

## บทที่ 3

### มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในประเทศไทย และในต่างประเทศ

ในบทนี้จะกล่าวถึงมาตรการทางกฎหมายระหว่างประเทศ และมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในประเทศไทยที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน เพื่อให้ทราบถึงประสิทธิภาพของการบังคับใช้กฎหมายไทยว่าสอดคล้องกับสภาพปัญหาในปัจจุบันหรือไม่ อย่างไร อีกทั้งจะศึกษาค้นคว้ามาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับสื่อลามกเด็กในต่างประเทศ โดยจะกล่าวถึงสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งจะเป็ประโยชน์ในการนำไปวิเคราะห์และเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย เพื่อประโยชน์ในการปรับปรุงแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายไทยในส่วนที่เป็นสาระสำคัญให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น โดยจะกล่าวต่อไปในบทที่ 4

#### 3.1 มาตรการทางกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก

โลกปัจจุบันสื่อลามกอนาจารเด็กได้มีการแพร่หลายไปอย่างกว้างขวาง เข้าถึงได้ง่ายและรวดเร็ว ก่อให้เกิดปัญหาอาชญากรรมต่อเด็กในการถูกล่วงละเมิดทางเพศมากขึ้น การที่จะต่อสู้กับปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็ก ได้ต้องใชกฎหมายที่เหมือนกันกฎหมายที่แตกต่างกันไปของแต่ละประเทศจะทำให้การจัดการปัญหาดังกล่าวได้ยากขึ้นและยังทำให้ผู้ที่หาเหยื่อเด็กมุ่งไปประเทศที่สามารถที่จะแสวงหาผลประโยชน์ทางเพศจากเด็กได้กฎหมายที่มีความศักดิ์สิทธิ์และเหมือนกันจะเป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดในการที่จะจัดการปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็ก เพราะว่ามี ความสอดคล้องในการบัญญัติว่าการกระทำใดเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายและการบัญญัติบทลงโทษเป็นการทำให้ทุกคนได้ตระหนักถึงปัญหานี้มากขึ้นเป็นการทำให้มีการช่วยเหลือเด็กผู้ตกเป็นเหยื่อมากขึ้นและเป็นการปรับปรุงความพยายามบังคับใช้กฎหมายทั้งหมดในระดับประเทศและระดับสากลจึงจำเป็นต้องมีวิธีสากลมาประยุกต์ใช้ในการจัดการปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กในแต่ละประเทศอย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นซึ่งมีวิธีการที่สำคัญ 3 ประการดังนี้

ประการที่หนึ่ง การยินยอมทำตามกฎหมายมาตรฐานสากลเป็นก้าวแรกในการจัดการสื่อลามกอนาจารเด็กและตามด้วย

ประการที่สอง การดำเนินการตามกฎหมายแห่งชาติ และ

ประการที่สาม การร่างกฎหมายแห่งชาติให้มีการรับมือต่อสู้กับสื่อลามกอนาจาร  
เด็กได้

วิธีการทั้งสามประการที่กล่าวมาแล้วข้างต้นจะเป็นเครื่องมือที่มีประสิทธิภาพสำหรับการ  
ต่อสู้กับปัญหาการแสวงหาผลประโยชน์ทางเพศจากเด็กโดยมิชอบและการทารุณกรรมทางเพศของ  
เด็กเพราะว่าวิธีการเหล่านั้นมีคำจำกัดความของการกระทำผิดที่ชัดเจนและมีบทบัญญัติโทษของการ  
กระทำผิดซึ่งทำให้การดำเนินการตามกฎหมายต่อสู้กระทำผิดนั้นเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

สำหรับการกำหนดพื้นฐานทางกฎหมายในระดับนานาชาติ ระดับชาติและระดับท้องถิ่นใน  
การคุ้มครองเด็กจากการถูกละเมิดทางเพศ รัฐบาลของแต่ละประเทศได้ให้สัตยาบันต่ออนุสัญญา  
ต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กจากสื่อลามก ข้อมเป็นภาระผูกพันที่จะสร้างระบบกฎหมาย  
เพื่อให้สิทธิของเด็กได้รับการปกป้องคุ้มครองอันรวมไปถึงสิทธิที่จะไม่ถูกล่วงละเมิดทางเพศ  
มาตรการระหว่างประเทศในการจัดการกับปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กมีอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องดังนี้

### 3.1.1 อนุสัญญาที่ให้ความคุ้มครองเด็กจากการถูกรักษาทางเพศ

(1) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1989 (Convention on the Rights of  
the Child) หรือ CRC

เป็นการให้ความคุ้มครองในเรื่องการแสวงหาประโยชน์เกี่ยวกับสื่อลามกในระหว่าง  
ประเทศที่ได้มีแนวทางการคุ้มครองสิทธิเด็ก อันเป็นแนวทางที่รัฐภาคีจะต้องนำไปปฏิบัติดังปรากฏ  
ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กขององค์การสหประชาชาติ ปี ค.ศ. 1989 ตามข้อที่ 34 และข้อ 36 ระบุว่า

ข้อที่ 34<sup>1</sup> “รัฐภาคีมีหน้าที่ปกป้องเด็กจากถูกรักษาทางเพศและถูกรักษาทาง  
ทารุณทางเพศในทุกรูปแบบเพื่อให้บรรลุดุลประสงค์นี้ รัฐภาคีจะดำเนินมาตรการระดับชาติ ระดับ  
ทวิภาคี และระดับพหุภาคีเพื่อป้องกัน

ก) การชักนำหรือขู่ขู่เด็กให้เข้าร่วมกิจกรรมทางเพศที่ผิดกฎหมาย

ข) การใช้ประโยชน์จากเด็กในการค้าประเวณี หรือการปฏิบัติทางเพศที่ผิด  
กฎหมายอื่น ๆ

<sup>1</sup> Article 34 Convention on the Rights of the Child 1989 provided that

States Parties undertake to protect the child from all form 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 practice;
- (c) The exploitative use of children in pornographic performances and material.

### ค) การใช้ประโยชน์จากเด็กในการแสดงลามกหรือในสื่อลามก”

ข้อที่ 36<sup>2</sup> รัฐภาคีจะคุ้มครองเด็กจากการถูกแสวงหาประโยชน์ทุกรูปแบบอื่นทั้งหมดที่เป็นผลร้ายต่อสวัสดิภาพของเด็กไม่ว่าในด้านใด

โดยในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้กำหนดเป็นมาตรฐานทางกฎหมายสำหรับคุ้มครองเด็กจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศที่ไม่ชอบ โดยเฉพาะเรื่องสิ่งลามกในข้อที่ 34 (ค) ที่ป้องกันมิให้มีการใช้เด็กไม่ว่าจะโดยวิธีการใด ๆ ตลอดจนเพื่อจะต้องมิให้มีการจำหน่ายหรือเผยแพร่สิ่งลามกแก่เด็กด้วย

จากอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กข้างต้นนั้น พบว่าองค์การสหประชาชาติได้ตระหนักถึงความสำคัญของเด็กและต้องการให้เด็กได้รับการปลดปล่อยจากปัญหาการล่วงละเมิดทางเพศ รวมถึงปัญหาจากการแสวงหาประโยชน์ที่มีขอบประการอื่นจากเด็กอีกด้วย

#### 3.1.2 อนุสัญญาที่มีการกำหนดบทนิยามสื่อลามกอนาจารเด็ก

(1) พิธีสารรับเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 2000 ว่าด้วยเรื่องการขายเด็ก โสเภณีเด็กและสื่อลามกอนาจารเด็ก (Optional Protocol to the Rights of the Child the Sale of Children, Child Prostitution, and Child Pornography)<sup>3</sup>

ขณะที่อนุสัญญาว่าด้วยเรื่องสิทธิเด็กมีจุดประสงค์ที่รับรองเรื่องสิทธิมนุษยชนในเด็กให้เพิ่มกว้างขึ้น ทั้งนี้รวมถึงทางพลเรือนวัฒนธรรมเศรษฐกิจการเมืองและสิทธิทางสังคมมีมาตราหลายมาตราใน CRC และพิธีสารเลือกรับของ CRC ที่ใช้จัดการปัญหาเกี่ยวกับการแสวงหาผลประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบในมาตราที่ 34 ของ CRC ได้แจ้งไว้อย่างชัดเจนว่าด้วยเรื่องมาตรการป้องกันที่ควรจะถูกนำมาใช้จัดการปัญหาการแสวงหาผลประโยชน์ทางเพศจากเด็กโดยมิชอบ รัฐภาคีควรดำเนินการป้องกันเด็กจากการถูกแสวงหาผลประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบและการถูกทารุณกรรมทางเพศในทุกรูปแบบเพื่อดำเนินการตามจุดประสงค์นี้รัฐบาลควรมีมาตรการระดับชาติระดับพหุภาคีและระดับทวิภาคีที่พิเศษและเหมาะสมเพื่อป้องกันในการแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบจากสื่อลามกเด็กทั้งด้านการแสดงหรือด้านวัตถุ

ซึ่งพิธีสารรับเลือกของ CRC ว่าด้วยเรื่อง การขายเด็ก โสเภณีเด็ก และสื่อลามกอนาจารเด็ก (พิธีสารรับเลือก) มีผลบังคับใช้วันที่ 18 มกราคม 2545 ว่าด้วยเฉพาะเรื่องสื่อลามกอนาจารเด็ก ดังนี้

<sup>2</sup> Article 36 Convention on the Rights of the Child 1989 provided that States Parties shall protect the child against all other form of exploitation prejudicial to any aspects of the child’s welfare.

<sup>3</sup> *Convention on the Rights of the Child*, G.A. Res. 44/25, 61st plen. mtg., U.N. Doc. A / RES / 44 / 25 (Nov 20, 1989), (อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก) ใช้บังคับ 2 กันยายน, 2535.

มาตรา 2 (c) ให้คำจำกัดความของคำว่า “สื่อลามกอนาจารเด็ก” หมายถึง “การ  
แสดงใด ๆ ไม่ว่าจะมามีวิธีการใด ๆ ก็ตามของเด็กที่เกี่ยวข้องกันในกิจกรรมทางเพศอย่างเด่นชัดไม่ว่าจะ  
เป็นการทำจริงหรือสร้างทำหรือการแสดงส่วนของอวัยวะเพศเด็กสำหรับจุดประสงค์เกี่ยวกับทาง  
เพศเป็นหลัก”

มาตรา 3 (1) กำหนดให้รัฐภาคีบัญญัติว่า บุคคลหรือองค์กรที่ทำสื่อลามกอนาจาร  
เด็กเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายไม่ว่าจะกระทำในประเทศหรือข้ามประเทศ

มาตรา 3 (1) (c) กำหนดให้รัฐภาคีบัญญัติว่าด้วยเรื่องการครอบครองสื่อลามก  
อนาจารเด็กโดยไม่คำนึงถึงเจตนาของการเผยแพร่สื่ออื่นเป็นการกระทำที่ผิด

มาตรา 3 (4) ว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่กฎหมายและสนับสนุนให้  
แต่ละรัฐภาคีได้กำหนดความรับผิดชอบของผู้ที่กระทำผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก

มาตรา 10 (1) ว่าด้วยเรื่องการจัดการให้มีความร่วมมือจากนานาชาติดังที่กล่าวไว้  
ข้างต้นแล้วว่าสื่อลามกอนาจารเด็กได้ถูกเผยแพร่ข้ามประเทศผู้กระทำผิดอาจจะถูกหลีกเลี่ยงการ  
จับกุมได้ถ้าไม่มีการให้ความร่วมมือจากนานาชาติ

(2) อนุสัญญาว่าด้วยเรื่องอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ของสภายุโรป ค.ศ. 2001 (Convention  
on Cybercrime of the Council of Europe)

การพัฒนาทางด้านเทคโนโลยีทำให้อาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ได้ถูกก่อตั้งในที่ที่มี  
อำนาจทางศาลต่างกันของเด็กผู้เป็นเหยื่อที่ได้รับผลกระทบจากอาชญากรรมผลที่ตามมาคือ คณะ  
มนตรียุโรปได้มีการจัดให้มีอนุสัญญาของอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ด้วยความคาดหวังให้มีการ  
ปฏิบัติการและความร่วมมือแบบเดียวกันในการดำเนินคดีอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์เป็น  
อนุสัญญาที่เปิดให้ประเทศที่เป็นสมาชิกในสภายุโรปและประเทศที่ไม่ได้เป็นสมาชิกแต่มีส่วนร่วม  
ในการกระทำอย่างรอบคอบได้ลงนามให้สัตยาบันในอนุสัญญา Cybercrime หรือได้ลงนามแต่ไม่  
ยอมรับอนุสัญญา Cybercrime ในบรรพ 3 ของอนุสัญญาว่าด้วยเรื่องอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์  
ภายใต้หัวข้อเรื่อง “เนื้อหาสาระที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิดทางกฎหมาย” กล่าวถึงเรื่องของปัญหา  
ของการแสวงหาผลประโยชน์ทางเพศจากเด็กโดยมิชอบซึ่งเกี่ยวข้องกับการกระทำผิดที่เกี่ยวข้องกับสื่อ  
ลามกอนาจารเด็กโดยบัญญัติไว้ในมาตราดังต่อไปนี้<sup>4</sup>

มาตรา 9 (1) ได้แนะนำรัฐภาคีบัญญัติการกระทำดังต่อไปนี้เป็นการผิดกฎหมาย  
คือ การผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กมีจุดประสงค์เพื่อเผยแพร่ทางระบบคอมพิวเตอร์หรือเสนอหรือ  
จัดหาแหล่งสื่อลามกอนาจารเด็กทางระบบคอมพิวเตอร์การเผยแพร่หรือส่งสื่อลามกอนาจารเด็ก

<sup>4</sup> จิตรกรรณ์ วันสพวงศ์. (2545). *คู่มือ ecpat ปกป้องน้องน้อยจากภัยออนไลน์*. กรุงเทพฯ : องค์กรยูนิเซฟประเทศไทย. ECPAT International, หน้า 18.

ทางระบบคอมพิวเตอร์การจัดหาสื่อลามกอนาจารเด็กทางระบบคอมพิวเตอร์เพื่อให้ตนเองหรือให้ผู้อื่นและการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กในระบบคอมพิวเตอร์หรือจากระบบฐานเก็บข้อมูลบนคอมพิวเตอร์

มาตรา 9 (2) แนะนำถึงคำจำกัดความของ “สื่อลามกเด็ก” ว่ารวมถึง “วัสดุสื่อลามกที่มีการแสดงหรือพรรณนาที่สามารถมองเห็นได้ว่าผู้เยาว์ได้มีส่วนร่วมในการปฏิบัติการทางเพศอย่างเห็นได้ชัดเจนบุคคลที่ปรากฏให้เห็นเป็นผู้เยาว์ได้มีส่วนร่วมในการปฏิบัติการทางเพศอย่างเห็นได้ชัดเจนหรือภาพจริงที่แสดงให้เห็นถึงผู้เยาว์ได้มีส่วนร่วมในการปฏิบัติการทางเพศอย่างเห็นได้ชัดเจน”

มาตรา 9 (3) ระบุว่าคำว่า “ผู้เยาว์” หมายความว่าบุคคลทุกคนที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปีผู้กระทำความผิดมีอายุต่ำกว่าเกณฑ์ แต่ต้องไม่น้อยกว่าสิบหกปี”

มาตรา 11 กำหนดให้รัฐภาคีได้บัญญัติกฎหมายที่จำเป็นในการจัดการปัญหาอาชญากรรมรวมถึงความช่วยเหลือและการสนับสนุนส่งเสริม

(3) อนุสัญญาว่าด้วยเรื่องการป้องกันเด็กจากการถูกแสวงหาผลประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบและการถูกรังแกทางเพศ ค.ศ. 2012<sup>5</sup>

อนุสัญญาคณะมนตรียุโรปว่าด้วยเรื่องการป้องกันเด็กจากการถูกแสวงหาผลประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบและการถูกรังแกทางเพศ (อนุสัญญาการป้องกันเด็ก) เป็นเครื่องมือทางกฎหมายสากลอันล้ำค่าที่มีจุดประสงค์เพื่อต่อสู้กับปัญหาการแสวงหาผลประโยชน์ทางเพศจากเด็ก รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กอนุสัญญาป้องกันเด็กเน้นถึงผลประโยชน์ที่มากที่สุดที่เด็กควรจะได้รับจากการป้องกันการถูกรังแกและการถูกแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบการให้การป้องกันและความช่วยเหลือแก่เหยื่อผู้เคราะห์ร้าย การลงโทษผู้กระทำผิดและการสนับสนุนให้มีการบังคับใช้กฎหมายระดับชาติและระดับสากลเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก

มาตรา 20 (1) กำหนดให้รัฐภาคีบัญญัติการกระทำดังต่อไปนี้เป็นการผิดกฎหมาย คือ การผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กการเสนอหรือจัดหาแหล่งสื่อลามกอนาจารเด็กทางระบบคอมพิวเตอร์การเผยแพร่หรือส่งสื่อลามกอนาจารเด็กทางระบบคอมพิวเตอร์การจัดหาสื่อลามกอนาจารเด็กทางระบบคอมพิวเตอร์เพื่อให้ตนเองหรือให้ผู้อื่นการรับรู้หรือเข้าหาสื่อลามกอนาจารเด็กโดยใช้เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร

<sup>5</sup> ศูนย์นานาชาติเพื่อการป้องกันและดูแลเด็กหายและเด็กที่แสวงหาผลประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบ. (ฉบับแก้ไขครั้งที่ 6). *สื่อลามกอนาจารเด็ก : กฎหมายแม่แบบและการทบทวนบทกฎหมายของแต่ละประเทศทั่วโลก* ปี 2553. หน้า 9-10.

มาตรา 20 (2) ได้ให้คำจำกัดความของ “สื่อลามกเด็ก” ไว้ว่า “วัตถุใด ๆ ที่มีการแสดงหรือพรรณนาที่สามารถมองเห็นได้ว่าเป็นการปฏิบัติการทางเพศที่เป็นการกระทำจริงหรือสร้างทำหรือการแสดงหรือพรรณนาถึงอวัยวะเพศเด็กเพื่อมีจุดประสงค์ทางเพศเป็นหลัก”

มาตรา 21 (1) แนะนำให้รัฐภาคีได้นำกฎหมายเกี่ยวกับกิจกรรมของการหาหรือบังคับขู่เข็ญเด็กเพื่อให้เข้าร่วมในสื่อลามกอนาจารเด็กหรือให้เข้าร่วมแสดงในสื่อลามกอนาจารเด็กให้ถือกิจกรรมเหล่านี้เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

ดังนั้น สื่อลามกอนาจารเด็กจึงควรถูกนิยามให้มีคำจำกัดความที่เพียงพอในกฎหมายระดับต่าง ๆ คำจำกัดความอย่างน้อยควรรวมถึงการแสดงหรือการพรรณนาใด ๆ ที่สามารถมองเห็นได้ว่าเด็กมีส่วนเกี่ยวข้อง (ไม่ว่าจะทำจริงหรือสร้างทำ) กับการแสดงหรือการเล่นละครหรือผลงานเกี่ยวกับทางเพศนอกจากนี้ยังมีคำหรือวลีที่อยู่ใต้คำจำกัดความของ “สื่อลามกอนาจารเด็ก” ที่จำเป็นต้องมีการอธิบายเช่นกันยกตัวอย่างเช่นคำว่าพฤติกรรมทางเพศจำลองพฤติกรรมทางเพศที่ชัดเจนงานศิลปะลามกหรือโป๊ที่เกี่ยวข้องกับอวัยวะทางเพศและการแสดงออกการกระทำหรือการปฏิบัติทางเพศที่จำเป็นต้องมีคำจำกัดความมากกว่านั้นเทคโนโลยีใหม่ๆ ที่ผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กในทุกรูปแบบซึ่งวิธีทั้งหลายทำให้สื่อลามกอนาจารเด็กสามารถถูกเผยแพร่ได้<sup>6</sup>

ในบรรดาความตกลงและอนุสัญญาระหว่างประเทศทั้งหมดนั้นมีสนธิสัญญาเพียงสองฉบับเท่านั้นที่บัญญัติถึงนิยามของสื่อลามกเด็กไว้นั้นคือ พิธีสารว่าด้วยการค้าเด็กการค้าประเวณีเด็กและสื่อลามกที่เกี่ยวข้องกับเด็กของสหประชาชาติและอนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ของสหภาพยุโรปในพิธีสารฉบับนี้ได้กำหนดคำนิยามของคำว่า “สื่อลามกอนาจารเด็ก” อย่างชัดเจนในข้อ 2 (ค) ไว้ว่าหมายถึงการนำเสนอใดโดยวิธีการใดก็ตามที่เด็กมีส่วนเกี่ยวข้องในกิจกรรมทางเพศอย่างชัดเจนโดยการนำเสนอส่วนใดในทางเพศของเด็กจากตัวตนจริงหรือจากการทำจำลองขึ้นเพื่อความมุ่งประสงค์หลักในทางเพศ

ส่วนอนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์นั้นไม่ได้บัญญัติถึงนิยามของสื่อลามกเด็กโดยตรงแต่ได้วางหลักว่ากฎหมายเรื่องสื่อลามกเด็กของรัฐภาคี ควรจะครอบคลุมไปถึงเด็กจริง ๆ ผู้ใหญ่ที่แสดงท่าทางเหมือนเด็กหรือต้องการแสดงเป็นตัวแทนเด็กรวมไปถึงภาพที่เลียนแบบหรือตกแต่งให้ดูเหมือนเด็กด้วยตามข้อ 9 (2) ภายในข้อกำหนดของสนธิสัญญาขั้นต้นๆ นี้ รัฐที่ให้สัตยาบันจะต้องประกันว่าการผลิต การแจกจ่าย การเผยแพร่ การนำเข้า การส่งออก การเสนอให้การขาย หรือการมีไว้ในครอบครองซึ่งสื่อลามกเด็กถือเป็นอาชญากรรม หากการกระทำดังกล่าวนั้นมีเพื่อจุดประสงค์ที่จะละเมิดทางเพศต่อเด็กความพยายามใด ๆ ที่นำไปสู่การกระทำดังกล่าวหรือการ

<sup>6</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 1.

สมรู้ร่วมคิดหรือการมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดจะต้องมีกำหนดไว้ในกฎหมายอาญาของประเทศซึ่งให้สัตยาบันต่อสนธิสัญญาชั้นต้นๆ นี้

### 3.2 มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในประเทศไทย

ใน พ.ศ. 2535 ประเทศไทยได้ให้สัตยาบันในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child) ขององค์การสหประชาชาติ ซึ่งเป็นอนุสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ อนุสัญญาฉบับนี้ระบุรายละเอียดของสิทธิขั้นพื้นฐานต่าง ๆ ไว้ว่า ทุกประเทศต้องรับประกันเด็กในประเทศของตน โดยเฉพาะในข้อที่ 34 ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ในช่วงก่อนปี พ.ศ. 2558 ประเทศไทยมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการครอบครองสื่อลามกอนาจาร โดยไม่ได้แยกประเภทของสื่อลามกอนาจารผู้ใหญ่กับสื่อลามกอนาจารเด็ก แต่เนื่องจากสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย และเป็นการละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child) ดังกล่าว อีกทั้งเหตุผลในการควบคุมสื่อลามกเด็กและสื่อลามกผู้ใหญ่แตกต่างกัน เนื่องจากเมื่อพิจารณาจากเหตุผลในการร่างกฎหมายดังกล่าว เห็นว่าการกำหนดความผิดเกี่ยวกับการครอบครองสื่อลามกผู้ใหญ่เป็นความผิดนั้นเป็นความคิดที่มีเหตุผลในเรื่องของศีลธรรมทางเพศเป็นหลัก แต่สื่อลามกอนาจารเด็กนั้นมีแนวความคิดมาจากวัตถุประสงค์ที่จะมุ่งคุ้มครองเด็ก เพราะเด็กนั้นยังขาดวุฒิในการตัดสินใจ โดยเฉพาะในเรื่องเกี่ยวกับเพศ อีกทั้งสภาพร่างกายของเด็กยังไม่โตเต็มที่ไม่ว่าเพศใดก็ตามที่จะมีกิจกรรมทางเพศกับผู้ใหญ่

ในต่างประเทศมีหลากหลายประเทศที่มีกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กบัญญัติคุ้มครองไว้แล้ว สำหรับในประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กโดยตรง จะมีก็เพียงแต่กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสื่อทั่ว ๆ ไปเท่านั้น สภานิติบัญญัติแห่งชาติจึงได้ออกกฎหมายโดยการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558<sup>7</sup> โดยมีสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้

(1) กำหนดบทนิยาม “สื่อลามกอนาจารเด็ก” โดยเพิ่ม (17) ของมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

(2) กำหนดความผิดเกี่ยวกับการมีไว้ในครอบครองซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็ก รวมทั้งการส่งต่อ โดยเพิ่มมาตรา 287/1

<sup>7</sup> พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558. (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “พ.ร.บ.แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24)”. มาตรา 3.

(3) กำหนดความผิดเกี่ยวกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก โดยมี วัตถุประสงค์เพื่อการค้า เพื่อการแจกจ่าย หรือเพื่อแสดงการอวดแก่ประชาชน ทำผลิต มีไว้ นำเข้า หรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกป็นนอกราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้ พาไป หรือทำให้แพร่หลายโดยประการใด ๆ ประกอบการค้าหรือมีส่วนหรือเกี่ยวข้องในการค้า โดยเพิ่มมาตรา 287/2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

### 3.2.1 กฎหมายที่กำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กโดยเฉพาะ

ตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งได้มีบทบัญญัติในเรื่องการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ เพราะกฎหมายถือว่าสื่อลามกอนาจารเด็กส่งผลกระทบต่อการล่วงละเมิดทางเพศเด็ก ดังนั้น การจะทราบได้ว่าอย่างไรจึงจะเป็นสื่อลามกอนาจารเด็ก และการมีไว้ในครอบครองลักษณะใดจึงจะเป็นความผิด จึงได้มีการบัญญัตินิยามและกำหนดบทลงโทษไว้ตามมาตราต่อไปนี้

#### 1. คำนิยาม “สื่อลามกอนาจารเด็ก”

มาตรา 1 (17) “สื่อลามกอนาจารเด็ก” หมายความว่า วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้รู้หรือเห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปี โดยรูป เรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือรูปแบบอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน และให้หมายความรวมถึงวัตถุหรือสิ่งต่าง ๆ ข้างต้นที่จัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้<sup>8</sup>

จากคำนิยาม “สื่อลามกอนาจารเด็ก” ตามความในมาตรา 1 (17) นี้ จะสังเกตได้ว่ามีถ้อยคำอยู่ 3 ส่วนที่จะต้องพิจารณา ดังนี้

(1) “วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้รู้หรือเห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปี”

ก) สื่อลามกอนาจารนั้นต้องเป็นวัตถุหรือสิ่งไม่มีชีวิต

ข) กรณี “ของเด็ก” คือ กรณีที่เด็กปรากฏอยู่ในภาพนั้น

ค) กรณี “กับเด็ก” คือ กรณีที่ภาพนั้นปรากฏเป็นการกระทำทางเพศของเด็กกับบุคคลอื่น หรือมากกว่าหนึ่งคนที่ได้กระทำร่วมกับเด็ก

โดยทั้งหมดนี้ต้องแสดงให้รู้หรือเห็นกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปี

<sup>8</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (17).



(2) “โดยรูป เรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร” สื่อลามกอนาจารเด็ก เป็นวัตถุหรือสิ่งที่แสดงออกมาโดยรูป “เรื่องหรือลักษณะ...” ที่สามารถสื่อไปในทางลามกอนาจารได้

(3) “ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือรูปแบบอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน และให้หมายความรวมถึงวัตถุหรือสิ่งต่าง ๆ ข้างต้นที่จัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้”

ทั้งนี้ คำนิยามข้างต้นสามารถอธิบายเพิ่มเติมเพื่อความชัดเจนได้มากขึ้น กล่าวคือ “สื่อ” นั้นอาจเป็นวัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้รู้หรือเห็นสิ่งใด ๆ ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง หรือรูปแบบอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน และให้หมายความรวมถึงวัตถุหรือสิ่งต่าง ๆ ข้างต้น ที่จัดเก็บในคอมพิวเตอร์หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้ จะเห็นได้ว่าการบัญญัติให้ครอบคลุมถึงสื่อสมัยใหม่ด้วย แต่กรณีการ์ตูนลามก หรือ ภาพเคลื่อนไหว (Animation) ที่มีผู้ที่ปรากฏในวัตถุหรือสิ่งนั้น ไม่ใช่มนุษย์จริงเป็นเพียงเสมือนจริงเท่านั้น แม้จะสื่อให้เห็นการกระทำทางเพศก็ตาม แต่เจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายฉบับปัจจุบันนี้ ยังไม่ถือว่าเป็นวัตถุหรือสิ่งนั้นเป็นสื่อลามกอนาจาร

สำหรับคำว่า “ลามกอนาจาร” ตามคำนิยามไม่ได้ให้ความหมายใดมากไปกว่าการกล่าวว่าการกระทำทางเพศ” และ “สื่อไปในทางลามกอนาจาร” ซึ่งไม่ได้ให้ความหมายที่เข้าใจได้อย่างชัดเจนในตัวว่าลามกอนาจารคืออะไร อย่างไร จึงจะเรียกว่าลามกอนาจาร ซึ่งในเรื่องนี้ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ เคยให้ความหมายคำว่า “อันลามก” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 ไว้ว่า น่าอับอายในทางเพศน่าอูจาดับศีล โดยพิจารณาจากความรู้สึกของวิญญูชน ผู้ซึ่งมิได้เคร่งต่อจารีตประเพณีถึงขนาดไม่ยอมเปลี่ยนแปลงไปตามสมัยนิยมของโลกเลย<sup>9</sup> ส่วนคำว่า “การกระทำอนาจาร” หมายถึง การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ<sup>10</sup> ซึ่งรวมถึงการกระทำให้เกิดความอับอายขายหน้าในทางเพศด้วย มิได้หมายความเฉพาะในทางประเวณีหรือความใคร่เท่านั้น เช่น การกอด

<sup>9</sup> จิตติ ดิงศภัทย์. (2548). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1* (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ : เนติบัณฑิตยสภา. หน้า 802.

<sup>10</sup> หยุต แสงอุทัย. (2538). *กฎหมายอาญา ภาค 2-3* (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 170.

เอว จับมือ หรือดึงแขน เป็นต้น<sup>11</sup> การกระทำความผิดฐานนี้จะต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของเด็กนั้นโดยตรง<sup>12</sup> หากการกระทำที่ปรากฏออกมานั้นไม่ใช่การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศในมาตรฐานของวิญญูชน แม้ผู้กระทำจะมีความรู้ลึกในทางเพศอยู่ในขณะกระทำก็ตาม การกระทำดังกล่าวนั้นก็ไม่ใช่การอนาจาร<sup>13</sup> และคำว่า “เด็ก” ตามคำนิยามในมาตรา 1 (17) นี้กำหนดอายุของเด็กที่เป็นผู้ถูกระทำที่ปรากฏในสื่อว่าต้องเป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปี ซึ่งตรงกับที่อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child) ขององค์การสหประชาชาติระบุไว้และมุ่งจะคุ้มครอง

2. ความผิดเกี่ยวกับการมีไว้ในครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก ได้บัญญัติเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287/1 ภาคความผิดลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศไว้<sup>14</sup> โดยมาตราดังกล่าวนี้ มีองค์ประกอบความผิดตามลักษณะของฐานความผิดทางอาญา ดังนี้

ตาราง 3.1 องค์ประกอบความผิดตามมาตรา 287/1 ของประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 287/1	องค์ประกอบภายนอก	องค์ประกอบภายใน
วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ผู้ใดครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”	(1) ผู้ใด (ผู้กระทำ) ผู้ที่กระทำความผิดตามมาตรา นี้อาจเป็นบุคคลใดก็ได้โดยไม่จำกัดตัวบุคคลและไม่จำกัดว่าเป็นเพศชายหรือหญิงผู้กระทำ อาจมีหลายคนร่วมกันกระทำความผิดก็ได้และไม่ว่าจะเป็นผู้กระทำความผิดเองโดยตรง หรือผู้กระทำความผิดโดยอ้อม ก็เป็นความผิดทั้งสิ้น	1. เจตนาธรรมดา กล่าวได้ว่าผู้กระทำจะต้องรู้ว่าตนมีสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในครอบครองด้วยหากมีผู้ส่งรูปภาพและคลิปวิดีโอที่เป็นสื่อลามกอนาจารเด็กเข้ามายังคอมพิวเตอร์หรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์โดยผู้ที่เป็นเจ้าของยังไม่ได้เปิดดูว่าเป็นอะไรเพียงแต่รู้ว่ามีผู้ส่งเข้ามาเท่านั้นย่อมจะถือว่าเจตนากระทำความผิดไม่ได้

<sup>11</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2550). *กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ : พลสมชาย พรินต์ติ้ง. หน้า 323.

<sup>12</sup> จิตติ ดิงศักดิ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 9. หน้า 763.

<sup>13</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 763. และหยุด แสงอุทัย. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 10. หน้า 170.

<sup>14</sup> อภิรัฐ บุญทอง. (2559). สารสำคัญของความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก. *ดุลพินิจ*, 1 (63). (มกราคม-เมษายน). หน้า 170-178.

มาตรา 287/1	องค์ประกอบภายนอก	องค์ประกอบภายใน
วรรคหนึ่ง	<p>(2) ครอบครอง (การกระทำ) การกระทำที่กฎหมายมาตรานี้บัญญัติเป็นความผิด คือ “ครอบครอง” ซึ่งนับเป็นปัญหาประการสำคัญว่า เมื่อไรจึงจะเรียกได้ว่ามีการครอบครองสำเร็จแล้วอันจะถือได้ว่าเป็นความผิดสำเร็จตามมาตรานี้เพราะหากผู้กระทำเพียงแต่ยึดถือทรัพย์สินแต่ไม่ได้มี “เจตนาจะยึดถือเพื่อตน” จะถือได้ว่าผู้กระทำครอบครองทรัพย์สินนั้นหรือไม่</p> <p>(3) สื่อลามกอนาจาร (วัตถุแห่งการกระทำ) วัตถุแห่งการกระทำตามมาตรานี้คือสื่อลามกอนาจารเด็กซึ่งตามมาตรา 1(17) ให้ความหมายเอาไว้ว่า “สื่อลามกอนาจารเด็ก” หมายความว่า วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปีโดยรูปเรื่องหรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจารไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสาร ภาพเขียนภาพพิมพ์ภาพ</p>	<p>2. เจตนาพิเศษ (เพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น)</p> <p>ผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กจะต้องครอบครองด้วยมูลเหตุจูงใจเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่นหากมูลเหตุจูงใจของผู้ครอบครองนั้นไม่ใช่เพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศเสียแล้ว ก็ย่อมไม่เป็นการผิดตามมาตรานี้เนื่องจากขาดองค์ประกอบภายใน ดังนั้น คำว่า “เพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศ” จึงเป็นคำที่มีความหมายกว้างเนื่องจากการแสวงหาประโยชน์นี้อาจจะเป็นประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งในทางเพศก็ได้ไม่ว่าเพื่อนำไปใช้สนองความใคร่หรือเพื่อการอนาจารไม่ว่าของผู้ครอบครองเองหรือของผู้อื่นก็ตามก็เป็นมูลเหตุจูงใจเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศนี้ทั้งสิ้น</p>

มาตรา 287/1	องค์ประกอบภายนอก	องค์ประกอบภายใน
วรรคหนึ่ง	ระบายสี สิ่งพิมพ์รูปภาพภาพ โฆษณาเครื่องหมายรูปถ่าย ภาพยนตร์แถบบันทึกเสียง หรือ รูปแบบอื่นใดในลักษณะ ทำนองเดียวกันและให้ หมายความรวมถึงวัตถุหรือสิ่ง ต่าง ๆ ข้างต้นที่จัดเก็บในระบบ คอมพิวเตอร์หรือในอุปกรณ์ อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถ แสดงผลได้เข้าใจความหมายได้	

การกระทำที่เป็น “ครอบครอง” ในทางกฎหมายอาญานั้นมีความเห็นเป็นสองฝ่าย โดยฝ่ายหนึ่งเห็นว่าการครอบครองในทางกฎหมายอาญานั้นไม่ได้มีความหมายเช่นเดียวกับ “สิทธิครอบครอง” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1367 ถึงมาตรา 1386 แต่ใน “ครอบครอง” ทางกฎหมายอาญานั้นหมายถึงการปกครองทรัพย์สินนั้นตามความเป็นจริงโดยผู้นั้นมีเจตจำนง (Will) ที่จะปกครองทรัพย์สินนั้นด้วยซึ่งจะเห็นได้จากการที่ผู้กระทำนั้นสามารถจัดการแก่ทรัพย์สินนั้นได้ในทางหนึ่งทางใดโดยไม่มีใครขัดขวางได้ ส่วนเจตจำนงที่จะปกครองทรัพย์สินนั้นไม่จำเป็นต้องมีเจตจำนงจะปกครองทรัพย์สินเป็นราชชั้นไปแต่หากเป็นเจตจำนงทรัพย์สินโดยทั่วไปที่จะปกครองทรัพย์สินก็ได้เช่นเจ้าของบ้านย่อมมีเจตจำนงที่จะปกครองทรัพย์สินทุกสิ่งในบ้านของตนเป็นต้น

ส่วนอีกความเห็นหนึ่งเห็นว่าครอบครองในทางกฎหมายอาญากับ “สิทธิครอบครอง” ในทางกฎหมายแพ่งนั้นเป็นอย่างเดียวกันเพียงแต่เมื่อกล่าวในแง่ของสิทธิก็เรียกว่า “สิทธิครอบครอง” แต่เมื่อกล่าวในแง่ของกิริยาอาการของผู้กระทำได้กระทำต่อทรัพย์สินก็เรียกว่า “ครอบครอง” หรือที่เรียกการกระทำนั้นว่า “การครอบครอง” หากใช้ครอบครองทางแพ่งต่างกับครอบครองในทางอาญาแต่ประการใดไม่ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1367 บัญญัติว่า “บุคคลใดยึดถือทรัพย์สิน โดยเจตนาจะยึดถือเพื่อตนบุคคลนั้นได้ซึ่งสิทธิครอบครอง” และมาตรา 1368 บัญญัติไว้ว่า “บุคคลอาจได้มาซึ่งสิทธิครอบครองโดยผู้อื่นยึดถือไว้ให้” ดังนั้น หากจะถือเอาตามความเห็นที่สองนี้การครอบครองตามมาตรานี้จะต้องมีการยึดถือทรัพย์สินและผู้กระทำต้องมีเจตนายึดถือเพื่อตนแต่ไม่จำเป็นต้องมีการจับต้องถือลามกอนาจารเด็กด้วยมือตนเองเสมอไป การหวงกั้นเอาไว้โดยมีผู้อื่นยึดถือไว้ให้ก็เป็นกรการครอบครองตามมาตรานี้

ผู้กระทำจะครอบครองทรัพย์สินนั้นคนเดียวหรือครอบครองร่วมกับผู้อื่นก็ได้เช่นกรณีเป็นเจ้าของรวมเป็นต้นและหากผู้กระทำจะได้การ “ครอบครอง” สืบถามกอนาจารย์เด็กนั้นมาโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตามเมื่อเข้ามาอยู่ในการครอบครองแล้ว ก็ถือว่าครอบครองประกอบความผิดย่อมเป็นความผิดทั้งสิ้น

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287/1 วรรคสอง ซึ่งได้บัญญัติไว้ว่า “ถ้าผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งส่งต่อซึ่งสื่อลามกอนาจารย์เด็กแก่ผู้อื่นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนสี่หมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ” เห็นได้ว่า ผู้กระทำความผิดตามวรรคสองนี้จะต้องเป็นผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งมาก่อนเสมอกล่าวคือเป็นผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารย์เด็กเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศของตนเองหรือผู้อื่นมาก่อนหากไม่ใช่ผู้กระทำความผิดมาก่อนย่อมไม่มีความผิดตามวรรคสองด้วยการส่งต่ออันจะเป็นความผิดตามวรรคสองนี้ต้องเป็นการส่งต่อให้ผู้อื่นหากเป็นการส่งต่อให้กับตนเองเช่น ส่งจากโทรศัพท์เคลื่อนที่เข้าเครื่องคอมพิวเตอร์เช่นนี้ย่อมไม่มีความผิดตามวรรคสองและไม่จำเป็นต้องมีเจตนาพิเศษที่เป็นมูลเหตุจูงใจเพียงแต่มีเจตนาธรรมดาคือรู้ว่าการกระทำของตนเองเป็นการส่งต่อซึ่งสื่อลามกอนาจารย์เด็กแก่ผู้อื่นก็เป็นความผิดตามวรรคสองแล้วดังนั้น ในขณะที่ยังไม่ส่งต่อเพียงแต่ครอบครองไว้เพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศของตนเองอันเป็นความผิดตามวรรคหนึ่งเท่านั้นต่อมาส่งต่อสื่อลามกอนาจารย์ให้เพื่อน โดยไม่รู้ว่เพื่อนจะนำไปมอบให้เจ้าพนักงานตำรวจการส่งต่อนั้นก็ย่อมเป็นความผิดตามวรรคสองด้วยและถึงแม้ว่ารู้ว่เพื่อนจะนำไปมอบให้เจ้าพนักงานตำรวจก็เป็นความผิดตามวรรคสองอยู่ดี

3. ความผิดเกี่ยวกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารย์เด็ก ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287/2 นี้มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้า เพื่อการแจกจ่าย หรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชนทำผลิต มีไว้ นำเข้า หรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกไปนอกราชอาณาจักร พาไป หรือยังให้พาไป หรือทำให้แพร่หลายโดยประการใด ๆ ประกอบการค้าหรือมีส่วนหรือเกี่ยวข้องในการค้า ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใด

(1) เพื่อความประสงค์แห่งการค้า หรือ โดยการค้า เพื่อการแจกจ่ายหรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน ทำผลิต มีไว้ นำเข้าหรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกไปนอกราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไป หรือทำให้แพร่หลายโดยประการใด ๆ ซึ่งสื่อลามกอนาจารย์เด็ก

(2) ประกอบการค้า หรือมีส่วนหรือเกี่ยวข้องในการค้า เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารย์เด็ก แจกจ่ายหรือแสดงอวดแก่ประชาชน หรือให้เช่าสื่อลามกอนาจารย์เด็ก

(3) เพื่อจะช่วยการทำให้แพร่หลาย หรือการค้าสื่อลามกอนาจารเด็กแล้ว โฆษณาหรือไขข่าวด้วยประการใด ๆ ว่ามีบุคคลกระทำการอันเป็นความผิดตามมาตรา นี้ หรือโฆษณาหรือไขข่าวว่าสื่อลามกอนาจารเด็กดังกล่าวแล้วจะหาได้จากบุคคลใด ๆ หรือโดยวิธีใด

ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบปีและปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงสองแสนบาท” โดยมาตราดังกล่าวนี้ มีองค์ประกอบความผิดตามลักษณะของฐานความผิดทางอาญา จึงสามารถอธิบายให้เห็นความชัดเจนได้ตามมาตรา ดังนี้

### ตารางที่ 3.2 องค์ประกอบความผิดตามมาตรา 287/2 ของประมวลกฎหมายอาญา

ความผิดตามอนุมาตรา	องค์ประกอบภายนอก	องค์ประกอบภายใน
อนุมาตรา (1)	1. ผู้ใด (ผู้กระทำ) 2. ทำผลติมิให้นำเข้าหรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักรส่งออกหรือยังให้ส่งออกไปนอกราชอาณาจักรพาไปหรือยังให้พาไป หรือทำให้แพร่หลายโดยประการใด ๆ (การกระทำ) 3. ซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็ก (วัตถุแห่งการกระทำ)	1. เจตนาธรรมดา 2. เจตนาพิเศษ 2.1 เพื่อความประสงค์แห่งการค้าหรือโดยการค้า 2.2 เพื่อการแจกจ่ายแก่ประชาชน หรือ 2.3 เพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน
อนุมาตรา (2)	1. ผู้ใด (ผู้กระทำ) 2. ประกอบการค้าหรือมีส่วนได้เข้าเกี่ยวข้องในการค้าแจกหรือแสดงอวดแก่ประชาชนหรือให้เช่า (การกระทำ) 3. ซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กวัตถุ (แห่งการกระทำ)	เจตนาธรรมดา
อนุมาตรา (3)	1. ผู้ใด (ผู้กระทำ) 2. การกระทำ 2.1 โฆษณาหรือไขข่าวด้วยประการใด ๆ ว่ามีบุคคลกระทำการอันเป็นความผิดตามมาตรา นี้หรือ	1. เจตนาธรรมดา 2. เจตนาพิเศษ 2.1 เพื่อจะช่วยการทำให้แพร่หลาย หรือ

ความผิดตามมาตรา	องค์ประกอบภายนอก	องค์ประกอบภายใน
อนุมาตรา (3)	2.2 โฆษณาหรือขายข่าวว่าสื่อลามกอนาจารเด็กดังกล่าวแล้วจะหาได้จากบุคคลใดหรือโดยวิธีใด	2.2 เพื่อจะช่วยกันค้าสื่อลามกอนาจารเด็ก

ตามความผิดตามมาตรา 287/2 นี้ จะเห็นได้ว่ามีองค์ประกอบความผิดภายนอกและองค์ประกอบความผิดภายในเป็นอย่างเดียวกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287 แตกต่างกันเพียงวัตถุประสงค์แห่งการกระทำของมาตรา 287/2 นี้คือ “สื่อลามกอนาจารเด็ก” และโทษที่กำหนดไว้ในมาตรา 287/2 นั้นมีอัตราโทษสูงกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรา 287 ดังนั้น คำอธิบายเกี่ยวกับมาตรานี้สามารถศึกษาเพิ่มเติมได้จากคำอธิบายในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287

และแม้ว่าความผิดตามมาตรา 287/1 และมาตรา 287/2 จะยังไม่มีความหมายมาตราใดที่บัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้อีกทั้งเมื่อพิจารณาคุณธรรมทางกฎหมายก็เป็นการมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปีโดยส่วนรวมป้องกันการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กและป้องกันไม่ให้เกิดผลกระทบต่อสวัสดิภาพของเด็ก

### 3.2.2 กฎหมายที่กำหนดความผิดเกี่ยวกับการลามกอนาจารที่กระทำต่อตัวเด็ก

ตามที่กฎหมายกำหนดความผิดเกี่ยวกับการลามกอนาจารไว้ในความผิดฐาน “อนาจาร” ซึ่งการลามกอนาจารที่กระทำต่อตัวเด็กมีกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

#### 1. ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 277 กำหนดความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ โดยมีระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท กรณีเด็กนั้นอายุไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

มาตรา 278 กำหนดความผิดฐานอนาจารบุคคลอายุกว่าสิบห้าปีโดยขู่เข็ญหรือใช้กำลังประทุษร้าย โดยมีระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 279 กำหนดความผิดฐานอนาจารเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

#### 2. พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546

มาตรา 26 และมาตรา 28 กำหนดให้ผู้ใดบังคับ ขู่เข็ญ ใช้ ชักจูง ยุบยง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กแสดงหรือกระทำการอันมีลักษณะลามกอนาจารไม่ว่าจะเป็นไปเพื่อให้ได้มาซึ่ง

ค่าตอบแทนหรือเพื่อการใด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

### 3. พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509

มาตรา 19 และมาตรา 28/3 กำหนดให้ผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการที่จัดให้มีการแสดงเพื่อความบันเทิงในสถานบริการที่เป็นไปในทางลามกหรืออนาจาร ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

## 3.3 มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องสื่อลามกอนาจารเด็กในต่างประเทศ

### 3.3.1 กฎหมายของสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาถือเป็นประเทศหนึ่งที่มีกฎหมายรัฐธรรมนูญคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเป็นหลัก โดยเฉพาะสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน โดยยึดถือหลักไม่ให้ตรากฎหมายใด ๆ เพื่อจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ไม่ว่าจะเป็นการพูด พิมพ์ เขียน เพราะถือว่าสิ่งเหล่านี้คือหัวใจของการปกครองระบบประชาธิปไตย การแสดงความคิดเห็นถือเป็นหลักสำคัญซึ่งโดยหลักการแล้วรัฐไม่สามารถเข้าไปแทรกแซงหรือปิดกั้นระบบสื่อสารใด ๆ ไว้อย่างไรก็ตาม แม้ว่าสหรัฐอเมริกาจะเคารพสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นแต่ก็มีเนื้อหาบางประเภทซึ่งไม่ได้รับการคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญ เช่น การแสดงความคิดเห็นที่ส่งเสริมให้มีการกระทำความผิด ถ้อยคำที่ก่อให้เกิดความรู้สึกโกรธเคืองสร้างความขัดแย้งหมิ่นประมาทหรือละเมิดสิทธิส่วนบุคคลและสื่อลามก<sup>15</sup> ดังจะเห็นได้จากมาตรการทางกฎหมายในการป้องกันเด็กและเยาวชนในการเข้าถึงสื่อลามก โดยในสหรัฐอเมริกามีกฎหมายหลายฉบับที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองเด็กจากสื่อลามก จึงขอกว่าเฉพาะกรณีที่เกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์ในการศึกษา ดังนี้

#### (1) คำจำกัดความคำว่าเด็กในสื่อลามกอนาจารเด็ก

ตามประมวลกฎหมายอาญาสหรัฐอเมริกา (United States Federal Penal Code 18 USC 2256)<sup>16</sup> ได้ให้นิยามสื่อลามกอนาจารเด็ก หมายความว่ารวมทั้งภาพใด ๆ ก็ตาม ทั้งที่เป็นภาพยนตร์

<sup>15</sup> ทรงวุฒิ จันธิมา. (2556). *มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันเด็กและเยาวชนในการเข้าถึงสื่อลามก ศึกษาการจัดประเภทสื่อลามกทางอินเทอร์เน็ต*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สำนักวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง. หน้า 34-36.

<sup>16</sup> "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—



วิดีโอภาพถ่าย คอมพิวเตอร์หรือภาพที่สร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์หรือภาพที่ทำหรือผลิตขึ้นโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์อื่น ๆ ซึ่งแสดงเกี่ยวกับทางเพศที่โจ่งแจ้ง

- 1) การผลิตของภาพโดยใช้ผู้เยาว์ให้มีส่วนร่วมในการแสดงทางเพศที่โจ่งแจ้ง
- 2) เป็นภาพดิจิทัลภาพคอมพิวเตอร์หรือภาพสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์ที่ผู้เยาว์มีส่วนร่วมในการแสดงทางเพศที่โจ่งแจ้งหรือ
- 3) ภาพดังกล่าวได้ถูกสร้างขึ้นดัดแปลงหรือแก้ไขเพื่อให้เห็นว่าเป็นผู้เยาว์มีส่วนร่วมในการดำเนินการทางเพศที่โจ่งแจ้ง

ส่วนคำว่า “ภาพลามกเด็ก” (Child Pornography) หมายถึง (1) ภาพเด็กซึ่งเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศอย่างเปิดเผยหรือภาพว่าเป็นรูปเด็กซึ่งเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศอย่างเปิดเผยหรือภาพซึ่งแสดงอวัยวะเพศหรือทวารหนักของเด็กโดยมีวัตถุประสงค์ทางเพศหรือ (2) เสียงของเด็กหรือบุคคลที่แสดงเป็นเด็กซึ่งเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศอย่างเปิดเผยหรือ (3) ภาพหรือเสียงซึ่งสนับสนุนส่งเสริมหรือกระตุ้นให้เกิดกิจกรรมทางเพศอันผิดกฎหมายต่อเด็ก

นอกจากนี้ยังมีกฎหมาย Protect Act of 2003<sup>17</sup> (Title 18 Chapter 110 of United State Code in section 2252, section 2256) บัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดให้ผู้ใดส่งทางไปรษณีย์ ขนส่ง ครอบครอง ทำซ้ำเพื่อแจกจ่าย จำหน่ายหรือมีไว้เพื่อจำหน่ายซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปีและปรับ แต่ถ้าเป็นการมีไว้ครอบครองโดยเจตนาซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปีและปรับทั้งนี้กฎหมายยังได้กำหนดนิยามของคำว่า “สื่อ” หมายถึง ภาพถ่าย วิดีโอ ภาพวาด ภาพจาก computer-generated ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่แปลงเป็นฟิล์มหรือภาพได้แสดงถึงการกระทำทางเพศอย่างโจ่งแจ้งในลักษณะดังนี้

- (1) ใช้เด็กอายุต่ำกว่าสิบแปดปีกระทำทางเพศอย่างโจ่งแจ้งในกระบวนการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็ก หรือ
- (2) เป็นภาพดิจิทัล หรือภาพ computer - generated ของเด็กอายุต่ำกว่าสิบแปดปีที่กระทำทางเพศอย่างโจ่งแจ้งหรือการกระทำที่คล้ายคลึงอย่างมากจนแยกไม่ออก หรือ

---

(i) the production of such visual depiction involves the use of a minor engaging in sexually explicit conduct;

(ii) 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

(iii) such visual depiction has been created, adapted, or modified to appear that an identifiable minor is engaging in sexually explicit conduct.”

<sup>17</sup> ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ.....(ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก)

(3) เป็นสื่อที่ผลิตหรือแก้ไขให้เห็นเด็กที่สามารถแยกแยะได้อย่างชัดเจนว่าอายุต่ำกว่าสิบแปดปีกำลังกระทำทางเพศ

ตามพระราชบัญญัติป้องกันสื่อลามก ค.ศ. 1996 หรือ child pornography act off 1996 (CPPN) เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อควบคุมสื่อและการกระทำในลักษณะต่าง ๆ ที่อาจกระทบต่อเด็กและเยาวชน โดยมีบทบัญญัติอันเป็นมาตรการเข้มงวดเช่นมาตรา 2256 (8) (B) ห้ามมิให้กระทำการโดยวิธีการใด ๆ เพื่อให้เกิดภาพเสมือน (Visual Depiction) ในลักษณะอันเป็นการร่วมเพศเกิดการกระทำทางเพศของเด็กหรือผู้ใหญ่ แต่ศาลสูงของสหรัฐก็มีคำพิพากษาว่ากฎหมายฉบับนี้ขัดกับรัฐธรรมนูญคดีตัวอย่างที่ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้มีคำตัดสินเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองการกระทำละเมิดต่อเด็กซึ่งได้วางหลักการครอบคลุมไปถึงการสร้างภาพเด็กในกิจกรรมทางเพศ ในคอมพิวเตอร์นั้นกว้างเกินไป ถือเป็น การขัดต่อสิทธิข้อแรกของรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยการแสดงออกศาลตัดสินด้วยเสียงข้างมาก (หกต่อสามเสียง) ผู้พิพากษาฝ่ายเสียงข้างมากให้เหตุผลว่ากฎหมายฉบับนี้มุ่งที่จะปรับใช้กับสื่อลามกเด็กที่มีเนื้อหาทางเพศโจ่งแจ้งเกินความจำเป็นน่ารังเกียจแต่ในทางกลับกันไม่ใช่ภาพของเด็กอายุสิบเจ็ดปีที่กำลังมีเพศสัมพันธ์ ทุกภาพจะขัดกับบรรทัดฐานทางสังคมเพราะสังคมในสหรัฐอเมริกา เรื่องเช่นนี้ก็ถือเป็นเรื่องธรรมดา ดังนั้น กฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้จึงขัดต่อหลักเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น แล้วข้ออ้างที่ว่า การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กอาจนำไปสู่การทำความผิดทางเพศกับเด็กได้นั้นยังไม่มีน้ำหนักเพียงพอแต่ในคดีนี้ก็มีผู้พิพากษาได้มีความเห็นในทางตรงกันข้ามว่า ความจริงแล้วกฎหมายฉบับนี้มุ่งที่จะคุ้มครองเด็กที่อาจได้รับผลกระทบจากการสร้างสื่อลามกเด็กจากคอมพิวเตอร์ในรูปแบบที่ดูเหมือนจริงมาก ๆ จึงน่าจะเน้นในเรื่องการกำหนดขอบเขตการตีความหมายของคำมากกว่า ไม่ควรที่จะยกเลิกความคิดในการครอบครองสื่อลามกเด็กที่สร้างขึ้นจากคอมพิวเตอร์ทั้งหมด<sup>18</sup>

อย่างไรก็ตาม แม้ว่ากฎหมายสหรัฐอเมริกาก็จะถูกพิพากษาว่าขัดกับรัฐธรรมนูญด้วยเหตุผลว่าบทบัญญัติกฎหมายมีความเคลือบคลุมและขัดต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นซึ่งกฎหมายหลายฉบับได้ถูกร้องต่อศาลว่ามีเนื้อหาที่ขัดรัฐธรรมนูญและถูกพิพากษาให้สิ้นผลบังคับหลายฉบับ เช่น<sup>19</sup>

1. พระราชบัญญัติว่าด้วยความเหมาะสมในการสื่อสาร ค.ศ.1994 หรือ Communication Decency Act 1996 (CDA)

<sup>18</sup> โสมนัส เจือศรีกุล. (2545). *มาตรการควบคุมต่อต้านสื่อลามกเด็ก*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 101.

<sup>19</sup> ทรงวุฒิ จันธิมา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 15. หน้า 32-35.

2. พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กบนสื่อออนไลน์ ค.ศ. 1998 หรือ Children's Online Protection Act of 1998 (COPA)

3. พระราชบัญญัติป้องกันสื่อลามก ค.ศ. 1996 หรือ Child Pornography Prevention Act of 1996 (CPPN)

แต่ก็ยังมีกฎหมายอีกหลายฉบับซึ่งมีความชัดเจน สามารถนำมาเป็นแบบแผนด้านแนวคิด เพื่อเป็นมาตรการทางกฎหมายได้ เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก ค.ศ. 2003 (prosecutorial remedies and Other tool end the exploitation of children today Act of 2003-protect act) เป็นกฎหมายที่เพิ่มเติมจากการแก้ไขกฎหมายหลายฉบับรวมทั้งเป็นการแก้ไขหลักกฎหมายเดิมที่ว่า สิ่งลามกอนาจารไม่หมายความรวมถึงภาพที่ไม่ใช่มนุษย์แต่เป็นการสร้างจินตนาการของมนุษย์หรือ กฎหมายฉบับนี้มีข้อกำหนดห้ามไม่ให้ผู้ใดสร้างเว็บไซต์สาธารณะเพื่อหลอกลวงผู้ใช้บริการ เกี่ยวกับสื่อเว็บไซต์ของตน รวมทั้งกำหนดให้ต้องรับผิดชอบหากมีการใช้ชื่อโดเมนเนมเพื่อหลอกลวง ให้บุคคลอื่นเข้าไปในเว็บไซต์ที่มีภาพลามกอนาจารหรือเป็นการหลอกลวงให้เด็กเข้าไปในเว็บไซต์ ที่มีเนื้อหาอันเป็นอันตรายสำหรับเด็ก

พระราชบัญญัติป้องกันอินเทอร์เน็ตสำหรับเด็ก ค.ศ. 2000 (Children's Internet Protection Act of 2000 - CIPA) เป็นกฎหมายให้แรงจูงใจทางงบประมาณเพื่อเป็นกลไกในการคุ้มครองเด็ก และเยาวชน โดยเนื้อหาเกี่ยวกับการสนับสนุนสถานศึกษาหรือห้องสมุดที่ต้องการรับการสนับสนุน งบประมาณจากรัฐบาลกลาง ตามกฎหมายว่าด้วยการศึกษาระดับประถมและมัธยม (Elementary and Secondary Education Act of 1995) โดยกำหนดให้โรงเรียนและห้องสมุดที่ประสงค์จะรับเงิน สนับสนุนจากรัฐบาลกลางต้องใช้มาตรการในการป้องกันตรวจสอบ (Filters) มิให้มีการกระทำผิด เกี่ยวกับสื่อลามกหรือไม่เหมาะสมต่อเด็กกฎหมายฉบับนี้เช่นเดียวกับกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครอง เด็กออนไลน์ฉบับอื่นเพราะเมื่อนำมาบังคับใช้เพียง 1 ปี ก็ถูกสหภาพเสรีภาพพลเมืองอเมริกัน ร้องต่อศาลว่ากฎหมายมีเนื้อหาขัดต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งแม้ว่าศาลชั้นต้นตัดสินว่าขัดรัฐธรรมนูญ แต่ ศาลสูงสหรัฐอเมริกากลับคำพิพากษาด้วยเหตุผลว่า บทบัญญัติใช้เฉพาะกับห้องสมุดหรือ สถานศึกษาของรัฐเท่านั้น ซึ่งตามปกติบรรณารักษ์ต้องแสวงหาสื่อที่มีประโยชน์และมีคุณภาพสูง เพื่อให้บริการแก่นักเรียนนักศึกษาอยู่แล้ว ซึ่งลักษณะการเข้าถึงและรับรู้ข้อมูลข่าวสารทาง อินเทอร์เน็ตมีความแตกต่างจากการรับรู้ข่าวสารทั่วไป ดังนั้น กฎหมายจึงกำหนดให้โรงเรียนหรือ ห้องสมุดสาธารณะต้องใช้มาตรการกั้นกรองหรือปิดกั้นเว็บไซต์มิให้สามารถเข้าถึงภาพลามก รวมถึงสิ่งอื่นซึ่งเป็นอันตรายสำหรับเด็กได้

พระราชบัญญัติความปลอดภัยการปกป้องเด็ก อัดัม วอร์ซ ค.ศ. 2006 (Adam Walsh Child Protection and Safety Act of 2006) เป็นกฎหมายที่ห้ามไม่ให้ใช้ถ้อยคำหรือภาพดิจิทัลเพื่อหลอกลวงผู้อื่นให้ต้องเข้าสู่สภาพลามก หรือหลอกลวงเด็กเพื่อเข้าไปดูวัตถุหรือสื่อที่มีลักษณะเป็นอันตรายทางเพศ

อย่างไรก็ดี ในสหรัฐอเมริกา มีประเด็นโต้แย้งเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารว่าจะครอบคลุมเฉพาะเด็กที่มีตัวตนอยู่จริงหรือเด็กที่ทำขึ้นเป็นภาพเสมือนหรือไม่ มีตัวตนอยู่จริง ซึ่งศาลสูงสหรัฐอเมริกา เห็นว่า การกำหนดความผิดดังกล่าวให้คลุมถึงเด็กเสมือนที่ไม่มีตัวตนอยู่จริงด้วยนั้นขัดต่อเสรีภาพในการแสดงออกตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ กฎหมายจึงกำหนดความผิดโดยเน้นเด็กที่มีตัวตนอยู่จริงแต่เด็กเสมือนนั้นจะกำหนดเป็นความผิดได้เฉพาะกรณีที่คล้ายคลึงกับตัวตนจริงจนแยกไม่ออกจะเห็นว่ากฎหมายของสหรัฐอเมริกาบางฉบับแม้จะสิ้นผลบังคับด้วยคำพิพากษาศาลสูง แต่เนื้อหาสาระและแนวคิดของกฎหมายมีประโยชน์ สามารถนำมาต่อ ยอดเพื่อสร้างมาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันเด็กและเยาวชนจากสื่อลามกอย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งยังแสดงให้เห็นถึงการให้ความสำคัญกับการคุ้มครองเด็กในกรณีที่เด็กตกเป็นเหยื่อเป็นผู้แสดง หรือเกี่ยวข้องกับสื่อลามก

#### (2) การยกเว้นความผิดสำหรับการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก

ในส่วนของการยกเว้นความผิดสำหรับการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กของเจ้าหน้าที่ จะเป็นกรณีการยกเว้นความผิดสำหรับการครอบครองสื่อแสดงภาพการล่วงละเมิดทางเพศเด็กตาม มาตรา 1466A (b) กฎหมายสหรัฐอเมริกาก็ได้กำหนดข้อต่อผู้ของจำเลยไว้ว่า จำเลยครอบครองสื่อ ดังกล่าวไว้น้อยกว่า 3 รูป และด้วยความสุจริตจำเลยไม่ได้เก็บรักษาสื่อดังกล่าวไว้ หรือยอมให้ บุคคลใดนอกจากเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายเข้าถึงรูปหรือสำเนาเพื่อทำลายรูปนั้นหรือรายงานกับ สิ่งนั้นให้กับเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายและให้เจ้าหน้าที่เข้าถึงรูปนั้นได้โดยทันทีขึ้นมาต่อผู้ใน คำให้การได้ด้วย<sup>20</sup> ฟังเข้าใจได้ว่ากฎหมายสหรัฐอเมริกายกเว้นความผิดให้กับเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติ หน้าที่ซึ่งได้ครอบครองสื่อดังกล่าว

<sup>20</sup> 18 U.S. Code s 1466A “(e) Affirmative Defense.---It shall be an Affirmative Defense to a charge of violating subsection (b) the defendant---

(1) possessed less than 3 such visual depiction; 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.”

### 3.3.2 กฎหมายของสหราชอาณาจักร

(1) คำจำกัดความคำว่าเด็กในสื่อลามกอนาจารเด็ก

สหราชอาณาจักรเป็นอีกประเทศหนึ่งที่ประสบปัญหาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก และมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายฉบับได้แก่

1) Protection of Child Act 1978 ในมาตรา 6 กำหนดให้การผลิต แจกจ่าย นำแสดง ให้เห็นซึ่งภาพเคลื่อนไหวลามกอนาจารของเด็ก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปีหรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ โดยภาพหรือภาพตัดต่อนั้นจะรวมถึงฟิล์ม ภาพถ่าย วิดีโอ ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถแปลงเป็นภาพได้ และรวมถึงสิ่งที่ตกแต่งโดยคอมพิวเตอร์เพื่อให้เห็นเป็นภาพ

2) Criminal Justice Act 1988 มาตรา 160 (2a) กำหนดให้ผู้ใดมีไว้ครอบครองซึ่งภาพเคลื่อนไหวลามกอนาจารเด็ก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ

3) Criminal Justice and Public Order Act 1994 กำหนดขยายบทนิยาม สื่อลามกอนาจารเด็กให้ครอบคลุมถึงภาพตัดต่อด้วย (pseudo photograph)

4) Sexual Offence Act 2003 มาตรา 45 กำหนดขยายอายุของเด็กจากไม่ต่ำกว่าสิบหกปี เป็นไม่ต่ำกว่าสิบแปดปี

ในสหราชอาณาจักรได้มีการแก้ไขกฎหมายและเพิ่มส่วนของสื่อลามกโดยมีกฎหมายที่คุ้มครองเด็กคือ The protection of children act 1978 ได้รับการแก้ไขโดย The criminal justice and public order act 1994<sup>21</sup> ซึ่งการแก้ไขดังกล่าวได้เพิ่มเติมถึงกรณีการตัดแปลงหรือการทำเทียมภาพ โดยกฎหมายปี 1994 และเพิ่มเติมในมาตรา 7 (7) ของกฎหมายคุ้มครองเด็กปี 1978 โดยให้คำจำกัดความของการทำเทียมภาพขึ้นมาว่าหมายถึงภาพที่ถูกทำขึ้นไม่ว่าจะเป็นการทำขึ้นโดยคอมพิวเตอร์ กราฟิกหรืออุปกรณ์อื่น ๆ ที่ทำให้ปรากฏออกมาเป็นภาพและทำให้การครอบครองภาพลามกที่ผ่านกระบวนการทำเทียมขึ้นมีความผิดด้วยถ้ากรณีเป็นการทำเทียมภาพของเด็ก และได้กล่าวถึงกรณีภาพที่ทำเทียมขึ้นเป็นภาพที่ถูกสร้างขึ้นหรือคอมพิวเตอร์ เช่น การรวมภาพเข้าด้วยกันด้วยการนำภาพสองภาพรวมเข้าด้วยกันซึ่งการถ่ายภาพด้วยวิธีการเช่นนี้กฎหมายอังกฤษถือว่ามีความผิดถ้ากระทำให้เกิดเป็นภาพลามกโดยมีโทษสำหรับภาพลามกเด็กที่ทำเทียมขึ้นเป็นโทษจำคุกไม่เกินหกเดือนหรือปรับไม่เกิน 5000 ปอนด์หรือทั้งจำทั้งปรับ ดังนั้น ภาพลามกเด็กที่เกิดจากการตัดต่อที่สร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์ จึงมีความผิดตามกฎหมายนี้

<sup>21</sup> เนติ รัตนากร. (2542). *การให้ความคุ้มครองเด็กในกฎหมายควบคุมสื่อลามก ศึกษากฎหมายไทย อังกฤษ สหรัฐอเมริกา เยอรมัน*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 61-63.

พระราชบัญญัติความยุติธรรมทางอาญา ค.ศ. 1988<sup>22</sup> มาตรา 160 ของสหราชอาณาจักรที่ได้วางหลักการครอบครองภาพลามกเด็กทั้งที่เป็นภาพของเด็กจริงหรือทำขึ้นและจะไม่เป็นความผิดต่อเมื่อผู้ต้องหาสามารถพิสูจน์ได้ว่า

- ก) มีเหตุผลอันสมควรในการครอบครองภาพลามกเด็ก
- ข) คนไม่เคยเห็นภาพนั้นด้วยตนเองและไม่ทราบภาพนั้นเป็นภาพลามกเด็ก
- ค) ภาพดังกล่าวถูกส่งมาถึงโดยที่คนไม่ได้ร้องขอและเมื่อได้รับแล้วก็ไม่ได้เก็บเอาไว้ในระยะเวลาที่ไม่เหมาะสม

ตามกฎหมาย Protection of Children Act 1978 มาตรา 1 (1) ได้กำหนดฐานความผิดสำหรับการกระทำที่เกี่ยวกับสิ่งลามกเด็กไว้ดังนี้<sup>23</sup>

- (1) นำมา หรือยอมให้นำ หรือ ทำภาพลามกเด็กใด ๆ หรือ ภาพตัดต่อของเด็ก หรือ
- (2) การจำหน่าย เผยแพร่ หรือ นำแสดง ซึ่งภาพลามกหรือภาพตัดต่อ หรือ
- (3) มีภาพลามกหรือภาพตัดต่อไว้ในครอบครองโดยมุ่งหมายเพื่อเผยแพร่หรือนำแสดงแก่ตนเองหรือผู้อื่น หรือ
- (4) ดีพิมพ์ หรือเป็นเหตุให้มีการโฆษณาต่อสาธารณชนให้เป็นที่เข้าใจว่ามีการโฆษณาเผยแพร่ หรือ นำออกแสดงซึ่งสิ่งลามก หรือภาพตัดต่อ หรือเจตนาที่จะทำเช่นนั้น

จากมาตราข้างต้นกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดให้การครอบครองภาพลามกเด็กที่มีไว้เพื่อขายจำหน่าย เผยแพร่ นำออกแสดง มีความผิดตามกฎหมายดังกล่าว แม้เป็นการครอบครองเพื่อตนเองก็ถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายฉบับนี้แล้ว

กฎหมาย Criminal Justice and Public Order Act 1994 ได้ขยายความในคำนิยามของคำว่า “ภาพที่สร้างขึ้นด้วยการตัดต่อ” โดยกำหนดว่าทุกภาพที่สร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิก หรือด้วยวิธีการอื่นที่สามารถแสดงให้เห็นเป็นรูปภาพถือว่าเป็นการสร้างภาพตัดต่อขึ้น

จะเห็นได้ว่าตามกฎหมายของสหราชอาณาจักรให้ความหมายของคำว่า “สื่อลามกอนาจารเด็ก” ครอบคลุมถึงภาพที่สร้างขึ้นด้วยการตัดต่อไม่ว่าจะเป็นภาพที่สร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิกหรือด้วยวิธีการอื่นที่สามารถแสดงให้เห็นเป็นรูปภาพถือว่าเป็นการสร้างภาพตัดต่อขึ้นทั้งสิ้น

<sup>22</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 107.

<sup>23</sup> กรรณิการ์ รอดมา. (2556). *ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกเด็กบนอินเทอร์เน็ต*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์. หน้า 86-87.

(2) การยกเว้นความผิดสำหรับการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก

(ก) ความรับผิดทางอาญาในกรณีที่เด็กเป็นผู้ผลิตและครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กอันได้มาจากความยินยอมของเด็กด้วยตนเองในสหราชอาณาจักรเด็กอายุ 16 ปี สามารถแต่งงานอยู่กินกันแบบสามีภรรยากันได้ กฎหมายสหราชอาณาจักรเด็กอายุจึงบัญญัติข้อยกเว้นไว้ว่า กรณีที่เด็กอายุ 16-17 ปี แต่เป็นสามีภรรยาต่อให้มีภาพถ่ายทางเพศโดยไม่มีเจตนาจะประสงค์เผยแพร่ (ถ่ายเก็บไว้ดูเอง) ไม่ผิดกฎหมาย<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Protection of Children Act 1978

F81A Marriage and other relationships

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(ข) การยกเว้นความผิดสำหรับการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กของเจ้าหน้าที่ในสหราชอาณาจักร ได้มีข้อยกเว้นสำหรับการดำเนินคดีทางอาญา และการสืบสวน ดังนี้<sup>25</sup>

(1) ในการดำเนินคดีในข้อหากระทำความผิดตามมาตรา 1 (1) (ก) ในการทำภาพอนาจารหรือภาพปลอมของเด็ก จำเลยไม่มีความผิดในการกระทำผิดหากพิสูจน์ได้ว่า

(ก) จำเป็นต้องใช้ภาพหรือภาพถ่ายปลอมเพื่อวัตถุประสงค์ในการป้องกัน ตรวจจับ หรือสืบสวนอาชญากรรม หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการดำเนินคดีอาญา

(ข) ในช่วงที่มีการกระทำความผิดได้เป็นสมาชิกของหน่วยรักษาความปลอดภัย (หรือหน่วยสืบราชการลับ) และจำเป็นที่จะต้องทำรูปถ่ายหรือถ่ายรูปเพื่อทำหน้าที่ใด ๆ หรือ

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

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

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

<sup>25</sup> F121B Exception for criminal proceedings, investigations etc.

(1) In proceedings for an offence under section 1 (1) (a) of making an indecent photograph or pseudo-photograph of a child, the defendant is not guilty of the offence if he proves that—

(a) it was necessary for him to make the photograph or pseudo-photograph for the purposes of the prevention, detection or investigation of crime, or for the purposes of criminal proceedings, in any part of the world,

(b) at the time of the offence charged he was a member of the Security Service [or the Secret Intelligence Service], and it was necessary for him to make the photograph or pseudo-photograph for the exercise of any of the functions of [that Service], or

(c) at the time of the offence charged he was a member of GCHQ, and it was necessary for him to make the photograph or pseudo-photograph for the exercise of any of the functions of GCHQ.

(2) In this section "GCHQ" has the same meaning as in the Intelligence Services Act 1994.



(ค) ในช่วงที่มีการกระทำความผิดเขาเป็นสมาชิกของ GCHQ และจำเป็นต้องให้เขาถ่ายภาพหรือถ่ายรูปปลอมเพื่อใช้เป็นฟังก์ชันใด ๆ ของ GCHQ

(2) ในส่วนนี้ “GCHQ” มีความหมายเช่นเดียวกับใน Intelligence Services Act 1994 จะเห็นได้ว่า กฎหมายในสหราชอาณาจักรได้มีการกำหนดข้อยกเว้นบางประการสำหรับการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก คือ ให้เด็กที่อายุ 16 ปีขึ้นไป ซึ่งเป็นสมาชิกกันสามารถครอบครองสื่อลามกของตนไว้เพื่อตนเองได้ และให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ราชการอันชอบด้วยกฎหมายหรือปฏิบัติตามวิชาชีพ

### 3.3.3 กฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีถือเป็นประเทศแรกที่มีการควบคุมสื่อลามกด้วยการแยกประเภทสื่อลามกและมีการกำหนดฐานความผิดโดยกำหนดโทษหนักและเบา ซึ่งแม้ว่าสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะเป็นประเทศที่ให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างมาก แต่ก็มีเนื้อหาที่ได้รับการยกเว้นมิให้อยู่ภายใต้หลักการคุ้มครอง กล่าวคือ มีเนื้อหาบางประเภทซึ่งเมื่อเผยแพร่ต่อสาธารณชนแล้วอาจเป็นความผิดตามกฎหมายได้ ส่วนใหญ่มีเหตุผลมาจากความต้องการ “คุ้มครองเด็กและเยาวชน” (Jugendschutz) จากสิ่งซึ่งถือเป็นอันตรายหรือกระทบต่อพัฒนาการทางความคิดในเรื่องต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องเพศหรือความก้าวร้าวรุนแรง นอกจากนี้ก็เพื่อคุ้มครองเกียรติยศชื่อเสียง แต่อย่างไรก็ดีมิได้หมายความว่า รัฐสามารถปิดกั้นการเข้าถึงหรือระงับการเผยแพร่ได้ทุกกรณี หากแต่มีเพียงบางกรณีเท่านั้นที่รัฐสามารถใช้มาตรการเร่งด่วนในการปิดกั้น บางกรณีต้องมีการฟ้องร้อง และบางกรณีกระทำได้เพียงกำหนด “เงื่อนไขพิเศษ” เพื่อป้องกันมิให้มีการเผยแพร่ต่อเด็กและเยาวชน คล้ายกับมาตรา 20 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ซึ่งไม่ได้ให้อำนาจรัฐในการปิดกั้นเนื้อหาที่ผิดกฎหมายได้ทุกประเภท แต่หมายความถึงเนื้อหาที่มีความร้ายแรงถึงขนาดไม่อาจเผยแพร่ต่อไปได้

#### (1) คำจำกัดความคำว่าเด็กในสื่อลามกอนาจารเด็ก

ภาพลามกอนาจารตามกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ภาพลามกถูกจำแนกออกเป็นสองระดับ คือภาพลามกอนาจารธรรมดา (Einfache pornography) และภาพลามกอนาจารที่ร้ายแรง (Harte pornography)<sup>26</sup> กล่าวคือ

1. ภาพลามกอนาจารธรรมดา หมายความว่า ภาพการแสดงการมีเพศสัมพันธ์แบบธรรมดาไม่ว่าจะด้วยวิธีการใดใดซึ่งกิจกรรมทางเพศอื่น ๆ ซึ่งไม่มีลักษณะต้องห้าม

<sup>26</sup> ทรงวุฒิ จันทร์ทิมา. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 15. หน้า 37-39.

2. ภาพลามกอนาจารที่ร้ายแรงหมายความว่าภาพการแสดงการมีเพศสัมพันธ์โดยกิจกรรมทางเพศซึ่งมีลักษณะรุนแรงของการทารุณกรรมมีการร่วมเพศกับสัตว์หรือการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กและเยาวชน

ทั้งนี้ตามข้อตกลงระหว่างรัฐว่าด้วยการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการนำเสนอสิ่งใดในสื่อระบุไว้อย่างชัดเจนว่าภาพลามกหรือระดับความร้ายแรงให้หมายความว่าถึงภาพที่สร้างและจำลองขึ้นหรือไม่ได้ใช้คนจริงเป็นผู้แสดง ซึ่งต่างกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ยังไม่กำหนดถึงภาพลามกที่เกิดจากการจำลองหรือสร้างขึ้นประมวลกฎหมายอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 184 ห้ามมิให้ผู้ใดเผยแพร่หรือเปิดช่องทางการเข้าถึงภาพลามกอนาจารทั้งสองระดับให้แก่เด็กและเยาวชนซึ่งหมายความว่าถึงการเผยแพร่ในสื่อทุกชนิดรวมถึงสื่อออนไลน์ด้วย ทำนองเดียวกับข้อตกลงระหว่างรัฐว่าด้วยการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการนำเสนอใด ๆ ในสื่อ (JMStV) แต่อย่างไรก็ตามภาพลามกธรรมดา (Einfache Pornographie) สามารถเผยแพร่แก่ผู้ใหญ่ได้อย่างเสรีโดยไม่มีความผิด ทั้งนี้รวมถึงการอนุญาตให้มีการครอบครองด้วย

สำหรับภาพลามกอนาจารที่ร้ายแรง (Harte Pornographie) กฎหมายอาญาเยอรมนีห้ามมิให้มีการเผยแพร่ต่อสาธารณะโดยเด็ดขาดไม่ว่าจะต่อเด็กหรือเยาวชน หรือต่อผู้ใหญ่ซึ่งใครมีไว้ในครอบครองก็มีความผิดตามกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะเห็นได้ว่า กฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีวัตถุประสงค์ห้ามมิให้เผยแพร่ภาพลามกโดยมุ่งเน้นไปที่การคุ้มครองเด็กและเยาวชนเป็นสำคัญ ทั้งนี้ก็เพื่อมิให้เด็กและเยาวชนเผชิญหน้ากับเรื่องราวเกี่ยวกับเพศก่อนวัยอันควร ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อทัศนคติและพัฒนาการทางเพศที่เหมาะสมและไม่ให้เด็กต้องตกเป็นเหยื่อทางเพศของผู้ใหญ่ด้วยการเป็นผู้แสดงและมีส่วนร่วมกับฉากทางเพศอันเกิดขึ้นรวมทั้งเหตุผลที่รัฐไม่ต้องการสนับสนุนให้เกิดกลุ่มบุคคลที่นิยมร่วมเพศกับเด็กหรือ Pedopien

อาจกล่าวได้ว่า กฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากสื่อลามก มีการจัดประเภทของสื่อลามกอย่างชัดเจน เพื่อกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการควบคุม ซึ่งแม้ว่าสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะเป็นประเทศที่เคร่งครัดต่อการใช้การคุ้มครองเรื่องสิทธิเสรีภาพการแสดงความคิดเห็นของพลเมือง แต่ในส่วนการเผยแพร่สื่อลามกนั้นเป็นข้อยกเว้นสำคัญอันมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันเด็กและเยาวชน จะเห็นว่าสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองเด็กและเยาวชนไม่น้อยกว่าการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน ซึ่งลึกลงไปในเนื้อหาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมสื่อลามกหลายระดับ เช่น กรณีสื่อลามกธรรมดาผู้ใหญ่หรือผู้ที่มีอายุตั้งแต่สิบแปดปีสามารถรับชมได้อย่างเสรี ส่วนสื่อลามกที่มีความรุนแรงจะถูกปิดกั้นและระงับโดยผล

ของกฎหมาย เป็นผลให้เด็กและเยาวชนตามกฎหมายไม่สามารถเข้าถึงและรับรู้สื่อลามกได้อย่าง เต็มขนาด

(2) การยกเว้นความผิดสำหรับการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก

(ก) ความรับผิดทางอาญาในกรณีที่เด็กเป็นผู้ผลิตและครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก อันได้มาจากความยินยอมของเด็กด้วยกันเองตามประมวลกฎหมายอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐ เยอรมนีมาตรา 184C (4)<sup>27</sup> บัญญัติไว้ว่าการแจกจ่ายการครอบครองและการครอบครองภาพอนาจาร เด็กและเยาวชน

(1) ผู้ใดก็ตาม

1. เผยแพร่

2. เพื่อการแจกจ่ายหรืออื่น ๆ ที่สามารถเข้าถึงได้ หรือ

---

<sup>27</sup> German criminal code

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 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.

3. ผลิตจัดซื้อจัดหาโฆษณาหรือโฆษณาหรือนำเข้าหรือส่งออกเพื่อนำไปใช้หรือสำเนาที่ทำจากพวกเขาตามความหมายของข้อ 1 หรือ 2 ข้างต้นหรืออำนวยความสะดวกในการใช้งานโดยใช้สื่อลามกอื่น ตามมาตรา 11 (3) ที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเพศที่ดำเนินการโดยในหรือต่อหน้าบุคคลระหว่างอายุสิบสี่ถึงสิบแปดปี (ภาพอนาจารเด็กและเยาวชน)

ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับ

(2) ผู้ใดก็ตามที่ได้ครอบครองภาพสื่อลามกอนาจารของผู้อื่นที่เกิดขึ้นจริงหรือเป็นกิจกรรมจริงจะต้อง

ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับ

(ได้รับโทษเช่นเดียวกัน)

(3) ในกรณีตามมาตรา (1) หรือ (2) ข้างต้นบทลงโทษต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงห้าปีถ้าผู้กระทำความผิดประกอบการค้าหรือมีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้าเกี่ยวกับความผิดและภาพลามกอนาจารเด็กและเยาวชนทำซ้ำกิจกรรมจริงหรือเป็นไปตามความเป็นจริง

(4) บุคคลใดก็ตามที่ได้รับภาพลามกอนาจารของเด็กซึ่งมีลักษณะเป็นจริงหรือเป็นจริงจะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับ ประโยคที่หนึ่งไม่ใช่บังคับแก่การกระทำของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับภาพอนาจารเด็กและเยาวชนที่ผลิตโดยพวกเขาในขณะที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปีและได้รับความยินยอมจากบุคคลในภาพดังกล่าว

(5) ให้นำมาตรา 184b (5) และ (6) มาใช้บังคับโดยอนุโลม

จะเห็นได้ว่า ตามมาตรา 184C (4) สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้กำหนดการให้ความยินยอมของเด็กในสื่อลามกอนาจารเด็ก เป็นข้อยกเว้นความผิด ซึ่งมีการยอมรับข้อยกเว้นความผิดดังกล่าวต่อสื่อลามกอนาจารของเยาวชน แต่ภายใต้เงื่อนไขว่าจะต้องเป็นภาพอนาจารเด็กและเยาวชนที่ผลิตโดยเด็กเองในขณะที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปีและได้รับความยินยอมจากเด็กในภาพนั้นและมีไว้เพื่อใช้เป็นการส่วนตัว มิใช่การเผยแพร่หรือหาประโยชน์

(ข) การยกเว้นความผิดสำหรับการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กของเจ้าหน้าที่ซึ่งในมาตรา 184b<sup>28</sup> ได้บัญญัติไว้เกี่ยวกับการแจกจ่ายการครอบครองและการครอบครองสื่อลามกอนาจารของเด็กโดยในส่วนข้อยกเว้นสำหรับเจ้าหน้าที่ที่จะกำหนดไว้ใน (5)

<sup>28</sup> German criminal code

Section 184b Distribution, acquisition and possession of child pornography

(1) Whosoever

1. disseminates;

2. publicly displays, presents, or otherwise makes accessible; or

(1) ผู้ใดก็ตาม

1. เผยแพร่

2. เพื่อการแจกจ่ายหรืออื่น ๆ ที่สามารถเข้าถึงได้ หรือ

3. ผลิตจัดซื้อจัดหา โฆษณาหรือไขข่าวหรือนำเข้าหรือส่งออกเพื่อนำไปใช้หรือสำเนาที่ทำจากพวกเขาตามความหมายของข้อ 1 หรือ 2 ข้างต้นหรืออำนวยความสะดวกในการใช้งานโดยใช้สื่อลามกอื่น (มาตรา 11 (3)) ที่เกี่ยวข้องกับการทางเพศที่ดำเนินการโดยในหรือต่อหน้าเด็ก (มาตรา 176 (1)) (ภาพอนาจารเด็ก)

ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงห้าปี

(2) ผู้ใดก็ตามที่ได้ครอบครองภาพสื่อลามกอนาจารของเด็กอื่นซึ่งทำซ้ำกิจกรรมจริงหรือเป็นจริงจะต้องมีโทษเช่นเดียวกัน

(3) ในกรณีตามมาตรา (1) หรืออนุสัญญา (2) ข้างต้นจะต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสิบปีถ้าผู้กระทำความผิดประกอบการค้าหรือมีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้าดังกล่าว ความผิดและภาพลามกอนาจารของเด็กจำลองกิจกรรมจริงหรือสมจริง

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.

(4) ผู้ใดก็ตามที่ได้รับเนื้อหาภาพลามกอนาจารของเด็กซึ่งเกิดขึ้นจริงหรือเป็นกิจกรรมจริงต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับ ผู้ใดครอบครองเอกสารที่เขียนไว้ในประโยคที่ 1 จะต้องได้รับโทษเช่นเดียวกัน

(5) ส่วนย่อย (2) และ (4) ข้างต้นจะไม่ใช้บังคับแก่การกระทำที่ให้บริการเฉพาะเพื่อปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายหรือวิชาชีพอย่างถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้น

(6) ในกรณีตาม (3) ข้างต้นมาตรา 73d จะใช้บังคับวัตถุที่กระทำความผิดตามอนุสัญญา (2) หรือ (4) ดังกล่าวจะต้องเป็นไปตามคำสั่งการปลดอาวุธ ให้นำมาตรา 74a มาใช้บังคับ

จะเห็นได้ว่า สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีการกำหนดข้อยกเว้นบางประการสำหรับการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก คือ การครอบครองเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ราชการอันชอบด้วยกฎหมายหรือปฏิบัติตามวิชาชีพ

จากการศึกษามาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในประเทศไทยและต่างประเทศ รวมทั้งในระดับระหว่างประเทศ จะเห็นได้ว่าในหลายประเทศได้ตระหนักถึงปัญหาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กและต่างเห็นถึงความจำเป็นของการร่วมมือกันในการดำเนินการคุ้มครองเด็กจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศ ซึ่งผลจากการร่วมมือนี้ทำให้เกิดการประชุมระดับโลกเกิดสนธิสัญญาหลายฉบับที่เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก และในหลายประเทศได้ให้สัตยาบันต่อสนธิสัญญาต่าง ๆ และมีกฎหมายภายในประเทศเพื่อคุ้มครองเด็กมากขึ้นซึ่งความยากลำบากในการป้องปรามปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กให้หมดไปนั้นเนื่องจากในประเทศต่าง ๆ มีตัวบทกฎหมายที่แตกต่างกัน เช่น แต่ละประเทศมีบทนิยามของคำว่าสื่อลามกอนาจารเด็ก รูปแบบสื่อที่จะถือว่าเป็นสื่อลามกอนาจารเด็กที่แตกต่างกัน ซึ่งการดำเนินคดีจะต้องพิจารณาถึงการกระทำนั้น ๆ ว่ากระทำโดยมีเจตนาหรือเพียงมีไว้ในครอบครองก็ถือว่าเป็นความผิดแล้วหรือสื่อลามกนั้นจะต้องมีเด็กจริง ๆ เข้ามาเกี่ยวข้องด้วยหรือไม่ จึงจะถือว่าเป็นอาชญากรรม ซึ่งในแต่ละประเทศยังมีความแตกต่างกัน การที่กฎหมายประเทศต่าง ๆ ไม่มีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันนี้ทำให้ผู้ละเมิดกฎหมายแสวงหาช่องทางในประเทศที่ยังมีจุดอ่อนในเรื่องการป้องปรามปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็ก ดังนั้น เห็นว่าประเทศไทยสมควรให้มีกฎหมายที่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อให้สามารถบังคับใช้กฎหมายแก้ไขปัญหเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กทั้งภายในและภายนอกประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพ