

วิเคราะห์ความรับผิดชอบทางอาญา ศึกษากรณีการครอบครอง  
สื่อลามกอนาจารเด็ก

วิชชุดา สุขสาคร

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร  
นิติศาสตรมหาบัณฑิต  
คณะนิติศาสตร์  
สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์  
2562

วิเคราะห์ความรับผิดชอบทางอาญา ศึกษากรณีการครอบครอง  
สื่อลามกอนาจารเด็ก  
วิษชุดา สุขสาคร  
คณะนิติศาสตร์

---

ผู้ช่วยศาสตราจารย์..........อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก  
(ดร.วริยา ล้ำเลิศ)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ได้พิจารณาแล้วเห็นสมควรอนุมัติให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

รองศาสตราจารย์..........ประธานกรรมการ  
(ชนินาฏ ลีตส์)

ผู้ช่วยศาสตราจารย์..........กรรมการ  
(ดร.วริยา ล้ำเลิศ)

ผู้ช่วยศาสตราจารย์..........กรรมการ  
(ดร.วราภรณ์ วนาพิทักษ์)

รองศาสตราจารย์..........คณบดี  
(นเรศร์ เกษะประกร)

ธันวาคม 2562

## บทคัดย่อ

ชื่อวิทยานิพนธ์	วิเคราะห์ความรับผิดชอบทางอาญา ศึกษากรณีการครอบครอง สื่อลามกอนาจารเด็ก
ชื่อผู้เขียน	นางสาววิชชุดา สุขสาคร
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
ปีการศึกษา	2562

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อวิเคราะห์ความรับผิดชอบทางอาญา ศึกษากรณีการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก วิทยานิพนธ์นี้จะมุ่งเน้นศึกษาเพื่อสรุป วิเคราะห์ตอบปัญหาดังกล่าว รวมถึงความเป็นมา แนวคิด พัฒนาการของการคุ้มครองเด็ก ความหมายของสื่อลามกอนาจาร การครอบครอง และองค์ประกอบของกฎหมายข้างต้น ทั้งนี้เพื่อศึกษาทำความเข้าใจกฎหมายดังกล่าว และเปรียบเทียบกับกรอบการคุ้มครองในทางกฎหมายอาญา กับกฎหมายอาญาอื่น ๆ รวมทั้งกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี โดยศึกษาจากกฎหมายและคำพิพากษาของศาลประเทศสหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักร สหพันธรัฐเยอรมนี เนื่องจากเป็นประเทศที่ให้ความสำคัญและเป็นประเทศแรก ๆ ที่ริเริ่มมีกฎหมายให้ความคุ้มครองในเรื่องสื่อลามกอนาจารเด็ก โดยศึกษาเปรียบเทียบนำไปสู่ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับแนวทางที่เหมาะสมเพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขหรือปรับปรุงกฎหมายในประเทศไทย

ผลการศึกษาพบว่า ปัจจุบัน ประเทศไทยและต่างประเทศ ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองเด็กในส่วนที่เกี่ยวกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก พบว่า การกำหนดความรับผิดในทางอาญา โดยเหตุผลที่ต้องมีการแยกกฎหมายความรับผิดทางอาญาในส่วนที่เป็นสื่อลามกอนาจารเด็กออกจากสื่อลามกอนาจารผู้ใหญ่ นั้นสื่อลามกอนาจารคือภาพเด็กซึ่งเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศอย่างเปิดเผย หรือภาพซึ่งแสดงอวัยวะเพศหรือทวารหนักของเด็กโดยมีวัตถุประสงค์ทางเพศ หรือ เสียงเด็ก หรือบุคคลที่แสดงเป็นเด็กซึ่งเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศอย่างเปิดเผย หรือภาพ หรือเสียง สนับสนุนส่งเสริมหรือกระตุ้นให้เกิดกิจกรรมทางเพศอันผิดกฎหมายต่อเด็กการแยกแยะภาพศิลปะ หรือศิลปะกับสื่อหรือภาพการลามกอนาจารนั้น ต้องพิจารณา (1) ให้อายุที่เจตนาของผู้ทำงานนั้น ๆ (2) ให้อายุปฏิภพของผู้ชม (3) ความมีคุณค่า (4) ให้อายุที่มีหรือความสามารถในการถ่ายทอดของศิลปิน (5) ใช้การวินิจฉัยในทัศนะของวิญญูชน (6) งานที่พรรณนาหรือบรรยายถึงการกระทำทางเพศ ในความหมายที่มีการกำหนดไว้ โดยเฉพาะโดยกฎหมายของรัฐหรือไม่ (7) งานดังกล่าว ปราศจากคุณค่าทาง วรรณกรรม ศิลปกรรม การปกครอง หรือทางวิทยาการหรือไม่ (8) เป็นกรณีที่เกิดความเสียหายต่อศีลธรรมอันดีของสังคมหรือไม่

ประเด็นการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายอาญานั้นต้องประกอบด้วยองค์ประกอบ 2 ประการ (1) มี การควบคุมตัวทรัพย์ เป็นองค์ ประกอบทางกาย (Corpus) (2) มี เจตนาในการควบคุมองค์ ประกอบทั้งใจ (Animus) โดยองค์ประกอบทั้งสองประการจะต้องอยู่ด้วยกันถึงจะ

(4)

ได้สิทธิครอบครอง ส่วนการครอบครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีองค์ประกอบ 5 ประการ (1) มีการยึดถือ (2) มีเจตจำนงในการยึดถือ (3) มีเจตนาในการครอบครอง (4) มีเจตนาเป็นเจ้าของหรือไม่ก็ได้ (5) มีอำนาจในการควบคุมทรัพย์สินโดยกฎหมายของหลายประเทศ ก็มีการแบ่งแยกประเภทสื่อลามกอนาจารเด็กออกจากสื่อลามกอนาจารผู้ใหญ่ และกำหนดว่าการครอบครองสื่อลามกเด็กเป็นความผิด โดยกำหนดโทษทั้งผู้ครอบครอง ผู้เผยแพร่ส่งต่อ และผู้ขาย มีบทลงโทษที่รุนแรงกว่ากรณีสื่อลามกอนาจารผู้ใหญ่

แนวทางการคุ้มครองเด็กทั้งในประเทศและต่างประเทศมี พัฒนาการที่ดีเรื่อยมาพิจารณาจากกติการะหว่างประเทศ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯและกฎหมายคุ้มครองเด็ก

เพื่อให้เด็กได้ รับการคุ้มครองและป้องกันจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศมากขึ้น จึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญากำหนดให้ ความผิดเกี่ยวกับการค้า หรือให้แพร่หลายซึ่งวัตถุหรือสิ่งลามกที่เป็นสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดที่ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษหนักขึ้น รวมทั้งกำหนดให้ การครอบครองและส่งต่อซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดซึ่งปัจจุบันกฎหมายดังกล่าว มีผลบังคับใช้แล้ว

## ABSTRACT

<b>Title of Thesis</b>	Analysis on Criminal Liability: Case Study on The Possession of Child Pornography
<b>Author</b>	Miss Witchuta Suksakhorn
<b>Degree</b>	Master of Laws
<b>Year</b>	2019

---

This thesis aims to analyze criminal liabilities of the possession of the child pornography by studying on origins, concept, and development of the child protection, the definition of pornography, pornography possession, and its criminal elements. The study is done by comparing the Thai laws with different countries which are USA, UK, and Germany. I chose these countries for studying about the subject as they were the first to be concerned about the harms of child pornography and take action through legislation. This comparative study will be a great guideline for Thailand to improve the current laws of child pornography.

Child pornography is considered a sexual harassment against children. Overall, many countries have already legislated a law to prevent such offenses. In Thailand, the criminal code was revised by an Amending Act for Thai Criminal Code (24<sup>th</sup> edition) B.E. 2558 to add section 287/1 to the code. Such section provides that “Anyone who possesses child pornography for sexual exploitation in favour of himself or another shall be liable to imprisonment for not more than five year, or a fine of not exceeding one hundred thousand baht, or both. . .”<sup>1</sup>

If we look at the sections closely, the section does not provide the definition of “obscenity” and “possession”. This might cause some problems during the case as we cannot exactly define the characteristics of possession. The possession can be hard to define in current day because of the more advanced technology which might cause the offender to possess or store the items in digital forms.

As I have mentioned above, several countries, including Thailand, have already been more concerned on the child protection, especially on the child pornography matter. I found that a possession of child pornography was a separate offense from a possession of an adult pornography in order to make the punishment more severe.

The child pornography can be described as the work that show a child engaging in the sexual activity explicitly or the sexual organs (including an anal part) of a child for

---

<sup>1</sup> “An Amending Act for Thai Criminal Code (24<sup>th</sup> ed.) B.E .2558,” **Government Gazette** 132<sup>nd</sup> issue, chapter 86η (September 8, B.E. 2558), p. 84.

(6)

the purpose of inducing the sexual feeling towards the viewers. However, we must learn to recognize the difference between the art and pornography.

Therefore, to distinguish between art and pornography, I consider that we must consider (1) the creator's intention (2) viewer's reaction (3) general value of such work (4) skills used in expressing the work of the creator (5) reasonable person's opinion (6) the state's definition of work related to (7) the value of literature, art, administration, or technology in such work (8) the effect of such work to the public order and moral.

The elements of the offense must consist of theses 2 following elements which are (1) a possession of the property (a corporeal element or corpus) (2) an intention to possess the item (a mental element or animus). The nature of possession might be compared to the possession as defined by civil law which must be consisted of 5 elements which are (1) a physical holding of such item (2) an intention in such holding (3) an intention in possession (4) an intention in holding as an owner (5) having a rights to control the item. Moreover, in many countries, the punishment has different degrees between the possessor, distributor, and the seller.

Additionally, regarding the section 1(17) and section 287/1 and 287/2 of Thai criminal code, it can be said that the current laws still do not correspond to the United Nations Convention on the Rights of the Child (augmented by the Optional Protocol on the sale of children, child prostitution and child pornography) since the convention want the signatories to give a punishment to the artificial or editing pornography as well. Besides, the laws do not have the punishment for the making of child pornography. I recommend that if there is a definition of the making added in the future, the definition should not concern about the purpose of the making since the existence of such item must be considered a harassment or abuse against child. More importantly, as we can see in some countries, the law should focus on the action, not the result of the action, to prevent the future crime.

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จได้ด้วยดีด้วยความช่วยเหลือของผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วริยา ล้ำเลิศ อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ท่านได้สละเวลาอันมีค่าในการให้คำแนะนำ ให้คำปรึกษา ตลอดจนช่วย แก้ไขปัญหาและข้อบกพร่องต่าง ๆ โดยตลอดระยะเวลาในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ขอกราบขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ ชนิษฐา ลีตส์ ท่านได้กรุณาอย่างยิ่งในการเป็น ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วราภรณ์ วนาพิทักษ์ ที่ได้กรุณาอย่างยิ่งในการเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ทั้งสองท่านได้ให้คำแนะนำในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เพื่อปรับปรุงแก้ไขข้อบกพร่องต่าง ๆ จนทำให้วิทยานิพนธ์มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนขอขอบพระคุณบิดามารดา ครอบครัว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง นายระดมยุทธย์ อิศธรรมรักษ์ ที่เป็นทั้งหัวหน้างาน ที่ปรึกษา และเป็นดั่งบิดา ที่ให้การสนับสนุน ทั้งด้านการเรียนและ ด้านต่าง ๆ ทุกเรื่อง ทั้งยังเป็นกำลังใจแก่ผู้เขียนเสมอมา

ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์เล่มนี้จะเกิดประโยชน์ต่อผู้ที่ได้ศึกษาทั้งในปัจจุบัน และอนาคต หากวิทยานิพนธ์เล่มนี้มีข้อบกพร่องหรือข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนกราบขออภัยมา ณ ที่นี้

วิษชุดา สุขสาคร  
สิงหาคม 2562

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อ	(3)
ABSTRACT	(5)
กิตติกรรมประกาศ	(7)
สารบัญ	(8)
<b>บทที่ 1 บทนำ</b>	<b>1</b>
1.1 ความเป็นมาและสภาพปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	3
1.3 สมมติฐานของการศึกษา	3
1.4 ขอบเขตของการศึกษา	4
1.5 วิธีการที่ใช้ในการศึกษา	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	5
<b>บทที่ 2 แนวคิดและพัฒนาการในความผิดทางอาญาของการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก</b>	<b>6</b>
2.1 แนวคิดในความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก	6
2.1.1 แนวคิดในการคุ้มครองเด็กเกี่ยวกับความผิดทางอาญา	6
2.1.2 เหตุผลที่ต้องกำหนดโทษในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ออกจากสื่อผู้ใหญ่	13
2.2 พัฒนาการของสื่อลามกอนาจารเด็ก	17
2.2.1 พัฒนาการของสื่อลามก	17
2.2.2 พัฒนาการของสื่อลามกเด็ก	19
2.2.3 พัฒนาการของสื่อทางเพศในประเทศไทย	20
2.3 ความหมายของคำว่าลามกอนาจารและสื่อลามกอนาจารเด็ก	22
2.3.1 ความหมายของศิลปะกับลามกอนาจาร	22
2.3.2 ความหมายของคำว่าลามกอนาจาร	26
2.3.3 ความหมายของคำว่าสื่อลามกอนาจารเด็ก	30
2.3.3.1 ความหมายทั่วไป	30
2.3.3.2 ความหมายตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศ	32
2.3.3.3 ความหมายตามกฎหมายต่างประเทศ	33
2.3.3.4 ความหมายของคำว่าลามกอนาจารตามคำวินิจฉัยของศาลไทย	36
2.3.3.5 ประเภทของสื่อลามกเด็ก	38

2.3.3.6	ความสัมพันธ์ของเด็กกับสิ่งลามก	39
2.4	อายุในความหมายของเด็ก	41
2.5	การครอบครองตามกฎหมายอายุกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก	44
2.5.1	ครอบครองตามความเป็นจริง	45
2.5.2	การครอบครองในคดีอาญา	48
2.5.2.1	ความผิดฐานลักทรัพย์	50
2.5.2.2	ความผิดฐานยักยอก	50
2.5.2.3	แนวการครอบครองตามกฎหมายอายุอื่น	51
2.5.3	การครอบครองในระบบอินเทอร์เน็ต	56
2.6	การควบคุมการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก	57
2.6.1	แนวคิดเหยื่ออาชญากรรม (Victimology) และการคุ้มครองเหยื่ออาชญากรรม (Victim Protection)	57
2.6.2	ทฤษฎีควบคุมอาชญากรรมจากสภาพแวดล้อม (Theory of Crime Control Through Environmental Design)	60
<b>บทที่ 3</b>	<b>กฎหมายเกี่ยวกับการครอบครองและความรับผิดชอบของสื่อลามกอนาจารเด็กของไทย และของต่างประเทศ</b>	<b>61</b>
3.1	กฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของไทย	61
3.1.1	กฎหมายที่เกี่ยวกับการกระทำความลามก	61
3.1.1.1	กฎหมายตราสามดวง	61
3.1.1.2	กฎหมายลักษณะอาญา	63
3.1.1.3	ประมวลกฎหมายอาญา	65
3.1.1.4	พระราชบัญญัติปรามการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุอันลามกพุทธศักราช 2471	66
3.1.1.5	พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546	68
3.1.1.6	พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดทางคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550	69
3.1.2	กฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง	69
3.1.2.1	พระราชบัญญัติการพิมพ์ พ.ศ.2484 และพระราชบัญญัติจัดแจ้งการพิมพ์ พ.ศ.2550	69
3.1.2.2	พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ.2530	70
3.1.2.3	พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ.2473	71
3.1.2.4	พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551	72
3.1.2.5	พระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ พ.ศ.2530	72
3.1.2.6	พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม	73

	พ.ศ.2543	
3.1.2.7	พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.2553	74
3.1.3	กฎหมายครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กของไทย	74
3.1.3.1	รายละเอียดการเสนอกฎหมายเกี่ยวกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก	74
3.1.3.2	กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทย	92
3.2	กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจารเด็กของสหราชอาณาจักร	100
3.2.1	กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจาร	101
3.2.1.1	The Obscene Publications Act 1959	101
3.2.1.2	The Protection of Children Act 1978	104
3.2.1.3	The Criminal Justice and Public Order Act 1994	114
3.2.1.4	พระราชบัญญัติการแสดงผลที่ไม่เหมาะสม ค.ศ.1981 The Indecent Displays (Control) Act 1981	116
3.2.1.5	พระราชบัญญัติการสื่อสาร 1984 (Telecommunications Act 1984)	117
3.2.1.6	Theatres Act 1968	118
3.2.1.7	Coroners and Justice Act 2009	119
3.2.1.8	Criminal Justice and Immigration Act 2008	124
3.2.2	ตัวอย่างคำพิพากษาศาลสหราชอาณาจักร	128
3.3	ประเทศสหรัฐอเมริกา	139
3.3.1	ความหมายของสื่อลามกอนาจาร	140
3.3.2	กฎหมายสื่อลามกอนาจารในสหรัฐอเมริกา	143
3.3.3	กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กในสหรัฐอเมริกา	146
3.3.4	คำพิพากษาศาลสูงสหรัฐ ที่เกี่ยวข้องกับคำว่าครอบครอง	169
3.4	ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	174
3.4.1	ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (German Criminal Code)	174
3.4.2	คำพิพากษาศาลสูงสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	180
<b>บทที่ 4</b>	<b>วิเคราะห์เปรียบเทียบขอบเขตของการครอบครองและความรับผิดชอบของผู้มีไว้ในครอบครองซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็ก</b>	<b>184</b>
4.1	วิเคราะห์เปรียบเทียบความหมายของคำว่า “สื่อลามก”	185
4.1.1	เปรียบเทียบบทนิยาม	185
4.1.2	เปรียบเทียบความหมายของคำว่า “ลามกอนาจาร”	189
4.1.3	วิเคราะห์เปรียบเทียบความหมายของ “การกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็ก” (Depict Sexual Acts of a Child or with a Child)	199

4.1.3.1	การกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็ก	199
4.1.3.2	ความหมายของคำว่า “เด็ก”	201
4.2	วิเคราะห์เปรียบเทียบฐานความผิด	204
4.2.1	ความผิดฐานครอบครองประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287/1	204
4.2.1.1	ความหมายของคำว่า “ผู้ใด”	204
4.2.1.2	ความหมายของคำว่า “ครอบครอง”	204
4.2.1.3	การครอบครองสื่อลามกอนาจารในสหราชอาณาจักร	206
4.2.1.4	การครอบครองสื่อลามกอนาจารในสหรัฐอเมริกา	212
4.2.1.5	การครอบครองสื่อลามกอนาจารในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	216
4.2.1.6	วิเคราะห์เปรียบเทียบองค์ประกอบ “เพื่อแสวงหาประโยชน์ ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น”	218
4.2.1.7	วิเคราะห์เปรียบเทียบลักษณะการครอบครอง	221
4.2.1.8	วิเคราะห์เปรียบเทียบการมี (Cache) เบราเซอร์ การดาวน์โหลด (Downloading) การจัดเก็บหรือ การบันทึก (Save) การพิมพ์ภาพ (Print)	223
4.2.1.9	วิเคราะห์เปรียบเทียบลักษณะข้อยกเว้นในการกระทำความผิด	225
<b>บทที่ 5</b>	<b>บทสรุปและข้อเสนอแนะ</b>	<b>227</b>
5.1	บทสรุป	227
5.2	ข้อเสนอแนะ	242
<b>บรรณานุกรม</b>		<b>245</b>
<b>ประวัติผู้เขียน</b>		<b>256</b>

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและสภาพปัญหา

เนื่องจากการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ.2558 ที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติว่าด้วยการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก รวมถึงความผิดเกี่ยวกับการครอบครองเพื่อการแสวงหาประโยชน์ในทางเพศหรือทางการค้า ซึ่งเมื่อดูจากบทนิยามคำว่า “สื่อลามกอนาจารเด็ก” ที่มีความหมายว่า วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปี โดยรูป เรื่องหรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมายรูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพหรือรูปแบบอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน และให้หมายความรวมถึงวัตถุหรือสิ่งต่าง ๆ ข้างต้นที่จัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้ ประกอบกับ มาตรา 287/1 ได้บัญญัติว่า “ผู้ใดครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ถ้าผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งส่งต่อซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กแก่ผู้อื่นต้องระวางโทษ. . .”<sup>1</sup>

จะเห็นว่า กฎหมายได้มีการแก้ไขบัญญัติให้การ “ครอบครอง” สื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิด ซึ่งกฎหมายดังกล่าวมิได้นิยามความหมายของคำว่า “ลามกอนาจาร” และ “ครอบครอง” ไว้ โดยเฉพาะซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติว่าอย่างไรคือการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก เนื่องจากในยุคปัจจุบันมีความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี โดยเฉพาะระบบการสื่อสารไร้สายอย่างเช่นระบบอินเทอร์เน็ต ที่สื่อสารผ่านเครื่องคอมพิวเตอร์ โทรศัพท์ โทรทัศน์ มือถือหรืออุปกรณ์อื่น ๆ ยิ่งทำให้การพิจารณาว่าอย่างไรคือการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กยิ่งยากขึ้น อาทิ การเปิดดูเว็บไซต์ต่าง ๆ แต่ภาพเหล่านั้นมิใช่ของผู้เปิดดู เป็นของเจ้าของเว็บไซต์นั้น ๆ จะถือว่าเป็นผู้ครอบครองแล้วหรือไม่ เมื่อเปิดดูแล้วเป็นการรับเข้ามาสู่ในระบบคอมพิวเตอร์หรือไม่ การส่งรูปถ่ายผ่านแอปพลิเคชันต่าง ๆ การแนบไฟล์ในอีเมล การรับไฟล์หรือรูปถ่ายโดยไม่ได้ร้องขอให้ส่ง การเข้าถึงเว็บไซต์ที่มีลักษณะบอกรับสมาชิกและได้รับรหัสเมื่อจะใช้จะถือว่าเป็นการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กหรือไม่ ผู้ใช้อาจมิได้ประสงค์จะครอบครองสื่อลามกอนาจาร แต่สิ่งเหล่านี้ก็อาจเกิดขึ้นหรือเข้ามาถึงเครื่องของผู้ใช้ได้โดยมิได้ตั้งใจ เช่น เมื่อเข้าระบบอินเทอร์เน็ตด้วยการเข้าสู่เว็บไซต์หรือเสิร์ชเอนจิน

---

<sup>1</sup> พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ.2558, ราชกิจจานุเบกษา 132, 86ก (8 กันยายน 2558), หน้า 84.

(Search Engine) ซึ่งอาจไปเผลอกดเข้าเว็บไซต์ที่มีไวรัส หรือมีโฆษณาแฝงโดยไม่เจตนา หรือโฆษณาที่ผุดขึ้นมา (ป๊อปอัพ) เวลาเปิดหน้าเว็บไซต์บางแห่ง หรืออีกกรณีหนึ่งหากบุคคลไม่ได้ประสงค์จะเกี่ยวข้องอะไรกับสื่อลามกเด็กเลย เช่น ดูเว็บลามกผู้ใหญ่แต่บังเอิญมีป๊อปอัพโฆษณาสื่อลามกเด็กขึ้นมาจะถือว่าเป็นการครอบครองด้วยหรือไม่ นอกจากนี้ในการเข้าสู่ระบบอินเทอร์เน็ต ในคอมพิวเตอร์ยังอาจมี Caching ในอินเทอร์เน็ตเบราว์เซอร์หรือ Temporary File ที่เวลาเปิดเว็บดูข้อมูลหรือข้อมูลที่เคยดาวน์โหลดและลบไปแล้วแต่ถูกระบบดึงมาเก็บไว้อยู่ในเครื่องโดยอัตโนมัติ สิ่งเหล่านี้บางคนแม้จะใช้คอมพิวเตอร์แต่ก็ไม่ทราบว่า Caching หรือ Temporary File คืออะไร มาได้อย่างไร การเปิดดูแล้วลบออกแต่ยังสามารถกู้ข้อมูลกลับคืนมาได้ การลบสื่อลามกอนาจารเหล่านั้น ออกแล้วแต่ข้อมูลยังไปอยู่ในส่วนที่เป็นไฟล์ขยะ (Recycle Bin) การถ่ายภาพตนเองและครอบครองไว้ การมีไว้เพื่อส่วนตน รวมทั้งหากเป็นกรณีที่มีได้มีไว้เพื่อใช้ทำอย่างอื่นซึ่งมิได้มีวัตถุประสงค์ในทางเพศ เช่น เจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งสืบสวนจับกุมผู้กระทำความผิดมีไว้ในการสืบสวนสอบสวน หมายควมมีภาพไว้เพื่อการฟ้องคดีหรือใช้เพื่อเป็นหลักฐานในการฟ้องคดี หรือใช้ในทางวิทยาศาสตร์ ศิลปะ เช่น ภาพนู้ด (Nude) เหล่านี้จะถือว่ามีความครอบครองหรือไม่ ดังนี้ การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก จะมีลักษณะตามหลักการครอบครองโดยทั่วไปหรือไม่ มีข้อเหมือนหรือแตกต่างกับการครอบครองทำนองกับกฎหมายที่มีโทษทางอาญาอื่น ๆ หรือไม่ เช่น พระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ.2490 และพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ.2522 ทั้งแม้แต่ในประมวลกฎหมายอาญาก็มีความผิดที่เกี่ยวกับการครอบครอง อยู่หลายมาตรา เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ ความผิดฐานยักยอก ความผิดบุกรุก เป็นต้น นอกจากนี้ กฎหมายดังกล่าว ยังมีได้อธิบายถึงการกระทำใดหรือรูปภาพลักษณะใดจึงจะถือว่าเป็นสื่อหรือภาพลามกอนาจาร ซึ่งบางครั้งก็ยากยิ่งที่จะแยกแยะว่า การกระทำใดหรือรูปภาพใด เป็นศิลปะหรือการกระทำในลักษณะลามกอนาจาร เนื่องจากภาพนู้ดหรือภาพเปลือยบางอย่างอาจเป็นภาพศิลปะที่ทรงคุณค่า จะมีมุมมองอย่างไรจึงจะแยกแยะได้ในระหว่าง ลักษณะของภาพในทางศิลปะหรือเป็นภาพลามกอนาจาร และภาพที่เกิดจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์ อาศัยเทคนิคในการตัดต่อภาพทางคอมพิวเตอร์กราฟิกหรือวิธีอื่นในการทำนองเดียวกันที่ทำให้เกิดภาพขึ้นใหม่โดยมิใช่เด็กจริงหรือไม่ เช่น ภาพการ์ตูน หรือ ภาพการ์ตูนเคลื่อนไหว (อนิเมชั่น) ตัวละครที่สร้างขึ้นให้เหมือนคน วรณกรรม หรือนิยายต่าง ๆ เป็นต้น จะถือเป็นสื่อลามกอนาจารด้วยหรือไม่

โดยวิทยานิพนธ์นี้ จะมุ่งเน้นศึกษาเพื่อสรุป วิเคราะห์ตอบปัญหาดังกล่าว รวมถึงความเป็นมา แนวคิด พัฒนาการของการคุ้มครองเด็ก ความหมายของสื่อลามกอนาจาร การครอบครอง และองค์ประกอบของกฎหมายข้างต้น ทั้งนี้เพื่อศึกษาทำความเข้าใจกฎหมายดังกล่าว และเปรียบเทียบกับ การครอบครองในทางกฎหมายอาญา กับกฎหมายอาญาอื่น ๆ รวมทั้งกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี โดยศึกษาจากกฎหมายและคำพิพากษาของศาลประเทศสหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักร สหพันธรัฐเยอรมนี เนื่องจากเป็นประเทศที่ให้ความสำคัญและเป็นประเทศแรก ๆ ที่ริเริ่มมีกฎหมายให้ความคุ้มครองในเรื่องสื่อลามกอนาจารเด็ก เพื่อศึกษาเปรียบเทียบเพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขหรือปรับปรุงกฎหมายต่อไป

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

- 1) เพื่อศึกษาแนวความคิดการคุ้มครองเด็กในส่วนที่เกี่ยวกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก
- 2) เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็ก รวมทั้งศึกษาข้อต่างระหว่างภาพศิลปะหรือศิลปะกับสื่อหรือภาพการลามกอนาจาร
- 3) เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ความหมายของการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก เปรียบเทียบกับหลักการครอบครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายอาญา โดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยกับกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และสหพันธรัฐเยอรมนี
- 4) เพื่อศึกษาแนวทางการคุ้มครองเด็กในต่างประเทศทั้งตามกฎหมายระหว่างประเทศ อาทิ กติการะหว่างประเทศ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ และกฎหมายคุ้มครองเด็กของสหราชอาณาจักร ประเทศสหรัฐอเมริกาและ สหพันธรัฐเยอรมนี
- 5) วิเคราะห์เปรียบเทียบเพื่อนำไปสู่ข้อเสนอพิจารณาปรับปรุงกฎ ระเบียบ ข้อกำหนด หรือกฎหมาย

## 1.3 สมมติฐานของการศึกษา

การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287/1 ที่แก้ไขใหม่ หากพิจารณาถึงการครอบครอง โดย เฉพาะ ในบริบทของการสื่อสารในระบบออนไลน์หรือทางอินเทอร์เน็ต โดยการใช้อุปกรณ์คอมพิวเตอร์ไม่ว่า จะเป็น คอมพิวเตอร์ตั้งโต๊ะ โทรศัพท์มือถือ หรือระบบการสื่อสารอื่น ๆ ทำให้การแปลความหมาย เกี่ยวกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก แตกต่างจากการครอบครองในความหมายทั่วไป คือ ต้องมีอำนาจครอบครองควบคุมเหนือทรัพย์สินทางกายภาพตามความเป็นจริง และต้องมีเจตจำนง (Will) ที่จะมีอำนาจเหนือทรัพย์สินนั้น สิ่งของนั้นจำเป็นต้องตั้งอยู่ในความครอบครองควบคุมของ ผู้ครอบครองด้วยหรือไม่ เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับของประเทศสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และ สหพันธรัฐเยอรมนี แต่การครอบครองในระบบอินเทอร์เน็ตเป็นการครอบครองในกรณีพิเศษมีแนวคิดที่ แตกต่างไป โดยเน้นการควบคุมมากกว่าการครอบครองจริงทางกายภาพ ถ้าผู้กระทำได้ควบคุม ข้อมูลหรือมีข้อมูลที่เกี่ยวข้องภายใต้การควบคุมทางกายภาพของเขาแล้ว แม้จะไม่อยู่ในลักษณะทาง กายภาพที่จะครอบครองถ้ามีการควบคุมได้แม้จะอยู่ห่างโดยระยะทางก็ถือว่าเป็นครอบครองแล้ว ซึ่ง ยังอยู่ในลักษณะการครอบครองในทางอาญาทั่วไปทำนองกับการครอบครองตามประมวลกฎหมาย อาญาในลักษณะลักทรัพย์ ยักยอก พระราชบัญญัติอาวุธปืน และมีลักษณะเดียวกับการครอบครองยา เสพติดตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ.2522 ซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้ว่าผู้มีไว้ในครอบครอง เป็นความผิด

นอกจากนี้ การดาวน์โหลด การค้นหา การบันทึก การรับ การแนบไฟล์ในอีเมล การดูภาพ ในจอคอมพิวเตอร์ผ่านทางอินเทอร์เน็ต หรือในกรณีข้อมูลที่เป็น Caching ที่เป็นส่วนที่คอมพิวเตอร์ เก็บข้อมูลไว้โดยอัตโนมัติเมื่อผู้ใช้ค้นหาหรือเข้าไปสู่ข้อมูลในเว็บไซต์ต่าง ๆ ข้อมูลที่ถูกลบแล้ว แต่ ยังคงถูกเก็บไว้ในส่วนที่เป็นการเก็บข้อมูลสำรอง (Recycle Bin) และข้อมูลที่ถูกลบแล้วแต่ยังสามารถ

กู้คืนได้ ในบริบทของการใช้คอมพิวเตอร์และการใช้อินเทอร์เน็ตแล้ว อาจจะได้ว่าเป็นการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กตามความหมายการครอบครองข้างต้นแล้ว หากเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศยังเป็นการ “ทำขึ้น (Making)” อีกด้วย แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายดังกล่าวยังมีองค์ประกอบในเจตนาพิเศษ คือ “เพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น” ดังนั้น แม้จะมีการครอบครอง แต่ก็ยังอาจจะไม่มีผิดความผิดตามมาตรา ๓๖ หากไม่มีเจตนาพิเศษที่จะครอบครอง “เพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น”

#### 1.4 ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาหลักการคุ้มครองเด็กในกรณีการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก ศึกษากฎหมายและคำพิพากษาของศาลประเทศสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร สหพันธรัฐเยอรมนีและกฎหมายของประเทศไทย ศึกษาเหตุผลในการแก้ไขกฎหมายความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็ก และลักษณะของการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายที่แก้ไขใหม่ โดยศึกษาจากงานวิจัย บทความวิทยานิพนธ์ ตำราทางวิชาการ ตลอดจนคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้อง เปรียบเทียบกับกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร รวมถึงสหพันธรัฐเยอรมนี และกฎหมายระหว่างประเทศ

#### 1.5 วิธีการที่ใช้ในการศึกษา

ศึกษาค้นคว้าในรูปแบบการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยค้นคว้าจากหนังสือ คู่มือ ตำรา บทความ งานวิจัย วิทยานิพนธ์ รายงานการประชุม เว็บไซต์ต่าง ๆ กฎ ระเบียบ คำพิพากษา คดีของทั้งประเทศไทยและต่างประเทศ ข้อกำหนด คู่มือการปฏิบัติงาน นำมาประมวลผล วิเคราะห์เปรียบเทียบเพื่อนำไปสู่ข้อเสนอพิจารณาปรับปรุงกฎหมาย ระเบียบ ข้อกำหนด หรือกฎหมายต่อไป

#### 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- 1) ทำให้ทราบความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็กในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจาร
- 2) ทำให้ทราบความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็ก รวมทั้งศึกษาข้อต่างระหว่างภาพศิลป์หรือศิลปะกับสื่อหรือภาพการลามกอนาจาร
- 3) ทำให้ทราบถึงความหมายของการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก เปรียบเทียบกับการครอบครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ครอบครองตามประมวลกฎหมายอาญา และกฎหมายอาญาอื่น ๆ ของไทย รวมทั้งศึกษาการครอบครองเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และสหพันธรัฐเยอรมนี
- 4) ทำให้ทราบถึงแนวทางการคุ้มครองเด็กตามกฎหมายระหว่างประเทศ อาทิ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ และอื่น ๆ รวมถึงประเทศสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และสหพันธรัฐเยอรมนี

5) ทำให้ได้ข้อเสนอแนะเพื่อการปรับปรุงแก้ไขหรือเพิ่มเติมกฎหมายให้มีความสอดคล้องกับ  
วัตถุประสงค์ในการคุ้มครองเด็กและสอดคล้องกับการคุ้มครองเด็กในระดับสากลต่อไป

## บทที่ 2

### แนวคิดและพัฒนาการในความผิดทางอาญาของ การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก

#### 2.1 แนวคิดในความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก

ในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงเหตุผลที่ต้องมีการคุ้มครองเด็กโดยกำหนดเป็นโทษทางอาญาแก่ผู้กระทำต่อเด็ก ในการคุ้มครองเด็กรวมถึงการคุ้มครองเด็กในส่วนที่เป็นสื่อลามกอนาจารเด็ก

##### 2.1.1 แนวคิดในการคุ้มครองเด็กเกี่ยวกับความผิดทางอาญา

แนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดให้การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดทางอาญานั้น เริ่มต้นมาจากแนวคิดเรื่องกฎหมายธรรมชาติและสิทธิตามธรรมชาติ ซึ่งเดิมแนวคิดดังกล่าวโน้มเอียงไปในทางจำกัดอำนาจกษัตริย์หรือผู้ปกครองซึ่งมีมากเกินไป ต่อมาจึงได้เกิดการพยายามที่จะกำหนดสิทธิต่าง ๆ ซึ่งบุคคลได้รับจากรัฐในฐานะที่พวกเขาเป็นมนุษย์ไว้เป็นมาตรฐานเดียวกัน และเพื่อจะอ้างแสดงถึงสิทธิพื้นฐานดังกล่าว บรรดานักปราชญ์จึงอ้างกันเสมอว่า สิทธิเหล่านี้เป็นสิทธิธรรมชาติ (Natural Rights) สืบเนื่องมาจาก “กฎหมายธรรมชาติ” (Natural Law) แนวคิดนี้จึงมีบทบาทสำคัญที่ทำให้เกิดแนวคิดที่จะคุ้มครองสิทธิของบุคคล ซึ่งลักษณะกฎหมายธรรมชาติมีหลักการสำคัญสามประการคือ ประการแรก เป็นกฎหมายที่ใช้ได้โดยไม่จำกัดเวลาคือไม่มีเวลาล่วงพ้นสมัย ประการที่สอง ใช้ได้ทุกแห่งไม่จำกัดว่าจะต้องใช้ในรัฐใดรัฐหนึ่ง ประการที่สามอยู่เหนือกฎหมายของรัฐคือรัฐจะออกกฎหมายให้ขัดแย้งกับกฎหมายธรรมชาติไม่ได้ มิฉะนั้นกฎหมายของรัฐก็จะใช้บังคับไม่ได้

Aristotle นักปราชญ์ชาวกรีก ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับสิ่งซึ่ง “เป็นธรรมชาติโดยธรรมชาติ” ว่าเป็นความเป็นธรรมที่สมบูรณ์ กับสิ่งซึ่ง “เป็นธรรมโดยเพียงกฎหมาย” อันเป็นความเป็นธรรมที่ไม่สมบูรณ์ ที่เห็นเช่นนี้ก็เพราะว่า ความเป็นธรรมตามธรรมชาติมีผลบังคับใช้ในทุก ๆ แห่ง<sup>2</sup> จากแนวคิดเรื่องสิทธิธรรมชาตินี้ ทำให้มีแนวคิดตามสิทธิธรรมชาติสืบเนื่องกันมา โดยมีแนวคิดว่า “มนุษย์เกิดมาเท่าเทียมกันและพระเจ้าเป็นผู้สร้างมนุษย์ขึ้นมาให้สิทธิบางอย่างแก่มนุษย์ สิทธิเหล่านี้ไม่อาจโอนแก่กันได้ และไม่มีใครจะล่วงละเมิดได้ ซึ่งได้แก่ สิทธิในชีวิต เสรีภาพ และสิทธิที่จะหาความสุขและรัฐทั้งหลายจะต้องทำทุกอย่างเพื่อให้มนุษย์มีสิทธิเหล่านี้เต็มที่ วิธีการเช่นนี้ทำให้มนุษย์ซึ่งเป็นสัตว์โลกที่ใช้เหตุผลยอมรับว่าเป็นหลักที่ดี และเชื่อว่าจะทำให้มนุษย์อยู่ในสังคมอย่างสันติและมีความสุข”<sup>3</sup> ต่อมานักกฎหมายสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law School) ได้มีความสนใจศึกษาเกี่ยวกับ

<sup>2</sup> กุมพล พลวัล, สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2547), หน้า 5-6.

<sup>3</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 8.

สิทธิเด็ก โดยเฉพาะเกี่ยวกับเรื่องการกระทำทารุณกรรมเด็ก โดยเห็นว่า สิทธิเด็กเป็นสิทธิสากลและเป็นสิทธิเด็ดขาดที่จะต้องได้รับการรับรองและคุ้มครองโดยไม่มีข้อยกเว้น ดังนั้นแนวคิดในเรื่องของการคุ้มครองสิทธิเด็กจึงค่อย ๆ มีอิทธิพลต่อกฎหมายและมีการยอมรับ<sup>4</sup> การควบคุมสื่อลามกอนาจารเด็กนั้น มีแนวคิดมาจากวัตถุประสงค์เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเด็ก ซึ่งเดิมนั้นเด็กถูกมองว่าเป็นวัตถุหรือทรัพย์สินของบิดามารดา โดยสังคมมองว่าเด็กมีคุณค่าเพียงใช้แรงงานเท่านั้น<sup>5</sup> เด็กจึงไม่ใช่บุคคลที่จะมีสิทธิในทางสังคม ดังนั้นการแสวงหาประโยชน์และการทารุณต่อเด็กจึงเกิดขึ้นจำนวนมาก

ในปี พ.ศ.2467 (ค.ศ.1924) องค์การสันนิบาตชาติได้ประกาศ ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็กหรือปฏิญญาเจนีวา (The Declaration of Geneva 1924) ขึ้น ภายหลังจากที่มีการ จัดตั้งองค์การสหประชาชาติแล้ว ก็ได้มีการประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The Universal Declaration of Human Rights ) ในปี พ.ศ.2491 (ค.ศ.1948) จากนั้นภายใต้หลักการสิทธิมนุษยชน ในปี พ.ศ.2502 (ค.ศ.1959) องค์การสหประชาชาติได้ประกาศปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (The United Nations Declaration on the Rights of the Child 1959) ซึ่งได้กำหนดในส่วนของความคุ้มครองเด็กไว้หลายข้อคือ ข้อ 2<sup>6</sup> เด็กและเยาวชน พึงได้รับการพิทักษ์คุ้มครองเป็นพิเศษ อันจะช่วยให้เด็กสามารถพัฒนาทั้งทางกาย ทางสมอง และจิตใจเพื่อให้ร่วมอยู่ในสังคมได้อย่างปกติชน ข้อ 4<sup>7</sup> เด็กและเยาวชน พึงได้รับความมั่นคงทางสังคมและเติบโตอย่างสมบูรณ์ ดังนั้นทั้งแม่และเด็กควรได้รับการดูแลและคุ้มครองเป็นพิเศษ ทั้งเมื่ออยู่ในครรภ์และภายหลังเมื่อคลอดแล้ว โดยได้รับสิทธิในเรื่องที่อยู่อาศัย ได้รับอาหาร ได้รับการดูแลทางแพทย์ และโดยเฉพาะเด็ก ๆ ให้ได้รับการเล่นรื่นเริง

---

<sup>4</sup> วิชา มหาคุณ และวัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล, รายงานการวิจัยเรื่อง **มาตรการป้องกันแก้ไขศึกษาเฉพาะกรณีเด็กและเยาวชนที่เคยต้องคดี** (กรุงเทพมหานคร: สมาคมสวัสดิการเด็กในประเทศไทย, 2533), หน้า 27 อ้างถึงใน เนติ รัตนากร, **การให้ความคุ้มครองเด็กในกฎหมายควบคุมสื่อลามก:ศึกษาเปรียบเทียบ กฎหมายไทย อังกฤษ สหรัฐอเมริกาและเยอรมัน** (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 5.

<sup>5</sup> เนติ รัตนากร, **การให้ความคุ้มครองเด็กในกฎหมายควบคุมสื่อลามก:ศึกษาเปรียบเทียบ กฎหมายไทย อังกฤษ สหรัฐอเมริกาและเยอรมัน** (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 4.

<sup>6</sup> Principle 2 The child shall enjoy special protection, and shall be given opportunities and facilities, by law and by other means, to enable him to develop physically, mentally, morally, spiritually and socially in a healthy and normal manner and in conditions of freedom and dignity. In the enactment of laws for this purpose, the best interests of the child shall be the paramount consideration

<sup>7</sup> Principle 4 the child shall enjoy the benefits of social security. He shall be entitled to grow and develop in health; to this end, special care and protection shall be provided both to him and to his mother, including adequate pre-natal and post-natal care. The child shall have the right to adequate nutrition, housing, recreation and medical services

พลิตเพลินด้วย และข้อ 8<sup>8</sup> เด็กและเยาวชนจะเป็นบุคคลแรกที่ได้รับการคุ้มครองและสงเคราะห์ในทุกกรณี แต่ปฏิญญาดังกล่าวไม่มีผลผูกพันเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ จึงทำให้หลายประเทศไม่มีการนำไปยึดถือปฏิบัติอย่างเป็นรูปธรรม ทั้งจะเห็นว่าเป็นการเขียนในลักษณะกว้าง ๆ มิได้มีข้อความใดที่ได้มุ่งเน้นคุ้มครองเด็กเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ แต่อย่างใด

ต่อมาในปี พ.ศ.2532 (ค.ศ.1989) องค์การสหประชาชาติจึงได้พัฒนาการคุ้มครองเด็กให้เป็นกฎหมายระหว่างประเทศด้วยการประกาศ “อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก” (Convention on the Rights of the Child 1989) การประกาศอนุสัญญาดังกล่าว จึงเป็นจุดเริ่มต้นสำคัญที่ทำให้นานาชาติได้ตระหนักถึงความสำคัญและไม่อาจมองข้ามปัญหาเกี่ยวกับเด็กได้อีกต่อไป<sup>9</sup> โดยอนุสัญญานี้ได้ให้เหตุผลว่า โดยเด็กนั้นยังไม่เติบโตเต็มที่ทั้งร่างกายและจิตใจจึงต้องมีการพิทักษ์และการดูแลเป็นพิเศษ รวมทั้งการคุ้มครองทางกฎหมายที่เหมาะสมทั้งก่อนและหลังการเกิด ทั้งเด็กทั่วโลกจำต้องได้รับการเอาใจใส่เป็นพิเศษ<sup>10</sup> จึงจำเป็นต้องกำหนดแนวทางในการคุ้มครองเด็กไว้ในอนุสัญญาดังกล่าว โดยเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวกับการแสวงหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจทางเพศและการกระทำที่มีขอบทุกรูปแบบจากเด็ก<sup>11</sup> ประเทศไทยได้ลงนามรับอนุสัญญานี้ เมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2535 มีผลบังคับใช้วันที่ 26 เมษายน 2535 ซึ่งจะเห็นว่าอนุสัญญานี้ได้เริ่มมีการเขียนความคุ้มครองเด็กเกี่ยวกับการแสวงหาประโยชน์ทางเพศเกี่ยวกับเด็ก รวมถึงภาพหรือสื่อลามกอนาจารเด็กด้วย โดยกำหนดไว้ในข้อ 34<sup>12</sup> ว่า รัฐภาคีรับที่จะคุ้มครองเด็กจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศ และการกระทำทางเพศที่มีขอบ

---

<sup>8</sup> Principle 8 the child, in all circumstances, shall be among the first to receive protection and relief.

<sup>9</sup> นครินทร์ เมฆไตรรัตน์, วสันต์ เหลืองประภัสร์ และปานรัตน์ นิมิตลุง, ร่างรายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการวิจัยเรื่อง การปรับเปลี่ยนกลไกเชิงสถาบันเพื่อเสริมสร้างสมรรถนะในการทำงานด้านเด็กขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 6.

<sup>10</sup> คำปรารภอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก “the child, by reason of his physical and mental immaturity, needs special safeguards and care, including appropriate legal protection, before as well as after birth” “in all countries in the world, there are children living in exceptionally difficult conditions, and that such children need special consideration”

<sup>11</sup> อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 19 (1), ข้อ 32, 34, 35

<sup>12</sup> Article 34 States Parties undertake to protect the child from all forms of sexual exploitation and sexual abuse. For these purposes, States Parties shall in particular take all appropriate national, bilateral and multilateral measures to prevent:

(a) The inducement or coercion of a child to engage in any unlawful sexual activity;

(b) The exploitative use of children in prostitution or other unlawful sexual practices;

ทุกรูปแบบ เพื่อการนี้รัฐภาคีจะดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวงทั้งมาตรการภายในประเทศ และ มาตรการทวิภาคีและพหุภาคีเพื่อป้องกัน 1) การชักจูง หรือบีบบังคับให้มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศ ใด ๆ ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย 2) การแสวงประโยชน์จากเด็กในการค้าประเวณี หรือการกระทำอื่น ๆ ที่ เกี่ยวข้องกับเพศที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย 3) การแสวงประโยชน์จากเด็กในการแสดงลามกอนาจาร และที่ เกี่ยวข้องกับสิ่งลามกอนาจาร นอกจากนี้ในหัวข้ออื่นก็มีการเขียนคุ้มครองไว้ในลักษณะกว้าง ๆ อาทิ ข้อ 2<sup>13</sup> กำหนดว่า รัฐภาคีจะเคารพและประกันสิทธิตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้แก่เด็กแต่ละคนที่ อยู่ในเขตอำนาจของตน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติไม่ว่าชนิดใด ๆ โดยไม่คำนึงถึงเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น ต้นกำเนิดทางชาติ ชาติพันธุ์ หรือสังคม ทรัพย์สิน ความทุพพลภาพ การเกิดหรือสถานะอื่น ๆ ของเด็กหรือบิดามารดา หรือผู้ปกครองตาม กฎหมายและจะดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวง เพื่อที่จะประกันว่าเด็กได้รับการคุ้มครองจากการ เลือกปฏิบัติหรือการลงโทษในทุกรูปแบบ บนพื้นฐานของสถานภาพ กิจกรรมความคิดเห็นที่แสดงออก หรือความเชื่อ ข้อ 3<sup>14</sup> ได้กำหนดว่า ในการกระทำทั้งปวงที่เกี่ยวกับเด็ก ไม่ว่าจะกระทำโดยสถาบัน

---

(c) The exploitative use of children in pornographic performances and materials.

<sup>13</sup> Article 2

1. States Parties shall respect and ensure the rights set forth in the present Convention to each child within their jurisdiction without discrimination of any kind, irrespective of the child's or his or her parent's or legal guardian's race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national, ethnic or social origin, property, disability, birth or other status.

2. States Parties shall take all appropriate measures to ensure that the child is protected against all forms of discrimination or punishment on the basis of the status, activities, expressed opinions, or beliefs of the child's parents, legal guardians, or family members.

<sup>14</sup> Article 3

1. In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.

2. States Parties undertake to ensure the child such protection and care as is necessary for his or her well-being, taking into account the rights and duties of his or her parents, legal guardians, or other individuals legally responsible for him or her, and, to this end, shall take all appropriate legislative and administrative measures.

3. States Parties shall ensure that the institutions, services and facilities responsible for the care or protection of children shall conform with the standards

สังคมสงเคราะห์ของรัฐหรือเอกชน ศาลยุติธรรม หน่วยงานฝ่ายบริหาร หรือองค์กรนิติบัญญัติ ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงเป็นลำดับแรก ทั้งต้องให้มีการคุ้มครองและการดูแล แก่เด็กเท่าที่จำเป็นสำหรับความอยู่ดีของเด็กโดยคำนึงถึงสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดา ผู้ปกครอง ตามกฎหมาย หรือบุคคลอื่นที่รับผิดชอบเด็กนั้นตามกฎหมายด้วย และเพื่อการนี้จะดำเนินมาตรการ ทางนิติบัญญัติและบริหารที่เหมาะสมทั้งปวงและรัฐภาคีจะประกันว่า สถาบัน การบริการ และการ อำนวยความสะดวกที่มีส่วนรับผิดชอบต่อการดูแลหรือการคุ้มครองเด็กนั้นจะไปตามมาตรฐานที่ ได้กำหนดไว้โดยหน่วยงานที่มีอำนาจ โดยเฉพาะในด้านความปลอดภัยสุขภาพ และในเรื่องจำนวน และความเหมาะสมของเจ้าหน้าที่ตลอดจนการกำกับดูแลที่มีประสิทธิภาพ ข้อ 36<sup>15</sup> รัฐภาคีจะ คุ้มครองเด็กจากการถูกแสวงประโยชน์ในทุกรูปแบบอื่นทั้งหมดที่เป็นผลร้ายต่อสวัสดิภาพของเด็กไม่ ว่าในด้านใด โดยคำว่าเด็กในอนุสัญญานี้หมายถึงบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี<sup>16</sup>

และต่อมาในปี พ.ศ.2543 (ค.ศ.2000) องค์การสหประชาชาติได้ขยายมาตรการที่รัฐภาคี ควรดำเนินการเพื่อที่จะประกันการคุ้มครองเด็กจากการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็ก และสื่อลามกที่ เกี่ยวกับเด็ก จึงได้จัดทำพิธีสารต่อท้ายอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กอีกสองฉบับ มีฉบับหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับ การคุ้มครองทางเพศและสื่อลามกเกี่ยวกับเด็ก คือ พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่อง การการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็กและสื่อลามกเด็ก<sup>17</sup> ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีฉบับนี้ เมื่อวันที่ 11 มกราคม 2549 มีผลบังคับใช้วันที่ 11 กุมภาพันธ์ 2549 ซึ่งพิธีสารนี้มีหลักการเพื่อมุ่งคุ้มครองเด็กจา การแสวงประโยชน์ทางเศรษฐกิจทางเพศ หยุดการเอารัดเอาเปรียบทางเพศต่อเด็ก การค้าเด็ก และ การค้าประเวณีเด็ก การบังคับให้ทำงาน การรับบุตรบุญธรรม การบริจาควัยวะ การท่องเที่ยวเพื่อ บริการทางเพศ และสื่อลามกเกี่ยวกับเด็ก โดยให้เหตุผลว่าเด็กเป็นบุคคลที่อยู่ในภาวะอ่อนแอและ เสี่ยงมาก ยิ่งต่อการที่จะถูกแสวงประโยชน์ทางเพศ และเป็นห่วงกังวลในเรื่องการมีสื่อลามกที่เกี่ยวกับ เด็กเพิ่มมากขึ้น ในอินเทอร์เน็ตและวิทยาการใหม่ ๆ ทั้งสืบเนื่องจากการประชุมที่กรุงเวียนนาใน ปี ค.ศ.1999 ว่าด้วยการปราบปรามสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็กในอินเทอร์เน็ต โดยข้อสรุปในที่ประชุม ดังกล่าว ให้ทั่วโลกกำหนดไว้ในกฎหมายภายในของตนให้เป็นความผิดอาญา ในการผลิต การแจกจ่าย

---

established by competent authorities, particularly in the areas of safety, health, in the number and suitability of their staff, as well as competent supervision.

<sup>15</sup> Article 36

States Parties shall protect the child against all other forms of exploitation prejudicial to any aspects of the child's welfare

<sup>16</sup> อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 1 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.

<sup>17</sup> Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of children, child Prostitution and Child Pornography

การส่งออก การส่งต่อ การนำเข้า การมีไว้ในครอบครองโดยเจตนาและการโฆษณาสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก<sup>18</sup>

ซึ่งจะเห็นว่า พิธีสารนี้ได้กำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็ก เป็นส่วนหนึ่งของการแสวงประโยชน์ทางเศรษฐกิจทางเพศเด็ก ซึ่งทุกรัฐภาคีจะต้องรับประกันหรือออกหมายภายในเพื่อให้การครอบครองหรือมีไว้ในสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดทางอาญา ทั้งได้กำหนดห้ามการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็ก และสื่อลามกเด็กไว้ใน ข้อ 1<sup>19</sup> และให้ความหมายของสื่อลามกอนาจารเกี่ยวกับเด็ก ไว้ในข้อ 2(ค) ว่า หมายถึง “การนำเสนอใดโดยวิธีการใดก็ตามที่เด็กเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องในกิจกรรมทางเพศอย่างชัดแจ้ง ทั้งที่เป็นจริงหรือจำลองขึ้น หรือการนำเสนออวัยวะส่วนใดในทางเพศของเด็กเพื่อความมุ่งประสงค์หลักในทางเพศ”<sup>20</sup>

นอกจากนี้ข้อ 3 ได้กำหนดให้การกระทำภายในประเทศหรือข้ามชาติ หรือกระทำในลักษณะส่วนบุคคลหรือในลักษณะที่จัดเป็นองค์กร (ก) ในความหมายในการการค้าเด็กในบทนิยามข้อ 2

(1) การเสนอ ส่งมอบหรือการรับไว้ซึ่งเด็ก โดยวิธีการใดก็ตามเพื่อ ก) แสวงประโยชน์ทางเพศจากเด็ก ข) จัดส่งอวัยวะเด็กเพื่อผลกำไร ค) นำเด็กมาบังคับใช้แรงงาน

(2) ความยินยอมที่เกิดจากการถูกชักจูงอย่างไม่เหมาะสมในฐานะที่เป็นคนกลาง ในการเจรจาเพื่อการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งเป็นการละเมิดตราสารระหว่างประเทศทางกฎหมายในเรื่องการรับบุตรบุญธรรมที่ใช้บังคับอยู่ ก) การเสนอ การได้มา การจัดหาหรือการจัดให้ซึ่งเด็กเพื่อการค้าประเวณีเด็กตามนิยามในข้อ 2 ข) ในการผลิต การแจกจ่าย การเผยแพร่ การนำเข้า การส่งออก การเสนอ การขาย หรือการครอบครองเพื่อความมุ่งประสงค์ดังกล่าว ซึ่งสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็กตามนิยามในข้อ 2 จะต้องถูกกำหนดให้มีโทษทางอาญา หรือบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดทางอาญา<sup>21</sup>

<sup>18</sup> คำปรารภพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเรื่องการค้าเด็ก การค้าประเวณีและสื่อลามกเกี่ยวกับเด็ก “Concerned about the growing availability of child pornography on the Internet and other evolving technologies, and recalling the International Conference on Combating Child Pornography on the Internet, held in Vienna in 1999, in particular its conclusion calling for the worldwide criminalization of the production distribution, exportation, transmission, importation, intentional possession and advertising of child pornography, and stressing the importance of closer cooperation and partnership between Governments and the Internet industry”

<sup>19</sup> Article 1 States Parties shall prohibit the sale of children, child prostitution and child pornography as provided for by the present Protocol.

<sup>20</sup> Article 2 for the purposes of the present Protocol: (C) Child pornography means any representation, by whatever means, of a child engaged in real or simulated explicit sexual activities or any representation of the sexual parts of a child for primarily sexual purposes.

<sup>21</sup> Article 3 Each State Party shall ensure that, as a minimum, the following

จะเห็นว่าแนวคิดในการกำหนดความรับผิดในทางอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกเด็กนั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อจะคุ้มครองเด็ก ซึ่งมาจากรากฐานของสิทธิตามธรรมชาติที่มนุษย์ทุกคนไม่ว่าจะเป็นเด็กหรือผู้ใหญ่ ต่างจากสื่อลามกผู้ใหญ่ที่มีหลักคิดจากเรื่องการควบคุมศีลธรรมของสังคม ซึ่งเด็กเป็นบุคคลที่อยู่ในภาวะอ่อนแอ มีความบอบบาง และยังไม่มีความวุฒิภาวะที่เข้าใจสิ่งต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นต่อตนเองซึ่งง่ายต่อการถูกชักจูงล่อลวงเพื่อแสวงหาประโยชน์ต่าง ๆ จากเด็ก โดยเฉพาะในขณะนี้ในยุคระบบอินเทอร์เน็ตหรือดิจิทัล ซึ่งง่ายต่อการที่จะเผยแพร่ ภาพลามกอนาจารเด็กโดยไม่มีขอบเขตจำกัด จึงให้รัฐทั่วโลกมีมาตรการคุ้มครองเด็กโดยการกำหนดการครอบครองและเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก รวมทั้งการจำหน่ายจ่ายเผยแพร่ ดังกล่าวเป็นความรับผิดทางอาญา

### 2.1.2 เหตุผลที่ต้องกำหนดโทษในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กออกจากสื่อผู้ใหญ่

เหตุผลที่ต้องมีการแยกกฎหมายความรับผิดทางอาญาในส่วนที่เป็นสื่อลามกอนาจารเด็ก ออกจากสื่อลามกอนาจารผู้ใหญ่ นั้น เนื่องจากฐานแนวคิดในการควบคุมสื่อลามกทั้งสองประเภท ต่างกัน โดยหลักในการกำหนดโทษอาญาในส่วนของสื่อลามกอนาจารผู้ใหญ่ตั้งอยู่บนแนวคิดเรื่องการปกป้องศีลธรรมโดยรวมของสังคม<sup>22</sup> แต่ก็มีนักวิชาการบางสำนักเสนอแนวคิดที่สำคัญในการควบคุมและปราบปรามสื่อลามกผู้ใหญ่ นั้นโดยให้ความเห็นว่า สื่อลามกอนาจารผู้ใหญ่อาจก่อให้เกิดอาชญากรรมทางเพศ โดยเฉพาะการข่มขืนกระทำชำเรา หรือการกดขี่ทางเพศต่อเพศหญิง<sup>23</sup>

acts and activities are fully covered under its criminal or penal law. whether such offences are committed domestically or transnationally or on an individual or organized basis:

(a) In the context of sale of children as defined in article 2:

(i) Offering, delivering or accepting, by whatever means, a child for the purpose of: a. Sexual exploitation of the child; b. Transfer of organs of the child for profit; c. Engagement of the child in forced labor;

(ii) Improperly inducing consent, as an intermediary, for the adoption of a child in violation of applicable international legal instruments on adoption;

(a) Offering, obtaining, procuring or providing a child for child prostitution, as defined in article 2;

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

<sup>22</sup> จอมพล พัทธ์กษัตริย์อิน, ข้อคิดเห็นบางประการต่อแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ในส่วนที่เกี่ยวกับความผิดฐานมีสื่อลามกเด็ก (Child Pornography) ไว้ในครอบครอง, ค้นวันที่ 10 มกราคม 2559 จาก [https://ilaw.or.th/sites/default/files/Opinio to Child porn law](https://ilaw.or.th/sites/default/files/Opinio%20to%20Child%20porn%20law)

<sup>23</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 3.

โดยมีแนวคิดว่าการปล่อยให้มีการผลิต จำหน่าย หรือ เผยแพร่สื่อลามกผู้ใหญ่อย่างเสรีอาจก่อให้เกิดความเสื่อมทรามต่อศีลธรรมทางเพศของคนในสังคมได้ ซึ่งแนวคิดนี้ปรากฏอยู่ในกฎหมายสื่อลามกอนาจาร และแนวคำพิพากษาศาลของหลายประเทศ เช่น The Obscene Publication Act 1959 และ 1964 ของอังกฤษและเวลส์ ซึ่งใช้บรรทัดฐานพิจารณาว่าสื่อเปิดเผยทางเพศ (Sexually Explicit Material) มีผลทำให้ผู้อ่านหรือผู้ชมเกิดความเสื่อมทรามทางศีลธรรมหรือไม่ ถ้ามีผลเช่นนั้นก็ถือว่าเป็นสื่อลามกอนาจาร (Obscene) ในประเทศสหรัฐอเมริกา บรรทัดฐานในการตัดสินสื่อลามกข้อหนึ่งของคดี Miller<sup>24</sup> คือให้พิจารณาว่าสื่อเปิดเผยทางเพศนั้นขัดกับมาตรฐานของศีลธรรมทางเพศร่วมสมัยของชุมชนนั้น ๆ (Contemporary Community Standard) หรือไม่

ในประเทศญี่ปุ่นศาลสูงสุดของญี่ปุ่น (最高裁判所 Saikō-Saibansho) ได้เคยตัดสินวางหลักไว้ในคดี Lady Chatterley's Lover (1957) ว่า สิ่งใดจะเป็นสื่อลามกอนาจารหรือไม่ให้พิจารณาว่า สื่อนั้นขัดต่อศีลธรรมในเรื่องทางเพศของสังคมหรือไม่ ศาลสูงสุดของเกาหลีใต้ (대법원 Dae-beob-won) ได้ตัดสินวางหลักกฎหมายไว้ในคดี The Nude Maja (1971) ว่าองค์ประกอบที่สำคัญในการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นสื่อลามกคือสื่อดังกล่าวเป็นอันตรายต่อศีลธรรมทางเพศที่เหมาะสมของคนในสังคมหรือไม่ และศาลไทยก็ได้วางหลักการพิจารณาไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2875/2531 โดยให้เหตุผลว่า

จำเลยได้จัดให้มีการฉายภาพยนตร์วีดีโอเทปภาพยนตร์ลามกเพื่อแสดงอวดแก่ประชาชน โดยเรียกเก็บเงินจากประชาชนที่เข้าชมจำเลยใช้โทรทัศน์สีและเครื่องเล่นวีดีโอเทปเป็นเครื่องมือในการแพร่ภาพลามกดังกล่าว ฉะนั้นโทรทัศน์สีและเครื่องเล่นวีดีโอเทปจึงเป็นทรัพย์สินที่ใช้ในการกระทำความผิด การแพร่ภาพลามกแก่ประชาชนดังกล่าวเป็นการกระทำความผิดต่อศีลธรรม อาจเป็นบ่อเกิดการกระทำความผิดทางเพศอันเป็นภัยต่อสังคมและความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1552/2546 “ความผิดฐานมีไว้เพื่อจำหน่ายเสนอจำหน่ายวีดีโอซีดีภาพยนตร์อันลามกนั้นเป็นความผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ”  
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1744/2544

จำเลยถูกเจ้าพนักงานตำรวจจับกุมพร้อมด้วยแผ่นวีดีโอซีดีที่จำเลยร่วมกันทำซ้ำขึ้น โดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้เสียหายทั้งสามซึ่งจำเลยก็รับสารภาพต่อศาลแล้วร่วมกันมีไว้เพื่อจำหน่ายซึ่งแผ่นวีดีโอซีดีที่ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ จำนวน 4,300 แผ่น ทั้งยังร่วมกันทำให้แพร่หลายโดยการมีไว้เพื่อจำหน่ายซึ่งแผ่นวีดีโอซีดีลามกอีกเป็นจำนวน 1,000 แผ่น เป็นการร่วมกันกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายมีลักษณะเป็นขบวนการโดยกลุ่มบุคคลหลายสัญชาติ อันก่อให้เกิดความเสียหายแก่

<sup>24</sup> Miller v. California (413 US 15, 1973)

เจ้าของลิขสิทธิ์ยิ่งกว่ากรณีปกติธรรมดา ทั้งเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

แต่การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นมีเหตุผลต่างไปคือเป็นการกำหนดขึ้นเพื่อเป็นเครื่องมือในการปกป้องคุ้มครองเด็กเป็นพิเศษจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศ<sup>25</sup> ทั้งเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าการผลิตสื่อลามกเด็กในกรณีที่มีการใช้เด็กจริงเป็นตัวแสดง เป็นรูปแบบหนึ่งของการล่วงละเมิดและแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็ก<sup>26</sup> ซึ่งการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดอันตรายต่อทั้งร่างกายและจิตใจของเด็ก โดยในด้านร่างกายเด็กซึ่งยังไม่เจริญเติบโตเต็มที่อาจยังไม่พร้อมสำหรับกิจกรรมทางเพศใด ๆ การที่让孩子มีกิจกรรมทางเพศกับผู้ใหญ่ซึ่งมีร่างกายและอวัยวะที่ใหญ่โตกว่าหรือกับเด็กด้วยกันเองย่อมส่งผลให้เกิดการบาดเจ็บต่อร่างกายของเด็ก เช่น บาดแผลหรือการฉีกขาดบริเวณอวัยวะเพศหรือรูดารได้ ส่วนด้านจิตใจ เนื่องจากภาวะทางความคิด ทางอารมณ์ ความสามารถในการเรียนรู้ของเด็กยังไม่มีการเพียงพอที่จะเข้าใจในเรื่องความเหมาะสมของเรื่องทางเพศ การบังคับหรือล่อลวงให้เด็กมีกิจกรรมทางเพศหรือการถ่ายภาพยนตร์ทางเพศต่าง ๆ แม้จะไม่มีกิจกรรมทางเพศถือได้ว่าเป็นการทำร้ายจิตใจเด็ก<sup>27</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเด็กพบว่าสิ่งที่ตนกระทำไปเป็นเรื่องไม่เหมาะสมสำหรับวัยตนก็อาจเกิดความอับอายกลายเป็นบาดแผลทางจิตใจซึ่งอาจจะฝังลึกในใจเด็กไปตลอดชีวิต และในบางรายเด็กที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศอาจกลายเป็นผู้กระทำการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กคนอื่น ๆ เสียเอง นอกจากนี้เด็กที่มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศที่ไม่ปกติ (Unconventional Sex) เช่น กิจกรรมทางเพศที่ใช้ความรุนแรง (Sadomasochism) หรือ มีกิจกรรมทางเพศกับสัตว์ (Bestiality) เมื่อเติบโตขึ้นอาจมีพัฒนาความรู้สึกทางเพศ (Sexuality) ที่เบี่ยงเบนหรือผิดเพี้ยนอย่างร้ายแรงได้ และในหลาย ๆ กรณีการที่เด็กเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศนั้นเด็กไม่ได้สมัครใจอาจเกิดจากการล่อลวง บังคับข่มขู่ หรือความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ ซึ่งนับว่าเป็นกรณีที่ผู้ใหญ่แสวงหาประโยชน์อันมิชอบจากเด็กที่ยังไม่มีความรู้ หรือ ความสามารถในการตัดสินใจเพียงพอเกี่ยวกับความเหมาะสมของการมีเพศสัมพันธ์<sup>28</sup> นอกจากนี้ ในอินเทอร์เน็ตมีภาพลามกเด็กจำนวนมากมหาศาลกระจัดกระจายอยู่ เนื่องจากอินเทอร์เน็ตเอื้อให้มีการสร้างภาพที่หลากหลายไม่มีขีดจำกัด และช่วยให้การส่งต่อภาพเหล่านั้นเป็นไปได้ง่ายตาย จึงทำให้การสะสมภาพลามกเด็กกลายเป็นกิจกรรมหรืองานอดิเรกที่มีขนาดใหญ่ บางครั้งในภาพลามกเด็กมีการทำหมายเลขภาพติดไว้ด้วยเพื่อให้ง่ายต่อการค้นหาและเก็บสะสม และกระตุ้นให้นักสะสมพยายามหาภาพมาเพิ่มในชุดสะสมของ

<sup>25</sup> จอมพล พัทธ์สันต์โยธิน, ข้อคิดเห็นบางประการต่อแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ในส่วนที่เกี่ยวกับความผิดฐานมีสื่อลามกเด็ก (Child Pornography) ไว้ในครอบครอง, *เรื่องเดิม*, หน้า 4.

<sup>26</sup> Max Taylor and Ethel Quayle, *Child Pornography: An Internet Crime* (Hove, East Sussex: Brunner-Routledge, 2003), p. 4 อ้างถึงใน *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 4.

<sup>27</sup> Alisdair Gillespie, *Child Pornography: Law and Policy* (New York: Routledge, 2011), p. 31 อ้างถึงใน *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 4.

<sup>28</sup> จอมพล พัทธ์สันต์โยธิน, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 5.

ตน ซึ่งภาพเหล่านี้อาจย้อนกลับมาทำร้ายเด็กในแง่บาดแผลทางจิตใจ ส่งผลให้เด็กมีบาดแผลทางจิตใจ ไปจนโต สื่อลามกเด็กยังจะไปกระตุ้นความต้องการสื่อลามกเด็กในตลาดด้วย และอาจกระตุ้นความรู้สึทางเพศและอาจก่อให้เกิดการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กได้ และอาจถูกนำกลับมาข่มขู่เด็กให้กลัวเพื่อให้เด็กยอมที่จะทำตามและมีความสัมพันธ์อย่างต่อเนื่องเป็นสิ่งที่ทำร้ายเด็กไปตลอดชีวิต ทั้งภาพเหล่านี้ยังสามารถนำเอากลับมาวนเวียนอยู่ในระบบอินเทอร์เน็ตนั้นได้ตลอด สื่อลามกอนาจารผู้ใหญ่ถือเป็นสื่อเป็นสิทธิส่วนบุคคลที่สามารถทำได้ แต่สื่อลามกเด็กเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก<sup>29</sup> จึงต้องมีการแยกกฎหมายดังกล่าวออกมาแตกต่างกันเพื่อกำหนดโทษและความรุนแรงต่างกันด้วย

## 2.2 พัฒนาการของสื่อลามกอนาจาร

### 2.2.1 พัฒนาการของสื่อลามก<sup>30</sup>

จากการศึกษาของนักโบราณคดี พบว่า ได้มีการประดิษฐ์รูปปั้นอวัยวะเพศชายซึ่งเป็นวัตถุลามกเป็นครั้งแรกในยุคน้ำแข็ง ต่อมาในยุคกรีกได้มีการผลิต มีรูปปั้นภาพเขียนที่เข้าข่ายเป็นวัตถุลามกเป็นจำนวนมาก โดยมีการวาดรูปที่แสดงถึงการร่วมเพศในถ้ำ ไท หรือภาชนะอย่างอื่นที่ใช้ในครัวเรือน ต่อมาในยุคฟื้นฟูศิลปวัฒนธรรม (Renaissance) ก็มีการวาดภาพเปลือยและการร่วมเพศในอิริยาบถต่าง ๆ ของมนุษย์เป็นจำนวนมากในโบสถ์และวิหารต่าง ๆ ในประเทศอินเดียและเนปาล นั้นพบว่า มีภาพที่แกะสลักด้วยหินและไม้ เป็นการร่วมเพศท่าต่าง ๆ มีทั้งการร่วมเพศกับสัตว์ (Sex with Animal) และการร่วมเพศหมู่ เป็นต้น นับว่าเป็นวัตถุหรือสิ่งของลามกชาวเอเชียยุคแรก และตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ 15 ด้วยการพิมพ์ ด้วยเทคโนโลยีที่ทันสมัย ทำให้การแพร่กระจายของสื่อลามกได้ขยายไปอย่างรวดเร็วมีการจัดจำหน่ายอย่างกว้างขวางกว่ายุคที่ผ่านมา การผลิตและการเผยแพร่สื่อลามกได้เกิดขึ้นอย่างเป็นทางการในปี ค.ศ.1960 เมื่อมีการตีพิมพ์หนังสือเกี่ยวกับเรื่องเพศสามเล่มคือ La Pattana erante, L'ecole des filles และ Satyna Sotadiea (Foxon) ซึ่งมีเนื้อหาที่กล่าวถึง การเรื่องรักร่วมเพศระหว่างสตรี (Lesbianism) รักร่วมเพศระหว่างชาย (Homosexual) การร่วมประเวณีกับสัตว์ (Sex with Animal) การชักจูงให้การร่วมประเวณี (Seduction) การทรมานกรรมโดยการโบยตี (Flagellation) การแสวงหาความสุขทางเพศโดยการทำร้ายผู้อื่น (Sadism) รวมถึงการกระทำทางเพศที่เป็นการกระทำอันล่วงละเมิดต่อศีลธรรมอันดี ทั้งได้มีการนำไปแปลเป็น

<sup>29</sup> สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, รายงานของคณะกรรมการวิสามัญ พิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ ... พ.ศ. ... (ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก) (นางสาวจินตนันท์ ชญาตร์ ศุภมิตร สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติกับคณะเป็นผู้เสนอ) บรรจุระเบียบวาระการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 17/2558 บทสรุปสำหรับสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ.; สำนักกรรมการ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา ปฏิบัติหน้าที่สำนักงานเลขาธิการสภานิติบัญญัติแห่งชาติ, รายงานของคณะกรรมการวิสามัญ พิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ ... พ.ศ. .... , 6 พฤษภาคม 2558, หน้า ค.

<sup>30</sup> ณะชัย ผดุงนิติ, สื่อลามกกับผู้กระทำความผิดทางเพศ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), หน้า 8-11.

ภาษาต่าง ๆ อีกหลายภาษา ทั้งได้เป็นต้นแบบของหนังสือลามกประเภทอื่น ๆ อันเป็นงานที่ปราศจากคุณค่าทางศิลปะ อีกทั้งเป็นงานไร้ความรู้สึกในคุณค่าอารมณ์ และความรักของมนุษยชาติ

ตั้งแต่ปี ค.ศ.1960 เป็นต้นมา เมื่อเทคโนโลยีและวิวัฒนาการทางการพิมพ์เจริญก้าวหน้ามากยิ่งขึ้น มีการพัฒนาคุณภาพทางการพิมพ์มากยิ่งขึ้น วัตถุหรือสิ่งของลามก ส่วนใหญ่ที่พบกันทั่วไปนั้น จะอยู่ในรูปของสิ่งตีพิมพ์ โดยมีการตีพิมพ์กันอย่างแพร่หลายในเมืองใหญ่ ๆ ของยุโรป เช่น ปารีส บรัสเซล โรม และนิวยอร์ก ในระยะแรกนั้นวัตถุหรือสิ่งของลามกที่ปรากฏในสิ่งตีพิมพ์จะมีรูปภาพประกอบเพียงเล็กน้อย ส่งผลให้สิ่งพิมพ์ต่าง ๆ รวมถึงสิ่งตีพิมพ์ลามกมีราคาถูกลงและสามารถหาซื้อได้โดยง่ายตามท้องตลาดทั่วไป มีการแพร่กระจายจำนวนมาก ทำให้สื่อลามกสามารถเข้าถึงได้โดยง่าย และสามารถพบเห็นได้ทั่วไปในสังคมทุกระดับ ส่งผลต่อความคิดของบุคคลว่าสื่อลามกเป็นวัตถุที่สามารถครอบครองเป็นเจ้าของได้อย่างเสรี ซึ่งปัญหาการแพร่กระจายของสื่อลามกนั้น ถือว่าเป็นปัญหาสังคมที่สำคัญประการหนึ่ง เนื่องจากสังคมโลกในยุคปัจจุบันนั้นเป็นโลกในยุคข้อมูลข่าวสาร และสารสนเทศ มีการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่ทันสมัย ซึ่งส่งผลให้วัฒนธรรม ประเพณี และอิทธิพลของสื่อต่างจากที่หนึ่งสามารถแพร่กระจายยังอีกสถานที่หนึ่งได้อย่างรวดเร็ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ตและระบบคอมพิวเตอร์

ประเทศเดนมาร์กและสวีเดนเป็นประเทศที่ประสบกับปัญหาการแพร่หลายของวัตถุ หรือสิ่งของลามกพร้อม ๆ กัน โดยในปี ค.ศ.1969 ทั้งสองประเทศได้ยกเลิกกฎหมายการห้าม จำหน่าย วัตถุหรือสิ่งของลามกแก่บุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้ว ทำให้วัตถุหรือสิ่งของ ลามกในประเทศดังกล่าว เป็นสิ่งถูกกฎหมายที่สามารถจำหน่ายได้อย่างเสรีแก่บุคคลทุกเพศทุกวัย ในเวลาต่อมาประเทศ เดนมาร์กและสวีเดนจึงเป็นประเทศหลัก ในการเป็นผู้ผลิตและส่งออกวัตถุ หรือสิ่งของลามก ในรูปแบบของนิตยสาร และภาพยนตร์ 8 มม. และวัตถุหรือสิ่งของลามกทางเพศอื่น ๆ อีกมากมาย นับตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา วัตถุหรือสิ่งของลามกจึงได้มีการผลิตและเผยแพร่เข้าไป ในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก

ตอนต้นของปี ค.ศ.1970 วัตถุหรือสิ่งของลามก ได้กระจายไปสู่ประเทศอื่น ๆ ในแถบ สแกนดิเนเวีย และประเทศในยุโรปตอนกลาง ช่วงปลายของปี ค.ศ.1970 วัตถุหรือสิ่งของ ลามกได้ กระจายไปสู่ประเทศทางยุโรปตอนใต้ ในประเทศสหราชอาณาจักรและไอร์แลนด์นั้น วัตถุหรือสิ่งของ ลามกเป็นสิ่งที่ได้รับความนิยมมาก แม้ว่าจะมีราคาแพงเนื่องจากเป็นสินค้านำเข้าและผิดกฎหมายก็ ตาม จนกระทั่งปี ค.ศ.1980 เกือบทุกประเทศในซีกโลกตะวันตกล้วน ได้รับอิทธิพลของวัตถุหรือ สิ่งของลามกกันแทบทั้งสิ้น และต่อมาวัตถุหรือสิ่งของลามกประเภทต่าง ๆ ได้ถูกนำเข้าไปจำหน่ายใน ประเทศออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ แคนาดา และประเทศอื่น ๆ อีก หลายประเทศ ทั้งนี้เนื่องจากการ ผสมผสานถ่ายทอดทางวัฒนธรรมของสังคมประเทศต่าง ๆ เป็นไปอย่างรวดเร็ว เป็นเหตุให้วัตถุหรือ สิ่งของลามกที่แพร่หลายในประเทศหนึ่ง สามารถแพร่กระจาย เข้าไปสู่อีกประเทศหนึ่งได้โดยง่าย เนื่องจากความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีและการสื่อสารนั่นเอง

วัตถุหรือสิ่งของลามกที่ปรากฏในรูปแบบของนิตยสาร ครั้งแรกมีการพิมพ์ ภาพเปลือยที่ เปิดเผยส่วนต่าง ๆ ของร่างกาย และอวัยวะเพศของสตรี (Genitals) ต่อมาก็มีภาพแสดงการร่วมเพศ ระหว่างชายและหญิง มีการโฆษณาการขายบริการทางเพศในหนังสือ ลามกต่าง ๆ เช่น หนังสือเพลย์ บอย (Playboy) และเพนธ์เฮาส์ (Penthouse) ซึ่งหนังสือเหล่านี้ได้มีการเผยแพร่ไปอย่างกว้างขวาง และมีการแปลหรือ ทำเป็นภาษาต่าง ๆ เป็นจำนวนมาก วัตถุหรือสิ่งของลามกนั้น ได้เจริญเติบโตขึ้น

ตามอุตสาหกรรมภาพยนตร์ โดยในปี ค.ศ.1970 ประเทศเดนมาร์ก อนุญาตให้ประชาชนเข้าชมภาพยนตร์ลามกตามโรงภาพยนตร์ทั่วไป ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส การฉายภาพยนตร์ลามกจะต้องได้รับใบอนุญาตจากราชการ และต้องจ่ายภาษีพิเศษในสหราชอาณาจักรให้ฉายได้เฉพาะสถานที่ส่วนบุคคลเท่านั้น นอกจากนี้ เหตุที่ทำให้สื่อลามกแพร่หลายนั้น ยังมีแนวความคิดเสรีนิยมเกี่ยวกับการแสดงออกทางพฤติกรรมเพศที่ถือว่าเรื่องทางเพศเป็นเรื่องของสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล (Liberalized View of Sexual Behavior) หรือที่เรียกว่ายุคแห่งการปฏิวัติทางเพศ (Sexual Revolution) อีกทั้งบุคคลทั่วไปในซีกโลกตะวันตกก็เริ่มมีทัศนคติเอนเอียงไปในทางยอมรับว่าสื่อต่าง ๆ ที่เป็นเครื่องกระตุ้นความต้องการทางเพศ เป็นสัญลักษณ์แห่งความก้าวหน้าในการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม จึงควรที่จะมีการผ่อนปรนการบังคับใช้กฎหมายที่ควบคุมสื่อทางเพศเหล่านี้ และรัฐควรจะเคารพสิทธิส่วนบุคคลในการแสดงออกในเรื่องทางเพศด้วย

### 2.2.2 พัฒนาการของสื่อลามกเด็ก<sup>31</sup>

ประมาณปลายทศวรรษที่ 1960 มีการสำรวจสถานการณ์สื่อลามกเด็กที่จำหน่ายและเผยแพร่ในเชิงพาณิชย์ จากรายงานพบว่ามียังจำนวน 550 เล่ม ที่แสดงภาพเด็กกำลังมีเพศสัมพันธ์กับเด็กเอง หรือกับผู้ใหญ่ 460 เล่มแสดงภาพเปลือยของเด็กชาย และน้อยกว่า 100 เล่มที่แสดงภาพเปลือยของเด็กหญิง สื่อในทำนองนี้ที่ออกมาสู่ตลาดมักจะมีอยู่ในรูปของเล่น เกม เรื่องแต่งเกี่ยวกับเพศ และหนังสือการ์ตูน ทำให้ยากที่จะตัดสินว่าสิ่งเหล่านั้นเป็นสื่อลามกเด็กหรือไม่ และคนส่วนใหญ่ก็มักมีทัศนคติแง่บวกกับผลิตภัณฑ์ที่มีเด็กเป็นส่วนประกอบ ไม่ถือว่าสิ่งเหล่านี้เป็นเรื่องหยาบคาย ประมาณกลางทศวรรษที่ 1970 สื่อลามกเด็กจะมีขายเฉพาะใน Sex Shop ตามเมืองใหญ่ ๆ เท่านั้น เช่น New York, Los Angeles และ Chicago เป็นต้น ซึ่งส่วนใหญ่จะนำเข้ามาจากยุโรป เอเชีย และแอฟริกาเหนือ ภาพส่วนใหญ่ถูกนำเสนอในลักษณะของภาพเปลือยที่ใช้กระตุ้นความรู้สึกทางเพศมากกว่าภาพที่แสดงการมีเพศสัมพันธ์ ร้อยละ 20 ของภาพที่วางขายจะนำมาจากนิตยสารภาพโป๊ และภาพยนตร์ลามกซึ่งแสดงถึงความซื่อบริสุทธิ์ของเด็ก มีการประมาณการว่ามีเด็กอยู่ในวงการนี้รวมกันทั่วโลกไม่เกิน 5,000 ถึง 7,000 คน ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นเด็กที่หนีออกจากบ้าน โสเภณีเด็ก หรือคนติดยาเสพติด อายุของเด็กเหล่านั้นอยู่ในระหว่าง 7 ถึง 14 ปี สื่อลามกที่นำเสนอภาพการมีเพศสัมพันธ์กับเด็กทารกหาได้ยากมาก แต่ต่อมาประมาณปี ค.ศ.1977 Robin Lloyd ผู้เขียนหนังสือเรื่อง For Money or Love: Boy Prostitution in America ได้ยืนยันว่ามีเด็กชายไม่น้อยกว่า 300,000 คน อยู่ในวงการสื่อลามก และโสเภณีเด็ก ซึ่งจากตัวเลขดังกล่าว Lloyd ได้ประมาณการว่ามีเด็กทั้งชายและหญิงอยู่ในวงการดังกล่าวไม่น้อยกว่า 1,200,000 คนทั่วโลก

<sup>31</sup> โสมนัส เจือศรีกุล, *มาตรการควบคุมต่อต้านสื่อลามกอนาจารเด็ก* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาบรรณศาสตร์ คณะนิเทศศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 12-14.

ในช่วงกลางทศวรรษที่ 80 ได้มีการพัฒนาเทคโนโลยีเกี่ยวกับโฮมวิดีโอขึ้น ธุรกิจการถ่ายทำภาพยนตร์ประเภทนี้ก็ได้ซบเซาลงไปมาก เนื่องจากกล้องมีราคาถูกลงทำให้หาซื้อได้ง่ายและสามารถผลิตสื่อลามกเด็กได้เองภายในบ้าน ทำให้ลดความเสี่ยงที่จะถูกตรวจพบโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจ ซึ่งแต่เดิมใช้เครือข่ายใต้ดินของผู้จัดจำหน่ายเป็นเส้นทางในการส่งสินค้า ผู้ละเมิดเด็กทางเพศได้ใช้กล้องขนาดเล็กนี้ในการถ่ายภาพการละเมิดทางเพศต่อเด็กของตนเองระหว่างที่เดินทางท่องเที่ยวทางเพศ และมีการแลกเปลี่ยนวิดีโอเหล่านี้ระหว่างหมู่ผู้ที่นิยมสื่อลามกเด็กด้วย

ปัจจุบันคอมพิวเตอร์และอินเทอร์เน็ตถือเป็นเครื่องมือสำคัญในการใช้ละเมิดทางเพศต่อเด็ก การค้าประเวณีและการเผยแพร่สื่อลามกเด็กก็มีการพัฒนาตามไปด้วย ภาพนิ่งถูกแทนที่ด้วยภาพเคลื่อนไหวทางวิดีโอ คอมพิวเตอร์มีความรวดเร็วในการทำงานและใช้ได้กว้างไกล จึงมีการบันทึกข้อมูลและส่งข้อมูลทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ การถ่ายทอดสดเหตุการณ์ที่เด็กถูกข่มขืนและทารุณกรรมทางเพศไปยังสมาชิกที่ต้องการ สมาชิกเหล่านั้นจะมีรหัสผ่านเพิ่มข้อมูลลับที่ยากในการตรวจสอบ ภาพนิ่งสามารถถูกเปลี่ยนแปลงเป็นภาพใหม่ด้วยโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยง่าย และสามารถแพร่กระจายออกไปได้อย่างไม่จำกัด

Rachel O' Cornell ผู้ซึ่งทำ the Copine Project ปัจจุบันทำงานอยู่ที่ The Cyberspace Research Unit ณ the University of Central Lancashire ได้ศึกษาพฤติกรรมของผู้กระทำผิดต่อเด็กในขณะที่ออนไลน์อยู่ในอินเทอร์เน็ต พบว่าในอินเทอร์เน็ตมีการแลกเปลี่ยนสื่อลามกเด็กอย่างกว้างขวางสามารถทำให้ผู้ที่สนใจในการมีเพศสัมพันธ์กับเด็กเห็นว่าพฤติกรรมของตนเป็นเรื่องชอบธรรมและปกติ

### 2.2.3 พัฒนาการของสื่อทางเพศในประเทศไทย

สำหรับพัฒนาการแนวคิดของสื่อลามกอนาจารในไทยนั้น ส่วนใหญ่จะปรากฏในงานวรรณกรรมหรือในโบราณสถาน โบราณวัตถุก็จะพบเรื่องเชิงบันเทิงอารมณ์ในลักษณะดังกล่าวนี้ สอดแทรกอยู่เป็นจำนวนมากในวรรณกรรมหนังสือ เช่น เรื่อง “เสพสังวาส” ของนิวัติ กองเพียร ได้นำเรื่องเพศในสายตาคณไทยมาเสนอไว้อย่างสนุกสนาน เรื่อง ลิลิตพระลอ ถือว่าเป็นวรรณกรรมที่มีเนื้อหาที่แสดงออกอย่างชัดเจนในเรื่องทางเพศของไทย โดยหนังสือดังกล่าวใช้ภาษาวรรณกรรมอันไพเราะบรรยายถึงการมีเพศสัมพันธ์ ให้ความรู้สึกแจ่มชัดอยู่หลายตอนมุ่งเน้นภาษาท่าทางอย่าง

โจ่งแจ้งเพื่อปลูกต้นหาราคะผู้อ่าน<sup>32</sup> นอกจากนี้ ยังมีสิ่งหนึ่งที่ในทัศนะของคนไทยถือว่าเป็นเครื่องรางของขลัง แต่ทำเป็นรูปอวัยวะเพศชายแล้วลงอักขระอักษรเรียกว่า ปลัดขิก ซึ่งใช้แขวนไว้ที่เอว ตามตำนานอาจได้รับอิทธิพลมาจากชาวอินเดียในแถบตะวันออกเฉียงใต้ ประมาณ 2000 ปีก่อน โดยอาจเกี่ยวข้องกับชาวฮินดูที่นับถือพระอิศวร และบูชาแห่งหินแกะสลักคล้ายอวัยวะเพศชาย เรียกว่า ศิวลึงค์ ในประเทศไทยไม่ปรากฏแน่ชัดว่าเริ่มมีมาในสมัยใด และมีความแตกต่างจากศิวลึงค์ของชาวฮินดู เนื่องจากปลัดขิกที่คนไทยนำมาบูชานั้นทำขึ้นจากผู้มีวิชาความรู้ด้านไสยศาสตร์และทำการปลุกเสกเพื่อให้เป็นเครื่องรางของขลัง โดยในสมัยโบราณคนไทยนิยมห้อยปลัดขิกไว้กับเอวหรือห้อยคอสำหรับเด็กผู้ชาย ซึ่งการทำเช่นนี้เพราะมีความเชื่อว่าหากมีปลัดขิกติดตัวจะช่วยป้องกันอันตรายต่าง ๆ ได้ หรือบางคนนำมาบูชาไว้กับสถานประกอบการค้าขายเพราะเชื่อว่าจะทำให้ค้าขายมีกำไรมีคนอุดหนุนกิจการมากขึ้น<sup>33</sup> นอกจากนี้ การปกครองของไทยก่อนสมัยรัชกาลที่ 5 มีการปกครองในลักษณะการมีทาส ซึ่งมีการเลิกทาสในสมัยรัชกาลที่ 5 ซึ่งกฎหมายถือว่าทาสเป็นทรัพย์สินนายทาสสามารถที่จะทำอะไรกับทาสก็ได้ กับกฎหมายลักษณะผัวเมียยังระบุให้ชายไทยมีภริยาได้หลายคน จึงยังอาจไม่มีการบันทึกให้เห็นเด่นชัดเกี่ยวกับภาพลามกอนาจาร คงเริ่มมีมาเริ่มจากเพื่อมีการพัฒนาสื่อสิ่งพิมพ์มาในไม่กี่ศตวรรษนี้และหลังจากมีเทคโนโลยีด้านภาพยนตร์ก็เริ่มมีสื่อลามกอนาจารเพิ่มมากขึ้น แต่ในระยะหลังก็มีวิดิทัศน์ ซึ่งก็มีการบันทึกเป็นภาพหญิงประกอบเพลงคาราโอเกะแต่ก็ยังไม่ถึงลามกอนาจาร

---

<sup>32</sup> จงกลณี โตสกุลวงศ์, การวิเคราะห์วาทกรรม การให้ความหมายของสิ่งพิมพ์ลามกของสถาบันในสังคมไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะวารสารศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552) อ้างถึงใน นันทน์ภัสร์ สนธิพร, มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมสื่อลามกและสื่อที่ไม่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชน ศึกษากรณีร่างพระราชบัญญัติปราบปรามวัตถุชั่วร้าย พ.ศ. .... (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552), หน้า 63.

<sup>33</sup> วิกีพีเดีย สารานุกรมเสรี, ปลัดขิก, ค้นวันที่ 9 มกราคม 2558 จาก <https://th.wikipedia.org/wiki/ปลัดขิก>

## 2.3 ความหมายของคำว่าลามกอนาจารและสื่อลามกอนาจารเด็ก

เนื่องจากคำว่า “ลามก” และ “อนาจาร” มีการใช้ในหลายอริยบทหลายกรณี หากแต่การแยกแยะเพราะบางที่ผู้จัดทำอาจต้องการสร้างสรรค์เพื่อเป็นงานศิลปะ แต่บางมุมมองอาจเห็นว่าสิ่งนั้นเป็นของลามกอนาจาร ก็เป็นไปได้ ในหัวข้อนี้จึงจำเป็นต้องพิจารณาทำความเข้าใจความหมายของคำว่า ศิลปะกับลามกอนาจาร กับต้องพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นลามกอนาจาร จากนั้นจึงจะพิจารณาความหมายของคำว่า “ลามก” และ “อนาจาร” เป็นลำดับไป

### 2.3.1 ความหมายของศิลปะกับลามกอนาจาร

ก่อนที่จะพิจารณาความหมายของคำว่าลามกกับอนาจารนั้น จำเป็นต้องพิจารณาถึงหลักการพิจารณาระหว่างศิลปะกับภาพหรือสื่อลามกอนาจารก่อน ซึ่งงานด้านการสร้างรูปมนุษย์เปลือยในงานศิลปะนั้นมีมาช้านานนับแต่ครั้งโบราณแล้ว โดยในงานจิตรกรรม รูปสตรีเปลือยได้รับความนิยมมากที่สุด ภาพสตรีเปลือยในงานศิลปะคือบทเพลงสรรเสริญความงามอันเป็นอุดมคติแห่งสรีระของสตรี “ภาพเปลือย” (Nude) นิยมเรียกทับศัพท์ว่า “ภาพนู้ด” หมายถึงภาพมนุษย์ที่ไม่ปกปิดเรือนร่าง หรือในบางกรณีมีการปกปิดบางที่บางส่วนเล็กน้อยด้วยสิ่งใดสิ่งหนึ่ง ภาษาอังกฤษ “นู้ด” (Nude) หมายถึง คนเปลือยกาย อันที่จริงแล้ว “ภาพเปลือย” หรือภาพมนุษย์เปลือยกาย นั้นมีปรากฏให้เห็นจำนวนมากในงานศิลปะของโลกตะวันตก ตั้งแต่ยุคก่อนประวัติ ศาสตร์ศิลป์ จวบจนปัจจุบันดังเช่นที่ปรากฏในงานศิลปะแบบ “กามกศิลป์” (Erotic Art) คำว่า “Erotic” มาจากคำว่า “Error” ซึ่งมีความหมายว่า ผิด, คลาดเคลื่อน, ไม่ดี โดยที่ศิลปะ “กามกศิลป์” ประสงค์ผลทางกามารมณ์เป็นหลัก พจนานุกรมศัพท์ศิลปะ อังกฤษ-ไทย<sup>34</sup> กล่าวถึงความหมายของศิลปะแบบ “กามกศิลป์” ว่าเป็นผลงานที่มีมีโนทัศน์ การแสดงออก และเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับการร่วมเพศ การแสดงอวัยวะเพศ หรือพฤติกรรมทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับกามตัณหา หรือเรื่องทางเพศอย่างชัดเจน ศิลปะแบบ “กามกศิลป์” (Erotic Art) มีคุณค่าทางศิลปะ ตามทัศนธาตุต่าง ๆ อย่างเช่น รูปทรง, เส้น และ ปริมาตร ทั้งนี้ดูได้จากในการศึกษาวิชาวาดเขียน ต้องมีการเน้นทักษะของการเขียน “ภาพเปลือย” ที่บรรจุอยู่ในกระบวนการเรียนรู้นั้นด้วย “ภาพเปลือย” (Nude) ได้รับการยอมรับเป็น “ภาพลักษณ์” (Image) แบบหนึ่งของการแสดงออกทางศิลปะที่มีแนวคิดอย่างชัดเจน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องราวทางสังคม, ประวัติ ศาสตร์และวัฒนธรรมอย่างที่ปรากฏอยู่บ่อย ๆ ซึ่งบางที่มีการแสดงออกของเรื่องราวในลักษณะที่กว้างมาก หรืออิสระมากจนเนื้อหาถูกมองเป็นทางลบ หรือ ไม่ก็มองเป็นการแสดงออกที่ “ลามกอนาจาร” กลายเป็นประเด็นการถกเถียงทาง วิชาการศิลปะที่หาข้อสรุปได้ยากในปัจจุบัน โดยเฉพาะภายใต้กรอบของวัฒนธรรมไทย ตั้งแต่ปลายศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมาที่ศิลปะมีการขยายขอบเขตและความหลากหลายในทุกมิติและบริบท<sup>35</sup>

<sup>34</sup> สำนักงานราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมศัพท์ศิลปะ อังกฤษ-ไทย (กรุงเทพมหานคร: ราชบัณฑิตยสถาน, 2541).

<sup>35</sup> เลิศสิริร์ บวรกิตติ, “ศิลปะภาพเปลือยของเทพศักดิ์ ทองนพคุณ,” วารสารศิลปกรรมบูรพา ฉบับพิเศษครบรอบ 10 ปี (มิถุนายน-พฤศจิกายน 2548): 117-123.

กฤษณา หงส์อุเทน<sup>36</sup> ได้บรรยาย ผลงานประติมากรรมภาพหญิงสาวชื่อ ธารทอง ของ แสง สงฆ์มั่งมี (พ.ศ.2461-2501) ซึ่งได้รับรางวัลเกียรติยศอันดับ 1 เหรียญทอง จากงานแสดงศิลปกรรม แห่งชาติ ครั้งที่ 3 พ.ศ.2494 ว่า

เป็นการประสานภาพเทพธิดาวีนัสของจอร์โจเน เข้ากับ “มายา” ของ โภยา ได้อย่างวิเศษสุดถึงแม้ว่าท่าทางการนอนบิดเอี้ยวกายและยกแขนทั้งสองข้าง ทอดวางไว้เหนือศีรษะอย่างอ่อนช้อยของ “ธารทอง” จะคล้ายคลึงกับ “มายา” ของโภยากก็ตาม แต่ภาพสาวงามที่นอนระหว่กายหลับตาพร้อมอย่างผาสุกบนโขดหิน ซึ่งมีธารน้ำไหลรินอย่างแผ่วพลีว จะต่างกันอย่างสิ้นเชิงกับภาพหญิงสาวที่นอน เปลือยกายแผยทรวดทรงอันระอระอามอยู่บนเตียงนอน และมองออกมานอกภาพ ด้วยสายตาที่ทักทายและรอยยิ้มอันยั่วเย้าอย่างไม่ช่วยอายเสน่หอันเฝ้าชวนใจและ รัตรึงใจชาย ของ “ธารทอง” ไม่เพียงจะอยู่ที่วงพักตร์อันจิ้มลิ้มพร้อมเพรา ทรวดทรง ที่สมส่วนและอวบอิม ปทุมถันอันกลมกลึงซึ่งทักทายสายตาผู้ชมอย่างทะนง และ สรีระอันเปลือยเปล่าของหญิงสาวเท่านั้น แต่ยังอยู่ที่การนำเสนอภาพสาวงามซึ่ง นอนเปลือยกายและอยู่ในห้วงนิทรารมณห์ท่ามกลางป่าเขาลำเนาไพรอันสดเญียบ ซึ่ง มีเพียงเสียงดนตรีแห่งธรรมชาติคอยขับกล่อมเธอเช่นเดียวกับภาพการปรากฏกาย ของเทพธิดาแห่งความรักของจอร์โจเน<sup>37</sup>

งานศิลปะภาพเปลือยของอาจารย์เทพศักดิ์ ทองนพคุณ แสดงให้เห็นแนวทางการแสดง ออก ศิลปิน ในด้านแนวคิด, จินตนาการ โดยการสำรวจแง่มุมและแนวคิดต่าง ๆ เชิงปรัชญาที่น่าจะ เป็นประโยชน์ต่อการศึกษา เชิงวิเคราะห์ปรัชญาและหลักการของศิลปะ เพื่อให้เกิดความรู้ความเข้าใจ มากขึ้นในบริบทของศิลปะของการเป็น “นู้ด” งานศิลปะที่แสดง “ภาพเปลือย” นั้นมีอิทธิพลต่อการ วิวัฒนุรูปแบบและแนวคิดของงานศิลปะในยุคต่อ ๆ มารวมถึง ปรัชญาของสุนทรียศาสตร์ด้วย ดังเช่น ในด้านการขับเคลื่อนศิลปะแบบ “กามกิลป์” ดังที่กล่าวแล้วนั้นที่ได้แฝงตัวเองอยู่ในศิลปะร่วมสมัย ตั้งแต่ศตวรรษที่ 19 ที่สะท้อนถึงการรับรู้ถึง “ภาพเปลือย” และรสนิยมของชนชาติตะวันตก และ ตะวันออก ที่มีมานานแล้ว ไม่ว่าจะเป็ศิลปะของ พอล โกแกง, กุสตาฟ คลิม, โยโกะ โอนโน แอนดรู ไวแอท และ แจฟ คูน เป็นต้น ในขณะที่เดียวกัน “ภาพเปลือย” ที่ปรากฏตามสื่อต่าง ๆ มีอัตราสูงชัน อย่างมาก ทำให้มีผลโยงใยไปถึง “ศิลปะภาพเปลือย” (Nude Art) ว่ากระทบต่อจริยธรรมหรือไม่ และมีคุณค่าทางศิลปะอย่างไร ก่อให้เกิดคำถามขึ้นมาว่าศิลปะที่สรรสร้างออกมา นั้นเป็น “ศิลปะ” หรือ “ลามกอนาจาร”<sup>38</sup>

<sup>36</sup> กฤษณา หงส์อุเทน, **คอลัมน์ 108-1000-ศิลป์**, คำนวันที่ 2 มกราคม 2559 จาก <http://www.manager.co.th/celebonline/viewnews.aspx?NewsID=9560000021420>

<sup>37</sup> *เรื่องเดียวกัน.*

<sup>38</sup> เลิศศิริร์ บวรกิตติ, *เรื่องเดิม*, หน้า 117-120.

จากตัวอย่างความเห็นในเชิงศิลปะภาพเปลือยร่างกายข้างต้นจะเห็นว่า ในทัศนะของท่านเหล่านี้ ล้วนมีมุมมองในเชิงสุนทรียภาพ ทัศนะทางศิลปวัฒนธรรมและการมีภาพโป๊เปลือย ได้มีมาอย่างยาวนานคู่สังคมมนุษย์ การจะแยกแยะว่าสิ่งใดเป็นลามกหรืออนาจาร จึงมิใช่เรื่องง่าย ซึ่งในแง่มุมนักวิชาการบางท่าน<sup>39</sup> ได้ให้ความเห็น เกี่ยวกับศิลปะภาพเปลือยในเชิงวินิจฉัยว่าอย่างไรเป็นลามกอนาจารว่า

ศิลปะภาพเปลือยที่เป็นผลงานจิตรกรรมบางชิ้น หากจะกล่าวว่าเป็นผลงานเหล่านั้น เป็นศิลปะภาพเปลือยที่เป็นศิลปะจริง ๆ ย่อมต้องไม่กระทบต่อศีลธรรมและประเพณีอันดีงามและยอมรับได้ในสังคม ศิลปะเหล่านั้นจึงจะถือว่ามีคุณค่าในตัวมันเอง แต่การจะสร้างสรรค์ศิลปะภาพเปลือยให้เกิดมีคุณค่าในตัวมันเองได้นั้น ผู้สร้างสรรค์ก็ต้องทำความเข้าใจในส่วนประกอบอื่น ๆ ซึ่งถือเป็นปัจจัยสำคัญต่อการสร้างสรรค์ผลงานในแนวทางนี้ อย่างเช่นการจัดวางท่าทางของหุ่นที่เป็นนางแบบหรือนายแบบก็ควรจัดวางให้ดูสง่างาม งดงาม ซึ่งไม่ใช่จัดให้เกิดอารมณ์ยั่วยุทางกามารมณ์ รวมถึงการแสดงออกทางสีหน้า ท่าทางที่ไม่ส่อไปในทางยั่วยุปลุกอารมณ์ให้เกิดกำหนัด ซึ่งจะต้องเป็นไปในทางปลุกสัญชาตญาณฝ่ายดี ไม่ก้าวร้าวและไม่ก้าวล้ำไปเป็นอย่างอื่นหรือจะเรียกว่าการจัดอย่างมีชั้นเชิงก็น่าจะได้นอกจากนี้ จุดมุ่งหมายหรือเจตนาของผู้สร้างสรรค์ภาพเปลือยควรนำเสนอความงามเพื่อยกระดับจิตใจของผู้ชมให้สูงขึ้น ให้ผู้ชมได้ค้นหาความงาม การจัดวางท่าทางในเรือนร่างกายมนุษย์ รวมถึงแนวคิดหรือเจตนาของผู้สร้างสรรค์ที่ควรแสดงจุดมุ่งหมายไปในเชิงความงามทางศิลปะที่ไม่ขัดแย้งต่อศีลธรรมอันดีงามแล้ว ผลงานศิลปะเหล่านั้นจะต้องจัดพื้นที่ให้เหมาะสมกับกาลเทศะซึ่งหมายถึงจัดวางในพื้นที่หรือสถานที่ ให้เหมาะสมเช่นในหอศิลป์ซึ่งจะช่วยลดแรงเสียดทานต่อความรู้สึกของผู้ชมผลงานลงไปได้บ้าง ทั้งนี้ ภาพบางภาพอาจจะส่อไปในทางอนาจารหากนำไปติดตั้งผิดที่ผิดทางอันเนื่องมาจากรสนิยมของผู้ชมงานมีวงจำกัด คือมีประสบการณ์ในการรับรู้คุณค่าทางศิลปะที่แตกต่างกัน เช่น ภาพเชิงสังวาสของมนุษย์ชายหญิง เป็นต้นซึ่งหอศิลป์จะเป็นส่วนหนึ่งที่ช่วยเป็นกรอบลดความรู้สึกของความอนาจารลงไปได้บ้าง การจะประเมินคุณภาพของศิลปะภาพเปลือยเพื่อที่จะหาความงามทางศิลปะนั้นย่อมกระทำได้ค่อนข้างยาก ด้วยพื้นฐานประสบการณ์การรับรู้ที่แตกต่างกัน ทั้งนี้ผู้ประเมินคุณค่าของศิลปะมีมุมมองทางสุนทรียะหรือค่านิยมตลอดจนความเชื่อที่แตกต่างกัน การตัดสินเพื่อหาข้อยุติหรือบทสรุปของความเป็นศิลปะหรืออนาจารย่อมต้องอยู่บนพื้นฐานที่หลาย ๆ ฝ่ายยอมรับได้ ทั้งนี้วิชาการผู้ชมผลงานกรอบธรรมเนียมประเพณีของสังคมซึ่งจะต้องสอดประสานกันไปพร้อมกับค่านิยมของคนไทยที่มีการยึดถือกรอบประเพณีกันมายาวนานซึ่งมีความแตกต่างจากวัฒนธรรมตะวันตกโดยสิ้นเชิง ดังนั้นสิ่งที่น่าจะเป็นเครื่องวัดคุณภาพของผลงานที่

<sup>39</sup> พิเชษฐ สุนทรโชติ, “ศิลปะภาพเปลือย,” *กุลสตรี* 40, 967 (เมษายน 2554): 147-149.

เหมาะสมที่สุดก็น่าจะใช้การอ้างอิงมุมมองตามแบบไทยหรือกรอบประเพณีอันดีงาม มาเป็นเครื่องวัด

อาจารย์อารี สุทธิพันธ์ ผู้บุกเบิกงานศิลปศึกษาในเมืองไทย ได้ให้หลักพิจารณาความแตกต่างของศิลปะกับอนาจารซึ่งพอสรุปได้ ดังนี้<sup>40</sup>

- 1) ให้อุบัติที่เจตนาของผู้ทำงานนั้น ๆ ว่ามีเจตนาอะไรแฝงอยู่หรือไม่ เช่น การใช้ศิลปะพื้นฐานของสัญชาตญาณเป็นสิ่งกระตุ้นความสนใจแล้วแอบอ้างว่าเป็น “ศิลปะ” เพื่อประโยชน์ทางธุรกิจหรือประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งของตนเอง
- 2) ให้อุบัติที่ปฏิบัติของผู้ชม ถ้าเป็นงานศิลปะผู้ชมจะสามารถดูได้อย่างเปิดเผย แต่งานอนาจารจะดูอย่างลับ ๆ ศิลปะจะส่งเสริมให้มนุษย์ชาติมีความเจริญงอกงามด้านแนวคิดและสติปัญญามากกว่าการกระตุ้นให้เกิดอารมณ์ใฝ่ต่ำ
- 3) งานศิลปะยิ่งนานไปยิ่งมีคุณค่ามากขึ้นเรื่อย ๆ แต่อนาจารย์ยิ่งนานยิ่งเสื่อมค่าลง ศิลปะเป็นผลงานของมนุษย์ที่แสดงออกให้เห็นถึงความคิดสร้างสรรค์อันแฝงด้วยจิตวิญญาณหรือความรู้สึที่ต่างไปจากผลงานที่เป็นสัญชาตญาณของสัตว์เดรัจฉานทั่วไป
- 4) ให้อุบัติที่ฝีมือหรือความสามารถในการถ่ายทอดของศิลปินว่าถ่ายทอดได้อารมณ์มากน้อยเพียงใด ความละเอียดอ่อนที่ไวต่อการรับรู้ของศิลปินผสมผสานกับความคิดสร้างสรรค์และความสามารถในการระบายหรือถ่ายทอดความรู้สึกเหล่านี้แตกต่างกัน ทำให้คุณค่าของศิลปะแตกต่างกันด้วย

### 2.3.2 ความหมายของคำว่าลามกอนาจาร

ก่อนจะพูดถึงคำว่าสื่อลามกขอพูดถึงคำว่า “ลามก” เพราะลามกมีความหมายกว้างกว่าสื่อลามก สื่อลามกบางทีอาจจะไม่เป็นสื่อลามก อาทิ ศิวลึงก์หรือสิ่งจำลองอวัยวะเพศชายจำลองที่ผู้คนนับถือนำมากราบไหว้เป็นต้น คำว่าสื่อ “ลามก” มาจากคำสองคำคือ Pornography และ Obscenity ซึ่งมีความหมายใกล้เคียงกันแต่ใช้ไม่เหมือนกันกล่าวคือ “Pornography” ตามความหมายที่ปรากฏใน Merriam Webster’s Collegiate Dictionary มาจากภาษากรีกว่า Pornographos ซึ่งมาจากคำกรีกสองคำคือ Porne ที่หมายถึง โสเภณี และคำว่า Graphein ซึ่งแปลว่าการบันทึก ดังนั้น คำว่า Pornography แต่ดั้งเดิมจึงหมายถึงบันทึกเรื่องราวของโสเภณีและลูกค้า<sup>41</sup> แต่ปัจจุบันได้หมายความถึงการบรรยายถึงพฤติกรรมทางเพศเช่น ภาพหรืองานเขียนที่เป็นข้อความ รวมทั้งการแสดงด้วยภาพทั้งภาพพิมพ์ ภาพระบายสี หรือรูปถ่าย ซึ่งอาจเป็นเรื่องจริง หรือเรื่องสมมติขึ้นไม่ว่าจะนำเสนอผ่านทางสื่อประเภทใดก็ตาม เช่น หนังสือ นิตยสาร หรือภาพยนตร์โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อนำไปสู่ความ

<sup>40</sup> วิวรรธน์ จันทร์เทพย์, ศิลปะ กับ อนาจาร, ค้นวันที่ 8 ธันวาคม 2559 จาก [http://takawin.blogspot.com/2007/08/blog-post\\_05.html](http://takawin.blogspot.com/2007/08/blog-post_05.html)

<sup>41</sup> จอมพล พิทักษ์สันตโยธิน, “ภาพโป๊: กฎหมายสื่อลามกและศีลธรรม Pornographic Images: Obscenity Laws and Morality,” วารสารสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร 12, 1 (มกราคม-มิถุนายน 2559): 81.

ต้นตอทางเพศ ยั่วยุกามารมณ์หรือทำให้เกิดกำหนัด วัตถุ เช่น หนังสือหรือรูปภาพที่บรรยายถึงพฤติกรรมทางเพศ รวมทั้งเป็นการบรรยายถึงการกระทำในอาการตื่นเต้นเพื่อทำให้เกิด ปฏิกริยาทางอารมณ์ที่รุนแรงอย่างรวดเร็ว ซึ่งต่อมาคำนี้ได้ถูกใช้ในความหมายเดียวกับเรื่องทางเพศลักษณะเดียวกับคำว่า “โป๊” ในภาษาไทย คำว่า “โป๊” ว่าเป็นคำวิเศษณ์ หมายถึงเปลือยหรือค่อนข้างเปลือยหรือมีเจตนาที่จะเปิดเผยในส่วนที่ควรปกปิด ดังนั้นคำว่า “ภาพโป๊” จึงอาจตีความได้ว่าหมายถึง ภาพที่น่า เสนอการเปลือยกายหรือเปิดเผยอวัยวะเพศที่ถือว่าควรปกปิดและรวมไปถึงมีภาพการร่วมเพศอย่างเปิดเผยด้วย<sup>42</sup>

ดังนั้น คำว่า “Pornography” ในภาษาอังกฤษจึงมีความคล้ายกับคำว่า “โป๊” ในภาษาไทยนั่นเอง

ส่วนคำว่า Obscenity หรือ Obscene มีรากศัพท์มาจากภาษาละตินว่า Obscenus หรือ Obscaenus โดยหมายความว่า ความรู้สึกอันน่ารังเกียจ หรือ สิ่งที่น่ารังเกียจในทางศีลธรรมหรือคุณงามความดี

คำทั้งสองคำดังกล่าวถูกนำมาใช้ต่างกันอยู่ในบางกรณี คือ Pornography ใช้บรรยายถึงวัตถุทั้งหมดที่เป็นเรื่องทางเพศโดยแท้ และมุ่งหมายต่อการปลุกเร้าอารมณ์ทางเพศ ซึ่งสื่อหรือวัตถุบางอย่างอาจไม่ใช่สื่อลามกอนาจารที่เป็นความผิดตามกฎหมายก็ได้ แต่ก็นำมาใช้เรียกรวมกันว่า Pornography ในขณะที่ Obscenity จะใช้เกี่ยวกับทางด้านความรู้สึกหรือแสดงลักษณะของวัตถุสิ่งของ หรือการแสดงที่ถือว่าเป็นการลามก และใช้ในส่วนของคุณลักษณะความผิดเกี่ยวกับสื่อลามก ซึ่งเป็นความหมายทางกฎหมาย (Legal Meaning)<sup>43</sup>

นอกจากนี้ ยังมีคำว่า “Abuse” ซึ่งแปลว่าการล่วงละเมิดหรือกระทำทารุณกับเด็ก ซึ่งเป็นการสื่อให้เห็นถึงการแยกการกระทำที่แตกต่างจากสื่อลามกอนาจารผู้ใหญ่ โดยเน้นไปที่ลักษณะของการกระทำตามภาพที่มีลักษณะเป็นการก่ออาชญากรรมต่อเด็ก

“ภาพโป๊” และ “สื่อลามก” นั้นโดยไม่จำเป็นต้องเป็นสิ่งเดียวกันเสมอไป “ภาพโป๊” จะเข้าข่ายการเป็น “สื่อลามก” ได้จะต้องเป็นภาพโป๊ที่มีลักษณะต่ำทรามอันเป็นที่น่ารังเกียจและขัดต่อศีลธรรม หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าหาก “ภาพโป๊” นั้นไม่ถึงขนาดเป็นที่รังเกียจและต่ำทรามขัดต่อศีลธรรมแล้ว “ภาพโป๊” นั้นก็จะไม่ถือว่าเป็น “สื่อลามก” อย่างไรก็ตามการจะตัดสินว่า “ภาพโป๊” ใดเป็น “สื่อลามก” นั้นเป็นมุมมองทางอัตวิสัยของแต่ละบุคคล คนหนึ่งอาจมองว่า “ภาพโป๊” หนึ่งเป็น “สื่อลามก” และอีกคนหนึ่งอาจมองว่า “ภาพโป๊” เดียวกันนั้นไม่เป็น “สื่อลามก” ก็ได้ ซึ่งเป็นเรื่องยากที่จะหาบรรทัดฐานกลางที่คงที่สม่ำเสมอตัดสิน<sup>44</sup>

<sup>42</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 81.

<sup>43</sup> John D. Zelezny, *Communication Law: Liberties Restraints, and the Modern Media* (California: Wadsworth, 1993), p. 469 อ้างถึงใน เนติ รัตนากร, *การให้ความคุ้มครองเด็กในกฎหมายควบคุมสื่อลามก: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทย อังกฤษ สหรัฐอเมริกา และเยอรมัน* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 13.

<sup>44</sup> จอมพล พัทธ์สันตโยธิน, “ภาพโป๊: กฎหมายสื่อลามกและศีลธรรม Pornographic Images: Obscenity Laws and Morality,” *เรื่องเดิม*, หน้า 81.

ส่วนคำว่า อนาคต หมายถึง การประพุดินนอกแบบในลักษณะที่ไม่สมควรทางเพศ เช่น การกอด ปล้ำ หรือสัมผัสจับต้องอวัยวะเพศหญิง เป็นต้น การฝ่าฝืนต่อศีลธรรมอันดี การกระทำอันควรขายหน้าต่อธารกำนัล และไม่หมายความเฉพาะความใคร่หรือการค้าประเวณีเท่านั้น แต่รวมถึงการทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศด้วยโดยอาจจะไม่มีความมุ่งหมายในทางกามารมณ์ก็ได้<sup>45</sup>

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 นิยามความหมายของคำว่า “ลามก” ไว้ว่า “(มก) ว. หยาบช้ำต่ำทราวม, หยาบโลน, อันเป็นที่น่ารังเกียจของคนดีมีศีลธรรม, เช่น หนังสือลามก พุดลามก ทำลามก. (ป.)” ส่วนคำว่า “อนาคต” ได้ให้ความหมายว่า “(1) น. ความประพุดิชั่ว, ความประพุดิน่าอับอาย (ป.,ส.), (2) (กฎ) น. เป็นฐานความผิดอาญาที่ผู้กระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัลโดยเปลือยหรือเปิดเผยร่างกายหรือกระทำการลามกอย่างอื่น (ป., ส.) (3) [อะนาจาน] ว. ลามก, น่าบัดสี, ทำให้เป็นที่อับอาย, เป็นที่น่ารังเกียจแก่ผู้อื่นในด้านความดีงาม (ป., ส.)”

คำสองคำนี้มักมีการใช้ด้วยกัน ยกที่จะแยกความแตกต่างแม้ในทางกฎ หมายบางฉบับก็เขียนแยก บางฉบับเขียนรวมกัน แต่ก็ยังใช้ไปความหมายทำนองเดียวกันหรือใช้รวมไปด้วยกัน เช่น

กฎหมายตราสามดวงใช้คำว่า “ลามก” อย่างเดียวโดยเขียนไว้ใน บทอาชญาหลวงมาตราที่ 116 บัญญัติว่า ถ้าผู้ใดกระทำความลามกในหน้าทับหน้าจวนผู้ใดแลหม้อจับกุมมาว่าใช้ท่านให้ลงโทษแก่เจ้าจวนที่บนั้น บทกระบดศึกได้บัญญัติว่า “. . . แลคนร้ายใจเปน มฤททาธิฐิเอาจพระพุทธรูป พระธรรม มาทุบตีเหยียบย่ำ ทำทูลาจารการลามกประการใดก็ดี . . .” บทกฎพระสงฆ 4 ได้บัญญัติว่า “. . . เป็นประเวณีในพระพุทธรศาสนาสี่บมาแต่ก่อน . . . จำจะอยู่เลี้ยงชีวิตในสมณะ ให้ลามกมลทันในผ้ากาษาวะกัทรอันเปน ะงไชยพระอารยเจ้า. . .” บทบัญญัติให้ชนทุกชั้นตั้งอยู่ในศีลธรรม 10 ประการ กฎพระสงฆ์เกี่ยวกับการทำความลามกในตอนหนึ่งว่า “. . . จะเอาความลามกอ้ประมงคลนี้ไปเล่าต่อ ๆ ไปในนานาประเทศต่าง ๆ ก็จะมีเสื่อมเสียสาตราคมเกรียดยศศักดิ์ตาณภาพกรุงเทพพระมหานครไป ห้ามอย่าให้มีเพศบุรุษลึงอันลามกอ้ประมงคลไว้ในสารเทพารักษเปนอันขาดทีเดียว . . .”

กฎหมายลักษณะอาญา ได้นำคำว่า “ลามกอนาคต” มาเขียนรวมกันกำหนดไว้ในมาตรา 240 ว่า “ผู้ใดเอารูปภาพหรือสมุด หรือสิ่งใดใดอันมีลักษณะเป็นของลามกอนาคต ออกขาย หรือทอดตลาดก็ดี หรือเอาของลามกอนาคตที่ว่ามานั้นแสดง โดยเปิดเผยแก่สาธารณก็ดี ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกเป็นสมมติฐาน. . .”

พระราชบัญญัติปรามการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุอันลามกพุทธศักราช 2471 ได้ใช้เพียงคำว่า “ลามก” บัญญัติไว้ใน มาตรา 3 ว่า ผู้ใด เพื่อประโยชน์หรือในทางค้าขาย . . . รูปถ่าย ภาพยนตร์ ที่ลามก หรือวัตถุอันลามกอย่างอื่นก็ดี หรือประกอบกิจกรรม หรือมีส่วนในกิจกรรมเกี่ยววัตถุ หรือสิ่งอันลามกตั้งกล่าวแล้ว . . . มาตรา 4 ผู้ใด เพื่อจะช่วยในการทำให้แพร่หลาย หรือช่วยในการค้าวัตถุอันลามกตั้งระบุไว้ในมาตราก่อน...

<sup>45</sup> วชิราธร ภูมรินทร์, ปัจจัยที่มีผลต่อการปราบปรามสื่อลามกอนาจารบนอินเทอร์เน็ตศึกษาเฉพาะกรณี: พนักงานเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารสำนักงานตำรวจแห่งชาติ (สารนิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 31.

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ.2551 ใช้คำว่า “ลามก” เพียงคำเดียวในมาตรา 4 ว่าการผลิตหรือเผยแพร่วัตถุหรือสื่อลามกและการแสวงหาประโยชน์ทางเพศในรูปแบบอื่น ถือเป็น การแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 ใช้คำว่า “ลามกอนาจาร” โดยกำหนดไว้ในมาตรา 26 ว่า . . . (9) บังคับ ชูเชื้อ ใช้ ชักจูง ยุยง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กแสดงหรือกระทำการอันมีลักษณะลามกอนาจาร

ประมวลกฎหมายอาญา ใช้คำว่า “ลามก” โดยกำหนดไว้ในมาตรา 287 ว่า ผู้ใด

- (1) เพื่อความประสงค์แห่งการค้า . . . แลบบันทึภาพหรือสิ่งอื่นใดอันลามก
- (2) ประกอบการค้า . . . เกี่ยวกับวัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้ว . . .
- (3) เพื่อจะช่วยให้แพร่หลาย หรือการค้าวัตถุหรือสิ่งของลามก . . . หรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้ว . . .

มาตรา 388 ผู้ใดกระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล โดยเปลือยหรือเปิดเผยร่างกาย หรือกระทำการลามกอย่างอื่น

และล่าสุดประมวลกฎหมายอาญาได้แก้ไขเพิ่มเติมสื่อลามกอนาจารเด็กได้ ใช้คำว่า “ลามกอนาจาร” โดยกำหนดไว้ในบทนิยาม (17) และ มาตรา 287/1 และ 287/2

จะเห็นว่า การใช้คำว่า “ลามก” และ “อนาจาร” ไม่สามารถที่จะแยกกันได้เด็กขาดในความหมายของสื่อลามกอนาจาร กฎหมายเองก็ได้กำหนดถ้อยคำไว้ในแต่ละยุคของการร่างที่ต่างกัน ไม่ใช่ถ้อยคำให้เป็นไปลักษณะเดียวกัน แต่อย่างไรก็ตามยังมีการใช้คำว่า “ลามก” และ “อนาจาร” แยกกันอย่างไว้อย่างเด็ดขาดในการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับการกระทำอนาจารและพาไปเพื่อการอนาจาร ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 278, 279, 282, 283, 283 ทวิ, 284 และในมาตรา 317 ว่าด้วยการพรากผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจาร ซึ่งมีได้การนำคำว่า “ลามก” มาผสมรวมไว้ด้วยแต่อย่างใด

จากแนวคิดต่าง ๆ ดังกล่าวมา อาจสรุปได้ว่า “สื่อลามกอนาจาร” หมายถึง สิ่งของหรือวัตถุใด ๆ ก็ตามที่ทำให้ผู้กระทำมีวัตถุประสงค์ในการน้อมนำจิตใจของบุคคลทั่วไปที่ได้พบเห็นให้มีความรู้สึกไปในทางอูจจาตบดสี น่ารังเกียจ เกิดกำหนด หรือยั่วยุกามารมณ์ มีลักษณะเพื่อกระตุ้นความรู้สึกในทางเพศ โดยมีได้มุ่งหวังคุณค่าทางศิลปะ ความงาม หรือวิทยาการความรู้ในแขนงใด ในทางกฎหมายศาลพิจารณาภายใต้หลักการที่ว่า การกระทำนั้นหรือสิ่งนั้นขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ดังปรากฏตามคำพิพากษาศาลต่าง ๆ ตามที่กล่าวไว้แล้วในหัวข้อ 2.1.2 อย่างไรก็ตาม การจะให้ความหมายว่าสิ่งใดขัดศีลธรรมอันดีหรือไม่ เป็นสื่อลามกอนาจารหรือไม่ ในแต่ละวัฒนธรรมนั้นเป็นเรื่องยากมาก เพราะแต่ละวัฒนธรรมหรือแต่ละประเทศจะตีความหมายของคำว่า “ลามกอนาจาร” “ความเป็นศิลปะ” หรือ “ความเย้ายวนทางเพศแตกต่างกันได้หลายระดับ” ดังนั้นจึงต้องพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ กรณีไป และคำนึงถึงบริบทของสังคมในแต่ละยุคแต่ละสมัยด้วย

### 2.3.3 ความหมายของคำว่าสื่อลามกอนาจารเด็ก

### 2.3.3.1 ความหมายทั่วไป

สื่อลามกอนาจารของเด็ก (Child Pornography) หมายถึง ภาพเด็กซึ่งเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศอย่างเปิดเผย หรือภาพซึ่งแสดงอวัยวะเพศหรือทวารหนักของเด็กโดยมีวัตถุประสงค์ทางเพศ หรือ เสี่ยงเด็ก หรือบุคคลที่แสดงเป็นเด็กซึ่งเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศอย่างเปิดเผย หรือ ภาพหรือเสียง สนับสนุนส่งเสริม หรือกระตุ้นให้เกิดกิจกรรมทางเพศอันผิดกฎหมายต่อเด็ก<sup>46</sup> ทั้งนี้ รวมถึงภาพซึ่งแสดงอวัยวะเพศ บริเวณหัวหน้าหรือทวารหนักของเด็กโดยมีวัตถุประสงค์ทางเพศ บุคคลที่แสดงเป็นเด็ก ความหมายของ “ภาพลามกเด็ก” ครอบคลุมถึงภาพที่กระทำผ่านสื่อทุกประเภทที่เร้าอารมณ์ และไม่คำนึงถึงวิธีการทำให้เกิดภาพขึ้นอาจจะเป็นสื่อแบบเทียมคือเป็นสื่อแต่ง ใช้ผู้ใหญ่ที่แต่งให้เหมือนเด็ก หรือเป็นภาพสร้างขึ้นโดยใช้คอมพิวเตอร์ล้วน ๆ ภาพวาดหรือแอนิเมชัน การสร้างภาพโดยใช้คอมพิวเตอร์กราฟิกหรือโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์อื่น ๆ ก็สามารถพิจารณาว่าเป็นสื่อเทียมได้เหมือนกัน รวมทั้งวรรณกรรมนิตยสาร ภาพถ่าย ประติมากรรม จิตรกรรม การ์ตูน แอนิเมชัน บันทึกละเอียด วิดีโอ และวิดีโอเกม<sup>47</sup>

ในคริสต์ทศวรรษ 2000 ทั้งนักวิชาการและเจ้าหน้าที่ทางกฎหมายเริ่มใช้คำว่า “Child Abuse Images” (ภาพทารุณเด็ก) แทนคำว่า “Childpornography” เพิ่มขึ้น<sup>48</sup> เพราะคำว่า “Pornography” แสดงนัยที่ไม่ถูกต้องว่ามีการยินยอมพร้อมใจ และเพื่อแยกสิ่งที่ถูกกฎหมายและไม่ถูกให้ห่างจากกันนอกจากนั้นแล้ว ก็ยังมีการใช้คำอื่น ๆ เช่น “Child Abuse Material” สื่อทารุณเด็ก, “Child Sexual Abuse Material” สื่อทารุณเด็กทางเพศ, “Documented Child Sexual Abuse” บันทึกการทารุณเด็กทางเพศ และ “Depicted Child Sexual Abuse” ภาพทารุณเด็กทางเพศ รวมทั้งตัวย่อคือ CAM (Child Abuse Material) และ CAI (Child Abuse Image) แต่คำว่า “Child Pornography” ก็ยังเป็นคำที่ใช้ในกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ร่วมกับคำอื่น ๆ เช่น “Indecent Photographs of a Child” ซึ่งหมายถึง ภาพลามกอนาจารเด็กซึ่งหมายถึงภาพถ่ายหรือภาพเสมือนจริง โดยไม่รวมสื่อประเภทอื่น ๆ ที่ไม่ใช่ภาพ<sup>49</sup> งานประชุมโลกใหญ่ด้านการฉวยประโยชน์การค้าทางเพศจากเด็กและวัยรุ่นครั้งที่ 3 (World Congress III Against the Sexual Exploitation of Children and Adolescents) ปี พ.ศ.2551 ยอมรับข้อความว่า คำว่า Child Abuse Images เริ่มใช้มากขึ้นเรื่อย ๆ โดยหมายถึงการฉวยประโยชน์ทางเพศจากเด็กและวัยรุ่นในการทำสื่อลามก

<sup>46</sup> สถาบันกฎหมายอาญา, “รายงานการเสวนาทางวิชาการ เรื่อง สื่อลามกและการค้าประเวณีทางอินเทอร์เน็ต: มะเร็งที่กำลังทำลายเยาวชนไทย,” **บทบัณฑิตย** 55, 1 (มีนาคม 2542): 96-97.

<sup>47</sup> วิกีพีเดีย สารานุกรมเสรี, **สื่อลามกอนาจารเด็ก**, ค้นวันที่ 5 พฤศจิกายน 2559 จาก <https://th.wikipedia.org/wiki/สื่อลามกอนาจารเด็ก>

<sup>48</sup> Yaman Akdeniz, **Internet Child Pornography and the Law: National and International Responses** (Burlington, VT: Ashgate, 2008), p. 11.

<sup>49</sup> จอมพล พิทักษ์สันตโยธิน, “ภาพโป๊: กฎหมายสื่อลามกและศีลธรรม Pornographic Images: Obscenity Laws and Morality,” *เรื่องเดิม*, หน้า 16.

อนาจาร เพื่อที่จะสะท้อนให้เห็นถึงความร้ายแรงของปรากฏการณ์นี้ และเพื่อเน้นว่า ภาพลามกอนาจารของเด็กจริง ๆ เป็นการบันทึกการละเมิดทางอาชญากรรม<sup>50</sup>

องค์การตำรวจสากล (Interpol) และสถาบันตำรวจของประเทศต่าง ๆ เป็นผู้บังคับใช้กฎหมายสื่อลามกเด็กในระดับนานาชาติและตั้งแต่ปี พ.ศ.2542 Interpol ได้ใช้คำนิยามนี้ว่า “สื่อลามกเด็ก คือ ผลลัพธ์ของการเอาเปรียบ หรือการละเมิดทางเพศต่อเด็ก ซึ่งจะเป็นโดยวิธีใด ๆ ก็ตาม ตั้งแต่การบรรยายให้เห็นภาพ หรือโฆษณาการละเมิดทางเพศต่อเด็ก รวมถึงการพิมพ์ หรือการทำภาพพร้อมเสียงซึ่งมีจุดเน้นที่การกระทำทางเพศต่อเด็กหรือที่อวัยวะเพศของเด็ก”<sup>51</sup>

นอกจากนี้ สิ่งตีพิมพ์ของศูนย์นานาชาติเพื่อการป้องกันและดูแลเด็กหายและเด็กที่ถูกแสวงหาผลประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบ ได้ให้การอธิบายความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็กว่า ควรรวมถึงการแสดงหรือการพรรณนาใด ๆ ที่สามารถเห็นได้ว่าเด็กมีส่วนเกี่ยวพัน ไม่ว่าจะทำจริงหรือสร้างทำ กับการแสดง หรือการเล่นละคร หรือผลงานเกี่ยวกับทางเพศ นอกจากนี้ ยังมีคำหรือวลีที่อยู่ใต้คำนิยามของ “สื่อลามกอนาจารเด็ก” ที่ต้องมีการอธิบายเช่น คำว่า “พฤติกรรมทางเพศจำลอง”, “พฤติกรรมทางเพศที่ชัดเจน”, “งานศิลปะลามกหรือโป๊ที่เกี่ยวข้องกับอวัยวะทางเพศ” และ “การแสดงออก, การกระทำ หรือการปฏิบัติทางเพศ” ที่จำเป็นต้องมีคำจำกัดความมากกว่านั้น รวมถึงในเรื่องที่เกี่ยวกับอินเทอร์เน็ตและเทคโนโลยีใหม่ ๆ ที่ผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กในทุกรูปแบบ รวมถึงฟิล์ม ดีวีดี ซีดี-รอม แผ่นดิสก์ ซีดี-อาร์ และสื่อเกี่ยวกับอิเล็กทรอนิกส์ในรูปแบบอื่น ซึ่งสิ่งเหล่านี้ทำให้สื่อลามกอนาจารเด็กสามารถถูกเผยแพร่ได้รวมถึงการแพร่ผ่านทางอินเทอร์เน็ตและโดยวิธีทั้งหมดนี้สื่อลามกเด็กสามารถถูกครอบครองโดยการดูภาพบนอินเทอร์เน็ตหรือดาวน์โหลดรูปภาพเก็บไว้บนคอมพิวเตอร์<sup>52</sup>

### 2.3.3.2 ความหมายตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศ

ในส่วนของสนธิสัญญา อนุสัญญาหรือพิธีสารระหว่างประเทศ ที่ให้ความหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ที่สำคัญ เช่น

1) พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องการการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็กและสื่อลามกเด็ก ข้อ 2(ค) ได้ให้ความหมายเกี่ยวกับสื่อลามกเด็กว่าหมายถึง การนำ เสนอใดโดยวิธีการใดก็ตามที่เด็กเข้าไปมีส่วน เกี่ยวข้องในกิจกรรมทางเพศอย่างชัดเจน (Explicit

<sup>50</sup> Lina Acca Mathew, “Online Child Safety from Sexual Abuse in India,” *Journal of Information, Law & Technology* 1 (June 2009): 21.

<sup>51</sup> Agnes Fournier de Saint Maur, *Specialized Crime Unit Interpol General Secretariat: Sexual Abuse of Children on the Internet: A New Challenge for INTERPOL*, Expert Meeting on Sexual Abuse of Children, Child Pornography and Paedophilia on the Internet: An International Challenge UNESCO, Paris, Room II, 18-19 January 1999, p. 1.

<sup>52</sup> ศูนย์นานาชาติเพื่อการป้องกันและดูแลเด็กหายและเด็กที่ถูกแสวงหาผลประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบ, *สื่อลามกอนาจารเด็ก: กฎหมายแม่แบบและการทบทวนบทกฎหมายของแต่ละประเทศทั่วโลก*, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: ศูนย์ฯ, 2553), หน้า 1.

Sexual Activities) ทั้งที่เป็นจริงหรือจำลองขึ้น หรือการนำเสนออวัยวะส่วนใดในทางเพศของเด็ก เพื่อความมุ่งประสงค์หลักในทางเพศ

2) อนุสัญญาของสภายุโรปว่าด้วยอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ (Convention on Cybercrime) ข้อ 9, 2<sup>53</sup> ได้ให้ความหมายไว้ว่า “สื่อลามกอนาจารเกี่ยวกับเด็ก” ให้รวมถึงสิ่งอันลามกอนาจารที่แสดงภาพ ซึ่ง

- (1) การกระทำกิจกรรมทางเพศโดยชัดแจ้งของเด็ก
- (2) บุคคลที่เสมือนเป็นเด็กนั้นกระทำการกิจกรรมทางเพศโดยชัดแจ้ง
- (3) ภาพเสมือนจริงของเด็กที่แสดงถึงเด็กที่มีส่วนร่วมในการกระทำ

กิจกรรมทางเพศโดยชัดแจ้ง

ข้อ 9, 3<sup>54</sup> โดยวัตถุประสงค์ของความในวรรค 2 ข้างต้น คำว่า “เด็ก” พึงรวมถึงบุคคลทุกคนที่มีอายุไม่ถึง 18 ปี อย่างไรก็ตามก็ดี ประเทศภาคีอาจกำหนดเกณฑ์อายุต่ำกว่านี้แต่ต้องไม่น้อยกว่า 16 ปี<sup>55</sup>

3) อนุสัญญาแลนซาโรเต้ (Council of Europe Convention on the Protection of Children Against Sexual Exploitation and Sexual Abuse) ได้ให้ความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็กในข้อ 20(2)<sup>56</sup> ว่า เป็นวัสดุใด ๆ ที่พรรณนาให้เห็นภาพเด็กคนหนึ่งที่มีเพศสัมพันธ์จริงหรือเลียนแบบการมีเพศสัมพันธ์โดยชัดแจ้งหรือพรรณนาให้เห็นอวัยวะทางเพศของเด็ก เพื่อมุ่งประสงค์ทางเพศเป็นหลัก

อนุสัญญานี้ยังได้กำหนดให้รัฐภาคีกำหนดการกระทำที่เป็นการผลิต เสนอ จัดทำ แจกจ่าย ส่งต่อ จัดหาสื่อลามกอนาจารเด็กให้แก่ตนเองหรือผู้อื่น มีไว้ในครอบครอง หรือโดย

<sup>53</sup> For the purpose of paragraph 1 above, the term “child pornography” shall include pornographic material that visually depicts: a. a minor engaged in sexually explicit conduct; b. a person appearing to be a minor engaged in sexually explicit conduct; c. realistic images representing a minor engaged in sexually explicit conduct.

<sup>54</sup> For the purpose of paragraph 2 above, the term “minor” shall include all persons under 18 years of age. A Party may, however, require a lower age-limit, which shall be not less than 16 years.

<sup>55</sup> For the purpose of paragraph 2 above, the term “minor” shall include all persons under 18 years of age. A Party may, however, require a lower age-limit, which shall be not less than 16 years.

<sup>56</sup> Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse Article 20 Offences concerning child pornography 2. For the purpose of the present article, the term “child pornography” shall mean any material that visually depicts a child engaged in real or simulated sexually explicit conduct or any depiction of a child’s sexual organs for primarily sexual purposes.

เจตนาที่จะเข้าถึงข้อมูลทางเทคโนโลยีในการสื่อสาร<sup>57</sup> และยังให้รวมถึงภาพที่เลียนแบบ (Simulated Representations) หรือภาพสมจริง (Realistic Images) ของเด็กที่ไม่มีอยู่จริงด้วย<sup>58</sup>

### 2.3.3.3 ความหมายตามกฎหมายต่างประเทศ

ความหมายของ “สื่อลามก” ในประเทศสหรัฐอเมริกา “Pornography” อันได้แก่ การแสดงถึงพฤติกรรมทางเพศไม่ว่าจะเป็นการเขียนหรือภาพที่นำไปสู่การตื่นเต้นทางเพศหรือยั่วยุ กามารมณ์หรือทำให้เกิดกำหนด “Obscenity” หมายถึง สิ่งที่ทำให้เกิดความรู้สึกอันน่ารังเกียจ เช่น แสดงถ้อยคำหรือวัตถุสิ่งของทาง เพศในลักษณะที่หยาบช้าน่าเกลียด ซึ่งในกฎหมายก็ไม่มีบทนิยามชัดเจนเอาไว้ เป็นหน้าที่ของศาลที่ต้องตีความ<sup>59</sup>

หลักการพิจารณาสิ่งใดคือสื่อลามกในสหรัฐอเมริกา ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาสหรัฐฯ ได้วางหลักการพิจารณาไว้เป็นบรรทัดฐาน ในคดี Miller v. California (1973) ดังนี้

- 1) ใช้การวินิจฉัยในทัศนะของวิญญูชน ซึ่งอยู่ในสถานะของสังคมในสมัยนั้น มองงานชิ้นนั้นทั้งหมดแล้วพบว่า เป็นงานที่น้อมนำให้เกิดตณหาหรือไม่ และ
- 2) งานที่พรรณนาหรือบรรยายถึงการกระทำทางเพศ ในความหมายที่มีการกำหนดไว้โดยเฉพาะโดยกฎหมายของมลรัฐหรือไม่
- 3) งานดังกล่าวนี้เมื่อพิจารณางานทั้งหมดแล้ว ปรากฏจากคุณค่าทางวรรณกรรม ศิลปกรรม การปกครอง หรือทางวิทยาการหรือไม่<sup>60</sup>

สำหรับขอบเขตว่าสิ่งใดเป็นสิ่งลามกนั้น ผู้พิพากษาศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกา พอตเตอร์ สจิวต์ (Potter Stewart) ได้กล่าวเอาไว้ว่า เขาไม่อาจให้คำจำกัดความของสื่อลามกได้ แต่เขาจะรู้ได้ก็ต่อเมื่อเขาได้เห็น (I know it when I see it)

และในคดีในระหว่าง United States of America, Plaintiff v. Robert S. DOST<sup>61</sup> ในปี พ.ศ.2529 (1986) ศาลได้กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาว่าภาพใดเป็นภาพลามกอนาจารมีหลักในการพิจารณา 6 ข้อ ดังนี้

- 1) จุดโฟกัสของรูปอยู่ที่เขตอวัยวะเพศหรือหัวหน้าของเด็กหรือไม่
- 2) สิ่งแวดล้อมและบริบทของภาพบ่งนัยทางเพศหรือไม่ เช่น อยู่ในสถานที่หรืออยู่ในท่าทางที่โดยทั่วไปสัมพันธ์กับกิจกรรมทางเพศ

<sup>57</sup> อนุสัญญาแลนซาโรเต่ ข้อ 20

<sup>58</sup> อนุสัญญาแลนซาโรเต่ ข้อ 20

<sup>59</sup> กระทรวงยุติธรรม, สำนักงานกิจการยุติธรรม, **คู่มือและแนวทางการดำเนินการตามแผน และการเตรียมความพร้อมในการบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 24 พ.ศ.2558 (ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก)**, หน้า 8, คืบวันที่ 2 มกราคม 2559 จาก [https://library2.parliament.go.th/giventake/content\\_nla2557/d090859-02.pdf](https://library2.parliament.go.th/giventake/content_nla2557/d090859-02.pdf)

<sup>60</sup> เนติ รัตนากร, *เรื่องเดิม*, หน้า 37.

<sup>61</sup> United States of America, Plaintiff, v. Robert S. DOST and Edwin E. Wiegand, Defendants. Crim. No. 86-0036-GT. United States District Court, S.D. California. June 12, 1986

3) จัดทำเด็กอยู่ในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมชาติ หรือใส่เสื้อผ้าที่ไม่เหมาะสม เมื่อพิจารณาอายุของเด็กหรือไม่

4) เด็กนั้นเต็มใจหรือไม่

5) เด็กแสดงความยินยอมที่แสดงนัยทางเพศ หรือความพร้อมความเต็มใจที่จะร่วมกิจกรรมทางเพศหรือไม่

6) ภาพตั้งใจหรือออกแบบเพื่อกระตุ้นให้ผู้ชมเกิดปฏิกิริยาทางเพศหรือไม่ สำหรับสหราชอาณาจักร การพิจารณาว่าสิ่งใด เป็นสิ่งลามกนั้น ให้พิจารณาว่า เป็นกรณีที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อศีลธรรมอันดีของสังคม สิ่งลามกจะก่อให้เกิดความเสื่อมทั้งร่างกาย และจิตใจของผู้ที่ได้รับรู้ ซึ่งหมายถึงจะมีอิทธิพลต่อสภาพร่างกายและจิตใจของผู้รับให้มีแนวโน้มไปในทางที่ผิดศีลธรรม และจะส่งผลไปถึงมาตรฐานทางศีลธรรมของสังคม และสิ่งลามกนั้นจะต้องไม่ใช่ งานที่มีคุณค่าทางสังคมอันเป็นงานวิชาการ ศิลปะ เป็นงานทางอักษรศาสตร์หรือเป็นงานที่มีคุณค่าทางสุนทรียศาสตร์<sup>62</sup> และศาลสหราชอาณาจักร ได้วางหลักการพิจารณาเกี่ยวกับรูปภพลามกไว้ใน คดี R v. Thompson (2004) โดยพิจารณาตามความรุนแรงไว้ 5 ระดับ คือ

ระดับ 1 รูปภพแนวอโรติกซึ่งไม่มีกิจกรรมทางเพศ

ระดับ 2 กิจกรรมทางเพศระหว่างเด็กโดยไม่มี การสอดใส่อวัยวะเพศหรือการสำเร็จ ความใคร่โดยตนเองของเด็ก

ระดับ 3 กิจกรรมทางเพศระหว่างเด็กกับผู้ใหญ่โดยไม่มี การสอดใส่อวัยวะเพศ

ระดับ 4 กิจกรรมทางเพศของเด็กคนเดียวหรือหลายคนหรือทั้งเด็กและผู้ใหญ่โดยมี การสอดใส่อวัยวะเพศ

ระดับ 5 แนวชาติสต์หรือการสอดใส่อวัยวะเพศต่อหรือโดยสัตว์<sup>63</sup>

ดังนั้น จึงพิจารณาให้ความหมายของ “สื่อลามกอนาจารเด็ก” (Child Pornography) ได้ว่า หมายถึง ภาพเด็กซึ่งเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศอย่างเปิดเผย หรือภาพวาดรูปเด็กซึ่งเข้าร่วม กิจกรรมทางเพศอย่างเปิดเผย หรือภาพซึ่งแสดงอวัยวะเพศหรือทวารหนักของเด็กโดยมีวัตถุประสงค์ ทางเพศ หรือเสียงเด็ก หรือบุคคลที่แสดงเป็นเด็กซึ่งเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศอย่างเปิดเผย หรือภาพ หรือเสียง สนับสนุนส่งเสริม หรือกระตุ้นให้เกิดกิจกรรมทางเพศอันผิดกฎหมายต่อเด็ก<sup>64</sup> ความหมาย ของ “ภพลามกเด็ก” ดังกล่าวครอบคลุมถึงภาพที่กระทำผ่านสื่อทุกประเภท และไม่คำนึงถึงวิธีการ ทำให้เกิดภาพขึ้น ดังนั้น จึงรวมถึงการสร้างภาพโดยใช้คอมพิวเตอร์กราฟิก หรือ โดยวิธีการทาง อิเล็กทรอนิกส์อื่น ๆ ด้วย

<sup>62</sup> Ian Hunter, David Saunders and Dugal Williamson, *On Pornography: Literature, Sexuality and Obscenity Law* (New York: ST. Martin's Press, 1993), p. 59 อ้างถึงใน เนติ รัตนากร, *เรื่องเดิม*, หน้า 28-29.

<sup>63</sup> วิริยะ ธรรมจักร, *มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กจากสื่อลามก* (วิทยานิพนธ์ ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2556), หน้า 45.

<sup>64</sup> สถาบันกฎหมายอาญา, *เรื่องเดิม*, หน้า 96-97.

จะเห็นว่า การที่จะพิจารณาว่าสิ่งจะเป็นสิ่งใดจะเป็นสิ่งลามกอนาจารหรือภาพลามกอนาจารนั้น คงต้องพิจารณาในหลายมิติ ทั้งตัวภาพหรือวัตถุ หรือสิ่งของนั้น มีลักษณะท่าทางอย่างไร รวมทั้งถูกจัดวางหรือจัดโชว์แสดงไว้ในที่ใด มีการสื่อด้านอารมณ์ มีศิลปะหรือไม่ และการพิจารณาดังกล่าวต้องเอาวินิจฉัยของวิญญูชน รวมวัฒนธรรมและประเพณีของสังคมนั้น ๆ ประกอบด้วย ดังนั้นจึงเห็นว่า สื่อลามกอนาจารของเด็ก (Child Pornography) ควรหมายถึง

ภาพเด็กซึ่งเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศอย่างเปิดเผย หรือภาพซึ่งแสดงอวัยวะเพศ หัวหน้าหรือทวารหนักของเด็กหรืออวัยวะอื่นใดที่เทียบเคียงกับอวัยวะข้างต้นนี้ โดยมีวัตถุประสงค์ในทางเพศหรือกระตุ้นความรู้สึกทางเพศ หรือเสียงเด็ก หรือบุคคลที่แสดงเป็นเด็กซึ่งเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศอย่างเปิดเผย หรือภาพ หรือเสียงครอบคลุมถึงภาพที่กระทำผ่านสื่อทุกประเภทที่เร้าอารมณ์ และไม่คำนึงถึงวิธีการทำให้เกิดภาพขึ้นอาจจะเป็นสื่อแบบเทียมคือเป็นสื่อแต่ง ใช้ผู้ใหญ่ที่แต่งให้เหมือนเด็ก หรือเป็นภาพสร้างขึ้นโดยใช้คอมพิวเตอร์ล้วน ๆ ภาพวาดหรือแอนิเมชัน การสร้างภาพโดยใช้คอมพิวเตอร์กราฟิกหรือโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์อื่น ๆ ก็สามารถพิจารณาว่าเป็นสื่อเทียมได้เหมือนกัน รวมทั้งวรรณกรรมนิตยสาร ภาพถ่ายประติมากรรม จิตรกรรม การ์ตูน แอนิเมชัน บันทึกลายเสียง วิดีโอ และวิดีโอเกม เพื่อสนับสนุนส่งเสริม หรือกระตุ้นให้เกิดอารมณ์ทางเพศ หรือกิจกรรมทางเพศอันผิดกฎหมายต่อเด็ก

#### 2.3.3.4 ความหมายของคำว่าลามกอนาจารตามคำวินิจฉัยของศาลไทย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 978/2492 โจทก์ฟ้องว่า เมื่อวันที่ 18 ธันวาคม 2490 เวลากลางวัน จำเลยมีสมุดภาพไว้ในครอบครองและนำออกแสดงโดยเปิดเผยต่อสาธารณชนเพื่อจำหน่ายซึ่งสมุดภาพเหล่านั้นเป็นภาพเปลือยกายเห็นของลับและถันอันเป็นของลามกอนาจาร เจ้าพนักงานจับจำเลยได้พร้อมของกลาง เหตุเกิดที่ตำบลสีลม อำเภอบางรัก จังหวัดพระนคร จำเลยเคยต้องโทษมาแล้ว พันโทชายยังไม่เกินกำหนด จึงขอให้ลงโทษแลเพิ่มโทษตามกฎหมาย ลักษณะอาญา มาตรา 240, 72 พระราชบัญญัติปราบปรามการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุ อันลามก พ.ศ.2471 มาตรา 3 และขอให้ริบของกลาง จำเลยรับสารภาพตามฟ้องและใบแดงแจ้งโทษ โจทก์ส่งของกลางประกอบคดีแล้ว แกล้งไม่ตั้งใจสืบพยาน ศาลแขวงพระนครใต้พิเคราะห์ภาพของกลางแล้ว เห็นว่าภาพที่ปรากฏในหนังสือของกลางนั้น เป็นรูปหญิงเปลือยกาย คงปรากฏเด่นชัดเฉพาะถันเท่านั้น ส่วนโยนีได้ถูกระบายให้ลบลือมองไม่เห็นเป็นเพียงฐานเท่านั้น เป็นรูปแสดงถึงชุดภาพอนาจารของการอบแดดบ้าง เป็นภาพศิลปะ สอนถึงวิธีเขียนแสดงถึงส่วนสัดส่วนของร่างกายบ้างตามภาพไม่เป็นการอุจาดบาดตา ยังไกลต่อการแสดงความรู้สึกทางกามารมณ์ ศาลชั้นต้นจึงเห็นว่าภาพของกลางไม่เป็นภาพลามกอนาจาร พิพากษาให้ยกฟ้องโจทก์ คดีของกลาง โจทก์อุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์เห็นว่า เมื่อพิจารณาตามความรู้สึกของวิญญูชนผู้มีใจเป็นบุคคลที่เคร่งต่อจารีตประเพณีโดยไม่ยอมเปลี่ยนแปลงไปตามสมัยของโลก และโดยเฉพาะ ในสมัยที่คนไทยยอมรับเอาความนิยมในการนุ่งน้อยห่มน้อยในโอกาสที่ไปต่างอากาศ ชายทะเลหรือในการอนุญาตให้ฉาย

ภาพยนตร์แสดงการกอดจูบโดยการรับเอาประเพณี การเดินรำสากลทั้งการจัดเอาความงามของสตรี เข้าประกวดตามแบบสากลแล้ว ศาลอุทธรณ์ก็เห็นว่าภาพของกลางไม่มีลักษณะน่าเกลียดน่าอายจาก บัดสีที่น้อมนำไปสู่ความต่ำ ความชั่ว หรือความใคร่ในทางกามารมณ์ ภาพของกลางจึงไม่ใช่ภาพลามก อนาจาร ตามโจทก์ฟ้อง ศาลอุทธรณ์จึงพิพากษายืน โจทก์ฎีกา

ศาลฎีกาได้ตรวจสำนวนประชุมปรึกษาคดีแล้ว เห็นว่าการตีความหมายของ คำว่า ลามกอนาจาร ตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 240 หรือตามพระราชบัญญัติ ปราบการทำให้ แพร่หลายและการค้าวัตถุอันลามก พ.ศ.2471 นั้น ศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยไว้ชอบแล้ว ส่วนภาพของ กลางไม่มีลักษณะเป็นลามกอนาจาร ฎีกาโจทก์ฟังไม่ขึ้นให้ยกเสีย โดยศาลฎีกาพิพากษายืนตามคำ พิพากษาศาลอุทธรณ์

คำพิพากษานี้ได้มีบันทึกทำฎีกาโดยบรรณาธิการหนังสือคำพิพากษา ฎีกาของ เนติบัณฑิตยสภา ท่านอาจารย์สะอาด นาวิเจริญ ไว้ว่า

อย่างไรก็ตาม จึงจะถือว่าเป็นภาพลามกอนาจารอันเป็นผิดกฎหมายนั้น ข้าพเจ้าคิดว่าจะดูรูปภาพอย่างเดียวไม่ได้ จะต้องดูลักษณะของหนังสือและเจตนา ของผู้เผยแพร่หนังสือนั้นประกอบด้วย เช่น หนังสือวิชาการแพทย์ซึ่งแสดงถึงภาพ ของลับหรือส่วนต่าง ๆ ของร่างกาย เป็นต้น ภาพชนิดนี้ ผู้ได้พบเห็นย่อมไม่นึกหรือ เห็น เป็นภาพอันอุจาดนีกอดดู แต่ถ้าภาพเดียวกันนั้นนำมาพิมพ์เป็นหนังสือเรี รมเร็ว กามารมณ์ย่อมถือว่าเป็นภาพลามกอนาจารได้ ที่ว่าต้องดูเจตนาของ ผู้เผยแพร่หนังสือประกอบด้วยนั้น อันที่จริงก็อยู่ในลักษณะของหนังสือนั่นเอง ที่ แยกพูดไว้ก็เพื่อกันผลอ เช่น พิมพ์หนังสือว่าด้วยวิชาแพทย์แต่แสดงภาพลามกไว้ มากมาย อาจเป็นข้อส่อเจตนาว่า เออวิชาแพทย์มาบังหน้า การเผยแพร่ภาพลามก วิญญูชนผู้พบเห็นย่อมเห็นเป็นเรื่องเผยแพร่ภาพลามกอนาจารอันน่าอดสู ซึ่งเกิด เป็นความผิด

คำพิพากษาฎีกาที่ 1223/2508 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ภาพของกลางเป็นเพียงภาพซึ่ง แสดงถึงส่วนสัดส่วนความสมบูรณ์ของร่างกายที่ได้มีสิ่งปกปิด โดยเฉพาะส่วนล่างก็พยายามปกปิดหรือทำ เป็นเพียงเงา ๆ และได้ลบเลือนให้เป็นอวัยวะที่ราบเรียบแล้ว ภาพของกลางไม่มีลักษณะน่าเกลียด น่าอายจากบัดสีจึงไม่เป็นภาพลามกตามความหมายที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 พิพากษายืน

คำพิพากษาฎีกาที่ 3510/2531 ภาพหญิงยืนเปลือยกายกอดชาย ภาพหญิงสวมแต่ กางเกงในโปร่งตา มีผู้ชายนอนกอดมือโอบบริเวณทรวงอก ภาพหญิงเปลือยกายท่อนบนในใช้มือจับ หูโทรศัพท์กดที่อวัยวะเพศ ภาพหญิงเปลือยกายมีเหตุผลตัว มือข้างหนึ่งกุมนมอีกข้างหนึ่งกุมอวัยวะ เพศ ภาพหญิงเปิดเสื้อให้เห็นนมล้วงมือเข้าไปในกระโปรง ภาพหญิงเปลือยอกสวมกางเกงใน มือล้วง ไปที่อวัยวะเพศ และภาพหญิงเปลือยอกสวมกางเกงขาสั้น มือข้างหนึ่งล้วงไปจับที่อวัยวะเพศ ภาพ ดังกล่าวแม้ไม่เห็นอวัยวะเพศชัดเจน แต่ก็มีลักษณะส่อไปในด้านยั่วยุกกามารมณ์ และภาพหญิงเปลือย ตลอดทั้งร่างซึ่งพอเห็นอวัยวะเพศได้บ้าง ถือได้ว่าเป็นภาพอันลามก ไม่ใช่ภาพศิลปะที่แสดงถึงส่วนสัดส่วน

ความสมบูรณ์ของร่างกายข้อความต่าง ๆ ที่ได้บรรยายถึงการร่วมประเวณีของชายและหญิงอย่างชัดเจนละเอียดลออ โดยบรรยายถึงอารมณ์ของชายและหญิงไปในทางยั่วยุกรมรมณ์แม้จะมีได้ใช้ถ้อยคำหยาบคาย ก็ถือได้ว่าเป็นข้อความอันลามก

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6301/2533 เห็นว่า มีบางภาพเปิดเผยเต้านมอย่างโจ่งแจ้ง ส่วนที่อวัยวะเพศแม้ จะมีผ้าอาภรณ์ปกปิดไว้ แต่ก็ปกปิดไว้อย่างหมิ่นเหม่ ซึ่งนอกจากจะอยู่ในอิริยาบถที่ไม่เรียบร้อย ไม่น่าดูเลย ยังอยู่ในอิริยาบถที่น่าเกลียดน่าบัดสีอีกด้วย กล่าวคือ มีบางภาพที่อยู่ในอิริยาบถนอนก้นนอนหงายถ่างขาออกอย่างกว้าง ทำนองเจตนาเพื่ออวดอวัยวะอย่างเด่นชัด ส่วนภาพที่อยู่ในอิริยาบถนั่ง ก็นั่งถ่างขาออกแม้จะมีผ้าปกปิดอวัยวะเพศก็เป็นผ้าบางใส ซึ่งแสดงว่าต้องการอวดอวัยวะเพศเช่นเดียวกับภาพในอิริยาบถนอนดังที่ได้วินิจฉัยมาแล้ว ข้างต้นจึงเป็นภาพที่มีเจตนาอวดอวัยวะเพศให้เกิดความใคร่ในทางกามารมณ์โดยตรง ดังนี้ ถือว่าเป็นภาพลามก

### 2.3.3.5 ประเภทของสื่อลามกเด็ก

การแบ่งระดับความรุนแรงหรือวิธีการในกิจกรรมทางเพศ แบ่งได้ดังนี้

1) การแบ่งตามระดับความรุนแรงหรือวิธีวิธีการในกิจกรรมทางเพศที่นำเสนอ Attorney General's Commission on Pornography Final Report 1968<sup>65</sup> ได้จัดประเภทของสื่อลามกตามกิจกรรมทางเพศที่นำเสนอคือ

(1) สิ่งที่เป็นความรุนแรงทางเพศ (Sexual Violent Materials) แสดงให้เห็นถึงภาพของการข่มขืน และเนื้อหาที่ทำร้ายบุคคลทางเพศ

(2) สิ่งที่ไม่เป็นความรุนแรงแต่แสดงออกให้เห็นถึงความน่าละอาย การอยู่เหนือ การตกเป็นรอง หรือความต่ำต้อย (Nonviolent Materials Depicting Degradation, Domination, Subordination or Humiliation) ซึ่งประกอบด้วยเนื้อหาของผู้หญิงที่ตกอยู่ภายใต้อาณัติของผู้ชาย

(3) สิ่งที่ไม่รุนแรงและไม่มีลักษณะของการถูกข่มเหง (Non-violent and Nondegrading Materials) พรรณนาให้เห็นถึงการร่วมเพศโดยปราศจากความก้าวร้าวรุนแรงหรือการบังคับขู่เข็ญ

(4) เปลือยอย่างมีศิลปะ (Nudity) แสดงให้เห็นเรือนร่างอันเปล่าเปลือยของมนุษย์โดยไม่มีพฤติกรรมทางเพศที่ชัดเจนหรือเจตนาจะให้มี

(5) เปลือยเด็ก (Child Pornography) มีความเกี่ยวข้องกับเรื่องเพศเพียงเล็กน้อย และทั้ง ๆ ที่การผลิตถือเป็นเรื่องผิดกฎหมายอาญา แต่ก็ยังคงมีการแพร่กระจายไปในนิตยสารต่างประเทศ อินเทอร์เน็ต และจัดจำหน่ายโดยตรง หลายคนไม่เห็นด้วยกับการเรียกสื่อประเภทนี้ว่า “Pornographic” (สื่อลามก) แต่ควรเรียกว่า “Sexually Explicit” (การแสดงออกทางเพศอย่างโจ่งแจ้ง) มากกว่า

2) การจัดเกณฑ์แบ่งประเภทสื่อลามกตามเนื้อหา ที่ปรากฏมีดังต่อไปนี้<sup>66</sup>

<sup>65</sup> คณะกรรมการที่ประธานาธิบดีสหรัฐ ได้จัดตั้งขึ้น มีหน้าที่ศึกษาค้นคว้าถึงความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุหรือสิ่งลามกกับพฤติการณ์การต่อต้านสังคม ให้คำแนะนำ กำหนดมาตรการที่เหมาะสม

<sup>66</sup> โสมนัส เจือศรีกุล, *เรื่องเดิม*, หน้า 12.

(1) Hard-Core เป็นเนื้อหาที่เน้นการกระตุ้นความรู้สึกทางเพศโดยแสดงออกอย่างโจ่งแจ้ง รุนแรง และเร่าร้อน แสดงให้เห็นถึงภาวะของการร่วมเพศอย่างเด่นชัด หรือการมีเพศสัมพันธ์ที่ผิดไปจากปกติ เช่น การร่วมเพศระหว่างคนกับสัตว์ (Bestiality) หรือการร่วมเพศระหว่างคนกับศพ (Necrophilia) เป็นต้น

(2) Soft-Core เป็นเนื้อหาเกี่ยวกับความใคร่และต้องการกระตุ้นให้เกิดความพึงพอใจมากกว่าการแสดงออกทางเพศอย่างโจ่งแจ้งและรุนแรง ภาพและข้อความในนิตยสาร Playboy และ Penthouse มักจะถูกนำมาใช้เพื่อเป็นตัวอย่างของสื่อลามกประเภทนี้

### 2.3.3.6 ความสัมพันธ์ของเด็กกับสื่อลามก

#### 1) ในฐานะเป็นผู้แสดงในสื่อลามก<sup>67</sup>

(1) การนำเด็กไปแสดงในสื่อลามกโดยตรง เป็นการคุกคามทางเพศต่อเด็กโดยตรง กล่าวคือเป็นการนำเด็กไปเป็นผู้แสดงในสื่อลามกโดยที่เด็กจะได้รับการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย มี การบังคับ ชูเชิญ ใช้อำนาจ เพื่อให้เด็กกระทำการกิจกรรมทางเพศต่าง ๆ ในแต่ละครั้งที่มีการถ่ายภาพ ลามกเด็กอาจจะถูกกระทำชำเรา กระทำอนาจาร กระทำทารุณ และกระทำการอื่น ๆ ซ้ำแล้วซ้ำเล่า จนเด็กได้รับความกระทบกระเทือนทางร่างกาย และจิตใจ

(2) การนำเด็กไปแสดงในสื่อลามกโดยทางอ้อม กรณีนี้เด็กไม่ได้ถูกกระทำทารุณทางเพศ ไม่ได้ถูกชูเชิญบังคับเพื่อไปกระทำการกิจกรรมทางเพศ แต่เกิดจากการพัฒนาทางด้านเทคโนโลยีทางการถ่ายภาพ การพิมพ์ และคอมพิวเตอร์ ปัญหานี้เกิดการกรรรมวิธีการผสมผสานภาพเข้าด้วยกันด้วยเทคโนโลยีทางคอมพิวเตอร์ เช่นนำภาพศีรษะของเด็กไปผสมกับภาพร่างกายของบุคคลอื่น ทำให้เข้าใจผิดว่าเป็นรูปภาพของเด็กคนนั้น และยังถ้าเป็นการทำเพื่อให้เป็นภาพลามกก็จะทำให้ผู้ที่ถูกกระทำได้รับความเสื่อมเสียชื่อเสียง รวมถึงได้รับความกระทบกระเทือนทางด้านจิตใจด้วย

นอกจากนั้น ในขั้นตอนของการจัดทำสื่อลามกเด็กที่มีการนำเด็กไปแสดงพฤติกรรมทางเพศต่าง ๆ พบว่ามีการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศต่อร่างกายของเด็กในการทำที่ต้องใช้เด็กเป็นผู้แสดงโดยตรง โดยการถ่ายภาพอวัยวะของเด็กในขณะกระทำการกิจกรรมทางเพศ และมีวัตถุประสงค์ที่จะก่อให้เกิดการกระตุ้นความรู้สึกทางเพศของผู้ที่ได้พบเห็น เป็นการกระทำที่อาจเป็นการกระทำอนาจารต่อเด็ก ปัญหานี้นอกจากที่จะเกี่ยวกับการทำสื่อลามกเด็กแล้ว ยังเกี่ยวข้องกับ การกระทำอนาจารเด็กเองด้วย ไม่ว่าจะเป็นกรณีใดก็ตามก็ล้วนแต่เป็นการแสวงหาประโยชน์จากเด็กทางเพศทั้งสิ้น และก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง และเกียรติภูมิของเด็ก และอาจทำให้เด็กมีทัศนคติที่ไม่ดีในทางเพศ รวมถึงการกำหนดพฤติกรรมของเด็กเองด้วย

#### 2) ในฐานะเป็นผู้รับรู้สื่อลามก

ปัญหาการใช้บริการ หรือสิ่งของอันลามกของเด็กเป็นอีกปัญหาหนึ่งที่มีผลกระทบต่อ วัฒนธรรมทางเพศของเด็ก และเกี่ยวพันถึงระบบมาตรฐานทางศีลธรรมของเด็กด้วย

รูปแบบการนำเสนอสื่อที่มีความหลากหลาย เทคโนโลยี การพิมพ์ การสื่อสารที่ก้าวล้ำ สมัยเหมือนเป็นดาบสองคมถ้ามีการนำไปใช้ในทางที่ผิด ปัญหาของสื่อสื่อลามกที่

<sup>67</sup> เนติ รัตนากร, *เรื่องเดิม*, หน้า 18-20.

ปรากฏในสื่อต่าง ๆ สามารถพบเห็นได้ง่าย และเด็กก็สามารถเลือกรับสื่อเหล่านั้นได้ ปัญหาหนึ่งก็มาจากผู้ใหญ่ที่มี ส่วนส่งเสริมให้มีการเผยแพร่สิ่งลามกเข้าสู่ตัวเด็ก ปัญหาการรับรู้สื่อสิ่งลามกของเด็กอาจพิจารณาได้ 2 ประการคือ

(1) เด็กรับรู้จากการพบเห็นสิ่งลามกที่บิดา มารดาได้ซื้อหามาชม และเด็กได้พบเห็น เข้า แล้วนำมาชม

(2) เด็กรับรู้จากการไปซื้อหามาด้วยตนเอง หรือเพื่อนของเด็กมีส่วนร่วมในการแนะนำ ตัวอย่างของคดีที่เกิดขึ้นจากการที่เด็กได้รับสื่อสิ่งลามกและส่งผลกระทบต่อพฤติกรรมทางเพศที่ผิดไปจนก่อให้เกิดการกระทำผิดทางเพศ เช่น

คดีที่เจ้าหน้าที่ตำรวจจังหวัดราชบุรีได้จับกุมเด็กชาย บี (นามสมมุติ) อายุ 13 ปี ในข้อหา ช่มชู้ในกระทำชำเราเด็กหญิงอายุ 5 ปี โดยผู้ต้องหาให้การรับสารภาพว่าก่อนกระทำความผิดได้ ดูวิดีโอลามกกับเพื่อนแล้วเกิดอารมณ์ทางเพศ

คดีที่เจ้าหน้าที่ตำรวจสถานีนางเลิ้งจับกุมเด็กชาย ตุ้ (นามสมมุติ) อายุ 14 ปี ในข้อหา ช่มชู้ในกระทำชำเรา และฆาตกรรมเด็กหญิงอายุ 5 ปี โดยผู้ต้องหาให้การรับสารภาพว่าก่อนกระทำความผิดได้ดูวิดีโอลามก เมื่อพบเด็กหญิงผู้เสียหายจึงเกิดอารมณ์ทางเพศ

จากตัวอย่างที่กล่าวมาข้างต้นมีอีกหลายคดีที่เด็กมีพฤติกรรมทางเพศที่ผิดหลังจากได้รับ สื่อสิ่งลามก แสดงให้เห็นว่าสิ่งลามกมีอิทธิพลต่อจิตใจของเด็ก อันเนื่องมาจากเด็กยังเยาว์วัยไม่ อาจแยกแยะและกำหนดพฤติกรรมที่เหมาะสมในทางเพศของตนเองได้ เมื่อรับสื่อที่เป็นสิ่งลามก เข้าไปจึงก่อให้เกิดการเลียนแบบพฤติกรรมที่ปรากฏในสิ่งลามก และทดลองทำตาม ฉะนั้นจึงจำเป็นต้องมีการควบคุมการเผยแพร่สิ่งลามกในหมู่เด็กและเยาวชน กำหนดมาตรการไม่ให้มีการจำหน่ายสิ่งลามกแก่เด็กเป็นพิเศษ

## 2.4 อายุในความหมายของเด็ก

เด็กตามอนุสัญญาสิทธิเด็กได้กำหนดไว้ใน ข้อ 1<sup>68</sup> หมายถึง มนุษย์ทุกคนที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านั้นตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็กนั้น อนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ข้อ 9 ได้กำหนดความหมายของอายุเด็กไว้ว่าพึงรวมถึงบุคคลทุกคนที่มี

<sup>68</sup> 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.

อายุไม่ถึง 18 ปี อย่างไรก็ตามก็ดี ประเทศภาคีอาจกำหนดเกณฑ์อายุต่ำกว่านี้แต่ต้องไม่น้อยกว่า 16 ปี<sup>69</sup>  
อนุสัญญาแลนซาโรเต้ ข้อ 3 ได้กำหนดอายุของเด็กไว้ว่าหมายถึงบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี<sup>70</sup>

สำหรับกฎหมายไทยได้มีการกำหนดอายุของบุคคลในความหมายของเด็กไว้หลายกรณี ซึ่งกำหนดไว้ต่างกัน อาทิ

1) ในความหมายที่เป็น “เด็ก”

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

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

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 293 บัญญัติว่า “ผู้ใดช่วยเหลือหรือยุยงเด็กอายุยังไม่เกินสิบหกปี หรือผู้ซึ่งไม่สามารถ เข้าใจได้ว่าการกระทำของตนเองมีสภาพหรือสาระสำคัญอย่างไร หรือไม่สามารถบังคับการกระทำของตนได้ ให้ฆ่าตนเอง ถ้าการฆ่าตนเองนั้นได้เกิดขึ้น หรือได้มีการพยายามฆ่าตนเองต้องระวาง โทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 306 บัญญัติว่า “ผู้ใดทอดทิ้งเด็กอายุยังไม่เกินเก้าปี ไร้ ฌ ที่ใด เพื่อให้เด็กนั้น พ้นไปเสียจากตน โดยประการที่ทำให้เด็กนั้นปราศจากผู้ดูแล ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 บัญญัติว่า “ผู้ใดโดยปราศจากเหตุอันสมควร พยายามฆ่าเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครองหรือผู้ดูแล ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และ ปรับตั้งแต่หกพันบาทถึงสามหมื่นบาท. . .”

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 398 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการทารุณต่อเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี

พระราชบัญญัติมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก มาตรา 4 บัญญัติว่า “เด็ก” หมายความว่า บุคคลผู้มีอายุไม่เกินสิบแปดปีบริบูรณ์

พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 มาตรา 4 บัญญัติว่า “เด็ก” หมายความว่า บุคคลอายุเกินเจ็ดปีบริบูรณ์ แต่ยังไม่เกินสิบสี่ปีบริบูรณ์. . .”

<sup>69</sup> The Council of Europe's Convention on Cyber Crime 2001, ข้อ 9(3) For the purpose of paragraph 2 above, the term “minor” shall include all persons under 18 years of age. A Party may, however, require a lower age-limit, which shall be not less than 16 years.

<sup>70</sup> Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, Article 3 – Definitions for the purposes of this Convention: a “child” shall mean any person under the age of 18 years;

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 มาตรา 4 เด็กหมายความว่าบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์ แต่ไม่รวมถึงผู้ที่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส

ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 294 (27 พฤศจิกายน 2515) เรื่อง เด็กประพฤติดัน ไม่สมควรแก่วัย ข้อ 1 กำหนดว่า “เด็ก” หมายความว่า ผู้ซึ่งอายุไม่ครบสิบแปดปีบริบูรณ์ และยังไม่ บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส (ถูกยกเลิกแล้ว)

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

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปราม การค้าประเวณี พ.ศ.2539 มาตรา 8 วรรคสอง บัญญัติว่า “ถ้าหากกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี ต้องระวางโทษ. . .”

และมาตรา 9 วรรคสาม บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษ. . .”

2) มิได้ให้ความหมายว่าเป็นเด็ก แต่กฎหมายให้ความคุ้มครอง เช่น

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 75 บัญญัติว่า “ผู้ใดอายุกว่าสิบห้าปีแต่ต่ำกว่าสิบแปดปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด. . .”

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 318 บัญญัติว่า “ผู้ใดพรากผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี ไปเสียจากบิดา. . .”

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 319 บัญญัติว่า “ผู้ใดพรากผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี ไปเสียจากบิดามารดา. . .”

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 19 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมพ้นจากภาวะผู้เยาว์ และบรรลุนิติภาวะเมื่อมีอายุสิบปีบริบูรณ์”

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

พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 มาตรา 4 บัญญัติว่า “. . . เยาวชน” หมายความว่า บุคคลอายุเกินสิบสี่ปีบริบูรณ์ แต่ยังไม่ถึงสิบแปดปีบริบูรณ์”

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปราม การค้าประเวณี พ.ศ.2539 มาตรา 8 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราหรือกระทำอื่นใดเพื่อสำเร็จความใคร่ของตนเอง หรือผู้อื่นแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีในสถานการค้าประเวณี. . .” และมาตรา 9 วรรคสองบัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่ เกินสิบแปดปี. . .”

จะเห็นว่าจากกฎหมายต่าง ๆ นี้ กฎหมายแต่ละฉบับ ได้ให้ความคุ้มครองและกำหนดอายุเด็กแตกต่างกันตามแต่วัตถุประสงค์หรือกฎหมายที่จะคุ้มครอง ความหมายของคำว่าเด็ก

อายุสูงสุดคือต่ำกว่า 18 ปี แต่บางฉบับกำหนดไว้เพียง 15 ปี สำหรับอายุของเด็กตามประมวลกฎหมายอาญาที่แก้ไขใหม่ที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจารเด็คนั้น จะขอไปพิจารณาในบทที่ 3 ต่อไป

## 2.5 การครอบครองตามกฎหมายอาญากับการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก

มนุษย์และสัตว์ต่างยอมรับว่าสิ่งของที่ผู้ใดหวงกันไว้ก่อนแล้วผู้อื่นไม่ควรเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับ หากมีใครเข้าแย่งชิงผู้ที่หวงอยู่ก่อนก็ย่อมจะต้องสู้ขัดขวาง หลังทางศีลธรรมและศาสนาเกิดขึ้นก่อน กฎหมายหมายก็รับรู้ความชอบธรรมของผู้หวงกันสิ่งของอยู่ก่อน ต่อมาเมื่อเกิดกฎหมายขึ้นกฎหมายก็ให้ความคุ้มครองป้องกันผู้ครอบครองทรัพย์สินไม่ว่ากฎหมายระบบใดต่างก็บัญญัติรับรู้สิทธิของผู้ครอบครองและให้ความคุ้มครองทั้งโดยกฎหมายแพ่งและอาญา แต่การที่จะถือว่าบุคคลผู้ยึดถือครอบครองทรัพย์สินจนถึงขนาดที่กฎหมายเข้าไปรับรองสิทธิและให้ความคุ้มครองนั้น มีหลักมาแต่สมัยโรมันว่าการครอบครองจะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบ 2 ประการ คือ (1) มีการควบคุมตัวทรัพย์สินซึ่งเป็นองค์ประกอบทางกาย (Corpus) และ (2) มีเจตนาในการควบคุม ซึ่งเป็นองค์ประกอบทางใจ (Animus) องค์ประกอบทั้งสองประการจะต้องอยู่กันจึงจะได้สิทธิครอบครอง หาก องค์ประกอบประการใดประการหนึ่งขาดไป การครอบครองก็จะสิ้นสุดลง ซึ่งแนวคิดนี้ได้ถ่ายทอดมายังกฎหมายแพ่งซีวิลลอว์ และถ่ายทอดมายังกฎหมายไทยด้วย<sup>71</sup>

การครอบครองและสิทธิครอบครองเป็นสิ่งเดียวกันหรือไม่ ได้มีความเห็นของนักนิติศาสตร์ต่างกันออกเป็น 2 แนว คือ<sup>72</sup>

แนวแรก เห็นว่า การครอบครองกับสิทธิครอบครอง มีความหมายเป็นอย่างเดียวกัน เพราะสิทธิครอบครองเป็นสิทธิที่เกิดจากการครอบครอง แต่เมื่อกล่าวถึงในแง่สิทธิก็เรียกว่าสิทธิครอบครอง ถ้ากล่าวถึงกิริยาที่ผู้ครอบครองกระทำต่อทรัพย์สินนั้น ก็คือ การครอบครองหาใช่ว่าค่าทั้งสองมีความหมายคนละอย่างไม่<sup>73</sup>

แนวที่สองเห็นว่าการครอบครองกับสิทธิครอบครองนั้นต่างกัน กล่าวคือ การครอบครองนั้นคือกิริยาที่เค้ายึดถือทรัพย์สินนั้น แต่สิทธิครอบครอง คือ สิทธิที่กฎหมายรับรองให้ผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้นใช้ยับยั้งบุคคลอื่นตามกฎหมายได้<sup>74</sup>

<sup>71</sup> โสภณ รัตนากร, “การครอบครองในกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญา,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 24, 2 (มิถุนายน 2539): 261.

<sup>72</sup> ทศนีย์ มีทองคำ, แนวคิดเรื่องการครอบครองในทางอาญาและทางแพ่งตามแนวคำพิพากษาศาลไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 14-16.

<sup>73</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอนที่ 2 และ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2525), หน้า 2281.

<sup>74</sup> ประมุข สุวรรณศรี, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สิน (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2537), หน้า 235.

จะเห็นได้ว่าตามความคิดของนักนิติศาสตร์ทั้งสองแนวนั้นมีความเข้าใจเป็นอย่างเดียวกัน คือ การครอบครองนั้นเป็นกิริยา ส่วนสิทธิครอบครองนั้นเป็นส่วนที่กฎหมายนั้นคุ้มครองให้จากการครอบครองนั่นเอง ดังนั้น การครอบครองหมายถึงการที่บุคคลมีอำนาจเหนือทรัพย์สินตามสภาพความจริง เป็นกิริยาที่เข้าถือทรัพย์สินทั้งทางสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งผู้ครอบครองนั้นไม่จำเป็นต้องยึดถือทรัพย์สินนั้นไว้ในมือตนหรือต้องควบคุมทรัพย์สินให้อยู่ในสายตาตนตลอดเวลา การครอบครองย่อมเกินขึ้นเพียงแต่บุคคลมีอำนาจควบคุมทรัพย์สินในลักษณะที่ปราศจากการรบกวนจากบุคคลภายนอก

### 2.5.1 การครอบครองตามความเป็นจริง

ความหมายการครอบครองในพจนานุกรม ฉบับ พ.ศ.2542 ได้ให้ความหมายไว้ว่า เป็นกิริยาการยึดถือไว้, มีสิทธิปกครอง; (กฎ) ยึดถือทรัพย์สินไว้โดยเจตนาจะยึดถือเพื่อตน อันทำให้บุคคลได้มาซึ่งสิทธิ ครอบครอง ทั้งนี้จะยึดถือไว้เองหรือบุคคลจะยึดถือไว้ให้ก็ได้ กรณีนี้ เป็นกรณีที่มีการอธิบาย “การครอบครอง” โดยไม่ได้อ้างไปให้ใช้ความหมาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งจะเห็นว่า “การครอบครอง” ตามกฎหมายอาญานี้ มีหมายความต่างไปจาก คำว่า “สิทธิครอบครอง” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>75</sup>

“การครอบครอง” หมายถึง การมีอำนาจเหนือทรัพย์สินนั้นตามความเป็นจริง (De Facto) พิจารณาตามความเห็นทั่วไปในชีวิตประจำวัน กรณีจึงไม่ใช่ครอบครองในความหมายของกฎหมายแพ่ง เพราะตามกฎหมายแพ่งผู้ครอบครองไม่จำเป็นต้องยึดทรัพย์สินไว้ด้วยตนเอง ดังนั้นผู้ครอบครองทรัพย์สินแทนผู้อื่นก็เป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินในความหมายของกฎหมายอาญาด้วย<sup>76</sup> การครอบครองจะต้องประกอบด้วยสาระสำคัญ 2 ประการ คือ

#### 1) ต้องมีอำนาจเหนือทรัพย์สินนั้นตามความเป็นจริง

โดยการที่เขาสามารถจัดการแก่ ทรัพย์สินนั้นในทางหนึ่งทางใดโดยไม่มีใครสามารถขัดขวางได้ ทั้งนี้ต้องพิจารณาจากจารีต ประเพณี ลักษณะของทรัพย์สินและระยะทางระหว่างผู้ที่ครอบครองกับทรัพย์สิน<sup>77</sup> เช่น การครอบครองทางกายภาพ เช่น กระเป๋าเงินติดตัว ปากกาที่เสียบไว้ที่ตัว เป็นต้น การครอบครองตามความเป็นจริงทางสังคมในชีวิตประจำวัน เช่น จดหมายในตู้จดหมาย หนังสือพิมพ์ในตู้ ของในล็อกเกอร์ของนักศึกษา บ้านที่ปิดไว้ รถยนต์ที่จอดไว้ โดยเจ้าของไปดูภาพยนตร์ เป็นต้น

#### 2) ต้องมีเจตจำนงที่จะมีอำนาจเหนือทรัพย์สินนั้น โดยเจตจำนงไม่ใช่การแสดง

<sup>75</sup> สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, คำอธิบายความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญา (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2539), หน้า 32.

<sup>76</sup> คณิต ญ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2545), หน้า 299.

<sup>77</sup> หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540), หน้า 261.

เจตนาในทางกฎหมายแพ่ง แต่เป็นกรณีของเจตจำนงที่แท้จริง ฉะนั้น เด็กและคนวิกลจริต ก็มีเจตจำนงนี้ได้ ถ้าไม่มีเจตจำนง (Will) ที่จะครอบครองทรัพย์สินนั้นหรือว่าได้สละเจตจำนงในการครอบครองทรัพย์สินแล้วการครอบครองก็หมดไป<sup>78</sup> เช่น ก. ขับรถยนต์ไปตามถนน มีผ้าพันคอสตรีปลิวมาติดรถยนต์โดย ก. ไม่รู้ ก. ย่อมไม่มีการครอบครอง หรือ นักพิราบ ที่เลี้ยงไว้ แม้จะปล่อยให้บินออกกำลังกายก็ยังถือว่ามีเจตจำนงครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ เป็นต้น

จากคำอธิบายทั้งสองข้างต้นจะเห็นว่า ไม่ว่าจะอธิบายโดยใช้ความหมาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรืออธิบายโดยไม่อ้างอิงประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ การครอบครองต้องประกอบด้วยองค์ประกอบดังต่อไปนี้

1) การมีอำนาจเหนือทรัพย์สินนั้นตามสภาพความเป็นจริง (De Facto) การมีอำนาจเหนือทรัพย์สินนั้นตามความเป็นจริงนั้น ผู้ครอบครอง ไม่จำเป็นต้องมีการยึดถือทรัพย์สินไว้ทางกายภาพ ในมือของตน หรือต้องอยู่กับตัว แต่อาจแสดงออกได้โดยการหวงกันด้วยพฤติการณ์ที่บุคคลทั่ว ๆ ไปย่อมเคารพ ต่ออำนาจนั้น เช่น การให้ผู้อื่นยึดถือไว้แทน<sup>79</sup> หรือให้ผู้อื่นดูแลทรัพย์สินชั่วคราว<sup>80</sup> ลูกจ้างกับนายจ้าง<sup>81</sup> โดยทั้งนี้การครอบครองทรัพย์สินแต่ละประเภทก็ขึ้นอยู่กับ ลักษณะของทรัพย์สินด้วย<sup>82</sup>

2) ต้องมีเจตจำนงที่จะมีอำนาจเหนือทรัพย์สินนั้น โดยเจตจำนงนี้ไม่ใช่ การแสดงเจตนาในทางกฎหมายแพ่ง แต่เป็นเจตจำนงที่แท้จริง กรณีตัวอย่างปัญหาในการวินิจฉัยความผิดฐานลักทรัพย์และยกยอก ในเรื่องการครอบครองนี้มีปัญหาในการวินิจฉัยคดี โดยคำพิพากษาศาลฎีกาที่เป็นปัญหาในทางวิชาการในเรื่องนี้ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้วินิจฉัยว่า การที่จำเลยโกรธ หลงผู้ตายทางชู้สาวจึงเอาผ้ารัดคอหญิงจนตาย เมื่อหญิงตายแล้วจำเลยเกิดเจตนาโลภเอาทรัพย์สินที่ศพไปเสียโดยทุจริต ดังนั้นนอกจากจำเลยจะมีความผิดฐานฆ่าคนตายแล้ว ยังมีความผิดฐานลักทรัพย์อีกกระทงหนึ่งด้วย<sup>83</sup>

<sup>78</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 261.

<sup>79</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1253/2491 (เนติ), หน้า 1405 วินิจฉัยว่า ให้คนถือกระเป๋าให้โดยเจ้าของเดินตามไปด้วย เจ้าของกระเป๋าเป็นผู้ครอบครอง

<sup>80</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 350/2495 (เนติ), หน้า 352. วินิจฉัยว่า วานให้เฝ้าบ้านโดยไม่ได้มอบกุญแจห้องเก็บทรัพย์สินให้ ไม่มีการมอบการครอบครองทรัพย์สินนั้น

<sup>81</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2062/2515 (มธ.), หน้า 1327 วินิจฉัยว่า ลูกจ้างลงชื่อรับน้ำมันที่ผู้ขาย นำมาส่งแล้วแต่ไม่ถ่ายเข้าถึงของโรงแรม กลับเอาน้ำมันนั้นไปขายเป็นลักทรัพย์ เพราะโรงแรมมิได้มอบการครอบครองน้ำมันนั้นให้ด้วย

<sup>82</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 159/2512 (เนติ), หน้า 237 วินิจฉัยว่าการดูแลสัตว์โดยปล่อยให้เที่ยวหากินเอง ปล่อยให้กระป๋องไว้ตามทุ่งหญ้าถือว่าเจ้าของมีการครอบครองอยู่ จำเลยเอาไป เป็นลักทรัพย์

<sup>83</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8329/2540 (เนติ), การที่จำเลยที่ 1 เอาทรัพย์สินของผู้ตายไปฝังดินไว้ ภายหลังจากฆ่าผู้ตายโดยจะขุดมาแบ่งกับพวกเมื่อเรื่องเงียบแล้ว ถือได้ว่าเป็นการเอาทรัพย์สินของผู้อื่นไปโดยทุจริต เป็นการกระทำเพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่นเข้าลักษณะความผิดฐานลักทรัพย์ตาม ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 334 แล้ว

ในคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวมีรายละเอียดปรากฏตามคำพิพากษาศาลฎีกาว่า พนักงานอัยการเป็นโจทก์ฟ้องจำเลยในข้อหาเจตนาฆ่าคนตายเพื่อประโยชน์ในการ เตรียมการหรือเพื่อความสะดวกในการที่จำเลยจะลักทรัพย์ขอให้ลงโทษจำเลย

### 2.5.2 การครอบครองในทางอาญา

ในเรื่องการครอบครองนี้ ได้มีความเห็นของนักนิติศาสตร์ต่างกันไปสองแนว คือ

แนวแรก ถือว่าการครอบครองตามกฎหมายอาญาเป็นอย่างเดียวกับสิทธิครอบครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>84</sup> มาตรา 1368 ซึ่งได้แก่ การยึดถือทรัพย์ด้วยเจตนาที่จะยึดถือเพื่อตน ซึ่งแนวความคิดนี้เห็นว่าสิทธิครอบครองกับการครอบครองเป็นอันเดียวกัน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1368 ใช้คำว่าสิทธิครอบครอง ส่วนมาตรา 1380 ใช้คำว่า การครอบครอง กล่าวในแง่สิทธิเรียกว่าสิทธิครอบครอง กิริยาที่ผู้ครอบครองกระทำต่อทรัพย์สินนั้นคือครอบครอง การกระทำของผู้ครอบครองเรียกว่าการครอบครอง สิทธิของผู้ครอบครอง เรียกว่า สิทธิครอบครอง สิทธิครอบครองทางแพ่ง ต่างกับการครอบครองทางอาญาจึงไม่แตกต่างกันแต่ประการใดไม่<sup>85</sup>

แนวที่สอง มีความเห็นว่า การครอบครองในทางอาญาไม่ได้มีได้มีความหมายเช่นเดียวกับ “สิทธิครอบครอง” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่เป็นศัพท์เฉพาะของประมวลกฎหมายอาญา ที่มีใช้อยู่ เช่นในมาตรา 352 ที่บัญญัติอยู่ในความผิดฐานลักทรัพย์ การครอบครองตามความหมายอาญาหมายถึง ปกครองทรัพย์นั้นตามความเป็นจริง โดยการที่เขาสามารถจัดการทรัพย์นั้นในทางหนึ่ง โดยไม่มีใครจะขัดขวางได้ ทั้งนี้ต้องดูจารีตประเพณี ลักษณะของทรัพย์ วิธีขัดขวางมิให้ผู้อื่นเกี่ยวข้องกับทรัพย์ และระยะทางใกล้ ไกล ระหว่างผู้ที่ครอบครองกับทรัพย์นั้น นอกจากนั้นจะต้องมีเจตจำนง (Will) ที่จะครอบครองทรัพย์นั้นด้วย<sup>86</sup> ซึ่งแม้ในทางแพ่งด้วยกันศาลฎีกาก็เคยแปลความหมายของการครอบครองในบางมาตราของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แตกต่างไปจากครอบครองโดยทั่วไป เช่น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 437 “ผู้ใดครอบครองดูแลควบคุมยานพาหนะอย่างใด . . .” ศาลฎีกาถือว่าผู้ใช้นานพาหนะหรือผู้ที่ยึดถือที่แท้จริงเป็นผู้ครอบครอง ซึ่งต้องรับผิดชอบตามกฎหมายดังกล่าวดังกล่าวโดยมิได้คำนึงถึงเจตนาในการยึดถือแต่อย่างใด<sup>87</sup> ซึ่งศาลอาจตีความหมายการครอบครองภาพลามกอนาจารเด็กโดยไม่คำนึงถึงเจตนาที่จะต้องยึดถือเพื่อ

<sup>84</sup> ไพจิตร ปุณฺณพັນธู, “สิทธิครอบครองทางแพ่งและทางอาญาเป็นอย่างเดียวกัน หรือไม่,” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* 25, 2 (มิถุนายน 2538): 255.

<sup>85</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอนที่ 2 และ 3*, หน้า 2281.

<sup>86</sup> หยุด แสงอุทัย, *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 และภาค 3*, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 27.

<sup>87</sup> โสภณ รัตนกร, *เรื่องเดิม*, หน้า 268.

ตน แต่อาจพิจารณาถือเอาการครอบครองตามความเป็นจริง (Possession in Fact) ก็เป็นไปได้ ทั้งนี้ เพื่อความสะดวก นโยบายสาธารณะ หรือเพื่อความสงบเรียบร้อย หรือเพื่อคุ้มครองเด็ก ก็เป็นไปได้ ดังนั้น ศาลจึงสามารถวินิจฉัยความหมายของคำว่า “ครอบครอง” ในแต่ละกฎหมาย ต่างกันออกไป<sup>88</sup>

คำว่า “ครอบครอง” นั้นมีความสำคัญทั้งในกฎหมายแพ่ง และ กฎหมายอาญา กล่าวคือ การครอบครองในทางแพ่งอาจก่อให้เกิดสิทธิต่าง ๆ เช่น สิทธิ ใช้สอยทรัพย์สินที่ตนครอบครอง<sup>89</sup> เป็นต้น หรืออาจทำให้ผู้มีกรรมสิทธิ์เสียกรรมสิทธิ์ ได้ เช่น เรื่องการครอบครองปรปักษ์<sup>90</sup> เป็นต้น

ประมวลกฎหมายอาญาก็ได้บัญญัติรับรู้และให้คุ้มครองแก่การครอบครองไว้หลายเรื่อง เหมือนกัน จึงมักจะมีปัญหาว่าหลักที่ใช้ในการวินิจฉัยว่ามีการครอบครองหรือไม่และผู้ใดเป็นผู้ครอบครองนั้น ทางกฎหมายอาญาใช้หลักเกณฑ์หรือองค์ประกอบอย่างเดียวกับในกฎหมายแพ่งหรือไม่ หรืออีกนัยหนึ่ง การครอบครองทางแพ่งและทางอาญาเหมือนกันหรือไม่

ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภักดิ์ ได้กล่าวไว้ว่า สิทธิครอบครองกับการครอบครองเป็นอันเดียวกัน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1368 ใช้คำว่า สิทธิครอบครอง ส่วนมาตรา 1380 ใช้คำว่า การครอบครอง กล่าวในแง่สิทธิเรียกว่าสิทธิครอบครอง กิริยาที่ผู้ครอบครองกระทำต่อทรัพย์สินนั้น คือ ครอบครอง การกระทำของผู้ครอบครองเรียกว่าการครอบครอง สิทธิของผู้ครอบครองเรียกว่า สิทธิครอบครอง หาใช่ว่าสิทธิครอบครองทางแพ่งต่างกับการครอบครองทางอาญาแต่ประการใดไม่

Erie C. J. กล่าวไว้ในคดีหนึ่งของอังกฤษว่า “การครอบครองเป็นคำที่มีความหมายคลุมเครือที่สุด ในบรรดาคำที่มีความหมายคลุมเครือทั้งหลาย และความหมายของมันเปลี่ยนไปแล้วแต่ว่าจะใช้กับเรื่องอะไร และมันจะแตกต่างกันเป็นอันมาก เมื่อใช้ในคดีแพ่งหรือคดีอาญา”<sup>91</sup>

ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับการครอบครองในคดีอาญา แยกเป็น ครอบครองในความผิดฐานลักทรัพย์ ครอบครองในความผิดฐานยักยอก และครอบครองในคดีอื่น ๆ มีดังหัวข้อต่อไปนี้

#### 2.5.2.1 ความผิดฐานลักทรัพย์<sup>92</sup>

<sup>88</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 268.

<sup>89</sup> มาตรา 1372 (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) สิทธิซึ่งผู้ครอบครอง ใช้ในทรัพย์สินที่ครอบครองนั้น ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นสิทธิซึ่งผู้ครอบครอง มีตามกฎหมายมาตรา 1382 (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์)บุคคลใดครอบครองทรัพย์สิน ของผู้อื่นไว้โดยสงบและโดยเปิดเผยด้วยเจตนาเป็นเจ้าของ ถ้าเป็นอสังหาริมทรัพย์ได้ ครอบครองติดต่อกันเป็นเวลาสิบปี ถ้าเป็นสังหาริมทรัพย์ได้ครอบครองติดต่อกันเป็นเวลาห้าปีไซ้ ท่านว่าบุคคลนั้นได้กรรมสิทธิ์

<sup>90</sup> มาตรา 1382 (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) บุคคลใดครอบครองทรัพย์สินของผู้อื่นไว้โดยสงบและโดยเปิดเผยด้วยเจตนาเป็นเจ้าของ ถ้าเป็นอสังหาริมทรัพย์ได้ ครอบครองติดต่อกันเป็นเวลาสิบปี ถ้าเป็นสังหาริมทรัพย์ได้ครอบครองติดต่อกันเป็นเวลาห้าปีไซ้ ท่านว่าบุคคลนั้นได้กรรมสิทธิ์

<sup>91</sup> โสภณ รัตนกร, เรื่องเดิม, หน้า 262.

<sup>92</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 262-264.

แม้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 จะบัญญัติไว้เพียงว่า “ผู้ใดเอาทรัพย์สินของผู้อื่นหรือ ที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยไปโดยทุจริต ผู้นั้นกระทำความผิดฐานลักทรัพย์. . .” โดยมิได้กล่าวถึงการครอบครองด้วยเลย แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันว่า ความผิดฐานลักทรัพย์นั้นจะต้องเป็นการเอาทรัพย์สินไปจากการครอบครองของผู้อื่น ถ้าผู้ครอบครองเอาทรัพย์สินไปโดยทุจริตเขาไม่อาจมีความผิดฐานลักทรัพย์ แต่เขาอาจ มีความผิดฐานยักยอกได้ ปัญหา มักจะเกิดขึ้นเมื่อผู้เอาทรัพย์สินไปเป็นผู้ควบคุมดูแลทรัพย์สินนั้นเองว่า ผู้ควบคุมดูแลทรัพย์สินเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินหรือไม่

ดังที่กล่าวมาแล้วว่า ในการครอบครองทางแพ่งผู้ที่จะมีสิทธิครอบครองหรือเป็นผู้ครอบครองจะต้องเป็นผู้ยึดถือทรัพย์สินโดยมีเจตนาจะยึดถือเพื่อตนเองด้วย ดังนี้ ผู้ที่ยึดถือทรัพย์สินแทนผู้อื่นจึงไม่อาจมีเจตนายึดถือเพื่อตน ผู้ยึดถือทรัพย์สินแทนผู้อื่นจึงไม่เป็นผู้ครอบครองและไม่มีสิทธิครอบครอง เช่น ลูกจ้าง คนใช้ คนงาน ซึ่งยึดถือทรัพย์สินของนายจ้างเพื่อการปฏิบัติงานให้นายจ้าง เป็นต้น ทรัพย์สินที่ลูกจ้างคนใช้ คนงาน ยึดถือต้องถือว่าอยู่ในความครอบครองของนายจ้าง ในกรณีเหล่านี้ทางอาญาก็ถือหลักเกณฑ์เดียวกัน เพราะ ฉะนั้นหากลูกจ้าง คนใช้ หรือคนงานเอาทรัพย์สินที่ยึดถือแทนนายจ้างไปโดยทุจริต ก็ต้องถือว่าเป็นการเอา ทรัพย์สินไปจากการครอบครองของนายจ้างจึงเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ มิใช่ความผิดฐานยักยอก

#### 2.5.2.2 ความผิดฐานยักยอก<sup>93</sup>

การพิจารณาการครอบครองในความผิดฐานยักยอก ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภักดิ์ เห็นว่าต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1367 คือไม่เพียงแต่ยึดถือ แต่ต้องมีเจตนายึดถือเพื่อตนด้วย เช่น เจ้าของทรัพย์สินให้จำเลยเอาเงินไปเก็บที่ตู้ของผู้เสียหาย แต่เมื่อจำเลยเอาไป แม้มอบกุญแจตู้ไปด้วยก็ต้องถือทรัพย์สินนั้นอยู่ในความครอบครองของเจ้าทรัพย์สิน จำเลยเอาไปเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ ฎีกาที่ 301/2503 แต่แนวของคำพิพากษาศาลฎีกาก็หาได้ยึดหลักนี้เสมอไปไม่ การครอบครองตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 352 ได้ถูกแปลให้มีความหมายกับว่า “ยึดถือ” มีผลให้ผู้ยึดถือเป็นผู้ครอบครอง โดยไม่ได้คำนึงถึงว่าจะเจตนายึดถือเพื่อใครเลย เพียงแต่ถ้ามอบหมายทรัพย์สินให้จำเลยยึดถือแทนหรือให้จำเลยช่วยซ่อมแซมหรือดูแลรักษาหรือทำการบางอย่างเกี่ยวกับทรัพย์สินก็ถือว่าจำเลยครอบครองทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 352 แล้ว เช่น ฎีกาที่ 1663/2521 ผู้เสียหายพบบุตรที่เกิดไปฝากจำเลยเลี้ยงมีแหวนผูกติดไปด้วยถือว่าจำเลยได้รับการครอบครองแหวนด้วย เมื่อจำเลยเอาแหวนไปก็เป็นความผิดฐานยักยอก

#### 2.5.2.3 แนวการครอบครองตามกฎหมายอาญาอื่น

1) พระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ.2490

มาตรา 7 ห้ามมิให้ผู้ใดทำ ซื้อมี ใช้ส่ง หรือนำเข้า ซึ่งอาวุธปืนหรือเครื่องกระสุนปืน เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนท้องที่

มาตรา 8 ห้ามมิให้ผู้ใดมีเครื่องกระสุนปืน ซึ่งมีใช้สำหรับใช้กับอาวุธปืนที่ตนได้รับใบอนุญาตให้มีและใช้ และได้กำหนดบทนิยามคำว่ามิไว้ดังนี้ คำว่า “มี” หมายความว่า มีกรรมสิทธิ์หรือมิไว้ในครอบครองแต่ไม่หมายความว่ามีการที่อาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิดที่มีไว้โดยชอบด้วย

<sup>93</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 265-267.

กฎหมายและตกอยู่ในความครอบครองของบุคคลอื่น ซึ่งไม่ต้องห้ามตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัตินี้เท่าที่จำเป็นเพื่อรักษาสิ่งทีวามีให้สูญหาย

ซึ่งศาลฎีกาได้ตัดสินเกี่ยวกับการครอบครองอาวุธปืนและเครื่องกระสุนปืนไว้ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาตามพระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิงและสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ.2490

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 711/2509 คำว่า “มี” ตามความหมายของพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ มาตรา 4 (6) หมายความว่า มีกรรมสิทธิ์ หรือมีไว้ในครอบครอง คำว่าครอบครองหาได้บัญญัติให้มีความหมายเป็นพิเศษอย่างใดไม่ ต้องถือว่ามี ความหมายตามกฎหมายทั่วไป การถือปืนอยู่ชั่วขณะแล้วต้องส่งคืนเป็นการยึดถือปืน แต่มิได้มีเจตนายึดถือเพื่อตนหาเป็นการครอบครองไม่ กรณีนี้ร้านค้าปืนผู้เป็นเจ้าของปืนได้มอบปืนมาให้ลูกค้าดูแล้วต้องส่งคืน แม้จะวางปืนไว้ในร้านชั่วระยะเวลา ก็หาทำให้ผู้ถือปืนมาให้คุณเป็นผู้ครอบครองปืนนั้นไม่ การที่ปืนมาตกอยู่ในร้าน จำเลยเพราะเหตุนี้ ไม่ถือว่าจำเลยเป็นผู้ครอบครอง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1244/2515 ช. ถือดาบวิ่งเข้ามา จำเลยจึงยิงปืนจาก ม. ซึ่งยืนอยู่ข้าง ๆ มาดิ่งลากล่องปืนขึ้นลำถือเตรียมไว้ ครั้นเมื่อมีคนมาพาตัว ช. กลับไปแล้ว จำเลยก็คืนปืนให้ ม. ดังนี้ ยังถือไม่ได้ว่าจำเลยมีอาวุธปืนไว้ในครอบครองตามความหมายในมาตรา 7 แห่ง พ.ร.บ. อาวุธปืนฯ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2264/2521 ตามพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ คำว่า “มี” หมายความว่า มีกรรมสิทธิ์ หรือมีไว้ในครอบครอง และคำว่า ครอบครอง นั้น มิได้บัญญัติให้มีความหมายเป็นพิเศษ จึงต้องถือว่าต้องมีเจตนายึดถือเพื่อตน ทั้งนี้ ตามหลักกฎหมายทั่วไป การที่ปืนของกลางอยู่ที่บ้านจำเลยโดยเจ้าของปืนนำมาฝาก บุตรภรรยาจำเลยไว้ชั่วคราว และลืมทิ้งไว้โดยเจ้าของยังมีได้มารับ คืนไป จำเลยเป็นแต่เพียงยึดถือไว้แทนเจ้าของเท่านั้น มิได้ยึดถือเพื่อตน แม้การยึดถือปืนจะมีระยะเวลา 3-4 วัน มิใช่เพียงชั่วขณะหนึ่ง แต่เมื่อไม่มีพฤติการณ์พิเศษที่จะแสดงให้เห็นว่าจำเลยมีเจตนา ยึดถือเพื่อตน จึงถือไม่ได้ว่าจำเลยเป็นผู้ครอบครองปืนของกลางอันเป็น ความผิดตามฟ้อง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 672/2522 คำว่ามีอาวุธปืน ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 7 พระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ.2490 นั้นหมายความว่า มีกรรมสิทธิ์หรือมีไว้ในความครอบครอง ดังที่พระราชบัญญัติดังกล่าวบัญญัติไว้ในมาตรา 4(6) จำเลยยึดถืออาวุธปืนของกลางของผู้อื่นไว้ ไม่ทำให้จำเลยมีกรรมสิทธิ์ในอาวุธปืนนั้น และการยึดถือไว้ให้เจ้าของชั่วขณะที่เจ้าของนั่งดื่มสุราอยู่ใกล้ ๆ นั้น ไม่ทำให้จำเลยมีสิทธิครอบครองในอาวุธปืน เพราะจำเลยมิได้ยึดถือเพื่อตน สิทธิครอบครองยังคงอยู่กับเจ้าของ ถือไม่ได้ว่าจำเลย มีอาวุธปืนไว้ในครอบครอง จำเลยไม่มีความผิด

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2367/2522 พี่ชายจำเลยเมาสุรานำปืนออกมาวางบนโต๊ะของร้านอาหารริมถนน จำเลยเอาปืนมาเก็บไว้เพื่อบรรเทาเหตุการณ์ร้ายแรงซึ่งอาจจะเกิดขึ้นดังนี้ จำเลยไม่มีความผิดฐานมีอาวุธปืนและกระสุนปืนไว้ในครอบครองโดยไม่ได้รับอนุญาตและพกพาไปในทางสาธารณะ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2508/2525 พลดำรวจเบิกกระสุนบรรจุของของกลางมาใช้ในราชการได้ฝากของกลางพร้อมด้วยงูทะเลที่บรรจุสิ่งของไว้กับ ธ. น้องชาย ธ. จะไปเที่ยวงานกลัวของหาย ได้นำไปฝากจำเลยเพื่อนช่างห้อง ของกลางตั้งอยู่บนโต๊ะ มองเห็นได้จากภายนอกบ้าน โดยจำเลยมิได้แตะต้องหรือเคลื่อนย้าย ดังนี้ จำเลยไม่มีความผิดฐานมีเครื่องกระสุนปืนไว้ในครอบครอง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 415/2527 ข. ชอบพอฉันคู่สาวอยู่กับ จ. ขณะกลับจากดูภาพยนตร์ ผู้ตายได้ใช้อาวุธปืนชู้บังคับ ข. แล้วจุด จ. ไป ต่อมาผู้ตายกับ จ. ก็อยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา จำเลยกับ ข. เป็นเพื่อนสนิทกัน ข. เอาปืน ของกลางของบิดามารดาผู้ตาย แม้ขณะที่เดินไปด้วยกัน จำเลยเป็นผู้ถือปืนก็เป็นการยึดถือไว้ชั่วคราว ความครอบครองปืนยังคงอยู่ที่ ข.หาเปลี่ยนมาอยู่ที่จำเลยไม่จำเลยจึงมิใช่เป็นผู้มีอาวุธปืนของกลางไว้ในความครอบครองและถือไม่ได้ว่าจำเลยเป็นผู้พกพาอาวุธปืนติดตัวไปในหมู่บ้านและทางสาธารณะ คงมีความผิดฐานร่วมกันฆ่าผู้อื่นเท่านั้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4174/2555 พ.ร.บ. อาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืนฯ มาตรา 7 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดทำ ซื้อ มีใช้ ส่ง หรือนำเข้า ซึ่งอาวุธปืนหรือเครื่องกระสุนปืน เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนท้องที่” และ มาตรา 4 (6) แห่ง พ.ร.บ. ดังกล่าวให้ความหมายของคำว่า “มี” ไว้ว่า มีกรรมสิทธิ์หรือมีไว้ในครอบครองเมื่อการจำนำนั้นผู้จำนำต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จำนำให้อยู่ในการครอบครองของผู้รับจำนำ เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ และผู้รับจำนำชอบที่จะยึดของจำนำได้ทั้งหมดจนกว่าจะได้รับชำระหนี้ และค่าอุปการณครบก้นตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 747และมาตรา 758 การที่จำเลยที่ 3 รับจำนำอาวุธปืนของกลางจึงมีเจตนายึดถืออาวุธปืนของกลางไว้ในครอบครองตามความหมายของบทบัญญัติดังกล่าวแล้วมิใช่เพียงแต่ยึดถือปืนไว้แทนจำเลยที่ 1 ช่วงขณะ ดังนั้น การกระทำของจำเลยที่ 3 จึงมีความผิดตาม พ.ร.บ. อาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืนฯ มาตรา 72 วรรคหนึ่ง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12775/2553 นายพิทักษ์กับพวกไปหาจำเลยที่บ้านร่วมดื่มสุราแล้วชวนไปเที่ยวงานวัดด้วยกันประมาณ 12 คน โดยนั่งตอนท้ายรถยนต์กระบะและอาวุธปืนของกลางอยู่ที่นายพิทักษ์เพียงผู้เดียว จนกระทั่งวันและเวลาเกิดเหตุ เจ้าพนักงานตำรวจเข้าตรวจค้นพบอาวุธปืนของกลางบนพื้นถนนข้างรถยนต์กระบะดังกล่าว พฤติการณ์ที่จำเลยรับอาวุธปืนของกลางจากนายพิทักษ์ แล้วส่งต่อให้เพื่อนไปโยนทิ้งทันที เป็นการที่จำเลยรับอาวุธปืนของกลางมาอยู่ที่จำเลยเพียงช่วงระยะเวลาอันสั้นเพื่อส่งต่อไปทันทีเท่านั้น ยังไม่พอฟังว่าจำเลยมีเจตนาร่วมกับนายพิทักษ์มีและพาอาวุธปืนของกลาง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7941/2551 ผู้ตายตบและชกต่อจจำเลยจนจำเลยล้มลง ผู้ตายกระชกคอเสื้อจำเลยทำให้อาวุธปืนของผู้ตายหล่นออกจากตัวผู้ตายผู้ตายและจำเลยแย่งอาวุธปืนกันระหว่างนั้นจำเลยยิงปืน 2 นัด กระสุนปืนถูกผู้ตาย การที่ผู้ตายตบและชกต่อจจำเลยจนล้มลงนับได้ว่าการกระทำของผู้ตายเป็นภัยอันตรายต่อจำเลยซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง จำเลยจึงมีสิทธิกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อป้องกันตนเองได้ ดังนั้น เมื่ออาวุธปืนของผู้ตายหล่นจากตัวผู้ตาย ในภาวะเช่นนั้นจำเลยย่อมไม่มีทางเลือกนอกจากจะแย่งอาวุธปืนดังกล่าว เพราะหากผู้ตายแย่งอาวุธปืนได้ ผู้ตายอาจใช้อาวุธปืนยิงจำเลยได้

แต่ขณะที่แย่งอาวุธปืนกันจําเลยใช้อาวุธปืนยิงผู้ตายถึง 2 นัด นับว่าเป็นการกระทำเกินกว่ากรณีแห่งการจําต้องกระทำเพื่อป้องกัน การกระทำของจําเลยจึงเป็นความผิดตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 290 วรรคแรก ประกอบมาตรา 69 จําเลยนำอาวุธปืนของกลางไปโดยมุ่งประสงค์จะนำไปทิ้งในแม่น้ำเพื่อมิให้เจ้าพนักงานตำรวจยึดอาวุธปืนของกลางได้ เช่นนี้กรณียังถือไม่ได้ว่าจําเลยมีอาวุธปืนของกลางไว้ในครอบครอง เพราะจําเลยมิได้เจตนาจะยึดถือไว้อย่างเป็นทางการที่จําเลยนำอาวุธปืนของกลางติดตัวไปทิ้งถือว่าจําเลยไม่มีเจตนาพาอาวุธปืนของกลางไป จําเลยจึงไม่มีความผิดฐานมีอาวุธปืนและพาอาวุธปืน แม้ความผิดฐานพาอาวุธปืนจะยุติไปแล้วตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้น ศาลฎีกามีอำนาจยกขึ้นวินิจฉัยได้ตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 185 วรรคหนึ่ง ประกอบมาตรา 215 และมาตรา 225

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8881/2544 จําเลยแย่งอาวุธปืนจากผู้เสียหายมายิงผู้เสียหายในขณะที่เกิดเหตุวิวาทกันแล้วก็ถูก ๘. แย่งอาวุธปืนคืนไปในขณะนั้น จึงต้องถือว่าจําเลยไม่มีเจตนาครอบครองอาวุธปืนและพาอาวุธปืนไปตามทางสาธารณะ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7803/2543 ตาม พ.ร.บ. อาวุธปืนฯ พ.ศ.2490 มาตรา 7 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดทำ ซ้อมมี ใช้ สั่ง หรือนำเข้า ซึ่งอาวุธปืนหรือเครื่องกระสุนปืน เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนท้องที่” การที่นาย ส. จํานำอาวุธปืนไว้แก่จําเลยที่ 1 โดยจําเลยที่ 1 รับมอบอาวุธปืนไว้ในครอบครองเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ ย่อมถือได้ว่าจําเลยที่ 1 มีอาวุธปืนไว้ในครอบครองแล้ว เมื่อจําเลยที่ 1 ไม่ได้รับอนุญาตจากนายทะเบียนท้องที่ให้มีอาวุธปืนไว้ในครอบครอง จําเลยที่ 1 จึงมีความผิดตาม พ.ร.บ. อาวุธปืนฯ พ.ศ.2490 มาตรา 72 วรรคสาม

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3779/2543 ผู้เสียหายใช้ไม้เป็นอาวุธเข้าไปในบ้านที่จําเลยพักอาศัยเมื่ออยู่ห่างจําเลย 2 เมตร ได้เงื่อนไม้จะตีจําเลย จําเลยใช้อาวุธปืนยิงผู้เสียหายที่หัวไหล่ 1 นัด แม้อาวุธปืนดังกล่าวจะมีไซของจําเลย แต่การที่จําเลยใช้อาวุธปืนในลักษณะป้องกันตัวและใช้ในช่วงระยะเวลาอันสั้นโดยไม่ปรากฏเจตนาจะยึดถืออาวุธปืนและเครื่องกระสุนปืนรายนี้ไว้เพื่อความครอบครองของตน ทั้งในขณะที่เกิดเหตุผู้เป็นเจ้าของปืนก็อยู่ในบ้านที่เกิดเหตุด้วย ดังนี้ ถือไม่ได้ว่าจําเลยครอบครองอาวุธปืนและเครื่องกระสุนปืนดังกล่าว จําเลยจึงไม่มีความผิดฐานมีอาวุธปืนและเครื่องกระสุนปืนของผู้อื่นไว้ในครอบครองโดยมิได้รับใบอนุญาต และความผิดข้อหานี้แม้จําเลยจะให้การรับสารภาพก็ตาม แต่เมื่อโจทก์สืบพยานหลักฐานในข้อหาพยายามฆ่าผู้อื่นแล้วปรากฏข้อเท็จจริงว่าจําเลยไม่ได้กระทำความผิดฐานมีอาวุธปืนและเครื่องกระสุนตามฟ้องศาลยอมพิพากษายกฟ้องข้อหานี้ได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 185

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 93/2542 หลักจากที่จําเลยที่ 1 ลักอาวุธปืนของผู้เสียหายไป จําเลยที่ 1 ได้ครอบครองอาวุธปืนดังกล่าวติดต่อกันตลอดมาจนถึงวันจับกุมเป็นเวลา 1 ปีเศษโดยไม่ได้รับอนุญาตจําเลยที่ 1 จึงมีความผิดฐานมีอาวุธปืนไว้ในครอบครองโดยไม่ได้รับอนุญาตตลอดเวลาที่ครอบครองอาวุธปืนอยู่จนกระทั่งถูกจับกุม ส่วนการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์เป็นความผิดในขณะใดขณะหนึ่งเท่านั้น การกระทำของจําเลยที่ 1 จึงเป็นความผิดหลายกรรมต่างกันพฤติการณ์ของจําเลยที่ 1 ที่ลักอาวุธปืนของนายจ้างแล้วครอบครองพาติดตัวไปในเมือง หมู่บ้าน และทางสาธารณะ แสดงว่าจําเลยที่ 1 มีเจตนาจะใช้อาวุธปืนดังกล่าว นับว่าเป็นภัยต่อความปลอดภัยของ

สุจริตชนโดยทั่วไป และกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม สมควรที่จะปราบปรามอย่างเด็ดขาด จึงไม่รอการลงโทษให้จำเลยที่ 1

จะเห็นว่า คำวินิจฉัย ของศาลเหล่านี้ ในกรณีของการครอบครองอาวุธปืน หากเป็นการครอบครองเพียงชั่วคราวโดยมิได้มีเจตนายึดไว้เพื่อตนเอง แม้จะมีการครอบครองหรือยึดไว้ในช่วงระยะเวลาสั้น ๆ ศาลก็ยังไม่ถือว่าเป็นการครอบครองอาวุธปืน

## 2) พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ.2522

มาตรา 15 ห้ามมิให้ผู้ใดผลิต นำเข้า ส่งออก จำหน่ายหรือมีไว้ในครอบครอง ซึ่งยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 เว้นแต่รัฐมนตรีได้อนุญาตเฉพาะในกรณีจำเป็นเพื่อ ประโยชน์ของทางราชการ. . . การผลิต นำเข้า ส่งออก หรือมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 ตามปริมาณดังต่อไปนี้ ให้ถือว่าเป็นการผลิต นำเข้า ส่งออก หรือมีไว้ใน ครอบครอง เพื่อจำหน่าย . . . นอกจากนี้ พระราชบัญญัติดังกล่าวยังได้บัญญัติ เรื่องการครอบครองยาเสพติด ประเภทต่าง ๆ ไว้อีกหลายมาตรา ซึ่งศาลฎีกาได้ตัดสินฎีกาได้ตัดสินเกี่ยวกับการครอบครองไว้ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 124/2530 จำเลยเพียงแต่รับเฮโรอีนจาก ส. แล้วมาจำหน่ายต่อให้สายลับทันที มิได้ยึดถือเฮโรอีนโดยเจตนายึดถือเพื่อตน จึงไม่ผิดฐานมีเฮโรอีนไว้ครอบครอง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2163/2530 การที่จำเลยมีหลอดฉีดยาและเข็มฉีดยาซึ่งมีเฮโรอีนติดอยู่ แม้เฮโรอีนนั้นจะมีจำนวนเล็กน้อยจนชั่งน้ำหนักไม่ได้ ก็ย่อมถือได้ว่าจำเลยมีเฮโรอีนไว้ในครอบครอง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1663/2531 จำเลยที่ 1 นำเฮโรอีนมาให้ ว. โดยส่งผ่านจำเลยที่ 2 จำเลยที่ 2 รับเฮโรอีนจากจำเลยที่ 1 แล้วส่งผ่านให้ ว.ทันที การกระทำของจำเลยที่ 1 เป็นความผิดฐานจำหน่ายเฮโรอีน ส่วนการกระทำของจำเลยที่ 2 เป็นความผิดฐานมีเฮโรอีนไว้ในครอบครองโดยไม่ได้รับอนุญาต

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2491/2531 จำเลยมีหลอดฉีดยาและเข็มฉีดยาซึ่งเป็นเฮโรอีนติดอยู่ แม้จะมีปริมาณที่ไม่สามารถชั่งหรือค่านวนน้ำหนักได้ก็ยังคงเป็น ความผิดตามกฎหมายฐานมีเฮโรอีนไว้ในครอบครองโดยไม่ได้รับอนุญาต

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 760/2535 จำเลยให้เพื่อนไปซื้อเฮโรอีนมาแล้ว จำเลยนำเฮโรอีนไปมอบให้เจ้าพนักงานตำรวจเพื่อให้จับกุมตนในข้อหาซื้อเฮโรอีนไว้ในครอบครอง โดยมีได้รับอนุญาตเพื่อประชดบิดา เป็นการหาเฮโรอีนมาเป็นของกลางเพื่อให้ถูกจับกุมมิใช่เจตนาจะยึดถือเฮโรอีนไว้ในครอบครอง การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นความผิด

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 586/2549 แม้จำเลยมีพฤติการณ์ลักลอบจำหน่ายเมทแอมเฟตามีนตลอดมาและจำเลยเป็นผู้สั่งซื้อเมทแอมเฟตามีนจาก ย. แต่การที่จำเลยกำหนดให้ ย. นำเมทแอมเฟตามีนไปส่งมอบวันใดก็ได้ภายในหนึ่งสัปดาห์โดยให้นำไปซุกซ่อนไว้ ที่ริมถนนและทำเครื่องหมายเป็นที่สังเกตไว้ จากนั้นให้ไปรับเงินที่จำเลย จึงมีหลายขั้นตอนกว่า ย. จะส่งมอบเมทแอมเฟตามีนให้ไปอยู่ในเงื้อมมือของจำเลยการที่ ย. ถูกเจ้าพนักงานตำรวจจับกุมก่อนถึงสถานที่ที่กำหนดให้ซุกซ่อนและยังไม่มีกรแจ้งให้จำเลยทราบเพื่อให้จำเลยสามารถเข้าครอบครองเมทแอมเฟตามีนตามขั้นตอนที่ตกลงกันแต่อย่างใด จึงไกลเกินเหตุที่จำเลยจะสามารถครอบครองเมทแอมเฟ

ตามีนของกลางได้บรรลุผลสำเร็จ จำเลยไม่มีความผิดฐานพยายามมีเมทแอมเฟตามีนไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6789/2551 การมีไว้ในครอบครองซึ่งเมทแอมเฟตามีนอันเป็นยาเสพติดให้โทษ คำว่ามีไว้ในครอบครองนั้น พ.ร.บ. ยาเสพติดให้โทษฯ มิได้บัญญัติให้ความหมายพิเศษจึงต้องถือว่ามีความหมายทั่วไปว่า คือการมีเมทแอมเฟตามีนอยู่ในความยึดถือหรือปกครองดูแล โดยรู้ว่าเป็นยาเสพติดให้โทษเท่านั้น การที่จำเลยที่ 1 ร่วมกับจำเลยที่ 2 และที่ 3 ร่วมแบ่งบรรจุเมทแอมเฟตามีนของกลาง แม้เมทแอมเฟตามีนของกลางจะไม่ใช่ของจำเลยที่ 1 ก็ถือได้แล้วว่าจำเลยที่ 1 ร่วมกับจำเลยที่ 2 และที่ 3 มีเมทแอมเฟตามีนของกลางมีปริมาณคำนวณเป็นสารบริสุทธิ์ได้ 2.25 กรัม ไว้ในครอบครองจึงต้องด้วยข้อสันนิษฐานตาม พ.ร.บ. ยาเสพติดให้โทษฯ มาตรา 15 วรรคสาม (2) ให้ถือว่าเป็นการมีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 669/2555 จำเลยที่ 2 เป็นเพียงผู้นำเมทแอมเฟตามีนมาส่งให้จำเลยที่ 1 และเก็บเงินค่าเมทแอมเฟตามีนจากจำเลยที่ 1 ตามที่รับจ้างจาก ร. ผู้ชาย การที่จำเลยที่ 1 รับเมทแอมเฟตามีนจากจำเลยที่ 2 ไปจำหน่ายแก่สายลับ จึงไม่เกี่ยวข้องกับจำเลยที่ 2 ซึ่งคดีนี้โจทก์ไม่ได้ฟ้องว่าจำเลยที่ 2 ร่วมกับ ร. มีเมทแอมเฟตามีนไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่ายและจำหน่ายเมทแอมเฟตามีนให้แก่จำเลยที่ 1 ข้อเท็จจริงฟังไม่ได้ว่าจำเลยที่ 2 ร่วมกับจำเลยที่ 1 มีเมทแอมเฟตามีนไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่ายและจำหน่ายเมทแอมเฟตามีนให้แก่สายลับตามฟ้อง แต่การกระทำของจำเลยที่ 2 ที่นำเมทแอมเฟตามีนมาส่งให้จำเลยที่ 1 ถือเป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกแก่จำเลยที่ 1 ในการจำหน่ายเมทแอมเฟตามีนให้แก่สายลับ จำเลยที่ 2 จึงมีความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดดังกล่าว

จะเห็นว่า คำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องกับการครอบครองยาเสพติดนี้ ศาลวินิจฉัยว่า แม้จะมีได้ยึดถือไว้เพื่อตนเอง เพียงแต่รับมาแล้วส่งต่อ หรือมีเพียงเล็กน้อย เช่น มีติดอยู่ที่เข็มฉีดยา ก็ศาลก็วินิจฉัยว่า เป็นการครอบครองยาเสพติดแล้ว ซึ่งต่างกับการครอบครองอาวุธปืน โดยสิ้นเชิง ซึ่งจะเห็นว่า ศาลได้ใช้กฎหมายโดยดูวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของกฎหมายแต่ละฉบับ ทั้งต้องดูวัตถุประสงค์และลักษณะของสิ่งของที่ครอบครองเป็นเรื่อง ๆ ซึ่งอาจจำต้องพิจารณาเป็นกรณีไป ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและรูปลักษณะรูปเรื่องของเรื่องนั้น ๆ การจะพิจารณาว่าอะไรคือการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก จึงควรพิจารณาพิเคราะห์ทั้งเหตุผลและวัตถุประสงค์ของกฎหมาย รวมทั้งต้องพิจารณาถึงเจตนาของผู้ครอบครองด้วย

### 2.5.3 การครอบครองในระบบอินเทอร์เน็ต

การครอบครองในกรณีนี้ก็มิหลักการเช่นเดียวกับหลักทั่วไป คือมีการยึดถือ (Corpus Possessionis) และการมีเจตนาครอบครอง (Animus Possidendi) การยึดถือนั้นต้องมีอำนาจครอบครองควบคุมเหนือทรัพย์สินนั้นทางกายภาพตามความเป็นจริง คือ สิ่งของนั้นต้องอยู่ในความครอบครองควบคุมของผู้ครอบครองด้วย แต่การครอบครองในระบบอินเทอร์เน็ตมีแนวคิดที่ต่างไป โดยเน้นการควบคุมมากกว่าการครอบครองจริงทางกายภาพ ถ้าผู้กระทำยึดถืออุปกรณ์จัดเก็บข้อมูลหรือมีข้อมูลที่เกี่ยวข้องภายใต้การควบคุมทางกายภาพของเขาแล้ว ก็ถือว่าเป็นการครอบครองควบคุมแล้ว แนวคิดนี้ขยายรูปแบบการครอบครองที่ว่าจะต้องมีการครอบครองสิ่งนั้น ๆ ตามความเป็นจริง

แต่ให้รวมถึงการที่ไม่ได้ครอบครองตามความเป็นจริงแต่ผู้กระทำมี “สิทธิเด็ดขาดหรือมีอำนาจ” (Exclusive Right or Power) ที่จะเข้าควบคุมได้ ตัวอย่างเช่น ผู้กระทำสามารถที่จะจัดการย้ายภาพทางไกลเพราะเขาเป็นผู้ดูแลควบคุมเว็บไซต์เผยแพร่ไฟล์ที่เกี่ยวข้อง นอกจากนี้ยังมีทฤษฎี “การเข้าถึงหรือพยายามเข้าถึงเนื้อหาบนเว็บไซต์” (Accessing or Attempting to Access Material on a Website) เหตุผลก็คือแม้ผู้กระทำจะไม่มีทางกายภาพในการควบคุมหรือลบไฟล์ต้นฉบับ แต่เขาก็สามารถบันทึก คัดลอกหรือดูไฟล์ดังกล่าวได้ ดังนั้นจึงต้องควบคุมการกระทำดังกล่าวนี้ด้วย<sup>94</sup> ดังนั้นการครอบครองในกรณีนี้จึงมีการขยายการครอบครองกว้างไปกว่าการควบคุมทางกายภาพทั่วไปหรือไม่จำเป็นต้องครอบครองในรูปแบบรูปภาพจริง ๆ อาจรวมถึงรูปแบบของไฟล์ข้อมูลที่สามารถแปลงมาเป็นรูปภาพได้

## 2.6 การควบคุมการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก

### 2.6.1 แนวคิดเหยื่ออาชญากรรม (Victimology) และการคุ้มครองเหยื่ออาชญากรรม (Victim Protection)<sup>95</sup>

#### 1) แนวคิดเหยื่ออาชญากรรม (Victimology)

ในช่วงกลางศตวรรษที่ 19 ศาสตร์ที่ว่าด้วยเหยื่อ (Victimology) เพิ่งจะได้รับความสนใจจากนักอาชญาวิทยาศาสตร์ที่ว่าด้วยเหยื่อหรือเหยื่อวิทยา เป็นวิชาแขนงหนึ่งในสาขาอาชญาวิทยา คือวิชาที่ศึกษาเกี่ยวกับเหยื่อหรือผู้เสียหาย บทบาทของ ผู้เสียหาย ความสัมพันธ์ระหว่างเหยื่อกับอาชญากร สิ่งจูงใจให้เกิดการกระทำผิด ฯลฯ นักอาชญาวิทยาในอดีตก็เคยกล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้เสียหายและอาชญากรเอาไว้ เช่น ซีซาร์ ลอมโบโรโซ (Cesare Lombroso, 1835-1909) ยอมรับว่าการเร่งเร้าอารมณ์อันเกิดจากการกระทำของเหยื่อเป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้เกิดอาชญากรรม ซึ่งแสดงออกมาเพราะอยู่ภายใต้ความกดดันของผู้เสียหายที่ยั่วอารมณ์ เอ็นริโก เฟอร์รี (Enrico Ferri, 1856 ใช้คำว่า อาชญากรเทียม (Pseudo Criminal) ซึ่งหมายถึงผู้ละเมิดกฎหมายเพราะความจำเป็นในการป้องกันตนเอง เมื่อนักอาชญาวิทยาได้เริ่มมองเห็นว่าผู้เสียหายมีบทบาทสำคัญในการก่อให้เกิดอาชญากรรม ภายหลังจากอาชญาวิทยาพยายามศึกษาถึงความสัมพันธ์ระหว่างเหยื่ออาชญากรรมและการก่ออาชญากรรมโดย Gabriel Tarde, Hentic, Mendelsohn, Schafer เป็นต้น โดยศึกษาเรื่องเหยื่ออาชญากรรมเพื่อนำไปใช้ในการป้องกันผู้เสียหายและปรับปรุง การป้องกันอาชญากรรมให้มีประสิทธิภาพ พบว่าในราวปี ค.ศ.1940-1950 Han Von Henting ได้เขียนหนังสือ

<sup>94</sup> Sungmi Park, Yunsik Jake Jang and Joshua I. James, “Possession of Child Exploitation Material in Computer Temporary Internet Cache,” *Journal of Digital Forensics, Security and Law* 12, 3 (September 2017): 9.

<sup>95</sup> ชุมพล กฤษณสุวรรณ, *ทัศนะของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการปฏิบัติงานคุ้มครองพยานตามพระราชบัญญัติคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ.2546 กรณีศึกษากองบัญชาการตำรวจภูธร 5 (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550),* หน้า 9-13.

เรื่อง “Remarks on the Interaction between Perpetrator and Victim” ในปี ค.ศ.1941 และ “The Criminal and His Victim” ในปี ค.ศ.1948 จากงานเขียนในหนังสือดังกล่าวได้ให้ความสนใจต่อผู้เสียหาย ซึ่งเนื้อหาของการศึกษาส่วนใหญ่เป็นเรื่องของประเภทและบทบาทของเหยื่ออาชญากรรมที่ผู้กระทำยอมตกเป็นเหยื่อของตนเองบทบาทของผู้เห็นเหตุการณ์การเกิดอาชญากรรมสถานการณ์และสภาวะ ของสังคมที่ทำให้เกิดเหยื่ออาชญากรรม ผลกระทบจากการตกเป็นเหยื่ออาชญากรรม การชดเชยความเสียหายแก่เหยื่ออาชญากรรม และความต้องการของเหยื่ออาชญากรรม จนกระทั่ง นักอาชญาวิทยาท่านอื่น ๆ ได้เริ่มมองเห็นว่าผู้เสียหายก็มีบทบาทสำคัญในการก่อให้เกิดอาชญากรรม และได้กำเนิดวิชาศาสตร์ที่ว่าด้วยเหยื่อ หรือเหยื่ออาชญากรรม (Science the Victimology) โดยบุคคลสำคัญซึ่งกล่าวกันว่าเป็นผู้ให้กำเนิดวิชานี้ได้แก่ Mendelsohn (1956) ต่อมาในปี ค.ศ.1985 สหประชาชาติ ได้ออกปฏิญญาขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยว่าด้วยหลักพื้นฐานเกี่ยวกับการอำนวยความสะดวกแก่ผู้ได้รับความเสียหาย จากอาชญากรรมและการใช้อำนาจโดยมิชอบ ค.ศ.1985 (UN Declaration of Basic Principle of Justice for Crime and Abuse of Power) โดยกำหนดหลักการสำคัญดังนี้

(1) การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมและได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม (Access to Justice and Fair Treatment)

(2) การได้รับการชดเชยความเสียหายโดยผู้กระทำความผิด (Restitution)

(3) การได้รับการชดเชยความเสียหายโดยรัฐ (Compensation)

(4) การให้ความช่วยเหลือแก่เหยื่อ (Assistance)

2) แนวคิดเกี่ยวกับอาชญากรรมไม่มีผู้เสียหาย (Victimless Crime)

หมายถึง ผู้กระทำยินยอมเป็นเหยื่อตนเอง มีการแบ่งเป็น 8 ประเภท คือ รักร่วมเพศ (Homosexuality) โสเภณี (Prostitution) การใช้ภาพโป้หรือภาพยนตร์โป้ (Pornography) การใช้ยาเสพติด (Substance Abuse) การเมาสุราในที่สาธารณะ การทำแท้ง การพนัน เด็กเร่ร่อน

ประเภทเหยื่ออาชญากรรม Schaler ได้แบ่งเหยื่อออกเป็น 7 ประเภท<sup>96</sup>

(1) เหยื่ออาชญากรรมที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับอาชญากรรม เป็นเพียง ผู้รับเคราะห์

(2) เหยื่อที่กระตุ้นให้เกิดอาชญากรรมเป็นการกระทำที่ขัดใจ อาชญากรรมหรืออยู่

ยงส่งเสริม

(3) เหยื่อที่จงใจให้เกิดอาชญากรรม เป็นการกระทำไม่มีเจตนา แต่การกระทำไปส่งเสริม ล่อใจ จูงใจอาชญากรรม

(4) เหยื่อที่มีความอ่อนแอทางชีวภาพ เป็นผู้ที่มีความอ่อนแอทาง ร่างกายและ

จิตใจ

(5) เหยื่อที่มีความอ่อนแอทางสังคม เป็นผู้ที่ได้รับการเอาเปรียบ

(6) ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของตนเองหรืออาชญากรรมไม่มีเหยื่อ

<sup>96</sup> Victimless Crimes: Definition, Types & Examples Video, Retrieved January 4, 2016 from <http://study.com/academy/lesson/victimless-crimes-definition-types-examples.html>

(7) เหตุการณ์เมือง เป็นเหยื่อที่ได้รับผลจากการเป็นปฏิปักษ์ทางการเมือง  
 3) แนวคิดเกี่ยวกับการตกเป็นเหยื่ออาชญากรรม<sup>97</sup>  
 แนวคิด Lifestyle Theory มีแนวคิดที่ว่า คนเราตกเป็นเหยื่อก็เพราะ แนวคิดในการ  
 ดำเนินชีวิตของเราเอง

ทฤษฎี Routine Activity Theory มีแนวคิดที่ว่า หากเกิดปัจจัย 3 ประการ ก็อาจจะ  
 ตกเป็นเหยื่อ

(1) ผู้กระทำความผิดที่ได้รับการจูงใจ (Motivated Offenders)

(2) เป้าหมายที่เหมาะสม (Suitable Targets)

(3) การขาดผู้ดูแลที่มีความสามารถ (The Absence of Capable Guardians)

ทฤษฎี Dutch Theory ระบุว่าปัจจัย 3 ประการที่ตกเป็นเหยื่อ คือ ความใกล้ชิด  
 ความดึงดูดใจ การเปิดตัว

## 2.6.2 ทฤษฎีควบคุมอาชญากรรมจากสภาพแวดล้อม (Theory of Crime Control Through Environmental Design)<sup>98</sup>

ทฤษฎีนี้ คือ การมุ่งพิจารณาไปที่การลดช่องโอกาสการประกอบอาชญากรรมใน  
 สภาพแวดล้อม โดยถือว่าสภาพแวดล้อมทางกายภาพและทางสังคมถือได้ว่าเป็นปัจจัยสำคัญประการ  
 หนึ่งที่มีผลต่ออาชญากรรมในชุมชน โดยหลักการแล้วเป็นสิ่งซึ่งสามารถวางแผน เปลี่ยนแปลงแก้ไข  
 เพื่อใช้เป็นมาตรการในการป้องกันอาชญากรรม หรือลดช่องโอกาสในการกระผิดของคนร้ายให้น้อยลง  
 เป็นการจัดสภาพแวดล้อมเพื่อขัดขวางการละเมิดกฎหมาย

ซึ่งการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการครอบครองภาพลามกอนาจารเด็กนี้เป็นการมุ่งป้องกันมิ  
 ให้การเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก ไปสู่สังคมเป็นการป้องกันมิให้นำเด็กไปเป็นตัวแสดง หรือเป็น  
 การกระตุ้นให้เกิดอาชญากรรมทางเพศได้

<sup>97</sup> Understanding Victimization Risk: Lifestyle Factors & Routine Activities, Retrieved January 5, 2016 from <http://study.com/academy/lesson/understanding-victimization-risk-lifestyle-factors-routine-activities.html>

<sup>98</sup> Ronald V. Clarke, *The Theory of Crime Prevention Through Environmental Design*, Retrieved January 3, 2016 from <https://pdfs.semanticscholar.org/4a94/e72074e829aba49ff001e177870d37be13d5.pdf>

## บทที่ 3

### กฎหมายเกี่ยวกับการครอบครองและความรับผิดชอบของ สื่อลามกอนาจารเด็กของไทยและของต่างประเทศ

#### 3.1 กฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของไทย

การควบคุมต่อต้านสื่อลามกในประเทศไทยนั้นมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นควบคุมมาตั้งแต่สมัยโบราณและมีการพัฒนาปรับปรุงแก้ไขตลอดมา แม้ระยะเริ่มต้นจะไม่มีการแยกประเภทว่าเป็นสิ่งของหรือสื่อลามกเด็กแต่ก็กำหนดไว้เท่าที่พอมีหลักฐานมีดังนี้

##### 3.1.1 กฎหมายที่เกี่ยวกับการกระทำการลามก

###### 3.1.1.1 กฎหมายตราสามดวง

เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นใช้บังคับในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น ซึ่งจากการศึกษาพบว่ากฎหมายนี้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับคำว่า ลามก ดังต่อไปนี้

1) กฎหมายตราสามดวง บทอาชญาหลวงมาตราที่ 116 บัญญัติว่า

ถ้าผู้ใดกระทำการลามกในหน้าทับหน้าจวนผู้ใดแลหม้อจับกุมมาว่าใช้ท่านให้ลงโทษแก่เจ้าจวนทับนั้น

กฎหมายบทนี้ได้บัญญัติว่าถ้ามีบุคคลใดได้มากระทำการลามกที่บริเวณหน้าที่อยู่อาศัยของบุคคลใดแล้วบุคคลที่เป็นเจ้าของที่อยู่อาศัยนั้นไม่ทำการจับกุมบุคคลที่ได้กระทำการลามก นั้นไปดำเนินคดีแล้ว ผู้ที่เป็นเจ้าของที่อยู่อาศัยนั้นจะต้องถูกลงโทษ ซึ่งสามารถตีความหมายของ เจตนารมณ์ในกฎหมายบทนี้ได้ว่ากฎหมายต้องการที่จะควบคุมป้องกันมิให้มีการกระทำการลามกในที่ใด ๆ ซึ่งถ้าหากมีผู้ใดได้กระทำการลามกขึ้น ก็เป็นหน้าที่ของบุคคลที่มีเหตุอันลามกที่เกิดขึ้นหน้าที่อยู่อาศัย (กฎหมายใช้คำว่าหน้าทับจวน) จะต้องเป็นผู้รับผิดชอบทำการจับกุมผู้กระทำความผิดไปลงโทษ

2) กฎหมายตราสามดวง บทอาชญาหลวงได้บัญญัติว่า

“ . . . แลคนร้ายใจเปนมฤตชาติฐิเอาจคพระพุทธรูป พระธรรม มาทุบตีเหยียบยำ ทำทุราจารการลามกประการใดก็ดี . . . ” กฎหมายบทนี้ได้บัญญัติขึ้นโดยมีเจตนารมณ์เพื่อเป็นบทลงโทษบุคคลที่กระทำการลามกไว้ โดยบัญญัติว่าถ้ามีผู้ใดที่เป็นคนร้ายได้กระทำการใด ๆ ด้วยการเหยียดหยาม หรือกระทำการ อันลามกต่อพระพุทธรูป พระธรรม ด้วยประการใด ๆ ก็ดี จะต้องถูกลงโทษตามกฎหมาย

กฎหมายตราสามดวง บทกฎหมายสงฆ 4 ได้บัญญัติว่า

. . . เป็นประเพณีในพระพุทธศาสนาสืบมาแต่ก่อน มีพระพุทธรูปกาโปรดไว้ให้ภิกษุ สามเณร อันบวชในพระศาสนารักษารุระสองประการ คือ คันฐุระวิปศนา

ฐานะที่ยุติหวังถึงน้ำจืดจะแปรไปในกิเลสวัตถุมากก็ดี ย่อมคิดถึงฐานะทั้งสอง จิตรนั้นก็สงบลง ที่กลบุตรมีวาสนามากก็ได้มักได้ผลทันสงสารทุกข์ ที่บุญน้อย สุดกำลังมีอาจครองฐานะทั้งสองแล้วก็ดี ครั้นจะออกเป้น ขรวาจะหาเลี้ยงชีวิตก็ มิได้ จำจะอยู่เลี้ยงชีวิตในสมณะ ให้ลามกมลทินในผ้ากาษาวัตร อันเปนธงไชย พระอารยเจ้า . . .

กฎหมายในบทนี้ได้บัญญัติเกี่ยวกับการกระทำของพระภิกษุสงฆ์อันลามก เนื่องมาจากมีจิตใจเฝ่ไปในทางกามารมณ์ หรือมีการกระทำในทางประเวณีอย่างใด ๆ อันจะทำให้เป็น มลทินของพระพุทธศาสนาแล้ว ก็ไม่ควรที่จะบวชเป็นพระภิกษุอยู่ในพระพุทธศาสนาอีกต่อไป

3) กฎหมายตราสามดวง มีบทบัญญัติให้ชนทุกชั้นตั้งอยู่ในศีลธรรม 10 ประการ ได้บัญญัติกฎหมายสงฆ์เกี่ยวกับการกระทำลามกได้ดังนี้

แต่ซึ่งสารเทพารักษ์อันเอาไม้ทำเป็นเพศบุรุษถึงใหญ่่น้อยต่าง ๆ หญิงชาย ชวนกันนับถือนั้น ทรงพระกรุณาให้นักปราชราชบัณฑิตยคณฺ์ในพระไตรปิฎกก็มีได้มี หย่าง ให้สืบถามดู หย่างทำเนียมในพระนครราชธานีต่าง ๆ ก็มีได้มีเยี่ยงหย่างจึง ทรงพระวิจารณ์เห็นว่ารกเหตุนี้จะมีมาเพราะคนพาลกักขะละหยาบช้า แข่งกระทำ เพศอันนี้เยาะเย้ยหญิงแม่ดอันมีมารยาทความลอย มิได้เปนเดิม สืบมาหญิงชาย ผู้หาปัญญามิได้ก็เอาเยี่ยงอย่างนับถือนับถือทำบุญบำรุงฉนี้ จะเอาความ ลามกอ้ประมงคลนี้ไปเล่าต่อ ๆ ไปในนานาประเทศต่าง ๆ ก็จะมีเสื่อมเสียสาตราคม เกียรติยศศักดิ์ภาพกรุงเทพมหานครไป ห้ามอย่าให้มีเพศบุรุษถึงอันลามก อ้ประมงคลไว้ในสารเทพารักษ์เปนอันขาดทีเดียว แลให้ผู้รักษาเมือง ผู้รั้งกรมการ กำนันพันนายบ้าน ไปเก็บเอามาเผาไฟเสียจงสิ้น อย่าให้มีอยู่ณะโรงสารบ้านเมือง นิคม เขตประเทศใด ๆ มีผู้รู้เห็นเอาเนื้อความมาว่ากล่าว พิจารณาเปนสัจจะเอา ผู้รักษาเมืองผู้รั้งกรมการแล พันนายบ้านแลชาวบ้านตำบลประเทศนั้น ๆ เปนโทษ ถึงสิ้นชีวิต . . .

กฎหมายตราสามดวงบทนี้ได้บัญญัติห้ามมิให้มีการผลิตวัตถุที่แสดงถึง อวัยวะเพศของผู้ชาย แล้วนำมากราบไหว้นับถือ หรือนำไปไว้ที่ศาลเทพารักษ์ หากมีการกระทำ ดังกล่าว เจ้าหน้าที่ของบ้านเมืองจะต้องคอยดูแลนำเอาไปทำลายเสีย หากเจ้าหน้าที่ผู้ใดละเว้นการ กระทำดังกล่าวจะต้องได้รับโทษอย่างรุนแรงถึงประหารชีวิต

กฎหมายตราสามดวงบทนี้ ได้บัญญัติห้ามมิให้มีการผลิตวัตถุที่แสดงถึง อวัยวะเพศของผู้ชาย ซึ่งในปัจจุบัน น่าจะ คือ ปลัดขลิกล น้เอง แล้วนำมากราบไหว้นับถือ หรือนำไป ไว้ที่ศาลเทพารักษ์ หากมีการกระทำดังกล่าว เจ้าหน้าที่ของบ้านเมืองจะต้องคอยดูแลนำเอาไปทำลาย

เสีย หากเจ้าหน้าที่ผู้ใดละเว้นการกระทำดัง กล่าวจะต้องได้รับโทษอย่างรุนแรงถึงประหารชีวิต

จะเห็นว่ากฎหมายฉบับนี้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับคำว่า “ลามก” อยู่หลายฐาน ความผิด โดยกฎหมายได้นำคำว่า “ลามก” มาบัญญัติไว้เพื่อใช้แทนความหมายถึงสิ่งที่เป็นของ สกปรก หรือการกระทำที่น่ารังเกียจ น่าบัดสี หรือวัตถุทางเพศอันเป็นสิ่งลามก ไม่ว่าจะเป็ความผิด ที่ปล่อยให้มิบุคคละมากระทำลามกหน้าที่พักอาศัยของตนโดยไม่จับกุมผู้กระทำลามกดังกล่าวไป ดำเนินคดี การทำลามกต่อพระพุทธรูป พระธรรม การที่พระภิกษุสงฆ์กระทำลามกอันทำให้เกิดมลทิน ต่อพระพุทธศาสนา การผลิตวัตถุที่มีรูปร่างคล้ายอวัยวะเพศของผู้ชายแล้วนำมากราบไหว้บูชา

### 3.1.1.2 กฎหมายลักษณะอาญา

กฎหมายลักษณะอาญา ส่วนที่ 6 ว่าด้วยความผิดที่กระทำอนาจาร หมวดที่ 1 ความผิด ฐานกระทำอนาจารอันเกี่ยวแก่สาธารณชนได้บัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมวัตถุหรือสิ่งลามกไว้ ในมาตรา 240 ซึ่งบัญญัติว่า

ผู้ใดเอารูปภาพหรือสมุด หรือสิ่งใดใดอันมีลักษณะเป็นของลามกอนาจาร ออกขาย หรือทอดตลาดก็ดี หรือเอาของลามกอนาจารที่ว่ามีนั้นแสดง โดยเปิดเผย แก่สาธารณชนก็ดี ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกเป็นสมมติฐาน คือ สมมติฐานหนึ่ง ให้จำคุกไม่เกินกว่าหกเดือน สมมติฐานหนึ่งให้ปรับ ไม่เกินกว่าห้า ร้อยบาท สมมติฐานหนึ่งให้ลงโทษทั้งจำทั้งปรับเช่นว่ามาแล้วด้วยกัน<sup>99</sup>

บทบัญญัติตามมาตรา 240 แห่งกฎหมายลักษณะอาญานี้ เป็นกฎหมายที่มี เจตนาธรรมณ์ ในการควบคุมการผลิตและเผยแพร่วัตถุหรือสิ่งของลามก ซึ่งในยุคนั้นความก้าวหน้าทาง เทคโนโลยี เกี่ยวกับการสื่อสารและการผลิตสิ่งต่าง ๆ ยังไม่มีความก้าวหน้ามากเช่นปัจจุบันวัตถุและ สิ่งของ ลามกที่ปรากฏในสังคมสมัยนั้น ยังคงมีเพียงรูปภาพ หรือสมุด ซึ่งเป็นจำพวกสิ่งพิมพ์เท่านั้น ในบทบัญญัติของกฎหมายจึงเขียนกำหนดประเภทของวัตถุหรือสิ่งของลามกไว้อย่างชัดเจนเป็น 2 ประเภท แต่ทั้งนี้ผู้บัญญัติกฎหมายก็ได้คำนึงถึงแล้วว่าในอนาคตอาจมีวัตถุหรือสิ่งของลามกเกิดขึ้น ใหม่ได้ จึงได้บัญญัติให้ครอบคลุมถึงสิ่งใด ๆ ก็ดี ถ้าหากเข้าข่ายมีลักษณะเป็นของลามกอนาจารก็ ถือ ว่าเป็นวัตถุหรือสิ่งของลามก มีข้อสังเกตคือ นอกจากกฎหมายจะใช้คำว่าลามกแล้ว ยังมีคำว่าอนาจาร ควบคู่กันไปด้วย

การมีรูปภาพ หรือสมุด หรือสิ่งใด ๆ อันมีลักษณะเป็นของลามกอนาจารนั้น ถ้าได้ นำออกขายหรือทอดตลาดหรือแสดงโดยเปิดเผยแก่สาธารณะก็ถือว่าเป็นความผิดสำเร็จทันที แต่ถ้ามี ไว้ในครอบครองถ้าไม่ได้นำออกขายหรือทอดตลาด หรือแสดงโดยเปิดเผยแก่สาธารณชนก็ไม่ถือว่าเป็น ความผิดเนื่องจากยังไม่ครบองค์ประกอบความผิดฐานนี้ ข้อสังเกตก็คือ ตามมาตรานี้ใช้คำว่า มี ลักษณะเป็นของลามกอนาจารคือ ใช้ทั้ง คำว่าลามกอนาจารร่วมกัน แต่ก็มีได้บัญญัติให้ความหมาย

<sup>99</sup> ศูนย์ดำรงธรรม, กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 และพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม กฎหมายลักษณะอาชญาตลอดจนถึง พุทธศักราช 2477 พระราชบัญญัติคอมมิวนิสต์และคำแปลภาษาอังกฤษ (กรุงเทพมหานคร: ม.ป.พ., 2478), หน้า 212.

คำว่าสิ่งลามกอนาจารว่ามีความหมายอย่างไร ซึ่งในปัจจุบันนี้กฎหมายลักษณะอาญาได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499 มาตรา 4 บทบัญญัติตามมาตรา 240 นี้จึงไม่มีสภาพบังคับใช้อีกต่อไป แต่ก็นับได้ว่าเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติในการควบคุมการผลิตและเผยแพร่วัตถุหรือสิ่งของลามก โดยตรงขึ้นเป็นฉบับแรกของไทย ทั้งยังทำให้เห็นถึงพัฒนาการของกฎหมายในด้านการควบคุมวัตถุลามกอนาจาร

การมีรูปภาพ หรือวัตถุ หรือสิ่งใด ๆ อันมีลักษณะเป็นของลามกอนาจาร นั้นถ้าได้นำออกขายหรือทอดตลาดหรือแสดงโดยเปิดเผยแก่สาธารณชนก็ถือว่าเป็นความผิดสำเร็จทันที แต่ถ้ามีไว้ในครอบครองแต่ไม่ได้นำออกขายหรือทอดตลาด หรือแสดงโดยเปิดเผยแก่สาธารณชนก็ไม่ถือว่าเป็นความผิดเนื่องจากยังไม่ครบองค์ประกอบความผิดฐานนี้ ซึ่งก็คล้ายกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287 ปัจจุบัน

### 3.1.1.3 ประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญา ได้บัญญัติขึ้นบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ.2500 โดยให้ยกเลิกกฎหมายลักษณะอาญา โดยบัญญัติความผิดเกี่ยวกับวัตถุหรือสิ่งของสิ่งลามกไว้ในลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ ไว้ในมาตรา 287 ซึ่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 เป็นวัตถุแห่งการกระทำเปลี่ยนจากบุคคลในมาตราก่อน ๆ มาเป็นสิ่งของ 8 และต่อมาได้มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2525 ยกเลิกโดยมาตรา 6 ให้ใช้ความใหม่แทนโดยแก้ไขอัตราโทษให้หนักขึ้น โดยมีเจตนารมณ์ที่จะลงโทษผู้ที่กระทำให้วัตถุลามกแพร่หลายออกไปโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าหรือเพื่อการแจกจ่ายหรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 287 ดังนี้

ผู้ใด

1) เพื่อความประสงค์แห่งการค้า หรือโดยการค้า เพื่อการแจกจ่ายหรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน ทำ ผลิต มีไว้ นำเข้า หรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออก หรือยังให้ส่งออกไปนอกราชอาณาจักร พาไป หรือยังให้พาไป หรือทำให้แพร่หลายโดยประการใด ๆ ซึ่งเอกสาร ภาพเขียนภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกความ หรือสิ่งอื่นใดอันลามก

2) ประกอบการค้า หรือมีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้าเกี่ยวกับวัตถุหรือสิ่งลามกดังกล่าวแล้ว แจกจ่าย หรือแสดงอวดแก่ประชาชน หรือให้เข้าวัตถุหรือสิ่งของเช่นว่านั้น

3) เพื่อจะช่วยการทำให้แพร่หลาย หรือการค้าวัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้วโฆษณาหรือโฆษณาโดยประการใด ๆ ว่ามีบุคคลกระทำการอันเป็นความผิดตามมาตรา นี้ หรือโฆษณา หรือโฆษณาว่าวัตถุ หรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้วจะหาได้จากบุคคลใด หรือโดยวิธีใดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

บทบัญญัตินี้เป็นกฎหมายที่ควบคุมสื่อลามกอนาจารที่ไม่ได้แยกแยะระหว่างสื่อลามกอนาจารเด็กและผู้ใหญ่ และมีได้กำหนดค่านิยมไว้ ทั้งมิได้กำหนดให้การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กไว้เป็นความผิด แต่ได้กำหนดให้เป็นความผิดต่อเมื่อได้มีการค้า จำหน่าย แจกจ่ายหรือเผยแพร่ซึ่งเป็นบทบัญญัติเดียวที่ใช้อยู่ก่อนมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาให้ การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิด

มาตรา 287 ตามประมวลกฎหมายอาญานี้ ได้นำบทบัญญัติตามมาตรา 3 และมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติปรามการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุอันลามก พ.ศ.2471 มารวมกันบัญญัติเป็นความผิดเกี่ยวกับวัตถุอันลามกขึ้น โดยมีการบัญญัติเพิ่มเติมถึงวัตถุที่อาจเป็นสิ่งลามกไว้ คือ แลบบันทีกเสียง หมายถึง เทปบันทีกเสียง และแลบบันทีกภาพ หมายถึง เทปวีดีโอ เนื่องจากปรากฏว่าสิ่งดังกล่าวได้ผลิตขึ้นตามความเจริญของเทคโนโลยีนอกจากสื่อสิ่งพิมพ์ ซึ่งต่อมาได้มีกฎหมายบัญญัติถึงวัตถุประเภทนี้ไว้ในกฎหมายเฉพาะ คือ พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวีสดูโทรทัศน์ พ.ศ.2530

ความผิดตามมาตรา 287 นี้บัญญัติกำหนดฐานความผิดไว้ 3 กรณี คือ

องค์ประกอบความผิดในส่วนที่หนึ่งคือ ทำ ผลิต มีไว้ นำเข้า หรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกป็นนอกราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไป หรือทำให้แพร่หลายด้วยประการใด ๆ ซึ่งสิ่งลามก การทำหรือผลิต คือทำให้เกิดมีขึ้น เช่น เขียนหรือพิมพ์

องค์ประกอบความผิดในส่วนที่สอง คือ ประกอบการค้า หรือมีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้าสิ่งลามก

องค์ประกอบความผิดในส่วนที่สาม คือโฆษณาไขข่าวว่าบุคคลใดกระทำการในข้อ 1, 2 หรือโฆษณา ไขข่าวลามกนั้นหาได้จากบุคคลใด หรือโดยวิธีใด

องค์ประกอบความผิดทางจิตใจ ทั้ง 3 ข้อ คือต้องมีเจตนาตามมาตรา 59 หมายถึง การรู้ว่าวัตถุอันหนึ่งลามกหรือไม่เป็นปัญหาข้อกฎหมาย 12 แต่สิ่งหรือวัตถุอันนั้นมีรูปร่างอย่างไรเป็นข้อเท็จจริงถ้าไม่รู้รูปลักษณะของวัตถุก็ไม่เป็นเจตนาตามมาตรา 59

นอกจากนี้ในข้อ 1 ต้องมีเจตนาพิเศษ คือ เพื่อความประสงค์แห่งการค้า ซึ่งหมายถึงการทำเพื่อหากำไรเป็นปกติ หรือโดยการค้า ซึ่งหมายถึงการกระทำนั้นเองเป็นการค้า หรือเพื่อการแจกจ่ายคือส่งไปยังบุคคลอื่น หรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน ซึ่งหมายถึงให้บุคคลไม่จำกัดว่าผู้ใด โดยเฉพาะได้เห็น ไม่หมายความว่าถึงให้บุคคลบางคนโดยเฉพาะได้ดู เช่น ให้เพื่อนดู เป็นต้น และ ในข้อ 3 ต้องมีเจตนาพิเศษ คือเพื่อจะช่วยให้แพร่หลาย หรือช่วยการค้าวัตถุหรือสิ่งลามกนั้น

3.1.1.4 พระราชบัญญัติปรามการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุอันลามก พุทธศักราช 2471

มาตรา 3 ผู้ใด เพื่อประโยชน์หรือในทางค้าขาย แจกจ่ายหรือแสดงอวดแก่สาธารณชน บังอาจทำ ทำให้มีขึ้น มีไว้ในครอบครอง นำหรือส่งเข้ามาจากต่างประเทศ ส่งออกไปนอกรประเทศ พาไป ทำให้แพร่หลาย ให้ยืม หรือยังผู้อื่น ให้นำหรือส่งเข้ามาจากต่างประเทศ ส่งออกไปนอกรประเทศ หรือพาไปซึ่งหนังสืออันบุคคลแต่ทั้งขึ้น ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ขึ้น รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ ที่ลามก หรือวัตถุอันลามกอย่างอื่นก็ดี หรือประกอบกิจการ หรือมีส่วนในกิจการเกี่ยวแก่วัตถุหรือสิ่งอันลามกดังกล่าวแล้ว จะในทางสาธารณะ

หรือในส่วนเอกชนก็ดี ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 240 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา

มาตรา 4 ผู้ใด เพื่อจะช่วยให้แพร่หลาย หรือช่วยในการค้าวัตถุอันลามกตั้งระบุมไว้ในมาตราก่อน บังอาจประกาศโฆษณาหรือทำให้ทราบทั่วกันไปว่ามีบุคคลทำให้แพร่หลาย หรือทำการค้าขายซึ่งวัตถุเช่นว่านี้ก็ดี หรือประกาศโฆษณาหรือทำให้ทราบกันไป โดยตรงหรือโดยทางอ้อมก็ดี ว่าบุคคลอาจหาวัตถุอันลามกตั้งกล่าวนั้นได้โดยวิธีใด ฉะนั้นท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้ในมาตราก่อน

พระราชบัญญัตินี้ก็เช่นกันมิได้แยกแยะระหว่างสื่อลามกอนาจารเด็กและสื่อลามกอนาจารผู้ใหญ่แต่อย่างใด และพระราชบัญญัตินี้ถูกยกเลิกโดย พ.ร.บ. ยกเลิกกฎหมาย บางฉบับที่ไม่เหมาะสมกับกาลปัจจุบัน พ.ศ.2546

พระราชบัญญัติปรามการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุลามกนั้นถูกบัญญัติขึ้นในปี พ.ศ.2471 ขณะนั้นมีเพียงกฎหมายลักษณะอาญาเท่านั้นที่มีบทบัญญัติเกี่ยวข้องกับการควบคุมสื่อลามก เนื่องจากปัญหายังไม่รุนแรงนัก แต่เมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไป ธุรกิจเกี่ยวกับสื่อลามกนั้นขยายตัวในสังคมมากขึ้น เพียงบทบัญญัติในกฎหมายลักษณะอาญานั้นไม่พอเพียงในการควบคุมวงจรเกี่ยวกับสื่อลามกได้ทั้งหมด จึงได้มีการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเพิ่มเติมความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกให้กว้างจากเดิมที่ได้ได้มีการเพิ่มฐานความผิดอื่น ๆ เพื่อให้กฎหมายครอบคลุมทั้งผู้ผลิต ผู้จำหน่าย หรือเผยแพร่ทุกขั้นตอน อันจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้นอย่างไรก็ตามกฎหมายฉบับนี้มีข้อน่าสังเกตดังต่อไปนี้

1) ชื่อกฎหมายฉบับนี้ใช้คำว่า “ปราม” มิใช่ “ปราบปราม” ซึ่งอาจตีความได้ว่าผู้ร่างกฎหมายมีทัศนคติว่าสื่อลามกเป็นสิ่งที่อยู่คู่กับสังคมอยู่แล้ว การควบคุมควรอยู่ในขั้นปรามมิให้แพร่หลายจนเกินไปก็พอ ซึ่งวัตถุประสงค์ของกฎหมายเช่นนี้จะมีผลต่อมาตรการควบคุมต่อต้านสื่อลามกเด็กที่ต้องใช้มาตรการปราบปรามอย่างเด็ดขาดเนื่องจากถือเป็นสิ่งต้องห้ามแตกต่างจากสื่อลามกทั่วไป

2) ฐานความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกนั้นมีเพิ่มขึ้นกว่าเดิมมากไม่ว่าจะเป็นการทำ การมีไว้ในครอบครอง นำเข้ามาหรือส่งออกไปยังต่างประเทศ ทำให้แพร่หลาย ให้ยืม หรือยังผู้อื่นให้นำเข้าหรือส่งออกวัตถุลามก หรือประกอบธุรกิจอันเกี่ยวข้องกับสื่อลามกนี้ แต่ทั้งนี้ก็มีข้อจำกัดตรงที่ การกระทำความผิดดังกล่าวต้องประกอบด้วยเจตนาพิเศษ คือ เพื่อประโยชน์หรือในทางการค้าขาย แจกจ่ายหรือแสดงอวดแก่สาธารณชนเท่านั้น ไม่ครอบคลุมถึงเจตนาเพื่อประโยชน์ส่วนตัว

3) ฐานความผิดเริ่มขยายถึงการกระทำที่มีองค์ประกอบต่างชาติ ไม่มีนิยามคำว่าวัตถุลามกที่ชัดเจน มีโทษเล็กน้อยเกินไปกรณีใช้กับผู้ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับสื่อลามกเด็ก และรูปแบบของสื่อลามกที่อยู่ในกรอบของกฎหมายนี้เน้นแต่ที่เห็นได้ด้วยตา ไม่รวมถึงสื่อทางเสียง และไม่อาจแน่ใจได้ว่าจะสามารถตีความคำว่า “วัตถุลามกอย่างอื่น” ครอบคลุมถึงสื่อลามกทางอินเทอร์เน็ต ด้วยหรือไม่ นอกจากนี้ความผิดตามกฎหมายฉบับนี้ยังครอบคลุมถึงบุคคลที่ 3 ที่สนับสนุนผู้กระทำความผิด ด้วยการประกาศหรือโฆษณาให้เป็นที่ทราบทั่วไปถึงสื่อลามกที่ผลิตขึ้นหรือจัดจำหน่ายไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม ซึ่งกฎหมายนี้กำหนดให้ผู้ที่ช่วยบุคคลรับผิดเท่ากับผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายวัตถุลามกเลยทีเดียว

## 3.1.1.5 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546

มาตรา 22 การปฏิบัติต่อเด็กไม่ว่ากรณีใด ให้คำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญและไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

การกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก หรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็กหรือไม่ ให้พิจารณาตามแนวทางที่กำหนดในกฎกระทรวง

มาตรา 26 ภายใต้งบบังคับบพัญญัติแห่งกฎหมายอื่น ไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการ ดังต่อไปนี้

. . . (9) บังคับ ชูเชิญ ใช้ ชักจูง ยุยง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กแสดงหรือกระทำการอันมีลักษณะลามกอนาจาร ไม่ว่าจะ เป็นไปเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าตอบแทนหรือเพื่อการใด

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งมีโทษตามกฎหมายอื่นที่หนักกว่าก็ให้ลงโทษตามกฎหมายนั้น

มาตรา 27 ห้ามมิให้ผู้ใดโฆษณาหรือเผยแพร่ทางสื่อมวลชนหรือสื่อสารสนเทศประเภทใด ซึ่งข้อมูลเกี่ยวกับตัวเด็กหรือผู้ปกครอง โดยเจตนาที่จะทำให้เกิดความเสียหายแก่จิตใจ ชื่อเสียง เกียรติคุณ หรือสิทธิประโยชน์อื่นใดของเด็ก หรือเพื่อแสวงหาประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบ

ตามบทบัญญัตินี้ ได้บัญญัติห้ามบังคับ ชูเชิญ ใช้ ชักจูง ยุยง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กแสดงหรือกระทำการอันมีลักษณะลามกอนาจาร ไม่ว่าจะ เป็นไปเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าตอบแทนหรือเพื่อการใด รวมทั้งห้ามโฆษณาหรือเผยแพร่ทางสื่อมวลชนหรือสื่อสารสนเทศประเภทใด ซึ่งข้อมูลเกี่ยวกับตัวเด็กหรือผู้ปกครอง โดยเจตนาที่จะทำให้เกิดความเสียหายแก่จิตใจ ชื่อเสียง เกียรติคุณ หรือสิทธิประโยชน์อื่นใดของเด็ก หรือเพื่อแสวงหาประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบ หากมีการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์หรือเผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ต ก็เป็นความผิดตามพระราชบัญญัตินี้

## 3.1.1.6 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดทางคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550

มาตรา 14 ผู้ใดกระทำความผิดที่ระบุไว้ดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ (4) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามก และข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ (5) เผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ตาม (1) (2) (3) หรือ (4) คำว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้น หมายความว่า ข้อมูล ข้อความ คำสั่ง ชุดคำสั่งหรือสิ่งอื่นใดบรรดาที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ในสภาพที่คอมพิวเตอร์อาจประมวลผลได้ และให้หมายความรวมถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วย

นอกจากนี้ การกระทำตามมาตรานี้จะต้องประกอบด้วยเจตนาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 59 แห่งประมวลกฎหมายอาญาด้วย โดยผู้กระทำความผิดจะต้องรู้ว่าข้อมูลดังกล่าว เป็น

ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะลามกด้วย ทั้งยังต้องเป็นกรณีที่ประชาชนทั่วไปเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวได้ด้วย ซึ่งศาลฎีกาได้เคยตัดสินไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1188/2561 ว่า โจทก์บรรยายฟ้องว่า จำเลยนำภาพและวิดีโอลามกส่งเข้าระบบคอมพิวเตอร์ ส่งให้บุตรสาวโจทก์ดูเพื่อประจานโจทก์ ซึ่งมีเพียงจำเลยและบุตรสาวโจทก์เท่านั้นที่มีรหัสในการเข้าดูประชาชนทั่วไปไม่สามารถเข้าดูได้หากไม่ทราบรหัส จึงไม่เป็นความผิดตาม พ.ร.บ. ว่าด้วยความผิดว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 มาตรา 14 (4)

จะเห็นว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นกฎหมายที่บัญญัติโดยตรงมากที่สุดเกี่ยวกับการนำภาพลามกเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์แต่ก็ไม่ได้แยกว่าเป็นภาพลามกอนาจารเด็กหรือผู้ใหญ่คงกล่าวไว้เพียงรวม ๆ รวมว่าเป็นการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ในลักษณะอันลามกและคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ ก็อาจเป็นความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ได้แล้ว โดยไม่จำเป็นต้องมีเจตนาพิเศษดังเช่นตามประมวลกฎหมายอาญาหากเป็นภาพลามกอนาจารผู้ใหญ่ก็ต้องมีวัตถุประสงค์แห่งการค้าหรือโดยการค้า ตามมาตรา 287 แต่ที่แก้ไขใหม่หากเป็นภาพลามกอนาจารเด็กไม่จำเป็นต้องมีวัตถุประสงค์ดังกล่าว แต่ต้องมีไว้ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ซึ่งต่างจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดทางคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 นี้ซึ่งเพียงแต่นำภาพลามกเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ ก็เป็นความผิดแล้ว

### 3.1.2 กฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง

#### 3.1.2.1 พระราชบัญญัติการพิมพ์ พ.ศ.2484 และพระราชบัญญัติจดทะเบียนการพิมพ์ พ.ศ.2550

เป็นกฎหมายที่ควบคุมหนังสือพิมพ์และ สิ่งพิมพ์อื่น ๆ (มีการแก้ไขหลายครั้ง) มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงสิ่งพิมพ์ที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของ ประชาชน และสิ่งลามกก็ถือว่าเป็นสิ่งที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย ต่อมาในปี พ.ศ.2550 ได้มีการยกเลิกพระราชบัญญัติดังกล่าวโดยพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติจดทะเบียนการพิมพ์ พ.ศ.2550 และให้ใช้พระราชบัญญัติดังกล่าวแทน ซึ่งก็ได้กำหนดไว้ในมาตรา 10 ว่า ให้ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติมีอำนาจออกคำสั่งโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา ห้ามสั่งเข้าหรือนำเข้าเพื่อเผยแพร่ในราชอาณาจักร ซึ่ง สิ่งพิมพ์ใด ๆ ที่เป็นการหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาทหรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ หรือจะกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หรือความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยจะกำหนดเวลาห้ามไว้ในคำสั่งดังกล่าวด้วยก็ได้ ซึ่งพระราชบัญญัติที่แก้ไขใหม่นี้ก็ยังครอบคลุมถึงภาพลามกอนาจารไม่ว่าจะเป็นของเด็กหรือผู้ใหญ่

#### 3.1.2.2 พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ.2530

เป็นกฎหมายที่ควบคุมการผลิต และกิจการที่เกี่ยวกับเทปและวัสดุโทรทัศน์ เนื่องจากปรากฏว่าได้มีการบริการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายเทปและวัสดุโทรทัศน์ ก็มีการจัดฉายหรือให้บริการเกี่ยวกับเทป หรือวัสดุโทรทัศน์แพร่หลาย ซึ่งเทปและวัสดุโทรทัศน์เหล่านี้ไม่ได้ผ่านการตรวจพิจารณาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ เนื่องจากไม่ใช่ภาพยนตร์ ตามความหมายของพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ.2484 การที่ไม่มีบทบัญญัติทางกฎหมายควบคุมกิจการดังกล่าว ย่อมก่อให้เกิดผลเสียหายแก่เยาวชน และศีลธรรมอันดีของประชาชน ด้วยเหตุนี้ พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทป

และวัสดุโทรทัศน์จึงมีการควบคุมตั้งแต่การดำเนินกิจการเทปหรือวัสดุโทรทัศน์ในรูปแบบการประกอบการต่าง ๆ ที่ต้องมีการขอใบอนุญาตประกอบกิจการ เทปหรือวัสดุโทรทัศน์ที่จะนำมาเผยแพร่สู่สาธารณะจะต้องมี การตรวจสอบจากเจ้าหน้าที่ ซึ่งต้องมีการตรวจสอบให้ความเห็นชอบตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ.2530 โดยพิจารณาจากหลักเกณฑ์และวิธีการที่กระทรวงมหาดไทยกำหนดไว้ ตามข้อ 3 ของระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยหลักเกณฑ์วิธีการ พิจารณาและให้ความเห็นชอบในเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ.2531<sup>100</sup> ซึ่งมีหลักเกณฑ์ดังนี้

1) ไม่ขัดต่อศีลธรรม วัฒนธรรม หรือขนบธรรมเนียมประเพณีอันดีงานของชาติ

2) ไม่เป็นการแสดงออกทางยั่วยุกามารมณ์หรือลามกอนาจาร

และในข้อ 4 ของระเบียบกระทรวงมหาดไทย ถ้าเจ้าพนักงานผู้ตรวจใช้ดุลยพินิจตรวจดูว่าเนื้อหาภาพการแสดง และถ้อยคำเหมาะสมแก่สถานการณ์หรือสภาพสังคมเพียงใดหรือไม่ และถ้าเห็นว่าเทปหรือวัสดุโทรทัศน์ดังกล่าวทั้งหมด หรือบางส่วนเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย ให้เจ้าพนักงานผู้ตรวจสั่งให้ผู้ยื่นคำขอ ลบ หรือตัดทอนเทปหรือวัสดุโทรทัศน์ หรือยึดไว้หรือทำลาย เทปหรือวัสดุโทรทัศน์ดังกล่าวได้ตามที่เห็นสมควร นอกจากนั้น พระราชบัญญัตินี้ยังให้อำนาจแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย เมื่อเห็นว่าการฉายหรือการให้บริการเทปหรือวัสดุโทรทัศน์ใด มีลักษณะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ก็ให้สั่งไม่ให้มีการให้บริการเทปหรือวัสดุโทรทัศน์ ในสถานที่ให้บริการเทปหรือวัสดุโทรทัศน์นั้น เป็นเวลาไม่เกินหนึ่งปี

### 3.1.2.3 พระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ.2473

ควบคุมการผลิตภาพยนตร์ การเผยแพร่ ภาพยนตร์ และกิจการที่เกี่ยวกับภาพยนตร์ ด้วยเหตุที่ได้มีการฉายภาพยนตร์ที่บางเรื่องการแสดง เป็นไปในทางชกชว่น หรือส่งเสริม ให้มีการละเมิดศีลธรรมและบางเรื่องมีเนื้อหาที่อาจเป็นอันตรายแก่เยาวชน ดังนั้น จึงต้องมีการวางมาตรการทางกฎหมายเพื่อควบคุมไม่ให้มีการฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงทำให้การทำ ฉายภาพยนตร์ การนำ หรือ ส่งภาพยนตร์ การประกาศด้วยภาพ หรือรูปถ่ายแสดง เรื่องของภาพยนตร์ ต้องมีการขออนุญาตเสียก่อน กล่าวคือ กฎหมายห้ามมิให้มีการกระทำข้างต้น เว้นแต่บุคคลนั้นจะได้รับใบอนุญาต พระราชบัญญัตินี้ยังห้ามมิให้มีการทำ หรือฉาย หรือแสดง ณ สถานที่มหรสพซึ่งภาพยนตร์หรือประกาศ อันประกอบด้วยลักษณะฝ่าฝืน หรืออาจฝ่าฝืนความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ตามความในมาตรา 4 และได้มีแนวทางและระเบียบปฏิบัติ หลักเกณฑ์ในการตรวจพิจารณาภาพยนตร์ของเจ้าพนักงานผู้พิจารณาประกอบมาตรา 4 ดังนี้

1) แนวทางการตรวจสอบพิจารณาภาพยนตร์ของกระทรวงมหาดไทย โดยห้ามมิ ให้ทำ หรือฉาย หรือสำแดง หรือประกาศอันมีลักษณะ เป็นเรื่องอันเกี่ยวกับการลามกอนาจาร ยั่วยวนในทางกามารมณ์

<sup>100</sup> กฎกระทรวง ฉบับที่ 1-7 (พ.ศ. 2531) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ พ.ศ. 2530, **ราชกิจจานุเบกษา** 105, 117ก ฉบับพิเศษ (22 กรกฎาคม 2531), หน้า 1-25.

2) แนวทางการตรวจสอบพิจารณาภาพยนตร์ ของกองบัญชาการตำรวจ สอบสวน กลางในการพิจารณาภาพยนตร์ที่อยู่ในประเภทยั่วกามารมณ์

โดยการตรวจสอบภาพยนตร์ในมาตรา 10 กำหนดว่า เจ้าพนักงานผู้พิจารณาเห็นว่า ภาพยนตร์บางตอนมีลักษณะฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 4 และตอนนั้น ๆ ให้ถูกลบหรือตัดออก หรือ ตัด ออกตามคำสั่งของเจ้าพนักงานผู้พิจารณาแล้ว ให้ถือว่าภาพยนตร์ดังกล่าวไม่มีลักษณะฝ่าฝืน ต่อ บทบัญญัติมาตรา 4

ผู้ใดที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ บังอาจขาย หรือนำ หรือส่งออก นอกราชอาณาจักร ซึ่งภาพยนตร์ หรือสำแดงประกาศ ผู้นั้นมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน หกเดือน หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามมาตรา 21

#### 3.1.2.4 พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551

พระราชบัญญัตินี้ได้ยกเลิกพระราชบัญญัติภาพยนตร์ พ.ศ.2473 และ พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวีดิทัศน์ พ.ศ.2530 และได้กำหนดให้มีคณะกรรมการ พิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์ มีอำนาจหน้าที่ (1) อนุญาตการสร้างภาพยนตร์ต่างประเทศใน ราชอาณาจักร (2) ตรวจสอบและกำหนดประเภทภาพยนตร์ที่จะนำออกฉาย ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายในราชอาณาจักร (3) อนุญาตการนำวีดิทัศน์ออกฉาย ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่าย ในราชอาณาจักร (4) อนุญาตการนำสื่อโฆษณาออกโฆษณาหรือประชาสัมพันธ์ในราชอาณาจักร (5) อนุญาตการส่งภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ออกไปนอกราชอาณาจักร และ (6) ปฏิบัติการอื่นตามที่ กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์หรือตามที่ รัฐมนตรีหรือคณะกรรมการมอบหมาย และในการสร้างภาพยนตร์ ผู้สร้างภาพยนตร์ต้องดำเนินการ สร้างภาพยนตร์ในลักษณะที่ไม่เป็นการบ่อนทำลาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของ ประชาชนหรืออาจกระทบกระเทือนต่อความมั่นคง และเกียรติภูมิของประเทศไทย ภาพยนตร์ที่จะนำ ออกฉาย ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายในราชอาณาจักรต้องผ่านการตรวจสอบพิจารณาและได้รับ อนุญาตจากคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์ ในการพิจารณาอนุญาตภาพยนตร์ ถ้า คณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์เห็นว่าภาพยนตร์ใดมีเนื้อหาที่เป็นการบ่อนทำลายขัด ต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรืออาจกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของ รัฐและเกียรติภูมิของประเทศไทยให้คณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์มีอำนาจสั่งให้ผู้ขอ อนุญาตแก้ไขหรือตัดทอนก่อนอนุญาตหรือไม่อนุญาตก็ได้

วีดิทัศน์ที่จะนำออกฉาย ให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายในราชอาณาจักรต้องผ่าน การตรวจสอบพิจารณาและได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์

จะเห็นว่าพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนด ให้คณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิ ทัศน์ เป็นผู้พิจารณาอนุญาต ซึ่งหากขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งก็ รวมถึงกรณีมีภาพลามกอนาจาร ก็สามารถที่จะสั่งให้แก้ไขหรือตัดทอนก่อนอนุญาตได้

#### 3.1.2.5 พระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ พ.ศ.2530

เป็นกฎหมายที่ ควบคุมการเผยแพร่ข้อความหรือภาพทางวิทยุและโทรทัศน์ โดยหลักกฎหมายฉบับนี้ ห้ามไม่ให้มีการเผยแพร่ด้วยวิธีการส่งวิทยุกระจายเสียง หรือวิทยุโทรทัศน์ เพื่อให้บริการแก่สาธารณะ หรือแก่ชุมชน เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตให้ดำเนินการบริการส่งวิทยุกระจายเสียง หรือบริการส่งวิทยุ โทรทัศน์จากเจ้าพนักงานผู้ออกใบอนุญาตตามมาตรา 5 ในส่วนของการควบคุมเนื้อหาของข้อความ ภาพหรือรายการที่มีการออกอากาศทั้ง ทางวิทยุกระจายเสียง หรือวิทยุโทรทัศน์ กฎหมายให้อำนาจนายกรัฐมนตรีนอนที่ว่าจะแต่งตั้งเจ้าพนักงานผู้ออกใบอนุญาต และนายทะเบียนและออกกฎกระทรวงต่าง ๆ กำหนด หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการดำเนินการทางวิทยุกระจายเสียง และวิทยุโทรทัศน์ โดยมีการออกกฎกระทรวง ฉบับที่ 14 (พ.ศ.2537)<sup>101</sup> ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์พุทธศักราช 2498 อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 25(2) เป็นเงื่อนไขการดำเนินการส่งวิทยุกระจายเสียง และบริการวิทยุโทรทัศน์ของผู้รับใบอนุญาตโดยในข้อ 16 ของกฎกระทรวงฉบับที่ 14 กำหนดไว้ว่ารายการที่จะออกอากาศโดยส่ง วิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ได้ ต้องไม่เป็นการแสดงออกทางยั่วยุอารมณ์ หรือลามกอนาจาร ในข้อ 21 ของกฎกระทรวงฉบับเดียวกัน ในการโฆษณา หรือบริการธุรกิจ ผู้รับใบอนุญาตจะต้องกระทำในลักษณะที่ไม่ใช้ข้อความสองแง่สองง่ามที่มีความหมายหยาบคาย หยาบโลนหรือไม่เป็นภาพหรือข้อความที่ยั่วยุอารมณ์และลามกอนาจาร

### 3.1.2.6 พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.2543

พระราชบัญญัตินี้ให้มีคณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แห่งชาติ เรียกโดยย่อว่า “กสช.” ให้มีอำนาจกำกับดูแลการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์เพื่อให้ผู้ใช้บริการได้รับบริการที่มีคุณภาพและประสิทธิภาพ รวมถึงการกำหนดหลักเกณฑ์การรับคำร้องเรียนและพิจารณาคำร้องเรียนของผู้ใช้บริการที่รวดเร็ว ถูกต้องและเป็นธรรม กำหนดมาตรการเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยคำนึงถึงเกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคล ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน อันเนื่องมาจากการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ กำหนดมาตรการเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและส่งเสริมการปฏิบัติตามจรรยาบรรณในการปฏิบัติหน้าที่โดยชอบของบุคลากรในกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ ซึ่งจะเห็นว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวมีเงื่อนไขให้กรรมการกำกับมาตรฐานเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เกียรติยศ ชื่อ เสียง นั่นก็คือรวมถึงสื่อลามกอนาจารได้ด้วยเช่นกัน

<sup>101</sup> กฎกระทรวง ฉบับที่ 14 (พ.ศ.2537) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ พ.ศ. 2498 [กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการและควบคุมด้านรายการ การโฆษณาและบริการธุรกิจ, คุณสมบัติของบุคคลที่ผู้รับใบอนุญาตจะรับเข้าเป็นหรือให้ทำหน้าที่เป็น ผู้จัดรายการหรือผู้ดำเนินรายการ, เวลาที่ให้สถานีทำการถ่ายทอดหรือออกอากาศรายการ, เงื่อนไขข้อบังคับหรือระเบียบจำเป็นที่ต้องปฏิบัติในการส่งวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์, หลักเกณฑ์และวิธีการเพิกถอนและพักใช้ใบอนุญาต], **ราชกิจจานุเบกษา** 111, 42ก (26 กันยายน 2537), หน้า 33-41.

### 3.1.2.7 พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.2553

พระราชบัญญัตินี้ ให้ยกเลิกพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.2543 และพระราชบัญญัตินี้ให้มีคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรียกโดยย่อว่า “กสทช.” ให้มีอำนาจหน้าที่ ค้ำครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกเอาเปรียบจากผู้ประกอบกิจการและค้ำครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวและเสรีภาพของบุคคลในการสื่อสารถึงกัน โดยทางโทรคมนาคมและส่งเสริมสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของประชาชนในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์คลื่นความถี่ที่ใช้ในกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ทั้งให้มีอำนาจ มีอำนาจกำหนดมาตรการค้ำครองสิทธิของผู้ใช้บริการโทรคมนาคมเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคล สิทธิในความเป็นส่วนตัว และเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางโทรคมนาคม

ซึ่งจะเห็นว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวก็ได้ให้อำนาจคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรียกโดยย่อว่า “กสทช.” ให้มีอำนาจหน้าที่ ค้ำครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกเอาเปรียบจากผู้ประกอบกิจการและค้ำครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวและเสรีภาพของบุคคลในการสื่อสารถึงกัน ซึ่งก็รวมถึงสื่อหรือพลาสมาจนารด้วย

### 3.1.3 กฎหมายครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กของไทย

#### 3.1.3.1 รายละเอียดการเสนอกฎหมายเกี่ยวกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก

##### 1) รายละเอียดในการเสนอแก้ไข

เมื่อวันที่ 29 มกราคม 2558 นางสาวจินตนันท์ ชญาตร์ ศุภมิตร สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้เสนอร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ. .... ซึ่งเป็นร่างเกี่ยวกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก โดยมีหลักการดังนี้<sup>102</sup>

(1) กำหนดคำนิยาม “สื่อลามกอนาจารเด็ก” (เพิ่มเติมคำนิยาม มาตรา 1 (16))

(2) กำหนดให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับการมีไว้ในครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กโดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน (เพิ่มมาตรา 287/1)

(3) กำหนดให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กโดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อการค้า เพื่อการแจกจ่าย หรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน ทำ ผลิต มีไว้ นำเข้าหรือยืมให้นำเข้า ในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยืมให้ส่งออกไปนอกราชอาณาจักร พาไปหรือยืมให้พาไป หรือทำให้แพร่หลายโดยประการใด ๆ ประกอบ การค้าหรือมีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้า (เพิ่มมาตรา 287/2) โดยให้เหตุผลในการเสนอร่างดังกล่าวว่า

<sup>102</sup> จินตนันท์ ชญาตร์ ศุภมิตร และคณะ, แบบเสนอร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ....) พ.ศ. .... , 29 มกราคม 2558.

โดยที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดเกี่ยวกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารเป็นความผิดเฉพาะการมีไว้ในครอบครองเพื่อการค้า เพื่อแจกจ่าย หรือเพื่อแสดงอวดแก่ประชาชน ทำ ผลิต มีไว้ นำเข้าหรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกไปนอกราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไปหรือทำให้เผยแพร่หลายโดยประการใด ๆ ประกอบการค้า หรือมีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้า โดยไม่ได้แยกประเภทของสื่อลามกอนาจารผู้ใหญ่กับสื่อลามกอนาจารเด็ก ทั้งนี้ การครอบครองสื่อลามกอนาจารผู้ใหญ่ถือเป็นสิทธิส่วนบุคคลที่สามารถจะกระทำได้ แต่สื่อลามกเด็กเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ประกอบกับการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาอย่างชัดแจ้ง การมีไว้ในครอบครองจึงมีลักษณะแตกต่างจากการครอบครองสื่อลามกผู้ใหญ่ นอกจากนี้การผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นปัจจัยหนึ่งซึ่งก่อให้เกิดการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก สมควรที่จะกำหนดให้เป็นความผิด จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

โดยมีร่างดังนี้

ร่าง

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่....)

พ.ศ.....

.....  
 .....  
 .....

.....  
 .....  
 โดยที่เป็นการสมควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา

.....  
 .....  
 มาตรา 1 พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ....”

มาตรา 2 พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา เป็นต้นไป

มาตรา 3 ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็น (16) ของมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา “(16) สื่อลามกอนาจารของเด็ก หมายความว่า วัตถุอันลามกที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศกับ เด็กหรือสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจารเด็ก ทั้งนี้ ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพ ระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบ

บันทึกภาพ หรือวัตถุอื่นใดอันมีลักษณะในทำนองเดียวกัน และให้หมายความรวมถึง วัตถุต่าง ๆ ข้างต้นที่ถูกจัดเก็บไว้ใน คอมพิวเตอร์หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นใดที่สามารถแปลงมาสู่ภาพหรือเสียงได้ ทั้งนี้ไม่ว่าจะเก็บอยู่ใน ลักษณะถาวรหรือไม่ก็ตาม”

มาตรา 4 ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นมาตรา 287/1 และมาตรา 287/2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 287/1 ผู้ใดมีซึ่งสื่อลามกอนาจารของเด็กอายุเกินสิบห้าปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปี ไว้ ในครอบครองโดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน ผู้กระทำความผิดระวางโทษจำคุกไม่เกิน สามปีและปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือ ทั้งจำทั้งปรับ

ผู้ใดมีซึ่งสื่อลามกอนาจารของเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีไว้ในครอบครองโดยประการที่น่าจะเกิด ความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน ผู้กระทำความผิดระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีและปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 287/2 ผู้ใด

(1) เพื่อความประสงค์แห่งการค้า หรือโดยการค้า เพื่อแจกจ่ายหรือเพื่อการแสดงอวดแก่ ประชาชน ทำ ผลิต มีไว้ นำเข้าหรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกไปนอก ราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไปหรือทำให้แพร่หลายโดยประการใด ๆ ซึ่งสื่อลามกอนาจารของเด็กอายุ ไม่เกินสิบแปดปี

(2) เพื่อประกอบการค้า หรือโดยการค้า หรือมีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้าเกี่ยวกับวัตถุ หรือสิ่งของลามกอนาจารของเด็กดังกล่าวแล้ว แจกจ่ายหรือแสดงอวดแก่ประชาชน หรือให้เช่าวัตถุหรือสิ่งของเช่นว่านั้น

(3) เพื่อจะช่วยการทำให้แพร่หลาย หรือการค้าวัตถุหรือสิ่งของลามกอนาจารของเด็กแล้วโฆษณาหรือโฆษณาโดยประการใด ๆ ว่ามีบุคคลกระทำการอันเป็นความผิดตามมาตรานี้ หรือโฆษณาหรือโฆษณา ว่าวัตถุ หรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้วจะหาได้จากบุคคลใด หรือโดยวิธีใด

ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปีและปรับไม่เกินหนึ่งแสนสี่หมื่นบาทหรือ ทั้งจำทั้งปรับ . . .

2) ข้อสังเกตในการพิจารณาร่างของคณะกรรมการกฤษฎีกา

ประธานสภาผู้แทนราษฎรได้บรรจุเข้าระเบียบวาระการประชุมในวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2558 แล้วสภาผู้แทนราษฎร มีมติให้คณะรัฐมนตรีรับร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวไป

พิจารณา และคณะรัฐมนตรีได้ส่งร่างดังกล่าวคืนมาเมื่อวันที่ 10 มีนาคม 2558 พร้อมทั้งข้อสังเกตของคณะกรรมการกฤษฎีกา<sup>103</sup> ดังนี้

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้พิจารณาเรื่องดังกล่าวและได้จัดประชุมเพื่อรับฟังความเห็นของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เมื่อวันที่ 25 กุมภาพันธ์ 2558 โดยมีหน่วยงาน ที่ส่งผู้แทนเข้าร่วมประชุม ได้แก่ สำนักนายกรัฐมนตรี (สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจ และสังคมแห่งชาติ) กระทรวงวัฒนธรรม (สำนักงานปลัดกระทรวง) กระทรวงยุติธรรม (สำนักงานปลัดกระทรวง) สำนักงานตำรวจแห่งชาติ สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานอัยการสูงสุด และสภานายความ สำหรับกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ และสำนักงานประมาณ ไม่ได้ส่งผู้แทนเข้าร่วมประชุม ปรากฏผลการพิจารณาดังต่อไปนี้

#### 1. ความเห็นของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง

ผู้แทนหน่วยงานที่เกี่ยวข้องได้แสดงความเห็นเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติฯ โดยสรุปได้ดังนี้

1.1 กระทรวงยุติธรรม (สำนักงานปลัดกระทรวง) ชี้แจงว่ากระทรวงยุติธรรมอยู่ ระหว่างการจัดทำร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับเพศที่มีเด็ก เป็นองค์ประกอบความผิด และแก้ไขเพิ่มเติมนิยามการกระทำชำเราโดยมีหลักการทำนองเดียวกันกับร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ นอกจากนี้ กระทรวงยุติธรรมอยู่ระหว่างการพิจารณาและรับฟังความคิดเห็นเกี่ยวกับร่างกฎหมายที่เสนอโดยคณะอนุกรรมการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับเด็ก ให้เป็นไปตามมาตรฐานของรัฐธรรมนุญและอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ๆ ของสำนักงานส่งเสริมสวัสดิภาพ และพิทักษ์เด็ก โดยกระทรวงยุติธรรมคาดว่าสามารถนำเสนอให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาได้ ภายในเดือนมีนาคม 2558

1.2 กระทรวงวัฒนธรรม (สำนักงานปลัดกระทรวง) เห็นว่า ส่วนของกระทรวง วัฒนธรรมรับผิดชอบดูแลเกี่ยวกับพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 ซึ่งในขั้นตอน การจัดระดับของภาพยนตร์ตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว จะต้องมีการชี้แจงภาพยนตร์ที่จะต้องตรวจพิจารณา ซึ่งจะเกิดปัญหาว่า อยู่ในความหมายคำว่า “ครอบครอง” สื่อลามกอนาจารเด็กอยู่ด้วยหรือไม่ จึงควรกำหนดข้อยกเว้นความผิดสำหรับเจ้าพนักงานผู้กระทำการโดยชอบตามกฎหมาย นอกจากนี้ กระทรวงวัฒนธรรมมีข้อสังเกตว่า ร่างพระราชบัญญัติที่เสนอนี้เป็นกรณี ที่เด็กเป็นผู้ถูกระทำในสื่อลามกอนาจาร เป็นการคุ้มครองเกี่ยวกับเด็กที่ปรากฏใน

<sup>103</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, หนังสือที่ นร. 0901/297, เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติ ที่คณะรัฐมนตรีขอรับมาพิจารณาก่อนรับหลักการ (ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ. .... (ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก), 27 กุมภาพันธ์ 2558.

สื่อ แต่ในส่วนการเข้าถึงสื่อของเด็กยังไม่มีความหมายหรือหน่วยงานที่สามารถดำเนินการได้อย่างบูรณาการ

1.3 สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ เห็นด้วยในหลักการของร่างพระราชบัญญัตินี้เพื่อให้เป็นไปตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ

1.4 สำนักงานศาลยุติธรรม เห็นด้วยกับการกำหนดบทนิยามคำว่า “สื่อลามกอนาจารเด็ก” เพื่อความชัดเจน และเห็นด้วยกับหลักการของร่างพระราชบัญญัตินี้ โดยมีข้อสังเกตดังนี้

(1) บทบัญญัติในร่างมาตรา 287/1 ในส่วนถ้อยคำที่ว่า “โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน” ควรตัดออก เนื่องจากสื่อลามกอนาจารเด็กถือเป็น สิ่งที่ผิดกฎหมาย การครอบครองไว้ควรเป็นความผิดทำนองเดียวกับยาเสพติด

(2) ควรพิจารณาให้มีการกำหนดข้อยกเว้นบางประการสำหรับการครอบครอง สื่อลามกอนาจารเด็กตามร่างมาตรา 287/1 เช่น การครอบครองเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ราชการอันชอบด้วยกฎหมายหรือปฏิบัติการตามวิชาชีพ เป็นต้น เพราะในทางปฏิบัติหรือการดำเนินการดำเนินคดีอาจเกิดปัญหาแก่เจ้าหน้าที่ได้ ทั้งนี้อาจเทียบเคียงกับกฎหมายต่างประเทศ เช่น มาตรา 183 B ของประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมัน

(3) ภายใต้กฎหมายปัจจุบัน การมีเพศสัมพันธ์กับเด็กอายุตั้งแต่สิบห้าปีถึงสิบแปดปี โดยได้รับความยินยอมจากเด็กแล้วไม่เป็นความผิดตามมาตรา 277 แห่งประมวลกฎหมายอาญา แต่ตามร่างมาตรา 277/1 หากครอบครองสื่อลามกอนาจารของเด็กอายุตั้งแต่สิบห้าจนถึงสิบแปดปีซึ่งอาจได้มาจากการกระทำดังกล่าว กลับต้องได้รับโทษ ซึ่งเท่ากับว่า การได้รับความยินยอมจากเด็กสามารถเป็นเหตุให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดฐานกระทำชำเรา ซึ่งเป็นความผิดร้ายแรงได้แต่ไม่อาจเป็นเหตุให้การกระทำไม่เป็นความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กตามร่างมาตรา 287/1 ได้ จึงอาจพิจารณาว่าสมควรจะพิจารณา ให้ความยินยอมของเด็กในสื่อลามกอนาจารนั้นเป็นข้อยกเว้นของความผิดดังกล่าวได้หรือไม่ ทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมนี มาตรา 184C มีการยอมรับข้อยกเว้นในลักษณะดังกล่าว ต่อสื่อลามกอนาจารของเยาวชน แต่ภายใต้เงื่อนไขว่ามีไว้เพื่อใช้ในการส่วนตัว มิใช่การเผยแพร่หรือหาประโยชน์

1.5 สำนักงานอัยการสูงสุด เห็นในหลักการของร่างพระราชบัญญัตินี้ โดยมีข้อสังเกต ดังนี้

(1) เห็นควรให้บทบัญญัติตามร่างมาตรา 287/1 เป็นความผิดโดยไม่ต้อง มีการกำหนดเงื่อนไขที่ว่า “โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน” ซึ่งเป็นความเห็นที่สอดคล้องกับความเห็นที่ได้จากการสัมมนาที่เกี่ยวข้อง

(2) การใช้คำว่า “วัตถุ” ในร่างมาตรา 1 (16) อาจไม่สามารถสื่อถึงวัตถุ ไม่มีรูปร่าง เช่น ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้

(3) ในประมวลกฎหมายอาญา คำว่า “เด็ก” ใช้กับบุคคลที่อายุต่ำกว่าสิบห้าปี ส่วนบุคคลที่มีอายุตั้งแต่สิบห้าปีถึงสิบแปดปีกฎหมายจะใช้คำว่า “บุคคล” จึงควรพิจารณาการใช้คำว่า “เด็ก” แทนบุคคลอายุตั้งแต่สิบห้าปีถึงสิบแปดปี ในร่างมาตรา 1 (16)

1.6 สำนักงานตำรวจแห่งชาติ เห็นด้วยในหลักการของร่างพระราชบัญญัตินี้โดยมีข้อสังเกต ดังนี้

(1) การกำหนดความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กตามร่างมาตรา 287/1 เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนค่อนข้างมาก และมีความจำเป็นต้องศึกษารายละเอียดว่าการครอบครองมีความหมายหรือลักษณะเพียงใด โดยการครอบครองด้วยเทคโนโลยีสารสนเทศและอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ เช่น ข้อมูลที่ส่งมาในโทรศัพท์เคลื่อนที่ และเห็นควร ให้มีการกำหนดข้อยกเว้นความผิดตามร่างมาตรา 287/1 ให้แก่เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมาย

(2) เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติอาจมีปัญหาในการพิสูจน์ความผิด เช่น การพิสูจน์ อายุของเด็กในสื่อลามก และการพิสูจน์ความเสียหายที่น่าจะเกิดจากการครอบครอง สื่อลามกอนาจารเด็ก

1.7 สภานายความ เห็นด้วยกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว

## 2. ข้อมูลประกอบการพิจารณา

สำนักงาน ฯ ได้ตรวจสอบกฎหมายต่างประเทศและความซ้ำซ้อนกับกฎหมายไทย เพื่อเป็นข้อมูลประกอบการพิจารณาด้วย ซึ่งสรุปได้ดังนี้

### 2.1 กฎหมายต่างประเทศ

จากการตรวจสอบบัญญัติใบอนุญาตว่าด้วยสิทธิเด็กฯ และพิธีสารที่เกี่ยวข้อง และกฎหมายอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ แคนาดา และญี่ปุ่น ปรากฏผลว่า ทั้งใบอนุญาตฯ และกฎหมายอาญาของประเทศเหล่านี้มีบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับ สื่อลามกอนาจารเด็กทั้งสิ้น แต่อาจมีความแตกต่างในรายละเอียด สรุปได้ดังนี้

(1) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ ข้อ 34 ที่เพิ่มเติมโดยพิจารณาเลือกรับ เรื่องการขายเด็ก การค้าประเวณีเด็ก และสื่อลามกอนาจารเด็ก ได้กำหนดให้รัฐภาคีคุ้มครองเด็ก จากการแสวงประโยชน์ทางเพศและการกระทำทางเพศที่มิชอบในทุกรูปแบบโดยดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวงเพื่อป้องกันการชักจูงหรือบีบบังคับให้มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศ ที่มิชอบด้วยกฎหมาย การแสวงประโยชน์จากการค้าประเวณีเด็กหรือการกระทำอันเกี่ยวกับเพศ ที่มิชอบด้วยกฎหมายและการแสวงประโยชน์จากเด็กในการแสดงลามกอนาจารหรือในสื่อลามกอนาจาร ทั้งนี้รัฐภาคีต้องรับรองว่าการผลิต แจกจ่าย เผยแพร่ นำเข้า ส่งออก เสนอ

ให้ ชาย หรือมีไว้ในครอบครองซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กถือเป็นอาชญากรรมและต้อง  
มีกำหนดความผิดไว้ในกฎหมายอาญา ทั้งนี้ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ ได้กำหนด  
นิยาม “เด็ก” หมายถึง “บุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี”

(2) สหรัฐอเมริกา มีกฎหมาย Protect Act of 2003 (Title 18  
Chapter 110 of United State Code ใน Section 2252, Section 2252A,  
Section 2256) กำหนดให้ผู้ใดส่งทาง ไปรษณีย์ ขนส่ง รับมอบ ทำซ้ำเพื่อแจกจ่าย  
จำหน่ายหรือมีไว้เพื่อจำหน่ายซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี ต้อง  
ระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับ แต่ถ้าเป็นการมีไว้ครอบครองโดย  
เจตนาซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็ก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และ ปรับ

นอกจากนี้ ได้กำหนดบทนิยามของคำว่า “สื่อ” หมายถึง ภาพถ่าย  
วิดีโอ ภาพวาด ภาพจาก Computer-Generated ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่แปลงเป็น  
ฟิล์มหรือภาพได้ ซึ่งแสดงถึงการกระทำทางเพศอย่างโจ่งแจ้งในลักษณะดังนี้ 1) ใช้  
เด็กอายุต่ำกว่าสิบแปดปีกระทำ ทางเพศอย่างโจ่งแจ้งในกระบวนการผลิตสื่อลามก  
อนาจารเด็ก หรือ 2) เป็นภาพดิจิทัล หรือภาพ Computer-Generated ของเด็ก  
อายุต่ำกว่าสิบแปดปีที่กระทำทางเพศอย่างโจ่งแจ้งหรือการกระทำ ที่คล้ายคลึง  
อย่างมาจนแยกไม่ออก หรือ 3) เป็นสื่อที่ผลิตหรือแก้ไขให้เห็นเด็กที่สามารถ  
แยกแยะได้อย่างชัดเจนว่าอายุต่ำกว่าสิบแปดปีกำลังกระทำทางเพศ

อย่างไรก็ดี ในสหรัฐอเมริกามีประเด็นโต้แย้งเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กใน  
ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารว่าจะครอบคลุมเฉพาะเด็กที่มีตัวตนอยู่จริงหรือ  
เด็กที่สร้างขึ้นเป็นภาพเสมือนหรือไม่มีตัวตนอยู่จริง ซึ่งศาลสูงสหรัฐเห็นว่าการกำหนด  
ความผิดดังกล่าวให้คลุมถึงเด็กเสมือนที่ไม่มีตัวตนจริงด้วยนั้น อาจจะขัดต่อเสรีภาพ  
ในการแสดงออกตามที่รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขที่ 1 รับรองไว้ กฎหมายจึงกำหนด  
ความผิดโดยเน้นเด็กที่มีตัวตนอยู่จริงแต่เด็กเสมือนนั้นจะกำหนดเป็นความผิดได้  
เฉพาะกรณีที่คล้ายคลึงกับตัวตนจริงจนแยกไม่ออก

(3) อังกฤษ มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายฉบับ ได้แก่

(3.1) Protection of Child Act 1978 ในมาตรา 6 กำหนดให้  
การผลิต แจกจ่าย นำออกแสดงให้เห็นซึ่งภาพเคลื่อนไหวลามกอนาจารของเด็ก  
ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน สิบปีหรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ โดยภาพหรือภาพตัด  
ต่อ่นั้นจะรวมถึงฟิล์ม ภาพถ่าย วิดีโอ ข้อมูล อิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถแปลงเป็นภาพ  
ได้ และรวมถึงสิ่งที่ตกแต่งโดยคอมพิวเตอร์เพื่อให้เห็นเป็นภาพ

(3.2) Criminal Justice Act 1988 มาตรา 160 (a) กำหนดให้  
ผู้ใดมีไว้ ครอบครองซึ่งภาพเคลื่อนไหวลามกอนาจารเด็ก ต้องระวางโทษจำคุกไม่  
เกินห้าปี หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ

(3.3) Criminal Justice and Public Order Act 1994 กำหนด  
ขยายบทนิยาม สื่อลามกอนาจารเด็กให้ครอบคลุมถึงภาพตัดต่อด้วย (Pseudo  
Photograph)

(3.4) Sexual Offence Act 2003 มาตรา 45 กำหนดขยายอายุของเด็ก จากไม่ต่ำกว่าสิบหกปี เป็นไม่ต่ำกว่าสิบแปดปี

(4) แคนาดา มีประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 163.1 กำหนดให้ ผู้ใดมีไว้ในครอบครองเพื่อการผลิต พิมพ์ เผยแพร่หรือเพื่อเผยแพร่ในอนาคต หรือเพื่อการส่งต่อ ให้เข้าถึงได้ แจกจ่าย จำหน่าย โฆษณา นำเข้าหรือส่งออกซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และในกรณีมีไว้ในครอบครองหรือเข้าถึงสื่อลามกอนาจารเด็กโดยเจตนา จะต้องระวางโทษ จำคุกตั้งแต่สี่สิบห้าวันถึงห้าปี เด็กในที่นี้ หมายถึงผู้ที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี ทั้งนี้ สื่อลามกอนาจารเด็ก ได้แก่ 1) สื่อจำพวกภาพ ภาพยนตร์ หรือสื่ออื่น ๆ ที่รับรู้ได้โดยประสาททางตาที่แสดงการกระทำทางเพศกับเด็กอายุต่ำกว่าสิบแปดปีอย่างโจ่งแจ้ง หรือรูปวาดเด็กอายุต่ำกว่าสิบแปดปีที่มีลักษณะหลักแสดงถึงอวัยวะเพศหรือส่วนของช่องคลอดของเด็กโดยมีวัตถุประสงค์ทางเพศ 2) งานเขียน การบันทึกเสียงที่มีลักษณะหลักเกี่ยวกับการกระทำ ทางเพศกับเด็กอายุต่ำกว่าสิบแปดปี หรือ 3) สื่อที่รับรู้ได้โดยประสาททางตา งานเขียน หรือการบันทึกเสียงที่มีลักษณะเชิญชวนให้กระทำทางเพศที่ผิดกฎหมายกับผู้ที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี

(5) ญี่ปุ่นมีกฎหมาย Act on Punishment of Activities Relating to Child Prostitution and Child Pornography, and the Protection of Children (Act No. 52 of May 26, 1999 กำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ดังนี้

(5.1) ผู้ใดมีไว้ในครอบครองซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อตอบสนองความต้องการทางเพศของตน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งล้านเยน

(5.2) ผู้ใดผลิตสื่อลามกอนาจารเด็ก ด้วยการแอบบันทึกการกระทำทางเพศ ของเด็กหรือเสนอสื่อลามกอนาจารเด็กไม่ว่าทางภาพหรือทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือผู้ใดเสนอขาย สื่อลามกอนาจารเด็ก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินสามล้านเยน

(5.3) ผู้ใดเสนอสื่อลามกอนาจารเด็กโดยไม่เจาะจงคนหรือเสนอต่อคน จำนวนมากหรือแสดงให้เห็นสาธารณะเห็น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินห้าล้านเยน

ทั้งนี้ “เด็ก” หมายถึง “ผู้มีอายุไม่เกินสิบแปดปี” (มาตรา 2) และสื่อลามก อนาจาร หมายความว่า (มาตรา 2 (3)) สื่อที่เข้าลักษณะใดลักษณะหนึ่ง ดังนี้ คือ 1) สิ่ง que แสดง การมีเพศสัมพันธ์โดยมีเด็กเป็นคู่นอนหรือเป็นองค์ประกอบหรือสภาพของเด็กที่เกี่ยวข้อง กับการกระทำที่คล้ายคลึงกับการมีเพศสัมพันธ์ 2) สิ่ง que แสดงการสัมผัสอวัยวะเพศเด็กหรือสภาพ ของเด็กที่เกี่ยวข้องกับการสัมผัสอวัยวะเพศของผู้อื่นและกระตุ้นอารมณ์ทางเพศ หรือ 3) สิ่ง que แสดง สภาพของเด็กที่ไม่ใส่เสื้อผ้าทั้งหมดหรือบางส่วน หรือแสดงให้เห็นหรือเน้นส่วนที่เกี่ยวข้องกับอวัยวะที่

เกี่ยวกับเพศของเด็ก เช่น อวัยวะเพศ รองอวัยวะเพศ ก้น หรือหน้าอก และกระตุ้น อารมณ์ทางเพศ

นอกจากนี้ ความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กของญี่ปุ่นนี้ ครอบคลุมเฉพาะเด็ก ที่มีตัวตนจริง ไม่รวมถึงเด็กเสมือนที่ไม่มีตัวตน (แม้จะเคยมีความพยายามแก้ไขกฎหมาย ให้ครอบคลุมถึง แต่ยังไม่ประสบความสำเร็จ)

## 2.2 กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง

จากการตรวจสอบกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง ไม่มีกฎหมายใดที่กำหนด ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กโดยตรงอย่างชัดเจน หากแต่มีบทบัญญัติ กำหนดความผิดที่ใกล้เคียง หรือครอบคลุมถึงความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก อยู่บ้าง จึงแบ่งได้เป็น 2 กลุ่ม คือ

กลุ่มที่ 1 กฎหมายกำหนดความผิดเกี่ยวกับการลามกอนาจารที่กระทำ ต่อตัวเด็กได้แก่

(1) ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 กำหนดความผิดฐาน กระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาท กรณีเด็กนั้นอายุ ไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่น บาทถึงสี่แสนบาท กรณีเด็กนั้นอายุไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปี ถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต มาตรา 278

กำหนดความผิดฐานอนาจารบุคคลอายุกว่าสิบห้าปีโดยขู่เชิญหรือใช้ กำลังประทุษร้าย โดยมีระวาง โทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และมาตรา 278 กำหนด ความผิดฐานอนาจารเด็กอายุไม่เกินสิบห้า ปี ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกิน สองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(2) พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 มาตรา 26 และมาตรา 78 กำหนดให้ผู้ใดบังคับ ขู่เชิญ ใช้ ชักจูง ยุยง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กแสดงหรือ กระทำการ อันมีลักษณะลามกอนาจารไม่ว่าจะเป็นไปเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าตอบแทน หรือเพื่อการใด ต้องระวางโทษ จำคุกไม่เกินสามเดือน หรือปรับไม่เกินสามหมื่น บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(3) พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 19 และมาตรา 28/3 กำหนดให้ผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการที่จัดให้มีการแสดงเพื่อความบันเทิง ในสถานบริการ ที่เป็นไปในทางลามกหรืออนาจาร ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

กลุ่มที่ 2 กฎหมายกำหนดความผิดเกี่ยวกับการลามกอนาจารที่อยู่ใน สื่อ หรือมีลักษณะเป็นสิ่งของ ได้แก่

(1) ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 กำหนดความผิดฐานทำ ผลิต มีไว้ นำเข้า ส่งออกหรือทำให้แพร่หลายซึ่งสื่อลามกอนาจารเพื่อการค้า ต้อง ระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(2) พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 มาตรา 23 และมาตรา 77 ผู้ใดสร้างภาพยนตร์ในลักษณะที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ของประชาชน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(3) พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 มาตรา 14 (4) ผู้ใดนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามก และประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(4) พระราชบัญญัติการส่งออกป็นอกและการนำเข้ามาในราชอาณาจักร ซึ่งสินค้า พ.ศ.2522 มาตรา 5 และมาตรา 20 กำหนดให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ โดยอนุมัติของคณะรัฐมนตรีประกาศในราชกิจจานุเบกษา กำหนดสินค้าใดเป็นสินค้าที่ต้องห้ามนำเข้า หรือส่งออก เพื่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ผู้ฝ่าฝืนประกาศดังกล่าว ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับเป็นเงินห้าเท่าของสิบค่าที่ส่งออกหรือนำเข้า หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ริบสินค้านั้น

(5) พระราชบัญญัติจัดแจ้งการพิมพ์ พ.ศ.2551 มาตรา 10 และมาตรา 27 กำหนดให้อำนาจผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติออกคำสั่งโดยประกาศใบราชกิจจานุเบกษา ห้ามส่งเข้า หรือนำเข้าเพื่อเผยแพร่ในราชอาณาจักรซึ่งสิ่งพิมพ์ใด ๆ ที่กระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ผู้ใดฝ่าฝืนคำสั่งดังกล่าว ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

### 3. ความเห็นของสำนักงานฯ

เมื่อได้พิจารณาหลักการและสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ. .... ตามที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งชาติเสนอประกอบกับ ความเห็นของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องและข้อมูลประกอบการพิจารณาแล้ว สำนักงานฯ มีความเห็น ดังนี้

#### 3.1 หลักการของร่างพระราชบัญญัติฯ

สำนักงานฯ มีความเห็นสอดคล้องกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ เห็นด้วย กับหลักการของร่างพระราชบัญญัติฯ ที่จะกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กให้ชัดเจน และมีความเด็ดขาด ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองตัวเด็กจากการถูกแสวงหาประโยชน์ทางเพศและถูกกระทำทางเพศในทางที่มีขอบในทุก รูปแบบ อีกทั้ง เป็นการยับยั้ง ป้องกัน หรือลดโอกาสที่จะทำให้ผู้มีพฤติกรรมทางเพศได้กระทำความผิดทางเพศต่อเด็ก โดยอยู่บนหลักการพื้นฐานที่ว่าเด็กสมควรได้รับการดูแลปกป้องในทุกด้านเนื่องจากไม่ว่าโดยลักษณะทางกายภาพหรือทางจิตใจเด็ก ยังขาดวุฒิภาวะที่จะตัดสินใจด้วยตนเองได้อันเป็นหลักการสากลที่ทุกประเทศเทศยอมรับตามที่ได้รับรอง ไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ ประกอบกับยังสอดคล้องกับกฎหมายของต่างประเทศโดยส่วนใหญ่ที่มีบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับ

สื่อลามกอนาจารเด็ก และเด็กนั้น คือ บุคคลที่มีอายุไม่เกินสิบแปดปี และโดยที่ยังไม่มีกฎหมายไทยกำหนดความผิดฐานนี้โดยตรงและชัดแจ้ง จึงไม่มีปัญหาเรื่องความซ้ำซ้อนกันของกฎหมาย

3.2 การกำหนดบทนิยามคำว่า “สื่อลามกอนาจารเด็ก” (ร่างมาตรา 3 เพิ่มมาตรา 1 (16))

สำนักงานฯ เห็นว่า การกำหนดบทนิยามในกฎหมายต้องพิจารณาผลดีผลเสียอย่างรอบคอบ โดยอาจมีผลในแง่ที่เกิดความชัดเจนและเห็นขอบเขตการใช้บังคับกฎหมาย แต่ก็เป็นผลเสียในแง่ที่จำกัดการบังคับใช้กฎหมายให้แคบลงและอาจไม่ครอบคลุมถึงกรณีที่ควรครอบคลุมถึง อย่างไรก็ตาม สำนักงานฯ ไม่มีข้อขัดข้องหากจะกำหนดนิยามถ้อยคำดังกล่าวไว้ หากแต่มีข้อสังเกต เพื่อประกอบการพิจารณา ดังนี้

(1) บทนิยามคำว่า “สื่อลามกอนาจารเด็ก” (ร่างมาตรา 3 เพิ่มมาตรา 1 (16)) หมายความว่าวัตถุอันลามกที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศกับเด็กหรือสามารถสื่อไปในทางลามก อนาจารเด็ก ทั้งนี้ ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือวัตถุอื่นใด อันมีลักษณะในทำนองเดียวกัน และให้หมายความรวมถึงวัตถุต่าง ๆ ข้างต้นที่ถูกจัดเก็บไว้ในคอมพิวเตอร์หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นใดที่สามารถแปลงมาสู่ภาพหรือเสียงได้ ทั้งนี้ไม่ว่าจะ เก็บอยู่ในลักษณะถาวรหรือไม่ก็ตาม ซึ่งรูปแบบในสื่อลามกจะเป็นไปตามบทบัญญัติในมาตรา 287 แห่งประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบันอยู่แล้ว นอกจากนี้ ความดังกล่าวยังเหมือนกับ ความในร่างมาตรา 287/2 ที่สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติเสนอ ซึ่งไม่มีความจำเป็นต้องนำข้อความเดียวกันมาใส่ไว้ในบทนิยาม และหากต้องการข้อความที่เหมือนกันย่อมไม่จำเป็นต้องกำหนดบทนิยามไว้ เนื่องจากสามารถพิจารณาจากเนื้อหาในบทบัญญัติที่กำหนดองค์ประกอบความผิดได้

(2) ขอบเขตของ “สื่อลามกอนาจารเด็ก” ตามบทนิยามที่เสนอมานี้มีความหมาย อย่างกว้างครอบคลุมทั้งสื่อที่แสดงความลามกอนาจารของเด็กที่มีตัวตนอยู่จริง รวมไปถึงเด็กที่ไม่มีตัวตนอยู่จริงแต่เกิดจากจินตนาการหรือการสร้างขึ้นของคน ซึ่งอาจเป็นการขยายขอบเขตออกไป อย่างกว้างขวางจนอาจกระทบเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลได้ในขณะที่ประเด็นนี้ ยังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ในกฎหมายของต่างประเทศบางประเทศและยังไม่มี การขยายขอบเขตกฎหมายของตนให้ครอบคลุมไปถึงเด็กเสมือนที่ไม่มีตัวตนอยู่จริง จึงควรนำมาพิจารณาในการกำหนดบทนิยาม ดังกล่าวในกฎหมายไทยด้วย

(3) คำว่า “สื่อ” ในปัจจุบันมีความก้าวหน้าตามเทคโนโลยีสมัยใหม่มากยิ่งขึ้น จึงควรพิจารณากำหนดบทนิยามให้ครอบคลุมสื่อสมัยใหม่ เช่น สื่อดิจิทัล หรือสื่ออิเล็กทรอนิกส์ด้วย

4. การกำหนดความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก (ร่างมาตรา 4 เพิ่มมาตรา 287/1)

สำนักงานฯ เห็นว่า ความผิดฐานนี้ยังไม่เคยมีการกำหนดไว้ในกฎหมายไทยอย่างชัดเจน แต่มีกำหนดในกฎหมายต่างประเทศในหลายประเทศ โดยถือเป็นมาตรการยับยั้ง หรือป้องปรามมิให้มีการกระตุ้นให้เกิดการกระทำความผิดทางเพศกับเด็ก อีกทั้ง สื่อลามกอนาจารเด็ก เป็นสิ่งต้องห้ามตามกฎหมายอยู่แล้ว การจะกำหนดความผิดสำหรับการมีไว้ในครอบครอง ซึ่งสิ่งต้องห้ามตามกฎหมายย่อมไม่ขัดต่อหลักเสรีภาพในทรัพย์สินของบุคคลและสามารถกำหนดได้ จึงเห็นด้วยในหลักการ อย่างไรก็ตาม การกำหนดองค์ประกอบความผิดตามร่างมาตรา 287/1 ในส่วนที่ว่า “โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน” นั้น ไม่มีความชัดเจน ต้องมีการตีความในขอบเขตความหมาย ทำให้เกิดความยุ่งยากแก่ผู้ปฏิบัติที่ต้องบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย และเป็นช่องทางให้เกิดการใช้กฎหมายโดยมิชอบได้ง่าย อีกทั้งการกำหนดแยกความผิดเป็นกรณี เด็กอายุเกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีกับเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี ยิ่งทำให้มีปัญหาในทางปฏิบัติในการตรวจพิสูจน์อายุเด็ก จากการรับฟังความเห็นของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ได้มีข้อเสนอในการแก้ไขปรับปรุงร่างมาตรา 287/1 ในหลายแนวทาง ได้แก่

(1) พิจารณาดัดข้อความดังกล่าวออก ให้คงเหลือองค์ประกอบความผิดเพียง การมีไว้ในครอบครองซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็ก

(2) กำหนดองค์ประกอบความผิดให้ชัดเจนยิ่งขึ้น โดยมีเงื่อนไขที่แคบลง เช่น มีไว้ในครอบครองเพื่อสนองความใคร่ของตนเอง

(3) กำหนดข้อยกเว้นในบางกรณีไว้ เช่น ยกเว้นกรณีครอบครองเพื่อประโยชน์ ในการปฏิบัติหน้าที่ราชการหรือปฏิบัติตามวิชาชีพอันชอบด้วยกฎหมาย โดยอาจเทียบเคียง กับกฎหมายต่างประเทศ เช่น มาตรา 183B ของประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนี

(4) กำหนดรวมความผิดกรณีเด็กอายุเกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี กับกรณีเด็กอายุเกินสิบห้าปีไว้ด้วยกัน เป็น ผู้ใดมีซึ่งสื่อลามกอนาจารของบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปี ต้องระวางโทษ เพื่อให้หน่วยปฏิบัติบังคับใช้กฎหมายได้ง่ายขึ้น

นอกจากนี้ สำนักงานฯ เห็นว่า ระวังโทษตามร่างมาตรา 287/1 ที่กำหนด ให้มีทั้งโทษจำคุกและปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับนั้น มีความหมายเช่นเดียวกันอยู่แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องมีถ้อยคำ “ทั้งจำทั้งปรับ” อีก เว้นเสียแต่ว่าต้องการกำหนดทางเลือกในการลงโทษให้แก่ศาล ซึ่งจะต้องกำหนดเป็น โทษจำคุก หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ

5. การกำหนดความผิดฐานทำหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อการค้า (ร่างมาตรา 4 เพิ่มมาตรา 287/2)

สำนักงานฯ เห็นด้วยกับร่างมาตรา 287/2 ที่กำหนดความผิดฐานดังกล่าว ซึ่งมีบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปีเป็นเหยื่อของการกระทำและกำหนดโทษไว้สูงเพราะ

จะทำให้เด็กได้รับความคุ้มครองจากการกระทำทางเพศหรือการค้ามนุษย์ได้ดียิ่งขึ้น  
อย่างไรก็ดี โดยที่ความผิดตามร่างมาตรา 287/2 ที่เสนอมานี้ มีองค์ประกอบ  
ความผิดเช่นเดียวกับมาตรา 287 แห่งประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบันซึ่งกำหนด  
ความผิดฐานทำหรือเผยแพร่สิ่งลามกเพื่อการค้า โดยมีระวางโทษจำคุกไม่เกิน  
สามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ หากแต่ตามร่างมาตรา  
287/2 เป็นการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารของเด็กอายุ ไม่เกินสิบ  
แปดปี และกำหนดระวางโทษหนักขึ้น คือ จำคุกไม่เกินเจ็ดปี และปรับไม่เกิน  
หนึ่งแสนสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ สำนักงานฯ จึงเห็นว่า สามารถนำความผิดตาม  
ร่างมาตรา 287/2 มากำหนดรวมอยู่ในมาตรา 287 โดยอาจกำหนดเป็นวรรคสอง  
กรณีที่จะทำให้ ได้รับโทษหนักขึ้นได้ เพราะเป็นความผิดฐานเดียวกันหากแต่เพิ่ม  
เงื่อนไขที่ทำให้ได้รับโทษหนักขึ้น ซึ่งจะเกิดความชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมาย  
มากยิ่งขึ้น ทั้งนี้ สำนักงานฯ ได้เคยตรวจพิจารณา บทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา  
287 แห่งประมวลกฎหมายอาญาในทำนองนี้ไว้แล้ว ตามเรื่องเสร็จที่ 271-  
272/2550 โดยเพิ่มความเป็นวรรคสอง ว่า “ถ้าสิ่งลามกตามวรรคหนึ่งแสดง หรือ  
ปรากฏความลามกของบุคคลอายุยังไม่เกินสิบแปดปี ไม่ว่าผู้กระทำจะรู้หรือไม่ก็ตาม  
ผู้กระทำ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำ  
ทั้งปรับ” ดังปรากฏ รายละเอียดตามสิ่งที่ส่งมาด้วย ซึ่งอาจนำมาใช้ประกอบการ  
พิจารณาปรับปรุงร่างมาตรา 287/2 ตามแนวทางที่เสนอข้างต้นได้

นอกจากนี้ สำนักงานฯ เห็นว่า ระวางโทษตามร่างมาตรา 287/2 ที่กำหนด  
ให้มีทั้งโทษจำคุกและปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับนั้นมีความหมายเช่นเดียวกันอยู่แล้ว จึง  
ไม่จำเป็นต้องมีถ้อยคำ “ทั้งจำทั้งปรับ” อีก เว้นเสียแต่ว่าต้องการกำหนดทางเลือก  
ในการลงโทษให้แก่ศาล ซึ่งจะต้องกำหนดเป็น โทษจำคุก หรือปรับ หรือทั้งจำทั้ง  
ปรับ

อนึ่ง สำหรับประเด็นเรื่องอายุของเด็กที่จะได้รับความคุ้มครองจากการ  
กำหนด ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารนั้น เห็นว่า การกำหนดอายุไม่เกินสิบ  
แปดปี มีความเหมาะสม และสอดคล้องกับหลักการสากลตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิ  
เด็กฯ และกฎหมายต่างประเทศด้วย แต่ถ้อยคำที่ใช้ในร่าง หากเป็นผู้มีอายุไม่เกินสิบ  
แปดปี ในประมวลกฎหมายอาญาจะใช้ถ้อยคำว่า “บุคคลที่มีอายุไม่เกินสิบแปดปี”  
ไม่ได้ใช้คำว่า “เด็ก” จึงควรพิจารณาแก้ไขถ้อยคำในร่างที่เสนอมานี้ ให้สอดคล้อง  
กันด้วย

3) ความเห็นของคณะกรรมการสิทธิการวิสามัญ พิจารณาร่างบทพระราชบัญญัติ  
แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา

ประธานสภาผู้แทนราษฎร ได้บรรจุร่างแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา  
ดังกล่าวเข้าระเบียบการประชุมสภาผู้แทนครั้งที่ 17/2558 เมื่อวันที่ 19 มีนาคม 2558 ที่ประชุมมีมติ  
รับหลักและตั้งคณะกรรมการวิสามัญจำนวน 21 คน คณะกรรมการพิจารณาแล้วเสนอรายงาน

ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติเมื่อวันที่ 8 พฤษภาคม 2558 ตามบันทึกข้อความ ที่ สว (สนช) (กมธ 3) 0019/ ร28) ลงวันที่ 6 พฤษภาคม 2558 โดยมีข้อสังเกตสรุปได้ ว่า

ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ. .... มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กในทุกรูปแบบ เพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญา ว่าด้วยสิทธิเด็ก ซึ่งเป็นผลสืบเนื่องมาจากการที่มี กลุ่มบุคคลทั้งในประเทศและต่างประเทศดำเนินการ ลักษณะขบวนการถ่ายทำสื่อ ลามกอนาจารเด็ก ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก และส่งต่อไปยัง เครือข่ายกัน อย่างแพร่หลายกระจายอยู่ทางระบบอินเทอร์เน็ต การควบคุมทำได้ค่อนข้างยาก โดยที่สื่อลามกอนาจารเด็กเหล่านี้มีส่วนช่วยกระตุ้นให้กลุ่มบุคคลที่ครอบครองเกิด ความต้องการที่จะล่วง ละเมิดทางเพศกับเด็กมากยิ่งขึ้น ปัจจุบันมีกลุ่มบุคคลซึ่งแฝง ตัวเป็นนักท่องเที่ยวต่างชาติเดินทางเข้ามา ในราชอาณาจักรไทยเพื่อแสวงหา ประโยชน์ทางเพศกับเด็ก โดยเฉพาะกลุ่มของเด็กชาย ซึ่งกลุ่มบุคคล เหล่านี้มักจะ เป็นพวกที่มีสภาพจิตที่ไม่สมบูรณ์หรือวิปริตทางเพศ อีกทั้ง การกระทำความผิด เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในประเทศต้นทาง อาทิ สหรัฐอเมริกา แคนาดา อังกฤษ และญี่ปุ่น มีกฎหมาย กำหนดอัตราโทษที่สูง ดังนั้น เพื่อให้การบัญญัติ เหตุผลในการร่างกฎหมายมีความครอบคลุมกับสภาพปัญหาและเป็นไปตาม เจตนารมณ์ของกฎหมาย<sup>104</sup>

นอกจากนี้ คณะกรรมการได้แก้ไขกฎหมายดังกล่าวหลังจากตรวจร่าง แล้วเป็น ดังนี้

ร่าง  
พระราชบัญญัติ  
แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...)  
พ.ศ....

.....

<sup>104</sup> สำนักกรรมการธิการ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา ปฏิบัติหน้าที่สำนักงานเลขาธิการ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, รายงานของคณะกรรมการวิสามัญ พิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ .. พ.ศ...., 6 พฤษภาคม 2558, หน้า 10.

.....  
 .....  
 โดยที่เป็นการสมควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา  
 .....

.....  
 มาตรา 1 พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ....

มาตรา 2 พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจาก เมื่อพ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่ วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

มาตรา 3 ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็น (16) (17) ของมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา “(16) (17) “สื่อลามกอนาจารของเด็ก” หมายความว่า วัตถุอันลามก สิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศ ของเด็กหรือกับเด็ก หรือต่อหน้าเด็กซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปี โดยรูปเรื่องหรือลักษณะ สามารถสื่อไปในทางลามกอนาจารได้ ทั้งนี้ไม่ว่าจะอยู่ในรูป แบบ ของเอกสาร ข้อความ ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือ วัตถุรูปแบบอื่นใด อันมี ในลักษณะ ใน ทำนองเดียวกัน และให้หมายความรวมถึง วัตถุ สิ่งต่าง ๆ ข้างต้นที่ ถูกจัดเก็บ ไว้ ในระบบคอมพิวเตอร์หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นใด ที่สามารถแปลงมาสู่ แสดงผลเป็นภาพหรือข้อความ หรือเสียงได้ ทั้งนี้ไม่ว่าจะเก็บอยู่ในลักษณะถาวรหรือไม่ก็ตาม”

มาตรา 3/1 ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นวรรคสองของมาตรา 287 แห่งประมวลกฎหมายอาญาซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 “ถ้าวัตถุหรือสิ่งลามกตามวรรคหนึ่งเป็นสื่อลามกอนาจารเด็ก ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่สามปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่ หกหมื่นบาทถึงสองแสนบาท”

มาตรา 4 ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นมาตรา 287/1 และมาตรา 287/2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 287/1 ผู้ใด มีซึ่ง ครอบครอง สื่อลามกอนาจาร ของเด็ก อายุ เกินสิบห้าปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปี ไว้ในครอบครองโดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน เพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน สามห้าปี และหรือปรับไม่เกินสามหมื่นหนึ่งแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้ใดมีซึ่งสื่อลามกอนาจารของเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีไว้ในครอบครองโดยประการที่น่าจะเกิด ความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีและปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ถ้าผู้กระทำ

ความผิดตามวรรคหนึ่งส่งต่อซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กแก่ผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนสี่หมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

มาตรา 287/2 ผู้ใด

(1) เพื่อความประสงค์แห่งการค้า หรือโดยการค้า เพื่อแจกจ่ายหรือเพื่อการแสดงอวดแก่ ประชาชน ทำ ผลิต มีไว้ นำเข้าหรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกไปนอก ราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไป หรือทำให้แพร่หลายโดยประการใด ๆ ซึ่งสื่อลามกอนาจารของเด็กอายุ ไม่เกินสิบแปดปี

(2) เพื่อประกอบการค้า หรือโดยการค้า หรือมีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องกับ การการค้าเกี่ยวกับวัตถุ หรือสิ่งของลามกอนาจารของเด็กดังกล่าวแล้ว แจกจ่ายหรือแสดงอวดแก่ประชาชน หรือให้เช่าวัตถุหรือสิ่งของเช่นว่านั้น

(3) เพื่อจะช่วยให้แพร่หลาย หรือการค้าวัตถุหรือสิ่งของลามกอนาจารของเด็กแล้ว โฆษณาหรือโฆษณาโดยประการใด ๆ ว่ามีบุคคลกระทำการอันเป็นความผิดตามมาตรานี้ หรือโฆษณาหรือโฆษณา ว่าวัตถุ หรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้วจะหาได้จากบุคคลใด หรือโดยวิธีใด

ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปีและปรับไม่เกินหนึ่งแสนสี่หมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ . . . <sup>105</sup>

ส่วนที่แก้ไขคือส่วนที่ขีดออก ส่วนที่เพิ่มเติมคือส่วนที่ขีดเส้นใต้ โดยคณะกรรมการได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงไปในหลายประเด็นทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับโทษและถ้อยคำต่าง ๆ แต่ที่สำคัญคือเปลี่ยนจากถ้อยคำในร่างเดิม ที่ว่า “มีสื่อลามกอนาจาร” เป็น “ครอบครองสื่อลามกเด็ก” และเปลี่ยนเป็นกำหนดอายุเด็กไปไว้ในบทนิยามแทน และตัดเรื่องการจำหน่าย ประกอบการค้า ช่วยทำให้แพร่หลายออกไปทั้งหมด โดยคณะกรรมการ ให้เหตุผลว่ามาตรา 287 เดิมได้บัญญัติรายละเอียดในส่วนวัตถุประสงค์เพื่อการค้า เพื่อการแจกจ่าย หรือแสดงอวดไว้แล้ว จึงได้เพิ่มเติมส่วนของสื่อลามกอนาจารเด็ก เป็นวรรคสอง แทน

หลังจากนั้นมีการนำเข้าสู่การพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร ในครั้งที่ 26/2558 เมื่อวันที่ 14 พฤษภาคม 2558 เนื่องจากที่ประชุมเห็นว่า การแก้ไขของกรรมการ ที่นำไปบัญญัติไว้เป็นวรรคสองของมาตรา 287 จะขัดหลักการที่ประชุมได้รับหลักการไว้แล้ว จึงขอให้นำกลับมาไว้เหมือนเดิม เป็นมาตรา 287/2 ที่ประชุมเห็นชอบจึงได้กลับมาไว้ ตามเดิม แต่เนื่องจาก มีประเด็นเกี่ยวกับการบัญญัติกฎหมาย บางประการที่มีถ้อยคำไม่สอดคล้องกัน และอาจก่อให้เกิดปัญหาในการตีความ ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติจึงขอปรึกษาต่อที่ประชุมเพื่อให้นำร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวกลับมาทบทวนอีกครั้ง และได้มีการประชุมครั้งที่ 38/2558 และที่ประชุมได้ลงมติเห็นชอบได้มีการแก้ไขบททวนเพิ่มเติมถ้อยคำในมาตรา 4 เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าจะต้องเพิ่มมาตรา 287/1 และมาตรา 287/2 ไว้ในลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ เนื่องจากมาตรา 287 เป็น

<sup>105</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 13-14.

มาตราสุดท้ายของลักษณะ 9 และแก้ไข ถ้อยคำในมาตรา 287/2 (1) และมาตรา 287/2 (2) ให้สอดคล้องกับถ้อยคำในมาตรา 287 ของประมวลกฎหมายอาญา<sup>106</sup>

ที่ประชุมมีมติเห็นชอบ จึงได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ.2558 ในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 8 กันยายน 2558

### 3.1.3.2 กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทย

บทนิยามตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1(17) “สื่อลามกอนาจารเด็ก” หมายความว่า วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำ ทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปี โดยรูป เรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทาง ลามกอนาจาร ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือรูปแบบอื่นใด ในลักษณะทำนองเดียวกัน และให้หมายความรวมถึงวัตถุหรือสิ่งต่าง ๆ ข้างต้นที่จัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์ หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้

มาตรา 287/1 ผู้ใดครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศ สำหรับตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ถ้าผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งส่งต่อซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กแก่ผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุก ไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

### มาตรา 287/2 ผู้ใด

(1) เพื่อความประสงค์แห่งการค้า หรือโดยการค้า เพื่อการแจกจ่ายหรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน ทำ ผลิต มีไว้ นำเข้าหรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกไปนอกราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไป หรือทำให้แพร่หลายโดยประการใด ๆ ซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็ก

(2) ประกอบการค้า หรือมีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้าเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก แจกจ่ายหรือแสดงอวดแก่ประชาชนหรือให้เข้าสื่อลามกอนาจารเด็ก

(3) เพื่อจะช่วยการทำให้แพร่หลาย หรือการค้าสื่อลามกอนาจารเด็กแล้ว โฆษณาหรือโฆษณา โดยประการใด ๆ ว่ามีบุคคลกระทำการอันเป็นความผิดตามมาตรานี้ หรือโฆษณาหรือโฆษณาว่าสื่อลามก อนาจารเด็กดังกล่าวแล้วจะหาได้จากบุคคลใด หรือโดยวิธีใด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงสองแสนบาท

ซึ่งมาตรานี้ต้องการเจตนาพิเศษ คือ “เพื่อความประสงค์แห่งการค้า หรือโดยการค้า เพื่อการแจกจ่ายหรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน”, “ทำ” คือ การทำขึ้นโดยไม่จำกัดวิธี “ผลิต” เป็นการทำขึ้นอย่างหนึ่ง “มีไว้” หมายถึงมีไว้ในครอบครอง “พาไป” คือ นำไป “ยังให้พาไป” หมายถึง การกระทำใด ๆ อันเป็น

<sup>106</sup> สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, บันทึกการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 38/2558, 25 มิถุนายน 2558, หน้า 2-3.

เหตุให้พาไป “ทำให้แพร่หลายโดยประการใด ๆ” หมายถึง การทำให้แพร่หลายโดยไม่จำกัดวิธีการ<sup>107</sup>

ข้อพิจารณาองค์ประกอบความผิดเกี่ยวกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก

1) องค์ประกอบที่ต้องพิเคราะห์ตามบทนิยามคำว่า สื่อลามกอนาจารเด็ก จากบทนิยามที่ว่า คำว่า “สื่อลามกอนาจารเด็ก” ตามความในมาตรา 1(17) ที่บัญญัติว่า “วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปีโดยรูป เรื่องหรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมายรูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพหรือรูปแบบอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน และให้หมายความรวมถึงวัตถุหรือสิ่งต่าง ๆ ชำต้นที่จัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้” มีข้อพิจารณาส่วนที่เป็นองค์ประกอบที่ควรพิจารณาในส่วนนี้ดังนี้

(1) คำว่า “วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกิน 18 ปี” มีข้อพิจารณา คือ

คำว่า “วัตถุลามก” ตามบทนิยามข้างต้นมีลักษณะเป็น (1) วัตถุลามก ลักษณะที่เป็นภาพอย่างเดียว เช่น เอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ เครื่องหมาย รูปถ่าย แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ (2) วัตถุลามกลักษณะที่เป็นเสียงอย่างเดียว เช่น แถบบันทึกเสียง (3) วัตถุลามกลักษณะที่เป็นทั้งภาพและเสียง เช่น ภาพโฆษณา ภาพยนตร์ (4) รูปแบบอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกันกับข้อ (1) - (3) และให้หมายความรวมถึงวัตถุหรือ สิ่งต่าง ๆ ชำต้นที่จัดเก็บไว้ในระบบคอมพิวเตอร์หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเก็บอยู่ในลักษณะถาวรหรือไม่ก็ตาม<sup>108</sup> โดยมีข้อพิจารณาดังนี้ สื่อลามกอนาจารเด็กนั้นต้องเป็นวัตถุหรือสิ่งซึ่งไม่มีชีวิต กรณี “ของเด็ก” คือกรณีที่เด็กปรากฏอยู่ในภาพนั้น และกรณี “กับเด็ก” คือกรณีที่ภาพนั้นปรากฏเป็นการกระทำทางเพศของเด็กกับบุคคลอื่นหรือบุคคลมากกว่าหนึ่งคนที่ได้กระทำร่วมกับเด็ก

โดยทั้งหมดนี้ต้องแสดงให้เห็นหรือเห็นกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกิน 18 ปี

(2) การกระทำทางเพศของเด็ก<sup>109</sup>

การ หมายถึง (ถ้าอยู่หน้านาม) เรื่อง ชูระ หน้าที่ (ถ้าอยู่หน้ากริยา) ทำกริยาให้เป็นนาม “กระทำ” หมายถึง ทำ จัดแจง ปูรังขึ้น สร้างขึ้น “ทาง” หมายถึง ฝ่าย, ชำ, ส่วน, (ในลักษณะที่แนวแยกกัน) เช่น ทางผู้หญิง ทางเหนือ ทางโลก “เพศ” หมายถึง รูปที่แสดงให้เห็นว่าหญิงหรือชาย, ประเภทคำในบาลีและสันสกฤต เป็นต้น, ตรงกับ ลิงค์ หรือลิงค์, เครื่องแต่งกาย, การประพฤติปฏิบัติตน เช่น สมณเพศ

<sup>107</sup> คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 8, หน้า 465.

<sup>108</sup> กระทรวงยุติธรรม, สำนักงานกิจการยุติธรรม, *เรื่องเดิม*, หน้า 8.

<sup>109</sup> *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 8.

“พฤติกรรมทางเพศที่ชัดแจ้ง” จะต้องครอบคลุมอย่างน้อย ถึงการกระทำต่าง ๆ ที่เป็นจริงหรือเลียนแบบ ดังต่อไปนี้<sup>110</sup>

(ก) การร่วมเพศ รวมทั้งการมีเพศสัมพันธ์ทางอวัยวะเพศ ต่ออวัยวะเพศ การร่วมเพศทางปาก กับทางอวัยวะเพศ การร่วมเพศทางทวารหนัก กับอวัยวะเพศระหว่างเด็ก หรือระหว่างผู้ใหญ่และเด็ก ที่เป็น เพศเดียวกัน หรือที่เป็นเพศตรงกันข้าม

(ข) การร่วมเพศระหว่างคนกับสัตว์

(ค) การกระตุ้นอวัยวะเพศตนเองเพื่อให้ถึงจุดสุดยอด

(ง) การกระทำทารุณกรรมทางเพศในลักษณะการทรมานร่างกาย และจิตใจของผู้อื่นเพื่อความกำหนัด ของตนเอง หรือการกระทำทารุณกรรมทางเพศเชิงกามวิตถาร ที่ได้รับความสุขเมื่อตัวเองเจ็บปวด หรือ (จ) การอวดอวัยวะเพศเพื่อกระตุ้น ความกำหนัดทางเพศ หรืออวดบริเวณหัวหน้าของเด็ก (2)

(3) คำว่า “โดย รูป เรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร” หมายถึง สื่อลามกอนาจารเด็กเป็นวัตถุหรือสิ่งที่แสดงออกมาโดย “รูป เรื่อง หรือลักษณะ . . .” ที่สามารถสื่อไปในทางลามกอนาจารได้โปรดดูหัวข้อบทที่ 2

(4) คำว่า “ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือรูปแบบอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน และให้หมายความรวมถึงวัตถุหรือสิ่งต่าง ๆ ข้างต้นที่จัดเก็บไว้ในระบบคอมพิวเตอร์หรือในอุปกรณ์ อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้” โดยอธิบายรูปแบบของการปรากฏในรูปแบบต่าง ๆ รวมทั้งเอกสาร ความหมายตามพจนานุกรม หมายถึง หนังสือที่เป็นหลักฐาน; กระดาษหรือวัตถุอื่นใด ซึ่งได้ทำให้ปรากฏความหมายด้วยตัวอักษร ตัวเลข ผัง หรือแผนแบบอย่างอื่น จะเป็นโดยวิธีพิมพ์ ถ่ายภาพ หรือวิธีอื่น อันเป็นหลักฐานแห่งความหมายนั้น ซึ่งมีความหมายคล้ายคลึงกับบทนิยามคำว่า “เอกสาร” ตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1 ได้ให้นิยามว่า “กระดาษหรือวัตถุอื่นใดซึ่งได้ทำให้ปรากฏความหมายด้วยตัวอักษร ตัวเลข ผัง หรือแผนแบบอย่างอื่นจะเป็นโดยวิธีพิมพ์ ถ่ายภาพหรือวิธีอื่น อันเป็นหลักฐานแห่งความหมายนั้น”

สิ่งของในรูปการบันทึกข้อมูลอาจเป็นสื่อลามกอนาจารเด็กได้ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1552/2546 (ประชุมใหญ่) แผ่นซีดีรอมซึ่งเป็นแผ่นซีดีประเภทหนึ่งอันเป็นวัตถุที่สามารถนำมาใช้ทำเป็นวัสดุโทรทัศน์ได้ แต่ซีดีรอมแผ่นใดจะมีลักษณะครบถ้วนที่จะถือว่าเป็นวัสดุโทรทัศน์ตามกฎหมายหรือไม่ ขึ้นอยู่กับสิ่งที่บันทึกหรืออัดลงในวัสดุดังกล่าวว่าจะมีผลทำให้แผ่นซีดีรอมนั้นสามารถจัดถ่ายถอดออกเป็นภาพหรือเสียง หรือทั้งภาพและเสียงได้ในลักษณะต่อเนื่องกันไปโดยอุปกรณ์อื่นซึ่งเป็นลักษณะของวัสดุโทรทัศน์ตามความหมายของคำว่าเทปหรือวัสดุโทรทัศน์แห่งบทกฎหมายดังกล่าวได้หรือไม่ ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่ต้องพิจารณาจากสิ่งที่บันทึกหรืออัดลงไปบนแผ่นซีดีรอมแต่ละแผ่นเป็นสำคัญ เมื่อคดีนี้โจทก์บรรยายฟ้องว่าแผ่นซีดีรอมที่บันทึกโปรแกรม

<sup>110</sup> อนุสัญญาบูดาเปสต์ (Council of Europe Convention on Cybercrime: the Budapest Convention: CETS 185) ข้อ 9 และอนุสัญญาแลนซาไรเต้

คอมพิวเตอร์เป็นวัสดุโทรทัศน์ และจำเลยให้การรับสารภาพก็ย่อมต้องฟังข้อเท็จจริงว่า แผ่นซีดีรอมที่บันทึกโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตามคำฟ้องมีสภาพเป็นวัสดุโทรทัศน์ การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดแผ่นซีดีภาพยนตร์ลามกก่อให้เกิดความเสียหายต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นทรัพย์สินที่จำเลยมีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิด ให้รับตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 33(1) ตัวอย่างข้อความที่เป็นข้อความที่เป็นลามกอนาจาร เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5249/2542 จำเลยเขียนข้อความลงในหนังสือพิมพ์ รายสัปดาห์ลงข้อความหมิ่นประมาทโจทก์ทำให้บุคคลอื่นเข้าใจว่าโจทก์มีความสัมพันธ์ทางเพศกับนายศรธรรมอันเป็นความเท็จและเป็นเรื่องส่วนตัวที่ไม่เป็นประโยชน์ต่อประชาชน อีกทั้งข้อความในกรอบข่าวที่ลงข้อความหมิ่นประมาทโจทก์ยังส่อไปในทางลามกอนาจาร ไม่เป็นการสร้างสรรค์และขัดต่อจรรยาบรรณของหนังสือพิมพ์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3510/2531 ข้อความต่าง ๆ ที่ได้บรรยายถึงการร่วมประเวณีของชายและหญิงอย่างชัดเจนละเอียดลออ โดยบรรยายถึงอารมณ์ของชายและหญิงไปในทางยั่วยุกามารมณ์ แม้จะมีได้ใช้ถ้อยคำหยาบคาย ก็ถือได้ว่าเป็นข้อความอันลามก คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1069/2506 คำว่า “กระทำการลามกอย่างอื่น” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 388 นั้นไม่ได้หมายความว่าแต่เรื่องเกี่ยวกับร่างกายเท่านั้น ย่อมหมายถึงวาจาด้วยจำเลยกล่าวคำว่า “เย็ดโคตรแม่มีง” ต่อหน้าธารกำนัลจึงเป็นผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 388 แล้ว

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1879/2497 จำเลยกล่าวคำว่า “เจ้าหน้าที่หัวควยอะไร” เป็นคำลามกอนาจาร จะกล่าวในทีใดไม่สำคัญ ข้อสำคัญอยู่ที่ว่าได้ยินต่อหน้าธารกำนัลหรือไม่ คณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ....

ในชั้นนี้สันนิษฐานมติบัญญัติแห่งชาติ ได้มีการอภิปรายให้ความเห็นไว้ว่า กรณีที่เป็นเพียงข้อความไม่ได้เป็นเรื่องหรือเป็นเรื่องราวที่แสดงถึงการกระทำทางเพศ ยัง ไม่ถือเป็นสื่อลามกอนาจาร

กรณีนวนิยาย นิยาย วรรณกรรม วรรณคดี หรือเรื่องราวที่มีเจตนาเผยแพร่เพียงเพื่อความบันเทิง เช่น ขุนช้างขุนแผนในตอนนางบัวคลี่ซึ่งตกเป็นภรรยาของขุนแผนในอายุ 17 ปี กรณีนี้ไม่ถือเป็นสื่อลามก อนาจาร เพราะมีเจตนาเพียงเพื่อความบันเทิงเท่านั้น แตกต่างกับหนังสือปกขาวซึ่งเป็นสื่อลามกอนาจาร เนื่องจากมีการใช้ถ้อยคำสื่อถึงเรื่องเพศที่ดิบเถื่อน มีสีลาการเล่าเรื่องที่มีเจตนาเพื่อกระตุ้นอารมณ์ทางเพศ โดยเฉพาะ

กรณีการ์ตูนลามก หรือภาพเคลื่อนไหว (Animation) ที่มีผู้ที่ปรากฏในวัตถุหรือสิ่งนั้นไม่ใช่ มนุษย์จริงเป็นเพียงเสมือนจริงเท่านั้น แม้จะสื่อให้เห็นการกระทำทางเพศก็ตาม แต่เจตนาของผู้ออกแบบ ยังไม่ถือว่าวัตถุหรือสิ่งนั้นเป็นสื่อลามกอนาจาร”

(4) อายุของเด็กตามมาตรา นี้ เป็นการกำหนดคำว่าเด็กที่มีความหมายถึงบุคคลที่อายุไม่เกิน 18 ปี

2) องค์ประกอบที่ต้องพิจารณาตามมาตรา 287/1 ที่แก้ไขใหม่<sup>111</sup>

<sup>111</sup> กระทรวงยุติธรรม, สำนักกิจการยุติธรรม, *เรื่องเดิม*, หน้า 11.

ซึ่งตาม พระราชบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287/1 ได้บัญญัติว่า “ผู้ใดครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ถ้าผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งส่งต่อซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กแก่ผู้อื่นต้องระวางโทษ . . .” นั้นมีข้อพิจารณาองค์ประกอบดังนี้

(1) คำว่า “ผู้ใดครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก”

ความหมายของคำว่า “ครอบครอง” ตามมาตรานี้เป็นความหมายเดียวกับคำว่า “ครอบครอง” ซึ่งปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 352 ความผิดฐานยักยอก ซึ่งมีหลักการเดียวกับคำอธิบายกฎหมายในส่วน “เอาไป” ของความผิดฐานลักทรัพย์ “ครอบครอง” หมายถึง ยึดถือไว้, มีสิทธิถือเอาเป็น เจ้าของ, มีสิทธิปกครอง

องค์ประกอบของการครอบครอง มี 2 ประการ ได้แก่

1. “ต้องมีอำนาจปกครองอันแท้จริงเหนือทรัพย์สินนั้น” ผู้กระทำได้ใช้อำนาจปกครองทรัพย์สินอยู่ตาม ความเป็นจริง โดยการที่เขาสามารถจัดการแก่ทรัพย์สินนั้นในทางหนึ่งทางใดโดยไม่มีใครสามารถขัดขวางได้ ซึ่ง ทั้งนี้จะต้องดูจารีตประเพณี ลักษณะของทรัพย์สิน วิธีที่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินอาจขัดขวางมิให้ผู้อื่นเข้า เกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน และระยะทางใกล้ไกลระหว่างผู้ที่ครอบครองกับทรัพย์สินนั้น

2. “ต้องมีเจตจำนง (Will) ที่จะใช้อำนาจอันแท้จริงปกครองทรัพย์สินดังกล่าว” ถ้าไม่มีเจตจำนงที่ ครอบครองเลยก็ดีหรือสละเจตจำนงเสียเมื่อใดก็ดี การครอบครองก็หมดไป เจตจำนงที่จะปกครองทรัพย์สินนั้นไม่ จำเป็นต้องเป็นเจตจำนงที่จะปกครองทรัพย์สินเป็นรายทรัพย์สินไป อาจเป็นเจตจำนงทั่ว ๆ ไป ที่จะปกครองทรัพย์สินได้

กรณีตัวอย่าง

เจ้าหน้าที่ได้สื่อลามกอนาจารเด็กมาไว้ในครอบครอง แต่ไม่ได้ครอบครองไว้ “เพื่อแสวงหาประโยชน์ ในทางเพศ” ซึ่งเป็นเจตนาพิเศษ ดังนั้น จึงไม่ครบองค์ประกอบภายใน (ส่วนเจตนา) เจ้าหน้าที่ผู้นั้นจึงไม่ได้กระทำ ความผิดตามมาตรานี้

ได้รับรูปภาพสื่อลามกอนาจารเด็ก โดยไม่ได้จัดเก็บไว้ในอุปกรณ์ ถือว่าไม่มีการครอบครอง

ยืมทรัพย์สินของผู้อื่นมาใช้เท่ากับครอบครองทรัพย์สินผู้อื่น (ฎ. 598/2548)

นำรถไปซ่อมที่อยู่นานถึง 1 ปี เท่ากับมอบหมายให้เจ้าของอยู่ครอบครอง (ฎ. 5838/2548)

(2) “เพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศ” (Sexual Exploitation) สำหรับตนเองหรือผู้อื่น ในมาตรานี้เป็นส่วนเจตนาพิเศษ รวมไปถึงกรณีที่เป็นการค้าด้วย ซึ่งหากเข้าองค์ประกอบมาตรา 287 287/1 หรือ 287/2 ก็จะมี ความผิดตามมาตราดังกล่าวด้วย ความหมายตามพจนานุกรม “เพื่อ” หมายถึง เหตุด้วย เพราะด้วย เพราะ เพราะ ว่า ด้วย เช่น ทำงานเพื่อจะได้เงิน ด้วยว่า เกี่ยวกับ เนื่องด้วยสำหรับ “แสวง” หมายถึง เทียวหา ค้นหา เสาะหา “ประโยชน์” หมายถึง สิ่งที่มีผลใช้ได้ดีสมกับที่คิดมุ่งหมายไว้ ผลที่ได้ตามที่ต้องการ สิ่งที่เป็นผลดี หรือเป็นคุณ “ทาง” หมายถึง ฝ่าย, ข้าง, ส่วน (ในลักษณะที่แนบแยกกัน) เช่น ทางเหนือ ทางโลก “เพศ” หมายถึง รูปที่

แสดงให้เห็นว่าหญิงหรือชาย, ประเภทคำในบาสีและสันสกฤต เป็นต้น, ตรงกับ ลิงค์ หรือลิงค์, เครื่องแต่งกาย, การประพุดิปฏิบัติตน เช่น สมณเพศ<sup>112</sup>

การแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็ก ไม่ใช่ว่าจะมีการแสวงหาประโยชน์ในทางเพศเฉพาะที่เกี่ยวกับความใคร่ในทางเพศเท่านั้น ยังมีรูปแบบการแสวงหาประโยชน์ในทางเพศจากเด็กในเชิงพาณิชย์ Commercial Sexual Exploitation of Children: CSEC) คือ<sup>113</sup> การที่เด็ก ถูกปฏิบัติเยี่ยงสินค้าและวัตถุทางเพศ โดยผู้ใหญ่จ่ายค่าตอบแทนเป็น เงินสด สิ่งของหรือรางวัลอย่างอื่นให้กับเด็ก ซึ่งสิ่งของอาจเป็นอาหาร เสื้อผ้า หรือรางวัล เช่น คำสัญญาว่าจะให้คะแนนหรือเกรดที่ดีขึ้น ให้ที่พักอาศัยหรือการปกป้องคุ้มครอง การแสวงหาประโยชน์ทางเพศ เชิงพาณิชย์มีความแตกต่างกับการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก ได้แก่ การค้าประเวณี เด็ก สื่อลามกอนาจารเด็ก และการค้าเด็กเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ รวมทั้งรูปแบบอื่น ๆ คือ การท่องเที่ยวเพื่อมีกิจกรรมทางเพศกับเด็ก และในบางกรณียังรวมถึงการแต่งงานก่อนวัยของเด็กด้วย

รัฐบาลอังกฤษให้คำจำกัดความ (ในทางแพ่ง) ของคำว่า “Child Sexual Exploitation”, “การแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็ก” ในปี ค.ศ.2017 เพื่อเป็นแนวทางในการทำงานร่วมกันว่า

“การแสวงหาผลประโยชน์ทางเพศเด็กเป็นรูปแบบหนึ่งของการล่วงละเมิดทางเพศเด็ก เกิดขึ้นในกรณีที่บุคคลหรือกลุ่มใช้ประโยชน์จากความไม่สมดุลของอำนาจในการบีบบังคับข่มขู่ จัดการหรือหลอกลวงเด็กหรือผู้เยาว์อายุต่ำกว่า 18 ปีในกิจกรรมทางเพศ เพื่อแลกกับสิ่งที่เหยื่อต้องการหรือทางการเงินหรือฐานะที่เพิ่มขึ้นของผู้กระทำความผิดหรือผู้บริการ เหยื่ออาจถูกทำร้ายทางเพศแม้ว่ากิจกรรมทางเพศจะปรากฏขึ้นก็ตาม การแสวงหาผลประโยชน์ทางเพศเด็กรวมถึงการไม่ได้สัมผัสในทางกายภาพ นอกจากนี้ยังสามารถเกิดขึ้นได้จากการใช้เทคโนโลยี” การแสวงหาผลประโยชน์ทางเพศเด็กเป็นรูปแบบหนึ่งของการล่วงละเมิดทางเพศเด็ก การล่วงละเมิดทางเพศเด็กหมายถึงการบังคับหรือล่อลวงเด็กหรือเยาวชนให้มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศ (กำหนดการล่วงละเมิดทางเพศว่าเป็นการบังคับหรือล่อลวงเด็กหรือเยาวชนให้มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศไม่จำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับความรุนแรงในระดับสูงไม่ว่าเด็กจะรู้หรือไม่ว่าเกิดอะไรขึ้น กิจกรรมทางเพศอาจเกี่ยวข้องกับการติดต่อทางกายภาพรวมทั้งการถูกข่มขืนโดยการสอดใส่อวัยวะเพศ (เช่น การข่มขืนหรือการมีเพศสัมพันธ์ทางปาก) หรือ ไม่มีการสอดใส่ เช่น การสำเร็จความใคร่ จูบและสัมผัสด้านนอกของเสื้อผ้า อาจรวมถึงการไม่ได้สัมผัสในกิจกรรมต่าง ๆ เช่น เกี่ยวกับการดู การผลิตภาพทางเพศ การดูกิจกรรมทางเพศ การกระตุ้นให้เด็ก ๆ ปฏิบัติตนในรูปแบบที่ไม่เหมาะสมทางเพศหรือดูแลเตรียมเด็กเพื่อทำการล่วงละเมิดทางเพศ (รวมทั้งผ่านทางอินเทอร์เน็ต) การล่วงละเมิด ทางเพศไม่ได้

<sup>112</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 12.

<sup>113</sup> เกษณี จันทร์ตระกูล, **รู้เท่าทัน การแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็ก**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิเพื่อยุติเพื่อยุติการแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็ก, 2556), หน้า 2.

กระทำเฉพาะผู้ชายที่เป็นผู้ใหญ่เท่านั้น ผู้หญิงสามารถกระทำการล่วงละเมิดทางเพศเช่นเดียว รวมทั้งเด็กอื่น ๆ ด้วย)<sup>114</sup> รูปแบบการแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็ก ได้แก่<sup>115</sup>

1) การค้าประเวณีเด็ก (Prostitution of Children) คือ การใช้เด็กเพื่อกิจกรรมทางเพศ โดยมีค่าตอบแทนเป็นเงินสดให้กับเด็ก หรือบุคคลที่สาม รวมทั้งความต้องการขั้นพื้นฐาน เช่น อาหาร ที่พักอาศัย ความปลอดภัย หรือความช่วยเหลือด้านต่าง ๆ เช่น ผลการเรียนที่สูงขึ้น หรือเงินพิเศษสำหรับซื้อของใช้ การค้าประเวณีเด็กเกิดขึ้นเมื่อมีผู้ได้รับผลประโยชน์จากการเจรจาตกลงทางธุรกิจซึ่งเด็ก ถูกนำไปใช้ตอบสนองวัตถุประสงค์ทางเพศ

2) สื่อลามก อนาจารเด็ก (Child Pornography) หมายถึง การนำเสนอรูปภาพ สื่อวิดีโอ ที่เด็กมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศจริง ๆ หรือกิจกรรมใด ๆ ก็ตาม ที่เด็กมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศจริง ๆ หรือการเลียนแบบกิจกรรมทางเพศ หรือสื่อไปในทางเพศ หรือภาพไปเปลือยของเด็ก สื่อลามกอนาจารเด็ก จำแนกได้เป็น 2 ประเภท คือ (1) การนำเสนอภาพไปเปลือยของเด็ก และภาพยั่วชวนทางเพศของเด็ก โดยไม่มีกิจกรรมทางเพศ (2) การนำเสนอกิจกรรมทางเพศที่เด็กมีส่วนร่วมในกิจกรรมดังกล่าว

3) การค้าเด็ก (Trafficking of Children) ประกอบด้วย การกระทำทุกอย่างที่เกี่ยวข้อง กับการจัดหาคนเข้าทำงาน การขนส่งคนภายในหรือข้ามแดนประเทศ โดยอาศัยการหลอกลวง การบังคับขู่เข็ญ การใช้กำลัง การผูกมัดด้วยหนี้สินหรือไม่ก็ได้ เพราะเด็กไม่อาจสมัครใจ หากทราบล่วงหน้าว่าตนถูกแสวงหาประโยชน์ หรือการฉ้อฉลเพื่อล่วงละเมิด หรือแสวงหาประโยชน์ เช่น เด็กถูกบังคับให้ค้าประเวณี แสวงหาประโยชน์จากการใช้แรงงาน เปลี่ยนถ่ายอวัยวะ รับเป็นบุตรบุญธรรมโดยผิดกฎหมาย เป็นต้น เด็กทุกคนที่ตกเป็นเหยื่อของการค้าต่างก็เปราะบางอย่างยิ่งต่อการถูกทารุณกรรมและแสวงหา ประโยชน์ทางเพศ เพราะถูกเคลื่อนย้ายออกจากครอบครัวและชุมชนที่คุ้นเคย ที่คอยปกป้องพวกเขาอยู่

4) การท่องเที่ยวเพื่อมีเพศสัมพันธ์กับเด็ก (Child Sex Tourism) คือ การแสวงหา ประโยชน์ทางเพศเชิงพาณิชย์จากเด็กโดยบุคคลซึ่งเดินทางจากสถานที่หนึ่งไปยังอีกสถานที่หนึ่ง และ มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศกับเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี คนกลุ่มนี้มักเดินทางจากประเทศที่ร่ำรวยไปสู่ ประเทศด้อยพัฒนามากว่า แต่อาจเป็นนักเดินทางภายในประเทศ หรือภูมิภาคนั้นเองก็ได้ นักท่องเที่ยวที่มีเพศสัมพันธ์กับเด็กจะเป็นใครก็ได้ในสังคม อาจเป็นผู้ชอบการมีความสัมพันธ์ทางเพศกับเด็กโดยเฉพาะ หรือผู้ล่วงละเมิดเนื่องจากสถานการณ์พาไป ทำให้พวกเขาฉวยโอกาสในการมีเพศสัมพันธ์กับเด็ก เช่น การที่สามารถเข้าถึงเด็กได้ง่าย การไม่เป็นที่รู้จัก การอยู่ห่างไกลจากข้อกำหนดทางจริยธรรมและสังคม ซึ่งปกติเป็นตัวควบคุมความประพฤติ ผู้แสวงหาประโยชน์ทางเพศ

<sup>114</sup> H. Beckett, D. Holmes and J. Walker, **Child Sexual Exploitation Definition and Guide for Professionals Child Sexual** (UK: University of Bedfordshire and Research in Practice, 2017).

<sup>115</sup> แสงจันทร์ มาน้อย, “การดำเนินงานของประเทศไทยในการต่อต้านการค้ามนุษย์,” **สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา** 4, 15 (สิงหาคม 2557): 5.

จากเด็กใช้ประโยชน์จากสิ่งอำนวยความสะดวกที่มีบริการในบริษัททัวร์ โรงแรม รีสอร์ท ภัตตาคาร สายการบินและบริษัทขนส่งอื่น ๆ ในการล่องละเมียดทางเพศต่อเด็ก เป็นต้น

5) การแต่งงานก่อนวัยอันควร (Child Marriage) คือ การแต่งงานของเด็กที่อายุต่ำกว่า 18 ปี และมีการใช้เด็กเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศเพื่อแลกเปลี่ยนกับการใช้เงินสดหรือสิ่งของเป็นการตอบแทน ส่งผลให้เด็กที่แต่งงานแล้วสูญเสียการคุ้มครองที่เด็กพึงได้รับในประเทศนั้น ๆ บางครั้งเป็นการบังคับ ให้แต่งงาน หรือแต่งงานชั่วคราวเพื่อปกปิดการค้าประเวณีเด็ก การลักพาตัวเด็ก

ดังนั้น สื่อลามกอนาจารเด็กจึงเป็นส่วนหนึ่งของการแสวงหาประโยชน์ทางเพศที่มีอีกหลายรูปแบบที่มีการกระทำกับเด็กหรือต่อเด็ก

### 3.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจารเด็กของสหราชอาณาจักร

โดยในประเทศอังกฤษ เริ่มแรกมีการให้นิยามของคำว่าสื่อลามกโดยผู้พิพากษา ในปี ค.ศ.1868 (R v. Hicklin) ซึ่งเป็นคดีบรรทัดฐานที่ได้ให้จำกัดความของคำว่า “ลามก (Obscene)” โดยในคดีดังกล่าวนี้มุ่งหมายถึงสิ่งที่จะนำมาพิจารณาประกอบด้วย คือ สิ่งเหล่านั้นจะต้องมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดความเสื่อมทางศีลธรรมแก่ผู้บริโภคสื่อดังกล่าวตลอดถึงต้องก่อให้เกิดผลที่เป็นการผิดศีลธรรมที่ไม่เหมาะสมหรือเสื่อมทางศีลธรรมอีกด้วย<sup>116</sup> การจะพิจารณาว่าสิ่งเป็นสื่อลามกนั้น จะต้องว่าทุกส่วนของรูปเรื่อนั้นทำให้เกิดความเสื่อมทางศีลธรรมและน้อมนำให้เกิดความประพฤติเสื่อมทางศีลธรรมนิตยสาร (Magazine) มีข้อมูลหลายส่วนด้วยกัน จึงไม่ใช่สื่อลามกซึ่งเหตุผลเบื้องหลังที่นิตยสารไม่เป็นสื่อลามกนั้นเป็นเพราะว่า นิตยสารประกอบด้วยหลายส่วนที่แยกต่างจากกันได้ หากบางส่วนเป็นส่วนที่ตีพิมพ์โดยสุจริตและบริสุทธิ์ใจแล้วย่อมต้องได้รับความคุ้มครอง<sup>117</sup>

#### 3.2.1 กฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจาร

##### 3.2.1.1 The Obscene Publications Act 1959

สื่อลามกอนาจารในอังกฤษ รัฐบาลได้เริ่มให้ความสำคัญเมื่อบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ The Obscene Publications Act 1959 ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันวรรณคดีและเพื่อให้กฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจาร (Pornography) มีประสิทธิภาพมากขึ้น ออกมาเพื่อควบคุมสิ่งพิมพ์ลามก โดยกำหนดความหมายห้ามเผยแพร่สิ่งพิมพ์ลามกกว่า การบรรยายข้อความที่มีหรือปรากฏออกมาเป็นรูปร่างเพื่อให้ สามารถอ่าน มองเห็นได้หรือทั้งสองอย่าง และรวมถึงการ

<sup>116</sup> นันทน์ภัทร์ สนธิพร, มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมสื่อลามกและสื่อที่ไม่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชน ศึกษากรณีร่างพระราชบัญญัติปราบปรามวัตถุช่วยพฤติกรรมอันตราย พ.ศ. .... (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552), หน้า 30.

<sup>117</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 30-31.; The decision in R v. Anderson said that magazines should be taken item from item not read as a whole.

บันทึกเสียงใด ๆ ภาพยนตร์ หรือการบันทึกภาพหรือการบันทึกภาพ ลงในวัตถุอื่น ซึ่งอธิบายไว้ใน มาตรา 1 (1)<sup>118</sup> ซึ่งได้กำหนดความหมายของ “สิ่งพิมพ์ลามก (Obscene)” ว่า สิ่งพิมพ์ใดจะเป็น สิ่งพิมพ์ลามกก็ต่อเมื่อเนื้อหาทั้งหมดหรือแต่บางส่วนของสิ่งพิมพ์นั้นเป็นสิ่งที่ขัดต่อศีลธรรมอันดี ของ บุคคลผู้ซึ่งได้อ่าน ได้เห็น ได้ยินเนื้อหาที่อยู่ในนั้น” และได้กำหนดความหมายของคำว่า “ข้อความ (Article)” ไว้ใน (2) ว่า สิ่งใดก็ตามที่สามารถแสดงให้เห็นหรือแปลงให้สามารถอ่าน หรือดู หรือทั้ง สองอย่าง, การบันทึกเสียง บันทึกเป็นภาพยนตร์ รวมทั้งบันทึกภาพลงในวัตถุอื่น ๆ และมาตรา 1(3) ได้กำหนดให้ (a) การตีพิมพ์ การจำหน่าย การเผยแพร่ กระจาย ขาย ให้เช่า ให้ หรือให้ยืมสิ่ง ลามก ผู้เสนอขายหรือให้เช่า หรือ (b) การกระทำให้สิ่งที่ยังบรรจหรือปรากฏข้อความอันเป็นสิ่งลามก เพื่อให้พบเห็น หรือ เพื่อให้มีการบันทึก แสดง (ให้ดู) เล่น นำออกฉาย หรือในกรณีที่เกี่ยวข้องในรูปแบบ ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ส่งต่อข้อมูลดังกล่าว ซึ่งผู้ใดกระทำการเผยแพร่สิ่งลามกที่ปรากฏต่อสาธารณชนมี ความผิดตามกฎหมาย มาตรา 2(1) ซึ่งได้กำหนดให้บุคคลใดเพื่อจะหาประโยชน์หรือไม่ก็ตาม ถ้าตีพิมพ์โฆษณาเนื้อหาลามก หรือผู้ใดที่มีภาพลามกอนาจารสำหรับเพื่อแสวงหากำไร (ไม่ว่าเพื่อ ตนเองหรือผู้อื่น) ต้องระวางโทษ . . . และ ต่อมาได้มี The Obscene Publications Act 1964 (OPA 1964) กำหนดให้การตีพิมพ์สิ่งลามกเพื่อแสวงหากำไรเป็นความผิดตามกฎหมาย และมาตรา 1(2) ของกฎหมายนี้ ยังกำหนดความผิดเกี่ยวกับการมีสิ่งพิมพ์ลามกไว้ในครอบครองหรือมีสิ่งพิมพ์ ลามกอยู่ในความควบคุมเพื่อแสวงหากำไร โดย The Criminal Justice and Public Order Act 1994 ได้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าวเพื่อให้ครอบคลุมถึงการครอบครองสิ่งพิมพ์ลามกหรือมี สิ่งพิมพ์ลามกอยู่ในความควบคุมเพื่อแสวงหากำไรทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ เช่น การเผยแพร่ภาพลามก ผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์แก่สมาชิกที่มีรหัสพาสเวิร์ด (Password) สามารถเข้าไปดูได้หรือดาวโหลดภาพ ลามกที่มีอยู่บนสื่ออิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวได้ แต่การครอบครองสิ่งพิมพ์ลามกไว้เพื่อตนเองไม่ถือเป็น

---

<sup>118</sup> The Obscenity Publication Act 1959

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

(2) In this Act “article” means any description of article containing or embodying matter to be read or looked at or both, any sound record, and any film or other record of a picture or pictures.

(3) For the purposes of this Act a person publishes an article who- (a) distributes, circulates, sells, lets on hire, gives, or lends it, or who offers it for sale or for letting on hire; or (b) in the case of an article containing or embodying matter to be looked at or a record, shows, plays or projects it

ความผิด โดยสิ่งพิมพ์ตามกฎหมายฉบับนี้ รวมถึงสิ่งที่อยู่ในดิสก์คอมพิวเตอร์ด้วย (Computer Discs)<sup>119</sup> ดังปรากฏข้อความดังปรากฏด้านบนข้างต้น

กฎหมายนี้ได้ให้นิยามของคำว่าวัตถุลามกไว้ว่า<sup>120</sup> “วัตถุลามก” คือ

1) สิ่งเมื่อพิจารณาแล้วย่อมจะเห็นได้ว่าเป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อ ศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยจะก่อให้เกิดความเสื่อมทรามทั้งกายและใจของบุคคล ผู้ได้รับรู้ ทำให้จิตใจของผู้ที่นั้นถูกน้อมนำไปในทางที่ผิดศีลธรรมอันกระหอบกระเทือนไปถึงมาตรฐานศีลธรรมของสังคม

2) สิ่งนั้นจะต้องไม่ใช่งานที่มีคุณค่าทางสังคมอันเป็นงานวิชาการ งานศิลปะ งานวรรณกรรม หรืองานอันมีค่าทางสุนทรียศาสตร์

ในกรณีการทำหรือผลิตภัณฑ์สิ่งลามกขึ้น สำหรับการพิมพ์โฆษณา<sup>121</sup> นั้นจะต้องเป็นการทำเพื่อค้ากำไร การครอบครองไว้เพื่อตนเองไม่เพียงพอที่จะถือว่าเป็นความผิด ซึ่งจะแตกต่างจากการครอบครองสื่อลามกเด็กซึ่งมีเพียงการครอบครองก็ถือเป็นความผิดแล้ว<sup>122</sup> สื่อลามกอัจรวมถึงวัตถุที่เป็นงานเขียน รูปภาพ และฟิล์ม รวมถึง เทปวีดีโอ (Video-Cassettes) แผ่นดิสก์คอมพิวเตอร์ (Computer Disk) แผ่นซีดี (CD)<sup>123</sup> อย่างไรก็ตาม เนื่องจาก The Obscene Publication Act 1959 เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นมาเพื่อควบคุมสื่อลามกที่เกี่ยวกับสิ่งพิมพ์ ยังไม่สามารถครอบคลุมถึงการส่งข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตที่มีการส่งข้อมูลโดยคลื่นสัญญาณ การส่งข้อมูลจากคอมพิวเตอร์เครื่องหนึ่งไปยังอีกเครื่องหนึ่ง จึงมีการใช้ The Criminal Justice and Public Order Act 1994 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 1(3) ของกฎหมาย The Obscene Publications Act 1959 โดยแก้ไขความหมายของคำว่าสิ่งพิมพ์ (Article) ว่า ให้หมายรวมถึง การเผยแพร่ภาพผ่านทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ อาทิ การส่งภาพลามกผ่านทางอีเมล หรือเว็บไซต์

<sup>119</sup> วราภรณ์ วนาพิทักษ์, “มาตรการการจัดการปัญหาการเผยแพร่ภาพลามกบนอินเทอร์เน็ต: กรณีศึกษาเปรียบเทียบประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ,” *ตุลพาท* 54, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2550): 150-151.

<sup>120</sup> สัญแพชัญ โพธิ์หล้า, *อำนาจรัฐในการควบคุมวัตถุลามก* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2545), หน้า 96.

<sup>121</sup> The Obscene Publication Act 1964, section 2(2)(a) For the purposes of the Obscene Publications Act 1959 (as so amended) an article shall be deemed to be had or kept for publication if it is had or kept for the reproduction or manufacture therefrom of articles for publication; and the question whether an article so had or kept is obscene shall— (a) for purposes of section 2 of the Act be determined in accordance with section 1(3)(b) above as if any reference there to publication of the article were a reference to publication of articles reproduced or manufactured from it; and

<sup>122</sup> สัญแพชัญ โพธิ์หล้า, *เรื่องเดิม*, หน้า 96.

<sup>123</sup> Collin Manchester, *Computer Pornography* (n.p: n.p, 1995), pp. 546, 548.

ค.ศ.1868 ในคดีของอังกฤษ คือ คดี Regina V. Hicklin<sup>124</sup> ได้วางหลักของการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นวัตถุลามกกว่า “เป็นสิ่งที่โน้มน้าวจิตใจให้เสื่อมหรือเลวลง อันมีอิทธิพลให้จิตใจเสื่อมทรามลงซึ่งศีลธรรม ซึ่งกฎเกณฑ์นี้ ศาลสหรัฐอเมริกาได้นำมาใช้โดยมีชื่อเรียกกันทั่ว ๆ ไปว่า Hicklin rule ซึ่งตามกฎหมายนี้การจะดูว่าเป็นการเสื่อมศีลธรรมหรือไม่ ให้ใช้มาตรฐานผู้มีความประพฤติทางศีลธรรมที่ต้งามเป็นเกณฑ์วัด

### 3.2.1.2 The Protection of Children Act 1978

เป็นกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กฉบับแรก กฎหมายนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อลดช่องว่างในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ตำรวจและเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมอื่น ๆ รวมถึงมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อแก้ไขปัญหาภาพลามกอนาจารเด็กบนอินเทอร์เน็ตมากกว่าการควบคุมภาพลามกทั่วไป<sup>125</sup> และเป็นกฎหมายที่เน้นเกี่ยวกับการผลิต การแจกจ่าย และการนำมาแสดงให้เห็น (Exhibition) ถึงภาพเคลื่อนไหวลามกอนาจาร (Indecent) ของเด็ก<sup>126</sup> โดยกฎหมายนี้ได้กล่าวถึงวัตถุประสงค์ว่า “เพื่อป้องกันการแสวงหาประโยชน์จากเด็ก (The Exploitation of Children) โดยการถ่ายภาพลามกอนาจารเด็กและลงโทษสำหรับการแจกจ่าย การแสดงออก และการโฆษณาของการกระทำดังกล่าว” ในพระราชบัญญัตินี้คำว่า “Indecent Photographs of Children” จอมพลพิทักษ์สันตโยธิน แปลว่า “ภาพลามกอนาจารเด็ก” และได้อธิบายว่า มีความหมายเจาะจงถึงสื่อที่เป็นภาพถ่ายหรือภาพเสมือนจริง (Pseudo-Photograph) ซึ่งภาพเหล่านี้อาจใช้เป็นเครื่องมือล่อลวงเด็กหรือกระตุ้นอารมณ์ทางเพศเด็ก (Grooming) แต่ไม่รวมถึงสื่ออื่น ๆ ที่ไม่ใช่ภาพ เช่น สื่อที่เป็นหนังสือเสียง ที่เป็นภาพวาด ที่ไม่เสมือนจริง<sup>127</sup> สำหรับวิทยานิพนธ์จะใช้คำว่า “Pseudo-Photograp” ในความหมายแปลเป็นไทยว่า “ภาพเสมือนจริง” แต่มีความหมายรวมถึงภาพตัดต่อหรือที่สร้างขึ้นจากคอมพิวเตอร์ตามนัยความหมายของมาตรา 7 The Protection of Children Act 1978 กฎหมายสหราชอาณาจักร ซึ่ง มาตรา 1 ได้บัญญัติไว้ดังนี้

มาตรา 1<sup>128</sup> ภาพลามกอนาจารเด็ก

<sup>124</sup> R v. Hicklin (Supreme Court of the United Kingdom, 1868)

<sup>125</sup> วราภรณ์ วนาพิทักษ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 152.

<sup>126</sup> ปิยวรรณ ซอน, “การควบคุมสื่อลามกอนาจารเด็กในต่างประเทศ,” *กฤษฎีกาสาร* 10, 4 (เมษายน-พฤษภาคม 2558): 6.

<sup>127</sup> จอมพล พิทักษ์สันตโยธิน, “ความผิดฐานครอบครองสื่อลามกเด็กในระบบคอมพิวเตอร์ตามกฎหมายอังกฤษ,” *วารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร* 2, 1 (2552): 16

<sup>128</sup> 1. Indecent photographs of children.

(1) Subject to sections 1A and 1B, it is an offence for a person—

(a) to take, or permit to be taken or to make, any indecent photograph or pseudo-photograph of a child . . .; or (b) to distribute or show such indecent photographs or pseudo-photographs; or (c) to have in his possession such indecent photographs or

- (1) ภายใต้บังคับมาตรา 1A and 1B ผู้ใดกระทำดังต่อไปนี้
- (a) ถ่ายหรืออนุญาตให้ถ่ายภาพอนาจารของเด็ก ทำขึ้นซึ่งภาพหรือภาพเสมือนจริงลามกอนาจารเด็ก
- (b) เพื่อจำหน่าย เผยแพร่หรือนำแสดง ซึ่งภาพลามกอนาจารหรือ ภาพเสมือนจริง หรือ
- (c) มีไว้ในครอบครองซึ่งภาพลามกอนาจารของเด็กหรือภาพเสมือนจริง เพื่อให้มีการแจกจ่าย เพื่อด้วยตนเองหรือผู้อื่น หรือ
- (d) จัดพิมพ์ หรือ จัดพิมพ์โฆษณาใด ๆ ที่ทำให้เกิดความเข้าใจว่าผู้โฆษณา จัดจำหน่าย หรือแสดงภาพลามกอนาจารหรือภาพลามกอนาจารเด็กเสมือนจริงหรือเจตนาจะทำเช่นนั้น
- (2) เพื่อวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัตินี้ บุคคลที่เป็นตัวแทนจำหน่ายภาพลามกอนาจารเด็กหรือภาพเสมือนจริงลามกอนาจารเด็กถ้าเขามีส่วนที่ไว้ในครอบครอง บุคคลที่เปิดเผยหรือผู้เสนอสำหรับการได้มา บุคคลอื่น
- ซึ่งมาตรานี้กำหนดเจตนาอันเป็นองค์ประกอบภายในเพียงมีเจตนา ในการผลิตแจกจ่ายและการนำมาแสดงให้เห็น เท่านั้น ไม่ได้ห้ามการมีไว้ในครอบครองเพื่อไว้ดูส่วนตัว แต่อย่างใด<sup>129</sup> ส่วนการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นได้บัญญัติไว้ในมาตรา 160 ของกฎหมาย The Criminal Justice Act 1988 ซึ่งจะได้อธิบายไว้ในหัวข้อถัดไป
- และได้มีข้อกำหนดข้อยกเว้นเป็นข้อต่อสู้ไว้ในมาตรา 1(4)<sup>130</sup> ว่าบุคคลซึ่งกระทำความผิดภายใต้มาตรา 1(1)(b)(c) ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้ถ้าสามารถพิสูจน์ได้ว่า (a) มีเหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมายที่จะแจกจ่าย หรือแสดงภาพหรือภาพที่ทำปลอมขึ้นที่เสมือนจริง(แล้วแต่กรณี) หรือ มีไว้ในครอบครอง หรือ (b) เขาไม่เคยดูภาพหรือภาพที่เสมือนจริงดังกล่าวและไม่รู้ หรือไม่มีอันเหตุสงสัยว่าจะเป็นภาพลามกอนาจารดังกล่าว

---

pseudo-photographs, with a view to their being distributed or shown by himself or others; or (d) to publish or cause to be published any advertisement likely to be understood as conveying that the advertiser distributes or shows such indecent photographs or pseudo-photographs, or intends to do so.

<sup>129</sup> จอมพล พัทธ์ส้านตโยธิน, “ความผิดฐานครอบครองสื่อลามกเด็กในระบบคอมพิวเตอร์ตามกฎหมายอังกฤษ,” *เรื่องเดิม*, หน้า 18.

<sup>130</sup> 1(4) Where a person is charged with an offence under subsection (1)(b) or (c), it shall be a defence for him to prove—

(a) that he had a legitimate reason for distributing or showing the photographs or pseudo-photographs or (as the case may be) having them in his possession; or (b) that he had not himself seen the photographs or pseudo-photographs and did not know, nor had any cause to suspect, them to be indecent.

ข้อต่อสู้ไม่ใช่หน้าที่ของโจทก์ที่จะต้องพิสูจน์ว่าจำเลยรู้ว่าภาพถ่ายที่ครอบครองอยู่นั้นเป็นภาพลามกอนาจารเด็ก มิฉะนั้นข้อต่อสู้ตาม 1 (4) (b) PCA 1978 จะไม่มีวันที่จะนำมาใช้ได้ (ดู: R v. Collier [2005] 1 Cr. App. R. 9 และ Section on Statutory Defenses)

อย่างไรก็ตามกฎหมายนี้ไม่ได้กำหนดว่าอย่างไรคือภาพลามกอนาจารเด็กศาลสหราชอาณาจักร ได้วางหลักไว้ในคดี R v. Oliver and Other ว่าภาพมีลักษณะต่อไปนี้หรือไม่ ถ้ามีก็ถือว่าเป็นภาพลามกอนาจารเด็ก

- 1) เป็นภาพที่มีเด็กแสดงท่าทางยั่วเย้าทางเพศโดยไม่มีกิจกรรมทางเพศอื่นใดร่วมด้วย (Images Depicting Erotic Posing with no Sexual Activity)
- 2) เป็นภาพที่มีเด็กหลายคนกระทำการทางเพศระหว่างกัน หรือเด็กคนเดียวกระทำการ สำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง (Sexual Activity between Children, or Solo Masturbation by a Child)
- 3) เป็นภาพที่มีกิจกรรมทางเพศระหว่างเด็กกับผู้ใหญ่โดยที่ไม่มีการสอดใส่อวัยวะเพศ (Non-Penetrative Activity between Children and Adults)
- 4) เป็นภาพที่มีกิจกรรมทางเพศระหว่างเด็กกับผู้ใหญ่ที่มีการสอดใส่อวัยวะเพศ (Penetrative Sexual Activity between Children and Adults)
- 5) เป็นภาพที่มีการใช้ความรุนแรงทางเพศกับเด็ก หรือเป็นภาพการมีกิจกรรมทางเพศ ระหว่างเด็กและสัตว์ (Sadism or Bestiality)

จากการพิจารณาหลักเกณฑ์ที่ศาลอังกฤษได้วางไว้ จะเห็นได้ว่าเฉพาะภาพของเด็กที่มี ลักษณะก่อให้เกิดอารมณ์ทางเพศเท่านั้นที่จะอยู่ในความหมายของภาพลามกอนาจารเด็ก ดังนั้นภาพของเด็กบางประเภทซึ่งแม้จะเป็นภาพเปลือย เช่น ภาพเปลือยของเด็กเล็กที่พ่อแม่ของตัวเด็กถ่ายภาพไว้เป็นที่ระลึก จึงไม่ได้อยู่ในความหมายของภาพลามกอนาจารเด็กแต่อย่างใด เนื่องจาก ภาพดังกล่าวไม่มีลักษณะกระตุ้นเร้าทางเพศ<sup>131</sup>

ข้อต่อสู้ของผู้กระทำความผิดของกฎหมายนี้ได้กำหนดไว้ตามมาตรา 1A เป็นบทบัญญัติให้ผู้กระทำความผิดยกขึ้นต่อสู้ได้ในกรณีมีความพ้องกับบุคคลในภาพในลักษณะในครอบครัวไม่ว่าจะทะเบียนกันตามกฎหมายหรือไม่ ส่วนมาตรา 1B ข้อยกเว้นสำหรับการดำเนินคดีอาญาและการสืบสวน และเหตุผลอื่น โดยมาตรา 1A<sup>132</sup> กำหนดไว้ว่า

<sup>131</sup> จอมพล พัทธ์สันตโยธิน, “ความผิดฐานครอบครองสื่อลามกเด็กในระบบคอมพิวเตอร์ตามกฎหมายอังกฤษ,” *เรื่องเดิม*, หน้า 17.

<sup>132</sup> 1A Marriage and other relationships

(1) This section applies where, in proceedings for an offence under section 1(1)(a) of taking or making an indecent photograph or pseudo-photograph of a child, or for an offence under section 1(1)(b) or (c) relating to an indecent photograph or pseudo-photograph of a child, the defendant proves that the photograph or pseudo-photograph was of the child aged 16 or over, and that at the time of the offence charged the child and he—

---

(a) were married [F3 or civil partners of each other], or

(b) lived together as partners in an enduring family relationship.

(2) Subsections (5) and (6) also apply where, in proceedings for an offence under section 1(1)(b) or (c) relating to an indecent photograph or pseudo-photograph] of a child, the defendant proves that the photograph or pseudo-photograph was of the child aged 16 or over, and that at the time when he obtained it the child and he—

(a) were married or civil partners of each other, or

(b) lived together as partners in an enduring family relationship.

(3) This section applies whether the photograph or pseudo-photograph showed the child alone or with the defendant, but not if it showed any other person.

(4) In the case of an offence under section 1(1)(a), if sufficient evidence is adduced to raise an issue as to whether the child consented to the photograph [F2 or pseudo-photograph] being taken or made, or as to whether the defendant reasonably believed that the child so consented, the defendant is not guilty of the offence unless it is proved that the child did not so consent and that the defendant did not reasonably believe that the child so consented.

(5) In the case of an offence under section 1(1)(b), the defendant is not guilty of the offence unless it is proved that the showing or distributing was to a person other than the child.

(6) In the case of an offence under section 1(1)(c), if sufficient evidence is adduced to raise an issue both—

(a) as to whether the child consented to the photograph [F2 or pseudo-photograph] being in the defendant's possession, or as to whether the defendant reasonably believed that the child so consented, and

(b) as to whether the defendant had the photograph [F2 or pseudo-photograph] in his possession with a view to its being distributed or shown to anyone other than the child

the defendant is not guilty of the offence unless it is proved either that the child did not so consent and that the defendant did not reasonably believe that the child so consented, or that the defendant had the photograph or pseudo-photograph in his possession with a view to its being distributed or shown to a person other than the child

(1) ภายใต้มาตรา Section 1(1)(a) หรือมาตรา 1(1)(b) or (c) ถ้าผู้กระทำพิสูจน์ได้ว่าภาพหรือภาพเสมือนจริงเป็นของเด็กอายุตั้งแต่ 16 ปี ขึ้นไป และในระยะเวลาที่เกิดความผิดต่อเด็ก และเขาได้ (a) แต่งงานโดยจดทะเบียน หรือ (b) ได้อยู่ด้วยกันฉันท์สามีภรรยาที่มีความสัมพันธ์ยาวนานของครอบครัว

(2) ในวงเล็บ (5)(6) ใช้ในกรณีความผิดตามมาตรา 1(1)(b) or (c) ผู้กระทำพิสูจน์ได้ว่าภาพหรือภาพเสมือนจริงเป็นของเด็กอายุตั้งแต่ 16 ปี ขึ้นไป และในระยะเวลาที่เกิดความผิดต่อเด็ก และเขาได้ (a) แต่งงานโดยจดทะเบียน หรือ (b) ได้อยู่ด้วยกันฉันท์สามีภรรยาที่มีความสัมพันธ์ยาวนานของครอบครัว

(3) ในมาตรานี้ใช้กับภาพหรือภาพเสมือนจริง ที่มีเด็กเพียงคนเดียวหรือผู้กระทำกับเด็ก แต่ไม่ได้แสดงต่อบุคคลอื่น

(4) ในการกระทำความผิดภายใต้มาตรา 1(1)(a) ถ้ามีพยานเพียงพอว่าเด็กยินยอมให้เอาไปหรือทำ ภาพหรือภาพเสมือนจริง หรือผู้กระทำมีเหตุผลอันควรเชื่อว่าเด็กยินยอม ผู้กระทำไม่มีความผิด เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าเด็กไม่ยินยอมและผู้กระทำไม่มีเหตุผลอันควรเชื่อว่าเด็กยินยอม

(5) ในการกระทำความผิดภายใต้มาตรา 1(1)(b) ผู้กระทำไม่มีความผิด จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่ามีการ การแสดงหรือจ่ายแจกแก่บุคคลอื่นนอกจากเด็กนั้น

(6) ในการกระทำความผิดภายใต้มาตรา 1(1)(c) ถ้ามีหลักฐานในทั้งสองข้อคือ

(a) เด็กยินยอมให้ภาพหรือภาพเสมือนจริงอยู่ในความครอบครองของผู้กระทำ หรือผู้กระทำมีเหตุผลอันควรเชื่อว่าเด็กยินยอม

(b) ผู้กระทำมีภาพหรือภาพเสมือนจริงไว้ในครอบครอง เพื่อแจกจ่ายหรือแสดงต่อบุคคลอื่นนอกจากเด็ก

จำเลยไม่มีความผิดในการกระทำเว้นเสียแต่ว่าจะพิสูจน์ได้ว่าเด็กไม่ยินยอมและจำเลยไม่มีเหตุผลสมควรเชื่อว่าเด็กยินยอมหรือจำเลยมีรูปถ่ายหรือแอบถ่ายรูปไว้ในครอบครองด้วย และไม่มีการแจกจ่ายหรือแสดงต่อบุคคลอื่นที่ไม่ใช่เด็ก

เหตุผลที่กฎหมายอนุญาตให้ครอบครองภาพลามกอนาจารบุคคลที่แต่งงานกันหรืออยู่ด้วยกันในระหว่างอายุ 16 ปี ถึง 18 ปี ได้นั้นเพราะในการแต่งงานในประเทศสหราชอาณาจักรนั้นสามารถแต่งงานได้ในขณะอายุ 16 ปี<sup>133</sup>

ข้อยกเว้นสำหรับการดำเนินคดีอาญาและการสืบสวน และเหตุผลอื่น

มาตรา 1b กำหนดไว้ว่า

(1) ในการกระทำความผิดภายใต้มาตรา 1(1)(a) การทำภาพหรือภาพเสมือนจริงลามกอนาจารเด็ก ผู้กระทำไม่มีความผิดถ้าพิสูจน์ได้ว่า

(a) จำเป็นต้องใช้ภาพหรือภาพเสมือนจริง เพื่อวัตถุประสงค์ประสงค์ประสงค์ในการป้องกันสืบหา หรือ สอบสวนคดีอาญา หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการดำเนินคดีอาญา ในส่วนใดส่วนหนึ่งของโลก

<sup>133</sup> จอมพล พัทธ์สันตโยธิน, “ความผิดฐานครอบครองสื่อลามกเด็กในระบบคอมพิวเตอร์ ตามกฎหมายอังกฤษ,” *เรื่องเดิม*, หน้า 25.

(b) ในขณะที่มีการกระทำความผิดสงสัยเขาเป็นสมาชิกของหน่วยรักษาความปลอดภัย และมีความจำเป็นที่จะต้องทำภาพหรือภาพเสมือนจริงถ่ายรูปหรือถ่ายรูปปลอมเพื่อใช้ในหน้าที่

(c) ในช่วงที่มีการกระทำความผิดเขาเป็นสมาชิกของ GCHQ และมีความจำเป็นที่จะต้องทำภาพหรือภาพเสมือนจริงถ่ายรูปหรือถ่ายรูปปลอมเพื่อใช้ในหน้าที่

มาตรา 2<sup>134</sup> พยาน . . . มาตรานี้ได้กำหนดไว้ว่า ให้ถืออายุของบุคคลในภาพในขณะที่ถ่ายภาพนั้นต้องอายุไม่เกิน 18 ปี

ความผิดของนิติบุคคล

มาตรา 3<sup>135</sup> ได้กำหนดว่าเมื่อนิติบุคคลกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติ PCA 1978, แล้วให้ผู้อำนวยการ กรรมการผู้จัดการ เลขานุการ เจ้าหน้าที่อื่น หรือบุคคลใด ๆ ที่อ้างว่ากระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในการกระทำความผิด โดยความยินยอมหรือเห็นด้วย, เพิกเฉย หรือปล่อยปะละเลยในส่วนใด ๆ ของบุคคลดังกล่าว

การลงโทษ

มาตรา 6 ได้กำหนดโทษไว้ดังนี้

(1) โทษในการพิจารณาโดยอินดิคเมนต์ (Indictment) กำหนดอัตราโทษสูงสุดจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ

(2) การลงโทษตามการพิจารณาคดีโดยรวบรัด (Summarily) จำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 1,000 ปอนด์

บทนิยาม

มาตรา 7 ได้กำหนดบทนิยาม (Interpretation) ไว้มาตรา 7(6)<sup>136</sup> เด็ก หมายถึง บุคคลที่มีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปี<sup>137</sup> ซึ่งมาตรา 2 (3) ได้กำหนดว่าภาพนั้นจะต้องเป็นภาพที่ถ่ายหรือทำขึ้นในขณะที่บุคคลนั้นอายุไม่เกิน 18 ปี

<sup>134</sup> (3) In proceedings under this Act relating to indecent photographs of children a person is to be taken as having been a child at any material time if it appears from the evidence as a whole that he was then under the age of 18

<sup>135</sup> 3 Offences by corporations.

(1) Where a body corporate is guilty of an offence under this Act and it is proved that the offence occurred with the consent or connivance of, or was attributable to any neglect on the part of, any director, manager, secretary or other officer of the body, or any person who was purporting to act in any such capacity he, as well as the body corporate, shall be deemed to be guilty of that offence and shall be liable to be proceeded against and punished accordingly.

<sup>136</sup> "Child", subject to subsection (8), means a person under the age of 18.

<sup>137</sup> แก้ไขจากเดิมอายุ 16 ปี เป็น 18 ปี โดย Sexual Offences Act 2003 (c. 42), ss. 45(2), 141; S.I. 2004/874

(2) ในการอ้างอิง “ภาพลามกอนาจาร (Indecent Photograph)” รวมถึงภาพยนตร์ (Film), สำเนาของภาพลามกอนาจารหรือภาพยนตร์, และภาพลามกอนาจารที่ประกอบอยู่ในภาพยนตร์

(3) ภาพถ่าย (Photographs) ให้รวมถึงภาพที่มีอยู่ในภาพยนตร์, ภาพเสมือนจริง

(4) ถ้าอ้างอิงภาพ (Photograph) ให้รวมถึง (a) ทางด้านลบและด้านบวก และ (b) ข้อมูลที่เก็บอยู่ในแผ่นดิสก์คอมพิวเตอร์หรือวิธีทางอิเล็กทรอนิกส์อื่น ที่สามารถแปลงเป็นรูปภาพได้

(5) ภาพยนตร์ (Film) รวมถึงทุกอย่างในรูปแบบการบันทึกวีดีโอ

(7) ภาพเสมือนจริง (Pseudo-Photograph) หมายถึง ภาพที่ทำจากคอมพิวเตอร์กราฟิกหรือสิ่งอื่นใดที่ดูเหมือนจะเป็นภาพ<sup>138</sup>

(8) ถ้าภาพนั้นเป็นภาพจากการตัดต่อหรือจากภาพเสมือนจริง บุคคลที่แสดงเป็นเด็กในภาพดังกล่าว จะต้องได้รับการปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัตินี้ในฐานะที่เป็นเด็ก แม้จะมีบางส่วนที่มีลักษณะเป็นของผู้ใหญ่ก็ตาม

(9) ถ้าอ้างอิง ภาพเสมือนจริง (Indecent Pseudo-Photograph) ให้รวมถึงสำเนาและข้อมูลที่เก็บไว้ในแผ่นดิสก์คอมพิวเตอร์วิธีทางอิเล็กทรอนิกส์อื่น ที่สามารถแปลงเป็นรูปภาพลามกอนาจารเสมือนจริงได้<sup>139</sup>

---

<sup>138</sup> โปรดดูอธิบายเพิ่มเติมในหัวข้อ 3.2.1.3

<sup>139</sup> (2) References to an indecent photograph include an indecent film, a copy of an indecent photograph or film, and an indecent photograph comprised in a film.

(3) Photographs (including those comprised in a film) shall, if they show children and are indecent, be treated for all purposes of this Act as indecent photographs of children and so as respects pseudo-photographs.

(4) References to a photograph include—

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

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

(5) “Film” includes any form of video-recording.

(7) “Pseudo-photograph” means an image, whether made by computer-graphics or otherwise howsoever, which appears to be a photograph.

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

(9) References to an indecent pseudo-photograph include—

(a) a copy of an indecent pseudo-photograph; and

ซึ่งมาตรา 7 ของพระราชบัญญัตินี้ขึ้นอยู่กับบัญญัติตามมาตรา 160(4) Criminal Justice Act 1988 ด้วย

เนื่องจากคำว่า “Photograph” ใน The Protection of Children Act 1978 ยังไม่ชัดเจนว่า ให้นำหมายรวมถึงภาพไม่จริงต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นด้วยเทคนิคดิจิทัลหรือคอมพิวเตอร์กราฟฟิก ด้วยเหตุดังกล่าว จึงได้ออกกฎหมายคือ The Criminal Justice and Public Order Act 1994 ให้ความหมายเพิ่มเติมคำว่า “Photograph” ให้นำหมายรวมถึงภาพที่เกิดขึ้นโดยเทคนิคพิเศษในการตัดต่อ ทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหาย (Pseudo-Photographs) ซึ่งมีการกำหนดความหมายอย่างชัดเจนคือ ภาพต่าง ๆ ที่ถูกทำขึ้นโดยอาศัยเทคนิคคอมพิวเตอร์กราฟฟิก หรือโดยวิธีอื่นทำนองเดียวกันให้เกิดภาพขึ้น เช่น การตัดต่อภาพจากหน้าเด็กคนหนึ่งไปใส่ในภาพของผู้ใหญ่หรือเด็กคนอื่นโดยเฉพาะอย่างยิ่งที่สื่อไปในทางลามก สาเหตุที่ขยายไปเช่นนี้ก็เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้กระทำความอาชญากรรมเทคนิควิธีการดังกล่าว เพื่อกระทำการที่ไม่ชอบต่อเด็กได้ นอกจากนี้ยังเพื่อตัดปัญหาในแง่การสืบพิสูจน์ถึงความแตกต่างระหว่างภาพจริงกับภาพที่เกิดจากการตัดต่อ (Pseudo-and Real-Photograph) ด้วย<sup>140</sup>

The Criminal Justice Act 1988 ในหมวดว่าด้วยการครอบครองภาพลามกอนาจารเด็ก มาตรา 160<sup>141</sup> ซึ่งบัญญัติว่า

---

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

<sup>140</sup> ชัชเจน วิสุทธิอุทัย, ปัญหาข้อกฎหมายในการควบคุมและกำกับดูแลของภาครัฐตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550: ศึกษากรณีสื่อลามกอนาจารบนอินเทอร์เน็ต (สารนิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ ศึกษานิเทศศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม, 2550), หน้า 33.

<sup>141</sup> 160 Possession of indecent photograph of child

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

(2) Where a person is charged with an offence under subsection (1) above, it shall be a defence for him to prove—

(a) that he had a legitimate reason for having the photograph or pseudo-photograph in his possession; or

(b) that he had not himself seen the photograph or pseudo-photograph] and did not know, nor had any cause to suspect, it to be indecent; or

(c) that the photograph or pseudo-photograph was sent to him without any prior request made by him or on his behalf and that he did not keep it for an unreasonable time

(2A) A person shall be liable on conviction on indictment of an offence under this section to imprisonment for a term not exceeding five years or a fine, or both

มาตรา 160 การครอบครองภาพลามกอนาจารเด็ก

(1) ภายใต้บังคับมาตรา 160A ผู้ใดมีภาพลามกอนาจารหรือภาพเสมือนจริง (Indecent Photograph or Pseudo-Photograph) ของเด็กไว้ในความครอบครองเป็นความผิด

(2) ถ้าบุคคลถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดภายใต้วงเล็บ (1) ข้างต้นสามารถยกเป็นข้อต่อสู้ได้ ถ้า

(a) มีเหตุผลโดยชอบที่จะมีภาพหรือ ภาพเสมือนจริง ดังกล่าวอยู่ในครอบครองของตน หรือ

(b) ผู้ที่มีภาพหรือภาพเสมือนจริง ในครอบครองไม่รู้และไม่เหตุอันควรสงสัยว่าภาพดังกล่าวอันเป็นภาพลามกอนาจารเด็ก หรือ

(c) ภาพหรือภาพเสมือนจริง หากมีการได้รับอีเมล หรือไฟล์ภาพลามกอนาจารของเด็กจากผู้อื่นโดยเขาหรือตัวแทนไม่ได้ร้องขอ และเขาไม่ได้เก็บมันไว้ในเวลาอันควร

(2A) โทษในการพิจารณาโดยอินดิคเมนท์ (Indictment) กำหนดอัตราโทษสูงสุดจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ

(3) การลงโทษตามการพิจารณาคดีโดยรวบรัด (Summarily) จำคุกไม่เกิน 6 เดือนหรือปรับไม่เกินลำดับ 5 ในตารางมาตรฐาน หรือทั้งสองอย่าง

มาตรานี้ได้กำหนดไว้ว่าการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กไม่ว่าเพื่อวัตถุประสงค์ใดก็เป็นความผิด<sup>142</sup> และหากมีโฆษณา Pop-up<sup>143</sup> ซึ่งเป็นภาพที่ไม่เหมาะสมของเด็กขึ้นบนหน้าจอ ผู้ที่พบสามารถที่จะปิดภาพดังกล่าวและทำการลบหน่วยความจำ Cache<sup>144</sup> ออกไปด้วยก็จะสามารถยกข้อต่อสู้ได้<sup>145</sup>

<sup>142</sup> เนติ รัตนากร, *เรื่องเดิม*, หน้า 33.

<sup>143</sup> Pop-Up เป็นลักษณะการแจ้งข้อมูลหรือโฆษณาผ่านทางอินเทอร์เน็ตประเภทหนึ่ง ซึ่งมักจะปรากฏบนหน้าจอคอมพิวเตอร์อัตโนมัติหากมีการเข้าไปดูข้อมูลใน Webpage ซึ่งผู้สร้างได้กำหนดคำสั่ง Pop-Up ขึ้นมา

<sup>144</sup> หน่วยความจำ Cache คือ หน่วยความจำชั่วคราวที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อใช้เป็นที่พักข้อมูลที่ถูกเรียกใช้บ่อย ๆ โดย จะเป็นหน่วยความจำที่สามารถเข้าถึงได้เร็ว โดยที่คอมพิวเตอร์ไม่จำเป็นต้องเข้าไปดึงข้อมูลดังกล่าวจากต้นตอของแหล่งข้อมูล นั้น ๆ ส่วนในกรณีของอินเทอร์เน็ต เมื่อมีการใช้เว็บเบราว์เซอร์ (Web Browser) เพื่อเรียกดูข้อมูลจากเว็บไซต์ (Website) ต่าง ๆ ตัวโปรแกรมเว็บเบราว์เซอร์ ก็จะสร้างหน่วยความจำ Cache หรือที่เรียกว่า Web Cache ขึ้นมาโดยอัตโนมัติ เพื่อที่จะทำให้การเรียกดูข้อมูลที่อยู่บนเว็บไซต์ (Website) ดังกล่าวทำได้รวดเร็วขึ้นในการเรียกดูครั้งต่อ ๆ ไป และเมื่อมีคำสั่ง Pop-up ขึ้นมา เว็บเบราว์เซอร์จะทำการบันทึกโฆษณาเก็บไว้ในรูป Cache อัตโนมัติ

<sup>145</sup> 160(2) (c) that the photograph or pseudo-photograph was sent to him without any prior request made by him or on his behalf and that he did not keep it for an unreasonable time.

มาตรา 160 A ได้บัญญัติในเรื่องข้อต่อสู้เกี่ยวกับเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดกับเด็กไว้ในทำนองเดียวกันกับข้อต่อสู้ของพระราชบัญญัติ The Protection of Children Act 1978 มาตรา 1A

### 3.2.1.3 The Criminal Justice and Public Order Act 1994

ได้แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 7(4) (b) ของ The Protection of Children Act 1978 ให้ครอบคลุมถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ ถูกเผยแพร่ในระบบอินเทอร์เน็ตช่วยให้ขยายความไปถึงวัตถุหรือ อุปกรณ์ที่ใช้ในการเก็บข้อมูลที่เป็นสัญญาณอิเล็กทรอนิกส์ และการเผยแพร่ข้อมูลเหล่านี้ โดยเพิ่มในมาตรา 84(3)<sup>146</sup> จากเดิมซึ่งมีเพียงมาตรา 7(4)<sup>147</sup> ซึ่งบัญญัติ แต่เพียงว่า “ไม่ว่าจะเป็นภาพด้านบวกหรือด้านลบของเด็ก” เป็น “ข้อมูลที่เก็บในคอมพิวเตอร์หรือวิธีอื่น ๆ ทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งสามารถสื่อให้เห็นเป็นภาพได้”

ทั้งยังได้กำหนดความผิดของผู้ที่กระทำการหรืออนุญาตให้มีการกระทำการหรือผู้ที่ผลิตภาพถ่ายลามกอนาจารเด็กที่มีลักษณะเป็นการยั่ว (Indecent) หรือเผยแพร่ภาพภายใต้มาตรา 1 ของกฎหมายดังกล่าวเป็นความผิดตามกฎหมาย และได้กำหนดให้การทำ (Make) ภาพลามกอนาจารเด็กถือเป็นความผิดซึ่งศาลตีความว่า การดาวน์โหลด (Downloading) และการปริ้นภาพ (Printing) จากข้อมูลคอมพิวเตอร์เป็นการทำภาพลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 1 (1)(a) ดังกล่าว

นอกจากนี้ ยังได้กำหนดเพิ่ม คำว่า “Pseudo-photograph” ในความหมายคำว่า “Photograph” ใน The Protection of Children Act 1978 ซึ่งหมายถึง “ภาพที่ทำด้วยคอมพิวเตอร์กราฟิกหรือไม่ว่าด้วยอย่างอื่นและดูเหมือนจะเป็นภาพถ่าย” ดังนั้น ความหมายของคำว่า “Pseudo-photograph” จึงหมายรวมถึงภาพทุกชนิดที่เกิดจากการสร้างทางเทคนิคคอมพิวเตอร์หรือวิธีการอย่างอื่น ที่มีลักษณะเหมือนภาพคนจริงแต่ไม่ใช่คนจริง รวมทั้งภาพที่ตัดต่อภาพจากคนจริงด้วย<sup>148</sup> ซึ่งในวิทยานิพนธ์นี้จะใช้คำว่า “ภาพเสมือนจริง”

<sup>146</sup> (3) In section 7 (interpretation)—

(a) in subsection (3), at the end, there shall be inserted the words “and so as respects pseudo-photographs”; and

(b) for subsection (4) there shall be substituted the following subsection—

“(4) References to a photograph include—

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

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

<sup>147</sup> References to a photograph include the negative as well as the positive version

<sup>148</sup> 84 Indecent pseudo-photographs of children (3)(a) “in subsection (3), at the end, there shall be inserted the words “and so as respects pseudo-photographs” (c)(7) “Pseudo-photograph” means an image, whether made by computer-graphics or otherwise howsoever, which appears to be a photograph.

“ภาพเสมือนจริง (Pseudo-Photograph)”<sup>149</sup> หมายถึง ภาพที่ถูกทำขึ้นไม่ว่าจะเป็นการทำขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟฟิก (Computer Graphics) หรืออุปกรณ์อื่น ๆ ที่ทำให้ปรากฏออกมาเป็นภาพ ถ้าการแสดงผล ออกมานั้นเป็นภาพตัดต่อเป็นการที่บุคคลใดแสดงเป็นเด็ก ภาพตัดต่อนั้นควรได้รับการปฏิบัติตาม วัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัตินี้ที่แสดงให้เห็นว่าเป็นเด็กและเพื่อดึงดูดความประทับใจในการแสดงนั้น กล่าวคือ คนที่แสดงนั้นเป็นเด็กมีเพียงบางส่วนที่มีลักษณะทางกายภาพเป็นการแสดงของผู้ใหญ่<sup>150</sup> ซึ่งภาพเสมือนจริงลามก ได้แก่ สำเนาภาพเสมือนจริงลามก และข้อมูลที่เก็บไว้ในแผ่นดิสก์ คอมพิวเตอร์หรือโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์อื่น ๆ ที่มีความสามารถในการแปลงเป็นภาพเสมือนจริง<sup>151</sup> ดังนั้น ภาพลามกเด็กที่เกิดจากการตัดต่อที่สร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์ เช่น การรวมภาพสองภาพเข้าด้วยกันนั้น จึงมีความผิดตามกฎหมายนี้ การตัดต่อภาพจากหน้าเด็กคนหนึ่งไปใส่ในภาพของผู้ใหญ่หรือเด็กคนอื่นโดยเฉพาะอย่างยิ่งที่สื่อไปในทางลามก ซึ่งตำรวจหรืออัยการเชื่อว่า ผู้สร้างหรือผู้ครอบครองภาพเสมือนจริงภาพเหล่านี้อาจไปก่อความเสียหายหรือเป็นสาเหตุให้เกิดอาชญากรรมทางเพศแก่เด็กได้จึงจำเป็นต้องขยายความคุ้มครองไปเพื่อป้องกันไม่ให้ผู้กระทำความผิดอาศัยเทคนิควิธีการดังกล่าวเพื่อ กระทำการที่ไม่ชอบต่อเด็กได้ นอกจากนี้ยังเพื่อตัดปัญหาในแง่การสืบพิสูจน์ถึงความแตกต่าง ระหว่างภาพจริงกับภาพที่เกิดจากการตัดต่อ (Pseudo-and Real-Photograph) ด้วยเนื่องจาก ต่อไปในอนาคตด้วยความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีด้านนี้น่าจะก่อให้เกิดความยากลำบากในการ สืบพิสูจน์เพื่อแยกความแตกต่างดังกล่าว<sup>152</sup>

#### 3.2.1.4 พระราชบัญญัติการแสดงผลที่ไม่เหมาะสม ค.ศ.1981 The Indecent Displays (Control) Act 1981

<sup>149</sup> กรรณิการ์ รอดมา, ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกเด็กบนอินเทอร์เน็ต (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2556), หน้า 83-94.

<sup>150</sup> Protection of Children Act 1978 sec. 7(8) If the impression conveyed by a pseudo-photograph is that the person shown is a child, the pseudo-photograph shall be treated for all purposes of this Act as showing a child and so shall a pseudo-photograph where the predominant impression conveyed is that the person shown is a child notwithstanding that some of the physical characteristics shown are those of an adult.

<sup>151</sup> Protection of Children Act 1978 sec. 7(9) References to an indecent pseudo-photograph include

(a) a copy of an indecent pseudo-photograph; and  
(b) data stored on a computer disc or by other electronic means which is capable of conversion into a pseudo-photograph

<sup>152</sup> Yaman Akdeniz, “The Regulation of Pornography and Child Pornography on the Internet,” **Electronic Law Journals** 1 (1997), Retrieved August 13, 2016 from [https://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/1997\\_1/akdeniz1/#a3](https://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/1997_1/akdeniz1/#a3)

พระราชบัญญัตินี้มีวัตถุประสงค์ เพื่อป้องกันสิ่งซึ่งแสดงออกที่ขัดต่อศีลธรรมหรือลามกอนาจาร โดยกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดให้ผู้ซึ่งกระทำขัดต่อศีลธรรมในที่สาธารณะ รวมทั้งบุคคลที่ก่อเหตุหรือมีส่วนรู้เห็น หรืออนุญาตในการแสดงออกดังกล่าว ก็จะต้องมีความผิดตามกฎหมายนี้ โดยมาตรา 1(1) ถ้าเนื้อหาของการลามกอนาจารถูกเปิดเผยในที่สาธารณะบุคคลที่กระทำการดังกล่าว และบุคคลที่ก่อหรืออนุญาตให้กระทำการดังกล่าวให้ถือว่ากระทำความผิดในมาตรานี้<sup>153</sup> ถ้าหากมีการนำภาพลามกอนาจารเด็กออกเผยแพร่ในที่สาธารณะ การกระทำความผิดดังกล่าวก็อาจผิดพระราชบัญญัตินี้ได้ด้วย

### 3.2.1.5 พระราชบัญญัติการสื่อสาร 1984 (Telecommunications Act 1984)

มาตรา 4<sup>154</sup> ในพระราชบัญญัตินี้ “ระบบสื่อสารโทรคมนาคม” หมายความว่าระบบสำหรับการส่งผ่านข้อมูล ทางระบบไฟฟ้า แม่เหล็ก แม่เหล็กไฟฟ้า เคมีไฟฟ้าหรือพลังงานกลไฟฟ้า ที่สามารถทำให้สื่อความหมายได้ถึง

(ก) การพูดดนตรี และเสียงอื่น ๆ;

(ข) ทำให้มองเห็นภาพ;

(ค) การให้บริการสัญญาณการสื่อสารไม่ว่าจะเป็นระหว่างบุคคลวัตถุและวัตถุ และบุคคลกับวัตถุหรือสิ่งของต่าง ๆ ในเรื่องใด ๆ ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบเสียง มิฉะนั้นกว่าในรูปแบบของเสียงหรือภาพภาพ; หรือทำให้มองเห็นภาพ

(ง) คลื่นสัญญาณต่าง ๆ ที่ใช้บริการสำหรับการดำเนินการหรือการควบคุมเครื่องจักรหรืออุปกรณ์<sup>155</sup> ได้บัญญัติว่า การใช้ระบบสื่อสารโทรคมนาคมที่ไม่เหมาะสมบุคคล ซึ่ง

<sup>153</sup> The Indecent Displays (Control) Act 1981 มาตรา 1 (1) If any indecent matter is publicly displayed the person making the display and any person causing or permitting the display to be made shall be guilty of an offence.

<sup>154</sup> Meaning of “telecommunication system” and related expressions

(1) In this Act “telecommunication system” means a system for the conveyance, through the agency of electric, magnetic, electro-magnetic, electro-chemical or electro-mechanical energy, of—

(a) speech, music and other sounds;

(b) visual images;

(c) signals serving for the impartation (whether as between persons and persons, things and things or persons and things) of any matter otherwise than in the form of sounds or visual images; or

(d) signals serving for the actuation or control of machinery or apparatus.

<sup>155</sup> Improper use of public telecommunication system

(1) A person who—

(ก) ส่งข้อมูลผ่านระบบสื่อสารโทรคมนาคมสาธารณะข้อความหรือเรื่องอื่น ๆ ที่ไม่เหมาะสม การอนาจาร หยาดคายหรือ ลักษณะคุกคาม หรือ

(ข) ส่งข้อมูลผ่านระบบสื่อสารโดยก่อให้เกิดความรำคาญ ความไม่สะดวกหรือความวิตกกังวล โดยไม่มีความจำเป็นไปยังบุคคลอื่นหรือข้อความอันเป็นเท็จ หรือยืนยันที่จะทำผ่านระบบโทรคมนาคมดังกล่าว ต้องระวางโทษไม่เกิน 6 เดือน

เพื่อที่จะจัดการกับสิ่งลามกอนาจาร หรือสิ่งที่ไม่เหมาะสม (หยาดคาย น่ารังเกียจ) ทางโทรศัพท์ พระราชบัญญัตินี้ครอบคลุมถึงการส่งสิ่งลามกอนาจารผ่านระบบโทรศัพท์ทางวิธีการอิเล็กทรอนิกส์<sup>156</sup>

### 3.2.1.6 Theatres Act 1968

มาตรา 2(1) ได้กำหนดว่า การแสดงหรือฉายภาพยนตร์ ถ้าโดยรวมถือว่าเป็นภาพก็จะถือว่าภาพยนตร์ดังกล่าวเป็นการฉายภาพลามกอนาจาร ภาพอนาจาร The Theatres Act 1968 ได้บัญญัติห้ามการแสดงที่มีลักษณะเป็นการลามกไม่ว่าการแสดงนั้นจะปรากฏต่อสาธารณชนหรือเป็นการแสดงให้ชมเป็นการส่วนตัวมีความผิด และกฎหมายกำหนดความรับผิดของบุคคลเอาไว้โดยผู้ที่ทำการแสดง ผู้กำกับการแสดง หรือบุคคลที่มีส่วนให้มีการแสดงลามกปรากฏมีความผิด<sup>157</sup> ต้องรับโทษดังนี้

สำหรับการควบคุมสิ่งลามกที่แพร่ภาพทางโทรทัศน์ หรือเคเบิลทีวี ที่การแสดงบทบาท ของนักแสดงที่มีลักษณะไปในทางลามกอนาจาร ผู้จัดหาหรือให้บริการเกี่ยวกับเคเบิลทีวีมีความผิด ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย (The Cable and Broadcasting Act 1984 มีโทษ) กรณีลงโทษตาม การพิจารณาคดีโดยรวบรัด (Summary Trial) ซึ่งจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินห้าพันปอนด์ หรือตามที่ศาลกำหนด (The Statutory Maximum) หรือทั้งจำทั้งปรับ หรือ กรณี

---

(a) sends, by means of a public telecommunication system, a message or other matter that is grossly offensive or of an indecent, obscene or menacing character; or

(b) sends by those means, for the purpose of causing annoyance, inconvenience or needless anxiety to another, a message that he knows to be false or persistently makes use for that purpose of a public telecommunication system, shall be guilty of an offence and liable on summary conviction to imprisonment for a term not exceeding six months or a fine not exceeding level 5 on the standard scale or both.

(2) Subsection (1) above does not apply to anything done in the course of providing a programme service (within the meaning of the Broadcasting Act 1990)

<sup>156</sup> Yaman Akdeniz, “The Regulation of Pornography and Child Pornography on the Internet,” *op. cit.*

<sup>157</sup> The Theatre Act 1968, section 2(2).

ลงโทษตาม การพิจารณาคดีโดยอินไดเมนท์ (Trial on Indictment) ซึ่งจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับหรือทั้งจำ ทั้งปรับ<sup>158</sup>

ในกฎหมาย Video Recording Act 1984 มีการควบคุมสำหรับอุปกรณ์ที่เกี่ยวข้องกับวิดีโอเทปที่บรรจุรายละเอียดข้อมูลภาพและเสียง และเนื้อหาของภาพและเสียง โดยมีการควบคุมถึงลักษณะของเนื้อหาที่ไม่สามารถเผยแพร่ได้ ซึ่งเนื้อหาที่ถูกควบคุมถ้ามีลักษณะที่แสดงถึง

1) กิจกรรมทางเพศของมนุษย์ที่น่าดู . . .<sup>159</sup>

2) อวัยวะสืบพันธุ์ของมนุษย์. . .<sup>160</sup>

ในกฎหมายที่แตกต่างกันอีกหลายฉบับ<sup>161</sup> อาทิเช่น The Post Office Act 1953 ควบคุมพัสดุไปรษณีย์, The Theatres Act 1968 ควบคุมภาพหรือบทบาททางการแสดงที่ปรากฏ ต่อสาธารณชน, The Cable and Broadcasting Act 1984 ควบคุมการแพร่ภาพทางโทรทัศน์หรือ เคเบิลทีวี และ Video Recording Act 1984 ควบคุมอุปกรณ์เกี่ยวกับวิดีโอเทป เป็นต้น

### 3.2.1.7 Coroners and Justice Act 2009

พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับเมื่อ 6 เมษายน 2553 การออกกฎหมายนี้มีวัตถุประสงค์ของกฎหมายนี้เพื่อห้ามกระทำไปที่ภาพที่ไม่ใช่ภาพถ่าย (ซึ่งรวมถึงภาพที่สร้างขึ้นจากคอมพิวเตอร์ (CGI's), การ์ตูน ภาพจินตนาการมังงะ (ญี่ปุ่น) และภาพวาด ดังนั้นจึงไม่รวมภาพลามกอนาจารเด็กหรือภาพลามกอนาจารเสมือนจริงเด็ก รวมทั้งสำเนาภาพหรือภาพที่แปลงมา และภาพเสมือนจริงด้วย<sup>162</sup> โดยมาตรา 62<sup>163</sup> บัญญัติไว้ว่า การครอบครองภาพที่ต้องห้ามของเด็ก

<sup>158</sup> The Cable and Broadcasting Act 1984, section 25.

<sup>159</sup> The Video Recordings Act 1984, section 2 (2)(a).

<sup>160</sup> The Video Recordings Act 1984, section 2 (2)(a).

<sup>161</sup> เนติ รัตนากร, *เรื่องเดิม*, หน้า 31-32.

<sup>162</sup> **Prohibited Images Children**, p. 1, Retrieved November 3, 2018 from <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/prohibited-images-children>

<sup>163</sup> Possession of prohibited images of children

(1) It is an offence for a person to be in possession of a prohibited image of a child.

(2) A prohibited image is an image which—

(a) is pornographic,

(b) falls within subsection (6), and

(c) is grossly offensive, disgusting or otherwise of an obscene character.

(3) An image is “pornographic” if it is of such a nature that it must reasonably be assumed to have been produced solely or principally for the purpose of sexual arousal.....

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

- 1) ห้ามผู้ใดครอบครองภาพที่ต้องห้ามของเด็ก
- 2) ภาพที่ต้องห้ามคือภาพซึ่ง
  - (ก) เป็นภาพลามกอนาจาร
  - (ข) ภาพตาม 6) และ
  - (ค) เป็นภาพที่ก้าวร้าวน่ารังเกียจ, น่าขยะแขยง, หรือลักษณะอย่างอื่น โดยรวมมีลักษณะลามกอนาจาร
- 3) ภาพลามกอนาจารเป็นภาพที่มีลักษณะที่ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าถูกผลิตขึ้นมาโดยวัตถุประสงค์อย่างเดียวในการกระตุ้นทางเพศ . . .
- 6) ภาพที่ตกอยู่ใต้มาตรานี้ถ้า
  - (ก) เป็นภาพที่เน้นเฉพาะหรือโดยเฉพาะอย่างยิ่งกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของเด็กหรือ
  - (ข) แสดงการกระทำใด ๆ ที่ระบุไว้ใน 7)
- 7) การกระทำเหล่านั้น
  - (ก) การแสดงของบุคคลที่กระทำการมีเพศสัมพันธ์หรือการมีเพศสัมพันธ์ทางปากกับเด็ก หรือต่อหน้าเด็ก
  - (ข) การกระทำของการสำเร็จความใคร่ด้วยตัวเอง, ของ, รวมถึง หรือต่อหน้าเด็ก

---

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

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

(7) Those acts are—

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

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

(c) an act which involves penetration of the vagina or anus of a child with a part of a person's body or with anything else;

(d) an act of penetration, in the presence of a child, of the vagina or anus of a person with a part of a person's body or with anything else;

(e) the performance by a child of an act of intercourse or oral sex with an animal (whether dead or alive or imaginary);

(f) the performance by a person of an act of intercourse or oral sex with an animal (whether dead or alive or imaginary) in the presence of a child.

(8) For the purposes of subsection (7), penetration is a continuing act from entry to withdrawal.

(ค) การกระทำทางที่เกี่ยวเนื่องกับการ ที่เกี่ยวข้องกับการล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดหรือทวารหนักของเด็ก โดยส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายของบุคคลหรือสิ่งอื่นใด

(ง) การกระทำร่วมเพศ ต่อหน้าเด็ก, โดยทางปากหรือทวารหนักของบุคคลหรือโดยส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายของบุคคลหรือสิ่งอื่นใด

(จ) การกระทำของเด็กในการมีเพศสัมพันธ์หรือการมีเพศสัมพันธ์ทางปากกับสัตว์ (ไม่ว่าจะตายหรือมีชีวิตอยู่)

(ฉ) การกระทำบุคคลในการมีเพศสัมพันธ์หรือการมีเพศสัมพันธ์ทางปากกับสัตว์ (ไม่ว่าจะตายหรือมีชีวิตอยู่) ต่อหน้าเด็ก

8) ในวัตถุประสงค์ตาม 7) การร่วมเพศ (Penetration) หมายถึงการกระทำต่อเนื่องจากเข้าแล้วก็ถอนออก

มาตรา 64<sup>164</sup> ได้บัญญัติถึงข้อต่อสู้ไว้ถ้าบุคคลกระทำผิดตามมาตรา 62(1) สามารถยกเป็นข้อต่อสู้ได้ถ้า (ก) มีเหตุผลโดยชอบด้วยกฎหมายที่จะครอบครองภาพดังกล่าว (ข) บุคคลนั้นไม่เคยเห็นภาพและไม่ทราบหรือไม่มีเหตุอันควรสงสัยว่าภาพนั้นเป็นภาพที่ต้องห้ามสำหรับเด็ก โดยได้รับการส่งภาพมาโดยไม่ได้รับการร้องขอล่วงหน้าจากบุคคลนั้นและไม่ได้เก็บไว้ในเวลาอันสมควร

มาตรา 65<sup>165</sup> ความหมายของ “ภาพ” และ “เด็ก”

---

<sup>164</sup> มาตรา 64 defences

(1) Where a person is charged with an offence under section 62(1), it is a defence for the person to prove any of the following matters—

(a) that the person had a legitimate reason for being in possession of the image concerned;

(b) that the person had not seen the image concerned and did not know, nor had any cause to suspect, it to be a prohibited image of a child;

(c) that the person—

(i) was sent the image concerned without any prior request having been made by or on behalf of the person, and

(ii) did not keep it for an unreasonable time.

<sup>165</sup> 65 Meaning of “image” and “child”

(1) The following apply for the purposes of sections 62 to 64.

(2) “Image” includes—

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

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

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

- 1) ความหมายต่อไปนี้ให้ใช้ภายในมาตรา 62 ถึง 64
- 2) “ภาพ” รวมถึง
  - (ก) ภาพเคลื่อนไหวหรือภาพนิ่ง (ผลิตโดยวิธีใดก็ตาม) หรือ
  - (ข) ข้อมูล (จัดเก็บด้วยวิธีการใด ๆ ก็ตาม) ที่สามารถแปลงเป็นรูปภาพตามข้อ (ก)
- 3) “ภาพ” ไม่รวมถึงภาพลามกอนาจารเด็กหรือภาพเสมือนจริงของเด็ก
- 4) ในข้อ 3) “ภาพลามกอนาจาร” และ “ภาพเสมือนจริงลามกอนาจาร”
  - (ก) เกี่ยวกับกฎหมายอังกฤษและเวลส์ตาม the Protection of Children Act 1978 (c. 37)
  - (ข) เกี่ยวกับไอร์แลนด์เหนือตาม the Protection of Children (Northern Ireland) Order 1978 (S.I. 1978/1047 (N.I. 17)).
- 5) “เด็ก” ภายใต้ข้อ (6) หมายถึงบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี
- 6) ในกรณีที่ภาพแสดงบุคคลภาพจะต้องถือว่าเป็นภาพของเด็กถ้า –
  - (ก) เป็นการแสดงเป็นเด็กหรือ

---

(4) In subsection (3) “indecent photograph” and “indecent pseudo-photograph” are to be construed—

(a) in relation to England and Wales, in accordance with the Protection of Children Act 1978 (c. 37), and

(b) in relation to Northern Ireland, in accordance with the Protection of Children (Northern Ireland) Order 1978 (S.I. 1978/1047 (N.I. 17)).

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

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

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

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

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

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

(ข) การแสดงผลที่เด่นชัดคือความรู้สึกที่คนที่แสดงเป็นเด็กแม่จะมีลักษณะทางกายภาพบางอย่างที่แสดงไม่ใช่ของเด็ก

7) การอ้างภาพของบุคคล รวมถึงภาพคนหรือภาพที่สร้างด้วยเทคโนโลยีเสมือนจริง (Imaginary Person)

8) การอ้างถึงภาพของเด็กให้หมายรวมถึงภาพของเด็กที่สร้างด้วยเทคโนโลยีเสมือนจริง

คดีที่ตัดสินในกฎหมายนี้ครั้งแรกคือ คดี R v. Freeman

ในเดือนกรกฎาคม 2011 สกอตแลนด์ยาร์ดได้เข้าค้นบ้านของ Steven Freeman พบภาพลามกอนาจารของเด็ก ในคดีนี้พบภาพวาดเด็กถูกข่มขืนรวมอยู่ด้วย ซึ่งเป็นคดีแรกหลังออกกฎหมายนี้ โดย Steven Freeman มีภาพ 3,000 ภาพซึ่งมีการแลกเปลี่ยนภาพกับสมาชิกคนอื่น ๆ ของเครือข่าย Freemans Pedophile (PIE: Pedophile Information Exchange) ที่แชร์และซื้อขายในภาพ Freeman ได้รับประโยชน์ที่ไม่จำกัด โดยมีระยะเวลาขั้นต่ำ 30 เดือน สมาชิกอีก 4 คนในกลุ่มเดียวกันก็ถูกตัดสินด้วยโดยมีโทษตั้งแต่ 12 ถึง 24 เดือน ตำรวจบุกเข้าไปในบ้านของ Freeman ในโอกาสก่อนหน้านั้นในปี พ.ศ.2551 และ Freeman ถูกตั้งข้อหาครอบครองภาพการถ่ายภาพลามกอนาจาร แต่ในขณะที่พระราชบัญญัติ 2009 ไม่ได้มีผลใช้บังคับใด ๆ การกระทำที่เฉพาะเจาะจงสามารถนำมาใช้กับภาพวาดได้ เมื่อพระราชบัญญัติมีผลบังคับใช้ตำรวจได้กลับไปที่บ้านของ Freeman และได้รับการคุมคดีกับเขา แม้ว่าภาพจะไม่โพสต์ทางออนไลน์ แต่ก็แสดงให้เห็นว่าเป็นการกระทำที่ผิดและอยู่ในความครอบครองและเผยแพร่รูปแบบเนื้อหา

### 3.2.1.8 Criminal Justice and Immigration Act 2008

กฎหมายนี้ได้แยกการครอบครองภาพที่ลักษณะการกระทำรุนแรงในทางเพศที่เรียกว่า “Extreme Pornographic Images” ซึ่งกฎหมายนี้ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าการผลิตภาพดังกล่าวขึ้นมาก็เพื่อวัตถุประสงค์กระตุ้นความต้องการหรือเร้าอารมณ์ในทางเพศเท่านั้น ทั้งกฎหมายนี้ได้แยกกำหนดโทษออกมาต่างหาก ซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 63 ของประมวลกฎหมายดังกล่าว คือ

มาตรา 63<sup>166</sup> การครอบครองภาพลามกอนาจารที่มีลักษณะรุนแรง (Possession of Extreme Pornographic Images)

<sup>166</sup> 63 Possession of extreme pornographic images

(1) It is an offence for a person to be in possession of an extreme pornographic image.

(2) An “extreme pornographic image” is an image which is both—

(a) pornographic, and

(b) an extreme image.

(3) An image is “pornographic” if it is of such a nature that it must reasonably be assumed to have been produced solely or principally for the purpose of sexual arousal.

---

(4) Where (as found in the person's possession) an image forms part of a series of images, the question whether the image is of such a nature as is mentioned in subsection (3) is to be determined by reference to

(a) the image itself, and

(b) (if the series of images is such as to be capable of providing a context for the image) the context in which it occurs in the series of images.

(5) So, for example, where

(a) an image forms an integral part of a narrative constituted by a series of images, and

(b) having regard to those images as a whole, they are not of such a nature that they must reasonably be assumed to have been produced solely or principally for the purpose of sexual arousal, the image may, by virtue of being part of that narrative, be found not to be pornographic, even though it might have been found to be pornographic if taken by itself.

(5A) In relation to possession of an image in England and Wales, an “extreme image” is an image which—

(a) falls within subsection (7) or (7A), and

(b) is grossly offensive, disgusting or otherwise of an obscene character

(6) In relation to possession of an image in Northern Ireland, an “extreme image” is an image which

(a) falls within subsection (7) or (7A), and

(b) is grossly offensive, disgusting or otherwise of an obscene character.

(7) An image falls within this subsection if it portrays, in an explicit and realistic way, any of the following—

(a) an act which threatens a person's life,

(b) an act which results, or is likely to result, in serious injury to a person's anus, breasts or genitals,

(c) an act which involves sexual interference with a human corpse, or

(d) a person performing an act of intercourse or oral sex with an animal (whether dead or alive), and a reasonable person looking at the image would think that any such person or animal was real.

- ลักษณะรุนแรง
- 1) เป็นการกระทำความผิดต่อบุคคลที่อยู่ในภาพลามกอนาจารที่มีลักษณะรุนแรง
  - 2) “ภาพลามกอนาจาร” ที่มีลักษณะรุนแรง คือ
    - (ก) ภาพลามกอนาจารและ
    - (ข) เป็นภาพที่มีลักษณะรุนแรง
  - 3) ภาพลามกอนาจารเป็นภาพที่มีลักษณะรุนแรง โดยธรรมชาติให้สันนิษฐานไว้ก่อนเป็นการผลิตขึ้นโดยวัตถุประสงค์เพื่อกระตุ้นความต้องการหรือเร้าอารมณ์ทางเพศเท่านั้น
  - 4) ในกรณีที่พบภาพในความครอบครองของบุคคลนั้น เป็นส่วนหนึ่งของชุดภาพ (รูปที่เป็นส่วนหนึ่งของชุดภาพ) คำถามที่ว่าภาพที่มีลักษณะดังที่กล่าวใน (3) หมายถึง
    - (ก) ภาพนั่นเองและ
    - (ข) (ถ้าชุดของภาพนั้นสามารถสื่อถึงการเป็นภาพลามกอนาจารได้ เช่น ภาพนั้นเป็นส่วนประกอบของภาพชุดนั้น และ เมื่อพิจารณาถึงภาพเหล่านี้โดยรวมแล้วจะไม่มีลักษณะหรือเหตุผลที่จะพิจารณาได้ว่าเป็นตามลำพัง สำหรับวัตถุประสงค์ในการกระตุ้นทางเพศ (Sexual Arousal) แม้จะมีบางภาพที่จะไม่ใช่เป็นภาพลามกอนาจารก็ตาม
  - 5A) “ภาพลามกอนาจารที่มีลักษณะรุนแรง” ในอังกฤษและเวลส์คือภาพที่
    - (ก) ภาพที่อยู่ภายใต้ (7) หรือ (7A) และ

---

(7A) An image falls within this subsection if it portrays, in an explicit and realistic way, either of the following

- (a) an act which involves the non-consensual penetration of a person's vagina, anus or mouth by another with the other person's penis, or
- (b) an act which involves the non-consensual sexual penetration of a person's vagina or anus by another with a part of the other person's body or anything else, and a reasonable person looking at the image would think that the persons were real.

(7B) For the purposes of subsection (7A)

- (a) penetration is a continuing act from entry to withdrawal;
- (b) “vagina” includes vulva

(8) In this section “image” means

- (a) a moving or still image (produced by any means); or
- (b) data (stored by any means) which is capable of conversion into an image within paragraph (a).

(9) In this section references to a part of the body include references to a part surgically constructed (in particular through gender reassignment surgery).

(ข) เป็นกระทำความลามกอนาจารที่รุนแรง, น่าขยะแขยง หรือลักษณะ  
อย่างอื่นอันมีลักษณะลามกอนาจาร

6) การครอบครองภาพในไอร์แลนด์เหนือ ภาพที่มีลักษณะรุนแรง คือ

(ก) ภาพที่อยู่ภายใต้ (7) หรือ (7A) และ

(ข) เป็นกระทำความลามกอนาจารที่รุนแรง, น่าขยะแขยง หรือลักษณะ  
อย่างอื่นอันมีลักษณะลามกอนาจาร

7) ภาพภายใต้มาตรา 7A ภาพที่มีลักษณะชัดแจ้งและเสมือนจริง (Realistic  
Way) หมายถึงภาพ

(ก) ภาพที่มีลักษณะที่มีการกระทำข่มขู่หรือคุกคามต่อชีวิตของ  
บุคคล

(ข) ภาพที่เป็นการกระทำที่มีผลหรือมีแนวโน้มที่จะทำให้ได้รับ  
อันตรายสาหัสที่ทวารหนัก, หน้าอก, อวัยวะเพศ

(ค) ภาพที่มีการกระทำทางเพศกับศพของมนุษย์หรือ

(ง) ภาพบุคคลที่กระทำ, การร่วมประเวณี หรือการร่วมประเวณีทาง  
ปาก ร่วมประเวณีกับสัตว์ (ไม่ว่าจะตายหรือมีชีวิตอยู่) และมีเหตุผลอันควรที่เชื่อได้ว่าบุคคลหรือสัตว์  
ดังกล่าวเป็นของจริง 4

7A) ภาพที่มีลักษณะชัดแจ้งและเสมือนจริง ภายใต้อนุมาตรา 7A คือภาพ  
ที่มีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง

(ก) การข่มขืนหรือการร่วมเพศที่อีกฝ่ายไม่ยินยอม (Non-consensual),  
การล่วงล้ำอวัยวะเพศหญิง (Penetration) ช่องในอวัยวะเพศหญิง (Vagina) ทวารหนักหรือช่องปาก  
โดยสิ่งของอย่างอื่น หรืออวัยวะเพศชายของบุคคลอื่น

(ข) การข่มขืนหรือการร่วมเพศที่อีกฝ่ายไม่ยินยอม (Non-Consensual),  
การล่วงล้ำอวัยวะเพศหญิง (Penetration) ช่องในอวัยวะเพศหญิง (Vagina) ทวารหนักหรือช่องปาก  
ด้วยอย่างอื่นโดยใช้ ส่วนของร่างกายของบุคคลอื่น หรือสิ่งอื่น ๆ และมีเหตุผลอันควรที่เชื่อได้ว่าบุคคล  
หรือสัตว์ดังกล่าวเป็นของจริง

7B) โดยวัตถุประสงค์ของอนุมาตรา 7A)

(ก) การล่วงล้ำอวัยวะเพศหญิง คือ การกระทำอย่างต่อเนื่องจากเข้า  
จนถึง การชักออก (Continuing Act from Entry to Withdrawal)

(ข) “ช่องคลอด” (Vagina) รวมถึงปากช่องคลอดหรือแคมช่องคลอด  
(Vulva)

8) คำว่า “ภาพ” ในอนุมาตรา 7A หมายถึง

(ก) ภาพเคลื่อนไหวหรือภาพนิ่ง (ไม่ว่าจะผลิตโดยวิธีการใด ๆ); หรือ

(ข) ข้อมูล (ไม่ว่าจะจัดเก็บโดยวิธีการใด ๆ) ที่สามารถแปลงเป็น  
รูปภาพตาม (ก)

9) ในการถึงส่วนต่าง ๆ ของร่างกายในมาตรา 7A ให้หมายรวมถึงส่วนที่  
สร้างโดยศัลยกรรม (โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการผ่าตัดเปลี่ยนเพศใหม่)

ซึ่งกฎหมายนี้ได้กำหนดโทษไว้ในมาตรา 67 มีทั้งจำคุกและปรับ โดยโทษจำคุกมีอัตราโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี

### 3.2.2 ตัวอย่างคำพิพากษาศาลสหราชอาณาจักร

#### 1) ความหมายของการครอบครอง

(1) คดี Atkins v. DPP โดยศาลสูง (High Court Queen's Bench Division) คดีนี้ มีประเด็นว่า ผู้ที่ครอบครองภาพลามกอนาจารเด็กเก็บไว้ในหน่วยความจำ Cache จะถือว่าเป็นการครอบครองภาพลามกอนาจารเด็กด้วยหรือไม่

ข้อเท็จจริงมีว่า จำเลยซึ่งเป็นอาจารย์มหาวิทยาลัยบริสตอล (University of Bristol) ได้ใช้คอมพิวเตอร์ในที่ทำงานเชื่อมต่อ กับอินเทอร์เน็ตผ่านทางเครือข่ายมหา วิทยาลัยและเครือข่ายของบริษัท Viglin Computer เรียกดูภาพลามกอนาจารเด็กจากเว็บไซต์ต่าง ๆ โดยที่เว็บเบราว์เซอร์ (Web Browser) ซึ่งจำเลยใช้ได้สร้างข้อมูล ของภาพลามกเด็กดังกล่าวในรูปแบบของหน่วยความจำ Cache เก็บไว้ในคอมพิวเตอร์ของจำเลยโดย อัตโนมัติโดยที่ตัวจำเลยเองไม่รู้และไม่เคยมีความรู้ใด ๆ เกี่ยวกับหน่วยความจำ Cache มาก่อน ต่อมา เพื่อนร่วมงานของจำเลยได้มาพบข้อมูลภาพลามกอนาจารเด็กที่อยู่ในหน่วยความจำ Cache ดังกล่าวโดยบังเอิญ จึงแจ้งแก่ทางเจ้าหน้าที่ตำรวจ จำเลยจึงถูกจับกุมดำเนินคดี

ศาล Magistrate: ซึ่งเป็นศาลชั้นต้น ได้พิพากษาว่าการที่เว็บเบราว์เซอร์ ของจำเลยได้เก็บข้อมูลของภาพลามกอนาจารของเด็กในรูปแบบของหน่วยความจำ Cache ไม่ว่า จำเลยจะรู้หรือไม่ก็ตามถือได้ว่าจำเลยได้มีการครอบครองภาพลามกอนาจารเด็กแล้ว คดีได้ขึ้นสู่ศาลสูง Queen's Bench ซึ่งศาล Queen's Bench ได้พิจารณาพิพากษากลับคำพิพากษาของศาล Magistrate ว่า การที่จะถือว่าจำเลยมีไว้ในครอบครองซึ่งภาพลามกอนาจารนั้นจะต้องมีองค์ประกอบภายในด้วย กล่าวคือ จำเลยจะต้องรู้ว่าหน่วยความจำ Cache สามารถถูกสร้างขึ้นได้โดยอัตโนมัติ เมื่อมีการใช้งาน เว็บเบราว์เซอร์ เข้าไปเรียกดูข้อมูลจากเว็บไซต์ต่าง ๆ และจะต้องรู้ด้วยว่าภาพลามกอนาจารเด็กได้ถูกเก็บไว้ในหน่วยความจำ Cache ดังกล่าว แต่จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นปรากฏว่าจำเลยไม่มีความรู้ใด ๆ เกี่ยวกับ หน่วยความจำ Cache เลย อีกทั้งไม่รู้ว่าภาพลามกอนาจารเด็กถูกเก็บไว้ในเครื่องคอมพิวเตอร์ของตน หลังจากเลิกใช้งานเว็บเบราว์เซอร์แล้ว จึงถือไม่ได้ว่าจำเลยมีไว้ในครอบครองซึ่งภาพลามกอนาจารเด็ก จึงพิพากษายกฟ้อง<sup>167</sup> คดีนี้ มีประเด็นข้อพิจารณาสำคัญ 2 ประการ คือ

(ก) การมีภาพลามกไว้ในหน่วยเก็บความจำชั่วคราว (Stored on the Cache)<sup>168</sup> ของระบบคอมพิวเตอร์ (Computer System) เป็นความผิดตามกฎหมาย Criminal Justice Act 1998 มาตรา 160 (1) หรือไม่

<sup>167</sup> จอมพล พิทักษ์สันตโยธิน, “ความผิดฐานครอบครองสื่อลามกเด็กในระบบคอมพิวเตอร์ ตามกฎหมายอังกฤษ,” *เรื่องเดิม*, หน้า 20.

<sup>168</sup> แคช (Cache) เป็นหน่วยความจำชนิดหนึ่งซึ่งมีความเร็วในการเข้าถึงและถ่ายโอนข้อมูลสูง โดยจะมีหน้าที่เก็บข้อมูลที่มีการใช้งานบ่อย ๆ เพื่อเวลาที่ซีพียู (CPU) ต้องการใช้อัดนั้น ๆ ก็

(ข) การดาวน์โหลดหรือบันทึกภาพลามกนารจากอินเทอร์เน็ตไว้ในไดรฟ์ (Drive) ของระบบคอมพิวเตอร์ จะถือว่าเป็นความผิดฐานทำภาพลามกนาร (Making of an Indecent Photograph) ตามกฎหมาย POCA มาตรา 1(1) หรือไม่

ในประเด็นแรกศาลชั้นต้น (Magistrate' Court) ได้ให้ความเห็นว่า แม้ว่าภาพที่เรียกดูจากเว็บเพจ (Web Page) สามารถเก็บรักษาในหน่วยความจำชั่วคราว (Cache) ของคอมพิวเตอร์ โดยไม่รู้ถึงการมีอยู่ของภาพหรือไม่มีเจตนาจะเรียกดูกล่าวคือ เป็นการเก็บรักษาโดยอัตโนมัติของระบบคอมพิวเตอร์ แม้จะเป็นการเข้าเว็บเพจโดยไม่ตั้งใจก็ตาม ไม่มีใครรู้ว่าโดยปกติคอมพิวเตอร์ที่บ้านถูกตั้งค่าให้เก็บรักษาภาพโดยอัตโนมัติ ซึ่งการครอบครองในความเห็นของศาล Magistrate นั้นเห็นว่า เป็นความผิดที่จะต้องรับผิดชอบอย่างเคร่งครัด (Offence of Strict Liability) และความผิดนั้น เกิดขึ้นตั้งแต่ที่ภาพถูกเก็บรักษาไว้ในหน่วย ความจำชั่วคราวของคอมพิวเตอร์ (Computer's Cache) แล้ว

แต่ศาลสูง Queen's Bench ได้อธิบายว่า การครอบครองไม่ใช่การกระทำความผิดที่จะต้องรับผิดชอบอย่างเคร่งครัด (Not an Offence of Strict Liability) ดังที่ศาลชั้นต้นอธิบายกล่าวคือ การครอบครองไม่ใช่ความผิดที่จะต้อง รับผิดชอบเสมอไป ดังเช่นคดีที่จะยกตัวอย่างต่อไปนี้คือ คดี R v. Steele<sup>169</sup> ข้อเท็จจริงของคดีนี้คือจำเลยถูกจับในข้อหาใช้อุปกรณ์ไว้ในความครอบครอง จำเลยอ้างว่าเขาไม่รู้ว่าในกระเป๋าเดินทางใบใหญ่ (Hold All) ที่เขาครอบครองนี้มีอาวุธปืนบรรจุอยู่ข้างใน ซึ่งในการเทียบเคียงความผิด ศาล Queen's Bench เห็นว่าการเก็บรักษาไว้ชั่วคราวในกระเป๋านั้นไม่ใช่การครอบครองอาวุธปืน และคดี R v. Collier<sup>170</sup> ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า จำเลยรู้ว่าตนมีภาพลามกอยู่ในความครอบครอง คือมีอยู่ใน CD-ROMs แต่จำเลยอ้างว่าเขาไม่รู้ว่ามันเป็นภาพลามกเด็ก (Indecent Sexual Images of Children) เนื่องจากมีภาพโฆษณาซึ่งมีภาพลามกนารเด็กอยู่ในด้านท้ายของแผ่นซีดี ซึ่งเขาไม่อาจคาดหมายได้ว่ามีภาพลามกนารดังกล่าวอยู่ ดังนั้นเมื่อจำเลยไม่รู้ว่าเขาครอบครองสื่อลามกเด็กจำเลยจึงหลุดพ้นจากข้อหาสื่อลามกเด็กไว้ในครอบครอง (Should be Acquitted) กล่าวคือ การจะมีความผิดฐาน ครอบครองสื่อลามกเด็กนั้นจะต้องรู้ว่าสิ่งที่ครอบครองเป็นสื่อลามกเด็กด้วย หากมีการครอบครองแต่ ไม่รู้ว่าเป็นสื่อลามกเด็กก็ไม่ถือว่ามี ความผิดฐานครอบครองสื่อลามกเด็ก

โดยปกติคอมพิวเตอร์จะไม่มีค่าให้เก็บรักษาภาพโดยอัตโนมัติหรือไม่มีใครรู้ว่าคอมพิวเตอร์มีการเก็บรักษาชั่วคราวอยู่ด้วย ผลที่ตามมาจากการเรียกดูภาพลามกบนอินเทอร์เน็ต คือ

---

จะค้นหาได้อย่างรวดเร็ว ซึ่งในปัจจุบันได้นำแคชมาใช้ร่วมกับซีพียู โดยมีเพิ่มหน่วยความจำแคช (Cache Memory) ไว้ภายในชิป เพื่อช่วยให้ซีพียูสามารถเรียกข้อมูลที่ใช้บ่อยผ่านแคชมาใช้ได้เร็ว ยิ่งขึ้นกว่า การไปโหลดข้อมูลจากหน่วยความจำข้างนอกซีพียูผ่านบัส ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้ซีพียูที่มีแคชทำงานได้เร็วกว่า ซีพียูที่ไม่มีแคชในคณะที่ใช้ความถี่สัญญาณนาฬิกาเดียวกัน ซึ่งหน่วยความจำแคชก็มีหลาย ระดับ คือ แคชระดับ (L1 Cache) แคชระดับ2 (L2 Cache) และแคชระดับ (L3 Cache)

<sup>169</sup> ดูเพิ่มเติมในคดี R v. Steele (1993) Crim LR 298.

<sup>170</sup> ดูเพิ่มเติมได้ในคดี Similarly in Collier (2004) EWCA Crim 1411

ภาพเหล่านั้นจะถูกเก็บรักษาไว้ชั่วคราวโดยอัตโนมัติเช่นกัน ดังนั้นในคดี *Atkins v. DPP; Goodland v. DPP* ความผิดฐานครอบครองจึงเป็นอันตกไป (Struck Down)

อย่างไรก็ตาม ในคดี *Goodland v. DPP* นอกจากศาลสูง Queen's Bench จะกลับคำตัดสินของศาล Magistrate แล้วยังได้อธิบายว่า การที่จำเลยทำการดาวน์โหลดภาพอันไม่เหมาะสมของเด็กมาเก็บไว้ในคอมพิวเตอร์ของตนไม่ถือเป็นการกระทำความผิดฐานครอบครอง (Possession) ตามมาตรา 1(1)(c) ของ *The Protection of Children Act 1978* หากแต่เป็นความผิดฐาน ทำให้มีขึ้น (Making) ซึ่งภาพลามกอนาจารเด็ก ตามมาตรา 1(1)(a) แห่ง *The Protection of Children Act 1978* (แก้ไขเพิ่มเติมโดย มาตรา 84 แห่ง *The Criminal Justice and Public Order Act 1994*) ซึ่งศาลได้อธิบายว่า การทำให้มีขึ้น (Making) หมายถึง การก่อให้เกิดสิ่งนั้นมีตัวตนดำรงอยู่ (To Cause to Exist) กระทำการให้สิ่งนั้นเกิดขึ้น (To Produce by Action) และ เป็นเหตุให้สิ่งนั้นมีขึ้น (To Bring About)<sup>171</sup> ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงสภาพโดยปกติของการดาวน์โหลด ข้อมูลมาเก็บไว้ในคอมพิวเตอร์ซึ่งมีลักษณะเป็นการสร้างสำเนาจากข้อมูลต้นฉบับแล้วนำมาเก็บไว้บนหน่วยความจำฮาร์ดดิสก์ก็อาจถือได้ว่าการกระทำของจำเลยเป็นการสร้างสำเนาภาพอันไม่เหมาะสม ของเด็กขึ้นมาอีกชุด อันเป็นสาเหตุให้ศาล Queen's Bench เห็นว่าการกระทำของจำเลยเป็นความผิดฐาน ทำให้มีขึ้น (Making) นอกจากนี้ การทำยังหมายความรวมถึงการบันทึก (Saving) และการพิมพ์ (Printing) ภาพจากอินเทอร์เน็ต แต่อย่างไรก็ตามศาลได้เน้นย้ำว่า ถ้าภาพถูกบันทึกลงไว้ในหน่วยเก็บความจำชั่วคราวโดยไม่ได้ตั้งใจ นั่นก็ไม่ใช่การ “ทำ” ซึ่งเหมือนกับว่ามีคน ๆ หนึ่งเปิดไฟล์ที่แนบมา โดยไม่รู้ว่ามีมันคือภาพการล่วงละเมิดเด็ก (Image of Child Abuse) ดังนั้น คน ๆ นั้นไม่มีเจตนา (No Mensrea) ที่จะกระทำความผิดฐานการครอบครองหรือการสร้าง<sup>172</sup>

ต่อประเด็นนี้ Dr.Yaman Akdeniz ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายไซเบอร์ (Cyberlaw) ของอังกฤษเห็นว่า ความผิดฐานทำให้มีขึ้น (Making) นั้นไม่น่าจะหมายความรวมถึงการ ดาวน์โหลดภาพมาเก็บไว้<sup>173</sup> ควรจะเป็นความผิดฐานครอบครองมากกว่า ซึ่งผู้เชี่ยวชาญก็มีความเห็นในทำนองเดียวกัน กล่าวคือ ถึงแม้ว่าในทางเทคนิคแล้วการดาวน์โหลดข้อมูลจากอินเทอร์เน็ตมาเก็บไว้ในฮาร์ดดิสก์จะมีลักษณะเป็นการสร้างสำเนาข้อมูลมาเก็บไว้ แต่ถ้าพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของการดาวน์โหลด จะเห็นได้ว่าผู้ดาวน์โหลดมีความต้องการที่จะได้ข้อมูลนั้น ๆ มาไว้ในความครอบครอง

<sup>171</sup> Lilian Edwards, ‘Pornography and the Internet’ in *Law and the Internet: A Framework for Electronic Commerce*, L. Edwards and C. Waelde, eds. (Oxford: Hart, 2000), pp. 285-286 อ้างถึงใน จอมพล พิทักษ์สันตโยธิน, “ความผิดฐานครอบครองสื่อลามกเด็กในระบบคอมพิวเตอร์ตามกฎหมายอังกฤษ,” *เรื่องเดิม*, หน้า 21.

<sup>172</sup> ดูเพิ่มเติมได้ในคดี *Smith and Jayson* (2002) EWCA Crim 683

<sup>173</sup> Yaman Akdeniz, *Internet Child Pornography and the Law: National and International Responses*, *op. cit.*, p. 51.

มากกว่ามีเจตนาที่จะสร้างสำเนาของข้อมูลนั้นขึ้นมาใหม่ หากแต่ว่าการสร้างสำเนาข้อมูลขึ้นมาใหม่ เป็นวิธีการทางเทคนิคที่จำเป็นเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลนั้น<sup>174</sup>

นอกจากนี้ ยังไม่ต้องรับผิดชอบใน กรณีที่มีการส่งภาพลามกอนาจารเด็ก แบนภาพที่ผิดกฎหมาย เช่น อีเมล โลก ส่งไปยังบุคคลที่ไม่พึงประสงค์ (Sent Unsolicited to a Party) แม้จะมีการเปิดดู แต่ไม่ได้เก็บไว้นานกว่าเวลาที่เหมาะสมคือ นานกว่าการเปิดดูภาพนั้น ๆ (So Long as Having Opened It They Do Not Retain It for Longer Than a Reasonable Time) กล่าวคือ แม้การได้รับไฟล์ภาพที่ผิดกฎหมายมาจากโปรเซสซิงอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งถูกส่งมาจากบุคคลที่ไม่พึงประสงค์จะระบุนามได้ การเปิดไฟล์ภาพดังกล่าวดูถ้าไม่ได้เก็บรักษาไว้ก็ไม่มีคามผิด

หัวใจสำคัญในประเด็นเรื่องการครอบครองคือ บุคคลคนหนึ่งต้องมีความคิดที่จะมี วัสดุอยู่ในความดูแลหรือการควบคุมของตน (Idea of Having the Material in One's Custody or Control) โดยที่ไม่มีความจำเป็นที่จะพิสูจน์ว่าบุคคลนั้นมีเอกสิทธิ์ในการครอบครองวัสดุ (So Long as the Tribunal of Fact has Evidence before It that a Person had the Material in his Possession)

การที่บุคคลจะมีโทษเกี่ยวกับการครอบครองได้ บุคคลนั้นจะต้องสามารถควบคุม (Custody or Control) สิ่งของตนครอบครองไว้ได้ มิใช่แค่มีเอาไว้เท่านั้น ในคดี Porter R.<sup>175</sup> จำเลย เคยมีสื่อลามกอนาจารไว้ในคอมพิวเตอร์ แต่ลบไปแล้วจากเครื่อง และลบซ้ำอีกในถังขยะ (Recycle Bin) แต่อัยการอ้างว่ายังคงมีอยู่ใน Cache File ซึ่งสามารถดึงข้อมูลกลับมาได้ แต่ศาลเห็นว่าจำเลย ไม่ได้มีความสามารถที่จะดึงข้อมูลเหล่านั้นกลับมาได้ เพราะเป็นเทคนิคทางคอมพิวเตอร์ที่จำเลยไม่ได้ มีความสามารถจะกระทำได้ จึงไม่ถือว่าจำเลยยังคงครอบครองสื่อลามกอนาจารอยู่

ในคดี Wrigley (2000, Unreported) จำเลยกำลังศึกษาปริญญาเอกอยู่ จึงให้ เหตุผลว่าที่ต้องมีสื่อเหล่านี้ไว้ก็เพื่อนำไปทำวิทยานิพนธ์ แต่ศาลก็ไม่ได้รับฟังข้ออ้างนั้น เพราะจำเลย ไม่สามารถแสดงให้ศาลเห็นได้ว่ามีความจำเป็นที่จะใช้สื่อลามกอนาจารเด็กเหล่านั้น

คดี R v. Collier (2005) ข้อเท็จจริงคือจำเลยส่งซื้อซีดีรอมหนังลามกผู้ใหญ่มา แต่ ในโฆษณาประกอบ (Trailer) มีฉากเด็กแสดงพฤติกรรมทางเพศร่วมกัน ศาลจึงวางหลักไว้ว่า จำเลย จะต้องรู้ว่าในภาพเป็นภาพของเด็กที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปีไม่เช่นนั้นจะถือว่าบุคคลนั้นกระทำความผิด ไม่ได้ จึงเป็นหน้าที่ของอัยการที่จะพิสูจน์ให้ได้ว่าเด็กในสื่อลามกอนาจารนั้นมีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี

คดี R v. Fellows and Arnold [1997] 2 All ER 548 ศาลได้อธิบายว่า มาตรา 1 และมาตรา 7 ของ The Protection of Children Act 1978 หมายรวมถึง ความผิดที่กระทำเกี่ยว เทคโนโลยี ดังนั้นจึงหมายรวมถึงการกระทำในรูปแบบ การทำสำเนาภาพ ในแผ่นดิสก์ ซึ่งไม่ได้หมายถึง

<sup>174</sup> จอมพล พิทักษ์สันตโยธิน, “ความผิดฐานครอบครองสื่อลามกเด็กในระบบคอมพิวเตอร์ ตามกฎหมายอังกฤษ,” *เรื่องเดิม*, หน้า 21.

<sup>175</sup> R. Porter v. Law and Policy

รูปภาพเพียงแต่อย่างเดียว แต่ยังรวมถึงการแปลงข้อมูลให้เป็นภาพที่เหมาะสมทำให้ปรากฏภาพทางหน้าจอและสามารถนำมาพิมพ์ซ้ำได้<sup>176</sup>

คดี R v. Jonathan Bowden ศาลได้ขยายความหมายของการทำหรือสร้างภาพบนอินเทอร์เน็ตไว้ โดยรวมถึงการปรับภาพและการดาวน์โหลดภาพจากอินเทอร์เน็ต คดีนี้จำเลยได้ทำการดาวน์โหลดภาพเด็กชายเป็นจำนวนมากจากอินเทอร์เน็ตและทำการปรับภาพดังกล่าวออกมา รวมถึงการเก็บบันทึกภาพดังกล่าวในคอมพิวเตอร์ดิสก์ เพื่อใช้งานส่วนตัวจึงเป็นความผิดฐานครอบครองภาพลามกอนาจารเด็กและยังมีความผิดสร้างภาพลามกอนาจารเด็ก เป็นความผิดมาตรา 1(1)(a)

## 2) การลบภาพที่มีเหตุผลอันชอบด้วยกฎหมาย

การลบภาพและข้อต่อสู้อันมีเหตุผลอันควร (Deleted Images and Legitimate Reason Defense)<sup>177</sup> ปัญหาสำคัญในการสืบสวน คือ กรณีที่บุคคลรู้ว่าตนได้ครอบครองภาพผิดกฎหมายที่เกี่ยวกับการลวนลามเด็กก็ชอบที่จะลบภาพเหล่านั้นจากฮาร์ดดิสก์ก่อนที่จะตำรวจจะมาถึง เช่นนี้เขายังจะถูกจับในความผิดฐานครอบครองหรือไม่ ซึ่งมีคดี R v. Porter (2006)<sup>178</sup> เป็นกรณีที่ตำรวจได้บุกเข้าไปที่บ้านของจำเลยและได้ยึดเครื่องคอมพิวเตอร์ สองเครื่องที่มีภาพลามกอนาจารเด็ก ทั้งภาพนิ่งและภาพเคลื่อนไหว โดยได้พบภาพ 3,575 ภาพและไฟล์ภาพยนตร์ (Movie Files) อีก 40 ไฟล์ที่เป็นภาพลามกอนาจารเด็ก แต่ปรากฏว่าภาพ 875 ภาพได้ลบไปแล้วอยู่ในถังขยะ (Recycle Bin) ที่ว่างเปล่าแล้ว แต่เจ้าหน้าที่ตำรวจก็สามารถกู้ภาพ เหล่านี้กลับมาได้โดยใช้โปรแกรมพิเศษทางนิติวิทยาศาสตร์ (Special Forensic Software) แต่ภาพ 2700 ภาพเหลืออยู่ในฐานข้อมูลของโปรแกรม ACDSsee ซึ่งโปรแกรมนี้ถูกออกแบบมาสำหรับการดูภาพกราฟิกและใช้โดยช่างภาพ เมื่อเปิดใน “แกลเลอรีวิว” โปรแกรมจะสร้างภาพ “ภาพขนาดเล็ก” ของภาพที่จะดู เหล่านี้ หากคลิกที่ภาพขนาดย่อรูปภาพเหล่านี้จะเป็นขนาดใหญ่และสามารถดูได้ ภาพขนาดใหญ่ทั้งหมดถูกลบไปแล้ว ผลของการลบภาพขนาดใหญ่ก็คือภาพขนาดเล็กไม่สามารถดูได้ในมุมมองแกลอรี แต่ร่องรอยของภาพขนาดย่อแต่ละภาพ ยังคงอยู่ในฐานข้อมูลของโปรแกรมไฟล์ 40 ไฟล์ ภาพยนตร์ 7 ไฟล์ และไฟล์ที่เหลืออีก 33 ไฟล์ถูกกู้คืนจากแคช (ไฟล์อินเทอร์เน็ตชั่วคราว) ของฮาร์ดดิสก์ทั้งสองตัว

ศาลชั้นต้น (First Instance) ถือว่าจำเลย Porter ครอบครองไฟล์ทั้งหมด โดยไม่คำนึงว่าเขาจะได้ลบหรือไม่ เพราะประเด็นสำคัญอยู่ที่ว่าเขาเคยรู้ถึงการครอบครองภาพผิดกฎหมายนั้นหรือไม่

ศาลอุทธรณ์ อธิบายว่า การที่จะพิจารณาว่าจำเลยยังมีการครอบครองภาพดังกล่าวอยู่หรือไม่การ “ครอบครอง” เป็นประเด็นข้อกฎหมาย (Matter of Law) หมายถึง มีบางสิ่งอยู่ในความอารักขาหรือควบคุม โดยรู้ว่ามีบางสิ่งอยู่ในอารักขาและควบคุม ถ้าบุคคลจงใจและเจตนาดาวน์โหลด

<sup>176</sup> Fabio Andre Silva Reis, **Regulating to Limit Access to Child Pornography on the Internet: A Multiple-Case Study** (Doctoral Dissertation, University of Sheffield, 2013), p. 173.

<sup>177</sup> Lilian Edwards, *op. cit.*, p. 637.

<sup>178</sup> Regina v. Ross Warwick Porter (2006) EWCA Crim 560 (16 March 2006)

โหลตรูปภาพนั้น คือการทำภาพนั้นขึ้นและเป็นการกระทำที่เสร็จแล้ว ถ้าได้กระทำโดยรู้ว่าภาพที่ดาวน์โหลดมานั้นเป็นภาพที่ลามกอนาจารเด็กหรือน่าจะเป็น (Likely to be) ภาพลามกอนาจารเด็ก อย่างไรก็ตามการที่จะพิจารณาว่าเขาครอบครองหรือไม่ก็ต้องดูองค์ประกอบภายในด้วยว่าเขารู้หรือไม่ว่าภาพเหล่านั้นเป็นภาพลามกอนาจาร

เช่นเดียวกับภาพที่ถูกลบ ศาลได้ให้เหตุผลว่า ในฮาร์ดดิสก์ มีไฟล์อยู่ ไฟล์มี 3 ประเภท คือ ไฟล์ปฏิบัติการ ไฟล์แอปพลิเคชันและไฟล์ข้อมูล แน่นอนว่า ไฟล์ข้อมูลไม่ใช่ไฟล์แอปพลิเคชันหรือไฟล์ปฏิบัติการ พยานสามารถพิสูจน์ได้ว่าผู้ใช้คอมพิวเตอร์สามารถเข้าถึงได้โดยปราศจากความลำบากใด ๆ และศาลเห็นว่าไฟล์ยังคงอยู่ในฮาร์ดดิสก์ แม้จะถูกลบ หรือสูญหาย แม้จะมีการลบไฟล์ไปแต่ ไม่ได้หมายความว่าไม่ได้อยู่ในความครอบครองของผู้ใช้ เพราะยังเป็นไฟล์ที่เขามีอยู่ในฮาร์ดดิสก์ ซึ่งอยู่ในความครอบครองของเขาคือคอมพิวเตอร์และฮาร์ดดิสก์ของเขา ปัญหาในการพิจารณาในกรณีนี้จึงอยู่ที่ว่าเขา “รู้หรือไม่ว่าภาพนั้นเป็นภาพลามกอนาจารหรือน่าจะเป็น (Likely to be) ภาพลามกอนาจาร ต้องพิจารณาว่าจำเลยยังคงมีความสามารถในการควบคุม เก็บรักษา (Control and Custody) ภาพเหล่านั้นได้อยู่หรือไม่ หากจำเลยได้กระทำการลบ ภาพลามกอนาจารเด็กออกไปโดยไม่สามารถที่จะกู้ภาพนั้น ๆ กลับคืนมาได้อีก ก็ไม่อาจถือได้ ว่าจำเลยยังคงมีการครอบครองภาพลามกอนาจารเด็กดังกล่าวอยู่ แม้ว่าในความเป็นจริงข้อมูลของภาพที่ถูกลบไปแล้วนั้น ยังคงเหลือค้างอยู่ในหน่วยความจำฮาร์ดดิสก์ก็ตาม<sup>179</sup> แต่ในทางตรงกันข้าม หากจำเลยได้ทำการลบภาพออกไปแล้ว แต่ยังคงมีความสามารถที่จะเรียกคืนภาพเหล่านั้นได้อยู่ เช่นนี้ ถือว่าจำเลยยังคงไว้ซึ่งการครอบครองภาพลามกอนาจารเด็กอยู่ อุทธรณ์ของ Porter ฟังขึ้น (In this particular case, Porter's Appeal was Successful) ศาลจึงให้คณะลูกขุนเป็นผู้พิจารณาใหม่ว่าจำเลยมีความรู้ความสามารถทางคอมพิวเตอร์พอที่จะกู้ภาพที่ถูกลบไปแล้วกลับมาได้หรือไม่ และให้พิจารณาถึงหลักฐานว่าจำเลยโปรแกรมมี สำหรับการกู้ ข้อมูลด้วยหรือไม่<sup>180</sup>

ท้ายที่สุดข้อโต้แย้งของจำเลยในคดีนี้อาจเปิดช่องให้ผู้ถ่ายภาพทั้งหลายใช้ข้ออ้างดังกล่าวเป็นข้อต่อสู้ที่มีเหตุผลโดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้พ้นจากความผิดได้

ในคดี R v. Boyesen<sup>181</sup> ศาลได้อธิบายว่า “การครอบครองเป็นแนวคิดง่าย ๆ ที่หมายถึงการควบคุมทางกายภาพหรือการควบคุมตัวของสิ่งของนั้น รวมทั้งการรู้ของคุณในการมีสิ่งนั้นอยู่ในการครอบครองหรือควบคุม” อย่างไรก็ตาม มีข้อพิจารณาว่า ความจริงที่ว่า การครอบครอง

<sup>179</sup> โดยปกติแล้ว หากทำการลบข้อมูล (Delete) ข้อมูลนั้นจะไม่ถูกลบออกจากหน่วยความจำ Hard Disk โดยทันที แต่จะกลายเป็นข้อมูลที่ไม่สามารถเรียกกลับมาดูได้แทน (Inactive) โปรแกรมบางประเภทสามารถที่จะกู้เอาข้อมูลที่ถูกลบทิ้ง ดังกล่าวกลับมาดูได้อีก อย่างไรก็ตาม การที่จะลบข้อมูลดังกล่าวโดยถาวรนั้น กระทำได้ 2 วิธี คือ ทำการล้าง (Format) หน่วยความจำ Hard Disk หรือ ต้องรอให้มีข้อมูลใหม่มาบันทึกทับข้อมูลเก่าที่ถูกลบแต่อยู่ในสถานะไม่อาจเรียกกลับมาดูได้เสียก่อน

<sup>180</sup> Yaman Akdeniz, *Internet Child Pornography and the Law: National and International Responses*, *op. cit.*, pp. 38-40.

<sup>181</sup> R v. Boyesen (1982) AC 768, 773H

ภาพถ่ายหรือภาพเสมือนจริงบนฮาร์ดแวร์ของคอมพิวเตอร์แตกต่างจากการครอบครองยาเสพติดอย่างไรก็ตาม ในการค้นหาความหมายของ “ครอบครอง” ในส่วน 160 (1) เราไม่เห็นด้วยเหตุผลใดที่จะไม่นำแนวคิดเรื่องครอบครองหรือการควบคุมภาพ ในกรณีภาพในคอมพิวเตอร์ที่ถูกกล่อบุคคลใดไม่สามารถเรียกค้นหรือเข้าถึงภาพได้ในมุมมองของเราเราจะถือว่าเขากระทำความผิดไม่ได้ เพราะเป็นการนอกเหนือการควบคุมของเขา เช่นเดียวกับคนที่ทำลายหรือมีฉะนั้นจะได้รับการกำจัดของรูปถ่ายสำเนายาก ด้วยเหตุนี้ จึงไม่เห็นด้วย ที่จะกล่าวว่าคุณค่าที่ไม่สามารถเรียกภาพจากฮาร์ดดิสก์จะมีความผิดในกรณีครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก เพราะว่าครอบครองของฮาร์ดดิสก์และเครื่องคอมพิวเตอร์

### 3) การโฆษณาแบบผุดขึ้นหรือป๊อปอัพ (Pop-Ups)

การโฆษณาแบบผุดขึ้นหรือป๊อปอัพ (Pop-Ups)<sup>182</sup> ป๊อปอัพเป็นอีกเรื่องที่น่าสนใจ เพราะเป็นสิ่งที่พบเห็นบนหน้าเว็บเพจอยู่เสมอ และเป็นธรรมดาที่อินเทอร์เน็ตกลายเป็นเครื่องมือที่นิยมสำหรับการแพร่กระจายของสื่อลามก ในทุกรูปแบบ และป๊อปอัพก็เป็นอีกวิธีหนึ่งที่มีบุคคลพยายามจงใจแสวงหาภาพลามกเด็ก โดยทำผ่าน โปรแกรมป๊อปอัพอัตโนมัติเผยแพร่บนอินเทอร์เน็ตป๊อปอัพเป็นส่วนที่แพร่หลายในชีวิตออนไลน์ (A Ubiquitous Part of Online Life) มากเสียจนจำนวนโปรแกรมเชิงพาณิชย์ไม่สามารถป้องกันการดำเนินงานของพวกเขา (So Much So That a Number of Commercial Programs are Available to Prevent Their Operation) ซึ่งสามารถพบป๊อปอัพได้บนเว็บไซต์ เช่น เว็บไซต์หนังสือพิมพ์ที่มีพื้นที่เพื่อใช้เป็นกลไกในการโฆษณา และใช้เพื่อส่งเสริมภาพยนตร์เรื่องล่าสุด เกมออนไลน์ หรือ หนังสือเล่มใหม่ เป็นต้น

ประเภทของป๊อปอัพในเว็บไซต์ลามกอนาจารนั้นอาจจะมีการโฆษณาบน หน้าเว็บเพจ (Web Page) โดยเฉพาะหรือว่าสามารถเข้าได้อย่างง่ายในหน้าต่างใหม่ (Easily be an Entire New Window) โดยแสดงเว็บไซต์ที่แตกต่างกันแต่ละแบบจะย่อขนาดของภาพให้เล็ก ('Thumbnails' of Pictures) เพื่อให้ใช้บนเว็บไซต์ได้ (Can be Obtained on the Site) ปัญหาที่ยุ่งยากของป๊อปอัพคือ ผู้ใช้ไม่สามารถควบคุมการดำรงอยู่ของมัน ได้ (No Control Over Its Existence) ซึ่งขึ้นอยู่กับ การตั้งค่าของหน่วยความจำชั่วคราวโดยภาพที่มีอยู่ในป๊อปอัพจะถูกดาวน์โหลดลงในหน่วยความจำชั่วคราวโดยที่ไม่มีการรับประกันว่าภาพนั้นจะถูก กฎหมายหรือไม่ (No Guarantee That the Images will be Lawful) ด้วยเหตุนี้จึงมีการตั้ง ข้อสงสัยเกิดขึ้นว่าจะเกิดอะไรขึ้นถ้าผู้ใช้ได้ปิดป๊อปอัพ ทั้งที่ว่าภาพนั้นจะถูกบันทึกไว้ในหน่วยความจำ ชั่วคราวแล้ว ซึ่งมีคดีเกิดขึ้นแล้วคือ R v. Harrison<sup>183</sup> ในชั้นอุทธรณ์ ผู้อุทธรณ์ได้เข้าถึงเว็บไซต์ลามก ที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีภาพลามกเด็กปรากฏขึ้นใน ลักษณะป๊อปอัพระบบอัตโนมัติ โดยที่ผู้อุทธรณ์ และผู้ออกเว็บไซต์ไม่ได้เป็นคนสร้างป๊อปอัพขึ้นมา แต่ คณะลูกขุนเห็นว่าจะต้องพิจารณาว่าผู้อุทธรณ์รู้ หรือไม่ว่าเว็บไซต์ดังกล่าว รวมถึงเว็บไซต์อื่น ๆ ด้วยว่ามีภาพลักษณะป๊อปอัพอยู่หรือไม่ หากเข้าเว็บไซต์ ดังกล่าวนั้น คณะลูกขุนวินิจฉัยว่า ผู้อุทธรณ์รู้ อยู่แล้วว่าเว็บไซต์ดังกล่าวนี้มีภาพลามกที่เป็น ลักษณะป๊อปอัพอยู่บนเว็บไซต์ซึ่งภาพลามกนั้นอาจเป็น ภาพลามกเด็กก็ได้ ซึ่งบุคคลที่ถูกจับในข้อหาความผิดภายใต้มาตรา 1 ของกฎหมาย POCA ปี ค.ศ.

<sup>182</sup> Alisdair Gillespie, *op. cit.*, pp. 124-126.

<sup>183</sup> ดูเพิ่มเติมในคดี R v. Harrison (2008) 1 Cr App R 29.

1978 นี้ไม่สามารถยกข้อต่อสู้ได้แม้ว่าจะเป็นการทำ (Make) หรือการครอบครองทั่วไป (Simple Possession) เกี่ยวกับภาพลามกเด็ก<sup>184</sup>

แต่อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติฉบับนี้ ให้สิทธิในการพิสูจน์ได้ในกรณีที่บุคคลถูกกล่าวหาในความผิดตามมาตรา 1 (b) หรือ (c) ดังนี้<sup>185</sup>

(a) ผู้นั้นมีเหตุผลโดยชอบด้วยกฎหมายในการเผยแพร่หรือนำ ออกแสดงซึ่งภาพ หรือภาพเสมือนจริง แล้วแต่กรณี โดยมีภาพเหล่านั้นอยู่ในครอบครองของผู้มี หรือ

(b) ผู้มีไม่ได้ดูภาพลามกหรือภาพเสมือนจริง และไม่รู้ อีกทั้งไม่มีเหตุ อันควรสงสัยใดเกี่ยวกับสิ่งลามกเหล่านั้น

บทลงโทษสำหรับความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกเด็กตามกฎหมายนี้ ปรากฏอยู่ในมาตรา 6<sup>186</sup> โดยมีใจความสำคัญดังนี้

(1) ความผิดภายใต้พระราชบัญญัติฉบับนี้ให้ลงโทษทั้งการพิพากษาคดีอุกฉกรรจ์หรือมีคำพิพากษาถึงที่สุด

(2) บุคคลผู้ถูกพิพากษาว่าได้กระทำความผิดไม่ว่าความผิดฐานใดตามพระราชบัญญัตินี้จะต้องโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ

(3) บุคคลผู้ถูกพิพากษาถึงที่สุดไม่ว่าความผิดฐานใดตามพระราชบัญญัตินี้ ระวังโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินจำนวนตามที่กำหนดไว้ตามวัตถุประสงค์ของมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติ Magistrates' Courts Act 1980 (การลงโทษปรับอาจใช้วิธีพิจารณาคดีได้สอง แบบ คือ ปรับหนึ่งพันปอนด์ หรือตามคำสั่งพระราชบัญญัตินี้ หรือทั้งสองอย่าง

4) อายุของบุคคลที่เสียหาย

ในเรื่องความสำคัญผิดในอายุของเด็กผู้เสียหายนั้นกฎหมายอังกฤษไม่อนุญาตให้ยกขึ้นแก้ตัว<sup>187</sup> และมีคำพิพากษาเป็นบรรทัดฐานในแนวเดียวกัน เช่นตัวอย่างที่ขึ้นไปสู่การพิจารณา

<sup>184</sup> Alisdair Gillespie, *op. cit.*, p. 147.

<sup>185</sup> Protection of Children Act 1978 sec. 1 Where a person is charged with an offence under subsection (l) (b) or (c), it shall be a defence for him to prove

(a) that he had a legitimate reason for distributing or showing the photographs or pseudo-photographs or (as the case may be) having them in his possession; or

(b) that he had not himself seen the photographs or pseudo-photographs and did not know, nor had any cause to suspect, them to be indecent.

<sup>186</sup> Protection of Children Act 1978 sec. 6

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

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

ของ ศาลสูงสุด ได้แก้คดี Regina v. Prince ในปี ค.ศ.1875<sup>188</sup> ซึ่งเป็นเรื่องที่จำเลยถูกจับในข้อหาพาตัว เด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบหกปีไปจากการปกครองของบิดาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย โดยจำเลยเชื่อโดยสุจริตว่าเด็กหญิงนั้นอายุสิบแปดปีแล้วและซึ่งจำเลยเชื่อโดยสุจริตใจ และความเชื่อของเขา ก็สมเหตุสมผลด้วย แต่จำเลยก็ไม่อาจแก้ตัวได้ โดยศาลให้เหตุผลว่า<sup>189</sup> แม้การกระทำนี้จำเลยจะ เข้าใจว่าไม่ผิดกฎหมาย แต่มันก็เป็นความผิดมันตัวของมันเอง (Not Illegal but Wrong . . .)

จะเห็นได้ว่า จำเลยไม่สามารถอ้างเหตุสำคัญผิดในอายุของเด็กขึ้นอ้างให้พ้นผิดได้ ซึ่งถ้าหากว่ายอมให้จำเลย อ้างได้ว่าได้กระทำไปโดยเชื่ออย่างสมเหตุสมผลแล้วว่าเด็กอายุเกินกว่า 16 ปี ซึ่งก็ถือว่าจำเลยไม่มีเจตนาร้าย เช่น นี้ก็เป็นไปได้ยาก ว่าบุคคลใดจะพาเด็กไปจากการปกครองของบิดาจะเป็นความผิดกฎหมายเว้นเสียว่า จะรู้ว่าเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี จึงต้องตีความว่า โดยรู้อยู่แล้ว แม้ตัวบทจะไม่ได้ บัญญัติไว้ ซึ่งถือว่าจำเลยกระทำไปโดยความเชื่อว่าข้อเท็จจริงอาจจะออกมาว่า เด็กนั้นอายุต่ำกว่า 16 ปี ก็ได้การกระทำของจำเลยเป็นความผิดในตัวของมันเอง แม้ว่าจะไม่เป็นความผิดกฎหมาย (Not Illegal but Wrong) จำเลยต้องแบกรับความเสี่ยงนั่นเอง ซึ่งการพาไปนั้น อาจจะพาไปด้วยเจตนาดีก็ได้และอาจไม่ขัดต่อศีลธรรมก็ได้ แต่อย่างไรก็ตามก็ยังเป็นการกระทำที่ต้องห้ามถือเป็นความผิด อยู่ในตัวเองอยู่แล้วหากไม่มีการรองรับ จำเลยจึงไม่อาจอ้างเรื่องความเชื่อของเด็กอายุเกินกว่า 16 ปี เพื่อให้พ้นผิดได้คดีนี้ถือเป็นแนวบรรทัดฐานในการตัดสินคดีของประเทศอังกฤษมาจนถึงปัจจุบัน ซึ่งวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองเด็กเป็นสำคัญ และเป็นการยากหากจะตองพิสูจน์ถึงการรู้หรือไม่รู้เกี่ยวกับอายุเด็ก จึงควรถือว่าผู้กระทำ ได้รู้อยู่แล้วเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมาย

จากคำพิพากษานี้ในปัจจุบันประเทศอังกฤษจึงได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ใน The Sexual Offences Act 2003 โดยมุ่งคุ้มครองเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ซึ่งผู้กระทำความผิดไม่สามารถอ้างเหตุความเชื่อเกี่ยวกับอายุได้เลย แต่ถ้าหากได้กระทำความผิดต่อเด็กอายุเกินกว่า 13 ปี แล้ว ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าจำเลยเชื่ออย่างสมเหตุสมผลว่าเด็กอายุเกิน 16 ปี หรือ เกินกว่านั้น ตามหลัก Reasonable Believe หลักการนี้ใช้ทั้งในกรณีการพิสูจน์เกี่ยวกับความเชื่อ เรื่องความยินยอมในการร่วมประเวณี และการพิสูจน์เกี่ยวกับความเชื่อของเด็กที่ร่วมประเวณีนั้น มีอายุที่สามารถให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีได้ ซึ่งหมายความว่าถึงการพิสูจน์ว่าสิ่งหนึ่ง สิ่งใดนั้นปราศจากข้อสงสัยตามสมควร คือ การพิสูจน์ว่าไม่มีข้อสงสัยตามสมควรในจิตใจของวิญญูชนว่าจำเลยมีเจตนาตามที่ถูกกล่าวหา โดยมีข้อสันนิษฐานว่าจำเลยเป็นเช่นวิญญูชนทั่วไป การพิสูจน์เจตนาของการขึ้นใจบุคคลอื่นให้มีเพศสัมพันธ์ จึงเป็นเรื่องของการแสดงว่าวิญญูชน ไม่น่าจะเชื่อตามที่จำเลยกล่าวอ้าง เมื่อพิจารณาว่าจำเลยอยู่ในฐานะวิญญูชนทั่วไป

<sup>187</sup> J. C. Smith and Brian Hogan, **Criminal Law**, 10<sup>th</sup> ed. (London: LexisNexis, 2002), p. 121.

<sup>188</sup> Wayne R. Lafave and Austin W. Scott, Jr., **Handbook on Criminal Law** (St. Paul: West, 1972), pp. 360-361.

<sup>189</sup> Sanford H. Kadish and Monread G. Paulsen, **Criminal Law and Its Processes: Cases and Materials**, 3<sup>rd</sup> ed. (Boston, Toronto: Little Brown and Corn, 1975), pp. 102-103.

นอกจากนี้ ก็ยังมีคดี *People v. Ratz*<sup>190</sup> เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศซึ่งผู้กระทำความผิดสำคัญ ผิดในอายุของเด็กผู้เสียหาย ซึ่งศาลสูงสุดแห่งประเทศอังกฤษได้ให้เหตุผลไว้ว่า เพื่อป้องกันสถาบันทางสังคม อันได้แก่ ครอบครัวและเด็ก จึงจะต้องถือว่าจำเลยกระทำโดยตระหนกอยู่ว่าตนเอง กำลังเสี่ยงกับความผิด ดังนั้น ไม่ว่าจำเลยจะรู้หรือไม่รู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของผู้เสียหาย จำเลย ก็ต้องรับผิดชอบในการกระทำนั้น<sup>191</sup>

### 3.3 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในสหรัฐอเมริกา สิทธิเสรีภาพของประชาชน ได้รับการเคารพเป็นอย่างมาก การแสดงออกต่าง ๆ จะได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 1 สิ่งลามกอนาจารหรือภาพลามกอนาจาร ก็เป็นการแสดงออกอย่างหนึ่งของประชาชนและมักถูกยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในศาลว่าขัดรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 1 (First Amendment) ได้รับรองสิทธิสำคัญของสหรัฐอเมริกาไว้ 5 ประการ คือ สิทธิในเรื่องศาสนา เสรีภาพในการพูด เสรีภาพในชุมนุม และเสรีภาพในการร้องเรียน ทั้งห้าเสรีภาพนี้บางครั้งถูกเรียกรวมกันว่า เป็น “เสรีภาพในการแสดงออก” ซึ่งถ้อยคำนี้ได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญว่า “รัฐสภาจะตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการสถาปนาศาสนา หรือห้ามการใช้เสรีภาพในการปฏิบัติตามศาสนพิธี หรือตัดทอนเสรีภาพในการพูดหรือการตีพิมพ์ หรือสิทธิของประชาชนในการชุมนุมโดยสงบ และการยื่นเรื่องร้องทุกข์ต่อรัฐบาลไม่ได้”<sup>192</sup> การกำหนดดังกล่าวนี้ไม่ได้ผูกพันแต่เฉพาะรัฐสภาเท่านั้น แต่หมายรวมถึง รัฐทุกรัฐและรัฐบาลกลางของสหรัฐด้วย<sup>193</sup> ซึ่งการแสดงความคิดเห็นของประชาชนถือเป็นหัวใจสำคัญของการปกครองระบอบประชาธิปไตยพลเมืองในสหรัฐอเมริกาจึงสามารถแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสาร หรือโต้เถียงกันได้โดยเสรี ทั้งนี้ สหรัฐอเมริกายังเชื่อมั่นในหลักตลาดแห่งความคิด เพราะด้วยหลักการนี้เท่านั้นที่จะสามารถทำให้ความจริงปรากฏขึ้นได้และเป็นประโยชน์สูงสุด การแทรกแซงหรือปิดกั้นการรับรู้ข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นจะทำได้ภายใต้ข้อยกเว้น ซึ่งต้องพิสูจน์ให้ได้ว่ามีประโยชน์ของรัฐที่สำคัญยิ่งถึงขนาดที่รัฐจะต้องจำกัดสิทธิและเสรีภาพเช่นนั้น ซึ่งศาลสูงสุดสหรัฐได้มีคำพิพากษา<sup>194</sup> เป็นบรรทัดฐานในหลักการรับรู้ข่าวสารและแสดงออกของประชาชนไว้ว่า “แม้การแสดงความคิดเห็นนั้น อาจจะทำให้เกิดลักษณะที่เป็นผลร้ายต่อบุคคลอื่น แต่ผลร้ายดังกล่าวก็อาจคลี่คลายได้ ด้วยการนำเสนอข้อมูลของอีกฝ่ายเพื่อหักล้างข้อเท็จจริงนั้น ฉะนั้น การสั่งห้ามการนำเสนอข้อมูลดังกล่าวโดยสิ้นเชิง

<sup>190</sup> *Ibid.*, p. 106.

<sup>191</sup> วิริยะ ธรรมจักร, *เรื่องเดิม*, หน้า 48-49.

<sup>192</sup> รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 1 Amendment I Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.

<sup>193</sup> *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925)

<sup>194</sup> *Abrams v. United States* (Supreme Court of the United States, 1919)

โดยรัฐจึงถือเป็นมาตรการที่เกินความจำเป็น และขัดต่อหลักรัฐธรรมนูญ”แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 1 (First Amendment) ฉะนั้น จึงไม่ใช่หน้าที่ของรัฐที่จะห้ามการนำเสนอข้อมูลที่ไม่ตรงกับความจริง ในทางตรงกันข้าม รัฐควรส่งเสริมให้มีกระบวนการแลกเปลี่ยนข้อมูล หรือสนับสนุนให้มีการนำเสนอข้อมูลเพื่อหักล้างกัน หรือส่งเสริมให้เกิดตลาดแห่งความคิด เพื่อทำให้สังคมรับรู้ว่าคุณข้อมูลใดเป็นจริงหรือเป็นเท็จ เว้นแต่จะมีพยานหลักฐานที่ประจักษ์ชัดว่าภัยอันตรายร้ายแรงจะเกิดขึ้นอย่างแน่แท้ จนทำให้รัฐต้องจัดการแก้ปัญหาดังกล่าว อาทิ การแสดงความคิดเห็นที่เป็นภัยถึงขนาดยั่วให้ประชาชนละเมิดกฎหมายอย่างร้ายแรง เป็นภัยต่อสังคมอย่างแท้จริงหรือการเผยแพร่สิ่งลามกอนาจารที่จะเกิดความเสียหายต่อเด็กและเยาวชน เป็นต้น<sup>195</sup> ทำให้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ห้ามเด็ดขาดตามิให้รัฐสภาออกกฎหมายใด ๆ เพื่อลิดรอนหรือจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชน (First Amendment)

จึงเกิดการยกข้อต่อสู้ในศาลอยู่เนื่อง ๆ ว่า ภาพลามกอนาจารต่าง ๆ รวมทั้งภาพลามกอนาจารที่สร้างขึ้นเสมือนจริงหรือภาพที่ทำจากคอมพิวเตอร์ ขัดต่อรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 1 (First Amendment) ดังมีตัวอย่างตามคำพิพากษาที่จะได้นำกล่าวในหัวข้อต่อไป

### 3.3.1 ความหมายของสื่อลามกอนาจาร

ใน “Webster’s Dictionary” ได้ให้ความหมาย (Defines) ของคำว่า “ลามกอนาจาร” (Pornography) หมายถึง<sup>196</sup> ภาพหรืองานเขียนหรืออื่น ๆ ที่มีความมุ่งหมายเพื่อกระตุ้นความต้องการทางเพศ ฉะนั้น สื่อลามกอนาจาร จึงหมายถึงวัตถุใด ๆ ที่ออกแบบหรือกระทำขึ้นมาเพื่อกระตุ้นอารมณ์ทางเพศของผู้อ่านหรือผู้ชม<sup>197</sup> ภาพลามกอนาจารในสหรัฐอเมริกามีบางประเภทที่ผู้ใหญ่สามารถเข้าถึงได้ จึงเป็นการไม่ผิดกฎหมายดังกล่าวในรายงานของรายงานคณะกรรมการอัยการสูงสุด (Attorney General Commission Report) ในปี ค.ศ.1986 ซึ่งคำกล่าวนี้ก็สอดคล้องกับคำตัดสินในคดีของศาลในคดี Roth v. United States ซึ่งพิพากษาว่าภาพลามกอนาจาร (Pornography) ส่วนใหญ่ไม่ได้เป็นภาพลามกอนาจารผิดกฎหมาย ภาพลามกอนาจารที่ผิดกฎหมายจะต้องมีลักษณะลามก หยาบโคลนหรือเผยให้เห็นอวัยวะเพศชัดเจนหรือมีลักษณะที่ไม่เหมาะสมทางเพศ ศาลสูงสหรัฐอเมริกา ได้มีคำพิพากษาเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพลามกอนาจาร (Obscenity and Child Pornography) ว่าสิ่งใดจะเป็นสื่อลามกอนาจารให้พิจารณาตามหลักวิญญูชนทั่วไปในสังคมว่าเป็นสิ่งที่มีลักษณะกระตุ้นให้เกิด ความต้องการทางเพศหรือไม่<sup>198</sup>

<sup>195</sup> สาวตรี สุขศรี, ศิริพล, กุศลศิลป์วุฒิ และอรพิน ยิงยงพัฒนา, *อาชญากรรมคอมพิวเตอร์* (กรุงเทพมหานคร: ภาพการพิมพ์, 2555), หน้า 286.

<sup>196</sup> “pornography” as “writings, pictures, etc. intended primarily to arouse sexual desire.”

<sup>197</sup> David L. Hudson, *Pornography & Obscenity*, Retrieved November 12, 2018 from <https://www.freedomforuminstitute.org/first-amendment-center/topics/freedom-of-speech-2/adult-entertainment/pornography-obscenity>

<sup>198</sup> Roth v. United States (Supreme Court of the United States, 1957)

ค.ศ.1920 ในคดี Halsey v. New York Society for the Suppression of Vice ผู้พิพากษาได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่าการจะประเมินว่าหนังสือใดเป็นวัตถุลามกหรือไม่ ต้องดูจากหนังสือหมดทั้งเล่ม มิใช่ดูจากข้อความเพียงส่วนใดส่วนหนึ่ง

ค.ศ.1934 ในคดี Ulysses v. U.S ผู้พิพากษาปฏิเสธที่จะใช้เกณฑ์ “ผู้มีความประพฤติดีงามทางศีลธรรม” ตาม Hicklin Rule แต่มาใช้เกณฑ์ “บุคคลผู้มีพฤติกรรมทางเพศในระดับวิญญูชน” ในการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นสื่อลามกอนาจารหรือไม่แทน

ค.ศ.1957 ในคดี Roth v. U.S ได้พัฒนาปรับปรุง Hicklin Rule ไปอีก ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า นาย Roth ถูกกล่าวหาว่าส่งไปรษณีย์ภัณฑ์อันเป็นหนังสือ และไปโฆษณาอันเป็นวัตถุลามก ศาลได้วางหลักเกณฑ์ชี้ขาดว่า งานชิ้นที่จะถือว่าเป็นวัตถุลามก ต้องมีลักษณะดังนี้

- 1) เมื่อพิจารณางานชิ้นนั้นโดยรวม งานชิ้นนั้นเป็นงานที่น้อมนำไปให้เกิดค้นหา โดยวัดจากมาตรฐานของวิญญูชน (Average Person)
- 2) งานชิ้นนั้นมีลักษณะที่ละเมิดขอบเขตความเหมาะสม โดยวัดจากมาตรฐานสังคมปัจจุบัน (มาตรฐานของประเทศโดยรวม)
- 3) งานชิ้นนั้นแทบจะไม่มีคุณค่าทางสังคมอยู่เลย

ในคดีนี้ ผู้พิพากษา สิวโท แบสค์ และผู้พิพากษา วิลเลียม โอ.ดักกลาส ได้ทำ ความเห็นแย้งไว้ว่า First Amendment ทำให้รัฐไม่มีอำนาจตรวจสอบการแสดงออกของประชาชนว่าดีหรือเลวตามหลักเสรีภาพในการแสดงออก หลังจากคดี Roth เป็นต้นมา ศาลสูงได้วินิจฉัยชี้ขาดคดีเป็นจำนวนมากเกี่ยวกับการชี้ขาดว่าสิ่งใดเป็นวัตถุลามกหรือไม่ และได้ทำการพิพากษากลับคำพิพากษาของศาลล่างที่ชี้ขาดว่าเป็นวัตถุลามกเป็นจำนวนมาก ใน ช่วงปี ค.ศ.1958-1959 ศาลส่งกลับคำพิพากษาของศาลล่างที่ชี้ขาดว่าเป็นวัตถุลามกจำนวนมากมาย ไม่ว่าจะเป็นเรื่องพิมพ์สำหรับนักศึกษา ศิลปะ นิตยสาร สำหรับพวกลักร่วมเพศ และนิตยสารที่นำเสนอภาพเปลือยต่าง ๆ คดีเหล่านี้เมื่อมาถึง ศาลสูงแล้วมักจะได้รับคำพิพากษาให้ยกฟ้องเป็นส่วนใหญ่ ซึ่งเท่ากับบทบัญญัติในการ ควบคุมวัตถุลามกของมลรัฐต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องภาพยนตร์สำหรับผู้ใหญ่ หนังสือและสิ่งพิมพ์ต่างถูกศาลสูงสหรัฐพิพากษากลับไปส่วนใหญ่ โดยศาลสูงเห็นว่างานที่เป็นวัตถุลามกก็ได้รับความคุ้มครองจากรัฐธรรมนูญ และมีวัตถุลามกเพียงน้อยนิดเท่านั้นที่ศาลสูง พิพากษาว่าไม่ได้รับการคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญ

ค.ศ.1964 ในคดี Jacobellis v. Ohio<sup>199</sup> ศาลตัดสินว่าภาพยนตร์ฝรั่งเศสเรื่อง Les Amants ไม่เป็นวัตถุลามก โดยอาศัยเกณฑ์วัดจากคนทั้งประเทศ มิใช่วัดจากชุมชนใด ชุมชนหนึ่ง ผู้ผลิตภาพยนตร์จะต้องผลิตภาพยนตร์สำหรับสังคมที่หลากหลายมิใช่เพื่อ ชุมชนใดชุมชนหนึ่ง ซึ่งจากนี้เป็นเวลานับเป็นทศวรรษที่เดียวที่มาตรฐาน “ประเทศ” ได้รับการยอมรับ ขณะที่มาตรฐาน “ชุมชน” ถูกปฏิเสธ

ค.ศ.1966 ในคดี Memoirs of a Woman of Pleasure v. Massachusetts<sup>200</sup> ศาลได้แก้ไขหลักการชี้ขาดวัตถุลามกจากคดี Roth คดีนี้ผู้พิพากษา แบสค์ และดักกลาสได้พิพากษาด้วยศาลเห็นว่าหลักการของคดี Roth ที่ว่าจะต้องเป็น กรณีที่ “แทบจะปราศจากคุณค่าทางสังคมโดย

<sup>199</sup> Jacobellis v. Ohio (Supreme Court of the United States, 1964)

<sup>200</sup> Memoirs v. Massachusetts (Supreme Court of the United States, 1966)

สิ้นเชิงนั้น” และ “มีลักษณะอันละเอียดขอบเขตความเหมาะสม” นั้นยากที่จะพิสูจน์ได้ อีกทั้งศาลยังเห็นว่า First Amendment ค้ำครองแม้กระทั่งวัสดุลามก ภายหลังจากคดี *Memors* นี้ ศาลได้เริ่มที่จะมองหาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายใหม่ ๆ ในการควบคุมวัสดุลามกแทนที่การชี้ขาดว่าสิ่งใดเป็นวัสดุลามก

และในคดีระหว่าง *Miller v. California*<sup>201</sup> ศาลสูงสหรัฐได้พิจารณาคดีที่นาย Miller ผลิตโฆษณาขายหนังสือสำหรับผู้ใหญ่ที่มีเนื้อหาลามกหยาบคาย เอกสารนี้ถูกเผยแพร่ไปยังบุคคลที่ไม่มี ความจำเป็นในการรับเอกสารดังกล่าวและได้พิพากษาว่าข้อพิจารณาไว้ว่า “เอกสารที่ลามกหยาบคาย ไม่ใช่สิ่งที่จะได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 และกำหนดหลักเกณฑ์ในการที่จะเป็นสิ่งลามก ว่า

1) วิญญาณทั่วไปเห็นว่า สิ่งนั้นเป็นสิ่งยั่วยวนและเร่งเร้าความ ตอง การทางเพศ ความใคร่ ซึ่งสังคมหนึ่งอาจจะแตกต่างจากสังคมอื่น ๆ

2) ภาพหรืองานดังกล่าวแสดงให้เห็นภาพหรือเรื่องราวที่ชัดแจ้ง เกี่ยวกับเพศ เช่น ภาพแสดงการร่วมเพศ การสำเร็จความใคร่ หรือโชว์ให้เห็นอวัยวะเพศ ซึ่งมีกฎหมายบังคับใช้อย่าง แจ้งชัด (Fair Notice) เป็น การล่วงหน้า

3) ภาพหรืองานดังกล่าวเมื่อพิจารณาในภาพรวมแล้ว ขาดคุณค่าทาง วรรณกรรม ศิลปะ การเมือง หรือวิทยาศาสตร์<sup>202</sup>

นอกจากนี้ศาลสูงสหรัฐได้เคยพิพากษาว่า The First Amendment ค้ำครองถึง ภาพโป๊ (Pornography) (ลักษณะเปลือยหรือค่อนข้างเปลือย Mean any Erotic Material) ด้วย แต่ศาลสูง สหรัฐได้วินิจฉัยว่า The First Amendment ไม่ค้ำครองถึง ภาพโป๊ (Pornography) 2 ชนิด คือสื่อ ลามกอนาจาร (Obscenity) และสื่อลามกอนาจารเด็ก (Child Pornography) กฎหมายรัฐบาลกลาง สหรัฐ จึงได้ห้ามส่งทางไปรษณีย์ การส่งต่อ หรือรับ ในระหว่างรัฐ หรือต่างประเทศ รวมถึงทาง คอมพิวเตอร์ด้วย

การครอบครองสื่อลามกอนาจารไว้เป็นการส่วนตัวศาลสูงสหรัฐได้พิพากษาไว้เป็นบรรทัดฐาน ในคดีของ *Stanley v. Georgia* (1969) ว่าสามารถกระทำได้ โดยพิพากษาว่า กฎหมายของมลรัฐ จอร์เจียไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับที่ 1 การกำหนดบทลงโทษบุคคลที่ ครอบครองสื่อลามกอนาจารเป็นการส่วนตัว แม้ว่าการจำหน่ายหรือแจกจ่ายสื่อลามกอนาจารดังกล่าว จะไม่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ก็ตาม ศาลวินิจฉัยต่อว่าทุกคนมีสิทธิในการตอบสนองความ ต้องการทางอารมณ์ของตนเองภายในสถานที่ส่วนบุคคลหรือในบ้านของตนเอง โดยให้เหตุผลว่า กฎหมายรัฐธรรมนูญการแก้ไขครั้งที่ 1 ไม่ควรจะไปถึงเข้าถึงความเป็นส่วนตัวภายในบ้านของเขา หมายความว่ารัฐไม่มีหน้าที่ ที่จะบอกผู้ชายที่นั่งอยู่คนเดียวในบ้านของเขา ว่าหนังสืออะไรที่เขาต้อง อ่านหรือภาพยนตร์อะไรที่เขาดู แต่ต่อมาในปี ค.ศ.1990 ศาลสูงสหรัฐวินิจฉัย ว่าการคุ้มครองตามรัฐ ธรรมนูญเพิ่มเติมแก้ไขครั้งที่1สำหรับการครอบครองสื่อลามกอนาจาร(ผู้ใหญ่) เป็นการส่วนตัวไม่ ครอบคลุมถึงสื่อลามกอนาจารที่เกี่ยวข้องกับเด็ก โดยในคดี *Osborne v. Ohio*<sup>203</sup> ศาลสูงสหรัฐของ

<sup>201</sup> *Miller v. California* (Supreme Court of the United States, 1973)

<sup>202</sup> สาวตรี สุขศรี และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 291.

<sup>203</sup> *Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 103 (1990)

สหรัฐอเมริกาได้ตัดสินว่า กฎหมายของรัฐโอไฮโอที่ห้ามมิให้ผู้ใดครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก นอกจากบิดามารดาและผู้อุปการะเด็กนั้นไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา โดยศาลตัดสินว่าแต่ละ มลรัฐสามารถกำหนดฐานความผิดของการมีไว้ซึ่ง ครอบครองของสื่อลามกเด็กได้แม้จะไม่ได้เกี่ยวข้องกับ การแจกจ่ายสื่อลามกอนาจารเด็กก็ตาม เนื่องจากรัฐ ไม่ได้ต้องการที่จะควบคุมความคิด หรือความรู้สึกของ พลเมืองเพื่อให้ได้รับประโยชน์สาธารณะจากการควบคุม ดังกล่าว แต่รัฐต้องการที่จะขจัดความเสียหายจาก สื่อลามกอนาจารด้วยการลดจำนวนของสื่อดังกล่าวใน ตลาดให้น้อยลง

### 3.3.2 กฎหมายสื่อลามกอนาจารในสหรัฐอเมริกา

ค.ศ.1712 รัฐแมสซาชูเซต ได้ออกกฎหมายควบคุมสิ่งพิมพ์ให้มิโทษทางอาญา ซึ่งควบคุมถึง การพิมพ์วัสดุลามกออกแจกจ่ายด้วย นับเป็นกฎหมายแรกที่ ออกมาควบคุมวัสดุลามก

ค.ศ.1842 Federal Tariff Act เป็นกฎหมายฉบับแรกในระดับสหรัฐ ที่ได้บัญญัติที่เกี่ยวกับการควบคุมวัสดุลามก ได้แก่ “ห้ามนำเข้า ภาพพิมพ์หรือภาพเขียน รูป สลัก ภาพสลัก หรือภาพโปรง แสง อันมีลักษณะลามก”

ค.ศ.1865 สภาคองเกรส ได้บัญญัติกฎหมายให้การส่งวัสดุลามกผ่านทาง ไปรษณีย์เป็น ความผิดอาญา

ในปี ค.ศ.1873 สภาคองเกรสได้ออก กฎหมาย Anti Obscenity Act ขึ้น ซึ่งต่อมารู้จักในชื่อ Comstock Law ตามชื่อ ของวุฒิสมาชิก Antony Comstock เป็นหัวหน้าแรงใหญ่ในการลอบบี้ให้ สภาคองเกรสออกกฎหมายนี้ ซึ่งให้อำนาจไปรษณีย์กลางสหรัฐมีอำนาจที่จะห้ามส่งวัสดุลามกทาง ไปรษณีย์ โดยเป็นการแก้ไขกฎหมายที่เคยออกในปี ค.ศ.1965 โดยเพิ่มอำนาจในการควบคุม ไปรษณีย์ภัณฑ์อันเป็นวัสดุลามกแก่รัฐบาลสหรัฐอีกด้วย ซึ่งกฎหมายนี้ให้อำนาจ ยึดและทำลาย ไปรษณีย์ภัณฑ์อันเป็นวัสดุลามก และได้จัดตั้ง องค์กรขึ้นมาเพื่อบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ด้วย ซึ่ง องค์กรนี้ได้ทำลายไปรษณีย์ภัณฑ์ไป กว่า 160 ตัน ส่วนใหญ่เป็นหนังสือที่ถูกกล่าวหาว่า “ขัดต่อ ศิลธรรม” โดยไม่มีความละเอียดในการที่จะแยกแยะว่างานใดเป็นงานวรรณกรรมงานใดเป็นวัสดุ ลามกแต่อย่างใด

ค.ศ.1915 ในคดี Mutual Film v. Industrial Commission of Ohio ศาลสูง สหรัฐได้ พิพากษาว่า ภาพยนตร์มีลักษณะเป็นกิจการทางการพาณิชย์ มิใช่เป็นสื่อสาร มวลชน จึงไม่อยู่ภายใต้ การคุ้มครอง ในเรื่องสิทธิและเสรีภาพในการแสดงออก ตามที่บัญญัติใน First Amendment<sup>204</sup>

ค.ศ.1946 ในคดี Hannegan v. Esquire สำนักงานไปรษณีย์ปฏิเสธ ที่จะส่งนิตยสาร esquire ทางไปรษณีย์เพราะเป็นวัสดุลามก ศาลสูงสหรัฐได้ตัดสินในคดีนี้ว่าสำนักงานไปรษณีย์ไม่มี อำนาจที่จะวินิจฉัยว่าไปรษณีย์ภัณฑ์ใดเป็นวัสดุลามก หรือไม่ และไม่มีอำนาจที่จะปฏิเสธการส่ง ไปรษณีย์อันเป็นการเลือกปฏิบัติ

ค.ศ.1952 ภาพยนตร์ไม่ได้รับการคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญ<sup>205</sup> ในฐานะสื่อมวลชน จนกระทั่งถึงปี ค.ศ.1952 นี้ได้มีคดี Burstyn v. Wilson ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนั้น คือ ภาพยนตร์ ของผู้กำกับชาวอิตาลี

<sup>204</sup> Mutual Film Corporation, appt., v. Industrial Commission of Ohio et al (Supreme Court of the United States, 1915)

โรแบร์โต รอสเซลลินี่ “The Miracle” ถูกสั่งห้ามฉายใน รัฐนิวยอร์ก ซึ่งเรื่องราวของภาพยนตร์นั้น เป็นเรื่องของเด็กสาวที่ตั้งท้องกับชายแปลกหน้า ซึ่งเธอเชื่อว่าเป็นนักบุญโยเซฟ และเชื่อว่าเด็กนั้นเป็น บุตรของพระคริสต์ ในคดี Burstyn นี้ศาลได้กล่าวว่า “ภาพยนตร์เป็นสื่อทางความคิดของสังคม” และ ได้รับความคุ้มครองจาก First Amendment เช่นเดียวกับสื่อชนิดอื่น ๆ<sup>206</sup>

ค.ศ.1961 มีรัฐอีกจำนวนมาก ที่คงควบคุมตรวจพิจารณาภาพยนตร์ ทั้งนี้เพราะมีคำวินิจฉัย ในคดี Time Film Coip v. Chicago<sup>207</sup> ภาพยนตร์ยังคงไม่ได้รับความคุ้มครองเต็มที่จาก First Amendment ซึ่งในคดี Near v. Minnesota<sup>208</sup> ศาลได้วินิจฉัยว่าการแสดงออกของภาพยนตร์ต้อง กระทำภายในขอบเขต

หลังจากนั้น 5 ปี ในปี ค.ศ.1965 ในคดี Freedman v. Matyland<sup>209</sup> ศาลสูงได้ พิพากษา ยกเลิกระบบการตรวจพิจารณาภาพยนตร์ลง อุตสาหกรรมภาพยนตร์ของสหรัฐอเมริกา เองได้สร้าง ระบบตรวจสอบและควบคุมตนเองขึ้นมาโดยสมาคมอุตสาหกรรมภาพยนตร์แห่งสหรัฐอเมริกา ได้ กำหนดกฎเกณฑ์ ในปี ค.ศ.1968 ได้สร้างระดับประเภทของภาพยนตร์ขึ้นมา (Rating System) โดย แบ่งเรท ออกเป็น g, pg, pg13, r และ X, เรท Xได้เปลี่ยนเป็น nc-17 ในปี ค.ศ.1990

ค.ศ.1962 ในคดี Manual Enterprises v. Day<sup>210</sup> ไปรษณีย์พยายามที่จะปฏิเสธ ไม่ส่ง ไปรษณีย์ภัณฑ์จำนวนมาก อันเป็นนิตยสารและสิ่งพิมพ์เกี่ยวกับพวกลักขโมยเพศ ศาลตัดสินว่า แม้สิ่ง เหล่านี้จะดูน่าเกลียดและวิตถาร แต่ไม่ถึงว่าเป็นวัตถุลามก เพราะไม่ได้มีการละเมิดสิทธิใคร

ค.ศ.1966 ในคดี Ginzburg v. U.S.<sup>211</sup> นายราฟ จินสเบอร์ก ช่างภาพผู้มีชื่อเสียง ได้ถูกตัดสิน ให้มีความผิดตามฟ้องจากขายนิตยสารซึ่งอาจจะไม่เป็นวัตถุลามก แต่ได้ขายไปโดยวิธีการทำนองเชิง ขววนให้บริการที่เกี่ยวกับเรื่องเพศ นายราฟได้ส่งสิ่งพิมพ์ โฆษณาเผยแพร่ไปในทางไปรษณีย์ แต่ทาง ไปรษณีย์ได้ปฏิเสธที่จะส่งให้โดยให้เหตุผล ว่าไปรษณีย์จะไม่ยอมถูกใช้เป็นเครื่องมือในการเผยแพร่ สิ่งพิมพ์ที่ไม่เหมาะสม คดีนี้นั้น ศาลได้ตัดสินโดยยึดเอาการกระทำของผู้ขายเป็นหลักมากกว่าเนื้อหา ของสิ่งตีพิมพ์ที่จำหน่าย โดยได้ให้เหตุผลว่า “เป็นเสรีภาพของผู้ใหญ่ที่จะมีอิสระในการอ่านสิ่งที่เขา ชอบ รัฐพึงมีเพียงสิทธิคุ้มครองเด็กและควบคุมการเผยแพร่วัตถุลามกโดยการเผยแพร่ต่อสาธารณะ”

ค.ศ.1967 ในคดี Redrup v. New York<sup>212</sup> ศาลสูงได้กลับคำพิพากษาของ ศาลมลรัฐ เพราะผู้พิพากษาได้ปฏิเสธที่จะทำการชี้ขาดว่าวัตถุสิ่งของที่ถูกอ้างว่าเป็น วัตถุลามกในคดีนั้นเป็น วัตถุลามกหรือไม่ หากว่าพยานหลักฐานรับฟังไม่ได้ว่าจำเลยได้กระทำการใน 3 สิ่งดังนี้ คือ

<sup>205</sup> Ira H. Carmen, *Movies, Censorship and The Law* (Michigan: The University of Michigan, 1966), p. 114.

<sup>206</sup> Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson (Supreme Court of the United States, 1952)

<sup>207</sup> Times Film Corp. v. City of Chicago (Supreme Court of the United States, 1961)

<sup>208</sup> Near v. Minnesota (Supreme Court of the United States, 1931)

<sup>209</sup> Freedman v. Maryland (Supreme Court of the United States, 1965)

<sup>210</sup> Manual Enterprises, Inc. v. Day (Supreme Court of the United States, 1962)

<sup>211</sup> Ginzburg v. United States (Supreme Court of the United States, 1966)

<sup>212</sup> Redrup v. New York (Supreme Court of the United States, 1967)

- 1) ขยายวัตถุลามกนั้นแก่เด็ก
- 2) เผยแพร่แจกจ่ายไปยังบุคคลที่ไม่เต็มใจจะรับเอาวัตถุสิ่งของนั้นไป
- 3) ขยายวัตถุสิ่งของนั้นไปในทำนองเสนอขายบริการทางเพศ

ค.ศ.1968 ในคดี Ginsberg v. New York<sup>213</sup> ศาลสูงได้ตัดสินลงโทษนายแซม จินสเบิร์ก (ไม่เกี่ยวข้องกับนายราฟ จินสเบิร์ก ในคดี Ginzburg ปี ค.ศ.1966) ในข้อหาจำหน่ายวัตถุลามกแก่ผู้เยาว์

จะเห็นได้ว่าคำพิพากษาของศาล ในคดีนี้ได้ เปลี่ยนแปลงแนวคิดหลักในเรื่องวัตถุลามกไป โดยได้เปลี่ยนไปเป็นแนวคิดที่จะคุ้มครองเด็ก โดยศาลเห็นว่าสิ่งที่เป็วัตถุลามกสำหรับเด็กอาจจะไม่เป็วัตถุลามกสำหรับผู้ใหญ่ และการจะชี้ว่าสิ่งใดเป็วัตถุลามกที่ผิดกฎหมายสำหรับผู้ใหญ่นั้น แทบจะเป็นสิ่งที่เป็นไปไม่ได้

ค.ศ.1968 สภาคองเกรสได้ผ่านกฎหมาย The Pandering Advertisement Act ซึ่งอนุญาตให้ผู้ให้บริการไปรษณีย์ระบุชื่อผู้ส่งไปรษณีย์ภัณฑ์ที่ตนประสงค์จะร้องขอให้ห้ามส่งไปรษณีย์ภัณฑ์แก่ตน เนื่องจากผู้ส่งเหล่านั้นเคยส่งไปรษณีย์ภัณฑ์ซึ่งเป็วัตถุลามกอันผิดกฎหมายแก่ตน

### 3.3.3 กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กในสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาเริ่มมีแนวคิดในการปกป้องเด็กจากแสวงหาประโยชน์ทางเพศในประมาณปลายยุค 1880<sup>214</sup> และในปี 1977 มีเพียงสองรัฐที่มีการออกกฎหมายเฉพาะห้ามการใช้วัตถุที่แสดงความลามกอนาจารเด็ก

ในปี 1978 ได้ออกกฎหมาย Sexual Exploitation of Children Act 1978 ซึ่งเป็นกฎหมายฉบับแรกๆที่ออกมาคุ้มครองเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กที่ห้ามการผลิต และจำหน่ายในเชิงพาณิชย์ของวัตถุที่แสดงความลามกอนาจารเด็ก

ในปี 1982 ได้มีคำพิพากษาศาลสูงของสหรัฐอเมริกา (U.S. Supreme Court) ในคดีระหว่าง New York v. Ferber No. 81-55 ได้พิพากษาเห็นชอบกับกฎหมายของรัฐนิวยอร์กที่ห้ามการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็ก โดยศาลเห็นว่า กฎหมายของรัฐนิวยอร์ก ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 1 (First Amendment) เนื่องจากรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ยอมรับให้มีการควบคุมเกี่ยวกับเรื่องลามกอนาจารได้ ด้วยเหตุผล (1) ประโยชน์สาธารณะที่รัฐจะได้รับจากการป้องกันการละเมิดทางเพศต่อเด็กมีมาก (2) การแจกจ่ายและ จำหน่ายสื่อลามกอนาจารเด็กมีความสัมพันธ์โดยตรง กับการละเมิดทางเพศกับเด็ก (3) การโฆษณาและขาย สื่อลามกเด็กเป็สิ่งที่กระตุ้นการผลิตสื่อลามกเด็ก และ (4) ภาพลามกเด็กมีคุณค่าทางศิลปะน้อยมาก ด้วยเหตุนี้การตัดสินว่าสื่อลามกเด็กอยู่นอกเหนือความคุ้มครองของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 1 จึงสอดคล้องกับคำตัดสินที่ผ่านมา ของศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา<sup>215</sup>

<sup>213</sup> Ginsberg v. New York (Supreme Court of the United States, 1968)

<sup>214</sup> Child Pornography on the Internet Guide No.41 (2006), Retrieved

August 17, 2016 from [http://www.popcenter.org/problems/child\\_pornography/print/](http://www.popcenter.org/problems/child_pornography/print/)

<sup>215</sup> ปิยวรรณ ขอน, *เรื่องเดิม*, หน้า 4.

ปี 1984 ได้มี Child Protection Act 1984 ขยายความคุ้มครองเกี่ยวกับอายุเด็กในสื่อลามกอนาจารเป็นไม่เกิน 18 ปี และมีการแยกระหว่างสื่อ (ภาพ,หนังสือ) ลามกอนาจารเด็ก กับความลามก (obscenity) โดยจัดเป็นประมวลกฎหมาย

ปี 1986 Case United States v. Dost ขยายคำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กรวมถึงภาพที่มีการชี้ให้เห็นเด็กกระทำ ปี 1988 ออกกฎหมาย Child Protection and Obscenity Enforcement Act 1988 ให้ ซึ่งการใช้คอมพิวเตอร์แสดงหรือโฆษณาสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิด

ปี 1990 ในคดีของ Osborne v. Ohio ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินว่า กฎหมายของรัฐโอไฮโอที่ห้ามมิให้ผู้ใดครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กนอกจากบิดามารดาและผู้อุปการะเด็กนั้นไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา โดยศาลตัดสินว่าแต่ละมลรัฐสามารถกำหนดฐานความผิดของการมีไว้ซึ่งครอบครองของสื่อลามกเด็กได้แม้จะไม่ได้เกี่ยวข้องกับการแจกจ่ายสื่อลามกอนาจารเด็กก็ตาม เนื่องจากรัฐ ไม่ได้ต้องการที่จะควบคุมความคิดหรือความรู้สึกของพลเมืองเพื่อให้ได้รับประโยชน์สาธารณะจากการควบคุมดังกล่าว แต่รัฐต้องการที่จะขจัดความเสียหายจากสื่อลามกอนาจารด้วยการลดจำนวนของสื่อดังกล่าวในตลาดให้น้อยลง<sup>216</sup>

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศแรก ที่ออกกฎหมายควบคุมภาพลามกบนอินเทอร์เน็ต โดยเป็นการออกกฎหมายในลักษณะเพื่อจะรักษาสมดุลระหว่างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น กับความต้องการของสังคมในการควบคุมเสรีภาพที่ไม่เหมาะสม<sup>217</sup> คือ กฎหมาย The Communication Decency Act 1996 (CDA) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมและป้องกันการเผยแพร่สื่อลามก รวมทั้งภาพและข้อความรุนแรงบนอินเทอร์เน็ต ไม่ให้แพร่และเพิ่มจำนวนมากขึ้น โดยกฎหมายนี้ในมาตรา 223 ได้ห้ามให้ส่งภาพหรือข้อความลามก (Obscene) หยาบโลน (Indecent) ไม่เหมาะสมขัดต่อความถูกต้องชอบธรรมแก่เด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี นอกจากนี้ มาตรา 223(a)(2) ยังระบุเพิ่มเติมว่า ผู้ใดอนุญาตให้เด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี ใช้อินเทอร์เน็ตหรือสถานที่เพื่อการดังกล่าวย่อมมีความผิดตามไปด้วย ซึ่งกฎหมายนี้ได้ครอบคลุมถึงเนื้อหาในหนังสือนิตยสาร รูปภาพ ละครดึก ฟิสิกส์วิดีโอเทปและการบันทึกเสียงด้วย กฎหมายนี้มุ่งควบคุมเนื้อหาลามกและเนื้อหาที่ไม่เหมาะสม ถ้าเป็นเนื้อหาที่มีลักษณะลามก (Obscene Materials) จะไม่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแต่ถ้าเป็นเรื่องราวที่ไม่เหมาะสมแต่ไม่ถึงกับลามก (Indecent Materials) จะได้รับความคุ้มครอง แต่มาตรา 223 ไม่ได้แยกความแตกต่างระหว่างเนื้อหาลามกกับเนื้อหาทางเพศอื่น ๆ ไว้ชัดเจน<sup>218</sup>

ต่อมาได้มีการฟ้องให้ศาลสูงสหรัฐอเมริกา<sup>219</sup> ให้พิจารณาว่ากฎหมายนี้ขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลได้พิจารณาแล้วเห็นว่า การห้ามในการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวมิได้จำกัดเฉพาะเด็ก แต่มีการห้ามถึง

<sup>216</sup> Clyde OSBORNE, Appellant v. OHIO. (Supreme Court of the United States, 1990)

<sup>217</sup> Janine S. Hiller and Ronnie Cohen, **Internet Law & Policy** (New Jersey: Prentice Hall, 2001), p. 50 อ้างถึงใน วราภรณ์ วนาพิทักษ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 145.

<sup>218</sup> วราภรณ์ วนาพิทักษ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 145.

<sup>219</sup> Reno v. American Civil Liberties Union (Supreme Court of the United States, 1997)

ผู้ใหญ่ด้วยในการเข้าถึงเว็บไซต์ต่าง ๆ กฎหมายนี้จึงเป็นกฎหมายที่เข้ามาแทรกแซงอิสระในการแลกเปลี่ยนความคิดเห็นมากกว่าการสนับสนุนอิสระ กฎหมายนี้จึงขัดกับรัฐธรรมนูญ<sup>220</sup>

รัฐจึงได้ออกกฎหมายอีกฉบับ คือ Child Pornography Protection Act of 1996 (CPPA) กฎหมายนี้มีความมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองเด็กไม่ให้เข้าถึงสิ่งลามกในอินเทอร์เน็ต ป้องกันเด็กไม่ให้เข้าไปมีส่วนร่วมกับการผลิตภาพลามกในอินเทอร์เน็ตและป้องกันเด็กไม่ให้ตกไปอยู่ในภาวะไม่เหมาะสมทางเพศ และยังกำหนดโทษสำหรับสื่อลามกเด็กที่ไม่ทำจากเด็กที่มีอยู่จริงหรือห้ามบุคคลใช้เทคโนโลยีคอมพิวเตอร์โดยเจตนาผลิตภาพเด็กเผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ต ซึ่งกฎหมายนี้ยังมุ่งควบคุมการผลิตภาพลามกจากเด็กจริงไม่ใช่ภาพกราฟิกหรือเสมือนจริง<sup>221</sup> โดยมาตรา 2256(8) ในขณะนั้นได้กำหนดบทนิยาม (A)<sup>222</sup> ว่า ให้หมายรวมภาพ ภาพยนตร์ วีดีโอ หรือคอมพิวเตอร์หรือภาพที่สร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์ (D) ภาพลามกอนาจารเด็กเสมือนจริง แต่ถูกผลิตขึ้นโดยไม่ใช่เด็กจริงหรือใช้เทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ในการสร้างภาพ<sup>223</sup> ซึ่งได้กำหนดโทษสำหรับสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ได้ทำจากเด็กที่มีอยู่จริงด้วย ซึ่งทำให้ได้รับการต่อต้านว่าเป็นการขัดต่อ First Amendment (Freedom of Speech) ของรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ต่อมาในปี 2002 ศาลสูงสหรัฐได้ตัดสินในคดี Ashcroft, Attorney General. Rt al. v. Free Speech Coalition et al.<sup>224</sup> ว่า การที่กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองการกระทำลามกต่อเด็กได้วางหลักการ หมายรวมไปถึงการสร้างภาพเด็กในกิจกรรมทางเพศในคอมพิวเตอร์ (ภาพเสมือนจริง) นั้นมีความกว้างเกินไป ถือเป็น การขัดต่อสิทธิในการแสดงออกตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 1 จึงมีมติด้วยเสียงข้างมาก 6 ต่อ 3 เสียง ผู้พิพากษาฝ่ายเสียงข้างมากซึ่งประกอบไปด้วย ผู้พิพากษา Anthony M. Kennedy, John Paul Stevens, David H. Souter, Ruth Bader Ginsburg และ Stephen Breyer ให้เหตุผลว่า กฎหมายฉบับนี้ มุ่งที่จะปรับใช้กับสื่อลามกเด็กที่มีเนื้อหาทางเพศโจ่งแจ้งเกินความจำเป็น น่ารังเกียจ แต่ในทางกลับกันไม่ใช่ภาพของเด็กอายุ 17 ปี ที่กำลังมีเพศสัมพันธ์ทุกภาพจะขัดกับบรรทัดฐานทางสังคม เพราะในสังคมเช่นอเมริกาเรื่องเช่นนี้ถือเป็นเรื่องธรรมดา การแสดงออกที่อยู่นอกเหนือไปจากความลามกและเกี่ยวข้องกับสื่อลามกเด็ก จึงเป็นบทบัญญัติที่มีขอบเขต ที่กว้างเกินไปอันจะเป็นการจำกัดเสรีภาพ

<sup>220</sup> มานิตย์ จุมปา และพรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552), หน้า 143.

<sup>221</sup> วราภรณ์ วนาพิทักษ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 146.

<sup>222</sup> § 2256(8)(A), but also “any visual depiction, including any photograph, film, video, picture, or computer or computer-generated image or picture,” that “is, or appears to be, of a minor engaging in sexually explicit conduct,”

<sup>223</sup> bans a range of sexually explicit images, sometimes called “virtual child pornography,” that appear to depict minors but were produced by means other than using real children, such as through the use of youthful-looking adults or computer-imaging technology.

<sup>224</sup> The Supreme Court of United State of America, “Case No.00-795,” 16 April 2002.

ทางการแสดงออกโดยไม่คำนึงถึงคุณค่าทางวรรณกรรม ทางศิลปะ ทางการเมืองการปกครอง และทางวิทยาศาสตร์

นอกจากนี้ กฎหมายดังกล่าวมีบทบัญญัติที่ห้ามการวาดภาพของ หนูสาวที่กำลังกระทำการเกี่ยวกับเพศซึ่งในความเป็นจริง แล้วเรื่องราวเหล่านั้นเป็นเรื่องราวที่สะท้อนความจริง ของสังคมสมัยใหม่และเป็นแก่นของศิลปะและวรรณกรรมของประเทศ ซึ่งครอบคลุมไปถึงการแสดงเรื่อง Romeo and Juliet ของ William Shakespeare ภาพยนตร์ เรื่อง William Shakespeare's Romeo+Juliet และภาพยนตร์รางวัลออสการ์เรื่อง Traffic และ American Beauty อีกด้วย ดังนั้น กฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้จึงขัดต่อหลักเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และข้ออ้างที่ว่า การครอบครองสื่อลามกเด็กอาจนำไปสู่การกระทำความผิดทางเพศกับเด็กได้นั้นยังไม่มีน้ำหนักเพียงพอ แต่ในคดีนี้ก็มีผู้พิพากษา William H. Rehnquist นั้นได้มีความเห็นในทางตรงกันข้ามว่าความจริงแล้วกฎหมายฉบับนี้มุ่งที่จะคุ้มครองเด็กที่อาจได้รับผลกระทบจากการสร้างสื่อลามกเด็กโดยคอมพิวเตอร์ในรูปแบบที่ดูเหมือนจริง ๆ มาก น่าจะเน้นการกำหนดขอบเขตการตีความหมายของคำมากกว่า ไม่ควรที่จะยกเลิกความผิดในการครอบครองสื่อลามกเด็กที่ทำขึ้นจากคอมพิวเตอร์ทั้งหมด

ในปี 1998 ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ออกกฎหมายเพื่อควบคุมภาพ ลามกบนอินเทอร์เน็ตอีกฉบับหนึ่ง ได้แก่ กฎหมาย Child Online Protection Act of 1998 (COPA) โดยรัฐสภาได้ทำการแก้ไขบทบัญญัติให้แคบลงกว่าเดิม และกฎหมายฉบับดังกล่าว มีบทบัญญัติครอบคลุมถึงการส่งหรือเผยแพร่ภาพลามกที่เกิดขึ้นจากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต และผู้ให้บริการเว็บไซต์เชิงพาณิชย์ โดยรัฐสภามีเหตุผลในการออกกฎหมายฉบับดังกล่าว อันเนื่องมาจากการที่อินเทอร์เน็ตเปิดโอกาสให้เด็กสามารถเข้าถึงเนื้อหาทางเว็บไซต์ได้โดยง่าย ซึ่งแม้ว่า ภาคอุตสาหกรรมและผู้ปกครองได้มีความความพยายามในการป้องกันการเข้าถึง แล้วก็ตามแต่ก็ไม่ประสบความสำเร็จ ซึ่งการออกกฎหมายฉบับนี้มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองเด็ก ทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจจากเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมดังกล่าว นอกจากนี้ การออกกฎหมายฉบับนี้ยังมีเจตนารมณ์เพื่อขจัดปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับภาพลามก เด็กฉบับอื่น ๆ กับผู้กระทำความผิด ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายเกี่ยวกับภาพลามกเด็กส่วนใหญ่มีข้อต่อสู่หลายประการซึ่งทำให้ไม่อาจฟ้องผู้กระทำความผิดให้ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายได้<sup>225</sup>

ตามมาตรา 231 ของกฎหมาย Child Online: Protection Act of 1998 กำหนดให้ผู้ให้บริการเว็บไซต์เชิงพาณิชย์ซึ่งรู้ว่าการสื่อสารเพื่อวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรของตน มีเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมแก่เด็กรวมอยู่ และบุคคลดังกล่าวไม่ได้ใช้ความพยายามเพื่อห้าม การเข้าถึงเนื้อหาเช่นนั้นของเด็ก ทำให้บุคคลดังกล่าวต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย โดยกฎหมายฉบับนี้ มีเจตนารมณ์เพื่อมุ่งควบคุมผู้ให้บริการเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมแก่เด็ก โดยการกำหนดให้ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประเภทเว็บไซต์ ใช้วิธีการตรวจสอบอายุและหมายเลขบัตรเครดิตของ ผู้ใช้งานที่เข้าถึงเว็บไซต์ของตน เพื่อเป็นการป้องกันมิให้เด็กที่มีอายุต่ำกว่าที่กฎหมายได้กำหนดไว้สามารถเข้าถึงเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมบนอินเทอร์เน็ตได้ ซึ่งหากบุคคลดังกล่าวไม่ดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนด บุคคลนั้นย่อมได้รับโทษตามกฎหมาย โดยกฎหมายฉบับดังกล่าวได้กำหนดค่าจำกัดความของ

<sup>225</sup> Gerald R. Ferrera, *Cyber Law: Text and Cases*, 2 (United States: Thomson, 2004), pp. 325-326.

“เนื้อหาที่ไม่เหมาะสม” (Harmful Materials) ว่าหมายถึง การสื่อสารใด ๆ ก็ตาม รวมถึงรูปภาพ ภาพ ภาพกราฟิก สิ่งของ การบันทึก การเขียน หรือ เนื้อหาใด ๆ ที่มีลักษณะเป็นสิ่งลามกหรือตามหลัก “Three-Prong Test”

โดยในปีเดียวกันนั้น ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ออกกฎหมายเพื่อควบคุมภาพลามกเด็กอีก ได้แก่ กฎหมาย Protection of Children from Sexual Predators Act of 1998 ซึ่งตามมาตรา 302 ของกฎหมายฉบับดังกล่าว ได้กำหนดความรับผิดชอบของบุคคลที่พยายามใช้ อินเทอร์เน็ตเพื่อเข้าถึง ภาพลามกเด็ก โดยกฎหมายฉบับนี้ มีเจตนารมณ์เพื่อควบคุมบุคคลที่ถ่ายภาพลามกเด็กเพื่อแสวงหา กำไร (Child Pornography Photography) และเพื่อควบคุม การสื่อสารที่มีเป้าหมายที่ไม่เหมาะสม ต่อเด็กอายุมากกว่า 16 ปี หรือการใช้อินเทอร์เน็ตเป็น เครื่องมือเพื่อมีกิจกรรมทางเพศกับเด็ก

ปี 1999 รัฐสภาสหรัฐได้ออกกฎหมาย “Children Privacy Protection and Parental Empowerment Act of 1999” ซึ่งเป็นกฎหมายสำคัญที่ส่งผลให้มีการแก้ไขเพิ่มเติม Title 18 U.S.C. Chapter 89 มาตรา 1822 อีกด้วย กล่าวคือ ได้กำหนดให้บุคคลที่มีข้อมูลส่วนบุคคลของเด็ก อายุไม่เกิน 16 ปี ที่โดยปกติแล้วไม่ถือเป็นความผิด อาจต้องรับโทษทางอาญาได้ ถ้าปรากฏว่าเขามี ข้อมูลเหล่านั้นไว้โดยมุ่งหมายที่จะใช้กระทำการที่ไม่ชอบต่อเด็ก

ปี 2000 ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ออกกฎหมายเพื่อควบคุมภาพลามกเด็ก ฉบับใหม่เป็นการ เพิ่มเติม ได้แก่ กฎหมาย Children’s Internet Protection Act (CIPA) of 2000 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ ควบคุมเด็กจากการเข้าถึงสิ่งลามกผู้ใหญ่จากโรงเรียนและห้องสมุดสาธารณะ ทั้งนี้เนื่องจากสถานที่ ดังกล่าวทั้งสองแห่งนั้นได้รับเงินสนับสนุนจากกองทุนของรัฐบาล จึงต้องติดตั้งระบบเทคโนโลยี กั้นกรอง เพื่อป้องกันไม่ให้เด็กเข้าถึงเนื้อหาที่ไม่เหมาะสม โดยเฉพาะภาพลามกและสิ่งลามก ทั้งหลาย ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าวได้ถูกโต้แย้ง จากสมาคมพิทักษ์สิทธิทางแพ่งอเมริกันเช่นเดียวกับ กฎหมาย Child Protection Act of 1998 ว่า มีบทบัญญัติที่ขัดต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และเสรีภาพส่วนบุคคล เนื่องจากการกำหนดให้ใช้เทคโนโลยีเพื่อกั้นกรองเนื้อหาบนอินเทอร์เน็ต ดังกล่าว ส่งผลทำให้เป็นการสกัดกั้นเนื้อหาที่ไม่ได้มีลักษณะลามกด้วย

ปี 2001 รัฐสภาได้เรียกร้องให้สถานศึกษาของรัฐหรือห้องสมุดสาธารณะทุกแห่ง ปฏิบัติตาม กฎหมายฉบับดังกล่าวโดยการติดตั้งระบบเทคโนโลยีกั้นกรอง เนื้อหาต่าง ๆ ที่เผยแพร่แก่เด็กอายุต่ำกว่า 17 ปีบนอินเทอร์เน็ตในกรณีที่สถานที่เหล่านั้นได้ รับเงินจากกองทุนรัฐบาลที่สนับสนุนให้จัดซื้อ เครื่องคอมพิวเตอร์เพื่อติดตั้งในสถานศึกษาและห้องสมุดสาธารณะดังกล่าว<sup>226</sup> ซึ่งนโยบายดังกล่าวได้ ถูกนำไปใช้กับห้องสมุดสาธารณะแห่งหนึ่ง ของมลรัฐเวอร์จิเนียโดยกำหนดให้เครื่องคอมพิวเตอร์ทุก เครื่องในห้องสมุดต้องติดตั้งซอฟต์แวร์ ในการปิดกั้นเว็บไซต์ที่เผยแพร่ภาพลามกเด็ก เนื้อหาลามก ต่าง ๆ และเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมต่อเด็ก ส่งผลให้มีการฟ้องคดีเกี่ยวกับการปิดกั้นเว็บไซต์โดยผู้ดูแล ห้องสมุดและเจ้าของ เว็บไซต์ที่ถูกปิดกั้น ซึ่งศาลตัดสินว่าการใช้ซอฟต์แวร์เพื่อปิดกั้นเว็บไซต์ดังกล่าว

<sup>226</sup> Janine S. Hiller and Ronnie Cohen, *op. cit.*, p. 55.

เป็นสิ่งที่ไม่จำเป็นและเป็นการละเมิดสิทธิของผู้ดูแลห้องสมุดในการเข้าถึงเว็บไซต์ ซึ่งขัดต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 1 สหรัฐอเมริกา<sup>227</sup>

ในปี 2003 สภา Congress ได้แก้ไขเพิ่มเติม The Child Pornography Prevention Act of 1996 โดยกฎหมายชื่อว่า Protect Act of 2003 (Pub.L. 108-21, 117 Stat. 650, S. 151, enacted April 30, 2003) ได้กำหนดขอบเขตของสื่อลามกอนาจารให้แคบลงตามแนวทางของศาลสูงสุดของ สหรัฐอเมริกาในคดี Ashcroft<sup>228</sup> กฎหมายนี้อยู่ใน ประมวลกฎหมายสหรัฐ (United States Code) ต่อไปในวิทยานิพนธ์ จะใช้คำว่า U.S Code ได้กำหนดกฎหมายเกี่ยวกับ หลักเกณฑ์ การพิจารณาความผิดเกี่ยวกับเด็ก ไม่ว่าจะเป็นการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก, การรับ และการจำหน่ายหรือขายภาพหรือสื่อลามกเด็กไว้ใน Chapters 71 และ Chapters 110 of Title 18 of The U.S. Code ในข้อ 18, มาตรา 2252, 2252A, 2260(b)

โดยมาตรา 2256 ในหมวดนี้ได้กำหนดบทนิยามไว้ว่า

(1) ผู้เยาว์ (เด็ก) หมายถึง บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี

(2) (ก) ยกเว้นที่กำหนดไว้ในอนุ (ข), การกระทำทางเพศที่ชัดเจน (Sexually Explicit Conduct) หมายถึงการกระทำหรือแก้งทำ

(i) การร่วมเพศ, รวมถึงการใช้อวัยวะเพศกับอวัยวะเพศ ใช้ปากกับอวัยวะเพศ อวัยวะเพศกับทวารหนักหรือใช้ปากกับทวารหนัก ไม่ว่าจะกับเพศเดียวกันหรือต่างเพศก็ตาม

(ii) ร่วมกับสัตว์

(iii) การสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง

(iv) การกระทำที่ทารุณ

(v) การแสดงอวัยวะสืบพันธุ์ของผู้ชาย ผู้หญิง หรือบุคคลอื่น

(ข) ในความหมายของอนุมาตรา 8(ข) ของมาตรานี้ การกระทำทางเพศอย่างชัดเจน “Sexually Explicit Conduct” หมายถึง

(i) ภาพกราฟิกในการมีเพศสัมพันธ์ รวมถึงภาพกราฟิกการใช้อวัยวะเพศกับอวัยวะเพศ ใช้ปากกับอวัยวะเพศ อวัยวะเพศกับทวารหนักหรือใช้ปากกับทวารหนักไม่ว่าจะกับคนเพศเดียวกันหรือคล้ายเหมือนคนหรือต่างเพศก็ตาม หรือเสมือน (Simulated) การมีเพศสัมพันธ์ ไม่ว่าจะอวัยวะเพศหญิง นมหรืออวัยวะเพศของบุคคลใดก็ตาม;

(ii) ภาพกราฟิกหรือภาพเลียนแบบที่มีลักษณะ (1) ร่วมเพศกับสัตว์ (2) สำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง หรือ (3) ลักษณะการกระทำที่ทารุณ หรือ (4) ภาพกราฟิกหรือการเลียนแบบ อวัยวะเพศหรือบริเวณอวัยวะเพศของบุคคลใด ๆ

(3) การผลิต หมายถึง การผลิต การส่งการหรืออำนาจการ การผลิตแบบอุตสาหกรรม ประกาศ หรือการจัดพิมพ์ เผยแพร่ หรือโฆษณา

<sup>227</sup> Mainstream Louder v. Board of Trustees of the Loudon County Library, 24F. Supp. 2d 552 (E.D, va, 1998)

<sup>228</sup> Mainstream Louder v. Board of Trustees of the Loudon County Library, 24F. Supp. 2d 552 (E.D, va, 1998)

(5) “สื่อแสดงภาพ” (Visual Depiction) ให้รวมถึงฟิล์มที่ยังไม่สามารถดูได้ และวิดีโอเทป, ด้าต้า ข้อมูลในคอมพิวเตอร์ดิสหรือด้วยวิธีอิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถแปลงเป็นภาพ หรือข้อมูลที่สามารถแปลงเป็นภาพซึ่งสามารถส่งผ่านด้วยวิธีอื่น ๆ ซึ่งไม่ใช่ข้อมูลที่จัดเก็บในรูปแบบถาวร (8) “สื่อลามกอนาจารเด็ก”(Child Pornography) ว่า หมายถึง สื่อแสดงภาพใด ๆ ทางประสาทสัมผัสตา รวมถึงรูปถ่าย ฟิล์ม แม้ว่าจะยังไม่ล้าง วิดีโอ รูปภาพ ภาพคอมพิวเตอร์ หรือภาพที่มีการสร้างหรือปรับแต่งโดยคอมพิวเตอร์ (Computer-Generated Image) หรือรูปถ่าย แถบบันทึกภาพ ข้อมูลที่จัดเก็บในคอมพิวเตอร์หรือจัดเก็บโดยวิธีอิเล็กทรอนิกส์อื่นใดที่สามารถแปลงมาสู่ภาพได้ ทั้งนี้ไม่ว่าจะเก็บอยู่ในลักษณะถาวรหรือไม่ก็ตามและไม่ว่าสื่อนั้นทำมาหรือผลิตมาจากการใช้ วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ วิศวกรรม หรือโดยวิธีการอื่นซึ่งแสดงกิจกรรมทางเพศอย่างชัดแจ้ง ซึ่ง

(ก) การผลิตสื่อที่มีการใช้เด็กในกิจกรรมทางเพศอย่างชัดแจ้ง

(ข) เป็นสื่อจำพวกภาพ Digital ภาพคอมพิวเตอร์ หรือภาพที่มีการสร้างหรือปรับแต่งโดยใช้คอมพิวเตอร์ (Computer-Generated) ซึ่งแสดงถึงการที่มีเด็กเข้าร่วมในกิจกรรมทางเพศอย่างชัดแจ้งหรือ เป็นภาพที่มีการสร้างหรือปรับแต่งโดยใช้คอมพิวเตอร์ซึ่งแสดงถึงการที่มีเด็กเข้าร่วมในกิจกรรมทางเพศอย่างชัดแจ้งหรือเป็นภาพที่ไม่อาจแยกออกจากภาพที่มีเด็กจริงเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศอย่างชัดแจ้งได้

(ค) สื่อแสดงภาพนั้นถูกสร้าง ปรับแต่ง ปรับปรุง ผลิตหรือแก้ไขให้ดูเหมือนว่ามีเด็กที่มีตัวตนจริงเข้าร่วมในกิจกรรมทางเพศอย่างชัดแจ้ง แม้ว่าจะยังเป็นเด็กในปัจจุบันหรือเป็นภาพจากสมัยบุคคลดังกล่าวเป็นเด็กก็ตาม<sup>229</sup>

---

<sup>229</sup> § 2256 Definitions for chapter

For the purposes of this chapter, the term-

(1) “minor” means any person under the age of eighteen years;

(2) (A) Except as provided in subparagraph (B), “sexually explicit conduct” means actual or simulated-

(i) sexual intercourse, including genital-genital, oral-genital, anal-genital, or oral-anal, whether between persons of the same or opposite sex;

(ii) bestiality;

(iii) masturbation;

(iv) sadistic or masochistic abuse; or

(v) lascivious exhibition of the genitals or pubic area of any person;

(B) For purposes of subsection 8(B) of this section, "sexually explicit conduct" means-

(i) graphic sexual intercourse, including genital-genital, oral-genital, anal-genital, or oral-anal, whether between persons of the same or opposite sex, or lascivious simulated sexual intercourse where the genitals, breast, or pubic area of any person is exhibited;

---

(ii) graphic or lascivious simulated;  
(I) bestiality;  
(II) masturbation; or  
(III) sadistic or masochistic abuse; or  
(iii) graphic or simulated lascivious exhibition of the genitals or pubic area of any person;

(3) “producing” means producing, directing, manufacturing, issuing, publishing, or advertising;

(5) “visual depiction” includes undeveloped film and videotape, data stored on computer disk or by electronic means which is capable of conversion into a visual image, and data which is capable of conversion into a visual image that has been transmitted by any means, whether or not stored in a permanent format;

(8) “child pornography” means any visual depiction, including any photograph, film, video, picture, or computer or computer-generated image or picture, whether made or produced by electronic, mechanical, or other means, of sexually explicit conduct, where-

(A) the production of such visual depiction involves the use of a minor engaging in sexually explicit conduct;

(B) such visual depiction is a digital image, computer image, or computer-generated image that is, or is indistinguishable from, that of a minor engaging in sexually explicit conduct; or

(C) such visual depiction has been created, adapted, or modified to appear that an identifiable minor is engaging in sexually explicit conduct.

(9) identifiable minor-

(A) means a person-

(i) (I) who was a minor at the time the visual depiction was created, adapted, or modified; or

(II) whose image as a minor was used in creating, adapting, or modifying the visual depiction; and

(ii) who is recognizable as an actual person by the person's face, likeness, or other distinguishing characteristic, such as a unique birthmark or other recognizable feature; and

(B) shall not be construed to require proof of the actual identity of the identifiable minor.

## (9) ผู้เยาว์ที่สามารถระบุตัวได้

## (A) หมายถึง บุคคล

(i) ที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะในขณะที่สร้างภาพ, ดัดแปลงหรือปรับแต่ง หรือปรับปรุงเปลี่ยนแปลง หรือ ซึ่งลักษณะของผู้เยาว์ถูกใช้ในการสร้าง, การปรับแต่ง หรือการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง และ

(ii) บุคคลที่เป็นบุคคลจริงที่มีใบหน้าคล้ายคลึงหรือมีลักษณะเป็นที่สังเกตได้ มีลักษณะอื่น ๆ ที่ยืนยันตัวบุคคลได้ และ

## (B) ไม่จำเป็นต้องยืนยันว่าเป็นบุคคลซึ่งเป็นผู้เยาว์ที่มีตัวตนจริง

(10) คำว่า “กราฟิก” เมื่อใช้กับ “การกระทำทางเพศที่ชัดแจ้ง” (Sexually Explicit Conduct) หมายถึง ผู้ชมสามารถสังเกตบางส่วนของอวัยวะเพศ หรือบริเวณของอวัยวะเพศของคนหรือสัตว์ ในระหว่างช่วงเวลาใดที่มีการกระทำทางเพศที่ชัดแจ้ง ตั้งแต่เริ่ม และ

(11) คำว่า “ไม่สามารถแยกแยะได้” (Indistinguishable) ใช้กับการหมายถึงบุคคลธรรมดา ไม่สามารถแยกได้ว่า เป็นการกระทำทางเพศที่ชัดแจ้งของเด็ก(ผู้เยาว์) แต่ไม่รวมถึง ภาพวาด ภาพการ์ตูน รูปปั้น ภาพเขียนของผู้เยาว์หรือผู้ใหญ่

สื่อลามกอนาจารเด็ก ให้หมายรวมถึง การใช้เทคโนโลยี “Morphing”<sup>230</sup> ซึ่งหมายถึง การนำภาพมาดัดแปลงด้วยโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ไม่ว่าจะนำหลาย ๆ ภาพมาใส่ไว้ในภาพเดียวกันหรือตัดบางส่วนของภาพออก บิดเบือนภาพจากความเป็นจริง หรือสร้างภาพปลอม การแปลงรูป

นอกจากนี้ มาตรา 1466A. ยังได้กำหนดความผิดถึงกรณี บุคคลใดที่เจตนาที่จะครอบครอง ภาพวาด ภาพการ์ตูน ภาพสลัก ภาพเขียนหรือภาพระบายสี ที่เป็นสื่อลามกอนาจารเด็ก และมาตรานี้ ยังเป็นการกำหนดโทษการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กที่มีลักษณะลามก (Obscenity) หรือ ทารุณโดยกำหนดว่า การแสดงภาพลามกอนาจารของการล่วงละเมิดทางเพศเด็ก (a) บุคคลใดก็ตามที่ผลิตโดยเจตนาแจกจ่ายรับหรือครอบครองโดยมีเจตนาที่จะแจกจ่ายภาพวาดภาพใด ๆ รวมทั้ง ภาพวาดการ์ตูนภาพแกะสลัก หรือภาพวาด ที่แสดงให้เห็นว่าผู้เยาว์มีส่วนร่วมในพฤติกรรมทางเพศที่

(10) “graphic”, when used with respect to a depiction of sexually explicit conduct, means that a viewer can observe any part of the genitals or pubic area of any depicted person or animal during any part of the time that the sexually explicit conduct is being depicted; and

(11) the term “indistinguishable” used with respect to a depiction, means virtually indistinguishable, in that the depiction is such that an ordinary person viewing the depiction would conclude that the depiction is of an actual minor engaged in sexually explicit conduct. This definition does not apply to depictions that are drawings, cartoons, sculptures, or paintings depicting minors or adults

<sup>230</sup> Patti B. Saris and other, **Federal Child Pornography Offenses**, p. 22, Retrieved January 7, 2016 from <https://www.jamesmarshlaw.com/wp-content/uploads/2015/03/Federal-Child-Pornography-Offenses.pdf>

ชัดเจน และเป็นลามกอนาจาร หรือ แสดงภาพที่มีหรือปรากฏว่าเป็นของผู้เยาว์ที่เป็นการร่วมเพศในลักษณะทารุณ หรือภาพกราฟิกของเด็กที่มีลักษณะสมสู่กับสัตว์ ชาตีสม์ หรือทารุณโหดร้ายร่วมทางปาก การร่วมเพศ รวมถึง ระหว่างอวัยวะเพศ ทางช่องปาก ทางทวารหนัก ไม่ว่าจะเป็นระหว่างคนที่มีเพศเดียวกันหรือเพศตรงข้าม และไม่มีลักษณะคุณค่าทางวรรณกรรม ศิลปะการเมืองหรือวิทยาศาสตร์ แต่อย่างใด หรือพยายามหรือสมคบ ต้องระวางโทษ และ มาตรา<sup>231</sup> (f)(3) ได้กำหนดบทนิยามคำว่า กราฟิกว่า หมายถึง เมื่อใช้กับพฤติกรรมทางเพศที่ชัดเจน หมายความว่าผู้ชมสามารถเห็นบริเวณหัวหน่าวของคนหรือสัตว์ได้อย่างชัดเจน ซึ่งกำหนดไว้ ดังนี้

มาตรา 1466A<sup>231</sup> สื่อแสดงภาพการล่วงละเมิดทางเพศเด็ก

(a) โดยทั่วไป ผู้ใด ตามกรณีที่กำหนดไว้ในวรรค (d) ซึ่งผลิต แจกจ่าย รับ หรือครอบครอง

---

<sup>231</sup> § 1466A. Obscene visual representations of the sexual abuse of children

(a) In General.-Any person who, in a circumstance described in subsection (d), knowingly produces, distributes, receives, or possesses with intent to distribute, a visual depiction of any kind, including a drawing, cartoon, sculpture, or painting, that-

(1)(A) depicts a minor engaging in sexually explicit conduct; and

(B) is obscene; or

(2)(A) depicts an image that is, or appears to be, of a minor engaging in graphic bestiality, sadistic or masochistic abuse, or sexual intercourse, including genital-genital, oral-genital, anal-genital, or oral-anal, whether between persons of the same or opposite sex; and

(B) lacks serious literary, artistic, political, or scientific value; or attempts or conspires to do so, shall be subject to the penalties provided in section 2252A(b)(1), including the penalties provided for cases involving a prior conviction.

(b) Additional Offenses.-Any person who, in a circumstance described in subsection (d), knowingly possesses a visual depiction of any kind, including a drawing, cartoon, sculpture, or painting, that-

(1)(A) depicts a minor engaging in sexually explicit conduct; and

(B) is obscene; or

(2)(A) depicts an image that is, or appears to be, of a minor engaging in graphic bestiality, sadistic or masochistic abuse, or sexual intercourse, including genital-genital, oral-genital, anal-genital, or oral-anal, whether between persons of the same or opposite sex; and

(B) lacks serious literary, artistic, political, or scientific value; or attempts or conspires to do so, shall be subject to the penalties provided in section 2252A(b)(2), including the penalties provided for cases involving a prior conviction.

---

(c) Nonrequired Element of Offense.-It is not a required element of any offense under this section that the minor depicted actually exist.

(d) Circumstances.-The circumstance referred to in subsections (a) and (b) is that-

(1) any communication involved in or made in furtherance of the offense is communicated or transported by the mail, or in interstate or foreign commerce by any means, including by computer, or any means or instrumentality of interstate or foreign commerce is otherwise used in committing or in furtherance of the commission of the offense;

(2) any communication involved in or made in furtherance of the offense contemplates the transmission or transportation of a visual depiction by the mail, or in interstate or foreign commerce by any means, including by computer;

(3) any person travels or is transported in interstate or foreign commerce in the course of the commission or in furtherance of the commission of the offense;

(4) any visual depiction involved in the offense has been mailed, or has been shipped or transported in interstate or foreign commerce by any means, including by computer, or was produced using materials that have been mailed, or that have been shipped or transported in interstate or foreign commerce by any means, including by computer; or

(5) the offense is committed in the special maritime and territorial jurisdiction of the United States or in any territory or possession of the United States.

(e) Affirmative Defense.-It shall be an affirmative defense to a charge of violating subsection (b) that the defendant-

(1) possessed less than 3 such visual depictions; and

(2) promptly and in good faith, and without retaining or allowing any person, other than a law enforcement agency, to access any such visual depiction-

(A) took reasonable steps to destroy each such visual depiction; or

(B) reported the matter to a law enforcement agency and afforded that agency access to each such visual depiction.

(f) Definitions.-For purposes of this section-

(1) the term "visual depiction" includes undeveloped film and videotape, and data stored on a computer disk or by electronic means which is capable of conversion into a visual image, and also includes any photograph, film, video, picture, digital image or picture, computer image or picture, or computer generated

เพื่อ แจกจ่ายอย่างรู้เท่าทัน สื่อแสดงภาพใด รวมถึงรูปวาด ภาพการ์ตูน รูปแกะสลัก หรือภาพพระบายสีซึ่ง

- (1) (A) มีเด็กเข้าร่วมในกิจกรรมทางเพศอย่างชัดแจ้ง และ  
(B) เป็นอนาจาร หรือ

(2) (A) มีหรือดูคล้ายว่ามี เด็กร่วมเพศกับสัตว์ หรือทำทารุณโดยแสวงหาความสุขจากการทรมาณผู้อื่นหรือตนเอง หรือร่วมเพศ ไม่ว่าจะโดยการร่วมระหว่างอวัยวะเพศกันอวัยวะเพศ ปากกับอวัยวะเพศ ทวารหนักกับอวัยวะเพศ ปากกับทวารหนัก จะเป็นระหว่างเพศเดียวกันหรือต่างเพศก็ตาม และ

(B) ขาดคุณค่าด้านการประพันธ์ ศิลปะ การเมือง หรือวิทยาศาสตร์ อย่างจริงจัง หรือพยายามกระทำหรือสมคบกระทำผิดดังกล่าว ต้องระวางโทษตามมาตรา 2252A(b)(1) รวมทั้งบทโทษเฉพาะคดีที่มีการลงโทษแล้ว

(b) การกระทำผิดเพิ่ม ผู้ใดตามกรณีที่กำหนดไว้ในวรรค (d) ครอบครองอย่างรู้เท่าทัน สื่อแสดงภาพใด รวมถึงรูปวาด ภาพการ์ตูน รูปแกะสลัก หรือภาพพระบายสี ซึ่ง

- (1) (A) มีเด็กเข้าร่วมในกิจกรรมทางเพศอย่างชัดแจ้ง และ  
(B) เป็นลามกอนาจาร หรือ

(2) (A) มีหรือดูคล้ายว่ามี เด็กร่วมเพศกับสัตว์ หรือทำทารุณโดยแสวงหาความสุขจากการทรมาณผู้อื่นหรือตนเอง หรือร่วมเพศ ไม่ว่าจะโดยการร่วมระหว่างอวัยวะเพศกันอวัยวะเพศ ปากกับอวัยวะเพศ ทวารหนักกับอวัยวะเพศ ปากกับทวารหนัก จะเป็นระหว่างเพศเดียวกันหรือต่างเพศก็ตาม และ

(B) ขาดคุณค่าด้านการประพันธ์ ศิลปะ การเมือง หรือวิทยาศาสตร์ อย่างจริงจัง หรือพยายามกระทำหรือสมคบกระทำผิดดังกล่าว ต้องระวางโทษตามมาตรา 2252A(b)(2) รวมทั้งบทโทษเฉพาะคดีที่มีการลงโทษแล้ว

(c) ในการกระทำความผิดตามมาตราดังกล่าว เด็กที่ถูกแสดงไม่จำเป็นต้องมีชีวิตอยู่จริง

(d) กรณีต่าง ๆ ที่อ้างถึงตามวรรค (a) และ (b) คือ

สำหรับ 3 ข้อย่อยในอนุวรรคนี้ เป็นกรณีต่าง ๆ ที่กระทำความผิดข้ามรัฐ หรือระหว่างประเทศ เช่น

---

image or picture, whether made or produced by electronic, mechanical, or other means

(2) the term “sexually explicit conduct” has the meaning given the term in section 2256(2)(A) or 2256(2)(B); and

(3) the term “graphic”, when used with respect to a depiction of sexually explicit conduct, means that a viewer can observe any part of the genitals or pubic area of any depicted person or animal during any part of the time that the sexually explicit conduct is being depicted.

การขนส่ง การใช้คอมพิวเตอร์ หรือการใช้ส่วนประกอบที่ถูกส่งข้ามรัฐหรือระหว่างประเทศ เพื่อจะบังคับใช้ประมวลกฎหมายนี้ของสหรัฐอเมริกา

(e) ซ้อยกเว้น จำเลยสามารถยกข้อต่อสู้ดังต่อไปนี้ มาแก้ข้อกล่าวหาตามวรรค (b) ได้ คือ

(1) ครอบครองสื่อแสดงภาพดังกล่าวน้อยกว่า 3 ชิ้น และ

(2) กระทำตามข้อต่อสู้ดังต่อไปนี้ทันทีและโดยสุจริต และโดยไม่ให้บุคคลอื่นนอกจากเจ้าหน้าที่ บังคับใช้กฎหมายเข้าถึงสื่อแสดงภาพดังกล่าว

(A) ดำเนินการทำลายสื่อแสดงภาพดังกล่าว หรือ

(B) แจ้งให้หน่วยงานบังคับใช้กฎหมาย และให้หน่วยงานดังกล่าวเข้าถึงสื่อแสดงภาพดังกล่าว

(f) บทนิยามสำหรับวัตถุประสงค์ของมาตรานี้

(1) คำว่า “สื่อแสดงภาพใด” (Visual Depiction) ให้รวมถึงฟิล์มที่ยังไม่สามารถดูได้ และวิดีโอเทป, ดัตาข้อมูลในคอมพิวเตอร์ดิสก์หรือด้วยวิธีอิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถแปลงเป็นภาพหรือข้อมูลที่สามารถแปลงเป็นภาพซึ่งสามารถส่งผ่านด้วยวิธีอื่น ๆ และรวมถึงภาพถ่าย ฟิล์ม วิดีโอ รูปถ่าย ภาพดิจิทัล หรือภาพที่ทำจากคอมพิวเตอร์ ไม่ว่าจะทำหรือผลิตโดยอิเล็กทรอนิกส์หรือสิ่งอื่น ๆ

(2) การกระทำทางเพศโดยชัดแจ้ง (Sexually Explicit Conduct) มีความหมายเช่นเดียวกับมาตรา 2256(2) (A) หรือ 2256(2)(B)

(3) กราฟิก (Graphic) เมื่อใช้กับการกระทำทางเพศโดยชัดแจ้ง หมายถึง ผู้ชมสามารถสังเกตเห็นส่วนหนึ่งของอวัยวะเพศหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของบุคคลหรือสัตว์ ในเวลาที่มีการกระทำดังกล่าว

รวมถึงการพยายามที่จะกระทำและการสมคบกันกระทำความผิดดังกล่าวด้วย ซึ่งความผิดดังกล่าวได้กำหนดไว้ใน U.S Code มาตรา 2251(d)(1)(A) & (e), 2252(a) และ (b), 2252A(a) & (b), and 2260(b) และ(c)

และแม้ว่าจะไม่ได้ใช้ตัวผู้เยาว์จริง ๆ (No Minor is Actually Used) ก็เป็นภาพที่สร้างขึ้นด้วยการตัดต่อภาพหากดูแล้วเสมือนจริง เป็นผู้เยาว์ก็ถือว่ามีความผิดตามกฎหมายฉบับดังกล่าว จะเห็นว่าการใช้เด็กจริงในการผลิตสื่อลามกนั้นจะถูกห้ามโดยกฎหมายฉบับนี้เพราะเป็นวัตถุประสงค์หลักของกฎหมาย<sup>232</sup> และมาตรา 2256 (A) กำหนดว่า ถ้าการผลิตสื่อลามกดังกล่าวมีการใช้เด็กเพื่อการผลิตจริง ๆ และตามมาตรา 2256 (B) กำหนดว่าถ้าสื่อลามกดังกล่าวปรากฏให้เห็นว่า มีเด็กเข้าร่วมในการผลิตจริง ๆ รวมถึงกฎหมายได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับการตัดต่อภาพลามกเด็กไว้ตามมาตรา 2256 (C) ซึ่งกำหนดว่า ภาพดังกล่าวถูกสร้าง หรือเลียนแบบ หรือดัดแปลงแก้ไขให้ปรากฏว่า เด็กที่มีตัวตนจริง ๆ ได้ปรากฏในภาพดังกล่าว และตามมาตรา 2256 (D) กำหนดว่า ภาพดังกล่าวได้

<sup>232</sup>

Henry Cohen, *Freedom of Speech and Press: Exceptions to the First Amendment*, Congressional Research Service, p. 3, Retrieved March 10, 2013 from <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/95-815.pdf>

ถูกโฆษณา เชิญชวน แสดง พรรณนา หรือจำหน่ายในทางที่ทำให้รู้สึกว่าเป็นของจริง<sup>233</sup>

ตามกฎหมายของสหรัฐเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นจะกำหนดโทษหรือแบ่งลักษณะผู้กระทำความผิดเป็นสองกลุ่ม คือ กลุ่ม (1) คือ กลุ่มที่ทำการผลิตหรือผู้การกระทำหน้าที่โดยตรงเกี่ยวกับการผลิต และ (2) กลุ่มที่เกี่ยวกับการจำหน่ายแจกหรือมีส่วนร่วมในการกระทำอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับการรวบรวมสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ โดยกฎหมายจะแยกการกำหนดโทษกลุ่มที่ผลิตสูงกว่ากลุ่มที่ครอบครองหรือจำหน่ายแจก<sup>234</sup> ซึ่งมีการกระทำทั้งหมดนี้จะต้องมีเจตนาหรือรู้ถึงข้อเท็จจริง (Knowingly) นั้นด้วย ข้อพิจารณาดังนี้

1) ความผิดที่เกี่ยวกับการผลิตหรือการจัดทำ (Production) ภาพลามกอนาจารเด็กได้ กำหนดไว้ในมาตรา 2251 (a), (b), (c), (d)(1)(B) และ (e) และกำหนดโทษไว้ในมาตรา 2260A<sup>235</sup> ในมาตรา 2251 กำหนดว่า การแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็ก ได้กำหนดว่า (a) ผู้ใดจ้าง วาน ใช้ ชักชวนจูงใจ ล่อลวงหรือบังคับขู่เข็ญ ให้ผู้เยาว์คนใดเข้าร่วมหรือผู้เยาว์ช่วยเหลือบุคคลอื่นในการเข้าร่วมหรือ ส่งต่อผู้เยาว์ในระหว่างรัฐหรือระหว่างประเทศ ในดินแดนที่อยู่ความครอบครองดูแลของสหรัฐ โดยเจตนาที่จะมีส่วนร่วม ในการดำเนินการเกี่ยวกับกิจกรรมทางเพศที่ชัดแจ้ง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อที่จัดทำภาพหรือการแสดงพฤติกรรมเช่นนั้นต้องระวางโทษตาม . . . (e) ส่วนใน (b) จะเป็นการกำหนดโทษของของบิดามารดา ผู้ดูแลตามกฎหมาย หรือผู้คุมขัง ที่กระทำการดังกล่าวที่มีส่วนร่วมหรือช่วยเหลือในการดำเนินการดังกล่าวก็เป็นความผิดด้วย

2) การห้ามโฆษณา (Advertising) สื่อลามกอนาจารเด็ก มีสองรูปแบบ ได้ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 2251(d)(1)(a) ห้ามโฆษณาเกี่ยวกับการรับ แลกเปลี่ยน ซื้อ ผลิต แสดง จำหน่าย แจกจ่าย หรือทำซ้ำ ในสื่อลามกอนาจารเด็ก ส่วนมาตรา 2251(d)(1)(b) คือ การห้ามโฆษณา โดยการจำหน่าย หรือทำให้แพร่หลาย เกี่ยวกับการกระทำในการมีส่วนร่วมในการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็ก

ในความผิดเกี่ยวกับการโฆษณานี้จะมีการกำหนดโทษไว้สูงขึ้นถ้า มีการส่งสื่อหรือภาพดังกล่าวเข้าไปยังสหรัฐอเมริกาก็โดยใครที่กระทำความผิดตามที่กำหนดไว้ในมาตรานี้จะมีอัตราโทษตั้งแต่ 15 ปี แต่ไม่เกิน 20 ปี (มาตรา 2251(e)) ส่วนโทษที่ไม่เข้าในลักษณะในมาตราดังกล่าวจะถูกกำหนดไว้ในมาตรา 2260A ซึ่งกำหนดโทษไว้ จำคุกไม่เกิน 10 ปี

3) การแจกจ่าย, การแบ่งปัน, เผยแพร่ (Knowingly Distribution) โดยเจตนา ประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา กำหนดไว้ใน มาตรา 2252(a)(2) และ (a)(3), 2252A(a)(2), (a)(3), (a)(4) และ (a)(6) and 2260(b)<sup>236</sup> มาตรา 2252 และ 2252 A ห้ามไม่ให้มีการขายภาพลามกอนาจารของเด็ก กฎหมายดังกล่าวกำหนดครอบคลุมทุกประเภทของการจำหน่ายหรือเผยแพร่ไม่ว่า

<sup>233</sup> วราภรณ์ วนาพิทักษ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 146, 147.

<sup>234</sup> Patti B. Saris and other, *op. cit.*, p. 21.

<sup>235</sup> U.S Code Title 18-Crimes and Criminal Procedure part I-Crimes chapter 110-Sexual Exploitation and Other Abuse of Children

<sup>236</sup> Title 18-Crimes and Criminal Procedure part I-Crimes chapter 110-Sexual Exploitation and Other Abuse of Children

จะเป็นเชิงการหาประโยชน์(พาณิชย์) หรือไม่ได้ประโยชน์จากการแจกจ่ายหรือเผยแพร่ดังกล่าว รวมทั้งการทำสำเนาภาพเหล่านี้ด้วย โดยได้กำหนดถึงการห้ามแจกจ่ายโดยเจตนา ไม่ว่าจะโดยทางจดหมาย การขนส่งหรือการค้าระหว่างรัฐหรือต่างประเทศรวมถึงทางคอมพิวเตอร์ด้วย นอกจากนี้ มาตรา 2252, 2252A and 2260(b) ยังกำหนดห้ามครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อจำหน่ายในกรณีต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในมาตราดังกล่าว

4) การขนส่งหรือส่งต่อ Transportation (Including to by Shipping or Mailing) กำหนดไว้ในมาตรา 2252 (a)(1) และมาตรา 2252A(a)(1) ซึ่งกำหนดไว้ในทำนองเดียวกันว่าการส่งต่อหรือจัดส่งโดยเจตนาซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็ก ไม่ว่าจะโดยวิธีการใด ๆ ในระหว่างรัฐหรือต่างประเทศเพื่อการค้า รวมถึงการส่งทางคอมพิวเตอร์หรือทางไปรษณีย์

5) การนำเข้า (Importation) กำหนดไว้ในมาตรา 2260 (b) ว่าบุคคลใดที่อยู่นอกราชอาณาจักรสหรัฐอเมริกา รัฐหรือทราบ, ส่งต่อ, ขาย โดยเจตนา นำเข้ามาในสหรัฐอเมริกา ซึ่งภาพลามกอนาจารเด็ก ต้องรับโทษตามที่ระบุไว้ในหมวด C

6) การรับ Receipt กำหนดไว้ใน 2252(a)(2) and 2252A(a)(2) กำหนดไว้ว่ากิจกรรมที่มีเนื้อหาประกอบขึ้นหรือมีสื่อลามกอนาจารเด็ก บุคคลใดก็ตามที่เจตนาที่จะรับหรือจ่ายแจกสื่อลามกอนาจารเด็ก ที่ถูกส่งทางไปรษณีย์หรือวิธีการใด ๆ ในระหว่างรัฐหรือระหว่างประเทศ รวมทั้งวิธีการทางคอมพิวเตอร์

7) การชักชวน (Solicitation) กำหนดไว้ในมาตรา 2252A(a)(3) บุคคลใดโดยเจตนา ทำซ้ำสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อแจกจ่ายผ่านทางอีเมลล์หรือวิธีการอื่นใด โฆษณา ประชาสัมพันธ์ เผยแพร่ ขอร้อง ชักชวนผ่านทางไปรษณีย์หรือวิธีใด ๆ รวมทั้งวิธีการทางคอมพิวเตอร์

8) การครอบครอง (Possession) โดยเจตนา (Knowingly)

การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก ได้กำหนดไว้ในมาตรา 2252(a)(4) และมาตรา 2252A(a)(5), มาตรา 2252(a)(4) เป็นการครอบครองสิ่งที่เกี่ยวข้องกับการแสวงหาประโยชน์ทางเพศกับเด็กไว้ส่วนตัว โดยเจตนาที่เข้าดู หรือ หนังสือ นิตยสาร วารสารหนังสือ ภาพยนตร์ วีดีโอเทปหรือเรื่องอื่น ๆ ที่มีภาพใด ๆ ซึ่งรวมถึง “สื่อแสดงภาพใด” (Visual Depiction) ซึ่งให้ความหมายว่า รวมถึง แผ่นฟิล์ม วีดีโอเทป ข้อมูลที่ถูกจัดเก็บไว้ในคอมพิวเตอร์หรือลักษณะอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งสามารถแปลงมาสู่ภาพที่มองเห็นได้ ที่ถูกส่งมาโดยวิธีใด ๆ ไม่ว่าจะเก็บอยู่ในลักษณะถาวรหรือไม่ ซึ่งสิ่งที่ห้ามไม่ให้ครอบครองนั้นจะต้องมีลักษณะ (1) การผลิตสื่อแสดงภาพนั้น (Visual Depiction)<sup>237</sup> จะต้องมีลักษณะการใช้เด็กเข้าร่วมในการกระทำทางเพศอย่างชัดแจ้ง (Sexually Explicit Conduct)

<sup>237</sup> Section 1466A.(f)(1) (f) Definitions.-For purposes of this section-

(1) the term “visual depiction” includes undeveloped film and videotape, and data stored on a computer disk or by electronic means which is capable of conversion into a visual image, and also includes any photograph, film, video, picture, digital image or picture, computer image or picture, or computer generated image or picture, whether made or produced by electronic, mechanical, or other means;

ซึ่งการกระทำทางเพศอย่างชัดแจ้ง หมายถึง<sup>238</sup> ภาพกราฟิกร่วมเพศ การร่วมเพศ การร่วมทางปาก ทางทวาร ไม่ว่าจะระหว่างเพศเดียวกันหรือตรงข้ามทั้งการมีเพศสัมพันธ์องคชาต หัวหน่าว หน้าอก ไม่ว่าจะเป็นการแสดงภาพกราฟิก หรือจำลองกับสัตว์ สำเร็จความใคร่ หรือการกระทำที่มีความวิปริตทางเพศ, มาตรา 2252A ซึ่งเป็นมาตราสำคัญอีกมาตราหนึ่งเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กได้กำหนดไว้ดังนี้<sup>239</sup>

---

<sup>238</sup> U.S. Code มาตรา 2256(2)(B) “sexually explicit conduct” means-

(i) graphic sexual intercourse, including genital-genital, oral-genital, anal-genital, or oral-anal, whether between persons of the same or opposite sex, or lascivious simulated sexual intercourse where the genitals, breast, or pubic area of any person is exhibited;

(ii) graphic or lascivious simulated;

(I) bestiality;

(II) masturbation; or

(III) sadistic or masochistic abuse; or

(iii) graphic or simulated lascivious exhibition of the genitals or pubic area of any person;

<sup>239</sup> 2252A. Certain activities relating to material constituting or containing child pornography

(a) Any person who-

(1) knowingly mails, or transports or ships using any means or facility of interstate or foreign commerce or in or affecting interstate or foreign commerce by any means, including by computer, any child pornography;

(2) knowingly receives or distributes -

(A) any child pornography that has been mailed, or using any means or facility of interstate or foreign commerce shipped or transported in or affecting interstate or foreign commerce by any means, including by computer; or

(B) any material that contains child pornography that has been mailed, or using any means or facility of interstate or foreign commerce shipped or transported in or affecting interstate or foreign commerce by any means, including by computer;

(3) knowingly -

(A) reproduces any child pornography for distribution through the mails, or using any means or facility of interstate or foreign commerce or in or affecting interstate or foreign commerce by any means, including by computer; or

---

(B) advertises, promotes, presents, distributes, or solicits through the mails, or using any means or facility of interstate or foreign commerce or in or affecting interstate or foreign commerce by any means, including by computer, any material or purported material in a manner that reflects the belief, or that is intended to cause another to believe, that the material or purported material is, or contains -

(i) an obscene visual depiction of a minor engaging in sexually explicit conduct; or

(ii) a visual depiction of an actual minor engaging in sexually explicit conduct;

(4) either -

(A) in the special maritime and territorial jurisdiction of the United States, or on any land or building owned by, leased to, or otherwise used by or under the control of the United States Government, or in the Indian country (as defined in section 1151), knowingly sells or possesses with the intent to sell any child pornography; or

(B) knowingly sells or possesses with the intent to sell any child pornography that has been mailed, or shipped or transported using any means or facility of interstate or foreign commerce or in or affecting interstate or foreign commerce by any means, including by computer, or that was produced using materials that have been mailed, or shipped or transported in or affecting interstate or foreign commerce by any means, including by computer;

(5) either-

(A) in the special maritime and territorial jurisdiction of the United States, or on any land or building owned by, leased to, or otherwise used by or under the control of the United States Government, or in the Indian country (as defined in section 1151), knowingly possesses, or knowingly accesses with intent to view, any book, magazine, periodical, film, videotape, computer disk, or any other material that contains an image of child pornography; or

(B) knowingly possesses, or knowingly accesses with intent to view, any book, magazine, periodical, film, videotape, computer disk, or any other material that contains an image of child pornography that has been mailed, or shipped or transported using any means or facility of interstate or foreign commerce or in or affecting interstate or foreign commerce by any means, including by computer, or that was produced using materials that have been mailed, or shipped

มาตรา 2252A กิจกรรมที่เกี่ยวกับวัตถุหรือภาพลามกอนาจารเด็ก

(a) ผู้ใด

(1) โดยเจตนาส่งทางไปรษณีย์ จัดส่งหรือส่งต่อระหว่างรัฐหรือระหว่างประเทศเพื่อการค้า หรือหรือโดยวิธีการใด ๆ รวมทั้งทางคอมพิวเตอร์ ซึ่งภาพลามกอนาจารเด็ก

(2) รับหรือแจกจ่ายโดยเจตนา

(A) ภาพลามกอนาจารเด็ก ส่งทางไปรษณีย์ หรือใช้ทางอื่นในทำนองเดียวกัน จัดส่ง

---

or transported in or affecting interstate or foreign commerce by any means, including by computer;

(6) knowingly distributes, offers, sends, or provides to a minor any visual depiction, including any photograph, film, video, picture, or computer-generated image or picture, whether made or produced by electronic, mechanical, or other means, where such visual depiction is, or appears to be, of a minor engaging in sexually explicit conduct -

(A) that has been mailed, shipped, or transported using any means or facility of interstate or foreign commerce or in or affecting interstate or foreign commerce by any means, including by computer;

(B) that was produced using materials that have been mailed, shipped, or transported in or affecting interstate or foreign commerce by any means, including by computer; or

(C) which distribution, offer, sending, or provision is accomplished using the mails or any means or facility of interstate or foreign commerce, for purposes of inducing or persuading a minor to participate in any activity that is illegal; or....

(D) Affirmative Defense. - It shall be an affirmative defense to a charge of violating subsection (a)(5) that the defendant -

(1) possessed less than three images of child pornography;  
and

(2) promptly and in good faith, and without retaining or allowing any person, other than a law enforcement agency, to access any image or copy thereof -

(A) took reasonable steps to destroy each such image;  
or

(B) reported the matter to a law enforcement agency and afforded that agency access to each such image.

หรือส่งต่อระหว่างรัฐหรือระหว่างประเทศเพื่อการค้า หรือหรือโดยวิธีการใด ๆ รวมทั้งทางคอมพิวเตอร์ หรือ

(B) วัสดุลามกอื่นที่ประกอบด้วยภาพลามกอนาจารเด็ก ส่งทางไปรษณีย์ หรือใช้ทางอื่นในทำนองเดียวกัน จัดส่งหรือส่งต่อระหว่างรัฐหรือระหว่างประเทศเพื่อการค้า หรือหรือโดยวิธีการใด ๆ รวมทั้งทางคอมพิวเตอร์

(3) โดยเจตนา

(A) ทำซ้ำ ภาพลามกอนาจารเด็กเพื่อแจกจ่ายทางไปรษณีย์ หรือใช้ทางอื่นในทำนองเดียวกัน จัดส่งหรือส่งต่อระหว่างรัฐหรือระหว่างประเทศเพื่อการค้า หรือหรือโดยวิธีการใด ๆ รวมทั้งทางคอมพิวเตอร์ หรือ

(B) โฆษณา ประชาสัมพันธ์ อธิบาย แจกจ่ายหรือ เชิญชวนผ่านทางจดหมาย หรือโดยวิธีการอื่น ในระหว่างรัฐหรือระหว่างประเทศเพื่อการค้า หรือหรือโดยวิธีการใด ๆ รวมทั้งทางคอมพิวเตอร์ เนื้อหาอย่างหนึ่งอย่างใดหรือ อ้างอิงในลักษณะที่สะท้อนให้เห็นถึงความเชื่อหรือสิ่งอื่นที่ทำให้เกิดความเชื่อ นั่นคือ วัตถุหรือสิ่งที่อ้างวัตถุ หรือประกอบด้วย

(i) การแสดงภาพลามกอนาจารของผู้เยาว์ที่มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศอย่างชัดแจ้ง หรือ

(ii) การแสดงภาพลามกอนาจารของผู้เยาว์ที่เป็นการกระทำทางเพศของผู้เยาว์โดยชัดแจ้ง

(4) อย่างไม่อย่างหนึ่ง

(A) ในระหว่างรัฐหรือระหว่างประเทศ ในดินแดนที่อยู่ความครอบครองดูแลของสหรัฐ หรือในประเทศอินเดีย (ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 1151) โดยเจตนาที่จะขายหรือ เจตนาครอบครองเพื่อขายภาพลามกอนาจารเด็ก หรือ

(B) เจตนาขายหรือเจตนาครอบครองเพื่อขาย ภาพลามกอนาจารใด ๆ ที่ถูกส่งทางไปรษณีย์ ขนส่งทางเรือ หรือขนส่งในรูปแบบอื่น ๆ ในระหว่างรัฐหรือระหว่างประเทศเพื่อการค้า หรือหรือโดยวิธีการใด ๆ รวมทั้งทางคอมพิวเตอร์ ที่ถูกผลิตโดยใช้วัสดุที่ได้รับการจัดส่งทางไปรษณีย์หรือจัดส่งหรือขนส่งหรือส่งผลต่อการค้าระหว่างรัฐหรือระหว่างประเทศโดยหมายความรวมถึงโดยคอมพิวเตอร์ ด้วย

(5) อย่างไม่อย่างหนึ่ง

(A) ในอาณาเขตทางทะเลและอาณาเขตพิเศษของสหรัฐอเมริกาหรือบนที่ดินหรืออาคารใด ๆ ที่อยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐบาลสหรัฐอเมริกาหรือในเมืองอินเดีย (ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 1151) เจตนาครอบครองหรือเจตนาเข้าถึงด้วยเจตนาที่จะดูหนังสือหนึ่งสื่อนิตยสารภาพยนตร์หรือวิดีโอเทปหรือดิสก์อื่นใดที่มีภาพอนาจารเด็ก หรือ

(B) มีเจตนาครอบครอง หรือตั้งใจเข้าถึงด้วยเจตนาที่จะดูหนังสือ นิตยสาร วารสาร ภาพยนตร์เทป คอมพิวเตอร์ ดิสก์ หรือเนื้อหาอื่นใดที่มีภาพของสื่อลามกอนาจารเด็กที่ส่งทางไปรษณีย์ หรือจัดส่งหรือส่งต่อระหว่างรัฐหรือระหว่างประเทศเพื่อการค้า โดยวิธีการใด ๆ รวมทั้ง

คอมพิวเตอร์หรือที่ผลิตโดยใช้วัสดุที่ได้รับการจัดส่งทางไปรษณีย์หรือส่งหรือขนส่งในหรือส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐหรือต่างประเทศโดยวิธีการใด ๆ รวมทั้งคอมพิวเตอร์<sup>240</sup>

(6) เจตนาแจกจ่าย, เสนอ, จัดให้ซึ่งสิ่งที่มีลักษณะที่สามารถแสดงถึงภาพลามกอนาจารเด็ก (Visual Depiction) รวมถึงภาพถ่าย, ภาพยนตร์, วิดีโอ, รูปภาพ หรือภาพที่สร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์ หรือทำหรือผลิตโดยอิเล็กทรอนิกส์, เครื่องจักร หรือสิ่งอื่น ๆ ที่แสดงถึงหรือเหมือนจะเป็นการมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศของผู้เยาว์โดยชัดแจ้ง

(A) ที่มีการส่งทางไปรษณีย์ ทางเรือ หรือขนส่งหรืออย่างอื่น ในการขนส่งหรือส่งต่อระหว่างรัฐหรือระหว่างประเทศเพื่อการค้า หรือหรือโดยวิธีการใด ๆ รวมทั้งทางคอมพิวเตอร์

(B) ที่ผลิตโดยใช้วัสดุที่ได้รับการส่งทางไปรษณีย์, ทางเรือ หรือขนส่งหรืออย่างอื่น ในการขนส่งหรือส่งต่อระหว่างรัฐหรือระหว่างประเทศเพื่อการค้า หรือหรือโดยวิธีการใด ๆ รวมทั้งทางคอมพิวเตอร์

(C) ซึ่งมีการแจกจ่าย, การเสนอ, การส่งหรือจัดส่งทางไปรษณีย์หรือในความหมายอื่น หรือการให้ความสะดวกในระหว่างรัฐหรือต่างประเทศ เพื่อวัตถุประสงค์ในการจูงใจหรือชักจูงผู้เยาว์เข้าร่วมกิจกรรมที่ผิดกฎหมาย

(b) . . .

(d) จำเลยที่ถูกฟ้องร้องตาม (a)(5) (ในการครอบครองโดยเจตนาที่จะดู) สามารถที่ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้ว่า

(1) ได้ครอบครองภาพอนาจารเด็กน้อยกว่าสามภาพ และ

(2) โดยทันทีและโดยความสุจริตและโดยไม่ได้เก็บไว้หรืออนุญาตให้บุคคลใด ๆ นอกจากหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายเข้าถึงภาพหรือสำเนาของดังกล่าว

(A) ทำตามขั้นตอนที่เหมาะสมเพื่อทำลายภาพดังกล่าว หรือ

(B) แจ้งแก่หน่วยงานบังคับใช้กฎหมายและหน่วยงานดังกล่าวอนุญาตให้เข้าถึงภาพดังกล่าวได้

### 3.3.4 คำพิพากษาศาลสูงสหรัฐ ที่เกี่ยวข้องกับคำว่าครอบครอง

1) คดีระหว่าง United States of America v. Gregory James Shiver

คดีนี้ Shiver อุทธรณ์ว่าไม่มีเจตนาครอบครองภาพลามกอนาจารเด็ก โดยการดูภาพลามกอนาจารของเด็กในคอมพิวเตอร์เพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอที่จะแสดงให้เห็นถึงการครอบครองภาพเหล่านั้น แต่เขาอ้างว่ารัฐต้องพิสูจน์ว่าเขาได้จงใจดาวน์โหลด, เก็บไว้, หรือใช้อ่านจควบคุมเหนือภาพนั้น เขาอ้างว่ารัฐล้มเหลวที่จะแสดงให้เห็นว่าเขาได้ทราบถึงภาพหรือว่าเขาได้

<sup>240</sup> บทบัญญัติวรรคนี้ ในมาตรา 2252(a) เดิมกฎหมาย กำหนดว่าจะต้องมีการครอบครองภาพลามกอนาจารเด็กจำนวนตั้งแต่ 3 ภาพขึ้นไป จึงถือว่ามีความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก ภายหลังในปี พ.ศ.2541 (1998) มีการแก้ไขโดยแก้ไขเป็นครอบครองเพียง 1 ภาพก็เป็นความผิด (Subsec. (a)(5)(A), (B). Pub. L. 105-314, §203(b)(1), Substituted “An Image” for 3 or more images) แต่ได้กำหนดเป็นข้อยกเว้นให้จำเลยยกข้อต่อสู้ได้ตามมาตรา 2252A(e)

ควบคุมเกี่ยวกับภาพดังกล่าว แต่เขายืนยันว่าภาพดังกล่าวได้เข้ามาอยู่ในคอมพิวเตอร์ของเขาโดยเขาไม่รู้หรือโดยไวรัส “ป๊อบอัฟ” หรือโดยหน้าต่างแบบผุดขึ้นที่ปรากฏบนหน้าจอคอมพิวเตอร์โดยไม่ได้รับอนุญาต หรือไม่ได้ยินยอม ศาลพิจารณาว่า Shiver ยอมรับว่าเขารู้ว่ามีการพอนาจารเด็กเมื่อเขาถูกสอบสวนโดยตำรวจ ได้ถามว่า “คุณมีภาพพอนาจารของเด็กหรือไม่” Shiver ตอบว่า “ผมมีแต่ผมคิดว่าผมสามารถกำจัดมันได้ โดยเขอ้างอิงว่า ในการตอบคำถามดังกล่าวเขาพูดถึงภาพลามกอนาจารของผู้ใหญ่เท่านั้น ซึ่งขัดกับรายงานที่บันทึกไว้ นอกจากนี้ รัฐยังมีหลักฐานที่ยืนยันว่า Shiver รู้ว่ามีการครอบครองภาพลามกอนาจารเด็ก เช่น ระหว่างให้ตอบคำถามกับเจ้าหน้าที่ Shiver เรียกตัวเองว่า “Pedophile”, “การนิยาม (อยาก) มีเพศสัมพันธ์กับเด็ก” และผู้เชี่ยวชาญด้านคอมพิวเตอร์ของรัฐยังยืนยันว่าการค้นหาทางอินเทอร์เน็ตที่ดำเนิน การบนคอมพิวเตอร์ของ Shiver ใช้คำและภาษาที่น่าจะทำให้พบเกี่ยวกับภาพลามกอนาจารของเด็ก และยังมีภาพที่ผิดกฎหมายในคอมพิวเตอร์ของเขา ที่ได้รับการเข้าถึงหลายครั้ง ด้วยเหตุนี้ผลในการต่อสู้ของ Shiver จึงแสดงให้เห็นว่าเป็นเท็จ การต่อสู้ว่ามีภาพลามกอนาจารเด็กในคอมพิวเตอร์ของเขาไม่รู้จึงฟังไม่ขึ้น

ในส่วนของการครอบครองนั้น Shiver ยืนยันว่าภาพทั้งหมดถูกลบและเก็บไว้ใน Unallocated Files (ไฟล์ที่ไม่ได้รับการจัดสรร) ของคอมพิวเตอร์ของเขาและเนื่องจากเขาไม่มีโปรแกรม (Forensic Software) โปรแกรมการตรวจพิสูจน์พยานหลักฐานทางซอฟต์แวร์” (ซอฟต์แวร์ทางนิติเวช) กู้คืน เพื่อเข้าถึงหรือกู้กลับคืนมา ดังนั้น เขาจึงไม่สามารถที่จะใช้อำนาจหรือการควบคุมภาพได้ แต่ศาลให้เหตุผลว่า แต่ถึงแม้ว่า Shiver ไม่สามารถกู้คืนรูปภาพจาก (The Unallocated Files) ไฟล์ที่ไม่ได้รับการจัดสรรได้ แต่เขาสามารถควบคุมภาพโดยการลบภาพออกจากแคชของคอมพิวเตอร์ได้ ดูใน Romm, 455 F.3d 1000-01 (สังเกตว่าการลบภาพคือรูปแบบหนึ่งของการควบคุมการใช้งาน) Shiver อ้างว่าการดูภาพและการลบออกจากแคชของคอมพิวเตอร์อาจไม่เพียงพอที่จะถือว่าเป็นการครอบครองภายใต้พระราชบัญญัติดังกล่าว

## 2) คดีระหว่าง United States of America v. Jeffrey Tucker

คดีนี้ Tucker ถูกตัดสินว่ามีการครอบครองภาพลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดตามมาตรา 2252A(a)(5)(B) จำคุก 60 เดือน เขาอุทธรณ์ (ขณะเขากระทำความผิด กฎหมายเดิมกำหนดให้ครอบครองภาพลามกอนาจารตั้งแต่ 3 ภาพขึ้นไปถือเป็นความผิด) (ทำผิดเมื่อ 10 มิถุนายน 2541 June 10, 1998) ภายหลังกฎหมายนี้ ได้รับการแก้ไข โดยมีผู้แจ้งว่า Tucker กำลังดูภาพลามกอนาจารเด็กในคอมพิวเตอร์ของเขา ในวันที่ 11 มิถุนายน 2541 เจ้าหน้าที่ตำรวจจึงเขาไปที่อพาร์ทเมนต์ ของเขา เจ้าหน้าที่ตำรวจพบว่า Tucker ได้เคยเข้าไปที่เว็บไซต์ Newsgroup 3 ซึ่งมีข้อความว่า “alt.sex.preteen” และพบว่า มีไฟล์จำนวนมากที่ถูกลบออกจากฮาร์ดไดรฟ์ เขาจึงใช้รีนข้อมูลที่ถูกลบแต่ไม่พบ Tucker แจ้งเจ้าหน้าที่ที่สอบสวนว่าเขามีภาพลามกอนาจารเด็กกว่า 5,000 ภาพ อายุระหว่าง 10 ถึง 12 ปี เขาจึงถูกจับกุม วันที่ 28 กรกฎาคม 2541 เจ้าหน้าที่ได้ใช้โปรแกรมกู้คืนภาพ 27,000 ภาพ 90 ถึง 95 เปอร์เซ็นต์เป็นภาพลามกอนาจารเด็ก โดยภาพเหล่านี้ได้มาจากส่วนต่าง ๆ ของฮาร์ดไดรฟ์ บางภาพอยู่ในไฟล์แคชของเว็บเบราว์เซอร์ บางภาพอยู่ในถังรีไซเคิลของคอมพิวเตอร์ และในพื้นที่ฮาร์ดไดรฟ์ ไม่ได้ถูกจัดสรร ผู้เชี่ยวชาญยืนยันว่า Tucker สามารถเข้าถึงไฟล์แคชและลบภาพด้วยตนเองในไฟล์โดยลากไปที่ถังรีไซเคิลคอมพิวเตอร์ได้

Tucker ยืนยันว่าเขาไม่ได้ครอบครองภาพลามกอนาจารของเด็ก เพียงแค่ดูบนเว็บไซต์เท่านั้น จะอย่างไรก็ตาม เขารู้ว่าเมื่อเขาเข้าไปที่เว็บไซต์ภาพบนเว็บไซต์จะถูกส่ง ไปยังไฟล์แคชของเบราเซอร์ และบันทึกไว้ในฮาร์ดไดรฟ์ของเขา แต่ Tucker ยืนยันว่าเขาไม่ได้ต้องการจะบันทึกไว้ในฮาร์ดไดรฟ์และได้ลบภาพออกจากไฟล์แคชแล้ว เขาจึงไม่ผิดตามข้ออุทธรณ์นี้ นอกจากนี้ เขายังอ้างว่า ภาพลามกอนาจารเด็กที่เขาดูบนเว็บไซต์ไม่ได้เป็นภาพลามกอนาจารเด็กตามกฎหมาย เพราะว่าเขาไม่เก็บไว้ในคอมพิวเตอร์จึงไม่ใช้การครอบครองความหมายของมาตรา 2252A(a)(5)(B) ซึ่งการจะเป็นความผิดตามมาตราดังกล่าวจะต้องมีการครอบครองภาพลามกอนาจารเด็กเท่านั้น แต่ภาพที่พบในคอมพิวเตอร์ของเขาเป็นภาพที่เกิดจากแคชไฟล์หรือไฟล์ Temporarily ที่จะปรากฏขึ้นในจอคอมพิวเตอร์เท่านั้น ไม่ได้เป็นการแสดงภาพตามความหมายของมาตราดังกล่าว เพราะภาพที่พบไม่ใช่ข้อมูลที่เก็บไว้ในคอมพิวเตอร์ตามจริง

ศาลได้อธิบายว่า ตามมาตราดังกล่าวไม่ได้กำหนดความหมายของคำว่า ครอบครอง แต่ในการตีความหมายนี้ เราแปลตามความหมายของสามัญทั่วไปคือ การครอบครอง (Possession) คือการยึด ถือ (บางสิ่งบางอย่างไม่ว่าจะเป็นวัตถุหรือไม่เป็นวัตถุ) โดยเจตนาเป็นเจ้าของหรือสามารถควบคุมกำกับ<sup>241</sup> ถึงแม้เขาจะอ้างว่า การที่ไม่ได้เซฟหรือดาวน์โหลดรูปภาพลงในฮาร์ดไดรฟ์ เขาไม่สามารถควบคุมภาพดังกล่าวได้จึงไม่ใช้การครอบครอง ผู้เชี่ยวชาญอธิบายว่า การเข้าถึงภาพในแคชไฟล์นั้น สามารถที่จะแนบหรือติด (Attach) ทางอีเมล โพสต์ในกลุ่มใหม่ ในเว็บไซต์หรือปลี่ยนออกมาได้ซึ่งเขายืนยันว่าสามารถทำทุกอย่าง รวมทั้งกอบกู้ แปลง แสดงให้เห็นว่า เขาสามารถควบคุมภาพที่เก็บในแคช ดังนั้น จึงเป็นการครอบครองภาพลามกอนาจารเด็ก นอกจากนี้ Tucker ยังรู้ว่าการที่เขาค้นหาและดูภาพลามกอนาจารเด็กจากเว็บไซต์ ภาพเหล่านี้จะถูกบันทึกไว้ในคอมพิวเตอร์ในไฟล์แคชอัตโนมัติ ซึ่งเขา ยอมรับว่าเขารู้เรื่องดังกล่าว แต่ก็ยังค้นหาและดูภาพลามกอนาจารเด็กต่อไป ในพฤติการณ์เช่นนี้จะเห็นได้ว่าเขาครอบครองภาพลามกอนาจารเด็กโดยเจตนา เราเห็นด้วยกับศาลชั้นต้นเพราะอย่างไรก็ตาม Tucker ก็มีการควบคุมแคชไฟล์ในเว็บไซต์

### 3) United States of America v. Stuart Romm<sup>242</sup>

จำเลย Stuart Romm เชื่อมต่อกับอินเทอร์เน็ตจากห้องพักในโรงแรมลาสเวกัสและเข้าดูเว็บไซต์ที่มีภาพอนาจารเด็ก ในขณะที่ Romm ดูภาพออนไลน์และขยายภาพบนหน้าจอคอมพิวเตอร์ของเขาจะบันทึกสำเนาภาพดังกล่าวไว้ใน “แคชอินเทอร์เน็ต” โดยอัตโนมัติ<sup>243</sup> มี 40

<sup>241</sup> Oxford English Dictionary, 2<sup>nd</sup> ed. (New York: Oxford University Press, 1989).

<sup>242</sup> United States of America v. Stuart ROMM (United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 2006)

<sup>243</sup> “แคชอินเทอร์เน็ต” หรือ “อินเทอร์เน็ตโพลเดอร์ชั่วคราว” คือ “ชุดของไฟล์ที่จัดเก็บโดยเว็บเบราเซอร์เพื่อหลีกเลี่ยงการดาวน์โหลดเนื้อหาเดียวกันซ้ำ ๆ เว็บเบราเซอร์ส่วนใหญ่จะเก็บสำเนาของหน้าเว็บทั้งหมดที่เคยไว้ได้ถึงขีดจำกัด เพื่อให้ภาพเดียวกันสามารถแสดงซ้ำได้อย่างรวดเร็ว เมื่อกลับไปดูอีกรอบ; Douglas Downing and other, พจนานุกรมคอมพิวเตอร์และ Internet Terms, 149, 8<sup>th</sup> ed. (n.p.: Barron, 2003).; ตามคำเบิกความของผู้เชี่ยวชาญในการพิจารณา, แคชคือชุดของไฟล์ในฮาร์ดไดรฟ์ของผู้ใช้

ภาพถูกลบออกจากแคชของอินเทอร์เน็ตและ 2 ภาพออกจากส่วนอื่นของฮาร์ดไดรฟ์ โดยเฉพาะ 2 ภาพลามกอนาจารเด็กถูกลบออกจาก “ถังรีไซเคิล”<sup>244</sup> Romm ถูกตัดสินว่ามีเจตนาที่จะได้รับและเจตนาที่จะครอบครองภาพลามกอนาจารเด็กโดยมีความผิดตาม หมวด 18 U.S.Code, มาตรา 2252A (a) (2), (a) (5) (B) Romm อุทธรณ์คำตัดสินนี้ในหลายประเด็น แต่ที่สำคัญที่เกี่ยวกับหัวข้อวิทยานิพนธ์นี้ คือ ไฟล์ในแคชของอินเทอร์เน็ต ไม่ใช่ “สื่อแสดงภาพใด” (Visual Depictions) การกระทำดังกล่าวจึงไม่ใช่การครอบครอง (2) เขาไม่ได้ครอบครองหรือรับสื่อลามกอนาจารเด็กเนื่องจากเขาเพียงแค่ดูภาพลามกอนาจารของเด็กโดยไม่ได้ดาวน์โหลด<sup>245</sup> ข้อมูลใด ๆ ลงในฮาร์ดไดรฟ์ของคอมพิวเตอร์แต่อย่างใด (3) คณะลูกขุนได้ละเลยคำแนะนำของศาลในการพิจารณาเกี่ยวกับการเจตนา (Knowing Possession) ในการครอบครองสื่อลามกอนาจาร

ในประเด็นที่ว่า ไฟล์ในแคชของอินเทอร์เน็ต ไม่ใช่การแสดงผลภาพหรือการกระทำที่เรียกว่า “Visual Depictions” และไฟล์ในแคชไม่ใช่ข้อมูลซึ่งสามารถแปลงเป็นภาพได้ เนื่องจากต้องคัดลอกไปยังตำแหน่งอื่นในดิสก์ก่อนจึงจะสามารถเข้าถึงได้ การกระทำดังกล่าวจึงไม่ใช่การครอบครองและอยู่นอกเหนือกฎหมายหมวด 18 U.S.Code. มาตรา 2252A ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า มาตรา 2252A (a) (5) (B) กำหนดว่า “ภาพลามกอนาจารเด็ก” หมายถึง “สื่อแสดงภาพใด” (Visual Depictions) และคำว่า “สื่อแสดงภาพใด” (Visual Depictions) ให้ความหมายว่ารวมถึง แผ่นฟิล์ม วีดีโอเทป ข้อมูลที่ถูกจัดเก็บไว้ในคอมพิวเตอร์หรือลักษณะอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งสามารถแปลงมาสู่ภาพที่มองเห็นได้ ที่ถูกส่งมาโดยวิธีใด ๆ ไม่ว่าจะเก็บอยู่ในลักษณะถาวรหรือไม่ (มาตรา 2256 (5)) พยานผู้เชี่ยวชาญของ จำเลยอธิบายว่า “แคช” เป็นระบบป้องกันพื้นที่ซึ่งระบบปฏิบัติการป้องกันผู้ใช้เข้าถึง โดยจะแสดงคำเตือนว่า “อันตราย” แต่อย่างไรก็ตาม ผู้ใช้สามารถแทนที่คำเตือน เปิดและดูแคชไฟล์ได้โดยการรันระบบ และอธิบายเพิ่มเติมว่าผู้ใช้สามารถดำเนินการข้างต้นโดยการคลิกขวาที่เมาส์ และเลือกจากคำสั่งที่จำกัดระบบ ดังนี้ ผู้ใช้จึงสามารถเข้าถึงไฟล์ในแคชได้และเมื่อเขาเข้าถึงแล้ว ผู้ใช้สามารถระบุว่ามีไฟล์เปลี่ยนชื่อ บันทึก (ไฟล์) ที่อื่นเช่นเดียวกับที่คุณสามารถทำไฟล์อื่น ๆ ดังนี้ เห็นว่ากฎหมายดังกล่าว ระบุเพียงว่า “เป็นไฟล์ข้อมูลที่สามารถแปลงเป็นรูปแบบที่สามารถดูได้” ไม่ใช่ไฟล์ที่ดูได้ทันทีโดยไม่ต้องมีขั้นตอน ดังนี้ จำเลยจึงสามารถแปลงไฟล์ภาพในแคชอินเทอร์เน็ตให้เป็นรูปแบบที่สามารถดูได้ โดยการคลิกขวาที่เมาส์ของเขา และเมื่อมีภาพที่เก็บไว้ในแคชบนหน้าจอ เขาก็สามารถคัดลอกหรือพิมพ์ หรือส่งต่ออีเมล ไปยังบุคคลอื่นได้เช่นเดียวกับไฟล์ธรรมดา ดังนี้จึงเห็นว่าภาพที่เก็บไว้ในแคชอินเทอร์เน็ตของจำเลย คือ “สื่อแสดงภาพใด” (Visual Depiction)

<sup>244</sup> “ถังรีไซเคิล” คือ พื้นที่ของฮาร์ดไดรฟ์ที่ Windows จัดเก็บไฟล์ที่ผู้ใช้ลบ ในขณะที่ผู้ใช้ไม่จำเป็นต้องลบไฟล์ด้วยตัวเองสำหรับเข้าไปในถังรีไซเคิล การลบไฟล์จากถังรีไซเคิลโดยทั่วไปผู้ต้องทำการลบด้วยตนเอง เนื่องจากเป็นถึงขยะรีไซเคิลการลบไฟล์ออกจากถังรีไซเคิลโดยทั่วไปต้องใช้ขั้นตอนด้วยตนเองเพื่อดำเนินการโดยผู้ใช้

<sup>245</sup> การดาวน์โหลด โดยทั่วไป หมายถึง การกระทำด้วยตนเองในการจัดเก็บสำเนารูปภาพในฮาร์ดไดรฟ์เพื่อเรียกดูในภายหลัง ซึ่งตรงกันข้ามกับแคชอินเทอร์เน็ต คือ พื้นที่ ที่อินเทอร์เน็ตเบราว์เซอร์จัดเก็บข้อมูลไว้อัตโนมัติเพื่อเพิ่มความเร็วในการเข้าดูภายหลัง

ในประเด็นการครอบครองศาลพิจารณาเห็นว่า การที่เขารู้หรือเห็นว่าเขาเพียงแต่ดูภาพลามกอนาจารของเด็กกระทำได้กล่าวไม่ใช่การครอบครองหรือได้รับภาพดังกล่าวนั้น โดยศาลกล่าวว่าการตีความคำว่า “รู้ข้อเท็จจริงในการในการครอบครอง” (Knowing Possession) ใช้ตีตามความหมายตามปกติสามัญทั่วไป คำว่า “ครอบครอง” (Possession) คือ มีการครอบครองตามความเป็นจริง การครอบครองที่ดิน, การครอบครองที่มีอำนาจที่ปกครองควบคุมเหนือทรัพย์สินนั้น (Black’s Law Dictionary 1183 (7<sup>th</sup> ed. 1999) การที่จะถือว่าบุคคลใดครอบครองนั้น บุคคลนั้นต้องทราบถึงความมีอยู่และมีการควบคุมทางกายภาพหรือตามความเป็นจริงหรือทราบถึงความมีอยู่และมีอำนาจและเจตนาที่จะควบคุมดูแล และในพฤติกรรมการอิเล็กทรอนิกส์นั้น บุคคลสามารถรับและครอบครองภาพลามกอนาจารของเด็กได้โดยไม่ต้องดาวน์โหลด เพียงแต่เขาหามันออกมาและควบคุมบนภาพนั้น ก็ถือว่าเป็นการครอบครองแล้ว จึงพิพากษายืน ยกเลิกอุทธรณ์ของจำเลยและส่งคำพิพากษากลับเพื่อดำเนินการต่อไป

4) *Barton v. The State* (Court of Appeals of Georgia, 2007) คดีนี้ Barton อุทธรณ์ว่า ไม่มีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะพิสูจน์ว่าเขารู้ถึงการครอบครองภาพลามกอนาจารเด็ก เนื่องจาก (1) เขาให้การปฏิเสธ (2) เขาไม่ทราบว่ามีการบันทึกข้อมูลในคอมพิวเตอร์อันโนมัติ (3) เขาไม่มีความรู้ที่จะเข้าถึงและนำข้อมูลดังกล่าวมาใช้ ศาลอุทธรณ์อธิบายว่า การมีภาพในแคชจำเลยต้องรู้ว่าจะอย่างน้อยมีภาพเก็บอยู่ในฮาร์ดไดรฟ์ของเขาโดยอัตโนมัติ การจะดำเนินคดีในข้อหานี้จะต้องมีหลักฐานว่าจำเลยจงใจค้นหาและดูเนื้อหาดังกล่าวโดยรู้ว่าภาพนั้นจะได้รับการบันทึกในคอมพิวเตอร์ ในกรณีนี้จำเลยไม่มีความรู้ดังกล่าวจึงไม่อาจพอฟังได้ว่าจำเลยครอบครองภาพลามกอนาจารเด็กโดยไม่มีหลักฐานใดเกี่ยวกับการครอบครองและควบคุมภาพนั้น Murray พยานคนเดียวในคดีนี้ยืนยันว่าภาพที่พบมีเป็นที่เก็บไว้แคชไดรฟ์ขนาดเล็ก ถ้าเป็นภาพเช่นนี้แสดงว่าไม่เคยมีใครเคยเปิดภาพเหล่านี้มาก่อนและ Murray ยังยืนยันว่า Barton ไม่สามารถดูหรือเข้าถึงภาพเหล่านี้ได้โดยไม่ต้องใช้ซอฟต์แวร์ที่ไม่ได้อยู่ในเครื่องคอมพิวเตอร์ของ Barton ดังนั้น Barton จึงไม่มีความรู้เกี่ยวกับ Cache ดังกล่าว Barton จึงไม่มีความผิดฐานครอบครองภาพลามกอนาจารเด็ก

5) คดี *US v. Stulock*, 308 F.3d 922 (US Court of Appeals for the Eighth Circuit, 2002) คดีนี้ Stulock มีภาพลามกอนาจารเด็กในคอมพิวเตอร์ โดยภาพดังกล่าวได้ถูกค้นมาจากคอมพิวเตอร์ ที่เกิดจาก Cache ที่เขาเรียกดูจากอินเทอร์เน็ตโดยที่เขาไม่มีความรู้ดังกล่าว และถูกกล่าวหาว่ามีภาพลามกอนาจารเด็กไว้ในครอบครองศาลชั้นต้นพิพากษาว่า ไม่มีใครจะมีความผิดฐานครอบครองเพียงแต่การเรียกดูภาพบนเว็บไซต์ซึ่งก่อให้เกิดภาพที่จะถูกจัดเก็บโดยอัตโนมัติในแคชเบราว์เซอร์ โดยปราศจากเจตนาที่จะบันทึกหรือดาวน์โหลดภาพไว้ ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน

### 3.4 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

### 3.4.1 ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (German Criminal Code)

#### 1) สิ่งลามกอนาจาร

ประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมัน (German Penal Code) เดิมมาตรา 184 ได้กำหนด ห้ามการเผยแพร่ สิ่งลามกไม่ว่าจะเป็นการขาย จำหน่าย การนำออกแสดง หรือทำให้เผยแพร่ ด้วยวิธีการอื่นใด ซึ่งงานเขียน การบรรยาย หรือรูปภาพอันลามก ในสถานที่สาธารณะ หรือผลิตเพื่อนำออกเผยแพร่ หรือประกาศหรือโฆษณา ซึ่งบุคคลที่กระทำการดังกล่าวจะต้องรับโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือ ปรับตามที่กำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ ต่อมาในปี 1987 ได้มีการตรวจ แก้ไขประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมันเสียใหม่และ จากการแก้ไขครั้งนี้ ได้มีการกำหนดหลักการใหม่ในเรื่องการควบคุมสิ่งลามกตามมาตรา 184 โดยควบคุมงานประพันธ์ในลักษณะของสิ่งที่สามารถแสดงออกมาให้เห็นเป็นภาพ เสียง ตลอดจน การบันทึกภาพ เสียง กล่าวคือ

- (1) ห้ามการเผยแพร่สิ่งลามกไม่ว่าจะโดยการขาย จำหน่าย ให้ ให้ยืม ให้เช่า หรือ เสนอขาย จำหน่าย ให้ ให้ยืม ให้เช่า
- (2) การจัดทำ ผลิต เสนอ หรือ แนะนำสิ่งลามก
- (3) การเผยแพร่สิ่งลามกผ่านทางระบบการกระจายเสียง (Broadcast) ไม่ว่าจะเป็นการกระจายเสียงทางวิทยุหรือโทรทัศน์
- (4) เผยแพร่สิ่งลามกที่แสดงลักษณะของพฤติกรรมทางเพศระหว่างมนุษย์กับสัตว์ (Sexual Actions of Human with Animal) เพราะถือว่าเป็นพฤติกรรมทางเพศที่ผิดปกติและกรณี อาจถือว่าเป็นกระทำทารุณต่อสัตว์ โดยบุคคลดังกล่าวต้องรับโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีและปรับตามที่กฎหมายกำหนดหรือ ทั้งจำทั้งปรับ

จากการแก้ไขมาตรา 184 ใหม่ นอกจากกฎหมายจะควบคุมในเรื่องของสิ่งลามกทั่วไปแล้ว ยังควบคุมถึงการเผยแพร่สิ่งลามกทางระบบการกระจายเสียง ซึ่งแต่เดิมไม่ได้ครอบคลุม ในส่วนนั้นนอกจากนั้นยังมีการจำแนกสิ่งลามกออกเป็นสิ่งลามกธรรมดา สิ่งลามกที่เป็นพฤติกรรมระหว่างมนุษย์กับสัตว์ และยังมีสิ่งลามกเด็กด้วย<sup>246</sup>

และในปี ค.ศ.2015 ได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมัน อีกครั้ง โดยเฉพาะ ในมาตรา 184 ถึงมาตรา 184 D เพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายยุโรป ซึ่งควบคุมการเผยแพร่สิ่งลามกอนาจารได้แยกเด็กและเยาวชนออกจากกัน เด็ก หมายถึง บุคคลอายุต่ำกว่าสิบสี่ปี และเยาวชน หมายถึง บุคคลที่มีอายุตั้งแต่ สิบสี่ ถึง สิบแปดปี สิ่งลามกผู้ใหญ่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 184 ซึ่งห้ามเสนอ ให้ หรือทำให้บุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปี เข้าถึงภาพลามกอนาจาร รวม การแสดง อธิบาย หรือการกระทำอื่นที่ทำให้บุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี เข้าถึงภาพลามกอนาจารดังกล่าว

#### 2) สิ่งลามกอนาจารเด็ก

สิ่งลามกเด็กของเยอรมันได้กำหนดไว้ในมาตรา 184 บี<sup>247</sup> ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ดังนี้

<sup>246</sup> วิริยะ ธรรมจักร, *เรื่องเดิม*, หน้า 50.

<sup>247</sup> German penal code, article 184b. Distribution, acquisition and possession of child pornography

มาตรา 184b การแจกจ่าย การยัดถ้อ หรือการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก

(1) ผู้ใด

1. เผยแพร่;
2. แสดงต่อสาธารณะ นำเสนอหรือทำด้วยวิธีอื่นให้เข้าถึงได้; หรือ
3. ผลิต, ได้มา, จัดส่ง, จัดเก็บ, ให้หรือเสนอ ประกาศ แนะนำ หรือพยายามที่

จะนำเข้าหรือส่งออก เพื่อนำไปใช้หรือทำสำเนาจากสื่อลามกตามความหมายภายในข้อ 1 หรือ 2 ข้างต้นหรือวัตถุที่อำนวยความสะดวกในการใช้งานสื่อลามกอนาจารอื่นเป็น “วัตถุที่เป็นลายลักษณ์อักษร” (Written Materials) (มาตรา 11 (3))<sup>248</sup> ที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเพศที่ดำเนินการกับเด็ก ต่อหน้าเด็ก (มาตรา 176 (1))<sup>249</sup> (Child Pornography)

---

(1) Whosoever

1. disseminates;
2. publicly displays, presents, or otherwise makes accessible; or
3. produces, obtains, supplies, stocks, offers, announces, commends, or

undertakes to import or export in order to use them or copies made from them within the meaning of Nos 1 or 2 above or facilitates such use by another pornographic written materials (section 11 (3)) related to sexual activities performed by, on or in the presence of children (section 176 (1)) (child pornography) shall be liable to imprisonment from three months to five years.

(2) Whosoever undertakes to obtain possession for another of child pornography reproducing an actual or realistic activity shall incur the same penalty.

(3) In cases under subsection (1) or subsection (2) above the penalty shall be imprisonment of six months to ten years if the offender acts on a commercial basis or as a member of a gang whose purpose is the continued commission of such offences and the child pornography reproduces an actual or realistic activity.

(4) Whosoever undertakes to obtain possession of child pornography reproducing an actual or realistic activity shall be liable to imprisonment not exceeding two years or a fine. Whosoever possesses the written materials set forth in the 1st sentence shall incur the same penalty.

(5) Subsections (2) and (4) above shall not apply to acts that exclusively serve the fulfilment of lawful official or professional duties.

(6) In cases under subsection (3) above section 73d shall apply. Objects to which an offence under subsection (2) or (4) above relates shall be subject to a deprivation order. Section 74a shall apply.

<sup>248</sup> มาตรา 11(3) โสตทัศน สื่อบันทึกภาพ ข้อมูลภาพภาพยนตร์ ภาพตกแต่ง และสิ่งอื่น ๆ ทำนองเดียวกันกับที่กำหนดไว้ดังกล่าวนี้ (Audiovisual media, data storage media, illustrations

ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงห้าปีในบทบัญญัตินี้ได้กำหนดบทนิยาม ไว้ใน มาตรา 11(3) ซึ่ง

(2) ผู้ใดก็ตามที่ได้ครอบครองสื่อลามกอนาจารที่มีลักษณะการทำกิจกรรมทางเพศของเด็กจริง หรือทำกิจกรรมทางเพศของเด็กเสมือนจริง ให้รับโทษเดียวกัน

(3) ในกรณีตามมาตรา (1) หรืออนุสัญญา (2) ข้างต้นโทษจะต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่หกเดือนถึงสิบปี ถ้าผู้กระทำความผิดกระทำเกี่ยวกับการค้าหรือหรือเป็นสมาชิกแก๊งที่มีจุดมุ่งหมาย เพื่อการกระทำความผิดลามกอนาจารเด็กที่มีกิจกรรมทางเพศจริงหรือเสมือนจริงดังกล่าว

(4) บุคคลใดก็ตามที่ได้รับเนื้อหาภาพลามกอนาจารของเด็กที่เกิดขึ้นจริงหรือเป็น กิจกรรมจริงต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับ ผู้ใดครอบครอง “วัตถุที่เป็นลายลักษณ์อักษร” (Written Materials) ในประโยคที่ 1 จะต้องได้รับโทษเช่นเดียวกัน

(5) ส่วนใน (2) และ (4) ข้างต้นจะไม่ใช้บังคับแก่การกระทำที่ให้บริการเฉพาะเพื่อ ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายหรือวิชาชีพอ่างถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้น

(6) ในกรณีใน (3) ข้างต้นให้นำมาตรา 73d มาใช้บังคับโดยอนุโลม จะใช้บังคับ การกระทำความผิดภายใต้มาตรา (2) หรือ (4) ข้างต้นให้นำมาตรา 74a มาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา 184 C<sup>250</sup> การแจกจ่าย การยัดถ้อ หรือการครอบครองสื่อลามกอนาจาร เยาวชน

---

and other depictions shall be equivalent to written material in the provisions which refer to this subsection) (รวมถึงภาพ ภาพวิดีโอ ภาพยนตร์และสื่อที่เผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ตด้วย)

<sup>249</sup> (1) ผู้ใด เกี่ยวข้องในการทำกิจกรรมทางเพศกับเด็กอายุต่ำกว่าสิบสี่ปีหรือให้เด็กมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศกับตนเองต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสิบปี

<sup>250</sup> Section 184c Distribution, acquisition and possession of juvenile pornography

(1) Whosoever

1. disseminates;
2. publicly displays, presents, or otherwise makes accessible; or
3. produces, obtains, supplies, stocks, offers, announces, commends, or

undertakes to import or export in order to use them or copies made from them within the meaning of Nos 1 or 2 above or facilitates such use by another pornographic written materials (section 11 (3)) related to sexual activities performed by, on or in the presence of persons between the ages of fourteen to eighteen years (juvenile pornography)

shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine.

(2) Whosoever undertakes to obtain possession for another of juvenile pornography

reproducing an actual or realistic activity shall incur the same penalty.

(3) In cases under subsection (1) or subsection (2) above the penalty shall be

## (1) ผู้ใด

1. เผยแพร่
2. แสดงต่อสาธารณชน นำเสนอหรือทำด้วยวิธีอื่นให้เข้าถึงได้; หรือ
3. ผลิต, ได้มา, จัดส่ง, จัดเก็บ, ให้หรือเสนอ ประกาศ แนะนำ หรือพยายามที่จะนำเข้าหรือส่งออก เพื่อนำไปใช้หรือทำสำเนา จากข้อความในข้อ 1 หรือ 2 ข้างต้นหรืออำนวยความสะดวกในการใช้งานสื่อลามกอนาจารอื่น (มาตรา 11 (3)) ที่เกี่ยวข้องกับการทำกิจกรรมทางเพศที่ดำเนินการโดย ต่อหน้าบุคคลระหว่างอายุสิบสี่ถึงสิบแปดปี (ภาพอนาจารเด็กและเยาวชน) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปีหรือปรับ

(2) ผู้ใดก็ตามที่ได้ครอบครองสื่อลามกอนาจารที่มีลักษณะการทำกิจกรรมทางเพศของเยาวชนจริง หรือทำกิจกรรมทางเพศของเยาวชนเสมือนจริง ให้รับโทษเดียวกัน

(3) ในกรณีตามมาตรา (1) หรืออนุสัญญา (2) ข้างต้นโทษจะต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงห้าปี ถ้าผู้กระทำผิดกระทำเกี่ยวกับการค้าหรือหรือเป็นสมาชิกแก๊งที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อการกระทำความผิดภาพลามกอนาจารเยาวชนที่มีกิจกรรมทางเพศจริงหรือเสมือนจริงดังกล่าว

(4) บุคคลใดก็ตามที่ได้รับเนื้อหาภาพลามกอนาจารของเด็กที่เกิดขึ้นจริงหรือเป็นกิจกรรมจริงต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับ ในประโยคหนึ่ง ไม่ใช้บังคับแก่การกระทำแก่บุคคลเกี่ยวข้องกับภาพลามกอนาจารเด็กและเยาวชนที่ผลิตโดยพวกเขา ในขณะที่อายุต่ำกว่า 18 โดยความยินยอมของบุคคลในภาพดังกล่าว

(5) ให้นำมาตรา 184b (5) และ (6) มาใช้บังคับโดยอนุโลม

คำว่า “วัตถุที่เป็นลายลักษณ์อักษร” (Written Materials) คำว่า “วัตถุ” ยังรวมถึงสื่อโสตทัศนภาพ (Audiovisual Media), สื่อบันทึกข้อมูลภาพยนตร์ (Data Storage Media), ภาพทำจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (Illustrations) และอื่น ๆ<sup>251</sup>

imprisonment of three months to five years if the offender acts on a commercial

basis or as a member of a gang whose purpose is the continued commission of such offences and the juvenile pornography reproduces an actual or realistic activity.

(4) Whosoever undertakes to obtain possession of child pornography reproducing an

actual or realistic activity shall be liable to imprisonment not exceeding one year or a fine. The 1st sentence shall not apply to acts of persons related to juvenile pornography produced by them while under eighteen years of age and with the consent of the persons therein depicted.

(5) Section 184b (5) and (6) shall apply mutatis mutandis.

<sup>251</sup> **Executive Summary Germany**, p. 5, Retrieved November 10, 2018 from [http://www.ecpat.org/wp-content/uploads/legacy/EXSUM\\_A4A\\_EU\\_GERMANY.pdf](http://www.ecpat.org/wp-content/uploads/legacy/EXSUM_A4A_EU_GERMANY.pdf)

มาตรา 184d<sup>252</sup> การแจกจ่าย กระจายสื่อลามกลามกอนาจาร ออกอากาศกระจายเสียง การบริการทางสื่อหรือการสื่อสารทางโทรคมนาคม ผู้ใดเผยแพร่ภาพลามกอนาจาร ผ่านทางสื่อทางอากาศ กระจายภาพและเสียง การบริการทางสื่อหรือการสื่อสารทางโทรคมนาคม ต้องระวางโทษ ตามมาตรา 184 ถึง 184 C

### 3) ความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็ก

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันไม่ได้มีการให้คำจำกัดความของสื่อลามกอนาจารเอาไว้ เป็นการเฉพาะ เพราะฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่าแนวคิดที่ว่าเป็นแนวคิดที่แพร่หลายเป็นที่ทราบกันโดยทั่วไปในสังคมอยู่แล้ว<sup>253</sup> แต่ได้มีการให้คำอธิบายถึงสื่อลามกเอาไว้ ว่าลักษณะของภาพลามกอนาจารของเด็กนั้นจะต้องไม่มีลักษณะท่าทางที่ไม่เป็นธรรมชาติและแม้จะมีลักษณะเป็นธรรมชาติก็จะต้องไม่มีวัตถุประสงค์ในการผลิต หรือแจกจ่ายมีจุดมุ่งหมายหลักเพื่อการกระตุ้นความรู้สึกทางเพศมุ่งเน้นไปที่ความตื่นเต้นของการกระตุ้นทางเพศในผู้ชมและเห็นได้ชัดว่าเกินขีดจำกัดของความเหมาะสมทางเพศที่ยอมรับโดยทั่วไปหรือพื้นฐานของแนวคิดทางด้านศีลธรรมอันดีของสังคมโดยทั่วไป<sup>254</sup> ภาพลามกอนาจารเด็กคือภาพที่แสดงให้เห็นถึงการล่วงละเมิดทางเพศของเด็กอายุต่ำกว่า 14 ปี ซึ่งเป็นการแสดงหาประโยชน์ทางเพศกับเด็กไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบการเขียน ภาพ ภาพและเสียง ซึ่งเป็นการบันทึกว่าเด็กถูกกระทำเป็นสาเหตุให้เกิดความเสียหายแก่เด็กยังรวมถึงภาพเคลื่อนไหว (วิดีโอ) เรื่องราวที่บรรยายเกี่ยวกับการกระทำทางเพศ ภาพวาด และภาพการ์ตูนมังงะ ภาพลามกอนาจารเด็กยังหมายรวมถึงภาพบริเวณอวัยวะเพศของเด็กด้วย

4) การกระทำกิจกรรมทางเพศ (Sexual Activity) ที่ดำเนินการกับเด็กหรือต่อหน้าเด็ก การกระทำเกี่ยวข้องกับ “กิจกรรมทางเพศ (Sexual Activity) ที่ดำเนินการกับเด็กหรือ ต่อหน้าเด็ก” Arnd Hüneke ผู้เชี่ยวชาญกฎหมายอาญาเยอรมัน ได้กล่าวว่าการกระทำนั้นต้องระบุได้ว่ามีเพศสัมพันธ์เกิดขึ้นหรืออย่างน้อยการกระทำนั้นเกิดขึ้นใกล้กับบริเวณอวัยวะเพศ ภาพที่เป็นเพียงการวางท่าจะเป็นปัญหาสำหรับการวิเคราะห์ว่าจะเป็นภาพลามกอนาจารเด็กหรือไม่ ภาพที่เป็นเพียงภาพโป้ (Nudity) หรือภาพที่เป็นการแอบถ่าย (Taken Secretly) ของเด็กไม่ใช่ภาพที่จะถูกลงโทษตามกฎหมายนี้ แต่ถ้าเสริมเน้นบริเวณกันหรือเริ่มขึ้นคร่อมจะเริ่มจัดเป็นภาพลามกอนาจารเด็ก และ

<sup>252</sup> Section 184d Distribution of pornographic performances by broadcasting, media services or telecommunications services.

Whosoever disseminates pornographic performances via broadcast, media services, or telecommunications services shall be liable pursuant to sections 184 to 184c.

<sup>253</sup> Nomika Eilpilekta, *The Possession of Child Pornography in Europe*, p. 1, Retrieved November 15, 2018 from <http://www.nomika-epilekta.gr/arhra/nomika-arhra/possession-child-pornography-europe>

<sup>254</sup> วิริยะ ธรรมจักร, *เรื่องเดิม*, หน้า 49.

กฎหมายเยอรมันเป็นการขยายกิจกรรมในทางเพศรวมถึงการกระทำต่อหน้าเด็กด้วย<sup>255</sup> คำว่าทำกิจกรรมทางเพศของเด็ก/เยาวชน เสมือนจริง “Actual or Realistic Activity” ตามมาตรา 184b และ 184c นั้น ดูเหมือนจะรวมถึงภาพเสมือนจริงที่สร้างขึ้นโดยไม่ใช่เด็กหรือเยาวชนจริงด้วย แต่ถ้าเป็นภาพเปล่าที่ไม่มีการทำกิจกรรมทางเพศ แต่เป็นภาพที่เสมือนจริงที่เปลือยเปล่าของเด็กเพียงอย่างเดียวก็อาจไม่ป็นสื่อลามกอนาจารเด็กก็ได้<sup>256</sup>

คำว่า “การแจกจ่าย” หมายความว่า เนื้อหาถูกส่งต่อไปยังบุคคลจำนวนมากที่ไม่สามารถแยกเป็นรายบุคคลได้ หากเนื้อหาดังกล่าวเข้าได้เฉพาะบางกลุ่ม นั้นไม่ใช่การแจกจ่าย ในกรณีที่มีการส่งทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วยเนื้อหาลามกอนาจารเด็ก “การแจกจ่าย” จะครบถ้วนถ้าไฟล์ได้รับการโหลดเข้าสู่ระบบของคอมพิวเตอร์เครื่องอื่นโดยไม่จำเป็นต้องมีผู้รับในไฟล์ดังกล่าว

“การครอบครอง” สื่อลามกอนาจารของเด็ก ๆ ต้องมีความเจตนาที่จะครอบครอง (Willingness to Possess) ในกรณีของไฟล์อิเล็กทรอนิกส์การครอบครองมีอยู่ถ้าไฟล์ถูกเก็บไว้ในสื่อถาวร โดยโหลดลงในแคชอินเทอร์เน็ตโดยผู้กระทำไม่ทราบ ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันผู้กระทำต้องมีเจตนาคือรู้ว่าเป็นภาพลามกอนาจารเด็ก และเป็นหน้าที่ของโจทก์ที่จะต้องพิสูจน์ถึงเจตนาของผู้กระทำดังกล่าว

การครอบครองภาพลามกอนาจารของเยาวชนจะได้รับการยกเว้นไม่ถือเป็นความผิด ถ้าได้ครอบครองวัตถุลามกอนาจารนั้นโดยสมัครใจและส่วนบุคคลเท่านั้น และเป็นการใช้ส่วนตัวของตนอย่างเคร่งครัด กล่าวอีกนัยหนึ่งบุคคลที่มีอายุครบตามความยินยอมทางเพศสามารถเก็บเนื้อหาที่แสดงถึงกิจกรรมทางเพศของตนได้หากมีไว้เพื่อตนเองเท่านั้น<sup>257</sup>

### 3.4.2 คำพิพากษาศาลสูงสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี

#### 1) การค้นหาเว็บไซต์สำหรับการแสวงหาประโยชน์จากภาพเด็ก

เมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2552 ศาลแขวงฮัมบูร์กฮาร์เบอร์ ตัดสินว่าจำเลยมีความผิดในการถูกกล่าวหาว่าครอบครองสื่อลามกเด็กในการสอบสวนพบว่าจำเลยได้ดูภาพอย่างน้อย 18 ภาพและไฟล์วิดีโอ 1 ภาพ ของเด็กอายุระหว่าง 4 ถึง 11 ปีในการมีเพศสัมพันธ์กับผู้ใหญ่หรืออวัยวะเพศของตนเอง จำเลยได้ค้นหาตั้งใจในวัตถุดังกล่าวและได้รับอีเมลที่มีการเชื่อมโยงไปยังเว็บไซต์ที่มีภาพลามกอนาจารเด็ก และถูกให้ดูรูปด้วยมีรางวัลเที่ยวฟรี เขาได้คลิกเข้าดูอย่างสม่ำเสมอและเก็บอัตโนมัติโดยแคช อินเทอร์เน็ต จำเลยไม่มีความรู้เกี่ยวกับหน้าที่แคชดังกล่าว ไม่มีภาพที่บันทึกไว้ด้วยตนเองและจำเลยอ้างว่าเขาไม่ได้มีเจตนาที่จะบันทึก ในคอมพิวเตอร์ ศาลแขวงเห็นว่าไม่มีหลักฐานเพียงพอสำหรับการครอบครองโดยเจตนาของจำเลย การที่จำเลยมีไฟล์ในคอมพิวเตอร์ยังไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าจำเลยเจตนาครอบครอง การเพียงแต่ดูภาพไม่เพียงพอที่จะฟังว่าจำเลยมีเจตนา

<sup>255</sup> สำนักงานสหประชาชาติเกี่ยวกับยาเสพติดและอาชญากรรมสำนักงานภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้, *Child Sex Offences Series 1: Child Pornography Amendments to the Criminal Code of Thailand* (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานฯ, 2558), หน้า 18.

<sup>256</sup> Nomika Eilpilekta, *op. cit.*, p. 1.

<sup>257</sup> *Ibid.*, p. 18.

ครอบ ครอง ต่อมาเมื่อวันที่ 15 กุมภาพันธ์ 2553 ศาลสูง (Oberlandesgericht, OLG) ฮัมบูร์ก ได้พิพากษากลับคำตัดสินดังกล่าวโดยการอธิบายถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่มุ่งเน้นในการแสวงหาการแสวงประโยชน์จากเด็ก การดูและดาวน์โหลด เป็นการเพียงพอที่จะฟังเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 184 b

## 2) การลบภาพในแคช

คดี Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Beschluss vom 11.11.2008-1- 53/

ในปี 2551 ศาลสูง OLG Hamburg ได้ให้เหตุผลในการตัดสินว่า การที่จำเลยลบภาพออกจากแคชอินเทอร์เน็ตทันทีหลังจากดูหรือสามารถแสดงหลักฐานได้ว่าเขามีแผนที่จะทำดังกล่าว ไม่พอฟังว่าจำเลยมีเจตนาที่จะครอบครองภาพลามกอนาจารดังกล่าว ในคดีนี้ จำเลยค้นหาภาพ (Searched) ภาพลามกอนาจารเด็กดูบนคอมพิวเตอร์ เป็นสาเหตุให้ไฟล์ถูกบันทึกโดยอัตโนมัติในฮาร์ดไดรฟ์ ในคอมพิวเตอร์ในห้องใต้ดินในบ้าน เนื่องจากกลัวภรรยาหรือตำรวจพบเขาลบภาพในวันดังกล่าวด้วยตัวเอง ศาลแขวงมองข้ามเหตุผลในข้อนี้ แม้ว่าศาลฎีกา (Supreme Court) (Bundesgerichtshof, BGH) จะเคยตัดสินว่าการเซฟในแคชอินเทอร์เน็ต เป็นการครอบครอง ถ้าสามารถที่จะนำข้อมูลกลับมาและแปลงเป็นภาพดูได้ แต่ในคดีนี้ มีการยืนยันว่าจำเลยได้ลบข้อมูลแคชอินเทอร์เน็ตทันที ไม่นานหลังจากมีการสร้างขึ้น ศาลแยกความแตกต่างตรงนี้ ศาลตัดสินว่าการลบภาพในแคชอินเทอร์เน็ต เป็นข้อเท็จจริงหนึ่งพิสูจนให้เห็นว่าขาดเจตนาที่จะครอบครอง หากการลบเป็นวางแผนตั้งแต่ต้นและดำเนินการทันทีและไม่กี่วันหลังจากผ่านไปแล้ว

## 3) ความสามารถในการกู้ข้อมูลกลับในแคชอินเทอร์เน็ต The Ability to Retrieve the Images in Cache

คดี BGH, Urt. v. 18. January 2012 -2 StR 151/ 11

ในปี 2555 ศาลฎีกาสหพันธรัฐเยอรมันนี (BGH) ได้อธิบายในคำตัดสินว่า การครอบครองจะมีขึ้นถ้า ผู้ใช้รู้ว่ามีการข้อมูลในแคชอินเทอร์เน็ต นั่นคือการรู้ว่าจะสามารถนำกลับมาใช้ได้ และนั่นคือการใช้ร่างกายภาพในการควบคุมครอบครองภาพ ในคดีนี้ จำเลยสองคนได้สร้างแบบฟอร์มอินเทอร์เน็ต (Platform) สำหรับผู้ที่มีจิตรักเด็ก (Pedophiles) และส่งเสริมสนับสนุนให้สมาชิกโพสต์ภาพที่รุนแรงสำหรับเด็ก ในห้องพูดคุย (Chat Room) หลังจากสัมภาษณ์ผู้สมัครที่สนใจและปรารถนา ได้มีผู้กระทำผิดสองคนจัดลำดับอายุของเด็กและความปรารถนาทางในทางเพศ เขาเชิญสมาชิกใหม่ให้สมัครสมาชิก สมาชิกดักกันโพสต์และแชร์วิดีโอจำนวนมาก และภาพ มีการจัดอันดับสูงกว่าและสามารถเข้าภาพลามกอนาจารได้มากขึ้น ในคดีนี้ ศาลฎีกาได้พิพากษาตามมาตรา 184 B ประมวลกฎหมายอาญาว่า เป็นการแพร่หลาย (Obtaining) ซึ่งการครอบครองภาพลามกอนาจารเด็กไปยังผู้อื่น เพราะมีการส่งลิงก์ของจำเลยทั้งสองไปยังสมาชิก เป็นการเจตนาสร้างภาพลามกอนาจารเด็กให้ผู้รับ และผู้รับสามารถที่จะควบคุมไฟล์นั้นอย่างง่าย ๆ ด้วยการคลิกในลิงก์ ศาลจึงพิจารณานั้นคือการครอบครองภาพลามกอนาจารเด็กแล้ว ศาลอธิบายว่า แคชอินเทอร์เน็ตไม่ใช่แคชในเครื่องคอมพิวเตอร์ ซึ่งมีความแตกต่างกับกรณีคดีของการลบแคชอินเทอร์เน็ตทันทีหลังจากดู , การดูภาพลามกอนาจารเด็กเป็นการแสวงหาประโยชน์บนอินเทอร์เน็ต เป็นการครอบครอง,ถ้าผู้ใช้สามารถที่จะนำข้อมูลคืนกลับมาและข้อมูลไม่ได้ลบทันจากอินเทอร์เน็ตแคช เป็นการอนุมานได้ว่ารู้ว่าผู้ใช้สามารถที่จะนำข้อมูลกลับมาใช้ได้ภายหลัง จึงต้องถือว่าจำเลยมีเจตนาครอบครองภาพดังกล่าว

นอกจากประมวลกฎหมายอาญาแล้ว การคุ้มครองเด็กในเรื่องของสิ่งลามก ยังมีกฎหมายอีกสองฉบับ คือ The Act on the Dissemination of Publications Morally Harmful to Youth เป็นกฎหมายที่กำหนดกระบวนการตรวจสอบว่าสิ่งพิมพ์ใดเป็นสิ่งพิมพ์ที่อันตรายต่อ ศีลธรรมกับเด็ก หรือผู้เยาว์ โดยมีการออกเป็นบัญชีรายชื่อของสิ่งที่ต้องห้าม (Black List) ที่จะถูกห้าม ไม่ให้มีการเผยแพร่สิ่งพิมพ์เหล่านั้นแก่เด็กและผู้เยาว์ และ The Act on the Protection of Young Person in Public Places กฎหมายฉบับนี้รับรองให้ความคุ้มครองแก่เด็กหรือผู้เยาว์ในรูปแบบที่มากขึ้น โดยจะพิจารณาถึงความเป็นอันตรายต่อเด็กและผู้เยาว์ทางด้านการพัฒนาทางร่างกาย จิตใจ และศีลธรรม ซึ่งกรณีนี้สิ่งลามกก็ถือเป็นสิ่งที่มีผลต่อการพัฒนาต่อร่างกาย จิตใจ และศีลธรรมของ เด็กและผู้เยาว์ กรณีการคุ้มครองเด็กเกี่ยวกับสิ่งลามกในกฎหมายเยอรมันดังกล่าวข้างต้นนั้น ประเทศเยอรมันได้มีการกำหนดการควบคุมการทำ ผลิต หรือการเผยแพร่สิ่งลามกเด็กแยกออกจากสิ่งลามก ผู้ใหญ่ และมีการกำหนดการควบคุมการครอบครองสิ่งลามกเด็กไม่ว่าจะครอบครองเพื่อการค้า หรือส่วนตัวก็มีความผิด ในส่วนของโทษสำหรับความผิดของบุคคลที่เกี่ยวกับสิ่งลามกเด็กนั้น มีระวางโทษที่สูงกว่าความผิดเกี่ยวกับสิ่งลามกผู้ใหญ่ อีกทั้ง ยังพบว่ามีการปกครองในทางปกครองที่ เข้ามาควบคุมในเรื่องเกี่ยวกับสิ่งลามกและสิ่งที่ขัดต่อศีลธรรมอันเป็นอันตรายแก่เด็กหรือผู้เยาว์ เช่น การกำหนดบัญชีรายชื่อสิ่งพิมพ์ที่เป็นอันตรายต่อเด็ก ใน The Act on the Dissemination of Publications Morally Harmful to Youth หรือ สิ่งที่เป็นอันตรายต่อการพัฒนาการของเด็กใน The Act on the Protection of Young Person in Public Place เป็นต้น

สำหรับความผิดฐาน “การล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก”

ความผิดเกี่ยวกับเพศของประเทศเยอรมันได้บัญญัติไว้ในมาตรา 173 ถึง มาตรา 184b The Penal of the German Federal Republic, 1871 การข่มขืนกระทำชำเราและการล่วงละเมิดทางเพศ (Rape and Sexual Abuse) การล่วงละเมิดทางเพศตามกฎหมายเยอรมัน ตามมาตรา 176 ได้บัญญัติให้การกระทำ ความผิดเกี่ยวกับเพศต่อบุคคลอายุต่ำกว่าสิบสี่ปี หรือผู้ใด อนุญาตเกี่ยวกับเพศต่อผู้อื่น หรืออนุญาตให้ผู้อื่นกระทำเช่นเดียวกันนั้นต่อเด็ก เป็นการกระทำความผิดการพยายามกระทำความผิดต้องรับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติ ข้อสังเกตในประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมัน มาตรา 176 นั้น ได้บัญญัติถึง การกระทำความผิดอันเกี่ยวกับเพศของบุคคลที่กระทำต่อเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี หรือผู้ที่อนุญาต ให้เด็กกระทำทางเพศต่อผู้กระทำความผิด โดยไม่ได้คำนึงว่าเด็กที่ถูกกระทำนั้นจะเป็นหญิงหรือชาย ก็เป็นความผิดตามมาตรานี้นั้น ย่อมแสดงว่ากฎหมายของเยอรมันให้การคุ้มครองในเรื่องเพศ ต่อเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี ที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราและละเมิดทางเพศไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอม หรือไม่ก็ตาม ส่วนเรื่องการสำคัญผิดในเรื่องอายุของเด็ก ตามกฎหมายของประเทศเยอรมันนั้น ไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นเรื่องเฉพาะ แต่หากว่าผู้กระทำความผิดไม่สามารถยกขึ้นอ้างเป็นข้อต่อสู้ ในคดีให้พ้นผิดได้ เพราะตามหลักกฎหมายของเยอรมันบัญญัติไว้ว่าความสำคัญผิดในเรื่องที่สัมพันธ์ไม่ได้ ซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้เป็นองค์ประกอบของความผิดไว้ แก่ตัวไม่ได้<sup>258</sup>

<sup>258</sup> Manual of German Law no. 31 p. 83. Kenny no. 40 p. 56. no. 145 p. 183; วิริยะ ธรรมจักร, *เรื่องเดิม*, หน้า 50.

## บทที่ 4

### วิเคราะห์เปรียบเทียบขอบเขตของการครอบครองและความรับผิดชอบ ผู้มีไว้ในครอบครองซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็ก

เนื่องจากกฎหมายควบคุมสื่อลามกอนาจารเด็ก เป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองป้องกันกันเด็กให้เจริญเติบโตตามวัยเพื่อให้พัฒนาทั้งร่างกาย สมองและจิตใจ ได้รับรื่นเริงและเพลิดเพลินตามสมควรแก่วัย เด็กอยู่ภาวะอ่อนแอ และพึงได้รับการปกป้องดูแลจากสังคมทุกสังคมเป็นพิเศษโดยไม่แบ่งแยกและไม่คำนึงถึงเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น เด็กมักถูกระทำทางเพศและแสวงหาประโยชน์ทางเพศ ซึ่งการแสวงหาประโยชน์เพศมีหลายรูปแบบ เช่น การค้าประเวณีเด็ก แรงงานเด็ก การบังคับทำงาน บริจาคอวัยวะ การท่องเที่ยวเพื่อบริการทางเพศรวมทั้งการแสวงหาประโยชน์จากภาพถ่ายหรือสื่อลามกอนาจารเด็ก ซึ่งรัฐต่าง ๆ จำต้องป้องกันเด็กดังปรากฏตามอนุสัญญาสิทธิเด็กและพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็ก และสื่อลามกเด็ก ซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นการเอาไรต์เอาเปรียบเด็ก เป็นการก่อกวนสุขภาพต่อเด็กทั้งร่างกายและจิตใจ โดยในด้านร่างกายเด็กซึ่งยังไม่เจริญเติบโตเต็มที่อาจยังไม่พร้อมสำหรับกิจกรรมทางเพศใด ๆ การที่ให้เด็กมีกิจกรรมทางเพศกับผู้ใหญ่ซึ่งมีร่างกายและอวัยวะที่ใหญ่โตกว่าหรือกับเด็กด้วยกันเองย่อมส่งผลให้เกิดการบาดเจ็บต่อร่างกายของเด็ก เช่น บาดแผลหรือการฉีกขาดบริเวณอวัยวะเพศหรือรูดวารได้ ส่วนด้านจิตใจ เนื่องจากภาวะทางความคิด ทางอารมณ์ ความสามารถในการเรียนรู้ของเด็กยังไม่มีเพียงพอที่จะเข้าใจในเรื่องความเหมาะสมของเรื่องทางเพศ การบังคับหรือล่อลวงให้เด็กมีกิจกรรมทางเพศหรือการถ่ายภาพยั่วทางเพศต่าง ๆ แม้จะไม่มีกิจกรรมทางเพศถือได้ว่าเป็นการทำร้ายจิตใจเด็ก รวมทั้งเป็นสาเหตุให้เกิดการกระตุ้นความต้องการทางเพศทำให้อยากมีเพศสัมพันธ์กับเด็กด้วย ด้วยเหตุนี้รัฐต่าง ๆ ทั่วโลกจึงร่วมกันออกกฎหมายป้องกันและคุ้มครองดูแลเด็กรวมทั้งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจารเด็กด้วย

#### 4.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบความหมายของคำว่า “สื่อลามก”

##### 4.1.1 เปรียบเทียบบทนิยาม

1) บทนิยามตามประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1(7) ได้ให้คำจำกัดความ “สื่อลามกอนาจารเด็ก” หมายถึง “วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็ก ซึ่งมีอายุไม่เกิน

18 ปี โดยรูป เรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แอบบันทิกเสียง แอบบันทิกภาพ หรือรูปแบบอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน และให้หมายความรวมถึงวัตถุหรือสิ่งต่าง ๆ ข้างต้นที่จัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้”

ซึ่งมาตรา 287/1 ได้บัญญัติว่า “ผู้ใดครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งส่งต่อซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กแก่ผู้อื่นต้องระวางโทษ . . .”

ในบทนิยามข้างต้นมีองค์ประกอบแรกที่ควรพิจารณาคือ “วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็น” (Materials or Matter That are Understood) ซึ่งหมายถึง 1) วัตถุลามกลักษณะที่เป็นภาพอย่างเดียว เช่น เอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ เครื่องหมาย รูปถ่าย แอบบันทิกเสียง แอบบันทิกภาพ 2) วัตถุลามกลักษณะที่เป็นเสียงอย่างเดียว เช่น แอบบันทิกเสียง 3) วัตถุลามกลักษณะที่เป็นทั้งภาพและเสียง เช่น ภาพโฆษณา ภาพยนตร์ 4) รูปแบบอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกันกับข้อ (1)-(3) และให้หมายความรวมถึงวัตถุหรือสิ่งต่าง ๆ ข้างต้นที่จัดเก็บไว้ในระบบคอมพิวเตอร์หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจ ความหมายได้ ทั้งนี้ไม่ว่าจะเก็บอยู่ในลักษณะถาวรหรือไม่ก็ตาม<sup>259</sup> สื่อลามกอนาจารเด็กนั้นต้องเป็นวัตถุหรือสิ่งซึ่งไม่มีชีวิต กรณี “ของเด็ก” คือกรณีที่เด็กปรากฏอยู่ในภาพนั้น และกรณี “กับเด็ก” คือกรณีที่ภาพนั้นปรากฏเป็นการกระทำทางเพศของเด็กกับบุคคลอื่นหรือบุคคลมากกว่าหนึ่งคนที่ได้กระทำร่วมกับเด็ก โดยทั้งหมดนี้ต้องแสดงให้เห็นหรือเห็นกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกิน 18 ปี

และในการประชุมคณะกรรมการวิสามัญร่างพระราชบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าว ได้อภิปรายว่า กรณีที่เป็นข้อความไม่ได้เป็นเรื่องหรือเป็นเรื่องราวที่แสดงถึงการกระทำทางเพศ ยัง ไม่ถือเป็นสื่อลามกอนาจาร กรณีนวนิยาย วรรณกรรม วรรณคดี หรือเรื่องราวที่มีเจตนาเผยแพร่เพียงเพื่อความบันเทิง เช่น ขุนช้างขุนแผนในตอนนางบัวคลี่ซึ่งตกเป็นภรรยาของขุนแผนในอายุ 17 ปี กรณีนี้ไม่ถือเป็นสื่อลามกอนาจาร เพราะมีเจตนาเพียงเพื่อความบันเทิงเท่านั้น แต่ถ้าเป็นหนังสือปกขาวซึ่งเป็นสื่อลามกอนาจาร เนื่องจากมีการใช้ถ้อยคำสื่อถึงเรื่องเพศที่ดิบเถื่อน มีลีลาการเล่าเรื่องที่มีเจตนาเพื่อกระตุ้นอารมณ์ทางเพศโดยเฉพาะ ส่วนกรณีการ์ตูนลามกหรือภาพ เคลื่อนไหว (Animation) ที่มีผู้ที่ปรากฏในวัตถุหรือสิ่งนั้นไม่ใช่มนุษย์จริงเป็นเพียงเสมือนจริงเท่านั้นแม้จะสื่อให้เห็นการกระทำทางเพศแต่เจตนาอารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย ฉบับปัจจุบันนี้ยังไม่ถือว่าวัตถุหรือสิ่งนั้นเป็นสื่อลามกอนาจาร”<sup>260</sup>

ดังนั้น ความหมายของคำว่า “วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นหรือเห็น” ตามบทนิยามมาตรา 1(17) จึงความหมายวัตถุหรือสิ่งที่แสดง ที่เป็นเด็กจริงไม่รวมภาพเสมือนจริง ภาพที่ทำจากภาพ

<sup>259</sup> กระทรวงยุติธรรม, สำนักกิจการยุติธรรม, *เรื่องเดิม*, หน้า 8.

<sup>260</sup> *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 7.

คอมพิวเตอร์กราฟิก ภาพการ์ตูน ภาพวาด ภาพเขียนหรือภาพที่ทำด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์อื่น แต่อย่างไรก็ตาม หากมีความหมายดังที่เจตนารมณ์ของผู้ร่างก็น่าคิดว่า วรรณกรรมที่เป็น การบรรยายที่เรียกว่าเป็นสมุดปกขาว ซึ่งมีเนื้อหาหยาบโหล่นเป็นสื่อลามกอนาจาร แต่ภาพการ์ตูนซึ่ง มีลักษณะลามกอนาจารกับไม่เป็นสื่อลามกอนาจาร ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้ว ก็ไม่ต่างจากสมุดปกขาว แต่ อย่างไม่

## 2) บทนิยามตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศ

(1) บทนิยามพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องการการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็กและสื่อลามกเด็ก ข้อ 2 (ค) ได้กำหนดความหมายของ “สื่อลามกเด็ก” ว่าหมายถึง การนำเสนอใดโดยวิธีการใดก็ตามที่เด็กเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องในกิจกรรมทางเพศอย่างชัดแจ้ง (Explicit Sexual Activities) ทั้งที่เป็นจริงหรือจำลองขึ้น หรือการนำเสนออวัยวะส่วนใดในทางเพศ ของเด็กเพื่อความมุ่งประสงค์หลักในทางเพศ

(2) บทนิยามตามอนุสัญญาของสภายุโรปว่าด้วยอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ ข้อ 9, 2 ได้ให้ความหมายไว้ว่า “สื่อลามกอนาจารเกี่ยวกับเด็ก” ให้อ้างถึงสิ่งอัน ลามกอนาจารที่แสดงภาพ ซึ่ง

การกระทำทางเพศโดยชัดแจ้งของเด็ก (Sexually Explicit Conduct)

บุคคลที่เสมือนเป็นเด็กนั้นกระทำทางเพศโดยชัดแจ้ง (Sexually Explicit Conduct)

ภาพเสมือนจริงของเด็กที่แสดงถึงเด็กที่มีส่วนร่วมในการกระทำทางเพศโดยชัดแจ้ง (Sexually Explicit Conduct)

ข้อ 9, 3 โดยวัตถุประสงค์ของความในวรรคสองข้างต้น คำว่า “เด็ก” ให้นำรวมถึง บุคคลทุกคนที่มี อายุไม่ถึง 18 ปี

(3) อนุสัญญาแลนซาโรเต้ (Council of Europe Convention on the Protection of Children Against Sexual Exploitation and Sexual Abuse) ได้ให้ความหมายของสื่อลามก อนาจารเด็กในข้อ 20 (2) ว่า เป็นวัสดุใด ๆ ที่แสดงให้เห็นเด็กที่มีเพศสัมพันธ์จริงหรือเลียนแบบการมี เพศสัมพันธ์โดยชัดแจ้ง (Sexually Explicit Conduct) หรือพรรณนาให้เห็นอวัยวะทางเพศของเด็ก เพื่อมุ่งประสงค์ทางเพศเป็นหลัก

## 3) บทนิยามตามความหมายของกฎหมายของประเทศอื่น ๆ

(1) สหรัฐอเมริกา ได้กำหนดความหมายคำว่า “สื่อลามกอนาจารเด็ก” (Child Pornography) ไว้ใน มาตรา 2256 (8) ว่าหมายถึง สื่อแสดงภาพ (Visual Depiction) รวมถึงรูปถ่าย ฟิล์ม แม้ว่าจะยังไม่ล้าง วีดีโอ รูปภาพ ภาพคอมพิวเตอร์ หรือภาพที่มีการสร้างหรือปรับแต่งโดย คอมพิวเตอร์ หรือภาพวาด (Computer-Generated) แถบบันทึกภาพ ข้อมูลที่จัดเก็บในคอมพิวเตอร์ หรือจัดเก็บโดยวิธีอิเล็กทรอนิกส์อื่นใดที่สามารถแปลงมาสู่ภาพได้ และข้อมูลที่สามารถแปลงมาสู่ภาพ ได้ซึ่งถูกถ่ายทอดโดยวิธีใด ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเก็บอยู่ในลักษณะถาวรหรือไม่ก็ตามและไม่ว่าสื่อเหล่านั้นทำมา หรือผลิตมาจากการใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ วิศวกรรม หรือโดยวิธีการอื่นซึ่งแสดงกิจกรรมทางเพศ อย่างชัดแจ้ง ซึ่ง

(ก) การผลิตสื่อเหล่านั้นมีการใช้เด็กในการกระทำทางเพศอย่างชัดแจ้ง

(ข) เป็นสื่อจำพวกภาพ Digital ภาพคอมพิวเตอร์ หรือภาพที่มีการสร้างหรือปรับแต่งโดยใช้คอมพิวเตอร์ (Computer-Generated) ซึ่งแสดงถึงการที่มีเด็กเข้าร่วมในกิจกรรมทางเพศอย่างชัดแจ้งหรือ เป็นภาพที่มีการสร้างหรือปรับแต่งโดยใช้คอมพิวเตอร์ซึ่งแสดงถึงการที่มีเด็กเข้าร่วมในกิจกรรมทางเพศอย่างชัดแจ้งหรือเป็นภาพที่ไม่อาจแยกออกจากภาพที่มีเด็กจริงเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศอย่างชัดแจ้งได้

(ค) สื่อแสดงภาพนั้นถูกสร้าง ปรับแต่ง ปรับปรุง ผลิตหรือแก้ไขให้ดูเหมือนว่ามีเด็กที่มีตัวตนจริงเข้าร่วมในกิจกรรมทางเพศอย่างชัดแจ้ง แม้ว่าจะยังเป็นเด็กในปัจจุบันหรือเป็นภาพจากสมัยบุคคลดังกล่าวเป็นเด็กก็ตาม

สื่อลามกอนาจารเด็ก ให้หมายรวมถึง การใช้เทคโนโลยี “Morphing” ซึ่งหมายถึง การนำภาพมาตกแต่งด้วยโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ไม่ว่าจะนำหลาย ๆ ภาพมาใส่ไว้ในภาพเดียวกันหรือตัดบางส่วนของภาพออก บิดเบือนภาพจากความเป็นจริง หรือสร้างภาพปลอม การแปลงรูป

และมาตรา 2256 (5) ได้กำหนด “สื่อแสดงภาพ” (Visual Depiction) ให้รวมถึงฟิล์มที่ยังไม่สามารถดูได้ และวิดีโอเทป, ดาต้าข้อมูลในคอมพิวเตอร์ดิสก์หรือด้วยวิธีอิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถแปลงเป็นภาพ หรือข้อมูลที่สามารถแปลงเป็นภาพซึ่งสามารถส่งผ่านด้วยวิธีอื่น ๆ หรือไม่ใช่ข้อมูลที่จัดเก็บในรูปแบบถาวร

## (2) สหราชอาณาจักร

The Obscene Publications Act 1959 มาตรา 1(1) ซึ่งได้กำหนดความหมายของ “สิ่งพิมพ์ลามก (Obscene)” ว่าหมายถึง สิ่งพิมพ์ที่มีเนื้อหาทั้งหมดหรือแต่บางส่วนของสิ่งพิมพ์นั้นขัดต่อศีลธรรมอันดี ของบุคคลผู้ซึ่งได้อ่าน ได้เห็น ได้ยินเนื้อหาที่อยู่ในนั้น” และได้กำหนดความหมายของคำว่า “ข้อความ (Article)” ไว้ใน (2) ว่า สิ่งใดก็ตามที่สามารถแสดงให้เห็นหรือแปลงให้สามารถอ่าน หรือดู หรือทั้งสองอย่าง, การบันทึกเสียง บันทึกเป็นภาพยนตร์ รวมทั้งบันทึกภาพลงในวัตถุอื่น ๆ

The Protection of Children Act 1978 ใน มาตรา 7 (2)(3)(4)(5)(7)(9) ได้อธิบายถึงความ หมายของภาพลามกอนาจารเด็ก (Indecent Photo Graph) ว่า ให้รวมถึงภาพยนตร์ (Film), สำเนาของภาพลามกอนาจารหรือภาพยนตร์ และภาพลามกอนาจารที่ประกอบอยู่ในภาพยนตร์ ภาพถ่าย (Photographs) ให้รวมถึงภาพที่มีอยู่ในภาพยนตร์, ภาพที่ทำปลอมขึ้นที่เสมือนจริงถ้าอ้างถึงภาพ (Photograph) ให้รวมถึงข้อมูลที่เก็บอยู่ในแผ่นดิสก์คอมพิวเตอร์หรือวิธีทางอิเล็กทรอนิกส์อื่น ที่สามารถแปลงเป็นรูปภาพได้ ภาพยนตร์ (Film) รวมถึงทุกอย่างในรูปแบบการบันทึกวิดีโอ ภาพเสมือนจริง (Pseudo-Photograph) หมายถึงภาพที่ทำจากคอมพิวเตอร์กราฟิกหรือสิ่งอื่นใดที่มีลักษณะเหมือนภาพคนจริงแต่ไม่ใช่คนจริง รวมทั้งภาพที่ตัดต่อภาพจากคนจริงด้วยทั้งให้รวมถึงสำเนา และข้อมูลที่เก็บไว้ในแผ่นดิสก์คอมพิวเตอร์วิธีทางอิเล็กทรอนิกส์อื่น ที่สามารถแปลงเป็นรูปภาพลามกอนาจารเสมือนจริง ได้

ภาพเสมือนจริงนั้น ถ้าการแสดงผล ออกมาเป็นภาพตัดต่อบุคคลแสดงเป็นเด็ก ภาพตัดต่อนั้นควรได้รับการปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัตินี้ที่แสดงให้เห็นว่าเป็นเด็ก และเพื่อดึงดูดความประทับใจในการแสดงนั้น กล่าวคือ คนที่แสดงนั้นเป็นเด็กก็มีเพียงบางส่วนที่มี

ลักษณะทางกายภาพเป็นการแสดงของผู้ใหญ่ การตัดต่อภาพจากหน้าเด็กคนหนึ่งไปใส่ในภาพของผู้ใหญ่หรือเด็กคนอื่นโดยเฉพาะอย่างยิ่งที่สื่อไปในทางลามก ซึ่งตำรวจหรืออัยการเชื่อว่า ผู้สร้างหรือผู้ครอบครองภาพเสมือนจริงภาพเหล่านี้อาจไปก่อความเสียหายหรือเป็นสาเหตุให้เกิดอาชญากรรมทางเพศแก่เด็กได้จึงจำเป็นต้องขยายความคุ้มครองไปเพื่อป้องกันไม่ให้ผู้กระทำความผิดอาศัยเทคนิควิธีการดังกล่าวเพื่อ กระทำการที่ไม่ชอบต่อเด็กได้ นอกจากนี้ยังเพื่อตัดปัญหาในแง่การสืบพิสูจน์ถึงความแตกต่าง ระหว่างภาพจริงกับภาพที่เกิดจากการตัดต่อ (Pseudo-and Real-Photograph) ด้วย

จากบทนิยามต่าง ๆ ทั้งจากกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นอนุสัญญาและพิธีสาร และกฎหมายของสหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักรข้างต้น ได้กำหนดบทนิยามให้รวมไปถึงภาพเสมือนจริงของเด็กที่สร้างขึ้นจากระบบโปรแกรมคอมพิวเตอร์หรืออิเล็กทรอนิกส์ ไม่ว่าจะ เป็นภาพกราฟิก ภาพอิมเมจ ทั้งยังรวมถึงภาพถ่าย ภาพวาด ภาพการ์ตูน โดยเฉพาะในสหราชอาณาจักร ยังได้แยกกฎหมายที่เกี่ยวกับภาพที่ไม่เกี่ยวกับภาพถ่ายออกมาโดยเฉพาะตามกฎหมายที่เรียกว่า Coroners and Justice Act 2009 ซึ่งรวมถึงภาพที่สร้างขึ้นจากคอมพิวเตอร์ (CGI's) การ์ตูน ภาพวาดการ์ตูนญี่ปุ่น ) ซึ่งแตกต่างกับบทนิยามตามประมวลกฎหมายอาญาซึ่งไม่รวมถึงภาพวาด ภาพการ์ตูน ภาพเสมือนจริงของเด็กที่สร้างขึ้นจากระบบโปรแกรมคอมพิวเตอร์หรืออิเล็กทรอนิกส์ ไม่ว่าจะ เป็นภาพกราฟิก ภาพอิมเมจ แต่อย่างใด

จะเห็นว่ากฎหมายของต่างประเทศได้ก้าวไกลไปถึงภาพที่มีลักษณะตัดต่อ ภาพที่ทำจากเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ต่าง ๆ ภาพวาดหรือภาพการ์ตูนเด็กแล้ว แต่สำหรับประเทศไทยโดยเจตนารมณ์ของผู้ร่างยังไม่ประสงค์จะให้คุ้มครองถึงภาพดังกล่าว ซึ่งอาจไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ออกมาเพื่อคุ้มครองเด็กซึ่งรวมถึงการกระตุ้นให้มีความต้องการความเพศกับเด็ก แต่อย่างไรก็ตาม เห็นว่าแม้เจตนารมณ์ของผู้ร่างจะไม่ได้ประสงค์จะให้ครอบคลุมถึงภาพการ์ตูน ภาพเคลื่อนไหว หรือภาพหรือสิ่งที่ปรากฏที่มีไม่มนุษย์จริง ทั้งปรากฏเป็นข้อจำกัดในบทนิยามว่าต้องเป็นการกระทำ “ของเด็กหรือกับเด็ก” เท่านั้นโดยหลักการตีความกฎหมายอาญาต้องตีความโดย “เคร่งครัด” จึงไม่อาจตีความเกินไปนอกเหนือจากสิ่งที่เป็นภาพเสมือนจริงหรือภาพที่สร้างขึ้นโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือคอมพิวเตอร์ได้ และเหตุผลในการบัญญัติให้ครอบคลุมภาพเสมือนจริงหรือภาพที่ทำด้วยวิธีการทางคอมพิวเตอร์กราฟิก ภาพตัดต่อ ภาพอิมเมจ ภาพวาด ภาพที่สร้างขึ้นด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์อื่น ๆ นั้น ก็เพราะว่า ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้วมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองเด็ก ภาพที่สร้างขึ้นเสมือนจริง ภาพตัดต่อเหล่านี้ มีส่วนกระตุ้นในการให้เกิดความต้องการทางเพศหรือกระตุ้นกามารมณ์แก่ผู้ที่ได้ดู ซึ่งอาจก่อให้เกิดการกระทำกับเด็กจริง ๆ ได้ ด้วยเหตุนี้ ในต่างประเทศจึงมีการกำหนดโทษสำหรับการกระทำความผิดสำหรับภาพที่สร้างขึ้นเสมือนจริงหรือภาพตัดต่อเหล่านี้ด้วย อีกประการหนึ่ง เป็นการป้องกันการถกเถียงในกรณีซึ่งเป็นภาพที่สร้างขึ้นเสมือนจริงที่ไม่สามารถแยกออกได้

#### 4.1.2 เปรียบเทียบความหมายของคำว่า “ลามกอนาจาร”

สื่อลามกอนาจารใดจะเป็นสื่อลามกที่ถึงกับเป็นสิ่งผิดกฎหมายนั้นจะต้องเป็นสิ่งของหรือวัตถุใด ที่ผู้กระทำมีวัตถุประสงค์ในการน้อมนำจิตใจของบุคคลทั่วไปที่ได้พบเห็นให้มีความรู้สึกไปในทางอูจจาตบดสี น่ารังเกียจ เกิดกำหนด หรืออัยยุกามารมณ์ มีลักษณะเพื่อกระตุ้นความรู้สึก ในทางเพศ

โดยมิได้มุ่งหวังคุณค่าทางศิลปะ ความงาม หรือวิทยาการความรู้ในแขนงใด ในบทรนิยาม ของแต่ละประเทศ มิได้กำหนดความหมายของคำว่า “ลามกอนาจาร” ไว้ คงปล่อยให้ป็นหน้าที่ของศาลที่จะพิจารณาว่าสิ่งใด ควรเป็นสิ่งลามกอนาจาร ดังที่ผู้พิพากษาศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกา พอตเตอร์ สจ๊วตต์ (Potter Stewart) ได้กล่าวเอาไว้ว่า เขาไม่อาจให้คำจำกัดความของสิ่งลามกได้ แต่เขาจะรู้ได้ ก็ต่อเมื่อเขาได้เห็น (I Know It When I See it) ซึ่งความหมายของลามกอนาจารของแต่ละประเทศ นั้นอาจไม่เหมือนกันเลยทีเดียวทั้งนี้จำต้องดูชนบธรรมเนียม ประเพณี วัฒนธรรมของแต่ละประเทศ ประกอบด้วย

### 1) ความหมาย “สื่อลามกอนาจาร” ตามกฎหมายไทย

คำว่า “ลามกอนาจาร” ในความหมายทั่วไปนั้นตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน<sup>261</sup> ได้ให้ความหมายของคำว่า “ลามก” ไว้ว่าหมายถึง “(มก) ว. หยาบช้ำต่ำทราวม, หยาบโลน, อันเป็นที่น่ารังเกียจของคนดีมีศีลธรรม, เช่น หนังสือลามก พุดลามก ทำลามก. (ป.). ส่วนคำว่า “อนาจาร” ได้ให้ความหมายว่า “(1) น. ความประพฤติชั่ว, ความประพฤติน่าอับอาย (ป.,ส.), (2) (กฎ) น. เป็นฐานความผิดอาญาที่ผู้กระทำความการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัลโดยเปลือยหรือเปิดเผยร่างกายหรือกระทำความการลามกอย่างอื่น (ป., ส.) (3) [อะนาจาน] ว. ลามก, นำบัดสี, ทำให้เป็นที่อับอาย, เป็นที่น่ารังเกียจแก่ผู้อื่นในด้านความดีงาม. (ป.,ส.).

ในส่วนของศาลได้พิจารณาให้ความหมายสิ่งลามกอนาจารไว้ โดยถือหลักว่าการกระทำนั้นมีลักษณะเป็นการยั่วหรือกระตุ้นอารมณ์ทางเพศและหรือไม่ ตัวอย่างตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่พิพากษาว่าเป็นภาพลามกอนาจาร เช่น “ภาพหญิงยืนเปลือยกายกอดชาย ภาพหญิงสวมแต่กางเกงในโปรงตา มีผู้ชายนอนกอดมือโอบบริเวณทรวงอก ภาพหญิงเปลือยกายท่อนบนใช้มือจับหูโทรศัพท์กดที่อวัยวะเพศ ภาพหญิงเปลือยกายมีเหตุผลตัว มือข้างหนึ่งกุมนมอีกข้างหนึ่งกุมอวัยวะเพศ ภาพหญิงเปิดเสื้อให้เห็นนมล้วงมือเข้าไปในกระโปรง ภาพหญิงเปลือยอกสวมกางเกงในมือล้วงไปที่อวัยวะเพศ และภาพหญิงเปลือยอกสวมกางเกงขาสั้น มือข้างหนึ่งล้วงไปจับที่อวัยวะเพศ ภาพดังกล่าวแม้ไม่เห็นอวัยวะเพศชัดเจน แต่ก็มีลักษณะสื่อไปในด้านยั่วยุคมารมณ และภาพหญิงเปลือยตลอดทั้งร่างซึ่งพอเห็นอวัยวะเพศได้บ้าง ถือได้ว่าเป็นภาพอันลามก”<sup>262</sup>, “เห็นว่า มีบางภาพเปิดเผยเต้านมอย่างโจ่งแจ้ง ส่วนที่อวัยวะเพศแม้จะมีผ้าอาภรณ์ปกปิดไว้ แต่ก็ปกปิดไว้อย่างหมิ่นเหม่ ซึ่งนอกจากจะอยู่ในอิริยาบถที่ไม่เรียบร้อย ไม่น่าดูเลย ยังอยู่ในอิริยาบถที่น่าเกลียดน่าบัดสีอีกด้วย กล่าวคือ มีบางภาพที่อยู่ในอิริยาบถนอนก้นนอนหงายถ่างขาออกอย่างกว้าง ทำนองเจตนาเพื่ออวดอวัยวะอย่างเด่นชัดส่วนภาพที่อยู่ในอิริยาบถนั่ง ก็นั่งถ่างขาออกแม้จะมีผ้าปกปิดอวัยวะก็เป็นผ้าบางใส ซึ่งแสดงว่าต้อง การอวดอวัยวะเช่นเดียวกับภาพในอิริยาบถนอนดังที่ได้วินิจฉัยมาแล้วข้างต้นจึงเป็นภาพที่มีเจตนาอวดอวัยวะให้บังเกิดความใคร่ในทางกามารมณโดยตรง ดังนี้ ถือว่าเป็นภาพลามก”<sup>263</sup> การกระทำที่เป็นการบรรยายเป็นหนังสือ “ข้อความต่าง ๆ ที่ได้บรรยายถึงการร่วมประเวณี

<sup>261</sup> สำนักงานราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: ราชบัณฑิตยสถาน, 2556).

<sup>262</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3510/2531

<sup>263</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6301/2533

ของชายและหญิงอย่างชัดเจนละเอียดลออ โดยบรรยายถึงอารมณ์ของชายและหญิงไปในทางยั่วยุ กามารมณ์ แม้จะมีได้ใช้ถ้อยคำหยาบคาย ก็ถือได้ว่าเป็นข้อความอันลามก”<sup>264</sup> “จำเลยเขียนข้อความ ลงในหนังสือพิมพ์ รายสัปดาห์ลงข้อความหมิ่นประมาทโจทก์ทำให้บุคคลอื่นเข้าใจว่าโจทก์มี ความสัมพันธ์ทางเพศกับนายศรรามอันเป็นความเท็จและเป็นเรื่องส่วนตัวที่ไม่เป็นประโยชน์ต่อ ประชาชน อีกทั้ง ข้อความในกรอบข่าวที่ลงข้อความหมิ่นประมาทโจทก์ยังส่อไปในทางลามกอนาจาร ไม่เป็นการสร้างสรรค์และขัดต่อจรรยาบรรณของหนังสือพิมพ์”<sup>265</sup> การกระทำด้วยวาจา “กระทำการ ลามกอย่างอื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 388 นั้น ไม่ได้หมายความว่าเฉพาะแต่เรื่องเกี่ยวกับ ร่างกายเท่านั้น ย่อมหมายถึงวาจาด้วยจำเลยกล่าวคำว่า “เย็ดโคตรแม่มึง”ต่อหน้าธารกำนัลจึงเป็นผิด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 388 แล้ว”<sup>266</sup> จำเลยกล่าวคำว่า “เจ้าหน้าที่หิวควยอะไร” เป็นคำ ลามกอนาจาร จะกล่าวในที่ใดไม่สำคัญ ข้อสำคัญอยู่ที่ว่าได้ยินต่อหน้าธารกำนัลหรือไม่<sup>267</sup>

ตัวอย่างคำพิพากษาที่ไม่ถือว่าเป็นลามกอนาจาร “ภาพที่ปรากฏในหนังสือของกลาง นั้น เป็นรูปหญิงเปลือยกาย คงปรากฏเด่นชัดเฉพาะถนัดเท่านั้น ส่วนโยนนี้ได้ถูกระบายให้ลบเลือนมอง ไม่เห็นเป็นเพียงฐานเท่านั้น เป็นรูปแสดงถึงชุดภาพอนามัยของการอาบแดดบ้าง เป็นภาพศิลปะ สอน ถึงวิธีเขียนแสดงถึงส่วนสัดส่วนความงามของร่างกายบ้างตามภาพไม่เป็นการอุจาดบาดตา ยังไกลต่อการ แสดงความรู้สึกทางกามารมณ์ ศาลชั้นต้นจึง เห็นว่าภาพของกลางไม่เป็นภาพลามกอนาจาร” ซึ่งศาล ฎีกาก็เห็นด้วย<sup>268</sup> สะอาด นาวิเจริญ ได้อธิบายไว้ท้ายฎีกานี้ว่า “จะดูรูปภาพอย่างเดียวไม่ได้ ต้องดู ลักษณะของหนังสือและเจตนาของผู้เผยแพร่หนังสือประกอบด้วย เช่น หนังสือวิชาการแพทย์ซึ่ง แสดงถึงภาพของลับหรือส่วน ต่าง ๆ ของร่างกาย เป็นต้น ภาพชนิดนี้ ผู้ได้พบเห็นย่อมไม่นึกหรือเห็น เป็นภาพอันอุจาดนีกอดดู แต่ถ้าภาพเดียวกันนั้นนำมาพิมพ์เป็นหนังสือเรีงมเร้า กามารมณ์ย่อมถือว่าเป็นภาพลามกอนาจารได้ ที่ว่าต้องดูเจตนาของผู้เผยแพร่หนังสือประกอบด้วยนั้น อันที่จริงก็อยู่ใน ลักษณะของหนังสือนั่นเอง ที่แยกพูดไว้ก็เพื่อกันเปลือย เช่น พิมพ์หนังสือว่าด้วยวิชาแพทย์แต่แสดง ภาพลามกไว้มากมาย อาจเป็นข้อส่อเจตนาว่า เอาริชยาแพทย์มาบังหน้า การเผยแพร่ภาพลามก วิทยุ ญชนผู้พบเห็นย่อมเห็นเป็นเรื่องเผยแพร่ภาพลามกอนาจาร อันน่าอดสู ซึ่งเกิดเป็นความผิด” “ภาพของ กลางเป็นเพียงภาพซึ่งแสดงถึงส่วนสัดส่วนความสมบูรณ์ของร่างกายที่มีได้มีสิ่งปกปิด โดยเฉพาะส่วนล่างก็ พยายามปกปิดหรือทำเป็นเพียงเงา ๆ และได้ลบเลือนให้เป็นอวัยวะที่ราบเรียบแล้ว ภาพของกลางไม่ มีลักษณะน่าเกลียด น่าอุจาดบัดสีจึงไม่เป็นภาพลามกตามความหมายที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมาย อาญา มาตรา 287 พิพากษายืน”<sup>269</sup>

## 2) ความหมายของ “สื่อลามกอนาจาร” ในสหราชอาณาจักร

<sup>264</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3510/2531

<sup>265</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5249/2542

<sup>266</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1069/2506

<sup>267</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1879/2497

<sup>268</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 978/2492

<sup>269</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1223/2508

ภาพลามกอนาจาร (Indecent Photograph) หมายรวมถึง ภาพยนตร์ (Film) สำเนาของภาพลามกอนาจารหรือภาพยนตร์ และภาพลามกอนาจารที่ประกอบอยู่ในภาพยนตร์<sup>270</sup> ภาพยนตร์ (Film) รวมถึงทุกอย่างในรูปแบบการบันทึกวิดีโอ<sup>271</sup> ภาพ (Photograph) ให้นำรวมถึง ภาพทางด้านลบและด้านบวก และ ข้อมูลที่เก็บอยู่ในแผ่นดิสก์คอมพิวเตอร์หรือวิธีทางอิเล็กทรอนิกส์อื่น ที่สามารถแปลงเป็นรูปภาพได้<sup>272</sup> ภาพเสมือนจริง (Pseudo-Photograph) หมายถึง ภาพที่ทำจากคอมพิวเตอร์กราฟิกหรือสิ่งอื่นใดที่ดูเหมือนจะเป็นภาพ และให้รวมถึงสำเนา และข้อมูลที่เก็บไว้ใน แผ่นดิสก์คอมพิวเตอร์วิธีทางอิเล็กทรอนิกส์อื่น ที่สามารถแปลงเป็นรูปภาพลามกอนาจารเสมือนจริง ได้<sup>273</sup> ในสหราชอาณาจักร เริ่มแรกศาลได้ให้คำนิยามไว้ในคดีของ (R. v. Hicklin) ซึ่งเป็นคดีบรรทัดฐานที่ได้ให้จำกัดความของคำว่า “ลามก (Obscene)” ว่า “ต้องพิจารณาถึงสิ่งประกอบด้วย คือ สิ่งเหล่านั้นจะต้องมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดความเสื่อมทรามทางศีลธรรมแก่ผู้บริโภคสื่อดังกล่าวตลอดถึง ต้องก่อให้เกิดผลที่เป็นการพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมหรือเสื่อมทรามอีกด้วย<sup>274</sup> The Obscene Publications Act 1959 ให้ความหมาย “สิ่งพิมพ์ลามก” (Obscene) ว่า สิ่งพิมพ์ใดจะเป็นสิ่งพิมพ์ลามกก็ต่อเมื่อเนื้อหาทั้งหมดหรือแต่บางส่วนของสิ่งพิมพ์นั้นเป็นสิ่งที่ขัดต่อศีลธรรมอันดี ของบุคคลผู้ ซึ่งได้อ่าน ได้เห็น ได้ยินเนื้อหาที่อยู่ในนั้น” The Criminal Justice and Public Order Act 1994 ได้ให้ความหมาย คำว่า “วัตถุลามก” คือ

(1) สิ่งเมื่อพิจารณาแล้วย่อมจะเห็นได้ว่า เป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดความเสียหาย ต่อ ศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยจะก่อให้เกิดความเสื่อมทรามทั้งกายและใจของบุคคล ผู้ได้รับรู้ ทำให้จิตใจของผู้นั้นถูกน้อมนำไปในทางที่ผิดศีลธรรมอันกระเทือนไป ถึงมาตรฐานศีลธรรมของสังคม

(2) สิ่งนั้นจะต้องไม่ใช่งานที่มีคุณค่าทางสังคมอันเป็นงานวิชาการ งานศิลปะ งานวรรณกรรม หรืองานอันมีค่าทางสุนทรียศาสตร์ ดังนั้น การพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นสิ่งลามกนั้น ให้พิจารณาว่าสิ่งนั้นก่อให้เกิด ความเสียหายต่อศีลธรรมอันดีของสังคม ก่อให้เกิดความเสื่อมทั้งร่างกายและจิตใจของผู้ที่ได้รับรู้ หรือมีอิทธิพลต่อสภาพร่างกายและจิตใจของผู้รับให้มีแนวโน้มไปในทางที่ผิดศีลธรรม และจะส่งผลไปถึงมาตรฐานทางศีลธรรมของสังคม และไม่ใช่งานที่มีคุณค่าทางสังคมอันเป็นงานวิชาการ ศิลปะ งานทางอักษรศาสตร์หรืองานที่มีคุณค่าทางสุนทรียศาสตร์ ซึ่งศาลได้กำหนดวิธีพิจารณาไว้ในคดี R v. Oliver and Other ให้พิจารณาดังนี้

(2.1) เป็นภาพที่มีเด็กแสดงท่าทางยั่วเย้าทางเพศโดยไม่มีกิจกรรมทางเพศอื่นใดร่วมด้วย (Images Depicting Erotic Posing with No Sexual Activity

<sup>270</sup> มาตรา 7(2) PCA

<sup>271</sup> มาตรา 7(5) PCA

<sup>272</sup> มาตรา 7(4) PCA

<sup>273</sup> มาตรา 7(8), (9) PCA

<sup>274</sup> นันทน์ภัสร์ สนธิพร, *เรื่องเดิม*, หน้า 134.

(2.2) เป็นภาพที่มีเด็กหลายคนกระทำกิจกรรมทางเพศระหว่างกัน หรือเด็กคนเดียวกระทำการ สำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง (Sexual Activity between Children, or Solo Masturbation by a Child)

(2.3) เป็นภาพที่มีกิจกรรมทางเพศระหว่างเด็กกับผู้ใหญ่โดยที่ไม่มีการสอดใส่อวัยวะเพศ (Non-Penetrative Activity between Children and Adults)

(2.4) เป็นภาพที่มีกิจกรรมทางเพศระหว่างเด็กกับผู้ใหญ่ที่มีการสอดใส่อวัยวะเพศ (Penetrative Sexual Activity between Children and Adults)

(2.5) เป็นภาพที่มีการใช้ความรุนแรงทางเพศกับเด็ก หรือเป็นภาพการมีกิจกรรมทางเพศ ระหว่างเด็กและสัตว์ (Sadism or Bestiality)

จากการพิจารณาหลักเกณฑ์ที่ศาลอังกฤษได้วางไว้ จะเห็นได้ว่าเฉพาะภาพของเด็กที่มี ลักษณะก่อให้เกิดอารมณ์หรือกระตุ้นความต้องการทางเพศเท่านั้นที่จะอยู่ในความหมายของภาพลามกอนาจารเด็ก ดังนั้นภาพของเด็กบางประเภทซึ่งแม้จะเป็นภาพเปลือย เช่น ภาพเปลือยของเด็กเล็กที่พ่อแม่ของตัวเด็กถ่าย เก็บไว้เป็นที่ระลึก จึงไม่ได้อยู่ในความหมายของภาพลามกอนาจารเด็กแต่อย่างใดเนื่องจากภาพดังกล่าวไม่มีลักษณะกระตุ้นเร้าทางเพศ

นอกจากนี้สหราชอาณาจักรยังมีกฎหมายที่บัญญัติความผิดของการครอบครองภาพลามกอนาจารที่มีลักษณะการกระทำที่มีลักษณะรุนแรงหรือสุดโต่ง (Possession of Extreme Pornographic Images) กับเด็ก เช่น การใช้ปากกับอวัยวะเพศ การกระทำทางเพศระหว่างเด็กและสัตว์ (Sadism or Bestiality) เป็นความผิดตามกฎหมายที่เรียกว่า “Criminal Justice and Immigration Act 2008” โดยในมาตรา 63 ของกฎหมายนี้ ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า ภาพลามกอนาจารที่มีลักษณะรุนแรงเหล่านี้ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า ถูกผลิตขึ้นโดยวัตถุประสงค์เพียงอย่างเดียวคือเพื่อการกระตุ้นทางเพศ

### 3) ความหมายของสื่อลามกอนาจารในกฎหมายสหรัฐอเมริกา

ความหมายทั่วไปของสื่อ “ลามกอนาจาร” ในสหรัฐอเมริกา “Webster’s Dictionary” ได้ให้ความหมายของคำว่า “ลามกอนาจาร” (Pornography) ว่าหมายถึง<sup>275</sup> “ภาพหรืองานเขียนหรืออื่น ๆ ที่มีความมุ่งหมายเพื่อกระตุ้นความต้องการทางเพศ” ฉะนั้นสื่อลามกอนาจาร จึงหมายถึงวัตถุใด ๆ ที่ออกแบบหรือกระทำขึ้นมาเพื่อกระตุ้นอารมณ์ทางเพศของผู้อ่านหรือผู้ชม<sup>276</sup> ภาพลามกอนาจารในสหรัฐอเมริกามีบางประเภทที่ผู้ใหญ่สามารถเข้าถึงได้ จึงเป็นการไม่ผิดกฎหมายดังกล่าว ในรายงาน ปี ค.ศ.1986 ของคณะกรรมการอัยการสูงสุด (Attorney General Commission Report) ซึ่งก็สอดคล้องกับคำตัดสินของศาลสูงสหรัฐอเมริกา ในคดี Roth v. United States โดยให้พิจารณาว่า “สิ่งใดจะเป็นสื่อลามกอนาจารให้พิจารณาตามหลักวิญญูชนทั่วไปในสังคมว่าเป็นสิ่งที่มีลักษณะกระตุ้นให้เกิดความต้องการทางเพศหรือไม่”, “Obscenity” หมายถึง “สิ่งที่ทำให้เกิดความรู้สึกอันน่ารังเกียจ เช่น แสดงถ้อยคำหรือวัตถุสิ่งของทางเพศในลักษณะที่หยาบช้าน่าเกลียด” ซึ่งในกฎหมายก็ไม่

<sup>275</sup> “Pornography” As “Writings, Pictures, Etc. Intended Primarily to Arouse Sexual Desire.”

<sup>276</sup> David L. Hudson, *op. cit.*

มีบทนิยามชัดเจนเอาไว้ เป็นหน้าที่ของศาลที่ต้องตีความ<sup>277</sup> ซึ่งอย่างไรเป็นสิ่งลามกอนาจารนั้น จำเป็นต้องพิจารณาเป็นกรณีไป ดังที่ ผู้พิพากษาศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกา พอตเตอร์ สจ๊วตต์ (Potter Stewart) ได้กล่าวเอาไว้ว่า เขาไม่อาจให้คำจำกัดความของสิ่งลามกได้ แต่เขาจะรู้ได้ก็ต่อเมื่อเขาได้เห็น (I Know It When I See It) ซึ่งมาตรา มาตรา 2256 (8) ประมวลกฎหมายสหรัฐ ได้ให้ความหมายของคำว่า “สื่อลามกอนาจารเด็ก” (Child Pornography) ว่า หมายถึง สื่อแสดงภาพใด ๆ รวมถึงรูปถ่าย ฟิล์ม แม้ว่าจะยังไม่ล้าง วิดีโอ รูปภาพ ภาพคอมพิวเตอร์ หรือภาพที่มีการสร้างหรือปรับแต่งโดยคอมพิวเตอร์ (Computer-Generated Image) หรือรูปถ่าย แถบบันทึกภาพ ข้อมูลที่จัดเก็บในคอมพิวเตอร์หรือจัดเก็บโดยวิธีอิเล็กทรอนิกส์อื่นใดที่สามารถแปลงมาสู่ภาพได้ และข้อมูลที่สามารถแปลงมาสู่ภาพได้ซึ่งถูกถ่ายทอดโดยวิธีใด ทั้งนี้ไม่ว่าจะเก็บอยู่ในลักษณะถาวรหรือไม่ก็ตาม และไม่ว่าสื่อนั้นทำมาหรือผลิตมาจากการใช้ วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ วิศวกรรม หรือโดยวิธีการอื่นซึ่งแสดงกิจกรรมทางเพศอย่างชัดแจ้ง ซึ่งการผลิตสื่อนั้นมีการใช้เด็กในกิจกรรมทางเพศอย่างชัดแจ้ง (Sexually Explicit Conduct) หรือ เป็นสื่อจำพวกภาพ Digital ภาพคอมพิวเตอร์ หรือภาพที่มีการสร้างหรือปรับแต่งโดยใช้คอมพิวเตอร์ (Computer-Generated) ซึ่งแสดงถึงการที่มีเด็กเข้าร่วมในกิจกรรมทางเพศอย่างชัดแจ้งหรือ เป็นภาพที่มีการสร้างหรือปรับแต่งโดยใช้คอมพิวเตอร์ซึ่งแสดงถึงการที่มีเด็กเข้าร่วมในกิจกรรมทางเพศอย่างชัดแจ้งหรือเป็นภาพที่ไม่อาจแยกออกจากภาพที่มีเด็กจริงเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศอย่างชัดแจ้งได้ หรือ สื่อแสดงภาพนั้นถูกสร้าง ปรับแต่ง ปรับปรุง ผลิต หรือแก้ไขให้ดูเหมือนว่ามีเด็กที่มีตัวตนจริงเข้าร่วมในการกระทำทางเพศอย่างชัดแจ้ง (Sexually Explicit Conduct) แม้ว่าจะเป็นเด็กในปัจจุบันหรือเป็นภาพจากสมัยบุคคลดังกล่าวเป็นเด็กก็ตาม

มาตรา 1466A ซึ่งเป็นบัญญัติที่เกี่ยวกับสื่อแสดงภาพการล่วงละเมิดทางเพศเด็ก ได้กำหนดว่า ผู้ใดซึ่งผลิต แจกจ่าย รับ หรือครอบครองเพื่อ แจกจ่ายอย่างรู้เท่าทัน สื่อแสดงภาพใด รวมถึงรูปวาด ภาพการ์ตูน รูปแกะสลัก หรือภาพระบายสีซึ่งมีเด็กเข้าร่วมในกิจกรรมทางเพศอย่างชัดแจ้ง และเป็นลามกอนาจาร หรือ มีลักษณะหรือดูคล้ายว่ามี เด็กร่วมเพศกับสัตว์ หรือทำทารุณโดยแสวงหาความสุขจากการทรมาณผู้อื่นหรือตนเอง หรือร่วมเพศ ไม่ว่าจะโดยการร่วมระหว่างอวัยวะเพศกับอวัยวะเพศ ปากกับอวัยวะเพศ ทวารหนักกับอวัยวะเพศ ปากกับทวารหนัก จะเป็นระหว่างเพศเดียวกันหรือต่างเพศก็ตาม และ ขาดคุณค่าด้านการประพันธ์ ศิลปะ การเมือง หรือวิทยาศาสตร์อย่างจริงจัง หรือพยายามกระทำหรือสมคบกระทำผิดดังกล่าว ต้องระวางโทษ . . . ตามมาตรา สื่อลามกอนาจารเด็ก ยังให้รวมถึงการใช้เทคโนโลยี “Morphing” ซึ่งหมายถึง การนำภาพมาตกแต่งด้วยโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ไม่ว่าจะนำหลาย ๆ ภาพมาใส่ไว้ในภาพเดียวกันหรือตัดบางส่วนของภาพออกบิดเบือนภาพจากความเป็นจริง หรือสร้างภาพปลอม การแปลงรูป ศาลสูงสหรัฐ (The U.S. Supreme Court) ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็น สื่อลามกอนาจาร นั้นได้พิพากษาไว้ในคดีมิลเลอร์กับรัฐแคลิฟอร์เนีย (Miller v. California, 413 U.S. 15, 24-25 (1973)) คดีสมิทกับสหรัฐอเมริกา (Smith v. United States, 431 U.S. 291, 300-02, 309 (1977)) และคดีโป๊ป กับ รัฐอิลลินอยส์ (Pope v. Illinois, 481 U.S. 497, 500-01 (1987)) ในคดีของมิลเลอร์เรียกว่า “The Three-Pronged Miller Test” โดยมีหลักเกณฑ์การพิจารณา ดังนี้

<sup>277</sup> กระทรวงยุติธรรม, สำนักงานกิจการยุติธรรม, *เรื่องเดิม*, หน้า 8.

(1) ตามวิญญูชนทั่วไปในชุมชนเห็นว่า ภาพหรืองานดังกล่าวเป็นสิ่งยั่วชวนและ  
เร่ร่ำหรือกระตุ้น ความต้องการทางเพศ ความใคร่ ซึ่งสังคมหนึ่งอาจจะแตกต่างจากสังคมอื่น ๆ

(2) ภาพหรืองานดังกล่าวแสดงให้เห็นภาพหรือเรื่องราวที่ชัดแจ้ง เกี่ยวกับเพศ  
เช่น ภาพแสดงการร่วมเพศ การสำเร็จความใคร่ หรือโชว์ให้เห็นอวัยวะเพศ ซึ่งมีกฎหมายบังคับใช้  
อย่างแจ้งชัด (Fair Notice) เป็นการล่วงหน้า

(3) ภาพหรืองานดังกล่าวเมื่อพิจารณาในภาพรวมแล้ว ขาดคุณค่าทาง  
วรรณกรรม ศิลปะ การเมือง หรือวิทยาศาสตร์

การพิจารณาสื่อลามกอนาจาร ในคดี Miller นั้น มีหลักว่าสื่อลามกอนาจารนั้น ชัด  
กับมาตรฐานของศีลธรรมทางเพศร่วมสมัยของชุมชนนั้น ๆ (Contemporary Community Standard)  
หรือไม่

คดีของ United States v. Dost, 636 F. Supp. 828 - Dist. Court, SD California  
1986 ศาลได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้พิจารณา ดังนี้

(1) จุดโฟกัสของรูปอยู่ที่เขตอวัยวะเพศหรือหัวหน่าวของเด็กหรือไม่  
(2) สิ่งแวดล้อมและบริบทของภาพบ่งนัยทางเพศหรือไม่ เช่น อยู่ในสถานที่หรือ  
อยู่ในท่าทางที่โดยทั่วไปสัมพันธ์กับกิจกรรมทางเพศ

(3) จัดทำเด็กอยู่ในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมชาติ หรือใส่เสื้อผ้าที่ไม่เหมาะสม เมื่อ  
พิจารณาอายุของเด็กหรือไม่

(4) เด็กนั้นเต็มใจหรือไม่

(5) เด็กแสดงความยินยอมที่แสดงนัยทางเพศ หรือความพร้อมความเต็มใจที่  
จะร่วมกิจกรรมทางเพศหรือไม่

(6) ภาพตั้งใจหรือออกแบบเพื่อกระตุ้นให้ผู้ชมเกิดปฏิกิริยาทางเพศหรือไม่

ศาลได้ตั้งกฎเกณฑ์ 6 อย่างขึ้น แต่ไม่จำเป็นว่าจะต้องพิจารณาโดยต้องผ่าน  
กฎเกณฑ์ทุกข้อ และก็ไม่ได้หมายความว่าไม่สามารถใช้เกณฑ์อื่น ๆ นอกเหนือจากเกณฑ์เหล่านี้  
เพื่อตัดสินคดีแต่อย่างใด และ

ในคดี Halsey v. New York Society for the Suppression of Vice ศาลได้  
กำหนดว่า “การจะประเมินว่าหนังสือใดเป็นวัตถุลามกหรือไม่ ต้องดูจากหนังสือหมดทั้งเล่ม มิใช่ดูจาก  
ข้อความเพียงส่วนใดส่วนหนึ่ง”

ดังนั้น หลักการพิจารณาความหมายของ คำว่า “ลามกอนาจาร” ของสหรัฐอเมริกา  
จึงมีประการแรกว่า จะก่อให้เกิดความรู้สึกทางเพศ หรือ Prurient Interest กล่าวคือ เป็นกรณีที่  
วิญญูชนทั่วไปในสังคมนั้น ๆ เห็นว่าโดยรวมแล้วงานดังกล่าวมี ลักษณะที่ก่อให้เกิดความใคร่ หรือ  
ความต้องการทางเพศ นอกจากนี้ ยังพิจารณาถึง Sexual Conduct กล่าวคือ งานดังกล่าวมีลักษณะ  
บรรยายหรือแสดงให้เห็นภาพที่มีลักษณะหรือพฤติกรรมทางเพศที่ชัดแจ้ง (Patently Offensive)

Sexual Conduct) และประการสุดท้าย คือ Lacks Value กล่าวคืองานดังกล่าวเป็นงานที่ขาดคุณค่า ไม่ว่าจะป็นคุณค่าทางวรรณกรรม ศิลปกรรม หรือการเมือง หรือทาง วิทยาศาสตร์<sup>278</sup>

#### 4) ความหมายของสื่อลามกอนาจารในประเทศอื่น ๆ

ศาลสูงสุดของญี่ปุ่น ได้เคยตัดสินวางหลักไว้ในคดี Lady Chatterley's Lover (1957) ว่า สิ่งใดจะเป็นสื่อลามกอนาจารหรือไม่ให้พิจารณาว่า สื่อนั้นขัดต่อศีลธรรมในเรื่องทางเพศของสังคมหรือไม่ ศาลสูงสุดของเกาหลีใต้ ได้ตัดสินวางหลักกฎหมายไว้ในคดี The Nude Maja (1971) ว่าองค์ประกอบที่สำคัญในการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นสื่อลามกคือสื่อดังกล่าวเป็นอันตรายต่อศีลธรรมทางเพศที่เหมาะสมของคนในสังคมหรือไม่

ในสหพันธรัฐเยอรมันนี้ ไม่ได้มีการให้คำจำกัดความของสื่อลามกเอาไว้ เป็นการเฉพาะ แต่ได้มีการให้คำอธิบายถึงสื่อลามกเอาไว้ โดยสิ่งที่จะถือว่าเป็นสื่อลามก ต้องเป็น สิ่งที่รู้สึกได้เพียงอย่างเดียวกันหรือมีจุดมุ่งหมายหลักเพื่อการกระตุ้นความรู้สึกทางเพศของผู้ที่ได้ชมและเป็นการละเมิดต่อขอบเขตในเรื่องความเหมาะสมทางเพศที่อยู่บนพื้นฐานของแนวคิด ทางด้านศีลธรรมของสังคมโดยทั่วไป ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันไม่ได้มีการให้คำจำกัดความของสื่อลามกเอาไว้ เป็นการเฉพาะ แต่ได้มีการให้คำอธิบายถึงสื่อลามกเอาไว้ ว่าลักษณะของภาพลามกอนาจารของเด็กนั้น จะต้องไม่มีลักษณะที่ไม่เป็นธรรมชาติ และแม้จะเป็นธรรมชาติก็จะต้องไม่มีวัตถุประสงค์ในการผลิตหรือแจกจ่ายมีจุดมุ่งหมายหลักเพื่อการกระตุ้นความรู้สึกทางเพศ มุ่งเน้นไปที่ความตื่นเต้นของการกระตุ้นทางเพศในผู้ชมและเห็นได้ชัดว่าเกินขีดจำกัดของความเหมาะสมทางเพศที่ยอมรับโดยทั่วไป<sup>279</sup> ภาพลามกอนาจารเด็กให้หมายรวมถึงภาพบริเวณอวัยวะเพศของเด็กด้วย

#### 5) หลักเกณฑ์การแยกแยะระหว่าง “ลามกอนาจาร” กับศิลปะ

เนื่องจากมีหลักการสำคัญหนึ่งในการพิจารณาของศาลเกือบทุกประเทศ ก็คือ ภาพหรืองานดังกล่าวเมื่อพิจารณาในภาพรวมไม่มีคุณค่าทาง วรรณกรรม ศิลปะ การเมือง หรือ วิทยาศาสตร์ ถ้าหากพิจารณาได้ว่าสิ่งนั้นเป็นศิลปะก็จะเป็นสื่อลามกอนาจาร ซึ่งมีผู้กำหนด (อาร์ สุธิพันธ์)<sup>280</sup> ข้อพิจารณาเรื่องนี้ไว้ดังนี้

(1) ให้ดูที่เจตนาของผู้ทำงานนั้น ๆ ว่ามีเจตนาอะไรแฝงอยู่หรือไม่ เช่น การใช้ศิลปะพื้นฐานของสัญชาตญาณเป็นสิ่งกระตุ้นความสนใจแล้วแอบอ้างว่าเป็น “ศิลปะ” เพื่อประโยชน์ทางธุรกิจหรือประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งของตนเอง

(2) ให้ดูปฏิกิริยาของผู้ชม ถ้าเป็นงานศิลปะผู้ชมจะสามารถดูได้อย่างเปิดเผย แต่งานอนาจารจะดูอย่างลับ ๆ ศิลปะจะส่งเสริมให้มนุษยชาติมีความเจริญงอกงามด้านแนวคิดและสติปัญญามากกว่าการกระตุ้นให้เกิดอารมณ์ใฝ่ต่ำ

<sup>278</sup> ศิริพล กุศลศิลป์บุตติ, “สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น: ความแตกต่างในการวิพากษ์วิจารณ์ตามหลักกฎหมายของสหรัฐอเมริกาและประเทศไทย,” วารสารนิติสังคมศาสตร์ 8, 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2558): 164-165.

<sup>279</sup> วิริยะ ธรรมจักร, *เรื่องเดิม*, หน้า 49.

<sup>280</sup> วิวรรณ จันทร์เทพย์, *เรื่องเดิม*.

(3) งานศิลปะยิ่งนานไปยิ่งมีคุณค่ามากขึ้นเรื่อย ๆ แต่อาจารย์ยังนานยิ่งเสื่อมค่าลง ศิลปะเป็นผลงานของมนุษย์ที่แสดงออกให้เห็นถึงความคิดสร้างสรรค์อันแฝงด้วยจิตวิญญาณหรือความรู้สึกที่ต่างไปจากผลงานที่เป็นสัญชาตญาณของสัตว์เดรัจฉานทั่วไป

(4) ให้ดูที่ฝีมือหรือความสามารถในการถ่ายทอดของศิลปินว่าถ่ายทอดได้ อารมณ์มากน้อยเพียงใด ความละเอียดอ่อนที่ไวต่อการรับรู้ของศิลปินผสมผสานกับความคิดสร้างสรรค์และความสามารถในการระบายหรือถ่ายทอดความรู้สึกเหล่านั้นแตกต่างกัน ทำให้คุณค่าของศิลปะแตกต่างกันด้วย

ดังนั้น จะเห็นว่าคำพิพากษาของศาลต่าง ๆ รวมทั้งศาลไทย ได้วินิจฉัยให้ความหมายของคำว่า “ลามกอนาจาร” โดยมีหลักสำคัญสองประการ คือ (1) ชัดต่อศีลธรรมอันดีของสังคมหรือสิ่งเหล่านั้นจะต้องมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดความเสื่อมทรามหรือเสียหายทางศีลธรรมแก่ผู้ที่ได้ดูหรือพบเห็น และ (2) สิ่งนั้นมีส่วนให้ก่อหรือกระตุ้นความต้องการทางเพศด้วยหรือไม่ โดยศาลไทยได้ใช้คำว่า “กระตุ้นทางในทางเพศว่า” ว่า “มีลักษณะส่อไปในด้านยั่วยุกามารมณ์”<sup>281</sup> สหรัฐอเมริกาคำพิพากษาคดี Miller v. California, 413 U.S. 15, 24-25 (1973), คดี Smith v. United States, 431 U.S. 291, 300-02, 309 (1977) และคดี Pope v. Illinois, 481 U.S. 497, 500-01 (1987) สหราชอาณาจักร คดี R v. Oliver and Other, R. v. Hicklin

เนื่องจากมีภาพบางภาพที่ไม่ใช่ภาพที่เป็นภาพโป๊เปลือยของเด็กแต่มีใช้ภาพที่กระตุ้นอารมณ์ทางเพศ เช่น ภาพเด็กแก้ผ้าอาบน้ำที่พ่อแม่ถ่ายไว้ เช่นนี้ เป็นต้น ดังนั้นจึงไม่ควรแปลความว่าภาพโป๊หรือเปลือยทั้งหมดจะเป็นลามกอนาจาร หรือ กรณีสิวลึงค์ซึ่งผู้คนกราบไว้ ซึ่งก็ได้มีเจตนาที่จะใช้เป็นสิ่งกระตุ้นทางด้านอารมณ์ทางเพศ แต่มีไว้ตามความเชื่อหรือการนับถือตามประเพณีท้องถิ่นกรณี เช่นนี้ ก็ไม่อาจถือว่าเป็นสิ่งของหรือภาพลามกอนาจารเด็กได้แต่อย่างใด หรือแม้แต่ภาพที่มีการเห็นอวัยวะเพศต่าง ๆ หากมีลักษณะในทางวิชาการ เช่น ภาพในการสอนวิชาแพทย์ เช่นนี้ ก็ยังอาจไม่พอที่ฟังเป็นภาพลามกอนาจารเด็กได้ ซึ่งต้องฟังถึงเจตนาของผู้ที่นำเสนอเป็นสำคัญ<sup>282</sup>

ดังนั้น คำว่า “สื่อลามกอนาจารของเด็ก (Child Pornography)” จึงควรหมายถึงภาพเด็กหรือสิ่งอื่นใดที่แสดงให้เห็นเป็นภาพได้ ซึ่งเด็กเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศอย่างเปิดเผย หรือภาพซึ่งแสดงอวัยวะเพศหรือทวารหนักของเด็กโดยมีวัตถุประสงค์ทางเพศ หรือ เสียงเด็ก หรือบุคคลที่แสดงเป็นเด็กซึ่งเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศอย่างเปิดเผย หรือ ภาพ หรือเสียง สนับสนุนส่งเสริม หรือ กระตุ้นให้เกิดกิจกรรมทางเพศอันผิดกฎหมายต่อเด็ก ทั้งนี้รวมถึง ภาพซึ่งแสดงอวัยวะเพศ บริเวณหัวหน้าหรือทวารหนักของเด็กโดยมีวัตถุประสงค์ทางเพศ บุคคลที่แสดงเป็นเด็ก รวมถึงภาพที่กระทำผ่านสื่อทุกประเภทที่เราอารมณ์ และไม่คำนึงถึงวิธีการทำให้เกิดภาพขึ้นอาจจะเป็นสื่อแบบเทียมคือเป็นสื่อแต่ง ใช้ผู้ใหญ่ที่แต่งให้เหมือนเด็ก หรือเป็นภาพสร้างขึ้นโดยใช้คอมพิวเตอร์ล้วน ๆ ภาพวาดหรือแอนิเมชัน การสร้างภาพโดยใช้คอมพิวเตอร์กราฟิกหรือโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์อื่น ๆ ก็สามารถพิจารณาว่าเป็นสื่อเทียมได้เหมือนกัน รวมทั้งวรรณกรรมนิตยสาร ภาพถ่าย ประติมากรรม จิตรกรรม การ์ตูน แอนิเมชัน บันทึกเสียง วิดีโอ และวิดีโอเกม

<sup>281</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3510/2531, 6301/2533

<sup>282</sup> บันทึกท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 978/2492 (สอาด นาวิเจริญ)

ดังนั้น การแยกแยะว่าสิ่งใดเป็นสิ่งลามกอนาจารหรือไม่ จึงต้องพิจารณาในทุกมิติ การพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นสิ่งลามกอนาจาร ทั้งตัวภาพหรือวัตถุ หรือสิ่งของนั้น มีลักษณะท่าทางอย่างไร มีลักษณะเป็นไปตามธรรมชาติหรือมีลักษณะในการกระตุ้นอารมณ์ทางเพศหรือไม่ มีการสื่อด้านอารมณ์ทางอักษรศิลป์ มีศิลปะหรือไม่ และการพิจารณาดังกล่าวต้องเอาวินิจฉัยของวิญญูชนเป็นเกณฑ์ รวมทั้งสิ่งดังกล่าวมีขนาดเล็กใหญ่หรือไม่ ถูกจัดวางหรือจัดโชว์แสดงไว้ในที่ใด รวมทั้งอริบทของสิ่งคมนั้น ๆ ด้วย

#### 4.1.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบความหมายของ “การกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็ก” (Depict Sexual Acts of a Child or with a Child)

##### 4.1.3.1 การกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็ก

“การกระทำทางเพศ” ตามความหมายของประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1(17) มิได้กำหนดบทนิยามไว้แต่กระทรวงยุติธรรมได้ออกคู่มือและแนวทางการดำเนินการตามแผนและการเตรียมความพร้อมในการบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาระดับที่ 24 พ.ศ.2558<sup>283</sup> ไว้ว่า “กระทำ” หมายถึง การกระทำ “พฤติกรรมทางเพศที่ชัดเจน” ซึ่งหมายถึง การกระทำต่าง ๆ ที่เป็นจริงหรือเลียนแบบ ดังต่อไปนี้<sup>284</sup>

- 1) การร่วมเพศ รวมทั้งการมีเพศสัมพันธ์ทางอวัยวะเพศ ต่ออวัยวะเพศ การร่วมเพศทางปาก กับทางอวัยวะเพศ การร่วมเพศทางทวารหนัก กับอวัยวะเพศ ระหว่างเด็ก หรือระหว่างผู้ใหญ่และเด็ก ที่เป็น เพศเดียวกัน หรือที่เป็นเพศตรงกันข้าม
- 2) การร่วมเพศระหว่างคนกับสัตว์
- 3) การกระตุ้นอวัยวะเพศตนเองเพื่อให้ถึงจุดสุดยอด
- 4) การกระทำทารุณกรรมทางเพศในลักษณะการทรมานร่างกายและจิตใจของผู้อื่นเพื่อความกำหนัด ของตนเอง หรือการกระทำทารุณกรรมทางเพศเชิงกามวิตถาร ที่ได้รับความสุขเมื่อตัวเองเจ็บปวด หรือ
- 5) การอวดอวัยวะเพศเพื่อกระตุ้น ความกำหนัดทางเพศ หรืออวดบริเวณหัวหน้าของเด็ก

ภาพที่เป็น “การกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็ก” มีลักษณะอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นการกระทำของเด็กหรือกับเด็ก การกระทำให้เด็กดูโดยเด็กมิได้มีกิจกรรมร่วมด้วย เพียงแต่มีเด็กอยู่ในภาพนั้นด้วยจะถือเป็นการกระทำทางเพศต่อเด็กหรือกับเด็กหรือไม่

สำหรับสหรัฐอเมริกา ได้กำหนดการกระทำทางเพศหรือกิจกรรมทางเพศกับเด็ก โดยมาตรา 2256 (2)(A) ได้ให้กำหนดไว้ว่า “ยกเว้นที่กำหนดไว้ในอนุ(ข), การกระทำทางเพศที่ชัดเจน (Sexually Explicit Conduct) หมายถึงการกระทำหรือแก้งทำ ในการร่วมเพศ, รวมถึงการใช้ อวัยวะเพศกับอวัยวะเพศ ใช้ปากกับอวัยวะเพศ อวัยวะเพศกับทวารหนักหรือใช้ปากกับทวารหนัก

<sup>283</sup> โปรดดูอ้างอิง 114

<sup>284</sup> อนุสัญญาบูดาเปสต์ (Council of Europe Convention on Cybercrime: the Budapest Convention: CETS 185) ข้อ 9 และอนุสัญญาแลนซาไรเต้

ไม่ว่าจะกับเพศเดียวกันหรือต่างเพศก็ตาม การร่วมกับสัตว์ การสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง การกระทำที่ทารุณ การแสดงอวัยวะสืบพันธุ์ของผู้ชาย ผู้หญิง หรือบุคคลอื่น และยังรวมถึงภาพกราฟิกหรือภาพที่สร้างขึ้นเสมือนจริงอันมีลักษณะข้างต้นด้วย มาตรา 1466A (a)(1)(A) และ(1)(B) ให้หมายถึงการมีเด็กเข้าร่วมการกระทำทางเพศอย่างชัดแจ้ง

ส่วนในสหราชอาณาจักรได้กำหนดลักษณะของการกระทำที่จะถือว่าเป็นภาพลามกอนาจารไว้ในคดี คดี R v. Oliver and Other ว่า เป็นภาพที่มีเด็กแสดงท่าทางยั่วเย้าทางเพศโดยไม่มีกิจกรรมทางเพศอื่นใดร่วมด้วย (Images Depicting Erotic Posing with No Sexual Activity), เป็นภาพที่มีเด็กหลายคนกระทำการกิจกรรมทางเพศระหว่างกัน หรือเด็กคนเดียวกระทำการ สำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง (Sexual Activity between Children, or Solo Masturbation by a Child), เป็นภาพที่มีกิจกรรมทางเพศระหว่างเด็กกับผู้ใหญ่โดยที่ไม่มีการสอดใส่อวัยวะเพศ (Non-Penetrative Activity between Children and Adults), เป็นภาพที่มีกิจกรรมทางเพศระหว่างเด็กกับผู้ใหญ่ที่มีการสอดใส่อวัยวะเพศ (Penetrative Sexual Activity between Children and Adults) และเป็นภาพที่มีการใช้ความรุนแรงทางเพศกับเด็ก หรือเป็นภาพการมีกิจกรรมทางเพศระหว่างเด็กและสัตว์ (Sadism or Bestiality) นอกจากนี้ ในกฎหมาย Coroners and Justice Act 2009 ในมาตรา 62(7)(ก)(ฉ) ให้ถึงการกระทำต่อหน้าเด็กด้วย

สำหรับในสหพันธรัฐเยอรมัน ได้กำหนดไว้ในมาตรา 184b และ 184 C ได้กำหนดไว้ว่าจะต้องเป็นกิจกรรมทางเพศที่ดำเนินการกับเด็กและเยาวชน ซึ่งการกระทำก็อยู่ภายใต้มาตรา 176(1) คือ ทำกิจกรรมทางเพศหรือร่วมเพศกับเด็ก นอกจากนี้ ใน (4)1 ในมาตรานี้ยังห้ามกระทำการกิจกรรมทางเพศต่อหน้าเด็กด้วย การกระทำ “กิจกรรมทางเพศ (Sexual Activity) ที่ดำเนินการกับเด็กหรือต่อหน้าเด็ก” Arnd Hüneke ผู้เชี่ยวชาญกฎหมายอาญาเยอรมัน ได้อธิบายว่า การกระทำนั้นจะต้องระบุได้ว่ามีเพศสัมพันธ์เกิดขึ้นหรืออย่างน้อยการกระทำนั้นเกิดขึ้นใกล้กับบริเวณอวัยวะเพศ ภาพที่เป็นเพียงการวางท่าจะเป็นปัญหาสำหรับการวิเคราะห์ว่าจะเป็นภาพลามกอนาจารเด็กหรือไม่ ภาพที่เป็นเพียงภาพโป้ (Nudity) หรือภาพที่เป็นการแอบถ่าย (Taken Secretly) ของเด็กไม่ใช่ภาพที่จะถูกลงโทษตามกฎหมายนี้ แต่ถ้าเสริมเน้นบริเวณกันหรือเริ่มขึ้นคร่อมจะเริ่มจัดเป็นภาพ

ลามกอนาจารเด็ก และกฎหมายเยอรมันเป็นการขยายกิจกรรมในทางเพศรวมถึงการกระทำต่อหน้าเด็กด้วย<sup>285</sup>

คำว่าทำกิจกรรมทางเพศของเด็ก/เยาวชน เสมือนจริง “Actual or Realistic Activity” ตามมาตรา 184b และ 184c นั้น ดูเหมือนจะรวมถึงภาพเสมือนจริงที่สร้างขึ้นโดยไม่ใช้เด็กหรือเยาวชนจริงด้วย แต่ถ้าเป็นภาพที่เปล่าที่ไม่มีการทำกิจกรรมทางเพศ แต่เป็นภาพที่เสมือนจริงที่เปลือยเปล่าของเด็กเพียงอย่างเดียวก็อาจไม่เป็นสื่อลามกอนาจารเด็กก็ได้<sup>286</sup>

<sup>285</sup> สำนักงานสหประชาชาติเกี่ยวกับยาเสพติดและอาชญากรรมสำนักงานภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้, *เรื่องเดิม*, หน้า 18.

<sup>286</sup> Nomika Eilpilekta, *op. cit.*, p. 1.

จะเห็นว่า ลักษณะของการกระทำในสื่อลามกอนาจารเด็กนั้น จะต้องเป็นการกระทำที่กระทำกับเด็กหรือมีเด็กเข้ามาเกี่ยวข้องในลักษณะของสื่อหรือสิ่งลามกที่มีลักษณะน้อมนำจิตใจของบุคคลทั่วไปที่ได้พบเห็นให้มีความรู้สึกไปตำหนิ น่ารังเกียจ เกิดความรู้สึกหรือกระตุ้นอารมณ์ทางเพศ โดยมีได้มุ่งหวังคุณค่าทางศิลปะ ความงาม หรือวิทยาการความรู้ในแขนงใด และขัดต่อศีลธรรมอันดีของสังคม ทำให้เกิดความเสื่อมทั้งร่างกายและจิตใจของผู้ที่ได้รับรู้ ซึ่งอาจมีลักษณะการกระทำที่แสดงให้เห็นห้วนม อวัยวะเพศ การร่วมเพศ ไม่ว่าจะโดยใช้อวัยวะเพศ ใช้ปากกับอวัยวะเพศ ใช้ทวารกระทำแบบทารุณโหดร้าย หรือกระทำโดยการทรมาน ไม่ว่าจะโดยกับคนในเพศเดียวกันหรือต่างเพศกันรวมทั้งกับสัตว์ นอกจากนี้ ในคดีของ Miller v. California ยังได้กำหนดเกี่ยวกับการกระทำไว้ว่าเป็นภาพหรือเรื่องราวที่ชัดแจ้ง เกี่ยวกับเพศ เช่น ภาพแสดงการร่วมเพศ การสำเร็จความใคร่ หรือโชว์ให้เห็นอวัยวะเพศ

#### 4.1.3.2 ความหมายของคำว่า “เด็ก”

เด็กตามมาตรา 287/1 นี้หมายถึงบุคคลที่อายุไม่เกิน 18 ปี และหมายถึงเด็กจริงหรือคนจริง ซึ่งไม่รวมภาพที่เกิดจากคอมพิวเตอร์กราฟิกหรือภาพตัดต่อ หรือภาพเสมือนจริงของเด็ก

เด็กในสหราชอาณาจักร ให้หมายถึงภาพตัดต่อหรือภาพเสมือนจริงด้วย (Pseudo-Photograph)<sup>287</sup> และเด็กในกฎหมายสหราชอาณาจักรในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจารเด็ก คือบุคคลอายุไม่เกิน 18 ปี<sup>288</sup> และต้องเป็นภาพที่ได้ถ่ายหรือบุคคลนั้นอายุไม่เกิน 18 ปี<sup>289</sup> นอกจากนี้ ใน The Sexual Offences Act 2003 ยังได้กำหนดอายุของเด็กที่ต่ำกว่า 13 ปี ถ้าได้กระทำความผิดต่อเด็กอายุเกินกว่า 13 ปี แล้ว ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าจำเลยเชื่ออย่างสมเหตุสมผลว่าเด็กอายุเกิน 16 ปี หรือ เกินกว่านั้น ตามหลัก Reasonable Believe หลักการนี้ใช้ทั้งในกรณีการพิสูจน์เกี่ยวกับความเชื่อ เรื่องความยินยอมในการร่วมประเวณี ศาลสหราชอาณาจักรถือว่าการกระทำที่ต้องห้ามเป็นความผิดอยู่ในตัวเองอยู่แล้ว จำเลยจึงไม่อาจอ้างเรื่องความเชื่อที่เด็กอายุเกินกว่า 16 ปี เพื่อให้พ้นผิดได้ เช่นคดี People v. Ratz0 จำเลยสำคัญผิดในอายุของเด็กผู้เสียหาย ซึ่งศาลสูงสุดแห่งสหราชอาณาจักรให้เหตุผลว่า เพื่อป้องกันสถาบัน ทางสังคม อันได้แก่ ครอบครัวและเด็ก จึงจะต้องถือว่าจำเลยกระทำโดยตระหนักรู้ว่าตนเอง กำลังเสี่ยงกับความผิด ดังนั้น ไม่ว่าจะจำเลยจะรู้หรือไม่รู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของผู้เสียหายจำเลย ก็ต้องรับผิดชอบในการกระทำนั้น, คดี Regina v. Prince ในปี ค.ศ.1875 ซึ่งเป็นเรื่องที่จำเลยถูกจับในข้อหาพาตัว เด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบหกปีไปจากการปกครองของบิดาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย โดยจำเลยเชื่อโดยสุจริตว่าเด็กหญิงนั้นอายุสิบแปดปีแล้ว และซึ่งจำเลยเชื่อโดยสุจริตใจ และความเชื่อของเขา ก็สมเหตุสมผลด้วย แต่จำเลยก็ไม่อาจแก้ตัวได้โดยศาลให้เหตุผลว่า<sup>290</sup> แม้การกระทำนี้จำเลยจะเข้าใจว่าไม่ผิดกฎหมาย แต่มันก็เป็นความผิดมันตัวของมันเอง (Not Illegal but Wrong . . .) และถือเป็นแนวบรรทัดฐานในการตัดสินคดีของประเทศอังกฤษมาจนถึงปัจจุบัน ในสหราชอาณาจักรอายุของเด็กเป็นหน้าที่ของคณะลูกขุนที่จะค้นหา

<sup>287</sup> มาตรา 7(7) The Protection of Children Act 1978

<sup>288</sup> มาตรา 7(6) The Protection of Children Act 1978

<sup>289</sup> มาตรา 2(3) The Protection of Children Act 1978

<sup>290</sup> Sanford H. Kadish and Monread G. Paulsen. *op. cit.*, pp. 102-103.

ความจริง สำหรับสหรัฐอเมริกา Child Protection Act 1984 ได้กำหนดอายุของเด็กไว้คืออายุไม่เกิน 18 ปี<sup>291</sup> และเด็กยังหมายรวมถึงภาพตัดต่อหรือภาพเสมือนจริงของเด็กที่ไม่สามารถแยกออกได้อย่างชัดเจน และไม่ว่าภาพนั้นจะเป็นภาพเด็กในปัจจุบันหรือในขณะที่บุคคลดังกล่าวเป็นเด็กก็ตาม<sup>292</sup> ถ้าเป็นการแสดงท่าทางโดยภาพตัดต่อหรือภาพเสมือนจริงให้มีลักษณะท่าทางเป็นเด็กแม้จะมีบางส่วนเป็นผู้ใหญ่ ก็ให้ถือว่าเป็นการกระทำที่กระทำต่อเด็ก<sup>293</sup> ผู้เยาว์หรือเด็กกรณีที่ระบุตัวได้ หมายถึงบุคคลที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะในขณะที่สร้างภาพ ตัดแปลง ปรับแต่ง หรือปรับปรุงเปลี่ยนแปลงภาพนั้น โดยใช้ลักษณะของผู้เยาว์นั้นในการสร้าง และบุคคลที่เป็นบุคคลจริงที่มีใบหน้าคล้ายคลึงหรือมีลักษณะเป็นที่สังเกตได้หรือ มีลักษณะอื่น ๆ ที่ยืนยันตัวบุคคลได้ และในกรณีที่ไม่สามารถยืนยันตัวได้ก็ไม่จำเป็นต้องยืนยันว่าเป็นบุคคลซึ่งเป็นผู้เยาว์ที่มีตัวตนจริง<sup>294</sup>

ส่วนการคุ้มครองเด็กในเยอรมัน ได้แบ่งกำหนดอายุไว้เป็นสองช่วง คือ ตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันมาตรา 184 (1) 1. ประกอบมาตรา 176(1) กำหนดอายุเด็กไว้คือบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี ซึ่งได้กำหนดโทษสำหรับการเผยแพร่ แสดงต่อสาธารณะนำเสนอหรือทำด้วยวิธีอื่นให้เข้าถึงได้ผลิต, ได้มา, จัดส่ง, จัดเก็บ, ให้หรือเสนอ ประกาศ แนะนำ หรือพยายามที่จะนำเข้าหรือส่งออกซึ่งภาพลามกอนาจารเด็กซึ่งอายุต่ำกว่า 14 ปี ตั้งแต่ สามเดือนถึงห้าปี และได้กำหนดอายุเด็กที่อายุตั้งแต่ 14 ปี ถึง 18 ปี ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี ซึ่งจะเห็นว่าเยอรมันนี้ได้แยกอายุเด็กหากยังอายุน้อยก็จะเป็นโทษขึ้น โดยมุ่งคุ้มครองเด็กเป็นสำคัญ ซึ่งในสหพันธรัฐเยอรมันนี้ยังให้ความสำคัญคุ้มครองถึงภาพเสมือนจริง ภาพวาด และภาพการ์ตูนด้วย

ดังนั้น แม้อายุของเด็กตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1(17) คือ บุคคลอายุไม่เกิน 18 ปี ซึ่งต้องเป็นเด็กจริง แต่ไม่รวมเด็กที่เกิดขึ้นจากทำขึ้น ไม่ว่าจะเป็นภาพตัดต่อหรือการถ่ายภาพเสมือนโดยเทคโนโลยี ซึ่งในยุคปัจจุบันเทคโนโลยีก้าวหน้าบางครั้งก็ยากที่จะแยกหากเกิดกรณีตัดต่อหน้าและลำตัวคนจริงอาทิหน้าอาจจะเป็นผู้ใหญ่หรือลำตัวเด็ก ก็อาจเกิดการถกเถียงขึ้นทั้งโดยวัตถุประสงค์ของการออกกฎหมายควบคุมสื่อลามกนั้นมิเหตุผลสำคัญประการหนึ่ง คือ การกระตุ้นให้เกิดอารมณ์ทางเพศ หรือกิจกรรมทางเพศอันผิดกฎหมายต่อเด็ก ดังนี้ ภาพลามกอนาจารเด็กจึงควรครอบคลุมถึงภาพที่ทำจากคอมพิวเตอร์กราฟิกหรือเทคโนโลยีอื่นที่ทำให้เสมือนคล้ายเด็กจริงจนไม่สามารถแยกแยะและกระตุ้นให้เกิดอารมณ์ทางเพศได้ด้วย ซึ่งทั้งสหราชอาณาจักรและสหรัฐอเมริกา สหพันธรัฐเยอรมันนี้ ต่างก็กำหนดครอบคลุม ภาพที่สร้างขึ้นจากเทคโนโลยีต่าง ๆ แม้ไม่ใช่คนจริงและเป็นภาพที่สร้างขึ้นก็ตาม เช่นเดียวกับกฎหมายระหว่างประเทศต่าง ๆ ต่างก็รับรองในเรื่องนี้ เช่น พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องการการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็กและสื่อลามกเด็ก ข้อ 2 (ค) ยังได้ให้ความหมายถึงสิ่งที่จำลองขึ้น หรือการนำเสนอวิวะส่วนใดในทางเพศของเด็กเพื่อ

<sup>291</sup> U.S. code มาตรา 2256 (1) โดยใช้คำว่า “Minor” ซึ่งแปลว่า “ผู้เยาว์” แทนที่จะใช้คำว่า “เด็ก”

<sup>292</sup> U.S. code มาตรา 2256 (8)(B)(C)

<sup>293</sup> The Protection of Children Act 1978 มาตรา 7(8)

<sup>294</sup> U.S. code มาตรา 2256 (9)

ความมุ่งประสงค์หลักในทางเพศด้วย, อนุสัญญาของสภายุโรปว่าด้วยอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ ได้กำหนดไว้ข้อ 9,2(2)(3) ว่ายังให้รวมถึงบุคคลที่เสมือนเป็นเด็กหรือภาพเสมือนจริงของเด็กที่แสดงถึงเด็กที่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดทางเพศโดยชัดแจ้ง และ อนุสัญญาแลนซาโรเต้ ได้กำหนดไว้ในข้อ 20 (2) ว่า เป็นวัสดุใด ๆ ที่พรรณนาให้เห็นภาพเด็กคนหนึ่งที่มีเพศสัมพันธ์จริงหรือเลียนแบบการมีเพศสัมพันธ์โดยชัดแจ้งหรือพรรณนาให้เห็นอวัยวะทางเพศของเด็ก เพื่อมุ่งประสงค์ทางเพศเป็นสิ่งสำคัญ

## 4.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบฐานความผิด

### 4.2.1 ความผิดฐานครอบครองประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287/1

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287/1 ได้บัญญัติว่า “ผู้ใดครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก เพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ สำหรับมาตรานี้มีองค์ประกอบที่ควรพิจารณา ดังนี้

#### 4.2.1.1 ความหมายของคำว่า “ผู้ใด”

หมายถึง บุคคลตามกฎหมาย ไม่ว่าจะจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล แต่สำหรับเด็กที่กฎหมายกำหนดอายุขั้นต่ำไว้ในการกระทำความผิดไว้กฎหมายก็จะยกเว้นให้ไม่ต้องรับโทษ

#### 4.2.1.2 ความหมายของคำว่า “ครอบครอง”

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287/1 ได้บัญญัติว่า “ผู้ใดครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก” คำว่า ครอบครองนี้ มีลักษณะการครอบครองที่แตกต่างกับการครอบทั่วไปเพราะสื่อลามกอนาจารเด็กนั้น ยังสามารถแปลงจากสื่อดิจิทัลหรือข้อมูลในสภาพอิเล็กทรอนิกส์อื่นให้สามารถกลายเป็นภาพได้ ทั้งยังในลักษณะของระบบอินเทอร์เน็ตซึ่งมีการค้นหา การโหลด การส่งข้อมูล จึงมีข้อพิจารณา คือ

หลักของการครอบครอง มีองค์ประกอบ 2 ประการ คือ (1) มีการควบคุมตัวทรัพย์สินซึ่งเป็นองค์ประกอบทางกาย (Corpus) และ (2) มีเจตนาในการควบคุม ซึ่งเป็นองค์ประกอบทางใจ (Animus) แต่อย่างไรก็ตาม การยึดถือควบคุมทรัพย์สินไว้เฉย ๆ โดยไม่มีเจตนาครอบครองย่อมไม่ได้สิทธิครอบครอง เช่น กรณีของการยึดถือทรัพย์สินไว้แทนผู้อื่น เช่น การของครอบครองของลูกจ้างแทนนายจ้าง เป็นต้น องค์ประกอบทั้งสองประการจะต้องอยู่ด้วยกันจึงจะได้สิทธิครอบครอง การครอบครองในทางอาญามีแนวคิดแยกเป็นสองกรณี ได้แก่ กรณีแรก คือ การครอบครองตามกฎหมายอาญาเป็นอย่างไรกับสิทธิครอบครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1368 ซึ่งได้แก่การยึดถือทรัพย์สินด้วยเจตนาที่จะยึดถือเพื่อตน ส่วนกรณีที่สอง การครอบครองในทางอาญาไม่ได้มิได้มีความหมายเช่นเดียวกับ “สิทธิครอบครอง” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่เป็นศัพท์เฉพาะของประมวลกฎหมายอาญา เช่น ในมาตรา 352 ที่บัญญัติอยู่ในความผิดฐานยกยอก

การครอบครองตามความหมายอาญา หมายถึง ปกครองทรัพย์สินนั้นตามความเป็นจริง โดยการที่เขาสามารถจัดการทรัพย์สินนั้นในทางหนึ่ง โดยไม่มีใครจะขัดขวางได้ ทั้งนี้ ต้องดูจารีตประเพณี ลักษณะของทรัพย์สิน วิธีขัดขวางมิให้ผู้อื่นเกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน และระยะทางใกล้ ไกล ระหว่างผู้ที่ครอบครองกับทรัพย์สินนั้น นอกจากนั้น จะต้องมีเจตจำนง (Will) ที่จะครอบครองทรัพย์สินนั้นด้วย อย่างกรณีของการครอบครองอาวุธปืน หากมิได้เจตนายึดถือเพื่อตนแล้วศาลก็ไม่ถือว่าเป็นการครอบครองที่จะมีความผิดตามกฎหมายดังกล่าว อย่างไรก็ตาม หากการปกครองดูแลทรัพย์สินนั้น ถ้าเป็นทรัพย์สินที่กฎหมายห้ามครอบครองหรือมีไว้เป็นความผิดแล้ว ศาลก็จะแปลความหมายในการครอบครองแตกต่างไป ซึ่งในการครอบครองยาเสพติดนี้ศาล ก็ยังวินิจฉัยแตกต่าง เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 124/2530 จำเลยเพียงแต่รับเฮโรอีนจาก ส. แล้วมาจำหน่ายต่อให้สายลับทันที มิได้ยึดถือเฮโรอีนโดยเจตนายึดถือเพื่อตน จึงไม่ผิดฐานมีเฮโรอีนไว้ครอบครอง ต่อมาได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1663/2531 วินิจฉัยว่าจำเลยที่ 1 นำเฮโรอีนมาให้ ว. โดยส่งผ่านจำเลยที่ 2 จำเลยที่ 2 รับเฮโรอีนจากจำเลยที่ 1 แล้วส่งผ่านให้ ว. ทันที การกระทำของจำเลยที่ 1 เป็นความผิดฐานจำหน่ายเฮโรอีน ส่วนการกระทำของจำเลยที่ 2 เป็นความผิดฐานมีเฮโรอีนไว้ในครอบครองโดยมิได้รับอนุญาต ซึ่งจะเห็นว่าศาลเองก็วินิจฉัยพฤติการณ์และเจตนาการครอบครอง เป็นเรื่อง ๆ ไป

ส่วนลักษณะของการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก ก็มีการครอบครองตามหลักทั่วไป เช่นกัน นั่นคือมีการควบคุมตัวทรัพย์สินซึ่งเป็นองค์ประกอบทางกาย (Corpus) และมีเจตนาในการควบคุม ซึ่งเป็นองค์ประกอบทางใจ (Animus) ด้วย แต่สื่อลามกอนาจารนั้นส่วนใหญ่มีมาในรูปแบบอินเตอร์เน็ต ข้อมูลที่เก็บไว้ในฮาร์ดดิสก์คอมพิวเตอร์หรืออุปกรณ์จัดเก็บข้อมูลที่คล้ายคลึงกัน ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ส่งผ่านทางระบบอินเตอร์เน็ตเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ แล้วแปลงเป็นภาพ ไม่ว่าจะเป็คอมพิวเตอร์รูปแบบต่าง ๆ การควบคุมระบบต่าง ๆ โดยระยะใกล้ก็ดี การที่ผู้ใช้เข้าไปดูด้วยการเปิดเว็บไซต์ก็ดี การเข้าไปดาวน์โหลด การมีแคช อยู่ในคอมพิวเตอร์ การแนบไฟล์ทางอีเมล ส่งทางแอปพลิเคชันต่าง ๆ รวมทั้งโทรศัพท์มือถือด้วย ซึ่งบางครั้งการมีภาพลามกอนาจารเด็กเหล่านี้อยู่ในคอมพิวเตอร์หรือในโทรศัพท์ จะถือว่าเป็นการครอบครองหรือควบคุมทางกายแล้วหรือไม่ กับอีกในกรณีที่ผู้ใช้มิได้มีเจตนาที่จะครอบครอง เช่น ประสงค์จะเข้าไปเว็บไซต์ผู้ใหญ่ แต่มีโฆษณาหรือมีรูปเด็กเข้ามาในเครื่องหรือโทรศัพท์ โดยอัตโนมัติ หรือบางครั้งเข้าไปในเว็บไซต์อื่นแล้วมีข้อความขึ้นมาให้กด โดยผู้ใช้ไม่เข้าใจ เข้าไปกดไปโดยไม่ตั้งใจทำให้มีภาพเด็กเข้ามา กับกรณีที่มิแคชที่เครื่องบันทึกไว้เองอัตโนมัติเหล่านี้ การที่มีภาพเหล่านี้เข้ามาในเครื่อง ในลักษณะนี้จะเป็นการครอบครองตามกฎหมายนี้แล้วหรือไม่

อย่างไรก็ตาม สำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม ได้ออกคู่มือและแนวทางการดำเนินการตามแผนและการเตรียมความพร้อมในการบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 24 พ.ศ.2558 ได้อธิบายความหมายของคำว่า “ครอบครอง” ตามมาตราที่ว่า เป็นความหมายเดียวกับคำว่า “ครอบครอง” ซึ่งปรากฏในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 352 ซึ่งมีหลักการเดียวกับคำอธิบายในส่วน “เอาไป” ของความผิดฐานลักทรัพย์ “ครอบครอง” หมายถึง ยึดถือไว้ มีสิทธิถือเอาเป็นเจ้าของ, มีสิทธิปกครอง องค์ประกอบของการครอบครองมี 2 ประการ ได้แก่

1) ต้องมีอำนาจปกครองอันแท้จริงเหนือทรัพย์สินนั้น ผู้กระทำได้ใช้อำนาจปกครองทรัพย์สินอยู่ตามความเป็นจริง โดยการที่เขาสามารถจัดการแก่ทรัพย์สินนั้นในทางหนึ่งทางใดโดยไม่มีใครสามารถขัดขวางได้ ซึ่งทั้งนี้จะต้องดูจารีตประเพณี ลักษณะของทรัพย์สิน วิธีที่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินอาจขัดขวางมิให้ผู้อื่นเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน และระยะทางใกล้ไกลระหว่างผู้ครอบครองกับทรัพย์สินนั้น

2) ต้องมีเจตจำนง (Will) ที่จะใช้อำนาจอันแท้จริงปกครองทรัพย์สินดังกล่าว ถ้าไม่มีเจตจำนงที่ครอบครองเลย หรือสละเจตจำนงที่จะครอบครองเมื่อใดก็ดี การครอบครองก็หมดไป<sup>295</sup> และการครอบครองตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287/1 ยังมีเจตนาพิเศษอีกข้อหนึ่ง “คือการแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น” นอกจากจะพิจารณาหลักการครอบครองตามหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวแล้ว ยังต้องพิจารณาการครอบครองในเจตนาพิเศษขององค์ประกอบนี้ด้วย ซึ่งจะพิจารณาวิเคราะห์ในหัวข้อต่อไป

#### 4.2.1.3 การครอบครองสื่อลามกอนาจารในสหราชอาณาจักร

##### 1) ความหมายของการครอบครอง

ศาลสหราชอาณาจักรได้อธิบายการครอบครองในทางอาญาไว้ในคดี ยาเสพติด ในคดีระหว่าง R v. Boyesen (1982) AC 768, 773G: ว่า “การครอบครองมีหลักการง่าย ๆ คือ การควบคุมทางกายภาพหรือการควบคุมดูแล (Physical Control or Custody)<sup>296</sup> ที่สามารถควบคุมสิ่งนั้นและรู้ว่าสิ่งนั้นอยู่ในการปกครองหรือการควบคุมของคุณ คุณอาจจะครอบครองสิ่งใดโดยที่ไม่รู้หรือเข้าใจธรรมชาติของมัน แต่ไม่ได้ครอบครองมันจนกว่าจะรู้ว่าคุณมีอยู่แล้ว” ในคดี Regina v. Ross W. Porter ศาลได้อธิบายการครอบครองว่า “การครอบครอง” เป็นประเด็นข้อกฎหมาย (Matter of Law) หมายถึง “การมีบางสิ่งอยู่ในความอารักขาหรือควบคุม โดยรู้ว่ามีบางสิ่งอยู่ในอารักขาและควบคุม” สหราชอาณาจักร ได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ใน The Criminal Justice Act 1988 ไว้ในมาตรา 160 โดยบัญญัติว่า “มีภาพลามกอนาจารเด็กหรือภาพลามกอนาจารเสมือนจริงของเด็กไว้ในครอบครอง”

ดังนั้น การจะพิจารณาว่ามีการครอบครองหรือไม่ ต้องพิจารณาองค์ประกอบสองประการ คือ การครอบครองทางกายและทางจิตใจคือเจตนา องค์ประกอบทางกายคือบุคคลต้องสามารถในการควบคุมดูแลภาพที่เก็บไว้ในอุปกรณ์เพื่อครอบครองภาพดังกล่าว การที่จะครอบครองได้จะต้องสามารถควบคุมไม่ว่าจะเป็นผู้แลกรักษาทรัพย์สินหรือควบคุม (Custody or Control) สิ่งที่ตนครอบครองได้ มิใช่แค่มีเอาไว้เท่านั้น โดยต้องสามารถที่จะเรียกหรือค้นข้อมูลเหล่านั้น ได้ เช่น สามารถนำขึ้นหน้าจอ ทำสำเนา หรือส่งให้คนอื่น (R v. Porter (2006) 1 Cr.App. R.25, R v. Leonard (2012) 2 Cr. App. R. 12). ซึ่งเป็นเรื่องเฉพาะเจาะจงซึ่งมีหลักพิจารณาในการครอบครองคือ (1) รูปถ่ายที่เก็บอยู่ในอุปกรณ์ (Device) (2) วิธีการที่สามารถเรียกค้นได้ในความหมายที่กำหนดไว้ข้างต้นและ (3) มีความสามารถที่จะเรียกค้น ได้แก่มีความรู้ด้านซอฟต์แวร์/อุปกรณ์อื่นที่

<sup>295</sup> กระทรวงยุติธรรม, สำนักกิจการยุติธรรม, *เรื่องเดิม*, หน้า 11.

<sup>296</sup> ลักษณะของ Custody เป็นลักษณะการยึดถือหรือถือทรัพย์สินแทนผู้อื่น ซึ่งในที่นี้ แปลว่า ผู้ยึดถือทรัพย์สินหรือผู้ดูแลรักษาทรัพย์สิน

สามารถทำได้ในทำนองเดียวกัน องค์ประกอบทางจิต คือ ความรู้ จำเลยต้องรู้และสามารถควบคุมภาพที่พบในอุปกรณ์<sup>297</sup>.

ข้อยกเว้นในการกระทำความผิด มาตรการนี้ได้กำหนดข้อไว้หลายประการ คือ

(1) เหตุผลที่จะได้รับการยกเว้นตามมาตรา 160

มาตรา 160 (2) (a)(b)(c) กำหนดว่า “ถ้ามีเหตุผลโดยชอบที่จะมีภาพหรือภาพ เสมือนจริงลามกอนาจารของเด็กไว้ในครอบครอง หรือไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรสงสัยว่าภาพดังกล่าวเป็นภาพลามกอนาจารเด็ก หรือได้รับอีเมลหรือไฟล์ภาพลามกอนาจารเด็กจากผู้อื่นโดยไม่ได้ร้องขอและไม่ได้เก็บไว้ในเวลาอันควร”

(2) เหตุผลที่จะได้รับการยกเว้นตามมาตรา 160A

เหตุผลตามมาตรานี้เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ของผู้กระทำความผิดกับบุคคลที่ปรากฏในภาพ ถ้าผู้กระทำความผิดที่มีภาพเด็กหรือภาพเสมือนจริงของเด็ก พิสูจน์ได้ว่าบุคคลนั้นอายุเกินกว่า 16 ในเวลาที่ถูกล่ามกอนาจารได้แต่งงานกันตามกฎหมายหรืออยู่กินฉันท์สามีภรรยา หรือกรณีอื่น ๆ หรือ อาศัยอยู่ด้วยกันเป็นคู่ครอบครัวมีความสัมพันธ์ถาวร บุคคลนั้นก็ไม่มี ความผิด รวมทั้งถ้าเป็นภาพหรือภาพเสมือนจริงที่มีเฉพาะ มีเด็กเพียงคนเดียวหรือผู้กระทำกับเด็กที่ไม่ได้แสดงต่อบุคคลอื่น หรือ กรณีถ้าพิสูจน์ได้ว่าเด็กได้ยินยอมให้ผู้กระทำความผิดครอบครองหรือยินยอมให้ครอบครองภาพลามกอนาจารหรือภาพเสมือนจริงลามกอนาจารเด็กดังกล่าว เว้นแต่จะ พิสูจน์ได้ว่าเด็กไม่ได้ให้ความยินยอมและมีเหตุผลที่จะเชื่อว่าเด็กยินยอม

2) การดาวน์โหลด การค้นหา การดูภาพผ่านทางอินเทอร์เน็ต การบันทึก การรับ การแนบไฟล์ในอีเมล ข้อมูลที่เป็นแคช การโฆษณาแบบป๊อป-อัพ และการลบข้อมูล ตามคำพิพากษาศาลสหราชอาณาจักร

(1) Cache เบราเซอร์ และการดาวน์โหลด (Downloading)

คดี Atkins v DPP จำเลยเป็นอาจารย์มหาวิทยาลัยไม่มีความรู้เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ใช้คอมพิวเตอร์ มหาวิทยาลัยเข้าดูภาพลามกอนาจารเด็กและคอมพิวเตอร์ดังกล่าวได้บันทึกข้อมูลแคช ไว้ในเบราเซอร์อัตโนมัติ โดยจำเลยไม่มีความรู้เกี่ยวกับหน่วยความจำแคชมาก่อน ภายหลังเพื่อนร่วมงานจำเลยมาพบข้อมูลแคชดังกล่าวโดยบังเอิญ จำเลยจึงถูกดำเนินคดี ศาลชั้นต้นพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กแล้ว จำเลยอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ (High Court Queen’s Bench Division) อธิบายว่า คดีนี้มีประเด็นพิจารณาสองประการ คือ

(1.1) การมีภาพลามกอนาจารเด็กไว้บนหน่วยเก็บความจำชั่วคราว (Cache) ของระบบคอมพิวเตอร์ (Computer System) เป็นความผิดฐานครอบครองตาม Criminal Justice Act 1998 มาตรา 160 (1) หรือไม่ และ

(2.2) การดาวน์โหลดหรือบันทึกภาพลามกอนาจารจากอินเทอร์เน็ตไว้ในไดรฟ์ (Drive) ของระบบคอมพิวเตอร์ จะถือว่าเป็นความผิดฐานทำภาพลามกอนาจาร (Making of an Indecent Photograph) ตามกฎหมาย POCA มาตรา 1(1) หรือไม่

<sup>297</sup>

Indecent Images of Children (IIOC), p. 1, Retrieved November 5, 2018 from <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/indecent-images-children-ioc>

ศาลอุทธรณ์ ได้พิจารณาโดยให้เหตุผลในประเด็นแรก โดยยกเหตุผลในคดีเกี่ยวกับอาวุธปืน (R v. Steele) จำเลยมีกระเป๋าสตางค์ใหญ่ไม่รู้ว่ามีอาวุธปืนอยู่ในกระเป๋านั้นจะถือว่าจำเลยครอบครองอาวุธปืนไม่ได้เนื่องจากขาดเจตนา และคดี R v. Collier จำเลยรู้ว่ามีภาพลามกอนาจารผู้ใหญ่ไว้ในครอบครอง แต่ไม่รู้ว่าในแผ่นซีดี ที่ตนเองครอบครองนั้นจะมีโฆษณาที่มีรูปลามกอนาจารเด็กอยู่ด้วย ทั้งยังไม่อาจคาดหมายได้ว่าจะมีภาพเช่นนั้น จึงไม่อาจฟังได้ว่าจำเลยมีภาพลามกอนาจารเด็กเนื่องจากขาดเจตนา เช่นเดียวกับคดีนี้ จำเลยไม่รู้เกี่ยวกับแคชเซิร์ฟเวอร์ที่บ้านที่กักไว้ จำเลยจึงขาดเจตนา เนื่องจากการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กนั้น เขาต้องรู้ว่าสิ่งที่ครอบครองนั้นเป็นสื่อลามกอนาจารเด็กด้วย ประเด็นที่สอง ศาลอุทธรณ์ ได้อธิบายถึงการที่จำเลยทำการดาวน์โหลดภาพลามกอนาจารเด็กมาเก็บไว้ในคอมพิวเตอร์ของตนไม่ถือเป็นการกระทำความผิดฐานครอบครอง (Possession) ตามมาตรา 1(1) (c) ของ The Protection of Children Act 1978 หากแต่เป็นความผิดฐานทำให้มีขึ้น (Making) ตามมาตรา 1(1) (a) โดยศาลได้อธิบายว่า การทำให้มีขึ้น (Making) หมายถึง การก่อให้สิ่งนั้นมีตัวตนดำรงอยู่ (To Cause to Exist) กระทำการให้สิ่งนั้นเกิดขึ้น (To Produce by Action) และเป็นเหตุให้สิ่งนั้นมีขึ้น (To Bring About) ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงสภาพโดยปกติของการดาวน์โหลดข้อมูลมาเก็บไว้ในคอมพิวเตอร์ซึ่งมีลักษณะเป็นการสร้างสำเนาจากข้อมูลต้นฉบับแล้วนำมาเก็บไว้บนหน่วยความจำฮาร์ดดิสก์จึงถือได้ว่าเป็นการสร้างสำเนาภาพลามกอนาจารเด็กขึ้นมาอีกชุด จึงเป็นความผิดฐานทำให้มีขึ้น (Making) ซึ่งภาพลามกอนาจารเด็ก นอกจากนี้ การ “ทำ” (Making) ยังหมายความรวมถึงการบันทึก (Saving) และการพิมพ์ (Printing) ภาพจากอินเทอร์เน็ตด้วย และศาลได้เน้นย้ำว่า ถ้าภาพถูกบันทึกลงในหน่วยเก็บความจำชั่วคราว (Cache) โดยไม่ได้ตั้งใจ นั่นก็ไม่ใช่การ “ทำ” ซึ่งเหมือนกับว่ามีคน ๆ หนึ่งเปิดไฟล์ที่แนบมา โดยไม่รู้ว่ามีภาพการล่วงละเมิดเด็ก (Image of Child Abuse) ดังนั้น คน ๆ นั้นไม่มีเจตนา (No Mensrea) ที่จะกระทำความผิดฐานการครอบครอง Dr.Yarnan Akdeniz ให้ความเห็นแย้งในประเด็นนี้ว่า ความผิดฐานทำให้มีขึ้น (Making) นั้นไม่น่าจะหมายความรวมถึงการดาวน์โหลดภาพมาเก็บไว้ ควรจะเป็นความผิดฐานครอบครองมากกว่า และจอมพล พิทักษ์สันตโยธิน ได้ให้ความเห็นว่า “มีความเห็นในทำนองเดียวกัน กล่าวคือ ถึงแม้ว่าในทางเทคนิคแล้วการดาวน์โหลดข้อมูลจากอินเทอร์เน็ตมาเก็บไว้ในฮาร์ดดิสก์จะมีลักษณะเป็นการสร้างสำเนาข้อมูลมาเก็บไว้ แต่ถ้าพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของการดาวน์โหลด จะเห็นได้ว่าผู้ดาวน์โหลดมีความต้องการที่จะได้ข้อมูลนั้น ๆ มาไว้ในความครอบครองมากกว่ามีเจตนาที่จะสร้างสำเนาของข้อมูลนั้นขึ้นมาใหม่ หากแต่ว่าการสร้างสำเนาข้อมูลขึ้นมาใหม่เป็นวิธีการทางเทคนิคที่จำเป็นเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลนั้น”<sup>298</sup>

(2) การลบภาพ การลบภาพและข้อต่อสู้อันมีเหตุผลอันควร

คดี Regina v. Ross W. Porter (2006)<sup>299</sup> ศาลอุทธรณ์ให้เหตุผลว่าการที่จะพิจารณาว่าจำเลยยังมีการครอบครองภาพดังกล่าวอยู่หรือไม่ การ “ครอบครอง” เป็นประเด็นข้อกฎหมาย (Matter of Law) หมายถึง มีบางสิ่งอยู่ในความอารักขาหรือควบคุม โดยรู้ว่ามีบางสิ่งอยู่ในอารักขาและควบคุม ถ้าบุคคลจงใจและเจตนาดาวน์โหลดรูปภาพนั้น คือ การทำภาพนั้น

<sup>298</sup> โปรดดูหัวข้อ 3.2.1.5

<sup>299</sup> Regina v. Ross Warwick Porter (2006) EWCA Crim 560 (16 March 2006)

ขึ้นและเป็นการกระทำที่เสร็จแล้ว ถ้าได้กระทำโดยรู้ว่าภาพที่ดาวน์โหลดมานั้นเป็นภาพที่ลามกอนาจาร หรือน่าจะเป็น (Likely to Be) ภาพลามกอนาจาร และต้ององค์ประกอบภายในด้วยว่าเขา รู้หรือไม่ว่าภาพเหล่านั้นเป็นภาพลามกอนาจาร เช่นเดียวกับกรณีภาพที่ถูกลบ ไม่ได้หมายความว่า ไม่ได้อยู่ในความครอบครองของผู้ใช้เพราะยังเป็นไฟล์ที่มีอยู่ในฮาร์ดดิสก์ ซึ่งอยู่ในความครอบครองของเขาคือคอมพิวเตอร์และฮาร์ดดิสก์ ปัญหาในการพิจารณาในกรณีนี้จึงอยู่ที่ว่า เขา “รู้หรือไม่ว่า ภาพนั้นเป็นภาพลามกอนาจารหรือน่าจะเป็นภาพลามกอนาจาร ต้องพิจารณาว่าจำเลยยังคงมีความสามารถในการควบคุมและดูแลรักษา (Control and Custody) ภาพเหล่านั้นได้อยู่หรือไม่ ถ้าจำเลยลบภาพ<sup>300</sup> ไปแล้วแต่เจ้าหน้าที่สามารถกู้มาได้โดยใช้โปรแกรมกู้ภาพ หากภาพที่ลบออกไป จำเลยไม่สามารถที่จะกู้ภาพนั้น ๆ กลับคืนมาได้อีก ก็ไม่อาจถือได้ว่าจำเลยยังคงมีการครอบครองภาพลามกอนาจารเด็กดังกล่าวอยู่ แม้ว่าในความเป็นจริงข้อมูลของภาพที่ถูกลบไปแล้วนั้นยังคงเหลือค้างอยู่ในหน่วยความจำฮาร์ดดิสก์ก็ตาม<sup>301</sup> แต่ในทางตรงกันข้าม หากจำเลยได้ทำการลบภาพออกไปแล้ว แต่ยังคงมีความสามารถที่จะเรียกคืนภาพเหล่านั้นได้อยู่ เช่นนี้ ถือว่าจำเลยยังคงไว้ซึ่งการครอบครองภาพลามกอนาจารเด็กอยู่<sup>302</sup> ศาลได้อธิบายว่า “ความจริงที่ว่า การครอบครองภาพถ่ายหรือภาพเสมือนจริงบนฮาร์ดไดรฟ์ของคอมพิวเตอร์แตกต่างจากบริบทของการครอบครองยาเสพติด อย่างไรก็ตามในการค้นหาเจตนาของกฎหมายของ “การครอบครอง” ตามมาตรา 160 (1) ในบริบทปัจจุบันเราไม่เห็นด้วยในกรณีที่จะไม่นำแนวคิดเรื่องการครอบครองที่มีการดูแลหรือควบคุมภาพ ในกรณีลบภาพจากคอมพิวเตอร์ ถ้าภาพที่ถูกลบบุคคลใดไม่สามารถเรียกคืนหรือเข้าถึงภาพได้ เราเห็นว่าเราไม่ได้ดูแลหรือควบคุมอีกต่อไป

ในคดี R v. Boyesen<sup>303</sup> ศาลได้อธิบายว่า “การครอบครองเป็นแนวคิดง่าย ๆ ที่หมายถึงการควบคุมทางกายภาพหรือการควบคุมตัวของสิ่งของนั้น รวมทั้งการรู้ของคุณในการมีสิ่งนั้นอยู่ในการครอบครองหรือควบคุม” อย่างไรก็ตาม มีข้อพิจารณาว่า ความจริงที่ว่า การครอบครองภาพถ่ายหรือภาพเสมือนจริงบนฮาร์ดไดรฟ์ของคอมพิวเตอร์แตกต่างจากการครอบครองยาเสพติด อย่างไรก็ตาม ในการค้นหาความหมายของ “ครอบครอง” ในส่วน 160 (1) เราไม่เห็นด้วย

<sup>300</sup> อย่างไรก็ตามการที่จะลบข้อมูลดังกล่าวโดยถาวรนั้น กระทำได้ 2 วิธี คือ ทำการล้าง (Format) หน่วย ความจำ Harddisk หรือ ต้องรอให้มีข้อมูลใหม่มาบันทึกทับข้อมูลเก่าที่ถูกลบแต่อยู่ในสถานะไม่อาจเรียกกลับมาดูได้เสียก่อน

<sup>301</sup> โดยปกติแล้ว หากทำการลบข้อมูล (Delete) ข้อมูลนั้นจะไม่ถูกลบออกจากหน่วยความจำ Harddisk โดยทันที แต่จะกลายเป็นข้อมูลที่ไม่สามารถเรียกกลับมาดูได้แทน (Inactive) โปรแกรมบางประเภทสามารถที่จะกู้เอาข้อมูลที่ถูกลบทิ้ง ดังกล่าวกลับมาดูได้อีก อย่างไรก็ตามการที่จะลบข้อมูลดังกล่าวโดยถาวรนั้น กระทำได้ 2 วิธี คือ ทำการล้าง (Format) หน่วย

ความจำ Harddisk หรือ ต้องรอให้มีข้อมูลใหม่มาบันทึกทับข้อมูลเก่าที่ถูกลบแต่อยู่ในสถานะไม่อาจเรียกกลับมาดูได้เสียก่อน

<sup>302</sup> Yaman Akdeniz, *Internet Child Pornography and the Law: National and International Responses*, *op. cit.*, pp. 38-40.

<sup>303</sup> R v. Boyesen (1982) AC 768, 773H

เหตุผลใดที่จะไม่นำแนวคิดเรื่องครอบครองหรือการควบคุมภาพ ในกรณีภาพในคอมพิวเตอร์ที่ถูกกลบ ถ้าบุคคลใดไม่สามารถเรียกค้นหรือเข้าถึงภาพได้ในมุมมองของเราเขาจะถือว่าเขากระทำความผิดไม่ได้ เพราะเป็นการนอกเหนือการควบคุมของเขา เช่นเดียวกับคนที่ทำลายหรือมิฉะนั้นจะได้รับการกำจัดของรูปถ่ายสำเนายาก ด้วยเหตุนี้ จึงไม่เห็นด้วยที่จะกล่าวว่าบุคคลที่ไม่สามารถเรียกภาพจากฮาร์ดดิสก์จะมีความผิดในกรณีครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก เพราะว่าเขาครอบครองฮาร์ดดิสก์ ไดรฟ์และเครื่องคอมพิวเตอร์ครอบครองสื่อลามกอนาจารอยู่

(3) การดาวน์โหลด (Downloading), การเปิดแนบไฟล์ในอีเมล (Opening), การจัดเก็บภาพ (Storing an Image), การเข้าถึงเว็บไซต์ที่มี “ป๊อปอัพ” โดยอัตโนมัติ (Accessing a Website Automatic “Pop Up”), การแบ่งปัน (Sharing)

The Protection of Children Act 1978 เป็นกฎหมายที่เน้นเกี่ยวกับการทำหรือผลิต การแจกจ่าย หรือครอบครองเพื่อจำหน่าย เผยแพร่ การเปิดไฟล์แนบไปยังอีเมลที่มีรูปภาพ การดาวน์โหลดภาพจากเว็บไซต์ไปยังหน้าจอคอมพิวเตอร์ หรือดาวน์โหลดลงแผ่นดิสก์ การเปลี่ยนภาพ การจัดเก็บภาพในไดเรกทอรีบนคอมพิวเตอร์ การเข้าถึงเว็บไซต์ที่มีภาพปรากฏขึ้นโดยใช้กลไก “ป๊อปอัพ” โดยอัตโนมัติเป็นการทำขึ้น (making) ตามความหมายของมาตรา 1(a) ของกฎหมาย The Protection of Children Act 1978<sup>304</sup> ซึ่งศาลได้ตีความหมายอย่างกว้างขวาง เช่น

คดี R v. Jonathan Bowden (2000) ศาลได้ขยายความหมายของการทำหรือสร้างภาพบนอินเทอร์เน็ตไว้ โดยรวมถึงการพิมพ์ภาพและการดาวน์โหลดภาพจากอินเทอร์เน็ต คดีนี้จำเลยได้ทำการดาวน์โหลดภาพเด็กชายเป็นจำนวนมากจากอินเทอร์เน็ตและทำการพิมพ์ภาพดังกล่าวออกมา รวมถึงการเก็บบันทึกภาพดังกล่าวในคอมพิวเตอร์ดิสก์ เพื่อใช้งานส่วนตัวจึงเป็นความผิดฐานครอบครองภาพลามกอนาจารเด็กและยังมีความผิดสร้างภาพลามกอนาจารเด็ก เป็นความผิดมาตรา 1(1)(a) การสร้างสำเนาใหม่นี้เป็นแปลความหมายตามธรรมชาติและทั่วไป

คดี R v. Smith (2002) 1 Cr. App. R. 13 การเปิดและแนบไฟล์ภาพไปกับอีเมล

คดี R v. Jayson (2002) 1 Cr. App. R. 13 การดาวน์โหลดภาพจากเว็บไซต์ไปยังหน้าจอคอมพิวเตอร์ ดาวน์โหลดรูปภาพนั้น คือ การทำภาพนั้นขึ้น

คดี Goodland v. DPP (2000) 2 Cr. App. R. 248 จัดเก็บรูปภาพหน่วยเก็บข้อมูลไดเรกทอรีบนเครื่องคอมพิวเตอร์

คดี R v. Harrison (2008) 1 Cr. App. R. 29<sup>305</sup> การเข้าถึงเว็บไซต์ที่มีภาพปรากฏโดยใช้กลไก “Pop-Up” โดยอัตโนมัติ ผูุ้ทธรณ์ได้เข้าถึงเว็บไซต์ลามก ที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีภาพลามกเด็กปรากฏขึ้นในลักษณะป๊อปอัพระบบอัตโนมัติ โดยที่ผูุ้ทธรณ์ และผู้ออก

<sup>304</sup> **Guidance Indecent Images of Children: Guidance for Young People**, p. 1, Retrieved November 6, 2018 from <https://www.gov.uk/government/publications/indecent-images-of-children-guidance-for-young-people/indecent-images-of-children-guidance-for-young-people>

<sup>305</sup> R v. Harrison (2008) 1 Cr App R 29

เว็บไซต์ไม่ได้เป็นคนสร้างป๊อปอัพขึ้นมา แต่คณะลูกขุนเห็นว่าจะต้องพิจารณาว่าผู้อุทธรณ์รู้หรือไม่ว่าเว็บไซต์ดังกล่าว รวมถึงเว็บไซต์อื่น ๆ ด้วยว่ามี ภาพลักษณะป๊อปอัพอยู่หรือไม่ หากเข้าเว็บไซต์ดังกล่าว นั้น คณะลูกขุนวินิจฉัยว่า ผู้อุทธรณ์รู้อยู่แล้วว่าเว็บไซต์ดังกล่าว นั้น มีภาพลามกที่เป็นลักษณะป๊อปอัพอยู่บนเว็บไซต์ซึ่งภาพลามกนั้น อาจเป็นภาพลามกเด็กก็ได้ ซึ่งบุคคลที่ถูกจับในข้อหาความผิดภายใต้มาตรา 1 ของกฎหมาย The Protection of Children Act 1978 นี้ไม่สามารถยกข้อต่อสู้ได้ แม้ว่าจะเป็นการทำ (Make) หรือการครอบครองทั่วไป (Simple Possession) เกี่ยวกับภาพลามกเด็ก<sup>306</sup> การแบ่งปัน Sharing รวมถึง การส่งอีเมลล์เสนอบนแพลตฟอร์มแชร์ไฟล์การอัปโหลดไปยังไซต์ที่บุคคลอื่นเข้าถึงและครอบครองเพื่อแจกจ่าย<sup>307</sup>

อย่างไรก็ดี ผู้รับสามารถที่จะอ้างข้อต่อสู้ได้ถ้า มีการส่งภาพลามกอนาจารเด็กแบบภาพที่ผิดกฎหมายเช่น อีเมลล์ โนไลน์ ส่งไปยังบุคคลที่ไม่พึงประสงค์ (Sent Unsolicited to a Party) ที่ไม่มีการเปิดดูซึ่งพวกเขาก็ไม่ได้เก็บไว้นานกว่าเวลาที่เหมาะสมคือนานกว่าการเปิดดูภาพนั้น ๆ (So Long As Having Opened It They Do Not Retain It for Longer Than a Reasonable Time) กล่าวคือแม้การได้รับไฟล์ภาพที่ผิดกฎหมายมาจากไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ซึ่งถูกส่งมาจากบุคคลที่ไม่ พึงประสงค์จะระบุนามได้ การเปิดไฟล์ภาพดังกล่าวดูถ้าไม่ได้เก็บรักษาไว้ก็ไม่มี ความผิด

ข้อยกเว้นในการกระทำความผิด สำหรับผู้กระทำความผิดตามมาตรา 1 ของ The Protection of Children Act 1978 ได้กำหนดไว้ในมาตรา 1 A กำหนดไว้เป็นสองกลุ่มคือ กลุ่มแรกคือกลุ่มที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ในครอบครัวซึ่งได้อยู่กินกันแบบครอบครัวไม่ว่าจะได้จดทะเบียนกันหรือไม่ โดยมีระยะเวลาอันสมควรถ้ามีภาพหรือมีภาพเสมือนจริงของบุคคลดังกล่าวนี้ที่อายุตั้งแต่ 16 ปีถึง 18 หรือได้รับการยินยอมหรือมีเหตุผลอันควรเชื่อว่าจะได้รับความยินยอม ผู้มีไว้ในครอบครองก็สามารถที่จะยกขึ้นต่อสู้ได้ กลุ่มที่สอง คือ กลุ่มที่เป็นข้อยกเว้นสำหรับการดำเนินคดีอาญา การสืบสวนและเหตุผลอื่น ที่กำหนดไว้ในมาตรา 1b ถ้าผู้กระทำสามารถพิสูจน์ได้ว่าจำเป็นต้องใช้ภาพหรือภาพเสมือนจริง เพื่อวัตถุประสงค์ประสงค์ในการป้องกันสืบหา หรือ สอบสวนคดีอาญา หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการดำเนินคดีอาญา หรือหน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่เกี่ยวข้อง

#### 4.2.1.4 การครอบครองสื่อลามกอนาจารในสหรัฐอเมริกา

##### 1) ความหมายของการครอบครอง

ในสหรัฐอเมริกา ศาลอุทธรณ์ภาค 9 ได้อธิบายเรื่องการครอบครองไว้ในคดี United States of America v. Stuart Romm, (2006) ว่า “การครอบครองนั้นบุคคลจะต้องรู้ถึงการมีอยู่ (Presence) และมีการควบคุมทางกายภาพ (Physical Control) หรือรู้ถึงการมีอยู่และมีอำนาจ (The Power) หรือเจตนา (Intention) ที่จะควบคุมสิ่งนั้น” การตีความคำว่า “รู้ข้อเท็จจริงในการในการครอบครอง” (Knowing Possession) ใช้ตีความตามความหมายปกติสามัญทั่วไป คำว่า “ครอบครอง” (Possession) คือมีการครอบครองตามความเป็นจริง การครอบครองที่ดิน, การครอบครองที่มีอำนาจที่ปกครองควบคุมเหนือทรัพย์สินนั้น (Black's Law Dictionary 1183 (7<sup>th</sup>

<sup>306</sup> Alisdair Gillespie, *op. cit.*, p. 147.

<sup>307</sup> Guidance Indecent Images of Children: Guidance for Young People, *op. cit.*, p. 1.

ed. 1999) ในพฤติกรรมการทางอิเล็กทรอนิกส์นั้น บุคคลสามารถรับและครอบครองภาพลามกอนาจารของเด็กได้โดยไม่จำเป็นต้องดาวน์โหลด เพียงแต่เขาหามันออกมาและควบคุมบนภาพนั้น ก็ถือว่าเป็นการครอบครองแล้ว” การครอบครอง (Possession) สื่อลามกอนาจารเด็ก ในสหรัฐอเมริกาได้กำหนดไว้ในมาตรา 2252(a)(4) และมาตรา 2252A(a)(5), มาตรา 2252(a)(4) เป็นการครอบครองสิ่งที่เกี่ยวข้องกับการแสวงหาประโยชน์ทางเพศกับเด็กไว้ส่วนตัว โดยเจตนาที่เข้าดูสิ่งที่ไม่ให้ครอบครองนั้นจะต้องมีลักษณะการใช้เด็กเข้าร่วมในการกระทำทางเพศอย่างชัดแจ้ง (Sexually Explicit Conduct) ซึ่งการกระทำทางเพศอย่างชัดแจ้ง หมายถึง ภาพกราฟิกร่วมเพศ การร่วมเพศ การร่วมทางปาก ทางทวาร ไม่ว่าจะระหว่างเพศเดียวกันหรือตรงข้ามทั้งการมีเพศสัมพันธ์องคชาต หัวหน่าว หน้าอก ไม่ว่าจะเป็นการแสดงภาพกราฟิก หรือจำลอง กับสัตว์ สำเร็จความใคร่ หรือการกระทำที่มีความวิปริตทางเพศ และมาตรา 1466A. ยังได้กำหนดความผิดถึงกรณี บุคคลใดที่เจตนาที่จะครอบครอง ภาพวาด ภาพการ์ตูน ภาพสลัก ภาพเขียนหรือภาพระบายสี ที่เป็นสื่อลามกอนาจารเด็ก และมาตรานี้ยังเป็นการกำหนดโทษการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กที่มีลักษณะลามก (Obscenity) หรือทารุณโดยกำหนดว่า การแสดงภาพลามกอนาจารของการล่วงละเมิดทางเพศเด็ก (a) บุคคลใดก็ตามที่ผลิตโดยเจตนาแจกจ่ายรับหรือครอบครองโดยมีเจตนาที่จะแจกจ่ายภาพวาดภาพใด ๆ รวมทั้งภาพวาดการ์ตูนภาพแกะสลัก หรือภาพวาด ที่แสดงให้เห็นว่าผู้เยาว์มีส่วนร่วมในพฤติกรรมทางเพศที่ชัดเจน และเป็นลามกอนาจาร หรือแสดงภาพที่มีหรือปรากฏว่าเป็นของผู้เยาว์ที่เป็นการร่วมเพศในลักษณะทารุณ หรือภาพกราฟิกของเด็กที่มีลักษณะสมสู่กับสัตว์ ซาติสม์ หรือทารุณ โหดร้ายร่วมทางปาก การร่วมเพศ รวมถึง ระหว่างอวัยวะเพศ ทางช่องปาก ทางทวารหนัก ไม่ว่าจะ เป็นระหว่างคนที่มีเพศเดียวกันหรือเพศตรงข้าม และไม่มีลักษณะคุณค่าทางวรรณกรรม ศิลปะ การเมืองหรือวิทยาศาสตร์ แต่อย่างใด หรือพยายามหรือสมคบ ต้องระวางโทษ

ข้อยกเว้นตามมาตรานี้ผู้กระทำสามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้ ถ้า (1) ครอบครองสื่อแสดงภาพดังกล่าวน้อยกว่า 3 ชิ้น และ (2) กระทำตามข้อดังต่อไปนี้ทันทีที่พบและโดยสุจริต และโดยไม่ให้บุคคลอื่นนอกจากเจ้าหน้าที่ บังคับใช้กฎหมายเข้าถึงสื่อแสดงภาพดังกล่าว คือ ดำเนินการทำลายสื่อแสดงภาพดังกล่าว หรือแจ้งให้หน่วยงานบังคับใช้กฎหมาย และให้หน่วยงานดังกล่าวเข้าถึงสื่อแสดงภาพดังกล่าว

2) การดาวน์โหลด การค้นหา การดูภาพผ่านทางอินเทอร์เน็ต การบันทึก การรับ การแนบไฟล์ในอีเมล ข้อมูลที่เป็นแคช การโฆษณาแบบป๊อป-อัพ และการลบข้อมูล ตามคำพิพากษาศาลสหรัฐอเมริกา

#### (1) Cache เบราเซอร์ และการดาวน์โหลด

คดี US v. Stulock<sup>308</sup> ได้ให้ข้อสังเกตไว้ว่า ไม่มีใครจะมีความผิดฐานครอบครองเพียงแค่การเรียกดูภาพบนเว็บไซต์ซึ่งก่อให้เกิดภาพที่จะถูกจัดเก็บโดยอัตโนมัติในแคช เบราวเซอร์ โดยปราศจากเจตนาที่จะบันทึกหรือดาวน์โหลดภาพไว้

Barton v. The State (2007) Court of Appeals of Georgia ศาลอธิบายว่า รัฐต้องนำสืบให้ศาลเห็นว่าจำเลยมีความรู้แคชไฟล์คอมพิวเตอร์ของเขา ในคดีนี้พยาน Agent Murray ยืนยันว่าจำเลยไม่ได้กระทำเพื่อบันทึกไว้ในคอมพิวเตอร์ของจำเลยแต่ภาพทั้งหมดถูกเก็บไว้ในแคชไดร์ฟมีลักษณะเป็นภาพขนาดย่อ ซึ่งแสดงว่าไม่มีใครพยายามดาวน์โหลดภาพดังกล่าว โจทก์ไม่พยานใด ๆ ยืนยันว่าจำเลยทราบว่าคุณสมบัติของไฟล์คอมพิวเตอร์เหล่านี้ไว้ และยอมรับว่ามีไฟล์เหล่านี้มาเก็บไว้โดยอัตโนมัติ โดยจำเลยไม่ได้ทำอะไร และพยานยังยืนยันว่าจำเลยไม่สามารถดูหรือเข้าถึงภาพเหล่านี้ได้โดยไม่ใช้โปรแกรมนอกเหนือจากที่มีอยู่ในเครื่อง ดังนั้น จึงไม่มีทางที่จำเลยจะรู้เกี่ยวกับไฟล์แคชในการใช้คอมพิวเตอร์ รัฐมิได้พิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าจำเลยเป็นผู้ใช้คอมพิวเตอร์ที่มีประสบการณ์หรือซับซ้อน ที่จะได้รับรู้ถึงกระบวนการจัดเก็บข้อมูลอัตโนมัติ ด้วยเหตุผลนี้ การที่มีไฟล์แคชของคอมพิวเตอร์แต่ละเครื่องยังไม่พอฟังว่า เป็นการครอบครองวัตถุเหล่านั้น เนื่องจากไม่มีหลักฐานยืนยันว่า (1) มีการดาวน์โหลดรูปภาพเหล่านั้นไปยังคอมพิวเตอร์ของเขา หรือ (2) รู้ว่าคอมพิวเตอร์บันทึกภาพเหล่านั้นโดยอัตโนมัติ พิพากษายกฟ้อง

คดี United States of America v. Jeffrey Tucker (2002) United States Court of Appeals, Tenth Circuit คดีนี้ จำเลยยืนยันว่าเขาไม่ได้ครอบครองภาพลามกอนาจารของเด็กเพียงแค่อัปโหลดบนเว็บไซต์เท่านั้น แต่มีข้อเท็จจริงว่า จำเลยรู้ว่าเมื่อเข้าไปในเว็บไซต์ ภาพบนเว็บไซต์จะถูกส่งไปยังไฟล์แคชของเบราว์เซอร์ และบันทึกไว้ในฮาร์ดไดรฟ์คอมพิวเตอร์ของเขา แต่จำเลยยืนยันว่าเขาไม่ได้ต้องการจะบันทึกไว้ในฮาร์ดไดรฟ์และได้ลบภาพออกจากไฟล์แคชแล้ว จำเลยจึงไม่ผิดตามข้ออุทธรณ์นี้ นอกจากนี้จำเลยยังอ้างว่า ภาพลามกอนาจารเด็กที่เขาอัปโหลดบนเว็บไซต์ไม่ได้เป็นภาพลามกอนาจารเด็กตามกฎหมาย เพราะเขาไม่เก็บไว้ในคอมพิวเตอร์จึงไม่ใช้การครอบครองความหมายของมาตรา 2252A(a)(5)(B) ซึ่งการจะเป็นความผิดตามมาตราดังกล่าวจะต้องมีการครอบครองภาพลามกอนาจารเด็กเท่านั้น แต่ภาพที่พบในคอมพิวเตอร์ของเขาเป็นภาพที่เกิดจากแคชไฟล์หรือไฟล์ Temporarily ที่ปรากฏขึ้นในจอคอมพิวเตอร์เท่านั้น ไม่ได้เป็นการแสดงภาพตามความหมายของมาตราดังกล่าว เพราะภาพที่พบไม่ใช่ข้อมูลที่เก็บไว้ในคอมพิวเตอร์ตามจริง

ศาลได้อธิบายว่า ตามมาตราดังกล่าวไม่ได้กำหนดความหมายของคำว่าครอบครอง แต่ในการตีความความหมายนี้ เราแปลตามความหมายของสามัญทั่วไป “การครอบครอง (Possession)” คือการยึดถือ (บางสิ่งบางอย่างไม่ว่าจะเป็นวัตถุหรือไม่เป็นวัตถุ) โดยเจตนาเป็นเจ้าของหรือสามารถควบคุมกำกับ<sup>309</sup> ถึงแม้เขาจะอ้างว่า การที่ไม่ได้เซฟหรือดาวน์โหลดรูปภาพลงในฮาร์ดไดรฟ์ เขาไม่สามารถควบคุมภาพดังกล่าวได้จึงไม่ใช้การครอบครอง ผู้เชี่ยวชาญอธิบายว่า การเข้าถึงภาพในแคชไฟล์นั้นสามารถที่จะแนบหรือติด (Attach) ทางอีเมล โพสต์ในกลุ่มใหม่ ในเว็บไซต์หรือปลี่ยนออกมาได้ซึ่งเขายืนยันว่าสามารถทำทุกอย่าง รวมทั้ง กอปปี้ แปลง แสดงให้เห็นว่า เขา

<sup>308</sup> US v. Stulock 308 F.3d 922 (8<sup>th</sup> Cir. 2002)

<sup>309</sup> Oxford English Dictionary, *op. cit.*

สามารถควบคุมภาพที่เก็บในแคช ดังนั้น จึงเป็นการครอบครองภาพลามกอนาจารเด็ก นอกจากนี้ จำเลยยังรู้ว่าการที่เขาค้นหาและดูภาพลามกอนาจารเด็กจากเว็บไซต์ ภาพเหล่านี้จะถูกบันทึกไว้ในคอมพิวเตอร์ในไฟล์แคชอัตโนมัติ ซึ่งเขายอมรับว่าเขารู้เรื่องดังกล่าว แต่ก็ยังค้นหาและดูภาพลามกอนาจารเด็กต่อไป ในพฤติการณ์เช่นนี้ จะเห็นได้ว่าเขาครอบครองภาพลามกอนาจารเด็กโดยเจตนา เราเห็นด้วยกับศาลชั้นต้นเพราะ อย่างไรก็ตาม Tucker ก็มี การควบคุมแคชไฟล์ไฟล์ในเว็บไซต์

จะเห็นว่าคำพิพากษานี้พิพากษาตรงกันข้ามกับคดีของ Barton ซึ่งศาลอาศัยหลักเจตนาหรือองค์ประกอบของจิตใจในเรื่องของการครอบครอง โดยในคดีแรก Barton ไม่รู้ว่าคอมพิวเตอร์จะบันทึกแคชอัตโนมัติและไม่รู้วิธีการที่จะนำภาพกลับมาดูได้อีกแต่ในกรณีของ Tucker เขารู้ว่าเมื่อมีการดูหรือเข้าถึงภาพในเว็บไซต์จะมีการบันทึกไว้ในเครื่องคอมพิวเตอร์โดยอัตโนมัติ

คดี United States of America v. Gregory J. Shiver (2008) Eleventh Circuit

คดีนี้ Shiver อุทธรณ์ว่าไม่มีเจตนาครอบครองภาพลามกอนาจารเด็ก โดยการดูภาพลามกอนาจารของเด็กและการลบออกจากแคชของคอมพิวเตอร์ไม่เพียงพอที่จะถือว่าเป็นการครอบครองภายใต้พระราชบัญญัติดังกล่าว รัฐต้องพิสูจน์ว่าเขาได้จงใจดาวน์โหลด, เก็บไว้, หรือใช้อำนาจ ควบคุมเหนือภาพนั้น เขายืนยันว่าภาพดังกล่าวได้เข้ามาอยู่ในคอมพิวเตอร์ของเขาโดยเขาไม่รู้หรือโดยไวรัส “ป๊อปอัพ” หรือโดยหน้าต่างแบบผุดขึ้นที่ปรากฏบนหน้าจอคอมพิวเตอร์โดยไม่ได้รับอนุญาต หรือไม่ได้ยินยอม

ศาลพิจารณาว่า ในส่วนของการครอบครองนั้น จำเลยยืนยันว่าภาพทั้งหมดถูกลบและเก็บไว้ใน Unallocated Files (ไฟล์ที่ไม่ได้รับการจัดสรร) ของคอมพิวเตอร์ของเขาและเนื่องจากเขาไม่มี “โปรแกรมการตรวจพิสูจน์พยานหลักฐานทางซอฟต์แวร์” (Forensic Software) กู้คืนเพื่อเข้าถึงหรือกู้กลับคืนมาเขาจึงไม่สามารถที่จะใช้อำนาจหรือการควบคุมภาพได้ แต่ศาลให้เหตุผลว่าแต่ถึงแม้ว่า จำเลยไม่สามารถกู้คืนรูปภาพจากไฟล์ที่ไม่ได้รับการจัดสรร(Unallocated Files) ได้ แต่เขาสามารถควบคุมภาพโดยการลบภาพออกจากแคชของคอมพิวเตอร์ได้ (ดูใน Romm, 455 F.3d 1000-01, การลบภาพ คือ รูปแบบหนึ่งของการควบคุมการใช้งาน)

ในคดี ของ Romm (2006) นอกจากประเด็นการครอบครองดังที่ศาลอธิบายไว้ข้างต้นแล้ว จำเลยยังอุทธรณ์เกี่ยวกับแคชอินเทอร์เน็ตว่า ไฟล์ในแคชของอินเทอร์เน็ต ไม่ใช่การแสดงผลหรือการกระทำที่เรียกว่า “Visual Depictions” และไฟล์ในแคชไม่ใช่ข้อมูลซึ่งสามารถแปลงเป็นภาพได้” เนื่องจากต้องคัดลอกไปยังตำแหน่งอื่นในดิสก์ก่อนจึงจะสามารถเข้าถึงได้ การกระทำดังกล่าวจึงไม่ใช่การครอบครองและอยู่นอกเหนือกฎหมายหมวด 18 U.S.Code มาตรา 2252A ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า มาตรา 2252A (a) (5) (B) กำหนดว่า “ภาพลามกอนาจารเด็ก” หมายถึง “สื่อแสดงผลภาพใด”(Visual Depictions) และคำว่า สื่อแสดงผลภาพใด (Visual Depictions) “ให้ความหมายว่ารวมถึง แผ่นฟิล์ม วิดีโอเทป ข้อมูลที่ถูกจัดเก็บไว้ในคอมพิวเตอร์หรือลักษณะอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งสามารถแปลงมาสู่ภาพที่มองเห็นได้ ที่ถูกส่งมาโดยวิธีใด ๆ ไม่ว่าจะเก็บอยู่ในลักษณะถาวรหรือไม่ (มาตรา 2256 (5)) พยานผู้เชี่ยวชาญของ จำเลยอธิบายว่า “แคช” เป็นระบบป้องกันพื้นที่ซึ่งระบบปฏิบัติการป้องกันผู้ใช้เข้าถึงโดยจะแสดงคำเตือนว่า “อันตราย” แต่อย่างไรก็ตาม ผู้ใช้สามารถแทนที่คำเตือน เปิดและดูแคชไฟล์ได้โดยการรันสั่งระบบ และอธิบายเพิ่มเติมว่าผู้ใช้

สามารถดำเนินการข้างต้นโดยการคลิกขวาที่เมาส์และเลือกจากคำสั่งที่จำกัดระบบ ดังนี้ ผู้ใช้จึงสามารถเข้าถึงไฟล์ในแคชได้และเมื่อเขาเข้าถึงแล้ว ผู้ใช้สามารถระบุว่า “พิมพ์เปลี่ยนชื่อ บันทึก (ไฟล์) ที่อื่นเช่นเดียวกับที่คุณสามารถทำไฟล์อื่น ๆ” ดังนี้ เห็นว่ากฎหมายดังกล่าว ระบุเพียงว่า “เป็นไฟล์ข้อมูลที่สามารถแปลงเป็นรูปแบบที่สามารถดูได้” ไม่ใช่ไฟล์ที่ดูได้ทันทีโดยไม่มีขั้นตอน ดังนี้ จำเลยจึงสามารถแปลงไฟล์ภาพในแคชอินเทอร์เน็ตให้เป็นรูปแบบที่สามารถดูได้ โดยการคลิกขวาที่เมาส์ของเขา และเมื่อมีภาพที่เก็บไว้ในแคชบนหน้าจอ เขาก็สามารถคัดลอกหรือพิมพ์ หรือส่งต่ออีเมลไปยังบุคคลอื่นได้เช่นเดียวกับไฟล์ธรรมดา ดังนี้จึงเห็นว่า ภาพที่เก็บไว้ในแคชอินเทอร์เน็ตของจำเลยคือ “สื่อแสดงภาพใด”(Visual Depiction)

#### 4.2.1.5 การครอบครองสื่อลามกอนาจารในสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี

##### 1) การครอบครองตามกฎหมายเยอรมัน

การครอบครองในสหพันธรัฐเยอรมันนั้นต้องมี “เจตนาที่จะครอบครอง (Willingness to Possess) ในกรณีของไฟล์อิเล็กทรอนิกส์การครอบครองมีอยู่ถ้าไฟล์ถูกเก็บไว้ในสื่อถาวร โดยไหลดลงในแคชอินเทอร์เน็ตโดยผู้กระทำไม่ทราบ ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันผู้กระทำต้องมีเจตนาคือรู้ว่าเป็นภาพลามกอนาจารเด็ก และเป็นหน้าที่ของโจทก์ที่จะต้องพิสูจน์ถึงเจตนาของผู้กระทำดังกล่าว โดยประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้กำหนดการครอบครองไว้ในมาตรา 184b(2) ผู้ใดก็ตามที่ได้ครอบครองสื่อลามกอนาจารที่มีลักษณะการทำกิจกรรมทางเพศของเด็กจริง หรือทำกิจกรรมทางเพศของเด็กเสมือนจริง ให้รับโทษเดียวกัน และมาตรา 184c(2) ผู้ใดก็ตามที่ได้ครอบครองสื่อลามกอนาจารที่มีลักษณะการทำกิจกรรมทางเพศของเยาวชนจริง หรือทำกิจกรรมทางเพศของเยาวชนเสมือนจริง ให้รับโทษเดียวกัน

การครอบครองภาพลามกอนาจารของเยาวชนจะได้รับการยกเว้นไม่ถือเป็นความผิดถ้าได้ครอบครองวัตถุลามกอนาจารนั้นโดยสมัครใจและส่วนบุคคลเท่านั้น และเป็นการใช้ส่วนตัวของตนอย่างเคร่งครัด กล่าวอีกนัยหนึ่งบุคคลที่มีอายุครบตามความยินยอมทางเพศสามารถเก็บเนื้อหาที่แสดงถึงกิจกรรมทางเพศของตนได้หากมีไว้เพื่อตนเองเท่านั้น

(1) การดูและดาวน์โหลด การค้นหาเว็บไซต์สำหรับการแสวงหาประโยชน์จากภาพเด็ก แคช

เมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2552 จำเลยได้ค้นหาได้ดูภาพอย่างน้อย 18 ภาพและไฟล์วิดีโอ 1 ภาพ ของเด็กอายุระหว่าง 4 ถึง 11 ปี ในการมีเพศสัมพันธ์กับผู้ใหญ่หรืออวัยวะเพศของตนเอง และได้รับอีเมลที่มีการเชื่อมโยงไปยังเว็บไซต์ที่มีภาพลามกอนาจารเด็ก และถูกให้ดูรูปด้วยมีรางวัลเที่ยวฟรี เขาได้เข้าดูอย่างสม่ำเสมอ มีการเก็บข้อมูลอัตโนมัติโดยแคช อินเทอร์เน็ต จำเลยไม่มีความรู้เกี่ยวกับหน้าที่แคชดังกล่าว ไม่มีภาพที่บันทึกไว้ด้วยตนเอง ศาลชั้นต้นเห็นว่าไม่มีหลักฐานเพียงพอสำหรับการครอบครองโดยเจตนาของจำเลย การที่จำเลยมีไฟล์ในคอมพิวเตอร์ยังไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าจำเลยเจตนาครอบครอง การเพียงแต่ดูภาพไม่พอที่จะฟังว่าจำเลยมีเจตนาครอบครอง แต่เมื่อวันที่ 15 กุมภาพันธ์ 2553 ศาลสูง (Oberlandesgericht, OLG) ฮัมบูร์ก ได้พิพากษากลับคำตัดสินดังกล่าวโดยการอธิบายถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่มุ่งเน้นในการแสวงหาการแสวงประโยชน์จากเด็ก การดูและดาวน์โหลด เป็นการเพียงพอที่จะฟังเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 184 b

## (2) การลบบภาพในแคช,การเซฟในแคชอินเทอร์เน็ต

คดี Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Beschluss vom

11.11.2008 - 1 - 53/

ในปี 2551 ศาลสูง OLG Hamburg ได้ให้เหตุผลในการตัดสินว่า การที่จำเลยลบบภาพออกจากแคชอินเทอร์เน็ตทันทีหลังจากดูหรือสามารถแสดงหลักฐานได้ว่าเขามีแผนที่จะทำดังกล่าว ไม่พอเพียงว่าจำเลยมีเจตนาที่จะครอบครองภาพลามกอนาจาร ในคดีนี้ จำเลยค้นหาภาพ (Searched) ภาพลามกอนาจารเด็ก คูบนคอมพิวเตอร์ เป็นสาเหตุให้ไฟล์ถูกบันทึกโดยอัตโนมัติในฮาร์ดไดรฟ์ ในคอมพิวเตอร์ในห้องใต้ดินในบ้าน เนื่องจากกลัวภรรยาหรือตำรวจพบเขาลบภาพในวันดังกล่าวด้วยตัวเอง ศาลแขวงมองข้ามเหตุผลในข้อนี้ แม้ว่าศาลฎีกา (Supreme Court (Bundesgerichtshof, BGH)) จะตัดสินว่า การเซฟในแคชอินเทอร์เน็ตเป็นการครอบครอง ถ้าสามารถที่จะนำข้อมูลกลับมาและแปลงเป็นภาพดูได้

ในคดีนี้ จำเลยได้ลบข้อมูลแคชอินเทอร์เน็ตทันที ไม่นานหลังจากมีการสร้างขึ้น ศาลแยกความแตกต่างตามกรณีนี้ ในคดีนี้ศาลฎีกาตัดสินว่า การลบบภาพในแคชอินเทอร์เน็ต เป็นข้อเท็จจริงหนึ่งที่พิสูจน์ให้เห็นว่าขาดเจตนาที่จะครอบครอง หากการลบเป็นวางแผนตั้งแต่ต้นและดำเนินการทันทีและไม่กี่วันหลังจากผ่านไปแล้ว

## (3) ความรู้ในการกู้ข้อมูลในแคชอินเทอร์เน็ต,ความสามารถในการควบคุม,การคูบนอินเทอร์เน็ต

คดี BGH, Urt. v. 18. January 2012 -2 StR 151/ 11 ในปี 2555 ศาลฎีกาสหพันธรัฐเยอรมันนี (BGH) ได้อธิบายในคำตัดสินว่า การครอบครองจะมีขึ้นถ้า ผู้ใช้รู้ว่ามีการกู้ข้อมูลในแคชอินเทอร์เน็ต นั่นคือการรู้ว่าจะสามารถนำกลับมาใช้ได้ คือการใช้ร่างกายภาพในการควบคุมครอบครองภาพ ในคดีนี้ จำเลยสองคนได้สร้างแบบฟอร์มอินเทอร์เน็ต (Platform) สำหรับผู้ที่มิจัดรักเด็ก (Pedophiles) และส่งเสริมสนับสนุนให้สมาชิกโพสต์ภาพที่รุนแรงสำหรับเด็ก ในห้องพูดคุย (Chat Room) หลังจากสัมภาษณ์ผู้สมัครที่สนใจและปรารถนา ได้มีผู้กระทำผิดสองคนจัดลำดับอายุของเด็กและความปรารถนาทางในทางเพศ เขาเชิญสมาชิกใหม่ให้สมัครสมาชิก สมาชิกได้พากันโพสต์และแชร์วิดีโอจำนวนมาก และภาพ มีการจัดอันดับสูงกว่าและสามารถเข้าภาพลามกอนาจารได้มากขึ้น ในคดีนี้ ศาลฎีกาได้พิพากษาตามมาตรา 184 B ประมวลกฎหมายอาญาว่า เป็นการแพร่หลาย (Obtaining) ซึ่งการครอบครองภาพลามกอนาจารเด็กไปยังผู้อื่น เพราะมีการส่งลิงก์ของจำเลยทั้งสองไปยังสมาชิก เป็นการเจตนาสร้างภาพลามกอนาจารเด็กให้ผู้อื่น และผู้รับสามารถที่จะควบคุมไฟล์นั้นอย่างง่าย ๆ ด้วยการคลิกในลิงก์ ศาลจึงพิจารณานั้นคือการครอบครองภาพลามกอนาจารเด็กแล้ว ศาลอธิบายว่า แคชอินเทอร์เน็ตไม่ใช่แคชในเครื่องคอมพิวเตอร์ ซึ่งมีความแตกต่างกับกรณีคดีของการลบบแคชอินเทอร์เน็ตทันทีหลังจากดู, การดูภาพลามกอนาจารเด็กเป็นการแสวงหาประโยชน์บนอินเทอร์เน็ตเป็นการครอบครอง, ถ้าผู้ใช้สามารถที่จะนำข้อมูลคืนกลับมาและข้อมูลไม่ได้ลบทันทีจากอินเทอร์เน็ตแคช เป็นการอนุมานได้ว่ารู้ว่าผู้ใช้สามารถที่จะนำข้อมูลกลับมาใช้ได้ภายหลังจึงต้องถือว่าจำเลยมีเจตนาครอบครองภาพดังกล่าว

## 4.2.1.6 วิเคราะห์เปรียบเทียบองค์ประกอบ “เพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น”

ซึ่งเป็นองค์ประกอบภายในและเจตนาพิเศษสำหรับมาตรานี้ “การแสวงหาประโยชน์ในทางเพศ” กฎหมายนี้มีได้ให้ความหมายไว้จึงเห็นควรพิจารณาจากส่วนอื่น ๆ ซึ่งมีข้อพิจารณา ดังนี้

การแสวงหาประโยชน์ในทางเพศจากเด็ก (Sexual Exploitation of Children) มีหลายรูปแบบ เช่น การการค้าประเวณีเด็ก สื่อลามกอนาจารเด็ก และการค้าเด็กเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ รวมทั้งรูปแบบอื่น ๆ คือ การท่องเที่ยวเพื่อมีกิจกรรมทางเพศกับเด็ก และในบางกรณียังรวมถึง การแต่งงานก่อนวัยของเด็กด้วย ส่วนการครอบครองสื่อลามกเด็กนั้นเป็นการแสวงหาประโยชน์จากเด็กประเภทหนึ่ง การแสวงหาประโยชน์ทางเพศ หากพิจารณาตามพจนานุกรม คำว่า “เพื่อ” หมายถึง เหตุด้วย เพราะด้วย เพราะ เพราะว่า ด้วย เช่น ทำงานเพื่อจะได้เงิน ด้วยว่า เกี่ยวกับ เนื่องด้วย สำหรับ “แสวง” หมายถึง เที่ยวหา ค้นหา เสาะหา “ประโยชน์” หมายถึง สิ่งที่มีผลใช้ได้ดีสมกับที่คิดมุ่งหมายไว้ ผลที่ได้ตามต้องการ สิ่งเป็นผลดีหรือเป็นคุณ “เพศ” หมายถึงรูป ที่แสดงให้รู้ว่าหญิงหรือชาย หากพิจารณาจาก ความหมายข้างต้นแล้ว จะสรุปได้ว่า การแสวงหาประโยชน์ทางเพศ หมายถึง “การมีวัตถุประสงค์ที่จะค้นหาหรือเสาะหาผลที่ได้ตามต้องการในทางเป็นคุณเกี่ยวกับเพศ” ซึ่งหากพิจารณาถ้อยคำนี้ คำว่า “เพศ” หมายถึงการแบ่งแยกระหว่างชายหรือหญิงแล้ว ก็ไม่อาจสื่อไปในทางที่จะให้เห็นได้ในทำนองว่า เป็นการแสวงหาประโยชน์เพื่อกระตุ้นความใคร่ หรือการร่วมประเวณี หรือทางเพศสัมพันธ์ได้แต่อย่างใด ซึ่งคำว่าแสวงหาประโยชน์ในทางเพศ (Sexual Exploitation) นี้ เป็นการใช้ในกรณีผู้เชี่ยวชาญบางคนใช้เพื่อแยก “ผู้ลวนลามทางเพศเด็ก (Sexual Molester) หรือ “ผู้กระทำความรุนแรง” (Abusers) จาก “ผู้ใช้ประโยชน์ทางเพศ” (Sexual Exploiters) โดยใช้คำว่า “แสวงหาประโยชน์ทางเพศ” (Sexual Exploitation) เพื่ออธิบายการกระทำในเชิงพาณิชย์ หรือเพื่อแยกความแตกต่าง การทารุณกรรมที่เกิดขึ้นภายในครอบครัว<sup>310</sup>

ในสหรัฐอเมริกา ได้กำหนดไว้ใน U.S.Code หมวด 110 ว่า “Sexual Exploitation and Other Abuse of Children” “การแสวงหาประโยชน์ทางเพศ หรือการกระทำทารุณต่อเด็ก” ในหมวดดังกล่าวกฎหมายได้กำหนดไว้ในหลายประเภท เช่น การซื้อหรือขายเด็ก ใช้ประโยชน์ทางเพศจากผู้เยาว์ เป็นต้น จะเห็นว่าในต่างประเทศนั้นใช้คำว่า “แสวงหาประโยชน์ทางเพศ” (Sexual Exploitation) รวมถึงการกระทำที่เป็นการละเมิดต่อเด็กในลักษณะอื่น ๆ แต่มีลักษณะในเชิงพาณิชย์ เช่น การค้าประเวณีเด็ก การท่องเที่ยวเพื่อมีเพศสัมพันธ์กับเด็ก และการใช้คำว่า “แสวงหาประโยชน์ทางเพศ” (Sexual Exploitation) ในกฎหมายสหรัฐอเมริกา ก็นำมาใช้เป็นชื่อหมวดซึ่งมีลักษณะกว้าง ๆ มิได้นำมาเป็นองค์ประกอบความผิดที่ตั้งบัญญัติไว้ใน มาตรา 287/1 แต่อย่างใด การครอบครองสื่อลามกอนาจารในสหรัฐอเมริกาถือว่ากระทำได้ แต่ถ้าเป็นการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก นั้นศาลสูงได้ตัดสินในคดี Osborne v. Ohio กฎหมายของรัฐโอไฮโอที่ห้ามมิให้ผู้ใดครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กนอกจากบิดามารดาและผู้อุปการะเด็ก และการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก ใน U.S.Code มาตรา 2252(a)(4) ได้กำหนดไว้ว่าเจตนาครอบครองสิ่งที่เกี่ยวข้องกับการ

<sup>310</sup> Margaret A. Healy, *Child Pornography: An International Perspective*, Submitted by ECPAT for the World Congress Against Commercial Sexual Exploitation of Children, Stockholm, Sweden, 27-31 August 1996, p. 1.

แสวงหาประโยชน์ทางเพศกับผู้เยาว์ (Material Involving the Sexual Exploitation) ไว้ส่วนตัวโดย โดยเจตนาที่เข้าดูวัตถุลามกอนาจารเป็นความผิด และมาตรา 2252A(a)(5), ผู้ใดมีเจตนาครอบครอง หรือตั้งใจเข้าถึงด้วยเจตนาที่จะดูหนังสือ นิตยสาร วารสาร ภาพยนตร์ วิดีโอเทป คอมพิวเตอร์ดิสก์ หรือเนื้อหาอื่นใดที่มีภาพของสื่อลามกอนาจารเด็กที่ส่งทางไปรษณีย์ หรือจัดส่งหรือส่งต่อระหว่างรัฐ หรือระหว่างประเทศเพื่อการค้า โดยวิธีการใด ๆ รวมทั้งคอมพิวเตอร์หรือที่ผลิตโดยใช้วัสดุที่ได้รับการ จัดส่งทางไปรษณีย์หรือส่งหรือขนส่งในหรือส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐหรือต่างประเทศโดย วิธีการใด ๆ, รวมทั้งคอมพิวเตอร์

ส่วนกฎหมายหมายสหราชอาณาจักรนั้น เดิมกำหนดให้มีเนื้อหาเกี่ยวกับการผลิต หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนเป็นความผิด ต่อมากฎหมาย The Criminal Justice and Public Order Act 1994 ได้แก้ไขให้การครอบครองสิ่งพิมพ์ลามกหรือมีสิ่งพิมพ์ลามกอยู่ในความควบคุมเพื่อแสวงหา กำไรทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ เป็นความผิด และ The Protection of Children Act 1978 ได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 1 ได้บัญญัติว่า ผู้ใด มีไว้ในครอบครองซึ่งภาพลามกอนาจารเด็กหรือภาพเสมือนจริง เพื่อแจกจ่าย เผยแพร่ หรือแสดงอวดภาพลามกอนาจารเด็ก ซึ่งมาตรานี้ถ้ามีไว้เพื่อแจกจ่ายหรือ เผยแพร่จะเป็นความผิดแต่เพื่อมีไว้เพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองก็ไม่มี ความผิด และ ใน (4) ว่ายังสามารถยกข้อต่อสู้ถ้า (a) มีเหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมายที่จะแจกจ่ายหรือแสดงหรือมีไว้ใน ครอบครองซึ่งภาพ หรือมีไว้ในครอบครอง (b) ไม่ได้มีไว้ในครอบครองซึ่งภาพเพื่อตนเองและไม่รู้หรือ มีเหตุอันควรรู้ ว่าเป็นการอนาจาร ต่อมา The Criminal Justice Act 1988 มาตรา 160 ได้แก้ไขว่า “ผู้ใดมีภาพลามกอนาจารหรือภาพเสมือนจริง (Indecent Photograph or Pseudo-Photograph) ของเด็กไว้ในความครอบครองเป็นความผิด เว้นแต่ผู้ครอบครองภาพ จะมีเหตุผลโดยชอบที่จะมีภาพ ดังกล่าวอยู่ในครอบครองของตน” ซึ่งจะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัตินี้ได้เปลี่ยนความผิดจากเดิมต้อง ครอบครองเพื่อแจกจ่ายเป็นถ้ามีไว้ในครอบครองก็เป็นความผิด แต่กฎหมายก็มีข้อยกเว้นให้พิสูจน์ได้ ถ้าตนมีเหตุผลที่จะครอบครองโดยชอบ และ The Criminal Justice Act 1988 มาตรา 160 เป็น มาตราเกี่ยวกับการกระทำความผิดฐานครอบครองภาพอนาจารเด็กหรือภาพตัดลามกอนาจารเด็ก ไม่ว่าจะ มีไว้เพื่อวัตถุประสงค์ใดก็ถือเป็นความผิด แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายนี้ก็ยังคงเว้นให้พิสูจน์ได้ ถ้า มีเหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมายที่จะจะมี ไม่เคยเห็นภาพหรือภาพกราฟิกอนาจารเด็กด้วยตนเอง และ ไม่รู้หรือควรจะรู้ว่าเป็นภาพอนาจารเด็ก และภาพหรือภาพกราฟิกอนาจารเด็กถูกส่งมายังอยู่ในความ ครอบครองของผู้กระทำความผิดโดยมิได้ร้องขอหรือโดยตัวแทนของผู้กระทำความผิด และไม่ได้เก็บไว้ เกินกว่าเวลาอันสมควร สำหรับเยอรมัน ประมวลกฎหมายอาญาใน (2) ของมาตรา 184b และมาตรา 184 C ได้กำหนดว่า ผู้ใดก็ตามที่ได้ครอบครองสื่อลามกอนาจารที่มีลักษณะการทำกิจกรรมทางเพศ ของเด็ก/ผู้เยาว์ จริง หรือทำกิจกรรมทางเพศของเด็ก/ผู้เยาว์ เสมือนจริง เพียงแต่กำหนดถึงการ ครอบครองก็เป็นความผิด ตามกฎหมายของต่างประเทศนี้ ซึ่งหาได้กำหนดเจตนาพิเศษอย่างประมวล กฎหมายอาญามาตรา 287/1 ไม่

#### 4.2.1.7 วิเคราะห์เปรียบเทียบลักษณะการครอบครอง

การ “ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก” ในแต่ละประเทศไม่ได้มีการกำหนดความหมายไว้ รวมทั้งตามประมวลกฎหมายอาญาด้วย ซึ่งแต่ละประเทศปล่อยให้เป็นที่ของศาลที่จะพิจารณา เป็นเรื่อง ๆ ไป ซึ่งการครอบครองของศาลสหราชอาณาจักร มีหลักง่าย ๆ คือ “มีการควบคุมทางกายภาพหรือดูแลรักษาทรัพย์สิน ซึ่งที่สามารถควบคุมสิ่งนั้น และรู้ว่าสิ่งนั้นอยู่ในความปกครอง”<sup>311</sup> ส่วนสหรัฐอเมริกา ศาลได้อธิบายว่า “การครอบครองนั้นบุคคลจะต้องรู้ถึงการมีอยู่และมีการควบคุมทางกายภาพหรือรู้ถึงการมีอยู่และมีอำนาจ หรือเจตนาที่จะควบคุมสิ่งนั้น” ส่วนการ “รู้ข้อเท็จจริงในการในการครอบครอง” (Knowing Possession) นั้น คำว่า “ครอบครอง” (Possession) ใช้ตีตามความหมายปกติสามัญทั่วไป คือมีการครอบครองตามความเป็นจริง การครอบครองที่ดิน, การครอบครองที่มีอำนาจที่ปกครองควบคุมเหนือทรัพย์สินนั้น และในสหพันธรัฐเยอรมัน ศาลฎีกาสหพันธรัฐเยอรมัน (BGH) ได้อธิบายไว้ในคำตัดสินว่า การครอบครองจะมีขึ้นถ้า ผู้ใช้รู้ว่ามิภาพข้อมูลในแคชอินเทอร์เนต นั้นคือการรู้ว่าจะสามารถนำกลับมาใช้ได้<sup>312</sup> นั้น คือ การครอบครองจะมีองค์ประกอบสองประการ คือทางกายภาพที่จะสามารถควบคุมได้และทางจิตใจจะต้องรู้ถึงการมีอยู่ของสิ่งดังกล่าว เมื่อเปรียบเทียบกับกับประมวลกฎหมายอาญาของไทยแล้วกฎหมายมิได้ให้ความหมายไว้ทั้งยังไม่เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาพิพากษาเป็นบรรทัดฐานไว้ แต่อย่างไรก็ตาม สำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรมได้อธิบายว่า การครอบครองมีหลักสองประการ คือ ต้องมีอำนาจปกครองแท้จริงเหนือทรัพย์สินนั้น และต้องมีเจตจำนง ที่จะใช้อำนาจที่แท้จริงปกครองทรัพย์สินนั้น ถ้าไม่มีเจตจำนงหรือสละเจตจำนง การครอบครองก็จะหมดไป ซึ่งในผู้เขียนเห็นกรณีข้างต้นเป็นการครอบครองตามความหมายทั่วไป ซึ่งบางกรณีผู้ครอบครองอาจครอบครองโดยถือแทนบุคคลอื่น เช่น กรณีนายจ้างลูกจ้าง ซึ่งลูกจ้างมีเจตจำนงที่จะครอบครองแทนนายจ้างมิได้มีเจตจำนงจะครอบครองเพื่อตนเอง หากพิจารณาในความหมายข้างต้นลูกจ้างก็อาจไม่ใช่ผู้ครอบครองตามความหมายนี้ แต่อย่างไรก็ตาม การครอบครองในระบบอินเทอร์เนตนั้นมีลักษณะซับซ้อนบางครั้งผู้ครอบครองอาจมิได้มีการครอบครองจริงแต่สามารถที่จะควบคุมได้ เช่น การควบคุมระยะไกลผ่านทางโปรแกรมต่าง ๆ ทางอินเทอร์เนต ดังนี้ การตีความหมายของการครอบครองในระบบอินเทอร์เนตจึงต้องมีความหมายพิเศษและตีความครอบคลุมมากกว่าความหมายทั่วไป ซึ่งการครอบครองในระบบอินเทอร์เนตมีแนวคิดที่เน้นไปทางการควบคุมมากกว่าการครอบครองจริงทางกายภาพ ถ้าผู้กระทำสามารถควบคุมได้ ไม่ว่าจะอยู่ในที่ใด หรือมีความสามารถยึดถืออุปกรณ์จัดเก็บข้อมูลหรือมีข้อมูลที่เกี่ยวข้องภายใต้การควบคุมทางกายภาพของเขาแล้ว ก็ถือว่าเป็นครอบครองควบคุมแล้ว

การมีภาพลามกอนาจารเด็กไว้ในหน่วยเก็บความจำชั่วคราว (Cache) ของระบบคอมพิวเตอร์ (Computer System) เป็นความผิดฐานครอบครองตาม The Protection of Children Act 1978 ของสหราชอาณาจักร ถ้าผู้กระทำรู้ว่าเป็นการครอบครองภาพลามกอนาจารเด็กหรือรู้วิธีการนำกลับมาใช้ การเปิดและแนบไฟล์ภาพไปกับอีเมล การดาวน์โหลดภาพจากเว็บไซต์ไปยังหน้าจอคอมพิวเตอร์ หรือดาวน์โหลดลงแผ่นดิสก์ การเปลี่ยนภาพ การจัดเก็บภาพ (Storing) ในไดเรกทอรีบนคอมพิวเตอร์ การเข้าถึงเว็บไซต์ที่มีภาพปรากฏขึ้นโดยใช้กลไก “ป๊อปอัพ” โดยอัตโนมัติ เป็น

<sup>311</sup> R v. Boyesen (1982) AC 768, 773G, Regina v. Ross W. Porter

<sup>312</sup> BGH, Urt. v. 18. January 2012 -2 StR 151/ 11

การทำขึ้น (Making) ตามมาตรา 1(a) The Protection of Children Act 1978 การบันทึก (Saving) และการพิมพ์ (Printing) ภาพจากอินเทอร์เน็ต นอกจากจะเป็นความผิดผิดฐานทำขึ้นแล้วยังผิดฐาน ครอบครองด้วย สำหรับการลบภาพ<sup>313</sup> นั้น แม้เจ้าหน้าที่จะสามารถกู้มาได้โดยใช้โปรแกรมกู้ภาพ ถ้าจำเลยไม่สามารถที่จะกู้ภาพนั้น ๆ กลับคืนมาได้ ก็ไม่อาจถือได้ว่าจำเลยครอบครองภาพลามกอนาจารเด็ก แต่ถ้าสามารถที่จะเรียกคืนภาพได้ ก็ยังเป็นถือว่ายังมีการครอบครอง สำหรับในสหรัฐ แม้จะมีการบันทึกในแคชอัตโนมัติ จำเลยก็ต้องรู้ด้วยการบันทึกภาพเหล่านั้นไว้ในแคชและมีการดาวน์โหลดรูปภาพดังกล่าวไปไว้ในคอมพิวเตอร์ จึงจะถือเป็นความผิด แต่ถ้าจำเลยรู้ว่าการบันทึกแคชอัตโนมัติแต่ยังค้นหาภาพเหล่านี้ กรณีนี้ถือว่าจำเลยครอบครองภาพลามกอนาจารเด็ก และใน U.S.Code มาตรา 2252(a)(4) มาตรา 2252A(a)(5), ผู้ใดมีเจตนาครอบครอง หรือตั้งใจเข้าถึงด้วยเจตนาที่จะดูเป็นความผิด เช่นเดียวกับในสหพันธรัฐเยอรมัน การดูและดาวน์โหลด แม้จะไม่รู้ว่ามีแคชบันทึกโดยอัตโนมัติก็เป็นการเพียงพอที่จะฟังเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 184b และการที่จำเลยลบภาพออกจากแคชอินเทอร์เน็ตทันทีหลังจากดูหรือสามารถแสดงหลักฐานได้ว่าเขามีแผนที่จะทำดังกล่าว ไม่พอฟังว่าจำเลยมีเจตนาที่จะครอบครองภาพลามกอนาจาร ซึ่งประเด็นนี้แตกต่างในคดีของศาลสหราชอาณาจักร (Rome) ที่เห็นว่าการลบเป็นรูปแบบการควบคุมแบบหนึ่งแต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่า การลบเป็นการแสดงเจตนาที่ไม่เข้าดูซึ่งบางครั้งอาจมีภาพป๊อปอัพเกิดขึ้นและผู้ใช้ลบไปทันทีซึ่งแสดงให้เห็นว่าไม่มีเจตนาที่ครอบครองภาพดังกล่าว ส่วนการการเซฟลงเครื่องนั้นศาลสหพันธรัฐเยอรมันถือว่าการครอบครอง ถ้าสามารถนำข้อมูลกลับมาและสามารถดูได้และการดูภาพลามกอนาจารเด็กเป็นการแสวงหาประโยชน์บนอินเทอร์เน็ตเป็นการครอบครอง

จากที่พิจารณาหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ของศาลต่างประเทศนี้ มีข้อพิจารณาที่ศาลใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาในการกระทำของผู้กระทำผิด คือ

- 1) ผู้กระทำความผิดรู้ถึงการมีภาพลามกอนาจารเด็ก
- 2) ผู้กระทำความผิดทำลายหรือลบภาพลามกอนาจารเด็ก
- 3) การยักยอกและการควบคุมของจำเลยในภาพลามกอนาจารเด็ก
- 4) การกระทำของจำเลยในการค้นหาภาพลามกอนาจารเด็ก
- 5) จำนวนภาพลามกอนาจารเด็กที่พบ และ
- 6) หลักฐานอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ว่าจำเลยมีความรู้และการควบคุมเท่าที่

จำเป็นหรือไม่

- 4.2.1.8 วิเคราะห์เปรียบเทียบการมี (Cache) เบราเซอร์ การดาวน์โหลด (Downloading) การจัดเก็บหรือการบันทึก (Save) การพิมพ์ภาพ (Print)

<sup>313</sup> อย่างไรก็ตาม การที่จะลบข้อมูลดังกล่าวโดยถาวรนั้น กระทำได้ 2 วิธี คือ ทำการล้าง (Format) หน่วยความจำ Harddisk หรือ ต้องรอให้มีข้อมูลใหม่มาบันทึกทับข้อมูลเก่าที่ถูกลบแต่อยู่ในสถานะไม่อาจเรียกกลับมาดูได้เสียก่อน

เมื่อพิจารณาจากองค์ประกอบทั้งหมดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287/1 เปรียบเทียบกับคำพิพากษาของศาลสหราชอาณาจักรข้างต้น ที่พิพากษาว่า การบันทึกภาพอัตโนมัติในแคช (Cache) เบราเซอร์ ซึ่งเป็นหน่วยเก็บความจำชั่วคราว นั้นไม่ใช่การครอบครอง และภาพถูกบันทึกไว้ในหน่วยเก็บความจำชั่วคราวโดยไม่ได้ตั้งใจไม่ใช่การ “ทำ” แล้ว จะเห็นว่า การมี Cache เบราเซอร์ ในคอมพิวเตอร์ ซึ่งมีลักษณะบันทึกไว้เองโดยอัตโนมัติจากการเข้าถึงเว็บไซต์ลามกอนาจาร นั้นไม่อาจตีความหมายว่าเป็นการครอบครองตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287/1 นี้ได้ เนื่องจากมาตรานี้มีเจตนาพิเศษว่าเพื่อ “แสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น” การมีแคชในคอมพิวเตอร์จึงไม่อาจแปลได้ว่ามีไว้เพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศได้ โดยไม่ต้องดูไปถึงว่าผู้กระทำการรู้ถึงการมีอยู่ของแคชหรือนำกลับมาใช้ได้หรือไม่ แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า แม้จะไม่สามารถนำมาอ้างว่าเป็นการครอบครองได้ แต่ก็หาทำให้เห็นร่องรอยของการเข้าดูเว็บไซต์เหล่านั้น แต่กฎหมายไทยยังไม่มีข้อกำหนดความผิดในการเข้าดูสื่อลามกอนาจารเด็กอย่างเช่นในสหรัฐอเมริกาหรือสหพันธรัฐเยอรมัน เว้นแต่จะแปลว่า การดูดังกล่าวเป็นการครอบครองเนื่องมีการเปิดขึ้นมาอยู่บนหน้าจอจึงเป็นการควบคุมภาพแล้ว อยู่ที่ว่าการดูนั้นเป็นไปเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือไม่ ซึ่งต้องรอให้ศาลพิจารณาต่อไป ดังนั้นการมีแคชในคอมพิวเตอร์จึงไม่อาจใช้ในกรณีครอบครองเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287/1 นี้ได้

ส่วนการดาวน์โหลด การจัดเก็บหรือการบันทึก การพิมพ์ภาพนั้น กฎหมายสหราชอาณาจักรถือเป็นการทำสำเนาขึ้น<sup>314</sup> จึงเป็นการทำตามมาตรา 1(a) The Protection of Children Act 1978 ที่กำหนดว่า ผู้ใด ทำขึ้นซึ่งภาพหรือภาพเสมือนจริงลามกอนาจารเด็กเป็นความผิด แต่การ “ทำหรือผลิต” ตามประมวลกฎหมายอาญานั้นได้กำหนดไว้ในมาตรา 287/2 แต่ต้องมีเจตนาพิเศษคือ “เพื่อความประสงค์แห่งการค้าหรือโดยการค้าเพื่อการแจกจ่ายหรือเพื่อการแสดงออกแก่ประชาชน” จึงจะมีความผิดตามมาตรานี้ ดังนี้ หากการดาวน์โหลด การจัดเก็บหรือการบันทึก การพิมพ์ภาพ นั้น ถ้าไม่ได้ทำไว้เพื่อ “แสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น” แล้ว ก็จะไม่เป็นความผิดฐานครอบครอง และถ้าไม่ได้ทำเพื่อความประสงค์แห่งการค้า หรือโดยการค้า เพื่อแจกจ่ายหรือเพื่อการแสดง ก็จะไม่มีความผิด ฐานทำหรือผลิต ตามมาตรานี้ด้วย ดังนี้ หากมีผู้ได้รับบ๊อบอับภาพลามกอนาจารเด็กโดยบังเอิญ หรือเพื่อนส่งทางแอปพลิเคชันต่าง ๆ ผู้รับมิได้มีเจตนาแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่นก็ไม่อาจเป็นความผิดฐานครอบครองตามมาตรานี้ได้ ส่วนสำหรับผู้ส่งเป็นการแนบไฟล์ไปกับอีเมล ศาลสหราชอาณาจักรถือว่าเป็นความผิดฐานทำขึ้น ในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่ารวมทั้งการส่งต่อ (Share) ในรูปของแอปพลิเคชันอื่น ๆ เช่น ไลน์ เฟสบุค ทวิตเตอร์ ก็เป็นการทำขึ้นเช่นกัน อย่างไรก็ตาม สำนักกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม ได้อธิบายการส่ง (Share) ต่อไว้ว่า “การส่งต่อสื่อลามกอนาจารเด็ก ในกรณีการส่งต่อโดยมีการบันทึกไว้ในเครื่องก่อนที่จะแชร์ ถือว่ามี การครอบครองโดยการบันทึก ในกรณีไม่ได้บันทึกแต่มีการการส่งต่อบนไทม์ไลน์ (Timeline) ใน เฟสบุค ทวิตเตอร์ หรือไลน์ของตนเอง ถือว่ามี การครอบครองโดยไม่ได้บันทึกในเครื่อง แต่เป็นการ ครอบครองเนื่องจากยังสามารถควบคุมสื่อลามก ๆ นั้น ก่อนทำการส่ง ต่อให้เพื่อนหรือบุคคลอื่นเห็น บนไทม์ไลน์ของตน อีกทั้ง ยังสามารถควบคุมสื่อลามก ๆ เมื่อใดก็ได้ ในกรณีการส่งต่อบนไทม์ไลน์

<sup>314</sup> โปรดดูคดี Goodland v. DPP หัวข้อ 3.2.1.5

(Timeline) ในเฟสบุ๊ก ทวิตเตอร์ หรือไลน์ของผู้อื่น ถือว่ามีการครอบครองโดยไม่ได้บันทึกในเครื่อง แต่เป็นการครอบครองเพราะยังสามารถควบคุมสื่อลามก ๆ นั้นก่อนทำการส่งต่อให้เพื่อนหรือบุคคลอื่นเห็นบนไทม์ไลน์ของผู้นั้น อีกทั้งยังสามารถควบคุมสื่อลามก ๆ เมื่อใดก็ได้ โดยสามารถ จะลบหรือให้ความเห็นในภาพที่ตนเองโพสต์ไว้บนไทม์ไลน์ของเพื่อนก็ได้<sup>315</sup> แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า การกระทำข้างต้นจะต้องอยู่ภายใต้เจตนาพิเศษ คือ “เพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น” การส่งต่อในลักษณะเช่นนี้อาจไม่ใช้การแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเอง แล้วผู้รับละ? จะได้ประโยชน์ในการแสวงหาประโยชน์ในทางเพศไหม จะพิสูจน์เจตนาของผู้รับเพื่อจะนำมาพิสูจน์เจตนาผู้ส่งได้อย่างไรว่า เพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับผู้อื่น ซึ่งหากเทียบเคียงกับคำพิพากษาศาลสหราชอาณาจักรข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า เป็นการทำขึ้นเพื่อการแจกจ่ายหรือเพื่อการแสดงอวด เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287/2 และยังเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดทางคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 มาตรา 14 (5) ซึ่งเป็นการเผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ตาม (1) (2) (3) หรือ (4) และตาม (4) คือเป็นการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามก และข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ อีกด้วย

สำหรับข้อมูลที่ถูกลบแล้วแต่ยังคงถูกเก็บไว้ในส่วนที่เป็นการเก็บข้อมูลสำรอง (Recycle Bin) และข้อมูลที่ถูกลบแล้วแต่ยังสามารถกู้คืนได้ ศาลสหราชอาณาจักรอธิบายว่า แม้จะมีการลบไฟล์ไปแล้ว ไม่ได้หมายความว่าไม่ได้อยู่ในความครอบครองของผู้ใช้ เพราะยังเป็นไฟล์ที่เขามีอยู่ในฮาร์ดดิสก์ ซึ่งอยู่ในความครอบครองของเขาคือคอมพิวเตอร์และฮาร์ดดิสก์ของเขา ปัญหานี้จึงต้องพิจารณาว่า จำเลย “รู้หรือไม่ว่าภาพนั้นเป็นภาพลามกอนาจารหรือน่าจะเป็น (Likely to Be) ภาพลามกอนาจาร และจำเลยยังคงมีความสามารถในการควบคุม เก็บรักษา (Control and Custody) ภาพเหล่านั้นได้อยู่หรือไม่ หากจำเลยได้กระทำการลบ ภาพลามกอนาจารเด็กออกไปโดยไม่สามารถที่จะกู้ภาพนั้น ๆ กลับคืนมาได้ อีก ก็ไม่อาจถือได้ว่าจำเลยยังคงมีการครอบครองภาพลามกอนาจารเด็กดังกล่าวอยู่ แม้ว่าในความเป็นจริงข้อมูลของภาพที่ถูกลบไปแล้วนั้นยังคงเหลือค้างอยู่ในหน่วยความจำฮาร์ดดิสก์ก็ตาม หากเมื่อเทียบเคียงกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287/1 แล้ว การลบแล้วไปอยู่ใน Recycle Bin นั้นก็ยังถือว่าอยู่ในความครอบครองของผู้ใช้และผู้ใช้สามารถที่จะนำกลับคืนมาใช้ได้ ถ้ารู้วิธีการ ในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า เป็นการควบคุมภาพลามกอนาจารเหล่านี้แล้ว จึงต้องถือว่าเป็นการควบคุม อย่างไรก็ตามต้องพิจารณาเจตนาพิเศษว่า ผู้ลบมีเจตนาเพื่อจะแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือไม่

#### 4.2.1.9 วิเคราะห์เปรียบเทียบลักษณะข้อยกเว้นในการกระทำความผิด

สำหรับเหตุผลที่จะยกเว้นความผิดนั้น ในสหราชอาณาจักร ได้กำหนดให้ยกขึ้นอ้างได้ ในมาตรา 160, The Criminal Justice Act 1988 ว่า ถ้ามีเหตุผลโดยชอบที่จะครอบครองภาพเหล่านั้น เช่น อาจเพื่อการสอบสวนหรือการดำเนินคดีหรือในกรณีไม่รู้หรือไม่มีเหตุผลอันควรรู้ว่าภาพดังกล่าวจะเป็นภาพลามกอนาจารเด็ก หรือได้รับอีเมลล์หรือไฟล์ภาพลามกอนาจารเด็กจากผู้อื่นโดยไม่ได้ร้องขอและไม่ได้เก็บไว้ในเวลาอันควร และมาตรา 160 A ได้กำหนดในกรณีผู้กระทำมีสัมพันธ์

<sup>315</sup> กระทรวงยุติธรรม, สำนักกิจการยุติธรรม, *เรื่องเดิม*, หน้า 13.

ฉันท์ครอบครัวไม่ว่าจะจดทะเบียนสมรสถูกต้องกันตามกฎหมายหรือไม่ หรือเป็นบุคคลที่อยู่ด้วยกันในลักษณะเช่นนี้มีภาพของกันและกันแต่บุคคลในภาพนั้นต้องมีอายุเกิน 16 ปีขึ้นไปหรือมีภาพของตนเองกับเด็กโดยไม่มีบุคคลอื่นหรือพิสูจน์ได้ว่าบุคคลตามภาพนั้นให้ความยินยอมก็ไม่ใช่ความผิดสามารถยกขึ้นกล่าวอ้างต่อสู้ได้ ส่วนข้อต่อสู้ตาม The Protection of Children Act 1978 ได้กำหนดไว้ในมาตรา 1 A กำหนดไว้เป็นสองกลุ่มคือ กลุ่มแรกคือกลุ่มที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ในครอบครัวซึ่งได้อยู่กินกันแบบครอบครัวไม่ว่าจะได้จดทะเบียนกันหรือไม่ โดยมีระยะเวลาอันสมควรถ้ามีภาพหรือมีภาพเสมือนจริงของบุคคลดังกล่าวนี้ที่อายุตั้งแต่ 16 ปีถึง 18 ปี หรือได้รับการยินยอมหรือมีเหตุผลอันควรเชื่อว่าได้รับความยินยอม ผู้มีไว้ในครอบครองก็สามารถที่จะยกขึ้นต่อสู้ได้ กลุ่มที่สอง คือกลุ่มที่เป็นข้อยกเว้นสำหรับการดำเนินคดีอาญา การสืบสวนและเหตุผลอื่น ที่กำหนดไว้ในมาตรา 1b ถ้าผู้กระทำได้พิสูจน์ได้ว่า จำเป็นต้องใช้ภาพหรือภาพเสมือนจริง เพื่อวัตถุประสงค์ประสงค์ในการป้องกันสืบหา หรือ สอบสวนคดีอาญา หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการดำเนินคดีอาญา หรือ หน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่เกี่ยวข้อง

สำหรับสหรัฐอเมริกา ได้กำหนดข้อยกเว้นการต่อสู้ไว้ใน มาตรา 1466A คือ (1) ครอบครองสื่อแสดงภาพดังกล่าวน้อยกว่า 3 ชิ้น และ (2) กระทำตามข้อดังต่อไปนี้ทันทีที่พบและโดยสุจริต และโดยไม่ให้บุคคลอื่นนอกจากเจ้าหน้าที่ บังคับใช้กฎหมายเข้าถึงสื่อแสดงภาพดังกล่าว คือ ดำเนินการทำลายสื่อแสดงภาพดังกล่าว หรือแจ้งให้หน่วยงานบังคับใช้กฎหมาย และให้หน่วยงานดังกล่าวเข้าถึงสื่อแสดงภาพดังกล่าวเช่นเดียวกับในสหพันธรัฐเยอรมัน การครอบครองภาพลามกอนาจารของเยาวชนจะได้รับการยกเว้นไม่ถือเป็นความผิดถ้าได้ครอบครองวัตถุลามกอนาจารนั้น โดยสมัครใจและส่วนบุคคลเท่านั้น และเป็นการใช้ส่วนตัวของตนอย่างเคร่งครัด กล่าวอีกนัยหนึ่งบุคคลที่มีอายุครบตามความยินยอมทางเพศสามารถเก็บเนื้อหาที่แสดงถึงกิจกรรมทางเพศของตนได้หากมีไว้เพื่อตนเองเท่านั้น

จะเห็นว่าตามกฎหมายของต่างประเทศข้างต้น ส่วนใหญ่จะมีข้อยกเว้นไว้ให้เจ้าหน้าที่หรือผู้ที่เกี่ยวข้องสามารถมีไว้ในครอบครองได้ โดยเฉพาะในสหราชอาณาจักรได้ขยายข้อยกเว้นไปในกรณีการมีความสัมพันธ์ในครอบครัวและการได้รับความยินยอม เช่นเดียวกับสหพันธรัฐเยอรมัน สำหรับกฎหมายไทยไม่มีข้อยกเว้นสำหรับเจ้าหน้าที่หรือบุคคลที่มีความสัมพันธ์ในครอบครัวแต่อย่างใด

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

สื่อลามกอนาจารเด็ก นับเป็นการกระทำที่เป็นการละเมิดต่อเด็กอย่างร้ายแรงซึ่งแต่ละประเทศให้ความสำคัญที่จะปกป้องเด็ก ๆ ทั่วโลกโดยไม่คำนึงถึงเชื้อชาติ ศาสนา สีผิว เพศ ภาษา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น ต้นกำเนิดทางชาติ ชาติพันธุ์ หรือสังคม ทรัพย์สิน ความทุพพลภาพ การเกิดหรือสถานะอื่น ๆ ซึ่งในแต่ละประเทศต่างให้ความสำคัญปกป้องทั่วโลก ดังได้มีพิธีสารว่าด้วยอนุสัญญาสิทธิเด็กซึ่งทั่วโลกให้การยอมรับ และสื่อลามกอนาจารเด็ก ก็เป็นส่วนหนึ่งที่มีการล่วงละเมิดทางเพศเด็กประเทศต่าง ๆ จึงได้บัญญัติกฎหมายขึ้นมาเพื่อปกป้องเด็ก ๆ ในการกระทำดังกล่าวจากผู้ใหญ่โดยเฉพาะสหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักร ได้มีกฎหมายคุ้มครองเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กมาอย่างยาวนานและกฎหมายคุ้มครองเหล่านี้ก็ได้บัญญัติไว้ในรูปแบบต่าง ๆ โดยเฉพาะสหรัฐอเมริกาได้ให้ความสำคัญต่อเรื่องนี้เป็นอย่างยิ่ง ได้มีการปรับเปลี่ยนและแก้ไขตลอดมา แต่อย่างไรก็ตามสิทธิเสรีภาพของประชาชนก็มีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากัน โดยเฉพาะสิทธิในการพูด การเขียนหรือการแสดงออกของประชาชน การจำกัดสื่อลามกอนาจารนั้น เป็นปัญหาเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนส่วนหนึ่ง ซึ่งอย่างไรก็ตาม แต่เพื่อคุ้มครองเด็กซึ่งยังขาดวุฒิภาวะ และป้องกันการเอารัดเอาเปรียบจากผู้ใหญ่แต่ละรัฐจึงได้มีกฎหมายที่เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก

ซึ่งปัญหาสำคัญในการบังคับใช้กฎหมายนี้ในเกือบทุกรัฐก็คือการพิจารณาว่าอย่างไร คือ ภาพหรือสื่อลามกอนาจาร ซึ่งในสหรัฐอเมริกา ใช้คำว่า “Pornography” ซึ่งหมายถึงสื่อลามกอนาจารทั่ว ๆ ไป รวมถึงสื่อลามกอนาจารผู้ใหญ่ และยังใช้เรียกสื่อลามก ที่ไม่เข้าลักษณะเป็นความผิดตามกฎหมายด้วย ในสหรัฐอเมริกาได้กำหนดการกระทำทางเพศของเด็กว่า “เป็นการกระทำทางเพศอย่างชัดแจ้ง” ซึ่งรวมถึง การร่วมเพศที่เกิดขึ้นจริง หรือจำลอง หรือบางส่วนของอวัยวะเพศเด็ก โดยเป็นภาพที่แสดงให้ถึงวัตถุประสงค์ในทางเพศและได้กำหนดลักษณะการกระทำต่าง ๆ เช่น การร่วมกันระหว่างอวัยวะกับอวัยวะ อวัยวะกับทวาร ปากกับอวัยวะการทารุณกรรม การร่วมกับสัตว์ เป็นต้น ซึ่งลักษณะเหล่านี้เป็นลักษณะเป็นการกระทำที่รุนแรงและทารุณกรรมต่อเด็ก ทำให้เกิดใช้คำใหม่เพื่อใช้แยกสื่อลามกอนาจารผู้ใหญ่ออกจากสื่อลามกอนาจารเด็กในปัจจุบันมีการใช้คำอื่นที่ทำให้รู้สึกว่าเป็นการกระทำทารุณต่อเด็กมากขึ้น เช่น ภาพล่วงละเมิดทางเพศเด็ก (Child Sexual Abuse Image) วัตถุล่วงละเมิดทางเพศเด็ก (Child Abuse Material) ภาพการล่วงละเมิดทางเพศเด็ก (Child Abuse Imager) วัตถุในการที่ก่อให้เกิดความเสียหายทางเพศ (Sexually Exploitive Material) ซึ่งสื่อถึงความมีลักษณะรุนแรง หรือหรือกระทำทารุณโหดร้ายต่อเด็ก เหตุที่มีการเปลี่ยนแปลงมาใช้คำเช่นนี้ เพราะมีการยอมรับว่าภาพเหล่านี้เป็นการทารุณกรรมทางเพศต่อเด็กและเป็นภาพอาชญากรรม (Crime Scene Photos) ทั้งภาพเหล่านี้ ยังเป็นอันตรายต่อเด็กที่ถูกกระทำที่ต้องทุกข์ทรมานจากการ

สร้างภาพ เช่น การการขจัดลอกภาพ การเผยแพร่ภาพ การบริโภคภาพ อันตรายจากการที่เด็กต้องการภาพคินหรืออันตรายจากการที่เด็กต้องกระทำตามภาพ เป็นต้น<sup>316</sup> ดังจะเห็นปรากฏมาตรา 1446A ประมวลกฎหมายสหรัฐที่ใช้คำว่า “การล่วงละเมิดทางเพศเด็ก” (The Sexual Abuse of Children) แทนคำว่า “Pornography” สหราชอาณาจักร ใช้คำว่า “Obscene” ซึ่งหมายถึง ภาพลามก และคำว่า “Indecent Photographs of Children” ซึ่งหมายถึง ภาพลามกอนาจารเด็ก สหพันธรัฐเยอรมัน ใช้คำว่า “Pornography” สำหรับประเทศไทย ใช้คำว่าสื่อลามกอนาจารเด็ก ซึ่งสำหรับประเทศไทยมีการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันในแต่ละกฎหมายเริ่มตั้งแต่กฎหมายตราสามดวง กฎหมายลักษณะอาญา จวบจนประมวลกฎหมายอาญา หรือกฎหมายเฉพาะอื่น ๆ ซึ่งบางฉบับ ใช้คำว่า “ลามก” บางฉบับใช้คำว่า “อนาจาร” และบางฉบับก็ใช้ “ลามกอนาจาร” ซึ่งความหมายของคำว่า “ลามกอนาจาร” นั้น ซึ่งน่าจะเป็นการใช้คำรวมมาจากเดิมที่เป็นสื่อลามกอนาจารผู้ใหญ่ ซึ่งพิจารณาโดยใช้หลักพื้นฐานศีลธรรมอันดีของสังคมเป็นเกณฑ์ นั่นคือสิ่งนั้นหรือภาพนั้น ทำให้เกิดความเสื่อมทรามทางศีลธรรม และน้อมนำให้เกิดความประพฤติเสื่อมทรามทางศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการกระทำต่อละเมิดต่อเด็กเห็นควรน่าจะแยกเป็นการใช้คำที่แยกจากผู้ใหญ่และใช้คำไปในลักษณะที่สื่อไปทางละเมิดหรือทำร้ายเด็ก เช่น “สิ่งหรือวัตถุการกระทำรุนแรงทางเพศต่อเด็ก” “วัตถุหรือภาพในการล่วงละเมิดทางเพศเด็ก” “วัตถุหรือภาพในการคุกคามหรือทำร้ายเด็กในทางเพศ” เป็นต้น

ในการกำหนดความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็ก ประเทศส่วนใหญ่รวมทั้งอนุสัญญาระหว่างประเทศรวมทั้งพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องการการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็กและสื่อลามกเด็ก ต่างกำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กมีความหมายรวมถึงสิ่งหรือภาพเสมือนจริง (Simulated) โดยประมวลกฎหมายอาญาสหรัฐได้กำหนดไว้ในมาตรา 2256(8) คือภาพที่มีการสร้างหรือปรับแต่งโดยคอมพิวเตอร์ หรือภาพวาด (Computer-Generated) ส่วนสหราชอาณาจักร ได้กำหนดไว้ใน The Protection of Children Act 1978 มาตรา 7 (7) ภาพเสมือนจริง (Pseudo-Photograph) หมายถึง ภาพที่ทำจากคอมพิวเตอร์กราฟิกหรือสิ่งอื่นใดที่มีลักษณะเหมือนภาพคนจริงแต่ไม่ใช่คนจริง รวมทั้งภาพที่ตัดต่อภาพจากคนจริงด้วยทั้งให้รวมถึงสำเนา และข้อมูลที่เก็บไว้ในแผ่นดิสก์คอมพิวเตอร์วิธีทางอิเล็กทรอนิกส์อื่น ที่สามารถแปลงเป็นรูปภาพลามกอนาจารเสมือนจริง ได้ นอกจากนี้ สหราชอาณาจักรยังมีกฎหมายที่เรียกว่า Coroners and Justice Act 2009 รวมครอบคลุมถึงการดู ภาพจินตนาการมั่งงะ (ญี่ปุ่น) และภาพวาด ด้วย และสหพันธรัฐเยอรมัน ได้ กำหนดไว้ในมาตรา 184b(2), 184(2) (2) ผู้ใดก็ตามที่ได้ครอบครองสื่อลามกอนาจารที่มีลักษณะการทำกิจกรรมทางเพศของเด็ก/เยาวชนจริง หรือทำกิจกรรมทางเพศของเด็ก/เยาวชนเสมือนจริง ให้รับโทษเดียวกัน

เหตุผลที่ประเทศเหล่านี้กำหนดให้ภาพตัดต่อหรือภาพเสมือนจริงที่สร้างจากคอมพิวเตอร์ กราฟิก ภาพอิมเมจ ภาพวาด ภาพการ์ตูน เป็นสิ่งที่ควบคุมทั้ง ๆ ที่ไม่ใช่เด็กจริงนั้นก็เนื่องจากสิ่งหรือ

<sup>316</sup> Mary Graw Leary, *The Language of Child Sexual Abuse and Exploitation Crime, Language, and Social Consequences* (USA: University of Michigan Press, 2016), p. 131.

ภาพเหล่านี้มีส่วนที่จะกระตุ้นให้ผู้ที่ได้ดูหรือพบ มีความต้องการทางเพศกับเด็กซึ่งอาจก่อให้เกิดการกระทำละเมิดทางเพศกับเด็ก ประเทศต่าง ๆ เหล่านี้จึงออกกฎหมายครอบคลุมถึงเพื่อป้องกันและปกป้องเด็ก รวมทั้งเป็นไปตามพิธีสารอนุสัญญาสิทธิเด็กเรื่องการการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็กและสื่อลามกเด็ก แต่สำหรับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1(17) ได้ว่า "สื่อลามกอนาจารเด็ก" หมายถึง "วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็ก ซึ่งมีอายุไม่เกิน 18 ปี โดยรูป เรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือรูปแบบอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน และให้หมายความรวมถึงวัตถุหรือสิ่งต่าง ๆ ข้างต้นที่จัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้" มิได้บัญญัติให้ครอบคลุมถึงภาพตัดต่อหรือภาพเสมือนจริงของเด็กแต่อย่างใด ซึ่งประเทศไทยได้รับรองพิธีสารดังกล่าวนี้แล้ว การบัญญัติกฎหมายดังกล่าวจึงไม่สอดคล้องกับพิธีสารดังกล่าว

ลักษณะอย่างไร จึงจะถือว่าเป็นการกระทำที่มีลักษณะลามกอนาจาร ในสหราชอาณาจักรได้กำหนดไว้เพื่อการแยกแยะไว้รายระดับ คือ 5 ระดับ 1 รูปภาพแนวอีโรติกซึ่งไม่มีกิจกรรมทางเพศ ระดับ 2 กิจกรรมทางเพศระหว่างเด็กโดยไม่มีการสอดใส่อวัยวะเพศหรือการสำเร็จ ความใคร่โดยตนเองของเด็ก ระดับ 3 กิจกรรมทางเพศระหว่างเด็กกับผู้ใหญ่โดยไม่มีการสอดใส่อวัยวะเพศ ระดับ 4 กิจกรรมทางเพศของเด็กคนเดียวหรือหลายคนหรือทั้งเด็กและผู้ใหญ่โดยมีการสอดใส่อวัยวะเพศ ระดับ 5 แนวชาติสัดหรือการสอดใส่อวัยวะเพศกับเด็กหรือกับสัตว์ นอกจากนี้ ยังมีกฎหมายที่เรียกว่า Criminal Justice and Immigration Act 2008 มาตรา 62 ได้แยกการกระทำทางเพศที่มีลักษณะรุนแรงที่เรียกว่า "Extreme Pornographic Images" ไว้บัญญัติไว้ต่างหาก ซึ่งภาพที่มีลักษณะการกระทำรุนแรง ได้แก่ ภาพที่มีลักษณะข่มขู่หรือคุกคาม ต่อชีวิตของบุคคล ภาพที่เป็นการกระทำที่มีผลหรือมีแนวโน้มที่จะทำให้ได้รับอันตรายสาหัสที่ทวารหนัก, หน้าอก, อวัยวะเพศ, ภาพที่มีการกระทำทางเพศกับศพของมนุษย์ ภาพบุคคลที่ร่วมประเวณี หรือร่วมประเวณีทางปาก การร่วมประเวณีกับสัตว์ (ไม่ว่าจะตายหรือมีชีวิตอยู่) และมีเหตุผลอันควรที่เชื่อได้ว่าบุคคลหรือสัตว์ดังกล่าวเป็นของจริง ภาพการข่มขืนหรือการร่วมเพศที่อีกฝ่ายไม่ยินยอม (Non-Consensual), การล่วงล้ำอวัยวะเพศหญิง (Penetration) ช่องในอวัยวะเพศหญิง (Vagina) ทวารหนักหรือช่องปาก โดยสิ่งของอย่างอื่น หรืออวัยวะเพศชายของบุคคลอื่น หรือสิ่งอื่น ๆ รวมทั้งภาพเสมือนจริงด้วย หรือมีเหตุผลอันควรที่เชื่อได้ว่าบุคคลหรือสัตว์ดังกล่าวเป็นของจริง

สำหรับสหรัฐอเมริกา ได้กำหนดลักษณะการกระทำทางเพศไว้ 10 ระดับ คือ ระดับ 1 ภาพที่ไม่เกี่ยวข้องกับทางเพศ มีแหล่งที่มาถูกกฎหมายเช่น นิตยสาร แคตาล็อก ระดับ 2 เปลือย (Nudist) ภาพเปลือยกายของเด็กหรือกึ่งเปลือยของเด็กที่มีรูปลักษณะเหมาะสมมีแหล่งที่มาที่ถูกกฎหมาย ระดับ 3 โปเปลือย (Erotica) คือ ภาพที่ถ่ายแบบข่อนเร้นให้เห็นความเปลือยเปล่าของเด็กบางส่วน ระดับ 4 โปสต์ (Posing) เป็นวางท่าทางในลักษณะเปลือยเปล่า ระดับ 5 อีโรติกโปสต์ (Erotic Posing) เป็นการวางลักษณะท่าทางที่เร้าอารมณ์ กระตุ้นทางเพศ ในลักษณะเปลือยเปล่า ระดับ 6 การวางท่าในเรื่องกามารมณ์ชัดแจ้ง (Explicit Erotic Posing) เป็นภาพที่เน้นอวัยวะเพศ ระดับ 7 เป็นภาพที่เน้นกิจกรรมทางเพศชัดแจ้ง (Explicit Sexual Activity) แต่เป็นภาพการทำกิจกรรมทาง

เพศของเด็กแต่ไม่รวมผู้ใหญ่ ระดับ 8 การข่มขืน, ทำร้าย (Assault) ภาพลักษณะล่วงละเมิดทางเพศ เด็กโดยการสัมผัสกระตุ้นอวัยวะกับผู้ใหญ่ ระดับ 9 เป็นภาพการข่มขืนหยาบช้า (Gross Assault) การล่วงละเมิดเด็กในลักษณะการร่วมเพศ การช่วยตัวเองร่วมเพศทางปาก กับผู้ใหญ่ ระดับ 10 ซาดิสต์ (Sadistic/Bestiality) บันทึบความเจ็บปวดของเด็ก หรือการร่วมเพศกับสัตว์ของเด็ก<sup>317</sup> ในกฎหมายสหรัฐได้กำหนดลักษณะการกระทำที่มีลักษณะรุนแรงไว้ในบทนิยามมาตรา 2256 (2) ว่า การกระทำทางเพศที่ชัดเจน (Sexually Explicit Conduct) หมายถึง การกระทำหรือแกล้งทำ ที่มีลักษณะ การร่วมเพศ, รวมถึงการใช้อวัยวะเพศกับอวัยวะเพศ ใช้ปากกับอวัยวะเพศ อวัยวะเพศกับ ทวารหนักหรือใช้ปากกับทวารหนัก ไม่ว่าจะกับเพศเดียวกันหรือต่างเพศก็ตาม การร่วมกับสัตว์ การสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง การกระทำที่ทารุณการแสดงอวัยวะสืบพันธุ์ของผู้ชาย ผู้หญิง หรือ บุคคลอื่น ส่วนในยุโรปจะมีการใช้ที่เรียกว่า Copine Scale ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับที่ระบุของ สหรัฐอเมริกา เหตุที่ต่างประเทศมีลักษณะการกระทำที่แยกแยะนั้นเช่นนี้เพื่อสะดวกในการแยกภาพ เปลือยบางประเภทที่อาจไม่เข้าข่ายเป็นภาพที่ผิดกฎหมายเนื่องจากทั้งในสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และสหพันธ์รัฐเยอรมัน ต่างพิจารณาลักษณะลามกอนาจารโดยพิจารณาถึงลักษณะที่มีการ กระตุ้นอวัยวะหรือความต้องการทางเพศเป็นหลัก ซึ่งภาพบางภาพแม้จะเป็นภาพเปลือย ก็อาจไม่ เป็นภาพที่ผิดกฎหมาย เช่น ภาพเปลือยมีลักษณะปิดบังบ้าง ภาพมีกิริยาไม่ส่อไปในทางยั่วยุ หรือภาพ ที่มีลักษณะคุณค่าทางเป็นศิลปะ ซึ่งก็ปรากฏในการเขียนไว้ในประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกา มาตรา ในมาตรา 1466A ว่า “ขาดคุณค่าด้านการประพันธ์ ศิลปะ การเมือง หรือวิทยาศาสตร์ อย่าง จริงจัง” ศาลอุทธรณ์โอไฮโอ ได้ตัดสินในคดี Youngstown v. DeLoreto (USA, 1969) เพื่อแยกแยะ เกี่ยวกับงานศิลปะว่า “ศิลปะที่แท้จริงบ่งบอกถึงความคิดที่ก้าวไกลเกี่ยวกับสภาพร่างกายของมนุษย์ ภาพอนาจารคือภาพของอวัยวะเพศและการใช้งานของพวกเขาโดยปราศจากความหมายอื่น ๆ” ซึ่ง การมีระดับของภาพดังกล่าวเพื่อสะดวกในการที่จะพิจารณาแยกแยะทั้งแก่เจ้าหน้าที่และศาล สำหรับ ประเทศไทยไม่มีการกำหนดการกระทำลักษณะทางเพศที่จะถือเป็นลามกอนาจารไว้ แต่มาตรฐาน ต่ำสุดที่ศาลถือว่าเป็นสื่อหรือภาพลามกอนาจารคือมีลักษณะให้เห็นอวัยวะเห็นเฉพาะถัน ส่วนของ ลับหรืออวัยวะเพศ มีการเปลือยหรือระบายไว้ ศาลถือว่ายังไม่เป็นภาพลามกอนาจาร<sup>318</sup> ซึ่งศาลไทยก็ดู ลักษณะท่าทางเช่นกัน แต่ศาลจะใช้คำว่า “ยั่วยุกามารมณ์”<sup>319</sup> “มีเจตนาช่วยยั่วให้บังเกิดความใคร่ ในทางกามารมณ์โดยตรง”<sup>320</sup> เป็นต้น หากประเทศไทยนำมาใช้ก็จะสามารถอำนวยความสะดวกให้แก่ ทุกฝ่ายที่จะพิจารณาแยกแยะได้ รวมทั้งประชาชนก็จะได้พิจารณาได้ว่าภาพอย่างไรที่ตนมีแล้วจะเป็น ความผิดด้วย

<sup>317</sup> Richard Wortley and Stephen Smallbone, *Child Pornography on the Internet Guide* (USA: Office of Community Oriented Policing Services, U.S. Department of Justice, 2006), p. 7.

<sup>318</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 978/2492, 1223/2508; โปรดดูหัวข้อ 2.2.3.3

<sup>319</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3510/2531

<sup>320</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6301/2533

การครอบครองสื่อลามกอนาจารนั้น ถ้าเป็นสื่อลามกอนาจารผู้ใหญ่ รัฐส่วนใหญ่จะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องถ้ามิใช่การผลิต เผยแพร่หรือจำหน่ายจ่ายแจก การครอบครองสื่อลามกอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาตรา 287/1 นั้นยังไม่มีคำพิพากษาศาลฎีกาตัดสินให้ความหมายไว้ แต่อย่างไรก็ตามศาลได้เคยตัดสินไว้ในคดีเกี่ยวกับอาวุธปืนซึ่งเป็นทรัพย์สินมิใช่ไม่มีความผิด เช่น “คำว่า “มี” ตามความหมายของพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ มาตรา 4 (6) หมายความว่า มีกรรมสิทธิ์ หรือมีไว้ในครอบครอง คำว่าครอบครองหาได้บัญญัติให้มีความหมายเป็นพิเศษอย่างใดไม่ ต้องถือว่ามี ความหมายตามกฎหมายทั่วไป การถือปืนอยู่ชั่วขณะแล้วต้องส่งคืนเป็นการยึดถือปืน แต่มิได้มีเจตนายึดถือเพื่อตนหาเป็นการครอบครองไม่”<sup>321</sup> “จำเลยเป็นแต่เพียงยึดถือไว้แทนเจ้าของเท่านั้น มิได้ยึดถือเพื่อตน แม้การยึดถือปืนจะมีระยะเวลา 3-4 วัน มิใช่เพียงชั่วขณะหนึ่ง แต่เมื่อไม่มีพฤติการณ์พิเศษที่จะแสดงให้เห็นว่าจำเลยมีเจตนายึดถือเพื่อตน จึงถือไม่ได้ว่าจำเลยเป็นผู้ครอบครองปืนของกลางอันเป็นความผิดตามฟ้อง”<sup>322</sup> ในกรณีที่ทรัพย์สินนั้นมีไว้ เป็นความผิดตามกฎหมาย เช่น “ยาเสพติด ศาลได้พิพากษาไว้ เช่น จำเลยที่ 1 นำเฮโรอินมาให้ ว. โดยส่งผ่านจำเลยที่ 2 จำเลยที่ 2 รับเฮโรอินจากจำเลยที่ 1 แล้วส่งผ่านให้ ว.ทันที การกระทำของจำเลยที่ 1 เป็นความผิดฐานจำหน่ายเฮโรอิน ส่วนการกระทำของจำเลยที่ 2 เป็นความผิดฐานมีเฮโรอินไว้ในครอบครองโดยมิได้รับอนุญาต”<sup>323</sup> “จำเลยให้เพื่อนไปซื้อเฮโรอินมาแล้วจำเลยนำเฮโรอินไปมอบให้เจ้าพนักงานตำรวจเพื่อให้จับกุมตนในข้อหา มีเฮโรอินไว้ในครอบครองโดยมิได้รับอนุญาตเพื่อประชดบิดา เป็นการหาเฮโรอินมาเป็นของกลางเพื่อให้ถูกจับกุมมิใช่เจตนาจะยึดถือเฮโรอินไว้ในครอบครอง การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นความผิด”<sup>324</sup> “การมีไว้ในครอบครองซึ่งเมทแอมเฟตามีนอันเป็นยาเสพติดให้โทษ คำว่ามีไว้ในครอบครองนั้น พ.ร.บ. ยาเสพติดให้โทษฯ มิได้บัญญัติให้มีความหมายพิเศษจึงต้องถือว่ามี ความหมายทั่วไปว่า คือการมีเมทแอมเฟตามีนอยู่ในความยึดถือหรือปกครองดูแล โดยรู้ว่าเป็นยาเสพติดให้โทษเท่านั้น การที่จำเลยที่ 1 ร่วมกับจำเลยที่ 2 และที่ 3 ร่วมแบ่งบรรจุเมทแอมเฟตามีนของกลาง แม้เมทแอมเฟตามีนของกลางจะไม่ใช่ของจำเลยที่ 1 ก็ถือได้แล้วว่าจำเลยที่ 1 ร่วมกับจำเลยที่ 2 และที่ 3 มีเมทแอมเฟตามีนของกลางมีปริมาณคำนวณเป็นสารบริสุทธิ์ได้ 2.25 กรัม ไว้ในครอบครอง”<sup>325</sup>

จากคำพิพากษาข้างต้นจะเห็นว่า การครอบครองยาเสพติด แม้จะมีได้ยึดถือไว้เพื่อตนเอง เพียงแต่รับมาแล้วส่งต่อหรือมีเพียงเล็กน้อย เช่น มีติดอยู่ที่เข็มฉีดยา (ซึ่งอาจจะพิเศษและมีได้มีเจตนาจะครอบครองแล้ว) ศาลก็ยังวินิจฉัยว่าเป็นการครอบครองยาเสพติดแล้ว ซึ่งต่างกับการครอบครองอาวุธปืน ซึ่งเป็นทรัพย์สินที่มีไว้ไม่มีความผิดหากไม่เจตนายึดถือเพื่อตนแล้ว ศาลก็จะไม่วินิจฉัยว่าเป็นการครอบครองแต่อย่างใด นอกจากนี้กฎหมายยาเสพติดไม่ได้กำหนดความหมายของคำว่าครอบครองไว้ ศาลจึงใช้ในบริบทตามความหมายทั่วไปดังที่วินิจฉัยในคดียาเสพติดข้างต้น เช่นเดียวกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กกฎหมายก็ได้กำหนดบทนิยามคำว่า “ครอบครอง”

<sup>321</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 711/2509

<sup>322</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2264/2521; โปรดดูหัวข้อ 2.4.3.3

<sup>323</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1663/2531

<sup>324</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 760/2535

<sup>325</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6789/2551

ไว้ จึงต้องใช้ในการความหมายทั่วไป คือในทางกายภาพต้องอยู่ในความยึดถือปกครองดูแล และในทางจิตใจ ต้องรู้ว่าสิ่งนั้นคือสิ่งลามกอนาจารเด็ก อย่างไรก็ตาม การตีความกฎหมายต้องดูวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของกฎหมายแต่ละฉบับประกอบด้วย

การครอบครองโดยทั่วไปก่อนจะมีรูปแบบในการใช้ในระบบอินเทอร์เน็ตหมายถึง การเป็นเจ้าของหรือการควบคุมบางสิ่งบางอย่างทางกายโดยการมีอำนาจควบคุมปกครองดูแลทรัพย์สินนั้นและมีเจตนาจะครอบครองทรัพย์สินนั้น แต่ในการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กนั้น ส่วนใหญ่จะเกี่ยวข้องกับการใช้คอมพิวเตอร์ ซึ่งเป็นการเก็บข้อมูลไว้ในฮาร์ดไดรฟ์คอมพิวเตอร์หรืออุปกรณ์จัดเก็บข้อมูลหรือสิ่งอื่น ๆ ที่คล้ายกัน เป็นการเปลี่ยนแปลงการจัดเก็บข้อมูลที่ควบคุมทางกายภาพไปจนสู่การจัดเก็บในระบบดิจิทัล ซึ่งเน้นไปที่การควบคุมมากกว่าการครอบครองทางกายภาพที่แท้จริง ถ้าผู้กระทำจัดเก็บข้อมูลไว้ในคอมพิวเตอร์หรืออุปกรณ์จัดเก็บและสิ่งเหล่านี้อยู่ในความครอบครองควบคุมของผู้กระทำนั้นคือการครอบครองควบคุมตามความเป็นจริง แต่ข้อมูลอาจไม่ได้อยู่ที่จะครอบครองทางกายภาพ เช่น การควบคุมระยะไกลผ่านทางโปรแกรมต่าง ๆ รวมทั้งการเข้าใช้อินเทอร์เน็ต ซึ่งมีลักษณะการควบคุมที่แตกต่างจากการครอบครองควบคุมในทางกายภาพ การครอบครองในระบบอินเทอร์เน็ตจึงมีแนวคิดที่เน้นไปทางการควบคุมมากกว่าการครอบครองจริงทางกายภาพ แนวคิดนี้ขยายรูปแบบการครอบครองที่ว่าจะต้องมีการครอบครองสิ่งนั้น ๆ ตามความเป็นจริง ให้รวมถึงการที่ไม่ได้ครอบครองตามความเป็นจริงแต่ผู้กระทำมี “สิทธิเด็ดขาดหรือมีอำนาจ” (Exclusive Right or Power) ที่จะเข้าควบคุมได้ เช่น ผู้กระทำสามารถที่จะจัดการย้ายภาพทางไกลเพราะเขาเป็นผู้ดูแลควบคุมเว็บไซต์เผยแพร่ไฟล์ที่เกี่ยวข้อง นอกจากนี้ ยังมีบทบัญญัติ “การเข้าถึงหรือพยายามเข้าถึงเนื้อหาบนเว็บไซต์” (Accessing or Attempting to Access Material on a Website) เหตุผลคือแม้ผู้กระทำจะไม่สามารถควบคุมหรือลบไฟล์ต้นฉบับ แต่เขาก็สามารถบันทึก คัดลอกหรือดูไฟล์ดังกล่าวได้ ดังนั้นจึงต้องควบคุมการกระทำดังกล่าวนี้ด้วย<sup>326</sup> การกระทำดังกล่าวนี้จึงถือเป็นการครอบครองเพราะมีการควบคุมไฟล์หรือภาพเหล่านี้แล้ว ดังนั้น “การดูเว็บไซต์” “การคัดลอก” “การบันทึก” จึงถือเป็นการครอบครอง แล้ว แต่อย่างไรก็ตามการที่จะพิจารณาว่าเป็นการครอบครองหรือไม่ ยังมีข้อพิจารณาอีกว่า ผู้กระทำรู้ข้อเท็จจริงหรือไม่ว่าวัตถุหรือภาพนั้นคือภาพลามกอนาจารเด็ก หากรู้ ก็ถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมาย ตัวอย่างในคดีนี้คือคำตัดสินของศาลสหพันธรัฐเยอรมัน<sup>327</sup>

การครอบครองสื่อลามกอนาจารในกฎหมายสหราชอาณาจักร และสหรัฐอเมริกา นั้น ศาลใช้หลักการในลักษณะการครอบครองทั่วไป คือต้องมีการควบคุมทางกายภาพและต้องรู้สิ่งที่คุณครอบครองอันเป็นองค์ประกอบภายในด้วย การครอบครอง หมายถึงรวมถึง ทั้งสองอย่าง คือ การครอบครองทางกาย และทางจิตใจคือเจตนาองค์ประกอบทางกายภาพคือบุคคลต้องสามารถในการควบคุมดูแลภาพที่เก็บไว้ในอุปกรณ์เพื่อครอบครองภาพดังกล่าว ซึ่งบุคคลดังกล่าวต้องสามารถที่จะเรียกหรือค้นข้อมูลเหล่านั้นได้ เช่น สามารถนำขึ้นหน้าจอ ทำสำเนา หรือส่งให้คนอื่นสำหรับสหพันธรัฐเยอรมัน การครอบครองต้องมีทางกายภาพและต้องมีเจตนาที่จะครอบครองเช่นกัน

<sup>326</sup> Sungmi Park and others, *op. cit.*, p. 9.

<sup>327</sup> โปรดดูหัวข้อ 3.4.1.3 (1)

ในการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287/1 นอกจากจะระบุการครอบครอง แล้วยังระบุเจตนาพิเศษ คือ “เพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น” ซึ่งคำว่า “เพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น” ในความหมายทั่วไป รวมถึง การค้าประเวณีเด็ก การท่องเที่ยวเพื่อมีเพศสัมพันธ์เด็ก การค้ามนุษย์ และสื่อลามกอนาจารเด็กด้วย เหตุที่มีการเขียนเช่นนี้เนื่องจากผู้ร่างต้องการให้แยกจากเจตนาอื่น ๆ เช่น ภาพถ่ายเด็กที่มีลักษณะที่พ่อแม่กำลังอาบน้ำ ภาพลักษณะเช่นนี้ได้มีเจตนาเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับเด็ก ซึ่งหากพิจารณาในกรณีของต่างประเทศนั้นไม่ว่าจะเป็นสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และสหพันธ์รัฐเยอรมัน มิได้เขียนเจตนาพิเศษนี้ไว้ แต่อาศัยแยกแยะเป็นลักษณะของภาพที่มี “ลักษณะกระตุ้นอารมณ์ทางเพศ” หรือ “ยั่ววนทางอารมณ์เพศ” โดยดูลักษณะการวางท่าทางของบุคคลในภาพ เป็นการแยกแยะ ซึ่งมีหลักง่าย ๆ คือ เป็นการกระทำที่ผิดธรรมชาติหรือไม่ เช่น ซึ่งลักษณะของการเน้นตรงบริเวณอวัยวะเพศ หรือหัวหน้า เป็นต้น ซึ่งก็อยู่ในความหมายของคำว่า “ลามกอนาจาร” นั่นเอง ดังนั้น ภาพที่มีลักษณะที่ไม่ได้แสวงหาประโยชน์ในทางเพศ สำหรับตนเองหรือผู้อื่น จึงไม่ใช่ภาพที่ผิดกฎหมายตามมาตรานี้

กรณีเกิดเหตุการณ์ที่ผู้ครอบครองไม่ทราบหรือไม่รู้ว่าสื่อลามกอนาจารเกิดขึ้น เนื่องจากการใช้คอมพิวเตอร์ ในกรณีของการมี Cache, หรือมี ป๊อปอัพ Pop-Up ขึ้นมาหากพิจารณาตามข้อเจตนาจะเห็นชัดเจนว่า ผู้กระทำมิได้มีเจตนาที่จะแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ส่วนในกรณีเมื่อเปิดและลบแล้ว ถ้าไม่ใช่โปรแกรมคอมพิวเตอร์อื่นหรือใช้วิธีการนิตคอมพิวเตอร์ กู้ข้อมูลขึ้นมาแล้วจะไม่สามารถดูได้ และผู้ใช้ไม่มีความรู้ที่จะกู้ข้อมูลดังกล่าว การที่เจ้าหน้าที่กู้ขึ้นมาไม่อาจถือได้ว่าอยู่ในความครอบครองของเจ้าของหรือผู้ใช้คอมพิวเตอร์เครื่องนั้นและไม่อาจฟังได้ว่าในขณะนั้นเจ้าของหรือผู้ใช้คอมพิวเตอร์ มีสื่อลามกไว้เพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศ สำหรับตนเองหรือผู้อื่น เพราะไม่รู้ถึงองค์ประกอบความผิดจึงไม่อาจเป็นการครอบครองตามมาตรานี้เพราะผู้ใช้มิได้มีเจตนาจะเข้าดูแต่อย่างไร แต่อย่างไรก็ตามหากผู้เข้าไปในเว็บไซต์ผู้ใหญ่รู้อยู่แล้วว่าจะมีป๊อปอัพ (Pop-Up) ลักษณะภาพลามกอนาจารเด็กขึ้นมา ดังนี้ถือว่าเป็นการทำ (Make) และการครอบครอง (Possession) แล้ว<sup>328</sup> แต่ถ้ามีการเข้าดูแล้วมี Cache บันทึกข้อมูลอัตโนมัติ ภาพหลังผู้ใช้มีการลบกรณีถือว่า มีการครอบครองแล้วเพราะผู้ใช้รู้อยู่แล้วว่ามีการบันทึกเป็นแคชไว้ในอัตโนมัติที่ตั้งค่าสหราชอาณาจักรได้พิพากษาไว้ในคดี *Atkins v. DPP*<sup>329</sup> ในการลบไฟล์นั้น ถ้ามีการลบออกไปแล้วไออยู่ในถังขยะ (Recycle Bin) จากนั้นได้ไปลบซ้ำที่ ถังขยะ (Recycle Bin) ถ้าผู้ลบไม่ได้มีความสามารถที่จะดึงข้อมูลเหล่านั้นกลับมาได้ เพราะไม่รู้วิธีการเนื่องจากเป็นเทคนิคทางคอมพิวเตอร์ จึงถือไม่ได้ว่าจำเลยยังคงครอบครองสื่อลามกอนาจารอยู่ คำพิพากษาศาลสหราชอาณาจักร ในคดี *Porter R.*<sup>330</sup> อย่างไรก็ตาม การลบภาพก็ถือว่าเป็นการควบคุมอย่างหนึ่งด้วย

การแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น เป็นเจตนาพิเศษและภายในจิตใจของผู้กระทำ ในการดำเนินคดี จะพิสูจน์เจตนาของผู้กระทำได้อย่างไร เช่น นายเอก ได้รับภาพลามก

<sup>328</sup> คำพิพากษาศาลสูงสหราชอาณาจักร *R v. Harrison* (2008) 1 Cr App R 29

<sup>329</sup> โปรดดูหัวข้อ 3.2.1.5 (1)

<sup>330</sup> โปรดดูหัวข้อ 3.2.1.5

อนาจารเด็กทางไลน์ นายเอกส่งภาพต่อให้นายอัน กรณีเช่นนี้ นายเอกเพียงมองแล้วส่งต่อจะถือว่า นายเอกแสวงหาประโยชน์ในทางเพศหรือไม่ และผู้ที่รับ คือ นายอัน เราจะพิสูจน์ได้อย่างไรในกรณีที่ว่า “เพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับผู้อื่น” ในการส่งของนายเอกให้นายอัน แต่อย่างไรก็ตาม แม้จะพิสูจน์เจตนาในการแสวงหาประโยชน์ในทางเพศของนายเอกไม่ได้ แต่นายเอกก็อาจมีความผิดฐานนำเข้าสู่ลามกอนาจารในระบบคอมพิวเตอร์ ตามพระราชบัญญัติคอมพิวเตอร์มาตรา 14(5) ในกรณีเดียวกันนี้หากเป็นที่ศาลสหราชอาณาจักรนอกจากจะเป็นการครอบครองแล้ว การส่งต่อยังเป็นการ “ทำขึ้น” ซึ่งภาพลามกอนาจารเด็กด้วย แต่กฎหมาย สหราชอาณาจักรได้กำหนดให้การ “ทำขึ้น” ซึ่งภาพลามกอนาจารเด็กเป็นความผิด<sup>331</sup> เช่นเดียวกับสหรัฐอเมริกา<sup>332</sup> และสหพันธรัฐเยอรมัน<sup>333</sup> ซึ่งการทำขึ้นของแต่ละประเทศดังกล่าวนี้ไม่ได้ต้องการเจตนาอย่างอื่นแต่มีลักษณะเหมือนการผลิตยาเสพติด ผู้ใดกระทำให้ขึ้นมีความผิด ซึ่งแตกต่างจากประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287/1 ที่บัญญัติไว้ว่า “เพื่อความประสงค์แห่งการค้า หรือโดยการค้าเพื่อการแจกจ่ายหรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน ทำ ผลิต มีไว้ . . .” ซึ่งต้องการเจตนาพิเศษเช่นคือ “เพื่อความประสงค์ทางการค้าหรือโดยการค้า” ดังนี้ หากเป็นการผลิตที่ไม่ประสงค์ทางการค้าก็จะเป็นความผิดตามมาตรานี้ การบัญญัติกฎหมายเช่นนี้มุ่งเน้นไปที่เฉพาะการค้าหรือโดยการค้า ซึ่งไม่สอดคล้องกับพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็กและสื่อลามกเด็กมุ่งขจัดความรุนแรงที่กระทำต่อเด็ก ข้อ 3(ข) ที่ว่า การการผลิต การแจกจ่าย การเผยแพร่ การนำเข้า การส่งออก การเสนอ การขาย หรือการครอบครองเพื่อความมุ่งประสงค์ดังกล่าว ซึ่งสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็กตามนิยามในข้อ 2 จะต้องถูกกำหนดให้มีโทษทางอาญา ซึ่ง “การการผลิตหรือทำขึ้น” ในข้อนี้หาจำต้องมีวัตถุประสงค์ใดไม่

ในสหราชอาณาจักรมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นหลักอยู่ 2 ฉบับ คือ The Protection of Children Act 1978 ซึ่งมาตรา 1(1) กำหนดความผิดเกี่ยวกับการถ่าย, ทำ (Make), แจกจ่าย (Distribute) และการแสดง (Show) และโฆษณา (Advertisement) ภาพลามกอนาจารเด็กหรือภาพเสมือนจริง (Pseudo-Photographs) ซึ่งอาจมีโทษจำคุกสูงถึง 10 ปี ซึ่งมี และ The Criminal Justice Act 1988 มาตรา 160(1) เป็นกฎหมายที่กำหนดความผิดเกี่ยวกับการครอบครองภาพลามกอนาจารเด็กหรือภาพเสมือนจริงของเด็ก (Pseudo-Photographs) ไม่ว่าด้วยวัตถุประสงค์ใดเป็นความผิด ซึ่งมีโทษสูงสุดจำคุกไม่เกิน 5 ปี วัตถุประสงค์ของ The Protection of Children Act 1978 นั้น เพื่อป้องกันการมีส่วนร่วมของเด็กในการผลิตภาพหรือภาพยนตร์ลามกอนาจารเด็ก และลดการค้าหรือการครอบครองลง ดังนั้น เป้าหมายคือกระบวนการถ่ายหรือผลิตภาพที่ไม่ใช่ภาพของตัวเอง และการครอบครองทำให้เพิ่มความต้องการทำให้มีการผลิตเนื้อหาที่ทำให้เกิดการก่ออาชญากรรมกับเด็ก จึงมีการควบคุมตามกฎหมายดังกล่าว นอกจากนี้ยังมีกฎหมายที่เพิ่มเติมเข้ามาใหม่คือ the Coroners and Justice Act 2009 (มีผลบังคับใช้ 6 เมษายน 2553) ซึ่ง

<sup>331</sup> มาตรา 1 The Protection of Children Act 1978

<sup>332</sup> U.S. Code มาตรา 2251, 2252, ในสหรัฐอเมริกากฎหมายยังกำหนดให้ผู้มีส่วนร่วมหรือผู้ปกครองดูแล ซึ่งอนุญาตหรือรู้เห็น ในการผลิตภาพลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดด้วย

<sup>333</sup> มาตรา 184b, 184c แห่งประมวลกฎหมายอาญา

เป็นกฎหมายที่ห้ามเกี่ยวกับภาพที่กระทำทารุณกรรมเด็กที่เป็นภาพทำจากคอมพิวเตอร์, ภาพการ์ตูนมังงะ (ญี่ปุ่น), ภาพการ์ตูนที่มีกิจกรรมทางเพศ, ภาพวาด รวมถึงภาพที่ทำทารุณกรรมเด็ก ซึ่งเนื้อหาส่วนใหญ่เป็นการกระทำที่รุนแรง เช่นการมีกิจกรรมทางเพศ การร่วมเพศทางปาก หรือทางทวาร หรือกับสัตว์ ซึ่งกฎหมายนี้ยังกำหนดให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าได้ผลิตขึ้นมาโดยวัตถุประสงค์อย่างเดียวคือกระตุ้นความต้องการทางเพศ<sup>334</sup> สำหรับวัตถุประสงค์ของกฎหมายนี้ เป็นภาพเสมือนจริงที่ห้ามเผยแพร่หรือแจกจ่าย ภาพที่มีลักษณะกฎหมายนี้มีอัตราโทษสองปี หรือกว่านั้น นอกจากนี้ ยังมีกฎหมาย Criminal Justice and Immigration Act 2008 มาตรา 63 ซึ่งกำหนดความผิดเกี่ยวกับความผิด เกี่ยวกับภาพที่ลักษณะการกระทำรุนแรงในทางเพศที่เรียกว่า “Extreme Pornographic Images” ซึ่งได้แก่ ภาพข่มขู่หรือคุกคาม ต่อชีวิตของบุคคล ภาพที่เป็นการกระทำที่มีผลหรือมีแนวโน้มที่จะทำให้ได้รับอันตรายสาหัสที่ทวารหนัก, หน้าอก, อวัยวะเพศ ภาพที่มีการกระทำทางเพศกับศพของมนุษย์หรือภาพบุคคลที่กระทำ, การร่วมประเวณี หรือการร่วมประเวณีทางปาก ร่วมประเวณีกับสัตว์ (ไม่ว่าจะตายหรือมีชีวิตอยู่) เป็นต้น กฎหมายนี้มาตรา 63(3) ได้กล่าวว่า “ภาพลามกอนาจารเป็นภาพที่มีลักษณะรุนแรง โดยธรรมชาติให้สันนิษฐานไว้ก่อนเป็นการผลิตขึ้นโดยวัตถุประสงค์เพื่อกระตุ้นความต้องการหรือเร้าอารมณ์ทางเพศเท่านั้น”

ลักษณะคำพิพากษาลักษณะต่าง ๆ ของศาลสหราชอาณาจักร

1) การดาวน์โหลด (Downloading) และปริ้น (Printing) เป็นการสร้างภาพใหม่ (Make) โดยการทำสำเนาในแผ่นดิสก์โดยการดาวน์โหลด และเป็นการสำเนาโดยการพิมพ์ออกมา (R v. Bowden [2000] 1 Cr App. R. 438))

2) การเปิดและแนบไฟล์ภาพไปกับอีเมล เป็นการสร้างภาพใหม่ (Make) โดยการทำสำเนา (R v. Smith [2002] 1 Cr. App. R. 13)

3) การดาวน์โหลดภาพจากเว็บไซต์ไปยังหน้าจอคอมพิวเตอร์เป็นการสร้างภาพใหม่ (Make) โดยการทำสำเนา (R v. Jayson [2002] 1 Cr. App. R. 13)

4) จัดเก็บรูปภาพหน่วยเก็บข้อมูลไดเร็กทอรีบนเครื่องคอมพิวเตอร์ เป็นการสร้างภาพใหม่ (Make) โดยการทำสำเนา (Goodland v. DPP [2000] 2 Cr. App. R. 248)

5) การเข้าถึงเว็บไซต์ที่มีภาพปรากฏโดยใช้กลไก “Pop-Up” โดยอัตโนมัติ (R v. Harrison [2008] 1 Cr. App. R. 29) เป็นการสร้างภาพใหม่ (Make) โดยการทำสำเนา

6) การที่สมาชิกเครือข่าย แชร์ไฟล์ Peer-to-Peer ดาวน์โหลดภาพจากอินเทอร์เน็ตแล้วแล้วนำมาวางในคอมพิวเตอร์ของผู้ถูกกล่าวหาเพื่อแสดงหรือแจกจ่ายให้กับผู้อื่นดู ศาลอธิบายว่า ความผิดตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2521 มาตรา 1 (1) (c) ที่ระบุว่า “With Intent To” เมื่อใช้ในพระราชบัญญัตินี้มีความหมายที่กว้างกว่า คำว่า “With Intent To” ด้วยเจตนาที่จะดู ไม่เพียงพอที่จะฟ้องร้องเพื่อพิสูจน์ว่าคนอื่น ๆ อาจจะเข้าถึงภาพ เป็นความผิดฐานมีรูปถ่ายดังกล่าวอยู่ในความครอบครองโดยมีจุดประสงค์เพื่อเผยแพร่โดยตนเองหรือผู้อื่น (Dooley [2005] EWCA Crim 3093)

<sup>334</sup> มาตรา 62 (3) the Coroners and Justice Act 2009

7) ผู้ที่เก็บภาพลามกอนาจารไว้ในคอมพิวเตอร์และให้สิทธิ์บุคคลอื่นที่จะเข้าดูทางอินเทอร์เน็ตด้วยพาสเวิร์ด (Password) ที่จัดให้ เป็นผู้ครอบครอง เป็นความผิดฐานมีรูปถ่ายดังกล่าวอยู่ในความครอบครองโดยมีจุดประสงค์เพื่อเผยแพร่โดยตนเองหรือผู้อื่น (R v. Fellows and Arnold [1997] 1 Cr. App. R. 244)

และได้มีข้อกำหนดข้อยกเว้นเป็นข้อต่อสู้ไว้ในมาตรา 1(4)<sup>335</sup> ว่าบุคคลซึ่งกระทำความผิดภายใต้มาตรา 1(1)(b)(c) ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้ถ้าสามารถพิสูจน์ได้ว่า (a) มีเหตุผลที่ชอบด้วยกฎหมายที่จะแจกจ่าย หรือแสดงภาพหรือภาพที่ทำปลอมขึ้นที่เสมือนจริง (แล้วแต่กรณี) หรือ มีไว้ในครอบครอง หรือ (b) เขาไม่เคยดูภาพหรือภาพที่เสมือนจริงดังกล่าวและไม่รู้ หรือไม่มีอันเหตุสงสัยว่าจะเป็นภาพลามกอนาจารดังกล่าว

ข้อต่อสู้ไม่ใช่หน้าที่ของโจทก์ที่จะต้องพิสูจน์ว่าจำเลยรู้ว่าภาพถ่ายที่ครอบครองอยู่นั้นเป็นภาพลามกอนาจารเด็ก มิฉะนั้นข้อต่อสู้ตาม 1 (4) (b) PCA 1978 จะไม่มีวันที่จะนำมาใช้ได้ (ดู: R v Collier [2005] 1 Cr. App. R. 9 และ section on Statutory Defenses)

และมาตรา 1A ยังกำหนดเกี่ยวกับข้อต่อสู้ในการมีความสัมพันธ์ในครอบครัวและภาพตนเองเนื่องจากวัตถุประสงค์ในกฎหมายนี้เป็นการป้องกันการผลิตและเผยแพร่ที่กระทำต่อเด็กที่ไม่ใช่การกระทำต่อตนเองหรือคนที่เคยเป็นคนรักกันในฐานะสามีภรรยาหรือคู่รูปแบบอื่น ๆ ที่ใช้ชีวิตในฐานะครอบครัว หรือได้รับยินยอม โดยต้องเป็นบุคคลที่ถูกกระทำนั้นต้องเป็นบุคคลที่อายุตั้งแต่ 16 ปีขึ้นไป และมาตรา 1 b ได้กำหนดข้อยกเว้นสำหรับผู้ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีอาญา การสืบสวนและเหตุผลอื่น

ในสหรัฐอเมริกา มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กหลายฉบับ ซึ่งประมวลไว้ในประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา หมวด 18 ได้แก่

มาตรา 1466A สื่อแสดงภาพการล่วงละเมิดทางเพศเด็ก (Obscene Visual Representations of the Sexual Abuse of Children)

มาตรา 2251 การแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็ก (การผลิตภาพลามกอนาจารเด็ก) (Sexual Exploitation of Children (Production of Child Pornography))

มาตรา 2251A การซื้อขายเด็ก (Selling and Buying of Children)

มาตรา 2252 กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการแสวงหาประโยชน์จากวัสดุลามกอนาจารเด็ก (Certain Activities Relating to Material Involving the Sexual Exploitation of Minors) ซึ่ง ได้แก่ การครอบครอง (Possession) การแจกจ่าย (Distribution) และการรับ (Receipt) ภาพลามกอนาจารเด็ก

มาตรา 2252A กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับสิ่งที่มีบรรจหรือมีเนื้อหาเกี่ยวกับภาพลามกอนาจาร

---

<sup>335</sup> 1(4) Where a person is charged with an offence under subsection (1)(b) or (c), it shall be a defence for him to prove—

(a) that he had a legitimate reason for distributing or showing the photographs or pseudo-photographs or (as the case may be) having them in his possession; or (b) that he had not himself seen the photographs or pseudo-photographs and did not know, nor had any cause to suspect, them to be indecent.

เด็ก (Certain Activities Relating to Material Constituting or Containing Child Pornography) มาตรา 2256 เป็นมาตราที่อธิบายความหมายของจำกัดความต่าง ๆ (Definitions) ความผิดที่กำหนดไว้ในกฎหมายเหล่านี้ ได้แก่ การผลิต (Production) การโฆษณา (Advertising) การแจกจ่าย (Distribution) การขนส่ง (รวมทั้งการจัดส่งหรือจัดส่ง) (Transportation) การนำเข้า (Importation) การรับ (Receipt) การชักชวน (Solicitation) และการครอบครองภาพลามกอนาจารเด็ก (Possession) รวมทั้งการกระทำความผิดเกี่ยวกับ “Morphing”<sup>336</sup> การกระทำความผิดถึงการพยายามกระทำความผิดด้วย

สำหรับวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้น ศาลได้กล่าวไว้ในคดี Osborne v. Ohio<sup>337</sup> ว่า “ได้ออกกฎหมายขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการปกป้องเด็กทั้งทางร่างกายและจิตใจของเด็กและทำลายตลาดสำหรับการหาประโยชน์จากเด็กโดยการลงโทษใครก็ตามที่ครอบครองและดูวัสดุลามกอนาจารเด็ก”

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลสหรัฐอเมริกา

1) ไม่มีใครจะมีความผิดฐานครอบครองเพียงแค่การเรียกดูภาพบนเว็บไซต์ซึ่งก่อให้เกิดภาพที่จะถูกจัดเก็บโดยอัตโนมัติในแคช เบราวเซอร์ โดยปราศจากเจตนาที่จะบันทึกหรือดาวน์โหลดภาพไว้ (US v. Stulock, 308 F.3d 922 (8<sup>th</sup> Cir. 2002))

2) มีภาพลามกอนาจารเด็กในไฟล์แคช (Cache) คอมพิวเตอร์ โดยจำเลยไม่รู้และไม่รู้วิธีการนำกลับมาใช้ มีเป็นความผิดฐานครอบครอง Barton v. The State (2007)

3) จำเลยเพียงแต่ดูภาพลามกอนาจารเด็กจึงมีภาพลามกอนาจารเด็กในไฟล์แคช (Cache) คอมพิวเตอร์จำเลยยืนยันว่าลบไฟล์ในแคชออกแล้ว จำเลยรับว่าเขารู้ว่าการค้นหาจะทำให้คอมพิวเตอร์บันทึกแคชอัตโนมัติ จำเลยสามารถเข้าถึงไฟล์นี้ได้ จำเลยมีความผิดฐานครอบครอง United States of America v. Jeffrey Tucker (2002)

4) จำเลยเพียงแต่ดูภาพลามกอนาจารเด็กจึงมีภาพลามกอนาจารเด็กในไฟล์แคช (Cache) จำเลยลบภาพจากไฟล์แคชคอมพิวเตอร์ เขาไม่มีโปรแกรมที่สามารถกู้คืนได้ เขาจึงไม่ได้ควบคุมศาลแย้งว่าถึงไม่สามารถกู้คืนเขาก็สามารถควบคุมภาพได้โดยการลบ (การควบคุมคือการควบคุมภาพ) จำเลยจึงมีความผิดฐานครอบครองภาพลามกอนาจารเด็ก United States of America v. Gregory J. Shiver (2008)

จากคำพิพากษาข้างต้นจะเห็นว่าศาลสหรัฐอเมริกา ได้ตัดสินโดยถือหลักการครอบครองที่ว่า การควบคุมทางกายและรู้ข้อเท็จจริงในการในการครอบครอง (Knowing Possession) คำพิพากษาดังกล่าวจึงออกมาในลักษณะแตกต่างกัน

ข้อต่อยกเว้นสำหรับกฎหมายสหรัฐอเมริกาได้กำหนดไว้มาตรา 1466A(e), 2252(c), 2252A(d) ในทำนองเดียวกัน คือ (1) ได้ครอบครองสื่อแสดงภาพดังกล่าวน้อยกว่า 3 ภาพ และ (2) กระทำทันทีที่และโดยสุจริตและโดยไม่ให้บุคคลอื่นนอกจากเจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมายเข้า ถึงสื่อ

<sup>336</sup> ซึ่งหมายถึง การนำภาพมาตกแต่งด้วยโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ไม่ว่าจะนำหลาย ๆ ภาพมาใส่ไว้ในภาพเดียวกันหรือตัดบางส่วนของภาพออก บิดเบือนภาพจากความเป็นจริง หรือสร้างภาพปลอม การแปลงรูป

<sup>337</sup> Osborne v. Ohio, 495 U.S. 103 (1990) No. 88-5986 (U.S. Supreme Court)

แสดงภาพดังกล่าว คือ ดำเนินการทำลายสื่อแสดงภาพดังกล่าว หรือแจ้งให้หน่วยงานบังคับใช้กฎหมาย และให้หน่วยงานดังกล่าวเข้าถึงสื่อแสดงภาพดังกล่าว

และถึงปัจจุบันในสหรัฐอเมริกาได้มีการร่างกฎหมาย<sup>338</sup> เกี่ยวกับค่าเสียหายสื่อลามกอนาจารเด็ก โดยให้เหตุผลว่า การใช้ภาพอนาจารเด็กเป็นอันตรายต่อเด็กเนื่องจากการปลุกดันการผลิตสิ่งซึ่งเกี่ยวข้องกับการล่วงละเมิดทางเพศและการแสวงประโยชน์ทางเพศจากเด็กที่รุนแรงและมักไม่สามารถแก้ไขได้ ทั้งการดูภาพลามกอนาจารของเด็กทุกครั้งคือการทำให้ซ้ำของการล่วงละเมิดเด็ก และเด็กที่ถูกกระทำดังกล่าวมามีความทรงจำที่ทารุณ ทั้งหวาดระแวงเป็นภัยร้ายแรงต่อเนื่องอันเป็นมาจากมีบุคคลที่ไม่แน่นอนจำนวนมากเห็นภาพก่อให้เกิดความเดือดร้อน และอันตรายต่อเด็กเป็นอย่างมาก ดังนั้นเพื่อกำหนดให้มีการเยียวยาต่อผู้เสียหายจึงเห็นสมควรกำหนดการให้ชดเชยค่าเสียหายในการดำเนินคดีอาญาไปพร้อมกันดังในลักษณะของประมวลกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องกับการ ลักทรัพย์ ยักยอก หรือฉ้อโกงทรัพย์

ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยเพราะมีความเสียหายแก่เด็กเป็นระยะเวลานานและมีผลกระทบทั้งร่างกายและจิตใจ ในเรื่องของความเสียหายนั้นไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้และไม่อาจนำพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ ทำให้ยากที่จะกะคำนวณกำหนด ควรที่จะมีกฎหมายกำหนดค่าเสียหายขั้นต่ำโดยกำหนดเป็นค่าเสียหายในเชิงลงโทษ ทั้งผู้ผลิตและผู้ดู

ในสหพันธรัฐเยอรมันนี้ เป็นประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายและได้กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาโดยกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารไว้เป็นสองระดับคือคือเด็กคือบุคคลอายุต่ำกว่า 14 ปี โดยกำหนดไว้ในมาตรา 184 ยาวจนที่อายุตั้งแต่ 14-18 ปี โดยแยกเป็น ดังนี้

มาตรา 184b ได้กำหนดให้ การเผยแพร่ การแสดงต่อสาธารณชน นำเสนอหรือทำด้วยวิธีอื่นให้เข้าถึงได้ หรือ ผลิต, ใต้มา, จัดส่ง, จัดเก็บ, ให้หรือเสนอ ประกาศ แนะนำ หรือพยายามที่จะนำเข้าหรือส่งออก เพื่อนำไปใช้หรือทำสำเนาจากสื่อลามกตามความหมายหรือทำให้ง่ายหรือสะดวกในการใช้งานสื่อลามกอนาจารอื่น ไม่ว่าจะเป็ภาพ การเขียน หรือวัตถุอื่นใด ที่เกี่ยวข้องกักิจกรรมทางเพศที่ดำเนินการกับเด็ก ต่อหน้าเด็ก เป็นความผิด

1) ผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารที่มีลักษณะการทำกิจกรรมทางเพศของเด็กจริงหรือทำกิจกรรมทางเพศของเด็กเสมือนจริง ให้รับโทษเดียวกัน

2) รับเนื้อหาภาพลามกอนาจารของเด็กที่เกิดขึ้นจริงหรือเป็นกิจกรรมจริง

3) เป็นการกระทำเกี่ยวกับการค้าหรือหรือเป็นสมาชิกแก๊งที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อการกระทำความผิดภาพลามกอนาจารเด็กที่มีกิจกรรมทางเพศจริงหรือเสมือนจริงดังกล่าว

4) ผู้ใดครอบครอง “วัตถุที่เป็นลายลักษณ์อักษร” (Written Materials) ในประโยคที่ 1 จะต้องได้รับโทษเช่นเดียวกัน (คำว่า “วัตถุที่เป็นลายลักษณ์อักษร” (Written Materials) รวมถึงสื่อโสตทัศนภาพ (Audiovisual Media), สื่อบันทึกข้อมูลภาพยนต์ (Data Storage Media), ภาพทำจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (Illustrations) และอื่น ๆ)

มาตรา 184 C กำหนดไว้ทำนองเดียวกันกับมาตรา 184b แต่มีข้อแตกต่างเรื่องอายุของบุคคลตามมาตรานี้ คือ บุคคลอายุตั้งแต่ 14 ถึง 18 ปี และอัตราโทษที่ต่ำกว่ามาตรา 184b

<sup>338</sup> ร่างที่ H.R. 4963 7 กุมภาพันธ์ 2561

## ตัวอย่างคำพิพากษาศาลสหพันธ์เยอรมัน

1) จำเลยคลิกเข้าดูภาพลามกอนาจารเด็กโดยสมำเสมอโดยไม่รู้ว่า มีแคชบันทึกไว้ คอมพิวเตอร์อัตโนมัติ จำเลยไม่มีความรู้เกี่ยวกับแคชดังกล่าวไม่มีภาพที่บันทึกไว้ด้วย ศาลสูง (Oberlandesgericht, OLG) (ปี2552) ฮัมบูร์ก พิพากษาว่า การดูและดาวน์โหลด เป็นการเพียงพอที่จะฟังเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 184 โดยอธิบายถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่มุ่งเน้นในการแสวงหาการแสวงประโยชน์จากเด็ก

2) การที่จำเลยลบภาพออกจากแคชอินเทอร์เน็ตทันทีหลังจากดูหรือสามารถแสดงหลักฐานได้ว่าเขามีแผนที่จะทำดังกล่าว ไม่พอฟังว่าจำเลยมีเจตนาที่จะครอบครองภาพลามกอนาจารดังกล่าว ศาลสูง OLG Hamburg ให้เหตุผลว่า การลบภาพในแคชอินเทอร์เน็ต เป็นข้อเท็จจริงหนึ่งพิสูจนให้เห็นว่าขาดเจตนาที่จะครอบครอง หากการลบเป็นวางแผนตั้งแต่ต้นและดำเนินการทันทีและไม่กี่วันหลังจากผ่านไปแล้ว(Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Beschluss vom 11.11. 2008 - 1 – 53)

3) ศาลฎีกาสหพันธ์เยอรมัน (BGH) ได้อธิบายว่า การครอบครองจะมีขึ้นถ้า ผู้ใช้รู้ว่ามีการนำข้อมูลในแคชอินเทอร์เน็ตนั้น คือ การรู้ว่าจะสามารถนำกลับมาใช้ได้ จำเลยสองคนได้สร้างแบบฟอร์มอินเทอร์เน็ต (Platform) สำหรับผู้ที่มีจิตรักเด็ก (Pedophiles) และส่งเสริมสนับสนุนให้สมาชิกโพสต์ภาพที่รุนแรงสำหรับเด็ก ในห้องพูดคุย (Chat Room) เขาเชิญสมาชิกใหม่ให้สมัครสมาชิก สมาชิกได้พากันโพสต์และแชร์วีดีโอจำนวนมาก ในกรณี เป็นการแพร่หลาย (Obtaining) ซึ่งการครอบครองภาพลามกอนาจารเด็กไปยังผู้อื่น เพราะมีการส่งถึงของจำเลยทั้งสองไปยังสมาชิก จึงเป็นการครอบครองภาพลามกอนาจารเด็กแล้ว ศาลอธิบายว่า แคชอินเทอร์เน็ตไม่ใช่แคชในเครื่องคอมพิวเตอร์ ซึ่งมีความแตกต่างกับกรณีคดีของการลบแคชอินเทอร์เน็ตทันทีหลังจากดู, การดูภาพลามกอนาจารเด็กเป็นการแสวงหาประโยชน์บนอินเทอร์เน็ต เป็นการครอบครอง, ถ้าผู้ใช้สามารถที่จะนำข้อมูลคืนกลับมาและข้อมูลไม่ได้ลบทันทีจากอินเทอร์เน็ตแคช เป็นการอนุมานได้ว่าผู้ใช้สามารถที่จะนำข้อมูลกลับมาใช้ได้ภายหลัง จึงต้องถือว่าจำเลยมีเจตนาครอบครองดังกล่าว (คดี BGH, Urt. v. 18. January 2012 -2 StR 151/ 11)

ซึ่งศาลเยอรมันใช้หลักการครอบครองควบคุมทางกายภาพและรู้ข้อเท็จจริงในการครอบครอง โดยต้องมีเจตนาที่จะครอบครองควบคุมด้วย สำหรับข้อต่อสู้ตามกฎหมายเยอรมัน ได้กำหนดมาตรา 184B ได้กำหนดไว้ใน (5) มาตรา 184C ให้นำข้อต่อสู้ของมาตรามาใช้ด้วย ซึ่งมีข้อให้ยกขึ้นต่อสู้ได้คือการกระทำที่เพื่อปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายหรือ ตามวิชาชีพอย่างถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้น

จะเห็นว่าจากคำพิพากษาของศาลต่างประเทศได้ตีความพิจารณากฎหมายอย่างครอบคลุมในเกือบทุกอิริยาบถในการสื่อสารผ่านทางคอมพิวเตอร์ ไม่ว่าจะเป็นการดู การดาวน์โหลด แคชในคอมพิวเตอร์ การเซฟ การรับ การส่งต่อ การแนบไฟล์ในอีเมล ก็อาจถือว่าเป็นการครอบครอง ตามแนวคิด “สิทธิเด็ดขาดหรือมีอำนาจ” (Exclusive Right or Power) ที่จะเข้าควบคุมได้ รวมถึงทฤษฎี “การเข้าถึงหรือพยายามเข้าถึงเนื้อหาบนเว็บไซต์” (Accessing or Attempting to Access Material on a Website) เพราะแม้ผู้กระทำจะไม่สามารถควบคุมหรือลบไฟล์ต้นฉบับ แต่เขาก็สามารถบันทึก คัดลอกหรือดูไฟล์ดังกล่าวได้ จึงเป็นการครอบครองควบคุมตามแนวคิดและทฤษฎีที่กล่าวมาแล้ว

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

เมื่อพิจารณาคำนิยามตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1(17) และกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/1 และ 287/2 แล้ว เห็นว่ายังไม่สอดคล้องกับพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องการการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็กและสื่อลามกเด็ก เนื่องจากตามบทนิยามและเนื้อหาพิธีสารกำหนดให้สมาชิกกำหนดโทษให้ครอบคลุมถึงสื่อลามกเทียมหรือที่ตัดต่อหรือที่ขึ้นเสมือนจริงด้วย นอกจากนี้ ยังไม่ครอบคลุมถึงการผลิตโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าทำขึ้นมาเพื่อวัตถุประสงค์ใดเพราะการทำภาพลามกอนาจารเด็กเป็นการละเมิดเด็กหรือกระทำทารุณกรรมเด็กในตัวอยู่แล้วที่สำคัญกฎหมายนี้มุ่งเน้นไปที่ตัวการกระทำมิใช่รูปภาพที่เป็นผลที่เกิดจากการกระทำ ดังจะเห็นจากกฎหมายในต่างประเทศ ที่ได้แยกแยะรายละเอียดการกระทำไว้ในกฎหมายและกำหนดโทษแตกต่างกันในการกระทำตามความรุนแรง เพราะภาพเหล่านี้เปรียบเหมือนพยานหลักฐานในการก่ออาชญากรรมต่อเด็กและผู้เขียนเห็นว่า มีลักษณะเดียวกับยาเสพติดผู้ใดผลิตขึ้นมากี่มีความผิด จึงเห็นว่าพระราชบัญญัตินี้ยังไม่ครอบคลุมในทุกมิติและสอดคล้องกับพิธีสารแรกรับดังกล่าว แต่อย่างไรก็ดีก็ควรมีข้อยกเว้นบางประการให้กับผู้ที่ปฏิบัติหน้าที่หรือผู้ที่อาจเป็นเจ้าของภาพนั้นเองหรือบุคคลใกล้ชิด ได้รับการยกเว้น เนื่องจากกฎหมายนี้มุ่งคุ้มครองเด็กโดยไม่ให้ภาพเหล่านี้แพร่กระจายไปยังบุคคลอื่น ๆ ซึ่งไม่เกี่ยวกับตัวบุคคลในภาพนั้นเอง จึงเห็นควรเสนอแนะ ดังนี้

1) ควรกำหนดบทนิยามของคำว่า “สื่อลามกอนาจาร” ใหม่ให้รวมถึงภาพตัดต่อภาพเสมือนจริง ภาพการ์ตูน ภาพอิมเมจ ภาพวาด ภาพดิจิทัล หรือภาพที่ทำจากคอมพิวเตอร์ ไม่ว่าจะทำหรือผลิตโดยอิเล็กทรอนิกส์หรือสิ่งอื่น ๆ หรือครอบคลุมทุกมิติของภาพ โดยให้แก้ไขประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1(17) เป็นดังนี้ “สื่อลามกอนาจารเด็ก” หมายถึง “วัตถุ หรือสิ่งอื่นใด ที่แสดงให้รู้หรือเห็นถึงอวัยวะเพศ หรือร่างกายส่วนอื่นที่ส่อไปในทางเพื่อกระตุ้นความต้องการทางเพศ หรือการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็ก โดยรูป เรื่อง หรือลักษณะสามารถส่อไปในทางลามกอนาจาร ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพตัดต่อ ภาพเสมือนจริง ภาพการ์ตูน ภาพอิมเมจ ภาพวาด ภาพดิจิทัล หรือภาพที่ทำจากคอมพิวเตอร์ หรือสิ่งอื่นใด ไม่ว่าจะทำหรือผลิตโดยอิเล็กทรอนิกส์ ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือรูปแบบอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน และให้หมายความรวมถึงวัตถุหรือสิ่งต่าง ๆ ข้างต้นที่จัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้ และรวมถึงภาพตัดต่อ ภาพเสมือนจริง หรือภาพ ของเด็กด้วย”

2) ให้เพิ่มบทนิยามประมวลกฎหมายอาญา (17) ข้างต้น ให้มีวรรคสอง เป็น

เด็กตามวรรคแรก หมายถึงบุคคลที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี ไม่ว่าจะระบุตัวได้หรือไม่ระบุตัวได้หรือไม่ไม่ว่าจะมีตัวตนอยู่จริง

เด็กที่ระบุตัวได้หมายถึง บุคคลที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะในขณะที่สร้างภาพ, ตัดแปลงหรือปรับแต่ง หรือ ปรับปรุงเปลี่ยนแปลง หรือ ซึ่งลักษณะของผู้เยาว์ถูกใช้ในการสร้าง การปรับแต่ง หรือการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง

3) เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287/1 ยังไม่สอดคล้องกับพิธีสารแรก รับว่าด้วยอนุสัญญาเด็กฯ เนื่องจากมีการกำหนดเจตนาพิเศษ “เพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศ สำหรับตนเองหรือผู้อื่น” และเจตนาของมาตรานี้ เพื่อจัดการครอบครองเพื่อป้องกันอันเป็นการสร้างความต้องการที่กระตุ้นให้เกิดการผลิต จึงเห็นควรแก้ไขมาตรานี้เป็นตัดเจตนาพิเศษ “เพื่อแสวงหาประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่นออก” เป็น “ผู้ใดครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก ต้องระวางโทษ . . .” ส่วนกรณีที่เกรงว่าอาจจะกระทบกับบุคคลที่มีหน้าที่หรือเจ้าของภาพจะมีความผิดไปด้วยเห็นว่าควรกำหนดไว้เป็นข้อยกเว้น

4) ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287/2 ยังมีเจตนาพิเศษ “เพื่อความประสงค์แห่งการค้าหรือโดยการค้า” เห็นว่า การผลิต จำหน่าย จ่ายแจกเผยแพร่หรือการกระทำใด ๆ เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก กฎหมายนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองเด็กในการนำเด็กไปผลิตหรือทำภาพขึ้นเป็นการจัดการทารุณกรรมต่อเด็ก การผลิตจึงเป็นวัตถุประสงค์หลัก ส่วนการจำหน่าย จ่ายแจกเผยแพร่เป็นวัตถุประสงค์โดยอ้อม เพื่อจัดการกระทำดังกล่าวให้หมดไปและภาพดังกล่าวเป็นภาพอาชญากรรมในการกระทำทารุณกรรมเด็กควรเป็นความผิดเช่นเดียวกับยาเสพติด ผู้ใดผลิตขึ้นหรือจำหน่ายจ่ายแจก จึงเป็นความผิดโดยไม่จำเป็นต้องมีเจตนาพิเศษ ควรตัดออก เห็นควรแก้ไขวรรคแรก (1) เป็นดังนี้

“มาตรา 287/2 ผู้ใด ถ่ายหรืออนุญาตให้ถ่ายภาพอนาจารของเด็ก ทำ ผลิต รับ แสดงอวดแก่ประชาชน นำเข้าหรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกป็นออก ราชอาณาจักร พาไปหรือยัง ให้พาไปหรือทำให้แพร่หลายโดยประการใด ๆ ซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็ก”

5) กำหนดข้อยกเว้นบางกรณี แก่ผู้ที่สามารถครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ โดยชอบ โดยแก้ไขเป็นวรรคสองของมาตรา 287/2 หรือแก้ไขเป็นมาตราใหม่ เป็นดังนี้

ถ้ามีเหตุผลโดยชอบที่จะมีภาพลามกอนาจารเด็กไว้ในครอบครองหรือมีไว้ เพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวน การพิเคราะห์คดีไม่ว่าจะเป็นคู่ความฝ่ายใด หรือไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรสงสัยว่าภาพดังกล่าวเป็นภาพลามกอนาจารเด็ก หรือ ได้รับอีเมลหรือไฟล์ภาพลามกอนาจารเด็กจากผู้อื่นโดยแจ้งให้ส่งมาและไม่ได้เก็บไว้ในเวลาอันควร หรือ

ถ้าเป็นสื่อลามกอนาจารของผู้ที่มีความสัมพันธ์ฉันท์สามีภรรยา ไม่ว่าจะชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือบุคคลใด ๆ ที่มีความสัมพันธ์กันในลักษณะคนรัก อย่างเป็นทางการหรือไม่ก็ตาม บุคคลนั้นก็ไม่มี ความผิด

6) เห็นควรกำหนดเพิ่มเติมกฎหมาย ให้พนักงานอัยการสามารถเรียกร้อง ค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายที่ปรากฏหรือคล้ายในสื่อลามกอนาจารเด็กได้ และให้ออกกฎหมายที่ กำหนดอัตราอย่างต่ำไว้ และให้ศาลสามารถกำหนดความเสียหายเป็นค่าเสียหายในเชิงลงโทษ แก่ ผู้กระทำความผิดให้แก่ผู้ที่ปรากฏในภาพหรือเสมือนในภาพ

7) ควรกำหนดบทลงโทษ ให้มีการริบสื่อลามกอนาจารเด็กรวมทั้งให้สามารถสั่งหรืออุปกรณ์ที่บรรจุหรือสิ่งสามารถแปลงหรือทำให้ปรากฏเป็นสื่อลามกอนาจารเด็ก รวมทั้งคอมพิวเตอร์ ได้ด้วย

## บรรณานุกรม

- กฎกระทรวง ฉบับที่ 1-7 (พ.ศ.2531) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุ  
โทรทัศน์ พ.ศ.2530. **ราชกิจจานุเบกษา**. 105, 117ก ฉบับพิเศษ (22 กรกฎาคม  
2531): 1-25.
- กฎกระทรวง ฉบับที่ 14 (พ.ศ.2537) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุ  
โทรทัศน์ พ.ศ.2498 [กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการการดำเนินการและควบคุมด้าน  
รายการ การโฆษณาและบริการธุรกิจ, คุณสมบัติของบุคคลที่ผู้รับใบอนุญาตจะรับเข้าเป็น  
หรือให้ทำหน้าที่เป็น ผู้จัดการรายการหรือผู้ดำเนินรายการ, เวลาที่ให้สถานีทำการถ่ายทอด  
หรือออกอากาศรายการ, เงื่อนไข ข้อบังคับหรือระเบียบจำเป็นที่ต้องปฏิบัติในการส่ง  
วิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์, หลักเกณฑ์และวิธีการเพิกถอนและพักใช้ใบอนุญาต].  
**ราชกิจจานุเบกษา**. 111, 42ก (26 กันยายน 2537): 33-41.
- กรรณิการ์ รอดมา. **ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกเด็กบนอินเทอร์เน็ต**.  
วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์,  
2556.
- กระทรวงยุติธรรม, สำนักงานกิจการยุติธรรม. **คู่มือและแนวทางการดำเนินการตามแผนและการ  
เตรียมความพร้อมในการบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมาย  
อาญา ฉบับที่ 24 พ.ศ.2558 (ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก)**. ค้นวันที่ 2  
มกราคม 2559 จาก [https://library2.parliament.go.th/giventake/content\\_](https://library2.parliament.go.th/giventake/content_nla2557/d090859-02.pdf)  
[nla2557/d090859-02.pdf](https://library2.parliament.go.th/giventake/content_nla2557/d090859-02.pdf)
- กฤษณา หงส์อุเทน. **คอลัมน์ 100-1000-ศิลป์**. ค้นวันที่ 2 มกราคม 2559 จาก [http://www.](http://www.manager.co.th/celebonline/viewnews.aspx?NewsID=9560000021420)  
[manager.co.th/celebonline/viewnews.aspx?NewsID=9560000021420](http://www.manager.co.th/celebonline/viewnews.aspx?NewsID=9560000021420)
- กฤษณา หงส์อุเทน. **คอลัมน์ 108-1000-ศิลป์**. ค้นวันที่ 1 พฤศจิกายน 2558 จาก [http://www.](http://www.manager.co.th/celebonline/viewnews.aspx?NewsID=9560000021420)  
[manager.co.th/celebonline/viewnews.aspx?NewsID=9560000021420](http://www.manager.co.th/celebonline/viewnews.aspx?NewsID=9560000021420)
- กมล พลวัล. **สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก**. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2547.
- เกษณี จันทร์ตระกูล. **รู้เท่าทัน การแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็ก**. พิมพ์ครั้งที่ 2.  
กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิเพื่อยุติการแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็ก, 2556.
- คณิต ญ นคร. **กฎหมายอาญา ภาคความผิด**. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539.
- คณิต ญ นคร. **กฎหมายอาญา ภาคความผิด**. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2545.
- จงกลณี โตสกุลวงศ์. **การวิเคราะห์วาทกรรม การให้ความหมายของสิ่งพิมพ์ลามกของ สถาบันใน  
สังคมไทย**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะวารสารศาสตร์ มหาวิทยาลัย  
ธรรมศาสตร์, 2552 อ้างถึงใน นันทน์ภัสร์ สนธิพร. **มาตรการทางกฎหมายในการ  
ควบคุมสื่อลามกและสื่อที่ไม่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชน** ศึกษากรณีร่าง

- พระราชบัญญัติปราบปรามวัตถุชั่วร้าย พ.ศ. .... . วิทยานิพนธ์  
ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552.
- จอมพล พัทธ์สันต์โยธิน. การสัมมนาหัวข้อ “วิเคราะห์ร่างพ.ร.บ.ป้องกันและปราบปรามสิ่งชั่วร้าย  
พ.ศ. ....” วันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2558 ณ มหาวิทยาลัยเซนต์จอห์น.  
ค้นวันที่ 30 ธันวาคม 2558 จาก [https://thainetizen.org/2015/02/csdiag-  
inducement-suppression-bill-analysis/](https://thainetizen.org/2015/02/csdiag-inducement-suppression-bill-analysis/)
- จอมพล พัทธ์สันต์โยธิน. ข้อคิดเห็นบางประการต่อแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการ  
กระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ในส่วนที่เกี่ยวกับความผิดฐานมีสื่อลามกเด็ก  
(Child Pornography) ไว้ในครอบครอง. ค้นวันที่ 10 มกราคม 2559 จาก  
[https://ilaw.or.th/sites/default/files/Opinio to Child porn law](https://ilaw.or.th/sites/default/files/Opinio%20to%20Child%20porn%20law)
- จอมพล พัทธ์สันต์โยธิน. ความผิดฐานครอบครองสื่อลามกเด็กในระบบคอมพิวเตอร์ตามกฎหมาย  
อังกฤษ. วารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร. 2, 1 (2552): 9-30.
- จอมพล พัทธ์สันต์โยธิน. ภาพโป๊: กฎหมายสื่อลามกและศีลธรรม Pornographic Images:  
Obscenity Laws and Morality. วารสารสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร. 12, 1  
(มกราคม-มิถุนายน 2559): 77-100.
- จิตติ ติงศภัทย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอนที่ 2 และ 3. กรุงเทพมหานคร:  
สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2525.
- จิตติ ติงศภัทย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอนที่ 2 และ 3. กรุงเทพมหานคร:  
สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2537.
- จินตนันท์ ชญาตร์ ศุภมิตร และคณะ. แบบเสนอร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวล  
กฎหมายอาญา (ฉบับที่ ....) พ.ศ. .... . 29 มกราคม 2558.
- ชัชเจน วิสุทธิอุทัย. ปัญหาข้อกฎหมายในการควบคุม และกำกับดูแลของภาครัฐตามพระราชบัญญัติ  
ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2520 ศึกษากรณี สื่อลามก  
อนาจารบนอินเทอร์เน็ต. สารนิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย  
ศรีปทุม, 2550.
- ชุมพล กลุณสุวรรณ. ทศนะของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการปฏิบัติงานคุ้มครองพยานตามพระราชบัญญัติ  
คุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ.2546 กรณีศึกษากองบัญชาการตำรวจภูธร 5.  
วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,  
2550.
- ณรงค์ ใจหาญ. ความหมายของสื่อลามกในกฎหมาย. วารสารนิติศาสตร์. 16, 2 (เมษายน 2531):  
125-131.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร:  
วิญญูชน, 2541.
- ทัศนีย์ มีทองคำ. แนวคิดเรื่องการครอบครองในทางอาญาและทางแพ่งตามแนวคำพิพากษาศาล  
ไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538.

- ชนะชัย ผดุงจิตติ. **สื่อลามกกับผู้กระทำความผิดทางเพศ**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545.
- นครินทร์ เมฆไตรรัตน์, วสันต์ เหลืองประภัสร์ และปานรัตน์ นิ่มตลุง. **ร่างรายงานฉบับสมบูรณ์โครงการวิจัยเรื่อง การปรับเปลี่ยนกลไกเชิงสถาบันเพื่อเสริมสร้างสมรรถนะในการทำงานด้านเด็กขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533.
- นันทน์ภัสร์ สนธิพร. **มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมสื่อลามกและสื่อที่ไม่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชน ศึกษากรณีร่างพระราชบัญญัติปราบปรามวัตถุช่วยพฤติกรรมอันตราย พ.ศ. ....** . วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552.
- เนติ รัตนากร. **การให้ความคุ้มครองเด็กในกฎหมายควบคุมสื่อลามก: ศึกษาเปรียบเทียบ กฎหมายไทย อังกฤษ สหรัฐอเมริกา และเยอรมัน**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542.
- ประมุข สุวรรณศร. **คำอธิบาย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สิน**. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2537.
- ปิยวรรณ ซอน. **การควบคุมสื่อลามกอนาจารเด็กในต่างประเทศ**. *กฤษฎีกาสาร*. 10, 4 (เมษายน-พฤษภาคม 2558): 4-8.
- พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ.2558. **ราชกิจจานุเบกษา**. 132, 86ก (8 กันยายน 2558): 84-86.
- พิเชษฐ สุนทรโชติ. **ศิลปะภาพเปลือย**. *กุลสตรี*. 40, 967 (เมษายน 2554): 147-149.
- พิพัฒน์ จักรางกูร. **คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา**. กรุงเทพมหานคร: พิมพ์อักษร, 2536.
- ไพจิตร ปุญญพันธ์. **สิทธิครอบครองทางแพ่งและทางอาญาเป็นอย่างเดียวกัน หรือไม่**. *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*. 25, 2 (มิถุนายน 2538): 243-259.
- มานิตย์ จุมปา และพรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. **รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา**. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552.
- เลิศสิริร์ บวรกิตติ. **ศิลปะภาพเปลือยของเทพศักดิ์ ทองนพคุณ**. *วารสารศิลปกรรมบูรพา*. ฉบับพิเศษ ครบรอบ 10 ปี (มิถุนายน-พฤศจิกายน 2548): 117-123.
- วชิราธร ภูรินทร์. **ปัจจัยที่มีผลต่อการปราบปรามสื่อลามกอนาจารบนอินเทอร์เน็ตศึกษาเฉพาะกรณี: พนักงานเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารสำนักงานตำรวจแห่งชาติ**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.
- วราภรณ์ วนาพิทักษ์. **มาตรการการจัดการปัญหาการเผยแพร่ภาพลามกบนอินเทอร์เน็ต: กรณีศึกษาเปรียบเทียบประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ**. *ดุสิตพาห*. 54, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2550): 142-166.
- วิกิพีเดีย สารานุกรมเสรี. **ปลัดขิก**. ค้นวันที่ 9 มกราคม 2558 จาก <https://th.wikipedia.org/wiki/ปลัดขิก>

- วิกิพีเดีย สารานุกรมเสรี. **สื่อลามกอนาจารเด็ก**. ค้นวันที่ 5 พฤศจิกายน 2559 จาก <https://th.wikipedia.org/wiki/สื่อลามกอนาจารเด็ก>
- วิชา มหาคุณ และวัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล. **รายงานการวิจัยเรื่อง มาตรการป้องกัน แก้ไขศึกษาเฉพาะกรณีเด็กและเยาวชนที่เคยต้องคดี**. กรุงเทพมหานคร: สมาคมสวัสดิการเด็กในประเทศไทย, 2533 อ้างถึงใน เนติ รัตนากร. **การให้ความคุ้มครองเด็กในกฎหมายควบคุมสื่อลามก: ศึกษาเปรียบเทียบ กฎหมายไทย อังกฤษ สหรัฐอเมริกาและเยอรมัน**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542.
- วิริยะ ธรรมจักร. **มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กจากสื่อลามก**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2556.
- วิวรรธน์ จันทร์เทพย์. **ศิลปะ กับ อนาจาร**. ค้นวันที่ 8 ธันวาคม 2559 จาก [http://takkawin.blogspot.com/2007/08/blogpost\\_05.html](http://takkawin.blogspot.com/2007/08/blogpost_05.html)
- ศิริพล กุศลศัลลปวุฒิ. **สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น: ความแตกต่างในการวิพากษ์วิจารณ์ตามหลักกฎหมายของสหรัฐอเมริกาและประเทศไทย**. **วารสารนิติสังคมศาสตร์**. 8, 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2558): 152-189.
- ศุภย์ดำรงธรรม. **กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 และพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาชญาตลอดจนถึง พุทธศักราช 2477 พระราชบัญญัติคอมมิวนิสต์และคำแปลภาษาอังกฤษ**. กรุงเทพมหานคร: ม.ป.พ., 2478.
- ศุภย์นานาชาติเพื่อการป้องกันและดูแลเด็กหายและเด็กที่ถูกแสวงหาผลประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบ. **สื่อลามกอนาจารเด็ก: กฎหมายแม่แบบและการทบทวนบทกฎหมายของแต่ละประเทศทั่วโลก**. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: ศุภย์ฯ, 2553.
- สถาบันกฎหมายอาญา. **รายงานการเสวนาทางวิชาการ เรื่อง สื่อลามกและการค้าประเวณีทางอินเทอร์เน็ต: มะเร็งที่ทำลาย เยาวชนไทย**. **บทบัณฑิตย**. 55, 1 (มีนาคม 2542): 89-122.
- สถิต ไพเราะ. **คำอธิบายกฎหมายอาญามาตรา 367-398**. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2539.
- สภานิติบัญญัติแห่งชาติ. **บันทึกการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 38/2558**. 25 มิถุนายน 2558.
- สภานิติบัญญัติแห่งชาติ. **รายงานของคณะกรรมการวิสามัญ พิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ ... พ.ศ. .... (ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก) (นางสาวจินตนันท์ ชญาตร์ ศุภมิตร สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติกับคณะเป็นผู้เสนอ) บรรจู่ระเบียบวาระการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 17/2558 บทสรุปสำหรับสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ**.
- สัฎย์เพ็ชร์ โพธิ์หล้า. **อำนาจรัฐในการควบคุมวัตถุลามก**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2545.
- สาธินี หอมชื่นชม. **มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับภาพลามกอนาจารบนสื่ออิเล็กทรอนิกส์**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2557.

- สาวตรี สุขศรี, ศิริพล กุศลศิลป์วุฒิ และอรพิน ยี่งยังพัฒนา. **อาชญากรรมคอมพิวเตอร์**. กรุงเทพมหานคร: ภาพการพิมพ์, 2555.
- สำนักกรรมการ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา ปฏิบัติหน้าที่สำนักงานเลขาธิการ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ. **รายงานของคณะกรรมการวิสามัญ พิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ ... พ.ศ. .... 6 พฤษภาคม 2558**.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หนังสือที่ นร. 0901/297. **เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติที่ คณะรัฐมนตรีขอรับมาพิจารณาก่อนรับหลักการ (ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา(ฉบับที่...)) พ.ศ. .... (ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก)**. 27 กุมภาพันธ์ 2558.
- สำนักงานราชบัณฑิตยสถาน. **พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554**. พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพมหานคร: ราชบัณฑิตยสถาน, 2556.
- สำนักงานราชบัณฑิตยสถาน. **พจนานุกรมศัพท์ศิลปะ อังกฤษ-ไทย**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานราชบัณฑิตยสถาน, 2541.
- สำนักงานสหประชาชาติเกี่ยวกับยาเสพติดและอาชญากรรมสำนักงานภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้. **Child Sex Offences Series 1: Child Pornography Amendments to the Criminal Code of Thailand**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานฯ, 2558
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. **คำอธิบายความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา**. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2539.
- แสงจันทร์ มาน้อย. การดำเนินงานของประเทศไทยในการต่อต้านการค้ามนุษย์. **สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา**. 4, 15 (สิงหาคม 2557): 5.
- โสภณ รัตนกร. การครอบครองในกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญา. **วารสารนิติศาสตร์**. 24, 2 (เมษายน 2539): 261-269
- โสมนัส เจือศรีกุล. **มาตรการควบคุมต่อต้านสื่อลามกอนาจารเด็ก**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545.
- หยุด แสงอุทัย. **กฎหมายอาญา ภาค 2-3**. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540.
- หยุด แสงอุทัย. **คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 และภาค 3**. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523.
- อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก. **Convention on the Rights of the Child (CRC)**. ค้นวันที่ 8 มกราคม 2558 จาก <http://www.mfa.go.th/humanrights/human-rights-conventions/190-2013-04-09-08-55-42>
- Agnes Fournier de Saint Maur. **Specialized Crime Unit Interpol General Secretariat: Sexual Abuse of Children on the Internet: A New Challenge for INTERPOL**. Expert Meeting on Sexual Abuse of Children, Child Pornography and Paedophilia on the Internet: An International Challenge UNESCO, Paris, Room II, 18-19 January 1999.

- Akdeniz, Yaman. **Internet Child Pornography and the Law: National and International Responses**. Burlington, VT: Ashgate, Ltd., 2008.
- Akdeniz, Yaman. The Regulation of Pornography and Child Pornography on the Internet. **Electronic Law Journals**. 1 (1997). Retrieved August 13, 2016 from [https://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/1997\\_1/akdeniz1/#a3](https://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/1997_1/akdeniz1/#a3)
- An Amending Act for Thai Criminal Code (24<sup>th</sup> ed) B.E. 2558. **Government Gazette**. 132<sup>nd</sup> issue; Chapter 86ก (September 8, B.E. 2558).
- Beckett, H.; Holmes, D. and Walker, J. **Child Sexual Exploitation Definition and Guide for Professionals Child Sexual**. UK: University of Bedfordshire and Research in Practice, 2017.
- Bowker, Art and Gray, Michael. An Introduction to the Supervision of the Cybersex Offender. **Federal Probation Journal**. 68, 3 (December 2004). Retrieved November 1, 2016 from [https://www.uscourts.gov/sites/default/files/fed\\_probation\\_dec\\_2004.pdf](https://www.uscourts.gov/sites/default/files/fed_probation_dec_2004.pdf)
- Bruce, Ryder. The Harms of Child Pornography Law. **UBC Law Review**. 36, 1 (2003): 101-135.
- Carmen, Ira H. **Movies, Censorship and the Law**. Michigan: The University of Michigan, 1966.
- Carr, John. **Child Pornography**. A Contribution of ECPAT International to the 2<sup>nd</sup> World Congress Against Commercial Sexual Exploitation of Children, Yokohama, Japan, 17-20 December 2001.
- Child Pornography Law**. Retrieved January 2, 2016 from <http://www.hg.org/child-pornography.html>
- Child Pornography on the Internet Guide No.41 (2006)**. Retrieved August 17, 2016 from [http://www.popcenter.org/problems/child\\_pornography/print](http://www.popcenter.org/problems/child_pornography/print)
- Clarke, Ronald V. **The Theory of Crime Prevention Through Environmental Design**. Retrieved January 3, 2016 from <https://pdfs.semanticscholar.org/4a94/e72074e829aba49ff001e177870d37be13d5.pdf>
- Cobley, Cathy. **Child Abuse & the Law**. London: Cavendish, 1995.
- Cohen, Henry. **Freedom of Speech and Press: Exceptions to the First Amendment, Congressional Research Service**. Retrieved March 10, 2013 from <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/95-815.pdf>
- Downing, Douglas et al. **พจนานุกรมคอมพิวเตอร์และ Internet Terms**. 8<sup>th</sup> ed. n.p.: Barron, 2003.
- Edwards, Lilian. 'Pornography and the Internet' in **Law and the Internet: A Framework for Electronic Commerce**. L. Edwards and C. Waelde, eds.

- Oxford: Hart, 2000 อ้างถึงใน จอมพล พิทักษ์สันตโยธิน. ความผิดฐานครอบครองสื่อลามกเด็กในระบบคอมพิวเตอร์ตามกฎหมายอังกฤษ. *วารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร*. 2, 1 (2552): 9-30.
- Eilpilekta, Nomika. **The Possession of Child Pornography in Europe**. Retrieved November 15, 2018 from <http://www.nomika-epilekta.gr/arhra/nomika-arhra/possession-child-pornography-europe>
- Executive Summary Germany**. Retrieved November 10, 2018 from [http://www.ecpat.org/wp-content/uploads/legacy/EXSUM\\_A4A\\_EU\\_GERMANY.pdf](http://www.ecpat.org/wp-content/uploads/legacy/EXSUM_A4A_EU_GERMANY.pdf)
- Ferrera, Gerald R. **Cyber Law: Text and Cases, 2**. United States: Thomson, 2004.
- Ford, Luke. **A History of X**. New York: Prometheus Books, 1999.
- Gillespie, Alisdair. **Child Pornography: Law and Policy**. New York: Routledge, 2011 อ้างถึงใน จอมพล พิทักษ์สันตโยธิน. ข้อคิดเห็นบางประการต่อแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ในส่วนที่เกี่ยวกับความผิดฐานมีสื่อลามกเด็ก (Child Pornography) ไว้ในครอบครอง. ค้นวันที่ 10 มกราคม 2559 จาก <https://ilaw.or.th/sites/default/files/Opinio to Child porn law>
- Guidance Indecent images of Children: Guidance for Young People**. Retrieved November 6, 2018 from <https://www.gov.uk/government/publications/indecent-images-of-children-guidance-for-young-people/indecent-images-of-children-guidance-for-young-people>
- Healy, Magaret A. **Child Pornography: An International Perspective**. Submitted by ECPAT for the World Congress Against Commercial Sexual Exploitation of Children, Stockholm, Sweden, 27-31 August 1996.
- Hiller, Janine S. and Cohen, Ronnie. **Internet Law & Policy**. New Jersey: Prentice Hall, 2001 อ้างถึงใน วราภรณ์ วนาพิทักษ์. มาตรการการจัดการปัญหาการเผยแพร่ภาพลามกบนอินเทอร์เน็ต: กรณีศึกษาเปรียบเทียบประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ. *ดุษฎีนิพนธ์*. 54, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2550): 142-166.
- Hudson, David L. **Pornography & Obscenity**. Retrieved November 12, 2018 from <https://www.freedomforuminstitute.org/first-amendment-center/topics/freedom-of-speech-2/adult-entertainment/pornography-obscenity>
- Hunter, Ian; Saunders, David and Williamson, Dugal. **On Pornography: Literature, Sexuality and obscenity Law**. New York: ST. Martin's Press, 1993 อ้างถึงใน เนติ รัตนากร. การให้ความคุ้มครองเด็กในกฎหมายควบคุมสื่อลามก: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทย อังกฤษ สหรัฐอเมริกา และเยอรมัน. *วิทยานิพนธ์ปริญญาโท* มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542.
- Indecent Images of Children (IIOC)**. Retrieved November 5, 2018 from <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/indecent-images-children-iioc>

- Justiz, Bundesministerium der und Verbraucherschutz, für. **German Criminal Code**. Retrieved November 10, 2015 from [http://www.gesetzeiminternet.de/englisch\\_stgb/englisch\\_stgb.html#p1659](http://www.gesetzeiminternet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p1659)
- Kadish, Sanford H. and Paulsen, Monread G. **Criminal Law and Its Processes: Cases and Materials**. 3<sup>rd</sup> ed. Boston, Toronto: Little Brown and Corn, 1975.
- Lafave, Wayne R. and Sott, Austin W., Jr. **Handbook on Criminal Law**. St. Paul: West, 1972.
- Leary, Mary Graw. **The Language of Child Sexual Abuse and Exploitation Crime, Language, and Social Consequences**. USA: University of Michigan Press, 2016.
- Mackey, Thomas C. **Pornography on Trial, ABC-CLIO**. n.p.: n.p., 2002.
- Manchester, Collin. **Computer Pornography**. n.p.: n.p., 1995.
- Mangold, Cory. **The History of Nudism**. Retrieved January 9, 2016 from <http://www.clothesfree.com/history.html>
- Mathew, Lina Acca. Online Child Safety from Sexual Abuse in India. **Journal of Information, Law & Technology**. 1 (June 2009).
- McLeod, Saul. **Simply Psychology: Sigmund Freud**. Retrieved January 7, 2016 from <http://www.simplypsychology.org/Sigmund-Freud.html>
- Oxford English Dictionary**. 2<sup>nd</sup> ed. New York: Oxford University Press, 1989.
- Park, Sungmi; Jang, Yunsik Jake and James, Joshua I. Possession of Child Exploitation Material in Computer Temporary Internet Cache. **Journal of Digital Forensics, Security and Law**. 12, 3 (September 2017): 9.
- Prohibited Images Children**. Retrieved November 3, 2018 from <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/prohibited-images-children>
- Reis, Fabio Andre Silva. **Regulating to Limit Access to Child Pornography on the Internet: A Multiple-Case Study**. Doctoral Dissertation, University of Sheffield, 2013.
- Ruane, Kathleen Ann. **Freedom of Speech and Press: Exceptions to the First Amendment**. Retrieved November 1, 2016 from <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/95-815.pdf>
- Saris, Patti B. and other. **Federal Child Pornography Offenses**. Retrieved January 7, 2016 from <https://www.jamesmarshlaw.com/wp-content/uploads/2015/03/Federal-Child-Pornography-Offenses.pdf>
- Smith, J. C. and Hogan, Brian. **Criminal Law**. 10<sup>th</sup> ed. London: LexisNexis, 2002.

- Stewart, Jennifer. If This is the Global Community, We must be on the Bad Side of Town: International Policing of Child Pornography on the Internet. *Houston Journal of International Law*. 20 (1997): 210.
- Taylor, M. and Quayle, E. *Child Pornography: An Internet Crime*. Hove, East Sussex: Brunner-Routledge, 2003 อ้างถึงใน จอมพล พัทธ์สันต์โยธิน. **ข้อคิดเห็นบางประการต่อแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ในส่วนที่เกี่ยวกับความผิดฐานมีสื่อลามกเด็ก (Child Pornography) ไว้ในครอบครอง**. ค้นวันที่ 10 มกราคม 2559 จาก [https://ilaw.or.th/sites/default/files/Opinio to Child porn law](https://ilaw.or.th/sites/default/files/Opinio%20to%20Child%20porn%20law)
- Understanding Victimization Risk: Lifestyle Factors & Routine Activities**. Retrieved January 5, 2016 from <http://study.com/academy/lesson/understanding-victimization-risk-lifestyle-factors-routine-activities.html>
- The United States Department of Justice. **Child Pornography**. Retrieved January 6, 2016 from <http://www.justice.gov/criminal-ceos/child-pornography>
- The United States Department of Justice. **Citizen's Guide to U.S. Federal Law on Child Pornography**. Retrieved January 6, 2016 from <http://www.justice.gov/criminal-ceos/citizens-guide-us-federal-law-child-pornography>
- Unicef. **Child Rights Advocates Seek to Strengthen Laws Against Child Pornography in Japan**. Retrieved November 20, 2016 from [http://www.unicef.org/infobycountry/japan\\_53219.html](http://www.unicef.org/infobycountry/japan_53219.html)
- Victimless Crimes: Definition, Types & Examples Video**. Retrieved January 4, 2016 from <http://study.com/academy/lesson/victimless-crimes-definition-types-examples.html>
- Wortley, Richard and Smallbone, Stephen. **Child Pornography on the Internet Guide**. USA: Office of Community Oriented Policing Services, U.S. Department of Justice, 2006
- Zelezny, John D. **Communication Law: Liberties, Restraints, and the Modern Media**. California: Wadsworth, 1993 อ้างถึงใน เนติ รัตนากร. **การคุ้มครองเด็กในกฎหมายควบคุมสื่อลามก: ศึกษาเปรียบเทียบ กฎหมายไทย อังกฤษ สหรัฐอเมริกา และเยอรมัน**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542.

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ ชื่อสกุล

นางสาววิชชุดา สุขสาคร

ประวัติการศึกษา

นิติศาสตรบัณฑิต

มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

ปีที่สำเร็จการศึกษา พ.ศ.2556