

ปัญหาทางกฎหมายในการบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 วรรคหนึ่ง

นิติพงษ์ วงศ์สวรรค์

งานนิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชากฎหมายอาญาและอาชญาวิทยา

คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา

มกราคม 2561

ลิขสิทธิ์เป็นของมหาวิทยาลัยบูรพา

อาจารย์ผู้ควบคุมงานนิพนธ์และคณะกรรมการสอบงานนิพนธ์ ได้พิจารณา
งานนิพนธ์ของ นิตี วงศ์สุวรรณค์ ฉบับนี้แล้ว เห็นสมควรรับเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา
ตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายอาญาและอาชญาวิทยา
ของมหาวิทยาลัยบูรพาได้

อาจารย์ผู้ควบคุมงานนิพนธ์

พ.ต.ท. ๑๖

..... อาจารย์ที่ปรึกษา

(พันตำรวจโท คร.ประลอง ศิริภูท)

คณะกรรมการสอบปากเปล่า

พ.ต.ท.๑๖

..... ประธาน

(พันตำรวจโท คร.ประลอง ศิริภูท)

..... กรรมการ

(คร.รัชนี แดงอ่อน)

..... กรรมการ

(รองศาสตราจารย์ ดร.ประทีป ทับอัดตานนท์)

คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ อนุมัติให้รับงานนิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา
ตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายอาญาและอาชญาวิทยา
ของมหาวิทยาลัยบูรพา

..... คณบดีคณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์

(รองศาสตราจารย์ ว่าที่เรือตรี ดร.เอกวิทย์ มณีธร)

วันที่ 19 เดือน มกราคม พ.ศ. 2561

ประกาศคุณูปการ

งานวิจัยฉบับนี้สำเร็จลงได้ด้วยความกรุณาเป็นอย่างสูงจากผู้มีพระคุณหลายท่านผู้ศึกษา
ขอกราบขอบพระคุณพันตำรวจโท ดร.ประลอง ศิริภูท ที่สละเวลาอันมีค่าได้ให้เกียรติเป็นอาจารย์ที่
ปรึกษางานวิจัยโดยให้คำปรึกษา แนะนำ ช่วยหาวิธีการแก้ไขปัญหาและอุปสรรคต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น
ตลอดจนข้อคิดเห็นที่เป็นประโยชน์ต่อการทำวิจัยฉบับนี้จนสำเร็จไปได้ด้วยดี

ผู้ศึกษาขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ ประทีป ทับอัครานนท์ ที่กรุณาได้รับเป็น
ประธานกรรมการสอบวิจัยและท่านอาจารย์ ดร. รัชณี แดงอ่อน ที่กรุณาได้รับเป็นกรรมวิจัย และได้
สละเวลาอันมีค่ามาดำเนินการสอบวิจัย ทั้งให้คำแนะนำและชี้แนะแนวทางด้วยความเมตตาต่อผู้
ศึกษาจนวิจัยฉบับนี้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ท้ายนี้ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดาที่ให้การอุปการะอบรมเลี้ยงดู ตลอดจน
ส่งเสริมการศึกษา และให้กำลังใจเป็นอย่างดี ขอขอบพระคุณอาจารย์เมธาพร กาญจนเตชะ ที่กรุณา
ให้คำแนะนำหลายๆด้าน รวมทั้งให้กำลังใจผู้ศึกษาด้วยความเมตตาเป็นอย่างยิ่ง อีกทั้งขอขอบคุณ
เพื่อน ๆ ที่ให้การสนับสนุนและช่วยเหลือด้วยดีเสมอมา และขอขอบพระคุณเจ้าของเอกสารและ
งานวิจัยทุกท่านที่ผู้ศึกษาค้นคว้าได้นำมาอ้างอิงในการทำวิจัยจนกระทั่งงานวิจัยฉบับนี้สำเร็จลุล่วง
ไปได้ด้วยดี

นิติพงษ์ วงศ์สวรรค์

53921425: สาขาวิชา: กฎหมายอาญาและอาชญาวิทยา; น.ม. (กฎหมายอาญาและอาชญาวิทยา)

คำสำคัญ: สื่อลามกอนาจารเด็ก/ ประมวลกฎหมายอาญา/ การบังคับใช้

นิติพงษ์ วงศ์สุวรรณ: ปัญหาทางกฎหมายในการบังคับใช้ประมวลกฎหมาย

อาญา มาตรา 287 วรรคหนึ่ง (LEGAL PROBLEMS IN THE ENFORCEMENT PROBLEMS OF ARTICLE 287 PARAGRAPH 1 IN CRIMINAL CODE) คณะกรรมการควบคุมงานนิพนธ์:

ประลอง ศิริภูณ, ปร.ด., 67 หน้า.ปี พ.ศ. 2560

จากการศึกษากฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานสื่อลามกอนาจารเด็ก ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287/1 พบว่า การบังคับใช้อาจเกิดปัญหาขึ้นในทางปฏิบัติ เนื่องจากการกำหนดค่านิยามที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (17) เป็นการกำหนดโดยคำนึงถึงแต่เฉพาะเด็กที่เป็นมนุษย์เท่านั้น อาจจะไม่เพียงพอ เนื่องจากหากพิจารณาถึงความก้าวหน้าของการพัฒนาเทคโนโลยีในปัจจุบันที่มีสื่อลามกอย่างอื่นที่ไม่ใช่เด็กเป็นผู้แสดง หากไม่ได้บัญญัติครอบคลุมถึงอาจส่งผลให้ผู้ผลิตสื่ออาศัยเป็นช่องโหว่ในการผลิตสื่อลามกเด็ก ประเด็นต่อมาเป็นข้อต่อสู้ของผู้กระทำความผิดที่อาจยกข้อต่อสู้เกี่ยวกับอายุของเด็กในสื่อลามก โดยอ้างเหตุไม่รู้ชื่อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด เพราะการไม่รู้ดังกล่าวแสดงว่าผู้กระทำความผิดนั้นขาดเจตนาในการกระทำความผิดตามมาตรา 59 วรรคสาม

ข้อเสนอแนะ ควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (17) โดยเพิ่มความหมายของ“สื่อลามกอนาจารเด็ก” ครอบคลุมถึงสื่อลามกเด็กที่เด็กในสื่อ นั้นถูกสร้าง หรือจำลองขึ้นโดยคอมพิวเตอร์ด้วย และเพิ่มเติมข้อความ มาตรา 285/1 วรรคท้าย บัญญัติว่า “การกระทำความผิดตามมาตรา 287/1 วรรคหนึ่ง ห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิดนั้น”

53921425: PROGRAM: CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY; LL.M. (MASTER OF LAWS)

KEYWORDS: CHILD PORRNOGRAPHY/ CRIMINAL CODE/ ENFORCEMENT

NITIPONG WONGSAWAN: LEGAL PROBLEMS IN THE ENFORCEMENT PROBLEMS OF ARTICLE 287 PARAGRAPH 1 IN CRIMINAL CODE. ADVISOR: PRALONG SIRIPOOL, DOCTEUR EN DROIT., 67 PAGES, YEAR 2017.

The study of laws related the offense of child pornography according to the Criminal Code Article 287/1 found that its enforcement might cause some practical problems. This came from the definition appeared in the Criminal Code Article 1 (17) was enacted by considering child as a human being only that has not been covered enough. Due to the progress of technological development today, there were other pornographies than child as an actor, if there was no inclusive enactment it might be a loophole for media producers to make child pornographies. Another point, it might be used as an offender's defence on the age of child in pornography that would be an excuse for ignoring of the elements of crime. Such ignorance would be indicated that the offender had no intent on criminal offense of Article 59 Paragraph 3.

Suggestion – The Article 1 (17) of Criminal Code should be amended in the definition of “Child Pornography” to cover pornographies that had child as an actor whether created or modeled by computer. Moreover, the Article 285/1 should be amended as follows; “The offense under Article 287/1 Paragraph 1, defence on the age of child for acquitting is prohibited”.

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
สารบัญ.....	ฉ
บทที่	
1 บทนำ.....	1
ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	3
สมมติฐานของการศึกษา.....	3
ขอบเขตของการศึกษา.....	3
วิธีดำเนินการศึกษา.....	4
ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	4
2 พัฒนาการการคุ้มครองเด็ก แนวคิด ทฤษฎีกฎหมายอาญา และความเป็นมาความผิดฐาน อนาจาร.....	5
แนวคิดการให้ความคุ้มครองเด็ก.....	5
สาเหตุการกระทำความผิดทางเพศ.....	8
แนวคิด ทฤษฎีกฎหมายอาญา.....	14
หลักการตีความของกฎหมายอาญา.....	25
โครงสร้างความรับผิดทางอาญา.....	26
พัฒนาการการควบคุมต่อต้านสื่อลามกของประเทศไทย.....	31
ความจำเป็นที่ต้องมีมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมสื่อลามกเด็ก.....	36
3 หลักกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานสื่อลามกอนาจารเด็ก.....	40
มาตรการตามกฎหมายของประเทศไทย.....	40
มาตรการตามกฎหมายของต่างประเทศ.....	48
4 วิเคราะห์ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287/1.....	52
การกำหนดคำนิยาม.....	52
ปัญหาข้อต่อสู้เกี่ยวกับอายุเด็ก.....	56

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
5 บทสรุป และข้อเสนอแนะ.....	59
บทสรุป.....	59
ข้อเสนอแนะ.....	62
บรรณานุกรม.....	63
ประวัติย่อของผู้วิจัย.....	66

บทที่ 1

บทนำ

ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

โดยที่สหประชาชาติโดยองค์การกองทุนเพื่อเด็กแห่งสหประชาชาติ (United Nations Children' Fund: UNICEF) จึงได้ร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the rights of the child) ขึ้นเพื่อให้มีผลบังคับแก่รัฐที่ให้การรับรอง โดยได้ปรับปรุงเนื้อหาในเรื่องสิทธิมนุษยชน เพื่อให้การคุ้มครองเด็กมีประสิทธิภาพที่ดีขึ้น อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนี้มีผลบังคับใช้ในวันที่ 2 กันยายน ค.ศ. 1990 และประเทศไทยได้ลงนามเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2535 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 26 เมษายน พ.ศ. 2535 อนุสัญญานี้เน้นให้ความสำคัญคุ้มครองเด็กในอันที่จะได้รับการปฏิบัติด้วยความเป็นธรรมมากขึ้น จึงถือได้ว่าอนุสัญญานี้เป็นกฎหมายระหว่างประเทศฉบับแรกที่ทำให้ความคุ้มครองและส่งเสริมชีวิตและพัฒนาการขั้นพื้นฐานของเด็กอย่างแท้จริง และถือว่าเป็นการกำหนดมาตรฐานสากลทางกฎหมายที่นานาประเทศได้ร่วมตกลงกันเพื่อคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิเด็ก จากการที่ประเทศไทยได้ลงนามเข้าเป็นภาคีสมาชิกจึงส่งผลให้ประเทศไทยจะต้องบัญญัติกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กดังกล่าว โดยประเทศไทยได้มีความพยายามที่จะให้ความสำคัญคุ้มครองเด็กในทุกส่วนทั้งในส่วนของกฎหมายวิธีสบัญญัติ และกฎหมายสารบัญญัติจนกระทั่งในปี พ.ศ. 2558 มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 24 พ.ศ. 2558 ซึ่งมีเนื้อหาที่เป็นการกำหนดฐานความผิดอาญาขึ้นใหม่ 3 ฐานความผิดด้วยกัน ได้แก่

1. ความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจาร มาตรา 287/1 วรรคแรก
2. ความผิดฐานส่งต่อซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กให้แก่ผู้อื่น มาตรา 287/1 วรรคสอง และ
3. ความผิดฐานเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก มาตรา 287/2

โดยมีเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และเป็นปัจจัยที่ก่อให้เกิดการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กและส่งผลกระทบต่อสวัสดิภาพของเด็ก ประกอบกับความผิดเกี่ยวกับการค้าหรือทำให้แพร่หลายซึ่งวัตถุหรือสิ่งลามกไม่ได้แยกประเภทระหว่างสื่อลามกอนาจารผู้ใหญ่กับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ทั้งที่ลักษณะความผิดมีความร้ายแรงแตกต่างกัน ดังนั้น เพื่อให้เด็กได้รับการคุ้มครองและป้องกันจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศมากขึ้น สมควรกำหนดให้ความผิดเกี่ยวกับการค้าหรือทำให้แพร่หลายซึ่งวัตถุหรือสิ่งลามกที่เป็นสื่อลามกอนาจาร

เด็ก เป็นความผิดที่ผู้กระทำต้องได้รับโทษหนักขึ้น รวมทั้งกำหนดให้การครอบครองและส่งต่อซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิด

การบัญญัติความผิดดังกล่าวนี้เพื่อให้มีความสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กข้อ 34 ที่กำหนดว่า “รัฐภาคีรับที่จะคุ้มครองเด็กจากการแสวงประโยชน์ทางเพศ และการกระทำทางเพศที่มีขอบทุกรูปแบบ เพื่อการนี้รัฐภาคีจะดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวงทั้งมาตรการภายในประเทศ และมาตรการทวิภาคีและพหุภาคีเพื่อป้องกัน

1. การชักจูง หรือบีบบังคับให้มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศใด ๆ ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย
2. การแสวงประโยชน์จากเด็กในการค้าประเวณี หรือการกระทำอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับเพศที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย
3. การแสวงประโยชน์จากเด็กในการแสดงลามกอนาจารและที่เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจาร”

ถือได้ว่าประเทศไทยให้เล็งเห็นความสำคัญของการคุ้มครองเด็กที่อาจจะถูกแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ อย่างไรก็ตามแม้ว่าจะได้มีการบัญญัติกฎหมาย

อีกทั้งแนวคิดเรื่องสื่อลามกเด็กบนอินเทอร์เน็ต ได้มีการกล่าวถึงในการประชุมระดับนานาชาติเรื่องการกระทำทารุณทางเพศต่อเด็กที่กรุงสต็อกโฮม ประเทศสวีเดน ในปี 2539 ที่มีรัฐบาลรวม 122 ประเทศรวมทั้งประเทศไทยได้ร่วมลงนามยอมรับ Agenda for Action ตกลงกันที่จะพัฒนา ปรับปรุง และบังคับใช้กฎหมายในประเทศ เพื่อสร้างความรับผิดชอบทางอาญาให้กับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ลูกค้า และผู้เป็นสื่อกลาง ในเรื่องของสื่อลามกเด็ก รวมทั้งการมีสื่อลามกเด็กไว้ในครอบครองด้วย อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะได้มีการบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่เพื่อให้ความคุ้มครองเด็ก ที่ปรากฏในมาตรา 287/1 แล้ว การบังคับใช้อาจเกิดปัญหาขึ้นในทางปฏิบัติ ซึ่งผู้ศึกษาได้สนใจที่จะศึกษาประเด็น ดังนี้

1. ปัญหาการกำหนดคำนิยาม

ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดคำนิยามคำว่า “สื่อลามกอนาจารเด็ก” ที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (17) การกำหนดเพียงคำนี้ถึงแต่เฉพาะเด็กที่เป็นมนุษย์เท่านั้น อาจจะยังไม่เพียงพอ เนื่องจากหากพิจารณาถึงความก้าวหน้าของการพัฒนาเทคโนโลยีในปัจจุบันที่มีสื่อลามกอย่างอื่นที่ไม่ใช่เด็กเป็นผู้แสดง หากไม่ได้บัญญัติครอบคลุมถึงอาจส่งผลให้ผู้ผลิตสื่ออาศัยเป็นช่องโหว่ในการผลิตสื่อลามกเด็ก

2. ปัญหาข้อต่อสู้เกี่ยวกับอายุเด็ก

ประเด็นข้อต่อสู้ของผู้กระทำความผิดที่อาจยกข้อต่อสู้เกี่ยวกับอายุของเด็กในสื่อลามก โดยอ้างเหตุไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด เพราะการไม่รู้ดังกล่าวแสดงว่า ผู้กระทำความผิดนั้นขาดเจตนาในการกระทำความผิดตามมาตรา 287/1

จากประเด็นปัญหาข้างต้น ผู้ศึกษาจึงมีความสนใจจะศึกษาเรื่อง การบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287/1 ทั้งนี้เพื่อให้การบังคับใช้ในการปฏิบัติเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพต่อไป

วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเด็ก และทฤษฎีเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก
2. เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์กฎหมายที่เกี่ยวกับความผิดฐานความผิดฐานอนาจาร และความผิดฐานสื่อลามกอนาจารเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา
3. เพื่อศึกษาปัญหาการบังคับใช้การกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน
4. เพื่อศึกษาหาแนวทางการแก้ไขปัญหาการบังคับใช้กฎหมายความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก

สมมติฐานของการศึกษา

ปัจจุบันประเทศไทยได้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ซึ่งปรากฏในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287/1 ได้กำหนดความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจาร แต่พบว่ามีกรณีการบัญญัติยังไม่ชัดเจนการให้คำนิยามของคำว่า สื่อลามกอนาจารเด็ก และการยกข้อต่อสู้ของจำเลยเกี่ยวกับอายุเด็ก หากบัญญัติไม่ชัดเจนอาจส่งผลให้เกิดการบังคับใช้กฎหมายนั้นไม่เกิดประสิทธิภาพตามเจตนารมณ์ที่ได้กำหนดไว้

ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิเด็ก และทฤษฎีเกี่ยวกับความผิดฐานอนาจาร และความผิดฐานสื่อลามกอนาจารเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา โดยศึกษาถึงปัญหาการบังคับใช้ที่อาจเกิดขึ้นในทางปฏิบัติ

วิธีดำเนินการศึกษา

ศึกษาวิจัยจากเอกสาร (Documentary research) โดยค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลจากเอกสาร โดยศึกษาบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ตำรา บทความในวารสาร วิทยานิพนธ์ งานวิจัย และวิเคราะห์เปรียบเทียบเพื่อหาข้อสรุปที่เหมาะสม ในการนำมาปรับปรุงกฎหมายของไทย

ประโยชน์คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงแนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเด็ก และทฤษฎีเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก
2. ทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์กฎหมายที่เกี่ยวกับความผิดฐานอนาจาร และความผิดฐานสื่อลามกอนาจารเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา
3. ทำให้ทราบถึงปัญหาการบังคับใช้การกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กที่บังคับใช้ในปัจจุบัน
4. ทำให้ทราบถึงแนวทางการแก้ไขปัญหาการบังคับใช้กฎหมายความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพต่อไป

บทที่ 2

พัฒนาการการคุ้มครองเด็ก แนวคิด ทฤษฎีกฎหมายอาญาและ ความเป็นมาความผิดฐานอนาจาร

ในบทนี้ผู้ศึกษาได้ศึกษาเกี่ยวกับแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิของเด็ก แนวคิด ทฤษฎี
กฎหมายอาญา และความเป็นมาความผิดฐานอนาจาร โดยแบ่งหัวข้อดังนี้

แนวคิดการให้ความคุ้มครองเด็ก

1. พัฒนาการให้การคุ้มครองเด็ก

สิทธิเด็กเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิมนุษยชนแต่เด็กเป็นกลุ่มคนที่ต้องปกป้องคุ้มครอง
มากกว่าคนทั่วไป เนื่องจากความสามารถของสภาวะทางร่างกายและสติปัญญาของเด็กเองที่ไม่เท่า
เทียมกับผู้ใหญ่จึงต้องได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษเพื่อให้พัฒนาการและเจริญเติบโตเป็นผู้ใหญ่
ที่เป็นทรัพยากรมนุษย์ที่มีคุณค่าต่อสังคม ในประชาคมระหว่างประเทศเห็นความสำคัญในการ
ปกป้องคุ้มครองสิทธิเด็กเป็นอย่างยิ่ง ดังนั้นในปี ค.ศ. 1924 องค์การสันนิบาตชาติได้ประกาศ
ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็กหรือที่เรียกว่าปฏิญญาเจนีวา (The Declaration of Geneva 1924) เมื่อมีการ
จัดตั้งองค์การสหประชาชาติได้มีการประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The universal
declaration of human rights) เมื่อปี ค.ศ. 1948 ต่อมาในปี ค.ศ. 1959 องค์การสหประชาชาติได้
พัฒนาและประกาศปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (The united nations declaration on the rights of the
child 1959) แต่ปฏิญญาไม่มีผลผูกพันเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ

ต่อมาจนถึงปีค.ศ. 1989 สหประชาชาติจึงได้พัฒนาการคุ้มครองเด็กให้เป็น
กฎหมายระหว่างประเทศในรูปของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the rights of the
child 1989) ซึ่งอยู่ในรูปแบบปัจจุบัน (<http://www.djop.moj.go.th/arti1.htm>) ในปี ค.ศ. 2000
องค์การสหประชาชาติได้จัดทำตราสารทางกฎหมายระหว่างประเทศ 2 ฉบับ ในรูปแบบของพิธี
สารต่อทำยอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก คือ พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเรื่องความ
เกี่ยวพันของเด็กในความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธ (Optional Protocol on the Involvement of
children in armed conflict) และพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเรื่องการค้าเด็ก การค้า
ประเวณีเด็กและสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก (Optional protocol on the sale of children, child
prostitution and child pornography)

ในปัจจุบันถือว่าอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและพิธีสารต่อท้ายทั้งสองฉบับเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่มีผลสำคัญอย่างยิ่งในการกำหนดมาตรฐานการคุ้มครองสิทธิเด็ก อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเป็นอนุสัญญาที่มีประเทศต่าง ๆ เข้าเป็นภาคีสมาชิกมากกว่าอนุสัญญาอื่นทุกฉบับส่วนพิธีสารทั้งสองฉบับนั้นอยู่ระหว่างการเปิดให้ลงนามและให้สัตยาบัน ดังได้กล่าวแล้ว

หลักการสำคัญของอนุสัญญาฯ ว่าด้วยสิทธิเด็ก

1. สิทธิของเด็กนั้นไม่ใช่เรื่องของรัฐหรือใครให้กับเด็ก แต่เป็นสิทธิของเด็กทุกคนที่มีติดตัวมาตั้งแต่เกิด ซึ่งอนุสัญญาใช้คำว่า “สิทธิติดตัว” (Inherent rights) ดังนั้น เด็กจึงเป็นผู้มีสิทธิที่ไม่มีผู้ใดสามารถไปตัดทอนหรือจำกัดการใช้สิทธิอันชอบธรรมของเด็ก หรือละเมิดสิทธิของเด็กได้

2. ในการดำเนินการต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับเด็กจะต้องคำนึงถึงสิทธิเด็กและที่สำคัญที่สุดคือต้องยึดถือหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The best interest of the child) เป็นข้อพิจารณาในการดำเนินการ

ในการเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนั้นเป็นประโยชน์โดยตรงต่อประเทศภาคีสมาชิก เพราะเป็นการกำหนดมาตรฐานในการคุ้มครองเด็กขั้นต่ำที่ประเทศเหล่านั้นจะต้องยกมาตรฐานของตนเองขึ้นให้เท่ากับที่กำหนดในอนุสัญญาฯ หรือสูงกว่า ส่วนประเทศที่มีการคุ้มครองที่สูงกว่าที่อนุสัญญาฯ กำหนดไว้จะได้รับการยกย่องและกระตุ้นให้พัฒนาการคุ้มครองเด็กให้สูงขึ้น เหตุที่เป็นประโยชน์โดยตรงต่อประเทศภาคีสมาชิก เพราะการคุ้มครองเด็กอย่างน้อยตามมาตรฐานขั้นต่ำของอนุสัญญาฯ เป็นการรับประกันว่า เด็กทุกคนที่อยู่ในเขตอำนาจของรัฐนั้นจะได้มีอัตราการอยู่รอดที่สูง และได้รับการพัฒนาทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจในระดับที่เด็กจะเติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่มีความสามารถและมีสุขภาพกายแข็งแรงและมีสุขภาพจิตดี เด็กต้องไม่ถูกนำไปใช้แรงงานก่อนวัยอันควรซึ่งขัดขวางการพัฒนาการทางการศึกษาของเด็กและต้องไม่ถูกนำไปใช้ประโยชน์โดยมิชอบไม่ว่าในการค้าประเวณี ในการใช้ประโยชน์ทางเพศหรือทางด้านอื่น ๆ อันเป็นการทำลายชีวิตและอนาคตของเด็กโดยตรง และให้เด็กได้มีส่วนร่วมตามระดับความสามารถซึ่งเป็นการพัฒนาเด็กให้เป็นผู้ใหญ่ที่ดีต่อไป

เนื่องจากเด็กเป็นทรัพยากรมนุษย์ของประเทศในอนาคตการพัฒนาเด็กซึ่งเป็นสิ่งที่มีค่าที่สุดของประเทศให้เติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่ดีมีความสามารถเป็นทรัพยากรมนุษย์ที่มีคุณค่าและทำประโยชน์ให้ต่อประเทศชาติทั้งทางเศรษฐกิจและสังคม เป็นสิ่งสำคัญและจำเป็นอย่างยิ่งต่อความเจริญก้าวหน้าของประเทศนั้น ๆ และจำเป็นอย่างยิ่งต่อการแข่งขันกันทั้งทางด้านเศรษฐกิจและสังคม ในสังคมโลกทุกวันนี้ที่ประชากรทุกคนในประเทศต้องมีส่วนร่วมในการร่วมกันพัฒนาและรับผิดชอบในการแข่งขันด้วยการทำหน้าที่ของแต่ละคนให้ดีที่สุด หากเด็กไม่ได้รับการคุ้มครองตามมาตรฐานที่ติของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เด็กจะเติบโตขึ้นมาอย่างไรคุณภาพแทนที่จะเติบโต

เป็นทรัพยากรที่มีคุณค่าของสังคมอาจมีจำนวนหนึ่งที่ถูกกระทำจนต้องกลับมาเป็นภาระเช่น เป็นผู้ป่วยโรคเอดส์ให้สังคมต้องดูแลหรือเด็กที่กระทำความผิดและมีการจัดการโดยไม่คำนึงถึงสิทธิเด็กทำให้เด็กเติบโตไปเป็นอาชญากรทำให้สังคมต้องมีการระงับการปราบปราม ซึ่งกรณีเหล่านี้จะทำให้ไม่สามารถพัฒนาประเทศได้อย่างเต็มที่และจะทำให้สังคมและทรัพยากรของประเทศนั้นอ่อนแอและตกเป็นรองประเทศอื่น ๆ ในการแข่งขันเพื่อความอยู่รอดและการพัฒนาของประเทศนั่นเอง

คำว่า “เด็ก” ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปในตราสารกฎหมายระหว่างประเทศต่าง ๆ ว่าหมายถึงบุคคลทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เป็นไปตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กให้คำนิยาม “เด็ก” ไว้ในข้อ 1 ว่า “เพื่อความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญานี้ เด็กหมายถึง มนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านั้นตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็กนั้น” จากคำนิยามดังกล่าว มนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีอยู่ในความหมายของคำว่าเด็กทั้งสิ้น เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะตามกฎหมายของแต่ละประเทศที่ใช้ อยู่ เช่น ประเทศไทย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ว่าด้วยบุคคลมาตรา 19 กำหนดว่า บุคคลจะบรรลุนิติภาวะเมื่ออายุครบ 20 ปีบริบูรณ์ แต่หากบุคคลนั้นได้ทำการสมรสก่อนอายุครบ 20 ปีบริบูรณ์โดยผู้เยาว์ฝ่ายชายมีอายุ 17 ปีบริบูรณ์ และฝ่ายหญิงมีอายุ 17 ปีบริบูรณ์ ตามมาตรา 20 ดังกล่าวบุคคลนั้นเป็นผู้บรรลุนิติภาวะตามกฎหมาย ดังนั้น หากเด็กที่อายุยังไม่เกิน 18 ปี แต่ได้ทำการสมรสก่อนและเข้าเงื่อนไขตามกฎหมายที่ถือว่าเด็กนั้นพ้นจากสถานะความเป็นเด็กและบรรลุนิติภาวะตามกฎหมาย จะไม่อยู่ในความคุ้มครองของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กอีกต่อไป อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนี้เป็นอนุสัญญาที่มีประเทศเข้าเป็นภาคีสมาชิกมากที่สุดในโลก คือ 195 ประเทศ และข้อผูกพันในการเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญา คือ การยอมรับที่จะปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศฉบับนี้ ดังนั้น คำจำกัดความ “เด็ก” ในกฎหมายของทั้ง 195 ประเทศจะต้องมีความหมายเช่นเดียวกับอนุสัญญานี้ทำให้ความหมายของคำว่าเด็กนั้นเป็นความหมายสากลที่ต้องเหมือนกันทั่วโลก

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กทุกคนในโลก โดยได้กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำ (ซึ่งหมายความว่า ประเทศอาจกำหนดสิทธิและการคุ้มครองสูงกว่าที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้ได้ แต่จะต่ำกว่าที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาไม่ได้) (วันชัย รุจนวงศ์, 2549)

2. มาตรการระหว่างประเทศเกี่ยวกับสื่อลามกเด็ก

ในส่วนของมาตรการระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับสื่อลามกเด็กนี้ ผู้ศึกษาจะได้นำเสนอเฉพาะพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่อง การค้าเด็ก การค้าประเวณี และสื่อลามกที่เกี่ยวข้องกับเด็ก พิธีสารฉบับนี้ถือเป็นเครื่องมือในทางระหว่างประเทศอย่างแรกที่ให้คำนิยามคำว่า “การค้าเด็ก” “การค้าประเวณีเด็ก” และ “สื่อลามกเด็ก” อีกทั้งยังทำให้เกิดการรับประกันว่าผู้กระทำความผิดในฐานะความผิดเหล่านี้จะต้องถูกดำเนินคดีตามกฎหมาย พิธีสารฉบับนี้เรียกร้องให้รัฐ

สมาชิกบัญญัติให้การกระทำความผิดเหล่านี้เป็นความผิดอาญา และจัดให้มีกลไกในความร่วมมือทางกฎหมาย เพื่อที่จะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดให้ได้ มากไปกว่านั้นพิธีสารฉบับนี้ยังทำหน้าที่เป็นเหมือนอนุสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในส่วนความผิดทั้ง 3 ฐาน ด้วยความมุ่งหวังที่จะแน่ใจได้ว่าผู้กระทำความผิดจะถูกดำเนินคดีได้ในทุกๆ เรื่องที่ถูกจับกุม

นิยามคำว่า “สื่อลามกเด็ก” ซึ่งปรากฏในข้อ 2 เพื่อความมุ่งประสงค์ของพิธีสารฉบับนี้

1. การค้าเด็ก หมายถึง การกระทำหรือการแลกเปลี่ยนใดที่เด็กถูกส่งมอบโดยบุคคลใดหรือกลุ่มบุคคลใด ไปยังอีกบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลหนึ่ง เพื่อค่าตอบแทนหรือเพื่อประโยชน์ตอบแทนอื่นใด

2. การค้าประเวณีเด็ก หมายถึง การใช้เด็กในกิจกรรมทางเพศเพื่อค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์ตอบแทนในรูปแบบอื่นใด

3. สื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก หมายถึง การนำเสนอใด โดยวิธีการใดก็ตาม ที่เด็กเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องในกิจกรรมทางเพศอย่างชัดเจน ทั้งที่เป็นจริงหรือจำลองขึ้น หรือการนำเสนออวัยวะส่วนใด ในทางเพศของเด็กเพื่อความมุ่งประสงค์หลักในทางเพศ

จากคำนิยามในข้อ 2 จะเห็นว่าในพิธีสารฉบับนี้ได้กำหนดคำนิยามของคำว่า “สื่อลามกเด็ก” อย่างชัดเจนใน 3. ไว้ว่า หมายถึงการนำเสนอใด โดยวิธีการใดก็ตาม ที่เด็กมีส่วนเกี่ยวข้องในกิจกรรมทางเพศอย่างชัดเจน หรือการนำเสนอส่วนใดในทางเพศของเด็กจากตัวตนจริงหรือจากการทำจำลองขึ้น เพื่อความมุ่งประสงค์หลักในทางเพศ

สาเหตุการกระทำความผิดทางเพศ

สาเหตุของการกระทำความผิดทางเพศนี้มี 3 ด้าน ดังนี้ (สุพจน์ เกรือคล้าย, 2548, หน้า 25-29)

1. สาเหตุการกระทำความผิดทางชีววิทยา

ทฤษฎีทางชีววิทยามีข้อสมมุติฐานว่า อาชญากรรมได้รับอิทธิพลจากพันธุกรรม กล่าวคือความบกพร่องของพันธุกรรมทำให้เกิดอาชญากรขึ้น แม้ผู้กระทำผิดจะได้มีประสบการณ์ใหม่ของชีวิตในระยะหลังก็ไม่อาจจะแก้ความบกพร่องของพันธุกรรมได้

ในปลาย ค.ศ. ที่ 19 นายแพทย์ชาวอิตาลีชื่อ Lombroso ได้ศึกษาเกี่ยวกับชีวภาพของอาชญากรและผู้ป่วยโรคจิตในสงครามไครเมีย และได้เขียนหนังสืออาชญากรรมสาเหตุและวิธีแก้ (Crimes its causes and remedies) ซึ่งต่อมากลายเป็นทฤษฎีลักษณะช่อน (Theory of atavism) และหนังสือเรื่องอาชญากร (Criminal men) สาเหตุแห่งการเกิดอาชญากรรมนั้น Lombroso มีความเห็นว่าอิทธิพลของสิ่งแวดล้อมที่ไม่เหมาะสมผสมผสานกับอิทธิพลของพันธุกรรม เป็นปัจจัย

สำคัญที่นำไปสู่การกระทำผิด และยังเชื่อว่าคนที่มีพฤติกรรมเบี่ยงเบน (โดยเฉพาะอาชญากร) เป็นพวกที่มีความผิดปกติทางร่างกาย เช่น รูปหน้า กะโหลกศีรษะ ร่างกาย มันสมอง เป็นต้นเหล่านี้ Lombroso เรียกพวกนี้ว่าพวกที่เกิดมาเพื่อเป็นอาชญากร

ในปีค.ศ.1913 Charles Goring ได้ทำการศึกษาอย่างมีระบบกับกลุ่มอาชญากรผู้กระทำผิดซ้ำ จำนวน 12,000 คนและกลุ่มตัวอย่างผู้ไม่เป็นอาชญากรซึ่งได้จากการสุ่มตัวอย่างมาอย่างถี่ยาวแล้วปรากฏว่า ไม่พบทางกายภาพที่แตกต่างอย่างแน่ชัดในกลุ่มตัวอย่างทั้งสอง

ในปี ค.ศ. 1939 Hooton นักมานุษยวิทยา ได้พิมพ์หนังสือเล่มหนึ่งชื่อว่า “อาชญากรรมกับคน” อันเป็นผลมาจากการศึกษาเป็นเวลา 12 ปี โดยการศึกษาเปรียบเทียบกับโทษ 11,000 คนกับกลุ่มควบคุมอีกจำนวนเล็กน้อยซึ่งส่วนมากก็เป็นนิสิต นักศึกษา และคนดับเพลิง Hooton ได้สรุปผลการศึกษานี้

1. อาชญากรรมเป็นผลโดยตรงจากความต่ำต้อยในทางชีวภาพ
 2. อาชญากรรมแต่ละชนิด ก็จะมีลักษณะความต่ำต้อยในทางกายภาพแตกต่างกันไป
 3. คนแต่ละเชื้อชาติจะประกอบอาชญากรรมไม่เหมือนกัน
2. สาเหตุการกระทำผิดทางจิตวิทยา

สาเหตุการเกิดอาชญากรรม หรือการกระทำผิดด้านจิตวิทยา ส่วนมากจะเป็นการศึกษาวิเคราะห์ใน 2 ลักษณะ คือ ลักษณะทางจิตวิทยาทั่วไป ซึ่งศึกษาวิเคราะห์ปัญหาในด้านการพัฒนาทางด้านความเจริญเติบโตทั้งร่างกายและจิตใจ ปัญหาเกี่ยวกับอุปนิสัยที่ต่อต้านสังคม และการศึกษา ลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างพฤติกรรมของอาชญากรรมกับจิตที่มีแนวโน้มเบี่ยงเบนอาจเกี่ยวเนื่องกับหน้าที่ของจิตแพทย์ นักจิตวิเคราะห์ โดยหลักการทั่วไปของการศึกษาสาเหตุการกระทำผิดทางจิตวิทยา และบุคลิกภาพจะหมายถึงความไม่สมประกอบทางบุคลิกภาพ ความกระทบกระเทือนทางอารมณ์ การควบคุมตนเองและประสบการณ์การควบคุมตนเองซึ่งมีบทบาทต่อการศึกษาเข้าใจถึงสาเหตุของอาชญากรรมและพฤติกรรมของอาชญากร

การศึกษสาเหตุของการเกิดอาชญากรรม หรือการกระทำผิดในระหว่างปีค.ศ. 1960–1970 มีนักวิชาการหลายคนได้สนใจศึกษาในแง่ประเด็นของ “จิตใจอาชญากร” (Criminal mind) เนื่องมาจากได้เกิดคดีฆาตกรรมรุนแรงอย่างมากมาย เช่น Richard Speck ได้ฆาตกรรมนักเรียนพยาบาลในชิคาโก แต่ตามรายงานของจิตแพทย์ระบุว่าเขามีความผิดปกติทางสมองเนื่องจากถูกกระทบกระเทือนจากการบาดเจ็บสาหัสทางศีรษะเมื่อสมัยเป็นเด็ก หรือกรณีของ Charles Whitman ที่ยิงปืนจากบนหอคอยในมหาวิทยาลัยเท็กซัสใส่ฝูงชนและทำให้มีผู้เสียชีวิต 13 คน และบาดเจ็บ 31 คน จากการผ่าพิสูจน์พบเนื้อร้ายในสมอง ในกรณีดังกล่าวเกิดการตั้งคำถามว่าการสังหารหมู่เช่นนี้อาจเป็นผลมาจากฆาตกรที่มีจิตใจในลักษณะพิเศษซึ่งแตกต่างไปจากบุคคล

อื่นหรือไม่ และการศึกษาของจิตแพทย์ William Healy ได้ศึกษาสาเหตุการกระทำผิดของเด็กโดยวิธีการศึกษาแบบเฉพาะกรณี โดยมีแนวความคิดว่าการจะทราบสาเหตุแห่งพฤติกรรมของเด็กได้ต้องศึกษาโดยละเอียดลึกซึ้งในเรื่องความผิดปกติทางอารมณ์ตั้งแต่เยาว์วัย โดยการวิเคราะห์ทางจิตวิทยาและอิทธิพลของสภาพแวดล้อมทางสังคม และ Sue titus reid ได้ประเมินผลงานของ Healy ในหนังสือเรื่อง The individual delinquent ว่ามีข้อผิดพลาดทางระเบียบวิธีวิจัยอยู่มาก โดยการสุ่มตัวอย่างไม่ได้เลือกมาโดยการสุ่มตัวอย่างที่แท้จริง จึงเป็นผลให้มีขอบเขตจำกัดในการวิเคราะห์ข้อมูล ไม่ให้คำจำกัดความที่แน่นอน ในบางคำมิได้ระบุชัดเจนว่ามีกรวดอย่างไรในเรื่องของตัวแปร

จิตวิเคราะห์ เป็นจิตวิทยาสาขาหนึ่งซึ่งมีเนื้อหาครอบคลุมกว้างขวาง โดยเฉพาะอย่างยิ่งแบบการปรับตัวของกลไกป้องกันตัวเองแบบต่าง ๆ นั้นสามารถนำมาอธิบายสมเหตุสมผลและเป็นจิตวิทยาสาขาที่มองมนุษย์ในทางลบ คือ เชื่อว่ามนุษย์มีสิ่งชั่วร้ายติดตัวมาแต่กำเนิด การขัดเกลาทางสังคมทำให้มนุษย์มีพฤติกรรมตามแบบที่สังคมต้องการ ในขณะที่เดียวกันแรงผลักดันในตัวมนุษย์เหล่านี้ก็เปรียบเสมือนน้ำที่ต้องมีทางออกไม่ทางใดก็ทางหนึ่ง เช่น อาจเป็นไปในทางที่เป็นยอมรับของสังคม หรือในทางฝ่าฝืนสังคมพฤติกรรมของมนุษย์ที่ถูกขัดขวางหยุดชะงักจะมีผลต่อพฤติกรรม หรือมีผลต่อการพัฒนาบุคลิกภาพของมนุษย์ต่อไป

การศึกษาเรื่องจิตวิเคราะห์นั้นเกิดขึ้นในช่วงปี ค.ศ. 1856-1939 โดยจิตแพทย์ชาวออสเตรีย ชื่อ Freud (1947) ได้พัฒนาจากทฤษฎีบุคลิกภาพของมนุษย์ โดยวิเคราะห์จิตใจของมนุษย์ ประกอบด้วยส่วนสำคัญ คือ Id Ego และ Superego สันดานดิบนั้นเป็นความรู้สึกรู้สึกของจิตใจที่เป็นมาแต่เดิมนับตั้งแต่มนุษย์ถือกำเนิดมานั้นเอง เช่น ความหิว ความกระหาย และความต้องการอื่น ๆ เป็นต้น ความเป็นตัวของตัวเองเป็นสิ่งคอยควบคุมการปฏิบัติสันดานดิบให้สอดคล้องกับความต้องการของสติสัมปชัญญะ ซึ่งเกิดขึ้นจากวัฒนธรรมในของสังคม อย่างไรก็ตาม สันดานดิบก็มีอาจจะปฏิบัติตามวัฒนธรรมได้เสมอไป เพราะความขัดแย้งกัน อัดตาก็ต้องคอยกดเอาไว้ และเมื่อสันดานดิบถูกกดเอาไว้ก็จะซ่อนตัวอยู่ในจิตใต้สำนึก ลักษณะเช่นนี้จะทำให้เกิดความวิตกกังวลขึ้นมา ทางออกคือ ต้องมีการคืนรนต่อสู้ในรูปแบบต่าง ๆ อย่างไรก็ตามสันดานดิบก็ยังคงมีอยู่ไม่ได้หมดไปแต่อย่างไร และร่องรอยที่จะแสดงออกมาในรูปแบบอื่น ๆ อีก

หากจะอธิบายการประกอบอาชญากรรมตามแนวคิดของนักจิตวิเคราะห์อาจจะกล่าวได้ว่า เด็กธรรมดาทั่วไปเกิดมาก็เพื่อเป็นอาชญากร เพราะชีวิตเริ่มต้นด้วยความไม่มีศีลธรรม และมีสัญชาตญาณที่เป็นปฏิปักษ์ต่อสังคมอยู่แล้วหน้าที่ของอารยะธรรมก็คือ ทำให้เด็กสลัดทิ้งสัญชาตญาณดั้งเดิมนี่เสียตามปกติก็จะกระทำได้โดยให้เด็กได้รับการถ่ายทอดจากพ่อแม่ซึ่งจะช่วยให้เด็กได้พัฒนาสติสัมปชัญญะ หิริ โอตตปปะ (Superego) ขึ้นมาได้ ถ้าหากสติสัมปชัญญะไม่ได้รับ

การพัฒนาอย่างเพียงพอแล้วอาชญากรรมจะต้องเกิดขึ้นในทัศนะของจิตวิเคราะห์อาชญากรรม อาจเกิดขึ้นเพราะพัฒนาหิริโอดตัมปะ (Supere go) จนเกินขนาด กล่าวคือ ในช่วงที่คนเรากำลัง เจริญเติบโตในสังคมนั้น แรงกระตุ้นในทางเพศและความก้าวร้าวจะถูกเก็บกดเอาไว้ไม่ให้ แสดงออกเต็มที่อย่างไรก็ตามไม่ได้หมายความว่าแรงกระตุ้นทั้งสองอย่างนี้จะเหือดหายไป ได้ โดยง่ายก็หาไม่มันก็จะถูกเก็บซ่อนไว้ในจิตใต้สำนึก (Unconscious mind) เมื่อถูกปฏิเสธหรือเก็บกด เอาไว้นาน ๆ สันดานดิบก็มักจะแข็งแรงขึ้น สติสัมปชัญญะก็จะ ไร้ความหมายอาชญากรรมก็อาจจะ เกิดขึ้นได้

นอกจาก Freud ยังมีนักจิตวิเคราะห์อีกหลายคนที่ยพยายามอธิบายพฤติกรรมเบี่ยงเบน โดย ใช้สาเหตุทางจิตใจมาอธิบาย เช่น Alfred (1978) ได้อธิบายว่าสาเหตุที่ทำให้คนเรามีพฤติกรรม เบี่ยงเบนนั้นเนื่องมาจากคนนั้นมีความรู้สึกว่าคุณเองมีปมด้อย (Inferiority complex)

Adler (1978) ได้ยกตัวอย่างของคนที่ทำความผิด โดยใช้ให้เห็นว่าคนที่ประกอบ อาชญากรรมนั้นจิตใจที่จะทำความผิดเพื่อลบล้างปมด้อยที่ตนมีอยู่ (Compensation) ในกรณีนี้ ผู้ทำความผิดมีความรู้สึกว่าคุณเองมีปมด้อยไม่เหมือนกับคนอื่นในสังคม การกระทำผิดจึงเป็น หนทางหนึ่งทดแทนความมีปมด้อยของตนได้ ฉะนั้นการทำความผิดจึงเป็นการจูงใจ

การอธิบายสาเหตุการทำความผิดดังกล่าวข้างต้นนับเป็นการศึกษาแบบเฉพาะบุคคล (Individualistic approach) คือ ศึกษาเฉพาะตัวผู้กระทำผิด แต่ในความเป็นจริงมนุษย์ทุกคนย่อม ผูกพันกับสังคมเสมอ มีการยอมรับกฎเกณฑ์ร่วมกัน มีหน้าที่ของตนในสังคม ความคิดเหล่านี้ทำให้ เกิดมีการอธิบายสาเหตุการทำความผิดโดยพิจารณาในแง่สังคมด้วย

3. สาเหตุการทำความผิดทางสังคมวิทยา

การศึกษาทางด้านสังคมวิทยา เพื่อมุ่งจะหาคำอธิบายถึงสาเหตุการเกิดอาชญากรรม หรือ การกระทำผิดนั้น แนวความคิดหรือทฤษฎีทางด้านนี้สามารถจำแนกออกได้เป็นสองลักษณะ คือ

3.1 ทฤษฎีเกี่ยวกับโครงสร้างทางสังคม (Social structural theories) ซึ่งกล่าวถึงระบบ โครงสร้างของสังคมอันเป็นตัวกำหนดให้เกิดอาชญากรรม

โครงสร้างทางสังคมทางด้านเศรษฐกิจมีนักสังคมวิทยาและนักอาชญาวิทยาหลาย ท่าน ให้ทัศนะเกี่ยวกับผลของปัจจัยด้านเศรษฐกิจต่อการเกิดปัญหาอาชญากรรม เช่น คาร์ล มาร์ก (Karl Marx) และเฟรดริช แองเจิลส์ (Friedrich Engels) ซึ่งเชื่อว่าปัญหาต่างๆ ในสังคมรวมตลอดถึง ปัญหาอาชญากรรมด้วยนั้นมีผลมาจากการได้รับการบริการและสินค้าไม่เท่าเทียมกันในสังคม ซึ่ง จะเป็นปัญหาเกี่ยวกับสังคมเสมอถ้าแกก็ต้องมีการเปลี่ยนแปลงโดยสิ้นเชิง ทางด้านโครงสร้างของ สังคม โดยการปฏิวัติสังคมใหม่และเปลี่ยนระบบเศรษฐกิจทั้งหมด ซึ่งแนวคิดนี้ได้รับการสนับสนุน

โดยนักอาชญาวิทยา ชื่อ วิลเลียม อาเดรียน บองเจอร์ (William Adrian Bonger) ซึ่งเห็นด้วยว่าระบบเศรษฐกิจเป็นตัวก่อให้เกิด “บรรยากาศของขบวนการผลักดันให้มีพฤติกรรมอาชญากรรม”

Durkheim (1974) เชื่อว่า ในการประกอบอาชญากรรมของบุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นหน้าที่ปกติของชีวิตมนุษย์ ซึ่งเมื่อใดก็ตามบรรทัดฐานทางสังคม (Social norms) ไม่สามารถที่จะควบคุมการกระทำของมนุษย์หรือไม่ตอบสนองต่อความต้องการทางสังคม (Social needs) ของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลใด ๆ ได้แล้ว การล่วงละเมิดต่อบรรทัดฐานจะเกิดขึ้นและจะนำไปสู่การกระทำที่ผิดอย่างรวดเร็ว

3.2 ทฤษฎีสภาวะไร้ระเบียบของสังคม (Anomie theory) ของ Merton (1964) เป็นทฤษฎีที่ขยายแนวความคิดของ Durkheim ให้ชัดเจนยิ่งขึ้น โดย Merton เห็นว่า โครงสร้างทางวัฒนธรรม เป็นตัวกำหนดเป้าหมายชีวิตของคนในสังคมหรือที่ Merton เรียกว่าเป้าหมายในวัฒนธรรม (Cultural goal) แต่ในขณะเดียวกัน โครงสร้างทางสังคม จะเป็นตัวกำหนดวิถีทาง หรือความประพฤติที่จะเข้าสู่เป้าหมายดังกล่าว หรือที่ Merton เรียกว่าวิถีทางทางสถาบัน (Institutionslezed Means) เหตุที่ทำให้เกิดพฤติกรรมเบี่ยงเบนในตัวคนเรานั้น เนื่องจากคนเราไม่สามารถปรับตัว (Adaptation) เข้ากับเงื่อนไขทั้งสองประการ หรือเงื่อนไขใดเงื่อนไขหนึ่ง

ค.ศ. 1942 ได้มีการศึกษาเกี่ยวกับนิเวศวิทยาอาชญากรรม (Ecology of crime) โดย Shaw and Mckay (1942) ได้มุ่งศึกษาถึงความสัมพันธ์ของสภาพแวดล้อมในเขตเมืองในชิคาโกกับสถิติคดีอาชญา โดยมุ่งศึกษาที่เด็กและเยาวชนกระทำความผิดโดยแบ่งพื้นที่ของนครชิคาโกออกเป็น 5 เขต ดังนี้

เขตที่ 1 เป็นศูนย์กลางของทางเศรษฐกิจ การค้า และระบบราชการ

เขตที่ 2 เป็นเขตของการเปลี่ยนแปลงเป็นเขตที่เสื่อมลงมา มักจะเป็นเขตที่อยู่อาศัยซึ่งธุรกิจการค้าหรือการอุตสาหกรรมกำลังขยายตัวมาจะมีธุรกิจเล็ก ๆ ที่พักอาศัยบ้านเช่าราคาถูกจะรวมอยู่กับโรงรับจำนำ บาร์ราคาถูก ๆ ผลคือ สลัมหรือแหล่งของชนกลุ่มน้อย เช่น พวกชาวยิว (ในชิคาโก) หรือพวกคนจีนอพยพ

เขตที่ 3 คือ โรงงานอุตสาหกรรม ซึ่งมีบ้านพักของกลุ่มชนชั้นกรรมกรอาศัยอยู่อย่างมาก

เขตที่ 4 เขตที่อยู่อาศัยของคนชั้นกลางหรือคนชั้นสูง

เขตที่ 5 คือเขตชานเมือง เป็นเขตที่มีการขนส่งทั้งภาคเอกชนสาธารณะ เพื่อจะขนถ่ายสินค้าไปยังใจกลางเมืองที่มีการทำงาน

การศึกษาของ Shaw and Mckay (1942) เกี่ยวกับความสัมพันธ์อัตราเด็กและเยาวชนกระทำความผิดในแต่ละเขตนั้น สรุปได้ว่ามีอัตราการกระทำความผิดแตกต่างกันออกไป โดยการ

กระทำความผิดของเด็กจะมีจำนวนมากในท้องที่ที่เป็นย่านสลัมและย่านธุรกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในย่านที่มีการเปลี่ยนแปลง ได้แก่ ย่านที่มีการอพยพ ซึ่งเป็นเขตของธุรกิจย่อย บ้านเช่าราคาถูก ๆ ใกล้กับใจกลางเมืองและอัตราจะลดลงตามระยะห่างจากศูนย์กลางเมือง แต่อัตรายังคงสูงในเขตอุตสาหกรรมและธุรกิจในกลางเมือง และอัตราจะลดลงตามระยะห่างจากใจกลางเมือง นั่นด้วย

3.3 ทฤษฎีเกี่ยวกับกระบวนการทางสังคม (Social process theories) เป็นทฤษฎีที่อธิบายถึงสาเหตุของพฤติกรรมอาชญากรของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลแต่ละกลุ่มว่ามีขบวนการอย่างไร อันมีผลทำให้เขากลายเป็นอาชญากร หรือมีพฤติกรรมอาชญากร (Criminal behavior) ทฤษฎีประเภทนี้มีสมมติฐานว่าพฤติกรรมของมนุษย์เรียนรู้ได้ และดังนั้นพฤติกรรมอาชญากรก็อาจจะได้รับมาโดยกระบวนการเรียนรู้ เช่นเดียวกับพฤติกรรมมิใช่อาชญากร (Noncriminal behavior) ก็ได้รับโดยกระบวนการเรียนรู้ (Learning)

ทฤษฎีเกี่ยวกับกระบวนการทางสังคม อธิบายสาเหตุการเกิดอาชญากรรมมีดังนี้
 ทาร์ด (Tarde, 1912) ผู้ตั้งทฤษฎีการเลียนแบบ (Theory of imitation) เขาเชื่อว่าไม่มีใครเป็นอาชญากรโดยกำเนิดดังที่ลอมโบรโซเชอ เชื่อว่าพฤติกรรมอาชญากรเป็นผลจากปัจจัยทางสังคม อาชญากรอาชีพก็ได้รับการฝึกฝนและได้เรียนรู้เช่นเดียวกับอาชีพอื่น ๆ ความแตกต่างอยู่เพียงตรงที่บุคคลนั้น ได้บังเอิญเกิดในบรรยากาศอาชญากรรม

ในปีค.ศ. 1985 Edwin H. Sutherland ได้เสนอทฤษฎีความแตกต่างในการคบค้าสมาคม (Differential association theory) ซึ่งมีแนวคิดที่สำคัญว่าพฤติกรรมทางอาชญากรรมเรียนรู้กันได้ โดยการติดต่อกันอย่างใกล้ชิดภายในกลุ่มและพฤติกรรมที่แสดงออกมาในลักษณะที่จะเป็นอาชญากรนั้น ขึ้นอยู่กับความแตกต่างในช่วงระยะเวลาและความสม่ำเสมอในการติดต่อสัมพันธ์กัน

Redkless (1967) ได้เสนอทฤษฎีการควบคุม (Containment theory) ซึ่งมีแนวความคิดที่สำคัญคือ บุคคลจะยับยั้งไม่ฝ่าฝืนกฎหมายโดยการควบคุมภายนอก (Outer containment) เช่น ความผูกพันทางสังคมกับผู้อื่น ความแน่นอนในการประเมินค่า ดีความของบุคคลโดยผู้อื่น การควบคุมภายใน (Inner containment) ในรูปของการรับรู้ส่วนตัว (Self perception) ที่ดีต่อสังคม ซึ่งมีความสำคัญอย่างยิ่งที่จะควบคุมบุคคลจากการที่จะมีพฤติกรรมอาชญากร ซึ่งเรคเลส ได้ชี้ให้เห็นว่าการควบคุมภายในมีส่วนประกอบดังนี้ การมีทัศนคติต่อตนเองที่ดีความแข็งแรงของ Ego มี "Superego" ที่พัฒนาดีแล้วความสามารถทนทานต่อความคับข้องใจสูง มีความสำนึกในความผิดชอบสูง มีแนวทางมีจุดมุ่งหมาย มีความสามารถในการหาสิ่งชดเชยเพื่อความรู้สึกพึงพอใจ ความสามารถในการหาเหตุเพื่อช่วยลดความเครียดได้ นักสังคมวิทยาหลายคนได้ทำการศึกษาทฤษฎีตราหน้า (Labeling theory) เพื่อนำมาใช้ในการอธิบายขบวนการต่าง ๆ ที่มีผลทำให้บุคคลมีพฤติกรรมเป็นอาชญากร หรือเบี่ยงเบนไป เช่น Tannenbaum (1960); Lemert (1951); Becker

(1974) ในความหมายต่าง ๆ เหล่านี้ในการอธิบายพฤติกรรมอาชญากรพอสรุปได้ว่าไม่มีพฤติกรรมใดที่เป็นพฤติกรรมอาชญากรที่แท้จริงได้ แต่ที่มีพฤติกรรมเป็นอาชญากรนั้นก็เพราะสังคมกำหนดหรือตราหน้าให้บุคคลอาจเป็นอาชญากรได้เพราะมีพื้นฐานของพฤติกรรมที่กระทำผิด และในกระบวนการตราหน้าโดยกระบวนการยุติธรรม

แนวคิด ทฤษฎีกฎหมายอาญา

1. ความหมายของกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญา คือ บรรดากฎหมายทั้งหลายที่ระบุถึงความผิดอาญา โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัยและมาตรการการบังคับทางอาญาอื่น และเป็นกฎหมายที่กำหนดให้ความผิดอาญาเป็นเงื่อนไขของการใช้โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัย และมาตรการบังคับทางอาญาอื่นนั้น (คณิต ณ นคร, 2550, หน้า 26)

กฎหมายอาญาได้แก่ กฎหมายที่บัญญัติถึงความผิดและโทษ (หยุด แสงอุทัย, 2554, หน้า 119)

กฎหมายอาญา คือ กฎหมายที่บัญญัติว่าการกระทำหรือไม่กระทำการอย่างใดเป็นความผิดและกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดไว้ด้วย (เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, 2558, หน้า 1)

กฎหมายอาญา ได้แก่ การกระทำหรืองดเว้นการกระทำที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลในสิ่งทีกฎหมายบัญญัติห้ามหรือให้กระทำ เพื่อรักษาความสงบของชุมชนหรือรักษาศีลธรรม (ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, 2557, หน้า 3-4)

จากคำนิยามของกฎหมายอาญา จะเห็นได้ว่ากฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่กำหนดถึงลักษณะดังนี้

1. ความผิด กฎหมายจะบัญญัติห้ามไว้ว่าไม่ให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ถ้าได้กระทำการที่ห้ามไว้จะถือว่ามีความผิด

2. มาตรการบังคับทางอาญา ได้แก่

2.1 โทษ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 ดังนี้

2.1.1 ประหารชีวิต

2.1.2 จำคุก

2.1.3 กักขัง

2.1.4 ปรับ

2.1.5 รับทรัพย์สิน

2.2 วิธีการเพื่อความปลอดภัย ตามมาตรา 39 ซึ่งมีอยู่ 5 ประเภทคือ

2.2.1 การกักกัน มาตรา 40 ได้แก่ การควบคุมผู้กระทำความผิดติดนีสัยไว้ภายในเขตกำหนด เพื่อป้องกันการกระทำความผิด เพื่อติดนีสัยและเพื่อฝึกหัดอาชีพ

2.2.2 ห้ามเข้าเขตกำหนด เป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคล คือการห้ามมิให้เข้าไปในท้องที่หรือสถานที่ที่กำหนดไว้ในคำพิพากษา

2.2.3 เรียกประกันทัณฑ์บน คือกรณีเมื่อความปรากฏแก่ศาลว่าผู้ใดมีแนวโน้มที่จะกระทำความผิด ศาลมีอำนาจเรียกให้ผู้นั้นทำค้ำประกันว่าจะไม่ก่อเหตุร้ายขึ้นในระยะเวลาที่กำหนด

2.2.4 คุมตัวไว้ในสถานพยาบาล เป็นกรณีที่ศาลสั่งให้คุมตัวบุคคลไว้ในสถานพยาบาล

2.2.5 ห้ามประกอบอาชีพบางอย่าง ได้แก่ การห้ามผู้ที่ได้กระทำความผิดมิให้ประกอบอาชีพหรือวิชาชีพบางอย่างหลังจากที่พ้นโทษไปแล้ว

โทษในทางอาญาเป็นการบังคับโดยรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจลงโทษต่อผู้กระทำความผิดอาญา ทั้งนี้เพื่อเป็นการแสดงว่าชุมชนไม่ต้องการให้การกระทำความผิดเช่นนั้นเกิดขึ้นและเป็นการตอบแทนผู้กระทำความผิดเพื่อให้หลายจำด้วย ดังนั้นการลงโทษจึงหมายถึงการที่รัฐทำให้ผู้กระทำความผิดต้องได้รับผลร้ายเพราะเหตุที่ผู้นั้นฝ่าฝืนกฎหมาย

2. แนวคิดและทฤษฎีการกำหนดความรับผิดชอบอาญา

แนวคิดการกำหนดความผิดทางอาญาของสำนักกฎหมาย แบ่งออกได้ดังนี้

2.1 สำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural law)

แนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ เชื่อว่ากฎหมายเกิดจากธรรมชาติเหมือนปรากฏการณ์อื่น ๆ ของโลก เช่น ฝนตก ฟ้าร้อง โดยเชื่อว่ามนุษย์สามารถนำเอาความรู้สึกผิดชอบชั่วดีที่อยู่ในจิตใจของมนุษย์มาใช้เป็นกฎเกณฑ์ เพื่อบังคับความประพฤติของมนุษย์ให้อยู่ร่วมกันในสังคมได้

อริสโตเติล ได้แบ่งกฎหมายธรรมชาติเป็น 2 ประเภท คือ กฎหมายที่มาจากกฎเกณฑ์ที่กำหนดแบบแผนการปฏิบัติของมนุษย์ที่มีอยู่ตามธรรมชาติ ไม่ได้เกิดจากงานงใจของผู้ใด เช่น กฎเกณฑ์ที่มนุษย์ไม่ทำอันตรายผู้อื่นและกฎหมาย คือ กฎเกณฑ์ที่มนุษย์ซึ่งเป็นผู้ปกครองกำหนดขึ้นเพื่อแก้ไขข้อขัดข้องบางประการที่เกิดจากความเจริญของสังคมที่ผันแปรเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา กลายเป็นกฎเกณฑ์ที่บังคับหรือกำหนดให้กระทำหรือห้ามมิให้กระทำ (สมยศ เชื้อไทย, 2543, หน้า 87-88)

อาจสรุปได้ว่า กฎหมายธรรมชาติเป็นกฎหมายในอุดมคติ เป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้ได้ทั่วไป เป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับได้ตลอดไปไม่มีเสื่อมลงหรือเปลี่ยนแปลง เป็นกฎเกณฑ์ที่มีจากศีลธรรมรัฐ จะบัญญัติกฎหมายออกใช้บังคับกับบุคคลในรัฐต้องคำนึงถึงศีลธรรม มนุษย์ธรรม เช่น สิทธิ

มนุษย์ชน ปัจจุบันการบัญญัติกฎหมายของรัฐสมัยใหม่ จึงถูกตรวจสอบโดยแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ เพื่อวินิจฉัยความถูกต้องสำหรับการกระทำของรัฐ (สมยศ เชื้อไทย, 2543, หน้า 117-118)

2.2 สำนักกฎหมายบ้านเมือง (Positive law)

สำนักกฎหมายบ้านเมืองมีแนวคิดที่ว่า กฎหมายคือสิ่งที่รัฐบัญญัติเป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐ ไม่ใช่เรื่องของเหตุผลเป็นไปตามอำนาจรัฐ (Power theory of law) รัฐสามารถใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการปกครองบ้านเมืองปราบปรามผู้ที่ทำลายความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองได้ กฎหมายจึงมีลักษณะเป็นคำสั่งหรือคำบัญชาของผู้ปกครองซึ่งสั่งแก่ราษฎร ถ้าใครไม่ทำตามจะมีความผิดและได้รับโทษ ผู้ได้ปกครองต้องปฏิบัติตามเสมอ ไม่มีสิทธิโต้แย้งว่าสิ่งนั้นถูกหรือผิด ถ้าไม่ทำตามต้องรับโทษ ทั้งนี้มาจากแนวคิดของฌอง โบแดง (Jean Bodin) ที่ว่ารัฐมีอำนาจอธิปไตยย่อมไม่ถูกขัดแย้งหรือจำกัดโดยกฎหมายใด ๆ ที่จะบัญญัติกฎหมายโดยไม่ต้องขึ้นอยู่กับกฎเกณฑ์เพื่อให้รัฐดำเนินไปอย่างมีระเบียบแบบแผน และจอห์น ออสติน (John Austin) มีแนวคิดที่ว่า กฎหมาย คือ คำสั่งของราชาธิปไตย

สรุปได้ว่า สำนักกฎหมายบ้านเมือง มีแนวคิดที่ว่ากฎหมายเป็นสิ่งที่มีมนุษย์บัญญัติขึ้นโดยผู้มีอำนาจปกครองหรือรัฐ ไม่ใช่เรื่องของเหตุผล ศีลธรรม หรือธรรมชาติของมนุษย์ แต่เป็นเรื่องของอำนาจโดยชอบธรรมของรัฐ

2.3 สำนักกฎหมายประวัติศาสตร์ (Historical law)

ชาวิกนี (Von Savigny) นักปราชญ์ชาวเยอรมันมีความเห็นว่า กฎหมายไม่ได้เกิดจากมนุษย์สร้างขึ้นได้ตามใจชอบ แต่เป็นสิ่งที่เกิดขึ้น โดยตัวมันเองแล้วเติบโตเปลี่ยนแปลงไปตามประวัติศาสตร์ หรือลักษณะของชนชาติเหมือนกับต้นไม้ คนหรือสัตว์ เมื่อเกิดขึ้นมาแล้วจะค่อย ๆ เติบโตไปตามกฎเกณฑ์วิวัฒนาการจากความรู้สึกทางศีลธรรม ความผิดชอบชั่วดี ความเชื่อมั่นของประชาชาติ และค่อย ๆ วิวัฒนาการไปในตัวเองเหมือนประวัติศาสตร์ ดังนั้น กฎหมายของชนชาติใดก็ย่อมเป็นไปตามความรู้สึกของชาตินั้น ไม่เกี่ยวกับชนชาติอื่น และมีความเห็นว่าเนื้อหากฎหมายนั้นเป็นอดีตกาลทั้งหมด

การที่รัฐบัญญัติกฎหมายจะต้องคำนึงถึงขนบธรรมเนียมประเพณี คติธรรม สุภาษิต นิทาน เพลงชาวบ้านและความสำคัญทางนิติศาสตร์ของชนชาติ โดยกฎหมายต้องมาจากจิตวิญญาณประชาชาติ (Volksgeist) ซึ่งเป็นลักษณะพิเศษของแต่ละชาติที่มาจากประสบการณ์ต่าง ๆ ที่แตกต่างกันไป กฎหมายจะวิวัฒนาการไปเอง เช่น จารีตประเพณีต่อมาได้กลายเป็นกฎหมายประเพณี

สรุปได้ว่า สำนักกฎหมายประวัติศาสตร์ มองว่ากฎหมายเกิดขึ้นจากความรู้สึกผิดชอบชั่วดีที่มีอยู่ของแต่ละชนชาติ ได้รับการแก้ไขปรับปรุงไปตามกาลเวลาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น

ภายใต้ประวัติศาสตร์ ภูมิศาสตร์ที่ออกมาในรูปของศีลธรรม จึงไม่อาจนำกฎหมายของประเทศหนึ่งไปใช้กับประเทศหนึ่งได้ รัฐไม่อาจบัญญัติกฎหมายได้โดยพลการต้องมีความรู้ทางวิชาการอย่างแท้จริง

3. การกำหนดความผิดอาญา

โดยที่กฎหมายอาญานั้นเป็นกฎหมายที่บัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้สำหรับผู้กระทำความผิด ซึ่งโทษทางอาญามีลักษณะกระทำต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และทรัพย์สิน ดังนั้นกฎหมายอาญาต้องมีลักษณะที่สำคัญ ดังนี้

1. กฎหมายอาญาต้องมีการบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน

การกำหนดความผิดอาญาเป็นการลงโทษผู้ฝ่าฝืนบทบัญญัติที่กำหนดไว้ (คณิต ณ นคร, 2550, หน้า 72) ซึ่งการลงโทษทางอาญามีความรุนแรงที่สุดที่รัฐจะบังคับใช้กับประชาชน ดังนั้น รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอนที่สุดเท่าที่จะสามารถจะทำได้ รวมถึงต้องหลีกเลี่ยงการใช้คำที่คลุมเครือหรือไม่มีความชัดเจนแน่นอน เพื่อเป็นหลักประกันว่ากฎหมายที่บัญญัติขึ้นตรงกับเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างแท้จริง

2. กฎหมายอาญาต้องมีการตีความโดยเคร่งครัด

การพิจารณากฎหมายอาญาต้องมีการตีความโดยเคร่งครัด เนื่องจากหากมีการตีความเกินกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ประชาชนจะไม่มีหลักประกันได้ว่าเมื่อใดการกระทำของตนจะเป็นความผิดอาญา ซึ่งเป็นไปตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 ที่บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติ เป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแต่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

ดังนั้น รัฐต้องมีการออกบทบัญญัติที่ชัดเจนโดยระบุว่า การกระทำหรือการไม่กระทำอย่างไรเป็นความผิดทางอาญา กฎหมายอาญาจึงต้องห้ามใช้เกินขอบเขตของบทบัญญัติที่พึงหาได้จาก การตีความตามกฎหมาย (คณิต ณ นคร, 2556, หน้า 68)

ในการกำหนดความผิดอาญานั้นสามารถอธิบายได้ ดังนี้

ขอบเขตของกฎหมายอาญา

การกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญาโดยอาศัยหลักเกณฑ์แบบบริหาร มีแนวคิดว่าการกระทำผิดไม่ขึ้นต่อระบบคุณค่าและศีลธรรม แต่นำเอาประสบการณ์และความจริงที่สามารถสังเกตได้มาใช้ตัดสินว่าพฤติกรรมอย่างไรที่เป็นอันตรายต่อการประกอบภารกิจของสังคมอย่างราบรื่น

Packer (1968) ได้สรุปถึงขอบเขตกฎหมายอาญาว่า การกระทำใดควรเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ต้องถือเอาความเห็นของประชาชนส่วนใหญ่ว่าการกระทำนั้นสังคมไม่ให้อภัย

การกระทำนั้นมิใช่โทษทางอาญาไม่เป็นการขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ การปราบปรามไม่เป็นการยับยั้งการกระทำที่สังคมต้องการ การควบคุมการกระทำดังกล่าวโดยผ่านกระบวนการยุติธรรมทางอาญาจะต้องไม่เป็นการใช้กระบวนการดังกล่าวอย่างเกินขีดความสามารถทั้งด้านคุณภาพและปริมาณ ต้องใช้กฎหมายอย่างเสมอภาค ไม่เลือกปฏิบัติ ไม่มีมาตรการอื่นที่เหมาะสม นอกจากใช้กฎหมายอาญากับการกระทำดังกล่าวผู้ที่บัญญัติกฎหมายอาญา ไม่ควรกำหนดให้การกระทำที่เคยถูกกฎหมายเป็นความผิดอาญา เว้นแต่การกระทำนั้นเป็นการคุกคามต่อผลประโยชน์ส่วนมากและสำคัญของสังคม จะบังคับใช้กฎหมายได้กับการสืบสวน การจับกุม การตัดสินลงโทษผู้ละเมิดกฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพเพียงพอซึ่งเป็นองค์ประกอบที่สำคัญ ในการกำหนดความผิดอาญาสมัยใหม่ในทางอาญา

การกำหนดความผิดทางอาญาจากหลักเกณฑ์ของศาสตราจารย์ Packer ผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมายที่ได้เสนอหลักพิจารณา 6 ประการเพื่อใช้พิจารณาว่าพฤติกรรมใดควรเป็นความผิดอาญาหรือไม่ และหลักการนี้เป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวางในหมู่นักนิติศาสตร์ ดังนี้

1. การกระทำนั้นเป็นที่เห็นชัดในหมู่มชนส่วนมากว่าเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม และไม่อาจให้อภัยได้
2. ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแล้ว จะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์การลงโทษประการต่าง ๆ
3. ถ้าการปราบปรามการกระทำเช่นนั้น โดยถือว่าเป็นความผิดอาญาจะไม่มีผลต่อการที่สังคมจะลดความเห็นว่ากระทำนั้นเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้องให้น้อยลง
4. หากเป็นความผิดอาญาแล้ว จะมีการบังคับใช้ที่เสมอภาคและเท่าเทียมกัน
5. การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งด้านคุณภาพและปริมาณ
6. ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่น ๆ แล้วนอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น

เห็นได้ว่า พฤติกรรมการกระทำความคิดที่สอดคล้องตามหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางของ Packer จะเป็นพฤติกรรมการกระทำความคิดที่ควรลงโทษทางอาญา

นอกจากนี้ยังได้มีความพยายามสร้างหลักเกณฑ์ว่าด้วยข้อจำกัดของกฎหมายอาญาเอาไว้หลายประการ คือ สังคมไม่ควรบัญญัติกฎหมายขึ้นใช้เพื่อวัตถุประสงค์ และสถานการณ์บางประการ โดยมีหลักในการจำกัดขอบเขตทางทฤษฎี ดังนี้ (ประธาน วัฒนวานิชย์, 2546, หน้า 356-360)

1. รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดในกฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อให้เกิดหลักประกันว่าการฝ่าฝืนกฎหมายจะได้รับการลงโทษเพื่อแก้แค้นตอบแทนด้วยการลงโทษแต่เพียงอย่างเดียว
2. รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาลงโทษความประพฤติที่ไม่ก่อให้เกิดอันตราย
3. รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งสามารถบรรลุได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานน้อยกว่า
4. รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาในกรณีที่ผลร้ายซึ่งเกิดจากการลงโทษมีมากกว่าผลร้ายซึ่งเกิดจากการกระทำความผิด
5. รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์ในการบังคับให้บุคคลกระทำเพื่อประโยชน์แก่ตนเองเท่านั้น
6. รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาห้ามการกระทำซึ่งไม่ได้รับการสนับสนุนอย่างแข็งขันจากสาธารณชน

7. รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดซึ่งบังคับใช้ไม่ได้ในกฎหมายอาญา

สำหรับประเทศไทยมีการปกครองระบอบประชาธิปไตย ได้มีนโยบายในการกำหนดความผิดอาญา โดยมองว่าการบัญญัติความผิดอาญาเท่ากับเป็นการกำหนดหน้าที่ให้แก่ประชาชนพลเมือง กรณีจึงต้องลดหย่อนหน้าที่ที่กำหนดแก่ประชาชนพลเมืองของรัฐให้น้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ กล่าวคือ การกำหนดว่าการกระทำใดควรเป็นความผิดอาญาย่อมเป็นไปได้โดยระมัดระวังและผ่อนเบาที่สุด (คณิต ฌ นคร, 2548, หน้า 96)

การกำหนดการกระทำความผิดทางอาญา

การกำหนดการกระทำให้เป็นความผิดในทางอาญาซึ่งมีหลักทั่วไปดังนี้ (จิรวุฒิ เตชะพันธ์, 2525, หน้า 6-7)

1. กำหนดจากการกระทำหรือพฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นความผิดในตัวเองและนำดำเนิน (Mala in Se)

โดยพิจารณาจากลักษณะของการกระทำนั้น เป็นการกระทำที่ผิดโดยลักษณะธรรมชาติของมันอย่างแท้จริงและเป็นการกระทำที่ขัดต่อความรู้สึกทางศีลธรรมด้วย ความผิดประเภทที่เป็น Mala in Se มักจะเป็นการกระทำที่เป็นข้อห้ามในทางศาสนา หรือทางศีลธรรมหรือเป็นสิ่งที่ไม่พึงปฏิบัติในทางจารีตประเพณีอยู่ด้วย เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ทำร้ายร่างกาย ลักทรัพย์ หรือหมิ่นประมาท และในบางกรณีอาจนำเอาข้อห้ามในทางจารีตประเพณีมากำหนดเป็นบทบัญญัติอันเป็นเงื่อนไขในการที่ผู้กระทำจะต้องรับโทษสูงขึ้น เช่น กรณีบุตรฆ่าบิดาหรือมารดา หรืออาจนำมาเป็นเหตุบรรเทาโทษ เช่น กรณีบุตรที่ให้ที่พักพิงแก่บิดามารดาที่เป็นผู้กระทำความผิดและหลบหนี

การจับกุม กฎหมายกำหนดให้ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดเพียงใดก็ได้ หรือจะไม่ลงโทษเลยก็ได้

1.1 กำหนดจากการกระทำหรือพฤติกรรมใด ๆ ที่กฎหมายประสงค์จะให้เป็นการผิด และต้องรับโทษ (Mala prohibita)

ได้แก่ การกระทำที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิด หลักเกณฑ์นี้แตกต่างจากหลักในข้อแรก คือ เป็นการกำหนดความผิดจากการกระทำหรือพฤติกรรมใด ๆ ก็ได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีลักษณะผิดในตัวเอง และปราศจากซึ่งหลักเกณฑ์ที่จะพิจารณาถึงสิ่งที่เป็นผิดในแง่ของหลักเกณฑ์ทางด้านศีลธรรม ทั้งนี้ต้องเป็นพฤติกรรมที่เป็นไปในลักษณะที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อความสงบและมั่นคงของสังคมได้ กฎหมายจึงต้องบัญญัติห้ามการกระทำความผิดดังกล่าวไว้ก่อนแม้ว่าในสายตาของคนทั่วไปจะมองเห็นว่าไม่ผิดก็ตาม ทั้งนี้เป็นนโยบายทางอาญาที่จะกำหนดการกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดเพื่อให้เหมาะสมกับความเปลี่ยนแปลงของสังคม เพื่อให้สังคมดำรงอยู่ได้และสงบเรียบร้อย

ความผิดที่เป็น Mala prohibita หรือ Mala cum prohibita มักจะเป็นความผิดที่ไม่ผิดต่อกฎเกณฑ์อื่นของสังคม แต่รัฐกำหนดเอาว่าเป็นความผิดอาญาเพื่อประโยชน์ของรัฐเอง เช่น รัฐออกกฎหมายกำหนดราคาสูงสุดที่บุคคลจะขายทรัพย์สินของเขาได้เป็นต้น และเอาโทษทางอาญาแก่ผู้ที่ยขายของเกินราคาสูงสุดที่รัฐกำหนดไว้นั้น ซึ่งการขายของนี้ความจริงไม่ผิดศีลธรรม หรือมีข้อห้ามทางศาสนา หรือจารีตประเพณีเลย นอกจากนี้ยังมีความผิดในลักษณะนี้อีกมากมาย เช่น ความผิดเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ ความผิดประเภทนี้ที่ไม่ใช่ความผิดชั่วร้ายในตัวของมันเองอย่าง Mala In Se แต่เป็นความผิดเพราะกฎหมายห้าม ซึ่งเรียกกันว่าเป็น “ความผิดในทางเทคนิค” ภาษาอังกฤษเรียกว่าเป็น Technical offence

1.2 ความรับผิดทางอาญาที่ไม่ต้องการเจตนาและความผิดที่เกิดขึ้นเพราะกฎหมายห้าม

ความรับผิดทางอาญาที่ไม่ต้องการเจตนาในส่วนใหญ่นี้แล้วจะเป็นความผิดชนิดที่เกิดขึ้นเพราะกฎหมายห้าม (Mala prohibita) อันเป็นเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะกำหนดการกระทำออกมาให้เป็นความผิดและกำหนดความรับผิดที่เกิดขึ้นโดยปราศจากองค์ประกอบทางจิตใจเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของสาธารณะ ซึ่งมีที่มาจากความจำเป็นในทางปฏิบัติของศาลที่จะตัดสินคดีในการลงโทษผู้ที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสาธารณะ เพื่อก่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยขึ้นแก่สาธารณะชนแม้ว่าผู้กระทำไม่มีส่วนผิดในทางจิตใจก็ตาม ซึ่งแนวทฤษฎีที่ใช้นำมาสนับสนุนได้แก่ ความแตกต่างของความผิด 2 ชนิด Mala in se และ Mala prohibita ซึ่งความแตกต่างดังกล่าวนี้ใช้แบ่งแยกความผิดตามพระราชบัญญัติ (Statutory) ออกจากความผิดตามคอมมอนลอว์เดิม และ

เป็นการแบ่งแยกความผิดเล็กน้อย (Petty offences) ออกจากความผิดหลัก (Major crime) อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติความรับผิดชอบทางอาญาที่ไม่ต้องการเจตนาที่มีลักษณะเป็นความผิดที่เกิดขึ้นเพราะกฎหมายห้าม (Mala prohibita) เช่นกัน ซึ่งต่างจากความผิดในลักษณะนี้โดยทั่วไปในแง่ที่ว่าต้องรับผิดชอบแม้ไม่มีเจตนา บทบัญญัติความรับผิดชอบทางอาญาที่ไม่ต้องการเจตนาจัดว่าเป็นความผิดเพราะกฎหมายห้าม แต่ต่างจากความผิดเพราะกฎหมายห้าม โดยทั่วไปในแง่ที่ว่าต้องรับผิดชอบแม้ไม่มีเจตนาเท่านั้น

หน้าที่ของกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญามีภารกิจที่สำคัญ 3 ประการ (คณิต ฌ นคร, 2548, หน้า 31-32) คือ

1. การคุ้มครองสังคม กฎหมายอาญามีหน้าที่ในการคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคม เพราะกฎหมายอาญามีสภาพบังคับมากกว่าระเบียบของสังคม แต่การใช้กฎหมายอาญาเพื่อคุ้มครองในการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมต้องกระทำเฉพาะเท่าที่จำเป็นและไม่อาจหลีกเลี่ยงได้เท่านั้น เพราะหากมีการบัญญัติกฎหมายอาญาอย่างพร่ำเพรื่อแล้วสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอาจถูกกระทบกระเทือนจนเกินความจำเป็น ดังนั้นกฎหมายอาญาจึงไม่เพียงแต่จะมุ่งจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเท่านั้น แต่กฎหมายอาญาจะต้องใช้หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วย

2. การปราบปรามและในการป้องกันการกระทำความผิด เมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้นก็ต้องใช้กฎหมายอาญาในการปราบปรามการกระทำความผิดที่เกิดขึ้น ซึ่งในการใช้กฎหมายอาญาในการปราบปรามการกระทำความผิดนั้นยังเป็นการป้องกันมิให้ความผิดนั้นเกิดขึ้นในอนาคตอีกด้วย การลงโทษหรือการใช้กฎหมายอาญาในการปราบปรามการกระทำความผิดจะต้องกระทำเพื่อให้เกิดความรู้สึกทั้งต่อผู้กระทำความผิดและบุคคลทั่วไป คือ จะต้องทำให้ผู้กระทำความผิดเห็นว่าสังคมไม่ยอมรับการกระทำของเขา และต้องทำเพื่อเตือนบุคคลทั่วไปว่าถ้ามีการกระทำเช่นนั้นเกิดขึ้นจะต้องถูกลงโทษ

3. การคุ้มครองคุณค่าธรรมในทางกฎหมาย สิ่งที่หล่อหลอมให้การอยู่ร่วมกันของมนุษย์เป็นไปโดยปกติสุขเป็นสิ่งที่ไม่มีรูปร่าง เป็นสิ่งที่ไม่อาจสัมผัสได้โดยใช้ประสาทสัมผัส แต่เป็นสิ่งที่เป็น “คุณค่า” (Wert หรือ Value) และเป็นคุณค่าที่จำเป็นที่เป็นพื้นฐานของการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ เช่น ชีวิต ความปลอดภัยของร่างกาย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิ เป็นต้น ซึ่งคุณค่าพื้นฐานเหล่านั้นไม่เพียงแต่ได้รับการรับรองและคุ้มครองในทางแพ่งเท่านั้น (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420) ในทางอาญาก็มีการรับรองและคุ้มครองชีวิตมนุษย์ ความปลอดภัยของร่างกาย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดด้วย โดยการบัญญัติความผิดต่อชีวิต ความผิดต่อร่างกาย ความผิดต่อเสรีภาพ ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน โดยการรับเอาคุณค่าเหล่านี้เข้าไปในกรอบแห่ง

การคุ้มครองของกฎหมายทำให้ชีวิตมนุษย์ ความปลอดภัยของร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดนั้นกลายเป็นคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut หรือ Legal interest)

บัญญัติของกฎหมายอาญาของความผิดฐานต่าง ๆ เป็นบทบัญญัติที่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายอันใดอันหนึ่งหรือหลายอัน กฎหมายอาญาจึงมีภารกิจที่จะต้องคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายไม่ให้เป็นอันตรายหรือไม่ให้ถูกคุกคามให้ตกอยู่ในอันตราย แต่อย่างไรก็ตามปัญหาที่เกิดขึ้นอันเกี่ยวกับการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมนั้นมีอยู่มากมาย ซึ่งจะใช้กฎหมายอาญาเข้าจัดการกับปัญหาที่เกิดขึ้นทุกปัญหานั้นเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้อง เพราะปัญหาบางปัญหาเป็นปัญหาที่เล็กน้อยไม่สมควรหรือไม่มีความจำเป็นที่ต้องใช้กฎหมายอาญาลงโทษ หรือไม่จำเป็นต้องใช้กฎหมายอาญาเข้าจัดการกับปัญหาเหล่านั้น กล่าวคือ กฎหมายอาญาควรจำกัดอยู่แค่การคุ้มครองคุณค่าพื้นฐานของระเบียบทางสังคมเท่านั้น เช่น ชีวิต ความปลอดภัยของร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด หรือมาตรการอื่นมาคุ้มครองคุ้มครอง เช่น ประณีประนอมยอมความ

วัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญา

1. การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Retribution)

การลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน เป็นวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่มีประวัติความเป็นมาเก่าแก่และแพร่หลายที่สุด โดยมีมาตั้งแต่สมัยที่มนุษย์ยังเป็นสังคมป่าเถื่อนมีรูปแบบการลงโทษที่รุนแรงในลักษณะทรมาน โหดร้ายและนิยมการลงโทษประหารชีวิต หรือกระทำการทรมานผู้กระทำความผิดอย่างรุนแรง เป็นต้นว่ากำหนดโทษประหารชีวิตผู้ลักขโมยสิ่งของหรือทรัพย์สินจากที่อยู่อาศัยของผู้อื่น หรือตามเวทวาทธรรม การตัดอวัยวะ การเฆี่ยนตี การทรมาน

การลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนนี้มีแนวความคิดซึ่งได้พัฒนามาจากหลักปรัชญาพื้นฐานที่ว่า อาชญากรรมเป็นการประทุษร้ายต่อผู้อื่น จึงสมควรที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนให้สาสมกับอาชญากรรมที่ตนได้ก่อขึ้น เพื่อเป็นการเน้นย้ำให้ผู้กระทำความผิดได้ตระหนักถึงผลกระทบที่ได้กระทำต่อบุคคลอื่น กล่าวคือ เมื่อบุคคลใดได้กระทำความผิดหรือทำให้ผู้อื่นเดือดร้อนก็ควรที่จะต้องได้รับผลตอบแทนในการกระทำนั้นด้วย ทั้งนี้เพื่อให้สาสมแก่ผลจากการกระทำของตน ซึ่งจะเป็นการสอดคล้องกับความรู้สึกของผู้เสียหายและประชาชน โดยทั่วไปที่ต้องการจะเห็นคนที่ทำร้ายผู้อื่นนั้นได้รับผลร้ายด้วยเช่นกัน ถือเป็นกรลงโทษที่ชดเชยและให้สาสมกับความผิดเพื่อให้เกิดความยุติธรรม จนเป็นที่มาของคำกล่าวที่ว่า “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” (An eye for an eye, a tooth for a tooth) (สทรน รัตนไพจิตร, 2527, หน้า 23)

แต่ปัจจุบันการลงโทษโดยถือหลักการแก้แค้นทดแทน ได้วิวัฒนาการไปตามแนวความคิดทางอาชญวิทยาสมัยใหม่ คือ การลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดที่ชอบธรรมนั้น จะต้อง

เป็นสัดส่วนที่เหมาะสมกับความหนักเบาแห่งการกระทำความผิด เป็นต้นว่าการกำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิดระหว่างความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนากับความผิดฐานฆ่าคนตายโดยประมาทก็ย่อมจะแตกต่างกัน จึงได้หลีกเลี่ยงหรือเลิกใช้วิธีการที่ทารุณโหดร้าย การทรมานร่างกาย และหันมาใช้โทษจำคุกแทนซึ่งจะมากหรือน้อยนั้นขึ้นอยู่กับความหนักเบาของการกระทำความผิด

2. การลงโทษเพื่อการข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence)

การลงโทษเพื่อการข่มขู่ยับยั้งนี้ เป็นรูปแบบการลงโทษที่ได้เริ่มวิวัฒนาการในตอนปลายสมัยคริสต์ศตวรรษที่ 18 ถือได้ว่าเป็นก้าวใหม่แห่งการพัฒนากระบวนการลงโทษครั้งสำคัญในยุโรป เป้าหมายหลักของการลงโทษเป็นไปเพื่อให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวเจ็บปวดไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำอีก และเพื่อแสดงให้เห็นบุคคลทั่วไปได้เห็นว่า การกระทำความผิดนั้นย่อมต้องรับโทษ

แนวความคิดของวัตถุประสงค์การลงโทษนี้เชื่อว่า การกระทำความผิดเกิดขึ้นจากคนไม่เกรงกลัวกฎหมายหรือการบังคับใช้กฎหมายอ่อนแอ ทั้งนี้เพราะมนุษย์มีเหตุผล และมีเจตจำนงอิสระที่จะเลือกหรือไม่เลือกทำอะไรก็ได้ โดยเลือกทำสิ่งที่จะทำให้ตนเองได้รับประโยชน์และความพึงพอใจ แต่ไม่เลือกทำสิ่งที่ทำให้เกิดความทุกข์และเจ็บปวด ดังนั้น มนุษย์จึงต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตน การกระทำความผิดจึงเกิดจากการเลือกกระทำของตนเอง เนื่องจากเห็นว่าได้รับประโยชน์มากกว่าจึงกล้าเสี่ยงที่จะกระทำความผิด การลงโทษจึงควรมีขึ้นเพื่อป้องกันการกระทำผิด โดยการทำให้ผู้กระทำความผิดรู้สึกว่าการกระทำผิดก่อให้เกิดความเจ็บปวดและไม่ก่อให้เกิดผลดีเลยเมื่อมนุษย์ได้รับความเจ็บปวดจากการกระทำผิดมากกว่าการได้รับความพึงพอใจแล้วเขาก็จะหลีกเลี่ยงให้กระทำความผิดอีก

3. การลงโทษเพื่อป้องกันสังคมหรือตัดโอกาสกระทำผิด (Protection of society or incapacitation)

การลงโทษเพื่อตัดโอกาสกระทำผิด เป็นรูปแบบการลงโทษที่จำกัดขอบเขตการเคลื่อนไหว หรือเป็นการกระทำร้ายต่อเนื้อตัวร่างกาย เพื่อมุ่งประสงค์ให้ผู้กระทำความผิดไม่สามารถกระทำความผิดหรือประทุษร้ายต่อสังคมได้อีกต่อไป

วัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อการป้องกันสังคมหรือเพื่อตัดโอกาสกระทำผิดนี้มีหลักการว่า อาชญากรรมย่อมไม่เกิดขึ้นถ้าไม่มีอาชญากรหรืออาชญากรไม่มีโอกาสที่จะทำผิด การลงโทษเพื่อเป็นการตัดโอกาสกระทำผิดมีวัตถุประสงค์ที่คล้ายกับวัตถุประสงค์การลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง คือ เพื่อป้องกันอาชญากรรม แต่แตกต่างกันตรงหลักการ กล่าวคือ การลงโทษเพื่อการข่มขู่ยับยั้งนั้นมุ่งให้เกิดความเกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิดขึ้นอีก ส่วนการลงโทษเพื่อการตัดโอกาสมุ่งป้องกันการกระทำผิดซ้ำ โดยการให้เขาหมดโอกาสที่จะกระทำผิดขึ้นได้ ซึ่งวิธีการที่จะ

ขจัดผู้กระทำความผิดอาจกระทำได้โดยการเนรเทศเพื่อป้องกันสังคมจากอาชญากร โดยการกักอาชญากรไปอยู่ที่อื่นเพื่อให้สังคมปลอดภัย การประหารชีวิต หรือการตัดอวัยวะเพื่อเป็นการตัดโอกาสผู้กระทำความผิดในการประกอบอาชญากรรม เช่น ตัดมือพวกลักขโมยทำให้หมดโอกาสลักขโมยอีกต่อไป การลงตราประทับหรือประจานผู้กระทำความผิด รวมตลอดถึงการลงโทษจำคุกเพื่อกีดกันควบคุมผู้กระทำความผิดให้ออกจากสังคมตลอดระยะเวลาานาน ๆ ต่อผู้กระทำความผิดติดนิสัย (Habitual criminal) และผู้กระทำความผิดโรคจิตเรื้อรัง (Mentally deficient offenders) ซึ่งทั้งสองประการนี้เป็นมาตรการที่นิยมปฏิบัติกันอย่างแพร่หลายในสหรัฐอเมริกา ยุโรป ออสเตรเลีย หรือระบบการราชทัณฑ์ก้าวหน้าในนานอารยประเทศ มักจะนิยมใช้ทัณฑสถานป้องกันสังคม (Preventive detention) ดำเนินการควบคุมและบำบัดรักษาผู้กระทำความผิด “ในระบบปฏิบัติทวี”(A Dual-track system) โดยในขั้นตอนแรกจะดำเนินการส่งตัวผู้กระทำความผิดไปควบคุม และลงโทษในเรือนจำทั่วไปก่อน หลังจากนั้นหากปรากฏว่าผู้กระทำความผิดได้ประพฤติตนดีขึ้นแล้วก็จะถูกส่งตัวไปควบคุม ณ ทัณฑสถานป้องกันสังคม ซึ่งมีมาตรการปฏิบัติเกื้อกูลให้ผู้กระทำความผิดกลับประพฤติตนเป็นพลเมืองดีได้เร็วยิ่งขึ้นต่อไป

4. การลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (Rehabilitation)

แนวความคิดที่เกี่ยวกับการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดเป็นแนวความคิดของสำนักอาชญาวิทยาปฏิฐานนิยม (Positive school) ซึ่งมีความเชื่อในเรื่องเกี่ยวกับเจตจำนงกำหนด คือ การกระทำของมนุษย์ถูกกำหนดจากปัจจัยต่าง ๆ มนุษย์ไม่สามารถเลือกกระทำได้อย่างอิสระใช้เหตุผลในการเลือก แต่มนุษย์ถูกกดดันหล่อหลอมจากสิ่งแวดล้อมและปัจจัยต่าง ๆ เช่น ปัจจัยทางจิตวิทยา ปัจจัยเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมทางสังคม ซึ่งปัจจัยเหล่านี้อยู่นอกเหนือการควบคุมของมนุษย์ และอาจจะแตกต่างกันออกไปในแต่ละบุคคล การลงโทษจึงไม่ควรมุ่งเน้นที่การกระทำความผิดเป็นหลัก แต่ควรพิจารณาจากสาเหตุที่ทำให้เกิดการกระทำความผิดและแก้ไขไปที่สาเหตุนั้น การลงโทษเพื่อการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด จึงเป็นการลงโทษที่เน้นตัวผู้กระทำความผิดมากกว่าการกระทำความผิดเพื่อหาสาเหตุและแนวทางแก้ไข ทั้งนี้เพราะสังคมจัดให้มีการลงโทษขึ้นก็เพื่อเปิดโอกาสให้สังคมได้แก้ไขผู้กระทำความผิด

แนวความคิดในการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูนี้จึงเป็นแนวคิดที่ให้โอกาสคนกลับตัว ให้โอกาสในการแก้ไขปรับปรุงตัวโดยการพยายามหลีกเลี่ยงไม่ให้ผู้กระทำความผิดถูกลงโทษในลักษณะที่เป็นการทำลายคุณลักษณะหรือศักยภาพในการกลับเข้าสู่สังคมของผู้กระทำความผิด

หลักการตีความของกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญานั้น เป็นกฎหมายที่กำหนดความผิดและบัญญัติโทษไว้สำหรับผู้กระทำความผิด ซึ่งทางอาญาเป็นโทษที่เกี่ยวกับเนื้อตัว ร่างกาย ตลอดจนการตัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล และสร้างความปลอดภัยให้ผู้ที่ต้องรับโทษ การตีความกฎหมายที่มีโทษทางอาญา จึงแตกต่างไปจากการตีความกฎหมายอื่น กล่าวโดยสรุปดังนี้ (ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, 2559, หน้า 39)

1. กฎหมายอาญาจะต้องตีความโดยเคร่งครัด กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่กำหนดความผิดและโทษ โดยกำหนดชัดเจนไว้ในมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญาว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” ซึ่งศาสตราจารย์ หยุต แสงอุทัย มีความเห็นในเรื่องนี้ว่า ไม่หมายความว่าความศาลจะต้องดำเนินตามตัวอักษรเป็นตรง การแปลโดยเคร่งครัดอาจทำให้ต้องตีความโดยขยายความในบางกรณีได้ หลักการตีความโดยเคร่งครัดเป็นแต่การห้ามมิให้ศาลขยายความตามชอบใจเท่านั้น แต่ถ้ากรณีตีความโดยขยายความเป็นแต่ตีความตรงตามความมุ่งหมายแห่งกฎหมายตามที่ปรากฏจากตัวบทกฎหมายเองแล้ว ศาลยุติธรรมก็ชอบที่จะทำได้

2. การตีความตามกฎหมายอาญานั้นจะตีความกฎหมายอาญาให้เป็นผลร้ายแก่บุคคลมิได้

3. ตัวบทกฎหมายอาญาข้อใดที่มีข้อความเคลือบคลุมสงสัย ต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่จำเลย ทั้งนี้เทียบเคียงจากหลักในการพิจารณาคดีอาญา ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 บัญญัติว่า “ให้ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยชี้ว่าหนักพยานหลักฐานทั้งปวง อย่าพิพากษาลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีการกระทำผิดจริง และจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น เมื่อมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย”

สำหรับศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฒ นคร ได้อธิบายเรื่องการตีความกฎหมายอาญาซึ่งเป็นส่วนหนึ่งในการทำความเข้าใจความหมายในทางตัวบทกฎหมายไว้ดังนี้ (คณิต ฒ นคร, 2550, หน้า 69)

1. การตีความตามหลักภาษา (Grammatische auslegung) โดยที่การตีความกฎหมายพิจารณาวัตถุ (Object) ของการตีความซึ่งก็คือถ้อยคำในตัวบทกฎหมาย การพิเคราะห์ถ้อยคำในตัวบทกฎหมายจึงเป็นที่ต้องทำความเข้าใจเป็นเรื่องแรก การหาความหมายของตัวบทกฎหมายจากความหมายของภาษาที่ใช้ทั่วไป ความหมายของตัวบทกฎหมายย่อมเป็นกรอบของการตีความกฎหมายที่สำคัญที่จะป้องกันมิให้เกิดผลร้ายแก่บุคคล

2. การตีความตามความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบกฎหมาย (Systematische auslegung) การพิเคราะห์ความสัมพันธ์ของบทบัญญัติกฎหมายเท่ากับเป็นการค้นหาสิ่งที่เป็นภาพรวมของบัญญัติ ทำให้มองเห็นถึงความคล้ายคลึงและความแตกต่างระหว่างบทบัญญัตินั้น ๆ แม้ผู้ตีความจะถือความหมายในทางกฎหมายเป็นเกณฑ์แต่ภาษากฎหมายเองก็อาจแตกต่างกันได้ซึ่งความแตกต่างนี้ขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบกฎหมาย กฎหมายอาญาเองก็มีความสัมพันธ์กับอย่างเป็นระบบ แม้กฎหมายอาญาจะได้ให้ความหมายของคำใดคำหนึ่งไว้ก็ใช้ว่ากรณีจะมีความหมายที่เหมือนกันในทุกฐานความผิด เพราะความผิดแต่ละฐานมีความสัมพันธ์กับนิยามที่แตกต่างกันได้ ฉะนั้น การตีความกฎหมายตาม “หลักการตีความตามหลักภาษา” เพียงอย่างเดียวไม่อาจเพียงพอที่จะทราบความหมายที่ถูกต้องของตัวบทกฎหมายได้ ในการตีความกฎหมายจึงอาจต้องเพิ่มเติมด้วย การตีความตามความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบของกฎหมาย

3. การตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย คือ การหาความหมายของตัวบทกฎหมายจากประวัติความเป็นมาของตัวบทกฎหมายนั้น การพิจารณาความเป็นมาของกฎหมายนั้น อาจพิจารณาจากประวัติการยกร่างและเอกสารที่เกี่ยวข้อง

4. การตีความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย (Teleologische auslegung) การตีความตามวิธีคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) จะเป็นเครื่องช่วยในการตีความได้เป็นอย่างดี หลักการตีความตามอักษรกับการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายต้องพิจารณาควบคู่กันไปเสมอ โดยถือว่าทั้งสองอย่างมีความสำคัญเท่ากันจะใช้ตัวอักษรเกินกว่าเจตนารมณ์ไม่ได้ และจะใช้เจตนารมณ์เกินตัวอักษรก็ไม่ได้เช่นกัน (คณิต ฌ นคร, 2545, หน้า 564)

โครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา

เนื่องจากกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยการลงโทษการกระทำผิดของบุคคลในสังคม เพราะฉะนั้นการพิจารณาถึงโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาจะต้องพิจารณาจากตัวผู้กระทำและการกระทำของบุคคลนั้น โดยต้องพิจารณาว่าสิ่งที่บุคคลนั้นกระทำไปเป็นการผิดกฎหมายหรือไม่ อันเป็นการพิจารณาทางด้านภาวะวิสัย (Objective) และถ้าหากข้อเท็จจริงได้ความว่าการกระทำของบุคคลนั้นเป็นเรื่องผิดกฎหมายแล้ว จึงจะไปพิจารณาด้านอัตวิสัย (Subjective) ว่าบุคคลนั้นกระทำโดยรู้ผิดชอบหรือไม่และตั้งใจหรือประมาทหรือไม่อย่างไร ซึ่งเรียกว่า ความชั่ว (Schuld)

ต่อมาได้เกิดแนวความคิดว่าการแบ่งโครงสร้างออกเป็นสองส่วนดังกล่าวไม่ถูกต้อง เพราะส่วนขององค์ประกอบนั้นมีได้มีเฉพาะส่วนภาวะวิสัยอย่างเดียว ส่วนอัตวิสัยก็มีอยู่ด้วย เห็นได้จากบางฐานความผิดมีการบัญญัติถึงมูลเหตุจูงใจอันเป็นส่วนอัตวิสัย และเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำและส่วนขององค์ประกอบกับส่วนของความผิดนั้นเป็นส่วนที่แยกกันได้ แม้จะต้องตาม

บทบัญญัติอันเป็นส่วนขององค์ประกอบความผิดก็ตามการกระทำนั้นอาจไม่ผิดกฎหมายก็ได้ ดังนั้นแนวความคิดในระยะหลังจึงถือว่าส่วนขององค์ประกอบ และส่วนของความผิดเป็นส่วนที่ แยกจากกันได้ เพียงแต่มีความสัมพันธ์กันเท่านั้น โดยถือว่าการกระทำที่ต้องตามองค์ประกอบของ ความผิดเป็นเพียงเหตุหนึ่งที่แสดงว่าการกระทำนั้นจะผิดได้เท่านั้น (แสวง บุญเฉลิมวิภาส, 2524, หน้า 4-5)

โครงสร้างความรับผิดทางอาญาในปัจจุบันประกอบด้วยสาระสำคัญ 3 ประการ คือ

1. องค์ประกอบความผิด (Fulfillment of the statutory elements of a crime)

องค์ประกอบความผิด มี 2 ส่วนคือ

1.1 องค์ประกอบภายนอก ได้แก่ ผู้กระทำ ลักษณะการกระทำ กรรมของการกระทำ ผลของการกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ในบางกรณีอาจมีส่วนพิเศษอื่น ๆ เป็น เงื่อนไขแห่งการลงโทษ เช่น เวลากลางคืนในความผิดอาญาฐานลักทรัพย์ หรือบุกรุก เป็นต้น

1.2 องค์ประกอบภายใน ได้แก่ เจตนา ประมาท อีกทั้งองค์ประกอบภายในอื่น ๆ เช่น เหตุจูงใจ หรือเจตนาพิเศษ อย่างไรก็ตาม ความผิดบางฐานไม่จำเป็นต้องกระทำโดยเจตนา หรือ ประมาทก็เป็นความผิด เช่น ความรับผิดที่ไม่ต้องการเจตนา (Strict liability) หรือความผิดลหุโทษ ในบางฐาน เป็นต้น

2. ความผิด (Unlawfulness of the act)

ในส่วนของความผิดเป็นเนื้อหาของการกระทำ ซึ่งกฎหมายเห็นว่า เป็นสิ่งที่ไม่สมควร เป็นการกระทำที่ควรลงโทษ แต่ถ้าหากการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำ ได้ แม้ว่าการกระทำนั้นจะครบองค์ประกอบความผิดตามกฎหมาย ให้ถือว่าการกระทำนั้นไม่เป็น ความผิด และเมื่อไม่ผิดกฎหมายแล้ว ก็ย่อมไม่อาจลงโทษผู้กระทำความผิดได้ ตามหลักที่ว่า “ไม่มี ความผิด และไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย” บัญญัติไว้ (Nullum crimen, Nulla poena, Sine leg or no crime nor punishment without law) หรือหลักความชอบธรรม (Principle of legality) เช่น การทำ โทษบุตรตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นต้น

3. ความชั่ว

ในส่วนของเป็นการกระทำของบุคคลนี้ผู้ซึ่งมีความรู้สึกผิดชอบชั่วดี เมื่อมีการกระทำผิด ขึ้น แต่ถ้าผู้กระทำไม่อาจถูกตำหนิจากการที่ได้กระทำผิดไป ผู้นั้นก็ไม่ต้องรับโทษ เพราะขาดความ ชั่ว ตามหลักที่ว่า ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีความชั่ว เช่น การกระทำผิดของเด็กอายุไม่เกิน 14 ปี ซึ่งถือว่ายัง ไม่มีความรู้สึกผิดชอบชั่วดีอันจะถูกตำหนิได้ จึงไม่ต้องรับโทษ

ในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา คือ การกระทำต้องครบทุกองค์ประกอบความผิดทั้ง องค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน และการกระทำนั้นต้องเป็นความผิดตามที่กฎหมาย

บัญญัติไว้ และผู้กระทำต้องมีความชั่วจึงถือว่าผู้กระทำจะต้องรับโทษทางอาญา เพราะได้กระทำครบองค์ประกอบแล้ว เห็นได้ว่า องค์ประกอบสองส่วนแรก พิจารณาได้จากการกระทำ ส่วนองค์ประกอบสุดท้ายต้องพิจารณาถึงตัวผู้กระทำ เกี่ยวกับการกำหนดโทษและโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำ ความผิด ขึ้นอยู่กับความชั่วของผู้กระทำผิด (แสวง บุญเฉลิมวิภาส, 2551, หน้า 42-43)

การกระทำโดยเจตนา ได้แก่ กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำ และขณะเดียวกัน ผู้กระทำต้องประสงค์ต่อผล หรือยอมเสี่ยงเห็นผลของการกระทำนั้น ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด จะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเสี่ยงเห็นผลของการกระทำนั้น มิได้ สำหรับโทษของผู้กระทำผิดโดยเจตนา นั้น กฎหมายได้บัญญัติลักษณะความผิดต่าง ๆ แยกต่างกันไป ตามความร้ายแรงและผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อสังคม และโทษที่กฎหมายบัญญัติไว้จะมีอัตราสูงกว่าความผิดที่กระทำโดยประมาท เพราะผู้กระทำผิดที่กระทำโดยเจตนาถือว่ามีความชั่วมากกว่า

การกระทำตามกฎหมายอาญา แบ่งออกได้ 2 ประเภทได้แก่

1. การกระทำในเชิงบวก (Positive act or affirmative act) เป็นการกระทำที่แสดงออกมาภายนอกโดยการเคลื่อนไหวร่างกายได้บังคับของจิตใจ ซึ่งอาจจะกระทำเองหรือโดยผ่านผู้อื่น ดังนั้น การกระทำเชิงบวกจึงอาจเกิดได้ 2 กรณีคือ

1.1 การกระทำโดยตรง เป็นการกระทำของบุคคลโดยการใช้สติปัญญา และได้กระทำการตามที่คิดตกลงใจนั้น ถือเป็นการเคลื่อนไหวร่างกายโดยจิตใจบังคับให้มีการเคลื่อนไหว ดังนั้น การกระทำจึงหมายถึงการเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยจิตใจบังคับ หรือโดยรู้สำนึกนั่นเอง ซึ่งไม่รวมถึงการเคลื่อนไหวโดยละเมอ การถูกบังคับด้วยกำลังกายที่เหนือกว่า

1.2 การกระทำโดยทางอ้อม ได้แก่ การกระทำที่ผู้กระทำมิได้กระทำโดยตนเอง แต่ใช้บุคคลที่ไม่มีความรับผิดชอบในทางอาญาโดยเจตนาในฐานะเดียวกับผู้กระทำเป็นผู้กระทำ ผู้กระทำโดยอ้อมจัดให้บุคคลอื่นเป็นเงื่อนไขอันหนึ่งในการกระทำความผิด

2. การกระทำในเชิงลบ (Negative act or passive in action) การกระทำในเชิงลบเป็นการกระทำไม่เคลื่อนไหวร่างกายทั้ง ๆ ที่มีหน้าที่ต้องเคลื่อนไหวร่างกาย การกระทำในเชิงลบแบ่งออกเป็น 2 ประเภท

2.1 การกระทำโดยการงดเว้น (Omission to act)

การกระทำโดยงดเว้นนั้นเป็นการกระทำโดยไม่เคลื่อนไหวร่างกาย เป็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาซึ่งโดยหลักทั่วไป กฎหมายอาญาจะเอาผิดลงโทษบุคคลต่อเมื่อได้กระทำการเคลื่อนไหวร่างกาย ดังนั้น “การไม่กระทำในทางอาญา” จึงไม่น่าที่จะเอาผิดลงโทษได้ อย่างไรก็ตาม เหตุที่กฎหมายลงโทษ “การไม่กระทำ” เป็นการประนีประนอมความมีอยู่หน้าที่ที่ต้องกระทำตามแนวคิดเรื่องหน้าที่ในการฝ่าฝืนหน้าที่โดยตรงกับหน้าที่ที่ธรรมดาที่ต้องกระทำตามที่กฎหมาย

บัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคท้าย “ การกระทำที่หมายความรวมถึงการให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้น โดยงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย” แสดงให้เห็นได้ว่าการงดเว้นเป็นการกระทำอย่างหนึ่งซึ่งอาจเรียกได้ว่า การกระทำโดยงดเว้นซึ่งจากบทบัญญัติตามมาตรา 59 วรรคท้าย หมายถึง กรณีที่จะต้องมียุทธวิธีที่ป้องกันผลตามวิสัยและพฤติการณ์ ซึ่งมาจากตัวบุคคล โดยเฉพาะเจาะจงที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับพฤติการณ์ที่เกิดขึ้น ไม่ว่าจะสถานะหรือบทบาทของตำแหน่งผู้ที่จะต้องรับผิดชอบในผลที่เกิดขึ้นจากการเลือกตัดสินใจไม่เข้าป้องกันผล ทั้งที่ตามพฤติการณ์เช่นนั้นผู้กระทำตกอยู่ในฐานะที่ถูกคาดหวังให้ต้องกระทำการเพื่อป้องกันผลมิให้เกิดขึ้น การกำหนดหน้าที่ที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผล สรุปได้ดังนี้ ความรับผิดชอบที่บัญญัติตามมาตรา 59 นี้ต้องจำกัดเคร่งครัดลงเฉพาะในสถานการณ์แวดล้อมอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งสามารถกำหนดได้ว่าลักษณะเช่นใดการงดเว้นของบุคคลจึงจะส่งผลเสียหายประจวบกับการกระทำทำให้ผู้งดเว้นต้องรับผิดชอบ จากบทบัญญัติของกฎหมายที่ว่า “การจักต้องกระทำ” ย่อมหมายถึงผู้นั้นมีหน้าที่ต้องกระทำและจะต้องไม่เป็นเพียงหน้าที่ตามศีลธรรม (Moral obligation) ดังนั้น หน้าที่ดังกล่าวนี้อาจเกิดจากกฎหมาย บังคับ สัญญาหรือความรับผิดชอบ โดยการเข้ารับหน้าที่อย่างใดอย่างหนึ่งโดยสมัครใจและการงดเว้นดังกล่าวเป็นเหตุโดยตรงให้เกิดผลเสียหายขึ้น หน้าที่ป้องกันผลนั้นอาจเกิดขึ้นได้ดังนี้

2.1.1 หน้าที่อันเกิดจากกฎหมาย

กฎหมายได้กำหนดหน้าที่ให้บุคคลบางจำพวกมีหน้าที่ต่อกันตามความสัมพันธ์พิเศษ เช่น ทางสายเลือด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1564 กำหนดหน้าที่บิดามารดาต้องเลี้ยงดูบุตร หากบิดามารดาไม่จัดหาอาหาร หรือการรักษาพยาบาลตามสมควรแก่บุตร อาจมีความผิดได้หากมีเจตนาหรือประมาทต่อการงดเว้นดังกล่าว หรือความสัมพันธ์ของบุคคลที่กฎหมายกำหนดให้ดูแลช่วยเหลือซึ่งกันและกัน (Mutual dependence) เช่น สามี ภริยา หรือผู้อนุบาลกับบุคคลไร้ความสามารถ เป็นต้น ตามหลักกฎหมายไทยแล้วต้องถือเอาความสัมพันธ์ตามกฎหมายมากกว่าความเป็นจริง แต่อาจจะนำเอาหลักหน้าที่ความสัมพันธ์พิเศษที่ทำให้เกิดหน้าที่มาใช้ได้ในบางกรณีตามข้อเท็จจริง

2.1.2 หน้าที่อันเกิดเพราะการกระทำของตน

2.1.2.1 ตามสัญญา กรณีนี้เป็นเพราะถือเป็นส่วนหนึ่งของหน้าที่ซึ่งบังคับตามสัญญาได้ เช่น หาก ก. เป็นผู้รักษาความปลอดภัยที่ถูกจ้างมาดูแลสระว่ายน้ำ ก. อาจมีความผิด ถ้า ก. เห็นผู้ที่กำลังจะจมน้ำตายในสระแต่มิได้เข้าช่วยเหลือ หรือ ก. ถูกจ้างให้ดูแลบุตรของ ข. และ ก. จะต้องรับผิดชอบหากบุตรของ ข. ตายลง เพราะ ก. มิได้ดูแลตามหน้าที่และแม้ว่าสัญญานั้นอาจเป็นโมฆะหรือไม่สมบูรณ์ด้วยประการใด ๆ เพราะเป็นสัญญามีขึ้นเพื่อป้องกันผล และผู้กระทำก็รู้หน้าที่นั้นแล้ว

2.1.2.2 หน้าที่เนื่องจากตนเป็นเหตุ หน้าที่อาจเกิดเพราะผู้กระทำเป็นต้นเหตุแห่งภัยอันตราย ไม่ว่าจะโดยเจตนา รู้เท่าไม่ถึงการณ์หรือประมาทก็ตาม เช่น จำเลยขับรถชนคนขี่จักรยานล้มแล้วเหยียบหัวคนขี่จักรยานจนเสียชีวิต หรือขับรถชนคนขี่จักรยานล้มแล้วเหยียบหัวคนขี่จักรยานจนเสียชีวิต เป็นการงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลทำให้คนตายโดยประมาท ตามมาตรา 291

2.1.2.3 หน้าที่เพราะเข้ารับภาระอันหนึ่งอันใด ตามปกติบุคคลย่อมไม่มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบต่อบุคคลอื่น แต่หากเข้ารับภาระช่วยเหลือใครแล้วอาจก่อให้เกิดหน้าที่ที่ต้องทำให้ตลอด หรืออย่างน้อยที่สุดต้องทำให้ผู้ตนเข้าช่วยเหลืออยู่ในสภาพเดิมหรือเข้าสู่สภาพที่ปลอดภัย

อนึ่ง การเข้ารับภาระนี้ย่อมก่อหน้าที่ไม่ว่าจะมีบำเหน็จตอบแทนหรือไม่ก็ตาม ข้อสำคัญอยู่ที่ผู้กระทำต้องรู้ถึงข้อเท็จจริงและมีหน้าที่ต้องป้องกันผล

2.1.3 หน้าที่จากความสัมพันธ์พิเศษ

หน้าที่อันนี้ขยายของเขตจากหน้าที่ตามกฎหมายและสัญญา ซึ่งได้นำเอาหลักของศีลธรรมที่สำคัญบางประการประกอบข้อเท็จจริงและเป็นที่ยอมรับของชุมชนมาพิจารณากำหนดหน้าที่ของบุคคล เช่น บุตรนอกกฎหมายที่บิดามารดาออกกฎหมายได้เลี้ยงดูมาตลอด หากบุตรเจ็บป่วยลงแม้ไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายแต่ย่อมเกิดหน้าที่ได้เนื่องจากความสัมพันธ์พิเศษเฉพาะเรื่อง

การที่ผู้กระทำความคิด โดยงดเว้นจะมีความรับผิดชอบนั้น ผู้กระทำจำต้องรู้ถึงข้อเท็จจริงและผลที่อาจเกิดขึ้นจากการงดเว้นนั้น ๆ ด้วย เพราะโดยทั่วไปแล้วการจะให้บุคคลต้องรับผลเพราะการที่เขาไม่กระทำ เขาจะต้องทราบหน้าที่ของเขาและข้อเท็จจริงที่จะก่อให้เกิดหน้าที่นั้น ๆ เว้นแต่ข้อเท็จจริงนั้น ๆ บุคคลจะต้องรู้หรือถือว่ารู้ เช่น บิดามารดากับบุตร สามีภรรยา เป็นต้น หากไม่รู้ข้อเท็จจริง เช่น เห็นเด็กกำลังจะจมน้ำตาย โดยไม่รู้ว่าเด็กนั้นเป็นบุตรของตน จึงไม่เข้าช่วยเหลือก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำให้บุตรตายโดยงดเว้น เป็นการขาดเจตนาและมีความรับผิดชอบเท่าบุคคลทั่วไปที่อยู่ในเหตุการณ์เดียวกัน การรู้ข้อเท็จจริงในที่นี้กฎหมายต้องการให้ผู้นั้นรู้ถึงความสัมพันธ์อันทำให้เกิดหน้าที่ แต่มิได้หมายความว่า บุคคลนั้นจะต้องรู้จริงๆ ว่ากฎหมายกำหนดหน้าที่ที่เขาต้องป้องกันผลไว้อย่างไร หรือในกรณีใดบ้าง คือ จะอ้างว่าไม่รู้ว่าตนมีหน้าที่ต้องช่วยไม่ได้ เพราะเป็นการอ้างว่าไม่รู้กฎหมายนั่นเอง นอกจากนี้จะต้องสามารถทำหน้าที่ป้องกันผลได้ด้วยหากเห็นลูกตกน้ำแต่ตนว่ายน้ำไม่เป็นก็จะวางควงหน้าหน้าที่ไม่ได้

2.2 การกระทำโดยการละเว้น

การละเว้นนี้เป็นการไม่กระทำอย่างหนึ่ง ซึ่งแตกต่างจากการงดเว้นที่กล่าวมาแล้วข้างต้น เพราะมีกฎหมายบัญญัติความคิดไว้เฉพาะ และก็มีได้กำหนดให้มีหน้าที่เพื่อป้องกันผลแต่อย่างไรเป็นแต่หน้าที่ทั่ว ๆ ไปที่กฎหมายกำหนดให้กระทำ บทบัญญัติเหล่านั้นอาจจะเป็นการไม่กระทำ เช่น ตามมาตรา 126 มาตรา 150 มาตรา 154 มาตรา 156 มาตรา 200 มาตรา 202 มาตรา 216

มาตรา 227 มาตรา 367 หรืออาจใช้คำว่า ละเว้น เช่น มาตรา 254 หรืออาจใช้คำว่า ขัดขึ้น เช่น มาตรา 168-171 หรือใช้คำว่า ละทิ้ง เช่น มาตรา 166 เป็นต้น

พัฒนาการการควบคุมต่อต้านสื่อลามกของประเทศไทย

ในส่วนนี้ผู้ศึกษาจะได้นำเสนอเกี่ยวกับพัฒนาการสื่อลามกของประเทศไทย เป็นลำดับ ดังนี้

1. กฎหมายตราสามดวง

การควบคุมการต่อต้านสื่อลามกในประเทศไทยนั้นมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นควบคุมมาตั้งแต่สมัยโบราณ โดยเริ่มต้นจากกฎหมายตราสามดวง ซึ่งเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นใช้บังคับในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น กฎหมายฉบับนี้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับคำว่า “ลามก” อยู่หลายฐานความคิด โดยกฎหมายได้นำคำว่า “ลามก” มาบัญญัติไว้เพื่อใช้แทนความหมายถึง สิ่งที่เป็นของสกปรก หรือการกระทำที่น่ารังเกียจ นำบดสี หรือวัตถุทางเพศอันเป็นสิ่งลามก ไม่ว่าจะเป็นความคิดที่ปล่อยให้มิบุคคลมากระทำลามกหน้าที่พักอาศัยของตน โดยไม่จับกุมผู้กระทำลามกดังกล่าวไปดำเนินคดี ปรากฏในกฎหมายตราสามดวง บทอาชญาหลวง มาตราที่ 116 บัญญัติว่า “...ถ้าผู้ใดกระทำลามกในหน้าทับหน้าจวนผู้ใดแลหมิจับกุมมาว่าไซ้ ท่านให้ลงโทษแก่เจ้าจวนเจ้าทับนั้น”

การทำลามกต่อพระพุทธรูป พระธรรม ปรากฏตามกฎหมายตราสามดวง ได้บัญญัติว่า “...แลคนร้ายใจเป็นมฤตชาติฐิเอาจค์พระพุทธรูป พระธรรม มาทูปตีเหยียบย่ำทำทุราจารการลามกประการใดก็ดี...”

การที่พระภิกษุสงฆ์กระทำลามกอันทำให้เกิดมลทินต่อพระพุทธรูปศาสนา ปรากฏตามกฎหมายตราสามดวง บทกฏพระสงฆ์ 4 ได้บัญญัติว่า “...เป็นประเวณีในพระพุทธรูปศาสนาสืบมาแต่ก่อน มีพระพุทธรูปโกโปรดไว้ให้ภิกษุสามเณร อันบวชในพระศาสนารักษารุระสองประการคือ คันฐุระวิปัสสนาธุระเป็นที่ยึดหน่วงถึงน้ำจิตรจะแปร ไปในกิเลสวัตุกามก็ตีย่อมคิดถึงธุระทั้งสองจิตรนั้นก็สงบลงที่กลบุตรมีวาสนามากก็ได้มักได้ผลพ้นสงสารทุกข์ ที่บุญน้อยสุดกำลังมีอาจครองธุระทั้งสองแล้วก็ดี ครั้นจะออกเป็นฆราวาสจะหาเลี้ยงชีวิตก็ได้ จำจะอยู่เลี้ยงชีวิตในสมณะ ให้ลามกมลทินในผ้ากษาวะภัตรอันเป็นธงไชยพระอาริยเจ้า...”

นอกจากนี้หากมีการผลิตวัตถุที่มีรูปร่างคล้ายอวัยวะเพศของผู้ชายแล้วนำมากราบไหว้บูชาเป็นไปตามข้อความตามกฎหมายตราสามดวง บทให้ชนทุกชั้นตั้งอยู่ในกุศลธรรม 10 ประการ ได้บัญญัติกฎหมายพระสงฆ์เกี่ยวกับการกระทำลามกไว้ว่า “...แต่ซึ่งสารเทพารักษ์อันเอาไม้ทำเป็นเพศบุรุษสิ่งใหญ่่น้อยต่าง ๆ หึงชายชวกันนับถือนั้น ทรงพระกรุณาให้นักปราชญ์ราชบัณฑิตยคณูในพระไตรปิฎกก็มีได้มีอย่าง ให้สืบถามคูลอย่างทำเนียมในพระนครราชธานีต่าง ๆ ก็มีได้เยี่ยงอย่าง

จึงทรงพระวิจารณ์เห็นว่าแรกเหตุนี้จะมีมาเพราะคนพาลกักขฬะหยาบช้า แข่งกระทำเพสอันนี้ เยาะเย้ยหญิงแม่มดอันมีมารยาทความละอายมิได้เป็นเคิม สืบมาหญิงชายผู้หาปัญญามิได้ก็เอา เยี่ยงอย่างนับถือสืบมา เป็นที่เทวดาอันศักดิ์สิทธิ์จะชิงชิงอีก สมควรแต่กับผีสาวอันต่ำศักดิ์สำหา หน้าพาลหยาบช้านั้น อันหนึ่งเป็นที่แขกเมืองนานาประเทศไปมาค้าขายได้เห็นจะคหมีนถิ่นแคลน กรุงเทพมหานครอันก่อปรด้วยเกียรติยศ จะดิเคียนว่ามิควรที่จะนับถือก็มานับถือทำนุบำรุงจะนี้ จะเอาความลามกอับปะมงคลนี้ไปเล่าต่อ ๆ ไปในนานาประเทศต่าง ๆ ก็จะต้องเสียดราคม เกียรติยศศักดิ์นาภาพกรุงเทพพระมหานครไป ห้ามอย่าให้มีเพศบุรุษถึงอันลามกอับปะมงคลไว้ใน สารเทพารักษ์เป็นอันขาดทีเดียว แลให้ผู้รักษาเมืองผู้รั้งกรมการกำนันพันนายบ้าน ไปเก็บเอามาเผา ไฟเสียจสิ้น อย่าให้มีอยู่ ณ โรงสารบ้านเมืองนิคมเขตประเทศใด ๆ มีผู้รู้เห็นเอาเนื้อความมาว่า กล่าว พิจารณาเป็นสัจจะเอาผู้รักษาเมืองผู้รั้งกรมการแลพันนายบ้านแลชาวบ้านตำบลประเทศนั้น ๆ เป็นโทษถึงสิ้นชีวิต”

สรุปได้ว่า สังคมไทยในสมัยโบราณก็ได้ให้ความสำคัญกับการควบคุมการกระทำใด ๆ อันลามก และควบคุมการผลิตวัตถุหรือสิ่งของลามกด้วย เนื่องจากสังคมไทยเป็นสังคมที่นับถือ พระพุทธศาสนา และมีวัฒนธรรมอันดีในการปฏิบัติทางเพศให้สอดคล้องกับหลักศีลธรรม ดังนั้น จึงจะเห็นได้ว่ากฎหมายในยุคนี้ได้กำหนดโทษแก่เจ้าหน้าที่ของบ้านเมืองที่ไม่ทำการทำลายวัตถุ หรือสิ่งของลามก ด้วยโทษที่รุนแรงถึงประหารชีวิต ซึ่งหมายถึงมาตรฐานของสังคมไทยในยุคนี้ เห็นว่าการเผยแพร่วัตถุหรือสิ่งของลามกเป็นความผิดที่อุกฉกรรจ์ แต่ทั้งนี้ทั้งนั้นมิได้มีการกล่าวถึง สื่อลามกเด็กแต่อย่างใด ซึ่งอาจเป็นเพราะในสมัยดังกล่าว สื่อลามก เด็กไม่เป็นที่รู้จักในสังคม อีกทั้ง ในวิถีชีวิตประจำวันการเห็นเด็กเปลือยกายถือเป็นเรื่องธรรมดา

2. กฎหมายลักษณะอาญา

ในการบัญญัติกฎหมายลักษณะอาญา โดยเฉพาะในส่วนที่ 6 ว่าด้วยความผิดที่กระทำ อนาจาร หมวดที่ 1 ความผิดฐานกระทำอนาจารอันเกี่ยวแก่สาธารณชน เป็นเรื่องเกี่ยวกับการ ควบคุมวัตถุ หรือสิ่งลามกในมาตรา 240 ห้ามมิให้ผู้ใดเอารูปภาพหรือสมุดหรือสิ่งใด ๆ อันมีลักษณะ เป็นของลามกอนาจาร ออกขาย หรือทอดตลาด หรือเอาของลามกอนาจารที่ว่ามีนั้นแสดง โดย เปิดเผยแก่สาธารณะ กฎหมายฉบับนี้ได้สะท้อนให้เห็นถึงความเปลี่ยนแปลงของสังคมที่สื่อต่าง ๆ เริ่มจะมีอิทธิพลกับชีวิตคนไทยมากขึ้น ในยุคนั้นแม้ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยียังไม่มากนัก สื่อ ต่างๆยังอยู่ในรูปแบบของสื่อสิ่งพิมพ์เท่านั้น แต่มีข้อน่าสังเกตอยู่บางประการคือ ในส่วนของ ความหมายของสื่อลามกนั้น ผู้บัญญัติกฎหมายมิได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจน ต้องอาศัยการตีความของ ศาล แต่ก็ได้มีการบัญญัติกฎหมายเพื่อความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีไว้บ้าง โดยมีการใช้คำว่า

“สิ่งใด ๆ” ในส่วนของฐานความผิดนั้นมีเพียงความผิดที่เกี่ยวกับการขาย การทอดตลาด และการนำสื่อลามกดังกล่าวมาแสดงเท่านั้น ซึ่งแสดงว่าไม่รวมถึงความผิดในการผลิต และการครอบครองโดยส่วนตัว ส่วนโทษก็มีได้รุนแรงเหมือนในครั้งโบราณ อาจเป็นเพราะการเสฟสื่อลามกเป็นที่ยอมรับในสังคมมากขึ้น ในปัจจุบันนี้กฎหมายลักษณะอาญาได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 มาตรา 4 บทบัญญัติตามมาตรา 240 นี้จึงไม่มีสภาพบังคับใช้อีกต่อไป

มาตรา 245 “ผู้ใดบังอาจกระทำการอนาจารแก่เด็กอายุต่ำกว่าสิบสามขวบ ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งเดือนขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลมันใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจาขู่เข็ญกระทำความผิดเช่นว่ามานี้ ท่านว่ามันผู้กระทำความผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนขึ้นไปจนถึงห้าปี แลให้ปรับ ตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง”

ความผิดฐานกระทำอนาจารตามกฎหมายนี้ไม่มีการบัญญัติหรือให้คำนิยามว่า การกระทำอนาจารมีความหมายหรือลักษณะอย่างไร นักนิติศาสตร์ได้อธิบายความหมายของการกระทำอนาจารไว้ว่า กระทำอนาจาร หมายความว่า การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ เช่น จับนม จูบ กอด ลูบคลำ หรือจับต้องอวัยวะต่าง ๆ ข้อสำคัญต้องดูจิตใจของผู้กระทำด้วย กล่าวคือ การกระทำบางอย่างที่บุคคลบางคนกระทำอาจเป็นอนาจารหรือไม่เป็นอนาจารก็ได้แล้วแต่จิตใจของผู้กระทำ เช่น แพทย์ลูบนมคนไข้ ถ้ากระทำเพื่อตรวจโรคตามวิชาแพทย์ก็ไม่ผิดตามมาตรานี้ ถ้ากระทำไปโดยไม่เกี่ยวกับการตรวจโรค แต่ได้กระทำด้วยความรู้สึกทางเพศและถือเอาการตรวจโรคเป็นเครื่องมือก็เป็นการกระทำอนาจาร (หยุด แสงอุทัย, 2548, หน้า 361)

การกระทำอนาจารยังรวมถึงการกระทำใด ๆ อันเกี่ยวกับเพศถ้าไม่เป็นการข่มขืนกระทำชำเราหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเรา ก็ถือเป็นการกระทำอนาจาร ซึ่งตัวของผู้เสียหาย จะต้องเข้าไปเกี่ยวข้องกับมิฉะนั้นจะเป็นอนาจารต่อหน้าธารกำนัลเท่านั้น เช่น การจับต้อง หรือลูบคลำของลับของหญิง หรือให้หญิงลูบคลำของลับของชายเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร แต่ว่าเปิดของลับให้บุคคลอื่นดูไม่ใช่เป็นความผิดฐานทำอนาจาร แต่ผิดเพียงทำอนาจารต่อหน้าธารกำนัล การกระทำใดที่จะถือว่าเป็นการสมควรทางเพศหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาจากกาลเทศะและสิ่งแวดล้อมประกอบ เช่น การกอดเด็กหญิงซึ่งผู้กอดไม่ใช่ญาติขอมเป็นการอนาจาร แม้เด็กหญิงยินยอมก็เป็นความผิดตามมาตรานี้ แต่ถ้าเป็นการกอดเพื่อเดินรำไม่ใช่เป็นความผิด แม้ผู้กระทำจะมีความรู้สึกในทางเพศเกิดขึ้น (สุมนัส ตั้งเจริญกิจกุล, 2552, หน้า 50)

มาตรา 246 “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุเกินกว่าสิบสามขวบขึ้นไป โดยใช้อำนาจด้วยกำลังหรือด้วยวาจาขู่เข็ญ หรือมันใช้อำนาจข่มขืนหรือมันใช้อำนาจข่มขืนด้วยประการใดใดก็ดี ท่านว่ามันมีความผิด

ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เดือนหนึ่งขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง”

การกระทำอนาจารแก่บุคคลที่อายุกว่า 13 ขวบขึ้นไป ผู้กระทำจะมีความผิดต่อเมื่อได้กระทำร้าย หรือใช้วาจาขู่เข็ญว่าจะกระทำร้าย หรือใช้อุบายหลอกลวง การที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้ก็เพราะกฎหมายเห็นว่าผู้ที่มีอายุกว่า 13 ขวบขึ้นไปแล้ว อาจหลบหนีจากการถูกกระทำได้ และแม้จะถูกกระทำก็ไม่ร้ายแรงเท่ากับทำแก่เด็ก 20 เพราะบุคคลที่อายุกว่า 13 ขวบมีความรู้ผิดชอบ สามารถตัดสินใจ หรือให้ความยินยอมในการกระทำทางเพศได้ หากบุคคลนั้นให้ความยินยอมหรือสมัครใจให้มีการกระทำเกิดขึ้นผู้กระทำไม่มีความผิดตามมาตรา นี้ อย่างไรก็ตามการกระทำนั้นกระทำต่อหน้าธารกำนัลและเป็นการกระทำอันควรขายหน้า ก็เป็นความผิดลหุโทษตามมาตรา 337 (2) 21 อย่างไรเป็นการควรขายหน้า ต้องดูกาลเทศะและความนิยมของประชาชนเวลานั้น การที่สามีภรรยาหรือคู่รักจูบแลกกันตามแบบฝรั่ง การที่หญิงชายเดินคางแขนไปตามถนนกันไม่ถือว่าเป็นการขายหน้า

3. ประมวลกฎหมายอาญาก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550

ประมวลกฎหมายอาญา ได้บัญญัติขึ้นบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 โดยให้ยกเลิกกฎหมายลักษณะอาญา โดยบัญญัติความผิดเกี่ยวกับวัตถุ หรือสิ่งของลามกไว้ในลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ ไว้ในมาตรา 287 ซึ่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 เป็นวัตถุแห่งการกระทำเปลี่ยนจากบุคคลในมาตรา ก่อน ๆ มาเป็นสิ่งของ (จิตติ ดิงศภัทย์, 2553, หน้า 1834) และต่อมาได้มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 ยกเลิกโดยมาตรา 6 ให้ใช้ความใหม่โดยแก้ไขอัตราโทษให้หนักขึ้น โดยมีเจตนารมณ์ที่จะลงโทษผู้ที่กระทำให้วัตถุลามกแพร่หลายออกไป โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าหรือเพื่อการแจกจ่าย หรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน (ประภาศ อวยชัย, 2538, หน้า 764)

มาตรา 278 “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี โดยขู่เข็ญด้วย ประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเขาใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปีหรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” กระทำอนาจาร หมายถึง การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศต่อร่างกายของบุคคลอื่น เช่น กอดจูบ ลูบคลำร่างกายของหญิง หรือชายที่เป็นการแสดงความใคร่ทางเพศ และต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคลโดยตรง การกล่าวถ้อยคำ เขียนภาพ ไม่เป็นการอนาจารตามมาตรา นี้ ถ้าเป็นการกระทำต่อตัวบุคคลแล้ว แม้จะให้ผู้อื่นกระทำโดยใช้เนื้อตัวของเขากระทำต่อผู้กระทำ ความผิดเองก็เป็นการกระทำอนาจารต่อผู้อื่นได้ และต้องเป็นการกระทำที่ในทางภาวะวิสัยเป็นการ

ละเมิด หรือฝ่าฝืนความรู้สึกอับอายในทางเพศโดยทั่วไปอย่างร้ายแรง และเป็นการกระทำที่
 ในทางอ้อมได้ถูกกระทำลงด้วยความต้องการทางเพศ หรือความใคร่ เป็นต้น ว่ามีจุดมุ่งหมาย
 หรือความประสงค์ เพื่อก่อหรือระงับความต้องการทางเพศ หรืออารมณ์ทางเพศของตน หรือของ
 ผู้อื่น และการกระทำที่เป็นอนาจารนั้นต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวของบุคคลแม้จะเป็นการผ่าน
 บนเสื้อผ้าก็ตาม การบังคับให้ผู้อื่นจับขงเล็บของตนก็เป็นการกระทำอนาจาร ความผิดฐานนี้จึงเป็น
 ความผิดที่ไม่ต้องทำเอง (คดีต ณ นคร, 2545, หน้า 340)

การจับ หรืออุกด้วยความยินยอมไม่มีเจตนาทางเพศไม่เป็นอนาจาร แม้หญิงอายุไม่เกิน
 สิบห้าปีก็ไม่เป็นความผิด ผู้กระทำจะมีความผิดถ้าได้กระทำอนาจารแก่บุคคลอายุเกินกว่าสิบห้าปี
 ซึ่งไม่จำกัดว่าเป็นหญิงหรือชาย และผู้ถูกกระทำเป็นเพศหรือวัยใดก็ได้ ดังนั้น การกระทำความคิด
 ตามมาตรานี้อาจเป็นการกระทำระหว่างชายต่อชาย หรือหญิงต่อหญิง หรือบังคับให้บุคคลอื่นจับ
 ขงเล็บของตนก็ได้

มาตรา 279 “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอม
 หรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปีหรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความคิดตามวรรคแรก ผู้กระทำได้กระทำโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ
 โดยไซ่กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจ
 ผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบห้าปีหรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้ง
 จำทั้งปรับ”

การกระทำอนาจารเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ ที่ไม่เพียงเป็นการฝ่าฝืน
 ศีลธรรมโดยทั่วไปเท่านั้น แต่ต้องมุ่งในการประเวณีหรือความใคร่ โดยไม่ได้จำกัดวิธีการกระทำ
 แต่ต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคลโดยตรง รวมถึงการกระทำให้อับอายขายหน้า
 ในทางเพศด้วย ซึ่งอาจเป็นการให้เด็กกระทำกับตน เช่น ให้เด็กจับอวัยวะเพศของตน แต่ไม่ใช่ให้
 เด็กกระทำอนาจารตัวเองให้ดู ถ้ากระทำโดยมีเจตนาอื่น เช่น จับข้อมือหญิงกระชากเพื่อจะทำร้ายไม่
 เป็นการกระทำอนาจาร การกล่าวถ้อยคำ หรือเขียนภาพก็ไม่เป็นการอนาจารตามมาตรานี้ เช่น การ
 ด่ากันด้วยถ้อยคำลามกเป็นเพียงความผิดหลุโทษ

กระทำอนาจารแก่เด็กไม่เพียงแต่เป็นการกระทำอนาจารต่อหน้าเด็กเท่านั้น แต่ยัง
 หมายรวมถึงการกระทำด้วยร่างกายของเด็ก หรือกระทำที่ร่างกายของเด็ก ทั้งนี้ ไม่สำคัญว่า
 การริเริ่มจะเกิดจากใคร

ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กนั้นเดิมกฎหมายมิได้บัญญัติให้เป็นความผิด ต่อมาเมื่อมี
 การประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 จึงมีการบัญญัติความผิดฐานกระทำอนาจารไว้ใน
 มาตรา 241 มาตรา 245 และมาตรา 246 ซึ่งความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กตาม มาตรา 279 นี้มี

องค์ประกอบเช่นเดียวกับมาตรา 278 ต่างกันตรงที่ผู้ถูกระทำต้องเป็นเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี ไม่จำกัดว่าเป็นเด็กหญิงหรือเด็กชายและเด็กจะยินยอม หรือไม่ก็เป็นความผิดทั้งสิ้น เช่นเดียวกับมาตรา 277 วรรคแรก (สุมนัส ตั้งเจริญกิจกุล, 2552, หน้า 63)

ความจำเป็นที่ต้องมีมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมสื่อลามกเด็ก

สื่อลามกที่มีการแพร่หลายอยู่อย่างมากในสังคม นับเป็นปัญหาที่มีความรุนแรงและจำเป็นในการควบคุมโดยใช้มาตรการทางกฎหมาย โดยเฉพาะสื่อลามกเด็กที่เชื่อมโยงไปยังปัญหาต่าง ๆ และความเสื่อมของมาตรฐานศีลธรรมสังคม ล้วนเป็นสิ่งที่พึงคำนึงถึงความสำคัญและความจำเป็นที่จะต้องนำมาพิจารณาหามาตรการทางกฎหมายในการควบคุมสื่อลามกเด็กต่อไป

1. ความเชื่อมโยงระหว่างสื่อลามกเด็กกับการกระทำความผิดและอาชญากรรมอื่น ๆ

(วิริยะ ธรรมจักร, 2556, หน้า 36)

เนื่องจากสื่อลามกเด็กจะมีส่วนเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมอื่น ๆ ด้วย กล่าวคือ ในกระบวนการผลิตหรือกลไกทางการตลาดของสื่อดังกล่าว ไม่ใช่เพียงการว่าจ้างให้เด็กมาเป็นแบบถ่ายภาพเปลือย ผลิต และจัดจำหน่ายในผู้บริโภคเพศเท่านั้น เริ่มต้นตั้งแต่กระบวนการก่อนการผลิต คือ การหาเด็กที่จะมาเป็นแบบ เนื่องจากการนำเด็กมาเป็นแบบสื่อลามกนั้นไม่เป็นที่ยอมรับทั้งในเชิงสังคมและเชิงกฎหมาย ผู้ผลิตจึงไม่สามารถหาผู้แสดงเป็นแบบได้อย่างเปิดเผยเหมือนกับสื่อที่เปิดเผยอื่น ๆ อีกทั้งหากต้องการผู้แสดงที่เป็นเด็กยิ่งถือเป็นความยากลำบากแก่ผู้ผลิตมากขึ้นซึ่งบางครั้งการได้มาของการนำตัวเด็กมาแสดงสื่อลามกมักจะได้อาจมาจากวิธีการล่อลวง ข่มขู่ บังคับ

ส่วนใหญ่ผู้ที่กระทำการล่อลวงเด็กในลักษณะนี้มักจะเป็นกลุ่มผู้ที่นิยมมีเพศสัมพันธ์กับเด็ก (Pedophile) บุคคลเหล่านี้มักเป็นผู้มีปมด้อย ไม่ชอบหรือไม่สามารถมีความสุขทางเพศกับหญิงสาวแต่กลับมีความรู้สึกทางเพศกับเด็ก ๆ ที่ไร้เดียงสา อายุต่ำกว่า 12 ปีลงมา มักไม่ทำอันตรายต่อเด็กแต่จะเป็นลักษณะล่อเด็กด้วยเงิน ขนม หรือของเล่นจนเด็กสนิทสนมด้วย แล้วจึงมีปฏิบัติการทางเพศโดยการอวดอวัยวะเพศให้เด็กดู เอาอวัยวะเพศไปเสียดสีร่างกายเด็กจนสำเร็จความใคร่ หรือให้เด็กใช้มือสำเร็จความใคร่ให้ สำหรับพวกมีความรู้สึกรุนแรงอาจจะถึงขนาดทำการร่วมเพศกับเด็ก หรือร่วมเพศทางเวจมรรค (ทวารหนัก) ของเด็ก ในกรณีที่มีการขูดขูด อาจมีการฆ่าปิดปากก็ได้ และคนกลุ่มนี้มักจะนิยมถ่ายภาพลามกของเด็กที่ตนล่อลวงมาได้ไว้เป็นที่ระลึก เผยแพร่ให้กับกลุ่มของตน ใช้ล่อลวงเหยื่อรายอื่นต่อไป และที่สำคัญยังใช้เป็นเครื่องมือในการข่มขู่เด็กที่เป็นเหยื่อไม่ให้แพร่งพรายเรื่องนี้ พร้อมกับบังคับเด็กคนดังกล่าวให้มาเป็นเครื่องระบายอารมณ์ทางเพศได้อีกในคราวต่อไปอีก

ในขั้นตอนการผลิตสื่อลามกเด็กโดยเฉพาะสื่อที่แสดงถึงภาพและเสียง เช่น ภาพนิ่ง ภาพยนตร์ วีดีโอ ทั้งแบบดั้งเดิมและในอินเทอร์เน็ต ไม่ว่าจะมียุทธประสงค์เชิงการค้า หรือไม่เด็กมักถูกมองเป็นวัตถุทางเพศมากกว่ามนุษย์ หลายครั้งภาพที่มีสื่อออกมาเป็นเพียงการยืนโพสท่าอย่างร่าเริง แต่เบื้องหลังนั้นเด็กอาจถูกทำร้ายเนื่องจากการข่มขืน ซ้ำร้ายไปกว่านั้นมีสื่อลามกจำนวนมากที่แสดงภาพฉากการล่วงละเมิดต่อเด็ก (Crime scene) ไม่ว่าจะเป็นการทำร้ายร่างกาย การทำอนาจาร การข่มขืน การชำเรา การทรมาณ จนไปถึงระดับที่รุนแรงที่สุดคือการฆ่าที่มีให้เป็นอยู่บ่อย ๆ โดยเฉพาะกับเด็กทารก ผลกระทบของสื่อลามกเด็กต่อเด็กที่เป็นเหยื่อทางด้านร่างกาย การกระทำความผิดนี้มีได้ยุติเพียงการผลิตสื่อลามกเด็กเท่านั้น เนื่องจากสิ่งที่เห็นนี้ไม่ใช่เพียงแต่การแสดงหรือภาพมาษา แต่เด็กที่ปรากฏอยู่ในสื่อคือเหยื่อจริง ๆ ของอาชญากรรม ภาพและเสียงที่สะท้อนออกมาจากสื่อ คือ เรื่องจริงที่เกิดขึ้นกับเด็กเหล่านั้นและหากผู้บริหารโภคยังนิยมมากเท่าใด ก็จะเป็นการสนับสนุนให้เด็กถูกทำร้ายมากขึ้นเท่านั้น

ในสายตาขององค์กรอาชญากรรม สื่อลามกเด็กยิ่งแพร่กระจายออกไปและเป็นที่ยอมรับมากเท่าใด ก็ยิ่งเป็นการสนับสนุนธุรกิจการค้าเด็กและการค้าประเวณีเด็กของตนเองมากขึ้น องค์กรเหล่านี้จึงพยายามทุกวิถีทางที่จะใช้สื่อลามกเด็ก เป็นเครื่องมือส่งเสริมการขายโดยมิได้คำนึงถึงความถูกต้องและศีลธรรมอันดีแต่ประการใด

2. ความเสื่อมของมาตรฐานศีลธรรมในสังคม

มาตรฐานศีลธรรมในสังคม หมายถึง มาตรฐานของความประพฤติที่ดี ที่ชอบในสายตาของสมาชิกในสังคม ซึ่งก็อาจจะเปลี่ยนแปลงไปได้ตามยุคสมัย เมื่อเราพิจารณาถึงประเด็นสื่อลามกเด็กนี้จะพบว่ามีผลคล้ายคลึงกับปัญหาสังคมอื่น ๆ เช่น ปัญหายาเสพติด ปัญหาบ่อนการพนัน กล่าวคือ แต่เดิมการเสพสื่อลามกเป็นการขัดต่อหลักคำสอนทางศาสนาอย่างรุนแรง ในสังคมที่เคร่งศาสนาการนำเสนอเรื่องราวเพศเป็นเรื่องที่อันตรายมาก โดยเฉพาะความต้องการทางเพศที่ผิดปกติ เช่น สื่อลามกเด็กนี้ ผู้นำทางศาสนาในหลายประเทศอ้างว่าสื่อลามกจะล่อลวงให้ผู้บริโภคก้าวล่วงเข้าสู่การละเมิดศีลธรรม และละเมิดต่อคำสั่งสอนของพระเจ้าหรือศาสดาในแต่ละศาสนาและในท้ายที่สุดแล้วจะทำให้ศีลธรรมของคนในสังคมเสื่อมทรามลง แต่การใช้หลักศีลธรรมกับสังคมในยุคปัจจุบันจะมีจุดอ่อนคือ ผู้ที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับปัญหานี้ก็รู้สึกว่ารู้อะไรไม่ใช่ไม่สนใจกับการแก้ปัญหา ส่วนผู้บริโภคสื่อลามกเด็กนั้นก็รู้สึกเหมือนติดอยู่ในกับดัก ยิ่งเสพยิ่งต้องการมากขึ้น ทั้งที่ใจก็รู้เป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง ก็พยายามหาเหตุผลมาทำให้กลายเป็นความชอบธรรมในการเสพขึ้นมา เช่น การอ้างว่าการเสพและแพร่กระจายสื่อลามกเด็กเป็นเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เป็นสิทธิส่วนบุคคล เป็นการช่วยเหลือการก่ออาชญากรรมทางเพศในสังคม พยายามหาตัวร่วมมากขึ้นด้วยการตั้งกลุ่ม พยายามแพร่กระจายสื่อลามกเด็กให้ออกไปอย่างกว้างขวางที่สุดเท่าที่จะทำได้

จนกระทั่งทำให้ค่านิยม มาตรฐานทางศีลธรรมในประเด็นดังกล่าวเปลี่ยนแปลงไปในที่สุด โดยมีได้ คำนึงถึงความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นจะส่งผลกระทบต่อใครบ้าง (โสมนัส เจือศรีกุล, 2545, หน้า 43)

อย่างไรก็ตาม เด็กถือเป็นประชากรกลุ่มพิเศษในสังคมที่ควรได้รับการปกป้องคุ้มครอง โดยเฉพาะในเรื่องเพศเนื่องจากเป็นกลุ่มที่อ่อนแอ และได้รับความกระทบกระเทือนง่าย ทั้งทางด้าน ร่างกายและจิตใจ ขาดประสบการณ์และการยับยั้งชั่งใจ ดังนั้น หากปล่อยให้ปัญหาสื่อลามกเด็ก ลุกกลามใหญ่โต เด็กในสังคมก็จะได้รับค่านิยม มาตรฐานทางศีลธรรมที่บิดเบือนไป เด็กที่เคยตกเป็นเหยื่อ หรือเด็กที่ไม่ได้รับการดูแลอย่างดีจากผู้ใหญ่ ก็เป็นเหมือนระเบิดเวลาที่จะทำร้ายคนรอบข้าง ได้ทุกเมื่อ แม้แต่เด็กที่เป็นผู้บริโภคนสื่อลามกเด็กเองก็เช่นกัน สื่อลามกเด็กที่เสพเข้าไปจะเป็นเหมือน ตัวอย่างของพฤติกรรมทางเพศที่เด็กจะนำไปเลียนแบบ เช่น การมีความสัมพันธ์ทางเพศในวัยเรียน การมีพฤติกรรมสำส่อน การอยู่กินกันก่อนแต่งงาน เป็นต้น หากไม่รีบทำการควบคุมต่อต้านสื่อลามกเด็กมาตรฐานทางสังคมก็จะยิ่งเสื่อมลงไปเรื่อย ๆ ในกลุ่มคนรุ่นถัด ๆ ไป

3. ข้อดี ข้อเสียของมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กจากสื่อลามกเด็ก (วิริยะ ธรรมจักร, 2556, หน้า 37)

3.1 ข้อดีของมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กจากสื่อลามกเด็ก

3.1.1 ช่วยลดทอนอุปสงค์ของผู้บริโภคในการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็ก และสื่อลามกที่เกี่ยวข้องกับเด็ก และช่วยลดจำนวนกลุ่มผู้ที่มีรสนิยมทางเพศซึ่งชอบเด็กได้ง่าย รวมทั้งสร้างความเชื่อมั่นในความสำคัญของการสร้างเสริมการทำงานกันในระดับโลกของผู้ที่มีบทบาททั้งปวง และความสำคัญของการปรับปรุงการบังคับใช้กฎหมายระดับประเทศให้ดีขึ้น

3.1.2 ทำให้เกิดความสมดุลด้านกฎหมาย ซึ่งประเทศไทยเน้นการปราบปรามการกระทำความผิด หากการบังคับใช้กฎหมายที่เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ สอดคล้องกับเทคโนโลยีทันสมัยที่เปลี่ยนแปลงไป ก็จะสามารถคุ้มครองบุคคลตามจุดมุ่งหมาย หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายอาญาได้

3.1.3 ทำให้สามารถนำตัวผู้ผลิตและผู้เผยแพร่สื่อลามกมาลงโทษได้ และลงโทษผู้กระทำความผิดได้อย่างเหมาะสมกับตามระดับความร้ายแรงของการกระทำและสัดส่วนของการลงโทษ

3.1.4 ลดความเสี่ยงอันตรายที่จะเกิดขึ้นกับเด็ก ไม่ว่าจะเป็นการใช้ความรุนแรง การบังคับ ขู่ข่มขู่ ในการทารุณกรรมทางเพศต่อเด็ก ซึ่งเด็กอาจได้รับจากผู้กระทำความผิด ทั้งนี้ เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญ

3.2 ข้อเสียของมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กจากสื่อลามกเด็ก

กลุ่มแนวคิดแบบเสรีนิยม ซึ่งมีความเห็นในเรื่องการแสดงออกทางเพศ ว่า โดยพื้นฐานของมนุษย์มีความเป็นปัจเจกชน มีเสรีภาพในการกระทำต่าง ๆ ซึ่งเป็นสิทธิที่มีมาแต่เกิดเป็นสิทธิตามธรรมชาติ การทำความเข้าใจเกี่ยวกับเรื่องเพศ ไม่ใช่สิ่งที่จะมีผลต่อสังคม อาจมองว่ามาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กจากสื่อลามกเด็กเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพมากเกินไปในบางกรณี เพราะเรื่องทางเพศเป็นเรื่องส่วนตัว ซึ่งไม่ทำให้เกิดอันตรายต่อสังคม การแสดงความพึงพอใจทางเพศแก่กันของคูรักรหรือบุคคลอันเป็นที่รักจึงไม่ใช่เรื่องเสียหาย เป็นเรื่องธรรมดาสามารถกระทำได้ และจะไม่สมควรที่จะถูกขัดขวางด้วยอำนาจใด ๆ อีกทั้ง แนวคิดนี้เห็นว่าสิ่งลามกมีความใกล้เคียงกับการแสดงออกทางเพศ เป็นการแสดงให้เห็นถึงถ้อยคำ รูปภาพที่แสดงถึงเรื่องทางเพศของมนุษย์ ซึ่งจะมุ่งไปที่การกระตุ้นอารมณ์ความรู้สึกทางเพศแต่เพียงอย่างเดียว ไม่เป็นอันตรายต่อร่างกาย จิตใจของบุคคล หรือผู้รับรู้ จนกว่าบุคคลคลและชุมชน ลักษณะดังกล่าวนี้เป็นอันตรายจึงจะต้องถูกจำกัด

บทที่ 3

หลักกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานสื่อลามกอนาจารเด็ก

กฎหมายที่เกี่ยวกับความผิดฐานสื่อลามกอนาจารเด็กนี้ ปรากฏทั้งในประเทศไทยและในต่างประเทศโดยกฎหมายเหล่านั้นมุ่งที่จะป้องปรามพฤติกรรมอันเป็นภัยต่อสังคม ด้านศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งผู้วิจัยจะแยกให้เห็นข้อกฎหมายและองค์ประกอบดังนี้

มาตรการตามกฎหมายของประเทศไทย

โดยที่ความผิดฐานอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยนั้นแต่เดิมไม่ได้ครอบคลุมเกี่ยวกับการครอบครองสิ่งลามก รวมถึงไม่ได้มีการแยกประเภทสื่อลามกอนาจารเด็ก และสื่อลามกอนาจารผู้ใหญ่ไว้ ส่งผลให้จะต้องมีการเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา เพื่อให้เป็นไปตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ที่ประเทศไทยได้ให้สัตยาบันไว้ ในส่วนนี้ผู้ศึกษาจะได้นำเสนอถึงบทบัญญัติความผิดฐานอนาจารทั้งก่อนและที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม โดยจะนำเสนอเป็นลำดับดังนี้

1. ความผิดฐานอนาจาร มาตรา 278

1.1 ความหมาย

มาตรา 278 บัญญัติว่า "ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ"

อนาจาร หมายความว่า ความประพฤติที่ไม่สมควรทางเพศ นำอับอาย ลามก บัณฑิต ทำให้เป็นที่อับอาย เป็นที่น่ารังเกียจแก่ผู้อื่นในทางเพศ เช่น การสัมผัสจับต้องอวัยวะเพศ การกอด ปล้ำ ซึ่งต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคลโดยตรง (ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, 2557, หน้า 204)

คำพิพากษาฎีกาที่ 4836/2547 วินิจฉัยว่า คำว่า "อนาจาร" หมายความว่า การกระทำต่อเนื้อตัวบุคคลที่ไม่สมควรทางเพศ ซึ่งมีได้หมายความเฉพาะการประเวณีหรือความใคร่เท่านั้น แต่รวมถึงการกระทำที่ทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศด้วย การที่จำเลยกอดเอวโจทก์ร่วมจับมือและดึงแขนโจทก์ร่วมนั้น เป็นการกระทำอนาจารต่อโจทก์ร่วม

คำว่า “ลามก” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้ให้ความหมายไว้ว่า หมายถึง หยาบช้ำดำทราวม, หยาบโลน, อันเป็นที่น่ารังเกียจของคนดีมีศีลธรรม, เช่น หนังสือลามก พุดลามก ทำลามก (ราชบัณฑิตยสถาน, 2556)

1.2 คุณธรรมทางกฎหมาย

ความผิดฐานกระทำอนาจารสามารถแยกย่อยได้เป็น 3 ประเภท ได้แก่ ความผิดฐานกระทำอนาจารบุคคลอายุกว่า 15 ปีตามมาตรา 278 ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก ตามมาตรา 279 และความผิดฐานกระทำอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล ตามมาตรา 388 โดยมีคุณธรรมทางกฎหมาย ดังนี้

1.2.1 การกระทำไม่สมควรทางเพศ

การกระทำอนาจารเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศต่าง ๆ ต่อเนื้อตัว ร่างกาย ภายนอกของผู้กระทำ ไม่ว่าจะเป็นการกอด จูบ ลูบ คล้ำ บีบ จับ ของลับ หรือของสงวนของผู้อื่น เป็นต้น และ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำต่อเพศชายหรือเพศหญิง หรือกระทำต่อเด็ก ผู้เยาว์หรือผู้ที่บรรลุนิติภาวะแล้วก็ตาม การกระทำความผิดดังกล่าวก็เป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศทั้งสิ้น ในกฎหมายของทุกประเทศมีบทลงโทษผู้ที่กระทำความผิดฐานกระทำอนาจาร ในลักษณะต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการใช้กำลังทำร้ายหรือกระทำเพื่อความใคร่ หรือเป็นการกระทำอันควรอับอายขายหน้าซึ่งเป็นการรู้สึกลึกของมนุษย์ทุกคน โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้หญิงและเด็ก เพื่อคุ้มครองมิให้ผู้ถูกกระทำอนาจารได้รับความอับอาย นอกจากนั้นยังเป็นการรักษาขนบธรรมเนียมประเพณีอันดีงามของประเทศ เนื่องจากสังคมไทยยังคงยึดถือปฏิบัติสืบต่อกันมาเป็นเวลานานว่าการกระทำกิจกรรมทางเพศเป็นการกระทำที่สมควรกระทำในที่มิดชิด และเป็นการกระทำต่อคู่สมรส หรือผู้ที่จะเป็นคู่สมรสของตนเท่านั้น

1.2.2 เสรีภาพทางเพศ

การกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารมีคุณธรรมทางกฎหมาย เพื่อคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของผู้ถูกกระทำ ในความหมายเช่นเดียวกับคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หากแต่การกระทำนั้นเป็นเพียงการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ ต่าง ๆ โดยฝ่าฝืนต่อเสรีภาพ การที่บุคคลใดถูกกระทำอนาจาร บุคคลนั้นย่อมได้รับความอับอายขายหน้า หรือมีความรู้สึกที่ไม่ดีขึ้นได้กฎหมายจึงต้อง คุ้มครองบุคคลไม่ให้ถูกผู้อื่นล่วงละเมิดทางเพศโดยที่ตนไม่ยินยอม

1.3 องค์ประกอบความผิด

1.3.1 ความผิดฐานอนาจาร

1.3.1.1 ความผิดฐานอนาจารแก่บุคคลอายุกว่า 15 ปี

มาตรา 278 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี โดยขู่เชิญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

การกระทำความผิดตามมาตรา 278 สามารถแยกองค์ประกอบ ได้ดังนี้

(1) ผู้ใด หรือผู้กระทำความผิดตามมาตรา นี้กฎหมายมิได้จำกัดว่าต้องเป็น เด็ก หรือผู้ใหญ่ เพศหญิงหรือเพศชาย

(2) กระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี

กระทำอนาจาร คือ การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ อันเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคลอื่น แม้จะเป็นการกระทำในที่ลับก็เป็นอนาจาร

การกระทำอนาจารตามมาตรา นี้ ต้องเป็นการกระทำต่อบุคคลที่มีอายุเกินกว่าสิบห้าปี ถ้าผู้ถูกกระทำอายุไม่เกิน 15 ปี ผู้กระทำจะมีความผิดตามมาตรา 279

เรื่องอนาจารเป็นข้อยกเว้นหลักทั่วไปที่จะต้องพิจารณาว่าการกระทำเข้าองค์ประกอบภายนอกหรือไม่โดยไม่ต้องพิจารณาจิตใจ ต่อเมื่อเข้าองค์ประกอบภายนอกแล้วจึงดูองค์ประกอบภายใน คือ ผู้กระทำได้กระทำไปโดยเจตนาหรือประมาทหรือไม่ ปัญหาว่าการกระทำเป็นอนาจารหรือไม่ จิตใจของผู้กระทำจึงเป็นข้อสำคัญ

(3) โดยขู่เชิญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

การกระทำโดยขู่เชิญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น มีความหมายทำนองเดียวกับมาตรา 276 วรรคแรก

1.2 ความผิดฐานกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุยังไม่เกิน 15 ปี มาตรา 279

มาตรา 279 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรก ผู้กระทำได้กระทำโดยขู่เชิญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นยังอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบห้าปี หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

มาตรา 279 มีองค์ประกอบเช่นเดียวกับมาตรา 278 ต่างกันตรงที่ผู้ถูกระทำต้องเป็นเด็ก อายุไม่เกิน 15 ปีไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ผู้กระทำก็มีความผิด

ผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของเด็กด้วย หากไม่รู้ถือว่าขาดเจตนาผู้กระทำไม่มีความผิด

วรรคสอง เป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น หากเป็นการกระทำโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นยังอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นว่าต้องเป็นการกระทำโดยเด็กมิได้ยินยอม

สำหรับเกณฑ์อายุในการให้ความยินยอมนั้น ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติเกณฑ์อายุในการให้ความยินยอมในความผิดกระทำความอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ผู้กระทำควมผิดต้องได้รับโทษ เนื่องจากกฎหมายมองว่า เด็กอายุต่ำกว่าสิบห้าปียังมีความไร้เดียงสาในเรื่องทางเพศและยังไม่สมควรที่จะต้องรับรู้ถึงการกระทำทางเพศ ดังนั้นกฎหมายจึงมุ่งป้องกันไม่ให้ผู้ใดอาศัยความไร้เดียงสาของเด็กทำการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กนั้น

1.3 ความผิดฐานค้าสิ่งลามก มาตรา 287

หลักการในเรื่องสิ่งลามก คือ “Adult and alone” คือ หากเป็นผู้ใหญ่และไม่เผยแพร่ก็ไม่มีผิด การจำกัดระบุจึงจำเป็น แต่กฎหมายของประเทศไทยไม่ได้มีการจำกัดอายุ มี 3 ความผิด (ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, 2556, หน้า 210)

1.3.1 องค์ประกอบความผิดในส่วนการกระทำ 1 คือ ทำ ผลิต มีไว้ นำเข้า หรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกไปนอกราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไปหรือทำให้แพร่หลายด้วยประการใด ๆ ซึ่งสิ่งลามก การทำหรือผลิต คือทำให้เกิดมีขึ้น เช่น เขียนหรือพิมพ์ ในส่วนของการแพร่หลายโดยประการใด ๆ ซึ่งเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพยนตร์ สิ่งพิมพ์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือสิ่งอื่นใดอันลามกโดยมี “มูลเหตุจูงใจ” เพื่อความประสงค์แห่งการค้า หรือ โดยการค้าเพื่อแจกจ่าย หรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน

สิ่งลามก หมายถึง สิ่งที่ผู้พบเห็นมีความรู้สึกอูจาด บัคสี หนาบช้า น้อมนำไปสู่ความใคร่ทางกามารมณ์ ส่วนใหญ่จะเป็นไปในรูปของภาพเปลื้องของมนุษย์ หรือภาพอวัยวะเพศทั้งของหญิงหรือชาย ภาพการร่วมเพศ หรือการบรรยายให้เกิดจินตนาการดังกล่าวเพื่อขั้วให้เกิดความใคร่ทางกามารมณ์ (ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, 2556, หน้า 211)

1.3.2 การประกอบการค้า หรือมีส่วนเข้าเกี่ยวข้องในการค้าเกี่ยวกับวัตถุ หรือสิ่งของลามก แจกแจกหรือแสดงอวดแก่ประชาชน หรือให้เข้าวัตถุหรือสิ่งของลามก ถ้าซื้อหามาเก็บ

ไว้เองเป็นส่วนตัวหรือให้แก่บุคคลเฉพาะบางคน (Adult and alone) ไม่ใช่จำหน่ายแจกแก่ประชาชนไม่ผิดมาตรานี้

องค์ประกอบความผิดในส่วนการกระทำในข้อนี้ คือประกอบการค้า หรือมีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้าสิ่งลามก

1.3.3 การโฆษณาหรือโฆษณาชวนเชื่อโดยประการใดว่ามีบุคคลกระทำการอันเป็นความผิดตามมาตรา ๒๖๖ หรือโฆษณา หรือโฆษณาชวนเชื่อว่าวัตถุหรือสิ่งลามกจะหาได้จากบุคคลใด หรือโดยวิธีใด โดยมี “มูลเหตุชักจูงใจ” เพื่อจะช่วยให้แพร่หลาย หรือการค้าวัตถุหรือสิ่งของลามกนั้น

องค์ประกอบความผิดในส่วนการกระทำในข้อนี้ คือโฆษณาชวนเชื่อว่ามีบุคคลใดกระทำการในข้อ 1.3.1, 1.3.2 หรือโฆษณาชวนเชื่อลามกนั้นหาได้จากบุคคลใด หรือโดยวิธีใด

องค์ประกอบความผิดทางจิตใจ ทั้ง 3 ข้อ คือต้องมีเจตนาตามมาตรา 59 หมายถึงการรู้ว่าวัตถุอันหนึ่งลามกหรือไม่เป็นปัญหาข้อกฎหมาย แต่สิ่งหรือวัตถุนั้นมีรูปร่างอย่างไรเป็นข้อเท็จจริงถ้าไม่รู้รูปลักษณะของวัตถุก็ไม่เป็นเจตนาตามมาตรา 59

นอกจากนี้ในข้อ 1.3.1 ต้องมีเจตนาพิเศษ คือ เพื่อความประสงค์แห่งการค้า ซึ่งหมายถึงการกระทำเพื่อหากำไรเป็นปกติ หรือโดยการค้า ซึ่งหมายถึงการกระทำนั้นเองเป็นการค้าหรือเพื่อการแจกจ่ายคือส่งไปยังบุคคลอื่น หรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน ซึ่งหมายถึงให้บุคคลไม่จำกัดว่าผู้ใดโดยเฉพาะได้เห็น ไม่หมายความถึงให้บุคคลบางคนโดยเฉพาะได้ดู เช่น ให้เพื่อนดู เป็นต้น ในข้อ 2.3 ต้องมีเจตนาพิเศษ คือ เพื่อจะช่วยให้แพร่หลาย หรือช่วยการค้าวัตถุหรือสิ่งลามกนั้น (จิตติ ดิงศภัทย์, 2553, หน้า 1833-1836)

เห็นได้ว่า มาตรา 287 เป็นมาตราเดียวในประมวลกฎหมายอาญาที่มีวัตถุประสงค์ในการกำหนดขึ้นเพื่อควบคุมสิ่งลามกอนาจารไม่ให้ถูกเผยแพร่สู่สาธารณชน ทั้งนี้เพราะอาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมโดยรวม และกระทบต่อจารีตประเพณีและศีลธรรมอันดีงามของประชาชน โดยในบทบัญญัติได้กำหนดห้ามกระทำการใด ๆ ก็ตามที่จะทำให้สิ่งลามกซึ่งไม่จำกัดว่าเป็นสิ่งลามกผู้ใหญ่ หรือสิ่งลามกเด็กหรือเยาวชนเผยแพร่สู่สาธารณชน

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าประเทศไทยจะได้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานอนาจารตามที่นำเสนอข้างต้น แต่ก็ยังไม่ครอบคลุมถึงในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ต่อมาจึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ในส่วนที่เกี่ยวกับความผิดฐานอนาจาร โดยมีเหตุผลหรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย คือ การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และเป็นปัจจัยที่ก่อให้เกิดการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กและส่งผลกระทบต่อสวัสดิภาพของเด็ก ประกอบกับความผิดเกี่ยวกับการค้าหรือทำให้แพร่หลาย ซึ่งวัตถุหรือสิ่งลามกไม่ได้แยกประเภทระหว่างสื่อลามกอนาจารผู้ใหญ่กับสื่อลามก

อนาจารเด็กไว้ทั้งที่ลักษณะความผิดมีความร้ายแรงแตกต่างกัน ดังนั้น เพื่อให้เด็กได้รับการคุ้มครอง และป้องกันจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศมากขึ้น สมควรกำหนดให้ความผิดเกี่ยวกับการค้าหรือทำให้แพร่หลายซึ่งวัตถุ หรือสิ่งลามกที่เป็นสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดที่ผู้กระทำได้รับโทษหนักขึ้น รวมทั้งกำหนดให้การครอบครองและส่งต่อซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิด

จากการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 นั้น ได้ให้คำนิยามขึ้นใหม่ “สื่อลามกอนาจารเด็ก” ตามความในมาตรา 1 (17) นี้มีถ้อยคำ 3 ส่วน ดังนี้ (สำนักกิจการยุติธรรม, 2558, หน้า 11)

1. “วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็ก หรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกิน 18 ปี”

1.1 สื่อลามกอนาจารเด็กนั้นต้องเป็นวัตถุหรือสิ่งซึ่งไม่มีชีวิต

1.2 กรณี “ของเด็ก” คือ กรณีที่เด็กปรากฏอยู่ในภาพนั้น

1.3 กรณี “กับเด็ก” คือ กรณีที่ภาพนั้นปรากฏเป็นการกระทำทางเพศของเด็กกับบุคคลอื่น หรือบุคคลมากกว่า 1 คนที่ได้กระทำร่วมเด็ก โดยทั้งหมดนี้ต้องแสดงให้เห็นเด็กซึ่งมีอายุไม่เกิน 18 ปี

2. “โดย รูป เรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร”

สื่อลามกอนาจารเด็ก เป็นวัตถุหรือสิ่งที่แสดงออกมาโดย “รูป เรื่อง หรือลักษณะ...” ที่สามารถสื่อไปในทางลามกอนาจารได้

3. “ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือรูปแบบอื่นใด ในลักษณะทำนองเดียวกัน และให้หมายความรวมถึงวัตถุหรือสิ่งต่าง ๆ ข้างต้นที่จัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์ หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้”

“เอกสาร” ตามความหมายของพจนานุกรม หมายถึง กระดาษหรือวัตถุอื่นใด ซึ่งได้ทำให้ปรากฏความหมายด้วยตัวอักษร ตัวเลข ผังหรือแผนแบบอย่างอื่น จะเป็นโดยวิธีพิมพ์ ถ่ายภาพ หรือวิธีอื่นอันเป็นหลักฐานแห่งความหมายนั้น (ราชบัณฑิตยสถาน, 2556)

“ลามก” ตามความหมายของพจนานุกรม หมายถึง “หยาบช้าต่ำทราม หลาบโลน อันเป็นที่น่ารังเกียจ ของคนคมีศีลธรรม เช่น หนังสือลามก พุดลามก ทำลามก”

ศาลฎีกาได้วางหลักกรณีที่ “ลามก” ได้แก่

1. ภาพปกปิดหมิ่นเหม่และยังมีอิริยาบถที่น่าเกลียดบัดสี

2. ภาพอนหงายถ่ายขาออกอย่างกว้างทำนองเจตนาเพื่ออวดอวัยวะเพศอย่างเด่นชัด

3. ข้อความที่ได้บรรยายถึงการร่วมประเวณีของชายและหญิงอย่างชัดเจนละเอียดลออ โดยบรรยายถึงอารมณ์ของชายและหญิงไปในทางยั่วยุกรมรมณ์ แม้จะมีได้ใช้ถ้อยคำหยาบคาย ก็ถือได้ว่าเป็นข้อความอันลามก

4. ภาพที่มีลักษณะ เช่น ภาพหญิงยืนเปลือยกายกอดชาย ภาพหญิงสวมแต่กางเกงใน โปร่งตา มีขนอนอกกอด มือโอบบริเวณทรวงอก ภาพหญิงเปลือยกายท่อนบนใช้มือถือกอด หูโทรศัพท์กดที่อวัยวะเพศ ภาพหญิง

จากคำพิพากษาศาลฎีกาอ้างข้างต้น สามารถที่จะพอสรุปสาระสำคัญของบรรทัดฐาน ความลามก ตามกฎหมายไทยได้ 3 ประการดังนี้ (จอมพล พัทธกัญสันตโยธิน, 2559, หน้า 83)

ประการที่ 1 ลักษณะเปิดเผยทางเพศ ซึ่งในคำพิพากษาศาลฎีการะบุไว้ก่อนข้างชัดเจนว่าหาก ภาพแสดง ให้เห็นหัวนมของผู้หญิง และ/หรือ อวัยวะเพศของทั้งผู้ชายและผู้หญิงจะถือว่ามีลักษณะเปิดเผยทางเพศ อย่างไร ก็ตามมีข้อน่าสังเกตว่า ไม่มีคำพิพากษาใดระบุว่าภาพที่เห็นกันไม่ว่าของ ผู้ชายหรือผู้หญิงถือว่ามีลักษณะเปิดเผยทางเพศ

ประการที่ 2 นำไปสู่ความใคร่ทางกามรมณ์ น่าเกลียดอุจาดบัดสี เลวทรามต่ำช้า กล่าวคือ ภาพเปิดเผยทางเพศนั้นถ้ามีลักษณะยั่วชวนก่อให้เกิดอารมณ์ทางเพศ เช่น นั่งแหวกขา หรือ มีการลูบคลำที่อวัยวะเพศ ฯลฯ แม้จะไม่เห็นอวัยวะเพศเด่นชัด ถือว่าการก่อให้เกิดกามรมณ์เป็น ความเลวทรามต่ำช้า อุจาดบัดสี ซึ่งบรรทัดฐานข้อนี้ถือว่าเป็นบรรทัดฐานหลักในการตัดสินว่าอะไร เป็นสื่อลามก

ประการที่ 3 คุณค่าทางศิลปะ บรรทัดฐานข้อนี้เชื่อมโยงกับกับบรรทัดฐานข้อสอง คือ ถ้า ศาลฎีกาเห็นว่าภาพเปิดเผยทางเพศแต่ส่วนอวัยวะเพศไม่เห็นเด่นชัดเท่าใดนัก และภาพนั้น ไม่ได้ถูก นำเสนอในลักษณะที่ยั่วยุกรมรมณ์ ศาลฎีกาจะมองว่าภาพนั้นมีคุณค่าทางศิลปะและไม่เข้าข่ายเป็น สื่อลามก แต่ในทางตรงกันข้าม หากภาพเปิดเผยทางเพศนั้นแสดงอวัยวะเพศให้เห็นชัดเจนและมี ลักษณะยั่วยุกรมรมณ์ทางเพศ ศาลจะมองว่าเป็นภาพอุจาดบัดสี เลวทรามต่ำช้า และจะพิจารณาตัดสิน ว่าภาพไปนั้นเป็นสื่อลามก

สิ่งที่สะท้อนให้เห็นจากบรรทัดฐานสื่อลามกที่ศาลฎีกาได้วางไว้คือ แนวคิดเรื่องศีลธรรม ของสังคมไทยร่วมสมัยที่วางกรอบกำหนดว่าการเปิดเผยร่างกายส่วนใดมากน้อยเท่าใด รวมไปถึง การวางท่าทางในลักษณะใดบ้างเป็นที่ยอมรับได้ในสายตาของคนทั่วไปในสังคมไทยร่วมสมัย หาก ภาพไปใดนำเสนออะไรที่เกินเลยไปกว่ากรอบที่กำหนดนี้ ภาพนั้นจะถูกมองว่าเป็นเรื่องของ กามรมณ์ล้วน ๆ ซึ่งลักษณะความยั่วยุกรมรมณ์ทางเพศ ที่ภาพนำเสนอหรือความรู้สึกทางกามรมณ์ ของผู้ดูที่ได้จากการดูภาพจะถูกตีความว่าเป็นสิ่งเลวทราม ต่ำช้า น่าเกลียด น่าละอาย และเป็นเรื่อง เสื่อมทรามทางศีลธรรม รัฐจึงจำเป็นต้องมีการควบคุมไม่ให้สื่อลามกที่เสื่อมเสีย ศีลธรรมเหล่านั้นมีที่

ทางในพื้นที่สาธารณะและไม่ให้ผู้คนทั่วไปได้พบเห็น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเป็นการที่รัฐใช้อำนาจทางกฎหมายปกป้องสังคมไม่ให้แปดเปื้อนจากภาพโป๊อันเป็นสิ่งที่ผิดศีลธรรม (จอมพลพิทักษ์สันตโยธิน, 2559, หน้า 84)

4. ความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจาร มาตรา 287/1

4.1 มาตรา 287/1 วรรคแรก

มาตรา 287/1 “ผู้ใดครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งส่งต่อซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กแก่ผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

1. การครอบครอง

ตามองค์ประกอบของการครอบครอง มี 2 ประการ ได้แก่

1.1 ต้องมีอำนาจปกครองอันแท้จริงเหนือทรัพย์สินนั้น ผู้กระทำได้ใช้อำนาจปกครองทรัพย์สินอยู่ตามความเป็นจริง โดยการที่เขาสามารถจัดการแก่ทรัพย์สินนั้นในทางหนึ่งทางใดโดยไม่มีใครสามารถขัดขวางได้ซึ่งทั้งนี้จะต้อคู่จตุรัสประเพณี ลักษณะของทรัพย์สิน วิธีที่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินอาจขัดขวางมิให้ผู้อื่นเข้ามาเกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน และระยะทางใกล้ไกลระหว่างผู้ที่ครอบครองกับทรัพย์สิน

1.2 ต้องมีเจตจำนง (Will) ที่จะใช้อำนาจอันแท้จริงปกครองทรัพย์สินดังกล่าว ถ้าไม่มีเจตจำนงที่ครอบครองเลยก็ดี หรือสละเจตจำนงเสียเมื่อใด การครอบครองก็หมดไป เจตจำนงที่จะปกครองทรัพย์สินนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นเจตจำนงที่จะปกครองทรัพย์สินไปอาจเป็นเจตจำนงต่างๆไป ที่จะปกครองทรัพย์สินได้

1.3 เพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศ

“เพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศ” ในมาตรานี้เป็นส่วนหนึ่งของเจตนาพิเศษ รวมไปถึงกรณีที่เป็นการค้าด้วยซึ่งหากเข้าองค์ประกอบมาตรา 287 มาตรา 287/1 หรือมาตรา 287/2 ก็มีความผิดตามมาตราดังกล่าวด้วย

สำหรับความหมายตามพจนานุกรม

“เพื่อ” หมายถึง เหตุด้วย เพราะด้วย เพราะว่า ด้วย เช่น ทำงานเพื่อจะได้เงิน ด้วยว่า เกี่ยวกับ เนื่องด้วย สำหรับ

“แสวง” หมายถึง เทียวหา ค้นหา เสาะหา

“ประโยชน์” หมายถึง สิ่งที่มีผลใช้ได้ดีสมกับที่คิดมุ่งหมายไว้ ผลที่ได้ตามเป็นผลดี หรือเป็นคุณ

“ทาง” หมายถึง ฝ่าย ข้าง ส่วน (ในลักษณะเป็นแนวแยกกัน) เช่น ทางเหนือ ทางโลก
 “เพศ” หมายถึง รูปที่แสดงให้รู้ว่าหญิงหรือชาย

2. ความผิดฐานส่งต่อซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กให้แก่ผู้อื่น มาตรา 287/1 วรรคสอง

เจตนารมณ์ของความผิดฐานส่งต่อสื่อลามกอนาจารเด็ก เพื่อควบคุมการส่งต่อลามกอนาจารเด็กออกไปยังบุคคลอื่นซึ่งจะครอบคลุมไปถึงการส่งต่อไปนอกประเทศซึ่งจะถือเป็นการกระทำความผิดในประเทศด้วย และการที่ผู้เผยแพร่หรือส่งต่อสื่อลามกอนาจารอย่างกว้างขวางนั้นส่งผลกระทบต่อผู้อื่นและสังคมมากกว่าครอบครองไว้ผู้เดียว โดยหลักเกณฑ์บังคับใช้ให้ใช้หลักกฎหมายอาญาทั่วไป คือ พิจารณาว่ามีเจตนา “ส่งต่อ” หรือไม่ ซึ่งการส่งต่อ (Share) สื่อลามกอนาจารเด็ก อาจแบ่งได้ ดังนี้ การส่งต่อ (Share) โดยบันทึกไว้ในเครื่องก่อนที่จะแชร์ ถือว่ามีการครอบครองโดยการบันทึก และการส่งต่อ (Share) โดยไม่ได้บันทึกไว้ในเครื่องก่อนที่จะแชร์ แบ่งได้ดังนี้ การส่งต่อ (Share) บนโซเชียลไลน์ (Timeline) ในเฟสบุ๊ก ทวิตเตอร์ หรือไลน์ของผู้อื่น ถือว่ามีการครอบครองโดยไม่ได้บันทึกในเครื่อง แต่ครอบครองเมื่อคุณสามารถควบคุมสื่อลามกฯ นั้นก่อนทำการส่งต่อให้เพื่อนหรือบุคคลอื่นเห็นบนโซเชียลไลน์ของผู้อื่น อีกทั้งยังสามารถควบคุมสื่อลามกฯ เมื่อใดก็ได้ โดยสามารถจะลบหรือให้ความเห็นในภาพที่ตนเองโพสต์ไว้บนโซเชียลไลน์เพื่อนก็ได้ และการส่งต่อ (Share) บนโซเชียลไลน์ (timeline) ในเฟสบุ๊ก ทวิตเตอร์ หรือไลน์ของตนเอง ถือว่ามีการครอบครองโดยไม่ได้บันทึกในเครื่อง แต่ครอบครองเมื่อคุณสามารถควบคุมสื่อลามกฯ นั้นก่อนทำการส่งต่อให้เพื่อน หรือบุคคลอื่นเห็นบนโซเชียลไลน์ของตน อีกทั้งยังสามารถควบคุมสื่อลามกเมื่อใดก็ได้ (สำนักกิจการยุติธรรม, 2558, หน้า 13)

5. ความผิดฐานเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก มาตรา 287/2

ตามมาตรา 287/2 “ผู้ใด

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

(2) ประกอบการค้า หรือมีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้าเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก แจกจ่ายหรือแสดงอวดแก่ประชาชนหรือให้เช่าสื่อลามกอนาจารเด็ก

(3) เพื่อจะช่วยการทำให้แพร่หลาย หรือการค้าสื่อลามกอนาจารเด็กแล้ว โฆษณาหรือโฆษณา ข่าวดู โดยประการใด ๆ ว่ามีบุคคลกระทำการอันเป็นความผิดตามมาตรา นี้ หรือโฆษณาหรือโฆษณา

ว่าสื่อลามก อนุจารเด็กดังกล่าวแล้วจะหาได้จากบุคคลใด หรือโดยวิธีใด ต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่สามปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงสองแสนบาท”

มาตรา 287/2 มีหลักการเดียวกับมาตรา 287 ประมวลกฎหมายอาญา ความผิดฐาน เผยแพร่สื่อลามกอนุจาร แต่มาตรา 287/2 กำหนดเพิ่มกรณีเผยแพร่สื่อลามกอนุจารเด็ก

มาตรการตามกฎหมายของต่างประเทศ

ประเทศเยอรมนี

แต่เดิมประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติแยกเรื่องสื่อลามกเด็กกับสื่อลามกผู้ใหญ่ออกจากกัน ต่อมาในปี 1987 ได้หลักการใหม่ที่ทำให้ความคุ้มครองบุคคลที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปี ซึ่งแต่เดิมกฎหมายอาญาฉบับเก่าให้ความคุ้มครองเด็กอายุต่ำกว่าสิบหกปีโดยในกฎหมายใหม่มีหลักการเพิ่มขึ้นในการคุ้มครองเด็กดังนี้ (วิริยะ ธรรมจักร, 2556, หน้า 49-52)

1. สื่อลามกทั่วไป

1.1 ห้ามเผยแพร่สื่อลามก โดยประการที่ว่าบุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปีสามารถที่จะรับรู้ได้ หรือมีการเสนอให้แก่บุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปี

1.2 บุคคลใดทำสื่อลามกในสถานที่ที่บุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปี สามารถที่จะเห็นได้ ชมหรือรับรู้ได้

1.3 บุคคลใดทำสื่อลามกในสถานที่สาธารณะ ที่บุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปีอาจพบเห็นได้ หรือมีการเผยแพร่สื่อลามกนอกเขตการค้าด้วยวิธีการเสนอขาย หรือประกาศ

บุคคลใดที่กระทำความผิดข้างต้นไม่ว่าด้วยวิธีการอย่างไร อันเป็นการเผยแพร่สื่อลามกแก่บุคคลต่ำกว่าสิบแปดปี ต้องรับโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับตามที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ

2. สื่อลามกเด็ก

กรณีนี้เป็นหลักการที่เพิ่มขึ้นมาในเรื่องการเผยแพร่สื่อลามกเด็ก

2.1 จำหน่ายหรือเผยแพร่ หรือ

2.2 แสดงต่อสาธารณะ ส่ง นำแสดง หรือทำด้วยประการอื่นใด เพื่อได้พบเห็นได้ หรือ

2.3 ผลิต จัดทำ จัดหา เก็บรักษาเพื่อให้หาได้ เสนอ โฆษณา ประกาศ แนะนำ หรือกระทำด้วยประการอื่น

โดยถ้ากรณีเป็นการกระทำต่อสื่อลามกเด็ก บุคคลที่กระทำการดังกล่าว ต้องรับโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนจนถึงห้าปี หรือปรับตามที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ

ส่วนการครอบครองสิ่งลามกเด็ก ผู้ที่ครอบครองต้องรับโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับตามที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ

ในส่วนของการกระทำทางเพศต่อเด็กในขั้นตอนของการจัดทำสิ่งลามกนั้น กฎหมายอาญาเยอรมันถือว่าการนำเสนอเด็กในรูปแบบของเสียง หรือรูปร่างเพื่อให้ปรากฏ สิ่งลามกเด็ก เพื่อที่จะกระตุ้นความรู้สึกทางเพศของเด็กหรือบุคคลอื่น ถือว่าเป็นความผิดฐานกระทำทารุณทางเพศเด็กมาตรา 176 (5) แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันด้วย โดยผู้ที่กระทำ หรือพยายามกระทำ ความผิดดังกล่าว ต้องรับโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตามที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ

นอกจากประมวลกฎหมายอาญาแล้ว การคุ้มครองเด็กในเรื่องของสิ่งลามก ยังมีกฎหมายอีกสองฉบับ คือ The act on the dissemination of publications morally harmful to youth เป็นกฎหมายที่กำหนดกระบวนการตรวจสอบว่าสิ่งพิมพ์ใดเป็นสิ่งพิมพ์ที่อันตรายต่อศีลธรรมกับเด็ก หรือผู้ใหญ่ โดยมีการออกเป็นบัญชีรายชื่อของสิ่งที่ต้องห้าม (black list) ที่จะถูกห้ามไม่ให้มีการเผยแพร่สิ่งพิมพ์เหล่านี้แก่เด็กและผู้เยาว์ และ The Act on the Protection of Young Person in public Places กฎหมายฉบับนี้รับรองให้ความคุ้มครองแก่เด็กหรือผู้ใหญ่ในรูปแบบที่มากขึ้น โดยจะพิจารณาถึงความเป็นอันตรายต่อเด็กและผู้เยาว์ ทางด้านการพัฒนาทางร่างกาย จิตใจ และศีลธรรม ซึ่งกรณีสิ่งลามกก็ถือเป็นสิ่งที่มีผลต่อการพัฒนาต่อร่างกาย จิตใจ และศีลธรรมของเด็กและผู้เยาว์

กรณีการคุ้มครองเด็กเกี่ยวกับสิ่งลามกในกฎหมายเยอรมันดังกล่าวข้างต้นนั้น ประเทศเยอรมันได้มีการกำหนดการควบคุมการทำ ผลิต หรือการเผยแพร่สิ่งลามกเด็กแยกออกจากสิ่งลามกผู้ใหญ่ และมีการกำหนดการควบคุมการครอบครองสิ่งลามกเด็กไม่ว่าจะครอบครองเพื่อการค้า หรือส่วนตัวก็มีความผิด

ประเทศสหรัฐอเมริกา (มินันรี ฉัตรจินดา, 2556, หน้า 129-130)

โดยที่ประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีกฎหมายที่เป็นกฎหมายกลาง และกฎหมายของแต่ละมลรัฐ ในการศึกษาคั้งนี้ผู้ศึกษาจะได้นำเสนอกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประมวลกฎหมายแคลิฟอร์เนียได้บัญญัติความผิดฐานการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก ซึ่งปรากฏอยู่ในหมวดที่ 9 มืองค์ประกอบความผิดดังนี้

1. การกระทำ การกระทำใด ๆ ที่เป็นการครอบครอง หรือควบคุมสื่อที่ต้องห้ามตามกฎหมาย

2. วัตถุประสงค์ของการกระทำ

สิ่งใด ๆ ที่แสดงข้อความ ข้อมูล หรือรูปภาพ เช่น फिल्म รูปถ่าย สไลด์ फिल्मเนกาทีฟ สำเนา ม้วนเทป วิดีโอเลเซอร์ดิมก์ คอมพิวเตอร์ฮาร์ดแวร์ คอมพิวเตอร์ซอฟแวร์ คอมพิวเตอร์ฟลอปปี้ดิสก์ อุปกรณ์จัดเก็บข้อมูล ซีดีรอม หรือภาพที่สร้างขึ้นด้วยคอมพิวเตอร์ ซึ่งประกอบด้วยรวมอยู่

กับสิ่งใดๆที่การผลิตประกอบด้วยการใช้เด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี ในการกระทำกิจกรรมทางเพศโดย
 รู้อยู่แล้วว่าสิ่งนั้นแสดงภาพของบุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปี หรือเป็นภาพจำลองของบุคคลดังกล่าวเข้า
 ร่วมในกิจกรรมทางเพศที่มีลักษณะ ดังนี้ การกระทำหรือการจำลองการมีเพศสัมพันธ์ เพศสัมพันธ์
 ทางปาก เพศสัมพันธ์ทางทวารหนัก การกระทำทางเพศทางทวารหนัก และช่องปาก การมีสัมพันธ์
 กับสัตว์ การกระทำที่วิปริตทางเพศ การใช้วัตถุใด ๆ รุกล้ำช่องคลอดหรือทวารหนักในประการที่สื่อ
 ไปในทางลามกอนาจาร การแสดงให้เห็นอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือสิ่งใด ๆ เพื่อจะกระตุ้น
 ความรู้สึกทางเพศของผู้ดู ไม่ว่าจะเป็นการแสดงโดยใช้ผู้แสดงโดยผู้แสดงเพียงคนเดียวหรือเป็น
 การกระทำระหว่างผู้แสดงที่เป็นเพศเดียวกัน หรือต่างเพศ หรือเป็นการแสดงระหว่างคนและสัตว์
 โดยไม่ต้องพิจารณาว่ามีลักษณะลามกหรือไม่

การกระทำเป็นความผิดก็ต่อเมื่อกระทำโดยมีเจตนาครอบครองโดยรู้อยู่แล้วว่าสิ่งนั้น
 แสดงภาพของบุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปีที่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย และรู้ถึงลักษณะของสิ่ง
 นั้น

บทที่ 4

วิเคราะห์ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287/1

จากการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 โดยมีเจตนารมณ์ เพื่อ การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กตามอนุสัญญาว่า ด้วยสิทธิเด็ก และเป็นปัจจัยที่ก่อให้เกิดการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กและส่งผลกระทบต่อสวัสดิ ภาพของเด็ก ประกอบกับความผิดเกี่ยวกับการค้าหรือทำให้แพร่หลาย ซึ่งวัตถุหรือสิ่งลามกไม่ได้ แยกประเภทระหว่างสื่อลามกอนาจารผู้ใหญ่กับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ทั้งที่ลักษณะความผิดมี ความร้ายแรงแตกต่างกัน ดังนั้น เพื่อให้เด็กได้รับการคุ้มครองและป้องกันจากการถูกล่วงละเมิดทาง เพศมากขึ้น สมควรกำหนดให้ความผิดเกี่ยวกับการค้าหรือทำให้แพร่หลายซึ่งวัตถุ หรือสิ่งลามกที่ เป็นสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดที่ผู้กระทำได้ รับโทษหนักขึ้น รวมทั้งกำหนดให้การ ครอบครองและส่งต่อซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิด

โดยมีความประสงค์ที่จะเอาผิดกับผู้ที่ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นการละเมิด สิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ขณะเดียวกันเป็นปัจจัยที่ก่อให้เกิดการล่วง ละเมิดทางเพศต่อเด็กและส่งผลกระทบต่อสวัสดิภาพของเด็ก โดยได้แยกประเภทระหว่างสื่อลามก ออนาจารผู้ใหญ่กับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้เพราะมีลักษณะความผิดมีความร้ายแรงแตกต่างกัน เพื่อให้เด็กได้รับการคุ้มครองและป้องกันจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศมากขึ้น อย่างไรก็ตาม จาก การประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 ผู้ศึกษาพิจารณา เบื้องต้นแล้ว พบว่า ยังมีข้อบกพร่องของการบัญญัติกฎหมายดังกล่าว ซึ่งอาจจะส่งผลให้การบังคับ ใช้กฎหมายนั้นไม่สามารถประสบผลสำเร็จได้ โดยผู้ศึกษาได้หัวข้อ ดังนี้

การกำหนดค่านิยม

จากที่ได้ศึกษาเกี่ยวกับความผิดฐานอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งแต่เดิมนั้น ปรากฏในมาตรา 287 มีลักษณะแห่งการกระทำ 3 ส่วน คือ

1. ห้ามการแพร่สิ่งลามก (มาตรา 287 (1))
2. ห้ามการค้า หรือจ่ายแจกสิ่งลามก (มาตรา 287 (2))
3. ห้ามการโฆษณาออกแหล่งที่มีสิ่งลามก

จากที่ได้ศึกษาเกี่ยวกับการความผิดเกี่ยวกับการกระทำอนาจารซึ่งตามประมวลกฎหมาย อาญาของไทยนั้น แต่เดิมปรากฏอยู่ในมาตรา 287 ที่ได้ระบุเจตนาของผู้กระทำความผิดไว้ว่า “โดย

วัตถุประสงค์แห่งการค้า” และ “เพื่อแจกจ่ายหรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน” แต่ในบทบัญญัติดังกล่าวกลับไม่ปรากฏ หรือไม่ได้มีการกล่าวถึงการครอบครองสื่อลามกเด็กโดยส่วนตัว อีกทั้งบทบัญญัติดังกล่าวนั้นไม่ได้มีบทบัญญัติที่กำหนดให้ความคุ้มครองเด็ก และเยาวชนเป็นพิเศษในเรื่องการเผยแพร่ “ภาพหรือสิ่งลามก” เป็นการกำหนดห้ามการเผยแพร่ ภาพ หรือสิ่งลามกอนาจารทั้งหมด ทั้งปวง ไม่ว่าภาพนั้นจะเป็นภาพของเด็ก วัยรุ่น ผู้ใหญ่ แม้กระทั่งวัยรุ่น ก็จะมี ความผิด มาตรา 287 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ถือเป็นบัญญัติหลักที่มีวัตถุประสงค์ควบคุมสิ่ง ลามกอนาจารไม่ให้ถูกเผยแพร่สู่สาธารณชน เนื่องจากเห็นว่าจะก่อผลเสียต่อสังคมจารีตประเพณี และศีลธรรมอันดีงาม ในขณะที่อีกทั้งแนวคิดในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับสื่อลามก อนาจารเด็กนั้นมีฐานมาจากความคิดที่จะปกป้องและคุ้มครองเด็กจากผลเสียต่าง ๆ อันเกิดจากสื่อ ลามกอนาจารเด็กซึ่งการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กไว้โดยส่วนตัว เป็นเพียงการกระทำที่ ละเมิดสิทธิเด็ก แต่ไม่มีลักษณะที่เป็นการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กออกไปสู่สังคมอันเป็นการ กระทบต่อศีลธรรมโดยรวมของสังคม ซึ่งถือเป็นช่องว่างในการกระทำความผิด เนื่องจากประเทศ ไทยไม่ได้แยกการควบคุมต่อต้านสื่อลามกเด็กออกจากสื่อลามกผู้ใหญ่ เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องจึงขาด เครื่องมือในการ ไปควบคุมต่อต้านสื่อลามกเด็กโดยเฉพาะ ไม่ว่าจะเป็นการห้ามของคำว่า “สื่อลามก เด็ก”

ต่อมาจึงได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 ซึ่งมีเนื้อหาที่เป็นการกำหนดฐานความผิดอาญาขึ้นใหม่ 3 ฐานความผิดด้วยกัน ได้แก่

1. ความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจาร มาตรา 287/1 วรรคแรก
2. ความผิดฐานส่งต่อซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กให้แก่ผู้อื่น มาตรา 287/1 วรรคสอง และ
3. ความผิดฐานเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก มาตรา 287/2

โดยมีเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่การครอบครองสื่อลามก อนาจารเด็กเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และเป็นปัจจัยที่ ก่อให้เกิดการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กและส่งผลกระทบต่อสวัสดิภาพของเด็ก ประกอบกับ ความผิดเกี่ยวกับการค้าหรือทำให้แพร่หลายซึ่งวัตถุหรือสิ่งลามกไม่ได้แยกประเภทระหว่างสื่อ ลามกอนาจารผู้ใหญ่กับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ทั้งที่ลักษณะความผิดมีความร้ายแรงแตกต่างกัน ดังนั้น เพื่อให้เด็กได้รับการคุ้มครองและป้องกันจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศมากขึ้น สมควร กำหนดให้ความผิดเกี่ยวกับการค้าหรือทำให้แพร่หลายซึ่งวัตถุหรือสิ่งลามกที่เป็นสื่อลามกอนาจาร เด็ก เป็นความผิดที่ผู้กระทำได้ได้รับโทษหนักขึ้น รวมทั้งกำหนดให้การครอบครองและส่งต่อซึ่ง สื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิด และจากการเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าวก็ได้กำหนด

คำนิยามเพื่อให้สามารถเข้าใจถึงความหมายของคำว่า “สื่อลามกอนาจารเด็ก” ปรากฏในมาตรา 1 (17) ดังนี้

“สื่อลามกอนาจารเด็ก” หมายความว่า วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็ก หรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปี โดยรูป เรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือรูปแบบอื่นใด ในลักษณะทำนองเดียวกัน และให้หมายความรวมถึงวัตถุ หรือสิ่งต่าง ๆ ข้างต้นที่จัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์ หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้”

จะเห็นว่า “สื่อลามกอนาจารเด็ก” ตามความในมาตรา 1 (17) นี้มีถ้อยคำ 3 ส่วน ดังนี้

1. คำว่า “วัตถุ หรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็ก หรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกิน 18 ปี” ซึ่งได้แก่ สื่อลามกอนาจารเด็กนั้นต้องเป็นวัตถุหรือสิ่งซึ่งไม่มีชีวิต กรณี “ของเด็ก” คือ กรณีที่เด็กปรากฏอยู่ในภาพนั้น และ “กับเด็ก” คือ กรณีที่ภาพนั้นปรากฏเป็นการกระทำทางเพศของเด็กกับบุคคลอื่น หรือบุคคลมากกว่า 1 คนที่ได้กระทำร่วมเด็ก โดยทั้งหมดนี้ต้องแสดงให้เห็นหรือเห็นเด็กซึ่งมีอายุไม่เกิน 18 ปี

2. “โดยรูป เรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร” ซึ่งได้แก่ สื่อลามกอนาจารเด็ก เป็นวัตถุ หรือสิ่งที่แสดงออกมาโดย “รูป เรื่อง หรือลักษณะ...” ที่สามารถสื่อไปในทางลามกอนาจารได้

3. “ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือรูปแบบอื่นใด ในลักษณะทำนองเดียวกัน และให้หมายความรวมถึงวัตถุหรือสิ่งต่าง ๆ ข้างต้นที่จัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์ หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้”

จากคำนิยามจะเห็นได้ว่า ต้องเป็นการกระทำ “ของเด็ก” หรือการกระทำ “กับเด็ก” ซึ่งมีอายุไม่เกิน 18 ปี ซึ่งตามความหมายว่า บทบัญญัตินี้จะคำนึงถึงแต่เฉพาะเด็กที่เป็นมนุษย์เท่านั้น อย่างไรก็ตาม ผู้ศึกษาเห็นว่าเมื่อได้พิจารณาถึงความก้าวหน้าของการพัฒนาเทคโนโลยีในปัจจุบันที่มีสื่อลามกอย่างอื่นที่ไม่ใช่เด็กเป็นผู้แสดง เพราะในกระบวนการผลิตสื่อลามกเด็กนั้นไม่เป็นที่ยอมรับทั้งในเชิงสังคมและเชิงกฎหมาย ผู้ผลิตจึงไม่สามารถหาผู้แสดงเป็นแบบได้อย่างเปิดเผยเหมือนกับสื่อที่เปิดเผยอื่น ๆ อีกทั้งหากต้องการผู้แสดงที่เป็นเด็กยิ่งถือเป็นความยากลำบากแก่ผู้ผลิตมากขึ้นจึงจำเป็นต้องใช้สื่ออย่างอื่นแต่ยังสื่อให้เห็นว่าเป็นการกระทำของเด็ก หรือเป็นการกระทำกับเด็ก เช่น ภาพวาดเด็กที่กระทำอนาจาร หรือตัวการ์ตูนที่เป็นเด็กถูกระทำอนาจาร หรือสื่อลามกเด็กที่เด็กในสื่ออื่นถูกสร้าง หรือจำลองขึ้นโดยคอมพิวเตอร์ ภาพตัดต่อโปรแกรม

คอมพิวเตอร์ที่สามารถตกแต่งให้ผู้ใหญ่กลายเป็นเด็ก หรือใช้ศีรษะเด็ก ไปติดกับตัวผู้ใหญ่ เป็นต้น สื่อเหล่านี้มีส่วนในการกระตุ้นความต้องการทางของบางกลุ่มคนที่นิยมบริโภคสื่อลามกเด็ก และจากการศึกษาเกี่ยวกับกระทำความผิดที่อาจเกี่ยวข้องจากการบริโภคสื่อลามกดังกล่าว พบว่า เขาเหล่านี้ต้องการให้สิ่งที่อยู่ในสื่อเกิดขึ้นกับตนในโลกแห่งความเป็นจริง และหากเขาสามารถจัดการกับความต้องการดังกล่าวได้ ก็อาจมีส่วนผลักดันให้เขากระทำความผิดหรือก่ออาชญากรรมอื่น ๆ ตามมากับบุคคลอื่น ๆ ในสังคม โดยเฉพาะเด็ก

และหากเด็กหรือเยาวชนของประเทศเป็นผู้บริโภคสื่อลามกอนาจารเด็ก ในลักษณะของ ภาพวาด หรือการ์ตูนที่แม้ว่าจะไม่ได้ใช้มนุษย์เป็นผู้แสดงจริง ในเชิงจิตวิทยาพบว่า สื่อลามกเด็กมีส่วนทำให้ผู้กระทำความผิดทางเพศต่อเด็กรู้สึกแน่ใจว่าการที่ตนเองมีความปรารถนาในตัวเด็กเป็นความคิดที่ถูกต้อง เนื่องจากสื่อลามกเด็กส่วนใหญ่มักจะสื่อออกมาในทำนองที่ว่าเด็กมีความสุขและสนุกไปกับประสบการณ์ทางเพศที่ตนเองได้รับ และถูกใช้เป็นเครื่องมือในการลดมาตรฐานทางศีลธรรมในจิตใจ หรือจิตสำนึกผิดชอบของเด็กที่ได้เสพสื่อนี้ต่อไปด้วย โดยผู้ใช้นั้นจะเห็นว่าเรื่องนี้เป็นเรื่องธรรมดา และถูกล่อลวงให้มีเพศสัมพันธ์กับผู้ละเมิดในที่สุด (โสมนัส เจือศรีกุล, 2545, หน้า 95)

จากการศึกษาพิเคราะห์เลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่อง การค้าเด็ก การค้าประเวณี และสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก พบว่าได้นิยามคำว่า “สื่อลามกเด็ก” ซึ่งปรากฏในข้อ 2 (3) “สื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก หมายถึง การนำเสนอใด โดยวิธีการใดก็ตาม ที่เด็กเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องในกิจกรรมทางเพศอย่างชัดเจน ทั้งที่เป็นจริง หรือจำลองขึ้น หรือการนำเสนออวัยวะส่วนใด ในทางเพศของเด็กเพื่อความมุ่งประสงค์หลักในทางเพศ” แสดงให้เห็นได้ว่าพิเคราะห์ฉบับนี้ได้กำหนดค่านิยามของคำว่า “สื่อลามกเด็ก” อย่างชัดเจนใน (3) ไว้ว่า หมายถึง การนำเสนอใด โดยวิธีการใดก็ตาม ที่เด็กมีส่วนเกี่ยวข้องในกิจกรรมทางเพศอย่างชัดเจน หรือการนำเสนอส่วนใดในทางเพศของเด็กจากตัวตนจริง หรือจากการทำจำลองขึ้น เพื่อความมุ่งประสงค์หลักในทางเพศ

จากการศึกษาประมวลกฎหมายแคลิฟอร์เนียได้บัญญัติความผิดฐานการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก ซึ่งปรากฏอยู่ในหมวดที่ 9 ได้กำหนดถึงวัตถุประสงค์แห่งการกระทำ หมายถึง “สิ่งใดๆที่แสดงข้อความ ข้อมูล หรือรูปภาพ เช่น ภาพยนตร์ รูปถ่าย สไลด์ ภาพนิ่ง ฟิล์มเนกาทีฟ สำเนา ม้วนเทป วิดีโอเลเซอร์ดิสก์ คอมพิวเตอร์ฮาร์ดแวร์ คอมพิวเตอร์ซอฟแวร์ คอมพิวเตอร์ฟลอปปี้ดิสก์ อุปกรณ์จัดเก็บข้อมูล ซีดีรอม หรือภาพที่สร้างขึ้นด้วยคอมพิวเตอร์ ซึ่งประกอบด้วยรวมอยู่กับสิ่งใดๆที่การผลิตประกอบด้วยการใช้เด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี ในการกระทำกิจกรรมทางเพศโดยรู้อยู่แล้วว่าสิ่งนั้นแสดงภาพของบุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปี หรือเป็นภาพจำลองของบุคคลดังกล่าวเข้าร่วมในกิจกรรมทางเพศที่มีลักษณะ”

ดังนั้น จากการบัญญัติให้ความหมายของ “สื่อลามกอนาจารเด็ก” ตามความในมาตรา 1 (17) นั้น ผู้ศึกษาจึงมีความเห็นว่า การกำหนดเพียงคำนี้ถึงแต่เฉพาะเด็กที่เป็นมนุษย์เท่านั้นอาจจะยังไม่เพียงพอและเพื่อไว้เป็นไปตาม ข้อ 2. แห่งพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเรื่องการต่อต้านการค้าประเวณีเด็กและสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็กจึง ควรจะมีการแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวให้ครอบคลุมถึงสื่อลามกเด็กที่เด็กในสื่อ นั้นถูกสร้าง หรือจำลองขึ้นโดยคอมพิวเตอร์ด้วย เพราะเมื่อผู้บริโภคสื่อประเภทนี้แล้วอาจส่งผลให้เชื่อมโยงไปกระทำความผิดอื่น ๆ ได้อีก เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หรือการกระทำที่เกิดการเลียนแบบสื่อลามกเด็ก ไปกระทำความผิดต่อเด็ก เป็นต้น

ปัญหาข้อต่อสู้เกี่ยวกับอายุเด็ก

จากการศึกษาเกี่ยวกับองค์ประกอบความผิดในส่วนของอายุเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารนั้น กฎหมายให้ความคุ้มครองเด็กที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี ซึ่งประเทศไทยได้กำหนดให้เป็นไปตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1948 ที่ประเทศไทยได้ให้สัตยาบันไว้ และเป็นการรับประกันว่าเด็กทุกคนที่อยู่ในเขตอำนาจของรัฐนั้นจะได้มีอัตราการอยู่รอดที่สูง และได้รับการพัฒนาทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจในระดับที่เด็กจะเติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่มีความสามารถและมีสุขภาพกายแข็งแรงและมีสุขภาพจิตดี เด็กต้องไม่ถูกนำไปใช้แรงงานก่อนวัยอันควรซึ่งขัดขวางการพัฒนาการทางการศึกษาของเด็กและต้องไม่ถูกนำไปใช้ประโยชน์โดยมิชอบไม่ว่าในการค้าประเวณี ในการใช้ประโยชน์ทางเพศ หรือทางด้านอื่น ๆ อันเป็นการทำลายชีวิตและอนาคตของเด็กโดยตรง และให้เด็กได้มีส่วนร่วมตามระดับความสามารถซึ่งเป็นการพัฒนาเด็กให้เป็นผู้ใหญ่ที่ดีต่อไป การที่ประเทศไทยบัญญัติกฎหมายดังกล่าวเพื่อคุ้มครอง ทั้งกรณี “ของเด็ก” คือ กรณีที่เด็กปรากฏอยู่ในภาพนั้น และกรณี “กับเด็ก” คือ กรณีที่ภาพนั้นปรากฏเป็นการกระทำทางเพศของเด็กกับบุคคลอื่นหรือบุคคลมากกว่า 1 คนที่ได้กระทำร่วมเด็ก การให้ความคุ้มครองเด็กเนื่องจากเด็กนั้นยังไม่สามารถตัดสินใจหรือเด็กยังถือว่าอ่อนประสบการณ์ในการดำเนินชีวิต ยังไม่รู้เดียงสา

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287/1 องค์ประกอบที่สำคัญประการหนึ่งคือ เด็กที่ปรากฏอยู่ในสื่อลามกนั้นจะต้องมีอายุไม่เกิน 18 ปี และผู้กระทำความผิดจะต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานนี้ด้วย ซึ่งหากในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา คือ การกระทำต้องครบทุกองค์ประกอบความผิดทั้งองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน องค์ประกอบส่วนแรก พิจารณาได้จากการกระทำและการกระทำโดยเจตนา ได้แก่ กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำ และขณะเดียวกันผู้กระทำต้องประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น ถ้า

ผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด จะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอม
เล็งเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้ เป็นไปตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59

ดังนั้น ผู้กระทำความผิดตามมาตรา ๕๙ ย่อมจะต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของ
ความผิด อันได้แก่ ผู้กระทำจะต้องรู้ว่าเด็กที่ปรากฏอยู่ในสื่อลามกนั้นอายุไม่เกิน 18 ปี เช่นนี้จึงจะ
ถือว่าผู้กระทำมีเจตนา หากผู้กระทำต่อสู่ว่าขณะที่ดูสื่อลามกอนาจารนั้น ไม่อาจรู้ว่าบุคคลที่ปรากฏ
ในสื่อเป็นเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี เช่นนี้ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดตามมาตรา 287/1

จะเห็นได้ว่า ถือเป็นข้อยุ่งยากประการหนึ่งเกี่ยวกับเรื่องอายุของเด็กที่ถูกล่วงละเมิดกรณี
สื่อลามกเด็กคือ กรณีของเด็กโตที่เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องจะพิจารณาได้ยากกว่าเด็กในสื่อที่มีอายุต่ำ
กว่าเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ เป็นเหตุให้เด็กบางคน ไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย

จากการพิจารณาเกี่ยวกับการการอ้างความไม่รู้อายุของเด็กในความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งแต่
เดิมนั้นการกระทำความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศ ซึ่งมีอายุของเด็กเป็นองค์ประกอบความผิดนั้น หาก
ผู้กระทำอ้างว่าไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดนั้น กรณีย่อมทำให้การกระทำนั้นไม่
เป็นความผิดเนื่องจากขาดเจตนากระทำความผิดฐานนั้น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59
วรรคสาม เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 65/2547 วินิจฉัยไว้ว่า จำเลยไม่รู้ว่ามีผู้เสียหายยังไม่พ้นวัยเด็กที่มีอายุไม่
เกิน 15 ปี โดยเข้าใจว่าผู้เสียหายมีอายุ 20 ปี จึงเป็นการไม่รู้ข้อเท็จจริงเรื่องอายุอันเป็นองค์ประกอบ
ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคแรก และมาตรา 317 วรรคสาม การกระทำ
ของจำเลยจึงขาดเจตนากระทำความผิดฐานดังกล่าวตามมาตรา 59 วรรคสาม

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3881/2542 จำเลยได้พาเด็กหญิง ส. ผู้เสียหายไปเพื่อจะกระทำชำเราใน
ขณะที่ผู้เสียหาย อายุ 14 ปี 10 เดือนเศษ โดยผู้เสียหายสมัครใจยินยอมไปกับจำเลยและจำเลยกอด
จูบกระทำอนาจารแก่ผู้เสียหาย แม้การกระทำของจำเลยอาจเป็นความผิดตามประมวลกฎหมาย
อาญา มาตรา 279 วรรคหนึ่งก็ตาม แต่การที่จำเลยเข้าใจว่าผู้เสียหาย อายุ 18 ถึง 19 ปี ซึ่งเป็นการ
สำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานกระทำอนาจารผู้เสียหายอายุไม่เกิน 15
ปี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 วรรคหนึ่ง การกระทำของจำเลยจึงขาดเจตนากระทำ
ความผิดฐานดังกล่าวตามมาตรา 59 วรรคสาม

คำพิพากษาศาลฎีกา 6419/2537 เด็กหญิง ข. หลบหนีออกจากบ้านเพียง ไปดูภาพยนตร์ซึ่ง
ไม่ห่างไกลจากบ้านที่อยู่ เมื่อภาพยนตร์เลิกแล้วก็กลับบ้านหากไม่ถูกจำเลยพาไป อำนาจในการ
ปกครองดูแลของ จ. ผู้ปกครองดูแลจึงหาได้สิ้นสุดลงไม่ จำเลยพาเด็กหญิง ข. ไปอยู่ที่อื่นหลายวัน
และได้กระทำชำเราเด็กหญิง ข. หลายครั้ง ถือว่าเป็นการพรากเด็กหญิง ข. ออกจากจ. โดยปราศจาก
เหตุอันสมควรและเป็นการกระทำอนาจารด้วยแม้ขณะเกิดเหตุเด็กหญิง ข. อายุ 13 ปี แต่มีรูปร่าง

สมบูรณ์กว่าเด็กปกติทั่วไปตามสายตาของบุคคลภายนอกจะประมาณว่ามีอายุประมาณ 17 ถึง 18 ปี ซึ่งจำเลยก็สำคัญผิดเช่นนั้น จำเลยย่อมได้รับประโยชน์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 วรรคแรก จำเลยจึงมีความผิดฐานพรากผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจารตาม ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 319

จากกรณีของคำพิพากษาฎีกาที่ยกเป็นตัวอย่างข้างต้น ถือว่าเป็นปัญหาในทางปฏิบัติ สำหรับการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเด็กที่จำเลยจึงมักยกเอาข้อต่อสู้เรื่องอายุของเด็กขึ้นมาอ้างเพื่อให้พ้นจากความผิดนั้น จึงส่งผลให้ต่อมาได้มีการเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285/1 ขึ้นมาเพื่อป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดสามารถยกข้ออ้างเกี่ยวกับความไม่รู้อายุอันเป็นองค์ประกอบความผิด เพื่อให้ตนเองต้องมีความผิดได้ ซึ่งมาตรา 285/1 บัญญัติว่า “การกระทำความผิดตามมาตรา 277 มาตรา 279 มาตรา 282 วรรคสาม มาตรา 283 วรรคสาม และมาตรา 283 ทวิ วรรคสอง หากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิดนั้น” จะเห็นได้ว่ามาตรา 285/1 ถือเป็นลักษณะกฎหมายปิดปาก คือ ห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิดนั้นอย่างเด็ดขาด แต่หากพิจารณาจะเห็นว่าในมาตรา 285/1 นั้นไม่มีการบัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานสื่อลามกอนาจารเด็ก

ดังนั้น จากกรณีของมาตรา 287/1 ที่ในทางปฏิบัติอาจเกิดปัญหาการถกเถียง หรือข้อต่อสู้ของผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับความไม่รู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอายุของเด็กที่ปรากฏในสื่อลามก ที่ส่งผลให้ผู้กระทำความผิดพ้นจากความผิดตามมาตรา 287/1 เช่นนี้ผู้ศึกษาพิจารณาจากเจตนารมณ์ของการบัญญัติ มาตรา 287/1 ที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของเด็ก ขณะเดียวกันในปัจจุบันสื่อลามกที่มีการแพร่หลายอยู่อย่างมากในสังคม นับเป็นปัญหาที่มีความรุนแรงและจำเป็นในการควบคุมโดยใช้มาตรการทางกฎหมาย โดยเฉพาะสื่อลามกเด็กที่เชื่อมโยงไปยังปัญหาต่าง ๆ และความเสื่อมของมาตรฐานศีลธรรมสังคมและเพื่อให้การบังคับใช้ตามพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็กให้มีประสิทธิภาพ

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

บทสรุป

ปัจจุบันสื่อลามกที่มีการแพร่หลายอยู่อย่างมากในสังคม นับเป็นปัญหาที่มีความรุนแรงและจำเป็นในการควบคุมโดยใช้มาตรการทางกฎหมาย โดยเฉพาะสื่อลามกเด็กที่เชื่อมโยงไปยังปัญหาต่าง ๆ อีกทั้งเด็กถือเป็นประชากรกลุ่มพิเศษในสังคมที่ควรได้รับการปกป้องคุ้มครอง โดยเฉพาะในเรื่องเพศเนื่องจากเป็นกลุ่มที่อ่อนแอ และได้รับความกระทบกระเทือนง่าย ทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจ ขาดประสบการณ์และการยับยั้งชั่งใจ ดังนั้น หากปล่อยให้ปัญหาสื่อลามกเด็กลุกลามใหญ่โต เด็กในสังคมก็จะได้รับคำนิยาม มาตรฐานทางศีลธรรมก็บิดเบือนไป เด็กที่เคยตกเป็นเหยื่อ หรือเด็กที่ไม่ได้รับการดูแลอย่างดีจากผู้ใหญ่ ก็เป็นเหมือนระเบิดเวลาที่จะทำร้ายคนรอบข้างได้ทุกเมื่อ แม้แต่เด็กที่เป็นผู้บริโภคนสื่อลามกเด็กเองก็เช่นกัน สื่อลามกเด็กที่เสปเข้าไปจะเป็นเหมือนตัวอย่างของพฤติกรรมทางเพศที่เด็กจะนำไปเลียนแบบ เช่น การมีความสัมพันธ์ทางเพศในวัยเรียน การมีพฤติกรรมสำส่อน การอยู่กินกันก่อนแต่งงาน เป็นต้น หากไม่รีบทำการควบคุมต่อต้านสื่อลามกเด็กมาตรฐานทางสังคมก็จะยิ่งเสื่อมลงไปเรื่อย ๆ ในกลุ่มคนรุ่นถัด ๆ และจากการที่ประเทศไทยได้ลงนามเข้าเป็นภาคีสมาชิกจึงส่งผลให้ประเทศไทยจะต้องบัญญัติกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กการบัญญัติความผิดดังกล่าวนี้เพื่อให้มีความสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กข้อ 34 ที่กำหนดว่า “รัฐภาคีรับที่จะคุ้มครองเด็กจากการแสวงประโยชน์ทางเพศ และการกระทำทางเพศที่มีขบทุกรูปแบบ เพื่อการนี้รัฐภาคีจะดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวงทั้งมาตรการภายในประเทศ และมาตรการทวิภาคีและพหุภาคีเพื่อป้องกัน

1. การชักจูง หรือบีบบังคับให้มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศใด ๆ ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย
2. การแสวงประโยชน์จากเด็กในการค้าประเวณี หรือการกระทำอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับเพศที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย
3. การแสวงประโยชน์จากเด็กในการแสดงลามกอนาจารและที่เกี่ยวกับสิ่งลามกอนาจาร”

และพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่อง การค้าเด็ก การค้าประเวณี และสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก ได้นิยามคำว่า “สื่อลามกเด็ก” ซึ่งปรากฏในข้อ 2 เพื่อความมุ่งประสงค์ของพิธีสารฉบับนี้

1. การค้าเด็ก หมายถึง การกระทำหรือการแลกเปลี่ยนใดที่เด็กถูกส่งมอบโดยบุคคลใดหรือกลุ่มบุคคลใด ไปยังอีกบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลหนึ่ง เพื่อค่าตอบแทนหรือเพื่อประโยชน์ตอบแทนอื่นใด

2. การค้าประเวณีเด็ก หมายถึง การใช้เด็กในกิจกรรมทางเพศเพื่อค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์ตอบแทนในรูปแบบอื่นใด

3. สื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก หมายถึง การนำเสนอใด โดยวิธีการใดก็ตาม ที่เด็กเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องในกิจกรรมทางเพศอย่างชัดแจ้ง ทั้งที่เป็นจริงหรือจำลองขึ้น หรือการนำเสนออวัยวะส่วนใด ในทางเพศของเด็กเพื่อความมุ่งประสงค์หลักในทางเพศ

ประเทศไทยได้มีความพยายามที่จะให้ความคุ้มครองเด็กในทุกส่วนทั้งในส่วนของกฎหมายวิธีสบัญญัติ และกฎหมายสารบัญญัติจนกระทั่งในปี พ.ศ. 2558 มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 24 พ.ศ. 2558 โดยมีเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้คือ โดยที่การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และเป็นปัจจัยที่ก่อให้เกิดการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กและส่งผลกระทบต่อสวัสดิภาพของเด็ก ประกอบกับความผิดเกี่ยวกับการค้าหรือทำให้แพร่หลายซึ่งวัตถุหรือสิ่งลามกไม่ได้แยกประเภทระหว่างสื่อลามกอนาจารผู้ใหญ่กับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ทั้งที่ลักษณะความผิดมีความร้ายแรงแตกต่างกัน ดังนั้น เพื่อให้เด็กได้รับการคุ้มครองและป้องกันจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศมากขึ้น สมควรกำหนดให้ความผิดเกี่ยวกับการค้าหรือทำให้แพร่หลายซึ่งวัตถุหรือสิ่งลามกที่เป็นสื่อลามกอนาจารเด็ก เป็นความผิดที่ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษหนักขึ้น รวมทั้งกำหนดให้การครอบครองและส่งต่อซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิด จึงได้บัญญัติเพิ่มนิยาม“สื่อลามกอนาจารเด็ก” ไว้ในมาตรา 1 (17) ดังนี้ “สื่อลามกอนาจารเด็ก” หมายความว่า วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้รู้หรือเห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปี โดยรูป เรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทาง ลามกอนาจาร ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือรูปแบบอื่นใด ในลักษณะทำนองเดียวกัน และให้หมายความรวมถึงวัตถุหรือสิ่งต่าง ๆ ข้างต้นที่จัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์ หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้” และเพิ่มเติมฐานความผิดในประมวลกฎหมายอาญา ดังนี้

มาตรา 287/1 “ผู้ใดครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งส่งต่อซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กแก่ผู้อื่น ต้องระวางโทษ จำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

มาตรา 287/2 “ผู้ใด

(4) เพื่อความประสงค์แห่งการค้า หรือโดยการค้า เพื่อการแจกจ่ายหรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน ทำ ผลิต มีไว้ นำเข้าหรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกไปนอกราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไปหรือทำให้แพร่หลายโดยประการใด ๆ ซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็ก

(5) ประกอบการค้า หรือมีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้าเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก แจกจ่ายหรือแสดงอวดแก่ประชาชนหรือให้เช่าสื่อลามกอนาจารเด็ก

(6) เพื่อจะช่วยให้แพร่หลาย หรือการค้าสื่อลามกอนาจารเด็กแล้ว โฆษณาหรือโฆษณาว่า โดยมีบุคคลกระทำการอันเป็นความผิดตามมาตรา นี้ หรือโฆษณาหรือโฆษณาว่าสื่อลามก อนาจารเด็กดังกล่าวแล้วจะหาได้จากบุคคลใด หรือโดยวิธีใด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงสองแสนบาท”

นอกจากได้ศึกษากฎหมายของไทยแล้ว ในงานนี้ยังได้ศึกษากฎหมายของต่างประเทศ เช่น กฎหมายของประเทศเยอรมัน ที่ให้ความสำคัญของสื่อลามกเด็กโดยได้หลักการใหม่ที่ให้ความสำคัญคุ้มครองบุคคลที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปี กำหนดความผิดบุคคลใดที่กระทำความผิดไม่ว่าด้วยวิธีการอย่างไร อันเป็นการเผยแพร่สื่อลามกแก่บุคคลต่ำกว่าสิบแปดปี รวมถึงเพิ่มขึ้นมาในเรื่องการเผยแพร่สื่อลามกเด็ก จำหน่ายหรือเผยแพร่ หรือแสดงต่อสาธารณะ ส่ง นำแสดง หรือทำด้วยประการอื่นใด เพื่อได้พบเห็น ได้ หรือ ผลิต จัดทำ จัดหา เก็บรักษาเพื่อให้หาได้ เสนอ โฆษณา ประกาศ แนะนำ หรือกระทำด้วยประการอื่น โดยถ้ากรณีเป็นการกระทำต่อสื่อลามกเด็ก บุคคลที่กระทำการต้องรับโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนจนถึงห้าปี หรือปรับตามที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ ตลอดถึงการครอบครองสื่อลามกเด็ก ผู้ที่ครอบครองต้องรับโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับตามที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ เป็นต้น สำหรับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐแคลิฟอร์เนีย ได้บัญญัติความผิดฐานการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก ซึ่งปรากฏอยู่ในหมวดที่ 9 ที่ให้นิยามของสื่อลามกเด็ก อันเป็นวัตถุแห่งการกระทำ หมายความว่า สิ่งใด ๆ ที่แสดงข้อความ ข้อมูล หรือรูปภาพ เช่น ฟิล์ม รูปถ่าย สไลด์ ฟิล์มเนกาทีฟ สำเนา ม้วนเทป วิดีโอเลเซอร์ดิสก์ คอมพิวเตอร์ ฮาร์ดแวร์ คอมพิวเตอร์ซอฟแวร์ คอมพิวเตอร์ฟลอปปี้ดิสก์ อุปกรณ์จัดเก็บข้อมูล ซีดีรอม หรือภาพที่สร้างขึ้นด้วยคอมพิวเตอร์ ซึ่งประกอบด้วยรวมอยู่กับสิ่งใด ๆ ที่การผลิตประกอบด้วยการใช้เด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี ในการกระทำกิจกรรมทางเพศโดยรู้อยู่แล้วว่าสิ่งนั้นแสดงภาพของบุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปี หรือเป็นภาพจำลองของบุคคลดังกล่าวเข้าร่วมในกิจกรรมทางเพศที่มีลักษณะ ดังนี้ การ

กระทำหรือการจำลองการมีเพศสัมพันธ์ เพศสัมพันธ์ทางปาก เพศสัมพันธ์ทางทวารหนัก การกระทำทางเพศทางทวารหนัก และช่องปาก การมีสัมพันธ์กับสัตว์ การกระทำที่วิปริตทางเพศ การใช้วัตถุใด ๆ รุกล้ำช่องคลอดหรือทวารหนักในประการที่ต่อไปในทางลามกอนาจาร การแสดงให้เห็นอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือสิ่งใด ๆ เพื่อจะกระตุ้นความรู้สึกทางเพศของผู้ดู ไม่ว่าจะเป็นการแสดงโดยใช้ผู้แสดง โดยใช้ผู้แสดงเพียงคนเดียวหรือเป็นการกระทำระหว่างผู้แสดงที่เป็นเพศเดียวกัน หรือต่างเพศ หรือเป็นการแสดงระหว่างคนและสัตว์ โดยไม่ต้องพิจารณาว่ามีลักษณะลามกหรือไม่

และจากการศึกษากฎหมายของประเทศไทยและต่างประเทศ ผู้ศึกษาจึงได้วิเคราะห์ประเด็นปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในทางปฏิบัติและส่งผลให้การบังคับใช้มาตรา 287/1 ไม่สามารถเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ได้แก่ ปัญหาของการให้คำนิยาม ของคำว่า “สิ่งลามกอนาจารเด็ก” ที่คำนึงถึงแต่เฉพาะเด็กที่เป็นมนุษย์เท่านั้น และปัญหาข้อต่อสู้ของผู้กระทำความผิดที่อาจยกข้อต่อสู้เกี่ยวกับอายุของเด็กในสื่อลามก โดยอ้างเหตุไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด เพราะการไม่รู้ดังกล่าวแสดงว่าผู้กระทำความผิดนั้นขาดเจตนาในการกระทำความผิด ซึ่งจากการวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวผู้ศึกษาจะได้นำเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังต่อไปนี้

ข้อเสนอแนะ

การวิเคราะห์ประเด็นปัญหาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287/1 ผู้ศึกษาพิจารณาแล้ว เห็นว่าเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและตรวจตามเจตนารมณ์ในการบัญญัติกฎหมาย จึงมีข้อเสนอแนะ ดังนี้

1. ควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (17) โดยเพิ่มความหมายของ “สื่อลามกอนาจารเด็ก” ครอบคลุมถึงสื่อลามกเด็กที่เด็กในสื่อ นั้นถูกสร้าง หรือจำลองขึ้น โดยคอมพิวเตอร์ด้วย
2. เพื่อห้ามไม่ให้ผู้กระทำความผิด มาตรา 287/1 สามารถยกข้อต่อสู้ความไม่รู้เกี่ยวกับอายุของเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกให้ตนเองไม่มีความผิด จึงควรเพิ่มเติมข้อความ มาตรา 285/1 วรรคท้าย บัญญัติว่า “การกระทำความผิดตามมาตรา 287/1 ห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิดนั้น”

ซึ่งเมื่อได้แก้ไขเพิ่มเติมตามที่ได้เสนอแนะข้างต้นย่อมจะส่งผลให้การบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287/1 วรรคแรกนั้นเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพขึ้น

บรรณานุกรม

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2558). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- คณิต ฅ นคร. (2545). *กฎหมายอาญา ภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- คณิต ฅ นคร. (2548). *นิติธรรมอำนาจในนิติศาสตร์ไทย*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- คณิต ฅ นคร. (2550). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- จิรวุฒิ เตชะพันธ์. (2525). *ความรับผิดทางอาญาที่ไม่ต้องการเจตนา*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- จิตติ ติงศักดิ์. (2553). *กฎหมายอาญาภาค 2-3* (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา.
- จอมพล พิทักษ์สันตโยธิน. (2559). ภาพโป๊: กฎหมายสื่อลามกและศีลธรรม Pornographic Images: Obscenity Laws and Morality. *วารสารสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร*, 12(1), 83-84.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2556). *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2557). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2559). *ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ประธาน วัฒนวานิชย์. (2546). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา*. กรุงเทพฯ: โฟร์พรีนติ้ง.
- ประภาส อวยชัย. (2538). *ข้อโต้แย้งจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาหรือฎีกา 100 ปี ตามกฎหมายอาญา*. กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานคร.
- มินฉวี นัตรจินดา. (2556). *ความรับผิดทางอาญาของผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ราชบัณฑิตยสถาน. (2556). *พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 เฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554*. กรุงเทพฯ: ราชบัณฑิตยสถาน.
- วันชัย รุจนวงศ์. (2549). *มาตรฐานการปฏิบัติงานในสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน ตามมาตรฐานขององค์การสหประชาชาติกับประสิทธิภาพ ประสิทธิผล ในการดำเนินงาน และการปฏิบัติต่อเด็กที่กระทำผิด*. กรุงเทพฯ: กรมคุมประพฤติ.
- วิริยะ ธรรมจักร. (2556). *มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กจากสื่อลามก*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, สาขาวิชานิติศาสตร์ปริทัศน์มยงค์, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

- สมยศ เชื้อไทย. (2543). *ความรู้นิติปรัชญาเบื้องต้น* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- สหชน รัตนไพจิตร. (2527). *ความประสงค์ของการลงโทษทางอาญา: ศึกษาเฉพาะประเทศไทย สมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2524). *ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2551). *หลักกฎหมายอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- สุพจน์ เครือคล้าย. (2548). *การกระทำ ความผิดทางเพศ: ศึกษาเฉพาะกรณีความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- สุนันต์ ตั้งเจริญกิจกุล. (2552). *ความผิดเกี่ยวกับเพศ: ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับการกระทำอนาจาร*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สำนักกิจการยุติธรรม. (2558). *ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก คู่มือและแนวทางการดำเนินการตามแผนการเตรียมความพร้อมในการบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 24 พ.ศ. 2558*. นนทบุรี: กระทรวงยุติธรรม.
- โสมนัส เจือศรีกุล. (2545). *มาตรการควบคุมต่อต้านสื่อลามกเด็ก*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- หยุด แสงอุทัย. (2548). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127* (พิมพ์ครั้งที่ 6) กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- หยุด แสงอุทัย. (2554). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 15). กรุงเทพฯ: ปรกาศพริก.
- Alfred, A. (1978). *Adler is personality theory*. Retrieved from <http://sites.google.com/site/chatladda30numchan/1/14>
- Becker, M. H. (1974). The health belief model and preventive health behavior. *Health education Monographs*, 2(4), 354-385.
- Durkheim, A. (1974). *Sociology and philosophy*. New York: Routledge, Emile Durkheim.
- Edwin, H. S. (1985). *White collar crime: The uncut version*. London: Yale University Press.
- Freud, S. (1947). *An outline of psychoanalysis*. New York: W.W.

- Herbert L. Packer. (1968). *The limits of the criminal sanction*. California: Stanford University Press.
- Lemert, E. M. (1951). *Social pathology*. New York: McGraw-Hill.
- Merton, R. K. (1964). *Social theory and social structure*. New York: Free Press.
- Reckless, W. C. (1967). *The crime problem*. New York: Appleton Century Crofts.
- Shaw, C. R., & McKay, H. D. (1942). *Juvenile delinquency in urban areas*. Chicago: University of Chicago Press.
- Tannenbaum, F. (1960). The myth of mental illness. *American Psychologist*, 15 (2), 113-118.
- Tarde, G. (1912). *Penal philosophy*. Boston: Little, Brown & Co.