เพื่อการค้า หรือเพื่อแสดงอวดต่อประชาชนเท่านั้น ซึ่งการซื้อมาดูเพื่อเก็บไว้ดูเล่นคนเดียว ก็ไม่เข้าข่ายผิดตามมาตรา 287 ได้

ดังนั้น การพิจารณาถึงความลามกนั้น จึงต้องมองบริบททางสังคม การแพทย์ จิตวิทยา วัฒนธรรม ประกอบด้วย ทั้งหมดเป็นปัญหาเรื่องของการให้คำนิยาม เรายังมีปัญหาเรื่องของบทลงโทษของการกระทำความผิดอีกด้วย เพราะในยุคเทคโนโลยีก้าวกระโดด เนื้อหาของสื่อลามกทวีความรุนแรงมากขึ้น มีสื่อลามกที่น่าเสนาอารมณ์เพศสัมพันธ์ของคนในครอบครัวกับสัตว์ แบบข่มขืน แบบหมู่ การแลกเปลี่ยนคู่นอน แอบถ่าย สื่อลามกเด็ก เหล่านี้ล้วนนำมาซึ่งปัญหาทางสังคม วัฒนธรรม อย่างรุนแรง เรียกได้ว่าเป็นสื่อทางเพศในกลุ่มสีดาสนิท ในขณะที่สื่อลามกทั่วไปนั้น เป็นสื่อลามกในกลุ่มสีเทา นำมาซึ่งผลกระทบในทางสังคมและวัฒนธรรมที่น้อยกว่า แต่ทว่าโทษในทางอาญานั้น มีค่าเท่ากัน หลายคนพยายามผลักดันให้สื่อลามกสีดาสนิทนั้น ควรมิบทลงโทษที่หนักกว่าสื่อสีเทา ซึ่งในทางแนวคิดพื้นฐานทางกฎหมายแล้ว มีความชอบธรรมที่สามารถทำได้

⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 6301/2533

⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1856/2492

ส่วน คำว่า “อนาจาร” ได้ให้ความหมายว่า ความประพฤตินอกแบบและในลักษณะที่ไม่สมควรทางเพศ เช่น การกอด การปล้ำ การสัมผัสหรือจับต้องอวัยวะเพศของหญิง การกระทำที่ฝ่าฝืนต่อศีลธรรมอันดี การกระทำอันควรขายหน้าต่อธารกำนัล เช่น การเปลือยกายต่อหน้าคนอื่น การโชว์ลามก โชว์เปลือย¹⁰

สื่อลามกในโลกปัจจุบันนี้มีการติดต่อสื่อสารกันได้ง่าย มีสื่อต่าง ๆ ที่สามารถเข้าถึงคนทุกเพศทุกวัยมากมาย มีการพัฒนาเทคโนโลยีเรื่อยมา สื่อลามกก็มีวิวัฒนาการตัวของมันเองในรูปแบบต่าง ๆ อยู่คู่สังคมไทยมานาน ยุคปัจจุบันนี้คนมีระดับคุณค่าทางจิตใจด้อยลง ปัญหาต่าง ๆ เพิ่มมากขึ้นตามข่าวหน้าหนังสือพิมพ์ แทบจะเป็นปกติในสังคมไทยที่เกิดปัญหาละเมิดทางเพศเชื่อมโยงไปถึงปัญหาอาชญากรรมต่าง ๆ ที่เกิดจากการเสฟสื่อลามก และสิ่งเหล่านี้ก็เป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้เกิดปัญหาสังคมต่าง ๆ เพราะการหมกมุ่นในเรื่องสื่อลามก

สิ่งใดเป็นสื่อลามกหรือไม่เป็นเรื่องยากที่จะวินิจฉัยเพราะเกี่ยวข้องกับเรื่องศีลปะการที่จะวินิจฉัยว่าสิ่งใดเป็นสิ่งอันลามกหรือไม่นั้น จึงไม่ใช่การพิจารณาว่าสิ่งนั้นฝ่าฝืนความรู้สึกทางศีลธรรมโดยทั่วไปของวิญญูชนหรือไม่ แต่ต้องพิจารณาว่าผู้ที่พอมีความรู้ความเข้าใจทางศีลปะรู้สึกเช่นนั้นหรือไม่ กล่าวคือ ต้องพิจารณาอย่างเป็นภาวะวิสัยและจะต้องพิจารณาเป็นราย ๆ ไป เช่น ภาพที่ไม่มีลักษณะน่าเกลียด น่าอูจาด บัดสี ไม่ถือว่าเป็นภาพลามกตามความหมายของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287¹¹

ข้อความต่าง ๆ ที่ได้บรรยายถึงการร่วมประเวณีของชายและหญิงอย่างชัดเจนละเอียดลออ โดยบรรยายถึงอารมณ์ของชายและหญิงไปในทางช่วยกามารมณ์ แม้จะมีได้ใช้ถ้อยคำหยาบคายก็ถือได้ว่าเป็นข้อความอันลามก

สื่อลามกอนาจาร เป็นสาเหตุซึ่งทำให้เกิดความผิดทางเพศได้ กฎหมายจึงต้องควบคุมดูแล หากห้ามอย่างเด็ดขาดเสรีภาพทางเพศซึ่งเป็นเรื่องส่วนตัวโดยแท้ก็จะถูกจำกัดลงต่อเมื่อถึงวัยอันควรบุคคลก็จะสามารถที่จะมีเสรีภาพในทางเพศได้ในกรอบที่ถูกต้อง เรื่องรสนิยมทางเพศเป็นเรื่องของบุคลิกภาพ (personality) บิดามารดาเท่านั้นควรมีหน้าที่ดูแลสั่งสอนลูกของตนเกี่ยวกับความประพฤติในทางเพศเพราะบิดามารดาทุกคนย่อมผ่านสิ่งเหล่านี้มาแล้ว ไม่ใช่รัฐ หรือครูที่โรงเรียน

ดังนั้น หลักการของมาตรา 287 นี้ คือ “adult and alone” กล่าวคือ หากมีวุฒิภาวะแล้ว (adult) และมีไว้เป็นส่วนตัว (alone) ไม่นำไปเผยแพร่ ไซ้ข่าว ย่อมไม่มีความผิด

¹⁰ มหาวิทยาลัยเที่ยงคืน Midnight University’s Erotic Art, “โป๊-เปลือย-ลามก-อนาจาร (Pornography) (ออนไลน์),” สืบค้นเมื่อวันที่ 14 เมษายน 2553, จาก <http://www.midnightuni.org>.

¹¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1223/2508

ประเภทของสื่อลามกที่มาในรูปแบบต่าง ๆ ซึ่งสิ่งเหล่านี้มีราคาไม่มาก หาซื้อได้ง่าย เช่น

1. หนังสือ นิตยสารต่าง ๆ ที่ลามก เช่น การ์ตูนญี่ปุ่น หนังสือปลูกใจเสื่อป่า
2. ภาพนิ่งคลิปวิดีโอ ในโทรศัพท์มือถือ การใช้มือถือเพื่อสำเร็จความใคร่หรือที่เรียกว่า เซ็กส์โฟน
3. ดีวีดี วีซีดี หนังสือลามกที่ขายเกลื่อนกาดหาซื้อได้ทั่วไปทั้งตลาด หรือซื้อผ่านทางอินเทอร์เน็ต
4. เว็บไซต์ลามก เว็บไซต์ที่กระตุ้น เชิญชวนให้เกิดหรือร่วมกระทำผิดทางเพศ เล่าเรื่องกิจกรรมประสพการณ์ทางเพศของผู้หญิง

2.2 ทฤษฎีอาชญาวิทยาเกี่ยวกับอาชญากรรมที่เกิดขึ้นจากสื่อลามก

ปรัชญาอาชญาวิทยาเป็นองค์ความรู้ที่กล่าวถึงเรื่องอาชญากรรม สาเหตุของการเกิดอาชญากรรม การป้องกันอาชญากรรม และการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดรวมถึงการลงโทษด้วย โดยมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับหลักวิชาในสาขาต่าง ๆ เช่น วิชาจิตวิทยา วิชาชีววิทยา วิชาสังคมวิทยา และวิชาสถิติ เป็นต้น¹² มาผสมผสานในการวิเคราะห์อธิบายปัญหาต่าง ๆ อย่างมีเหตุผลและเป็นระบบเชื่อมโยงกัน

สำหรับการเกิดอาชญากรรมนั้น นักอาชญาวิทยาเชื่อกันว่าอาชญากรรมเป็นปรากฏการณ์ตามธรรมชาติอย่างหนึ่งที่เกิดขึ้นในสังคม ดังนั้นจะห้ามไม่ให้เกิดขึ้นเสียเลยไม่ได้ แต่สามารถป้องกันไม่ให้เกิดมากจนเกินไปได้ และเชื่อว่าการเกิดอาชญากรรมจะต้องมีสาเหตุที่ทำให้เกิดอาชญากรรมโดยเชื่อกันว่าสาเหตุสำคัญที่ทำให้คนกระทำความผิด ได้แก่ Free will (เจตจำนงอิสระที่มีติดตัวมาทุกคน) และสาเหตุเกี่ยวกับร่างกายและจิตใจบกพร่อง

ดังนั้น ในทางอาชญาวิทยาจึงทำการวิเคราะห์หามาตรการป้องกันอาชญากรรมโดยอาศัยสาเหตุเป็นตัวกำหนด และเชื่อว่าคนเราจะไม่แสดง Free will ออกมาก็ต่อเมื่อมีความรู้สึกรู้ว่าเกิดผลเสียหรือเกิดความเจ็บปวดมากกว่าประโยชน์ที่ได้รับ เพราะธรรมชาติมนุษย์ทุกคนจะชอบความสนุกเพลิดเพลินและหนีความเจ็บปวดทุกข์ทรมาน ดังนั้นสิ่งที่ทำให้เกิดความเจ็บปวดทุกข์ทรมานได้ก็คือ กฎหมายอาญา เพราะกฎหมายอาญามีโทษทางอาญาที่ทำให้เกิดความทุกข์ทรมานซึ่งอาจทำให้เกรงกลัวได้ การลงโทษทางอาญาเป็นการกระตุ้นเตือนให้สมาชิกในสังคมได้รับทราบผลร้ายจากการกระทำความผิด เพื่อจะได้เกรงกลัวไม่กระทำความผิดและดำเนินชีวิตภายใต้กรอบที่

¹² อัจฉริยา ชูตินันท์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา (พิมพ์ครั้งที่ 2), (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2557), น. 19.

กฎหมายกำหนดไว้ จึงเกิดแนวความคิดทางอาชญาวิทยาว่า มาตรการทางกฎหมายนั้นสามารถป้องกันอาชญากรรมได้ และประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกยอมรับแนวคิดดังกล่าว โดยออกกฎหมายมาใช้ในการป้องกันอาชญากรรมกันโดยทั่วไปและเรียกกันว่า การป้องกันอาชญากรรมแบบเป็นทางการ (Formal)

มาตรการในการป้องกันและควบคุมอาชญากรรมที่สำคัญ มี 2 แบบ คือ

1. มาตรการป้องกันและควบคุมอาชญากรรมอย่างไม่เป็นทางการ เป็นมาตรการทางสังคม โดยอาศัยกระบวนการและปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องในสังคมเป็นเครื่องมือในการป้องกันและควบคุมอาชญากรรม เช่น การใช้ขนบธรรมเนียม ประเพณี ศีลธรรม วัฒนธรรม จารีตประเพณี หรือระเบียบแบบแผนที่ยึดถือติดต่อกันมาช้านานเป็นแนวปฏิบัติ หากฝ่าฝืนก็จะถูกสังคมตำหนิ ตีเตือน นินทาหรือถูกสังคมลงโทษ เป็นต้น

นอกจากนี้ยังใช้สถาบันทางสังคมมาช่วยในการขัดเกลาจิตใจและพฤติกรรม รวมทั้งปลูกจิตสำนึกให้อยู่ในกรอบและกฎเกณฑ์ทางสังคมอีกด้วย เช่น สถาบันครอบครัว สถาบันการศึกษา สถาบันศาสนา เป็นต้น ซึ่งมาตรการทางสังคมนี้อาจต้องอาศัยปัจจัยต่าง ๆ หลาย ๆ แนวทางมาผสมผสานซึ่งกันและกัน เพื่อปรับสภาพสิ่งแวดล้อมในสังคมให้เหมาะสมเกิดความสะดวกมีความสงบเรียบร้อย โดยทั้งนี้ต้องอาศัยมาตรการต่าง ๆ ในด้านอื่นมาเสริมอีก เช่น มาตรการป้องกันและควบคุมอาชญากรรมโดยใช้การนันทนาการหรือมาตรการป้องกันและควบคุมอาชญากรรมโดยใช้วิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีมาเป็นเครื่องมือช่วยเสริม เช่น การใช้กล้องวงจรปิด หรือใช้นิติวิทยาศาสตร์มาช่วยเสริม หรืออาจใช้มาตรการป้องกันและควบคุมอาชญากรรมไม่ให้เกิดเป็นเหยื่อโดยการตัดช่อง โอกาสมาช่วยเสริมอีก เป็นต้น

เมื่อสภาพสิ่งแวดล้อมในสังคมดี สมาชิกในสังคมส่วนใหญ่ก็จะประพฤติดีไปด้วย อันจะทำให้ลดการเกิดอาชญากรรมลงได้

2. มาตรการป้องกันและควบคุมอาชญากรรมอย่างเป็นทางการ เป็นมาตรการที่อาศัยกฎหมายเป็นเครื่องมือในการป้องกันและควบคุมอาชญากรรม โดยใช้ระบบงานยุติธรรม อันประกอบด้วยหน่วยงานหลักที่สำคัญ คือ ตำรวจ อัยการ ศาล ราชทัณฑ์ กรมควบคุมประพฤติ เป็นผู้บังคับใช้กฎหมายให้เกิดประสิทธิภาพ โดยมีแนวคิดปรัชญาในการทำงานมุ่งต่อการลงโทษ มุ่งต่อการปรับปรุงแก้ไข และมุ่งต่อการให้ชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมในการแก้ไขผู้กระทำความผิดในชุมชน ทั้งนี้โดยคำนึงถึงหลัก Crime Control และหลัก Due Process มาประกอบกันด้วย

การป้องกันอาชญากรรมนั้น สามารถทำได้ทั้งล่วงหน้าก่อนมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น และกระทำภายหลังเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้ว สำหรับการป้องกันล่วงหน้า นั้น มีวิธีการหลายอย่าง เช่น การปลูกจิตสำนึก เป็นต้น ส่วนการป้องกันภายหลังการกระทำความผิดนั้น

เช่น การปรับปรุงแก้ไขฟื้นฟูให้ผู้กระทำความผิดเป็นคนดี โดยใช้มาตรการทางกฎหมายเป็นเครื่องมือ ได้แก่ การใช้วิธีการคุมความประพฤติ หรือการใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยมาป้องกันอาชญากรรมในอนาคต เป็นต้น

อาชญากรรมเป็นสภาวะปกติและเป็นความจริงทางสังคมที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ ไม่ว่าจะเป็นสังคมในอดีตหรือสังคมในปัจจุบัน และไม่ว่าในสังคมที่กำลังพัฒนาหรือสังคมที่พัฒนาแล้ว ต่างก็ประสบกับปัญหาอาชญากรรมทั้งนั้น เพราะไม่มีสังคมใดที่สามารถบังคับให้สมาชิกทุกคนยอมปฏิบัติตามได้ในทุกเรื่องภายใต้เงื่อนไขทุกสถานการณ์ อาชญากรรมจึงเป็นสิ่งที่ขัดแย้งกับสังคมปัจจุบัน แต่เป็นการปูพื้นฐานสำหรับวิถีชีวิตและจริยธรรมสำหรับอนาคต

อาชญากรรมในความหมายอย่างกว้าง คือ พฤติกรรมที่เป็นการละเมิดต่อกฎหมายอาญาเท่านั้น โดยการพิจารณาพฤติกรรมกระทำของบุคคลในสังคมตามข้อกำหนดของกฎหมายอาญาเท่านั้น ไม่ได้คำนึงถึงเจตนา หรือลักษณะของความผิดแต่อย่างใด

2.2.1 ทฤษฎีอาชญากรรมไร้เหยื่อ (Victimless Crime)

อาชญาวิทยา ได้ให้ความสนใจเกี่ยวกับเรื่องเหยื่ออาชญากรรมเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ โดยมีการคิดค้นทฤษฎีการแบ่งกลุ่มของเหยื่อ เพื่อกำหนดมาตรการในการป้องกันอาชญากรรม และช่วยเหลือบุคคลที่ตกเป็นเหยื่อ

การก่ออาชญากรรมย่อมเกิดผลกระทบต่อบุคคลและสังคม อาชญากรรมที่มีผลกระทบต่อบุคคล คือ มีบุคคลได้รับความเสียหายจากการก่ออาชญากรรมโดยตรง เรียกว่า เหยื่ออาชญากรรม (Victim) เช่น ความผิดเกี่ยวกับการฆาตกรรม ข่มขืน ปล้น ทำร้ายร่างกาย โจรกรรม ลักทรัพย์ การวางเพลิง เป็นต้น ส่วนอาชญากรรมที่ไม่ได้มีผลกระทบต่อบุคคลโดยตรง แต่มีผลกระทบต่อบุคคลโดยอ้อม แต่ในทางอาชญาวิทยาถือว่าผลกระทบต่อสังคมโดยตรง เรียกว่า อาชญากรรมไร้เหยื่อ (Victimless) เช่น ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ความผิดการฝ่าฝืนกฎหมายจราจร การทำลายทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม รวมทั้งการผลิตและเผยแพร่วัสดุลามก ก็ถือว่าเป็นอาชญากรรมไร้เหยื่อ ด้วยเช่นกัน

อาชญากรรมไร้เหยื่อ (Victimless) เป็นอาชญากรรมที่รัฐกำหนดว่าเป็นความผิดในปัจจุบัน ได้แก่ โสเภณี การพนัน การดื่มสุราในที่สาธารณะ รกร่วมเพศ การเสพยาเสพติด การผลิตและเผยแพร่สื่อลามก เป็นต้น ลักษณะของอาชญากรรมต่อสังคม คือ

1. การพิจารณาจากความน่ารังเกียจโดยให้คุณค่าของสังคมเป็นตัวตัดสินว่าการกระทำ เช่นใดที่สมควรเป็นสิ่งที่ต้องห้ามปฏิบัติในสังคมนั้น
2. โดยพิจารณาจากการกระทำที่เป็นการรบกวนต่อความสงบเรียบร้อยภายในชุมชน

3. โดยพิจารณาจากการกระทำที่เป็นการผิดหลักสุขอนามัย การกระทำที่เป็นอันตราย หรือการทำให้พังทลายของคุณค่าด้านสิทธิส่วนบุคคลและบุคคลอื่น ๆ ในสังคม

4. การกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนต่อข้อห้ามของกฎหมายภายในสังคม¹³

การกระทำผิดทางเพศ แม้ผู้กระทำความผิดจะมีส่วนเกี่ยวข้องกับวัตตุลามกอยู่บ้าง แต่ผู้เสียหายก็ไม่ใช่ผู้ได้รับผลกระทบจากวัตตุลามกโดยตรง ดังนั้น ผู้เสียหายจึงไม่ได้ตกเป็นเหยื่อของวัตตุลามก แต่เป็นผู้เสียหายในคดีความผิดทางเพศเท่านั้น (Social Learning Theory)

2.2.2 ทฤษฎีการเรียนรู้ทางสังคม (Social Learning Theory)

นักสังคมศาสตร์โดยทั่วไปเชื่อว่าพฤติกรรมของบุคคลจะสอดคล้องกับสภาพแวดล้อมทางสังคมที่อยู่ใกล้ตัว สาเหตุที่สำคัญที่สุดประการหนึ่งของพฤติกรรมอาชญากรรมของเยาวชน คือ การมีเพื่อนที่เป็นอาชญากร หรืออยู่ในกลุ่มอาชญากร

ฌอง การ์เบรียล ทาร์ด เป็นผู้นำทางทฤษฎี เชื่อว่า คนเราสามารถเรียนรู้จากคนอื่นได้ โดยผ่านกระบวนการเลียนแบบ และทาร์ด ได้ศึกษาเรื่อง ปฏิสัมพันธ์เชิงจิตวิทยาระหว่างบุคคลกลุ่มเล็ก ซึ่งทำให้เขาค้นพบหลักการสำคัญเรื่อง พลัของ “การเลียนแบบ” (Immitation) และพลัของ “นวัตกรรม” (Innovation) จากแนวคิดของทาร์ด นำไปสู่การค้นพบเรื่อง “จิตใจของกลุ่ม” (Group mind)

นักสังคมศาสตร์โดยทั่วไปเชื่อว่าพฤติกรรมของบุคคลจะสอดคล้องกับสภาพแวดล้อมทางสังคมที่อยู่ใกล้ตัว ดังนั้น บุคคลมีแนวโน้มที่จะเข้าไปอยู่ในสังคมหรือสร้างสังคมที่มีสภาพแวดล้อมสอดคล้องกับพฤติกรรม ความเชื่อ และเครือข่ายของความผูกพันของบุคคลนั้น¹⁴

นักอาชญาวิทยาอีกกลุ่มหนึ่งเชื่อว่าพฤติกรรมอาชญากรรมนั้นก็คือ พฤติกรรมรูปแบบหนึ่งที่เกิดจากการเรียนรู้ของบุคคลในชีวิตจริง เช่นเดียวกับการเรียนรู้เป็นผู้เคารพต่อกฎหมาย หรือระเบียบของสังคม ความหมายของการเรียนรู้ของนักทฤษฎีเหล่านี้ หมายความว่าถึง นิสัยและความรู้ อันเป็นผลมาจากการพัฒนาของบุคคลในประสบการณ์เกี่ยวกับการเข้าไป และการปรับปรุงตนเอง ให้เหมาะสมกับสภาพแวดล้อมทางสังคม

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

นอกจากนี้ เอ็ดวิน ชัทเทอร์แลนด์ ได้เสนอ “ทฤษฎีการเรียนรู้” ว่ากระบวนการที่บุคคล จะเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับพฤติกรรมของอาชญากรรมนั้น ไม่ได้มีสาเหตุโดยตรงมาจากพันธุกรรม

¹³ Lydia Voigt, *Criminology and Justice*, (Philadephia Pennsylvania: Mcgraw-Hill, 1994). p. 406.

¹⁴ พรชัย ชันดี และคณะ, *ทฤษฎีและงานวิจัยทางอาชญาวิทยา*, (กรุงเทพมหานคร: บั๊คเน็ต, 2543),

หรือสภาพแวดล้อมทางสังคม หากแต่เกิดจากกระบวนการเรียนรู้พฤติกรรมอาชญากรรมจากบุคคลใกล้ชิด โดยการติดต่อสื่อสารกันไม่ว่าจะเป็นทางวาจาหรือด้วยลักษณะท่าทาง แต่การเรียนรู้ตามทฤษฎีนี้ก็ไม่ได้หมายความว่า เป็นกระบวนการเรียนรู้ที่เกิดขึ้นเหมือนการเรียนรู้เชิงพฤติกรรมอื่น ๆ จะเห็นได้จากหลักที่ว่า “บุคคลจะกลายเป็นผู้กระทำผิดเพราะว่า ความเห็นด้วยกับการละเมิดกฎหมายมีมากกว่าความเห็นด้วยกับการไม่ละเมิดกฎหมาย” ซึ่งหมายความว่า ลำพังเฉพาะการเรียนรู้พฤติกรรมอาชญากรรมจะไม่เพียงพอทำให้บุคคลไปประกอบอาชญากรรมได้ บุคคลดังกล่าวจะต้องผ่านกระบวนการตัดสินใจที่เห็นชอบด้วยกับพฤติกรรมที่ละเมิดกฎหมายมากกว่าความเห็นด้วยกับพฤติกรรมที่ถูกกฎหมาย และสิ่งที่ทำให้บุคคลมีความเห็นด้วยกับพฤติกรรมที่ละเมิดกฎหมาย ก็คือ วัฒนธรรมและค่านิยมที่มากับกระบวนการในการเรียนรู้พฤติกรรมผิดกฎหมายนั้น ซึ่งในที่นี้ก็หมายถึง แรงคล้อย แรงกระตุ้น การใช้เหตุผล และทัศนคติของการประกอบอาชญากรรมนั้น ๆ

“ทฤษฎีการเรียนรู้ทางสังคม” สามารถนำมาอธิบายเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างสื่อลามกกับการกระทำผิดของผู้กระทำผิดทางเพศได้ แต่เนื่องจากพฤติกรรมทางเพศของบุคคลย่อมเกิดจากกระบวนการเรียนรู้ในลักษณะที่ไม่ถูกต้องหรือเบี่ยงเบนไปจากมาตรฐานของสังคม ก็ถือว่าการก่ออาชญากรรมได้

2.3 ความหมายเหยื่ออาชญากรรม

คำว่า เหยื่ออาชญากรรม อาจมีชื่อเรียกหลายคำ เช่น เหยื่อ ผู้เสียหาย เหยื่ออาชญากรรม ในภาษาอังกฤษ ใช้คำว่า Victim ตามความหมายใน American College Dictionary มีอยู่ 4 ความหมายด้วยกัน คือ (The American College Dictionary, 1959: 1355) คือ¹⁵ 1. ผู้ที่ได้รับความทุกข์อันเกิดจากการถูกทำลาย ถูกกระทำร้ายหรือการกระทำอันเป็นปฏิปักษ์กัน 2. ผู้ถูกล่อลวง เช่น เหยื่อคนโกง 3. บุคคลหรือสัตว์ที่ถูกบุชายัญ เช่น เหยื่อสงคราม 4. สัตว์ที่ถูกนำไปบุชายัญในพิธีกรรมทางศาสนา

อาชญากรรมตามความหมายของกฎหมายโดยเคร่งครัด หมายถึง¹⁶ การกระทำผิดต่อกฎหมายใด ๆ ก็ตามย่อมถือว่า เป็นการประกอบอาชญากรรมทั้งสิ้น ซึ่งผู้กระทำผิดจะต้องตกเป็นอาชญากร ส่วนตามกฎหมายไทย ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2(4) ได้ให้ความหมายของ “ผู้เสียหาย” หมายความว่า บุคคลผู้ได้รับความเสียหาย เนื่องจากการกระทำผิดฐาน

¹⁵ อ้นนพ ชูบำรุง, ว่าด้วยเหยื่ออาชญากรรม (พิมพ์ครั้งที่ 1), (นครปฐม: โรงพิมพ์สถาบันพัฒนาสาธารณสุข อาเซียน มหาวิทยาลัยมหิดล, 2538), น. 2.

¹⁶ อัจฉริยา ชูตินันท์, อ้าวแล้ว เจริญรอกที่ 12, น. 28.

ใดฐานหนึ่งรวมทั้งบุคคลอื่นที่มีอำนาจจัดการแทนได้ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 มาตรา 5 และ มาตรา 6

เหยื่ออาชญากรรม มีลักษณะสำคัญอยู่ 2 ประการ คือ เป็นผู้ที่ถูกอยู่ในความทุกข์ (Suffering) และได้รับการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (Injustice)¹⁷

เหยื่อ (Victim) เป็นคำที่มีความหมายค่อนข้างกว้าง แต่ในแง่ของกฎหมายโดยเฉพาะ มักจะหมายถึง“เหยื่ออาชญากรรม” (Victim of crime) ที่เป็นผู้ประสบผลร้ายหรือความเสียหาย ทั้งด้านชีวิต ร่างกาย จิตใจและทรัพย์สิน อันเนื่องมาจากการละเมิดกฎหมาย ไม่ว่าจะเหยื่ออาชญากรรม นั้นจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลซึ่งมีความหมายคล้ายคำนิยามที่ให้ไว้โดยองค์การสหประชาชาติที่กล่าวว่า หมายถึง บุคคลที่ไม่ได้โดยเฉพาะตนเองหรือบุคคลเป็นกลุ่ม ได้รับทุกข์ทรมานจากการทำร้ายไม่ว่าจะถูกกระทำต่อร่างกายหรือจิตใจ ได้รับความทุกข์ทรมานทางจิตใจ สูญเสียทางเศรษฐกิจหรือก่อให้เกิดการเสียหายประการใดประการหนึ่ง ไม่ว่าจะโดยการกระทำ หรือการละเว้นกระทำการ อันเกิดจากการฝ่าฝืนกฎหมายอาญาที่บังคับใช้อยู่ในรัฐสมาชิก รวมถึงกฎหมายที่ห้ามใช้อำนาจในทางที่มิชอบ และ คำว่า “เหยื่อ” นี้ให้รวมถึงสมาชิกในครอบครัว หรือผู้ที่ต้องพึ่งพาผู้เสียหายโดยตรง และผู้ที่ต้องทุกข์ทรมานจากการเข้าช่วยเหลือผู้เสียหายที่อยู่ในภาวะคับขัน หรือเข้าป้องกันผู้อื่นไม่ให้ตกเป็นผู้เสียหาย

แต่ “เหยื่ออาชญากรรม” นี้ มีกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองช่วยเหลือเหยื่ออาชญากรรม ในประเทศไทย ปรากฏหลักการสำคัญในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และมีกฎหมายฉบับสำคัญ คือ พระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544 ซึ่งบทบัญญัติเกี่ยวข้องกับผู้เสียหายในคดีอาญาที่ถือว่าเป็นผู้ได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิดทางอาญาโดยบุคคลอื่น กำหนดนิยามของคำว่า ผู้เสียหายว่าเป็นบุคคลซึ่งได้รับความเสียหายถึงแก่ชีวิตหรือร่างกาย หรือจิตใจเนื่องจากการกระทำความผิดอาญาของผู้อื่น โดยตนมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดนั้น

Mendelsohn ใช้เวลา 20 ปี ในการรวบรวมข้อมูลโดยใช้แบบสอบถาม และได้ข้อสรุปว่า เหยื่อ และผู้กระทำผิดมีลักษณะใกล้เคียงกันมาก ได้อธิบายแบบของเหยื่อ และภาวะของการตกเป็นเหยื่ออาชญากรรม นับได้ว่า Mendelsohn เป็นคนแรกที่ศึกษา “เหยื่ออาชญากรรม” ในแง่ที่เป็นกุญแจ ในการทำความเข้าใจเกี่ยวกับอาชญากรรม¹⁸

¹⁷ อ้นนพ ชูบำรุง, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 15*, น. 9.

¹⁸ สิริรัตน์ บำรุงกรณ์, *อาชญาวิทยา ทัณฑวิทยาและเหยื่อวิทยา*, (ปัตตานี: มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ วิทยาเขตปัตตานี, 2552), น. 144-145

เหยื่ออาชญากรรม คือ เหยื่อที่ได้รับความเสียหายที่เกิดจากผลของการกระทำผิดกฎหมายเท่านั้น โดยสามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

1. เหยื่อโดยตรง (Direct Victim) หมายถึง ผู้ที่ได้รับเคราะห์กรรมหรือผลกระทบโดยตรงจากอาชญากรรมนั้น หรืออาจเรียกได้ว่าเป็นผู้เสียหายโดยตรงจากการประกอบอาชญากรรม

2. เหยื่อโดยอ้อม (Indirect Victim)¹⁹ หมายถึง บุคคลที่สามที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำผิดกฎหมาย แม้ว่ากระทำนั้นจะไม่เกิดขึ้นกับเขาโดยตรงก็ตาม หรือหมายถึงผู้ที่ไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของปรากฏการณ์แห่งการเกิดอาชญากรรม แต่ได้รับผลกระทบอันเนื่องมาจากการที่ญาติมิตรหรือผู้ใกล้ชิดตกเป็นเหยื่ออาชญากรรม

ในสังคมไทย เหยื่ออาชญากรรมส่วนใหญ่ยังไม่ได้รับความสนใจจากองค์กรต่าง ๆ ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเท่าใดนัก โดยส่วนใหญ่แล้วมักจะเน้นหนักไปที่การดำเนินกับผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาเสียเป็นส่วนใหญ่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในแง่มุมมองของการลงโทษ ในขณะที่เหยื่ออาชญากรรมหรือตัวผู้เสียหายกลับไม่ได้รับการเยียวยาหรือชดเชยช่วยเหลือความทุกข์ร้อนซึ่งเป็นผลพวงมาจากการก่ออาชญากรรมเท่าที่ควร แม้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จะได้กำหนดถึงการให้ความคุ้มครองสิทธิของเหยื่ออาชญากรรมหรือผู้เสียหายเพิ่มขึ้นจากเดิม

การเยียวยาความเสียหายแก่ผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมอาจกระทำได้หลายรูปแบบ เช่น การจ่ายเงินชดเชยค่าเสียหาย (victims compensation) หรือการเยียวยาโดยการให้ความช่วยเหลืออื่น ๆ (victims assistance) ซึ่งเป็นการให้ความช่วยเหลือแก่ผู้เสียหายในเรื่องอื่นที่จำเป็นเร่งด่วนในขณะดำเนินคดี หรือเพื่อให้ผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมสามารถกลับสู่วิถีชีวิตปกติต่อมาภายหลังเหตุการณ์อันเลวร้าย หรือเพื่อฟื้นฟูสภาพจิตใจของผู้เสียหาย เช่น การให้ความช่วยเหลือในการแพทย์ การดำเนินคดีความ ความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน ตลอดจนการดำรงชีพในระหว่างที่ยังมีความเดือดร้อนหรือต้องดำเนินคดีความอยู่ สำหรับวิธีการให้ความช่วยเหลืออาจแตกต่างกันออกไป บางประเทศอาจเป็นการให้เงินช่วยเหลือเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าว บางประเทศอาจจัดให้มีบริการช่วยเหลือจากหน่วยงานหรืออาสาสมัคร หรือบางประเทศอาจให้ความช่วยเหลือโดยผ่านโปรแกรมการให้ความช่วยเหลือ (The Criminal Injuries Compensation Scheme หรือ Crime victims' Compensation Program)

¹⁹ สุดสงวน สุธีสร, เหยื่ออาชญากรรม, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), น. 1

แบบของเหยื่ออาชญากรรม ได้แก่ 1. เหยื่อที่เป็นผู้บริสุทธิ์อย่างแท้จริง 2. เหยื่อที่มีความรู้สึกผิดอยู่บ้าง 3. เหยื่อที่ผิดเท่า ๆ กับผู้กระทำผิด 4. เหยื่อที่เข้มแข็งกว่าผู้ที่กระทำผิด 5. เหยื่อที่รู้สึกผิดมาก และ 6. เหยื่อที่เพื่อฝัน

ผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรม หมายถึง บุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการก่ออาชญากรรมของผู้กระทำความผิด หรืออาชญากรรมโดยปราศจากความยินยอมของผู้นั้น ซึ่งผู้เสียหายอาจได้รับความเสียหายทางร่างกายหรือทรัพย์สิน และในความเป็นจริงยังรวมถึงผู้ที่เกี่ยวข้องใกล้ชิดของตัวผู้ถูกทำร้ายอีกด้วย ซึ่งบุคคลเหล่านี้ก็จะพลอยได้รับความเสียหายจากเหตุการณ์ร้ายนั้นด้วย²⁰

ทฤษฎีเหยื่ออาชญากรรมของเมลเคลสัน (Mendelsohn's theory of victimization) ซึ่งเขาเป็นทนายความและได้รับยกย่องเป็นบิดาแห่งเหยื่ออาชญากรรม (Father of victimology) เขาค้นพบความสำคัญระหว่างการตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมกับสภาพสังคม ได้แบ่งประเภทเหยื่ออาชญากรรมโดยใช้กฎหมาย ดังนี้

1. เป็นผู้บริสุทธิ์ (แต่อยู่ผิดที่ผิดเวลา)
2. เป็นเหยื่อโดยไม่ตั้งใจ/โดยประมาท
3. เป็นเหยื่อเพราะเป็นคนนอกคอก

การจำแนกประเภทของเหยื่ออาชญากรรมในระยะเริ่มแรกนั้น เป็นไปในลักษณะที่ไม่มีระบบเท่าที่ควร ผู้ที่ได้รับการพูดถึงมี 2 ท่าน คือ Mendelsohn และ Hentig

การจำแนกประเภทของเหยื่ออาชญากรรมโดย Mendelsohn ได้จำแนกประเภทของเหยื่ออาชญากรรม โดยพิจารณาจากความหนักเบาของความผิดของเหยื่อที่ทำให้เกิดอาชญากรรม ความผิดของเหยื่อเป็นแกนความคิดในการจำแนกประเภทของเหยื่ออาชญากรรม และเขายังได้พิจารณาถึงความไร้เดียงสาหรือความไม่เข้าใจต่อเหตุการณ์ ตลอดถึงการไม่รับรู้ในสิ่งที่เกิดขึ้น ซึ่ง Mendelsohn ได้แยกประเภทไว้ 6 ประเภท²¹

1. เหยื่อที่ไร้เดียงสาอย่างหนึ่ง (The completely innocent victim) ซึ่งเหยื่อชนิดนี้เป็นเหยื่อในอุดมคติ หมายถึง ผู้ที่เป็นเด็กหรือผู้ที่ประสบความทุกข์จากอาชญากรรม โดยที่ตนเองไม่ได้มีความตั้งใจให้เกิดขึ้น

²⁰ ปกรณ์ มณีปกรณ์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, (กรุงเทพมหานคร: เอ็ม.ที.เพรส, 2553), น. 43.

²¹ สมยศ พุ่มพันธุ์ม่วง, งานเอกสารวิชาการหลักสูตรผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง เรื่อง การชดเชยช่วยเหลือเหยื่ออาชญากรรมในกระบวนการยุติธรรมไทย, (กรุงเทพมหานคร: วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2552), น. 9-15.

2.เหยื่อที่มีความผิดน้อยกว่าอาชญากร (The victim with minor guilty) และเหยื่อที่มีความเขลา (The victim due to his ignorance) เช่น ผู้หญิงที่กระตุนให้กระทำในทางที่ผิดและตนเองก็ต้องรับกรรมไปตลอดชีวิต

3.เหยื่อที่มีความผิดเท่ากับอาชญากร (The victim as guilty as the offender) และเหยื่อที่กระทำด้วยความสมัครใจ (The voluntary victim) ซึ่งได้จำแนกเป็นประเภทย่อย ๆ ได้ดังต่อไปนี้

3.1 การฆ่าตัวตายโดยการ โยนหัว โยนก้อยและจะมีการตกลงกันก่อนว่า คนที่ออกหัวหรือออกก้อยจะต้องตาย

3.2 ฆ่าตัวตายตามเพื่อนฝูง

3.3 ถูกฆ่าตายด้วยความปรารถนาของผู้ตายอันเนื่องมาจากโรคร้ายที่ไม่อาจจะรักษาให้หายขาดได้

3.4 การฆ่าตัวตายที่กระทำโดยผู้ครองของตนเอง เช่น การกระทำของคู่รักที่จนตรอกหรือหาทางออกไม่ได้²²

4.เหยื่อที่มีความผิดมากกว่าอาชญากร (The victim more guilty than the offender) แบ่งเป็นประเภทย่อย ๆ ได้อีก 2 ประเภท คือ

4.1 เหยื่อที่กระตุนให้บางคนประกอบอาชญากรรม เช่น การแห่ให้โจรธ เป็นต้น

4.2 เหยื่อที่ยั่วหรือยั่ววนใจให้ประกอบอาชญากรรม เช่น หญิงสาวที่ยั่ววนให้ข่มขืนกระทำชำเรา

5.เหยื่อที่มีความผิดมากที่สุด (The most guilty victim) และเหยื่อที่มีความผิดตามลำพัง (The victim who is guilty alone) หมายถึง เหยื่อที่มีความก้าวร้าว จึงเป็นผู้ที่ผิดเพียงลำพังในการก่อให้เกิดอาชญากรรม เช่น คนที่รังแกคนอื่นจนต้องถูกฆ่าตายเนื่องจากการป้องกันตนเองจากฝ่ายตรงข้าม

6.เหยื่อปลอม (The simulating victim) และเหยื่อในฝัน (The imaginary victim) เป็นพวกที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดในการบริหารงานยุติธรรม โดยที่คนพวกนี้ไม่ได้เป็นเหยื่อจริง ๆ เช่น พวกที่เป็นโรคจิตชนิดต่าง ๆ

²² อ้นนพ ชูบุรุษ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 15, น. 46.

การจำแนกประเภทของเหยื่ออาชญากรรมโดย Hentig²³

Hentig ได้แบ่งประเภทของเหยื่ออาชญากรรมโดยยึดปัจจัยทางจิต ทางสังคม และ ลักษณะทางร่างกายเป็นหลักในการกำหนดประเภท และได้ชี้ให้เห็นถึงเหยื่อที่เป็นมาโดยกำเนิดกับเหยื่อที่เกิดขึ้นเพราะสังคมเป็นเหตุ โดยแบ่งเป็น 13 ประเภท ดังนี้

1. ผู้เยาว์ (The young) เป็นเหยื่ออาชญากรรมที่เด่นชัด เนื่องจากเป็นผู้ที่อ่อนแอ และขาดประสบการณ์จึงง่ายต่อการถูกทำร้าย ทั้งนี้ เนื่องจากการที่ร่างกายยังไม่ได้รับการพัฒนาเท่าที่ควร ความรู้สึกนึกคิดทางด้านศีลธรรมยังมีไม่มากพอ การเจริญเติบโตทางด้านกายภาพและความรู้เท่าทันทางด้านวัฒนธรรมยังไม่เท่าเทียมกับอาชญากร จึงตกอยู่ในภาวะที่เสียเปรียบ โดยเฉพาะผู้เยาว์ที่เป็นเพศหญิงจะมีความเสี่ยงในการตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมทางเพศได้ง่าย

2. ผู้หญิง (The female) เนื่องจากผู้หญิงเป็นเพศที่อ่อนแอ จึงมีความเสี่ยงที่จะตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมมากกว่าเพศชาย โดยเฉพาะวัยรุ่นหญิงจำนวนมากต้องตกเป็นเหยื่อฆาตกรรมหรือการทารุณทางเพศ ส่วนหญิงที่สูงอายุ ส่วนใหญ่ก็จะตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมเกี่ยวกับทรัพย์ เนื่องจากเป็นวัยที่พอมีทรัพย์สินอยู่บ้างแล้ว ดังนั้น อาชญากรส่วนใหญ่จึงเป็นเพศชาย เพราะเป็นเพศที่มีกำลังเยอะกว่าเพศหญิงเป็นทุนอยู่แล้ว

3. คนแก่ (The old) คนแก่มักตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมที่เกี่ยวกับทรัพย์ เนื่องจากอยู่ในช่วงที่มีการสะสมทรัพย์สินไว้อย่างมั่งคั่ง มีความร่ำรวย และคนแก่ก็เป็นวัยที่มีกำลังในการต่อสู้ น้อย ร่างกายมีการเคลื่อนไหวช้า จึงตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมได้ง่าย

4. คนที่บกพร่องทางจิตและวิกลจริต (The mentally defective and other mentally) คนกลุ่มนี้มีความเสี่ยงที่จะตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมที่แท้จริง เนื่องจากบุคคลจำพวกวิกลจริต พวกโรคพิษสุราเรื้อรัง พวกคิดยาเสพติด พวกเป็นโรคประสาทหรือพวกที่มีจิตบกพร่องในลักษณะต่าง ๆ จะมีสติสัมปชัญญะไม่ครบถ้วน ความรู้สึกนึกคิดช้ากว่าคนปกติ จึงตกเป็นเหยื่ออาชญากรรม

5. พวกที่อพยพมาจากที่อื่น (The immigrants) เป็นกลุ่มคนที่ต้องมีการปรับตัวให้เข้ากับสภาพแวดล้อมใหม่ ๆ ต้องเรียนรู้ทางวัฒนธรรมสภาพปัญหา และบริบทภายในพื้นที่ ซึ่งเป็นอุปสรรคของพวกที่อพยพมาจากที่อื่น และเนื่องจากคนทั่วไปไม่ค่อยเข้าใจปัญหาของคนกลุ่มนี้ หากแต่พวกอาชญากรมักมีความสามารถพิเศษรู้ซึ่งถึงเหตุการณ์และความรู้สึกอันยุ่งยากของผู้อพยพ จึงฉวยโอกาสแสวงหาผลประโยชน์ใส่ตนจากโอกาสดังกล่าว

6. พวกชนกลุ่มน้อย (The minorities) เป็นกลุ่มคนที่มีสถานภาพคล้ายกับผู้อพยพเข้าไปอยู่ในใหม่ ซึ่งมักจะได้รับความไม่เท่าเทียมกันกับคนส่วนใหญ่ในสังคมทั้งในแง่ของกฎหมายและ

²³ ประเทือง ธนิตผล, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2556), น. 25-27.

ในแง่ของความเป็นจริง อาจเจอความอคติทางด้านเชื้อชาติก็จะส่งผลกระทบต่อการใช้ชีวิตในสังคมได้มากขึ้น โอกาสที่จะตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมจึงมีมาก และมีโอกาสที่จะตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมประเภทรุนแรงด้วย

7. คนโง่โดยกำเนิด (The dull normals) คนโง่เป็นบุคคลที่เกิดมาเพื่อตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมโดยแท้ อาชญากรมักใช้เหตุผลในการหลอกลวงผู้อื่นให้หลงเชื่อ เพื่อให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์ของตน ดังนั้นการกระทำของอาชญากรจึงมิได้เกิดจากความเฉลียวฉลาดของตัวอาชญากร แต่เป็นเพราะความโง่เขลาเบาปัญญาของผู้ที่ตกเป็นเหยื่ออาชญากรนั่นเอง

8. คนที่มีใจหดหู่ (The depressed) บุคคลพวกนี้เป็นบุคคลที่มีลักษณะตรงข้ามกับพวกที่เกี่ยวข้องกับปัจจัยทางสังคม เนื่องจากการตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมของบุคคลพวกนี้เกิดขึ้นเนื่องจากภาวะทางจิตใจ การหดหู่เป็นการแสดงออกทางจิตใจที่ไม่สมบูรณ์ ตกอยู่ในอาการสิ้นหวังทัศนคติของคนที่มีใจหดหู่มักจะเฉยเมยและยอมจำนนไร้ความสามารถในการต่อสู้และแรงต่อต้าน ทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจ จึงเป็นโอกาสที่จะตกเป็นเหยื่ออาชญากรรม

9. คนโลภ (The acquisitive) มักเป็นคนจำพวกหนึ่งที่ตกเป็นเหยื่อชั้นเลิศของอาชญากร เช่น การโดนข่มขู่เอาเงิน การพนัน พวกคัมภีร์ก็มักกลฉวยประโยชน์จากความโลภของเหยื่อนั่นเอง ซึ่งกลุ่มคนรายจะเป็นกลุ่มที่ตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมเพราะความโลภมากกว่าคนจำพวกอื่น

10. คนเสเพล (The wanton) เป็นกลุ่มคนที่ตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมที่ไม่สามารถหาสาเหตุที่ชัดเจนได้ ทั้งในด้านของกฎหมายและประเพณีของสังคม

11. คนโดดเดี่ยวและคนอกหัก (The lonesome and heartbroken) สาเหตุที่ตกเป็นเหยื่ออาชญากรรม เนื่องจากการอยู่ในภาวะโดดเดี่ยว อ้างว้าง อกหัก ต้องการเพื่อนเพื่อคลายทุกข์ มักจะตกเป็นเหยื่อของฆาตกรรม ประทุษร้ายต่อทรัพย์ เป็นต้น

12. คนที่ตกอยู่ในความทุกข์ทรมาน (The tormentor) คนประเภทนี้มักมีลักษณะที่คล้ายๆ กัน คือ ขาดความมีไหวพริบอย่างคนธรรมดาสามัญ มักจะเป็นคนที่ตกอยู่ในสถานการณ์ที่ตึงเครียด จึงส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจของตนเองและคนรอบข้าง เช่น บุคคลที่เป็นโรคพิษสุราเรื้อรังหรือเป็นโรคจิตกลายเป็นคนที่น่าความทุกข์ทรมานมาให้แก่ครอบครัวมาเป็นเวลายาวนาน และสุดท้ายก็ต้องตกเป็นเหยื่อของสถานการณ์ตึงเครียดที่ตนสร้างขึ้นมาจาก เนื่องจากทำให้คนในครอบครัวเกิดความตึงเครียดตามไปด้วย

13. คนที่ถูกตัดโอกาส ถูกละเลย และต่อสู้เพื่อศักดิ์ศรีของตนเอง (The blocked, exempted and fighting) เหยื่อประเภทนี้เป็นบุคคลที่อยู่ในสถานการณ์ประสบความสูญเสีย ไม่ว่าจะดำรงชีวิตอยู่ได้โดยไม่ต่อสู้ดิ้นรนด้วยตัวเอง โดยมีวิธีการในการต่อสู้ดิ้นรนที่ไม่สนใจว่าจะถูกหรือผิด อีกทั้งยังไม่ประสงค์ที่จะได้รับความช่วยเหลือจากตำรวจหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เช่น บุคคลที่ถูก

ข่มขู่เอาเงินโดยหากไม่ทำตามให้จะโดนเปิดเผยความลับ หรือนายธนาคารที่หมุนเงินไม่ทันก็จะหาทางโกงเงินเพื่อนำเงินมาช่วยเหลือให้ตนเองปลอดภัย เหตุประเภทนี้ไม่ใช่นักที่จะตกเป็นเหยื่อล่างของผู้อื่น ความจริงแล้วเหยื่อที่ต่อสู้อีกทีนี้น่าจะตัดออกจากประเภทของเหยื่อได้ เพราะการต่อสู้อีกทีนี้ หมายถึงการต่อต้านหรือการขัดขืน เหตุประเภทนี้จึงไม่น่าจะจัดเข้าประเภทใดได้เหมือนกับเหยื่อที่ต้องพ่ายแพ้แก่อาชญากรซึ่งมีกำลังที่เหนือกว่า

หากนำประเภทของผู้เสียหาย หรือเหยื่ออาชญากรรม มาประกอบการพิจารณากับพฤติกรรม บุคลิกภาพ ลักษณะทางชีวภาพของตัวผู้เสียหาย หรือเหยื่ออาชญากรรม รวมทั้งสถานที่ เวลา ก็กับการเกิดอาชญากรรม สภาพเศรษฐกิจ และสังคม ตลอดจนการดำเนินงานของกระบวนการยุติธรรม จะทำให้ทราบถึงสาเหตุของการตกเป็นผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรม ดังนี้

1. ความยากจน และความเสื่อมโทรมของสิ่งแวดล้อม
2. ความเป็นอยู่ที่ขาดระเบียบวินัย และขาดคุณธรรม
3. ความเป็นอยู่ที่ขาดความร่วมมือในการป้องกัน และปราบปรามอาชญากรรม
4. กระบวนการยุติธรรมที่บังคับใช้กฎหมายขาดความจริงจังในการปฏิบัติงาน
5. ขาดความมั่นคงในชีวิต
6. ขาดผู้นำที่มีความสามารถ

ดังนั้น ในการพิจารณาให้ความคุ้มครองผู้เสียหาย หรือเหยื่ออาชญากรรมอาจวิเคราะห์ได้จากประเภทของผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรม ประกอบกับสาเหตุของการตกเป็นผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรม เพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไข รวมถึงการป้องกันการตกเป็นผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรม ซึ่งอาจจำแนกได้ 4 ลักษณะ ดังนี้

1. การป้องกันการตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมโดยตัวเอง การระมัดระวังไม่ให้ตัวเองไปอยู่ในสถานการณ์ต่อการเป็นเหยื่อ รู้จักหลีกเลี่ยงโอกาสที่จะทำให้ตนเองต้องตกเป็นเหยื่อ ซึ่งต้องขึ้นอยู่กับ การขัดเกลากายทางสังคมต่อปัญหาแต่ละเรื่อง

2. การป้องกันการตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมโดยเพื่อนบ้านหรือชุมชน คือ การปลูกจิตสำนึกให้คนในสังคมมีความรับผิดชอบร่วมกันมีการอุดหนุนเกื้อกูลกัน และช่วยเหลือกันเมื่อมีเหตุร้ายเกิดขึ้น

3. การป้องกันการตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมโดยรัฐ แบ่งออกเป็น 3 ด้าน คือ

3.1 ด้านหน่วยงาน คือ หน่วยงานของตำรวจมีหน้าที่โดยตรงในการป้องกันและปราบปราม หากป้องกันการเกิดอาชญากรรมได้ ก็จะสามารป้องกันการตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมได้เช่นกัน เพราะถ้าไม่มีอาชญากรรม ก็ไม่มีเหยื่ออาชญากรรม

3.2 ด้านตัวอาชญากร โดยมุ่งให้หน่วยงานราชทัณฑ์ ได้มีโครงการปรับปรุงและแก้ไข พฤติกรรมของผู้กระทำความผิดให้สามารถกลับตัวเป็นคนดี รวมทั้งอยู่ในสังคม โดยปฏิบัติตาม กฎหมายซึ่งเป็นผลโดยตรง ต่อตัวผู้เสียหาย หรือเหยื่ออาชญากรรม

3.3 ด้านตัวผู้เสียหาย หรือเหยื่ออาชญากรรม รัฐต้องจัดหาบริการ เพื่อตัวผู้เสียหายหรือ เหยื่ออาชญากรรม ในการปรับปรุง ฟื้นฟูสภาพจิตใจของผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรม ให้ สามารถมีชีวิตในสังคม และเรียนรู้สภาวะการณ์ที่เกิดขึ้น เพื่อมิให้ตกเป็นเหยื่อในอนาคต

4. การป้องกันการตกเป็นผู้เสียหาย หรือเหยื่ออาชญากรรมในลักษณะผสมผสาน²⁴

การนำแนวทางที่กล่าวมาทั้งหมด โดยนำมาผสมผสานเพื่อให้เกิดประสิทธิผลในการ พิจารณาให้ความคุ้มครองผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมตลอดจนมีมาตรการ ในการเยียวยาและ เป็นแนวทางในการป้องกันเหตุร้าย ที่อาจเกิดขึ้นกับผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรม เพื่อบรรลु วัตถุประสงค์ในการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม

2.4 แนวคิดและหลักเกณฑ์ทั่วไปในการกำหนดความผิดทางอาญา

แนวคิดในการบัญญัติความผิดอาญามีขึ้นเพื่ออธิบายว่าการกระทำใดควรเป็นความผิด ทางอาญา ซึ่งจะเริ่มจากวิวัฒนาการของการกำหนดความผิดอาญา แนวคิดในปัจจุบัน และแนวโน้ม ของการนำหลักนิติเศรษฐศาสตร์มาช่วยกำหนดความผิดทางอาญา²⁵

วิวัฒนาการของการกำหนดความผิดอาญา มีวิวัฒนาการ 3 ช่วง²⁶ คือ ช่วงใช้เกณฑ์ทาง ศีลธรรม ช่วงใช้เกณฑ์ทางสังคม และช่วงใช้เกณฑ์ทางกฎหมาย

การใช้เกณฑ์ทางศีลธรรม ในสังคมดั้งเดิมการกำหนดว่าพฤติกรรมใดควรเป็นความผิด ทางอาญาจะใช้มาตรฐานทางศีลธรรมกำกับ กล่าวคือ การใดเป็นการผิดศีลธรรม การนั้นคือการ กระทำที่ผิดกฎหมายอาญาและจะถูกลงโทษ การใช้เกณฑ์ดังกล่าวสามารถใช้ได้อย่างดีกับสังคม พื้นฐานที่ยังมีผู้คนอยู่มากนัก เพราะความจำเป็นในการใช้กฎหมายเทคนิคเพื่อรักษาความสงบ เรียบร้อยยังไม่มี ความจำเป็น เมื่อสังคมพัฒนาขึ้น มีผู้คนมากขึ้น ความจำเป็นที่จะต้องออกกฎหมาย อาญาเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมจึงเกิดขึ้น กฎหมายจึงค่อย ๆ เคลื่อนตัวออกจาก

²⁴ สุดสงวน สุธีสร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 19*, น. 21-29.

²⁵ ปกป้อง ศรีสนิท, *กฎหมายอาญาขั้นสูง อาชญากรรม ความรับผิดชอบ และโทษทางอาญา*, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559), น. 19.

²⁶ Jean Pradel. *Droit Penal General, op.cit.*, p.20-21.

ศีลธรรม แต่ก็ไม่ได้แยกจากกันเด็ดขาด จนทำให้เกิดสถานะของกฎหมายกับศีลธรรมมีความสัมพันธ์แบบ intersection กัน คือ บางกรณีเป็นทั้งผิดกฎหมายและผิดศีลธรรม²⁷

การใช้เกณฑ์ทางสังคม การกระทำความผิด คือ การกระทำที่กระทบกระเทือนสังคม ซึ่งการพิจารณาว่าอะไรคืออาชญากรรมก็มองจากการกระทำที่ทำให้สังคมเสียหาย Durkheim เสนอว่าอาชญากรรม คือ การกระทำที่ทำลายสภาพสังคมที่เข้มแข็งของการรับรู้ร่วมกัน อาชญากรรมจึงเป็นสิ่งที่สังคมรับรู้ร่วมกันว่าการกระทำนั้นคืออาชญากรรม แนวคิดนี้ยังสร้างความไม่แน่นอนให้กับกฎหมายอาญา เพราะเวลาเกิดการกระทำใดเกิดขึ้นแล้วยากที่จะหาตัวแทนสังคมมาชี้ว่าการกระทำนั้นเป็นอาชญากรรมและควรลงโทษหรือไม่

การใช้เกณฑ์ทางกฎหมาย แนวคิดเสรีนิยมประชาธิปไตยมองว่า กฎหมายที่ลงโทษผู้กระทำความผิดต้องออกมาจากรัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนประชาชน เมื่อรัฐสภาออกกฎหมายที่กำหนดความผิดใดออกมาแล้ว กฎหมายนั้นจะใช้บังคับได้ตามความประสงค์ของประชาชน การใช้เกณฑ์ทางกฎหมาย โดยยึดถือว่ารัฐสภาเห็นว่าการกระทำใดควรลงโทษ การกระทำนั้นก็เป็นความผิดอาญา อาจทำให้เกิดสถานการณ์ที่เรียกว่ากฎหมายอาญาเฟ้อ (over-criminalization) ซึ่งในปัจจุบันฝ่ายนิติบัญญัติจะกำหนดให้พฤติกรรมใดเป็นความผิดอาญาโดยดูจากการกระทำนั้นต้องขัดกับความสงบเรียบร้อยของสังคม

ในปัจจุบันแนวคิดในการกำหนดความผิดอาญาจะพิจารณาไปที่ความสงบเรียบร้อยของสังคม Bernard Bouloc กล่าวว่า “ปรากฏการณ์อาชญากรรม คือ การกระทำที่ถูกกำหนดและถูกลงโทษโดยกฎหมายอันเนื่องมาจากความเสียหายที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม (ordre social)” แนวคิดนี้มีความชัดเจนในตัวเองในเรื่องการยอมรับอำนาจนิติบัญญัติที่เป็นผู้กำหนดฐานความผิดและบทลงโทษ พร้อมกับให้แนวทางว่าจะต้องเป็นการลงโทษการกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อย

ความรับผิดทางอาญานั้นจะเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำอันเป็นการกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือต่อผลประโยชน์ร่วมกันของคนในสังคม โดยที่วัตถุประสงค์ของความรับผิดทางอาญามีขึ้นเพื่อลงโทษ (punish) ผู้กระทำความผิด²⁸

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่ระบุถึงการกระทำหรือการไม่กระทำการใดเป็นความผิดและมีโทษซึ่งเป็นกฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล ดังนั้น ในการบัญญัติกฎหมายอาญา นัก

²⁷ ปกป้อง ศรีสนิท, *อ้างแล้ว เจริญธรรม* ที่ 25, น.21.

²⁸ คณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเพื่อการพัฒนาประเทศ, “หลักเกณฑ์การกำหนดโทษอาญา,” เอกสารประกอบการสัมมนาเพื่อพัฒนาระบบการบังคับใช้กฎหมาย เรื่อง “การกำหนดความผิดในกฎหมายไทย : ปัญหาที่ยังไม่ได้รับการแก้ไข,” 15 มีนาคม 2548, น. 4.

กฎหมาย นักปรัชญา และนักสังคมวิทยา จึงได้พยายามสร้างหลักเกณฑ์ว่าด้วยข้อจำกัดของกฎหมายอาญาไว้หลายประการ นักวิชาการบางท่านเรียกว่า “ทฤษฎีการกำหนดปริมาณของกฎหมายอาญาสารบัญญัติตามทฤษฎีอาญา”²⁹ เพื่อใช้เป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายอาญา

เนื่องจากกฎหมายอาญามีบทบาทในการควบคุมพฤติกรรมของบุคคลในสังคมโดยจะควบคุมมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับสภาพของสังคมนั้น ๆ และมีพฤติกรรมบางอย่างที่กฎหมายอาญาไม่สามารถควบคุมได้ การพยายามใช้กฎหมายอาญาเพื่อควบคุมพฤติกรรมเช่นนั้นจะไม่ก่อให้เกิดประโยชน์อันใดเลย³⁰ มีสาระสำคัญดังนี้

1. รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาห้ามการกระทำซึ่งไม่ได้รับการสนับสนุนอย่างแข็งขันจากสาธารณชน จะทำให้การบังคับใช้กฎหมายกระทำได้ยาก เสียค่าใช้จ่ายสูง เนื่องจากประชาชนไม่ให้ความร่วมมือรายงานการกระทำผิดต่าง ๆ และจะทำให้เจ้าหน้าที่ทราบการกระทำผิดน้อยมาก แต่ถ้ากฎหมายใดได้รับความร่วมมือจากประชาชน จะทำการบังคับใช้ได้ผล

2. รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดซึ่งบังคับใช้ไม่ได้ในกฎหมายอาญาโดยไม่สมควรบัญญัติความผิดในกฎหมายอาญา ถ้าผู้ฝ่าฝืนถูกดำเนินคดีและถูกลงโทษมีเพียงเล็กน้อยเท่านั้น โดยกฎหมายใช้บังคับไม่ได้ เนื่องจากเจ้าหน้าที่จับผู้กระทำความผิดได้น้อย หรือประชาชนไม่ให้ความสนใจ จะส่งผลให้ประชาชนขาดความเคารพในกฎหมาย หรือกฎหมายขาดความศักดิ์สิทธิ์

3. กฎหมายอาญาไม่ควรบัญญัติข้อห้ามบางประการเมื่อฝ่าฝืนแล้วไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่ามีการกระทำความผิดจริง โดยหลักเกณฑ์นี้มีแนวคิดที่ว่า เมื่อมีผู้กระทำความผิดตามกฎหมายเป็นจำนวนมาก แต่รอดพ้นจากการบังคับใช้กฎหมายอาญา ซึ่งไม่มีประโยชน์ในการบังคับใช้กฎหมายอาญาเลย และเมื่อบุคคลถูกจับและถูกฟ้องคดี ประชาชนทั่วไปจะเห็นว่าเป็นเพียงผู้โชคร้ายเท่านั้น และไม่ได้รับความเป็นธรรมเพราะมีผู้กระทำความผิดอีกเป็นจำนวนมากไม่ได้ถูกจับ

รองศาสตราจารย์ประธาน วัฒนวานิชย์ เห็นว่าหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้นเป็นเพียงข้อสมมติฐานซึ่งอาจใช้เป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายอาญา แต่การบัญญัติกฎหมายอาญาในสังคมใดก็ตามจะมีปัจจัยทางสังคมและวัฒนธรรมอื่น ๆ ประกอบด้วยเสมอ เช่น ความคิดทางการเมืองของผู้มีอำนาจในการบัญญัติกฎหมาย ค่านิยม ความนึกคิดทางศีลธรรมของประชาชน กลุ่มผลประโยชน์ แรงกดดันทางการเมืองและอื่น ๆ³¹ ซึ่งสามารถสรุปหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดทางอาญาได้ 3 ประการ ดังนี้

²⁹ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, ทฤษฎีอาญา, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2548), น. 53.

³⁰ เพ็งอ้าง, น. 58.

³¹ ประธาน วัฒนวานิชย์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาญาวิทยา, (กรุงเทพมหานคร: ประกายพริก, 2546), น. 360.

1. การกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดทางอาญาก็ต่อเมื่อเป็นการกระทำซึ่งก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สินหรือผลประโยชน์ของบุคคล กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม และประชาชนส่วนใหญ่มิได้ให้อภัยแก่การกระทำเช่นนั้น

2. การใช้กฎหมายอาญากับการกระทำใดต้องใช้อย่างจำกัด เฉพาะที่เกิดประโยชน์ต่อสังคม และมีผลต่อการป้องกันอาชญากรรม โดยรัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาลงโทษความประพฤติที่ไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อผู้อื่นและสังคม

3. การใช้กฎหมายอาญากับการกระทำใดต้องเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ โดยได้รับการสนับสนุนจากประชาชนโดยรวม และต้องใช้กฎหมายบังคับกับปัญหาที่เกิดขึ้นเนื่องจากรัฐไม่มีมาตรการอื่น ๆ ที่เหมาะสมในการจัดการปัญหาเช่นนั้น ตลอดจนรัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญากับการทำความผิดเพียงเล็กน้อย ประชาชนส่วนใหญ่ไม่เห็นความสำคัญ และเป็นการยากในการพิสูจน์ความผิดนั้น

กฎหมายไทยนั้นไม่มีการกำหนดนิยามของความผิดอาญาเอาไว้แต่จะอาศัยการตีความจากบทบัญญัติของกฎหมายว่าอะไรก็ตามที่กฎหมายกำหนดว่าเป็นความผิดและมีผู้ฝ่าฝืนความผิดนั้น ผู้นั้นต้องรับโทษ เป็นการบัญญัติในเชิงของทฤษฎีสถานักกฎหมายบ้านเมือง (Positivism) ซึ่งจะทำให้ต้องคำนึงถึงความผิดที่รัฐเป็นผู้ใช้อำนาจกำหนดการกระทำ (หรือไม่กระทำ) ให้เป็นความผิดหรืออาจกล่าวได้ง่าย ๆ ว่าตามแนวคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมืองนั้น “อาชญากรรม” คือ ความผิดที่ห้ามโดยอำนาจรัฐและการลงโทษกระทำโดยเจ้าหน้าที่รัฐ แต่ก็อาจมีปัญหาที่ว่ากลายเป็นกฎหมายอาญาที่กำหนดความผิดไว้โดยอำเภอใจของผู้ปกครอง³²

หากพิจารณาในแง่ของแนวความคิดสำนักกฎหมายบ้านเมืองจะให้ความหมายของคำว่า “ความผิดอาญา” ว่าหมายถึง การกระทำใดก็ตามที่กฎหมายกำหนดว่าเป็นความผิด และผู้ฝ่าฝืนความผิดนั้นก็ต้องรับโทษ ทั้งนี้เป็นการพิจารณาโดยให้ความสำคัญกับที่มาของความผิดอาญาว่าต้องมาจากรัฐเป็นผู้กำหนด

ทฤษฎีความรับผิดเด็ดขาด (absolute liability theory) หรือที่นักกฎหมายรู้จักกันทั่วไปว่า ทฤษฎีความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict liability) มีหลักการว่า เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น ต้องมีการชดเชยและเยียวยา การที่บุคคลใดได้เสี่ยงภัยที่จะทำอะไรลงไปบุคคลนั้นก็ต้องรับผิดในผลที่เกิดขึ้น อันเป็นความรับผิดเคร่งครัด ไม่ว่าทำโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อก็ตาม หลักการดังกล่าวเป็นการมองในแง่ของการคุ้มครองผู้เสียหาย³³

³² สกต นิสารัตน์, “กฎหมายอาญาและการลงโทษที่เหมาะสม: แนวความคิดทางด้านปรัชญาและความยุติธรรมทางสังคม,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น. 11.

³³ พิชัย พันภัย, “ทฤษฎีและขอบเขตของกฎหมายความรับผิดในผลิตภัณฑ์เพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค,”

หลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดของบุคคล โดยหลักการสามารถแบ่งเป็น 2 ประเภท คือ ความรับผิดที่อยู่บนพื้นฐานความผิด (Fault) ซึ่งเป็นไปตามหลัก “ไม่มีความรับผิด ถ้าปราศจากความผิด” (Liability as a result of fault) และความรับผิดที่ไม่อยู่บนพื้นฐานของความผิด (without fault) ซึ่งตามหลักกฎหมายแพ่งเรียกว่า “ความรับผิดโดยเด็ดขาด” (Strict liability) หรือในทางปกครองที่เรียกกันว่า ความรับผิดของรัฐโดยปราศจากความผิด

ความรับผิดโดยปราศจากความผิดหรือความรับผิดเด็ดขาด หมายความว่า ความรับผิดของบุคคลที่จะต้องชดใช้ความเสียหายในการกระทำของตนที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น แม้ว่าการกระทำนั้นจะไม่ใช่ความผิดหรือไม่ได้เจตนาหรือประมาทเลินเล่อ กล่าวคือ ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นจะเป็นความผิดหรือไม่ ถ้าการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นก็ต้องรับผิด ฉะนั้นความรับผิดเด็ดขาดหรือความรับผิดโดยปราศจากความผิด โจทก์หรือผู้ฟ้องคดีเพียงแต่พิสูจน์ว่าตนได้รับความเสียหายตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด โดยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ความผิดของบุคคลนั้น เมื่อพิสูจน์ความเสียหายตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดแล้ว จำเลยก็ต้องรับผิดชอบชดใช้ความเสียหาย จะพิสูจน์ตนเองไม่ผิดไม่ได้ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายจะกำหนดให้พิสูจน์ความผิดเฉพาะเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดกรณีเรียกว่า “ข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมาย”

ความรับผิดเด็ดขาดตามกฎหมายอาญาด่วนมากแล้วจะเป็นความผิดเล็กน้อย (minor offences) มีอัตราโทษต่ำ หรือที่เรียกว่าความผิดลหุโทษ (Petty Offences) เป็นความผิดที่เกี่ยวข้องกับเรื่องสาธารณะทั่วไป เกี่ยวข้องกับความประพฤติของคนทุกคนในสังคมที่จะสามารถอยู่ร่วมกันได้อย่างเป็นระเบียบเรียบร้อย และไม่ใช้ลักษณะของอาชญากรรมอย่างแท้จริงซึ่งจะต้องคำนึงถึงความน่าตำหนิได้ทางศีลธรรมของจำเลย

ความผิดอาญาใดที่เป็นความรับผิดเด็ดขาดจะต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างแจ้งชัดให้ต้องรับผิด ฉะนั้น ความรับผิดเด็ดขาดจะพบได้ในประมวลกฎหมายหรือกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statutes) เท่านั้น แต่ฝ่ายนิติบัญญัติก็ไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งว่าความผิดใดเป็นความรับผิดเด็ดขาดหรือไม่ จึงเกิดเป็นประเด็นสำคัญที่ศาลจะต้องทำหน้าที่ตีความว่าความผิดฐานนั้น ๆ ต้องพิสูจน์เจตนาของผู้กระทำความผิดหรือไม่ หากฝ่ายนิติบัญญัติได้แสดงความชัดเจนเกี่ยวกับความต้องการของผู้กระทำความผิดเอาไว้ การทำงานของศาลก็จะง่ายขึ้น³⁴ ดังนั้น หน้าทีของศาลในการพิจารณาคดีอาญาเหล่านี้ นอกจากจะต้องวินิจฉัยข้อเท็จจริงในการกระทำความผิดแล้ว ยังจะต้องตีความตัวบทกฎหมายอีกด้วย

วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์, ปีที่ 5, ฉบับที่ 4, น. 111-112, (เมษายน-พฤษภาคม 2554).

³⁴ Jonathan Herring. A. *Criminal Law: Text, (Cases and Materials)*, p. 216.

2.5 แนวคิดทฤษฎีเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย

ก่อนที่จะศึกษาเรื่อง “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย” ต้องศึกษาถึงโครงสร้าง ความรับผิดชอบทางอาญาเสียก่อน ซึ่งแนวความคิดในเรื่องโครงสร้างความรับผิดชอบอาจมีความแตกต่างกัน ได้เป็นหลายแนว ขึ้นอยู่กับกฎหมายอาญาของแต่ละประเทศซึ่งได้จัดโครงสร้างแตกต่างกัน ออกไป³⁵ เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย เป็นคำที่ใช้ในประมวลกฎหมายเยอรมนี แต่ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย เรียกว่า “เหตุลักษณะคดี”

การกำหนดให้การกระทำใดการกระทำหนึ่งของมนุษย์เป็นการกระทำที่ต้องลงโทษ อาญานั้นเกิดขึ้นจากที่เห็นกันว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่กระทบต่อการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ ในสังคมที่ร้ายแรงที่สมควรใช้มาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐ การบัญญัติความผิดอาญานานต่าง ๆ จึงมี “ความสมควรลงโทษ” เป็นพื้นฐานความคิดอยู่เบื้องหลัง ฉะนั้นจึงกล่าวได้ว่า “ความผิดอาญา” (Verbrechen)³⁶ มีความสมควรลงโทษอยู่ในตัวเองเสมอ

การที่จะทราบสถานะของข้อเท็จจริงในกฎหมายอาญาที่เป็นองค์ประกอบความผิดได้ ต้องทราบถึงโครงสร้างความผิดอาญาของแต่ละแนวคิดเสียก่อน

ท่านศาสตราจารย์ ดร. วิจิตร ลูติดานนท์³⁷ และศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ เห็นว่า ข้อเท็จจริงในกฎหมายอาญาที่เป็นองค์ประกอบความผิด ต้องประกอบด้วยหลักทั้งสามประการ ซึ่งการกระทำของบุคคลจะเป็นความผิดต้องมีกฎหมายบัญญัติ และผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนา ซึ่งจะขาดข้อสาระใดสาระหนึ่งไม่ได้

โดยศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์³⁸ ได้อธิบาย การกระทำ แตกต่างไปในรายละเอียด โดยเห็นว่า การกระทำย่อมประกอบด้วย 1. อิริยาบถ (Origin movement) 2. พฤติการณ์ประกอบอิริยาบถ (Circumstances) 3. ผลจากอิริยาบถ และพฤติการณ์ประกอบนั้น (Consequences)

ซึ่ง ดร. วิจิตร ลูติดานนท์ เห็นว่าการกระทำจะเป็นความผิดอาญาต้องประกอบด้วย การกระทำและเจตนาซึ่งเป็นข้อสาระสำคัญ ส่วนศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ เห็นว่าข้อเท็จจริงใน

³⁵ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 4), (กรุงเทพมหานคร:วิญญูชน, 2551), น. 95.

³⁶ คณิต ณ นคร, “โครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาและข้อท้าววิชาการเกี่ยวกับ Mens Rea,” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 16, ฉบับที่ 3, น. 204, (กันยายน 2529).

³⁷ วิจิตร ลูติดานนท์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 4), (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2507), น. 79-85.

³⁸ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 10), (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายเนติบัณฑิตยสภา, 2546), น. 32-295.

กฎหมายอาญาไม่เป็นองค์ประกอบความผิดไม่มีผลต่อการวินิจฉัยในเรื่องเจตนาของผู้กระทำความผิด

ดังนั้น ความไม่รู้ข้อเท็จจริงที่ไม่ใช่องค์ประกอบความผิด ไม่ทำให้การกระทำขาดเจตนาเสมอไป “อาจเป็นเพียงพฤติการณ์อันหนึ่งซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่จะนำไป พิจารณาประกอบการวินิจฉัยข้อเท็จจริงเท่านั้น” ซึ่งเรียกว่า “พฤติการณ์ประกอบการกระทำ” โดยพิจารณามาตรฐานในการรู้ข้อเท็จจริงเท่ากับวิญญูชน โดยไม่ใช้มาตรฐานการรู้ข้อเท็จจริงของตัวผู้กระทำความผิดมาพิจารณาในการวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นมีความผิดอาญาหรือไม่ โดยแบ่งพฤติการณ์ประกอบการกระทำเป็น 2 ประเภท³⁹ คือ

1. พฤติการณ์ประกอบการกระทำที่ผู้กระทำความผิดสามารถสัมผัสได้โดยอวัยวะร่างกายถือว่าข้อเท็จจริงนั้น เป็นการกระทำที่ต้องประกอบด้วยสภาพจิตใจของผู้กระทำ กล่าวคือผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงนั้น

2. พฤติการณ์ประกอบการกระทำที่ผู้กระทำความผิด ไม่จำเป็นต้องใช้สภาพจิตใจประกอบคือ ข้อเท็จจริงที่ไม่สามารถสัมผัสได้ทางกาย ซึ่งเป็นนามธรรม โดยจะใช้ความรู้ ความเข้าใจของผู้กระทำมาพิจารณาไม่ได้ แต่ใช้ความรู้ของวิญญูชนโดยทั่วไปมาพิจารณาแทน

ท่านศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย และ ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร เห็นว่าข้อเท็จจริงในกฎหมายอาญาที่เป็นองค์ประกอบความผิด อยู่ในส่วนโครงสร้างความผิดอาญาการครอบครองที่กฎหมายบัญญัติและความชั่ว โดยการครอบครองที่กฎหมายบัญญัติเป็นส่วนขององค์ประกอบ ส่วนความชั่วเป็นการรู้ข้อเท็จจริง และต้องการให้เกิดข้อเท็จจริงนั้นซึ่งเป็นองค์ประกอบภายใน โดยการวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่เป็น องค์ประกอบความผิดของท่านศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ถือว่าเป็นแนวคิดของ “ฝ่ายกำหนดผล” (Kausalitat)⁴⁰ โดยท่านศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้พยายามอธิบายแยกแยะ เรื่อง เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย (la condition objective de la punissabilite) นี้เป็นเพียงส่วนหนึ่งของลักษณะขององค์ประกอบความผิดตามตัวบทเท่านั้น ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวแบ่งเป็น 4 ลักษณะด้วยกัน คือ⁴¹

³⁹ Jerme Hall ได้ให้คำนิยามของความเสียหายในทางกฎหมายอาญาว่า เป็นการแสดงให้เห็นถึงความสูญเสียในทางคุณค่า (loss of value) ซึ่งในหลายๆ กรณีสัมผัสได้ เช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ เป็นต้น และในหลายๆ กรณีเป็นความสูญเสียในทางคุณค่าที่สัมผัสไม่ได้ เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

⁴⁰ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 13), (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516), น. 69-89. และ หยุด แสงอุทัย, “การวินิจฉัยปัญหาคดีอาญา,” บทบัญญัติ, ปีที่ 12, น. 212-214, (2548).

⁴¹ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ์, มุมมองใหม่ในกฎหมายอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม), (กรุงเทพมหานคร:

1. องค์ประกอบในทางรับหรือปฏิเสธ “องค์ประกอบในทางรับ” คือ ถ้าการกระทำที่ปรากฏเข้าองค์ประกอบ (ทั้งภายในภายนอก) ความผิดก็สำเร็จทันที “องค์ประกอบในทางปฏิเสธ” คือ ถ้าการกระทำที่ปรากฏเข้าองค์ประกอบดังกล่าวก็ไม่ใช่ความผิด

2. องค์ประกอบในทางอธิบาย ได้แก่ ข้อความที่กฎหมายอาญาบัญญัติไว้เพื่ออธิบายความผิดตามมาตรานั้น ๆ ให้ชัดเจนขึ้น แม้ไม่มีข้อความดังกล่าว ก็ไม่กระทบต่อองค์ประกอบอื่นที่ประกอบกันเป็นความผิดนั้น ๆ ได้อยู่แล้ว แต่หากตัดออกไปเลยก็อาจเกิดข้อสงสัยในฐานความผิดได้

3. องค์ประกอบที่เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย ได้แก่ กรณีที่กฎหมายอาญาบัญญัติองค์ประกอบโดยอาศัยข้อเท็จจริงที่ปรากฏจากการกระทำเองโดยที่เจตนาของผู้กระทำไม่ต้องคลุมถึง คือ ถ้ามีข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติเกิดขึ้น ผู้กระทำก็มีความผิดตามมาตรานั้น ๆ หากข้อเท็จจริงดังกล่าวไม่เกิด ผู้กระทำก็ไม่มี ความผิด อาจมีได้⁴² 2 ลักษณะ คือ

(1) เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่อาศัยผลของการกระทำ ได้แก่ กรณีที่ผู้กระทำต้องรับโทษตามผลของการกระทำ โดยดูจากบทบัญญัติที่มีข้อความว่า “เป็นเหตุให้...” หรือ “จนเป็นเหตุให้...” เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยจึงไม่ขึ้นกับเจตนา แต่จะลงโทษไปตามเงื่อนไขที่เกิดขึ้นจริง และเพิ่มโทษเพราะอาศัยหลักผลกรรมตามมาตรา 63

(2) เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่ไม่อาศัยผลของการกระทำ ได้แก่ เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมายตามนโยบายทางอาญา ผู้กระทำมักจะไม่มีความผิดหรือไม่ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขนั้น ๆ

4. องค์ประกอบที่เป็นเงื่อนไขแห่งการเพิ่มโทษ การเพิ่มโทษตามเงื่อนไขนี้ เป็นเงื่อนไขแห่งการเพิ่มโทษที่อาศัยข้อเท็จจริงที่มีอยู่แล้วในขณะที่กระทำไม่เกี่ยวกับผลที่เกิดในภายหลังแต่อย่างใด ซึ่งข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้จะนำมาใช้เพิ่มโทษแก่ผู้กระทำได้ก็ต่อเมื่อผู้กระทำได้รู้ข้อเท็จจริงนั้น⁴³

วิญญูชน, 2556), น. 22.

⁴² ตามกฎหมายลักษณะอาญา เงื่อนไขแห่งการลงโทษไม่ผู้มีความสำคัญเท่าใดนัก ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดแจ้งก็คือ การที่คนไทยทำผิดในเมืองต่างประเทศ การกระทำนั้นจะต้อง เป็นความผิดตามกฎหมายต่างประเทศด้วย จึงจะลงโทษได้ตามมาตรา 10 (4) การที่กฎหมายต่างประเทศต้องบัญญัติว่าเป็นความผิดนี้ ก็เป็นเรื่องเงื่อนไขแห่งการลงโทษอย่างหนึ่ง เจตนาของผู้กระทำไม่จำเป็นต้องคลุมถึงเงื่อนไขแห่งการลงโทษด้วย. ดู หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 (พิมพ์ครั้งที่ 6), (กรุงเทพมหานคร:วิญญูชน, 2548), น. 29.

⁴³ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 41, น. 22.

ส่วนศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร เห็นว่า ข้อเท็จจริงในกฎหมายอาญาที่เป็นองค์ประกอบความผิด อยู่ในส่วนโครงสร้างความผิดอาญา การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ โดยองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ประกอบด้วย องค์ประกอบภายนอก และ องค์ประกอบภายใน ซึ่งผู้กระทำความผิดต้องรู้ข้อเท็จจริงและต้องการให้เกิดข้อเท็จจริงที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งแตกต่างกับศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ในเรื่องตำแหน่งของเจตนา และการวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิดของศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร ถือว่าเป็นแนวคิดของ “ฝ่ายเจตจำนงกำหนด” (Finalitat)⁴⁴ และท่านได้แบ่งเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยเป็น 2 ประเภท คือ 1. เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่แท้ ได้แก่ เงื่อนไขที่มีความมุ่งหมายให้เป็น “ข้อจำกัดในการลงโทษ” 2. เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่ไม่แท้ ได้แก่ เงื่อนไขที่มีความมุ่งหมายให้เป็น “เหตุเพิ่มโทษให้หนักขึ้น” ซึ่งจะกล่าวรายละเอียดในส่วนต่อไป

ความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ เกี่ยวกับข้อเท็จจริงในกฎหมายอาญาที่ไม่เป็นองค์ประกอบความผิด โดยท่านดร.เกียรติขจร เห็นว่าในความผิดบางฐานเป็นเรื่องที่กฎหมายกำหนดไว้ องค์ประกอบภายนอก ซึ่งมีใช่เป็น “ข้อเท็จจริง” แต่ถือว่าเป็น “พฤติการณ์ประกอบการกระทำ” โดยใช้ถ้อยคำในรูปแบบต่าง ๆ กัน ดังนี้เช่น น่าจะเกิดความเสียหาย หรืออาจจะเกิดความเสียหาย ซึ่งผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรู้ ในการวินิจฉัยความผิดอาญา โดยพิจารณาจาก “วิญญูชน” ถ้าทั่วไปเห็นว่าจะเกิดความเสียหายก็เป็นความผิดโดยมิได้ใช้มาตรฐานการรู้ข้อเท็จจริงจากตัวผู้กระทำความผิด⁴⁵ โดยการวินิจฉัยของดร.เกียรติขจร มีลักษณะเดียวกับท่านศาสตราจารย์ จิตติ ตึงศภัทย์ โดยใช้ถ้อยคำเดียวกัน คือ “พฤติการณ์ประกอบการกระทำ” แต่การที่ท่านดร.เกียรติขจร กล่าวว่า “องค์ประกอบภายนอก ซึ่งมีใช่ข้อเท็จจริง” นั้น อาจก่อให้เกิดความสับสนได้

ผู้วิจัยขออธิบายในส่วนของการโครงสร้างความรับผิดชอบในทางอาญาของประเทศไทยดังต่อไปนี้

2.5.1 “โครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา” ยังมีข้อสาระสำคัญที่เหมือนกันของความผิดอาญาทุกๆ ฐานซึ่งเป็นข้อสาระสำคัญในทางรูปแบบอีกประการหนึ่ง คือ ความไม่ถูกต้องที่สมควรลงโทษนั้นจะต้องบัญญัติลงไว้เป็นกฎหมาย หรือต้องมี “การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” (Tatbestandsmassigkeit)

⁴⁴ คณิต ณ นคร. “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา.” วารสารอัยการ, ปีที่ 3, ฉบับที่ 25, น. 103-204, (มกราคม, 2523).

⁴⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น. 136-138.

โครงสร้างความรับผิดทางอาญา ประกอบด้วย สาระสำคัญ 3 ประการ คือ บุคคลจะต้องรับผิดทางอาญาเมื่อ⁴⁶

1. การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ
2. การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด
3. การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

ในการพิจารณาว่าบุคคลจะต้องรับผิดทางอาญาหรือไม่นั้น ต้องดูว่าการกระทำของบุคคลนั้นครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ หากครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติแล้ว ก็ต้องดูต่อไปอีกว่าการกระทำมีกฎหมายยกเว้นความผิดหรือไม่ หากไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิดก็ต้องดูต่อไปว่ามีกฎหมายยกเว้นโทษหรือไม่ หากไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษก็หมายความว่า บุคคลนั้นจะต้องรับผิดในทางอาญา ซึ่งหากมีเหตุผลโทษ ศาลอาจใช้ดุลพินิจลดโทษให้ได้

โครงสร้างข้อ 1 การกระทำครบ “องค์ประกอบ”

ความผิดอาญาทุกฐานความผิด ไม่ว่าจะเป็นความผิดในประมวลกฎหมายอาญา หรือกฎหมายอาญาอื่น ต้องมีองค์ประกอบความผิด (Element of crime) เสมอ เพราะกฎหมาย ซึ่งบุคคลจะมีความรับผิดทางอาญาได้นั้นต้องมีการกระทำครบองค์ประกอบความผิดในแต่ละฐานนั้น

1. มีการกระทำ

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 มิได้บัญญัติ คำว่า “การกระทำ” ไว้โดยตรง แต่มีการอธิบายว่า การกระทำ หมายถึง การเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยอยู่ภายใต้บังคับของจิตใจ (Under the force of mind) หรือโดยรู้สำนึก⁴⁷ การเคลื่อนไหวร่างกายต้องผ่านขั้นตอนในการคิด ตัดสินใจ และกระทำการตามที่ได้ตัดสินใจ เช่น นายแดงกำลังจะล้มเลิกว่าเอาเสื้อของคนที่ยืนอยู่ข้างหน้าจนเสื้อขาด จะเห็นว่าแม้จะใช้เวลาเพียงเสี้ยววินาทีเดียวแต่การกระทำดังกล่าวของนายแดงก็ผ่านขั้นตอนของการคิด การตัดสินใจ และกระทำการตามที่ได้ตัดสินใจแล้ว จึงเป็นการเคลื่อนไหวร่างกายภายใต้บังคับของจิตใจ ซึ่งทำให้เห็นได้ว่า การอธิบายความหมายของการกระทำมิใช่พิจารณาจากลักษณะภายนอกที่แสดงออกมาเท่านั้น แต่ต้องพิจารณาจากลักษณะภายในเรื่อง การรู้สำนึก ซึ่งเป็นเรื่องจิตใจที่บังคับร่างกายให้แสดงออกมา กล่าวคือ การเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกายต้องเป็นไปโดยรู้ตัวเอง⁴⁸ การใดที่ปราศจากเจตจำนง เช่น การละเมอ การ

⁴⁶ เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป (ฉบับพิมพ์ครั้งที่ 10), (กรุงเทพมหานคร: พลสมยาม พรินต์ติ้ง (ประเทศไทย), 2551), น. 92.

⁴⁷ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, หลักกฎหมายอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 1), (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2539), น. 35.

⁴⁸ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, ปัญหาพิเศษในกฎหมายอาญา, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2547), น. 46.

เคลื่อนไหวร่างกายอันเกิดจากการสะท้อนของประสาทที่ปราศจากอำนาจควบคุมของจิต (reflex) จึงไม่เป็นการกระทำในความหมายของกฎหมาย

การกระทำทางอาญาไม่ได้หมายถึงเฉพาะการเคลื่อนไหวร่างกายเท่านั้น การที่ไม่เคลื่อนไหวร่างกายถือว่าการกระทำได้ แต่การไม่เคลื่อนไหวร่างกายนั้นจะต้องเป็นการไม่เคลื่อนไหว โดยมีหน้าที่ที่จะต้องเคลื่อนไหวเพื่อป้องกันไม่ให้ผลร้ายเกิดขึ้น หากไม่มีหน้าที่ต้องป้องกันผล แม้จะไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึกก็ไม่ถือว่ามี การกระทำ ซึ่งเราเรียกการกระทำอันนี้ว่า “การงดเว้น”

2. การกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายนอกของความผิดในเรื่องนั้น ๆ

องค์ประกอบภายนอก คือ การกระทำและสิ่งต่าง ๆ ที่กฎหมายบัญญัติว่า เป็นความผิด และเป็นสิ่งที่อยู่ภายนอก สามารถมองเห็นได้หรือสัมผัสได้ คือ เป็นสิ่งที่ปรากฏออกมาทาง ตา หู จมูก ลิ้น กาย การที่จะคว่าครบองค์ประกอบภายนอกหรือไม่นั้น เป็นการพิจารณาตามความเป็นจริงที่เกิดขึ้น ซึ่งองค์ประกอบภายนอกของความผิดแทบทุกฐาน⁴⁹ ประกอบด้วย ผู้กระทำ การกระทำ กรรมของการกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล และในบางกรณีอาจมีส่วนพิเศษอื่น ๆ ด้วย

3. การกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายในของความผิดในเรื่องนั้น ๆ

องค์ประกอบภายใน คือ สิ่งที่ตรงข้ามกับองค์ประกอบภายนอก คือ หมายถึงสิ่งที่เป็นส่วนจิตใจของผู้กระทำความผิดอันประกอบเป็นความผิดฐานใดฐานหนึ่ง⁵⁰ โดยหากพิจารณาในแต่ละฐานความผิดจะพบว่าอาจมีเพียงสิ่งเดียว ประกอบด้วย เจตนา ประมาท มูลเหตุชักจูงใจ และองค์ประกอบภายในอื่น เช่น การไตร่ตรองไว้ก่อน เป็นต้น

4. ผลของการกระทำสัมพันธ์กับการกระทำตามหลักในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล กล่าวคือ เป็นปัญหาเรื่องของความผิดที่ต้องการผล และเป็นปัญหาเกี่ยวกับเรื่องของผลในชั้นปลายที่เกิดขึ้นจากการที่บุคคลกระทำความผิดตาม โครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาว่า ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในผลดังกล่าวหรือไม่ เช่น นายแดงใช้ปืนยิงนายดำ นายดำได้รับบาดเจ็บและเสียชีวิตในอีกสองวันต่อมา แม้นายดำจะไม่ได้ตายทันที แต่ความตายก็เป็นผลมาจากการกระทำของนายแดง ดังนั้นผลและการกระทำจึงมีความสัมพันธ์กัน นายแดงก็ต้องรับผิดชอบในความตายของนายดำ แต่ถ้าเป็นกรณีที่เกิดขึ้น ไม่มีความสัมพันธ์กับการกระทำ ผู้ที่กระทำก็ไม่ต้องรับผิดชอบในผลที่เกิดขึ้น เช่น นายแดงวิ่งเอาไม้ไล่ตีนายดำ นายดำวิ่งหนี ขณะนั้นเป็นเวลาฝนตกทำให้ฟ้าผ่าถูกนายดำถึงแก่ความตาย กรณีอย่างนี้มีปัญหาให้พิจารณาว่าความตายของนายดำเกิดขึ้นจากการกระทำของนายแดง

⁴⁹ เกียรติจิตร วัจนะสวัสดิ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 45*, น. 127.

⁵⁰ คณิต ฌ นคร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 35*, น. 152.

หรือไม่ หากพิจารณาได้ว่าความตายไม่ได้เกิดขึ้นเพราะการกระทำของนายแดง แต่เกิดขึ้นเพราะเหตุสุดวิสัยฟ้าผ่า นายแดงก็ไม่ต้องรับผิดชอบในผลแห่งความตายของนายดำ

ความคิดที่ต้องนำเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลมาพิจารณานั้นต้องเป็นความคิดที่ต้องการผล หมายความว่า การพิจารณาความรับผิดชอบของผู้กระทำนั้นพิจารณาจากผลของการกระทำด้วย เช่น การใช้ปืนยิงโดยมีเจตนาฆ่า หากเป็นเหตุให้ถูกยิงถึงแก่ความตายผู้กระทำก็มีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา แต่หากไม่ถึงตายก็มีความผิดเพียงแค่พยายามฆ่าเท่านั้น แสดงว่าความคิดดังกล่าวเป็นความคิดที่ต้องการผล ส่วนความคิดที่ไม่ต้องการผล หมายความว่า ความคิดที่เพียงกระทำหรือละเว้นก็เป็นความคิดแล้ว ส่วนผลจะเกิดหรือไม่ไม่ใช่ข้อสาระสำคัญในการลงโทษ เช่น ความผิดฐานเบิกความเท็จ ตามมาตรา 177 เมื่อเบิกความเท็จแล้วก็มีความผิดทันที ความผิดฐานไม่ช่วยเหลือผู้ที่ตกอยู่ในภยันตราย เมื่อไม่ช่วยเหลือแล้วก็มีความผิดทันที ผู้นั้นจะตายหรือไม่ ไม่ใช่ข้อสาระสำคัญ

แนวคำวินิจฉัยของศาลเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

ศาลชั้นต้นอนุญาตให้โจทก์ทั้งสองเข้าร่วมเป็นโจทก์โดยถือเอาคำฟ้องของโจทก์เป็นคำฟ้องของโจทก์ทั้งสองด้วย ซึ่งตามคำฟ้องดังกล่าวระบุว่า จำเลยใช้อาวุธปืนยิงโจทก์ร่วมที่ 2 เป็นเหตุให้โจทก์ร่วมที่ 2 ได้รับอันตรายสาหัส ต้องทุพพลภาพและเจ็บป่วยด้วยอาการทุกขเวทนาและจนประกอบกรณีกิจตามปกติไม่ได้เกินกว่ายี่สิบวัน ดังนั้น โจทก์ทั้งสองฎีกาว่า โจทก์ร่วมที่ 2 ได้ถึงแก่ความตายภายหลัง โจทก์ร่วมทั้งสองยื่นอุทธรณ์แล้ว การตายของโจทก์ร่วมที่ 2 เป็นความสัมพันธ์และเป็นผลธรรมดาที่เกิดจากการกระทำของจำเลยย่อมเกิดขึ้นได้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 63 อันมีผลทำให้จำเลยต้องได้รับโทษหนักขึ้นนั้น⁵¹

ผู้ตายและผู้เสียหายทั้งสามถูกกักขังและถูกทำร้ายร่างกายในลักษณะการทรมานอยู่ในห้องพัก เกิดเหตุเป็นระยะเวลาประมาณ 3 เดือน โดยไม่มีทางหลบเลี่ยงให้พ้นจากการถูกทรมานหรือการขอความช่วยเหลือจากผู้อื่นได้ เห็นได้ว่าผู้เสียหายทั้งสามและผู้ตายต้องตกอยู่ในสภาพถูกบีบบังคับทรมานทั้งทางร่างกายและจิตใจอย่างรุนแรงติดต่อกันเป็นเวลานาน การที่ผู้ตายตัดสินใจกระโดดจากห้องพักเพื่อฆ่าตัวตายนั้นอาจเป็นเพราะผู้ตายมีสภาพจิตใจที่เปราะบางกว่าผู้เสียหายอื่นและไม่อาจทนทุกข์ทรมานได้เท่ากับกับผู้เสียหายอื่นจึงได้ตัดสินใจกระทำเช่นนั้นเพื่อให้พ้นจากการต้องทนทุกข์ทรมาน พฤติการณ์ฟังได้ว่าการตายของผู้ตายมีสาเหตุโดยตรงมาจากการถูกทรมานโดยทารุณโหดร้าย⁵²

โครงสร้างข้อ 2 การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด

⁵¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 7262/2554

⁵² คำพิพากษาฎีกาที่ 4904/2548

การกระทำที่ครบ “องค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติตามโครงสร้างข้อที่ 1 หากเป็นการกระทำที่มีกฎหมายยกเว้นความผิด ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดในทางอาญา กฎหมายยกเว้นความผิดมีผลทำให้ผู้กระทำ “ไม่มีความผิด” หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ทำให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ เหตุยกเว้นความผิดทางอาญา เช่น การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 เป็นการกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนเองหรือผู้อื่น ให้พ้นจากภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย เป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงและยังไม่จบสิ้น เป็นกรณีจำต้องกระทำที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงภัยอันตรายได้ และเป็นการกระทำพอสมควรแก่เหตุ

โครงสร้าง ข้อ 3 การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 67 จัดเป็นเหตุยกเว้นโทษ (Excuse) ตามโครงสร้าง ความรับผิดในทางอาญา ซึ่งหมายถึง ผู้กระทำด้วยความจำเป็นนั้นได้กระทำครบองค์ประกอบ ความผิดและไม่มีเหตุยกเว้นความผิด แต่เป็นเรื่องที่กฎหมายไม่ลงโทษ จัดอยู่ในโครงสร้างส่วนที่ 3 ในทางตำราเรียกว่า “ความจำเป็นที่กฎหมายยกเว้นโทษ” (Excusable Necessity) อันแสดงว่าเป็นเรื่องที่ผิดกฎหมายเพราะเป็นการกระทำต่อผู้บริสุทธิ์ (Innocent Necessity) เพียงแต่กฎหมายยกเว้นโทษให้เท่านั้น

กรณีที่มีกฎหมายยกเว้นโทษ⁵³ ให้แก่การกระทำต่าง ๆ ที่เป็นความผิดมีหลายกรณีด้วยกัน⁵⁴ เช่น

1. การกระทำความผิดด้วยความจำเป็น (มาตรา 67) การกระทำความผิดเพราะอยู่ในที่บังคับ หรืออยู่ในภัยอันตรายซึ่งจำเป็นต้องกระทำความผิดเพื่อให้ตนเองรอดพ้นจากที่บังคับหรือภัยอันตราย ถ้าพอสมควรแก่เหตุ ผู้กระทำก็ไม่ควรรับโทษ

2. การกระทำความผิดของผู้มีเมมา (มาตรา 66)

3. การกระทำความผิดของคนวิกลจริต (มาตรา 65)

4. การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ในบางความผิดระหว่างสามีภรรยา (มาตรา 71 วรรคแรก)

นอกจากนั้น กฎหมายยังยกเว้นโทษอื่น ในกรณีที่ความผิดอยู่ในขั้นพยายาม แต่ผู้กระทำยับยั้งหรือกลับใจ (มาตรา 82) หรือเป็นการพยายามทำแท้ง ตามมาตรา 301 และ มาตรา 302 วรรคแรก (ดูมาตรา 304)

⁵³ คำว่า “เหตุอันควรยกเว้นโทษ” เป็นคำที่ใช้ในมาตรา 89 นอกจากนั้นให้ดูมาตรา 62 ซึ่งใช้คำว่า “ข้อเท็จจริงใด ถ้ามีอยู่จริงจะทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ” ป.วิ.อ. มาตรา 185 ใช้คำว่า “มีเหตุตามกฎหมายที่จำเลยไม่ควรต้องรับโทษ”

⁵⁴ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ่างแล้ว เจริงอรรถที่ 45*, น. 91.

ในทางกลับกัน หากการกระทำที่ครบ “องค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติตามโครงสร้างข้อ 1 ไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิดตามโครงสร้างข้อ 2 หรือไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษตามโครงสร้างข้อ 3 ผู้กระทำก็จะต้องรับผิดในทางอาญา และหากการกระทำของบุคคลมีเหตุลดโทษ⁵⁵ ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ บุคคลนั้นก็อาจได้รับการลดโทษถ้าศาลเห็นสมควรที่จะลดโทษให้

กฎหมายนอกจากจะมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความผิดทางอาญาและโทษแล้ว และยังมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับเรื่องข้อเท็จจริงอยู่นอก “โครงสร้างของความผิดทางอาญา” ด้วย บทบัญญัติที่เกี่ยวกับเรื่องข้อเท็จจริงอยู่นอก “โครงสร้างของความผิดทางอาญา” แล้ว ยังมีบทบัญญัติว่าด้วย “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย” (Objective Strafbarkeitung) อีกเรื่องหนึ่งด้วย⁵⁶ ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างความรับผิดอาญาของประเทศเยอรมนี

โครงสร้างความรับผิดทางอาญาของประเทศเยอรมนี⁵⁷ (Structure of crime) ประกอบด้วย สาระสำคัญ 3 ประการ คือ

1. การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ
2. ความผิดกฎหมาย และ
3. ความชั่ว

โครงสร้าง ข้อ 1 การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ

องค์ประกอบของความผิดอาญาโดยทั่วไปแบ่งออกเป็น “องค์ประกอบภายนอก” และ “องค์ประกอบภายใน”

“องค์ประกอบภายนอก” เป็นการพิจารณาองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในความผิดแต่ละฐาน ประกอบด้วย การพิจารณาองค์ประกอบย่อย 4 ส่วน คือ ผู้กระทำ การกระทำ กรรมของการกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล⁵⁸ และในบางกรณีอาจมีส่วนพิเศษอื่นๆ ด้วย

สำหรับ เรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล เป็นการพิจารณาว่าผลที่เกิดขึ้นนั้นมีความสัมพันธ์กับการกระทำอันนั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง การกระทำอันนั้นเป็นเหตุให้ผล

⁵⁵ เพิ่งอ้าง, น. 92.

⁵⁶ คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 35, น. 122.

⁵⁷ คณิต ณ นคร, ประมวลกฎหมายอาญา: หลักกฎหมายและพื้นฐานความเข้าใจ (พิมพ์ครั้งที่ 10), (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2553), น. 249.

⁵⁸ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, หลักกฎหมายอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 5 แก้ไขเพิ่มเติม), (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2551), น. 45.

เกิดขึ้น โดยนักวิชาการนิติศาสตร์ได้อาศัยทฤษฎีในการอธิบายไว้หลายทฤษฎี แต่ทฤษฎีที่ได้รับความนิยม คือ ทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม และทฤษฎีเงื่อนไข⁵⁹

ทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม (The theory of adequate) คือ ทฤษฎีผลธรรมดา มีหลักการว่า เหตุที่ก่อให้เกิดผลที่ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบนั้น หมายความว่าตามประสบการณ์ทั่วไปสามารถทำให้เกิดผลที่ความผิคนั้นต้องการได้ กล่าวคือ มุ่งเฉพาะเงื่อนไขที่เพียงพอเท่านั้น โดยดูเฉพาะเหตุที่ตามความรู้ความชำนาญทำให้เกิดผลได้เท่านั้น ไม่ใช่พิจารณาทุกเหตุ นอกจากนี้ การกระทำและผลที่เกิดขึ้นต้องมีความเกี่ยวพันกันอย่างสมเหตุสมผล (Reasonable connection)

หากผลนั้นทำให้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบนั้น ผู้กระทำต้องรับผิดชอบในผลนั้นก็ต่อเมื่อผลนั้นเป็นผลธรรมดาที่ย่อมเกิดขึ้นได้ และหากผลนั้นมิได้ทำให้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบ แต่เป็นผลที่เกิดจาก “เหตุแทรกแซง” ผู้กระทำต้องรับผิดชอบในผลนั้นก็ต่อเมื่อผลที่เกิดจากเหตุแทรกแซงนั้นเป็นเหตุที่วิญญูชนคาดหมายได้

ทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม คือ ทฤษฎีที่นำมาวินิจฉัยว่า ผลที่เกิดขึ้นนั้นเป็นผลมาจากการกระทำนั้นหรือไม่ หรือมาจากเหตุใดมากกว่ากัน เหตุใดมีความเหมาะสมที่ทำให้เกิดผลนั้นขึ้น ซึ่งแยกพิจารณาเป็น 2 กรณี คือ

ผลธรรมดา หากผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้นเป็นผลธรรมดาที่ย่อมเกิดขึ้นได้จากการกระทำนั้น ผู้กระทำต้องรับผิดชอบในผลนั้นด้วย ทฤษฎีผลธรรมดาอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 63 “ถ้าผลของการกระทำความผิดใดทำให้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบนั้น ผลของการกระทำความผิดนั้นต้องเป็นผลที่ตามธรรมดาที่ย่อมเกิดขึ้นได้” หากผลที่เกิดขึ้นนั้นไม่ใช่ผลธรรมดาที่เกิดขึ้นได้ ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดชอบในผลนั้น เช่น นายแดงใช้ไม้ตีศีรษะของนายดำ นายดำถูกตีหัวแตกและเลือดคั่งในสมองทำให้ถึงแก่ความตายในเวลาต่อมา ปัญหาที่ต้องพิจารณาก็คือ ความตายของนายดำนั้นนายแดงต้องรับผิดชอบหรือไม่ ซึ่งจะเห็นได้ว่า นายแดงมีเจตนาเพียงทำร้ายร่างกายเท่านั้นไม่ได้มีเจตนาทำให้ถึงตาย ดังนั้น นายแดงจะต้องรับผิดชอบในผลนั้นหรือไม่ ต้องพิจารณาตามหลักผลธรรมดาในมาตรา 63 นั้นเอง

เหตุแทรกแซง คือ เหตุที่เกิดขึ้นหลายเหตุและทำให้เกิดผลขึ้น ซึ่งเราจะต้องพิจารณาว่า ในแต่ละเหตุที่เกิดขึ้นนั้นเหตุใดทำให้เกิดผลได้มากกว่ากัน โดยพิจารณาว่า การกระทำที่เกิดขึ้นภายหลังตัดความสัมพันธ์ของการกระทำที่เกิดขึ้นก่อน ๆ หรือไม่ เช่น นายแดงใช้ไม้ตีศีรษะของนายดำ นายดำถูกตีหัวแตกและเลือดคั่งในสมองต้องทำการผ่าตัด แต่แพทย์และพยาบาลที่ผ่าตัดนั้นได้กระทำโดยประมาททำให้นายดำถึงแก่ความตายในเวลาต่อมา ปัญหาที่เราต้องพิจารณาในกรณีนี้ก็คือ ใครต้องรับผิดชอบในผลแห่งความตายของนายดำ ระหว่างนายแดง หรือแพทย์และพยาบาล ซึ่ง

⁵⁹ เห่งอ้าง, น. 46.

ต้องพิจารณาตามหลักเหตุแทรกแซงว่า เหตุที่เกิดขึ้นภายหลังตัดความสัมพันธ์ของเหตุที่เกิดขึ้นก่อนหรือไม่ ดังนั้นหากการกระทำของแพทย์และพยาบาลเป็นเหตุที่ทำให้นายคำตายมากกว่าการกระทำของนายแดง นายแดงก็ไม่ต้องรับผิดชอบในผลแห่งความตาย เป็นต้น

ทฤษฎีเงื่อนไข (The condition theory) มีหลักการว่า การกระทำในทุกกรณีย่อมถือว่าเป็นเหตุที่ทำให้เกิดผล กล่าวคือ ถ้าหากไม่มีการกระทำนั้น ๆ แล้ว ผลก็จะไม่เกิดขึ้น (Condition sine qua non) ถือว่าผลเกิดจากการกระทำอันนั้น แม้ว่าผลจะเกิดจากการกระทำอันอื่น ๆ ด้วยก็ตาม ในทางตรงกันข้ามหากไม่มีการกระทำอันหนึ่งแล้ว ผลก็ยังเกิดขึ้นอยู่ตนเอง ก็ถือว่าผลเกิดจากการกระทำอันใดอันหนึ่งนั้นก็ได้อีก

ทฤษฎีเงื่อนไข จะนำมาใช้เพื่อพิจารณาว่าผลที่เกิดขึ้นมีความสัมพันธ์กับการกระทำหรือไม่ หากผลนั้นเกิดขึ้นจากการกระทำนั้นผู้กระทำต้องรับผิดชอบในผลที่เกิดขึ้น เช่น นายหนึ่งวิ่งจะเอาไม้ไล่ฟันนายสอง นายสองวิ่งหนีด้วยความกลัวจึงกระโดดลงไปน้ำ จนจมน้ำตาย นายหนึ่งต้องรับผิดชอบในผลแห่งความตายหรือไม่ต้องพิจารณาว่า หากนายหนึ่งไม่วิ่งไล่ฟันนายสอง นายสองจะจมน้ำตายหรือไม่ หากปรากฏว่าหากนายหนึ่งไม่วิ่งไล่ฟันนายสอง นายสองคงไม่จมน้ำตาย แสดงว่านายสองตายเพราะการกระทำของนายหนึ่ง ดังนั้นการตายของนายสองจึงเป็นผลโดยตรงตาม “ทฤษฎีเงื่อนไข” นายหนึ่งจึงต้องรับผิดชอบในผลแห่งความตายของนายสอง

“องค์ประกอบภายใน” ประกอบด้วย เจตนา ประมาท มูลเหตุชกจูงใจ และองค์ประกอบภายในอื่น เช่น การไตร่ตรองไว้ก่อน เป็นต้น

เจตนา ของผู้กระทำประกอบด้วย

- (1) เจตนา (เจตนารรรมดา คือ ประสงค์ต่อผล หรือเล็งเห็นผล)
- (2) เจตนาพิเศษ คือ โดยทุจริต

ความหมายของเจตนา

การพิจารณาความหมายของคำว่าเจตนา เราสามารถศึกษาได้จากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสองและวรรคสาม⁶⁰

เราสามารถให้ความหมายของคำว่าเจตนาได้ดังนี้ คือ “เจตนา” หมายถึง การกระทำที่ผู้กระทำกระทำไปโดยรู้สำนึกในการที่กระทำ และรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด และผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น

เจตนาประสงค์ต่อผล

คำว่า “ประสงค์ต่อผล” หมายถึง ความประสงค์ที่จะให้เกิดผลขึ้นตามที่ตั้งใจนั้นโดยตรง กล่าวคือ ผู้กระทำได้กระทำโดยมุ่งหมายหรือมีความต้องการที่จะให้ความผิดเกิดขึ้น⁶¹ เช่น

⁶⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59

ก. ใช้ปืนยิง ข. โดยมีความมุ่งหมายที่จะฆ่า ข. ให้ตาย แสดงว่า ก. มุ่งหมายความตายของ ข. ให้เกิดขึ้นจากการใช้ปืนยิง ข. สำหรับความมุ่งหมายที่จะให้เกิดผลนี้ไม่จำเป็นต้องเฉพาะเจาะจงลงไปว่ามุ่งหมายต่อผู้ใดเท่านั้น แต่อาจเป็นความมุ่งหมายเป็นการทั่วไปที่จะให้ความผิดเกิดขึ้น เช่น ตำรวจใช้อาวุธปืนยิงไปยังกลุ่มผู้ชุมนุมเพื่อให้เกิดความตายของบุคคลเกิดขึ้น โดยมุ่งหวังให้เกิดการแตกตื่นและการจลาจล ก็ถือเป็นการฆ่าคนตายโดยเจตนาแล้ว⁶²

เจตนาย่อมเล็งเห็นผล

เราพิจารณาจาก “จิตใจของผู้กระทำ” เป็นสำคัญ เจตนาย่อมเล็งเห็นผลนั้น ผลที่คาดเห็นว่าจะเกิดขึ้นไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้นทีเดียว เพียงแต่อาจเป็นไปได้ก็พอแล้ว ทฤษฎีที่ใช้อธิบายเรื่องนี้แบ่งออกเป็น 3 ทฤษฎี คือ

ทฤษฎีที่ 1 ถือว่า ถ้าผู้กระทำได้เล็งเห็นล่วงหน้าแล้วว่าผลอาจเกิดขึ้นได้และยังчинทำลงไป ถือว่าผู้กระทำมีเจตนาย่อมเล็งเห็นผล ทฤษฎีนี้เรียกว่า Wahrscheinlichkeitstheorie (ทฤษฎีความน่าจะเป็น)

ทฤษฎีที่ 2 ถือว่า ถ้าผู้กระทำได้เล็งเห็นล่วงหน้าแล้วและกระทำไปโดยเต็มใจรับเอาผล เช่นว่านั้น กล่าวคือ เป็นกรณีที่คาดว่าถ้าผลเกิดก็จะยอมรับผลที่เกิดขึ้นไว้ก่อนแล้ว ทฤษฎีนี้เรียกว่า Einwilligungstheorie (ทฤษฎีได้รับความยินยอม)

ทฤษฎีที่ 3 ถือว่า ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องเต็มใจรับเอาผลล่วงหน้า แต่ไม่สนใจยคิดต่อผลที่เกิดขึ้น (frivole Gleichgultigkeit)

“การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” นี้ อาจครบเพียงในชั้นพยายามกระทำ ความผิด หรือครบในชั้นเตรียมกระทำ ความผิดในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดในการกระทำในชั้นเตรียมกระทำ ความผิด

โครงสร้าง ข้อ 2 ความผิดกฎหมาย

การกระทำจะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อกรณีไม่มี “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” ในการพิจารณาการกระทำใดการกระทำหนึ่งต่อไปเมื่อเป็น “การกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” แล้ว ก็คือ ต้องพิจารณาว่ามี “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” หรือไม่นั่นเอง

เหตุที่ทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด แบ่งการพิจารณาออกเป็น 3 เรื่อง คือ จารีตประเพณี ความยินยอมของผู้ถูกระทำ และกรณีที่มิบบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจไว้

⁶¹ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, *อ้างแล้ว เจริญธรรม* ที่ 58, น. 57.

⁶² หยุด แสงอุทัย, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 5), (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), น. 356-357 อ้างใน แสวง บุญเฉลิมวิภาส, *อ้างแล้ว เจริญธรรม* ที่ 58, น. 57.

1. จารีตประเพณี แม้จะไม่มีบทบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็ยังนำมาใช้อ้างได้ในบางกรณี ในเรื่องความรับผิดชอบทางอาญานั้น จารีตประเพณีจะนำมาใช้ได้ก็เฉพาะแต่การช่วยให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดเท่านั้น ไม่สามารถนำมาใช้เพื่อลงโทษผู้กระทำผิดได้

2. ความยินยอมของผู้ถูกระทำ ในบางเรื่องของความยินยอมของผู้ถูกระทำอาจทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดตามกฎหมายได้

การพิจารณาเรื่องความยินยอมนี้ จะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีมิใช่จะเป็นเหตุที่จะให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดไปเสียทั้งหมด ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักวัตถุประสงค์ของกฎหมาย กฎหมายใดที่มีวัตถุประสงค์เป็นการคุ้มครองประโยชน์ส่วนบุคคล บุคคลย่อมอ้างเรื่องความยินยอมมาแก้ตัวได้ แต่ถ้ากฎหมายใดที่มีวัตถุประสงค์เป็นคุ้มครองประโยชน์ของส่วนรวมอยู่ด้วย การกระทำที่จะสามารถอ้างเรื่องความยินยอมมาแก้ตัวได้ การกระทำนั้นจะต้องไม่ฝ่าฝืนต่อศีลธรรมอันดี

3. กรณีที่มีบทบัญญัติของกฎหมายให้อ่านใจไว้

การกระทำใดที่มีกฎหมายให้อ่านใจไว้ หากกระทำแล้วไม่เป็นความผิดการกระทำนั้นก็จะไม่เป็นความผิดตามกฎหมาย ตัวอย่างเช่น⁶³ “ผู้ใดจักต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตนเองหรือของผู้อื่นให้พ้นจากอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย.....”

โครงสร้าง ข้อ 3 ความชั่ว

“ความชั่ว” เป็นเรื่องของ “ความรู้ผิดชอบ” บุคคลที่จะสามารถมีความรู้ผิดชอบโดยปกติคือ ผู้ที่เป็นผู้ใหญ่แล้ว

การพิจารณาถึงตัวผู้กระทำจะพิจารณาว่าบุคคลนั้นได้กระทำลงไปโดยมีความรู้ผิดชอบหรือไม่ หรือสิ่งที่เขากระทำลงไปเป็นสิ่งที่สังคมจะตำหนิได้หรือไม่ หากสิ่งที่เขากระทำลงไปเกิดจากความไม่รู้ผิดชอบ กฎหมายจะยกเว้นโทษให้ โดยถือว่าบุคคลนั้นไม่มีความชั่ว (Schuld) ความไม่รู้ผิดชอบของบุคคลเกิดขึ้นจากความบกพร่องหลายลักษณะ เช่น ความบกพร่องเรื่องอายุ ความบกพร่องเรื่องจิตของผู้กระทำ ความบกพร่องเรื่องความรู้ข้อผิดถูก⁶⁴

1. ความบกพร่องเรื่องอายุ

ในทางวิชาการถือว่าอายุของบุคคลมีผลต่อความรู้ผิดชอบ บุคคลที่มีอายุน้อยจะมีความรู้ผิดชอบจำกัดกว่าบุคคลที่มีอายุมาก ในทางกฎหมายจึงใช้เรื่องอายุเป็นสิ่งที่กำหนดความบกพร่องในการที่จะถือเป็นความผิดตามกฎหมายอาญา โดยมีแนวคิดว่าบุคคลผู้กระทำผิดที่มีอายุน้อย มีความรู้

⁶³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68

⁶⁴ โกเมศ ขวัญเมือง, กฎหมายอาญาชั้นสูง, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2550), น. 15.

ผิดชอบอย่างจำกัด เมื่อกระทำ กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดกฎหมายจึงไม่เอาโทษเพราะถือว่าขาดความชั่ว⁶⁵

2. ความบกพร่องเรื่องจิตของผู้กระทำ

กรณีบุคคลผู้กระทำความผิดในขณะที่ไม่รู้ผิดชอบเพราะมีจิตบกพร่อง โรครจิต หรือจิตฟั่นเฟือน กฎหมายจะไม่เอาโทษ หรือยกเว้นโทษให้แก่บุคคลนั้น โดยมีแนวคิดว่าคุณคนผู้กระทำผิดที่มีจิตบกพร่อง โรครจิต หรือจิตฟั่นเฟือน ไม่มีความรู้ผิดชอบในสิ่งที่ตนกระทำลงไป เมื่อกระทำ กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดกฎหมายจึงไม่เอาโทษเพราะถือว่าไม่มีความชั่วทางจิต ดังเช่น ผู้ใดกระทำความผิด ในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบหรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ เพราะมีจิตบกพร่อง โรครจิต หรือจิตฟั่นเฟือน⁶⁶

แต่ถ้าผู้กระทำยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง หรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง ผู้นั้นต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น แต่ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้

3. ความบกพร่องเรื่องความไม่รู้ข้อผิดถูก

บางกรณี ผู้กระทำไม่อาจรู้ข้อผิดถูกของการกระทำนั้น กฎหมายก็ไม่เอาผิดหรือยกเว้นโทษให้ ดังเช่น ผู้ใดกระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน แม้คำสั่งนั้นจะมีชอบด้วยกฎหมาย ถ้าผู้กระทำมีหน้าที่หรือเชื่อโดยสุจริตว่ามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม⁶⁷

“ความชั่ว” ของบุคคลอาจเป็นกรณีใดกรณีหนึ่ง คือ “ไม่มีความชั่วเลย”⁶⁸ มีความชั่วอย่างจำกัด⁶⁹ และมีความชั่วที่บริบูรณ์⁷⁰

“ความชั่ว” เป็นองค์สำคัญของความผิดอาญา และตามที่กล่าวมาแล้วว่าผู้ที่จะถูกดำเนินคดีหรือมีความชั่วนั้น จะต้องเป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้น นิติบุคคลไม่มีชีวิตจิตใจจึงไม่อาจมีความรู้ผิดชอบ นิติบุคคลจึงมีความชั่วไม่ได้

แม้การกระทำใดการกระทำหนึ่งจะครบถ้วนด้วยข้อสาระสำคัญทั้งสามประการ กล่าวคือ เป็นการกระทำที่มี “การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” เป็นการกระทำที่มี

⁶⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 73 และ มาตรา 74

⁶⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65

⁶⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 70

⁶⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65 มาตรา 73 มาตรา 74 มาตรา 67

⁶⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 มาตรา 75

⁷⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 76

“ความผิดกฎหมาย” และเป็นการกระทำที่มี “ความชั่ว” แล้ว แต่ในการกระทำนั้นอาจยังมีข้อเท็จจริง บางอย่างที่กฎหมายบัญญัติไว้และเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอก “โครงสร้างของความผิดอาญา”

ข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญา มี 2 ประการ⁷¹ คือ

1. เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว

ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับตัวผู้กระทำที่กฎหมายเห็นว่าเนื่องจากการมีอยู่แล้ว ของข้อเท็จจริงนั้นก่อนการกระทำความผิด หรือการเกิดขึ้นของข้อเท็จจริงนั้น ในภายหลังการ กระทำความผิด กรณีไม่สมควรลงโทษผู้กระทำเลยทีเดียว หรือสมควรลดโทษให้ผู้กระทำ กฎหมาย จึงได้บัญญัติ “เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว” หรือ “เหตุผลโทษให้เฉพาะตัว” ผู้กระทำไว้

การลดโทษให้กรณีมี “เหตุผลโทษให้เฉพาะตัว” ก็คือ การยกโทษให้อย่างหนึ่ง กล่าวคือ ยกเว้นโทษให้บางส่วน ฉะนั้น เหตุยกโทษเฉพาะตัวหรือเหตุผลโทษเฉพาะตัวจึงอาจเรียกรวม ๆ ว่า เป็น “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว”

การบัญญัติ “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” เกิดขึ้นจากเหตุผลที่อยู่นอกเหนือเหตุผลของ “โครงสร้างของความผิดอาญา” “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” จึงหมายความว่า ข้อเท็จจริงที่อยู่นอก โครงสร้างความรับผิดอาญา และเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำผิดโดยตรงเป็นการเฉพาะตัว

“เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” มี 2 ประเภท คือ

(1) เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว กล่าวคือ กรณีที่เป็นบทบัญญัติที่กล่าวถึงการมีอยู่แล้วของ ข้อเท็จจริงนั้นก่อนการกระทำความผิด ไม่ได้ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบที่กฎหมาย บัญญัติ หรือความผิดกฎหมาย หรือความชั่วของผู้กระทำความผิด แม้การกระทำของผู้กระทำจะ ครบข้อสาระสำคัญ ทั้ง 3 ประการแล้วก็ตาม กฎหมายก็อาจไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น โดย กฎหมายยกโทษให้ผู้กระทำความผิดทั้งหมด หรือกฎหมายจะลดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิด โดย ลงโทษแต่ไม่เต็มตามระวางโทษนั้น คือ ห้ามลงโทษเต็มอัตราโทษนั้น เนื่องจากเหตุผลในทาง นโยบายในทางอาญา จึงทำให้เหตุผลในการลงโทษผู้กระทำความผิดตกไป เช่น กรณีการเป็นสามี ภรรยาของผู้กระทำกับผู้เสียหายตามมาตรา 71 ตัวอย่างเช่น หากสามีร่วมกับผู้อื่นลักทรัพย์ภรรยา สามีเท่านั้นที่ไม่ต้องรับโทษ แต่ผู้อื่นที่ร่วมกับสามีต้องรับโทษตามกฎหมาย การเป็นสามีภรรยาจึง เป็นข้อเท็จจริงเฉพาะตัว ซึ่งเป็น “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” กรณีนี้เรียกขานในทางดำรว่า “เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว” (personlicher Strafausschliessungsgrund)

(2) เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว กรณีที่เป็นบทบัญญัติที่บัญญัติขึ้นเพราะเห็นว่าข้อเท็จจริงที่ เกิดขึ้นภายหลังการกระทำความผิดทำให้ไม่สมควรลงโทษผู้กระทำ ไม่ได้ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงอัน เป็นองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ หรือความผิดกฎหมาย หรือความชั่วของผู้กระทำความผิด แม้

⁷¹ คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 35, น. 252.

การกระทำของผู้กระทำจะครบข้อสาระสำคัญ ทั้ง 3 ประการแล้วก็ตาม กฎหมายก็อาจไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น โดยกฎหมายจะยกโทษให้ทั้งหมด หรือลดโทษให้โดยลงโทษแต่ไม่เต็มตามระวางโทษนั้น คือ ห้ามลงโทษเต็มอัตราโทษเท่านั้นเอง เนื่องจากการทำความผิดของผู้กระทำความผิดประกอบกับเหตุผลในทางนโยบายในทางอาญา จึงทำให้ความสามารถลงโทษที่มีอยู่เดิมไม่มีอีกต่อไป เช่น การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 82 ยกตัวอย่าง เช่น

การถอนตัวจากการกระทำความผิดที่สำเร็จแล้ว “เป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” กระทำซ้ำเรา ตามมาตรา 277 วรรคแรก ถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีบริบูรณ์ โดยเด็กนั้นยินยอม และภายหลังนั้นศาลอนุญาตให้ทั้งสองฝ่ายนั้นสมรสกัน ผู้กระทำความผิดนั้นไม่ต้องรับโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคท้าย จึงเป็น “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” ประเภท “เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว” ซึ่งกฎหมายไม่ลงโทษเลย เนื่องจากกฎหมายคำนึงถึงความสำคัญของสถาบันครอบครัวที่เป็นสถาบันในทางสังคม “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” ประเภทหลังนี้ เรียกขานในทางตำราว่า “เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว” (personlicher Strafaufhebungsgrund)

โดยที่ “เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว” และ “เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว” เป็นข้อเท็จจริงที่อยู่ นอกโครงสร้างของความผิดอาญา การลงโทษผู้กระทำจึงขึ้นอยู่กับกรณีของเหตุดังกล่าวเท่านั้น ฉะนั้น แม้ผู้กระทำจะไม่รู้ข้อเท็จจริงในส่วนนี้ถึงลงโทษผู้กระทำได้ เช่น ผู้กระทำไม่รู้ว่าทรัพย์สินที่ตนเองลักเป็นของภริยา แต่สำคัญผิดว่าเป็นของผู้อื่น (มิใช่ภริยาตน) ผู้กระทำก็ได้รับการยกเว้นโทษ ในทางกลับกันถ้าผู้กระทำเข้าใจ (สำคัญผิด) ว่าทรัพย์สินที่ตนลักเป็นของภริยา แต่ความเป็นจริงเป็นของผู้อื่น (มิใช่ภริยาตน) ผู้กระทำก็ต้องถูกลงโทษ

เหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว

การลงโทษผู้กระทำความผิดในทางนิติบัญญัติกระทำได้ 2 ทาง

แนวทางแรก การบัญญัติเป็นฐานความผิดเป็นการเฉพาะ

แนวทางสอง การบัญญัติให้เป็นเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว

การลงโทษผู้กระทำความผิดทางเพศให้หนักขึ้น ตามมาตรา 285 ก็เป็นเรื่องเฉพาะตัวกรณีดังกล่าวนี้จึงเป็น “เหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว” ซึ่งข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวก็เป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญาเช่นเดียวกัน

ผลทางกฎหมายของเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวและเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว

โดยที่ “เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว” และ “เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว” ต่างเป็นเหตุเฉพาะตัวเฉพาะบุคคล จะนำเหตุนั้นไปปรับใช้แก่ผู้กระทำความผิดคนอื่นในการกระทำความผิดนั้นด้วยไม่ได้⁷²

เช่น นายหนึ่งร่วมกับนายสองลักทรัพย์นางสามภริยาตน นายหนึ่งเท่านั้นได้รับยกเว้นโทษตามมาตรา 71 ส่วนนายสองไม่ได้รับการยกเว้นโทษ

2.5.2 ความหมายของเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย⁷³

“เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย” (Objective Bedingung der Strafbarkeit) คือ ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการกระทำที่เป็นความผิดทางอาญานั้น แต่ไม่ใช่ข้อสาระสำคัญทั้งสามประการของความผิดอาญา เป็นข้อเท็จจริงที่ไม่เกี่ยวข้องกับเจตนาและประมาท

ข้อเท็จจริงแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยนี้เป็นสิ่งจำเป็นที่ต้องมี มิฉะนั้นแล้วจะลงโทษผู้กระทำความผิดในกรณีนั้นไม่ได้

การบัญญัติความผิดฐานต่าง ๆ คือ การประมวลองค์ประกอบเข้าด้วยกัน โดยทั่วไป ถ้อยคำในกฎหมาย ก็คือ องค์ประกอบนั่นเอง อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีถ้อยคำของกฎหมายที่ระบุไว้ค้นหาข้อองค์ประกอบไม่ กล่าวคือ มิใช่องค์ประกอบภายนอกเป็นต้นว่า คำว่า “ซึ่งมีสัมพันธไมตรี” ในมาตรา 130 หรือคำว่า “ในการปฏิบัติกรตามหน้าที่” ในมาตรา 138 ข้อเท็จจริงที่ยกมาเป็นตัวอย่างนี้มีใช่ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด แต่เป็น “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย” และอยู่นอกเหนือเจตนา หรือประมาท กล่าวคือ ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรู้ถึง “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย” แต่ผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด⁷⁴ ผลก็คือว่า ตามตัวอย่างที่กล่าวมา ผู้กระทำมีความผิดฐานทำร้ายร่างกายประมุขรัฐต่างประเทศ แม้ผู้กระทำจะไม่รู้ข้อเท็จจริงเรื่องสัมพันธไมตรี และผู้กระทำมีความผิดฐานต่อผู้จัดขวางเจ้าพนักงานนั้นปฏิบัติกรตามหน้าที่”

“เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย” ตามตัวอย่างที่กล่าวมาข้างต้นเป็น “**เงื่อนไขแห่งการลงโทษในทางภาวะวิสัยที่เป็นการจำกัดการลงโทษ**”

อย่างไรก็ตาม กรณียังมี “เงื่อนไขแห่งการลงโทษในทางภาวะวิสัย” อีกอย่างหนึ่งที่เป็นเงื่อนไขเป็นการเพิ่มโทษ ตัวอย่างเช่น ในความผิดฐานปล้นทรัพย์ตามมาตรา 340 วรรคสอง ที่กฎหมายบัญญัติว่า

⁷² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 89

⁷³ คณิต ฒ นคร, *อ้างแล้ว เจริญธรรม* ที่ 35, น. 122-124.

⁷⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59

“ถ้าในการปล้นทรัพย์ผู้กระทำความผิดแม้คนหนึ่งคนใดมีอาวุธติดตัวไปด้วย ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบสองปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สองแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท”

ดังนั้น การมีอาวุธติดตัวไปในการปล้นทรัพย์เป็น “เงื่อนไขแห่งการลงโทษในทางภาวะวิสัยที่เป็นการเพิ่มโทษ” กล่าวคือ แม้ผู้กระทำความผิดคนอื่นจะไม่ว่าพวกของตนมีอาวุธติดตัวไปด้วยก็ต้องถูกลงโทษหนักตาม มาตรา 340 วรรคสองทุกคน⁷⁵

จากตัวอย่างที่ยกมาดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยเป็นข้อเท็จจริงที่ส่วนหนึ่งมีลักษณะพิเศษเฉพาะตัว ในขณะที่เดียวกันก็เป็นข้อเท็จจริงที่ส่วนหนึ่งมีลักษณะใกล้เคียงอันเป็นองค์ประกอบความผิด แต่เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยจะเป็นข้อเท็จจริงที่มีลักษณะอย่างไร ต่างก็ตกอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ทางกฎหมายอย่างเดียวกัน คือ ปัญหาการลงโทษได้หรือไม่ขึ้นอยู่กับเครื่องมืออยู่ของเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยโดยไม่เกี่ยวข้องกับเจตนาหรือประมาทแต่อย่างใด กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดจะต้องถูกลงโทษสำหรับการกระทำนั้น ถ้าในกรณีนั้นมีเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย ถึงแม้ว่าผู้กระทำความผิดจะไม่รู้หรือไม่อาจคาดหมายได้ว่าจะมีเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยนั้นก็ตาม

หากพิจารณาบทบัญญัติเกี่ยวกับเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยจากจุดมุ่งหมายของเงื่อนไขแห่งการลงโทษเองแล้วสามารถแบ่งประเภทของเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยออกได้เป็นสองประเภท คือ

1. เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่เป็นข้อจำกัดในการลงโทษ และ
2. เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่เป็นเหตุเพิ่มโทษให้หนักขึ้น

เงื่อนไขแห่งการลงโทษประเภทแรกบัญญัติขึ้นโดยมีจุดมุ่งหมายที่จะทำให้เป็นข้อจำกัดในการลงโทษสำหรับการกระทำความผิด กล่าวคือ จะลงโทษผู้กระทำความผิดได้จะต้องมีเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย เช่น กรณีตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 131 เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่เป็นเหตุจำกัดในการลงโทษในทางตำราเรียกว่า “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่แท้” (echte objective Strafbarkeitsbedingung)

เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยอีกประเภทหนึ่งบัญญัติขึ้นโดยมีจุดมุ่งหมายที่จะให้เป็นเหตุเพิ่มโทษให้หนักขึ้นสำหรับการกระทำความผิด เช่น กรณีตามมาตรา 340 วรรคสองหรือบัญญัติขึ้นโดยมีจุดมุ่งหมายที่จะให้เป็นเหตุที่จะลงโทษกัน เช่น กรณีตามมาตรา 330 เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยประเภทหลังนี้ในเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับความสมควรลงโทษของความผิดอาญา แต่ในรูปแบบจะแสดงออกถึงความเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย ทั้งนี้เพราะกฎหมายที่ไม่ประสงค์ที่จะให้เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยไปเกี่ยวข้องกับเจตนา

⁷⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 980/2519 : เมื่อจำเลยที่ 1 มีอาวุธ (ผิด)

และประมาท เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยประเภทดังกล่าวนี้เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย ที่ในทางตำราเรียกว่า “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่ไม่แท้” (unechte objective Strafbarkeitsbedingung)

(1) เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่แท้

เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่แท้ เป็นเงื่อนไขที่มีข้อจำกัดในการลงโทษโดยจะลงโทษผู้กระทำความผิดได้นั้นต้องมี “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย”

กฎหมายได้บัญญัติเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่แท้ไว้หลายกรณี เป็นต้นว่า กรณีเกี่ยวกับการคุ้มครองสัมพันธภาพกับต่างประเทศและตามหลักต่างตอบแทน, กรณีเกี่ยวกับการคุ้มครองความดีความชอบในอำนาจรัฐ, กรณีเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สิน เช่น ในความผิดฐานรับของโจร ตามมาตรา 357 วรรคหนึ่ง

(2) เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่ไม่แท้

เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยไม่แท้ มีจุดมุ่งหมาย ที่จะเป็เหตุให้ลงโทษกัน

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 340 วรรคสอง บัญญัติว่า “ถ้าในการปล้นทรัพย์ผู้กระทำความผิดแม้คนหนึ่งคนใดมีอาวุธติดตัวไปด้วย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบสองปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สองแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท”

เกี่ยวกับมาตรา 340 วรรคสองนี้ ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย กล่าวว่า ผู้มีอาวุธติดตัว ต้องมีเจตนา มีอาวุธติดตัวไปด้วย สำหรับผู้ปล้นคนอื่นต้องรับโทษสูงขึ้นตาม (แม้จะไม่มีเจตนาก็ตาม)⁷⁶

ความเห็นนอกจากนี้จะไม่สอดคล้องกับความเห็นในทางตำราแล้ว ยังเป็นความเห็นที่ขัดแย้งกันเองในตัวอีกด้วย กล่าวคือ ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย เห็นว่าการมีอาวุธติดตัว เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด แต่ในขณะที่เดียวกันก็เห็นว่าเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย

เมื่อการมีอาวุธติดตัวเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยแล้วก็ย่อมไม่ใช่ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด และเมื่อไม่ใช่ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดก็ไม่อาจกล่าวถึงเจตนาได้ กล่าวคือ ผู้มีอาวุธติดตัวจะรู้ถึงข้อเท็จจริงส่วนนี้หรือไม่เป็นข้อเท็จจริง

ดังกล่าวนั้นแล้วว่าเงื่อนไขแห่งการลงโทษ แต่ในขณะที่เดียวกันเห็นว่าเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่มาแท้ในเนื้อหาจะเกี่ยวพันกับความสมควรลงโทษของความผิดทาง

⁷⁶ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3 (พิมพ์ครั้งที่ 7), (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), น. 300.

อาญา คือ เกี่ยวพันกับโครงสร้างของความผิดอาญา แต่ในรูปแบบแสดงออกถึงความเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย โดยเหตุที่เงื่อนไขแห่งการลงโทษที่เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่ไม่แท้ กฎหมายจึงเรียกสิ่งนี้ว่า “เหตุลักษณะคดี”

เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่ไม่แท้มีน้อยมาก เมื่อเทียบกับเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่แท้จริง

ดังกล่าวมาแล้วตามมาตรา 330 เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่ไม่แท้ และเป็นเหตุที่เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษในคดีหมิ่นประมาท เพราะน้ำหนักของความผิดฐานหมิ่นประมาทอยู่ที่ความเป็นเท็จของข้อเท็จจริง กฎหมายจึงได้กำหนดหน้าที่ไว้ให้ผู้กระทำผิดต้องพิสูจน์ความจริง ซึ่งหากพิสูจน์ไม่ได้ก็ย่อมจะต้องถูกลงโทษ ฉะนั้น ความเป็นจริงจึงเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย⁷⁷

การบังคับใช้เงื่อนไขทางภาวะวิสัย ดังกล่าวมาแล้วว่าเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญา การลงโทษผู้กระทำความผิดและผู้ร่วมกระทำความผิดได้หรือไม่จึงขึ้นอยู่กับว่าในกรณีใดกรณีหนึ่งนั้นมีเงื่อนไขแห่งการลงโทษในทางภาวะวิสัยหรือไม่ ถ้าไม่มีก็ไม่สามารถลงโทษได้

โดยที่เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยไม่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ฉะนั้น เจตนาหรือประมาทจึงไม่มีความสำคัญต่อการพิจารณาเรื่องการลงโทษ

ความสำคัญผิดเกี่ยวกับเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยไม่มีผลใด ๆ ตามกฎหมาย ในกรณีของเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่ไม่แท้ก็ต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่ว่าเงื่อนไขแห่งการลงโทษไม่อยู่ในองค์ประกอบความผิด ทั้งนี้ เพราะกฎหมายประสงค์ที่จะให้เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยเกี่ยวข้องกับเจตนาหรือประมาท

เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของ มาตรา 2 และเมื่อเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยเป็นกฎหมายอาญาสารบัญญัติ จึงต้องนำหลัก “ยกประโยชน์แห่งความสงสัย” (in dubio pro reo) มาใช้กับผู้กระทำความผิดด้วย หรือเรียกว่า “หลักการพิสูจน์จนสิ้นสงสัย” ดังนั้น หากสงสัยว่ากรณีใดกรณีหนึ่งมีเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยหรือไม่ ต้องถือว่ากรณีนั้นมีเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย

2.5.3 ความแตกต่างของเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยกับเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว

“เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย” แตกต่างจาก “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” ในข้อที่ว่า เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับผู้กระทำความผิด แต่เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการกระทำความผิด เงื่อนไขแห่ง

⁷⁷ คณิต ณ นคร, อ้างแล้ว เชนอรรถที่ 35, น. 128.

การลงโทษทางภาวะวิสัยจึงใช้กับผู้กระทำความผิดทุกคน แต่เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวใช้ได้กับผู้กระทำความผิดคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะเท่านั้น

2.5.4 เจื่อนใจแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยกับความผิดที่ผู้กระทำได้รับโทษหนักขึ้นเนื่องจากผล

จากตัวอย่างของเจื่อนใจแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย ตามมาตรา 340 วรรคสอง จะเห็นได้ว่าการมีเจื่อนใจแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยทำให้ผู้กระทำความผิดทุกคนได้รับโทษหนักทำนองเดียวกันกับการลงโทษผู้กระทำความผิดใน “ความคิดที่ผู้กระทำได้รับโทษหนักขึ้นเนื่องจากผล” (erfolgsqualifiziertes Delikt) เช่น ความผิดมาตรา 290 อย่างไรก็ตาม การลงโทษหนักทั้งสองกรณีมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ การลงโทษกรณีความผิดที่ผู้กระทำได้รับโทษหนักขึ้นเนื่องมาจากผลนั้นจะลงโทษได้ก็ต่อเมื่ออย่างน้อยผู้กระทำความผิดประมาท และการกระทำนั้นเป็นเหตุให้เกิดผลนั้นขึ้น เพราะทฤษฎีผลธรรมดาตามมาตรา 63 ผลที่ต้องรับผิด คือ ผลที่ผู้กระทำอย่างน้อยประมาท

แต่การลงโทษหนักกรณีเจื่อนใจแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยไม่เกี่ยวข้องกับการประมาทของผู้กระทำความผิดแต่อย่างใด

2.6 หลักสากลในการคุ้มครองเด็ก

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child: CRC) เป็นสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ได้รับความนิยมชมชอบมากที่สุดในโลก โดยทุกประเทศในโลกได้ให้สัตยาบัน ยกเว้นประเทศโซมาเลีย ชูดานใต้ และสหรัฐอเมริกา

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

นอกจากนั้น ประเทศไทยได้เข้าร่วมและลงนามในข้อตกลงระดับโลกและระดับภูมิภาคเอเชียแปซิฟิกที่เกี่ยวกับเรื่องเด็กหลายเรื่อง ได้แก่ การประชุมสมัชชาแห่งชาติสมัชชาพิเศษ ระหว่างวันที่ 8-10 พฤษภาคม 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

ด้านการส่งเสริมคุณภาพชีวิต ด้านการจัดการศึกษาที่มีคุณภาพ ด้านการปกป้องเด็กจากการถูกละเมิด หรือแสวงหาประโยชน์ความรุนแรง และด้านการต่อต้านเอชไอวี/เอดส์⁷⁸

การให้ความคุ้มครองเด็ก ในเรื่องการแสวงหาประโยชน์เกี่ยวกับสิ่งลามก ในระหว่างประเทศได้มีแนวทางการคุ้มครองเด็ก อันเป็นแนวทางที่ประเทศภาคีต้องนำไปปฏิบัติ ดังปรากฏในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กขององค์การสหประชาชาติ ปี 1989 ตามข้อ 34 ดังนี้

ข้อ 34 “รัฐภาคีรับที่จะคุ้มครองเด็กจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศ และการกระทำทางเพศที่มีขบทุกรูปแบบ เพื่อการนี้รัฐภาคีจะดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวง ทั้งมาตรการภายในประเทศและมาตรการทวิภาคีและพหุภาคีเพื่อป้องกัน

(ก) การชักจูง หรือบีบบังคับขู่เข็ญเด็กให้มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศใดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(ข) การแสวงหาประโยชน์จากเด็กในการค้าประเวณี หรือการกระทำอื่นที่เกี่ยวกับเพศที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(ค) การแสวงหาประโยชน์จากเด็กในการแสดงลามกอนาจาร และที่เกี่ยวกับสิ่งลามกอนาจาร⁷⁹

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้กำหนดเป็นมาตรฐานทางกฎหมายสำหรับการคุ้มครองเด็กจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศ โดยเฉพาะในเรื่องสิ่งลามกในข้อ 34 (ค) ที่ป้องกันไม่ให้มีการใช้เด็กไม่ว่าจะด้วยวิธีการใด ๆ ที่เป็นการแสดงให้เห็นถึงการแสวงหาประโยชน์โดยการนำเด็กเข้าไปเป็นผู้แสดงในการผลิตสิ่งลามก และจะต้องไม่มีการนำสิ่งลามกเด็กออกเผยแพร่ไม่ว่าจะด้วยวิธีการใด ๆ ตลอดจนจะต้องไม่มีการจำหน่ายหรือเผยแพร่สิ่งลามกแก่เด็ก และกรณีนำที่จะรวมไปถึงการเผยแพร่สิ่งลามกทางอินเทอร์เน็ต

⁷⁸ คณะกรรมการสิทธิเด็กแห่งสหประชาชาติ, รายงานผลการดำเนินงานของประเทศไทยตามพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่อง การค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็ก และสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก และ เรื่อง ความเกี่ยวพันของเด็กในความขัดแย้งกันด้วยอาวุธ / คณะอนุกรรมการ เรื่อง “สิทธิเด็ก” คณะกรรมการส่งเสริมการพัฒนาเด็กและเยาวชนแห่งชาติ เสนอต่อ คณะกรรมการสิทธิเด็กแห่งสหประชาชาติ, (กรุงเทพมหานคร: คณะอนุกรรมการ, 2550), น. 11.

⁷⁹ U.N. Convention on the Rights of the Child, article 34 : States Parties undertake to protect the from all forms of sexual exploitation and 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.

จากอนุสัญญาข้างต้นพบว่า องค์การสหประชาชาติได้ตระหนักถึงความสำคัญของเด็ก ต้องการให้เด็กได้รับการปลดปล่อยจากปัญหาการละเมิดสิทธิทางเพศ และรวมถึงปัญหาการแสวงหาประโยชน์จากการแสดงลามกของเด็ก เป็นการยืนยันว่าในระดับชาติจะต้องจัดให้มีการคุ้มครองเด็กจากการแสวงหาประโยชน์ รัฐต่าง ๆ อาจนำหลักการในข้อ 34 ไปเป็นแนวทางในการกำหนดนโยบายสำหรับมาตรการให้ความคุ้มครองเด็ก

ในส่วนการกำหนดอายุของบุคคลที่จะได้รับความคุ้มครอง อนุสัญญาฉบับนี้กำหนดเอาไว้ในข้อ 1 “เด็ก หมายถึง มนุษย์ทุกคนที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านั้นตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็กนั้น”⁸⁰

2.7 หลักเกณฑ์ในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองบุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปี

2.7.1 หลักการทั่วไปในการคุ้มครองบุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปี

ประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายอื่นที่มีโทษทางอาญา มีบทบัญญัติหลายลักษณะ และหลายมาตราที่คุ้มครองบุคคลที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปี โดยกำหนดช่วงอายุให้สัมพันธ์กับโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด หากผู้เสียหายยังอายุน้อย โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดก็จะหนักขึ้น แต่ปัญหาประการหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับอายุของเด็กและผู้เยาว์⁸¹ คือ ในประเทศไทยมีการให้คำนิยามคำว่า “เด็ก” และ “เยาวชน” แตกต่างกันไป โดยเฉพาะคำนิยามในทางกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมาย พระราชบัญญัติ ประกาศหรือระเบียบต่าง ๆ เช่น

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

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

พระราชบัญญัติมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก มาตรา 4 บัญญัติว่า “เด็ก” หมายความว่า บุคคลผู้มีอายุไม่เกินสิบแปดปีบริบูรณ์

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

⁸⁰ 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.

⁸¹ กมลินทร์ พินิจกุล, แนวทางและมาตรการในการจัดการศึกษาของเด็กด้อยโอกาส (รายงานการวิจัย), (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการศึกษาแห่งชาติ, 2541), น. 4-6.

พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 4 บัญญัติว่า

“เด็ก” หมายความว่า บุคคลอายุเกินเจ็ดปีบริบูรณ์ แต่ยังไม่เกินยี่สิบปีบริบูรณ์

“เยาวชน” หมายความว่า บุคคลอายุเกินสิบสี่ปีบริบูรณ์ แต่ยังไม่ถึงสิบแปดปีบริบูรณ์

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

ดังได้กล่าวแล้วว่าในประมวลกฎหมายอาญา และกฎหมายอื่น ๆ ที่มีโทษทางอาญาได้มีบทบัญญัติหลายมาตราที่มุ่งคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ โดยเฉพาะความผิดที่เกี่ยวกับเพศ โดยการกำหนดอายุของเด็กและผู้เยาว์ซึ่งเป็นผู้เสียหายให้สัมพันธ์กับโทษที่จะลง ซึ่งการที่กฎหมายบัญญัติเช่นนี้ก็เพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย นั่นคือ ความบริสุทธิ์ในทางเพศของเด็กหญิง เพราะเด็กหญิงยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการทางด้านต่าง ๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษา การอบรม และประสบการณ์ไม่เพียงพอ โดยทั่วไป บทบัญญัติเหล่านั้นจะกำหนดอายุของผู้เสียหายไว้ 2 ลักษณะ คือ

(1) กำหนดเป็นช่วงอายุเดียว บทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดอายุของผู้เสียหายเป็นช่วงอายุเดียว มักใช้ถ้อยคำว่า “...เด็กอายุยังไม่เกิน...ปี...” เช่น

มาตรา 293 บัญญัติว่า “ผู้ใดช่วยหรือยุยงเด็กอายุยังไม่เกินสิบหกปี หรือผู้ซึ่งไม่สามารถเข้าใจได้ว่าการกระทำของตนเองมีสภาพหรือสาระสำคัญอย่างไร หรือไม่สามารถบังคับการกระทำของตนได้ ให้ฆ่าตนเอง ถ้าการฆ่าตนเองนั้นได้เกิดขึ้น หรือได้มีการพยายามฆ่าตนเอง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

(2) กำหนดเป็นช่วงอายุต่าง ๆ หลายช่วง บทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดอายุของผู้เสียหายเป็นช่วงอายุต่าง ๆ โดยจะมีความสัมพันธ์เกี่ยวเนื่องกันในแต่ละช่วงอายุ ซึ่งช่วงอายุแรกของฐานความผิดนี้มักจะบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำ เช่นว่า “...อายุไม่เกินสิบห้าปี...” และช่วงอายุถัดไปจะใช้ถ้อยคำว่า “...อายุกว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี...” โดยแต่ละช่วงอายุอาจจะถูกบัญญัติอยู่ในมาตราเดียวกันหรือคนละมาตราก็ได้ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานพรากเด็ก พรากผู้เยาว์ ตามมาตรา 317, 318 และ 319

มาตรา 317 บัญญัติว่า “ผู้ใด โดยปราศจากเหตุอันสมควร พรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกพันบาทถึงสามหมื่นบาท...”

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

มาตรา 319 บัญญัติว่า “ผู้ใดพรากผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล เพื่อหากำไร หรือเพื่อการอนาจาร โดยผู้เยาว์นั้นเต็มใจไปด้วย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นบาท...”

นอกจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาแล้ว การกำหนดอายุของผู้เสียหายยังมีอยู่ในบทบัญญัติในกฎหมายอื่น ๆ ที่มีโทษทางอาญาด้วย เช่น พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539

มาตรา 8 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราหรือกระทำอื่นใดเพื่อสำเร็จความใคร่ของตนเองหรือผู้อื่นแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีในสถานการค้าประเวณี โดยบุคคลนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสามปี และปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงหกหมื่นบาท

ถ้าหากการกระทำตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงหกปีและปรับตั้งแต่สี่หมื่นบาทถึงหนึ่งแสนสองหมื่นบาท...”

จากบทบัญญัติกฎหมายข้างต้นจะเห็นได้ว่าจุดประสงค์ที่กฎหมายกำหนดอายุของผู้เสียหายเป็นช่วงอายุต่าง ๆ ก็เพื่อคุ้มครองเด็กและผู้เยาว์ โดยหากอายุยิ่งน้อย กฎหมายก็ยิ่งจะคุ้มครองอย่างเข้มงวดมากยิ่งขึ้นเนื่องจากเด็กและผู้เยาว์นั้นอายุยิ่งน้อย ก็จะขาดความสามารถในการคิดและการตัดสินใจและปกป้องตนเองประกอบกับสภาพร่างกายและจิตใจของเด็กยังไม่เจริญเติบโตเพียงพอ กฎหมายจึงต้องคุ้มครองเด็กเป็นพิเศษ

2.7.2 คุณธรรมทางกฎหมาย

บทบัญญัติของความผิดฐานต่าง ๆ เป็นบทบัญญัติที่สั้นและกะทัดรัด แต่ในความสั้นและกะทัดรัดนั้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายได้รวบรวมเอาสิ่งต่าง ๆ ที่เป็นพื้นฐานของความผิดเอาไว้ ซึ่งได้แก่ ผู้กระทำ การกระทำ และผลของการกระทำ รวมทั้ง “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut)⁸² ด้วย

ในการบัญญัติความผิดฐานต่าง ๆ นั้น จะมีคุณธรรมทางกฎหมาย เป็นพื้นฐานในทางความคิดเสมอ ไม่ว่าผู้บัญญัติจะได้คำนึงถึงคุณธรรมทางกฎหมายก่อนการบัญญัติหรือไม่ เพราะ

⁸² ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ เรียก Rechtsgut ว่า “นิติสมบัติ”

“ความผิดอาญา” (Verbrechen หรือ crime) มาจาก “ปทัสถาน” (Norm) และ “ปทัสถาน” (Norm) มาจาก “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut)⁸³

คุณธรรมทางกฎหมายกับกฎหมายอาญา

ในปทัสถานมีคุณธรรมทางกฎหมายแฝงอยู่ การประพฤติดิพิศปทัสถานบางอย่างยังไม่กระทบต่อการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมที่ร้ายแรงพอที่สมควรกำหนดเป็นความผิดอาญา ความผิดอาญาไม่ว่าจะในประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอาญาอื่นล้วนเกี่ยวข้องกับคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญที่จำเป็นสำหรับการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมทั้งสิ้น เหตุนี้จึงต้องคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญนั้นโดยกฎหมายอาญา

ความหมายของคุณธรรมทางกฎหมาย

คุณธรรมทางกฎหมาย ไม่ใช่สิ่งที่เป็นรูปธรรมที่สามารถจับต้องได้โดยใช้ประสาทสัมผัสทั้งห้า แต่เป็นสิ่งที่ปรากฏในทางความคิดหรือเป็นสิ่งที่เป็นามธรรม กล่าวโดยเฉพาะ เป็นสิ่งที่เป็ “ประโยชน์” (Interesse หรือ interest) หรือ เป็นสิ่งที่เป็ “คุณค่า” (Wert หรือ value)

ในการที่จะให้การอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมมีความเป็นปกติสุขนั้น มนุษย์ทุกคนต้องเคารพและไม่ละเมิด “ประโยชน์” (Interesse/interest) หรือ “คุณค่า” (Wert หรือ value) ของการอยู่ร่วมกัน การละเมิดประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันจึงเป็นการละเมิดคุณธรรมทางกฎหมาย

ฉะนั้น คุณธรรมทางกฎหมายจึงหมายถึง ประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันที่กฎหมายคุ้มครอง หรือ ประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง⁸⁴

“คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) กับ “กรรมของการกระทำ” (Schutzobjekt object of protection) เป็นคนละอย่างและแตกต่างกัน ในขณะที่คุณธรรมทางกฎหมายเป็นคุณค่าในทางอุดมคติที่มีอยู่เบื้องหลังของความผิดฐานต่าง ๆ แต่กรรมของการกระทำเป็นวัตถุที่ถูกกระทบจากการกระทำที่ละเมิดคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut)⁸⁵

ประเภทของคุณธรรมทางกฎหมาย

คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล (Individualrechtsgut) เช่น ชีวิต ความปลอดภัยของร่างกาย กรรมสิทธิ์ เป็นต้น และ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม” (Universalrechtsgut) เช่น ความปลอดภัยในการจราจร

⁸³ คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 35*, น. 129.

⁸⁴ Vgl. Hans-Joachim Rudolphi, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch : Band I, Allgemeiner Teil*, vor S1, S.4

⁸⁵ คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 35*, น. 132.

ความมั่นคงเชื่อถือและการชำระหนี้ได้ของเงินตรา ความเค็ดขาดแห่งอำนาจรัฐ ความคงอยู่ของดินแดนหรือความเป็นเอกภาพของดินแดน เป็นต้น ซึ่งความผิดอาญาบางฐานอาจมีคุณธรรมทางกฎหมายมากกว่าหนึ่งคุณธรรมทางกฎหมายและอาจมีทั้งคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวมและคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลรวมกันอยู่ในความผิดอาญาฐานนั้นได้

ในส่วนที่เกี่ยวกับคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลนั้นยังอาจแบ่งออกเป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลโดยแท้” (hochstpersonliches Rechtsgut) เช่น เกียรติ ความปลอดภัยของร่างกาย เป็นต้น แต่การแบ่งเช่นนี้เป็นเพียงการพยายามแยกแยะให้เห็นเด่นชัดที่อาจมีประโยชน์ในทางวิชาการบ้างเท่านั้น เช่น ในการบัญญัติความผิดอันยอมความได้ เป็นต้น โดยทั่วไปคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล (Individualrechtsgut) เป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่ผู้เป็นเจ้าของสามารถสละความคุ้มครองได้ แต่สำหรับชีวิตมนุษย์นั้น แม้จะเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลแต่ผู้เป็นเจ้าของก็ไม่อาจสละความคุ้มครองได้

ประโยชน์ของคุณธรรมทางกฎหมาย

การศึกษาคุณธรรมทางกฎหมาย มีประโยชน์ประการแรก คือ ช่วยแบ่งแยกจัดหมวดหมู่ประเภทของความผิดเพื่อการศึกษา ซึ่งการจัดหมวดหมู่ประเภทของความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาก็มีพื้นฐานตั้งอยู่บนหลักเรื่องคุณธรรมทางกฎหมาย นั่นเอง นอกจากนี้ยังมีผลต่อการวินิจฉัยเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย เพราะการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย กระทำได้เฉพาะกรณีกระทำการป้องกันคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลเท่านั้น และดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลโดยทั่วไปเจ้าของสามารถสละความคุ้มครองได้ คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลจึงมีความสำคัญในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหาย นอกจากนี้คุณธรรมทางกฎหมายยังมีประโยชน์ในการวินิจฉัยปัญหาผู้เสียหายในคดีอาญาอีกด้วย⁸⁶ เพราะผู้เสียหาย คือ ผู้ที่คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลถูกล่วงละเมิด ดังนั้น หากทราบว่าคุณธรรมทางกฎหมายของบทบัญญัตินั้นคือสิ่งใดแล้ว บุคคลผู้เป็นเจ้าของคุณธรรมทางกฎหมาย และคุณธรรมทางกฎหมายดังกล่าวได้ถูกล่วงละเมิดย่อมเป็นผู้เสียหาย และโดยที่คุณธรรมทางกฎหมายเป็นพื้นฐานที่สำคัญของความผิดฐานต่าง ๆ คุณธรรมทางกฎหมายจึงเป็นเครื่องช่วยในการตีความกฎหมายอาญาอีกด้วย⁸⁷

⁸⁶ คณิต ฒ นคร, “ผู้เสียหายในคดีอาญา,” วารสารอัยการ, ปีที่ 1, ฉบับที่ 1, น. 48, (มกราคม 2521). คณิต ฒ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน), น. 117-123 และดู คณิต ฒ นคร, ข้อกฎหมายในคดีนายทอานันท์ หนังสือพิมพ์เป็นอกินันทนาการแก้ญาติมิตรเนื่องในโอกาสอายุครบหกสิบปี, วันที่ 7 พฤษภาคม 2540.

⁸⁷ คณิต ฒ นคร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 44, น. 55. และ ดู แสง บุญเฉลิมวิภาส, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 47,

2.7.3 หลักความได้สัดส่วนของการกระทำและโทษ

โดยหลักทั่วไปในกฎหมายอาญากำหนดบทระวางโทษควรเป็นไปตามหลักความยุติธรรมที่ได้สัดส่วน (Proportional Justice) ซึ่งหมายความว่า โทษทางอาญาจะต้องได้สัดส่วน (Proportion) ดังนั้นการกำหนดบทระวางโทษจะต้องคำนึงถึงฐานความผิดซึ่งเป็นการพิจารณาในด้านภาวะวิสัย (Objective) เป็นหลัก⁸⁸ ดังนั้นการกำหนดระวางโทษจึงต้องมีการพิจารณาถึง “คุณธรรมทางกฎหมาย”⁸⁹ โดยต้องมีการเปรียบเทียบว่าเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นมหาชน หรือ เป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครองเอกชนเป็นหลัก การเปรียบเทียบความร้ายแรงของความผิดจึงเป็นพื้นฐานของการพิจารณาในการกำหนดบทระวางโทษ

ปัญหาเกี่ยวกับการกระทำและโทษ ในความเป็นจริงทางสังคม การลงโทษจะประสบผลสำเร็จอย่างไรหรือไม่ ผู้ที่เห็นว่าเรือนจำไม่ประสบความสำเร็จในการแก้ไขผู้กระทำความผิดมักเห็นด้วยกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อเป็นการทดแทน (Retribution) “การลงโทษให้เหมาะสมกับความผิด” หรือ “ผู้กระทำความผิดไม่จำเป็นจะต้องได้รับการแก้ไขบำบัด” หรือการลงโทษเพื่อ “พดุงความเป็นธรรม” ดังนั้น การลงโทษผู้กระทำความผิด จึงเป็นการทำให้ผู้กระทำผิดนั้นไม่สามารถจะกระทำผิดได้ในชั่วระยะเวลาหนึ่ง หรือ แม้แต่การตัดออกไปจากสังคม (Incapacitation) ด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้รัฐจึงจำเป็นต้องควบคุมผู้กระทำผิดไว้ในเรือนจำ เพื่อไม่ให้บุคคลนั้นทำอันตรายต่อสังคมได้อีกต่อไป อย่างไรก็ตามระบบความยุติธรรมและมาตรการทางกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการลงโทษผู้กระทำความผิดเพียงอย่างเดียว แต่ยังมีจุดมุ่งหมายอื่น ๆ อยู่ด้วย หรือมีจุดมุ่งหมายหลายประการพร้อม ๆ กัน เช่น การลงโทษเพื่อเป็นการทดแทน และในขณะเดียวกันก็มีผลในการยับยั้งด้วย⁹⁰

กฎหมายของประเทศต่าง ๆ มีหลักเกณฑ์ในการกำหนดและจำแนกอาชญากรที่เป็นอันตรายต่อสังคมหรือเป็นผู้กระทำความผิดชนิดนี้หรือกระทำผิดซ้ำ จะบัญญัติลักษณะของบุคคลและการกระทำผิดไว้ในกฎหมายโดยเฉพาะ ซึ่งมาตรการทางกฎหมายดังกล่าวนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อ

น. 30-31.

⁸⁸ แน่นอนว่าในบางกรณีอาจเป็นการกำหนดโทษโดยพิจารณาจากตัวผู้กระทำความผิดหรือเหตุในทางอัตวิสัย (Subjective) ซึ่งส่วนใหญ่เป็นการกำหนดโทษที่หนักขึ้น หรือในบางกรณีเป็นเหตุเกี่ยวกับตัวผู้กระทำอาจเป็นเหตุยกโทษหรือลดโทษก็ได้

⁸⁹ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด (พิมพ์ครั้งที่ 5), (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556),

น. 151-157.

⁹⁰ ประธาน วัฒนวานิชย์, บทบาทของกระบวนการยุติธรรมในการควบคุมอาชญากรรมรวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์, (2531), น. 35.

คุ้มครองสังคม โดยวิธีแยกผู้กระทำผิดออกจากสังคมอย่างยาวนาน ซึ่งแนวคิดนี้มาจากรากฐานการพิจารณาเงื่อนไขเกี่ยวกับการกระทำผิด ประเภ ความร้ายแรง อายุ และสภาวะทางด้านจิตใจ

การลงโทษทางอาญาในกฎหมายไทยนั้น มีหลักทั่วไปในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 ซึ่งกำหนดโทษสำหรับผู้กระทำผิดไว้ 5 ลักษณะ คือ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ และริบทรัพย์ แต่จะลงโทษในอัตราใดจะต้องพิจารณาจากความผิดในแต่ละฐาน เมื่อได้พิจารณาถึงระดับของโทษในแต่ละฐานความผิดแล้วจะพบว่า อัตราโทษในความผิดต่าง ๆ ในประมวลกฎหมายอาญามีความหลากหลายแตกต่างกัน ทั้งโทษจำคุกและโทษปรับ อันเนื่องมาจากการพิจารณาถึงลักษณะความร้ายแรงของการกระทำผิดหรือความเป็นอันตรายของความผิดให้เหมาะสมที่ผู้กระทำได้กระทำลง โดยมีเหตุผลส่วนใหญ่มาจากการลงโทษให้เช็ดหลาบ หรือหลาบจำ ไม่กล้ากระทำผิดอีก ซึ่งระดับของโทษนั้น จะช่วยสะท้อนให้เห็นระดับความรุนแรงของอาชญากรรมที่รัฐและสังคมให้ความสำคัญและจะต้องมีความยืดหยุ่นต่อการนำไปปรับใช้เพื่อให้เหมาะสมแก่พฤติการณ์และความเสียหายที่เกิดขึ้น

หลักการกำหนดโทษตามสัดส่วนของการกระทำผิดนี้ มีวัตถุประสงค์หลัก คือ เป็นการเลือกบทลงโทษที่มีความเหมาะสมกับระดับความหนักเบาของความผิด ซึ่งถ้าหากระบบลงโทษการกระทำผิดทุกกรณีเหมือนกัน อาจทำให้มีการตำหนิระบบดังกล่าวได้ว่าเป็นการกำหนดอัตราโทษที่หยาบเกินไป การที่จะนำไปปรับใช้ให้เกิดขึ้นเป็นรูปธรรมนั้นจะเป็นสิ่งสำคัญยิ่งขึ้น เพราะการกระทำผิดแต่ละลักษณะในประมวลกฎหมายอาญานั้นจะมีความสลับซับซ้อนแตกต่างกันออกไป

2.7.4 ความเสื่อมของมาตรฐานศีลธรรมทางสังคม

มาตรฐานศีลธรรมทางสังคม หมายถึง มาตรฐานของความประพฤติที่ดี ที่ชอบ ของสมาชิกในสังคม ซึ่งก็อาจจะเปลี่ยนแปลงไปได้ตามยุคสมัย เมื่อเราพิจารณาถึงประเด็นสื่อลามกจะพบว่ามีความคล้ายคลึงกับปัญหาสังคมอื่น ๆ เช่น ปัญหาบ่อนการพนัน ปัญหายาเสพติด กล่าวคือแต่เดิมการเสพสื่อลามกถือเป็นการขัดต่อหลักคำสอนทางศาสนาอย่างรุนแรง ในสังคมที่เคร่งศาสนาการนำเสนอเรื่องราวทางเพศเป็นเรื่องที่อันตรายมาก ผู้นำทางศาสนาในหลายประเทศอ้างว่าสื่อลามกจะล่อลวงให้ผู้บริโภคก้าวล่วงเข้าสู่การละเมิดศีลธรรม และละเมิดต่อคำสั่งสอนของพระเจ้าหรือศาสดาในแต่ละศาสนา และในท้ายที่สุดแล้วจะทำให้ศีลธรรมของคนในสังคมเสื่อมทรามลง⁹¹ แต่การใช้หลักศีลธรรมกับสังคมในยุคปัจจุบันจะมีจุดอ่อน คือ ผู้ที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับปัญหานี้ก็รู้สึกว่ารูธะไม่ใช่ว่า ก็ไม่สนใจกับการแก้ปัญหา ส่วนผู้บริโภคสื่อลามก ก็จะรู้สึกเหมือนติดอยู่ใน

⁹¹ จงกลมณี โตสกุลวงศ์, “การวิเคราะห์วาทกรรมการให้ความหมายสื่อสิ่งพิมพ์ลามกของ 9 สถาบันในสังคมไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิเทศศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), น. 4.

กับดัก ยิ่งเสพยิ่งต้องการมากขึ้น ทั้งที่ก็รู้ดีแก่ใจว่าเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง ก็พยายามหาสาเหตุมาทำให้กลายเป็นความชอบธรรมในการเสพขึ้นมา เช่น การอ้างว่า การเสพและการแพร่กระจายสื่อลามก เป็นเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เป็นสิทธิส่วนบุคคล เป็นการช่วยเหลือการก่ออาชญากรรมทางเพศในสังคม พยายามหาตัวร่วมมากขึ้นด้วยการตั้งกลุ่ม จนกระทั่งทำให้คำนิยาม มาตรฐานทางศีลธรรมในประเด็นดังกล่าวเปลี่ยนแปลงไปในที่สุด โดยไม่ได้คำนึงว่าความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นจะส่งผลกระทบต่อใครบ้าง⁹²

2.7.5 บรรทัดฐานสื่อลามกตามกฎหมายไทย

ในกรณีของกฎหมายไทยนั้น แม้ว่า ณ ปัจจุบัน มาตรา 287 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และมาตรา 14 (4) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์เป็นบทบัญญัติหลักของกฎหมายสื่อลามกของไทย แต่บทบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่ได้วางบรรทัดฐานที่จะใช้สำหรับพิจารณาว่าภาพโป๊นั้นเป็นสื่อลามกไว้ แต่เป็นศาลฎีกาที่วางบรรทัดฐานสื่อลามกของประเทศไทยไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่สำคัญ เช่น

ภาพพิมพ์ของกลางเป็นภาพหญิงสาว ซึ่งมีบางภาพเปิดเผยเต้านมอย่างโจ่งแจ้ง ส่วนที่เป็นอวัยวะเพศแม้จะมีผ้าอาภรณ์ปกปิดไว้ แต่ก็ปกปิดไว้อย่างหมีนเหม่ ซึ่งนอกจากจะอยู่ในอิริยาบถที่ไม่เรียบร้อย ไม่น่าดูแล้ว ยังอยู่ในอิริยาบถที่น่าเกลียดน่าบัดสีอีกด้วย⁹³

ภาพหญิงยืนเปลือยกาย กอดชาย ภาพหญิงสวมแต่กางเกงในลายโปรงตา มีผู้ชายนอนกอดมือโอบบริเวณทรวงอก ภาพหญิงเปลือยกายท่อนบน ใช้นิ้วมือจับหูโทรศัพท์กดที่อวัยวะเพศ ภาพหญิงเปิดเสื้อให้เห็นนมล้วงมือเข้าไปในกระโปรง ภาพหญิงเปลือยอก สวมกางเกงใน มือล้วงไปที่อวัยวะเพศ และภาพหญิงเปลือยอกสวมกางเกงขาสั้น มือข้างหนึ่งประกอองนมอีกข้างหนึ่งล้วงไปจับที่อวัยวะเพศ แม้ภาพดังกล่าวในหนังสือแต่ละเล่ม จะไม่เห็นอวัยวะเพศชัดเจน แต่ก็มีลักษณะสื่อไปในด้านข่มขู่กามารมณ์ และยังมีภาพหญิงเปลือยตลอดร่างอีกหลายภาพ ซึ่งบางภาพก็เห็นอวัยวะเพศได้ ถือเป็นภาพลามก⁹⁴

รูปหญิงเปลือยกายเห็นเด่นชัดเฉพาะถัน ส่วนโยนินูกระบายให้ลบบเลือนเห็นเพียงฐาน เป็นรูปแสดงสุขภาพอนามัยของการอาบแดด สอนวิธีเขียนส่วนสัดส่วนความงามของร่างกาย ไม่น่าเกลียด อุดจาดบัดสีที่น้อมนำไปสู่ความใคร่ทางกามารมณ์ จึงไม่ใช่ภาพลามกอนาจาร⁹⁵

⁹² โสมนัส เจือศรีกุล, “มาตรการควบคุมต่อต้านสื่อลามกเด็ก,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546), น. 43.

⁹³ คำพิพากษาฎีกาที่ 6301/2533

⁹⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 3510/2531

⁹⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 3510/2531

ภาพหญิงเปลือยกายในท่าต่าง ๆ ที่ไม่เปิดเผยให้เห็นของลับ อธิสังค์ เป็นแต่แสดงให้เห็นความงามของทรวดทรงอวัยวะภายนอกและแสดงฝีมือในการถ่าย และวาดภาพ ไม่แสดงไปในทางเลวทรามต่ำช้าแล้ว ไม่เป็นของลามกอนาจาร⁹⁶

จากคำพิพากษาดังกล่าวข้างต้น สรุปบรรทัดฐานความลามกของกฎหมายไทยได้ 3 ประการ คือ

ประการที่ 1 ลักษณะเปิดเผยทางเพศ ซึ่งในคำพิพากษาศาลฎีการะบุไว้ค่อนข้างชัดเจนว่าหากภาพแสดงให้เห็นห้วงนมของผู้หญิง และ/หรือ อวัยวะเพศของทั้งผู้ชายและผู้หญิงจะถือว่ามีลักษณะเปิดเผยทางเพศ อย่างไรก็ตามมีข้อสงสัยเกิดว่า ไม่มีคำพิพากษาในระบุมภาพที่เห็นกันไม่ของผู้ชายหรือผู้หญิงถือว่ามีลักษณะเปิดเผยทางเพศ

ประการที่ 2 นำไปสู่ความใคร่ทางกามารมณ์ นำเกลียดอุจาดบัดสี เลวทรามต่ำช้า กล่าวคือ ภาพเปิดเผยทางเพศนั้น ถ้ามีลักษณะชั่วยวนก่อให้เกิดอารมณ์ทางเพศ เช่น นั่งแหวกขา หรือ มีการลูบคลำที่อวัยวะเพศ ฯลฯ แม้จะไม่เห็นอวัยวะเพศเด่นชัด ถือว่าการก่อให้เกิดกามารมณ์เป็นความเลวทรามต่ำช้า อุจาดบัดสี ซึ่งบรรทัดฐานข้อนี้ถือว่าเป็นบรรทัดฐานหลักในการตัดสินว่าอะไรเป็นสิ่งลามก

ประการที่ 3 คุณค่าทางศิลปะ บรรทัดฐานข้อนี้เชื่อมโยงกับบรรทัดฐานข้อสอง คือ ถ้าศาลฎีกาเห็นว่าภาพเปิดเผยทางเพศแต่ส่วนอวัยวะเพศไม่เห็นเด่นชัดเท่าใดนัก และภาพนั้นไม่ได้ถูกนำเสนอในลักษณะที่ชั่วยุทางกามารมณ์ ศาลฎีกาจะมองว่าภาพนั้นมีคุณค่าทางศิลปะและไม่เข้าข่ายเป็นสิ่งลามก แต่ในทางตรงกันข้าม หากภาพเปิดเผยทางเพศนั้นแสดงอวัยวะเพศให้เห็นชัดเจนและมีลักษณะชั่วยุอารมณ์ทางเพศ ศาลจะมองว่าเป็นภาพอุจาดบัดสี เลวทรามต่ำช้า และจะพิจารณาตัดสินว่าภาพไปนั้นเป็นสิ่งลามก

กรณีกฎหมายของไทยนั้น ภาพโป๊ที่จะเข้าข่ายเป็นสิ่งลามกได้นั้น นอกจากจะต้องเป็นภาพเปิดเผยทางเพศที่เห็นอวัยวะเพศชัดเจนแล้ว ยังต้องถูกนำเสนอในลักษณะชั่วยุอารมณ์ทางเพศ ซึ่งถูกมองว่าเป็นเรื่องต่ำช้า อุจาดบัดสีด้วย ซึ่งภาพที่อุจาดบัดสีนี้จะทำให้ภาพนั้นไร้คุณค่าทางศิลปะไปโดยอัตโนมัติ ทั้งนี้ผู้พิพากษาจะเป็นผู้พิจารณาตัดสินโดย “ถือตามความรู้สึกของวิญญูชนผู้ไม่ใช่เคร่งครัดต่อจารีตประเพณีโดยไม่ยอมเปลี่ยนแปลงไปตามสมัยของโลก”⁹⁷ กล่าวได้อีกนัยหนึ่งคือผู้พิพากษาจะใช้มุมมองของตนในฐานะที่เป็นคนทั่วไปที่ไม่ได้เคร่งครัดกับสิ่งใดและเป็นมุมมองร่วมสมัยในการตัดสิน นอกจากนี้ ยังมีข้อสังเกตน่าสนใจอีกประการหนึ่ง คือ บรรทัดฐานสิ่งลามก

⁹⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1856/2492

⁹⁷ ณรงค์ ใจกล้า, “ความหมายของสิ่งลามกในกฎหมาย,” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 16, ฉบับที่ 2, น. 128, (2529).

ของประเทศไทยจะมุ่งไปที่สัมผัสทางสายตาเป็นหลัก กล่าวคือ การจะตัดสินภาพโป๊ว่าเป็นสื่อลามกหรือไม่จะเริ่มต้นจากสิ่งที่สายตาเห็น ซึ่งสิ่งที่สายตาเห็นนั้นจะถูกประมวลและตีความออกมาเป็นความรู้สึกในภายหลังว่าเป็นความงามเชิงศิลป์หรือเป็นความอูจาดบัดสีเลวทราม ซึ่งหากความรู้สึกที่ได้จากการมองภาพโป๊นั้นเป็นไปในประการหลังภาพโป๊นั้นก็จะถูกตัดสินว่าเป็นสื่อลามกอันเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย

สิ่งที่สะท้อนให้เห็นจากบรรทัดฐานสื่อลามกที่ศาลฎีกาวางไว้ คือ แนวคิดเรื่องศีลธรรมของสังคมไทยร่วมสมัยที่วางกรอบกำหนดว่าการเปิดเผยร่างกายส่วนใดมากน้อยเท่าใด รวมไปถึงการวางท่าทางในลักษณะใดบ้างเป็นที่ยอมรับได้ในสายตาของคนทั่วไปในสังคมไทยร่วมสมัย หากภาพโป๊ใดนำเสนออะไรที่เกินเลยไปกว่ากรอบที่กำหนดนี้ ภาพนั้นจะถูกมองว่าเป็นเรื่องของกามารมณ์ล้วน ๆ ซึ่งลักษณะความยั่วอารมณ์ทางเพศที่ภาพนำเสนอหรือความรู้สึกทางกามารมณ์ของผู้ดูที่ได้จากการดูภาพจะถูกตีความว่าเป็นสิ่งเลวทราม ต่ำช้า น่าเกลียด น่าละอาย และเป็นเรื่องเสื่อมทรามทางศีลธรรม รัฐจึงจำเป็นต้องมีการควบคุมไม่ให้สื่อลามกที่เสื่อมเสียศีลธรรมเหล่านั้นมีที่ทางในพื้นที่สาธารณะและไม่ให้ผู้คนทั่วไปได้พบเห็น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเป็นการที่รัฐใช้อำนาจทางกฎหมายปกป้องสังคมไม่ให้แปดเปื้อนจากภาพโป๊อันเป็นสิ่งผิดศีลธรรม

การให้เหตุผลถึงความชอบธรรมในการที่รัฐควบคุมความเสื่อมทรามศีลธรรมโดยการบังคับใช้กฎหมาย สื่อลามกปรากฏให้เห็นชัดในคำพิพากษาฎีกาที่เกี่ยวข้องหลายฉบับ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 2875/2531 มีข้อความตอนหนึ่งว่า “การแพร่ภาพลามกแก่ประชาชนดังกล่าวเป็นการกระทำผิดต่อศีลธรรม..” หรือในคำพิพากษาฎีกาที่ 7416/2537 มีข้อความว่า “..แถบบันทึกเสียงและภาพ (วีดิโอเทป) จำนวน 256 ม้วน ซึ่งมีเสียงและภาพหญิงชายเปลือยกายแสดงการร่วมเพศอันลามกเสื่อมเสียศีลธรรม..” และคำพิพากษาฎีกาที่ 2787/2541 ก็มีข้อความในทำนองเดียวกันว่า “..จำเลยที่ 2 เป็นผู้ถ่ายภาพวีดิโอเทปลามกซึ่งเป็นสิ่งที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีงาม..”

อย่างไรก็ตาม มีข้อน่าสังเกตอีกประการหนึ่ง คือ ถ้าภาพโป๊เป็นสื่อลามกอยู่ในพื้นที่ส่วนตัว เช่น การที่บุคคลมีภาพโป๊ที่เข้าข่ายสื่อลามกไว้เพื่อตนเอง และไม่ได้เผยแพร่ออกไปในกรณีนี้รัฐและกฎหมายจะไม่เข้ามายุ่งย่ำ ทั้งนี้ เพราะถือว่าเป็นเรื่องกามารมณ์ของปัจเจกชนและเป็นพื้นที่ส่วนตัวโดยเฉพาะ ไม่ใช่พื้นที่สาธารณะ

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายในการครอบครอง กำ ผลิต ทำให้แพร่หลาย

สื่อลามกในต่างประเทศ

ในการศึกษาค้นคว้ากฎหมายของประเทศต่าง ๆ ทำให้เห็นถึงมาตรการในการคุ้มครองเหยื่อทางเพศ และมาตรการในการแพร่ภาพสื่อลามก ในการค้าสื่อลามก ซึ่งเป็นประโยชน์กับประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยในการปรับปรุงแก้ไขเปลี่ยนแปลง บัญญัติห้ามขายและเผยแพร่สื่อลามกให้แก่เด็กและเยาวชน ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น โดยจะกล่าวถึงประเทศเยอรมัน ประเทศอังกฤษ

แนวคิดในการควบคุมสื่อลามกประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมัน มีแนวคิดในการควบคุมสื่อลามก โดยมีความพยายามที่จะควบคุมการเผยแพร่สื่อลามกในรูปแบบ และวิธีการต่าง ๆ รวมทั้งพยายามที่จะให้คำจำกัดความหรือวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเรื่องสื่อลามกเอาไว้

3.1 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ประเทศเยอรมนี มีโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา (dreistufiger Verbrechenaufbau)¹ คล้ายกับของประเทศไทย² เพราะมีการแยกให้เห็นชัดถึง ความชอบด้วยกฎหมาย (justification) และเหตุยกเว้นโทษ (excuse) ดังนี้³

1. Tatbestand หมายถึง องค์ประกอบ ซึ่งประกอบด้วย Objektiver Tatbestand และ subjektiver Tatbestand

2. Rechtswidrigkeit หมายถึง ความผิด ซึ่งประกอบด้วยองค์ประกอบทั่วไปของความผิดกฎหมาย และการไม่มีอยู่ของข้อต่อสู้เรื่องความชอบด้วยกฎหมาย (justificatory defences)

¹ Michael Bohlander, *Principles of German Criminal Law*, (Portland: Hart Publishing, 2009). p.16.

² คณิต ฒ นคร, *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 4), (กรุงเทพมหานคร:วิญญูชน, 2551), น. 115-116. และ Michael Bohlander, *Principles of German Criminal Law*, (Portland: Hart Publishing, 2009). p.16-17.

³ ปกป้อง ศรีสนิท, *กฎหมายอาญาชั้นสูง อาชญากรรม ความรับผิด และโทษทางอาญา*, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559), น. 113.

3. Schuld หมายถึง ความชั่ว ซึ่งประกอบด้วยองค์ประกอบทั่วไปของความน่าตำหนิ (blameworthiness) หรือ ความชั่ว (guilt) และ การไม่มีอยู่ของเหตุยกเว้นโทษ (excusatory defences)

ในประเทศเยอรมนี แนวคิดในการควบคุมสื่อลามก ก็เพื่อที่จะรักษามาตรฐานทางศีลธรรม มาตรฐานในเรื่องความเหมาะสมทางเพศ การควบคุมสื่อลามกจะเป็นไปเพื่อคุ้มครองคุณค่าเหล่านั้น

3.1.1 มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมสื่อลามก

ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ไม่ได้มีการให้คำจำกัดความของสื่อลามกเอาไว้เป็นการเฉพาะ แต่ได้มีการให้คำอธิบายถึงสื่อลามกเอาไว้ โดยสิ่งที่จะถือว่าเป็นสื่อลามก ต้องเป็นสิ่งที่รู้สึกได้เพียงอย่างเดียว หรือมีจุดมุ่งหมายหลักเพื่อการกระตุ้นความรู้สึกทางเพศของผู้ที่ได้ชม และเป็นการละเมิดต่อขอบเขตในเรื่องความเหมาะสมทางเพศที่อยู่บนพื้นฐานของแนวคิดทางด้านศีลธรรมของสังคมโดยทั่วไป

ระบบกฎหมายเยอรมันเป็นระบบประมวลกฎหมาย ดังนั้น กฎหมายควบคุมสื่อลามกจะปรากฏ ในประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมัน โดยกฎหมายของเยอรมัน ห้ามการเผยแพร่สื่อลามก ไม่ว่าจะเป็นการขาย จำหน่าย การนำออกแสดง หรือทำให้เผยแพร่ด้วยวิธีการอื่นใด ซึ่งงานเขียน การบรรยาย หรือรูปภาพอันลามก ในสถานที่สาธารณะ หรือผลิตเพื่อนำออกเผยแพร่หรือประกาศ หรือโฆษณา ซึ่งบุคคลที่กระทำการดังกล่าวจะต้องรับโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับตามที่กำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามมาตรา 184 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเดิม

ซึ่งต่อมาได้มีการกำหนดหลักการใหม่ในเรื่องการควบคุมสื่อลามก ตามมาตรา 184 โดยควบคุมงานประพันธ์ในลักษณะของสิ่งที่สามารถแสดงออกมาให้เห็นเป็นภาพ เสียง ตลอดจนการบันทึกภาพ เสียง⁴ กล่าวคือ

(1) ห้ามการเผยแพร่สื่อลามก ไม่ว่าจะโดยการขาย จำหน่าย ให้ ให้ยืม ให้เช่า หรือเสนอขาย จำหน่าย ให้ ให้ยืม ให้เช่า

(2) การจัดทำ ผลิต เสนอ หรือ แนะนำสื่อลามก

(3) การเผยแพร่สื่อลามกผ่านทางระบบการกระจายเสียง (broadcast) ไม่ว่าจะเป็นการกระจายเสียงทางวิทยุหรือโทรทัศน์

(4) เผยแพร่สื่อลามกที่แสดงลักษณะของพฤติกรรมทางเพศระหว่างมนุษย์กับสัตว์ (sexual actions of human with animal) เพราะถือว่าเป็นพฤติกรรมทางเพศที่ผิดปกติและกรณีอาจ

⁴ German penal code, article 11 (3) เพื่อความมุ่งประสงค์ของกฎหมายนี้ สื่อ โสตทัศน สื่อบันทึกข้อมูล ภาพประกอบ และภาพอื่น ๆ จะต้องเทียบเท่ากับเนื้อหาที่เป็นลายลักษณ์อักษรในบทบัญญัติที่อ้างถึงหมวดนี้

ถือว่าเป็นการกระทำทารุณต่อสัตว์ ถ้ามีการกระทำที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวจะส่งผลให้ผู้กระทำต้องรับโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีและปรับตามที่กฎหมายกำหนดหรือทั้งจำทั้งปรับ

โดยกฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติห้ามการเผยแพร่สิ่งลามกโดยประการที่ว่าบุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปีสามารถที่จะรับรู้ได้ หรือมีการเสนอให้แก่บุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี

ตามมาตรา 184 นอกจากกฎหมายจะควบคุมในเรื่องของสิ่งลามกทั่วไปแล้ว ยังควบคุมถึงการเผยแพร่สิ่งลามกทางระบบการกระจายเสียง ซึ่งแต่เดิมไม่ได้ครอบคลุมในส่วนนี้ นอกจากนั้นยังมีการจำแนกสิ่งลามกเป็นสิ่งลามกธรรมดา สิ่งลามกที่เป็นพฤติกรรมระหว่างมนุษย์และสัตว์ และยังมีสิ่งลามกเด็กด้วย

3.1.2 มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองบุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปี

เดิมประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติแยกเรื่องสื่อลามกเด็กกับสื่อลามกผู้ใหญ่ออกจากกัน แต่กฎหมายควบคุมการเผยแพร่สื่อลามกเป็นการทั่วไป ในส่วนการคุ้มครองเด็กเมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันฉบับเก่าในมาตรา 184 พบว่านอกจากกฎหมายเยอรมันจะบัญญัติ ห้ามเผยแพร่ การผลิต การโฆษณา สิ่งลามกต่อสาธารณะแล้ว กฎหมายยังห้ามไม่ให้มีการขาย จำหน่าย หรือเสนอขายสิ่งลามกแก่บุคคลอายุต่ำกว่า 16 ปี ถ้าบุคคลใดทำการขายหรือเสนอขายสิ่งลามกให้แก่เด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี มีความผิดต้องรับโทษ แต่สิ่งลามกตามกฎหมายเก่า จำกัดเฉพาะสิ่งลามกที่อยู่ในรูปของงานเขียนหรือหนังสือ และรวมถึงหนังสือที่มีรูปภาพ

ต่อมาได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมัน โดยเฉพาะในมาตรา 184 ซึ่งควบคุมการเผยแพร่สิ่งลามก ในหลักการใหม่พบว่าได้มีการให้ความคุ้มครองบุคคลที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปี ซึ่งแต่เดิมกฎหมายอาญาฉบับเก่าให้ความคุ้มครองเด็กอายุต่ำกว่าสิบหกปี

การแพร่ภาพสื่อลามก (มาตรา 184)

(1) ห้ามการเผยแพร่สื่อที่มีลักษณะอนาจาร ตามที่มาตรา 11 (3)⁵ บัญญัติไว้ โดยบัญญัติห้ามการกระทำที่มีลักษณะ ดังต่อไปนี้

1. ห้ามการเสนอ การให้หรือการทำให้สามารถเข้าถึงสิ่งที่มีลักษณะอนาจาร ตามที่มาตรา 11 (3) บัญญัติไว้แก่บุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปี

2. ห้ามการนำออกแสดง การประกาศ หรือการทำให้สามารถเข้าถึงสิ่งที่มีลักษณะลามกอนาจาร ในสถานที่ที่สามารถเข้าถึงได้สำหรับบุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปี หรือสามารถดูได้โดยพวกเขา

⁵ Section 11(3) German Penal Code

Audio and visual recording media, data storage media, illustrations and other images shall be the equivalent of writings in those provisions which refer to this subsection

3. ห้ามการนำเสนอหรือให้บริการแก่ผู้ค้าปลีกอื่นนอกสถานที่ประกอบธุรกิจในซุ้มหรือพื้นที่ขายอื่น ๆ ที่ลูกค้ามักไม่ได้ป้อนผ่านทางธุรกิจสั่งซื้อทางไปรษณีย์หรือในห้องสมุดให้ยืมเชิงพาณิชย์

3 (a) เสนอหรือให้แก่ผู้อื่นด้วยการเช่าเชิงพาณิชย์หรือจัดหาทางการค้าที่เทียบเท่ากันสำหรับการใช้งาน ยกเว้นร้านค้าที่ไม่สามารถเข้าถึงได้ซึ่งสิ่งอนาจารโดยบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี

4. รับรองการนำเข้าโดยใช้ธุรกิจสั่งซื้อทางไปรษณีย์

5. ห้ามเสนอต่อสาธารณชนประกาศหรือยกย่องในสถานที่ที่สามารถเข้าถึงได้สำหรับบุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปีหรือสามารถดูได้โดยบุคคลเหล่านั้น หรือโดยการเผยแพร่เอกสารที่เป็นลายลักษณ์อักษรนอกธุรกรรมทางธุรกิจผ่านทางการค้าตามปกติ

6. อนุญาตให้บุคคลอื่นได้รับโดยไม่ได้รับการร้องขอให้ทำเช่นนั้น

7. แสดงให้พวกเขาเห็นในภาพยนตร์สาธารณะที่แสดงค่าลงทะเบียนสำหรับทั้งหมดหรือส่วนใหญ่สำหรับการแสดงนี้

8. ผลิตรับจัดหาเสียบยงหรือตกลงที่จะนำเข้าเพื่อนำมาใช้หรือสำเนาที่สร้างขึ้นตามความหมายของ ข้อ 1 ถึงข้อ 7 ข้างต้น หรือเพื่ออำนวยความสะดวกแก่ผู้อื่น หรือ

9. ดำเนินการส่งออกเพื่อเผยแพร่หรือสำเนาจากต่างประเทศโดยละเมิดกฎหมายอาญาต่างประเทศหรือเพื่อให้สาธารณชนสามารถเข้าถึงได้หรือเพื่ออำนวยความสะดวกในการใช้งานดังกล่าว

(2) ห้ามการทำให้แพร่หลายซึ่งสิ่งอนาจารโดยผ่านสื่อวิทยุกระจายเสียง

(3) ห้ามการจำหน่าย การแสดงในที่สาธารณะ การทำให้เข้าถึง การเผยแพร่ การผลิต การได้รับ การจัดหา การเก็บรักษา การเสนอ การประกาศ การทำสำเนา การประกอบกรนำเข้า ส่งออกไม่ว่าจะโดยตนเองหรือบุคคลอื่น เกี่ยวกับสื่ออนาจารที่แสดงให้เห็นถึงลักษณะของพฤติกรรมทางเพศระหว่างมนุษย์กับสัตว์ (Sexual actions of Human and Animal) การใช้เด็กในทางที่ผิดในสื่ออนาจาร (Abuse of Children) และสื่ออนาจารที่ประกอบไปด้วยการใช้ความรุนแรง (Object acts of Violence) ซึ่งถ้ามีการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติดังกล่าวจะส่งผลให้ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับตามที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ

โดยมีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในส่วนของการคุ้มครองเด็กจากสิ่งลามกอนาจารดังต่อไปนี้

1. ห้ามการเผยแพร่สิ่งอนาจารโดยประการที่ว่าบุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปีสามารถที่จะรับรู้ได้ หรือมีการเสนอให้แก่บุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี⁶

2. กระทำสิ่งอนาจารในสถานที่ที่บุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีสามารถที่จะเห็นได้ เข้าถึงได้ ได้ชม หรือรับรู้ได้⁷

3. กระทำสิ่งอนาจารในสถานที่สาธารณะที่บุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีสามารถที่จะพบเห็นได้ หรือมีการเผยแพร่สิ่งอนาจารนอกเขตการค้าด้วยวิธีการเสนอขายหรือประกาศ⁸

3.1.3 การกำหนดสิทธิของเหยื่ออาชญากรรม

ประเทศเยอรมันได้มีการกำหนดสิทธิของเหยื่ออาชญากรรมไว้อย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ดังนี้

1. สิทธิของเหยื่อ (Victim's Rights)

(1) สิทธิที่จะได้รับข่าวสารเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาและคำพิพากษา

(2) สิทธิที่จะตรวจสอบสำนวนคดี

(3) สิทธิในการเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณา

(4) สิทธิในการซักถาม

(5) สิทธิในการยื่นคำร้อง

(6) สิทธิในการขอหมายเรียก

(7) สิทธิในการฟ้องร้อง

(8) สิทธิในการถอนฟ้อง

(9) สิทธิในการอุทธรณ์

2. หน้าที่ของเหยื่อ (Victim's Duties)

(1) หน้าที่ในการให้ถ้อยคำยิ่งกว่าประจักษ์พยานทั่วไป

(2) การมีความอดทนในศาล

(3) หน้าที่ในการให้ถ้อยคำในฐานะพยาน

3. การคุ้มครองสิทธิของเหยื่ออาชญากรรม

(1) สิทธิในการมีที่ปรึกษา

(2) ไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมต่าง ๆ

(3) ได้รับการแยกออกมาต่างหากจากฝูงชน

⁶ German Penal Code, Section 184(1) (1)

⁷ German Penal Code, Section 184(1) (2)

⁸ German Penal Code, Section 184(1) (5)

- (4) การจำกัดการทำข่าวของสื่อมวลชนเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณา
- (5) สิทธิพิเศษในการสืบพยาน
- (6) คุ้มครองรายละเอียดและลักษณะการถามในศาล
- (7) สิทธิที่จะได้รับการชดเชยค่าเสียหาย
- (8) สิทธิที่จะได้รับความปลอดภัย
- (9) สิทธิที่จะได้รับค่าชดเชยจากรัฐบาล

3.2 ประเทศอังกฤษ

โครงสร้างความรับผิดทางอาญา (The Elements of Crime) ในระบบ Common Law สามารถแบ่งพิจารณาได้เป็น⁹

1. Actus Reus หมายถึง องค์ประกอบภายนอก
2. Mens Rea หมายถึง องค์ประกอบภายใน
3. General Defences หมายถึง ข้อต่อสู้ทั่วไปที่ไม่ต้องมีความรับผิด¹⁰ ซึ่งรวมทั้งความชอบด้วยกฎหมาย (justification) และ เหตุยกเว้นโทษ (excuse) เข้าไว้ด้วยกัน

ในประเทศอังกฤษ มีแนวคิดในการควบคุมสิ่งลามก ก็เพื่อที่จะคุ้มครองต่อมาตรฐานทางศีลธรรมของสังคม ตลอดจนคุ้มครองบุคคลที่อยู่ในสังคมด้วย จากอันตรายของสิ่งลามกที่มีต่อสภาพของร่างกาย จิตใจ ทั้งของบุคคลที่เป็นเหยื่อของการจัดทำ ผลิตสิ่งลามก และบุคคลที่เป็นผู้รับรู้สิ่งลามก

3.2.1 มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมสิ่งลามก

ในประเทศอังกฤษ มีกฎหมายที่ควบคุมเกี่ยวกับสิ่งลามกหลายฉบับ และในการพิจารณาว่าสิ่งใดบ้างเป็นสิ่งลามก เมื่อพิจารณาจากกฎหมายต่าง ๆ พบว่า การพิจารณาถึงสิ่งลามกนั้น กฎหมายพิจารณาว่าเป็นกรณีของการก่อให้เกิดความเสียหายต่อศีลธรรมอันดีของสังคม¹¹ สิ่งลามกจะก่อให้เกิดความเสื่อมทั้งทางร่างกายและจิตใจของบุคคลที่ได้รับรู้ กล่าวคือ สิ่งลามกจะมีอิทธิพลต่อสภาพร่างกาย และจิตใจของผู้รับให้มีแนวโน้มไปในทางที่ผิดศีลธรรม และจะส่งผลไป

⁹ ปกป้อง ศรีสนิท, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3, น. 112.

¹⁰ ดู John Smith. Criminal Law. Op.cit., ใน Chapter 4 และ Chapter 10, Marianne Giles, Criminal Law, (London; Sweet & Maxwell, 1996). ในหัวข้อ 1, 2 และ 6.

¹¹ Ian Hunter, David Saunders and Dugald Williamson. On pornography: literature, sexuality and obscenity law. (1993), p. 59. see The Obscene Publication Act 1959, section 1, and The Theatre Act 1986, section 2(1).

ถึงมาตรฐานทางศีลธรรมของสังคม และสิ่งตามกนั้นจะต้องไม่ใช่งานที่มีคุณค่าทางสังคมอันเป็นงานทางวิชาการ เป็นงานศิลปะ หรือเป็นงานทางอักษรศาสตร์ หรือเป็นงานที่มีคุณค่าทางสุนทรียศาสตร์อื่น ๆ¹²

กฎหมายในการควบคุมสื่อลามก ฉบับที่เป็นหลักในการควบคุมสื่อลามก คือพระราชบัญญัติควบคุมสิ่งลามก The Obscene Publications Act 1959 กฎหมายฉบับนี้ได้วางหลักกฎหมายห้ามการเผยแพร่สิ่งลามกที่ปรากฏในรูปแบบของข้อความที่บรรจุหรือปรากฏออกมาเป็นรูปร่าง เพื่อให้สามารถอ่าน มองเห็นได้ และรวมถึงการบันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือการบันทึกภาพลงบนวัตถุอื่น¹³ และมีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก ค.ศ.1978 (The Protection of Children Act 1978) โดยกฎหมายฉบับนี้จะอยู่ภายใต้ The Obscene Publications Act 1959 อย่างไรก็ตามในส่วนของการคุ้มครองเด็กนั้นจะมีมาตรการในการคุ้มครองเด็กจากสื่อลามกและสื่อที่ไม่เหมาะสมเพิ่มเข้ามา โดยกฎหมายฉบับนี้จะให้ความคุ้มครองเด็กที่มีอายุต่ำกว่าสิบหกปี โดยมีมาตรการต่าง ๆ ดังนี้

1. การคุ้มครองเด็กจากสื่อลามก โดยกำหนดความผิดสำหรับสิ่งลามกเด็ก (Child Pornography) ไว้คือ ห้ามการทำ ยินยอมให้ทำ การจำหน่าย เผยแพร่ นำแสดง มีภาพลามกเด็กไว้ในครอบครองเพื่อการจำหน่าย เผยแพร่ นำแสดง ดิจิทัล มีเหตุให้พิมพ์โฆษณาเผยแพร่ หรือนำออกแสดงซึ่งสื่อลามกเด็ก

2. มาตรการการคุ้มครองเด็กจากเรื่องที่ขัดต่อศีลธรรมอันดี (Indecent Display) ซึ่งรวมถึงการคุ้มครองเด็กจากการรับรู้สื่อลามกด้วย โดยการกำหนดคุ้มครองไม่ให้สื่อลามกตกถึงมือเด็กและการกำหนดความรับผิดชอบของผู้พิมพ์ ขยาย ให้เข้าสิ่งพิมพ์ที่มีลักษณะอันตรายหรือมีภาพลามกเอาไว้ อีกทั้งยังกำหนดให้การเปิดเผยหรือการแสดงผลภาพที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีออกสู่สาธารณชนนั้นจะต้องมีข้อความที่แสดงถึงคำเตือนและกำหนดอายุของผู้ที่สามารถรับรู้หรือใช้สิ่งของหรือบริการเหล่านั้นได้ด้วย โดยกฎหมายไม่อนุญาตให้จำหน่ายสิ่งที่ไม่เหมาะสมแก่การรับรู้ให้เด็กอายุต่ำกว่าสิบแปดปี¹⁴

3.2.2 บรรทัดฐานสื่อลามกของประเทศอังกฤษ

ในขณะที่บรรทัดฐานสื่อลามกของประเทศไทยนั้นถูกวางไว้โดยศาลฎีกาผ่านทางคำพิพากษาศาลฎีกา บรรทัดฐานสื่อลามกของประเทศไทยถูกบัญญัติไว้ในตัวบทกฎหมาย

Section 1(1) Obscene Publication Act 1959 “For the purposes of this Act an article shall be deemed of its items is, if taken as a whole, such as to tend to deprave and corrupt persons

¹² The Obscene Publications Act 1959, section 4.

¹³ The Obscene Publications Act 1959, section 1(2).

¹⁴ The Incendent Displays (Control) Act 1981, Section 1(6)

who are likely, having regard to all relevant circumstances, to read, see or hear the matter contained or embodied in it.” ซึ่ง Section 1(1) Obscene Publication Act 1959 ได้วางแนวทางไว้ว่า การพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นสิ่งลามกหรือไม่ขึ้นอยู่กับผลกระทบต่อศีลธรรมของสิ่งนั้นเป็นสำคัญ (ซึ่งต่างจากบรรทัดฐานสื่อลามกของประเทศไทยที่มุ่งดูที่ภาพโป๊เป็นหลัก ไม่ได้สนใจถึงผลกระทบที่จะตามมาในภายหลังอย่างกรณีบรรทัดฐานสื่อลามกของประเทศไทย) กล่าวคือ ให้พิจารณาโดยรวมทั้งหมดว่าสิ่งนั้น (ซึ่งอาจเป็นสิ่งเดียว เช่น ภาพ ๆ เดียว หรือประกอบด้วยภาพสองสิ่งหรือมากกว่านั้น เช่น ภาพหลาย ๆ ภาพที่ต้องดูทุกภาพรวมกันเพื่อให้เข้าใจความหมาย) จะส่งผลกระทบต่อบุคคล ผู้ซึ่งเมื่อพิจารณาจากบริบทแวดล้อมที่เกี่ยวข้องทั้งหมด น่าจะได้อ่าน ได้เห็น หรือได้ยิน เนื้อหาที่บรรจุหรือเป็นส่วนหนึ่งของสิ่งนั้น หรือส่วนใดส่วนหนึ่งที่เป็นองค์ประกอบของสิ่งนั้น) มีแนวโน้มที่จะเกิดความเสื่อมเสียทางศีลธรรม (deprave) และความเสื่อมทรามทางจิตใจ (corrupt) หรือไม่ ถ้าคำตอบของคำถามนี้คือ “ใช่” สิ่งนั้นหรือภาพโป๊นั้น จะถือว่าเป็นสื่อลามกที่ต้องห้ามด้วยกฎหมายของประเทศไทย¹⁵

บรรทัดฐานสื่อลามกของประเทศไทยนั้น มีความสลับซับซ้อนค่อนข้างมาก และต้องพิจารณาจากบริบทแวดล้อมด้วย เพื่อให้ง่ายแก่การทำความเข้าใจ ยกตัวอย่างดังนี้ เช่น ภาพโป๊ที่แสดงภาพการร่วมเพศของชายหญิงเป็นกลุ่ม (group sex หรือ orgy) บรรทัดฐานสื่อลามกของประเทศไทย จะไม่ตัดสินในทันทีที่เห็นว่าภาพนั้นเป็นสิ่งลามก แต่จะพิจารณาจากบริบทแวดล้อมร่วมด้วย กล่าวคือ หากภาพนี้ไปปรากฏในหนังสือโป๊ที่ขายเฉพาะในร้านหนังสือโป๊ที่อนุญาตให้ผู้ใหญ่เข้าได้เท่านั้น การพิจารณาจะจำกัดขอบเขตเฉพาะในบริบทของลูกค้าผู้ใหญ่ที่ตั้งใจเข้ามาซื้อหนังสือโป๊ในร้านเท่านั้น และจะถือว่าลูกค้าผู้ใหญ่เหล่านี้เป็นผู้ที่น่าจะได้เห็นภาพโป๊ดังกล่าว โดยจะไม่พิจารณาจากบริบทของคนทั่วไปที่ไม่ได้เข้ามาซื้อหนังสือโป๊ในร้าน ในประการต่อมาก็จะพิจารณาว่าเมื่อลูกค้าเหล่านี้มองเห็นภาพเพศสัมพันธ์กลุ่มดังกล่าวแล้วจะเป็นอย่างไร หากดูแล้วเห็นว่าการมีเพศสัมพันธ์เป็นกลุ่มเป็นเรื่องปกติ ภาพการร่วมเพศเป็นกลุ่มนั้นก็ไม่นับว่าเป็นสื่อลามก เนื่องจากภาพดังกล่าวไม่ได้ทำให้ศีลธรรม หรือจิตใจของลูกค้าที่เป็นผู้ใหญ่ที่ไปซื้อหนังสือโป๊ไป เสื่อมทรามหรือเลวร้ายลงแต่อย่างใด ในทางกลับกันหากภาพการร่วมเพศกลุ่มดังกล่าวไปปรากฏอยู่ในนิตยสารธรรมดาที่วางขายอยู่ในร้านหนังสือทั่วไป สถานที่ที่คนทั่วไปรวมถึงเด็ก ๆ ก็สามารถเข้ามาเลือกซื้อหาหนังสือได้ เช่นนี้บริบทในการพิจารณาก็จะเปลี่ยนไป แทนที่จะพิจารณาจากลูกค้าผู้ใหญ่ที่ต้องการมาซื้อหนังสือโป๊เหมือนในกรณีแรก ในกรณีหลัง ต้องพิจารณาในบริบทที่ว่าเด็ก ๆ คือ ผู้ที่น่าจะเห็นภาพโป๊ดังกล่าวแทน และหากเห็นว่าเมื่อเด็ก ๆ ดูภาพการร่วมเพศหมู่

¹⁵ จอมพล พัทธ์สันตโยธิน, “ภาพโป๊: กฎหมายสื่อลามกและศีลธรรม,”

วารสารสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร, ปีที่ 12, ฉบับที่ 1, น. 33-34, (มกราคม, 2559).

ดังกล่าวแล้ว จะทำให้เกิดความเสื่อมเสียทางศีลธรรมหรือความเสื่อมทรามทางจิตใจเกิดขึ้น ภาพโป๊ การร่วมเพศหมู่ภาพเดียวกันนี้จะถือว่าเป็นสื่อลามก

ในการพิจารณาตามบรรทัดฐานสื่อลามกของประเทศอังกฤษ คณะลูกขุน (juries) ซึ่งเป็นบุคคลทั่วไปจะทำหน้าที่เป็นผู้พิจารณาตัดสินว่าภาพโป๊นั้นเป็นสื่อลามกหรือไม่ สิ่งนี้สะท้อนให้เห็นว่ากฎหมายอังกฤษต้องการที่จะได้คำตัดสินว่าภาพโป๊นั้นเป็นสื่อลามกหรือไม่ จากมุมมองและระดับของศีลธรรมของบุคคลทั่วไปที่ไม่ได้มีหน้าที่การงานเป็นผู้พิพากษา (ซึ่งต่างจากกรณีของประเทศไทยที่ผู้พิพากษาจะทำหน้าที่ในการเป็นผู้ตัดสินหากแต่พยายามใช้มุมมองในฐานะที่ตนเป็นคนทั่วไป)

บรรทัดฐานสื่อลามกของประเทศอังกฤษมีความเป็นนามธรรมค่อนข้างสูง เป็นการยากที่บุคคลทั่วไปจะเข้าใจได้ สร้างความไม่มั่นใจให้กับผู้ที่ผลิต จำหน่าย หรือเผยแพร่ภาพโป๊ ว่าภาพของตนจะเข้าข่ายเป็นสื่อลามกหรือไม่ อนึ่ง การผลิต จำหน่าย และเผยแพร่ภาพโป๊อาจถือเป็นเรื่องของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นได้¹⁶ หน่วยงานที่รับผิดชอบในการฟ้องคดีอาญาของอังกฤษ Crown Prosecution Service จึงได้กำหนดแนวทางว่าหากภาพโป๊ใดมีลักษณะต่าง ๆ ต่อไปนี้ ก็จะถูกดำเนินคดีอาญาและมีความเป็นไปได้ถูกตัดสินว่าเป็นสื่อลามก เนื่องจากมองว่าภาพที่นำเสนอกิจกรรมต่าง ๆ เหล่านี้จะก่อให้เกิดความเสื่อมทรามทางศีลธรรมและความเสื่อมทรามทางจิตใจ (แม้ต่อผู้ใหญ่ที่ต้องการดูหนังสื่อโป๊) ได้แก่ ภาพที่นำเสนอกิจกรรมทางเพศกับสัตว์ (bestiality), ภาพที่นำเสนอการข่มขืนกระทำชำเราอย่างสมจริง, ภาพนำเสนอกิจกรรม ซาโดมาโซคิซึม (sadoomasochism) ที่มีความรุนแรงจนก่อให้เกิดอาการบาดเจ็บทางร่างกาย, ภาพที่นำเสนอการมัดร่างกาย (bondage) โดยเฉพาะอย่างยิ่งมีอุปกรณ์อุดปากทำให้ผู้ที่ถูกมัดไม่สามารถถอนความยินยอมได้

นอกจากนี้ Crown Prosecution Service ได้แสดงรายการของภาพที่นำเสนอกิจกรรมทางเพศที่จะไม่ถูกดำเนินคดีและไม่ถือว่าเป็นสื่อลามกไว้ด้วย ได้แก่ ภาพที่นำเสนอการรักร่วมเพศทางช่องคลอดหรือทวารหนักเสมือนจริง, ภาพที่นำเสนอการสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง, ภาพที่นำเสนอกิจกรรมทางเพศแบบ fetish ที่ไม่เป็นการล่วงละเมิดต่อร่างกาย

ที่กล่าวมาข้างต้น แสดงให้เห็นว่า ในสายตาของผู้บังคับใช้กฎหมายอังกฤษภาพที่นำเสนอกิจกรรมทางเพศต่าง ๆ เหล่านี้ ไม่มีผลทำให้เกิดความเสื่อมทรามเสื่อมเสียทางศีลธรรมและจิตใจ (ในที่นี้หมายความว่าเฉพาะผู้ใหญ่ที่ต้องการดูหนังสื่อโป๊เท่านั้น) ทำให้ผู้ผลิตสามารถผลิตสื่อโป๊ในลักษณะดังกล่าวได้โดยไม่ต้องกลัวว่าจะถูกดำเนินคดีตามกฎหมายสื่อลามก

บรรทัดฐานสื่อลามกของประเทศอังกฤษ ตั้งอยู่บนแนวคิดเรื่องศีลธรรมของสังคมร่วมสมัย กล่าวคือ เป็นศีลธรรมที่เป็นตัววางกรอบว่าการเปิดเผยเรื่อในร่างกายนั้นสามารถทำได้ในระดับใด

¹⁶ เติ้งฮ้าง, น. 460-463.

และท่วงท่าหรือกิจกรรมทางเพศลักษณะใดที่ยอมรับได้ในสังคม กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ “ศีลธรรม” ในบริบทของการควบคุมภาพโป๊ ก็คือ “ความเหมาะสม” ของการนำเสนอภาพเปิดเผยทางเพศ นั่นเอง ว่าเปิดเผยได้มากน้อยเท่าใดและในลักษณะใด หากภาพทางเพศเปิดเผยมากเกินไปหรือในลักษณะที่รัฐ (ในนามของสังคม) เห็นว่า “ไม่เหมาะสม” รัฐก็จะทำการแทรกแซงโดยใช้กฎหมายสื่อลามกเป็นเครื่องมือ

หลักการกว้าง ๆ ของบรรทัดฐานสื่อลามกของประเทศอังกฤษนั้น ให้การยอมรับการเปิดเผยร่างกายและอวัยวะในระดับที่สูงกว่าของประเทศไทยมาก กล่าวคือ ภาพโป๊จะนำเสนอร่างกายที่เปลือยเปล่าไม่ว่าจะเห็นหัวนม หรืออวัยวะเพศหรือไม่ก็ได้ นอกจากนี้ บรรทัดฐานสื่อลามกของประเทศอังกฤษจะมุ่งเน้นไปที่การนำเสนอกิจกรรมหรือพฤติกรรมทางเพศ โดยมีรายการกำหนดว่ากิจกรรมหรือพฤติกรรมทางเพศในลักษณะใดยอมรับได้หรือไม่ได้ ซึ่งทำให้ภาพที่นำเสนอการร่วมเพศในลักษณะธรรมดาจะไม่เข้าข่ายสื่อลามก

The Obscene Publications Act 1959 พระราชบัญญัติสิ่งพิมพ์สื่อลามกอนาจาร พุทธศักราช 2502 เป็นพระราชบัญญัติรัฐสภาของรัฐสภาสหราชอาณาจักรที่มีการปฏิรูปกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความอนาจารในอังกฤษและเวลส์ กฎหมายว่าด้วยการเผยแพร่เนื้อหาลามกอนาจารถูกควบคุมโดยกฎหมายของ R v Hickin ซึ่งไม่มีข้อยกเว้นของผลงานศิลปะหรือของสาธารณะ หลังจากที่ล้มเหลวหลายครั้งก็ประสบความสำเร็จในการสร้างผลงานได้ ต่อมาได้รับพระราชยินยอม มีผลบังคับใช้เมื่อ 29 สิงหาคม 2502 ขณะที่ลามกอนาจารพิมพ์ 2502 พรบ ว่าด้วยคณะกรรมการประกอบด้วยการเซ็นเซอร์และปฏิรูป การปฏิรูปกฎหมาย ถูก จำกัด ด้วยการขยายอำนาจตำรวจรวมอยู่ในรุ่นสุดท้าย พระราชบัญญัตินี้ได้สร้างการกระทำผิดกฎหมายใหม่ในการเผยแพร่เนื้อหาลามกอนาจารซึ่งเป็นการยกเลิกกฎหมายหมิ่นประมาท โดยทั่วไปของหมิ่นประมาทที่ใช้ก่อนหน้านี้และยังช่วยให้ผู้พิพากษาของสันติภาพออกไปสำคัญแสดงสิทธิที่อนุญาตให้ตำรวจยึดวัสดุดังกล่าว ในเวลาเดียวกันมันจะสร้างสองการป้องกัน ประการแรก การป้องกันการแพร่กระจายผู้บริสุทธิ์ และประการที่สองการป้องกันความดีของประชาชน พระราชบัญญัตินี้ใช้ในคดีที่มีชื่อเสียงหลายอย่าง เช่น การทดลองของหนังสือเพนกวินเพื่อตีพิมพ์หนังสือเรื่อง Lady Chatterley's Lover และ Oz สำหรับปัญหาของ Oz ของ Schollkids

Section 2 Prohibition of publication of obscene matter ห้ามตีพิมพ์เรื่องลามกอนาจาร

(1) ผู้ใดก็ตามที่ได้รับหรือไม่ ตีพิมพ์บทความ ที่มีบทความลามกอนาจารเพื่อตีพิมพ์เพื่อแสวงหาผลประโยชน์ (ไม่ว่าจะเป็นผลประโยชน์แก่ตนเอง หรือได้รับผลประโยชน์อื่น) จะต้องรับผิดชอบ

ในมาตรา 2 (1) แห่งพระราชบัญญัติสิ่งพิมพ์ลามกอนาจาร พ.ศ. 2525 (ซึ่งเป็นการกระทำความผิดโดยสรุปหรือคำฟ้องในการตีพิมพ์บทความลามกอนาจารไม่ว่าจะเพื่อประโยชน์หรือไม่ก็ตาม) หลังจากคำว่า “บุคคลใดก็ตามไม่ว่าจะเพื่อผลกำไรหรือไม่ ตีพิมพ์บทความลามกอนาจาร” จะมีการแทรกคำว่า “หรือผู้ที่มิบทความลามกอนาจารเพื่อตีพิมพ์เพื่อแสวงหาผลประโยชน์”

(ก) ความเชื่อมั่น โดยสรุปไม่น้อยกว่าหนึ่งร้อยปอนด์หรือจำคุกไม่เกินหกเดือน

(ข) เมื่อมีการลงโทษในข้อหา ปรับหรือจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ

บทลงโทษสูงสุดสำหรับการตีพิมพ์บทความลามกอนาจาร ในมาตรา 2 (1)(b) แห่งพระราชบัญญัติสิ่งพิมพ์ลามกอนาจาร 1959 (บทลงโทษสูงสุดสำหรับการตีพิมพ์สิ่งลามกอนาจาร) กฎหมายฉบับนี้กำหนดมาตรฐานความผิดสำหรับการเผยแพร่สิ่งลามกเอาไว้ดังนี้¹⁷

(ก) การตีพิมพ์ จำหน่าย การเผยแพร่ ขาย ให้เช่า หรือให้ยืมสิ่งลามก

(ข) กระทำให้สิ่งที่บรรจุหรือปรากฏข้อความอันเป็นสิ่งลามก เพื่อให้พบเห็น หรือเพื่อให้มีการบันทึก แสดง เล่น หรือนำออกขาย

ผู้ใดกระทำการเผยแพร่สิ่งลามกให้ปรากฏต่อสาธารณชน มีความผิดตามกฎหมาย ต้องรับโทษซึ่งมีสองลักษณะ ดังนี้

(1) กรณีลงโทษตามการพิจารณาคดีโดยรวบรัด (summary trial) ซึ่งจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือ ปรับไม่เกินห้าพันปอนด์หรือตามที่ศาลกำหนด (prescribes sum) หรือทั้งจำทั้งปรับ

(2) กรณีลงโทษตามการพิจารณาคดีเต็มรูปแบบ (trial on indictment) คือ การพิจารณาคดีในข้อกล่าวหา ซึ่งจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ¹⁸

กรณีความผิดข้างต้น สามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีได้ทั้งโดยรวบรัด และโดยอินไคเมนต์ ซึ่งเรียกความผิดแบบนี้ว่า Offences triable either way (การกระทำผิดกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่ง)

Summary trial เป็นการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาคดีอย่างรวบรัด โดยจะดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ศาล Magistrates ซึ่งการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาประเภทนี้จะไม่มีการใช้ระบบจURY ในการตัดสินความผิด จะมีเพียงผู้พิพากษาเป็นผู้ตัดสินความผิดและกำหนดโทษคดีส่วนใหญ่ที่จะใช้วิธีพิจารณาประเภทนี้จะเป็นคดีความผิดไม่ร้ายแรง

Trial on indictment เป็นการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาโดยเต็มรูปแบบ กล่าวคือดำเนินการฟ้องคดีโดยใช้แบบการฟ้องที่เรียกว่า indictment มีการพิจารณาคดีโดยมีลูกขุนในการ

¹⁷ The Obscene Publication Act 1959, section 1(3).

¹⁸ The Obscene Publication Act 1959, section 2(1)(a),(b)

ตัดสินความผิด และผู้พิพากษาลงโทษสำหรับความผิดนั้น ซึ่งจะกระทำกันใน The Crown Court คดีส่วนใหญ่ที่จะใช้วิธีพิจารณาประเภทนี้จะเป็นคดีความผิดร้ายแรง

Offences triable either way เป็นความผิดที่สามารถเลือกดำเนินวิธีพิจารณาคดีได้ ระหว่างวิธีพิจารณาคดีโดยรวบรัด หรือโดยอินไคเมนต์ โดยกฎหมาย Magistrates' Courts Act 1980 ได้กำหนดวิธีการพิจารณาว่าคดีประเภทนี้จะต้องใช้วิธีพิจารณาคดีแบบใด โดยกฎหมายกำหนดให้ฝ่ายโจทก์และฝ่ายจำเลยต่างแสดงเหตุผลว่าวิธีการพิจารณาคดีแบบรวบรัดหรือโดยอินไคเมนต์ วิธีการใดจะเหมาะสมที่สุดสำหรับคดีที่ฟ้องร้อง โดยทั้งสองฝ่ายต้องนำเสนอเหตุผลและปัจจัยต่าง ๆ ต่อศาล Magistrates เมื่อศาล Magistrates พิจารณาจากเหตุผลต่าง ๆ ของทั้งสองฝ่าย ก็จะทำการพิจารณาว่าวิธีพิจารณาคดีโดยวิธีใดจะเหมาะสมที่สุด ถ้าศาลพิจารณาว่าสมควรพิจารณาคดีโดยรวบรัด ศาลจะทำการพิจารณาคดีโดยรวบรัดต่อไป แต่ถ้าศาลพิจารณาว่าสมควรพิจารณาคดีโดยอินไคเมนต์ ศาลก็จะดำเนินการส่งคดีไปยังศาลที่พิจารณาคดีโดยอินไคเมนต์ต่อไป¹⁹

และด้วยการที่เป็นความผิดที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของสังคม ดังนั้น การดำเนินคดีสำหรับความผิดดังกล่าวไม่สามารถกระทำได้ หรือได้รับการอนุญาตจาก Director of Public Prosecution (DPP)²⁰

ภายใต้กฎหมายปี 1959 ซึ่งแก้ไขในปี 1964 เพิ่มเติมกรณีการทำหรือผลิตภัณฑ์สิ่งลามกขึ้นใหม่²¹ ความผิดเกี่ยวกับสิ่งลามกประกอบด้วยกรณีพิมพ์วัสดุลามกเพื่อค้ากำไร การครอบครองไว้เพื่อตนเองไม่เพียงพอที่จะถือว่าเป็นความผิด ซึ่งจะแตกต่างจากการครอบครองสิ่งลามกเด็กซึ่งมีการครอบครองก็เพียงพอแล้ว สิ่งลามกอาจรวมถึงวัตถุที่เป็นงานเขียน รูปภาพและฟิล์ม ปัจจุบันรวมถึง แผ่นดิสก์คอมพิวเตอร์ (computer disk) เทปวิดีโอ (video-cassettes) แผ่นซีดี (CD)²²

สำหรับการควบคุมในเรื่องของภาพหรือบทบาททางการแสดงที่มีลักษณะลามกที่ปรากฏต่อสาธารณชน มีกฎหมายต่าง ๆ เข้ามาควบคุม โดยในกฎหมาย The Theatres Act 1968 ได้บัญญัติห้ามการแสดงที่มีลักษณะเป็นการลามกไม่ว่าการแสดงนั้นจะปรากฏต่อสาธารณชน หรือ

¹⁹ John Sprack, *Emmins on Criminal Procedure* (Fifth edition, 1992). p.202-203.

²⁰ Director of Public Prosecution (DPP) คือหัวหน้าหน่วยใน The Crown Prosecution Service (CPS) โดยบุคคลที่จะเป็น DPP ได้นั้น ต้องเป็นทนายความ (barrister) หรือทนายความที่ปรึกษา (Solicitor) มาก่อนไม่น้อยกว่า 10 ปี DPP จะได้รับการแต่งตั้งจาก Attorney General และ DPP จะรับผิดชอบการดำเนินการทั้งหมดในการดำเนินคดีอาญา ตลอดจนการดำเนินคดีที่มีกรณีริเริ่ม โดยตำรวจ และอาจจะเข้าดำเนินการเสียเองในระหว่างดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญาเมื่อเห็นว่าสมควร. (John Sprack, *Emmins on Criminal Procedure* (Fifth edition, 1992). p.5-10).

²¹ The Obscene Publication Act 1964, section 2(2)(a).

²² Collin Manchester, *Computer pornography*, (1995, July). p.546,548

เป็นการแสดงให้เห็นว่าเป็นการส่วนตัวมีความผิด และกฎหมายกำหนดความรับผิดชอบของบุคคลเอาไว้ โดยผู้ที่ทำการแสดง ผู้กำกับแสดง หรือบุคคลที่มีส่วนให้มีการแสดงลามกปรากฏมีความผิด²³ ต้องรับโทษดังนี้

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

(2) กรณีลงโทษตามการพิจารณาคดีโดยอินไดเมนท์ (trial on indictment) ซึ่งจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ²⁴

การกระทำความผิดของกฎหมายอาญาอังกฤษ ต้องมีองค์ประกอบที่สำคัญของสองประการ คือ ประการแรก ต้องเป็นการกระทำความผิดอาญา (act reus) ซึ่งเป็นองค์ประกอบภายนอก และประการที่สอง เป็นการกระทำที่ต้องมีเจตนา (mens rea) เป็นองค์ประกอบภายใน ซึ่งถ้าขาดองค์ประกอบอย่างใดอย่างหนึ่งทั้งสองประการนี้ ไม่ถือว่าเป็นการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น แต่ความผิดบางประเภทที่กฎหมายสามารถลงโทษผู้กระทำผิดได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงเจตนา เช่น ความผิดก่อความเดือดร้อนรำคาญทั่วไป ลักษณะของการกระทำ คือ การก่อให้เกิดผู้อื่นได้รับความเดือดร้อน โดยไม่จำเป็นต้องมีเจตนาร้ายที่จะทำความรำคาญ เพียงแต่ผลแห่งการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับความเดือดร้อนแล้ว ก็ถือเป็นความผิดในทางอาญา²⁵ กฎหมายอังกฤษนั้น ถือว่าความผิดเกี่ยวกับเพศเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมอันดีและถือเป็นความผิดในตัวของมันเอง (mala in se) ซึ่งถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมเช่นเดียวกับหลาย ๆ ประเทศ อย่างไรก็ตามในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ กฎหมายอังกฤษจะมีลักษณะเป็นขอบเขต ทั้งที่เป็นองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในของความผิดแต่ละฐาน²⁶

3.2.3 มาตรการคุ้มครองเด็กในเรื่องที่ขัดต่อศีลธรรมอันดี

ในส่วนของเด็กในฐานะที่เป็นผู้รับรู้อันตรายนั้น มีการคุ้มครองเด็กจากสื่อที่อันตราย รวมถึงสื่อที่เป็นภาพลามก โดยกำหนดคุ้มครองไม่ให้หนังสือหรือสิ่งพิมพ์ประเภทนี้ตกถึงมือเด็ก²⁷

²³ The Theatre Act 1968, section 2(2)

²⁴ The Theatre Act 1968, section 2(2)(a),(b).

²⁵ หลวงประเสริฐมนูกิจ, คำอธิบายกฎหมายประเทศเอง โกลแซกซอน, (กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน, 2495), น. 54.

²⁶ ชัยชนะ พรรัตนพันธุ์, “การคุ้มครองเด็กและเยาวชนที่เป็นเหยื่อการกระทำผิดทางเพศ ศึกษาเฉพาะกรณีการลงโทษกฎหมายอาญา.” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545). น. 37.

²⁷ The children and Young Persons (harmful publications) Act 1955, section 1.

และกำหนดความรับผิดชอบของผู้พิมพ์ ขาย ให้เช่า สิ่งพิมพ์ที่มีลักษณะเป็นอันตรายหรือมีภาพลามกเอาไว้อ²⁸ โดยต้องรับโทษจำคุกไม่เกินสี่เดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันปอนด์หรือทั้งจำทั้งปรับ

การเปิดเผยหรือแสดงภาพที่ขัดต่อศีลธรรมอันดี (Indecent display) ผู้สาธารณชนนั้น วัตถุประสงค์ของหรือบริการต่าง ๆ จะต้องมีข้อความแสดงคำเตือน หรือกำหนดอายุของผู้ที่สามารถรับรู้ หรือใช้สิ่งของหรือบริการเหล่านั้นได้ จึงจะสามารถเผยแพร่สู่สาธารณะได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สิ่งของที่เป็นอันตรายต่อเด็กและเยาวชนโดยกฎหมายไม่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสิ่งของที่ไม่เหมาะสมหรือลามกแก่เด็กอายุต่ำกว่าสิบแปดปี²⁹ โดยเหตุที่คุ้มครองเด็กอายุต่ำกว่าสิบแปดปีเพราะพิจารณาจากการรับรู้และการเลือกที่จะรับรู้ในเรื่องทางเพศ ในขณะที่การคุ้มครองเด็กอายุต่ำกว่าสิบหกปี จะคุ้มครองจากการกระทำที่ไม่เหมาะสมทางเพศ เพราะเด็กอายุต่ำกว่าสิบหกปี ยังอ่อนวัยและถูกล่อลวงได้ง่าย โดยได้มีการกำหนดโทษไว้ดังนี้

(1) กรณีลงโทษตามการพิจารณาคดีโดยรวบรัด (summary trial) โดยปรับไม่เกินห้าพันปอนด์หรือตามอัตราโทษขั้นสูงตามที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนด

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

²⁸ The children and Young Persons (harmful publications) Act1955, section 2.

²⁹ The Indecent Display (Control). Act 1981. Section 1(6).

บทที่ 4

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกในประเทศไทย

สำหรับประเทศไทยนั้น แนวคิดในการควบคุมสื่อลามก จะมุ่งไปที่การรักษาไว้ซึ่งระบบศีลธรรมของสังคม โดยการวินิจฉัยในเรื่องว่าสิ่งใดเป็นสื่อลามกจะพิจารณาจากความรู้สึกของวิญญูชนที่มีมาตรฐานทางศีลธรรมโดยทั่วไป โดยเห็นว่าเป็นเรื่องน่าอูจาด น่าบัดสี มุ่งหมายต่อการกระตุ้นความรู้สึกทางเพศ ซึ่งจะมีมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมเกี่ยวกับสื่อลามก เช่น

4.1 การคุ้มครองสิทธิเกี่ยวกับสื่อลามกในกฎหมายไทยที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน

4.1.1 พระราชบัญญัติต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับสื่อลามก เช่น

พระราชบัญญัติปรามการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุอันลามก พุทธศักราช 2471

มาตรา 3 “ผู้ใด เพื่อประโยชน์หรือในทางค้าขาย จำหน่ายหรือแสดง อดแก่สาธารณชน บังอาจทำ ทำให้มีขึ้น มีไว้ในครอบครอง นำหรือส่งเข้ามา จากต่างประเทศ ส่งออกไปนอกประเทศ พาไป ทำให้แพร่หลาย ให้ยืม หรือยังผู้อื่น ให้นำหรือส่งเข้ามาจากต่างประเทศ ส่งออกไปนอกประเทศ หรือพาไป ซึ่งหนังสืออันบุคคลแต่งขึ้น ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ขึ้น รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ที่ลามก หรือวัตถุอันลามก อย่างอื่นก็ดี หรือประกอบกิจกรรม หรือมีส่วนในกิจกรรมเกี่ยวแก่วัตถุหรือสิ่งอันลามกดังกล่าวแล้ว จะในทางสาธารณะ หรือในส่วนเอกชนก็ดี ท่านว่ามันมี ความผิดต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 240 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา”

มาตรา 4 “ผู้ใด เพื่อจะช่วยในการทำให้แพร่หลาย หรือช่วยในการค้า วัตถุอันลามกอันระบุไว้ในมาตรา ก่อน บังอาจประกาศโฆษณา หรือทำให้ทราบทั่วกันไปว่ามีบุคคลทำให้แพร่หลาย หรือทำการค้าขายซึ่งวัตถุเช่นว่านี้ก็ดี หรือ ประกาศโฆษณาหรือทำให้ทราบกันไป โดยตรงหรือโดยทางอ้อมก็ดี ว่าบุคคลอาจหาวัตถุอันลามกดังกล่าวนั้น ได้ด้วยวิธีใด ฉะนั้นท่านว่ามีความผิดต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ก่อน ประกาศมา ณ วันที่ 25 กรกฎาคม 2471”

พระราชบัญญัติเกี่ยวกับการพิมพ์ พุทธศักราช 2484

เป็นกฎหมายที่ควบคุมหนังสือพิมพ์ และสิ่งพิมพ์อื่น ๆ มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงสิ่งพิมพ์ที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน และสื่อลามกก็ถือว่าเป็นสิ่งที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

ด้วย โดยหลักมีการตรวจสอบสิ่งพิมพ์ต่าง ๆ โดยเจ้าพนักงานการพิมพ์ ถ้าเห็นว่าสิ่งพิมพ์ หรือการโฆษณาสิ่งพิมพ์เป็นการขัดต่อศีลธรรม ก็มีอำนาจที่จะสั่งการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ตามพระราชบัญญัติการพิมพ์

ในพระราชบัญญัติการพิมพ์ได้แบ่งสิ่งพิมพ์ออกเป็นสองกรณี

(1) สิ่งพิมพ์ทั่วไป โดยสิ่งพิมพ์ หมายถึง สมุด แผ่นกระดาษ หรือวัตถุใด ๆ ที่พิมพ์ขึ้นรวมตลอดทั้งบทเพลง แผนที่ แผนภาพ ภาพวาด ภาพระบายสี ใบประกาศ แผ่นเสียง หรือสิ่งอื่นใดที่มีลักษณะเช่นเดียวกัน

(2) สิ่งพิมพ์ที่เป็นหนังสือพิมพ์ โดยหนังสือพิมพ์ หมายถึง สิ่งพิมพ์ที่มีชื่อจำหน่าย เช่นเดียวกัน และออก หรือเจตนาจะออกตามลำดับเรื่อยไป มีกำหนดเวลาหรือไม่ก็ตาม มีข้อความต่อเนื่องกันหรือไม่ก็ตาม

ในกฎหมายฉบับนี้มีบทบัญญัติในการควบคุมสิ่งพิมพ์ที่เห็นว่าอาจจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยกฎหมายให้อำนาจอธิบดีกรมตำรวจ (ปัจจุบันคือผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ) หรือผู้รักษาการแทน ในอันที่จะออกคำสั่งห้ามการสั่ง หรือนำเข้าซึ่งสิ่งพิมพ์ ที่เห็นว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 8 และกำหนดโทษสำหรับบุคคลที่ฝ่าฝืนคำสั่งดังกล่าวตามมาตรา 51 โดยผู้ใดสั่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักร ความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองเดือนหรือปรับไม่เกินสองร้อยบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และ ผู้ใด ขาย เสนอขาย จ่ายแจก หรือเสนอจ่ายแจก มีความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองร้อยบาท

เช่น คำสั่งอธิบดีกรมตำรวจที่ 1577/2512 ลงวันที่ 29 ธันวาคม 2512 เรื่องห้ามการสั่งหรือนำสิ่งพิมพ์เข้ามาในราชอาณาจักร ด้วยปรากฏว่าสิ่งพิมพ์ปฏิทินจากต่างประเทศ ปี 2513 ชื่อ Nude 70 Calender อาจจะขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน อธิบดีกรมตำรวจอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติการพิมพ์ พ.ศ. 2484 จึงออกคำสั่งห้ามการสั่งหรือนำสิ่งพิมพ์ดังกล่าวข้างต้นเข้ามาในราชอาณาจักร ทั้งนี้ตั้งแต่วันประกาศราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป¹

ห้ามโฆษณาหรือเตรียมการโฆษณาสิ่งพิมพ์ซึ่งเจ้าพนักงานการพิมพ์เห็นว่าอาจจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยเจ้าพนักงานการพิมพ์อาจมีคำสั่งเป็นหนังสือแก่ผู้ใดผู้หนึ่ง โดยเฉพาะ หรือมีคำสั่งทั่วไปโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา หรือหนังสือพิมพ์รายวัน ห้ามการขายหรือจ่ายแจกสิ่งพิมพ์นั้น ตามความในมาตรา 9 และผู้ใดขาย เสนอ

¹ พิศัย ฐวลาธวัช, กฎหมายสื่อสารมวลชน (พิมพ์ครั้งที่ 8), (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2541).

ขาย จ่ายแจก หรือเสนอจ่ายแจก สิ่งพิมพ์ที่เจ้าพนักงานการพิมพ์มีคำสั่งห้ามตามมาตรา 9 มีความผิดระวางโทษจำคุกไม่เกินสองเดือน หรือปรับไม่เกินสองร้อยบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามมาตรา 52

เช่น คำสั่งเจ้าพนักงานการพิมพ์ที่ 4/2513 ลงวันที่ 6 มีนาคม 2513 เรื่อง สั่งห้ามการขายหรือจ่ายแจก และให้ยึดสิ่งพิมพ์ ด้วยปรากฏว่าได้มีการโฆษณาสิ่งพิมพ์ ชื่อ “อารมณ์หญิง อัลบั้มอารมณ์ชาย” ซึ่งอาจจะขัดต่อศีลธรรมของประชาชน เจ้าพนักงานการพิมพ์อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 9 แห่ง พระราชบัญญัติเกี่ยวกับการพิมพ์ พุทธศักราช 2484 จึงออกคำสั่งห้ามการขายหรือจ่ายแจก และให้ยึดสิ่งพิมพ์ชื่อดังกล่าวข้างต้นนี้ตั้งแต่วันประกาศราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป²

พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พุทธศักราช 2473

ควบคุมการผลิตภาพยนตร์ การเผยแพร่ภาพยนตร์ และกิจการที่เกี่ยวกับภาพยนตร์ ด้วยเหตุที่ได้มีการฉายภาพยนตร์ที่บางเรื่องการแสดงเป็นไปในทางชักชวน หรือส่งเสริม ให้มีการละเมิดศีลธรรมและบางเรื่องมีเนื้อหาที่อาจเป็นอันตรายแก่เยาวชน ดังนั้นจึงต้องมีการวางมาตรการทางกฎหมายเพื่อควบคุมไม่ให้มีการฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงทำให้การทำ ฉายภาพยนตร์ การนำ หรือ ส่งภาพยนตร์ การประกาศด้วยภาพ หรือรูปถ่ายแสดงเรื่องของภาพยนตร์ ต้องมีการขออนุญาตเสียก่อน กล่าวคือ กฎหมายห้ามไม่ให้มีการกระทำข้างต้นเว้นแต่บุคคลนั้นจะได้รับอนุญาต

พระราชบัญญัตินี้ยังห้ามไม่ให้มีการทำ หรือ ฉาย หรือแสดง ณ สถานที่มหรสพซึ่งภาพยนตร์หรือประกาศ อันประกอบด้วยลักษณะฝ่าฝืน หรืออาจฝ่าฝืนความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี ตามความในมาตรา 4 และได้มีแนวทางและระเบียบปฏิบัติ หลักเกณฑ์ในการตรวจพิจารณาภาพยนตร์ของเจ้าพนักงานผู้พิจารณาประกอบ มาตรา 4 ดังนี้

(1) แนวทางการตรวจสอบพิจารณาภาพยนตร์ ของกระทรวงมหาดไทย โดยห้ามมิให้ทำ หรือฉาย หรือสำแดง หรือประกาศ อันมีลักษณะเป็นเรื่องอันเกี่ยวกับลามกอนาจารยั่ววนในทางกามารมณ์

(2) แนวทางการตรวจสอบพิจารณาภาพยนตร์ ของกองบัญชาการตำรวจสอบสวนกลาง ในการพิจารณาภาพยนตร์ที่อยู่ในประเภทขั้วกามารมณ์

โดยตรวจสอบภาพยนตร์ ในมาตรา 10 กำหนดว่า เจ้าพนักงานผู้พิจารณาเห็นว่าภาพยนตร์บางตอนมีลักษณะฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 4 และตอนนั้น ๆ ให้ถูกลบหรือตัดออก หรือตัดออกตามคำสั่งของเจ้าพนักงานผู้พิจารณาแล้ว ให้ถือว่าภาพยนตร์ดังกล่าวไม่มีลักษณะฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติมาตรา 4

² เพิ่งอ้าง, น. 213.

ผู้ใดที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ บังอาจฉาย หรือนำ หรือส่งออกนอกราชอาณาจักร ซึ่งภาพยนตร์ หรือสำแดงประกาศ ผู้นั้นมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามมาตรา 21

พระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ พุทธศักราช 2530

เป็นกฎหมายที่ควบคุมการเผยแพร่ข้อความหรือภาพทางวิทยุและโทรทัศน์ โดยหลักกฎหมายฉบับนี้ ห้ามไม่ให้มีการเผยแพร่ด้วยวิธีการส่งวิทยุกระจายเสียง หรือวิทยุโทรทัศน์ เพื่อให้บริการแก่สาธารณะ หรือแก่ชุมชน เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตให้ดำเนินการบริการส่งวิทยุกระจายเสียง หรือบริการส่งวิทยุโทรทัศน์ จากเจ้าพนักงานผู้ออกใบอนุญาตตามมาตรา 5

ในส่วนของการควบคุมเนื้อหาของข้อความ ภาพหรือรายการที่มีการออกอากาศทั้งทางวิทยุกระจายเสียง หรือวิทยุโทรทัศน์ กฎหมายให้อำนาจนายกรัฐมนตรีนออื่นที่จะแต่งตั้งเจ้าพนักงานผู้ออกใบอนุญาต และนายทะเบียนและออกกฎกระทรวงต่าง ๆ กำหนดหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการดำเนินการทางวิทยุกระจายเสียง และวิทยุโทรทัศน์ โดยมีการออกกฎกระทรวง ฉบับที่ 14 (พ.ศ.2537)³ ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ พุทธศักราช 2498 อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 25(2) เป็นเงื่อนไขการดำเนินการบริการส่งวิทยุกระจายเสียงและบริการวิทยุโทรทัศน์ของผู้รับใบอนุญาต

โดยในข้อ 16 ของกฎกระทรวงฉบับที่ 14 กำหนดไว้ว่ารายการที่จะออกอากาศโดยส่งวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ได้ ต้องไม่เป็นการแสดงออกทางขั้วกุมารมณณ์ หรือลามกอนาจาร

ในข้อ 21 ของกฎกระทรวงฉบับเดียวกัน ในการโฆษณา หรือบริการธุรกิจ ผู้รับใบอนุญาตจะต้องกระทำในลักษณะที่ไม่ใช้ข้อความสองแง่สองง่ามที่มีความหมายหยาบคาย หยาบโลน หรือไม่เป็นภาพหรือข้อความที่ขั้วกุมารมณณ์และลามกอนาจาร

โดยผู้ที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการดำเนินการบริการส่งวิทยุกระจายเสียง และโทรทัศน์ ตามที่กำหนดในกฎกระทรวงที่ออกตามความในมาตรา 25(2) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และปรับเป็นรายวันอีกวันละสองพันจนกว่าจะดำเนินการให้ถูกต้อง ตามความในมาตรา 17

ในการพิจารณาของพระราชบัญญัติแต่ละฉบับในเรื่องการควบคุมสิ่งนี้อาจขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน บางพระราชบัญญัติมีการออกเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณา และมีการจำแนกออกเป็นกรณี ๆ ของสิ่งทีคาดว่าเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี เช่น เป็นการแสดงออกขั้วกุมารมณณ์ หรือลามกอนาจาร ตามระเบียบ

³ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 111 ตอนที่ 42ก. วันที่ 26 กันยายน 2537

กระทรวงมหาดไทยออกตามความในมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ หรือเป็นเรื่องอันเกี่ยวกับการลามกอนาจาร ยั่ววนในทางกามารมณ์ ตามแนวทางการตรวจสอบภาพยนตร์ของกระทรวงมหาดไทยที่ใช้ประกอบการพิจารณาในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติภาพยนตร์ หรือตามกฎหมายกระทรวงฉบับที่ 14 (พุทธศักราช 2537) ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ จะเห็นว่า สิ่งที่เป็นการแสดงให้เห็นถึงการแสดงออกทางยั่วกามารมณ์ หรือลามกอนาจาร นั่นคือเรื่องทางเพศที่ไม่มีความเหมาะสมหรือบังควร แสดงให้เห็นถึงความน่าอับอายทางเพศ กระตุ้นความรู้สึกทางเพศ โดยสิ่งที่ยั่วกามารมณ์จะต่างจากลามก แต่ก็ยังอยู่ในขอบเขตความหมายหรือความเข้าใจว่าเป็นเรื่องของสิ่งที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่สิ่งที่อาจขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมของประชาชนมีความหมายที่กว้างกว่าสิ่งลามก

จากบทบัญญัติในพระราชบัญญัติทั้ง 4 ฉบับ ที่ได้กล่าวมา จะมีมาตรการที่ควบคุมทั้งสิ่งลามก และสิ่งที่ขัดต่อศีลธรรมหรือยั่วกามารมณ์ โดยกฎหมายแต่ละฉบับมีอำนาจในการควบคุมที่เป็นพิเศษตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายแต่ละฉบับ แต่ทว่าโดยหลักในการควบคุมสิ่งลามกจะตกอยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 ที่ควบคุมการเผยแพร่สิ่งลามก ในส่วนของพระราชบัญญัติทั้ง 4 ฉบับที่ได้กล่าวมา จะแยกการควบคุมกันออกไป ซึ่งถ้ามีการเผยแพร่สิ่งลามกในสื่อใดก็ต้องพิจารณาว่าสื่อนั้นตกอยู่ภายใต้อำนาจของพระราชบัญญัติใด และพระราชบัญญัตินั้นก็จะมีมาตรการควบคุมทั้งที่เป็นโทษทางอาญาและไม่ใช่โทษในทางอาญาซึ่งเรียกว่าเป็น โทษในทางปกครอง เช่น การยึดแทนพิมพ์ตามพระราชบัญญัติสิ่งพิมพ์ ยึดใบอนุญาตต่าง ๆ ที่พระราชบัญญัตินั้นกำหนดว่าต้องมีการขอใบอนุญาตจึงจะกระทำการได้ หรือสั่งให้ปิดกิจการ เป็นต้น ตามแต่อำนาจที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินั้น ถ้ากรณีสิ่งที่ตรวจไม่ใช่สิ่งลามก แต่มีลักษณะเป็นสิ่งที่ขัดต่อศีลธรรม พระราชบัญญัติทั้ง 4 ฉบับ ที่ได้กล่าวมา ก็จะมีอำนาจในการตรวจสอบ และใช้มาตรการควบคุมสิ่งที่ขัดต่อศีลธรรม

ดังนั้น พระราชบัญญัติทั้ง 4 ฉบับ จึงดำเนินการควบคุมในสองกรณี คือ

(1) ควบคุมสิ่งลามก โดยหลักจะพิจารณาตามหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 และจึงพิจารณาแยกไปแต่ละพระราชบัญญัติว่า สิ่งลามกนั้นเป็นสื่อประเภทใด ชนิดใด ก็จะอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัตินั้นประกอบการพิจารณากำหนดมาตรการที่นอกเหนือจากโทษในทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา โดยมาตรการตามพระราชบัญญัติทั้ง 4 ฉบับ เป็นมาตรการในทางปกครอง ที่จะควบคุมต่อกิจการ และบุคคลที่เกี่ยวข้องกับสื่อที่พระราชบัญญัตินั้นควบคุมอยู่ โดยมาตรการในทางปกครองที่เข้าควบคุมสิ่งลามกนั้นจะมีลักษณะเช่นเดียวกับการควบคุมสิ่งที่ขัดต่อศีลธรรมและสิ่งยั่วกามารมณ์ ในข้อ 4.1.2 เช่น ในกรณีที่ตั้งของหรือวัตถุที่

ตรวจสอบถือว่าเป็นสิ่งลามก ถ้าเป็นสิ่งพิมพ์นอกจากจะถือเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 แล้วเจ้าหน้าที่การพิมพ์อาจสั่งให้โรงพิมพ์ที่ทำการพิมพ์งดการพิมพ์ ถ้ากรณีไม่งดการพิมพ์ เจ้าพนักงานการพิมพ์อาจยึดแทนพิมพ์ และกรณีอาจไปถึงการปิดโรงพิมพ์ตามอำนาจที่กฎหมายกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการพิมพ์ เป็นต้น เป็นมาตรการที่ควบคู่ไปกับมาตรการทางอาญาในมาตรา 287 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

(2) ควบคุมสิ่งที่ขัดต่อศีลธรรม กรณีถ้าพิจารณาว่าสิ่งที่ตรวจสอบไม่เข้าข่ายสิ่งลามก แต่เป็นสิ่งที่ขัดต่อศีลธรรมก็จะนำมาสู่การพิจารณาว่าเป็นสิ่งที่ขัดต่อศีลธรรมหรือไม่ ซึ่งในกรณีนี้เป็นอำนาจของพระราชบัญญัติทั้ง 4 ฉบับ ที่จะกำหนดการควบคุม โดยกำหนดมาตรการทั้งที่มีโทษในทางอาญาและมาตรการที่เป็นโทษในทางปกครองทั้งมาตรการควบคุมก่อนและหลัง เช่น มาตรการในทางปกครองที่ควบคุมกิจการก่อน คือ การกำหนดให้กิจการต่าง ๆ ที่จะดำเนินการจะต้องมีการขอใบอนุญาต หรือ สำหรับการเผยแพร่ จะมีการตรวจสอบเนื้อหาของสิ่งที่จะทำการเผยแพร่โดยเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจในการตรวจสอบพิจารณาในการออกใบอนุญาตให้มีการเผยแพร่ได้ เป็นต้น ส่วนมาตรการในทางปกครองที่ควบคุมในภายหลัง เช่น การว่ากล่าวตักเตือน สั่งห้ามการขาย จำหน่าย ยึดแทนพิมพ์ เพิกถอนใบอนุญาตทั้งชั่วคราวและถาวร ยึดใบอนุญาตประกอบกิจการ หรือสั่งให้ปิดกิจการ เป็นต้น ซึ่งมาตรการต่าง ๆ ก็จะเป็นไปตามอำนาจของพระราชบัญญัตินั้น

4.1.2 ประมวลกฎหมายอาญา

สำหรับมาตรการทางกฎหมายอาญา ในเรื่องเกี่ยวกับวัตถุหรือสิ่งลามกนั้น ประมวลกฎหมายอาญา ได้บัญญัติขึ้นบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พุทธศักราช 2500 โดยให้ยกเลิกกฎหมายลักษณะอาญา โดยบัญญัติความผิดเกี่ยวกับวัตถุหรือสิ่งลามกไว้ในลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ ไว้ในมาตรา 287

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287 เป็นเพียงมาตราเดียวที่กำหนดควบคุมเรื่องสิ่งลามกที่กฎหมายบัญญัติห้ามสิ่งลามก ไม่ว่าจะเป็นสิ่งลามกผู้ใหญ่หรือสิ่งลามกเด็ก ไม่ให้มีการเผยแพร่เพื่อการค้าหากำไร ในมาตรา 287 กำหนดลักษณะการห้ามเอาไว้ 3 ประการ คือ

1. เพื่อความประสงค์แห่งการค้า หรือโดยการค้า เพื่อการจ่ายแจก หรือเพื่อแสดงอวดแก่ประชาชน ทำ ผลิต มีไว้จำหน่าย หรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออก หรือยังให้ส่งออกไปนอกราชอาณาจักร หรือทำให้แพร่หลายโดยประการใด ๆ (มาตรา 287 (1))

2. ห้ามการค้าสิ่งลามก จ่ายแจก แสดงอวดแก่ประชาชน หรือให้เข้าวัตถุหรือสิ่งของ เช่นว่านั้น (มาตรา 287 (2))

3. เพื่อจะช่วยให้แพร่หลาย โฆษณาหรือไขข่าวโดยประการใด ๆ ว่าวัตถุหรือสิ่งของลามก หาได้จากบุคคลใด หรือโดยวิธีใด (มาตรา 287 (3))

กำหนดโทษเอาไว้ที่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ความผิดเกี่ยวกับสิ่งลามกทั้งหลายตามนัยแห่ง มาตรา 287 เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับบุคคลที่เป็นผู้ใหญ่แล้ว

คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut/legal interest) ของความผิดตามมาตรา 287 คือ “ความดีงามของสังคม” กล่าวคือ ความรู้สึกในทางอัปยศและในทางศีลธรรมของสังคม

“ความดีงามของสังคม” หรือ “ความรู้สึกในทางอัปยศหรือในทางศีลธรรม” ของสังคม เป็นสิ่งที่เปลี่ยนแปลงได้ ในต่างประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศตะวันตกได้มีการยกเลิกความผิดเกี่ยวกับสิ่งลามกไปแล้ว โดยยอมรับในเรื่องเสรีภาพในทางเพศ หรือการกำหนดความสัมพันธ์ในทางเพศของบุคคล

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287 ไม่มีมาตรการในการควบคุมสื่อลามกเพื่อคุ้มครองเด็กไว้ในกรณีที่บุคคลส่งมอบสื่อลามกให้แก่เด็กไม่ว่าสื่อลามกนั้นจะเป็นสื่อลามกเด็กหรือสื่อลามกผู้ใหญ่ไว้โดยเฉพาะที่แตกต่างจากผู้ใหญ่ เนื่องจากเด็กนั้นเป็นบุคคลที่อ่อนประสบการณ์และสมควรได้รับความคุ้มครองจากสื่อลามกดังกล่าวมากกว่าผู้บรรลุนิติภาวะแล้ว อีกทั้งบุคคลดังกล่าวเป็นผู้มีความสามารถในการป้องกันตนเองจากสื่อลามกได้น้อยกว่าผู้บรรลุนิติภาวะแล้ว เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287 แล้ว จะเห็นได้ว่าเป็นบทบัญญัติที่มีโทษทางอาญาโดยมีวัตถุประสงค์ในการควบคุมการผลิตและการทำให้แพร่หลายของสื่อลามกโดยทั่วไป เพื่อคุ้มครองบุคคลทั่วไปในสังคมอย่างเท่าเทียมกัน ไม่ว่าบุคคลดังกล่าวจะเป็นเด็ก หรือเป็นผู้ใหญ่ซึ่งเป็นบุคคลที่บรรลุนิติภาวะตามกฎหมายแล้วก็ตาม และเมื่อพิจารณาจากสถานะของความเป็นเด็กแล้ว เห็นว่า เด็กนั้นเป็นบุคคลที่ยังไม่มีความสามารถในการป้องกันตนเองจากสื่อลามก จึงสมควรมีการกำหนดฐานความผิดและมาตรการทางกฎหมายหรือมาตรการอื่นใดเป็นพิเศษที่มากกว่าการคุ้มครองผู้ใหญ่ทั่วไป

โดยหลักสื่อลามกถือเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย เพราะสื่อลามกนั้นกระทบต่อมาตรฐานทางศีลธรรมอันดีของสังคมและประชาชน ดังนั้น การกระทำ ผลิต มีไว้ นำเข้า หรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออก หรือยังให้ส่งออกไปนอกราชอาณาจักร ย่อมเป็นความผิด ตลอดจนการจำหน่ายสิ่งลามกไม่ว่าด้วยประการใด ย่อมมีความผิด ส่วนกรณีการมีสิ่งลามกไว้เพื่อการส่วนตัว มาตรา 287 ไม่ได้บัญญัติเป็นความผิด และจะตีความให้เป็นความผิดก็ไม่ได้ด้วย เพราะถือว่าการมีสิ่งลามกเพื่อเป็นการส่วนตัวไม่กระทบต่อบุคคลอื่น และกฎหมายก็ให้เกียรติกับเรื่องส่วนตัวของบุคคล จึงทำให้การมีสิ่งลามกเพื่อการส่วนตัวจึงไม่เป็นความผิด⁴

⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 2641/2531

ซึ่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 เป็นวัตถุประสงค์แห่งการกระทำเปลี่ยนจากบุคคลใน มาตรา ก่อน ๆ มาเป็นสิ่งของ และต่อมาได้มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พุทธศักราช 2525 ยกเลิกโดยมาตรา 6 ให้ใช้ความใหม่แทนโดยแก้ไขอัตราโทษให้หนัก ขึ้น โดยมีเจตนารมณ์ที่จะลงโทษผู้ที่กระทำให้วัตถุลามกแพร่หลายออกไป โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อ การค้า หรือเพื่อการแจกจ่ายหรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน⁵

มาตรา 287 ตามประมวลกฎหมายอาญานี้ ได้นำบทบัญญัติตามมาตรา 3 และมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติปรามการแพร่หลายและการค้าวัตถุอันลามก พุทธศักราช 2471 มารวมกัน มาบัญญัติเป็นความผิดเกี่ยวกับวัตถุอันลามกขึ้น โดยมีการบัญญัติเพิ่มเติมถึงวัตถุที่อาจจะเป็นสิ่ง ลามกไว้ คือ เทปบันทึกเสียง และแถบบันทึกภาพ หมายถึง เทปวิดีโอ เนื่องจากปรากฏว่าสิ่งดังกล่าว ได้ผลิตขึ้นตามความเจริญของเทคโนโลยีนอกจากสิ่งสิ่งพิมพ์ ซึ่งต่อมาได้มีการบัญญัติถึงวัตถุ ประเภทนี้ไว้ในกฎหมายเฉพาะ คือ พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทป และวัสดุโทรทัศน์ พุทธศักราช 2530

ความผิดตามมาตรา 287 นี้ บัญญัติกำหนดฐานความผิดไว้ 3 กรณี คือ

องค์ประกอบความผิดในส่วนการกระทำในกรณีที่ 1 คือ ทำ ผลิต มีไว้ นำเข้า หรือยังให้ นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกไปนอกราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไป หรือ ทำให้แพร่หลายด้วยประการใด ๆ ซึ่งสิ่งลามก การทำหรือผลิต คือ การทำให้เกิดมีขึ้น เช่น เขียน หรือพิมพ์

องค์ประกอบความผิดในส่วนการกระทำในกรณีที่ 2 คือ การประกอบการค้า หรือมี ส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้าสิ่งลามก⁶

คำว่า “โดยการค้า” หมายถึง โดยประกอบกิจการเพื่อหากำไรเป็นปกติธุระ⁷

⁵ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 (พิมพ์ครั้งที่ 8), กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายเนติบัณฑิตยสภา, 2548), น. 1834.

⁶ ประภาส อวยชัย, ข้อโต้แย้งจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาหรือฎีกา 100 ปี ตามกฎหมายอาญา, (กรุงเทพมหานคร: กรุงเทพมหานคร พรินติ้ง กรุ๊ป, 2538), น. 3764.

⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 2461/2531 การที่จำเลยทำหน้าที่ควบคุมการฉายภาพยนตร์ทางโทรทัศน์ ได้นำแถบ บันทึกภาพลามกมาอัดภาพยนตร์จีน ที่กำลังเผยแพร่เพื่อใช้ส่วนตัว แต่ได้เกิดเหตุขัดข้องทางเทคนิคการส่งภาพ ทำให้ภาพลามกที่บันทึกไว้ออกไปปรากฏทางเครื่องรับโทรทัศน์ เหตุที่เกิดขึ้นดังกล่าวเป็นไปในลักษณะบังคับ จำเลยมิได้มีเจตนารมณ์ที่จะแพร่ภาพลามกนั้นออกไปสู่สาธารณะ จึงไม่มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287

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

องค์ประกอบความผิดในส่วนการกระทำในกรณีที่ 3 คือ โฆษณาหรือไขข่าว ว่าบุคคลใดกระทำการในข้อ 1, 2 หรือโฆษณา ไขข่าวลานั้น ว่าหาได้จากบุคคลใดหรือโดยวิธีใด

องค์ประกอบความผิดทางด้านจิตใจ ทั้ง 3 ข้อ คือ ต้องมีเจตนาตามมาตรา 59 หมายถึง การรู้ว่าวัตถุอันหนึ่งลามกหรือไม่เป็นปัญหาข้อกฎหมาย¹⁰ แต่สิ่งหรือวัตถุนั้นมีรูปร่างอย่างไรเป็นข้อเท็จจริง ถ้าไม่รู้รูปลักษณะของวัตถุก็ไม่เป็นเจตนาตามมาตรา 59

นอกจากนี้ในข้อ 1 ต้องมีเจตนาพิเศษ คือ เพื่อความประสงค์แห่งการค้า ซึ่งหมายถึง การทำเพื่อกำไรเป็นปกติ หรือโดยการค้า ซึ่งหมายถึงการกระทำนั้นเองเป็นการค้า หรือเพื่อการแจกจ่าย คือ ส่งไปยังบุคคลอื่น หรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน ซึ่งหมายถึงให้บุคคลบางคน โดยเฉพาะได้ดู เช่น ให้เพื่อนดู เป็นต้น ในข้อ 3 ต้องมีเจตนาพิเศษ คือ เพื่อจะช่วยให้แพร่หลาย หรือช่วยการค้าวัตถุหรือสิ่งลามกนั้น

มาตรา 287 นี้ ได้บัญญัติเพิ่มโทษขึ้นจากเดิม มาตรา 240 แห่งกฎหมายลักษณะอาญาที่ ให้จำคุกไม่เกินหกเดือน ปรับไม่เกินกว่าห้าร้อยบาท มาเป็นระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

ข้อสังเกต คือ มาตรา 287 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ใช้คำว่า วัตถุหรือสิ่งของลามก แต่ก็มีได้ให้คำนิยามว่า “ลามก” หมายถึงสิ่งใดเช่นกัน

สื่อลามกนั้นมีใช้แต่เพียงภาพที่แสดงถึงภาพเปลือยเท่านั้นหากแต่เป็นเพียงจากหนึ่งของอาชญากรรมอื่น ๆ อีกด้วย ไม่ว่าจะเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา การกระทำอนาจาร การทำร้ายร่างกาย และการฆาตกรรม ดังนั้น กฎหมายจึงสามารถเอาผิดและลงโทษผู้กระทำความผิดจากสิ่งที่ปรากฏในสื่อได้อีกด้วย เนื่องจากสื่อดังกล่าวถือเป็นหลักฐานชิ้นสำคัญในการฟ้องร้องคดี

ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นกับสถานการณ์ปัจจุบันของสังคมไทย ย่อมเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปแล้วว่าคดีที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับความผิดทางเพศนั้น มีปริมาณเพิ่มสูงขึ้นอย่างน่าวิตก แต่รัฐหรือองค์กรของรัฐที่เกี่ยวข้องก็ได้หาแนวทางหรือมีมาตรการในการแก้ไขเพิ่มเติมอย่างต่อเนื่อง เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายนั้นเพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดนำมาใช้ในการต่อสู้คดี และเพื่อให้หลุดพ้นจากความรับผิดชอบทางอาญา

⁹ จิตติ ดิงศภัทย์, *อ้างแล้ว เจริญรอตที่ 5*, น. 704.

¹⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 1223/2508 การพิมพ์ของกลางเป็นเพียงภาพที่แสดงถึงสัดส่วนความสมบูรณ์ของร่างกายที่มีได้มีสิ่งปกปิดโดยเฉพาะ ส่วนล่างก็พยายามปกปิดหรือทำเป็นเพียงเงา ๆ และได้ลบเลือนให้เป็นอวัยวะที่ราบเรียบแล้ว ภาพไม่มีลักษณะน่าเกลียด อูจาบดศีล ดังนั้นไม่ถือว่าเป็นภาพลามกตามความหมายที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287

แต่อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 ของประเทศไทยก็ยังไม่คุ้มครองเหยื่อทางเพศได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพราะเมื่อปี พุทธศักราช 2558 เพิ่งมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา โดยกำหนดบทลงโทษที่รุนแรงขึ้นกว่า มาตรา 287 ดังจะเห็นได้จาก

มาตรา 287/1 วรรคหนึ่ง ห้ามการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก เพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น นอกจากนี้ ถ้าส่งต่อสื่ออื่นให้แก่ผู้อื่นจะต้องมีโทษหนักขึ้นตามวรรคสอง

มาตรา 287/2 (1) เพื่อประสงค์แห่งการค้า เพื่อการแจกจ่าย เพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน ทำผลิต มีไว้ นำเข้า ส่งออก พาไป

(2) ประกอบการค้า หรือมีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้าเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก แจกจ่าย แสดงอวดแก่ประชาชน หรือให้เช่าสื่อลามกอนาจารเด็ก

(3) ห้ามการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก โฆษณาหรือโฆษณาหรือโฆษณาว่าสื่อลามกอนาจารเด็กจะหาได้จากบุคคลใด หรือโดยวิธีใด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงสองแสนบาท

4.1.3 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

การคุ้มครองเด็กตามรัฐธรรมนูญนั้น เด็กและเยาวชนจะต้องได้รับการคุ้มครองจากรัฐ อันเป็นหลักประกันว่า รัฐต้องให้ความคุ้มครองเด็ก และเยาวชนจากการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นที่มาของกฎหมายว่าด้วยค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา โดยรัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลดังกล่าวไว้ในมาตรา 245 และ มาตรา 246 ดังนี้

“มาตรา 245 บุคคลซึ่งเป็นผู้เสียหายในคดีอาญามีสิทธิได้รับความคุ้มครอง การปฏิบัติที่เหมาะสมและค่าตอบแทนที่จำเป็นและสมควรจากรัฐ ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ

บุคคลใดได้รับความเสียหายถึงแก่ชีวิตหรือแก่ร่างกายหรือจิตใจเนื่องจากการกระทำความผิดอาญาของผู้อื่น โดยตนมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดนั้น และไม่มีโอกาสได้รับการบรรเทาความเสียหายโดยทางอื่น บุคคลนั้นหรือทายาทย่อมมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากรัฐ ทั้งนี้ ตามเงื่อนไขและวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ”

“มาตรา 246 บุคคลใดตกเป็นจำเลยในคดีอาญาและถูกคุมขังระหว่างการพิจารณาคดี หากปรากฏตามคำพิพากษาอันถึงที่สุดในการคดีนั้นว่าข้อเท็จจริงฟังเป็นยุติว่าจำเลยมิได้เป็นผู้กระทำความผิด หรือการกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิด บุคคลนั้นย่อมมีสิทธิได้รับค่าตอบแทนและ

ค่าใช้จ่ายตามสมควร ตลอดจนบรรดาสิทธิที่เสียไปเพราะการนั้นคืน ทั้งนี้ ตามเงื่อนไขและวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ”

ต่อมา ได้มีการตราพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหาย และค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พุทธศักราช 2544 ขึ้นเพื่อรองรับสิทธิตามหลักการดังกล่าว

เมื่อประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 รัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังคงมีบทบัญญัติรองรับสิทธิของผู้เสียหายและจำเลยในคดีอาญาไว้ทำนองเดียวกันแต่มีบทบัญญัติในลักษณะที่กว้างกว่า โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 40(5) ดังนี้

มาตรา 40 (5) “บุคคลย่อมมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรม ดังต่อไปนี้

(5) ผู้เสียหาย ผู้ต้องหา จำเลย และพยานในคดีอาญา มีสิทธิได้รับความคุ้มครอง และช่วยเหลือที่จำเป็นและเหมาะสมจากรัฐ ส่วนค่าตอบแทน ค่าทดแทน และค่าใช้จ่ายที่จำเป็น ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”

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

มาตรา 80 “รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านสังคม การสาธารณสุข การศึกษา และวัฒนธรรม ดังต่อไปนี้

(1) คุ้มครองเด็กและพัฒนาเด็กและเยาวชน สนับสนุนการอบรมเลี้ยงดูและให้การศึกษาปฐมวัย ส่งเสริมความเสมอภาคทั้งชายและหญิง...”

มาตราดังกล่าวนี้น่าจะเป็นหลักประกันที่รัฐต้องให้ความคุ้มครองเด็ก และเยาวชนจากการใช้ความรุนแรงและการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม รวมถึงการใช้ความรุนแรงจากการบังคับขู่เข็ญ โดยรัฐต้องเข้ามากำหนดมาตรการคุ้มครองเด็ก และนอกจากนั้นรัฐจะต้องจัดให้มีการคุ้มครองตามที่กำหนดไว้เป็นแนวนโยบาย ตามรัฐธรรมนูญในมาตรา 80

โดยในส่วนของกฎหมายบัญญัติ ปัจจุบันยังคงเป็นไปตามพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหาย และค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พุทธศักราช 2544 ที่ได้ตราไว้แล้ว

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2559

มาตรา 29 บุคคลซึ่งได้รับความเสียหายจากการถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพหรือจากการกระทำความผิดอาญาของบุคคลอื่น ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาหรือช่วยเหลือจากรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ

ตามมาตรา 29 ตามร่างรัฐธรรมนูญได้คุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายไว้ 2 ประการ คือ สิทธิที่จะได้รับการเยียวยา และสิทธิที่ได้รับการช่วยเหลือ

4.2 ปัญหาเกี่ยวกับประสิทธิภาพในการบังคับใช้มาตรการทางกฎหมาย

ในการวางหลักเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายของกรณีสื่อลามกนั้น ประเทศไทยยังไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร ขาดความชัดเจน อันเนื่องมาจากการขาดทัศนคติแตกต่างกัน กล่าวคือ การนำบุคคลที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปีเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องในการครอบครองสื่อลามกนั้น อาจส่งผลกระทบต่อในหลาย ๆ อย่างตามมา เพราะเด็กยังไม่บรรลุนิติภาวะ ยังขาดภาวะความผิชอบชั่วดี ซึ่งในช่วงอายุที่โตขึ้น มีอารมณ์อ่อนไหว อาจเริ่มสนใจในเรื่องเพศและเพศตรงข้ามเพิ่มมากขึ้น ซึ่งเป็นไปตามธรรมชาติ

ประเทศไทยควรมีการกำหนดฐานความผิดเพิ่มเติมในส่วนการส่งมอบสื่อลามกแก่เด็ก และรัฐควรบัญญัติการห้ามการขาย การเผยแพร่ การส่งมอบเกี่ยวกับสื่อลามกให้แก่เด็ก อาจเลือกบัญญัติกฎหมายอาญาเพื่อคุ้มครองเด็กจากสื่อลามกโดยการบัญญัติในลักษณะเป็นการกระทำที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น โดยกฎหมายต่างประเทศตามที่ได้ศึกษามานั้นมีมาตรการคุ้มครองเด็กและเยาวชน โดยกำหนดอายุเด็กที่ได้รับความคุ้มครองไว้แตกต่างกัน ซึ่งหากมีการนำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ควรบัญญัติอายุของเด็กที่ควรได้รับความคุ้มครองในเรื่องดังกล่าวให้มีความชัดเจน เด็กที่ควรจะได้รับคุ้มครองตามกฎหมายนั้น ควรมีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์ ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับที่อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่กำหนดอายุของเด็กที่ได้รับความคุ้มครองไว้ อีกทั้งยังสอดคล้องกับการให้คำนิยามของคำว่า “เด็ก” ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ที่บัญญัติไว้อีกด้วย¹¹

เนื่องจากสื่อลามก มิใช่แต่เป็นเพียงภาพที่แสดงถึงภาพเปลือยเท่านั้น หากแต่เป็นฉากหนึ่งของอาชญากรรมอื่น ๆ อีกด้วย ไม่ว่าจะเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา การทำอนาจาร การทำร้ายร่างกาย และการฆาตกรรม ดังนั้น กฎหมายจึงสามารถเอาผิดและลงโทษผู้กระทำความผิดตามสิ่งที่ปรากฏในสื่อได้อีกด้วย เนื่องจากสื่อลามกดังกล่าวถือเป็นหลักฐานชิ้นสำคัญในการฟ้องร้องคดี

ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นกับสถานการณ์ปัจจุบันของสังคมไทย ย่อมเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปแล้วว่าคดีที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับความผิดทางเพศนั้น มีปริมาณเพิ่มสูงขึ้นอย่างมาก แต่รัฐหรือองค์กรของรัฐที่เกี่ยวข้องก็ได้หาแนวทางหรือมีมาตรการในการแก้ไขเพิ่มเติมอย่างต่อเนื่อง เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายในทุกรูปแบบต่าง ๆ ที่มี และความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น ซึ่งการอุดช่องว่างของกฎหมายนั้น เพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดนำมาใช้ในการต่อสู้อัยการและเพื่อให้หลุดพ้นจากความรับผิดชอบทางอาญา

อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287 ของประเทศไทยก็ยังไม่สามารถคุ้มครองเหยื่อทางเพศได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะบุคคลที่ส่งมอบการครอบครองสื่อลามก

¹¹ มาตรา 4 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 “เด็ก หมายความว่า บุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์ แต่ไม่รวมถึงบุคคลที่บรรลุนิติภาวะโดยการสมรส”

ให้แก่เด็กที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปี ซึ่งบุคคลจะอ้างเหตุสำคัญผิดในอายุของเด็ก เนื่องจากเด็กมีพัฒนาการโตเกินวัยอันควรไม่ได้ เพราะเด็กในยุคปัจจุบันมีการเจริญเติบโตทางกายภาพอย่างรวดเร็ว ทำให้เมื่อมองจากรูปร่างภายนอกไม่สามารถคาดคะเนได้ว่าเด็กนั้นมีอายุเท่าใด¹²

4.3 ปัญหาความได้สัดส่วนของการกระทำและโทษ

ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287 เป็นหลักในการควบคุมการเผยแพร่สิ่งลามก การจัดทำ หรือการผลิตสิ่งลามก แต่มีข้อสังเกตว่ามาตรการดังกล่าวยังไม่ได้มีการแบ่งแยกให้ความคุ้มครอง โดยเน้นเรื่องการค้า จำหน่าย และครอบครองสื่อลามกเพื่อส่งมอบให้แก่บุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปี

การลงโทษผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับสิ่งลามกนี้ ซึ่งบุคคลที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปีตกเป็นเหยื่อของการกระทำนั้น โดยการส่งมอบให้โดยไม่ได้ร้องขอ หรือเผยแพร่ จำหน่าย ส่งออก จะเห็นได้ว่าบทลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287 ไม่ได้พิจารณาความได้สัดส่วนตามลักษณะของการกระทำความร้ายแรงของความผิด ที่อาจมีผลต่อความรู้สึกหนักเบาของโทษ ซึ่งอาจพิจารณาจากลักษณะทางสุขภาพกายและจิตใจ ระดับศีลธรรม ลักษณะ เพศ อายุ ซึ่งเป็นหลักการที่ยึดถือเอาตามลักษณะของการกระทำเป็นสำคัญ อันเนื่องมาจากการพิจารณาทั้งลักษณะความร้ายแรงของการกระทำความผิดหรือความเป็นอันตรายของความผิดให้เหมาะสมที่ผู้กระทำได้กระทำลง โดยหลักการกำหนดโทษตามสัดส่วนของการกระทำความผิดนี้ มีวัตถุประสงค์หลัก คือ เป็นการเลือกบทลงโทษที่มีความเหมาะสมกับระดับความหนักเบาของความผิด ซึ่งมีเหตุผลส่วนใหญ่มาจากการลงโทษให้เช็ดหลาบ หรือหลาบจำ ไม่กล้ากระทำความผิดอีก

กรณีจึงมีความสำคัญและจำเป็น ที่สมควรพิจารณามาตรการทางกฎหมายขึ้นมาเพื่อควบคุมเรื่องสื่อลามกเกี่ยวกับการค้า จำหน่าย และครอบครองสื่อลามกเพื่อส่งมอบให้แก่บุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปี เพื่อเป็นการป้องกันการเกิดอาชญากรรมทางเพศ หรือมีการล่วงละเมิดทางเพศ หรือการมีเพศสัมพันธ์ก่อนวัยอันควร ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองบุคคลที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปีเป็นพิเศษ

4.4 ข้อโต้แย้งเรื่องหลักความรับผิดชอบเด็ดขาด (Strict liability)

ความรับผิดชอบเด็ดขาด คือ ความรับผิดชอบที่จำเลยต้องรับผิดชอบในการกระทำของตนซึ่งก่อให้เกิดผลที่กฎหมายห้ามหรือก่อให้เกิดความวุ่นวายต่าง ๆ ซึ่งไม่จำเป็นที่จะต้องพิสูจน์ถึงสภาวะทางจิตใจหรือองค์ประกอบภายในหรือเจตนาของจำเลย กล่าวคือ จำเลยกระทำความผิดโดยไม่มี

¹² อุทัย ดุลยเกษม, “เด็กยุคใหม่โตเร็วกว่าตัว,” วารสาร Life & family. น. 8 และ น. 94, (2547 มกราคม).

เจตนาและไม่ประมาท แต่จำเลยก็ยังคงต้องรับผิดชอบ เพราะกฎหมายประสงค์จะลงโทษผู้ที่กระทำการเช่นนั้น

ความรับผิดชอบเด็ดขาดมีข้อเรียกร้องที่ต้องพิสูจน์ถึงการกระทำที่ต้องห้ามตามกฎหมายของจำเลย แต่ไม่มีข้อเรียกร้องที่จะต้องพิสูจน์ถึงความน่าตำหนิได้ของเจตจำนงของจำเลย เช่น ในคดี Harrow London BC และ Shah จำเลยมีความผิดเพราะขายลอตเตอรี่ให้กับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปี แม้จำเลยจะไม่ว่าผู้ซื้ออายุต่ำกว่า 16 ปีหรือไม่ก็ตาม

ฝ่ายที่เห็นด้วยกับหลักในเรื่องความรับผิดชอบเด็ดขาดนั้น กล่าวว่า

1. ความรับผิดชอบเด็ดขาดทำให้การลงโทษผู้กระทำเป็นไปได้อย่างเหมาะสมยิ่งขึ้น ซึ่งหากถือว่าต้องมีเจตนาจึงจะมีความผิดแล้ว ก็อาจทำให้การลงโทษเป็นไปได้อย่างมากขึ้น

2. ความรับผิดชอบเด็ดขาดอาจมีผลเป็นการข่มขู่ได้ดีกว่าความผิดธรรมดาทั่วไป เพราะผู้เกี่ยวข้องกับกิจการบางอย่างจะได้ใช้ความระมัดระวังมากยิ่งขึ้น เพราะเขาตระหนักดีว่าการกระทำของเขานั้นหากเป็นความผิด เขาจะต้องรับผิดชอบอย่างเด็ดขาด¹³

3. ความรับผิดชอบเด็ดขาดนั้น อาจมีผลให้คนจำนวนมากไม่กระทำการบางอย่าง (การกระทำบางอย่างจึงไม่ควรทำ) แต่หากไม่มีบทบัญญัติเรื่องความรับผิดชอบเด็ดขาดก็อาจจะมีกรกระทำเช่นนั้น

4. ความรับผิดชอบเด็ดขาดนั้น ถ้ากล่าวกันโดยแท้จริงก็ยังไม่ได้ทั้งหมดที่ผู้กระทำมีส่วนผิดออกไปเสียอย่างสิ้นเชิง เพราะผู้กระทำนั้นอย่างน้อยเขาก็ตั้งใจเข้ามาเกี่ยวข้องกับกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งนั่นเอง และเขาก็มีฐานะ โดยเฉพาะหรือเป็นพิเศษที่จะควบคุมกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งได้ จึงควรที่จะต้องให้เขาต้องรับผิดชอบในกรณีที่มีผลอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นจากการดำเนินกิจการนั้น ๆ

ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับหลักในเรื่องความรับผิดชอบเด็ดขาดนั้น กล่าวว่า

1. ความผิดเด็ดขาดสังคมถือเป็นเรื่องสำคัญที่จะต้องลงโทษใครต่อใครทั่วไปหมด หรือสังคมควรสนใจลงโทษเฉพาะผู้ที่กระทำผิดจริง ๆ เท่านั้น ไม่ใช่ลงโทษผู้ที่เพียงแต่สงสัยว่าจะกระทำผิด กล่าวคือ ควรลงโทษผู้ที่มีหลักฐานแน่ชัดว่าผิดเพราะมีเจตนา หรือประมาท ไม่ใช่ลงโทษผู้ที่น่าสงสัยว่าจะเจตนาหรือประมาท แต่หาหลักฐานลงโทษไม่ได้

2. ความผิดอาญาอื่นก็พิสูจน์เจตนายาก แต่ก็ไม่มีผู้ใดเสนอให้ยกเลิกเจตนาในความผิดอาญาอื่น ๆ เช่น ความผิดฐานข่มขืน ปัจจุบันเราอยู่ในยุคที่วิทยาศาสตร์เจริญก้าวหน้า การพิสูจน์เจตนาคงไม่ใช่เรื่องยากต่อไปอีกแล้ว ความผิดอื่น ๆ ก็มีเหตุที่ผู้กระทำจะอ้างข้อแก้ตัวได้ไม่น้อยกว่ากัน หรืออาจจะมากกว่าด้วยซ้ำไป เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตาย เป็นต้น

¹³ เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น. 307.

3. การลงโทษผู้ที่ไม่เจตนาไม่ประมาท แม้เป็นการลงโทษที่เบาบางก็เป็นการไม่ยุติธรรม (little injustice is injustice) แม้โทษจะเบาแต่ผู้รับโทษก็ถูกตราหน้าว่ากระทำผิดทางอาญา ชื่อเสียงเกียรติภูมิในสังคมของเขาก็จะเสื่อมถอยลงไป

4. หากประชาชนรู้เข้าใจว่า ความรับผิดชอบคืออะไร และตนอาจจะเข้าเกี่ยวข้องกับบ้างแล้ว ก็คงจะคัดค้านหลักการนี้แน่นอน เช่น ในกรณีการขายเนื้อสัตว์ที่ไม่เหมาะแก่การบริโภค (แม้ผู้ขายจะรู้ว่าเนื้อสัตว์นั้นเสียก็ต้องรับผิดชอบ) การขายยาอันตรายแก่ประชาชน (ผู้ขายไม่รู้ว่าเป็นยาอันตรายก็ต้องรับผิดชอบ)



บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

เนื่องจากในสังคมปัจจุบันมีสื่อลามกที่มีลักษณะช่วยทำให้เกิดพฤติกรรมอันตรายแพร่หลายเป็นจำนวนมาก ปัญหาสื่อลามก จึงเป็นปัจจัยที่ก่อให้เกิดอาชญากรรมทางเพศเพิ่มขึ้นในสังคมปัจจุบัน สื่อลามกดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อพฤติกรรมของเด็กบางคน โดยที่ปัญหาส่วนหนึ่งนั้นอาจเป็นผลมาจากที่เด็กได้รับสื่อลามกที่ไม่เหมาะสมสำหรับเด็กมาครอบครอง สังคมไทยปัจจุบันกำลังเผชิญหน้ากับปัญหาการเผยแพร่สื่อลามกอย่างมาก โดยทั่วไปแล้วในสังคมทั่วไปยอมรับว่าสื่อลามกเป็นสิ่งที่ส่งผลกระทบต่อวัฒนธรรมและศีลธรรมอันดีของสังคมไทย และเห็นว่าสื่อลามกเป็นภัยร้ายแรง และมีผลต่อจิตใจและอารมณ์ของบุคคล ซึ่งเป็นที่แน่ชัดว่าสื่อลามกมีความสัมพันธ์กับผู้ที่กระทำความผิดทางเพศ โดยสื่อที่เป็นช่องทางในการเผยแพร่สื่อลามกในสังคมไทยส่วนใหญ่ นั้น จะเป็นภาพถ่าย วิดีโอ ซีดี หรือจากอินเทอร์เน็ต ซึ่งเป็นช่องทางในการเผยแพร่สื่อลามกได้มากกว่าสื่ออื่นอย่างแน่นอน ในอีกด้านหนึ่ง ภาพโป๊ ก็สะท้อนให้มนุษย์ได้เห็นและดึงดูดความสนใจ ความหลงใหล สังคมมนุษย์ก็พยายามที่จะใช้มาตรการต่าง ๆ เพื่อควบคุมภาพโป๊นั้นไม่ให้มีการแพร่หลายออกไปในวงกว้าง และในบางกรณีก็กำหนดบทลงโทษสำหรับผู้เผยแพร่ภาพโป๊นั้นขึ้นมา กฎหมายสื่อลามก (obscenity law) ถือเป็นมาตรการสำคัญที่หลาย ๆ ประเทศนำมาใช้ในการควบคุม ภาพโป๊ไม่ให้มีการผลิตและเผยแพร่ออกไป โดยมี “ศีลธรรม” (morality) เป็นสิ่งที่รัฐมักใช้อ้างอิงเพื่อสร้างความชอบธรรมในการกำหนดความผิดทางกฎหมายให้กับ “ภาพโป๊”

ในการให้ความคุ้มครองเด็ก กฎหมายอาญานับว่ามีบทบาทสำคัญอย่างยิ่ง ดังนั้น เมื่อเกิดกรณีที่เด็กยังไม่ได้รับการคุ้มครอง หรือกรณีที่กฎหมายไม่อาจลงโทษผู้กระทำความผิดได้ จึงเป็นเรื่องที่สำคัญต่อการพิจารณาหามาตรการทางกฎหมายเพื่อนำมาปรับปรุงแก้ไขให้สามารถอุดช่องว่างของกฎหมาย กล่าวคือ เพื่อสามารถที่จะให้ความคุ้มครองเด็ก และสามารถนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้

การคุ้มครองเด็กจากการได้รับสื่อลามกนั้น ควรมีมาตรฐานในการคุ้มครองเด็กที่แตกต่างจากผู้ใหญ่ เนื่องจากเมื่อพิจารณาถึงลักษณะของความเป็นเด็กแล้ว เด็กเป็นบุคคลซึ่งมี

ความสามารถในการป้องกันตนเองจากสื่อลามกน้อยกว่าผู้ใหญ่ ด้วยเหตุผลที่ว่าเด็กไม่สามารถแยกแยะสิ่งปลอมแปลงหรือจินตนาการออกจากโลกของความเป็นจริงได้ดีเท่ากับผู้ใหญ่ อีกทั้งเด็กยังไม่สามารถแยกแยะความเป็นศิลปะหรือเรื่องราวที่ให้ความรู้สึกร่วมเกี่ยวกับเพศศึกษาออกจากสื่อที่มีลักษณะลามกได้

ในเรื่องนี้ประเทศอังกฤษและประเทศเยอรมันมีการกำหนดควบคุมสื่อลามกไว้ โดยกำหนดความผิดเกี่ยวกับการทำ ผลิต เผยแพร่ การครอบครอง ซึ่งกฎหมายในประเทศอังกฤษ กำหนดอายุเด็กที่ให้ความคุ้มครองไว้ที่อายุไม่เกินสิบหกปี เด็กในฐานะที่เป็นผู้รับรู้อะไรก็ตามนั้น มีการคุ้มครองเด็กจากสื่อที่อันตรายรวมถึงสื่อที่เป็นภาพลามก โดยกำหนดคุ้มครองไม่ให้หนังสือหรือสิ่งพิมพ์ประเภทนี้ตกถึงมือเด็ก และกำหนดความรับผิดชอบของผู้พิมพ์ ขาย ให้เช่า สิ่งพิมพ์ที่มีลักษณะเป็นอันตรายหรือมีภาพลามกเอาไว้ ในขณะที่ประเทศเยอรมันกำหนดอายุของบุคคลที่จะได้รับความคุ้มครองไว้ที่อายุไม่เกินสิบแปดปี สำหรับการคุ้มครองสื่อลามก ห้ามเผยแพร่ ผลิต โฆษณา สื่อลามกต่อสาธารณะ และกฎหมายยังห้ามไม่ให้มีการขาย จำหน่าย หรือเสนอขายสื่อลามกแก่บุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี ถ้าบุคคลใดทำการขายหรือเสนอขายสื่อลามกให้แก่เด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี มีความผิดต้องรับโทษ

สำหรับประเทศไทยยังไม่มีกำหนดฐานความผิดอาญาเกี่ยวกับการที่มีบุคคลส่งมอบสื่อลามกให้แก่เด็กอีกทั้งยังไม่มีมาตรการทางกฎหมายที่ชัดเจนและครอบคลุมเพื่อคุ้มครองสื่อลามกไม่ให้ตกไปอยู่ในเงื้อมมือของเด็ก ไว้ในประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายเฉพาะอื่น ๆ แต่อย่างไรก็ตามในปัจจุบันยังไม่พบว่าประเทศไทยมีมาตรการในการกำหนดบทลงโทษสำหรับบุคคลที่เผยแพร่ ผลิต โฆษณา แสดงอวดสื่อลามกต่อบุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปี โดยจะกำหนดไว้เป็นการทั่วไปไม่มีการแบ่งแยกสำหรับความผิด จึงเห็นควรมีการกำหนดความผิดอาญา แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายหรือมาตรการทางกฎหมายเพื่อเข้ามาเยียวยาหรือจัดการแก้ไขปัญหานี้จึงเป็นเรื่องที่จำเป็นเนื่องจากเห็นว่าปัญหาทางสังคมหลายประการเกิดจากการที่เด็กได้รับสื่อลามกจนส่งผลให้เด็กตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมซึ่งอาจทำให้มีการกระทำความผิดตามมาอีกหลายประการ

จากปัญหาซึ่งเด็กที่ตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิดนั้น ในการที่จะนำมาตรการทางกฎหมายมาควบคุมและมาใช้บังคับนั้น มีประเด็นสำคัญในเรื่องการพิจารณาอายุของเด็ก เนื่องจากสภาวะการณปัจจุบัน การเจริญเติบโตของเด็กมีการเจริญเติบโตเร็วขึ้นมาก ทำให้ดูจากรูปร่างภายนอกไม่สามารถคาดคะเนได้ว่าเด็กนั้นอายุเท่าใด ซึ่งทำให้เกิดความคลาดเคลื่อนได้ด้วย หรือผู้กระทำอาจอ้างความสำคัญผิดในเรื่องของอายุเป็นข้อต่อสู้ได้ ซึ่งการกำหนดอายุของเด็กที่เป็นผู้เสียหายที่จะนำมาเป็นมาตรการทางกฎหมายนั้น อายุเด็กถือเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ถ้าไม่รู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุก็ไม่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้

ในประเทศอังกฤษ มีหลักการแนวคิดที่ว่าอายุเป็นเงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัย คือ ผู้กระทำความผิด ไม่จำเป็นต้องรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของผู้เสียหาย ดังนั้น เมื่อเกิดกรณีสำคัญผิด ในอายุของผู้เสียหาย ศาลก็สามารถลงโทษได้

สำหรับประเทศเยอรมนี ในเรื่องการสำคัญผิดในอายุของเด็กนั้น ไม่ได้บัญญัติไว้ โดยเฉพาะ แต่หากว่าผู้กระทำความผิดไม่สามารถยกขึ้นอ้างเป็นข้อต่อสู้ในคดีให้พ้นผิดได้ เพราะตามหลักกฎหมายทั่วไปของประเทศเยอรมนีบัญญัติไว้ว่าการสำคัญผิดเป็นเรื่องที่สัมพันธ์ไม่ได้ ซึ่งบัญญัติไว้เป็นองค์ประกอบของความผิด จะยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวไม่ได้

เมื่อพิจารณาหลักทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษทางภาวะวิสัยแล้ว ผู้วิจัยเห็นว่า ควรนำแนวคิดเกี่ยวกับเรื่องเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยความผิดทางอาญาของบุคคล และมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กตามคุณธรรมทางกฎหมายเพื่อให้เป็นไปตามเจตจำนงของกฎหมายอาญา โดยเฉพาะการพิจารณาลงโทษผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับการค้า ข่ายแจก โฆษณา แสดงอวดแก่บุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปีให้มีไว้ในครอบครอง ทำให้กฎหมายสามารถคุ้มครองเด็กให้รอดพ้นจากอันตรายในการครอบครองสื่อลามก และสามารถคุ้มครองป้องกัน และปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกได้จริงตามความประสงค์ของกฎหมาย และตามหลักสัดส่วน

หลังจากที่ผู้วิจัยได้ศึกษาและค้นคว้าวิจัยทางกฎหมายอาญาเกี่ยวกับความผิดในการทำการค้า การผลิต การเผยแพร่ การโฆษณา การครอบครองสื่อลามก ทั้งในประเทศและต่างประเทศ รวมทั้งมาตรการที่ใช้ในการลงโทษผู้กระทำความผิด พบว่า มาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันนั้นยังไม่มีการบัญญัติให้ความคุ้มครองแก่เด็กที่ตกเป็นเหยื่อ ในการที่จะเอาผิดกับบุคคลที่ค้า ข่ายแจก โฆษณา หรือเพื่อการแสดงอวดแก่บุคคลที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปี ทำผลิต มีไว้ นำเข้าหรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออก หรือยังให้ส่งออกไปนอกราชอาณาจักร พาไป หรือยังให้พาไป ทำให้แพร่หลาย และโฆษณาหรือไขข่าว แม้จะได้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกไว้ในปัจจุบันแล้ว โดยมีลักษณะที่เป็นการกำหนดมาตรการที่เป็นการทำไป แต่ก็ยังไม่มีประสิทธิภาพในการบังคับใช้ กล่าวคือ ยังไม่สามารถให้ความคุ้มครองเด็กที่ตกเป็นเหยื่ออาชญากรรม หรือบางกรณีไม่สามารถนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้ จึงมีความเห็นว่า การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายหรือการเพิ่มมาตรการทางกฎหมายเพื่อเข้ามาเยียวยาหรือจัดการแก้ไขปัญหาในกรณีนี้ จึงเป็นเรื่องที่สมควรและจำเป็นอย่างมาก

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการที่ศึกษาวิเคราะห์ตามที่ได้กล่าวมาทั้งหมด มาตรการทางกฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287 ยังไม่มีความครอบคลุมเพียงพอที่จะใช้ในการแก้ไขปัญหาสื่อลามก เพื่อให้เกิดความชัดเจน และสามารถคุ้มครองบุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปีได้อย่างมีประสิทธิภาพ รวมทั้งนำมาตราในการลงโทษผู้กระทำความผิดที่ถูกต้องเหมาะสมและยุติธรรมมาพัฒนากฎหมายไทยเห็นควรมีการพิจารณาทบทวนแก้ไข ดังนี้

ในการกำหนดฐานความผิดและมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กที่ตกเป็นเหยื่อ อายุเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด เมื่อเกิดปัญหาเกี่ยวกับการพิจารณารูปร่างของเด็ก ทำให้ไม่สามารถคาดคะเนได้ว่าเด็กอายุยังไม่เกินสิบแปดปี จากปัญหาดังกล่าวนี้ ส่งผลทำให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายตามมาตรานี้ไม่สามารถคุ้มครองเด็กได้อย่างมีประสิทธิภาพ วิธีการในการทำให้ลักษณะของการกระทำความผิดมีสถานะเป็นเงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัย โดยการเพิ่มวรรคสองเข้ามา ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287 โดยการบัญญัติเพิ่มว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรานี้ มีลักษณะที่ขาย จำหน่าย หรือเสนอขายสิ่งลามกให้เด็ก ส่งมอบเพื่อการครอบครอง ต้องระวางโทษ...” และ “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสอง หากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปี ห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้หลุดพ้นจากความผิดนั้น” ดังนี้ ก็จะทำให้ลักษณะการกระทำผิดเป็นเงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัย ทำให้สามารถคุ้มครองเด็กได้อย่างเด็ดขาด และมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

ในเรื่องอัตราโทษ ปัจจุบันการกำหนดโทษของผู้กระทำความผิดนั้น ในเรื่องของ การห้ามเผยแพร่ การผลิต การโฆษณา สิ่งลามกต่อบุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปีนั้น กฎหมายยังไม่มี การห้ามและกำหนดโทษแก่บุคคลที่ทำการขาย จำหน่าย หรือเสนอขายสิ่งลามกให้เด็กเพื่อครอบครอง ดังนั้น จึงสมควรนำหลักการกำหนดโทษตามสัดส่วนของการกระทำความผิดมา กำหนดตามระดับความหนักเบาของความผิด โดยมีการกำหนดโทษในอัตราที่สูงขึ้น อันเนื่องมาจากการพิจารณาถึง ลักษณะความร้ายแรงของการกระทำความผิดหรือความเป็นอันตรายของความผิดให้เหมาะสมที่ผู้กระทำได้กระทำลง โดยมีเหตุผลส่วนใหญ่มาจากการลงโทษให้เช็ดหลาบ หรือหลาบจำ ไม่กล้า กลับมากระทำความผิดอีก อีกทั้งเพื่อให้การนำไปปรับใช้เหมาะสมแก่พฤติการณ์และความเสียหายที่เกิดขึ้น



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

กมลินทร์ พิณีภูวคณ. แนวทางและมาตรการในการจัดการศึกษาของเด็กด้อยโอกาส (รายงานการวิจัย).

กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาแห่งชาติ, 2541.

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. กฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป (ฉบับพิมพ์ครั้งที่ 10).

กรุงเทพมหานคร: พลสยาม พรินต์ติ้ง (ประเทศไทย), 2551.

โกเมศ ขวัญเมือง. กฎหมายอาญาชั้นสูง. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2550.

คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560.

คณิต ณ นคร. “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา.” วารสารอัยการ, ปีที่ 3, ฉบับที่ 25, (มกราคม, 2523).

คณิต ณ นคร. ประมวลกฎหมายอาญา: หลักกฎหมายและพื้นฐานความเข้าใจ (พิมพ์ครั้งที่ 10).

กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2553.

คณิต ณ นคร. “ผู้เสียหายในคดีอาญา.” วารสารอัยการ, ปีที่ 1, ฉบับที่ 1.

ข้อกฎหมายในคดีอาญา อานันท์ หนังสือพิมพ์เป็นอภินันทนาการแก่ญาติมิตร
เนื่องในโอกาสอายุครบหกสิบปี, (2521).

คณิง ฉายไชย. เอกสารประกอบโครงการเวทีสัมมนาเพื่อจุดประกายความคิดในการพัฒนาระบบ
กฎหมายไทย. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน, 2546.

จกมลณี โตสกุลวงศ์. การวิเคราะห์ว่าทฤษฎีการให้ความหมายสื่อสิ่งพิมพ์ลามกของ 9
สถาบันในสังคมไทย. (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542).

จอมพล พิทักษ์สันตโยธิน. “ภาพ โป้: กฎหมายสื่อลามกและศีลธรรม.”

วารสารสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร, ปีที่ 12, ฉบับที่ 1, (มกราคม, 2559).

จิตติ ดิงศภัทย์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 (ครั้งที่ 10). กรุงเทพมหานคร:

สำนักอบรมศึกษากฎหมายเนติบัณฑิตยสภา, 2546.

จิตติ ดิงศภัทย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพมหานคร:

สำนักอบรมศึกษากฎหมายเนติบัณฑิตยสภา, 2548.

ชลิดากรณ์ ส่งสัมพันธ์. ภาษาเพศ: อำนาจ เรื่อง ทางเพศกับพหุนิยมทางจริยศาสตร์.

เชียงใหม่: ศูนย์สตรีศึกษา คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2547.

ชัยชนะ พรรัตนพันธุ์. “การคุ้มครองเด็กและเยาวชนที่เป็นเหยื่อการกระทำผิดทางเพศ ศึกษาเฉพาะกรณีการลงโทษกฎหมายอาญา.” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545).

ณรงค์ ใจกล้า. “ความหมายของสิ่งลามกในกฎหมาย.” วารสารนิติศาสตร์, 16(2), (2529).

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง (พิมพ์ครั้งที่ 23). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. มุมมองใหม่ในกฎหมายอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556.

นันทน์ภัสร์ สานธิพร. “มาตรการกฎหมายในการควบคุมสื่อลามกและสื่อที่ไม่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชน ศึกษากรณีร่างพระราชบัญญัติปราบปรามวัตถุชั่วพฤติกรรมอันตราย พ.ศ.” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552).

ปกป้อง ศรีสนิท. กฎหมายอาญาชั้นสูง อาชญากรรม ความรับผิดชอบ และโทษทางอาญา. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559.

ประธาน วัฒนวานิชย์. “บทบาทของกระบวนการยุติธรรมในการควบคุมอาชญากรรม.” รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี คร.ปรีดี เกษมทรัพย์, (2531).

ประกาศ อวยชัย. ข้อโต้แย้งจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาหรือฎีกา 100 ปี ตามกฎหมายอาญา. กรุงเทพมหานคร: กรุงเทพมหานคร พรินติ้ง กรุ๊ป, 2538.

ประมวลกฎหมายอาญา

พรชัย ชันดี และคณะ. ทฤษฎีและงานวิจัยทางอาญาวิทยา. กรุงเทพมหานคร: บุคเน็ท, 2543.

พิชัย พันภัย. “ทฤษฎีและขอบเขตของกฎหมายความรับผิดชอบในผลิตภัณฑ์เพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค.” วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์. ปีที่ 5. ฉบับที่ 4. (เมษายน-พฤษภาคม 2554).

พิศิษฐ์ ชวลาธวัช. กฎหมายสื่อสารมวลชน (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2541.

มหาวิทยาลัยเที่ยงคืน Midnight University’s Erotic Art. “โป๊-เปลือย-ลามก-อนาจาร (Pornography).” สืบค้นเมื่อวันที่ 14 เมษายน 2553 . จาก <http://www.midnightuni.org>.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

วิริยะ ธรรมจักร. “มาตรการกฎหมายในการคุ้มครองเด็กจากสื่อลามก.”

(วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2552).

สกล นิสารัตน์. “กฎหมายอาญาและการลงโทษที่เหมาะสม: แนวความคิดทางด้านปรัชญาและความยุติธรรมทางสังคม.” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545).

สุพล บริสุทธิ์. “การกำหนดความผิดทางอาญา: ศึกษาเฉพาะกรณีความผิดเกี่ยวกับการค้าประเวณี.”

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2550).

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. ปัญหาพิเศษในกฎหมายอาญา. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2547.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. หลักกฎหมายอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2539.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. หลักกฎหมายอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 5 แก้ไขเพิ่มเติม).

กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2551.

โตมนัส เจือศิริกุล. “มาตรการควบคุมต่อต้านสื่อลามกเด็ก.” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546).

หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญา ภาค 2-3 (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพมหานคร:

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538.

หยุด แสงอุทัย. คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 (พิมพ์ครั้งที่ 6).

กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2548.

หลวงประเสริฐมนูกิจ. คำอธิบายกฎหมายประเทศแองโกลแซกซอน. กรุงเทพมหานคร:

วิญญูชน, 2495.

อัจฉริยา ชูตินันท์. อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2557.

อฉนพ ชูบำรุง. ว่าด้วยเหยื่ออาชญากรรม (พิมพ์ครั้งที่ 1). นครปฐม:

โรงพิมพ์สถาบันพัฒนาสาธารณสุข เอเชียตะวันออกเฉียงใต้ มหาวิทยาลัยมหิดล, 2538.

อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. ทฤษฎีอาญา. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2548.

ภาษาต่างประเทศ

Easton, Susan M. The problem of pornography: regulation and the right to free speech.

London : Routledge, 1994.

Hunter Ian., Saunders, David and Williamson, Dagald. On pornography : literature

sexuality and obscenity law. New York : ST. Martin’s Press, 1993.

Jonathan Herring. A. Criminal Law : Text, Cases and Materials, 2004.

Linz, Daniel. Pornography: Communication Concepts. Californai: Sage publication, 1993.

Lydia Voigt, William, Thornton E., Jr., Leo Barrile, Jerrol Seaman M. Criminology and

Justice. New York: McGraw-Hill, 1994.

Manchester Collin. Computer pornography. Criminal L. Rev, 1995

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ – นามสกุล

ประวัติการศึกษา

ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน

ศุภลักษณ์ มณีสว่าง

พ.ศ. 2548 นิติศาสตรบัณฑิต

มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย

นิติกร 7

บริษัท บริหารสินทรัพย์กรุงเทพพาณิชย์ จำกัด มหาชน

