



ความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก:

ศึกษากรณีสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน

โดย

นางสาวนัฐธินี สุวินัย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายอาญา

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2560

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก:
ศึกษากรณีสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน

โดย

นางสาวนัฐธินี สุวินัย



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขากฎหมายอาญา
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ปีการศึกษา 2560
ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

CRIMINAL LIABILITY RELATED TO CHILD PORNOGRAPHY:
A CASE STUDY OF NON-PHOTOGRAPHIC
PORNOGRAPHIC IMAGES OF CHILDREN

BY

MISS NUTTINEE SUVINAI



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS
FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS
CRIMINAL LAW
FACULTY OF LAW
THAMMASAT UNIVERSITY
ACADEMIC YEAR 2017
COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นางสาวนัฐินี สุวินัย

เรื่อง

ความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก: ศึกษากรณีสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

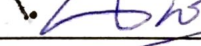
เมื่อ วันที่ 10 สิงหาคม พ.ศ. 2561

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



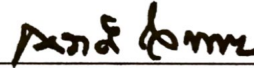
(ศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์



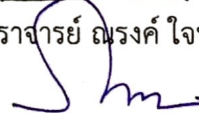
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ณภัทร สร้อยทนต์)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(ศาสตราจารย์ ณรงค์ ใจหาญ)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. รณกรณ์ บุญมี)

คณบดี



(ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รั้วอมฤต)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก:
ชื่อผู้เขียน	ศึกษาศรณีสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน
ชื่อปริญญา	นางสาวนัฐธินี สุวินัย
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
	กฎหมายอาญา
	นิติศาสตร์
	มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ฌภัทร สร้อฑม์
ปีการศึกษา	2560

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนซึ่งเป็นสื่อที่แสดงภาพจำลองของเด็กที่มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศ และมีลักษณะลามกอนาจารในรูปแบบต่าง ๆ โดยที่ไม่ได้มีเด็กที่มีตัวตนจริงมาเกี่ยวข้อง สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนจึงแตกต่างจากสื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นบันทึกการล่วงละเมิดทางเพศเด็กซึ่งมีผลกระทบต่อเด็กตรง การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กไว้โดยส่วนตัว การครอบครองโดยมีเจตนาเพื่อเผยแพร่หรือจำหน่าย หรือการค้า จึงเป็นควรเป็นความผิดอาญา แต่กรณีของสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนนั้น มีกระแสต่อต้านว่าสิ่งดังกล่าวไม่มีความเชื่อมโยงโดยตรงว่าจะป็นอันตรายต่อเด็ก เนื่องจากการผลิตหรือสร้างสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไม่ได้มีการล่วงละเมิดทางเพศเด็กจริง ๆ แต่เป็นเพียงการจำลองหรือเป็นภาพที่เกิดจากจินตนาการของบุคคลเท่านั้น การกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนจึงอาจเป็นการกระทบต่อสิทธิความเป็นส่วนตัวหรือเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคล และเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลเกินสมควร แต่ในทางกลับกันก็มีบางฝ่ายเห็นว่าสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนอาจถูกใช้เป็นเครื่องมือในการล่อลวงเด็กเพื่อมาล่วงละเมิดทางเพศได้ และสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนอาจมีผลต่อพฤติกรรมและการรับรู้ของเด็กในชีวิตจริง โดยเด็กอาจจะเข้าใจว่าพฤติกรรมทางเพศที่อยู่ในสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเป็นเรื่องทั่วไปของสังคม จึงควรกำหนดให้เป็นความผิดเช่นเดียวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก

ในปัจจุบัน ได้มีการให้คำนิยามและกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในประมวลกฎหมายอาญา โดยมีประเด็นที่ต้องพิจารณา คือ คำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กนั้น หมายความว่ารวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนด้วยหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า คำนิยามดังกล่าวสามารถ

ตีความให้ครอบคลุมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนได้ จึงเกิดคำถามว่า เหมาะสมหรือไม่ที่จะกำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กและสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนซึ่งมีผลร้ายต่อเด็กไม่เท่ากัน แต่มีความผิดและโทษเท่ากัน และการกำหนดให้การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไว้โดยส่วนตัว ซึ่งไม่ได้มีผลกระทบต่อสิทธิเด็กโดยตรงนั้นจะเป็นการละเมิดเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคลหรือไม่ อย่างไร

ด้วยเหตุดังกล่าวจึงมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมในการกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน ทั้งในประเด็นเกี่ยวกับเหตุผลความจำเป็นในการบัญญัติกฎหมาย หลักเกณฑ์การกำหนดความผิดและโทษอาญา และหลักการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล ประกอบกับแนวทางการบัญญัติกฎหมายของต่างประเทศ เพื่อนำมาเป็นแนวทางในการปรับปรุงบทบัญญัติเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนให้สอดคล้องกับหลักการตามกฎหมาย

คำสำคัญ: สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน, การดูลามกเด็ก, สื่อลามกอนาจารเด็ก, การกำหนดความผิดอาญา

Thesis Title	CRIMINAL LIABILITY RELATED TO CHILD PORNOGRAPHY: A CASE STUDY OF NON-PHOTOGRAPHIC PORNOGRAPHIC IMAGES OF CHILDREN
Author	Miss Nuttinee Suvinai
Degree	Master of Laws
Major Field/Faculty/University	Criminal Law Law Thammasat University
Thesis Advisor	Assistant Professor Naphat Sora-at, Ph.D.
Academic Years	2017

ABSTRACT

Criminal liability in Thailand was studied for non-photographic pornographic images of children (NPPIC) participating in sexual or obscene activities despite the absence of real children in the imagery. Current Thai law pertains to child pornography directly involving child sexual abuse, possession of which for personal use or with intent to distribute, sell, or trade is sanctioned. NPPIC remains a moot point, insofar as children are not directly involved in their fabrication. Would criminalizing this form of expression infringe upon privacy or freedom of expression? Some authorities suggest that NPPIC may be used as a lure for sexual abuse of minors, and affect the behavior and treatment of children in real life.

Results were that the Thai Penal Code arguably extends a definition of child pornography to cover NPPIC. Moreover, would it be appropriate to apply the same sanctions to child pornography and NPPIC which harm children in different ways? These findings suggest that laws should be drafted to decide upon the appropriateness of criminal sanctions for NPPIC without violating individual rights and freedoms.

A comparative study of international law on the subject would be a starting point for developing legislation appropriate for Thailand.

Keywords: Virtual Child Pornography, Non-Photographic Pornographic Images of Children, Child Pornography, Criminalization



กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้เป็นอย่างดีเนื่องจากได้รับความกรุณาจากท่านศาสตราจารย์ ณรงค์ ใจหาญ ที่ได้รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ในช่วงแรก และท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ณภัทร สรอชีพ ที่ได้รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ในปัจจุบัน ซึ่งท่านอาจารย์ทั้งสองท่าน ได้ให้ความรู้ คำแนะนำ รวมทั้งแนวทางในการแก้ไขข้อบกพร่องของวิทยานิพนธ์ เพื่อให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความถูกต้องสมบูรณ์ยิ่งขึ้น จึงขอกราบขอบพระคุณอาจารย์ทั้งสองท่านเป็นอย่างสูงที่ให้ความเมตตาแก่ข้าพเจ้าตลอดมา

ขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ที่ได้กรุณาได้รับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ รวมทั้งท่านศาสตราจารย์ ณรงค์ ใจหาญ และท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. รณกรณ์ บุญมี ที่กรุณาได้รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งท่านทั้งสามต่างได้ให้ข้อคิด ข้อสังเกต ข้อมูลที่ถูกต้อง และคำแนะนำที่เป็นประโยชน์ซึ่งสามารถนำมาใช้ในการแก้ไขข้อบกพร่องของวิทยานิพนธ์ รวมทั้งคำชมเพื่อให้ข้าพเจ้ามีกำลังใจในการจัดทำวิทยานิพนธ์ให้ดีและมีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

เหนือสิ่งอื่นใดขอขอบพระคุณนายบัญญัติ สุวินัย และนางดาหวัน สุวินัย บิดาและมารดาของข้าพเจ้า รวมทั้งนางสาวหทัยรัตน์ วัสและ ป้าของข้าพเจ้า และญาติพี่น้องทุกท่าน ที่ได้ให้กำลังใจและคอยสนับสนุนข้าพเจ้ามาโดยตลอด ทำให้ข้าพเจ้ามีกำลังใจในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้สำเร็จลุล่วงไปด้วยดี

อีกทั้ง ขอขอบคุณนางสาวยุพาพร เสรีวิวัฒนา ที่ได้ช่วยเหลือ สนับสนุนและให้คำปรึกษาเกี่ยวกับด้านภาษาต่างประเทศมาโดยตลอด ขอขอบคุณหัวหน้าและเพื่อนร่วมงานที่สำนักงานสหกรณ์จังหวัดเพชรบูรณ์ ที่ได้ให้ความเมตตาและเข้าใจในการเรียนปริญญาโทของข้าพเจ้า ขอขอบคุณกลุ่มเพื่อนนักศึกษาปริญญาโท สาขากฎหมายอาญา รหัส 57 พี่อูญ ออม แต้ม จอย และคนอื่น ๆ ที่ไม่ได้เอ่ยนาม สำหรับมิตรภาพที่ดี และที่ได้ช่วยเหลือ สนับสนุน ให้กำลังใจ และอยู่เคียงข้างกันและกันตลอดระยะเวลาที่จัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

สุดท้ายนี้ ข้าพเจ้าขอขอบคุณทุกคนที่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องในการช่วยเหลือ ให้กำลังใจ กระตุ้น และสร้างแรงผลักดัน ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสร็จสมบูรณ์ไปด้วยดี ทำให้ข้าพเจ้าได้เข้าใจความหมายของสำนวน You'll Never Walk Alone (คุณจะไม่วันดินเดียวดาย) เนื่องจากในเวลาที่ย่ำแย่หรือหมดกำลังใจ ก็จะมีบุคคลเหล่านี้คอยให้กำลังใจ คอยอยู่เคียงข้างและช่วยแก้ไขปัญหาย่อยๆ

(6)

ข้าพเจ้าหวังว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมีประโยชน์ทางวิชาการ และประโยชน์อันใดที่ได้รับ
จากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ขอมอบให้แด่ บิดามารดา ครูบาอาจารย์ และผู้ที่ได้ให้ความช่วยเหลือในการ
จัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ทุกท่าน แต่หากมีข้อผิดพลาดประการใดข้าพเจ้าขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว
และขออภัยมา ณ โอกาสนี้

นางสาวนัฐธินี สุวินัย



สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(3)
กิตติกรรมประกาศ	(5)
สารบัญภาพ	(13)
รายการสัญลักษณ์และคำย่อ	(14)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	4
1.3 สมมติฐานของการศึกษา	5
1.4 ขอบเขตของการศึกษา	5
1.5 วิธีการศึกษา	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	6
บทที่ 2 แนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน	7
2.1 สื่อลามกอนาจารเด็ก	7
2.1.1 ความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็ก	8
2.1.1.1 สื่อ	14
2.1.1.2 เนื้อหาของสื่อ	14
2.1.1.3 เด็ก	18

2.1.2 เหตุผลความจำเป็นที่จะต้องกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อลามก อนาจารเด็ก	20
2.1.2.1 การปกป้องเด็กจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศ	21
2.1.2.2 การแพร่กระจายของสื่อลามกอนาจารเด็กเกี่ยวข้องกับการ ล่วงละเมิดทางเพศเด็ก	22
2.1.2.3 ผลประโยชน์ทางการค้าสื่อลามกอนาจารเด็กทำให้เกิด แรงจูงใจในการล่วงละเมิดทางเพศเด็ก	24
2.1.2.4 คุณค่าทางสังคมของสื่อลามกอนาจารเด็ก	25
2.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจารเด็กในประเทศไทย	26
2.2.1 คำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็ก	28
2.2.2 ความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก	29
2.3 สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน	30
2.3.1 ความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน	30
2.3.1.1 สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนในความหมายอย่างกว้าง	31
(1) สื่อที่สร้างขึ้นจากคอมพิวเตอร์	31
(2) สื่อที่สร้างขึ้นจากการวาด หรือการปั้น	39
(3) สื่อที่เกิดจากการปรับเปลี่ยนภาพ	43
(4) สื่อที่ใช้ผู้ใหญ่ที่มีลักษณะเหมือนเด็กในการแสดง	44
2.3.1.2 สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนในความหมายอย่างแคบ	45
2.4 แนวความคิดทางอาญาที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน	45
2.4.1 หลักประกันในกฎหมายอาญา	45
2.4.2 สิทธิและเสรีภาพที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน	46
2.4.2.1 สิทธิเด็ก (Rights of the Child)	47
2.4.2.2 สิทธิในความเป็นส่วนตัว (Right of Privacy)	51
2.4.2.3 เสรีภาพการแสดงออก (Freedom of Expression)	53
2.4.3 แนวคิดเรื่องอาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหาย (Victimless Crime)	54
2.4.4 แนวคิดในการกำหนดความผิดและโทษทางอาญา	55
2.4.4.1 หลักเกณฑ์การกำหนดความผิดอาญา	56
(1) หลักเกณฑ์ว่าด้วยการกำหนดว่าการกระทำใดหรือการไม่ กระทำใดควรเป็นความผิดอาญา	57
(2) หลักเกณฑ์ว่าด้วยการใช้กฎหมายอาญาต้องมีข้อจำกัด	58
(3) หลักเกณฑ์ว่าด้วยการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน	63
(4) หลักเกณฑ์ว่าด้วยการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายใน วิถีทางสุดท้าย	64

2.4.4.2 การลงโทษทางอาญา	67
บทที่ 3 กฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน	70
3.1 ประเทศที่กำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนแยกต่างหากจากความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก	70
3.1.1 สหรัฐอเมริกา	70
3.1.1.1 ข้อเสนอสนับสนุนในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน	74
3.1.1.2 ข้อโต้แย้งในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน	77
3.1.1.3 กฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนในปัจจุบัน	80
(1) การกำหนดความผิด	84
(2) การกระทำ	86
(3) วัตถุประสงค์แห่งการกระทำ	90
(4) โทษ	91
(5) ข้อต่อสู้ของจำเลย	94
3.1.2 สหราชอาณาจักร	95
3.1.2.1 ข้อเสนอสนับสนุนในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน	98
3.1.2.2 ข้อเสนอสนับสนุนในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน	101
3.1.2.3 กฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนในปัจจุบัน	102
(1) การกำหนดความผิด	105
(2) การกระทำ	109
(3) วัตถุประสงค์แห่งการกระทำ	110
(4) โทษ	110
(5) ข้อต่อสู้ของจำเลย	111
3.1.2.4 กฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารทั่วไป	113
3.2 ประเทศที่กำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนร่วมกับสื่อลามกอนาจารเด็กโดยมีฐานความผิดและโทษที่เหมือนกัน	114
3.2.1 ออสเตรเลีย	114
3.2.1.1 เหตุผลที่กำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนร่วมกับสื่อลามกอนาจารเด็ก	116

3.2.1.2 กฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนในปัจจุบัน	117
(1) กฎหมายระดับสหพันธรัฐ	117
(2) กฎหมายระดับมลรัฐ	123
3.2.1.3 ตัวอย่างคดี	129
3.2.2 ฟิลิปปีนส์	131
3.2.2.1 เหตุผลที่กำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน ร่วมกับสื่อลามกอนาจารเด็ก	133
3.2.2.2 กฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนในปัจจุบัน	134
3.3 ประเทศที่กำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กโดยเฉพาะ แต่ไม่รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน	141
3.3.1 ญี่ปุ่น	141
3.3.1.1 สาเหตุที่การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไม่เป็น ความผิดอาญา	145
3.3.1.2 กฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนในปัจจุบัน	147
(1) การกำหนดความผิด	148
(2) การกระทำ	148
(3) วัตถุประสงค์ของการกระทำ	151
(4) โทษ	151
(5) ข้อยกเว้น	152
3.3.1.3 ตัวอย่างคดี	152
บทที่ 4 วิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน	155
4.1 ปัญหาค่านิยมของสื่อลามกอนาจารเด็กในกฎหมายไทย	155
4.2 เหตุผลและความจำเป็นในการกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อลามก อนาจารเด็กเสมือน	160
4.2.1 ข้อเสนอแนะในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก เสมือน	160
4.2.1.1 สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนนำไปสู่การล่วงละเมิดทางเพศเด็ก	160
4.2.1.2 สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนอาจมีอันตรายต่อเด็กที่เข้าถึง	161
4.2.1.3 ความก้าวหน้าของเทคโนโลยีทำให้การพิสูจน์ว่าสื่อลามก นั้นเป็นเด็กจริงหรือเด็กเสมือนเป็นเรื่องยาก	161
4.2.1.4 กฎหมายควรจะต้องเป็นเครื่องมือในการป้องกันการเข้าถึง สื่อลามกอนาจารเด็กในทุกกรณี	161
4.2.2 ข้อโต้แย้งในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน	162

4.2.2.1	สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไม่มีอันตรายโดยตรงต่อเด็ก	162
4.2.2.2	การกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพบุคคลเกินสมควร	162
4.2.2.3	สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนอาจนำมาใช้แทนสื่อลามกอนาจารเด็กที่มีการล่วงละเมิดทางเพศเด็กจริงได้	163
4.2.2.4	สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนอาจนำมาใช้ในการให้ความรู้แก่เด็กเกี่ยวกับเรื่องทางเพศได้	163
4.2.3	ความเหมาะสมในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน	163
4.2.3.1	การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่น่าตำหนิ	164
4.2.3.2	การกระทำนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน	166
4.2.3.3	การกำหนดให้การกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาจะไม่ก่อให้เกิดผลร้ายต่อสังคมมากไปกว่าผลร้ายจากการกระทำนั้นเอง	167
4.2.3.4	การกำหนดให้การกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาไม่เป็นการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเกินความจำเป็น	168
4.2.3.5	ไม่มีมาตรการอื่นที่เหมาะสมกว่าการใช้มาตรการทางอาญาแล้ว	170
4.3	แนวทางที่เหมาะสมในการกำหนดความผิดทางอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน	171
4.3.1	กฎหมายที่ใช้บัญญัติความผิด	176
4.3.1.1	การแก้ไขนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็ก	176
4.3.1.2	การกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเพิ่มเติม	177
4.3.2	นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน	179
4.3.2.1	ประเภทของสื่อ	179
4.3.2.2	เนื้อหาของสื่อ	180
4.3.2.3	ลักษณะของเด็ก	181
4.3.3	ความเหมาะสมของโทษ	182
4.3.4	ข้อยกเว้น	183
	บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	185
5.1	บทสรุป	185
5.2	ข้อเสนอแนะ	190

(12)

บรรณานุกรม

192

ประวัติผู้เขียน

203



สารบัญภาพ

ภาพที่	หน้า
2.1 การเลือกตัวแทนตัวตน (Avatar) ในเซคันด์ไลฟ์	33
2.2 ตัวอย่างตัวแทนตัวตน (Avatar) ที่เป็นเด็กในเซคันด์ไลฟ์	33
2.3 ตัวอย่างการขายตัวแทนตัวตน (Avatar) ที่เป็นเด็กในตลาดซื้อขายของเซคันด์ไลฟ์	34
2.4 ภาพจำลองการลวงละเมิดทางเพศเด็กเสมือนในเซคันด์ไลฟ์	35
2.5 การสร้างสวีทตี้ (Sweetie)	36
2.6 สวีทตี้ (Sweetie)	37
2.7 การควบคุมสวีทตี้	38
2.8 ภาพหน้าปกโดจิน เรื่อง Geiger Counter 2	41
2.9 เนื้อเรื่องโดจินเรื่อง Psan To Issho!	42
2.10 ตัวอย่างฟีกเกอร์แนวโลลิตคอน	43
3.1 ตัวการ์ตูนในเรื่อง "เดอะซิมป์สัน"	130

รายการสัญลักษณ์และคำย่อ

สัญลักษณ์/คำย่อ

คำเต็ม/คำจำกัดความ

NPPIC

Non-Photographic Pornographic Images
of Children

the CPPA

the Child Pornography Prevention Act of
1996

the PROTECT Act

the Prosecutorial Remedies and Other
Tools to End the Exploitation of Children
Today Act of 2003



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ค่านิยมทางศีลธรรมในแต่ละสังคมและในแต่ละประเทศนั้นแตกต่างกัน นำไปสู่การบัญญัติกฎหมายที่แตกต่างกัน¹ เช่น การกระทำบางอย่างที่เป็นความผิดอาญาในประเทศใดประเทศหนึ่ง อาจจะไม่เป็นความผิดอาญาในประเทศอื่น ๆ แต่การแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็กนั้นเป็นเรื่องที่แตกต่างออกไป นานาประเทศรวมทั้งองค์การระหว่างประเทศให้ความสำคัญกับเรื่องดังกล่าว โดยการใช้กฎหมายเพื่อคุ้มครองเด็กจากการถูกแสวงหาผลประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบ เช่น การค้าประเวณีเด็ก หรือสื่อลามกอนาจารเด็ก เนื่องจากเด็กไม่ได้มีประสบการณ์เพียงพอในการตัดสินใจที่เหมาะสมเกี่ยวกับชีวิตของตนเองทำให้เด็กอาจถูกล่วงละเมิดทางเพศได้จึงต้องใช้มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กจากเรื่องดังกล่าว

สื่อลามกอนาจารเด็กเป็นส่วนหนึ่งของการแสวงหาผลประโยชน์ทางเพศจากเด็กโดยมิชอบ เนื่องจากการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กต้องมีการล่วงละเมิดทางเพศเด็กเพื่อแสดงในสื่อดังกล่าว และสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นเปรียบเสมือนอาวุธที่จะใช้บังคับให้เด็กยอมให้ถูกล่วงละเมิดทางเพศในครั้งต่อไป รวมทั้งเป็นเครื่องมือที่ใช้ในการล่อลวงเด็กเพื่อมาล่วงละเมิดทางเพศอีกด้วย อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (the Convention on the Rights of the Child) ข้อ 34 ค)² กำหนดให้รัฐภาคีคุ้มครองเด็กจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศ และการกระทำทางเพศที่มีขอบทุกรูปแบบ โดยจะต้องดำเนินการที่เหมาะสมทั้งมาตรการในประเทศ และมาตรการทวิภาคีและพหุภาคีเพื่อป้องกันการแสวงหาประโยชน์จากเด็กในการแสดงลามกอนาจารและที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจาร รัฐภาคีจึงต้องบัญญัติกฎหมายเพื่อต่อต้านสื่อลามกอนาจารเด็ก ไม่ว่าจะเป็นการครอบครอง การผลิต การส่งต่อ

¹ Michaela Poborilova, “Virtual Child Pornography,” Masaryk University Journal of Law and Technology, Vol. 5, Issue 2, pp.242 (Fall 2011).

² คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชน ; อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ; พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเรื่อง การค้าเด็ก การค้าประเวณี และสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก ; พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเรื่อง ความเกี่ยวพันของเด็กในความขัดแย้งกันด้วยอาวุธ, (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2552), น. 68 – 69.

การเผยแพร่ และการจำหน่าย เป็นกฎหมายที่แยกออกจากกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารทั่วไป เนื่องจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายทั้งสองประเภทนั้นแตกต่างกัน กฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารทั่วไปมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีของสังคม การครอบครองสื่อลามกอนาจารทั่วไปโดยไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการเผยแพร่หรือส่งต่อหรือจำหน่ายจึงไม่ผิดกฎหมาย แต่กฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองเด็กจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศ เพราะการมีอยู่ของสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นเป็นการล่วงละเมิดทางเพศเด็กในตัวเอง ดังนั้น การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กแม้ไม่ได้มีเจตนาในการส่งต่อหรือเผยแพร่หรือจำหน่ายก็ควรเป็นความผิดอาญา

ประเทศต่าง ๆ เช่น สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร สวิตเซอร์แลนด์ ออสเตรเลีย เนเธอร์แลนด์ ญี่ปุ่น และฟิลิปปินส์³ มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กโดยเฉพาะ และประเทศไทยซึ่งเป็นภาคีของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก โดยการภาคยานุวัติ เมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2535 และมีผลบังคับใช้กับประเทศไทยเมื่อวันที่ 26 เมษายน 2535⁴ ได้มีการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้โดยเฉพาะเช่นกัน โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 ที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 8 กันยายน 2558 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 8 ธันวาคม 2558 มีเนื้อหาเกี่ยวกับการกำหนดนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็ก และเพิ่มฐานความผิดอาญาขึ้นใหม่ ได้แก่ ความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก (มาตรา 287/1 วรรคแรก) ความผิดฐานส่งต่อซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กให้แก่ผู้อื่น (มาตรา 287/1 วรรคสอง) และความผิดฐานเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก (มาตรา 287/2)⁵

³ ศูนย์นานาชาติเพื่อการป้องกันและดูแลเด็กหายและเด็กที่ถูกแสวงหาผลประโยชน์ทางเพศ โดยมีขอบ, “สื่อลามกอนาจารเด็ก:กฎหมายแม่แบบและการทบทวนบทกฎหมายของแต่ละประเทศทั่วโลก,” สืบค้นเมื่อวันที่ 6 พฤษภาคม 2559,

จาก <http://www.icmec.org/wp-content/uploads/2015/10/6th-Edition-TH.pdf>

⁴ กระทรวงต่างประเทศ, “ตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่ไทยเป็นภาคี,” สืบค้นเมื่อวันที่ 5 พฤษภาคม 2559, จาก <http://www.mfa.go.th/humanrights/human-rights-conventions>

⁵ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์, “แก้ก.ม.อาญาเพิ่มความผิด มีสื่ออนาจารเด็กไว้ในครอบครอง,” สืบค้นเมื่อวันที่ 5 พฤษภาคม 2559, จาก

http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1448605472

กฎหมายแต่ละประเทศอาจให้คำนิยามและความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็กแตกต่างกัน โดยตราสารระหว่างประเทศที่ให้ความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็กไว้อย่างกว้างที่สุดคือ พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่อง การขายเด็ก การค้าประเวณี และสื่อลามกเกี่ยวกับเด็ก (Optional Protocol to the CRC on the sale of children, child prostitution and child pornography) ข้อ 2 (ค)⁶ ซึ่งกำหนดว่า สื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก หมายถึงการนำเสนอใดโดยวิธีการใดก็ตามที่เด็กเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องในกิจกรรมทางเพศอย่างชัดแจ้ง ทั้งที่เป็นจริงหรือจำลองขึ้น หรือการนำเสนออวัยวะส่วนใดในทางเพศของเด็ก เพื่อความมุ่งประสงค์หลักในทางเพศเมื่อพิจารณาจากความหมายดังกล่าวแล้ว สื่อลามกอนาจารเด็กก็จะรวมถึงสื่อลามกอนาจารที่จำลองความเป็นเด็กด้วย เช่น การให้ผู้ใหญ่ที่มีลักษณะท่าทางเหมือนเด็กมาแสดงในสื่อลามกอนาจาร หรือการใช้คอมพิวเตอร์ในการตัดต่อภาพใบหน้าของเด็กมาใส่ลงบนร่างกายที่โปเปลือยของผู้ใหญ่ หรือการใช้คอมพิวเตอร์ปรับเปลี่ยนภาพลามกอนาจารของผู้ใหญ่ให้มีลักษณะรูปร่างเหมือนกับเด็ก และที่ยิ่งไปกว่านั้นคือการวาดภาพ หรือการปั้น หรือการใช้คอมพิวเตอร์กราฟิกส์สร้างสื่อที่มีเด็กเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศโดยไม่ต้องใช้เด็กจริง ๆ ในการแสดง ซึ่งลักษณะของสื่อลามกอนาจารนี้ทั้ง 3 รูปแบบนี้ในสหรัฐอเมริกาเรียกว่า สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน (Virtual child pornography) และสหราชอาณาจักรจะใช้คำว่า Non-Photographic Pornographic Images of Children เรียกแทนสื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ได้มีเด็กที่มีตัวตนจริงมาเกี่ยวข้องในการสร้างสรรค์หรือผลิตสื่อ

ในขณะที่คนส่วนใหญ่ยอมรับว่าสื่อลามกอนาจารเด็กควรจะเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย แต่กรณีของสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนนั้น มีกระแสต่อต้านว่าสิ่งดังกล่าวไม่มีความเชื่อมโยงโดยตรงว่าจะเป็นอันตรายต่อเด็ก เนื่องจากการผลิตหรือสร้างสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไม่ได้มีการล่วงละเมิดทางเพศเด็กจริง ๆ แต่เป็นเพียงการจำลองหรือเป็นภาพที่เกิดจากจินตนาการของบุคคลเท่านั้น จึงเกิดคำถามว่าเหมาะสมหรือไม่ที่จะควบคุมความเพื่อฝันหรือจินตนาการของบุคคลให้เป็นอาชญากรรม ซึ่งมีประเด็นเกี่ยวกับการคุกคามความเป็นส่วนตัวหรือเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคล⁷ แต่อย่างไรก็ตาม ฝ่ายที่สนับสนุนให้สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเป็นสิ่งผิดกฎหมายมีความเห็นว่า สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนอาจถูกใช้เป็นเครื่องมือในการล่อลวงเด็กเพื่อมาล่วงละเมิดทางเพศได้ และสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนอาจมีผลต่อพฤติกรรมและการรับรู้ของเด็กในชีวิตจริง โดยเด็กอาจจะ

⁶ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 110.

⁷ Marie Eneman, Alisdair Gillespie and Bernd Stahl, “Criminalising Fantasies: The Regulation of Virtual Child Pornography” Retrieved on may 6, 2016, from http://www.cse.dmu.ac.uk/~bstahl/publications/2009_Criminalising_Fantasies_ECIS.pdf

เข้าใจว่าพฤติกรรมทางเพศที่อยู่ในสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเป็นเรื่องทั่วไปของสังคม และอยากที่จะลองทำตาม จึงเกิดปัญหาว่าควรมีกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนหรือไม่ อย่างไร

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาถึงนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กในกฎหมายไทย ก็ยังไม่ชัดเจนว่าครอบคลุมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนหรือไม่ จึงอาจทำให้เกิดปัญหาว่าผู้ครอบครองผู้ส่งต่อ ผู้เผยแพร่ และผู้จำหน่ายสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนจะมีความผิดตามกฎหมายไทยหรือไม่ เพียงใด และหากค่านิยมของสื่อลามกอนาจารเด็กครอบคลุมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน จะมีผลทำให้มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่า เหมาะสมหรือไม่ที่จะกำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กและสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนซึ่งมีผลร้ายต่อเด็กไม่เท่ากัน แต่มีความผิดเท่ากันและลงโทษเท่ากัน และการห้ามการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนซึ่งไม่ได้มีผลกระทบต่อสิทธิเด็กโดยตรงนั้นจะเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคลหรือไม่ อย่างไร

ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงจะศึกษาวิจัยถึงลักษณะทั่วไปของสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน ประกอบกับแนวคิดทางกฎหมายว่า สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนสมควรที่จะถูกควบคุมโดยกฎหมายอาญาหรือไม่ อย่างไร จึงจะเหมาะสมและสอดคล้องกับหลักกฎหมายอาญา โดยอาจศึกษาเปรียบเทียบจากบทกฎหมายและวิธีพิจารณาในต่างประเทศเพื่อมาปรับปรุงให้เหมาะสมกับการบัญญัติกฎหมายของประเทศไทย

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาถึงความหมายและลักษณะของสื่อลามกอนาจารเด็ก และสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน

1.2.2 เพื่อศึกษาเหตุผลและความจำเป็นที่ต้องกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก

1.2.3 เพื่อศึกษาแนวคิดทางกฎหมายและแนวทางในการจัดการกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนในต่างประเทศ

1.2.4 เพื่อศึกษาเหตุผลและความจำเป็นที่ต้องกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน

1.2.5 เพื่อศึกษาวิเคราะห์แนวทางที่เหมาะสมในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเพื่อนำมาปรับใช้ในกฎหมายไทย

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

ในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ตั้งอยู่บนสมมติฐานที่ว่า ปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก แต่การกำหนดนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นยังไม่ชัดเจนว่าครอบคลุมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเหมือนหรือไม่ ซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาในการปฏิบัติต่อไปได้ จึงควรดำเนินการเพื่อให้เกิดความชัดเจนเพื่อจะได้ดำเนินการตามกฎหมายได้ถูกต้อง และการผลิตหรือการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเหมือนโดยไม่มีเจตนาเพื่อเผยแพร่หรือจำหน่าย ควรเป็นความผิดอาญาหรือไม่ เพียงใด

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาถึงข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจารเด็ก และศึกษากฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนและแนวทางการจัดการกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนในต่างประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร ออสเตรเลีย ฟิลิปปินส์ และญี่ปุ่น เพื่อกำหนดแนวทางที่เหมาะสมในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน

1.5 วิธีการศึกษา

การศึกษาวิจัยเชิงเอกสาร โดยศึกษาวิเคราะห์ข้อมูลจากเอกสารที่เกี่ยวข้องต่างๆ ทั้งของกฎหมายไทยและกฎหมายของต่างประเทศ ทั้งจากหนังสือ วารสาร บทความ วิทยานิพนธ์ ตัวอย่างคดี และข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจารเด็ก สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทำให้ทราบความหมายและลักษณะของสื่อลามกอนาจารเด็ก และสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน

1.6.2 ทำให้ทราบเหตุผลและความจำเป็นที่ต้องกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก

1.6.3 ทำให้ทราบแนวคิดทางกฎหมายและแนวทางในการจัดการกับสื่อลามกอนาจารเด็ก
เสมือนในต่างประเทศ

1.6.4 ทำให้ทราบเหตุผลและความจำเป็นที่ต้องกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามก
อนาจารเด็กเสมือน

1.6.5 ทำให้ทราบแนวทางที่เหมาะสมในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจาร
เด็กเสมือนเพื่อนำมาปรับใช้ในกฎหมายไทย



บทที่ 2

แนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน

สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนถือเป็นปรากฏการณ์ของสังคมซึ่งมีประเด็นทางด้านจริยธรรมและด้านกฎหมายที่ยังมีคำถามและข้อถกเถียงกันอยู่ในปัจจุบัน การจะทำความเข้าใจถึงลักษณะของสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนนั้นเป็นสิ่งสำคัญ และยังคงมีประเด็นปัญหาว่าสื่อลามกอนาจารเด็กและสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเป็นสิ่งเดียวกันหรือไม่ เมื่อพิจารณาถึงการให้ความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือของหน่วยงานต่าง ๆ ก็ยังไม่ชัดเจนและยังมีความแตกต่างกัน ดังนั้น การจะทำความเข้าใจถึงความหมายและลักษณะของสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนนั้น จึงต้องมีความเข้าใจความหมายและลักษณะของสื่อลามกอนาจารเด็กก่อน เพื่อจะได้พิจารณาได้ว่าสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสื่อลามกอนาจารเด็กหรือไม่

2.1 สื่อลามกอนาจารเด็ก

สื่อลามกอนาจารเด็กเป็นรูปแบบหนึ่งของการล่วงละเมิดทางเพศเด็ก ซึ่งจากการศึกษาพบว่าเด็กที่มีส่วนร่วมในการผลิตสื่อลามกอนาจารจะมีอาการหดหู่ มีพฤติกรรมต่อต้านสังคม มีอาการซึมเศร้า มีความกลัว มีความวิตกกังวล และอารมณ์แปรปรวน¹ โดยภาพหรือสื่อเหล่านั้นมักจะจัดทำขึ้นเพื่อเผยแพร่ให้กลุ่มคนที่ชอบมีเพศสัมพันธ์กับเด็กได้ดูการล่วงละเมิดทางเพศเด็กซ้ำแล้วซ้ำเล่า ทำให้สิ่งเหล่านี้เป็นตราบาบติดตัวเด็กไปตลอดชีวิต สื่อลามกอนาจารเด็กจึงเป็นสิ่งที่นานาประเทศต่อต้าน และออกกฎหมายให้การผลิต ครอบครอง เผยแพร่ ส่งต่อ และการค้า สื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดอาญา เพื่อคุ้มครองเด็ก ซึ่งก่อนที่จะศึกษารายละเอียดของกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ในเบื้องต้นก็จำเป็นจะต้องเข้าใจความหมายและลักษณะทั่วไปของสื่อลามกอนาจารเด็ก เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าสิ่งใดคือสื่อลามกอนาจารเด็กซึ่งเป็นสิ่งผิดกฎหมาย

¹ Mimi Halper Silbert, “On Effects on Juveniles of Being Used for Pornography and Prostitution”, Retrieved on November 29, 2005, from <http://www.crime-research.org/articles/536>. Quoted in Rebecca Ong, “Child Pornography and the Internet in Hong Kong,” *Rutgers Computer & Technology Law Journal*, Vol. 32, Issue 1, pp. 92 (2005).

2.1.1 ความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็ก

การให้ความหมายสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นเรื่องสำคัญ เพราะการจะใช้กฎหมายอาญาบังคับกับสิ่งใดกฎหมายนั้นต้องมีความชัดเจนแน่นอน แต่การให้คำนิยามที่ชัดเจนของสื่อลามกอนาจารเด็กไม่ใช่เรื่องง่าย ในแต่ละประเทศได้ให้ความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็กแตกต่างกันไป อาจเป็นเพราะด้วยทัศนคติและมาตรฐานของสังคมที่แตกต่างกันตามภูมิหลังทางจริยธรรมทางสังคม ศาสนาและวัฒนธรรม กฎหมายระหว่างประเทศจึงได้นิยามความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็กไว้อย่างกว้าง ๆ ไม่เฉพาะเจาะจง เพื่อให้ครอบคลุมและคุ้มครองเด็กได้อย่างมีประสิทธิภาพ เช่น พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่อง การขายเด็ก การค้าประเวณี และสื่อลามกเกี่ยวกับเด็ก (Optional Protocol to the CRC on the sale of children, child prostitution and child pornography) ข้อ 2 (ค)² กำหนดว่า สื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก หมายถึง การนำเสนอใด โดยวิธีการใดก็ตามที่เด็กเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องในกิจกรรมทางเพศอย่างชัดแจ้ง ทั้งที่เป็นจริงหรือจำลองขึ้น หรือการนำเสนออวัยวะส่วนใดในทางเพศของเด็กเพื่อความมุ่งประสงค์หลักในทางเพศ แต่อย่างไรก็ตาม ในพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่อง การขายเด็ก การค้าประเวณี และสื่อลามกเกี่ยวกับเด็ก ไม่ได้กำหนดนิยามของคำว่าเด็กเอาไว้ จึงต้องใช้เกณฑ์ตามคำนิยามในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก คือ เด็ก หมายถึง มนุษย์ทุกคนที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านั้นตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็กนั้น

อนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ของสภายุโรป (European Council's Convention on Cybercrime) ข้อ 9 ความผิดที่เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก โดยในวรรคสอง ได้นิยามว่า สื่อลามกอนาจารเด็กนั้น หมายถึง สื่อลามกอนาจารที่แสดงภาพของที่มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศอย่างชัดแจ้ง บุคคลที่ดูเหมือนเป็นเด็กมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศอย่างชัดแจ้ง ภาพเสมือนจริงที่แสดงถึงเด็กมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศอย่างชัดแจ้ง และข้อ 9 วรรคสาม ได้

² คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชน ; อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ; พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเรื่อง การค้าเด็ก การค้าประเวณี และสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก ; พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเรื่อง ความเกี่ยวพันของเด็กในความขัดแย้งกันด้วยอาวุธ, (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2552), น. 110.

กำหนดไว้ว่า เด็ก คือบุคคลที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปี แต่รัฐภาคีสามารถกำหนดอายุของเด็กให้ต่ำกว่าที่อนุสัญญากำหนดได้โดยต้องไม่ต่ำกว่าสิบหกปี³

นอกจากนี้ องค์กรระหว่างประเทศและหน่วยงานต่าง ๆ ก็มีการให้คำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อประโยชน์ในการดำเนินการตามมาตรการในการต่อต้านสื่อลามกอนาจารเด็กของหน่วยงานนั้น ๆ ดังนี้

1) คณะกรรมาธิการเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติสำหรับเอเชียและแปซิฟิก (United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific – UNESCAP) กำหนดว่า สื่อลามกอนาจารเด็ก หมายความว่า วัตถุที่ใช้ดูหรือฟัง ซึ่งเกี่ยวข้องกับการใช้เด็กในทางเพศ ประกอบด้วยการบรรยายภาพเด็ก ไม่ว่าจะเกิดขึ้นจริงหรือจัดฉากก็ตาม หรือการแสดงลามกของอวัยวะเพศโดยมุ่งหมายทำให้เกิดความพอใจแก่ผู้ชม และหมายความรวมถึงการผลิต การจัดจำหน่ายและการใช้วัตถุเหล่านั้นด้วย⁴

2) ผู้รายงานการประมุขพิเศษว่าด้วยการขายเด็ก การค้าประเวณีเด็ก และสื่อลามกอนาจารเด็ก (The Special Rapporteur on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของคณะมนตรีสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (the United Nations Human Rights Council) กำหนดว่า สื่อลามกอนาจารเด็ก หมายความว่า การแสดงออกไม่ว่าทางกายภาพหรือทางเสียงของเด็กเพื่อความพึงพอใจทางเพศของผู้ใช้ และรวมถึงการผลิต การจัดจำหน่ายหรือการใช้วัตถุดังกล่าว⁵

3) สหภาพยุโรป (EU) โดย The Committee of Ministers Recommendation R (91) 11, 1991 กำหนดว่า สื่อลามกอนาจารเด็ก หมายความว่า วัตถุทางภาพและเสียงใด ๆ ที่ใช้เด็กในบริบททางเพศ⁶

4) ตำรวจสากล (INTERPOL) ใน Standing Working Party on Law Enforcement เมื่อปี 1996 กำหนดว่า สื่อลามกอนาจารเด็ก หมายความว่า วิธีการใด ๆ ของการแสดงหรือ

³ Council of Europe, “Convention on Cybercrime”, Retrieved on May 29, 2018, from <https://rm.coe.int/1680081561>

⁴ สาธินี หอมชื่นชม, “มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับภาพลามกอนาจารบนสื่ออิเล็กทรอนิกส์,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2557) น. 209–210.

⁵ เพิ่งอ้าง, น. 209–210.

⁶ เพิ่งอ้าง, น. 209–210.

กระตุ้นการแสวงหาประโยชน์ทางเพศของเด็ก ซึ่งรวมถึงข้อเขียนหรือวัตถุที่สื่อทางเสียงซึ่งเน้นพฤติกรรมทางเพศหรืออวัยวะเพศของเด็ก⁷

5) มุลนิธิเพื่อยุติการแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็ก (End child Prostitution in Asia Tourism - ECPAT) ได้กำหนดว่า สื่อลามกอนาจารเด็กนั้นรวมถึงสื่อทั้งประเภทภาพและเสียง ดังนี้ สื่อลามกอนาจารเด็ก หมายถึง ภาพของเด็กที่มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศที่ชัดเจน ทั้งในความเป็นจริงหรือจำลองขึ้นมา หรือการแสดงภาพอวัยวะเพศของเด็กในทางลามก และการใช้อุปกรณ์เสียงใด ๆ โดยใช้เสียงของเด็กซึ่งเป็นทั้งในความเป็นจริงหรือจำลองขึ้นมาเพื่อความพึงพอใจทางเพศของผู้ใช้⁸

กฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของต่างประเทศก็ให้คำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กแตกต่างกันไป เช่น

ประมวลกฎหมายอาญาของสหรัฐอเมริกา (United States Code) มาตรา 2256 (8) กำหนดว่า สื่อลามกอนาจารเด็ก (Child pornography) หมายถึง สื่อแสดงภาพ (visual depiction) รวมถึง รูป फिल्म วิดีโอ รูปภาพ คอมพิวเตอร์ ภาพที่มีการปรับแต่งโดยคอมพิวเตอร์ ไม่ว่าจะโดยวิธีการทางไฟฟ้า วิศวกรรม หรือโดยวิธีการอื่น ซึ่งการผลิตสื่อที่มีการใช้เด็กในการกระทำทางเพศอย่างชัดแจ้ง (sexually explicit conduct) โดยสื่อเป็นภาพดิจิทัล ภาพคอมพิวเตอร์ หรือภาพที่มีการปรับแต่งโดยใช้คอมพิวเตอร์ ซึ่งมันแสดงถึงการที่มีเด็กเข้าร่วมในการกระทำทางเพศอย่างชัดแจ้ง (sexually explicit conduct) หรือเป็นภาพที่ไม่อาจแยกออกจากภาพที่มีเด็กเข้าร่วมในกิจกรรมทางเพศอย่างชัดแจ้งได้ หรือภาพนั้นถูกสร้าง ปรับแต่ง หรือปรับปรุงให้ดูเหมือนว่ามีเด็กเข้าร่วมในกิจกรรมทางเพศจนไม่สามารถแยกออกได้⁹ และมาตรา 2256 (1) ได้ให้คำนิยามว่า เด็ก (minor) หมายถึง บุคคลใดที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปี¹⁰

กฎหมายของเขตบริหารพิเศษฮ่องกงแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน ในพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการป้องกันสื่อลามกอนาจารเด็ก (the Prevention of Child Pornography Ordinance) ให้คำนิยามว่า สื่อลามกอนาจารเด็ก หมายถึง ภาพถ่าย ภาพยนตร์ ภาพที่สร้างขึ้นโดยใช้

⁷ เฟิ่งอ๋าง, น. 209–210.

⁸ Rebecca Ong, “Child Pornography and the Internet in Hong Kong,” *Rutgers Computer & Technology Law Journal*, Vol.32, Issue 1, pp.89, (2005).

⁹ มินฉวี ฉัตรจินดา, “ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น. 104–105.

¹⁰ เฟิ่งอ๋าง, น. 105.

คอมพิวเตอร์ หรือสื่อแสดงภาพอื่น ๆ ที่มีลักษณะลามกอนาจาร (pornographic depiction) ของบุคคลซึ่งเป็นเด็กหรือแสดงให้เห็นว่าเป็นเด็ก ไม่ว่าจะสร้างขึ้นโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือวิธีการอื่นใด และรวมถึงข้อมูลที่เก็บไว้ในรูปแบบที่สามารถแปลงไปเป็นภาพถ่าย ภาพยนตร์ รูปภาพ หรือภาพลามกอนาจารได้¹¹ ส่วน “เด็ก” หมายถึง บุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบหกปี¹² สำหรับลักษณะลามกอนาจาร (pornographic depiction) นั้นหมายถึง ภาพที่แสดงถึงบุคคลที่มีส่วนร่วมในพฤติกรรมทางเพศที่ชัดเจน หรือภาพที่แสดงถึงลักษณะทางเพศหรือบริบทในทางเพศ เช่น อวัยวะเพศหรือบริเวณทวารหนักของบุคคล หรือหน้าอกของผู้หญิง¹³

กฎหมายของประเทศญี่ปุ่น ในพระราชบัญญัติระเบียบเกี่ยวกับการค้าประเวณีเด็กและสื่อลามกอนาจารเด็กและการคุ้มครองเด็ก (Act on Regulation and Punishment of Acts Relating to Child Prostitution and Child Pornography, and the Protection of Children) มาตรา 2 (1)¹⁴ กำหนดว่า เด็ก หมายถึง บุคคลที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปี ส่วน มาตรา 2 (3)¹⁵ กำหนดว่า

¹¹ Rebecca Ong, *supra note 8*, pp.89.

¹² *Ibid.*, pp.89.

¹³ *Ibid.*, pp.89.

¹⁴ Act on Regulation and Punishment of Acts Relating to Child Prostitution and Child Pornography, and the Protection of Children Article 2 (1) The term "child" as used in this Act shall mean a person under 18 years of age.

¹⁵ Act on Regulation and Punishment of Acts Relating to Child Prostitution and Child Pornography, and the Protection of Children Article 2 (3) The term "child pornography" as used in this Act shall mean photographs, recording media containing electromagnetic records (any record which is produced by electronic, magnetic or any other means unrecognizable by natural perceptive functions and is used for data-processing by a computer; the same shall apply hereinafter) or any other medium which depicts the pose of a child,

which falls under any of the following categories, in a visible way:

(i) Any pose of a child engaged in sexual intercourse or any conduct similar to sexual intercourse;

(ii) Any pose of a child having his or her genital organs touched by another person or of a child touching another person's genital organs, which arouses

คำว่า สื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ในพระราชบัญญัตินี้ หมายถึง ภาพถ่าย ภาพที่มีการบันทึกด้วยแม่เหล็กไฟฟ้า (ภาพใด ๆ ที่บันทึกโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ แม่เหล็กไฟฟ้า หรือด้วยวิธีการอื่นใดที่ไม่ใช่วิธีโดยธรรมชาติ และใช้การประมวลผลด้วยคอมพิวเตอร์ และวิธีการอื่นใดที่มีลักษณะเดียวกัน) หรือสื่ออื่น ๆ ซึ่งแสดงให้เห็นภาพของเด็กในลักษณะดังต่อไปนี้

- (i) ภาพของเด็กที่มีส่วนร่วมในการมีเพศสัมพันธ์หรือคล้ายกับการมีเพศสัมพันธ์
- (ii) ภาพที่แสดงให้เห็นอวัยวะเพศของเด็กซึ่งมีบุคคลอื่นสัมผัสอยู่ หรือภาพของเด็กที่สัมผัสอวัยวะเพศของบุคคลอื่น ในลักษณะที่กระตุ้นความต้องการทางเพศของผู้ชม
- (iii) ภาพของเด็กที่เด็กเปลือยกายทั้งหมดหรือบางส่วน ซึ่งแสดงให้เห็นส่วนของร่างกายที่เกี่ยวข้องกับเพศของเด็ก (อวัยวะเพศ หรือบริเวณรอบ ๆ อวัยวะเพศ ก้น หรือ หน้าอก) โดยเสนอหรือเน้นเพื่อกระตุ้นความต้องการทางเพศของผู้ชม

กฎหมายของสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ในพระราชบัญญัติต่อต้านสื่อลามกอนาจารเด็ก 2009 (The Anti-Child Pornography Act of 2009) มาตรา 3(A)¹⁶ ให้คำนิยามว่า เด็ก หมายถึง บุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปีหรือมากกว่าแต่ไม่สามารถดูแลตัวเองอย่างเต็มที่จากการถูกทำร้าย การถูกทอดทิ้ง การถูกทารุณ การแสวงหาผลประโยชน์ หรือการเลือกปฏิบัติ เนื่องจากความพิการทางร่างกาย หรือจิตใจ หรืออาการป่วย นอกจากนี้เพื่อความมุ่งหมายของพระราชบัญญัตินี้ เด็กอาจหมายถึงความถึง (1) บุคคลไม่ว่าจะอายุเท่าใดที่น่าเสนอ แสดง หรือสวมบทบาทเป็นเด็กตาม

or stimulates the viewer's sexual desire;

(iii) Any pose of a child wholly or partially naked, which the sexual body parts of the child (genital organs or the parts around them, buttocks or busts) are exhibited or emphasized and arouses or stimulates the viewer's sexual desire.

¹⁶ Anti-Child Pornography Act of 2009 Section 3. Definition of Terms. -

(a) "Child" refers to a person below eighteen (18) years of age or over, but is unable to fully take care of himself/herself from abuse, neglect, cruelty, exploitation or discrimination because of a physical or mental disability or condition.

For the purpose of this Act, a child shall also refer to:

(1) a person regardless of age who is presented, depicted or portrayed as a child as defined herein; and

(2) computer-generated, digitally or manually crafted images or graphics of a person who is represented or who is made to appear to be a child as defined herein.

ความหมายในพระราชบัญญัตินี้ และ (2) ภาพหรือกราฟิกที่สร้างขึ้นด้วยคอมพิวเตอร์หรือภาพดิจิทัลของผู้ที่เป็นตัวแทนหรือผู้ซึ่งปรากฏว่าเป็นเด็กตามความหมายในพระราชบัญญัตินี้ และมาตรา 3(B)¹⁷ ให้คำนิยามว่า สื่อลามกอนาจารเด็ก หมายถึง สื่อใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นการแสดงภาพ เสียงหรือลายลักษณ์อักษร ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ทางเครื่องจักรกล ทางดิจิทัล ทางออปติคัล ทางแม่เหล็ก หรือด้วยวิธีการอื่นใด ซึ่งเกี่ยวกับเด็กที่มีส่วนร่วมหรือเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเพศอย่างชัดแจ้ง หรือการจำลองกิจกรรมทางเพศที่ชัดเจน

สำหรับในประเทศไทยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้ให้คำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กว่า หมายถึง ภาพถ่าย วีดีโอ ภาพยนตร์ ภาพวาดภาพกราฟิก ที่ให้เด็กมีส่วนร่วมกิจกรรมทางเพศ หรือสื่อสารว่าเด็กมีส่วนร่วมอยู่ด้วย หรือภาพโป๊เปลือยของเด็กในเชิงกามารมณ์ และอาจหมายรวมถึงงานเขียนที่เกี่ยวกับกิจกรรมทางเพศกับเด็กอย่างชัดเจนด้วย อนึ่ง คำว่า “เด็ก” ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก หมายถึง บุคคลที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปี¹⁸

ส่วนในกฎหมายไทยนั้น พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 ได้เพิ่มคำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1 (7) “สื่อลามกอนาจารเด็ก” หมายความว่า วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้รู้หรือเห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปี โดยรูป เรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือรูปแบบอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน และให้หมายความรวมถึงวัตถุหรือสิ่งต่าง ๆ ข้างต้นที่จัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้

เมื่อพิจารณาจากความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็กที่ได้มีการให้นิยามไว้ในหลายลักษณะจะเห็นได้ว่า การให้ความหมายหรือคำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นสามารถแบ่งได้เป็นสามส่วน ดังนี้

¹⁷ Emmanuel Rey P Cruz, “Outlawing Lolita: Testing the Constitutionality and Practicality of the “Victimless” Provisions of the Anti-Child Pornography Act of 2009,” *Ateneo Law Journal*, Vol. 55, Issue 3, pp.765 (2010).

¹⁸ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, ศัพท์สิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมและสิทธิมนุษยชนศึกษา, ประมวลศัพท์และความรู้สิทธิมนุษยชนเล่ม 2, (กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2556), น. 42.

2.1.1.1 สื่อ

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554¹⁹ ได้ให้ความหมายของ “สื่อ” ว่า หากเป็นคำกริยา หมายถึง ติดต่อให้ถึงกัน เช่น สื่อความหมาย ชักนำให้รู้จักกัน หากเป็นคำนาม หมายถึง ผู้หรือสิ่งที่ติดต่อให้ถึงกันหรือชักนำให้รู้จักกัน เช่น เขาใช้จดหมายเป็นสื่อติดต่อกัน กุหลาบแดงเป็นสื่อของความรัก เรียกผู้ที่ทำหน้าที่ชักนำเพื่อให้ชายหญิงได้แต่งงานกัน ว่า พ่อสื่อ หรือ แม่สื่อ หากเป็นความหมายในทางศิลปะ หมายถึง วัสดุต่าง ๆ ที่นำมาสร้างสรรค์งานศิลปกรรม ให้มีความหมายตามแนวคิด ซึ่งศิลปินประสงค์แสดงออกเช่นนั้น เช่น สื่อผสม

ในทางกฎหมายพระราชบัญญัติกองทุนพัฒนาสื่อปลอดภัยและสร้างสรรค์ พ.ศ. 2558 มาตรา 3²⁰ ได้ให้ความหมายว่า สื่อ หมายถึง สิ่งที่ทำให้ปรากฏด้วยอักษร เครื่องหมาย ภาพ หรือเสียง ไม่ว่าจะจัดทำในรูปแบบของเอกสาร สิ่งพิมพ์ ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี รูปภาพ ภาพโฆษณา รูปถ่าย ภาพวาดภาพกราฟิก ภาพยนตร์ วิทยุทัศน์ การแสดง ข้อมูลคอมพิวเตอร์ในระบบคอมพิวเตอร์ หรือได้จัดทำในรูปแบบอื่นใดตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

เมื่อพิจารณาจากความหมายของคำว่าสื่อและประเภทของสื่อในคำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศต่าง ๆ นั้น จะเห็นได้ว่า สื่อ แบ่งออกได้เป็น 3 ประเภทใหญ่ ๆ ได้แก่ สื่อแสดงภาพ เช่น สิ่งพิมพ์ ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี รูปภาพ ภาพโฆษณา รูปถ่าย ภาพวาดภาพกราฟิก ภาพยนตร์ วิทยุทัศน์ แอ็บต้นทึกภาพ สื่อที่ไม่ใช่สื่อแสดงภาพ เช่น เอกสาร แอ็บต้นทึกเสียง และสื่อเทคโนโลยี เช่น ข้อมูลคอมพิวเตอร์ในระบบคอมพิวเตอร์ และจะเห็นได้ว่า บางคำนิยามก็ได้กำหนดประเภทของสื่อไว้อย่างชัดเจนว่าสื่อลามกอนาจารเด็กรวมถึงสื่อใดบ้าง แต่บางคำนิยามก็ไม่ได้ระบุไว้อย่างชัดเจน

2.1.1.2 เนื้อหาของสื่อ

เนื้อหาของสื่อเป็นส่วนสำคัญในการพิจารณาว่าสื่อ นั้น เป็นสื่อลามกอนาจารเด็กหรือไม่ โดยในคำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กของต่างประเทศส่วนมากจะไม่ได้ระบุว่า ภาพดังกล่าวต้องมีลักษณะลามกอนาจาร แต่จะนิยามในลักษณะว่าต้องเป็นภาพของเด็กที่มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศอย่างชัดเจน และบางประเทศยังได้รวมถึงการจำลองอีกด้วย ซึ่งจะเป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน แต่สำหรับในกฎหมายหมายไทยกำหนดชัดเจนว่าสื่อที่จะ

¹⁹ ราชบัณฑิตยสถาน, “พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554,” สืบค้นเมื่อวันที่ 26 พฤศจิกายน 2560 จาก <http://www.royin.go.th/dictionary/>

²⁰ พระราชบัญญัติกองทุนพัฒนาสื่อปลอดภัยและสร้างสรรค์ พ.ศ. 2558, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 132, ตอนที่ 21 ก, น. 30, (26 มีนาคม 2558).

เป็นสื่อลามกอนาจารเด็กนั้น ต้องเป็นสื่อแสดงให้รู้หรือเห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็ก ซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปี โดยรูป เรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร

คำว่าลามกเป็นคำมาจากคำภาษาบาลีซึ่งอ่านว่า ลา-มะ-กะ แปลว่า ทรมาน ต่ำทรมาน หยาบเข้า เป็นบาป ในเอกสารเก่า คำว่า ลามก มีความหมายหลายอย่าง กล่าวคือ หมายถึง ผิดแปลกในทางร้าย เช่น ในรายยาวมหาเวสสันดรชาดก มีข้อความว่า “ธาตุทั้งสี่จึงวิปริต ทรงพระสุบินนิมิตผิดประหลาดลามก เจ้าจะสะดุ้งตกพระทัยไปโยมิ” หรือหมายถึง ต่ำทรมาน หยาบเข้า ไม่เป็นมงคล เป็นเสียดจัญไร เช่น ในพระราชพงศาวดารกรุงสยามฉบับบริติชมิวเซียมมีข้อความว่า “พระสงฆ์บรรดาผู้ฝ่ายเหนือนี้...ฆ่าคนปล้นเอาทรัพย์สิ่งของและกินสุรา ช่างเสพด้วยสีกา ให้ขาดจาก สีกาบพจตุปราชิก เป็นลามกอยู่ในพระศาสนาฉะนี้” ส่วนในภาษาไทยปัจจุบัน ลามก หมายถึง หยาบเข้า น่ารังเกียจ ไม่น่าดูไม่น่าฟัง เนื่องจากเกี่ยวข้องกับเรื่องเพศ เช่น ผู้เผยแพร่คลิปลามกในเว็บไซต์ของโรงเรียนถูกจับได้แล้ว เขาชอบใช้คำลามก ใคร ๆ จึงไม่อยากพูดด้วย²¹

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้ให้ความหมายของ “ลามก” ว่า หยาบเข้าต่ำทรมาน หยาบโลน อันเป็นที่น่ารังเกียจของคนดีมีศีลธรรม เช่น หนังสือลามก พุดลามก ทำลามก²²

ในทางกฎหมายไม่มีกฎหมายใดให้คำนิยามคำว่าลามกเอาไว้ ดังนั้นจึงต้องพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาที่เคยวินิจฉัยไว้ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1856/2492²³ ภาพหญิงเปลือยกายในทางต่างๆ ที่ไม่เปิดเผยให้เห็นของลับอวัยวะเป็นแต่แสดงให้เห็นความงามของทรวดทรงอวัยวะภายนอกและแสดงฝีมือในการถ่ายและวาดภาพ ไม่แสดงไปในทางเลวทรามต่ำช้าแล้ว ไม่เป็นของลามก อนาจาร

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1223/2508²⁴ ภาพพิมพ์ของกลางเป็นเพียงภาพที่แสดงถึงส่วนสัดส่วนความสมบูรณ์ของร่างกายที่ได้มีสิ่งปกปิดโดยเฉพาะส่วนล่างก็พยายามปกปิดหรือทำเป็นเพียงเงา ๆ และได้ลบเลือนให้เป็นอวัยวะที่ราบเรียบแล้ว ภาพไม่มีลักษณะน่าเกลียดน่าอาย

²¹ สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, “ลามก (13 สิงหาคม 2555)” สืบค้นเมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม 2559, จาก <http://www.royin.go.th/?knowledges=ลามก-๑๓-สิงหาคม-๒๕๕๕>

²² ราชบัณฑิตยสถาน, *อั้งแล้ว เจริญธรรมที่ 19*.

²³ ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา, “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1856/2492” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 เมษายน 2560, จาก <http://deka.supremecourt.or.th/>

²⁴ ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา, “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1223/2508” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 เมษายน 2560, จาก <http://deka.supremecourt.or.th/>

บัดนี้แล้ว ดังนี้ไม่ถือว่าเป็นภาพลามกตามความหมายที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3510/2531²⁵ ภาพหญิงยืนเปลือยกายกอดชาย ภาพหญิงสวมแต่กางเกงในโปรงตามมีผู้ชายนอนกอดมือโอบบริเวณทรวงอก ภาพหญิงเปลือยกายท่อนบนใช้มือจับหูโทรศัพท์กดที่อวัยวะเพศ ภาพหญิงเปลือยกายมีแหคคุมตัวมือข้างหนึ่งกุมนมอีกข้างหนึ่ง กุมอวัยวะเพศ ภาพหญิงเปิดเสื้อให้เห็นนม ล้วงมือเข้าไปในกระโปรง ภาพหญิงเปลือยอกสวมกางเกงในมือล้วงไปที่อวัยวะเพศและภาพหญิงเปลือยอกสวมกางเกงขาสั้น มือข้างหนึ่งล้วงไปจับที่อวัยวะเพศ ภาพดังกล่าวแม้ไม่เห็นอวัยวะเพศชัดเจนแต่ก็มีลักษณะสื่อไปในด้านยั่วกามารมณ์ และภาพหญิงเปลือยตลอดร่างซึ่งพอเห็นอวัยวะเพศได้บ้างถือได้ว่าเป็นภาพอันลามก ไม่ใช่ภาพศิลปะที่แสดงถึงส่วนสัดความสมบูรณ์ของร่างกาย ข้อความต่าง ๆ ที่ได้บรรยายถึงการร่วมประเวณีของชายและหญิงอย่างชัดเจนละเอียดลออ โดยบรรยายถึงอารมณ์ของชายและหญิงไปในทางยั่วกามารมณ์ แม้จะมีได้ใช้ถ้อยคำหยาบคายก็ถือได้ว่าเป็นข้อความอันลามก

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6301/2533²⁶ ภาพพิมพ์ของกลางเป็นภาพหญิงสาวซึ่งมีบางภาพเปิดเผยเต้านมอย่างโจ่งแจ้ง ส่วนที่อวัยวะเพศแม้จะมีผ้าอาภรณ์ปกปิดไว้ แต่ก็ปกปิดไว้อย่างหมิ่นเหม่ ซึ่งนอกจากจะอยู่ในอิริยาบถที่ไม่เรียบร้อยไม่น่าดูแล้ว ยังอยู่ในอิริยาบถที่น่าเกลียดน่าบัดสีอีกด้วย กล่าวคือ มีบางภาพอยู่ในอิริยาบถนอนก้นนอนหงายถ่างขาออกอย่างกว้างทำนองเจตนาเพื่ออวดอวัยวะเพศอย่างเด่นชัด ส่วนภาพที่อยู่ในอิริยาบถนั่งกึ่งถ่างขาออกแม้จะมีผ้าปกปิดอวัยวะเพศก็เป็นผ้าบางใส ซึ่งแสดงว่าต้องการอวดอวัยวะเพศเช่นเดียวกับภาพในอิริยาบถนอนดังกล่าว จึงเป็นภาพที่มีเจตนายั่วให้บังเกิดความใคร่ทางกามารมณ์โดยตรง ถือว่าเป็นภาพลามกตามความหมายที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287(1)

นอกจากนี้สำนักงานตำรวจแห่งชาติได้ออกระเบียบการตำรวจไม่เกี่ยวกับคดี ลักษณะที่ 43 ระเบียบเกี่ยวกับหญิง เด็กหญิง และวัตถุลามกอนาจาร²⁷ เพื่อใช้เป็นแนวทางปฏิบัติ

²⁵ ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา, “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3510/2531” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 เมษายน 2560, จาก <http://deka.supremecourt.or.th/>

²⁶ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6301/2533” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 เมษายน 2560, จาก <https://deka.in.th/view-24853.html>

²⁷ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ, “ระเบียบการตำรวจไม่เกี่ยวกับคดี ลักษณะที่ 43 ระเบียบเกี่ยวกับหญิง เด็กหญิง และวัตถุลามกอนาจาร,” ประมวลระเบียบการตำรวจไม่เกี่ยวกับคดี, น. 1207 - 1209 (2540).

เกี่ยวกับการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นวัตถุลามกอนาจาร ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้ “เนื่องจากวัตถุลามกอนาจารทั้งหลาย ทั้งที่เป็นหนังสือ ภาพปั้น ภาพเขียน ภาพพิมพ์ รูปถ่าย และภาพยนตร์ เป็นต้นเหตุ ทำให้ศีลธรรมของประชาชนเสื่อมทรามลงก่อให้เกิดความผิตาต่าง ๆ ได้มากมายหลายประการ จำเป็นที่จะต้องเร่งรัดปราบปรามจับกุมการเผยแพร่หลายซึ่งบรรดาวัตถุลามกอนาจารเหล่านี้โดยกวดขัน... (2) การจะวินิจฉัยว่า วัตถุใดเป็นลามกอนาจารหรือไม่นั้น โดยเหตุที่ไม่มีตัวบทกฎหมายใดให้คำจำกัดความหมายไว้ การพิจารณาจึงต้องถือเอาตามความเข้าใจอย่างธรรมดาของคนทั่ว ๆ ไป เป็นเกณฑ์ประกอบหลักเหล่านี้ คือ ก. ความลามกนั้นได้แสดงออกอย่างชัดแจ้งมิได้หลบอยู่ในข่ายแห่งศิลป์ ข. ผู้กระทำมีเจตนาโดยตรงที่จะปลุกใจให้บังเกิดความรู้สึกนึกคิดในทางชั่วร้ายอันน่าอัปยศขายหน้าเป็นสิ่งที่น่าเกลียด ไม่น่าดูน่าฟังหรือน่าสัมผัส ตามปกติมักจะจงใจให้เกิดความกำหนดและมักมากในกามคุณ ค. เป็นทางที่ทำให้เสื่อมเสียศีลธรรมอันดีของประชาชน...” อย่างไรก็ตาม ระเบียบดังกล่าวได้ถูกยกเลิกแล้ว ตามคำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ที่ 267/2556 ลงวันที่ 26 เมษายน 2556²⁸

สรุปได้ว่า สิ่งลามก หมายถึง สิ่งที่ผู้พบเห็นมีความรู้สึกอูจาด บัดสี หยาบเข้า นำไปสู่ความใคร่ทางกามารมณ์ ส่วนใหญ่จะเป็นในรูปของภาพเปลือยมนุษย์ หรือภาพอวัยวะเพศของหญิงและชาย ภาพการร่วมเพศ หรือการบรรยายให้เกิดจินตนาการดังกล่าวเพื่อยั่วให้เกิดความใคร่ทางกามารมณ์ แต่ถ้าเป็นสิ่งที่เป็ศิลปะ เช่น การวาดภาพสัดส่วนหญิงเปลือยกายที่อวัยวะเพศถูกระบายให้ลบลือน ไม่น่าเกลียด อูจาด บัดสี ที่จะนำไปสู่ความใคร่ทางกามารมณ์ไม่เป็ลามกอนาจาร²⁹

ส่วนอนาจาร หมายความว่า ความประพฤติไม่สมควรทางเพศ น่าอัปยศลามก นำบัดสี ทำให้เป็นที่อัปยศ เป็นที่น่ารังเกียจแก่ผู้อื่นในทางเพศ เช่น สัมผัสจับต้องอวัยวะเพศของหญิง การกอด ปล้ำ อดมือหญิง แต่ถ้าไม่ใช่การกระทำเพื่อบ่งหมายในทางเพศ เช่น กอดหญิงเพื่อป้องกันไม่ให้ถูกทำร้าย หรือจับแขนหญิงเพื่อทำร้ายหรือหลักทรัพย์ก็ไม่เป็นการอนาจาร และที่สำคัญต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคลโดยตรง แม้จะให้ผู้อื่นกระทำต่อตนเอง เช่น ให้ผู้อื่น

²⁸ คำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ที่ 267/2556 ลงวันที่ 26 เมษายน 2556 เรื่อง ยกเลิกประมวลระเบียบการตำรวจไม่เกี่ยวกับคดี

²⁹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, หลักกฎหมายอาญา ภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560), น. 252.

จับของลับของตน ก็เป็นการกระทำอนาจารต่อผู้อื่นนั้นได้ แต่ถ้าเป็นการกล่าวด้วยวาจา เขียนด้วยภาพ ไม่เป็นการอนาจาร แต่อาจจะเป็นสิ่งลามกได้³⁰

ดังนั้น อาจสรุปได้ว่าไม่ใช่ทุกสิ่งที่โปเปลือยจะเป็นสิ่งลามกอนาจาร ตัวอย่างเช่น สิ่งที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ สิ่งที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อการสอนหรือทางวิทยาศาสตร์ หรืองานศิลปะที่มีลิขสิทธิ์ หรือภาพเปลือยของเด็กทารกที่ไม่มีลักษณะมุ่งหมายในทางเพศหรือทำให้เกิดความใคร่ สิ่งที่จะเป็นสิ่งที่มีความลามกอนาจารในทางอาญาจะต้องมีผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อประชาชนและไม่มีคุณค่าทางศิลปะ การเมือง หรือวิทยาศาสตร์

2.1.1.3 เด็ก

เด็กเป็นกำลังสำคัญที่จะต้องเติบโตขึ้นไปเป็นผู้ที่ทำหน้าที่พัฒนาชาติ บริหารบ้านเมืองต่อไปในอนาคต ดังคำกล่าวที่ว่าเด็กในวันนี้คือผู้ใหญ่ในวันหน้า แนวคิดเกี่ยวกับอายุของเด็กขึ้นอยู่กับกฎหมายของประเทศนั้น ๆ และในหลักสากลตามกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (the Convention on the Rights of the Child) กำหนดว่า เด็ก หมายถึง มนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านั้นตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็กนั้น ซึ่งเด็กที่ปรากฏอยู่ในสื่อลามกอนาจารเด็กอาจเป็นทั้งเด็กเล็กหรือเด็กโตที่มีพัฒนาการทางร่างกายใกล้เคียงกับผู้ใหญ่ ซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาได้ว่าบุคคลที่อยู่ในสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นผู้ใหญ่ ในกรณีนี้อาจดูได้จากพัฒนาการทางร่างกายของเด็ก³¹ ซึ่งสามารถพิจารณาได้ ดังนี้

(1) เด็กหญิง

พัฒนาการทางร่างกายของเด็กหญิงสามารถพิจารณาได้จากลักษณะการเปลี่ยนแปลงของเต้านมและการพัฒนาของเส้นขนบริเวณอวัยวะเพศ ซึ่งข้อมูลจากหนังสือ Family Medicine: Principles and Practice บอกว่า³²

เด็กหญิงที่อายุต่ำกว่า 10.8 ปี ลักษณะของเต้านมของเด็กมีการนูนขึ้นในบริเวณของหัวนมเพียงเล็กน้อยเท่านั้น ส่วนบริเวณอวัยวะเพศก็ยังไม่มีการขึ้นแต่อย่างใด เด็กหญิงที่

³⁰ เพิ่งอ้าง, น. 243.

³¹ มีนตรี ฉัตรจินดา, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 9*, น. 33-35.

³² Robert B. Taylor et al, *Family Medicine: Principles and Practice*, 6TH ed. (New York : Springer-Verlag, 2003), pp. 213-214. อ้างถึงใน มีนตรี ฉัตรจินดา, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 9*, น. 33-35.

อายุระหว่าง 10.8 ปี ถึง 11.8 ปี เต้านมและลานนมขยายขึ้นเล็กน้อย ส่วนบริเวณอวัยวะเพศเริ่มมีขนลักษณะตรงและอ่อนนุ่มขึ้นบาง ๆ ที่บริเวณแคมทั้ง 2 ข้าง³³

เด็กหญิงที่อายุระหว่าง 11.8 ปี ถึง 13.2 ปี มีการเจริญเติบโตของเต้านมและลานนมเพิ่มขึ้น ลานนมเริ่มมีสีเข้มขึ้นและมีตุ่มเล็กๆ ขึ้นในบริเวณลานนม ส่วนบริเวณอวัยวะเพศมีลักษณะของขนเริ่มมีความหนาแน่นมากขึ้น และมีสีเข้มขึ้นและเริ่มหยิก³⁴

เด็กหญิงที่อายุระหว่าง 13.2 ปี ถึง 14.6 ปี มีการยกตัวสูงขึ้นของหัวนม โดยหัวนมและลานนมเริ่มยื่นออกจากฐานเต้านม ส่วนบริเวณอวัยวะเพศมีลักษณะของเส้นขนและการกระจายตัวของขนเริ่มมีลักษณะคล้ายของผู้ใหญ่³⁵

เด็กหญิงที่อายุมากกว่า 14.6 ปี เต้านมมีลักษณะเป็นเต้านมของผู้ใหญ่ ลานนมราบลงเห็นหัวมนูนอยู่บนฐานของเต้านมที่มีขนาดใหญ่ขึ้น และเส้นขนบริเวณอวัยวะเพศมีลักษณะเดียวกับของผู้ใหญ่³⁶

(2) เด็กชาย

พัฒนาการทางร่างกายของเด็กชายสามารถพิจารณาได้จากลักษณะการเปลี่ยนแปลงของอวัยวะเพศและการพัฒนาของเส้นขนบริเวณอวัยวะเพศ ซึ่งข้อมูลจากหนังสือ Family Medicine: Principles and Practice บอกว่า³⁷

เด็กชายที่อายุต่ำกว่า 11.8 ปี ลักษณะของอัณฑะและองคชาติยังเป็นของเด็ก โดยอัณฑะมีปริมาตรประมาณ 1.6 มิลลิลิตร และยังไม่มียขนบริเวณอวัยวะเพศ³⁸

เด็กชายที่อายุระหว่าง 11.8 ปี ถึง 12.8 ปี ผิวของอัณฑะเริ่มบางขึ้นและมีสีแดงขึ้น โดยมีปริมาตรประมาณ 1.6 ถึง 6 มิลลิลิตร ส่วนองคชาติยังไม่มีความเปลี่ยนแปลง และเริ่มมีขนลักษณะตรงและอ่อนนุ่มขึ้นบาง ๆ ที่บริเวณโคนองคชาติ³⁹

³³ เฟิ่งอ๋าง, น. 33.

³⁴ เฟิ่งอ๋าง, น. 33.

³⁵ เฟิ่งอ๋าง, น. 33.

³⁶ เฟิ่งอ๋าง, น. 33.

³⁷ เฟิ่งอ๋าง, น. 34.

³⁸ เฟิ่งอ๋าง, น. 34.

³⁹ เฟิ่งอ๋าง, น. 34.

เด็กชายที่อายุระหว่าง 12.8 ปี ถึง 13.9 ปี อ้วนท้วนมีขนาดใหญ่ขึ้น โดยมี ปริมาตรประมาณ 6 - 12 มิลลิลิตร องคชาตมีลักษณะยาวขึ้น และลักษณะของขนบริเวณอวัยวะเพศ เริ่มมีความหนาแน่นมากขึ้น และมีสีเข้มขึ้นและเริ่มหยิก⁴⁰

เด็กชายที่อายุระหว่าง 13.9 ปี ถึง 14.8 ปี อ้วนท้วนมีขนาดใหญ่ขึ้นและมีสี ค่ำขึ้น โดยมีปริมาตรประมาณ 12 -20 มิลลิลิตร องคชาตมีความยาวและเส้นรอบวงเพิ่มขึ้น และ บริเวณอวัยวะเพศมีลักษณะของขนและการกระจายตัวของขนเริ่มมีคล้ายของผู้ใหญ่⁴¹

เด็กชายที่อายุมากกว่า 14.8 ปี ลักษณะของอวัยวะและองคชาตมี ลักษณะเหมือนผู้ใหญ่ โดยอวัยวะมีปริมาตรประมาณ 20 มิลลิลิตร และเส้นขนบริเวณอวัยวะเพศ มีลักษณะเดียวกับของผู้ใหญ่⁴²

คำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กของแต่ละประเทศได้กำหนดอายุของ เด็กไว้อย่างชัดเจนซึ่งส่วนมากเป็นไปตามมาตรฐานสากลคือ บุคคลที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปี และในบาง ประเทศก็กำหนดไว้ว่าคือ บุคคลที่อายุต่ำกว่าสิบหกปี แต่ประเด็นที่มีปัญหาคือ เด็ก หมายถึงเด็กที่มี ตัวตนจริงเท่านั้นหรือรวมถึงเด็กเสมือนด้วยซึ่งเป็นการจำลองความเป็นเด็กด้วย หรือการใช้ จินตนาการสร้างภาพแทนตัวเด็ก หากไม่ระบุอย่างชัดเจนก็จะทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้ กฎหมายได้

2.1.2 เหตุผลความจำเป็นที่จะต้องกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจาร เด็ก

มุมมองต่อเด็กในแต่ละสังคมนั้นแตกต่างกันตามสภาพแวดล้อม เด็กจึงได้รับความคุ้มครองที่แตกต่างกัน การมีแนวคิดที่เป็นเอกภาพเกี่ยวกับเด็กเป็นเรื่องจำเป็นเพื่อไม่ให้เด็กถูก มองว่าเป็นผู้ใหญ่ตัวเล็กเหมือนในอดีต ในสังคมปัจจุบันยอมรับว่าเด็กเป็นวัยที่สำคัญในการพัฒนา มนุษย์ รัฐจึงต้องตระหนักถึงความสำคัญของเด็ก ในระดับโลกจึงได้มีการทำความตกลงระหว่าง ประเทศในเรื่องสิทธิเด็ก เพื่อคุ้มครองเด็กจากเรื่องต่าง ๆ โดยเฉพาะสื่อลามกอนาจารเด็ก

⁴⁰ เฟิงอ๋าง, น. 34.

⁴¹ เฟิงอ๋าง, น. 34.

⁴² เฟิงอ๋าง, น. 34.

ความลุ่มหลงในการมีเพศสัมพันธ์กับเด็กไม่ว่าจะเป็นเด็กเล็กหรือเด็กวัยรุ่น รวมถึงการที่ผู้ชายมีเพศสัมพันธ์กับเด็กชายมีมาตั้งแต่สมัยวัฒนธรรมโบราณ เช่น กรีก⁴³ และโรมัน⁴⁴ ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันในสังคมสมัยนั้น ต่อมาได้พัฒนามาเป็นอุตสาหกรรมสื่อลามกอนาจารเด็กในปัจจุบันโดยการใช้เด็กแสดงภาพที่ไม่เหมาะสมเพื่อเร้าอารมณ์ทางเพศซึ่งเป็นการล่อลวงละเมิดทางเพศเด็ก โดยสื่อลามกอนาจารเด็กถูกมองว่าเป็นการแสดงออกและบ่งบอกถึงความปรารถนาของผู้ที่ชอบมีเพศสัมพันธ์กับเด็ก สื่อลามกอนาจารเด็กจึงเป็นปัญหาทางสังคมที่สำคัญที่รัฐจำเป็นต้องปกป้องเด็กจากการตกเป็นเหยื่อของสื่อลามกอนาจารเด็กโดยการทำสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นสิ่งผิดกฎหมายเนื่องจากเหตุผลดังต่อไปนี้

2.1.2.1 การปกป้องเด็กจากการถูกล่อลวงละเมิดทางเพศ

การล่อลวงละเมิดทางเพศเด็กเป็นปัญหาที่สำคัญในปัจจุบัน ซึ่งต้องได้รับการใส่ใจและดูแลแก้ไข สื่อลามกอนาจารเด็กเป็นเสมือนหลักฐานของการที่เด็กถูกล่อลวงละเมิดทางเพศซึ่งบันทึกไว้อย่างถาวร และส่งผลต่อจิตใจของเด็กไปตลอดชีวิต⁴⁵ เนื่องจากกระบวนการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กต้องมีการล่อลวงละเมิดทางเพศหรือการแสวงหาผลประโยชน์จากเด็ก และเด็กผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของการทารุณกรรมทางเพศจะรู้สึกว่สิ่งนั้นเป็นตราบาปส่งผลให้เกิดอาการฝันร้ายซึ่งเกิดจากความเครียดหลังถูกทารุณกรรม และเมื่อเด็กพยายามที่จะรับมือกับเหตุการณ์ที่กระทบกระเทือนจิตใจจากการถูกล่อลวงละเมิดทางเพศนั้น เด็กผู้ที่ตกเป็นเหยื่อมักประสบปัญหาการใช้สารเสพติด มีภาวะซึมเศร้า อาจจะไปเกี่ยวข้องกับการค้าประเวณี หรือแม้แต่พยายามฆ่าตัวตาย⁴⁶

⁴³ William A. Percy, Pederasty and Pedagogy in Archaic Greece, (University of Illinois Press, 1996).

⁴⁴ Craig A. Williams, Roman Homosexuality: Ideologies of Masculinity in Classical Antiquity, (Oxford University Press, 1999).

⁴⁵ Kelley Bergelt, "Stimulation by Simulation: Is There Really Any Difference between Actual and Virtual Child Pornography? The Supreme Court Gives Child Pornographers a New Vehicle for Satisfaction," Capital University Law Review, Vol. 31, Issue 3, pp.573 (2003).

⁴⁶ James Nicholas Kornegay, "Protecting Our Children and the Constitution: An Analysis of the "Virtual" Child Pornography Provisions of the PROTECT Act of 2003," William & Mary Law Review, Vol. 46, Issue 6, pp.2131 (2006).

เนื้อหาของสื่อลามกอนาจารเด็ก ไม่ใช่เฉพาะภาพของเด็กที่อยู่ในลักษณะโป๊เปลือยเพื่อกระตุ้นอารมณ์ทางเพศของผู้รับชมเท่านั้น แต่ยังรวมถึงภาพของเด็กขณะทำกิจกรรมทางเพศ ไม่ว่าจะโดยลำพังหรือร่วมกับผู้อื่น ไม่ว่าจะกับเด็กด้วยกันหรือกับผู้ใหญ่ อีกทั้งยังมีกรณีที่เด็กถูกปฏิบัติเหมือนเป็นวัตถุทางเพศ เช่น การทำร้ายร่างกายเมื่อเด็กไม่ให้ความร่วมมือในกิจกรรมทางเพศ ภาพการร่วมเพศกับเด็กอย่างป่าเถื่อนผิดธรรมชาติ การข่มขืนขณะที่เด็กยังบริสุทธิ์เพื่อให้เลือดไหล การร่วมเพศทางทวารหนักและทางปาก (Oral sex) และวิธีการอื่น ๆ ที่ทารุณโหดร้ายต่อสภาพจิตใจของเด็ก และนอกจากเด็กจะได้รับความเจ็บปวดทางจิตใจแล้ว เด็กยังได้รับความเจ็บปวดทางร่างกายอีกด้วย เนื่องจากสรีระร่างกายของเด็กยังไม่เติบโตพอและไม่พร้อมที่จะรับมือกับกิจกรรมทางเพศเหล่านั้น ดังนั้น การทำให้การผลิต และครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นสิ่งผิดกฎหมายจึงเป็นสิ่งสำคัญเพื่อแสดงให้เห็นว่าเด็กได้รับความคุ้มครองจากลวงละเมิดทางเพศ ซึ่งเป็นการแสวงหาผลประโยชน์ทางเพศจากเด็กโดยมิชอบ

2.1.2.2 การแพร่กระจายของสื่อลามกอนาจารเด็กเกี่ยวข้องกับการลวงละเมิด

ทางเพศเด็ก

การล่อลวงเด็กเพื่อไปลวงละเมิดทางเพศหรือทารุณกรรมทางเพศ (Child grooming) เป็นพฤติกรรมเบื้องต้นของผู้กระทำผิดทางเพศ โดยมีกระบวนการคือผู้กระทำผิดทางเพศจะเลือกเป้าหมายของเด็กที่จะเป็นเหยื่อ จากนั้นก็จะให้ความสนใจกับเด็ก จนเด็กรู้สึกถึงความพิเศษและไว้วางใจ และพัฒนาไปสู่การกระทำที่ทำให้เด็กยอมรับหรือยินยอมมีกิจกรรมทางเพศด้วย⁴⁷ หรือโดยใช้เทคโนโลยีในการดำเนินการล่อลวงเด็ก เช่น เครือข่ายสังคมออนไลน์ การเขียนบล็อก โปรแกรมสนทนาออนไลน์ ซึ่งผู้กระทำผิดมักจะใช้คำย่อและภาษาอื่นที่ไม่ใช่ภาษาพูด (เรียกว่า “อีโมติคอน”) เพื่อแสดงเนื้อหาในทางเพศ⁴⁸ สื่อลามกอนาจารเด็กอาจถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือหนึ่งในการล่อลวงเด็ก โดยการนำภาพที่เด็กมีกิจกรรมในทางเพศ ไม่ว่าจะ เป็นภาพจริงหรือภาพการ์ตูน ให้เด็กที่เป็นเป้าหมายดู ให้เด็กเห็นว่ากิจกรรมนั้นเป็นเรื่องปกติที่ใคร ๆ ก็ทำกัน

⁴⁷ Kim-Kwang Raymond Choo, “Online child grooming: a literature review on the misuse of social networking sites for grooming children for sexual offences” Retrieved on may 6, 2016, from http://www.aic.gov.au/media_library/publications/rpp/103/rpp103.pdf

⁴⁸ *Ibid.*

เพื่อกระตุ้นให้เด็กยอมทำตามท่าทางในสื่อลามกอนาจารเด็กนั้น หรือเพื่อให้เด็กยอมมีเพศสัมพันธ์กับผู้ใหญ่⁴⁹

การเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กในปัจจุบันเป็นไปอย่างง่ายดายและรวดเร็วผ่านทางอินเทอร์เน็ต เช่น

1) บิตทอร์เรนต์ (Bit Torrent) ซึ่งเป็นแพลตฟอร์มสำหรับการถ่ายโอนไฟล์ขนาดใหญ่และข้อมูลจำนวนมากผ่านทางอินเทอร์เน็ต เปิดตัวครั้งแรกในปี 2011 มีผู้ใช้งานมากกว่าสี่พันล้านคนต่อเดือน ลักษณะการทำงานของบิตทอร์เรนต์ทำให้เกิดปัญหาในการป้องกันการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก เนื่องจากบิตทอร์เรนต์จะแบ่งไฟล์ที่ดาวน์โหลดออกเป็นชิ้น ๆ และส่งข้อมูลจากคอมพิวเตอร์เครื่องหนึ่งไปยังอีกเครื่องหนึ่งผ่านทางที่แตกต่างกันโดยไม่ต้องผ่านเซิร์ฟเวอร์ส่วนกลางใด ๆ ทำให้ผู้ที่ชอบสะสมสื่อลามกอนาจารเด็กใช้ช่องทางนี้ในการเผยแพร่รูปภาพหรือวิดีโอที่เป็นสื่อลามกอนาจารเด็กได้ และในปี 2011 มีรายงานว่า สื่อลามกอนาจารเด็กเป็นคำค้นหายอดนิยมในการค้นหาบิตทอร์เรนต์ โดยมีผู้ค้นหาคำดังกล่าวมากกว่าภาพยนตร์ยอดนิยมอย่าง แฮร์รี่ พอตเตอร์ อีกด้วย⁵⁰

2) เกมออนไลน์แบบเล่นตามบทบาท (Massive Multiplayer Online Role-Playing Game - MMORPG) ซึ่งผู้เล่นสามารถสร้างรูปประจำตัวหรือ เข้าร่วมห้องสนทนาออนไลน์ รวมทั้งเผยแพร่เนื้อหาของสื่อลามกอนาจารเด็กในเว็บไซต์หรือในเกม⁵¹

3) สื่อสังคมออนไลน์ (Social Media) เช่น เฟซบุ๊ก (Facebook), ทวิตเตอร์ (Twitter) และยูทูบ (Youtube)

⁴⁹ Rikki Solowey, “A Question of Equivalence: Expanding the Definition of Child Pornography to Encompass “Virtual” Computer-Generated Images,” Tulane Journal of Technology and Intellectual Property, Vol. 161, pp.181 (2002).

⁵⁰ International Centre for Missing & Exploited Children, “Confronting New Challenges in the Fight Against Child Pornography: Considerations for Protecting Children & Your Company’s Reputation When Engaging with Digital Businesses” Retrieved on May 9, 2017, from <http://www.icmec.org/wp-content/uploads/2015/10/APAC-FCACP-Engaging-with-Digital-Businesses.pdf>

⁵¹ *Ibid.*

4) กลุ่มสนทนาขนาดใหญ่ เช่น กลุ่มสนทนาในแอปพลิเคชันไลน์ (Line) ซึ่งอาจเป็นการรวมตัวของคนที่ชอบสะสมสื่อลามกอนาจารโดยเฉพาะเพื่อการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก

นอกจากสื่อลามกอนาจารเด็กจะเกี่ยวข้องโดยตรงกับการล่วงละเมิดทางเพศเด็กแล้ว การเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กยังทำให้เด็กตกเป็นเหยื่อจากการล่วงละเมิดทางเพศโดยทางอ้อมได้อีกด้วย เช่น สื่อลามกอนาจารเด็กอาจจะก่อให้เกิดจินตนาการเพื่อเร้าอารมณ์และนำไปสู่การมีกิจกรรมทางเพศที่เกิดขึ้นจริงได้ด้วย⁵² ด็อกเตอร์ ไดอาน่า รัสเซลล์ (Dr. Diana Russell) นักเขียนและนักกิจกรรมผู้สนับสนุนสิทธิสตรี เชื่อว่าการที่บุคคลดูภาพลามกอนาจารเด็กเป็นสาเหตุให้เด็กตกเป็นเหยื่อการล่วงละเมิดทางเพศ โดยมีเหตุผล 3 ประการ คือ 1) การดูภาพลามกอนาจารเด็กทำให้บุคคลที่ไม่เคยมีความต้องการทางเพศกับเด็กเกิดความต้องการทางเพศ หรือเพิ่มความต้องการทางเพศของผู้ที่ชอบมีเพศสัมพันธ์กับเด็ก 2) การดูภาพลามกอนาจารเด็กทำลายความยับยั้งภายในจิตใจต่อความต้องการมีเพศสัมพันธ์กับเด็ก 3) การดูภาพลามกอนาจารเด็กทำลายความยับยั้งในการแสดงออกต่อความต้องการมีเพศสัมพันธ์กับเด็ก⁵³

เมื่อการแพร่กระจายของสื่อลามกอนาจารเด็กสามารถทำได้โดยง่ายทำให้โอกาสที่ผู้ที่กระทำความผิดทางเพศจะไปล่วงละเมิดทางเพศเด็กหรือนำสื่อลามกอนาจารเด็กไปล่อลวงเด็กเพื่อไปล่วงละเมิดทางเพศหรือทารุณกรรมทางเพศได้อย่างง่ายขึ้น ดังนั้น การเผยแพร่หรือแพร่กระจายสื่อลามกอนาจารเด็กจึงต้องเป็นความผิดทางอาญาเพื่อป้องกันเหตุดังกล่าว

2.1.2.3 ผลประโยชน์ทางการค้าสื่อลามกอนาจารเด็กทำให้เกิดแรงจูงใจในการล่วงละเมิดทางเพศเด็ก

สังคมออนไลน์เป็นแหล่งรวมสื่อลามกอนาจารเด็กหรือภาพของเด็กที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศจำนวนมากว่าหนึ่งหมื่นล้านภาพ มีข้อมูลจากสำนักงานป้องกันยาเสพติดและ

⁵² Benjamin A. Mains, “Virtual Child Pornography, Pandering, and the First Amendment: How Developments in Technology and Shifting First Amendment Jurisprudence Have Affected the Criminalization of Child Pornography,” Hastings Constitutional Law Quarterly, Vol. 37, Issue 4, pp.815 (2010).

⁵³ Jessica A. Ramirez, “Propriety of Internet Restrictions for Sex Offenders Convicted of Possession of Child Pornography: Should We Protect Their Virtual Liberty at the Expense of the Safety of our Children?,” Ave Maria Law Review, Vol. 12, Issue 1, pp.131 (2014).

ปราบปรามอาชญากรรมแห่งสหประชาชาติ (UN Office on Drugs and Crime – UNODC) รายงานว่า อุตสาหกรรมสื่อลามกอนาจารเด็กทั่วโลกได้ผลิตภาพเด็กที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศเพิ่มขึ้นมากกว่า 50,000 รูปในแต่ละปี⁵⁴ และมูลนิธิเฝ้าระวังภัยอินเทอร์เน็ตของสหราชอาณาจักร (the U.K.’s Internet Watch Foundation – IWF) รายงานว่า จาก 68,092 สื่อที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศเด็ก ที่ได้รับในปี 2015 มีจำนวน 69% ของผู้ที่ตกเป็นเหยื่ออายุ 10 ปีหรือน้อยกว่า 3% ของผู้ที่ตกเป็นเหยื่ออายุ 2 ปีหรือน้อยกว่า และ 34% เป็นการข่มขืนหรือการทรมาณเด็ก⁵⁵ ผลการวิเคราะห์รายงานที่ได้รับจาก IWF นั้น แสดงให้เห็นว่า 21% ของเว็บไซต์ที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศเด็กมีลักษณะเป็นเชิงพาณิชย์⁵⁶ มีรายงานว่าผู้ค้าสื่อลามกอนาจารเด็กมีรายได้มากกว่า 3 พันล้านดอลลาร์สหรัฐต่อปีจากการขายผ่านทางอินเทอร์เน็ตเพียงอย่างเดียว และมีแนวโน้มว่าจะสูงขึ้นเรื่อย ๆ โดยจากการสืบสวนพบว่ามีลูกค้ารายย่อยมากกว่า 70,000 คนจ่ายเงินเพื่อเข้าชมภาพสื่อลามกอนาจารเด็ก⁵⁷ ผลประโยชน์จากการค้าสื่อลามกอนาจารเด็กจึงเป็นสิ่งกระตุ้นให้ผู้ผลิตต้องผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อมาขายในตลาด ส่งผลให้การล่วงละเมิดทางเพศเด็กเพื่อผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กเพิ่มมากขึ้น ดังนั้น การผลิต ครอบครอง เผยแพร่ และการค้าจึงต้องมีความผิดทางอาญา

2.1.2.4 คุณค่าทางสังคมของสื่อลามกอนาจารเด็ก

คุณค่าทางสังคมหรือประโยชน์ต่อสังคม หมายถึง หมายถึง สิ่งที่สังคมยกย่องว่าเป็นสิ่งที่ดีซึ่งสมาชิกในสังคมควรจะต้องกระทำ เป็นเป้าหมายที่สังคมอยากให้มี อยากให้เป็น เป็นค่านิยมหรือรูปแบบความคิดของคนสังคมที่จะพิจารณาตัดสินว่าสิ่งใดมีคุณค่า มีประโยชน์ถูกต้องหรือเหมาะสม ซึ่งสมาชิกในสังคมควรจะต้องยึดถือเพื่อเป็นแนวประพฤติปฏิบัติ ค่านิยมของสังคมถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของวัฒนธรรม เพราะมีการเรียนรู้ ปลูกฝัง และถ่ายทอดจากคนรุ่นหนึ่งไปยังคนอีกรุ่นหนึ่ง และเป็นสิ่งที่เปลี่ยนแปลงได้ตามยุคสมัย เช่น คุณค่าทางศิลปะ คุณค่าทางประวัติศาสตร์ คุณค่าทางวิทยาศาสตร์

เนื้อหาของสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นการล่วงละเมิดทางเพศเด็ก การมีเพศสัมพันธ์กับเด็ก หรือการให้เด็กมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศ ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่เป็นไปตามแนว

⁵⁴ International Centre for Missing & Exploited Children, “You have the power to help keep children safe” Retrieved on may 9, 2017, from <http://www.icmec.org/you-have-the-power/>

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Benjamin A. Mains, *supra note 52*, pp.814.

ประพจน์ปฏิบัติของสังคม และถ้าสื่อดังกล่าวนั้นไม่มีคุณค่าในด้านต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นคุณค่าทางศิลปะ คุณค่าทางประวัติศาสตร์ หรือคุณค่าทางวิทยาศาสตร์ จึงควรเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย เพราะเป็นสิ่งที่มีแต่โทษมากกว่าประโยชน์ต่อสังคม

2.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องสื่อลามกอนาจารเด็กในประเทศไทย

ก่อนพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 มีผลใช้บังคับ ไม่มีกฎหมายใดที่กำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กโดยเฉพาะ มีเพียงบัญญัติกำหนดความผิดที่ใกล้เคียงหรือครอบคลุมถึงความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก สามารถแบ่งได้เป็น 2 กลุ่ม ได้แก่⁵⁸

กลุ่มที่ 1 กฎหมายที่กำหนดความผิดเกี่ยวกับการลามกอนาจารซึ่งกระทำต่อตัวเด็ก ดังนี้
(1) ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 277 กำหนดความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ โดยมีโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท กรณีเด็กนั้นอายุไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

มาตรา 278 กำหนดความผิดฐานอนาจารบุคคลอายุกว่าสิบห้าปีโดยขู่เชิญหรือใช้กำลังประทุษร้าย โดยมีโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 279 กำหนดความผิดฐานอนาจารเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(2) พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546

มาตรา 26 และมาตรา 78 กำหนดให้ผู้ใดบังคับ ขู่ เชิญ ใช้ ชักจูง ยุยง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กแสดงหรือกระทำการอันมีลักษณะลามกอนาจารไม่ว่าจะเป็นไปเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าตอบแทนหรือเพื่อการใด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

⁵⁸ เดชอุดม ไกรฤทธิ, คำอธิบายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 (บทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก), (กรุงเทพฯ: สภานายความในพระบรมราชูปถัมภ์, 2559), น. 6-7.

(3) พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509

มาตรา 19 และมาตรา 28/3 กำหนดให้ผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการที่จัดให้มีการแสดงเพื่อความบันเทิงในสถานบริการที่เป็นไปในทางลามกหรืออนาจาร ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

กลุ่มที่ 2 กฎหมายกำหนดความผิดเกี่ยวกับการลามกอนาจารที่อยู่ในสื่อหรือมีลักษณะเป็นสิ่งของ ได้แก่

(1) ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 287 กำหนดความผิดฐานทำ ผลิต มีไว้ นำเข้า ส่งออกหรือทำให้แพร่หลายซึ่งสื่อลามกอนาจารเพื่อความประสงค์แห่งการค้าหรือโดยการค้า ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(2) พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551

มาตรา 23 และมาตรา 77 ผู้ใดสร้างภาพยนตร์ในลักษณะที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(3) พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

มาตรา 14 (4) ผู้ใดนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามกและประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(4) พระราชบัญญัติการส่งออกไปนอกและการนำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งสินค้า พ.ศ. 2522

มาตรา 5 และมาตรา 20 กำหนดให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ โดยอนุมัติของคณะรัฐมนตรีประกาศในราชกิจจานุเบกษากำหนดสินค้าใดเป็นสินค้าต้องห้ามนำเข้าหรือส่งออก เพื่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ผู้ฝ่าฝืนประกาศดังกล่าวต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับเป็นเงินห้าเท่าของสินค้าที่ส่งออกหรือนำเข้า หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้รับสินค้านั้น

(5) พระราชบัญญัติจัดแจ้งการพิมพ์ พ.ศ. 2551

มาตรา 10 และมาตรา 27 กำหนดให้อำนาจผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติออกคำสั่งโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษาห้ามนำเข้าหรือนำเข้าเพื่อเผยแพร่ในราชอาณาจักรซึ่งสิ่งพิมพ์ใด ๆ ที่กระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ผู้ใดฝ่าฝืนคำสั่งดังกล่าว ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 เสนอโดยนางสาวจินตน์นัท ชญาตร์ ศุภมิตร สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ กับคณะ ต่อประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติ เมื่อวันที่ 29 มกราคม 2558 เพื่อให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติพิจารณาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 และได้บรรจุระเบียบวาระการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 11/2558 เมื่อวันที่พฤหัสบดีที่ 19 กุมภาพันธ์ 2558 เป็นเรื่องด่วน⁵⁹ ซึ่งมีเหตุผลในการประกาศใช้คือ โดยที่การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และเป็นปัจจัยที่ก่อให้เกิดการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กและส่งผลกระทบต่อสวัสดิภาพของเด็ก ประกอบกับความผิดเกี่ยวกับการค้าหรือทำให้แพร่หลายซึ่งวัตถุหรือสิ่งลามกไม่ได้แยกประเภทระหว่างสื่อลามกอนาจารผู้ใหญ่กับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ทั้งที่ลักษณะความผิดมีความร้ายแรงแตกต่างกัน ดังนั้น เพื่อให้เด็กได้รับการคุ้มครองและป้องกันจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศมากขึ้น สมควรกำหนดให้ความผิดเกี่ยวกับการค้าหรือทำให้แพร่หลายซึ่งวัตถุหรือสิ่งลามกที่เป็นสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดที่ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษหนักขึ้น รวมทั้งกำหนดให้การครอบครองและส่งต่อซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิด จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

2.2.1 คำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็ก

มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็น (17) ของมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

“(17) “สื่อลามกอนาจารเด็ก” หมายความว่า วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปี โดยรูป เรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือรูปแบบอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน และให้หมายความรวมถึงวัตถุหรือสิ่งต่าง ๆ ข้างต้นที่จัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้”

คำนิยามดังกล่าวมีปัญหาในการตีความทั้งอย่างแคบและอย่างกว้าง โดยเฉพาะคำอธิบายที่ว่า “วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็ก” ซึ่งหากใช้ในความหมายอย่างกว้างย่อมรวมถึงสิ่งที่แสดงอวัยวะเพศของเด็กอย่างเดียวยกด้วย อาจทำให้มีปัญหาในทางปฏิบัติว่า การมีหรือเก็บไว้ซึ่งรูปเด็กอายุต่ำกว่าสิบแปดปี ที่เปลือยทั้งตัวหรือครึ่งท่อนเป็นการ

⁵⁹ เฟิ่งอ้วง, น. 1.

ทำสื่อลามกอนาจารเด็กด้วย⁶⁰ และจากเอกสารประกอบพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่) พ.ศ. ... (ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก) (นางสาวจินตนันท์ ชญาตร์ศุภมิตร สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ กับคณะ เป็นผู้เสนอ) บรรจุระเบียบวาระการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 17/2558 วันที่ 19/2558 อ.พ. 12/2558 ได้มีข้อสังเกตเกี่ยวกับขอบเขตของ “สื่อลามกอนาจารเด็ก” ตามบทนิยามที่เสนอนี้มีความหมายอย่างกว้างครอบคลุมทั้งสื่อที่แสดงความลามกอนาจารของเด็กที่มีตัวตนอยู่จริง รวมไปถึงเด็กที่ไม่มีตัวตนอยู่จริงแต่เกิดจากจินตนาการหรือการสร้างขึ้นของคน ซึ่งอาจเป็นการขยายขอบเขตออกไปอย่างกว้างขวางอาจกระทบเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลได้ ในขณะที่ประเด็นนี้ยังเป็นที่ยกเถียงกันอยู่ในกฎหมายของต่างประเทศบางประเทศและยังไม่มีมีการขยายขอบเขตกฎหมายของตนในครอบครัวไปถึงเด็กเสมือนที่ไม่มีตัวตนอยู่จริง จึงควรมานำพิจารณาในการกำหนดบทนิยามดังกล่าวในกฎหมายไทยด้วย⁶¹

2.2.2 ความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก

มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 บัญญัติว่า ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นมาตรา 287/1 และมาตรา 287/2 ของลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศแห่งประมวลกฎหมายอาญา

“มาตรา 287/1 ผู้ใดครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งส่งต่อซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กแก่ผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 287/2 ผู้ใด

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

(2) ประกอบการค้า หรือมีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้าเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก แจกจ่ายหรือแสดงอวดแก่ประชาชนหรือให้เช่าสื่อลามกอนาจารเด็ก

(3) เพื่อจะช่วยการทำให้แพร่หลาย หรือการค้าสื่อลามกอนาจารเด็กแล้ว โฆษณาหรือโฆษณาโดยประการใด ๆ ว่ามีบุคคลกระทำการอันเป็นความผิดตามมาตรา นี้ หรือโฆษณาหรือโฆษณาว่าสื่อลามกอนาจารเด็กดังกล่าวแล้วจะหาได้จากบุคคลใด หรือโดยวิธีใด

⁶⁰ เฟิ่งอ๋าง, น. 27.

⁶¹ เฟิ่งอ๋าง, น. 27.

ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงสองแสนบาท”

2.3 สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน

สื่อลามกอนาจารเด็กเป็นบันทึกของการล่วงละเมิดทางเพศเด็กหรือการแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็ก ซึ่งทำให้เกิดผลกระทบต่อเด็กไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม แต่ในอีกมุมหนึ่งอาจมีการสร้างสรรค์ผลงานซึ่งเกิดจากจินตนาการและความคิดของบุคคล ไม่ว่าจะเป็ นภาพวาด ภาพเขียน หรือรูปปั้น ของเด็กซึ่งเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเพศ หรือการอาศัยเทคโนโลยีทางคอมพิวเตอร์ในการสร้างภาพจำลองของเด็กที่มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศโดยไม่ต้องมีการล่วงละเมิดทางเพศเด็กที่มีตัวตนจริง ทำให้สื่อนี้เป็นสื่อไม่เกี่ยวข้องกับการล่วงละเมิดทางเพศเด็กจริง ๆ⁶² ซึ่งไม่มีผลโดยตรงต่อเด็ก และยังเป็นประเด็นที่ถกเถียงกันว่าเหมาะสมหรือไม่ที่กฎหมายจะเข้าไปควบคุมความเพ้อฝันหรือจินตนาการของบุคคลให้เป็นอาชญากรรม และจะเป็นการคุกคามความเป็นส่วนตัวหรือละเมิดต่อเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคลหรือไม่ นอกจากนี้ยังอาจมีกรณีของการนำผู้ใหญ่ที่แต่งตัวเหมือนเด็กมาทำท่าทางเพื่อความประสงค์ในเรื่องทางเพศและประชาสัมพันธ์ว่าภาพนั้นเป็นภาพถ่ายของเด็ก ทำให้เข้าใจว่าภาพนั้นเป็นสื่อลามกอนาจารเด็ก ซึ่งก็มีประเด็นพิจารณาว่าสื่อในลักษณะนี้เป็นสื่อลามกอนาจารเด็กในมุมมองของกฎหมายหรือไม่ ดังนั้น ในการวิเคราะห์หรือพิจารณาประเด็นต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน จึงต้องมีความเข้าใจก่อนว่าสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนคืออะไร ซึ่งสามารถอธิบายได้ ดังนี้

2.3.1 ความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน

สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน คือ สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ได้ใช้เด็กจริง ๆ ในการผลิตหรือการสร้าง หลักการของสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน กล่าวคือ ไม่มีการล่วงละเมิดหรือแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็กที่มีตัวตนจริง⁶³ แต่เป็นการจำลองความเป็นเด็กหรือสิ่งเสมือนเด็กที่แสดงถึงลักษณะทางเพศของเด็ก โดยสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนที่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ประสงค์จะศึกษา เป็นสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนที่ปรากฏอยู่ในรูปแบบของสื่อแสดงภาพเท่านั้น ไม่รวมถึงสื่อประเภทอื่นที่

⁶² Marie Eneman, Alisdair Gillespie and Bernd Stahl, “Criminalising Fantasies: The Regulation of Virtual Child Pornography” Retrieved on May 6, 2016, from http://www.cse.dmu.ac.uk/~bstahl/publications/2009_Criminalising_Fantasies_ECIS.pdf

⁶³ Michaela Poborilova, “Virtual Child Pornography,” *Masaryk University Journal of Law and Technology*, Vol.5, Issue 2, pp.242 (Fall 2011).

เช่น งานเขียน หรือนิยาย ที่อาจมีการบรรยายทางเพศที่เกี่ยวกับเด็กที่ไม่เกี่ยวข้องกับเด็กที่มีตัวตนจริง ซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนอาจแบ่งได้เป็นความหมายอย่างกว้างและความหมายอย่างแคบ ดังนี้

2.3.1.1 สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนในความหมายอย่างกว้าง

สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนในความหมายอย่างกว้าง หมายความว่ารวมถึงสื่อลามกอนาจารทุกประเภทที่ทำให้เข้าใจว่าเป็นสื่อลามกอนาจารเด็ก โดยที่ไม่ได้ใช้เด็กจริงในการสร้างหรือผลิตสื่อดังกล่าว ได้แก่

(1) สื่อที่สร้างขึ้นจากคอมพิวเตอร์

เมื่อเทคโนโลยีได้พัฒนาขึ้น คอมพิวเตอร์และอินเทอร์เน็ตกลายเป็นแหล่งรวมสื่อลามกอนาจาร ไม่ว่าจะเป็นภาพลามกที่มีความละเอียดสูง การสนทนาทางเพศผ่านเว็บแคม (webcam) หรือเว็บแคมเรา (web camera) ที่ทำให้คู่สนทนาสามารถเห็นภาพการเคลื่อนไหวของกันและกันและตอบโต้กันได้ทันทีทันใด (Real-time) และการจำลองโลกเสมือนจริง (virtual worlds) ในรูปแบบของเกมออนไลน์ที่เล่นตามบทบาทหรือเสมือนเป็นตัวละครนั้น (Massive Multiplayer Online Role-Playing Game : MMORPG) โดยมีทั้งเกมที่สร้างมาเพื่อเล่นโดยทั่วไป และเกมที่มีวัตถุประสงค์ทางเพศโดยเฉพาะ⁶⁴

ศาสตราจารย์ เอ็ดเวิร์ด คาสโตรโนวา (Professor Edward Castronova) นักเศรษฐศาสตร์ที่ศึกษาเกี่ยวกับโลกเสมือนจริง (virtual worlds) ซึ่งเป็นคนแรก ๆ ที่ให้ความหมายโลกเสมือนจริง (virtual worlds) ว่าเป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีคุณสมบัติ 3 ประการ ได้แก่⁶⁵

1) การสื่อสารระหว่างกัน (Interactivity) คือ โปรแกรมนั้นอยู่ในคอมพิวเตอร์เครื่องหนึ่ง ซึ่งสามารถเข้าถึงได้จากกระยะไกล (เช่นโดยการเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ต) และคนจำนวนมากสามารถเข้าถึงได้พร้อมกัน การนำเข้าข้อมูลของคนหนึ่งส่งผลกับผลของข้อมูลของคนอื่น ๆ ที่ใช้โปรแกรมนั้น

2) กายภาพ (Physicality) คือ คนเข้าถึงโปรแกรมผ่านตัวประสาน (interface) ที่จำลองสภาพแวดล้อมทางกายภาพของบุคคลแรกในหน้าจอคอมพิวเตอร์

⁶⁴ Kersley Fitzgerald, “Virtual Child Sex Trafficking Is it Wrong?” Retrieved on June 8, 2016 from <http://www.blogos.org/thetakeaway/virtual-trafficking.php>

⁶⁵ Kevin W Saunders, “Acti Rei: Real and Virtual,” Texas Tech Law Review, Vol.44, Issue 1, pp.166-167 (2011).

3) การคงอยู่ (Persistence) คือ โปรแกรมยังทำงานต่อไปไม่ว่าจะมีใครใช้งานหรือไม่โดยจะจดจำสถานที่อยู่ของผู้คนและความเป็นเจ้าของวัตถุที่อยู่ในโปรแกรม

โลกเสมือนจริง (virtual worlds) หรือ Virtual Reality เป็นเทคโนโลยีเสมือนจริงช่วยให้ผู้เล่นเกิดความผ่อนคลายไปกับจินตนาการของตน ไม่ว่าจะการที่ผู้เล่นได้เป็นเจ้าของรถราคาแพง หรือลอบสังหารศัตรูในโลกนั้น ซึ่งไม่ได้เป็นความจริงและไม่ได้มีผลกระทบต่อโลกแห่งความจริง ดังนั้น ถ้าขโมยรถในเกมก็ไม่ได้เป็นความผิดทางอาญาโลกในความจริง แต่ก็มีกรณีที่มีผู้ที่มีความสนใจทางเพศเกี่ยวกับเด็กได้แสดงออกเกี่ยวกับจินตนาการของพวกเขาเข้าไปในโลกเสมือนจริงดังกล่าว โดยการลวงละเมิดทางเพศเด็กในโลกเสมือนจริง ตัวอย่างเช่น เซคันด์ไลฟ์ (Second Life) ซึ่งเป็นซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์ที่พัฒนาขึ้นโดยบริษัท Linden Lab ตั้งแต่ปี 2003 โดยจำลองโลกเสมือนจริงสามมิติที่สามารถเข้าถึงได้ผ่านอินเทอร์เน็ต มีลักษณะคล้ายเกมส์เดอะซิมส์ ออนไลน์ (The Sims Online)⁶⁶ เป็นโลกที่ผู้ใช้งานสามารถสร้างสิ่งต่าง ๆ ขึ้นได้เอง และผู้คนสามารถมีปฏิสัมพันธ์กันไม่ว่าจะเป็นการสนทนา การทำธุรกิจ หรือการสื่อสารอย่างอื่น และเซคันด์ไลฟ์มีหน่วยเงินเป็นของตัวเองเรียกว่า ลินเดนดอลลาร์ (Linden Dollar - L\$) ซึ่งสามารถแลกเปลี่ยนเป็นเงินจริงในสกุลดอลลาร์สหรัฐได้

เซคันด์ไลฟ์แบ่งโลกเสมือนจริงเป็น 2 ส่วน ส่วนแรกเรียกว่า Main Grid สำหรับผู้ใช้งานที่อายุมากกว่า 18 ปี และ Teen Grid สำหรับผู้ใช้งานที่อายุตั้งแต่ 13 ปีถึง 18 ปี แต่ก็ไม่ได้มีการตรวจสอบอายุของผู้ใช้งานที่แท้จริงแต่อย่างใด ดังนั้น จึงมีความเป็นไปได้ว่าใน Main Grid มีบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปีใช้งานอยู่ และใน Teen Grid ก็มีบุคคลอายุมากกว่า 18 ปีใช้งานอยู่ และผู้ใช้งานสามารถสร้างตัวแทนตัวตนเสมือนจริงของตนเองที่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ไม่ได้ผูกติดกับอายุที่แท้จริง เช่น คนที่มีอายุมากกว่า 18 ปีสามารถเลือกสร้างให้ตัวตนเป็นเด็กวัยหัดเดินหรือเด็กทารกได้⁶⁷ นอกจากนี้ยังสามารถซื้อขายตัวแทนตัวตนเสมือนจริงดังกล่าวผ่านเงินลินเดนดอลลาร์ได้อีกด้วย

⁶⁶ เดอะซิมส์ ออนไลน์ (The Sims Online) เป็นเกมส์ออนไลน์ที่พัฒนาโดย แมกซิส(Maxis) ปัจจุบันเป็นส่วนหนึ่งของบริษัท อิเล็กทรอนิกส์ อาร์ต จำกัด มีลักษณะเป็นการจำลองการชีวิตของบุคคล โดยผ่านตัวละครในเกมที่สร้างขึ้นเอง มีการใช้ชีวิตในสังคม การเรียน การทำงาน และการมีครอบครัว

⁶⁷ Michaela Poborilova, *supra note 63*, pp.252.



ภาพที่ 2.1 การเลือกตัวแทนตัวตน (Avatar) ในเซคันด์ไลฟ์ จาก Jo Yardley, “New classic starter avatars for Second Life now available,” Retrieved on May 30, 2016, from <https://joyardley.files.wordpress.com/2015/11/screen-shot-2015-11-06-at-20-37-25.png>



ภาพที่ 2.2 ตัวอย่างตัวแทนตัวตน (Avatar) ที่เป็นเด็กในเซคันด์ไลฟ์ จาก MocapDancerSL, “SL - The Real Twerk solo dance for KID avatar -- Second Life animation,” Retrieved on May 30, 2016, from <https://www.youtube.com/watch?v=0qM9M48S3z8>

The screenshot shows a marketplace listing for 'Teen Turf! Timelines Jordan'. The listing includes a search bar at the top with 'All categories' selected and 'General' maturity level. The item title is '! Teen Turf! Timelines Jordan'. The price is listed as 'L\$2,499'. There are two buttons: 'Add To Cart' and 'Add To Cart As Gift'. The item description includes 'Teen Turf / TOTSIPOP! / TOTSI-TWEEN', 'Visit The Store', and 'Sold by: Mallory Witt'. There is a 'Use It Now' section with a description: 'This item will be delivered directly to you or a friend in Second Life, unpacked and ready to use. No land or sandbox required.' Below this is a star rating for 'Reviews (6)'. The permissions section shows 'Copy', 'Modify', and 'Transfer' are checked, and 'Mesh: 100% Mesh'. The main image shows several avatars with 'X' marks on their bodies, indicating nudity. The text 'TEEN TURF IMPORTS' and 'JORDAN * 8 AVIS (3 MESH) * 8 HAIRSTYLES' is visible in the image. A 'Zoom' button is at the bottom right of the image.

ภาพที่ 2.3 ตัวอย่างการขายตัวแทนตัวตน (Avatar) ที่เป็นเด็กในตลาดซื้อขายของเซคันด์ไลฟ์ จาก Mallory Witt, “!Teen Turf! Timelines Jordan,” Secondlife, Retrieved on May 30, 2016, from <https://marketplace.secondlife.com/p/Teen-Turf-Timelines-Jordan/3962990>

พื้นที่ในเซคันด์ไลฟ์ที่ชื่อว่า วันเดอร์แลนด์ (Wonderland) เคยมีการลวงละเมิดทางเพศเด็กในสนามเด็กเล่น โดยเด็กในที่นี้ไม่ใช่เด็กจริง ๆ แต่เป็นตัวแทนตัวตนที่เป็นเด็กซึ่งถูกสร้างโดยคอมพิวเตอร์กราฟิก และสนามเด็กเล่นเป็นสนามเด็กเล่นเสมือนที่สร้างขึ้นโดยใช้ซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์ เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนี้แสดงให้เห็นรูปแบบหนึ่งของสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน คือภาพที่คอมพิวเตอร์สร้างขึ้น (CGI) และไม่เกี่ยวข้องกับการลวงละเมิดทางเพศเด็กที่มีตัวตนจริง⁶⁸

⁶⁸ Marie Eneman, Alisdair Gillespie and Bernd Stahl, *supra note 62*.

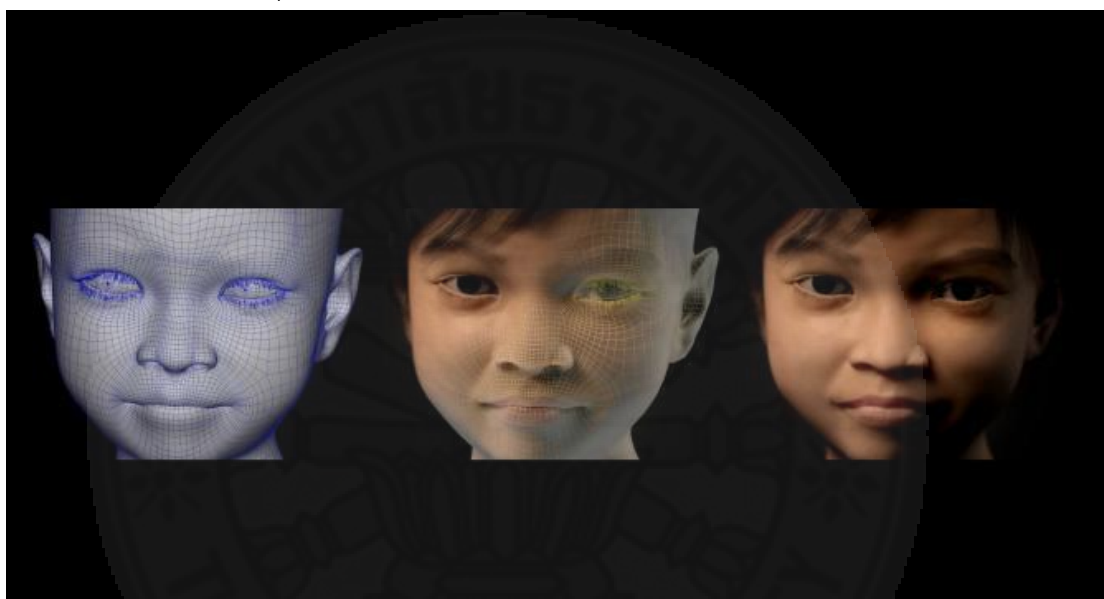


ภาพที่ 2.4 ภาพจำลองการล่วงละเมิดทางเพศเด็กเสมือนในเซคันด์ไลฟ์ จาก Nichenet, “Sky News on Second Life Wonderland,” Retrieved on May 30, 2016, from https://www.youtube.com/watch?v=dN_jr6xjs90

ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ช่วยให้ผู้ผลิตสื่อลามกอนาจารสามารถสร้างภาพลามกอนาจารของเด็กที่มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศโดยไม่ต้องใช้เด็กจริง ๆ ในการผลิต⁶⁹ หรือไม่ต้องมีการล่วงละเมิดทางเพศเด็กเพื่อผลิตสื่อลามกอนาจารนั้น และเทคโนโลยีดังกล่าวได้แสดงให้เห็นว่าสามารถสร้างเด็กที่มีลักษณะเหมือนเด็กจริง ๆ จนสามารถทำให้ผู้ที่ชอบมีเพศสัมพันธ์กับเด็ก (pedophiles) เชื่อว่าเป็นเด็กจริงได้

⁶⁹ Rikki Solowey, *supra note 49*, pp.162.

ในปี 2013 Terre des Hommes ซึ่งเป็นองค์กรการกุศลที่ช่วยเหลือเด็กในประเทศเนเธอร์แลนด์ได้ใช้คอมพิวเตอร์กราฟิกสร้างเด็กเสมือนชื่อ สวิตตี้ (Sweetie)⁷⁰ เพื่อต่อต้านการล่วงละเมิดทางเพศเด็กผ่านทางเว็บแคม (Webcam Child Sex Tourism) ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้ชายในประเทศที่พัฒนาแล้วหาเหยื่อที่เป็นเด็กในประเทศที่ด้อยพัฒนามากกว่า และจ่ายเงินเพื่อให้เด็กเปลือยกายหรือแสดงท่าทางเพื่อความประสงค์ในทางเพศ โดยผ่านเว็บแคม มีข้อมูลรายงานว่า ในประเทศฟิลิปปินส์นั้นมีเด็กที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศออนไลน์มากกว่าหนึ่งหมื่นคน ดังนั้น Terre Des Hommes จึงสร้างสวิตตี้เพื่อล่อซื้อบุคคลที่มีพฤติกรรมดังกล่าว⁷¹



ภาพที่ 2.5 การสร้างสวิตตี้ (Sweetie) จาก Terre des Hommes Netherlands, “SWEETIE 2.0: STOP WEBCAM CHILD SEX,” Retrieved on May 30, 2016, from <https://www.terredeshommes.nl/en/programmes/sweetie-20-stop-webcam-child-sex>

⁷⁰ ชมเรื่องราวของสวิตตี้ได้ที่ “Stop webcam child sex tourism!”

<https://www.youtube.com/watch?v=aGmKmVvCzkw>

⁷¹ องค์กรนวัตกรรมสังคม (Creative MOVE), “หนูน้อย Sweetie ล่อซื้อการล่วงละเมิดทางเพศออนไลน์” สืบค้นเมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม 2559 จาก

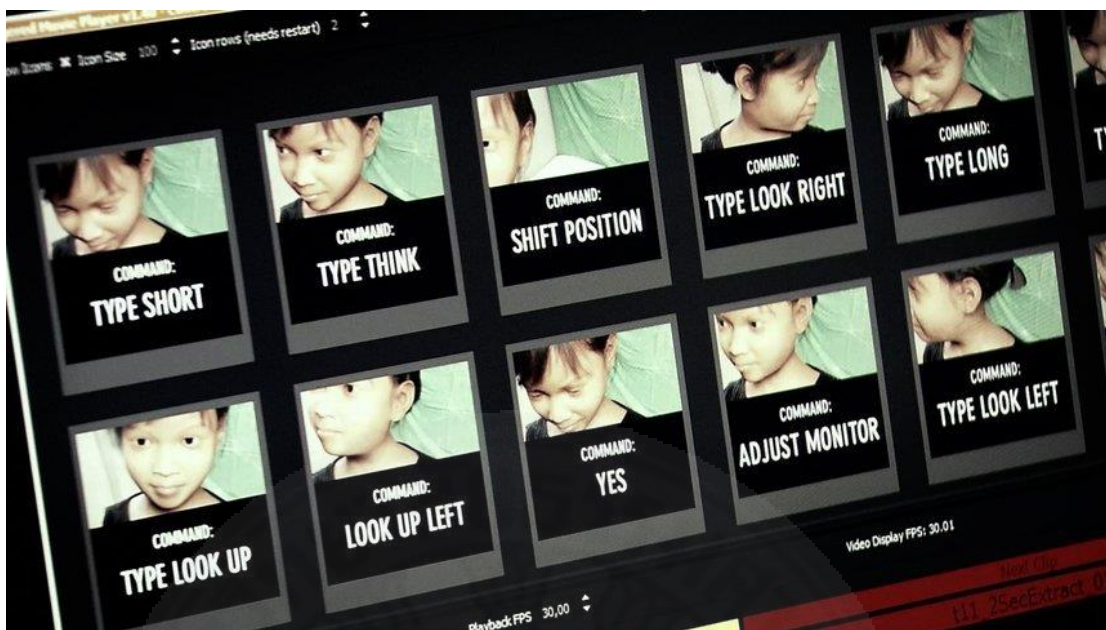
<http://www.creativemove.com/creative/sweetie-child-sex-tourism/#ixzz4hDP3ku9v>



ภาพที่ 2.6 สวีตี้ (Sweetie) จาก Jason, “Making of Sweetie Case film,” Retrieved on May 30, 2016, from <http://www.cgmeetup.net/home/making-of-sweetie-case-film>

สวีตี้ถูกสร้างให้เป็นเด็กหญิงชาวฟิลิปปินส์ อายุ 10 ปี และสามารถเคลื่อนไหวร่างกายได้เหมือนกับเด็กจริง ๆ โดยผ่านการควบคุมของเจ้าหน้าที่ เมื่อเริ่มภารกิจมีผู้ชายที่เข้าใจว่าสวีตี้เป็นเด็กจริง ๆ ติดต่อเข้ามาพูดคุยกับสวีตี้มากกว่า 2,000 คน และมี 1,000 ที่เสนอจะจ่ายเงินเพื่อให้สวีตี้ถอดเสื้อผ้าผ่านทาง Webcam ซึ่งจากจำนวนนี้มี 254 คน มาจากสหรัฐอเมริกา 110 คนมาจากสหราชอาณาจักร 103 คนมาจากอินเดีย⁷² และจากประเทศต่าง ๆ อีกมากกว่า 71 ประเทศทั่วโลก

⁷² BBC News, “Computer-generated 'Sweetie' catches online predators” Retrieved on January 9, 2017 <http://www.bbc.com/news/uk-24818769>



ภาพที่ 2.7 การควบคุมสวีทตี้ จาก Sweetie, “Stop webcam child sex tourism!,” Retrieved on May 30, 2016, from <https://www.youtube.com/watch?v=aGmKmVvCzkw>

การสร้างสวีทตี้แสดงให้เห็นว่าคอมพิวเตอร์สามารถสร้างเด็กเสมือนได้เหมือนกับเด็กจริง ๆ ดังนั้น การผลิตหรือสร้างสื่อลามกอนาจารเด็กก็สามารถทำได้ด้วยเทคโนโลยีเดียวกันโดยการใช้คอมพิวเตอร์สร้างภาพเด็กที่มีกิจกรรมทางเพศอย่างชัดเจน ไม่ว่าจะเป็นการสร้างให้เด็กมีเพศสัมพันธ์กับผู้ใหญ่หรือกับเด็กด้วยกัน และไม่ว่าจะเป็นภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหว ทุกสิ่งเป็นการสร้างจากจินตนาการโดยไม่ต้องมีการล่วงละเมิดทางเพศเด็กจริง ๆ แต่อย่างใด

นอกจากนี้ ยังมีตัวอย่างของคดีที่เกิดขึ้นจริงที่ประเทศเนเธอร์แลนด์ ในปี 2008 เกี่ยวกับวิดีโอความยาว 1 นาที ที่ชื่อว่า “บทเรียนทางเพศสำหรับเด็กสาว” (Sex Lessons For Young Girls) ซึ่งแสดงภาพจำลองเสมือนของเด็กผู้หญิงที่กำลังใช้ปากกับอวัยวะเพศของผู้ใหญ่ (Oral sex) เมื่อผู้ชายสำเร็จความใคร่เด็กหญิงในวิดีโออีมให้กับล้อง และมีการสร้างบรรยากาศที่แสดงให้เห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นกิจกรรมที่สนุกสำหรับเด็ก ๆ ถึงแม้ว่าวิดีโอดังกล่าวจะเป็นภาพที่สร้างจากคอมพิวเตอร์เพื่อจำลองภาพเด็กที่มีกิจกรรมทางเพศ ซึ่งเป็นสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน⁷³ ศาลของเนเธอร์แลนด์ได้พิจารณาและให้ความเห็นว่าวิดีโอดังกล่าวมีความสมจริงพอสมควร เนื่องจากเด็กโดยเฉลี่ยไม่สามารถแยกความแตกต่างระหว่างคนจริงกับตัวการ์ตูนได้ ซึ่งศาลนำมาเป็นเกณฑ์ในการตัดสิน ประกอบกับชื่อและลักษณะวิดีโอดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นหลักสูตรทางเพศสำหรับเด็กเล็ก การตัดสินว่าสื่อดังกล่าวเป็นความผิดจึงเป็นการต่อต้านการส่งเสริม

⁷³ Michaela Poborilova, *supra note 63*, pp.251.

การล่วงละเมิดทางเพศเด็ก ซึ่งการตัดสินในดังกล่าวเป็นสถานการณ์เฉพาะของคดีนี้ อย่างไรก็ตาม คดีดังกล่าวเป็นคดีเดียวที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนในเนเธอร์แลนด์ และยังไม่แน่ชัดว่า ในคดีต่อไปศาลจะตัดสินตามแนวทางนี้หรือไม่⁷⁴

จะเห็นได้ว่าสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนที่สร้างขึ้นจากคอมพิวเตอร์ (computer-generated image – CGI) มีโอกาสมากในการสร้างภาพเด็กเสมือนที่เหมือนเด็กจริงจนไม่อาจแยกได้ว่าเป็นเด็กจริงหรือเด็กเสมือน ซึ่งจะทำให้เกิดปัญหาในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไม่ชัดเจนว่า สื่อลามกอนาจารเด็กนั้นรวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนด้วยหรือไม่ อาจทำให้ผู้ที่ผลิต ครอบครอง เผยแพร่ แสดง หรือทำการค้า สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน สามารถใช้เป็นข้อต่อสู้ได้ว่า สื่อที่ถูกดำเนินคดีไม่ได้ใช้เด็กจริงในการผลิตสื่อ ซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาให้การดำเนินคดีต่อผู้กระทำความผิดได้

(2) สื่อที่สร้างขึ้นจากการวาด หรือการปั้น

ภาพวาด หรือภาพการ์ตูน เป็นงานสร้างสรรค์ที่เกิดจากจินตนาการของผู้วาด และเมื่อจินตนาการนั้นแสดงออกมาเป็นภาพของเด็กที่มีกิจกรรมทางเพศอย่างชัดเจน แต่ไม่ได้มีการล่วงละเมิดเด็กจริง ๆ ในการวาดหรือสร้างสรรค์สื่อ นั้น มีตัวอย่างที่เห็นได้อย่างชัดเจนที่สุดคือการ์ตูนญี่ปุ่น หนังสือการ์ตูนที่มีเรื่องราวและช่องคำพูดเรียกว่า “มังงะ” (Manga) ซึ่งมีความสำคัญต่อวัฒนธรรมญี่ปุ่นและได้รับการยอมรับจากคนญี่ปุ่นว่าเป็นวิจิตรศิลป์และวรรณกรรมรูปแบบหนึ่ง แต่มังงะก็ถูกวิพากษ์วิจารณ์จากกลุ่มอนุรักษ์นิยม ทั้งในญี่ปุ่นและต่างประเทศว่ามีความรุนแรงและเนื้อหาลามกอนาจาร⁷⁵ ส่วนการ์ตูนที่เป็นภาพเคลื่อนไหวเรียกว่า “อนิเมะ” (Anime)⁷⁶ นอกจากนี้ยังมีคำว่า “โดจิน” (Doujin) ซึ่งใช้เรียก สื่อต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นมังงะ อนิเมะ หรือเกมส์ ที่สร้างและจัดจำหน่ายโดยมือสมัครเล่น และคำว่า “โลลิคอน” (lolicon หรือ rorikon) เป็นคำหลักที่ใช้อธิบายลักษณะของมังงะ อนิเมะ หรือเกมส์ ที่มีตัวละครเป็นเด็กซึ่งมีกิจกรรมทางเพศหรือกิจกรรมที่มีความ

⁷⁴ Bert-Jaap Koops, “Cybercrime Legislation in the Netherlands” *Electronic Journal of Comparative Law*, vol.14.3, pp.12 (December 2010).

⁷⁵ ธนาคาร ช่อนกลิ่น, “เพศและความรุนแรงในสื่อการ์ตูนญี่ปุ่น,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะวิจิตรศิลป์, มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2557), น. 4.

⁷⁶ Chris Mathews, “Manga, Virtual Child Pornography, and Censorship in Japan,” *Applied Ethics Old Wine in New Bottles*², Published by Center for Applied Ethics and Philosophy Hokkaido University, (Japan: Center for Applied Ethics and Philosophy, 2011), pp.165.

รุนแรง⁷⁷ โอลิค่อนมีรากศัพท์มาจากคำว่า โอลิต้าคอมเพล็กซ์ ซึ่งมีที่มาจากนวนิยายของ วลาดิเมียร์ นาโบบคอฟ เป็นเรื่องราวของชายวัยกลางคนที่มีความหลงใหลทางเพศต่อโอลิต้า เด็กผู้หญิงที่มีอายุเพียง 12 ปี และกลายมาเป็นชื่อเรียกความสัมพันธ์ระหว่างชายสูงวัยและเด็กสาว โดยนิยายเรื่องโอลิต้าคอมเพล็กซ์นั้น มีชื่อว่าโอลิค่อนในฉบับแปลเป็นฉบับภาษาญี่ปุ่นเมื่อปี ค.ศ. 1969⁷⁸ แต่ปัจจุบันหมายถึง เด็กหญิงตัวน้อย โดยมุ่งเน้นไปที่เด็กในกลุ่มอายุ 10 – 18 ปี เนื้อเรื่องเกี่ยวกับโอลิค่อนมักจะเป็นบทสั้น ๆ มีเรื่องราวแบบเรียบง่ายและเน้นเรื่องราวโดยตรงของกิจกรรมทางเพศ ทั้งการข่มขืน การบังคับร่วมประเวณีระหว่างพี่น้อง และการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเด็กกับคนแก่⁷⁹ ตัวละครเด็กนั้นมีตั้งแต่เป็นนักเรียนประถมหรือมัธยมจนถึงเด็กอายุ 5 ปีหรือต่ำกว่า⁸⁰ สำหรับผู้ที่มีความสนใจและคลั่งไคล้ในการ์ตูนญี่ปุ่น ซึ่งใช้ทั้งเวลาและเงินส่วนใหญ่ไปกับสิ่งที่เกี่ยวข้องกับการ์ตูนและสามารถพบเห็นได้ตามเวทิต่าง ๆ ที่มีกิจกรรมเกี่ยวกับการ์ตูน บุคคลเหล่านี้จะถูกเรียกว่า “โอตาคุ” (Otaku)⁸¹

เมื่อการ์ตูนญี่ปุ่นเข้ามาในประเทศไทย จำนวนของกลุ่มคนที่คลั่งไคล้การ์ตูนญี่ปุ่นก็เพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ เนื่องจากคนไทยเปิดรับวัฒนธรรมจากต่างประเทศได้ง่าย จึงมีกิจกรรมสนับสนุนเกี่ยวกับการ์ตูนเป็นจำนวนมาก ทำให้กลุ่มคนที่ชอบการ์ตูนญี่ปุ่นสามารถรวมกลุ่มกัน และมีกิจกรรมร่วมกันในพื้นที่สาธารณะจนเกิดเป็นกระแสนิยม และทำให้เด็กวัยรุ่นซึ่งมีความอยากรู้อยากเห็นได้เข้าร่วมกิจกรรมแล้วเกิดความชื่นชอบ⁸² กิจกรรมงานการ์ตูนญี่ปุ่นโดยทั่วไปจะมีหนังสือ สิ่งพิมพ์ และสินค้าพลาสติกโมเดล หรือที่เรียกว่า ฟิกเกอร์ (Figure) เกี่ยวกับการ์ตูนญี่ปุ่นวางขายเป็นจำนวนมาก สินค้าเหล่านี้ถูกออกแบบมาให้มีความสวยงามน่าดึงดูด โดยใช้เรื่องราวทางเพศ ความรุนแรง อาศัยผ่านรูปลักษณ์ของคนที่น่ารัก สดใส ได้อย่างกลมกลืน แต่จะไม่นำเสนออย่างโจ่งแจ้ง ซึ่งสามารถหลีกเลี่ยงการต่อต้านจากสังคมได้ ปัญหาก็คือ สินค้าส่วนมากไม่ได้มีการจำกัดกลุ่มอายุ

⁷⁷ Patrick W. Galbraith, “Lolicon: The Reality of ‘Virtual Child Pornography’ in Japan” *Image & Narrative*, Vol. 12, Issue 1, pp.83-84 (2011).

⁷⁸ Cory Lyn Takeuchi, “Regulating Lolicon: Toward Japanese Compliance With Its International Legal Obligations To Ban Virtual Child Pornography,” *GA. J. INT'L & COMP. L.*, Vol. 44, pp.202–203 (2015).

⁷⁹ Chris Mathews, *supra note 76*, pp.165.

⁸⁰ *Ibid.*, pp.166.

⁸¹ ธนากร ช่อนกลิ่น, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 75*, น. 5.

⁸² *เพ็ญอ้าง*, น. 5.

ผู้บริโภค หรือหากมีการจัดระดับความเหมาะสมในสื่อสิ่งพิมพ์ก็เพียงใช้คำว่า “สำหรับผู้อ่านวัยรุ่นขึ้นไป” ปัญหานี้มีสาเหตุส่วนหนึ่งมาจากการเข้าถึงสื่อในรูปแบบออนไลน์ได้อย่างสะดวก แตกต่างจากในอดีตที่บุคคลคนหนึ่งจะสามารถเสพสื่อที่ไม่เหมาะสมได้ต้องใช้ความตั้งใจและพยายามอย่างมาก นั่นหมายถึงหากบุคคลนั้นประสงค์จะเข้าถึงสื่อเหล่านั้น ก็จะไม่สามารถพบเจอได้ แต่ในปัจจุบันเพียงใส่คีย์เวิร์ด (Keyword) ซึ่งเป็นข้อความธรรมดาหรือชื่อการ์ตูน ที่ต้องการหาข้อมูลลงไปในแถบค้นหาของโปรแกรมการค้นหา (search engine) เช่น กูเกิล (Google) ก็มีโอกาสสูงที่จะพบภาพการ์ตูนไม่เหมาะสมได้โดยทั้งความตั้งใจและไม่ตั้งใจ⁸³



ภาพที่ 2.8 ภาพหน้าปกโดจิน เรื่อง Geiger Counter 2 จาก “ลุงหื่น ชมชื่นเด็ก 2 - Geiger Counter 2,” สืบค้นเมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม 2559, จาก <http://www.e-e.me/doujin/5512.html>

⁸³ เฟิ่งอ๋าง, น. 6.



ภาพที่ 2.9 เนื้อเรื่องโดจินเรื่อง Psan To Issho! จาก “เข้างานสายเพราะหลายยก - P-San to Issho,” สืบค้นเมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม 2559, จาก <https://www.doujinh.com/837/เข้างานสายเพราะหลายยก-P-San-to-Issho>

นอกจากการตุ๋นญี่ปุ่นจะเป็นที่นิยมแล้ว รูปปั้นหรือรูปจำลองสามมิติ ที่เรียกว่า โมเดลหรือฟิกเกอร์ ของตัวการ์ตูนในมังงะ หรืออนิเมะ ก็เป็นที่นิยมของผู้ที่ชื่นชอบการ์ตูนญี่ปุ่นด้วยเช่นกัน และฟิกเกอร์บางประเภทก็มีลักษณะเป็นแนวโลลิตาค็อน กล่าวคือเป็นตัวการ์ตูนที่เป็น

เด็กอยู่เปลือยกายอยู่ในทางทำที่สื่อไปทางเพศ ซึ่งรูปฟิกเกอร์นี้ก็เป็นสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนประเภทนี้เช่นกัน



ภาพที่ 2.10 ตัวอย่างฟิกเกอร์แนวโลลิตคอน จาก nekomagic, “(18+) Comic Aun – Kokuten Tae 1/7 PVC figure by Ochidseed,” Retrieved on May 30, 2016, from <http://www.nekomagic.com/?p=60334#more-60334>

(3) สื่อที่เกิดจากการปรับเปลี่ยนภาพ

การปรับเปลี่ยนภาพหรือการตัดต่อภาพ (morphed images) คือการใช้คอมพิวเตอร์ปรับเปลี่ยนภาพถ่ายไปสู่ภาพดิจิทัล โดยอาจนำมาใช้ได้หลายรูปแบบ หนึ่งในนั้นคือการนำมาใช้ในการแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็กด้วย การปรับเปลี่ยนภาพสามารถทำได้ 2 วิธี ได้แก่ วิธีแรก คือ การตัดต่อใบหน้าของเด็กมาใส่บนภาพลามกอนาจารของผู้ใหญ่ หรือการนำภาพของเด็ก ซึ่งเป็นภาพถ่ายปกติ เช่น นำภาพเด็กกำลังรับประทานไอศกรีมซ้อนลงบนภาพลามกอนาจารเพื่อที่จะทำให้มีลักษณะเหมือนเด็กมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศ ภาพดังกล่าวนั้นยังคงเป็นการแสวงหาประโยชน์ทางเพศกับเด็ก แม้จะไม่ได้มีการล่วงละเมิดทางเพศเด็กจริง ๆ เพราะถือว่าภาพเหล่านั้นได้มีการแสดงภาพของเด็กที่มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศ⁸⁴ วิธีที่สอง คือการตกแต่งภาพโดยการทำให้บุคคลในภาพลามกอนาจารดูเด็กกว่าความเป็นจริง เช่น การใช้เทคนิคการตกแต่งภาพเพื่อลดขนาดของอวัยวะเพศชายของนายแบบในสื่อลามกอนาจาร หรือลดขนาดหน้าอกของผู้หญิง ลบเส้น

⁸⁴ Marie Eneman, Alisdair Gillespie and Bernd Stahl, *supra note* 62.

ชนในที่ลับ และเปลี่ยนรูปทรงและส่วนของแขนขาให้มีน้ำหนักและมวลกล้ามเนื้อน้อยลง⁸⁵ เพื่อให้ภาพนั้นกลายเป็นภาพลามกอนาจารเด็ก

กรณีของ จิมมี่ วิลเลียมส์ (Jimmy Williams) เป็นตัวอย่างของสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนประเพณีนี้ได้อย่างดี กล่าวคือ จิมมี่ วิลเลียมส์ เด็กชายอายุ 6 ปี ซึ่งกำลังเล่นอย่างไร้เดียงสาไปกับเพื่อน ๆ ที่ Coonskin Park ในเมืองซินซินแนติ รัฐโอไฮโอ สหรัฐอเมริกา โดยที่ไม่รู้ตัวเลยว่าถูกผู้ที่ชอบมีเพศสัมพันธ์กับเด็กซึ่งซ่อนอยู่ในพุ่มไม้แอบถ่ายภาพเขาและเพื่อน ๆ และได้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์สร้างสื่อลามกอนาจารเด็กโดยใช้ภาพของจิมมี่ วิลเลียมส์ แต่ภาพนั้นถูกปรับแต่งและเปลี่ยนแปลงจนไม่มีใครรู้ว่าเด็กในภาพนั้นคือจิมมี่ วิลเลียมส์ และเผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ต เพื่อขายให้ผู้ที่มีเพศสัมพันธ์กับเด็ก⁸⁶

แต่อย่างไรก็ตาม ภาพตัดต่ออาจไม่ใช่สื่อลามกอนาจารเสมือนในความหมายอย่างแคบ เนื่องจากภาพตัดต่ออาจจะใช้ใบหน้าของเด็กที่มีอยู่จริง หรือเด็กที่สามารถระบุตัวได้ ซึ่งเป็นการก่อให้เกิดผลกระทบต่อเด็กที่มีตัวตนจริงแม้จะมีการปรับเปลี่ยนภาพก็ตาม เพราะสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนในความหมายอย่างแคบนั้น ต้องเป็นเด็กที่สร้างขึ้นมาโดยที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับเด็กที่มีตัวตนอยู่จริง⁸⁷

(4) สื่อที่ใช้ผู้ใหญ่ที่มีลักษณะเหมือนเด็กในการแสดง

สื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่ที่มีลักษณะเหมือนเด็กในการแสดง คือการที่นำผู้ใหญ่มาแต่งตัวหรือแสดงท่าทางให้เหมือนเด็กในลักษณะเกี่ยวกับทางเพศ และโฆษณาประชาสัมพันธ์ว่าภาพนั้นคือภาพลามกอนาจารเด็ก หรือมีเด็กเป็นผู้แสดง เพื่อตอบสนองความต้องการของผู้ที่มีเพศสัมพันธ์กับเด็ก ตัวอย่างเช่น ภาพถ่ายแนวโลลิต้า

สื่อประเภทนี้ก่อให้เกิดการถกเถียงอย่างกว้างขวางในสหรัฐอเมริกา เนื่องจากการให้คำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กที่กว้างเกินไป ทำให้สื่อลามกอนาจารเด็กมีความหมายรวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่ที่มีลักษณะเหมือนเด็กในการแสดงด้วย ซึ่งแสดงให้เห็นว่าหากให้นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กกว้างเกินไปก็อาจทำให้เกิดปัญหาเช่นนี้ได้ แต่อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันสหรัฐอเมริกาได้แก้ไขกฎหมายทำให้สื่อลามกอนาจารเด็กซึ่งไม่รวมถึงสื่อประเภทนี้แล้ว

⁸⁵ Rikki Solowey, *supra* note 49, pp.163.

⁸⁶ Kelley Bergelt, *supra* note 45, pp.565-566.

⁸⁷ Rikki Solowey, *supra* note 49, pp.162.

2.3.1.2 สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนในความหมายอย่างแคบ

สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนในความหมายอย่างแคบหมายความว่าสื่อแสดงภาพลามกอนาจารเด็กที่ไม่ได้ใช้เด็กจริง ๆ ในการผลิตหรือการสร้าง ซึ่งไม่มีผลกระทบต่อเด็กโดยตรงและไม่มีเหยื่อที่ได้รับผลกระทบจากสื่อดังกล่าวเท่านั้น ซึ่งได้แก่ สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนที่สร้างขึ้นจากคอมพิวเตอร์ และสื่อลามกอนาจารเด็กสร้างขึ้นจากการวาด หรือการปั้น เท่านั้น เนื่องจากสื่อลามกอนาจารเด็กที่เกิดจากการตัดต่อหรือปรับแต่งภาพ มีเหยื่อที่เป็นเด็กที่ถูกนำภาพมาตัดต่อหรือปรับแต่ง ซึ่งเป็นผลกระทบต่อเด็กในทางหนึ่ง และสื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่ที่มีลักษณะเหมือนเด็กในการแสดง ไม่ใช่สื่อลามกอนาจารเด็กในความเป็นจริง เนื่องจาก ผู้แสดงในสื่อเป็นผู้ใหญ่ไม่ใช่เด็กจึงไม่เป็นสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนในความหมายอย่างแคบ และในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมุ่งเน้นไปที่สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนในความหมายอย่างแคบเท่านั้น

2.4 แนวความคิดทางอาญาที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน

ในการพิจารณาว่าการกระทำเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนควรเป็นความผิดอาญาหรือไม่นั้น มีแนวความคิดที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

2.4.1 หลักประกันในกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีโทษร้ายแรงซึ่งมีผลกระทบต่อชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน และเสรีภาพของบุคคล กฎหมายอาญาจึงต้องมีลักษณะพิเศษที่แตกต่างจากกฎหมายประเภทอื่น ซึ่งก็คือ หลัก “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย” (nullum crimen, nulla poena, sine lege) อันเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญาที่สำคัญมาก โดยศาสตราจารย์ Franz von Liszt กล่าวว่าไว้ว่าเป็น ธรรมนูญของอาชญากร⁸⁸ ซึ่งโครงสร้างของหลักการดังกล่าว ประกอบด้วย (1) การกำหนดความผิดและการลงโทษที่แรงกว่าจะกระทำไม่ได้โดยใช้กฎหมายจารีตประเพณี (2) การกำหนดความผิดและการลงโทษที่แรงกว่าจะกระทำไม่ได้โดยใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งไม่ได้ (3) กฎหมายอาญาในทางเป็นโทษไม่มีผลย้อนหลัง และ (4) กฎหมายอาญาต้องชัดเจนแน่นอน กล่าวคือเนื้อหาและขอบเขตจะต้องแสดงออกโดยตัวบทกฎหมายอย่างชัดเจน⁸⁹

⁸⁸ คณิต ฒ นคร, พื้นฐานความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอาญา, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2553) น. 79.

⁸⁹ เพ็งอ้วน, น. 80.

หลัก “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย” (nullum crimen, nulla poena, sine lege) เป็นหลักที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 ว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย...”⁹⁰

หลักประกันในกฎหมายอาญานั้น เป็นข้อเรียกร้องที่กำหนดว่ากฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอน องค์ประกอบของความผิดอาญาด้านต่าง ๆ จะต้องบัญญัติให้ชัดที่สุด ต้องหลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำที่มีความหมายกว้างหรือขยายได้ ซึ่งมาจากหลักเกณฑ์ที่ว่าอำนาจรัฐต้องมีกฎหมายรับรองจะใช้ได้ผลอย่างเต็มที่ก็ต่อเมื่อเจตจำนงของประชาชนที่แสดงออกมาในรูปของกฎหมายอย่างชัดเจน การตัดสินใจตามอำเภอใจของผู้พิพากษาไม่อาจเกิดขึ้นได้ ซึ่งเป็นข้อเรียกร้องหนึ่งของหลักนิติรัฐที่มีต่อกฎหมายอาญาซึ่งเข้มงวดกว่ากฎหมายอื่น ๆ⁹¹

2.4.2 สิทธิและเสรีภาพที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน

สิทธิ หมายถึง “อำนาจที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิจึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นด้วย”⁹² แต่สิทธิตามรัฐธรรมนูญถือเป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชน หมายถึง กรณีที่กฎหมายสูงสุดของรัฐได้บัญญัติรับรองคุ้มครองแก่บุคคลในอันที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการใด ซึ่งการให้อำนาจดังกล่าวก่อให้เกิดอำนาจแก่บุคคลที่จะเรียกร้องไม่ให้บุคคลอื่น ๆ หรือองค์กรใด ๆ แทรกแซงการใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวในขอบเขตสิทธิของตน เพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติ⁹³

เสรีภาพ หมายถึง สภาพการณ์ที่บุคคลมีอิสระในการที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความประสงค์ของตน ซึ่งเป็นอำนาจในการกำหนดตนเองโดยอิสระของบุคคลที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดได้ ความแตกต่างของสิทธิและเสรีภาพ คือ สิทธิเป็นอำนาจเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรือละเว้นการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง แต่เสรีภาพเป็นอำนาจที่

⁹⁰ จิตติ ติงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2556) น. 33.

⁹¹ คณิต ญ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 88, น. 84.

⁹² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2538), น. 21 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558), น. 50-51.

⁹³ บรรเจิด สิงคนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558), น. 51.

บุคคลมีอยู่เหนือตนเองในการตัดสินใจที่จะกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่กระทำอย่างใดอย่างหนึ่งโดยปราศจากการครอบงำหรือแทรกแซงจากบุคคลอื่น เสรีภาพจึงไม่ก่อให้เกิดหน้าที่ต่อบุคคลอื่น⁹⁴

การบัญญัติกฎหมายอาญาเพื่อใช้บังคับกับการกระทำที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนย่อมต้องกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่กระทำการนั้น ๆ ซึ่งสิทธิเสรีภาพที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนมีดังนี้

2.4.2.1 สิทธิเด็ก (Rights of the Child)

เด็กเป็นทรัพยากรที่สำคัญที่จะพัฒนาเป็นประชากรที่มีคุณภาพต่อสังคมองค์การระหว่างประเทศเห็นความสำคัญของสิทธิเด็กมาเป็นเวลานานแล้ว เช่น ในปี ค.ศ. 1924 องค์การสันนิบาตชาติได้ประกาศปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็กหรือที่เรียกว่าปฏิญญาเจนีวา (the Declaration of Geneva 1924) ต่อมาเมื่อมีการจัดตั้งองค์การสหประชาชาติก็ได้มีการรับรองสิทธิเด็กในรูปแบบต่าง ๆ โดยในปี 1959 องค์การสหประชาชาติได้ประกาศปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (the United Nations Declaration on the Rights of the Child 1959) มุ่งหมายคุ้มครองโดยใช้หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The best interests of the child) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่พัฒนามาจากคำพิพากษาของศาลในระบบ Common law เกี่ยวกับกฎหมายลักษณะครอบครัวและกฎหมายเกี่ยวกับการเลี้ยงดูเด็ก⁹⁵ อย่างไรก็ตาม หลักดังกล่าวไม่ได้มีการให้คำนิยามไว้อย่างชัดเจนแน่นอน แต่เมื่อวิเคราะห์จากแนวทางที่นักนิติศาสตร์หลายท่านได้ให้คำนิยามไว้อาจสรุปได้ว่าผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้นมีความหมายถึงสิทธิต่าง ๆ ของเด็กที่จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่เด็กทั้งทางร่างกาย จิตใจ อารมณ์และสถานะทางสังคม ก่อให้เกิดความผาสุกแก่เด็กในการใช้ชีวิตในสังคมและสวัสดิภาพของเด็ก โดยหากในกรณีที่จะต้องพิจารณาควบคู่กับผลประโยชน์ของบุคคลกลุ่มอื่น ผลประโยชน์ของเด็กจะต้องได้รับการพิจารณาเป็นลำดับแรก⁹⁶

ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็กจึงมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการเน้นย้ำให้เห็นถึงความสำคัญของเด็กที่จะต้องได้รับการปฏิบัติโดยคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และในขณะเดียวกันก็ต้องคำนึงถึงลักษณะของความเป็นเด็กด้วย ดังนั้น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็กจึงมีความมุ่ง

⁹⁴ เฝิงอ้วง, น. 53.

⁹⁵ จิราวัฒน์ แซ่มชัยพร, “การคุ้มครองเด็กโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ตามมาตรา 3(1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551) น. 5.

⁹⁶ เฝิงอ้วง, น. 27.

หมายที่จะให้เด็กได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษ อันจะช่วยให้เด็กมีพัฒนาการทางร่างกาย สมองและจิตใจ เพื่อให้อยู่ร่วมในสังคมได้อย่างปกติสุข โดยมีการให้ความสำคัญต่อลักษณะของความเป็นเด็กที่จะต้องได้รับความเอาใจใส่เป็นพิเศษ เพื่อให้สามารถมีพัฒนาการที่ดีทั้งในทางร่างกาย จิตใจ อารมณ์สังคม เพื่อที่จะสามารถเติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่ดีต่อไปในอนาคต⁹⁷ แต่อย่างไรก็ตามปฏิญญาดังกล่าวไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ต่อมาในปี ค.ศ. 1989 ที่ประชุมสมัชชาใหญ่สหประชาชาติได้ให้การรับรองอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child) ซึ่งเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่จัดทำขึ้นโดยคณะกรรมการด้านสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติตามหลักการของกฎบัตรสหประชาชาติ ที่ว่าด้วยศักดิ์ศรีและคุณค่าของมนุษย์ที่เท่าเทียมกัน โดยคำนึงว่าเด็กมีสิทธิที่จะได้รับการดูแลและช่วยเหลือทั้งในสภาพแวดล้อมของครอบครัวและการเลี้ยงดูอื่น ๆ บนพื้นฐานของประเพณีและค่านิยมทางวัฒนธรรมของชาติพันธุ์และสังคม⁹⁸ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กมีทั้งหมด 54 ข้อ โดยมีหลักการสำคัญ คือ การไม่เลือกปฏิบัติและประโยชน์สูงสุดของเด็กสำหรับเนื้อหาสาระ ประกอบด้วย สิทธิของเด็ก 4 ด้าน ได้แก่ สิทธิในการอยู่รอด สิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครอง สิทธิที่จะได้รับการพัฒนา และสิทธิในการมีส่วนร่วม⁹⁹

สื่อลามกอนาจารเด็กเป็นส่วนหนึ่งของการแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็กโดยมิชอบ ซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิเด็กในด้านสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครอง กล่าวคือ หลักการคุ้มครองร่างกายชีวิต เสรีภาพ และสวัสดิภาพของเด็ก โดยมุ่งคุ้มครองมิให้เด็กถูกละเมิดสิทธิเหนือร่างกาย ชีวิต และเสรีภาพ ไม่ว่าจะทำร้าย ฆ่า ล่วงเกินทางเพศ ชู้ตริต หากำไรทางเพศหรือค้ำกำไรทางเศรษฐกิจหรือนำเด็กไปเป็นวัตถุซื้อขายหรือปฏิบัติต่อเด็กที่ไม่เหมาะสม จนเป็นผลเสียต่อสวัสดิภาพของเด็ก รวมทั้งคุ้มครองให้มีการเยียวยาฟื้นฟู เด็กที่ถูกกระทำละเมิดดังกล่าว ให้กลับคืนสู่สภาพ

⁹⁷ นันทน์ภัสร์ สนธิพร, “มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมสื่อลามกและสื่อที่ไม่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชน ศึกษากรณีร่างพระราชบัญญัติปราบปรามวัตถุช่วยพฤติกรรมอันตราย พ.ศ.” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552) น. 81.

⁹⁸ สำนักงานส่งเสริมสวัสดิภาพและพิทักษ์เด็ก เยาวชน ผู้ด้อยโอกาส และผู้สูงอายุ, อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child) และ พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child) (กรุงเทพฯ : สำนักงานส่งเสริมสวัสดิภาพและพิทักษ์เด็ก เยาวชน ผู้ด้อยโอกาส และผู้สูงอายุ,) น. 3.

⁹⁹ เพิ่งอ้าง, น. 3.

ปกติได้¹⁰⁰ โดยการปกป้องคุ้มครองเด็กจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบถูกกำหนดไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 34 “รัฐภาคีรับที่จะคุ้มครองเด็กจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศ และการกระทำทางเพศที่มีชอบทุกรูปแบบ เพื่อการนี้ รัฐภาคีจะดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวง ทั้งมาตรการภายในประเทศ และมาตรการทวิภาคีและพหุภาคีเพื่อป้องกัน

(ก) การชักจูง หรือบีบบังคับเด็กให้มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศใด ๆ ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(ข) การแสวงหาประโยชน์จากเด็กในการค้าประเวณี หรือการกระทำอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับเพศที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(ค) การแสวงหาประโยชน์จากเด็กในการแสดงลามกอนาจาร และที่เกี่ยวกับสิ่งลามกอนาจาร”¹⁰¹

ต่อมาในปี ค.ศ. 2000 ที่ประชุมสมัชชาของสหประชาชาติ ได้ประกาศให้การรับรอง และเปิดให้ประเทศต่าง ๆ ลงนามเข้าเป็นภาคีพิธีสารของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก คือ พิธีสารเลือกรับ เรื่อง การขายเด็ก การค้าประเวณีเด็ก และสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก (Optional Protocol to the Convention on the Rights of the child on the sale of children, child prostitution and child pornography) ซึ่งเป็นการเพิ่มเติมอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กข้อ 32 34 และ 35 เพื่อประกันการคุ้มครองเด็กจากการแสวงหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจและทางเพศ¹⁰² พิธีสารดังกล่าวมีสาระประกอบด้วยข้อบท 17 ข้อ โดยมุ่งการคุ้มครองเด็กจากการแสวงหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจ ทางเพศ และพัฒนาการทางร่างกายและจิตวิญญาณของเด็ก โดยในข้อ 2 ของพิธีสารดังกล่าว ได้ให้คำนิยามว่า “สื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก หมายถึง การนำเสนอใด โดยวิธีการใดก็ตาม ที่เด็กเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องในกิจกรรมทางเพศอย่างชัดแจ้ง ทั้งที่เป็นจริง หรือจำลองขึ้น หรือการนำเสนออวัยวะส่วนใดในทางเพศของเด็ก เพื่อความมุ่งประสงค์หลักในทางเพศ”¹⁰³

ประเทศไทยได้ลงนามเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2535¹⁰⁴ และเข้าเป็นภาคีพิธีสารของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก คือ พิธีสารเลือกรับ เรื่อง การขายเด็ก การค้าประเวณีเด็ก และสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก (Optional Protocol to the

¹⁰⁰ เฟิ่งอ๋าง, น. 12.

¹⁰¹ เฟิ่งอ๋าง, น. 57.

¹⁰² เฟิ่งอ๋าง, น. 86.

¹⁰³ เฟิ่งอ๋าง, น. 107.

¹⁰⁴ เฟิ่งอ๋าง, น. 3.

Convention on the Rights of the child on the sale of children, child prostitution and child pornography) เมื่อวันที่ 11 มกราคม พ.ศ. 2549 และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 11 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2549¹⁰⁵ สำหรับสิทธิเด็กในกฎหมายไทยนั้น เด็กเป็นบุคคลที่มีสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญทุกประการ ถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิเด็กไว้โดยเฉพาะ แต่ก็มีการบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ของรัฐที่จะต้องให้เด็กได้รับการศึกษา และให้เด็กเล็กได้รับการดูแลและพัฒนา ก่อนเข้ารับการศึกษา ในมาตรา 54 และในหมวดแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ มาตรา 71 วรรคสาม ที่บัญญัติว่า “รัฐพึงให้ความช่วยเหลือเด็ก เยาวชน สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ ผู้ยากไร้ และผู้ด้อยโอกาสให้สามารถดำรงชีวิตได้อย่างมีคุณภาพ และคุ้มครองป้องกันมิให้บุคคลดังกล่าวถูกใช้ ความรุนแรงหรือปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม รวมตลอดทั้งให้การบำบัด ฟื้นฟูและเยียวยาผู้ถูกกระทำการ ดังกล่าว”

นอกจากนี้ยังมีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ซึ่งมีวัตถุประสงค์ เพื่อคุ้มครองเด็ก ให้เด็กได้รับการอุปการะเลี้ยงดู อบรมสั่งสอน และมีพัฒนาการที่เหมาะสม อันเป็นการส่งเสริมความมั่นคงของสถาบันครอบครัว รวมทั้งป้องกันมิให้เด็กถูกทารุณกรรม ตกเป็นเครื่องมือ ในการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ หรือถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม¹⁰⁶ โดยมาตรา 26 เป็น บทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิเด็กที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครอง ซึ่งบัญญัติว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่ง กฎหมายอื่น ไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการ ดังต่อไปนี้

- (1) กระทำหรือละเว้นการกระทำอันเป็นการทารุณกรรมต่อร่างกายหรือ จิตใจของเด็ก
- (2) จงใจหรือละเลยมิให้สิ่งจำเป็นแก่การดำรงชีวิตหรือรักษาพยาบาลแก่ เด็กที่อยู่ในความดูแลของตน จนน่าจะเกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจของเด็ก
- (3) บังคับ ชูเชื้อ ชักจูง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กประพฤติตนไม่สมควร หรือน่าจะทำให้เด็กมีความประพฤติเสี่ยงต่อการกระทำผิด
- (4) โฆษณาทางสื่อมวลชนหรือเผยแพร่ด้วยประการใด เพื่อรับเด็กหรือยก เด็กให้แก่บุคคลอื่นที่มีโชฎาติของเด็ก เว้นแต่เป็นการกระทำของทางราชการหรือได้รับอนุญาตจาก ทางราชการแล้ว

¹⁰⁵ เฟิงอ๋าง, น. 86.

¹⁰⁶ โปรตตุ เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546

(5) บังคับ ชูเชิญ ชักจูง ส่งเสริม ยินยอม หรือกระทำได้ด้วยการใดให้เด็กไปเป็นขอทาน เด็กเร่ร่อน หรือใช้เด็กเป็นเครื่องมือในการขอทานหรือการกระทำผิด หรือกระทำได้ด้วยการใดอันเป็นการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากเด็ก

(6) ใช้ จ้าง หรือวานเด็กให้ทำงานหรือกระทำการอันอาจเป็นอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจมีผลกระทบต่อการศึกษาเจริญเติบโต หรือขัดขวางต่อพัฒนาการของเด็ก

(7) บังคับ ชูเชิญ ใช้ ชักจูง ยุยง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กเล่นกีฬาหรือให้กระทำการใดเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางการค้าอันมีลักษณะเป็นการขัดขวางต่อการศึกษาเจริญเติบโต หรือพัฒนาการของเด็กหรือมีลักษณะเป็นการทารุณกรรมต่อเด็ก

(8) ใช้หรือยินยอมให้เด็กเล่นการพนันไม่ว่าชนิดใดหรือเข้าไปในสถานที่เล่นการพนัน สถานค้าประเวณี หรือสถานที่ที่ห้ามมิให้เด็กเข้า

(9) บังคับ ชูเชิญ ใช้ ชักจูง ยุยง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กแสดงหรือกระทำการอันมีลักษณะลามกอนาจาร ไม่ว่าจะเข้าไปเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าตอบแทนหรือเพื่อการใด

(10) จำหน่าย แลกเปลี่ยน หรือให้สุราหรือบุหรี่แก่เด็ก เว้นแต่การปฏิบัติทางการแพทย์

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งมีโทษตามกฎหมายอื่นที่หนักกว่าก็ให้ลงโทษตามกฎหมายนั้น”

สำหรับโทษของการละเมิดสิทธิเด็กตามมาตรา 26 นั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ¹⁰⁷

2.4.2.2 สิทธิในความเป็นส่วนตัว (Right of Privacy)

ที่ประชุมคณะกรรมการนิติศาสตร์สากล (International Commission of Jurists – ICJ) ได้ให้ความหมายของคำว่า “สิทธิในความเป็นส่วนตัว” (Right to Privacy) ไว้ในการประชุมเมื่อปี ค.ศ. 1967 ที่กรุงสต็อกโฮล์ม ประเทศสวีเดนว่า เป็นสิทธิที่จะอยู่โดยลำพังโดยมีการรบกวนการแทรกแซงในระดับที่น้อยที่สุด ซึ่งมีการขยายความว่าหมายถึงสิทธิของปัจเจกชนที่จะดำเนินชีวิตโดยได้รับการคุ้มครองในเรื่องต่าง ๆ ได้แก่¹⁰⁸ การคุ้มครองจากการแทรกแซงในชีวิตความ

¹⁰⁷ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 78 ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 26 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

¹⁰⁸ ภัทร์สุดา กราบไกรแก้ว, “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของผู้ต้องขังในเรือนจำ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2558) น. 30-31.

เป็นส่วนตัว ครอบครัวและเคหสถาน การคุ้มครองจากการแทรกแซงในทางกายภาพหรือในทางจิตใจ หรือศีลธรรมและเสรีภาพในทางความคิด การคุ้มครองจากการกระทำต่อเกียรติยศและชื่อเสียง การคุ้มครองจากการโฆษณาชวนเชื่อที่ข่มขู่ความกลัวความจริงซึ่งทำให้เป็นที่เสื่อมเสีย ในสายตาของสาธารณชน การคุ้มครองจากการเปิดเผยข้อเท็จจริงที่ไม่ถูกต้องอันเป็นที่น่าอับอายเกี่ยวกับชีวิต ความเป็นส่วนตัว การคุ้มครองจากการใช้ชื่อหรือเครื่องหมายชี้เฉพาะหรือภาพโดยไม่มีอำนาจ การคุ้มครองจากการสืบความลับการสอดรู้สอดเห็นการติดตามเฝ้าดูและการรบกวน การคุ้มครองจากการแทรกแซงการติดต่อสื่อสารระหว่างกัน การคุ้มครองจากการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่เป็นความลับ ซึ่งผู้กระทำได้รับมาอันเนื่องมาจากการประกอบวิชาชีพนั้น และการคุ้มครองจากการใช้งานในทางที่มี ขอบซึ่งการติดต่อสื่อสารส่วนบุคคล

อาจกล่าวได้ว่าขอบเขตที่บุคคลควรได้รับการคุ้มครองและการเคารพใน สิทธิความเป็นส่วนตัวก็คือ การดำรงชีวิตอย่างเป็นอิสระมีสิทธิที่จะแสวงหาความสุขในชีวิตตามวิถีทาง ที่อาจเป็นไปได้และเป็นความพอใจ トラบเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและ ศีลธรรมอันดีของประชาชนและไม่เป็นการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น¹⁰⁹

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้รับรองสิทธิในความเป็นส่วนตัว (Right of Privacy) ไว้ในมาตรา 32 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เกียรติยศ ชื่อเสียง และครอบครัว

การกระทำอันเป็นการละเมิดหรือกระทบต่อสิทธิของบุคคลตามวรรค หนึ่ง หรือการนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้ประโยชน์ไม่ว่าในทางใด ๆ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัย อำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ”

การบัญญัติให้การผลิต ครอบครัว หรือการกระทำใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับ สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเป็นความผิดอาญา ซึ่งกระทบต่อสิทธิความเป็นส่วนตัวของบุคคลที่ได้รับ การคุ้มครองจากการแทรกแซงในชีวิตความเป็นส่วนตัว บุคคลอาจมีรสนิยมชื่นชอบภาพวาด หรือภาพ ที่สร้างจากคอมพิวเตอร์ ซึ่งเป็นจินตนาการในเรื่องทางเพศเกี่ยวกับเด็ก โดยไม่ได้มีการละเมิดหรือ กระทบต่อเด็กจริง จึงมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่า การบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็น ความผิดจะเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรหรือไม่ ซึ่งจะได้พิจารณาต่อไป

¹⁰⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ, รายงานการศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง ปัญหาและ มาตรการทางกฎหมายในการรับรองและคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (กรุงเทพฯ : สำนักงาน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2554), น. 4.

2.4.2.3 เสรีภาพการแสดงออก (Freedom of Expression)

เสรีภาพในการแสดงออก (Freedom of Expression) หรือเสรีภาพในการพูด (Freedom of Speech) ซึ่งเป็นสิทธิเสรีภาพในระดับสากลที่ระบุไว้ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights - ICCPR) ในข้อบทที่ 19 ดังนี้¹¹⁰

1) บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะมีความคิดเห็นโดยปราศจากการแทรกแซง

2) บุคคลทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก สิทธินี้รวมถึงเสรีภาพที่จะแสวงหา รับและเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารและความคิดทุกประเภท โดยไม่คำนึงถึงพรมแดน ทั้งนี้ไม่ว่าด้วยวาจาเป็นลายลักษณ์อักษรหรือการตีพิมพ์ ในรูปของศิลปะ หรือโดยอาศัยสื่อประการอื่นตามที่ตนเลือก

3) การใช้สิทธิตามที่บัญญัติในวรรคสองของข้อนี้ ต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบพิเศษควบคู่ไปด้วย การใช้สิทธิดังกล่าวอาจมีข้อจำกัดในบางเรื่อง แต่ทั้งนี้ข้อจำกัดนั้นต้องบัญญัติไว้ในกฎหมายและจำเป็นต่อ

(ก) การเคารพในสิทธิหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น

(ข) การรักษาความมั่นคงของชาติ หรือความสงบเรียบร้อย หรือการสาธารณสุข หรือศีลธรรมของประชาชน

ประเทศไทยได้ภาคยานุวัติ (Accession) เข้าเป็นภาคีกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง เมื่อวันที่ 29 ตุลาคม 2539 โดยไม่ได้ตั้งข้อสงวนแต่อย่างใด และมีผลใช้บังคับกับประเทศไทยเมื่อวันที่ 29 มกราคม 2540¹¹¹ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้รับรองเสรีภาพการแสดงออก (Freedom of Expression) หรือเสรีภาพในการพูด (Freedom of Speech) ไว้ด้วยเช่นกัน ในมาตรา 34 วรรคหนึ่ง บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะ

¹¹⁰ กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม, “สาระสำคัญของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR)” สืบค้นเมื่อวันที่ 9 มกราคม 2560, จาก http://www.rlpd.go.th/rlpdnew/images/rlpd_1/International_HR/2557/tran_ICCPR-2.pdf

¹¹¹ เพิ่งอ้าง.

เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน¹¹²

การบัญญัติให้การผลิต ครอบครอง หรือการกระทำใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเป็นความผิดอาญา ซึ่งเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคลที่มีรสนิยมชื่นชอบภาพวาด หรือภาพที่สร้างจากคอมพิวเตอร์ ซึ่งเป็นจินตนาการในเรื่องทางเพศเกี่ยวกับเด็ก โดยไม่ได้มีการละเมิดหรือกระทำต่อเด็กจริง จึงมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่าการบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดจะเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรหรือไม่ ซึ่งจะได้พิจารณาต่อไป

2.4.3 แนวคิดเรื่องอาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหาย (Victimless Crime)

นักกฎหมายได้ให้ความหมายของ อาชญากรรม ว่าเป็นความประพฤติที่กฎหมายอาญาห้ามกระทำ และมีการกำหนดบทลงโทษไว้ แต่การให้ความหมายในลักษณะนี้ทำให้ผู้ที่ทำความผิดตามกฎหมายอาญาเป็นอาชญากรไปทั้งหมด แต่ในทางอาชญาวิทยาเห็นว่า อาชญากรรมคือการกระทำที่มีความชั่วร้ายจริง ๆ เท่านั้น¹¹³ การทำความผิดอาญาบางประเภทที่เป็นเป็นกฎหมายเทคนิคซึ่งไม่มีความชั่วร้าย ถึงไม่เป็นอาชญากรรมตามความหมายของนักอาชญาวิทยา

ผู้เสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรม คือ บุคคลที่ถูกประทุษร้ายในชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน โดยปราศจากความยินยอมของผู้นั้น ในบางกรณีผู้เสียหายกับผู้ทำความผิดอาจเป็นบุคคลเดียวกันก็ได้ เช่น กรณีผู้ขับขี่รถมีเมมาจนเกิดอุบัติเหตุและตนเองได้รับบาดเจ็บ นักพนันที่เล่น

¹¹² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 34 บัญญัติว่า บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้น เฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน

เสรีภาพทางวิชาการย่อมได้รับความคุ้มครอง แต่การใช้เสรีภาพนั้นต้องไม่ขัดต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และต้องเคารพและไม่ปิดกั้นความเห็นต่างของบุคคลอื่น

¹¹³ สง่า สีนะสมิต, *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยาพิสดาร (ตอนที่ 1) อาชญาวิทยา*, (พระนคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2513) น. 6.

การพนันจนหมดตัว หรือบุคคลที่ติดยาเสพติด ในที่สุดก็ต้องตกเป็นผู้เสียหายเพราะเป็นทางของยาเสพติด¹¹⁴

การให้คำนิยามของอาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหาย (Victimless Crime) ที่ครอบคลุมที่สุด คือ การที่ผู้กระทำยินยอมให้ผลของการกระทำนั้น เกิดกับตัวผู้กระทำเอง โดยที่กฎหมายบัญญัติให้การกระทำได้นั้นเป็นความผิดไว้ การกระทำนั้นจึงเป็นการกระทำความผิดที่ไม่มีผู้เสียหาย ตัวอย่างอาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหายจากนิยามข้างต้น เช่น การพนัน (Gambling) การเสพยาเสพติด (Drug Addiction) การฉ้อราษฎร์บังหลวง (Corruption) การดื่มสุราในที่สาธารณะ (Public Drunkenness) สิ่งลามกอนาจาร (Obscenity) การค้าประเวณีและ (Prostitution) การผิดประเวณี (Fornication) การทำแท้ง (Abortion) เป็นต้น¹¹⁵ แต่อีกนัยหนึ่งอาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหาย (Victimless Crime) อาจหมายถึง อาชญากรรมที่ไม่มีเหยื่อโดยตรง การให้ความหมายในแนวนี้สามารถนำมาในอธิบายว่าสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเป็นอาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหาย เนื่องจากสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน เป็นอาชญากรรมที่เด็กไม่ได้รับความเสียหายหรือทุกข์ทรมานในการล่วงละเมิดทางเพศเพื่อผลิตสื่อชิ้นนั้น ซึ่งแตกต่างจากสื่อลามกอนาจารเด็กโดยทั่วไปที่เด็กเป็นเหยื่อของการผลิตสื่อและเป็นผู้เสียหายโดยตรงในสื่อลามกอนาจารเด็ก

2.4.4 แนวคิดในการกำหนดความผิดและโทษทางอาญา

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่กำหนดว่าการกระทำหรือการงดเว้นกระทำการใด เป็นความผิดที่ต้องรับโทษทางอาญา ซึ่งโทษนั้นมีความร้ายแรงเป็นลำดับ ได้แก่ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ และริบทรัพย์สิน

กฎหมายอาญามีลักษณะเป็นบทบังคับต่าง ๆ เกี่ยวกับความประพฤติของบุคคลในสังคม เพื่อใช้วางกฎระเบียบในสังคม กฎหมายอาญาจึงเป็นเครื่องมือของรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม ดังนั้น กฎหมายอาญา จึงมีไว้เพื่อวัตถุประสงค์ดังต่อไปนี้¹¹⁶

(1) การควบคุมอาชญากรรม (the control of crime) โดยกฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือในการควบคุมพฤติกรรมหรือการกระทำที่เป็นอาชญากรรมทั้งในแง่ของการป้องกันไม่ให้

¹¹⁴ สุวิทย์ นิมน้อย เดชา ศิริเจริญ และ อัมภางค์ ปาณิกบุตร, กฎหมายอาญาวิทยาและทัณฑวิทยา, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2519) น. 27-28.

¹¹⁵ จักรกฤษณ์ คงแก้ว, “อาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหาย : ศึกษาเฉพาะความผิดฐานทำให้แท้งลูก,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555) น. 53.

¹¹⁶ สุพิศ ปราณีตพลกรัง, หลักและทฤษฎีกฎหมายอาญา, (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2560) น. 11.

เกิดขึ้น และการจัดการเมื่อมีการก่ออาชญากรรมขึ้นแล้ว กล่าวคือ การลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อป้องกันและยับยั้งอาชญากรรม

(2) การควบคุมศีลธรรมอันดี (The control of morality) เป็นกรณีที่กฎหมายอาญาเข้าไปควบคุมกรณีต่าง ๆ ที่ไม่ได้เป็นอาชญากรรมที่รุนแรงที่มีผลกระทบต่อบุคคลในสังคม แต่พฤติกรรมนั้น ๆ เป็นสิ่งที่อาจกระทบกระเทือนต่อศีลธรรมอันดีของสังคม จึงต้องถูกควบคุมหรือจัดระเบียบ ตัวอย่างเช่น การเสพยาเสพติด การทำแท้ง การเป็นโสเภณี หรือสื่อลามกอนาจาร ซึ่งเป็นอาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหาย (victimless crime)

2.4.4.1 หลักเกณฑ์การกำหนดความผิดอาญา

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 77 บัญญัติว่า “รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพิกถอนที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง.....และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง”

หลักการตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว คือ หลักการบัญญัติกฎหมายเท่าที่จำเป็น และการกำหนดโทษทางอาญาเฉพาะความผิดที่ร้ายแรงเท่านั้น แสดงให้เห็นว่าแม้ว่ารัฐจะมีอำนาจในการออกกฎหมายเพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการปกป้องและคุ้มครองสังคม แต่ก็ไม่ได้หมายความว่ารัฐจะสามารถออกกฎหมายอาญามาบังคับใช้ได้ตามใจชอบ ดังนั้น การบัญญัติให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญาจึงจำเป็นต้องมีหลักเกณฑ์ที่มีความเหมาะสม ซึ่งอาจเกี่ยวข้องกับหลักศีลธรรม จารีตประเพณี และความคิดเห็นของสังคมโดยรวมที่เสนอผ่านทางตัวแทนของประชาชนที่ทำหน้าที่ออกกฎหมาย โดยพิจารณาจากแนวทางที่นักกฎหมาย และนักวิชาการด้านปรัชญา หรือสังคมวิทยา ได้สร้างหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดทางอาญาไว้ เพื่อจะเป็นการแก้ไขปัญหาการเกิดกฎหมายอาญาเพิ่ม (Overcriminalization) กล่าวคือ ไม่ให้รัฐใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือในการควบคุมความประพฤติของคนในสังคม โดยไม่พิจารณาถึงประสิทธิภาพและความสามารถของรัฐที่จะบังคับใช้กฎหมายอาญา อันจะทำให้กฎหมายขาดความศักดิ์สิทธิ์ได้¹¹⁷

แนวคิดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญามีความเกี่ยวข้องกับบรรทัดฐานทางสังคมซึ่งมีหลายอย่าง เช่น จารีตประเพณี ศาสนา หรือศีลธรรม กฎหมายกับจารีต

¹¹⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินติ้ง (ประเทศไทย), 2551) น. 7.

ประเพณี ศาสนาและศีลธรรม มีความคล้ายคลึงกันตรงที่ต่างก็เป็นแบบแผนที่ใช้บังคับกับความประพฤติของบุคคลในสังคม แต่แตกต่างกันตรงที่การฝ่าฝืนกฎหมายมีสภาพบังคับกล่าวคือมีโทษที่บังคับใช้อย่างจริงจัง เช่น โทษทางอาญาที่มีความร้ายแรง และมีแนวโน้มที่จะกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากกว่าแผนที่ใช้บังคับกับความประพฤติของบุคคลในสังคมแบบอื่น ๆ โดยหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญามีดังนี้

(1) หลักเกณฑ์ว่าด้วยการกำหนดว่าการกระทำใดหรือการไม่กระทำใด

ควรเป็นความผิดอาญา

ในทุก ๆ กลุ่มของสังคมนับตั้งแต่ครอบครัวไปจนถึงระดับประเทศย่อมต้องมีกฎหมายที่ควบคุมความประพฤติของคนในสังคมนั้น ๆ กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือหนึ่งของรัฐในการจัดระเบียบของสังคม ซึ่งมีสภาพบังคับหรือโทษที่ร้ายแรง และกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลในสังคมเป็นอย่างมาก การบัญญัติให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญาจึงจำเป็นต้องมีหลักเกณฑ์ที่มีความเหมาะสม

เฮอเบิร์ด แอล แพ็กเกอร์ (Herbert L. Packer) ศาสตราจารย์ด้านกฎหมายและนักอาชญาวิทยา มีความเห็นว่า ไม่ควรลงโทษบุคคลที่การกระทำของเขาไม่อาจถูกดำเนินได้อย่างเหมาะสม¹¹⁸ และไม่ควรลงโทษบุคคลโดยเหตุผลทางศีลธรรมเท่านั้น¹¹⁹ เพราะการลงโทษด้วยเหตุผลทางศีลธรรมนั้น ไม่มีความชัดเจนว่าการกระทำแค่นั้นหรือเพียงใดที่สมควรต้องได้รับโทษทางอาญา จึงเป็นไปได้ที่จะใช้กฎหมายอาญากับทุกการกระทำที่ผิดศีลธรรม ไม่มีอะไรพิสูจน์ได้ว่ากฎหมายอาญาจะสามารถทำให้บุคคลมีศีลธรรมที่ดีขึ้นหรือเลวลง นอกจากนี้ ศาสตราจารย์แพ็กเกอร์ยังเห็นว่าการใช้มาตรการทางอาญากับพฤติกรรมที่เป็นเรื่องศีลธรรมส่วนตัวซึ่งไม่ก่อให้เกิดผลเสียหายต่อสังคมส่วนรวม อาจก่อให้เกิดผลเสียต่าง ๆ ได้ เช่น ความยากลำบากในการควบคุมพฤติกรรมเหล่านั้น และมีความเป็นไปได้น้อยในการบังคับใช้กฎหมายอาญาทำให้เป็นปัญหาต่อผู้บังคับใช้กฎหมาย การที่ประชาชนพบว่ากฎหมายที่ห้ามนั้นไม่สามารถใช้บังคับได้จริงเท่ากับเป็นการสนับสนุน

¹¹⁸ Herbert L. Packer, The Limits of the Criminal Sanction, (California : Standford University Press, 1968), pp.80.

¹¹⁹ *Ibid.*, pp.306-308.

การไม่เคารพศรัทธาในกฎหมายมากขึ้น¹²⁰ และศาสตราจารย์แพ็กเกอร์ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับหลักเกณฑ์สำหรับการพิจารณาว่าการกระทำใดควรเป็นความผิดอาญา จำนวน 6 ประการ ได้แก่¹²¹

ประการที่หนึ่ง เป็นที่เห็นได้ชัดในคนหมู่มากว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม และคนหมู่มากไม่ได้ให้อภัยต่อการกระทำนั้น

ประการที่สอง หากการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญา จะไม่ขัดกันกับเป้าหมายของการลงโทษ (the goals of punishment)

ประการที่สาม หากปราบปรามการกระทำนั้น โดยการกำหนดให้การกระทำนั้นเป็นความผิด จะไม่เป็นการขัดขวางความประพฤดีที่พึงประสงค์ของสังคม

ประการที่สี่ ต้องบังคับใช้กฎหมายอย่างเสมอภาค ด้วยมาตรการที่ไม่เลือกปฏิบัติ

ประการที่ห้า การควบคุมด้วยกระบวนการยุติธรรมทางอาญา จะต้องไม่เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกิดขีดจำกัดทั้งด้านคุณภาพและปริมาณ

ประการที่หก ไม่มีทางเลือกอื่นที่เหมาะสมกว่าการใช้กฎหมายอาญากับกรณีดังกล่าวแล้ว

(2) หลักเกณฑ์ว่าด้วยการใช้กฎหมายอาญาต้องมีข้อจำกัด

กฎหมายอาญาเป็นมาตรการหนึ่งจากมาตรการต่าง ๆ ในการบังคับใช้กับบุคคลในสังคม และเนื่องจากกฎหมายอาญาเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพบางประการของบุคคล ดังนั้นกฎหมายอาญาก็ต้องถูกใช้อย่างจำกัดเช่นกัน เพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์ต่าง ๆ และเกิดประโยชน์สูงสุดต่อสังคม

ไนเจล วอร์กเกอร์ (Nigel Walker) ศาสตราจารย์ด้านอาชญาวิทยา แห่งมหาวิทยาลัยเคมบริดจ์ สหราชอาณาจักร ได้วางหลักเกี่ยวกับข้อจำกัดของกฎหมายอาญา (Limiting Principles) โดยหลักดังกล่าวได้พัฒนามาจากแนวคิดของนักปรัชญาหลายท่าน ซึ่งแสดงให้เห็นว่าไม่ควรใช้กฎหมายอาญาเพื่อวัตถุประสงค์หรือในสถานการณ์ ดังต่อไปนี้¹²²

¹²⁰ วิภาพร เนติจิโรชิตติ, “การบัญญัติความผิดลหุโทษให้เป็นความผิดอาญาทั่วไป : ศึกษาเฉพาะความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2548), น. 48-50.

¹²¹ Herbert L. Packer, *supra note 118*, pp.296.

¹²² Nigel Walker, Punishment, Danger and Stigma: The Morality of Criminal Justice, (Oxford: Basil Blackwell, 1980), pp.4.

1) ไม่ควรมีข้อห้ามในกฎหมายอาญาที่มีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อเป็นหลักประกันว่าหากฝ่าฝืนจะได้รับโทษเป็นการตอบแทน ซึ่งหลักการนี้พัฒนามาจากแนวคิดของ ซีซาร์ เบ็คคาเรีย (Cesare Beccaria) ที่เขียนไว้ในหนังสือ *Crimes and Punishments* (1764) ซึ่งเป็นตำราฉบับแรกที่อธิบายแนวคิดของลัทธิอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarianism) โดยเบ็คคาเรีย ยืนยันว่า “การป้องกันอาชญากรรมดีกว่าการลงโทษ ซึ่งถือเป็นเป้าหมายสูงสุดของการบัญญัติกฎหมายที่ดี” และสันนิษฐานว่าแนวคิดดังกล่าวนี้มีอิทธิพลต่อนักปรัชญาในทฤษฎีอรรถประโยชน์นิยมรุ่นต่อไป เช่น เจเรมี เบนแธม (Jeremy Bentham) จอห์น สจิวต มิลล์ (John Stuart Mill) และบารบารา วูดตัน (Barbara Wootton)¹²³

2) ไม่ควรใช้กฎหมายอาญาลงโทษพฤติกรรมที่ไม่เป็นอันตราย โดยหลักการนี้มาจากแนวคิดจากหนังสือ *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789) ของเจเรมี เบนแธม (Jeremy Bentham) ซึ่งมีแนวคิดที่ว่า ไม่มีเหตุผลในการลงโทษการกระทำที่ไม่มีความชั่วร้าย¹²⁴

3) ไม่ควรใช้กฎหมายอาญาหากมีมาตรการอื่นที่มีประสิทธิภาพและมีต้นทุนน้อยกว่าเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการลดอัตราการเกิดการกระทำความผิดดังกล่าว ซึ่งมาจากแนวคิดของเจเรมี เบนแธม (Jeremy Bentham) เช่นกัน¹²⁵

4) ไม่ควรใช้กฎหมายอาญาหากผลร้ายซึ่งเกิดจากการลงโทษมีมากกว่าผลร้ายซึ่งเกิดจากการกระทำที่มุ่งกำจัด¹²⁶

5) ไม่ควรใช้กฎหมายอาญาเพื่อวัตถุประสงค์ในการบังคับบุคคลให้กระทำการเพื่อผลประโยชน์สูงสุดแก่รัฐ โดยหลักการข้อนี้ได้รับอิทธิพลมาจากจอห์น สจิวต มิลล์ (John Stuart Mill)¹²⁷

จอห์น สจิวต มิลล์ (John Stuart Mill) มีความเห็นว่า เสรีภาพเป็นสิ่งที่สำคัญต่อมนุษย์อย่างมาก จึงไม่ควรจำกัดเสรีภาพโดยบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นอันตรายต่อผู้อื่น โดยให้ความเห็นว่า “การใช้อำนาจเหนือสมาชิกในสังคมอย่างชอบธรรมมีวัตถุประสงค์ประการเดียวคือการต่อสู้กับเจตนาของบุคคลที่จะทำอันตรายต่อบุคคลอื่น การใช้อำนาจ

¹²³ *Ibid.*, pp.5.

¹²⁴ *Ibid.*, pp.5.

¹²⁵ *Ibid.*, pp.5.

¹²⁶ *Ibid.*, pp.6-7.

¹²⁷ *Ibid.*, pp.8.

โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อต้องการให้บุคคลเป็นคนที่ทั้งทางร่างกายและจิตใจนั้นไม่เพียงพอ บุคคลไม่สามารถถูกบังคับโดยชอบธรรมให้กระทำการหรือไม่กระทำการใด ๆ เพียงเพราะเพื่อจะทำให้บุคคลนั้นดีขึ้นหรือมีความสุขมากขึ้น หรือในความคิดของบุคคลอื่นเห็นว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ฉลาดหรือถูกต้อง สิ่งเหล่านี้เป็นเหตุผลที่ดีที่จะใช้โต้แย้งหรือเป็นเหตุผลในการชักชวนหรือร้องขอให้บุคคลนั้นกระทำการ ไม่ใช่การบังคับหรือมอบความชั่วร้ายให้แก่เขาโดยที่เขาไม่ได้ทำอันตรายต่อบุคคลใด”¹²⁸

แนวคิดดังกล่าวก่อให้เกิดหลักภัยอันตรายของการกระทำ (Harm Principle) ซึ่งมีนักกฎหมายหลายท่านได้นำมาอธิบายเพิ่มเติม เช่น เอช. แอล. เอ. ฮาร์ท (H. L. A. Hart) นักปรัชญากฎหมายชาวอังกฤษ ได้นำหลักดังกล่าวมาอธิบายแนวคิดของตนว่า การที่รัฐจะกำหนดการกระทำใด ๆ ให้เป็นความผิดทางอาญา จะต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นก่อให้เกิดผลร้ายหรือสร้างความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายแก่สิทธิหรือคุณค่าของผู้อื่น (Harm to other) เสียก่อน หากการกระทำนั้นไม่ได้ก่อให้เกิดผลร้ายดังกล่าว รัฐไม่สมควรเข้าไปจำกัดการกระทำนั้น เพราะจะเป็นการลดทอนอิสรภาพในการคิดตัดสินใจในการกระทำใด ๆ ของมนุษย์โดยไม่จำเป็น¹²⁹

อย่างไรก็ตาม หลักการนี้ยังมีข้อบกพร่องเนื่องจาก เป็นหลักที่ขึ้นอยู่กับความเสียหายต่อบุคคลอื่น ทำให้หลักการนี้ไม่ครอบคลุมถึงการกระทำที่ไม่มีผลกระทบต่อบุคคลอื่น เป็นผลให้หลักการนี้เป็นหลักการที่แคบเกินไป หากยึดแค่หลักการนี้รัฐจะไม่สามารถบัญญัติการกระทำที่ไม่เป็นอันตรายต่อบุคคลอื่นเป็นความผิดได้เลย นักปรัชญา และนักนิติศาสตร์ท่านอื่น ๆ จึงได้พัฒนาหลักการอื่น ๆ ในการกำหนดความผิดอาญา เช่น

หลักการกระทำความผิด (Offence Principle) เป็นหลักการที่อธิบายว่าการกระทำที่แม้จะไม่ได้มีอันตรายต่อบุคคลอื่น แต่ก็อาจจะก่อให้เกิดการล่วงเกินต่อความรู้สึกของบุคคลทั่วไปได้ จึงควรที่จะใช้กฎหมายอาญากับการกระทำดังกล่าวได้ หลักการนี้เริ่มต้นจากแนวคิดของโจเอล เฟนเบิร์ก (Joel Feinberg) นักปรัชญากฎหมาย ชาวอเมริกัน โดยจะเน้นพิจารณาว่าการกระทำที่ควรบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาต้องเป็นการกระทำที่น่ารังเกียจและส่งผลกระทบต่อสังคม

¹²⁸ John Stuart Mill, Utilitarianism, Liberty & representative government, (London: J.M. DENT & SONS, Ltd., 1910) pp.73.

¹²⁹ H.L.A. Hart, Law, Liberty and Morality, (California: Standford University Press, 1965), pp.4-5. อ้างถึงใน ทศมัญช์ ใจหาญ, “ความผิดฐานใช้สัตว์ประกอบกามกิจ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น. 36.

แต่ไม่จำเป็นต้องเป็นอันตรายต่อผู้อื่น¹³⁰ โดยหลักการดังกล่าวสามารถนำมาปรับใช้กับการกระทำลามกอนาจาร หรือสื่อลามกอนาจาร เป็นต้น ซึ่งการกระทำเหล่านั้นไม่สามารถใช้หลักกษัตริย์ของ การกระทำมาอธิบายเพื่อกำหนดความผิดอาญาต่อการกระทำดังกล่าวได้ เพราะไม่ได้เกิดอันตรายต่อบุคคลอื่น แต่อาจเป็นเพียงการกระทำที่ทำให้ขุนช้องหมองใจของคนในสังคม เช่น หากการเปลือยกายในที่สาธารณะ ก็จะทำให้บุคคลที่พบเห็นรู้สึกไม่ดีหรือไม่สบายใจได้ จะเห็นได้ว่าความน่ารังเกียจหรือผลกระทบต่อสังคมเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความรู้สึกของแต่ละบุคคลซึ่งอาจไม่แน่นอน และไม่มีบรรทัดฐานกำหนดไว้ เพนเบอร์กจึงได้กำหนดเงื่อนไขประกอบหลักการดังกล่าวไว้ 2 ประการ เพื่อให้หลักการดังกล่าวมีประสิทธิภาพนำไปปรับใช้ได้จริง ได้แก่¹³¹

- 1) การกระทำที่ควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญาต้องเป็นความผิดที่ก่อให้เกิดความรู้สึกล่วงเกินต่อบุคคลทั่วไปของสังคม ไม่ใช่บุคคลใด หรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง
- 2) การกระทำที่ควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญา ต้องพิจารณาด้วยว่าบุคคลทั่วไปของสังคมสามารถหลีกเลี่ยงที่จะต้องพบเจอกับการกระทำนั้นได้หรือไม่ เพียงใด หากสามารถหลีกเลี่ยงได้ ก็หมายความว่า การกระทำนั้น ไม่ได้ล่วงเกินถึงขนาดต้องใช้กฎหมายอาญาในการบัญญัติให้มีความผิด

หลักศีลธรรม (Legal Moralism) เป็นหลักการที่เห็นว่าการกำหนดความผิดอาญาต้องใช้ศีลธรรมเป็นพื้นฐาน กล่าวคือ ถ้าการกระทำใดขัดแย้งหรือฝ่าฝืนศีลธรรมอันดีของสังคมนั้น รัฐสามารถกำหนดให้ความผิดนั้นเป็นความผิดอาญาได้ ซึ่ง แพทริก เดฟลิน (Patrick Devlin) ผู้พิพากษาชาวอังกฤษ เป็นผู้สนับสนุนหลักการนี้ โดยให้เหตุผลว่า “กฎหมายอาญาและศีลธรรมนั้นมีความเกี่ยวพันกันอย่างใกล้ชิด เดฟลินจึงเห็นว่าสมควรอย่างยิ่งที่จะใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือในการส่งเสริมศีลธรรมให้คงอยู่ในสังคม” ดังนั้น การกระทำบางอย่างซึ่งเห็นชัดได้ว่าผิดศีลธรรม (immoral) เช่น การร่วมเพศเดียวกัน (homosexual) การร่วมเพศวิถิตการ (sodomy) นั้น ต้องเป็นความผิดทางอาญา เดฟลินได้แสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวในหนังสือ *The Enforcement of Morals* ว่า “การปราบปรามสิ่งชั่วร้ายเหล่านี้เป็นหน้าที่ของกฎหมายมาก

¹³⁰ Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law: Volume 2: Offense to Others*, (New York: Oxford University Press, 1988), pp.68-69.

¹³¹ ดลนภัส ดิษฐสี, “มาตรการทางกฎหมายในการกำหนดเหตุจรรยาในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2557), น. 22.

พอ ๆ กับการปราบปรามการกระทำการก่อการร้ายต่าง ๆ เพื่อลบล้างเปลี่ยนแปลงสังคมที่เดียว”¹³² หากปล่อยให้มีการกระทำอันผิดศีลธรรมอยู่ในสังคมโดยไม่เป็นความผิดอาญาแล้ว จะมีผลเป็นการกีดกีดกันสังคมให้พังทลาย เพราะศีลธรรมที่อยู่ภายในจิตใจมนุษย์มีความสำคัญกับการดำรงอยู่ของสังคม หากศีลธรรมภายในจิตใจของมนุษย์ถูกบั่นทอนลง สังคมก็จะอ่อนแอลงด้วยการพังทลายของสังคม ย่อมเกิดจากปัจจัยภายในของมนุษย์ ไม่ใช่การกระทำที่ก่อให้เกิดความร้ายแรงต่อบุคคลอื่นซึ่งเป็นปัจจัยภายนอกอย่างี่ ฮาร์ท หรือ มิลล์ ได้อธิบายไว้¹³³

นอกจากนี้ ดักลาส ฮูแซก (Douglas Husak) นักนิติปรัชญา ซึ่งได้ศึกษาเกี่ยวกับวิกฤตการณ์กฎหมายอาญาเพื่อ และได้เสนอหลักเกณฑ์เพื่อจำกัดการบัญญัติความผิดอาญาในการแก้ไขปัญหากฎหมายอาญาเพื่อ จำนวน 7 ข้อ โดยแบ่งเป็น ข้อจำกัดภายใน (Internal constraints) จำนวน 4 ข้อ ซึ่งเป็นลักษณะที่เกิดขึ้นจากธรรมชาติของกฎหมายอาญาและไม่สามารถหลุดพ้นได้ และข้อจำกัดภายนอก (external constraints) จำนวน 3 ข้อ ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายอาญาและเป็นไปตามทฤษฎีทางการเมืองเกี่ยวกับเงื่อนไขการละเมิดสิทธิที่จะไม่ถูกลงโทษของประชาชนอย่างเป็นธรรม ดังนี้¹³⁴

ข้อจำกัดภายในได้แก่

1) การบัญญัติความผิดอาญาต้องเป็นการบัญญัติเพื่อห้ามการกระทำที่อันตรายหรือชั่วร้าย

2) การบัญญัติความผิดอาญาต้องเป็นการกระทำที่เป็นความผิด

3) การลงโทษจะเป็นเรื่องที่ชอบธรรมก็ต่อเมื่อเป็นการลงโทษเท่าที่

สมควร

4) ผู้เสนอให้มีการบัญญัติความผิดอาญาต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติเป็นกฎหมายอาญา

¹³² Patrick Devin, The Enforcement of Morals, (London: Oxford University Press, reprinted 1972), pp. 13-14 อ้างถึงใน เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินติ้ง (ประเทศไทย), 2551) น. 3.

¹³³ ทศมัญช์ ใจหาญ, “ความผิดฐานใช้สัตว์ประกอบกามกิจ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น. 38.

¹³⁴ Douglas Husak, Over criminalization: the limits of the criminal law, (New York: Oxford University Press, 2008), pp.66-153.

ข้อจำกัดภายนอก ได้แก่

5) การบัญญัติกฎหมายอาญาต้องทำให้เป็นรูปธรรมและถูกต้องตามกฎหมายเพื่อผลประโยชน์ของรัฐ

6) การบัญญัติกฎหมายอาญาจะต้องบรรลู่วัตถุประสงค์โดยตรงของรัฐ

7) การบัญญัติกฎหมายอาญาต้องไม่เกินกว่าความจำเป็น

(3) หลักเกณฑ์ว่าด้วยการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ฌอง-ฌาค รุสโซ (Jean-Jacques Rousseau) ได้กล่าวไว้ว่า การเสียสละซึ่งเสรีภาพเท่ากับการสละความเป็นมนุษย์ เท่ากับเป็นการยอมเสียสิทธิของมนุษย์¹³⁵ แต่เมื่อมนุษย์อยู่รวมกันเป็นสังคมก็มีความจำเป็นต้องมีกฎหมายซึ่งมีจุดมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองเสรีภาพโดยรวมของประชาชน โดยการออกกฎหมายควบคุมพฤติกรรมของบุคคลในสังคมให้อยู่ร่วมกันได้ และให้มีการเลื่อมล้ำของการใช้สิทธิเสรีภาพอย่างน้อยที่สุด กฎหมายหมายถึงต้องจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลในระดับหนึ่ง และทำให้เกิดปัญหาว่าขอบเขตของการจำกัดดังกล่าวจะทำได้เพียงใด และเสรีภาพใดบ้างที่เป็นเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่กฎหมายไม่อาจเข้าไปจำกัดได้¹³⁶ แต่ก็อาจกล่าวได้ว่าการจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวต้องอยู่บนหลักในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ กล่าวคือ การที่สามารถดำรงชีวิตอยู่โดยสามารถคิด พูด และกำหนดการดำเนินชีวิตของตนเองได้อย่างมีเสรีภาพไม่ไปรบกวนหรือลิดรอนสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น¹³⁷

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีโทษร้ายแรงและกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล จึงมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลว่า การจะพิจารณาว่าการจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นเกินสมควรแก่เหตุหรือกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือไม่ จะพิจารณาอย่างไร จะพิจารณาจากความรู้สึกของผู้ถูกระทำ หรือความรู้สึกของวิญญูชน ซึ่งความเห็นส่วนใหญ่เห็นว่าควรพิจารณาจากความรู้สึกของวิญญูชนทั่วไปเป็นตัวพิจารณาตัดสิน¹³⁸ โดยพิจารณาจากหลักความได้สัดส่วนซึ่งมีหลักการย่อยอยู่ 3 หลัก ได้แก่¹³⁹

¹³⁵ จริญญา โฆษณานันท์, กฎหมายกับสิทธิเสรีภาพในสังคมไทย : เส้นขนานจาก 2475 ถึงปัจจุบัน, (กรุงเทพฯ: กลุ่มประสานงานศาสนาเพื่อสังคม (กศส.), 2528), น. 9.

¹³⁶ เฟ็งอ๋าง, น. 10.

¹³⁷ เฟ็งอ๋าง, น. 10.

¹³⁸ บรรเจิด สิงคนะ, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 93, น. 267.

¹³⁹ เฟ็งอ๋าง, น. 287-288.

1) หลักความเหมาะสม หมายความว่า มาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมายจะต้องอยู่ในวิสัยที่จะทำให้วัตถุประสงค์ในการตรากฎหมายนั้นบรรลุผลได้

2) หลักความจำเป็น หมายความว่า มาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมายจะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย โดยองค์กรนิติบัญญัติจะต้องนำมาตราที่เหมาะสมหลาย ๆ มาตรการมาเปรียบเทียบว่ามาตรการใดมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด และเลือกเอามาตรานั้นมาบัญญัติเป็นกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล

3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ หมายความว่า มาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมายนั้น นอกจากจะเป็นมาตรการที่เหมาะสมและจำเป็นแล้ว การที่องค์กรนิติบัญญัติจะนำเอามาตรานั้นมาเป็นกฎหมาย องค์กรนิติบัญญัติจะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ที่มหาชนจะได้รับกับประโยชน์ที่เอกชนจะต้องสูญเสียไปเนื่องจากการปฏิบัติตามมาตรการดังกล่าว หากมาตรการใดหากปรากฏว่าเมื่อมีการปฏิบัติให้เป็นไปตามมาตรานั้นแล้วก่อให้เกิดประโยชน์กับมหาชนน้อยกว่าประโยชน์ที่เอกชนต้องสูญเสียไป องค์กรนิติบัญญัติจะต้องละเว้นไม่ใช้มาตรานั้นไปบังคับกับประชาชน แม้ว่ามาตรานั้นจะมีความเหมาะสมและจำเป็นก็ตาม

(4) หลักเกณฑ์ว่าด้วยการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายในวิถีทางสุดท้าย

คุณธรรมทางกฎหมาย หรือนิติสมบัติ (Rechtsgüt/Legal interest) เป็นหลักการของทฤษฎีกฎหมายอาญาเยอรมันที่มีบทบาทสำคัญการอภิปรายเกี่ยวกับความชอบธรรม และข้อจำกัดของกฎหมายอาญา ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายนั้นหมายถึงสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง

Hans-Heinrich Jescheck ศาสตราจารย์ด้านกฎหมายชาวเยอรมัน บอกว่า หน้าที่สำคัญของกฎหมายอาญาประการหนึ่งก็คือ “การคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย” โดยในการบัญญัติความผิดอาญาไม่ว่าผู้บัญญัติจะได้คำนึงถึง “คุณธรรมทางกฎหมาย” หรือไม่ แต่การบัญญัตินั้นย่อมแสดงให้เห็นถึงการยอมรับเอา “คุณธรรมทางกฎหมาย” อย่างไม่อย่างหนึ่งเข้าไปโดยอัตโนมัติ¹⁴⁰ แต่ Claus Roxin นักกฎหมายชาวเยอรมัน ระบุว่า “กฎหมายอาญาไม่ใช่วิธีการที่

¹⁴⁰ คณิต ฌ นคร, รวมบทความด้านวิชาการของศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฌ นคร, (กรุงเทพฯ: พิมพ์อักษร, 2540), น. 183.

เหมาะสมเพียงอย่างเดียวในการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย”¹⁴¹ ดังนั้น ในการพิจารณาว่าการกระทำใดควรเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ต้องพิจารณาว่าการกระทำความผิดดังกล่าวมีความจำเป็นที่จะต้องถูกลงโทษ และกฎหมายอาญาจะถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือของฝ่ายนิติบัญญัติได้เป็นวิถีทางสุดท้าย เมื่อวิธีการอื่น ๆ เช่น มาตรการทางกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายปกครองที่มีความรุนแรงน้อยกว่าใช้ไม่ได้ผลแล้ว¹⁴² หรือที่เรียกว่า หลัก “Ultima Ratio” ซึ่งปรากฏขึ้นจากการตัดสินของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (the Bundesverfassungsgericht) ในคดีเกี่ยวกับการทำแท้ง เมื่อวันที่ 25 กุมภาพันธ์ 1975 โดยได้วางหลักว่า กฎหมายที่ตราขึ้นโดยไม่สอดคล้องต่อหลักการนี้ เท่ากับเป็นกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ¹⁴³

หลักการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายในวิถีทางสุดท้าย หรือ Ultima Ratio นั้น มีข้อพิจารณาประกอบ ดังนี้¹⁴⁴

1) ความน่าตำหนิ (Blameworthiness) หรือคุณค่าทางอาญา (Penal Value) คือ การพิจารณาว่าพฤติกรรมหรือการกระทำนั้นสมควรที่จะถูกลงโทษหรือไม่ โดยการประเมินความน่าตำหนิของการกระทำนั้น ๆ กล่าวคือ พิจารณาคุณค่าหรือประโยชน์ที่เสียจากการกระทำนั้นละเมิดหรือคุกคาม และพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นการละเมิดที่เป็นอันตราย หรือก่อให้เกิดอันตราย หรือเป็นการฝ่าฝืนกฎรักษาความปลอดภัย ทั้งนี้ ต้องพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวเกิดจากเจตนา ซึ่งมีความร้ายแรงกว่าการกระทำโดยประมาท หรือมูลเหตุจูงใจในการกระทำและความสามารถของบุคคลที่กระทำ เพื่อป้องกันความน่าตำหนิของการกระทำนั้นด้วย

¹⁴¹ Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3d ed, (Gebundene Ausgabe : März, 1997), pp. 11-30. Quoted in Nils Jareborg, “Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio),” *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 2, pp.524 (2005).

¹⁴² Krey, Volker, *German criminal law general part : textbook in German and English*. Vol. 1, (Stuttgart : W. Kohlhammer, 2002), pp. 15, 17, 19. อ้างถึงใน เมฆษา โรจนอารีย์, “การฉ้อฉลทางวิชาการ : ศึกษาการกำหนดความผิดอาญาฐานรับจ้างทนายนิพนธ์,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559) น. 40.

¹⁴³ Nils Jareborg, “Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio),” *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 2, pp.525 (2005).

¹⁴⁴ *Ibid.*, pp.527-530.

2) ความต้องการ (Need) คือ ความต้องการของสังคมที่จะกำหนดให้การกระทำนั้นเป็นความผิดอาญา เช่น การกระทำหรือพฤติกรรมบางอย่างที่เป็นปัญหาของของสังคม คนในสังคมย่อมมีเป้าหมายที่จะลดการกระทำหรือพฤติกรรมดังกล่าวให้อยู่ในระดับที่ยอมรับได้ แต่ก็เกิดปัญหาว่าพฤติกรรมหรือการกระทำดังกล่าวควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญาหรือไม่ และทำอย่างไรจึงจะอยู่ในระดับที่สังคมยอมรับได้ ซึ่งอาจต้องใช้ระยะเวลาในการตรวจสอบว่าอะไรคือความผิดอาญาที่สังคมต้องการ แต่ในทางกลับกัน อาจเป็นเรื่องง่ายที่จะคาดการณ์ว่าการควบคุมพฤติกรรมของคนในสังคมในทางอื่นที่มีประสิทธิภาพมากกว่าการใช้กฎหมายอาญา เช่น ไม่จำเป็นต้องกำหนดความผิดอาญาเมื่อศักยภาพของผู้กระทำความผิดถูกจำกัด และง่ายต่อการตรวจสอบและควบคุม ซึ่งจะเกิดในกรณีความผิดอาญาในทางเศรษฐกิจ

3) ความพอควร (Moderation) เป็นกรณีที่ต้องพิจารณาร่วมกับความน่าตำหนิ (Blameworthiness) โดยการศึกษาจากกรณีที่ผ่านมา ๆ เพื่อนำมากำหนดสัดส่วนภายในกฎหมายอาญา เช่น การกระทำนั้นเมื่อเปรียบเทียบกับกรกระทำอื่น ๆ แล้ว ร้ายแรงพอที่จะถูกลงโทษ หรือร้ายแรงพอที่จะมีโทษจำคุกหรือไม่ ซึ่งการกำหนดสัดส่วนนั้นนำมาใช้กับการพิจารณาโทษ ไม่ใช่การบัญญัติกฎหมาย และหลักความได้สัดส่วนนี้ก็เป็นหลักการสำคัญของหลักนิติรัฐเช่นกัน

4) ความไม่มีประสิทธิภาพ (Inefficiency) เป็นการพิจารณาว่า การมีอยู่ของบทบัญญัติของกฎหมายนั้นทำให้กฎหมายอาญาไม่มีประสิทธิภาพหรือไม่ เช่น บทบัญญัติที่การกระทำความผิดที่ยากต่อการตรวจจับ บทบัญญัติที่มีองค์ประกอบความผิดที่ยากต่อการพิสูจน์ การบัญญัติความผิดที่เห็นได้ชัดว่าขัดแย้งกับความคิดเห็นของสาธารณชน ซึ่งจะนำไปสู่การบ่อนทำลายความเคารพต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

5) ความคุ้มค่า (Control Cost) เป็นการพิจารณาถึงต้นทุนในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งก็คือ ทรัพยากรของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นด้านการเงิน หรือด้านบุคคล เปรียบเทียบการกระทำที่จะกำหนดให้เป็นความผิดว่ามีผลกระทบต่อสังคมมากกว่าต้นทุนที่รัฐจะต้องเสียไปหรือไม่ เช่น การครอบครองหรือการใช้สิ่งผิดกฎหมายอาญา อาจนำไปสู่การขึ้นราคาของสิ่งดังกล่าวในตลาดมืด และอาจนำไปสู่การกระทำความผิดทางอาญาต่อทรัพย์สินได้อีก เช่น การลักทรัพย์ หรืออาจพัฒนาไปถึงการกระทำความผิดในระดับขององค์กรอาชญากรรม ดังนั้น แม้ว่าการดำเนินการนำผู้กระทำความผิดมารับโทษจะมีต้นทุนสูง แต่การกระทำความผิดนั้นส่งผลกระทบต่อสังคมมากกว่าต้นทุนที่เสียไป การกระทำนั้นก็ควรจะเป็นความผิดอาญา แต่ในทางกลับกันหากการกระทำนั้นใช้ทรัพยากรของรัฐ ไม่คุ้มกับผลที่สังคมจะได้รับ การกระทำนั้นก็ไม่ควรเป็นความผิดอาญา

6) ผลประโยชน์ของผู้เสียหาย (The Victim's Interests) ในการดำเนินคดีอาญานอกจากมีวัตถุประสงค์เพื่อนำตัวคนที่กระทำความผิดมาลงโทษแล้ว ยังมีความ

ประสงค์ที่จะให้ผู้เสียหายได้รับการชดเชยความเสียหายที่เกิดจากการกระทำนั้น ๆ ด้วย การจะกำหนดว่าการกระทำใดที่ควรเป็นความผิดอาญาจึงต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของผู้เสียหายประกอบด้วย

2.4.4.2 การลงโทษทางอาญา

การลงโทษทางอาญานั้นเป็นการลงโทษที่รุนแรงและกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้สาสมกับความร้ายแรงของการกระทำ (Retribution) เพื่อตัดนิสัยของผู้กระทำความผิด (Reformation) เพื่อป้องปรามมิให้ผู้อื่นเอาเป็นเยี่ยงอย่าง (Deterrent) และเพื่อตัดผู้กระทำผิดออกไปจากสังคมเป็นการชั่วคราวหรือถาวร จึงเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า โทษทางอาญาควรใช้กับการกระทำที่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงเท่านั้น¹⁴⁵

ทฤษฎีอาชญาวิทยาเกี่ยวกับการลงโทษมี 4 ทฤษฎี ได้แก่ ทฤษฎีการลงโทษเพื่อทดแทนความผิด (Retributive Theory) ทฤษฎีการลงโทษแบบอรรถประโยชน์ (Utilitarian Theory) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด (Rehabilitative Theory) และทฤษฎีการลงโทษเพื่อปกป้องคุ้มครองสังคม (Social Protection Theory) ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้¹⁴⁶

1) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อทดแทนความผิด (Retributive Theory) การลงโทษหลักของทฤษฎีนี้ต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 3 ประการ ได้แก่

ประการที่หนึ่ง การลงโทษต้องเป็นการทดแทนความเสียหาย (vindication) หมายถึง ความถูกต้องของการลงโทษจะต้องกระทำลงไปเพื่อเป็นการทดแทนหรือแก้แค้นให้แก่ผู้เสียหาย จากการที่ผู้กระทำผิดได้ทำให้เกิดความเสียหายขึ้น ยิ่งไปกว่านั้นจะต้องเป็นการทำให้ผู้เสียหายรู้สึกพอใจ และคิดว่าเป็นการกระทำที่ยุติธรรมแล้ว

ประการที่สอง การลงโทษต้องกระทำเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม (fairness) หมายความว่า การลงโทษแก่ผู้กระทำผิดจึงควรมีความรุนแรงเทียบเท่ากับความได้เปรียบที่ผู้กระทำได้รับจากการฝ่าฝืนกฎหมายนั้น โดยถือว่าผู้กระทำผิดได้จ่ายหนี้อันเกิดจากการทำผิดให้แก่

¹⁴⁵ บรรหาร กำลา และศศิพรรณ พวงพันธ์, “สรุปสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง การปฏิรูประบบโทษทางอาญาในประเทศไทย,” สถาบันวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรม สำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม, น. 35.

¹⁴⁶ อนันต์ ลิขิตธนสมบัติ, “มาตรการการลงโทษทางอาญาแก่ผู้กระทำความผิดในคดีสิ่งแวดล้อม,” (การอบรมหลักสูตร “ผู้พิพากษาผู้บริหารในศาลชั้นต้น” รุ่นที่ 13 สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2557) น. 12 - 18.

คนทุกคนที่เชื่อฟังกฎหมายซึ่งเป็นสมาชิกในสังคมนั้น และเมื่อจ่ายแล้วเขาก็กลับคืนสู่สังคมในฐานะที่เป็นพลเมืองดีและมีฐานะเท่าบุคคลอื่นในสังคม

ประการที่สาม การลงโทษจะต้องได้สัดส่วนกับความผิด (proportionality of punishment) ในประเด็นนี้ อิมมานูเอล คานต์ (Immanuel Kant) นักปรัชญาชาวเยอรมัน มีความเห็นว่า “โทษที่ผู้กระทำได้รับจะต้องได้สัดส่วนพอดีทั้งสภาพและความหนักเบาของความผิดของเขา” สภาพและความหนักเบาของความผิดนี้พิจารณาได้จาก “ความร้ายแรงทางศีลธรรมของความผิดแต่ละฐาน และพิจารณาจากความน่าตำหนิจากพฤติการณ์ของการกระทำผิดในแต่ละเรื่อง นอกจากนี้ ยังรวมถึงความร้ายแรงที่ผู้กระทำก่อให้เกิดขึ้น อันเกิดจากการกระทำโดยเจตนา ประมาท และในบางกรณีด้วย” ดังนั้น หลักการพิจารณาในเรื่องสัดส่วนของโทษจะต้องพิจารณาถึงสภาพ และความหนักเบาของความผิดซึ่งประกอบด้วยความร้ายแรงของความเสียหายในทางการกระทำและผลต่อสังคมอันเกิดจากการกระทำผิดนั้น

2) ทฤษฎีการลงโทษแบบอรรถประโยชน์ (Utilitarian Theory) แนวคิดของทฤษฎีนี้ คือ บุคคลที่กระทำความผิดโดยเจตนาและก่อนจะลงมือกระทำนั้นก็ได้พิจารณาใคร่ครวญถึงผลดีผลเสียแล้วจึงลงมือทำ เพราะฉะนั้นรัฐจึงควรออกกฎหมายกำหนดความผิดและโทษสำหรับความผิดนั้นไว้ให้ชัดเจนและเปิดเผยต่อสาธารณชน เพื่อป้องกันความผิดที่จะเกิดขึ้น โดยคำนึงถึงหลักการของความสุขซึ่งขมยินดี และความเจ็บปวดทุกข์ทรมานมาประกอบการพิจารณาเพื่อควบคุมพฤติกรรมของมนุษย์ด้วย เมื่อมีผู้กระทำความผิดหรือฝ่าฝืนกฎหมายก็จะต้องได้รับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ทั้งนี้การลงโทษจะต้องกระทำอย่างรวดเร็ว แน่นนอน เสมอภาคกัน และรุนแรงตามความเหมาะสมของโทษที่กำหนดไว้ การลงโทษดังกล่าวย่อมจะมีประโยชน์ต่อสังคม ในด้านการลดอาชญากรรมและส่งเสริมให้คนทั่วไปเคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย

3) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด (Rehabilitative Theory) แนวคิดพื้นฐานของทฤษฎีนี้ คือ ผู้กระทำความผิดเป็นผู้ป่วย การแก้ไขผู้กระทำผิดให้เป็นคนดีต้องมีขั้นตอนหลายขั้นตอน คือ ขั้นตอนแรกตรวจสอบหาสาเหตุของปัญหา ขั้นตอนที่สอง วิเคราะห์สาเหตุ และขั้นตอนสุดท้าย รักษาหรือแก้ไขที่สาเหตุนั้น ทฤษฎีนี้มีความมุ่งหมายเพียงจะป้องกันไม่ให้บุคคลที่ได้กระทำความผิดมาแล้วกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก ไม่ได้มุ่งหมายจะให้ผลถึงบุคคลอื่นโดยตรง วิธีการตามทฤษฎีนี้คือ นอกจากจะพยายามหาทางให้ผู้ที่ได้กระทำความผิดมาแล้วเกิดความประสงค์ที่จะยับยั้งไม่กระทำความผิดซ้ำอีกแล้ว ยังจะต้องทำให้ผู้นั้นเกิดความสมารถที่จะยับยั้งเช่นนั้นด้วย มีผู้เห็นว่าไม่ควรใช้คำว่า การลงโทษ (Punishment) แต่ควรใช้คำว่า การปฏิบัติ (treatment) แทน เพราะการทำให้ได้รับความยากลำบากด้วยการลงโทษไม่น่าจะทำให้คนประพฤติดีขึ้น

4) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อปกป้องคุ้มครองสังคม (Social Protection Theory) มีวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อคุ้มครองสังคมให้ปลอดภัย โดยวิธีแยกผู้กระทำผิดออกจากสังคมเพื่อตัดโอกาสไม่ให้ผู้กระทำผิดได้กระทำผิดขึ้นอีก สำหรับการลงโทษเพื่อคุ้มครองสังคมนั้น มีหลักการสำคัญคือ การแก้ไข ฟื้นฟูผู้กระทำผิด และอบรมบ่มนิสัย มากกว่าการลงโทษ โดยเน้นการคุ้มครองสังคมให้ปลอดภัยจากอาชญากรรม ส่วนการลงโทษจะเน้นให้เหมาะสมกับผู้กระทำผิดเป็นรายบุคคล เพื่อให้มีการปรับปรุงแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดให้เป็นคนดี โดยบัญญัติหลักเกณฑ์ในการป้องกันควบคุม และการปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำผิดไว้ในกฎหมายอาญาด้วย เช่น หลักเกณฑ์การนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาใช้กับผู้กระทำผิด เป็นต้น วัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อคุ้มครองสังคม จึงเป็นมาตรการเสริมที่สำคัญ อันจะนำมาใช้ในการแก้ไขปรับปรุงผู้กระทำผิดที่กลับตัวเป็นคนดี มาตรการเสริมดังกล่าว อาจนำมาใช้ในกรณีที่กฎหมายกำหนดอัตราโทษไว้น้อยไปไม่เพียงพอต่อการปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำผิดบางประเภท จึงต้องนำมาตรการเสริมมาผนวกใช้ด้วยเช่น การนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาใช้กับผู้กระทำผิดซ้ำ

บทที่ 3

กฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน

ปัญหาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นปัญหาสำคัญที่นานาประเทศให้ความสนใจ และได้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก เพื่อปกป้องคุ้มครองเด็กจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศ รวมถึงปัญหาของสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนด้วยเช่นกัน ประเทศต่าง ๆ ได้กำหนดแนวทางที่เหมาะสมกับประเทศนั้น ๆ ในการแก้ปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน ด้วยแนวทางที่แตกต่างกันไป โดยสามารถแบ่งได้เป็น 3 แนวทาง แนวทางแรก คือ การกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนแยกต่างหากจากความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ได้แก่ สหรัฐอเมริกา และสหราชอาณาจักร แนวทางที่สอง คือ การกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนร่วมกับสื่อลามกอนาจารเด็ก โดยมีฐานความผิดและโทษที่เหมือนกัน ได้แก่ ออสเตรเลีย และฟิลิปปินส์ และแนวทางที่สาม คือ การกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กโดยเฉพาะ แต่ไม่รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน กล่าวคือ การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไว้โดยส่วนตัวไม่มีความผิด แต่การเผยแพร่หรือส่งต่ออาจเป็นความผิดตามกฎหมายอื่นที่ไม่ใช่ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ได้แก่ ญี่ปุ่น โดยในบทนี้จะศึกษาถึงแนวทางทั้งสามแนวทางนี้ซึ่งอาจเป็นแนวทางที่สามารถนำไปปรับใช้กับประเทศไทยได้

3.1 ประเทศที่กำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนแยกต่างหากจากความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก

การกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กตามแนวทางนี้ เป็นกรณีที่มีมุมมองว่าสื่อลามกอนาจารเด็กและสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนนั้นแตกต่างกัน ไม่ควรที่จะบัญญัติความผิดรวมกัน ดังนั้น การให้คำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กจึงไม่รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน แต่เห็นว่าการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไว้โดยส่วนตัวควรจะเป็นความผิด จึงต้องกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเพิ่มเติมด้วย

3.1.1 สหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาให้ความสำคัญกับสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยการรับรองเสรีภาพในการแสดงออกไว้ในบทแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ของรัฐธรรมนูญ (The First Amendment to the United States Constitution) ซึ่งกำหนดว่า รัฐสภาต้องไม่บัญญัติกฎหมาย....ที่เป็นการ

จำกัดเสรีภาพในการแสดงออก¹ แต่ศาลก็ได้มีคำตัดสินเป็นเวลานานแล้วว่าสิทธิเสรีภาพดังกล่าวนั้นไม่สัมบูรณ์² เช่น ในคดีระหว่างมิลเลอร์กับรัฐแคลิฟอร์เนีย (*Miller v. California*)³ ที่ศาลตัดสินว่าสิ่งลามกอนาจารไม่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ เพราะเป็นสิ่งที่ไม่มีบทบาทที่สำคัญในการแสดงออกหรือแสดงความคิดเห็น และเป็นสิ่งที่มีคุณค่าต่อสังคมเพียงเล็กน้อย⁴ และศาลในคดีนี้ได้วางแนวเกี่ยวกับลักษณะลามกอนาจาร ซึ่งกลายเป็นมาตรฐานในการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นสิ่งลามกอนาจารในคดีต่อ ๆ มา ดังนี้⁵

ประการแรก เมื่อเทียบกับมาตรฐานโดยเฉลี่ยของสังคมแล้วพบว่าสิ่งนั้นดึงดูดความสนใจในทางเพศ

ประการที่สอง สิ่งนั้นต้องเป็นสิ่งที่มีการบรรยายหรือพรรณนาให้เห็นการกระทำทางเพศซึ่งตรงกับคำนิยามในกฎหมาย

ประการที่สาม สิ่งนั้นต้องเป็นสิ่งที่ไม่มีคุณค่าทางวรรณกรรม ทางศิลปะทางการเมืองหรือทางวิทยาศาสตร์

หลังจากการตัดสินในคดีมิลเลอร์ รัฐสภาได้ตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กจากการแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบ ค.ศ. 1977 (the Protection of Children Against Exploitation Act of 1977) ซึ่งห้ามใช้เด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี ในการผลิตสื่อลามกอนาจาร แต่กฎหมายนี้ใช้จัดการกับการซื้อขายและการค้าเชิงพาณิชย์ และลงโทษเฉพาะสื่อที่มีลักษณะลามกอนาจารตามมาตรฐานของคดีระหว่างมิลเลอร์กับรัฐแคลิฟอร์เนียเท่านั้น⁶

¹ Benjamin A. Mains, “Virtual Child Pornography, Pandering, and the First Amendment: How Developments in Technology and Shifting First Amendment Jurisprudence Have Affected the Criminalization of Child Pornography,” *Hastings Constitutional Law Quarterly*, Vol. 37, Issue 4, pp.816 (2010).

² Chelsea Mclean, “The Uncertain Fate of Virtual Child Pornography Legislation,” *Cornell Journal of Law and Public Policy*, Vol. 17, Issue 1, pp.224 (2007).

³ *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

⁴ Chelsea Mclean, *supra note 2*, pp.224.

⁵ *Ibid.*, pp.225.

⁶ *Ibid.*, pp.225.

ต่อมาในปี 1982 คดีระหว่างรัฐนิวยอร์กกับเฟอร์เบอร์ (*New York v. Ferber*)⁷ โดยมีรายละเอียดคือ พอล เฟอร์เบอร์ (Paul Ferber) ซึ่งเป็นคนขายหนังสืออุกฉกรรจ์ตามกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของรัฐนิวยอร์กเนื่องจากขายภาพยนตร์เกี่ยวกับเด็กผู้ชายที่มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศ⁸ โดยศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกา (The Supreme Court of the United States) ได้ตัดสินว่าสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นการแสดงออกที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเช่นกัน ศาลได้ตัดสินโดยใช้กฎหมายและได้วางหลักเกี่ยวกับการที่สื่อลามกอนาจารเด็กเป็นการแสดงออกที่ไม่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ดังนี้⁹

ประการแรก เป็นหน้าที่ของรัฐในการปกป้องความเป็นอยู่ของเด็กทั้งทางร่างกายและจิตใจเป็นหลักและเหนือกว่าสิ่งอื่นใด

ประการที่สอง การแพร่กระจายของสื่อลามกอนาจารเด็กมีส่วนเกี่ยวข้องกับการล่อลวงละเมิดทางเพศเด็ก

ประการที่สาม การโฆษณาและการขายสื่อลามกอนาจารเด็กสร้างแรงจูงใจทางเศรษฐกิจ ทำให้เกิดการผลิตอย่างต่อเนื่อง

ประการที่สี่ ภาพของเด็กที่มีส่วนร่วมในการกระทำทางเพศนั้นไม่มีคุณค่าทางสังคม

ประการที่ห้า การที่สื่อลามกอนาจารเด็กไม่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญมีความสอดคล้องกับการตัดสินในการจำกัดเสรีภาพที่ผ่านมา เพราะประโยชน์สาธารณะนั้นสำคัญและมีคุณค่ามากกว่าเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง¹⁰

หลังจากการตัดสินในคดีเฟอร์เบอร์ รัฐสภาและในหลายมลรัฐได้ผ่านกฎหมายที่ห้ามผลิตและซื้อขายสื่อลามกอนาจารเด็ก¹¹ แต่ผู้ผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กตอบโต้กฎหมายด้วยการซ่อนเร้นและมีเครือข่ายการผลิตและซื้อขายสื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นขบวนการใต้ดิน จึงเป็นเรื่อง

⁷ *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982).

⁸ Benjamin A. Mains, *supra note 1*, pp.817.

⁹ Jeremy G. Ladle, “Protecting Pedophiles and Valuing Virtual Child Pornography: A Critique of *Ashcroft v. Free Speech Coalition*,” *Idaho Law Review*, Vol. 40, Issue 2, pp.460 (2004).

¹⁰ Chelsea Mclean, *supra note 2*, pp.226.

¹¹ Jeremy G. Ladle, *supra note 9*, pp.462.

ยากที่จะแก้ปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กโดยการห้ามผลิตและจำหน่าย จึงมีความจำเป็นต้องห้ามการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก¹² เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพมากขึ้น

ต่อมารัฐสภาได้ตรา พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก ค.ศ. 1984 (the Child Protection Act of 1984) ซึ่งขยายความคุ้มครองเด็กจากอายุ 16 ปีเป็น 18 ปี และพระราชบัญญัติการล่วงละเมิดทางเพศเด็กและสื่อลามกอนาจาร ค.ศ. 1986 (the Child Sexual Abuse and Pornography Act of 1986) ห้ามไม่ให้โฆษณาที่เกี่ยวข้องกับการที่เด็กมีกิจกรรมทางเพศอย่างชัดแจ้ง ไม่ว่าจะผ่านทางไปรษณีย์หรือการขนส่งทางอื่นระหว่างรัฐ หรือการพาณิชย์ในต่างประเทศ¹³ หลังจากนั้นรัฐสภาตระหนักถึงความสัมพันธ์ระหว่างการพัฒนาของเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์กับสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นครั้งแรกในพระราชบัญญัติการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กและสิ่งลามก ค.ศ. 1988 (the Child Protection and Obscenity Enforcement Act of 1988) ซึ่งลงโทษผู้ใช้คอมพิวเตอร์ในการซื้อขายเด็กเพื่อความประสงค์ในกิจกรรมทางเพศที่ชัดแจ้ง¹⁴

ในปี 1990 ศาลในคดีระหว่างออสบอร์นกับรัฐโอไฮโอ (*Osborne v. Ohio*)¹⁵ พยายามสนับสนุนการแก้ปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็ก โดยการกำหนดว่ารัฐอาจบัญญัติกฎหมายให้การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดได้ ซึ่งก่อนหน้านั้นในคดีระหว่างสแตนลีย์กับรัฐจอร์เจีย (*Stanley v. Georgia*)¹⁶ นั้น ศาลได้ยกเลิกกฎหมายของรัฐจอร์เจียที่ห้ามการครอบครองสื่อลามกอนาจาร ดังนั้น เมื่อออสบอร์นถูกตัดสินให้มีความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก เขาจึงอ้างว่าได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเหมือนในคดีสแตนลีย์ แต่ศาลได้ชี้ว่ากฎหมายที่ใช้ในทั้งสองคดีแตกต่างกัน เนื่องจากในคดีสแตนลีย์กฎหมายของรัฐจอร์เจียที่ห้ามครอบครองสื่อลามกอนาจารมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมความคิดของบุคคล แต่ในคดีออสบอร์น กฎหมายของรัฐโอไฮโอที่ห้ามครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องเด็กผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของสื่อลามกอนาจารเด็ก และกฎหมายนั้นมีเหตุผลอันสมควรสามประการ ได้แก่¹⁷

ประการแรก เด็กได้รับผลกระทบจากการเป็นเหยื่อในการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็ก ทั้งทางร่างกาย ทางอารมณ์ และทางจิตใจ การลงโทษการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กจะทำ

¹² *Ibid.*, pp.462.

¹³ Chelsea Mclean, *supra note 2*, pp.227.

¹⁴ *Ibid.*, pp.227.

¹⁵ *Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 103 (1990).

¹⁶ *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969).

¹⁷ Jeremy G. Ladle, *supra note 9*, pp.461.

ให้การผลิตสื่อดังกล่าวลดลงและเป็นการทำลายตลาดในการแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็กโดยมิชอบ

ประการที่สอง สื่อลามกอนาจารเด็กเป็นการบั่นทอนการล่วงละเมิดทางเพศเด็กที่ใช้ในการผลิตสื่ออย่างถาวร และการมีอยู่ของสื่อลามกอนาจารเด็กทำให้มีเด็กตกเป็นเหยื่ออย่างต่อเนื่องในปีที่ผ่านมา

ประการที่สาม กฎหมายควรจะทำหน้าที่ในการทำลายสื่อลามกอนาจารเด็ก เพราะผู้ที่ชอบมีเพศสัมพันธ์กับเด็กใช้สื่อลามกอนาจารเด็กในการเกลี้ยกล่อมเด็กเพื่อมาผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กให้มากขึ้นและเพื่อล่วงละเมิดทางเพศ

แม้จะมีกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กมากมาย แต่การแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็กก็ยังคงเพิ่มมากขึ้น เพราะพวกที่ชอบมีเพศสัมพันธ์กับเด็กจะมีรูปแบบการกระทำ ความผิดใหม่ ๆ จนอาจกล่าวได้ว่า “ทุกครั้งที่รัฐสภาออกกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ผู้ผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กก็พยายามที่จะหาช่องว่างของกฎหมายเพื่อกระทำความผิด”¹⁸ ประกอบกับการพัฒนาของเทคโนโลยี การส่งข้อมูลได้อย่างเสรีผ่านทางอินเทอร์เน็ต ทำให้อัตราการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กสูงขึ้นโดยมีจำนวนมากกว่า 400 คดีต่อปีและการดำเนินคดีเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กทางอินเทอร์เน็ตเพิ่มขึ้นร้อยละ 10 ทุกปี นับตั้งแต่ปี 1995¹⁹ โดยเฉพาะเมื่อคอมพิวเตอร์ได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย ทำให้สื่อลามกอนาจารเด็กสามารถเข้าถึงได้ง่าย และเป็นจุดเริ่มต้นสำหรับการเผยแพร่และการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กโดยผ่านคอมพิวเตอร์²⁰ ผู้กระทำความผิดสามารถเข้าถึงและจำหน่ายสื่อลามกอนาจารเด็กที่บ้านของตนได้อย่างสะดวกสบาย รวมถึงการสร้างสื่อลามกอนาจารเด็กโดยไม่ต้องใช้เด็กจริง ๆ หรือที่เรียกว่าสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนด้วย

3.1.1.1 ข้อเสนอสนับสนุนในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน

รัฐสภาได้ตราพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามสื่อลามกอนาจารเด็ก ค.ศ. 1996 (the Child Pornography Prevention Act of 1996) หรือที่เรียกสั้น ๆ ว่า

¹⁸ *Ibid.*, pp.462.

¹⁹ Daniel S. Armagh, “Virtual Child Pornography: Criminal Conduct or Protected Speech?,” *Cardozo Law Review*, Vol. 23, Issue 6, pp.1994 (2002).

²⁰ Paula Bird, “Virtual Child Pornography Laws and the Constraints Imposed by the First Amendment,” *Barry Law Review*, Vol. 16, Issue 1, pp.163-164 (2011).

the CPPA ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อรับมือกับความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีในการสร้างการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็ก และการส่งภาพนั้นผ่านทางคอมพิวเตอร์ โดยกฎหมายฉบับดังกล่าวได้กำหนดว่า การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน (Virtual Child Pornography) หรือการปรับแต่งรูปภาพของเด็กและไม่ได้ใช้เด็กจริง ๆ ในการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดทางอาญา²¹ โดยรัฐสภามีข้อเสนอสนับสนุนในการออกกฎหมายดังกล่าว ดังนี้

ประการที่หนึ่ง แม้สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนจะไม่ได้เกี่ยวข้องและมีอันตรายต่อเด็กโดยตรง แต่สื่อเหล่านั้นเป็นอันตรายต่อเด็กในทางอ้อม ตัวอย่างเช่น พวกที่ชอบมีเพศสัมพันธ์กับเด็กอาจใช้สื่อดังกล่าวโน้มน้าวให้เด็กมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศ โดยการนำเสนอภาพเด็กเสมือนที่กำลังเปลือยเปลือยกับกิจกรรมทางเพศ²²

ประการที่สอง สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนมีศักยภาพในการทำให้พวกที่ชอบมีเพศสัมพันธ์กับเด็กมีความต้องการทางเพศกับเด็กมากขึ้นด้วย ซึ่งเป็นปัจจัยที่สนับสนุนการสร้างและเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก เพื่อนำไปสู่การล่วงละเมิดทางเพศเด็ก²³

ประการที่สาม กฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อทำลายตลาดการค้าของสื่อลามกอนาจารเด็ก²⁴

ประการที่สี่ ความก้าวหน้าของเทคโนโลยีทำให้การตรวจสอบว่าในสื่อลามกนั้นเป็นเด็กจริงหรือเด็กเสมือนเป็นเรื่องยากมากขึ้น เนื่องจากในคดีระหว่างสหรัฐอเมริกากับคิมโบร (*United States v. Kimbrough*) ได้วางหลักไว้ว่าในการดำเนินคดี รัฐมีภาระในการพิสูจน์ว่า ในสื่อลามกอนาจารที่ถูกกล่าวหาานั้น มีเด็กเป็นผู้แสดงหรือเป็นผู้ใหญ่ที่ทำตัวให้ดูเหมือนเด็กเป็นผู้แสดง หากรัฐไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าในสื่อลามกอนาจารนั้นมีเด็กจริง ๆ เป็นผู้แสดง จำเลยก็จะพ้น

²¹ *Ibid.*, pp.164.

²² *Ibid.*, pp.164.

²³ *Ibid.*, pp.164.

²⁴ Audrey Rogers, “Playing Hide And Seek: How to Protect Virtual Pornographers and Actual Children on The Internet,” *Villanova Law Review*, Vol. 50, Issue 1, pp.90 (2005).

ข้อกล่าวหา²⁵ การทำให้สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเป็นสิ่งผิดกฎหมายจึงเป็นการป้องกันการหลีกเลี่ยงการดำเนินคดีของพวกที่ชอบมีเพศสัมพันธ์กับเด็กได้²⁶

สาระสำคัญของ The CPPA²⁷ คือ เพื่อแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาของสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นกฎหมายของรัฐบาลกลาง (the Federal criminal code) มาตรา 2256 ประกอบด้วย

(8) สื่อลามกอนาจารเด็ก หมายถึง สื่อแสดงภาพ รวมถึงภาพถ่าย วิดีโอ รูปภาพหรือคอมพิวเตอร์ หรือภาพที่สร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์ ไม่ว่าจะทำหรือผลิตโดยอิเล็กทรอนิกส์ เครื่องกลหรืออื่น ๆ ที่มีการกระทำทางเพศอย่างชัดแจ้ง โดย

(A) การผลิตของสื่อดังกล่าวเกี่ยวข้องกับการใช้เด็กที่มีส่วนร่วมในการกระทำทางเพศอย่างชัดแจ้ง

(B) สื่อดังกล่าวเป็นหรือดูเหมือนเป็นเด็ก (appears to be) มีส่วนร่วมในการกระทำทางเพศอย่างชัดแจ้ง

(C) สื่อดังกล่าวถูกดัดแปลงหรือแก้ไขเพื่อให้ปรากฏภาพเด็กที่สามารถระบุตัวตนได้มีส่วนร่วมในการกระทำทางเพศอย่างชัดแจ้ง หรือ

(D) สื่อดังกล่าวมีการโฆษณา การส่งเสริม การนำเสนอ การอธิบาย หรือการเผยแพร่ในลักษณะที่ทำให้เข้าใจว่า (convey the impression) เป็นสื่อที่เป็นหรือมีภาพของเด็กมีส่วนร่วมในการกระทำทางเพศอย่างชัดแจ้ง

คำว่า “ที่ดูเหมือนเป็น (appears to be)” ในมาตรา 2256 (8)(B) นั้น หมายถึง สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนทั้งหมด กล่าวคือ เด็กที่ไม่มีตัวตนในความเป็นจริง²⁸ ในมาตรา 2256 (8)(C) หมายถึง ภาพที่ใช้คอมพิวเตอร์ปรับเปลี่ยนภาพโดยคำว่า “เด็กที่สามารถระบุตัวตนได้”

²⁵ Daniel S. Armagh, *supra note 19*, pp.1998.

²⁶ Paula Bird, *supra note 20*, pp.164.

²⁷ H.R.4123 - Child Pornography Prevention Act of 1996 Retrieved on May 9, 2017, <https://www.congress.gov/bill/104th-congress/house-bill/4123>

²⁸ Wade T. Anderson, “Criminalizing “Virtual” Child Pornography Under The Child Pornography Prevention Act: Is it Really What it “Appears to Be?”,” University of Richmond Law Review, Vol. 35, Issue 2, pp.403–404 (2001).

นั้น ต้องการเพียงเด็กที่มีตัวตนในเวลาที่มีสื่อที่สร้างขึ้น หรือมีภาพของเด็กถูกใช้ในการสร้างสื่อที่ครอบคลุมถึงการเปลี่ยนใบหน้าของผู้ใหญ่ที่มีส่วนร่วมในการกระทำทางเพศกับใบหน้าของเด็กจริง²⁹

3.1.1.2 ข้อโต้แย้งในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน

หลังจาก The CPPA บังคับใช้ ได้มีหลายฝ่ายให้ความเห็นว่าบทบัญญัติของ The CPPA ครอบคลุมการแสดงออกที่อยู่นอกเหนือไปจากสื่อลามกอนาจารและสิ่งที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจารเด็ก จึงเป็นบทบัญญัติที่มีขอบเขตที่กว้างเกินไป อันจะเป็นการจำกัดเสรีภาพทางการแสดงออกโดยไม่คำนึงถึงคุณค่าทางวรรณกรรม ทางศิลปะ ทางการเมือง การปกครอง และทางวิทยาศาสตร์ นอกจากนี้กฎหมายดังกล่าวมีบทบัญญัติที่ห้ามการวาดภาพของหนุ่มสาวที่กำลังกระทำการเกี่ยวกับเพศ ซึ่งในความเป็นจริงแล้วเรื่องราวเหล่านั้นเป็นเรื่องราวที่สะท้อนความจริงของสังคมสมัยใหม่ ซึ่งเป็นแก่นของศิลปะและวรรณกรรมของประเทศ ทำให้ครอบคลุมไปถึงการแสดงเรื่องโรมิโอกับจูเลียต (Romeo and Juliet) ของวิลเลียม เชกสเปียร์ (William Shakespeare) และภาพยนตร์รางวัลออสการ์เรื่อง Traffic และ American Beauty อีกด้วย³⁰ นอกจากนี้ได้มีการฟ้องคดีว่า the CPPA นั้นขัดรัฐธรรมนูญ โดยอ้างว่ากฎหมายนั้นกว้างเกินไป ไม่ว่าจะเป็นคดีระหว่างสหรัฐอเมริกา กับ ฮิลตัน (United States v. Hilton) คดีระหว่างสหรัฐอเมริกา กับ เมนโต (United States v. Mento) คดีระหว่างสหรัฐอเมริกา กับ ฟอกซ์ (United States v. Fox) และคดีระหว่างสหรัฐอเมริกา กับ แอชเคสัน (United States v. Acheson) แต่ศาลในคดีเหล่านั้นได้วินิจฉัยว่า the CPPA ขอบด้วยรัฐธรรมนูญ³¹ โดยให้เหตุผลว่า ตามแนวคำวินิจฉัยในคดีเพอร์เบอร์ การป้องกันผลกระทบทั้งทางตรงและทางอ้อมต่อเด็กเป็นหน้าที่โดยตรงของรัฐ และศาลมองว่า the CPPA ไม่ได้บัญญัติอย่างคลุมเครือ จึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ และรัฐจะดำเนินคดีได้เฉพาะกับผู้รู้วาทตนเองครอบครอง ได้รับ หรือเผยแพร่ สื่อที่ผิดกฎหมายเท่านั้น³²

แต่ในปี 2002 ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกา มีมติ 6 ต่อ 3 เสียง ในคดีระหว่างแอสครอฟต์กับฟรี สปีช โคออลิชัน (Ashcroft v. Free Speech Coalition) ว่าบทบัญญัติของ the CPPA ที่บัญญัติว่า “สื่อแสดงภาพที่มีเด็กหรือดูเหมือนเป็นเด็ก (appears to be) มีส่วนร่วม

²⁹ Ibid., pp.404.

³⁰ ปิยวรรณ ซอน, “การควบคุมสื่อลามกอนาจารเด็กในต่างประเทศ,” กฎหมายสาร, เล่มที่ 4, ปีที่ 10, น. 5 (2558).

³¹ Benjamin A. Mains, *supra* note 1, pp.823.

³² Ibid., pp.823.

ในการกระทำทางเพศอย่างชัดแจ้ง” เป็นการบัญญัติขอบเขตของสื่อลามกอนาจารเด็กที่กว้างเกินไป และขัดต่อรัฐธรรมนูญ³³ โดยศาลมีข้อโต้แย้งเหตุผลสนับสนุนการออกกฎหมาย ดังนี้

ประการที่หนึ่ง กรณีที่อ้างว่าสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนทำให้เกิดอันตรายทางอ้อมต่อเด็ก เพราะการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนอาจนำไปสู่การล่วงละเมิดทางเพศเด็ก³⁴ นั้น ศาลไม่ยอมรับเหตุผลดังกล่าว โดยมีความเห็นของผู้พิพากษาฝ่ายข้างมากซึ่งเขียนโดยผู้พิพากษา Kennedy³⁵ สรุปได้ว่า สื่อลามกอนาจารเด็กเป็นสิ่งผิดกฎหมายเพราะมีอันตรายต่อเด็กที่เกิดขึ้นจริง แต่สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไม่ก่อให้เกิดอันตรายนั้น ส่วนเหตุผลที่ว่า สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนทำให้ผู้ชมมีเพศสัมพันธ์กับเด็กเกิดความกระหายในการล่วงละเมิดทางเพศเด็กนั้น เป็นเหตุผลที่ไกลเกินไปที่จะสนับสนุนการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ³⁶

ประการที่สอง กรณีที่อ้างว่าสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนอาจมีแนวโน้มให้ผู้ชมก่ออาชญากรรม ซึ่งเป็นปัจจัยที่สนับสนุนการสร้างและเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อนำไปสู่การล่วงละเมิดทางเพศเด็ก นั้น ศาลโต้แย้งเหตุผลนี้ว่า โอกาสในการเกิดอาชญากรรมไม่ได้แสดงว่ากฎหมายอยู่เหนือสิทธิเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครอง และถึงแม้ว่าสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนจะกระตุ้นให้เกิดการกระทำที่ผิดกฎหมาย แต่ก็ไม่ใช่เหตุผลที่เพียงพอที่จะทำให้ตัวมันเองเป็นสิ่งผิดกฎหมาย อีกทั้ง รัฐบาลก็ไม่สามารถแสดงให้เห็นความเชื่อมโยงระหว่างสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนกับการส่งเสริมหรือกระตุ้นให้เกิดการล่วงละเมิดทางเพศเด็กได้ ดังนั้น จึงไม่อาจจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกตามเหตุผลนี้ได้ รัฐบาลสามารถลงโทษบุคคลที่ล่วงละเมิดทางเพศเด็กและบุคคลที่นำสื่อ

³³ Audrey Rogers, *supra note 24*, pp.90.

³⁴ Dannielle Cisneros, ““Virtual Child” Pornography on The Internet: A “Virtual” Victim?,” Retrieved on May 9, 2017, from <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1060&context=dltr>

³⁵ ผู้พิพากษา Anthony McLeod Kennedy เป็นผู้พิพากษาอาวุโสของศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกา ได้รับการเสนอชื่อโดยประธานาธิบดีโรนัลด์ เรแกนเมื่อวันที่ 11 พฤศจิกายน พ.ศ. 2530 และเข้ารับตำแหน่งในวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2531 และเป็นผู้เขียนความเห็นของศาลฎีกาในหลาย ๆ คดี

³⁶ Audrey Rogers, *supra note 24*, pp.90.

ลามกอนาจารไปล่อลวงเด็กเพื่อลวงละเมิดทางเพศเด็กได้ แต่รัฐบาลไม่สามารถจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพียงเพราะต้องการป้องกันไม่ให้เด็กเข้าถึงสิ่งนั้น³⁷

ประการที่สาม กรณีที่ให้เหตุผลว่ากฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อทำลายตลาดของสื่อลามกอนาจารเด็ก³⁸ ซึ่งเพียงพอที่จะทำให้กฎหมายดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญ³⁹ ในประเด็นนี้ศาลได้โต้แย้งว่า สื่อลามกอนาจารที่ใช้เด็กจริงในการผลิตจะถูกทำลายหากมีทางเลือกใหม่ ๆ⁴⁰ หากอนุญาตให้มีการผลิตหรือครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนจะสามารถหยุดการใช้เด็กที่มีตัวตนจริงในผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กได้ สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนจะมาแทนที่สื่อลามกอนาจารที่ใช้เด็กจริงในการผลิตซึ่งผิดกฎหมาย คงจะมีแต่ผู้ผลิตจำนวนน้อยเท่านั้นที่จะเสี่ยงใช้เด็กจริงในการผลิตสื่อลามกอนาจารทั้งที่สามารถใช้คอมพิวเตอร์ผลิตภาพที่แทนกันได้⁴¹ ศาลอธิบายว่า สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไม่ใช่สิ่งที่ส่งเสริมตลาดของสื่อลามกอนาจารที่ใช้เด็กจริงในการผลิต เพราะความแตกต่างของสื่อทั้งสอง สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไม่มีการก่ออาชญากรรมต่อเด็กในการผลิตเนื่องจากไม่ได้ใช้เด็กที่มีตัวตนจริง⁴²

ประการที่สี่ กรณีที่ให้เหตุผลว่าสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนอาจทำให้เกิดความยากลำบากในการดำเนินคดีกับสื่อลามกอนาจารซึ่งลวงละเมิดเด็กที่มีตัวตนจริงในการผลิตเนื่องจากสื่อลามกอนาจารเด็กอาจดูเหมือนจริงมาก⁴³ โดยการอ้างว่า “ความก้าวหน้าของเทคโนโลยีทำให้การตรวจสอบว่าในสื่อลามกอนาจารนั้นเป็นเด็กจริงหรือเด็กเสมือนเป็นเรื่องยาก การทำให้การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเป็นสิ่งผิดกฎหมายจึงเป็นการป้องกันการหลีกเลี่ยงการดำเนินคดีของพวกที่ชอบมีเพศสัมพันธ์กับเด็ก”⁴⁴ แต่ศาลได้เน้นย้ำว่าสิทธิเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองไม่สามารถถูกจำกัดเพียงเพราะต้องการปราบปรามสิ่งที่ผิดกฎหมาย ดังนั้น ข้ออ้างนี้จึงตกไป

³⁷ Danielle Cisneros, *supra note 34*.

³⁸ Audrey Rogers, *supra note 24*, pp.90.

³⁹ Danielle Cisneros, *supra note 34*.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Audrey Rogers, *supra note 24*, pp.90.

⁴² Danielle Cisneros, *supra note 34*.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Audrey Rogers, *supra note 24*, pp.90-91.

ในประเด็นนี้มีความเห็นของผู้พิพากษา O'Connor⁴⁵ ที่ได้ทำความเห็นส่วนตัวไว้ว่า คำว่า “ดูเหมือนเป็นเด็ก (appears to be)” ใน the CPPA นั้น มีขอบเขตที่กว้างเกินไป เพราะอาจรวมไปถึงภาพของผู้ใหญ่ที่มีลักษณะเหมือนเด็กได้ แต่ยังคงเห็นว่าสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนที่เหมือนจนแยกไม่ออกว่าเป็นเด็กจริงหรือเด็กเสมือนควรเป็นสิ่งต้องห้ามตามกฎหมาย ผู้พิพากษา O'Connor พบว่า สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนอาจถูกนำไปใช้ในการล่อลวงเด็กเพื่อล่อลวงละเมิดทางเพศได้ และได้เน้นย้ำถึงความกังวลอย่างร้ายแรงว่า หากสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนสามารถทำได้โดยไม่ผิดกฎหมาย ผู้ที่ใช้เด็กจริงในการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กอาจหลีกเลี่ยงการดำเนินคดีโดยอ้างว่าสื่อที่สร้างขึ้นจากคอมพิวเตอร์ไม่ได้ใช้เด็กจริง ๆ ผู้พิพากษา O'Connor เห็นด้วยกับเสียงส่วนใหญ่ว่าควรปรับปรุงภาษาในกฎหมายให้เหมาะสม โดยเห็นว่าควรใส่คำว่า เหมือนกันจนไม่สามารถแยกได้ (virtually indistinguishable from) ในคำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็ก⁴⁶

3.1.1.3 กฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนในปัจจุบัน

หลังจากผลการตัดสินในคดี *Ashcroft v. Free Speech Coalition* รัฐบาลเผชิญกับความยากลำบากในการดำเนินคดีกับผู้ที่เกี่ยวข้องกับความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ผู้ที่เคยถูกตัดสินลงโทษก่อนผลการตัดสินในคดี *Ashcroft v. Free Speech Coalition* จากภาพที่ดูเหมือนเป็นเด็ก (appear to be) ได้รับการปล่อยตัวหรือได้รับการพิจารณาคดีใหม่⁴⁷ รัฐสภาจึงต้องหาแนวทางใหม่ในการออกกฎหมายที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและมีประสิทธิภาพที่จะต่อสู้กับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน โดยมุ่งเน้นไปที่แนวทางการแก้ปัญหาที่จำเลยมักจะอ้างว่าสื่อลามกอนาจารที่ถูกดำเนินคดีนั้นเป็นสื่อลามกอนาจารเด็กที่สร้างจากคอมพิวเตอร์⁴⁸ เพื่อให้รอดพ้นจากการถูกดำเนินคดี นอกจากนี้ศูนย์เพื่อเด็กหายและถูกฉวยผลประโยชน์แห่งชาติ (the National Center for Missing and Exploited Children - NCMEC) ได้ให้ความเห็นต่อคณะอนุกรรมการด้านอาชญากรรมของคณะกรรมการด้านการยุติธรรมแห่งสภาผู้แทนราษฎร (the House Judiciary Committee's Subcommittee on Crime) ว่า การนำเสนอของสื่อลามกอนาจารเด็กและสื่อลามกอนาจารเด็ก

⁴⁵ ผู้พิพากษา Sandra Day O'Connor เป็นผู้พิพากษาหญิงคนแรกที่ได้เป็นผู้พิพากษาศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกา จากการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีโรนัลด์ เรแกน ในปี พ.ศ. 2524 และเกษียณอายุในปี พ.ศ. 2549

⁴⁶ Audrey Rogers, *supra note 24*, pp.90-91.

⁴⁷ Dannielle Cisneros, *supra note 34*.

⁴⁸ Chelsea Mclean, *supra note 2*, pp.236.

เสมือนมีความคล้ายคลึงกัน และคณะอนุกรรมการฯ พบว่า เป็นการยากที่จะแยกภาพจริงและภาพเสมือน เพราะองค์ประกอบทางเทคนิคของภาพดิจิทัลของเด็กจริงและภาพเสมือนมีลักษณะเหมือนกัน แม้แต่ผู้เชี่ยวชาญที่มีทักษะก็อาจจะไม่สามารถแยกความแตกต่างได้ และอีกปัจจัยหนึ่งที่ทำให้การระบุตัวตนเด็กที่เป็นเหยื่อในสื่อลามกอนาจารเด็ก คือ ความซับซ้อนของอุตสาหกรรมการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กและการไม่เปิดเผยตัวตนบนอินเทอร์เน็ต ส่งผลให้การดำเนินคดีที่เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นไปอย่างลำบากมากขึ้นเนื่องจากไม่สามารถระบุตัวตนเด็กในสื่อลามกอนาจารได้⁴⁹ รัฐสภาจึงได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฉบับใหม่ในปี 2003⁵⁰ (the Prosecutorial Remedies and Other Tools to End the Exploitation of Children Today Act of 2003) หรือที่รู้จักกันในชื่อ the PROTECT Act เพื่อแก้ปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน⁵¹ the PROTECT Act มีจุดมุ่งหมายเพื่อป้องกันการลักพาตัวเด็ก และการแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็ก โดยการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในส่วนที่ 18 ส่วนที่ 21 และส่วนที่ 42 ซึ่งแสดงให้เห็นถึงวิธีการที่เป็นประโยชน์ในการลดการล่วงละเมิดทางเพศเด็ก⁵²

บทบัญญัติของ the PROTECT Act ยังคงบทบัญญัติของ the CPPA ไว้บางประการ และมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในประเด็นที่สำคัญเพื่อให้สอดคล้องกับคำวินิจฉัยของศาลฎีกาในคดี *Ashcroft v. Free Speech Coalition* ประเด็นแรก คือ การยกเลิกบทบัญญัติของ the CPPA ในส่วนของคำว่า “ที่ดูเหมือนเป็น (appears to be)” ที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าข้อความนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2256 (8)(B) เป็น “ให้รวมถึงภาพดิจิทัลใด ๆ ที่แสดงถึงการที่มีเด็กเข้าร่วมในการกระทำทางเพศอย่างชัดแจ้ง (sexually explicit conduct) หรือเป็นภาพที่ไม่อาจแยกออกจาก (indistinguishable from) ภาพที่มีเด็กเข้าร่วมใน

⁴⁹ *Ibid.*, pp.237.

⁵⁰ สาวตรี สุขศรี, ศิริพล กุศลศิลป์วุฒิ, และอรพิน ยิ่งยงพัฒนา, อาชญากรรมคอมพิวเตอร์? : งานวิจัยหัวข้อ “ผลกระทบจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และนโยบายของรัฐกับสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น”, (กรุงเทพฯ : โครงการอินเทอร์เน็ตเพื่อกฎหมายประชาชน (iLaw) ในมูลนิธิอาสาสมัครเพื่อสังคม, 2555.), น. 300.

⁵¹ Audrey Rogers, *supra note 24*, pp.97.

⁵² Keisha April. “Cartoons Aren't Real People, Too: Does the Regulation of Virtual Child Pornography Violate the First Amendment and Criminalize Subversive Thought?,” *Cardozo Journal of Law & Gender*, Vol, 19, Issue 1, pp.250 (2012).

กิจกรรมทางเพศอย่างชัดแจ้งได้”⁵³ และรัฐสภานิยาม “ไม่อาจแยกออกจาก (indistinguishable from)” ว่าหมายถึง ภาพที่เหมือนจนไม่อาจแยกได้ (virtually indistinguishable) กล่าวคือ ไม่ว่าสื่อนั้นจะเป็นสื่อที่ใช้เด็กจริงหรือเด็กเสมือนในการผลิต แต่ถ้าบุคคลทั่วไปดูภาพแล้วเห็นว่า เป็นภาพของเด็กที่มีส่วนร่วมในการกระทำทางเพศอย่างชัดแจ้ง ภาพนั้นก็เป็สื่อลามกอนาจารเด็กตามความหมายใน มาตรา 2256 (8)(B)⁵⁴ คำนิยามนี้จึงไม่รวมถึงภาพวาด ภาพการ์ตูน หนังสือ ประติมากรรม หรือ ภาพเขียนที่แสดงถึงเด็กหรือผู้ใหญ่⁵⁵ นอกจากนี้ รัฐสภายังให้นิยามคำว่า การกระทำทางเพศอย่างชัดแจ้ง (sexually explicit conduct) ที่ปรากฏในกฎหมายว่า หมายความว่า ความถึงกราฟิกของการมีเพศสัมพันธ์⁵⁶ ซึ่งรวมถึงการกระทำใด ๆ ระหว่างอวัยวะเพศกับอวัยวะเพศ ปากกับอวัยวะเพศ ทวารหนักกับอวัยวะเพศ ปากกับทวารหนักทั้งระหว่างเพศเดียวกันและเพศตรงข้าม หรือการจำลองการกระทำทางเพศที่มีการแสดงอวัยวะเพศ หรือหน้าอก หรือเป็นภาพกราฟิกหรือภาพจำลองของการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างคนกับสัตว์ การสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง หรือการกระทำที่ลักษณะวิปริตทางเพศ หรือเป็นภาพกราฟิก หรือภาพจำลองการแสดงอวัยวะเพศของบุคคลใด หรือสื่อที่แสดงว่าภาพนั้นถูกสร้าง ปรับปรุง หรือเปลี่ยนแปลง จนคนทั่วไปอาจมองได้ว่าเด็กถูกใช้ในการกระทำทางเพศอย่างชัดแจ้ง (sexually explicit conduct)⁵⁷

ประเด็นที่สอง รัฐสภาได้แก้ไขความผิดพลาดในการให้ความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็กอีกประการหนึ่ง โดยการห้ามการโฆษณา การส่งเสริม การนำเสนอ การอธิบาย หรือการเผยแพร่เฉพาะภาพของเด็กที่มีการกระทำทางเพศอย่างชัดแจ้งในลักษณะที่มีเจตนาให้ผู้อื่นเชื่อว่าเป็นสื่อลามกอนาจารเท่านั้น⁵⁸ ซึ่งเป็นการแก้ไขตามแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาที่วินิจฉัยว่า คำว่า “ลักษณะที่ทำให้เข้าใจว่า (convey the impression)” นั้นมีขอบเขตที่กว้างเกินไป และขัดต่อรัฐธรรมนูญ การแก้ไขข้อความนี้ทำให้ สื่อลามกอนาจารเด็กนั้นไม่รวมถึงสื่อที่ไม่มีลักษณะลามกอนาจาร เช่น ภาพยนตร์เรื่อง American Beauty และ Traffic ซึ่งเคยมีปัญหาก่อนหน้านี้⁵⁹

⁵³ Chelsea Mclean, *supra note 2*, pp.238.

⁵⁴ Audrey Rodgers, *supra note 24*, pp.98.

⁵⁵ *Ibid.*, pp.98.

⁵⁶ Chelsea Mclean, *supra note 2*, pp.238.

⁵⁷ มีนณรี ฉัตรจินดา, “ความรับผิดทางอาญาของผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น. 106.

⁵⁸ Chelsea Mclean, *supra note 2*, pp.238.

⁵⁹ *Ibid.*, pp.238.

ประเด็นที่สาม the PROTECT Act ได้เพิ่มเติมข้อต่อสู้ของจำเลยให้กว้างกว่า the CPPA ที่มีข้อต่อสู้เฉพาะผู้สร้างสื่อลามกอนาจารที่ให้ผู้ใหญ่ที่ดูเหมือนเด็กแสดงในภาพหรือภาพยนตร์เท่านั้น โดยการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2252A(c) โดยบัญญัติว่า “บุคคลที่ถูกดำเนินคดีตาม the PROTECT Act ในความผิดเกี่ยวกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจำหน่าย อาจยกข้อต่อสู้เหล่านี้ได้ (1)(A) สื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกกล่าวหาถูกผลิตขึ้นโดยใช้บุคคลจริง หรือบุคคลที่มีส่วนร่วมในการกระทำทางเพศที่ชัดเจน และ (B) บุคคลนั้นเป็นผู้ใหญ่ในขณะที่ผลิตสื่อ นั้น หรือ (2) สื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกกล่าวหาไม่ได้ผลิตโดยใช้เด็กหรือเด็กที่มีตัวตนจริง” ซึ่งแสดงให้เห็นว่ากฎหมายดังกล่าวไม่ได้ห้ามสื่อลามกอนาจารเด็กเหมือนอีกต่อไป แต่มุ่งเน้นเฉพาะสื่อลามกอนาจารเด็กที่ผลิตโดยใช้เด็กที่มีตัวตนจริงเท่านั้น ดังนั้น จำเลยที่ถูกดำเนินคดีในข้อหาครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าภาพที่ถูกกล่าวหาไม่ได้ผลิตโดยใช้เด็กที่มีตัวตนจริง⁶⁰ แต่ข้อต่อสู้ดังกล่าวไม่สามารถยกขึ้นมากล่าวอ้างได้ถ้าสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นมีลักษณะถูกสร้าง ปรับปรุงหรือเปลี่ยนแปลง จนอาจเข้าใจได้ว่ามีเด็กถูกใช้ในการกระทำทางเพศ⁶¹

ประเด็นสุดท้าย the PROTECT Act ได้เพิ่มความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1466A ในความผิดฐานแสดงภาพลามกอนาจารของการล่วงละเมิดทางเพศเด็ก (Obscene Visual Representations of the Sexual Abuse of Children) ซึ่งกำหนดความรับผิดทางอาญาต่อบุคคลที่ครอบครองสื่อแสดงภาพทุกชนิดรวมทั้ง ภาพวาด การ์ตูน ประติมากรรม หรือจิตรกรรม ที่...แสดงให้เห็นภาพเด็กมีส่วนร่วมในการกระทำทางเพศอย่างชัดแจ้ง และ...มีลักษณะลามกอนาจาร โดยความผิดดังกล่าวจะต้องเป็นการครอบครองเพื่อความประสงค์ทางการค้า หรือการเผยแพร่ผ่านคอมพิวเตอร์ ดังนั้น ความผิดฐานนี้จึงเป็นการควบคุมการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเหมือนทุกชนิด⁶² ถึงแม้ว่ามาตรา 1466A จะมีวัตถุประสงค์ในการควบคุมการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเหมือนทุกชนิด แต่มาตราดังกล่าวได้มีการบัญญัติความผิดในการครอบครองภาพลามกอนาจารของการล่วงละเมิดทางเพศเด็กไว้โดยส่วนตัวด้วย จึงยังคงมีประเด็นถกเถียงกันในเรื่องการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวว่าจะเป็นการละเมิดเสรีภาพในการแสดงออกหรือไม่ อย่างไรก็ตาม แม้จะเห็นได้ชัดว่าสื่อลามกอนาจารเด็กเหมือน โดยเฉพาะในการ์ตูนหรือภาพเคลื่อนไหว ซึ่งบุคคลส่วนใหญ่เห็นได้ชัดว่าเป็นภาพการ์ตูนไม่ใช่ภาพเด็กที่แท้จริง

⁶⁰ *Ibid.*, pp.238-239.

⁶¹ มีนตรี ฉัตรจินดา, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 57*, น. 109.

⁶² Keisha April, *supra note 52*, pp.250.

แต่เมื่อนำมาตรา 1466A มาใช้ในศาลแล้ว มีหลายกรณีที่ศาลและคณะลูกขุนเห็นว่า ภาพการ์ตูนเหล่านั้นมีลักษณะลามกอนาจาร (obscene) และเป็นความผิด

(1) การกำหนดความผิด

ประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกา (U.S. Code) หมวดที่ 18 เรื่องเกี่ยวกับคดีอาญาและวิธีพิจารณาความอาญา ได้มีการบัญญัติบทบัญญัติเกี่ยวกับสื่อชนิดต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางเพศต่อเด็ก โดยมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน 2 มาตรา ได้แก่ มาตรา 1466A เป็นบทบัญญัติที่กำหนดความผิดอาญาแก่การแสดงภาพของการล่วงละเมิดทางเพศเด็กที่มีลักษณะลามก (Obscenity) ถึงแม้ว่าสื่อเหล่านั้นจะเป็นเพียงภาพที่สร้างขึ้นโดยไม่ได้มีเด็กจริง ๆ ถูกล่วงละเมิดทางเพศก็ตาม เช่น ภาพการ์ตูนหรือภาพวาด ซึ่งเป็นกฎหมายที่บังคับใช้กับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนโดยตรง และมาตรา 2252A เป็นความผิดเกี่ยวกับกิจกรรมที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับการสร้างหรือการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก ซึ่งเป็นกฎหมายที่บังคับกับสื่อลามกอนาจารเด็กทั่วไป โดยมีประเด็นเกี่ยวข้องกัสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเฉพาะกรณีที่เป็นสื่อที่ไม่ได้ใช้เด็กจริงที่มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศ แต่เหมือนเด็กจริงจนไม่สามารถแยกออกได้ เช่น ภาพเด็กที่มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศที่สร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์

โดยสองมาตรานี้ มีข้อแตกต่างในส่วนของผู้กระทำ กล่าวคือ มาตรา 2252A ใช้คำว่า บุคคลใด⁶³ แต่มาตรา 1466A ผู้กระทำจะต้องอยู่ในสถานการณ์ดังต่อไปนี้⁶⁴

1) การติดต่อสื่อสารใด ๆ ซึ่งเกี่ยวข้องหรือเป็นการส่งเสริมในการกระทำความผิดที่มีการสื่อสารหรือขนส่งทางไปรษณีย์ หรือการค้าระหว่างประเทศหรือระหว่างรัฐ ไม่ว่าจะโดยวิธีการใด รวมทั้งโดยการใช้คอมพิวเตอร์หรือโดยวิธีการใด ๆ หรือมีการใช้ในทางการค้าระหว่างประเทศหรือระหว่างรัฐ หรือถูกใช้โดยวิธีการอื่นในการกระทำหรือในการส่งเสริมให้มีการกระทำความผิด⁶⁵

⁶³ 18 U.S. Code § 2252A (a) Any person who—

⁶⁴ 18 U.S. Code § 1466A (a) In General.—Any person who, in a circumstance described in subsection (d) and 18 U.S. Code § 1466A (b) Additional Offenses.—Any person who, in a circumstance described in subsection (d)

⁶⁵ 18 U.S. Code § 1466A (d) (1) any communication involved in or made in furtherance of the offense is communicated or transported by the mail, or in interstate or foreign commerce by any means, including by computer, or any means or

2) การติดต่อสื่อสารใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดกฎหมายหรือเป็นการสนับสนุนการกระทำความผิดกฎหมายโดยเจตนาที่จะส่งหรือการขนส่งของภาพที่มองเห็นได้ทางไปรษณีย์หรือในระหว่างรัฐหรือการค้าต่างประเทศด้วยวิธีการใด ๆ รวมทั้งโดยคอมพิวเตอร์⁶⁶

3) บุคคลใดเดินทางหรือขนส่งเข้ามาโดยการค้าระหว่างรัฐหรือระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นตัวแทนหรือการส่งเสริมของตัวแทนในการกระทำความผิด⁶⁷

4) สื่อแสดงภาพใด ๆ ที่ประกอบไปด้วยการกระทำความผิดที่ถูกส่งมาทางไปรษณีย์ ทางเรือ หรือทางการขนส่งอื่น โดยทางการค้าระหว่างรัฐหรือระหว่างประเทศโดยทางใด ๆ ก็ตามรวมถึงทางคอมพิวเตอร์ หรือสื่อแสดงภาพนั้นถูกสร้างขึ้นโดยใช้วัสดุที่ถูกส่งมาทางไปรษณีย์ทางเรือ หรือทางการขนส่งอื่น โดยทางการค้าระหว่างรัฐหรือระหว่างประเทศโดยทางใด ๆ ก็ตามรวมถึงทางคอมพิวเตอร์⁶⁸ หรือ

instrumentality of interstate or foreign commerce is otherwise used in committing or in furtherance of the commission of the offense

⁶⁶ 18 U.S. Code § 1466A (d) (2) any communication involved in or made in furtherance of the offense contemplates the transmission or transportation of a visual depiction by the mail, or in interstate or foreign commerce by any means, including by computer

⁶⁷ 18 U.S. Code § 1466A (d) (3) any person travels or is transported in interstate or foreign commerce in the course of the commission or in furtherance of the commission of the offense

⁶⁸ 18 U.S. Code § 1466A (d) (4) any visual depiction involved in the offense has been mailed, or has been shipped or transported in interstate or foreign commerce by any means, including by computer, or was produced using materials that have been mailed, or that have been shipped or transported in interstate or foreign commerce by any means, including by computer

5) การกระทำความผิดได้กระทำในเขตทะเลพิเศษ หรือเขตอำนาจศาลของสหรัฐอเมริกา หรือในเขตแดนหรือในดินแดนที่อยู่ในการครอบครองของสหรัฐอเมริกา⁶⁹

(2) การกระทำ

มาตรา 1466A แบ่งเป็น 2 การกระทำ ได้แก่ (a) ซึ่งเป็นบททั่วไป การกระทำคือ การผลิต เผยแพร่ ได้รับ หรือครอบครองสื่อแสดงภาพของการล่วงละเมิดทางเพศเด็กที่มีลักษณะลามกไว้เพื่อแจกจ่ายโดยรัฐ⁷⁰ และ (b) ซึ่งเป็นความผิดเพิ่มเติม การกระทำ คือ ครอบครองสื่อแสดงภาพของการล่วงละเมิดทางเพศเด็กที่มีลักษณะลามกไว้โดยส่วนตัวโดยรัฐ⁷¹

ส่วนมาตรา 2252A กำหนดการกระทำไว้อย่างครอบคลุม ได้แก่

1) การขนส่งโดยใช้วิธีใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างประเทศ รวมทั้งโดยการใช้คอมพิวเตอร์ ซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กโดยรัฐ⁷²

2) การรับหรือแจกจ่ายสื่อลามกอนาจารเด็กหรือสื่อใด ๆ ที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ที่ถูกขนส่งโดยใช้วิธีใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างประเทศรวมทั้งโดยการใช้คอมพิวเตอร์โดยรัฐ⁷³

⁶⁹ 18 U.S. Code § 1466A (d) (5) the offense is committed in the special maritime and territorial jurisdiction of the United States or in any territory or possession of the United States.

⁷⁰ 18 U.S. Code § 1466A (a) In General.—Any person who, in a circumstance described in subsection (d), knowingly produces, distributes, receives, or possesses with intent to distribute, a visual depiction of any kind, including a drawing, cartoon, sculpture, or painting,

⁷¹ 18 U.S. Code § 1466A (b) Additional Offenses.—Any person who, in a circumstance described in subsection (d), knowingly possesses a visual depiction of any kind, including a drawing, cartoon, sculpture, or painting,

⁷² 18 U.S. Code § 2252A (a) (1) knowingly mails, or transports or ships using any means or facility of interstate or foreign commerce or in or affecting interstate or foreign commerce by any means, including by computer, any child pornography

⁷³ 18 U.S. Code § 2252A (a) (2) knowingly receives or distributes—

3) การทำซ้ำสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อแจกจ่าย หรือโฆษณาประชาสัมพันธ์ นำเสนอ แจกจ่าย หรือเชิญชวน ผ่านทางการขนส่งโดยใช้วิธีใด ๆ เกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างประเทศ รวมทั้งการใช้คอมพิวเตอร์ โดยมีเจตนาที่จะทำให้ผู้อื่นเชื่อว่าสื่อดังกล่าวเป็นสื่อลามกอนาจารเด็ก⁷⁴

4) การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กไว้เพื่อจำหน่ายโดยรู้⁷⁵ และ ประกอบเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนด

(A) any child pornography that has been mailed, or using any means or facility of interstate or foreign commerce shipped or transported in or affecting interstate or foreign commerce by any means, including by computer; or

(B) any material that contains child pornography that has been mailed, or using any means or facility of interstate or foreign commerce shipped or transported in or affecting interstate or foreign commerce by any means, including by computer

⁷⁴ 18 U.S. Code § 2252A (a) (3) knowingly—

(A) reproduces any child pornography for distribution through the mails, or using any means or facility of interstate or foreign commerce or in or affecting interstate or foreign commerce by any means, including by computer; or

(B) advertises, promotes, presents, distributes, or solicits through the mails, or using any means or facility of interstate or foreign commerce or in or affecting interstate or foreign commerce by any means, including by computer, any material or purported material in a manner that reflects the belief, or that is intended to cause another to believe, that the material or purported material is, or contains—

(i) an obscene visual depiction of a minor engaging in sexually explicit conduct; or

(ii) a visual depiction of an actual minor engaging in sexually explicit conduct;

⁷⁵ 18 U.S. Code § 2252A (a) (4) either—

(A) in the special maritime and territorial jurisdiction of the United States, or on any land or building owned by, leased to, or otherwise used by or under the control

5) การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กโดยส่วนตัวโดยรัฐ⁷⁶ และประกอบเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนด

6) การแจกจ่าย ให้ ส่งต่อ หรือจัดหา ซึ่งสื่อแสดงภาพใด ๆ รวมทั้งรูป फिल्म วีดีโอ รูปภาพ คอมพิวเตอร์ ภาพที่มีการปรับแต่งโดยคอมพิวเตอร์ ไม่ว่าจะโดยใช้วิธีการทางไฟฟ้า วิศวกรรม หรือโดยวิธีการอื่นใด โดยที่ภาพนั้นเป็นหรือดูเหมือนเป็นเด็กที่มีส่วนร่วมการกระทำ

of the United States Government, or in the Indian country (as defined in section 1151), knowingly sells or possesses with the intent to sell any child pornography; or

(B) knowingly sells or possesses with the intent to sell any child pornography that has been mailed, or shipped or transported using any means or facility of interstate or foreign commerce or in or affecting interstate or foreign commerce by any means, including by computer, or that was produced using materials that have been mailed, or shipped or transported in or affecting interstate or foreign commerce by any means, including by computer;

⁷⁶ 18 U.S. Code § 2252A(a)(5) either—

(A) in the special maritime and territorial jurisdiction of the United States, or on any land or building owned by, leased to, or otherwise used by or under the control of the United States Government, or in the Indian country (as defined in section 1151), knowingly possesses, or knowingly accesses with intent to view, any book, magazine, periodical, film, videotape, computer disk, or any other material that contains an image of child pornography; or

(B) knowingly possesses, or knowingly accesses with intent to view, any book, magazine, periodical, film, videotape, computer disk, or any other material that contains an image of child pornography that has been mailed, or shipped or transported using any means or facility of interstate or foreign commerce or in or affecting interstate or foreign commerce by any means, including by computer, or that was produced using materials that have been mailed, or shipped or transported in or affecting interstate or foreign commerce by any means, including by compute

ทางเพศอย่างชัดแจ้งให้แก่เด็ก โดยเจตนา เพื่อวัตถุประสงค์ในการจูงใจหรือชักจูงให้เด็กเข้าร่วมกิจกรรมใด ๆ ที่ผิดกฎหมาย⁷⁷ และประกอบเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนด

7) การผลิตโดยมีเจตนาที่จะแจกจ่าย หรือแจกจ่ายโดยวิธีการใด ๆ รวมทั้งโดยการใช้คอมพิวเตอร์ หรือการขนส่งอย่างอื่นที่เกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างรัฐหรือต่างประเทศโดยวิธีการใด ๆ ซึ่งภาพลามกอนาจารเด็กที่ถูกปรับเปลี่ยนหรือแก้ไขเพื่อให้ปรากฏเป็นภาพเด็กที่สามารถระบุตัวตนได้ (identifiable minor)⁷⁸ โดยเจตนา ซึ่งเด็กที่สามารถระบุตัวตนได้ (identifiable minor) นั้น หมายถึง บุคคลซึ่งสามารถระบุได้ว่าเป็นบุคคลจริง ได้โดยใบหน้า ความ

⁷⁷ 18 U.S. Code § 2252A(a)(6) knowingly distributes, offers, sends, or provides to a minor any visual depiction, including any photograph, film, video, picture, or computer generated image or picture, whether made or produced by electronic, mechanical, or other means, where such visual depiction is, or appears to be, of a minor engaging in sexually explicit conduct—

(A) that has been mailed, shipped, or transported using any means or facility of interstate or foreign commerce or in or affecting interstate or foreign commerce by any means, including by computer;

(B) that was produced using materials that have been mailed, shipped, or transported in or affecting interstate or foreign commerce by any means, including by computer; or

(C) which distribution, offer, sending, or provision is accomplished using the mails or any means or facility of interstate or foreign commerce,

for purposes of inducing or persuading a minor to participate in any activity that is illegal

⁷⁸ 18 U.S. Code § 2252A(a)(7) knowingly produces with intent to distribute, or distributes, by any means, including a computer, in or affecting interstate or foreign commerce, child pornography that is an adapted or modified depiction of an identifiable minor.

คล้ายคลึง หรือลักษณะเฉพาะอื่น ๆ ของบุคคลนั้น เช่น ท่าหนึบนร่างกายที่มีลักษณะเฉพาะ หรือเอกลักษณ์อื่น ๆ และไม่จำเป็นต้องเป็นต้องมีหลักฐานยืนยันตัวตนจริงของเด็กที่ระบุตัวได้นั้น⁷⁹

(3) วัตถุประสงค์การกระทำ

วัตถุประสงค์การกระทำของมาตรา 1466A คือสื่อแสดงภาพของการล่วงละเมิดทางเพศเด็กที่มีลักษณะลามก ซึ่งก็คือสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน โดยมีคานิยามว่า สื่อแสดงภาพ (visual depiction) ประเภทใด ๆ และให้ครอบคลุมถึงภาพวาด ภาพการ์ตูน รูปปั้นหรือภาพวาดด้วยสี (painting) ด้วย โดยสื่อดังกล่าวต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้⁸⁰

1) แสดงภาพของเด็กเข้าร่วมในการกระทำทางเพศอย่างชัดแจ้ง (sexually explicit conduct) และมีลักษณะลามก (Obscenity) หรือ

2) แสดงภาพที่แสดงให้เห็นว่าเป็นภาพของเด็ก ซึ่งมีลักษณะเป็นกราฟิก ซึ่งหมายถึง สิ่งที่สามารถเห็นทุกส่วนของอวัยวะเพศของบุคคลหรือสัตว์ที่ถูกแสดงในภาพนั้นไม่ว่าในเวลาใด ๆ ที่กำลังแสดงภาพนั้น ที่แสดงการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างคนกับสัตว์ การแสดงความวิปริตทางเพศหรือแสดงการมีเพศสัมพันธ์ไม่ว่าจะเป็น ระหว่างอวัยวะเพศกับอวัยวะเพศ

⁷⁹ 18 USC § 2256(9) “identifiable minor”— (A) means a person— (ii) who is recognizable as an actual person by the person’s face, likeness, or other distinguishing characteristic, such as a unique birthmark or other recognizable feature; and (B) shall not be construed to require proof of the actual identity of the identifiable minor.

⁸⁰ 18 U.S. Code § 1466A(a) In General.—Any person who, in a circumstance described in subsection (d), knowingly produces, distributes, receives, or possesses with intent to distribute, a visual depiction of any kind, including a drawing, cartoon, sculpture, or painting, that—

(1)(A) depicts a minor engaging in sexually explicit conduct; and
(B) is obscene; or

(2)(A) depicts an image that is, or appears to be, of a minor engaging in graphic bestiality, sadistic or masochistic abuse, or sexual intercourse, including genital-genital, oral-genital, anal-genital, or oral-anal, whether between persons of the same or opposite sex; and

(B) lacks serious literary, artistic, political, or scientific value;

ปากกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก กับอวัยวะเพศ ปากกับทวารหนัก ทั้งระหว่างเพศเดียวกันและเพศตรงข้าม และสิ่งนั้นขาดคุณค่าทางวรรณกรรม ศิลปกรรม การเมือง และวิทยาศาสตร์⁸¹

ส่วนวัตถุแห่งการกระทำของมาตรา 2252A คือ สื่อลามกอนาจารเด็ก ซึ่งมีคำนิยามว่า สื่อแสดงภาพ (visual depiction) รวมถึง รูป फिल्म วิดีโอ รูปภาพ คอมพิวเตอร์ ภาพที่มีการปรับแต่งโดยคอมพิวเตอร์ ไม่ว่าจะโดยใช้วิธีการทางไฟฟ้า วิศวกรรม หรือโดยวิธีการอื่นใด ซึ่งเกี่ยวกับการกระทำทางเพศอย่างชัดแจ้ง (sexually explicit conduct) โดยสื่อชิ้นนั้นเป็น (A) ภาพดิจิทัล ภาพคอมพิวเตอร์ หรือภาพที่มีการปรับแต่งโดยใช้คอมพิวเตอร์ ซึ่งแสดงถึงการที่เด็กเข้าร่วมในการกระทำทางเพศอย่างชัดแจ้ง (sexually explicit conduct) หรือ (B) เป็นภาพที่ไม่อาจแยกออกจาก (indistinguishable from) ภาพที่มีเด็กเข้าร่วมในกิจกรรมทางเพศอย่างชัดแจ้งได้ หรือ (C) ภาพนั้นถูกสร้าง ดัดแปลงหรือปรับเปลี่ยน เพื่อให้ปรากฏเป็นภาพเด็กที่สามารถระบุตัวตนได้ (to appear that an identifiable minor) เข้าร่วมในกิจกรรมทางเพศอย่างชัดแจ้ง⁸²

(4) โทษ

แม้ว่าสหรัฐอเมริกาจะมีการแบ่งแยกความผิดต่อสื่อลามกอนาจารเด็ก และสื่อลามกอนาจารเด็กเหมือนออกจากกัน แต่ก็มีข้อสังเกตว่า โทษการกระทำความผิดนั้นเท่ากัน ดังนี้

⁸¹ 18 USC § 1466A(f)(3) the term “graphic”, when used with respect to a depiction of sexually explicit conduct, means that a viewer can observe any part of the genitals or pubic area of any depicted person or animal during any part of the time that the sexually explicit conduct is being depicted.

⁸² 18 USC § 2256(8) “child pornography” means any visual depiction, including any photograph, film, video, picture, or computer or computer-generated image or picture, whether made or produced by electronic, mechanical, or other means, of sexually explicit conduct, where— (A)the production of such visual depiction involves the use of a minor engaging in sexually explicit conduct; (B)such visual depiction is a digital image, computer image, or computer-generated image that is, or is indistinguishable from, that of a minor engaging in sexually explicit conduct; or (C)such visual depiction has been created, adapted, or modified to appear that an identifiable minor is engaging in sexually explicit conduct.

1) การกระทำที่มีเจตนาเพื่อเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กหรือสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน ได้แก่ การผลิต เผยแพร่ ใต้รับ หรือครอบครองสื่อแสดงภาพของการล่วงละเมิดทางเพศเด็กที่มีลักษณะลามกไว้เพื่อแจกจ่าย ตามมาตรา 1466A (a) การขนส่งสื่อลามกอนาจารเด็กโดยใช้วิธีใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างประเทศ ตามมาตรา 2252A (a)(1) การรับหรือแจกจ่ายสื่อลามกอนาจารเด็กหรือสื่อใด ๆ ที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ที่ถูกขนส่งโดยใช้วิธีใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างประเทศ ตามมาตรา 2252A (a)(2) การทำซ้ำสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อแจกจ่าย หรือโฆษณาประชาสัมพันธ์ นำเสนอ แจกจ่าย หรือเชิญชวน ผ่านทางการขนส่งโดยใช้วิธีใด ๆ เกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างประเทศ ตามมาตรา 2252A (a)(3) การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กไว้เพื่อจำหน่าย ตามมาตรา 2252A (a)(4) และการแจกจ่าย ให้ ส่งต่อ หรือจัดหา ซึ่งสื่อแสดงภาพใด ๆ โดยที่ภาพนั้นเป็นหรือดูเหมือนเป็นเด็กที่มีส่วนร่วมการกระทำทางเพศอย่างชัดแจ้งให้แก่เด็กโดยเจตนา เพื่อวัตถุประสงค์ในการจูงใจหรือชักจูงให้เด็กเข้าร่วมกิจกรรมใด ๆ ที่ผิดกฎหมาย ตามมาตรา 2252A (a)(6) นั้น ผู้ที่กระทำความผิดตามมาตราดังกล่าว หรือ พยายามในการกระทำความผิด หรือสนับสนุนการกระทำความผิด ต้องรับโทษ คือ ถูกปรับตามอัตราที่กำหนด และระวางโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 5 ปีแต่ไม่เกิน 20 ปี ถ้าบุคคลนั้นเคยกระทำความผิดใด ๆ ที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศในเหตุฉกรรจ์ หรือการกระทำความผิดทางเพศ หรือการล่วงละเมิดทางเพศเด็กหรือผู้ อยู่ในความปกครอง หรือผลิต ครอบครอง รับ ส่งไปรษณีย์ ขาย แจกจ่าย ขนส่งทางเรือ หรือขนส่งรูปลามกอนาจารเด็ก หรือคำเด็กเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ บุคคลนั้นต้องถูกปรับตามอัตราที่กำหนด และต้องถูกระวางโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 15 ปี แต่ไม่เกิน 40 ปี⁸³

⁸³ 18 U.S. Code § 2252A (b)(1) Whoever violates, or attempts or conspires to violate, paragraph (1), (2), (3), (4), or (6) of subsection (a) shall be fined under this title and imprisoned not less than 5 years and not more than 20 years, but, if such person has a prior conviction under this chapter, section 1591, chapter 71, chapter 109A, or chapter 117, or under section 920 of title 10 (article 120 of the Uniform Code of Military Justice), or under the laws of any State relating to aggravated sexual abuse, sexual abuse, or abusive sexual conduct involving a minor or ward, or the production, possession, receipt, mailing, sale, distribution, shipment, or transportation of child pornography, or sex trafficking of children, such person shall be fined under this title and imprisoned for not less than 15 years nor more than 40 years.

2) การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กหรือสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไว้โดยส่วนตัว โดยไม่มีเจตนาเผยแพร่ ได้แก่ การครอบครองสื่อแสดงภาพของการล่วงละเมิดทางเพศเด็กที่มีลักษณะลามกไว้โดยส่วนตัว ตามมาตรา 1466A (b) และการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กโดยส่วนตัวโดยรู้ ตามมาตรา 2252A (a)(5) นั้น ผู้ที่กระทำความผิดตามมาตราดังกล่าว หรือ พยายามในการกระทำความผิด หรือสนับสนุนการกระทำความผิด ต้องรับโทษ คือ ถูกปรับตามอัตราที่กำหนด และต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ แต่ถ้าภาพที่มีไว้เป็นความผิดเกี่ยวข้องกับเด็กก่อนวัยหรือเด็กอายุไม่เกิน 12 ปี ผู้กระทำความผิดจะต้องถูกปรับตามอัตราที่กำหนด และต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 20 ปี หรือถ้าบุคคลนั้นเคยกระทำความผิดใด ๆ ที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศในเหตุการณ์ หรือการกระทำความผิดทางเพศ หรือการล่วงละเมิดทางเพศเด็กหรือผู้อยู่ในความปกครอง หรือผลิต ครอบครอง รับ ส่งไปรษณีย์ ขาย แจกจ่าย ขนส่งทางเรือ หรือขนส่งรูปลามกอนาจารเด็ก หรือค้าเด็กเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ บุคคลนั้นต้องถูกปรับตามอัตราที่กำหนดไว้ในหมวดนี้ และต้องถูกระวางโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 10 ปี แต่ไม่เกิน 20 ปี⁸⁴

3) การผลิตโดยมีเจตนาที่จะแจกจ่าย หรือแจกจ่ายภาพลามกอนาจารเด็กที่ถูกปรับเปลี่ยนหรือแก้ไขเพื่อให้ปรากฏเป็นภาพเด็กที่สามารถระบุตัวตนได้ โดยวิธีการใด ๆ เกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างประเทศ ตามมาตรา 2252A (a)(7) นั้น ผู้ที่กระทำความผิดตามมาตรา

⁸⁴ 18 U.S. Code § 2252A (b)(2) Whoever violates, or attempts or conspires to violate, subsection (a)(5) shall be fined under this title or imprisoned not more than 10 years, or both, but, if any image of child pornography involved in the offense involved a prepubescent minor or a minor who had not attained 12 years of age, such person shall be fined under this title and imprisoned for not more than 20 years, or if such person has a prior conviction under this chapter, chapter 71, chapter 109A, or chapter 117, or under section 920 of title 10 (article 120 of the Uniform Code of Military Justice), or under the laws of any State relating to aggravated sexual abuse, sexual abuse, or abusive sexual conduct involving a minor or ward, or the production, possession, receipt, mailing, sale, distribution, shipment, or transportation of child pornography, such person shall be fined under this title and imprisoned for not less than 10 years nor more than 20 years.

หรือพยายามในการกระทำความผิด หรือสนับสนุนการกระทำความผิด ต้องรับโทษ คือ ปรับตามอัตราที่กำหนดไว้ในหมวดนี้ และต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 15 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ⁸⁵

(5) ข้อต่อสู้ของจำเลย

ในการดำเนินคดีนั้น จำเลยสามารถยกข้อต่อสู้ในกรณีต่อไปนี้ เพื่อให้ศาลพิจารณาว่าตนเองไม่ได้กระทำความผิดตามที่ถูกกล่าวหา ดังนี้

1) กรณีที่ถูกกล่าวหาว่าครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไว้โดยส่วนตัว ตามมาตรา 1466A (b) หรือครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กไว้โดยส่วนตัว ตามมาตรา 2252A (a)(5) อาจยกข้อต่อสู้ว่าได้ครอบครองสื่อดังกล่าวไว้น้อยกว่า 3 รูป และด้วยความสุจริตไม่ได้เก็บรักษาสื่อดังกล่าวไว้ หรือยอมให้บุคคลใดนอกจากเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายเข้าถึงรูปหรือสำเนาเพื่อทำลายรูปนั้น หรือรายงานเกี่ยวกับสิ่งนั้นให้กับเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายและให้เจ้าหน้าที่เข้าถึงรูปนั้นได้โดยทันทีซึ่งมาต่อสู้ในคำให้การได้⁸⁶

2) กรณีที่ถูกกล่าวหาตามมาตรา 2252A (1), (2), (3)(A), (4), หรือ (5) สามารถยกข้อต่อสู้ได้ว่า สื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกกล่าวหาสร้างโดยใช้บุคคลที่มีตัวตนจริงที่มีส่วนร่วม

⁸⁵ 18 U.S. Code § 2252A (b)(3) Whoever violates, or attempts or conspires to violate, subsection (a)(7) shall be fined under this title or imprisoned not more than 15 years, or both.

⁸⁶ 18 U.S. Code § 1466A (e) and 18 U.S. Code § 2252A (d) Affirmative Defense.— It shall be an affirmative defense to a charge of violating subsection (a)(5) that the defendant—

- (1) possessed less than three images of child pornography; and
- (2) promptly and in good faith, and without retaining or allowing any person, other than a law enforcement agency, to access any image or copy thereof—
 - (A) took reasonable steps to destroy each such image; or
 - (B) reported the matter to a law enforcement agency and afforded that agency access to each such image.

ในการกระทำทางเพศอย่างชัดแจ้งและบุคคลนั้นเป็นผู้ใหญ่ หรือเนื้อหาในภาพที่ถูกกล่าวหาไม่ได้สร้าง โดยใช้เด็กหรือใช้เด็กที่มีตัวตนจริง ขึ้นมาต่อสู้อันคำให้การได้⁸⁷

3.1.2 สหราชอาณาจักร

ตั้งแต่ปี 1970 ที่สหราชอาณาจักรรับรู้ถึงปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กว่าเป็น บันทึกของการล่วงละเมิดทางเพศเด็ก และกลายเป็นประเด็นที่ถกเถียงกันในสังคมว่าควรมีกฎหมายที่ คุ้มครองเด็กจากการกระทำดังกล่าว⁸⁸ ส่งผลให้สหราชอาณาจักร ในส่วนของประเทศอังกฤษและเวลส์ ออกกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก คือพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก ค.ศ. 1978 (the Protection of Children Act 1978 หรือ the POCA 1978) ซึ่งกำหนดให้การสร้าง แสดง หรือ แจกจ่ายสื่อลามกอนาจารเด็ก และการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อแสดงหรือเผยแพร่ เป็นความผิดอาญาร้ายแรงที่มีโทษจำคุกสูงสุด 10 ปี ในกรณีการครอบครองตามกฎหมายนี้ ศาลในคดี *R v ET (Child Pornography)* ได้ตัดสินว่าการครอบครองสื่อดังกล่าวต้องเป็นครอบครองที่มี เจตนามากกว่าเพื่อการรับชมส่วนตัวเท่านั้น⁸⁹ และพระราชบัญญัติความยุติธรรมทางอาญา ค.ศ. 1988 (the Criminal Justice Act 1988 หรือ the 1988 Act) ได้เพิ่มความผิดฐานครอบครอง

⁸⁷ 18 U.S. Code § 2252A c) It shall be an affirmative defense to a charge of violating paragraph (1), (2), (3)(A), (4), or (5) of subsection (a) that—

(1)

(A) the alleged child pornography was produced using an actual person or persons engaging in sexually explicit conduct; and

(B) each such person was an adult at the time the material was produced; or

(2) the alleged child pornography was not produced using any actual minor or minors.

⁸⁸ David Oswell, “When Images Matter: Internet Child Pornography, Forms of Observation and an Ethics of the Virtual,” *Forms of Observation and an Ethics of the Virtual. Information Communication & Society*, vol.9, Issue 2, pp.247 (2006).

⁸⁹ Jacqueline Helen Kingston Byberg, “Childless Child Porn - A ‘Victimless’ Crime?,” Retrieved on May 30, 2017, from <http://ssrn.com/abstract=2114564>

สื่อลามกอนาจารเด็ก โดยมีโทษจำคุกสูงสุด 5 ปี⁹⁰ ต่อมาพระราชบัญญัติความยุติธรรมทางอาญาและความสงบเรียบร้อยของรัฐ ค.ศ. 1994 (The Criminal Justice and Public Order Act 1994) ได้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายทั้งสองฉบับข้างต้นโดยได้ให้คำนิยามของ สิ่งเสมือนภาพถ่ายของเด็ก (pseudo-photographs) ที่มีเนื้อหาไม่ชอบด้วยกฎหมายว่าหมายถึง ภาพใด ๆ ไม่ว่าจะ เป็นภาพที่สร้างโดยคอมพิวเตอร์หรือด้วยวิธีการอื่น ๆ ซึ่งทำให้ดูเหมือนเป็นภาพถ่าย ดังนั้น ภายใต้กฎหมายดังกล่าว หากภาพลามกอนาจารของเด็กที่สร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิก (CGI) หรือเป็นภาพวาดหรือภาพการ์ตูนที่ดูสมจริงมากพอที่คนทั่วไปเข้าใจว่าเป็นภาพจริง แม้จะไม่ได้วาดหรือสร้างภาพดังกล่าวโดยใช้เด็กที่แท้จริงหรือเป็นเหตุการณ์จริง การครอบครองภาพดังกล่าวก็เป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายตามมาตรา 160 แห่ง พระราชบัญญัติความยุติธรรมทางอาญา ค.ศ. 1988 (the Criminal Justice Act 1988)⁹¹ และพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 (The Sexual Offences Act 2003) ได้กำหนดว่า เด็กคือบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 16 ถึงต่ำกว่า 18 ปี⁹²

นอกจากนี้ การตีพิมพ์ การเผยแพร่ และการจัดหา ภาพการ์ตูน ภาพวาด หรือภาพที่สร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์ บางประเภท อาจเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติสิ่งพิมพ์ลามกอนาจาร ค.ศ. 1959 (the Obscene Publications Acts 1959 หรือ the OPA) ของอังกฤษและเวลส์ ส่วนการครอบครองนั้น ต้องเป็นการครอบครองเพื่อแสวงหาผลประโยชน์จึงจะเป็นความผิดและการครอบครองโดยส่วนตัวไม่เป็นความผิดแต่อย่างใด⁹³

ในสก๊อตแลนด์มีฐานความผิดที่คล้ายกันอยู่ในมาตรา 52 และมาตรา 52A แห่งพระราชบัญญัติการปกครองประชาชน (สก๊อตแลนด์) ค.ศ. 1982 (the Civic Government

⁹⁰ Alisdair A. Gillespie, “Child pornography: Balancing substantive and evidential law to safeguard children effectively from abuse,” The International Journal of Evidence & Proof, Vol. 9, Issue 1, pp.30 (2005).

⁹¹ The Home Office, the Scottish Executive, and the Northern Ireland Office, “Consultation on Possession of Non-photographic Visual Depictions of Child Sexual Abuse,” Retrieved on March 3, 2017, from <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.homeoffice.gov.uk/documents/cons-2007-depiction-sex-abuse?view=Binary>

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*

(Scotland) Act 1982) และพระราชบัญญัติความยุติธรรมทางอาญาและและคำสั่งของรัฐบาล ค.ศ. 1994 (The Criminal Justice and Public Order Act 1994) มีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าวโดยได้ให้คำนิยามของ สิ่งเสมือนภาพถ่ายของเด็ก (pseudo-photographs) ที่มีเนื้อหาไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกับอังกฤษและเวลส์ ส่วนพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ (สก๊อตแลนด์) ค.ศ. 2005 (The Sexual Offences Act (Scotland) 2005) ได้กำหนดว่า เด็กคือบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 16 ถึงต่ำกว่า 18 ปี⁹⁴

นอกจากนี้ การตีพิมพ์ การเผยแพร่ และการจัดหา ภาพการ์ตูน ภาพวาด หรือภาพที่สร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์ บางประเภท อาจเป็นความผิดตามมาตรา 51 พระราชบัญญัติการปกครองประชาชน (สก๊อตแลนด์) ค.ศ. 1982 ส่วนการครอบครองหรือจัดเก็บจะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อมีวัตถุประสงค์เพื่อการจำหน่าย

กฎหมายของอังกฤษและเวลส์มีอิทธิพลไปถึงไอร์แลนด์เหนือ โดยพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก (ไอร์แลนด์เหนือ) ค.ศ. 1978 (the Protection of Children (Northern Ireland) Order 1978) และพระราชบัญญัติความยุติธรรมทางอาญา (พยานหลักฐานและอื่น ๆ) (ไอร์แลนด์เหนือ) ค.ศ. 1988 (the Criminal Justice (Evidence, Etc.) (Northern Ireland) Order 1988) มีเนื้อหาที่คล้ายคลึงกับ the POCA 1978 และ the Criminal Justice Act 1988 ของอังกฤษและเวลส์⁹⁵

ในปี 2008 Robul Hoque ชายวัย 32 ปี จากเมืองมิดเดิลสโบรห์ ประเทศอังกฤษ สร้างปรากฏการณ์เป็นบุคคลแรกที่ถูกดำเนินคดีเกี่ยวกับการดาวน์โหลดภาพลามกอนาจารเด็กที่สร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์ จำนวนกว่าพันภาพ ซึ่งหลายภาพในจำนวนนั้น เหมือนจริงมากจนได้รับการพิจารณาจากคณะลูกขุนว่าเป็นภาพที่ไม่อาจแยกออกจากภาพถ่ายได้ เขาถูกตัดสินว่ามีความผิดฐานครอบครองสิ่งเสมือนภาพถ่าย (pseudo-photographs) ที่ไม่เหมาะสม (indecent) ต้องลงโทษเป็นผูกระทำความผิดทางเพศ และถูกลงโทษโดยใช้มาตรการลงโทษโดยชุมชน (community punishment) เป็นเวลา 18 เดือน โฆษกของ the Crown Prosecution Service (CPS) ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับคดีนี้ว่า “ผลของคดีนี้ได้ชี้ให้เห็นว่าภาพที่มีรายละเอียดของการล่วงละเมิดทางเพศเด็กถือเป็นสิ่งเสมือนภาพถ่ายที่ไม่เหมาะสมของเด็กซึ่งผิดกฎหมาย”⁹⁶

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ BBC, “Man had cartoon-style child porn” Retrieved on May 30, 2017, from http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/england/tees/7676738.stm

3.1.2.1 ข้อเสนอแนะในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน

สหราชอาณาจักรตระหนักถึงปัญหาเกี่ยวกับการครอบครองสื่อลามกที่เป็นภาพการ์ตูน ภาพวาด หรือภาพที่สร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์ ซึ่งก็คือสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนที่อยู่นอกเหนือคำนิยามและขอบเขตของกฎหมาย ทำให้ไม่สามารถจับกุมหรือดำเนินคดีกับผู้ครอบครองภาพดังกล่าวได้ หากพบภาพการ์ตูน ภาพวาด หรือภาพที่สร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์ที่เป็นภาพของเด็กในทางที่ไม่เหมาะสมพร้อมกับภาพลามกอนาจารเด็กจริง ๆ การครอบครองภาพดังกล่าวก็จะเป็นความผิดดำเนินคดีได้ แต่ในกรณีที่ผู้ต้องสงสัยถูกค้นพบเพียงภาพการ์ตูน ภาพวาด หรือภาพที่สร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์ โดยไม่พบภาพลามกอื่น ๆ ตำรวจก็ไม่สามารถดำเนินคดีได้ ตำรวจต้องค้นภาพเหล่านั้นให้ผู้ต้องสงสัยโดยไม่สามารถยึดหรือริบไว้ได้ นอกจากนี้ องค์การสวัสดิการเด็ก และตำรวจยังมีความกังวลของถึงปัญหาที่จะเกิดขึ้นต่อไปเมื่อเทคโนโลยีพัฒนาไปมากขึ้น เพราะมีข้อบ่งชี้ว่าเว็บไซต์ที่มีภาพอนิเมชันของเด็กที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศเพิ่มจำนวนมากขึ้น แต่เว็บไซต์เหล่านั้นมีที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศซึ่งอยู่นอกเหนือเขตอำนาจศาลของสหราชอาณาจักร⁹⁷

นอกจากนี้ ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีในปัจจุบัน ซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์สามารถปรับเปลี่ยนภาพถ่ายจริงให้ดูเหมือนเป็นภาพวาด ภาพเขียน หรือภาพการ์ตูน จึงมีความเป็นไปได้ว่าจะสามารถปรับเปลี่ยนรูปถ่ายจริง (หรือวิดีโอ) ของการล่วงละเมิดเด็กที่เกิดขึ้นจริง ให้เป็นในรูปแบบการ์ตูนหรือรูปวาดไม่ว่าจะเป็นภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหว เพื่อหลีกเลี่ยงการดำเนินคดีตามกฎหมาย ตัวอย่างเช่น ภาพที่ดูเหมือนจะเกิดจากจินตนาการในรูปแบบภาพการ์ตูนหรือภาพวาด แต่ในความเป็นจริงคือภาพที่บันทึกการล่วงละเมิดทางเพศเด็กจริงซึ่งเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย การครอบครองภาพต้นฉบับของการล่วงละเมิดทางเพศเด็กนั้นก็เป็สิ่งผิดกฎหมาย แต่หากปรับเปลี่ยนภาพเหล่านั้นเป็นภาพการ์ตูนหรือภาพวาดในลักษณะแฟนตาซี ก็จะไม่ผิดกฎหมายและตำรวจไม่สามารถยึดภาพดังกล่าวได้⁹⁸

ในทางกลับกัน การสร้างภาพการ์ตูนหรือภาพวาดที่มีลักษณะลามกอนาจารของเด็กโดยใช้ซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์ซึ่งไม่ได้มีการกระทำที่เป็นอันตรายต่อเด็กจริง การกำหนดความผิดของการครอบครองสื่อดังกล่าวที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับจินตนาการของบุคคลถือเป็นประเด็นที่จริงจัง ซึ่งเกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพ ก่อให้เกิดความกังวลทั้งในสหราชอาณาจักรและในระดับสากล ในขณะที่องค์กรต่าง ๆ กังวลว่าภาพเหล่านั้นจะเสริมสร้างความรู้สึกที่ไม่เหมาะสมต่อเด็ก

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Ibid.

และภาพเหล่านั้นอาจจะถูกใช้ในการล่อลวงเด็ก แต่การใช้ภาพเหล่านั้นเพื่อล่อลวงเด็กอาจเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 (The Sexual Offences Act 2003) อยู่แล้ว และการทำให้การครอบครองเพื่อการกระทำผิดกฎหมายเป็นความผิด จะทำให้ไม่สามารถใช้ภาพเหล่านั้นเป็นเครื่องมือในการล่อลวงเด็กได้⁹⁹

อย่างไรก็ตาม แม้จะยังไม่มีการวิจัยที่ยืนยันว่าการครอบครองสื่อที่เป็นภาพวาด ภาพการ์ตูน หรือภาพที่สร้างขึ้นจากคอมพิวเตอร์ ที่มีลักษณะไม่เหมาะสมของเด็กนั้น มีความเชื่อมโยงกับความเสี่ยงที่เพิ่มขึ้นของการกระทำผิดต่อเด็ก แต่ตำรวจและองค์กรที่เกี่ยวข้องในการคุ้มครองเด็กมีความกังวลว่าภาพเหล่านั้นจะเป็นเหตุให้การล่วงละเมิดทางเพศเด็กจริง โดยการเสริมสร้างความรู้สึกที่ไม่เหมาะสมต่อเด็ก และดูเหมือนว่าความสนใจในเว็บไซต์ที่มีภาพอนิเมชันการล่วงละเมิดทางเพศเด็กจะเป็นที่นิยมมากขึ้นเรื่อย ๆ และภาพเหล่านี้โดยเฉพาะในรูปแบบภาพการ์ตูนสามารถนำไปใช้ในการล่อลวงเด็กได้อย่างง่ายดาย การที่ไม่ทำอะไรเลยจะทำให้ภาพเหล่านี้แพร่กระจายอยู่ในสังคมและยังถูกนำมาใช้ในการล่อลวงเด็กและสร้างความรู้สึกที่ไม่เหมาะสมต่อสมาชิกที่อ่อนแอที่สุดของสังคมอยู่เสมอ¹⁰⁰

ในปี 2007 กระทรวงมหาดไทยของสหราชอาณาจักร (the UK Home Office) กระทรวงยุติธรรมของสกอตแลนด์ (the Scottish Executive Minister for Justice) และกระทรวงมหาดไทยของไอร์แลนด์เหนือ (the Northern Ireland Office) ได้ร่วมกันพิจารณาหาแนวทางเกี่ยวกับการกำหนดความผิดของการครอบครองสื่อที่เป็นภาพวาด ภาพการ์ตูน หรือภาพที่สร้างขึ้นจากคอมพิวเตอร์ ที่มีลักษณะไม่เหมาะสมของเด็ก โดยหารือแนวทางไปยัง บุคคล และองค์กรต่าง ๆ ทั้งภาครัฐและเอกชน โดยมีตัวเลือกจำนวน 3 แนวทาง ได้แก่ แนวทางที่ 1 คือ การแก้ไขค่านิยามของภาพและสิ่งเสมือนภาพถ่ายที่ไม่เหมาะสมของเด็กในกฎหมาย ให้รวมถึง ภาพการ์ตูน ภาพวาด ภาพคอมพิวเตอร์กราฟิก (CGIs) แนวทางที่ 2 คือ การสร้างความผิดฐานครอบครองภาพดังกล่าวขึ้นเป็นความผิดที่แยกจากความผิดเดิม และแนวทางที่ 3 คือ ไม่ต้องดำเนินการใด ๆ โดยมีรายละเอียด ดังนี้¹⁰¹

แนวทางที่ 1 การแก้ไขค่านิยามของภาพและสิ่งเสมือนภาพถ่ายที่ไม่เหมาะสมของเด็กในกฎหมาย ให้รวมถึง ภาพการ์ตูน, ภาพวาด, ภาพคอมพิวเตอร์กราฟิก (CGIs) ซึ่งมีข้อดีคือจะเป็นการหลีกเลี่ยงความหลากหลายของฐานความผิด แต่การทำให้การครอบครองสื่อ

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *Ibid.*

ดังกล่าวเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย จะเป็นแนวคิดที่ต่างออกไปจากแนวคิดของกฎหมายในปัจจุบัน ที่มีแนวคิดที่ว่าสื่อดังกล่าวเป็นหลักฐานของการล่วงละเมิดทางเพศเด็กที่แท้จริง การครอบครองสื่อที่ผิดกฎหมาย การแก้ไขนิยามให้สื่อลามกอนาจารเด็กรวมถึงสื่อที่ไม่ได้มีการล่วงละเมิดทางเพศเด็กจริง ๆ ด้วย จะเป็นการเปลี่ยนแปลงความคิดสำคัญในการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก ที่ถูกออกแบบมาเพื่อปกป้องเด็กจากการล่วงละเมิดทางเพศจริง ๆ นอกจากนี้ ในกระบวนการตัดสินของศาล มาตรฐานที่ศาลจะตัดสินว่า ภาพการ์ตูน ภาพวาด หรือภาพที่สร้างจากคอมพิวเตอร์ เป็นภาพที่ไม่เหมาะสม (indecent) ของเด็ก นั้นมีแนวโน้มที่ต่ำ อาจทำให้ประสิทธิภาพในการดำเนินคดีลดลง¹⁰²

แนวทางที่ 2 การสร้างความผิดฐานครอบครองภาพดังกล่าวขึ้นเป็นความผิดที่แยกจากความผิดเดิม ซึ่งจะมีเกณฑ์ที่สูงกว่าความไม่เหมาะสม แนวทางนี้เป็นแนวทางที่ทั้ง 3 องค์กร เห็นว่าเป็นแนวทางที่เหมาะสม เนื่องจากการสร้างฐานความผิดใหม่นี้จะตอบสนองความกังวลของตำรวจและองค์กรการกุศลเด็ก โดยในพระราชบัญญัติตำรวจและความยุติธรรม 2006 (the Police & Justice Act 2006) ซึ่งมีประเด็นเกี่ยวกับการยึดภาพและสิ่งเสมือนภาพถ่ายที่ไม่เหมาะสมของเด็ก ในอังกฤษและเวลส์และไอร์แลนด์เหนือตำรวจสามารถยึดภาพดังกล่าวทั้งหมด ดังนั้น เมื่อการครอบครองภาพการ์ตูน ภาพวาด หรือภาพที่สร้างจากคอมพิวเตอร์ ซึ่งเป็นภาพที่ไม่เหมาะสมของเด็กนั้นเป็นความผิดอาญา จะทำให้ตำรวจสามารถยึดภาพเหล่านั้นได้ด้วยและเป็นการตัดการแพร่กระจายของภาพดังกล่าวในสังคมได้¹⁰³

แนวทางที่ 3 ไม่ต้องดำเนินการใด ๆ แต่หากทำตามแนวทางนี้จะไม่มีการแก้ไขปัญหา ตำรวจจะไม่สามารถยึดภาพดังกล่าวได้และต้องส่งคืนให้เจ้าของภาพ จะเป็นความล้มเหลวในการบังคับใช้กฎหมายที่จะนำไปสู่การเพิ่มขึ้นของตลาดของสื่อประเภทนี้ในอนาคต¹⁰⁴

แนวทางที่หารือกันนี้มีการอภิปรายและแสดงความคิดเห็น ซึ่งได้รับผลการตอบรับอย่างดี กล่าวคือ ในบรรดาผู้แสดงความคิดเห็นจากอังกฤษ เวลส์ และไอร์แลนด์เหนือทั้งหมด 87 ราย แบ่งเป็นบุคคล 37 ราย และอีก 50 ราย มาจากหน่วยงานหรือองค์กร มีผู้แสดงความคิดเห็น จำนวน 31 ราย สนับสนุนให้ดำเนินการกำหนดความผิดเกี่ยวกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเป็นความผิดขั้นใหม่ โดยให้เหตุผลว่า สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนอาจเป็นการส่งเสริมมุมมองและสร้างความรู้สึที่ไม่เหมาะสมต่อเด็ก และอาจมีการนำสื่อดังกล่าวมาใช้ในการ

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Ibid.*

ล่อลวงเด็ก ทำให้เด็กตกเป็นเหยื่อของการล่วงละเมิดทางเพศเด็กในอนาคต และพบว่าผู้กระทำความผิดได้เก็บสะสมหรือครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนรวมกับสื่อลามกอนาจารเด็กซึ่งเป็นภาพการล่วงละเมิดทางเพศเด็กที่มีตัวตนจริง ประกอบกับ สื่อดังกล่าวมีจำนวนเพิ่มมากขึ้นในปัจจุบัน และการพัฒนาของเทคโนโลยีนั้น ทำให้ง่ายต่อการปรับเปลี่ยนภาพของเด็กที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศจริงให้อยู่ในรูปแบบของสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน เพื่อหลีกเลี่ยงการดำเนินคดี องค์กรส่วนใหญ่จึงสนับสนุนข้อเสนอแนะนี้และเห็นว่าควรอนุญาตให้รับสื่อดังกล่าวด้วย¹⁰⁵

3.1.2.2 ข้อโต้แย้งในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน

การดำเนินการของกระทรวงมหาดไทยของสหราชอาณาจักร (the UK Home Office) กระทรวงยุติธรรมของสก๊อตแลนด์ (the Scottish Executive Minister for Justice) และกระทรวงมหาดไทยของไอร์แลนด์เหนือ (the Northern Ireland Office) เพื่อหาแนวทางในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนนั้น ผู้แสดงความคิดเห็นบางรายก็ไม่ได้เห็นด้วยกับแนวทางดังกล่าว โดยมีผู้แสดงความคิดเห็นจำนวน 21 ราย แบ่งเป็นบุคคล จำนวน 18 ราย และหน่วยงานจำนวน 3 ราย ที่ให้ความเห็นว่า ไม่ควรดำเนินการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน ซึ่งผู้คัดค้านยังคงมีความกังวลเกี่ยวกับแนวคิดความเป็นอาชญากรรมของการกระทำดังกล่าว และกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการแสดงออกของศิลปิน โดยมีมุมมองว่าภาพดังกล่าวเป็นประโยชน์ และไม่มีเหยื่อที่ได้รับผลกระทบจากภาพดังกล่าว ซึ่งอาจเป็นทางออกในการแก้ปัญหาสำหรับผู้กระทำความผิด กล่าวคือ ผู้ที่มีรสนิยมชอบดูสื่อลามกอนาจารเด็กหรือชอบมีเพศสัมพันธ์กับเด็กอาจใช้สื่อลามกอนาจารเด็กเป็นช่องทางในการระบายความใคร่ได้ ผู้คัดค้านยังได้โต้แย้งเกี่ยวกับหลักความเหมาะสมของการกำหนดความผิด โดยอธิบายว่า เมื่อเทียบกับสื่ออื่น ๆ แล้วไม่มีหลักฐานยืนยันถึงความอันตรายของสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน นอกจากนี้ ยังมีผู้เสนอว่า การกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน ควรอยู่ภายใต้ขอบเขตของพระราชบัญญัติสิ่งพิมพ์ลามกอนาจาร ค.ศ. 1959 (the Obscene Publications Acts 1959 หรือ the OPA) เพื่อหลีกเลี่ยงความซ้ำซ้อนของกฎหมายหรือความสับสนในการบังคับใช้กฎหมาย¹⁰⁶

¹⁰⁵ The Ministry of Justice and the Northern Ireland Office, “Consultation on the Possession of Non-Photographic Visual Depictions of Child Sexual Abuse - Summary of responses” Retrieved on May 30, 2018, from <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.justice.gov.uk/docs/consultation-on-non-photographic-response.pdf>

¹⁰⁶ *Ibid.*

3.1.2.3 กฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนในปัจจุบัน

ความเห็นจากบุคคลและหน่วยงานหรือองค์กรต่าง ๆ เกี่ยวกับกรณีการกำหนดความผิดเกี่ยวกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน ถูกนำไปพิจารณาในการประชุมคณะทำงานด้านกฎหมายอาญาของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กบนอินเทอร์เน็ต (the Criminal Law Sub Group of the Home Secretary's Task Force on Child Protection on the Internet) ในประเด็นเกี่ยวกับภาพที่สร้างจากคอมพิวเตอร์ ภาพวาดและภาพการ์ตูน ซึ่งเป็นการจำลองภาพของการล่วงละเมิดทางเพศเด็ก หรือตัวละครที่มีลักษณะเหมือนเด็ก โดยเป็นการประชุมร่วมกับผู้มีส่วนได้เสียจำนวนมากเพื่อประเมินข้อเสนออีกครั้ง ประกอบด้วยกลุ่มการกุศลของเด็กเพื่อความปลอดภัยทางอินเทอร์เน็ต (the Children's Charities' Coalition for Internet Safety - CHIS) ศูนย์ป้องกันการละเมิดทางเพศต่อเด็กออนไลน์ (the Child Exploitation and Online Protection Centre - CEOP) คณะกรรมการจัดประเภทภาพยนตร์แห่งอังกฤษ (the British Board of Film Classification - BBFC) และมูลนิธิ Lucy Faithfull¹⁰⁷

การพิจารณาในเรื่องการกำหนดความผิดเกี่ยวกับการครอบครองภาพที่สร้างจากคอมพิวเตอร์ ภาพวาดและภาพการ์ตูน หรือสื่ออื่น ๆ ที่ แสดง ทำให้เห็นถึงการล่วงละเมิดทางเพศเด็ก หรือสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน เป็นประเด็นสำคัญในการประชุมดังกล่าว ซึ่งเป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่า สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนนั้น แตกต่างจากสื่อลามกอนาจารเด็ก เพราะไม่มีการล่วงละเมิดทางเพศเด็กที่แท้จริง ขั้นตอนในสร้างสรรค์สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไม่มีอันตรายต่อเด็กที่มีตัวตนจริง และยังมีประเด็นพิจารณาถึง the Obscene Publications Act 1959 ซึ่งห้ามการตีพิมพ์สื่อในลักษณะดังกล่าวไว้แล้ว แต่อย่างไรก็ตาม ความก้าวหน้าของเทคโนโลยีทำให้การเข้าถึงสื่อเหล่านั้นทำได้โดยง่าย จากสภาพแวดล้อมของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปนี้ ทำให้กฎหมายมีหน้าที่ที่จะต้องตอบสนองและกำหนดความผิดเพื่อปกป้องประชาชน และโดยเฉพาะเด็กที่เป็นสมาชิกที่เปราะบางที่สุดในสังคม ดังนั้น การกำหนดให้การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนผิดกฎหมายจึงเป็นเรื่องที่สมเหตุสมผลแล้ว¹⁰⁸

ในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนนั้น กระทรวงมหาดไทยของสหราชอาณาจักร (the UK Home Office) กระทรวงยุติธรรมของสกอตแลนด์ (the Scottish Executive Minister for Justice) และกระทรวงมหาดไทยของไอร์แลนด์

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid.*

เหนือ (the Northern Ireland Office) ได้เสนอองค์ประกอบของความผิด ประกอบด้วย ประเภทของสื่อ เกณฑ์ด้านเนื้อหาของสื่อ ข้อต่อสู้ของจำเลย และโทษ โดยมีรายละเอียด ดังนี้¹⁰⁹

1) ประเภทของสื่อ ได้แก่ สื่อที่ไม่ใช่ภาพการล่วงละเมิดทางเพศเด็กที่แท้จริงซึ่งอยู่นอกเหนือจากการคุ้มครองตามกฎหมายของสหราชอาณาจักร เช่น ภาพที่สร้างจากคอมพิวเตอร์ (CGI) ภาพวาด ภาพการ์ตูน และยังคงครอบคลุมถึงประติมากรรมและวัตถุอื่น ๆ แต่ต้องประกอบด้วยเกณฑ์ด้านเนื้อหาของสื่อที่จะทำให้มั่นใจว่าผลงานศิลปะและวัตถุอื่น ๆ ที่อยู่ในที่สาธารณะจะไม่ถูกดำเนินคดีตามกฎหมาย¹¹⁰

2) เกณฑ์ด้านเนื้อหาของสื่อ ประการแรก สื่อที่จะผิดกฎหมาย ต้องเป็นสื่อที่มีลักษณะลามกอนาจารเท่านั้น เพื่อไม่ให้ผลงาน ศิลปะ วรรณกรรม หรือวิทยาศาสตร์ หรือสื่อที่มีความสำคัญทางประวัติศาสตร์ต้องถูกลงโทษไปด้วย เช่น ภาพที่ไม่เหมาะสมของเด็กที่จะนำมาใช้การประเมินความเสี่ยงของผู้กระทำผิด หรือภาพที่เกิดจากการรวบรวมพยานหลักฐานทางนิติวิทยาศาสตร์ ประการที่สอง สื่อที่เป็นวัตถุของความผิดจะต้องอยู่ในกรอบของสื่อใด ๆ ที่แสดงให้เห็นถึงเรื่องเพศและการล่วงละเมิดทางเพศเด็ก โดย ทั้ง 3 หน่วยงาน เห็นว่า กฎหมายปัจจุบันกำหนดเกณฑ์ว่าภาพใดเป็นภาพที่ไม่เหมาะสมตามกฎหมายต่ำเกินไป ทำให้ไม่รวมถึงภาพแฟนตาซีหรือภาพในจินตนาการ ดังนั้น เกณฑ์เหมาะสมกับเนื้อหาของสื่อเหล่านี้ควรจะต้องครอบคลุมถึง กิจกรรมทางเพศทั้งที่สอดใส่และไม่สอดใส่ที่เกี่ยวข้องกับเด็กกับเด็ก หรือระหว่างเด็กกับผู้ใหญ่ การกระทำที่ชาติสัมพันธ์ หรือการกระทำที่ป่าเถื่อนหรือรุนแรงต่อเด็ก¹¹¹

3) โทษ การกำหนดโทษนั้น ควรต้องคำนึงถึงความสมดุลระหว่างการทำ ความผิดและโทษ และข้อเท็จจริงที่ว่าสื่อชิ้นนั้นไม่ได้มีการล่วงละเมิดทางเพศที่เกิดขึ้นจริงต่อเด็กจริง ซึ่งในปัจจุบัน การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กมีโทษจำคุกสูงสุด 5 ปี และการผลิต เผยแพร่ จำหน่ายหรือแสดง มีโทษจำคุกสูงสุด 10 ปี ดังนั้น โทษที่เหมาะสมกับการครอบครองสื่อที่ไม่ได้มีการล่วงละเมิดทางเพศเด็กจริง ควรเป็นการจำคุกสูงสุด 3 ปี หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ¹¹²

¹⁰⁹ The Home Office, the Scottish Executive, and the Northern Ireland Office, *supra* note 91.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid.*

4) ข้อต่อสู้ของจำเลย การกำหนดข้อต่อสู้ของจำเลยควรคำนึงถึงการป้องกันสำหรับจำเลยเพื่อแสดงให้เห็นว่าพวกเขาไม่พบผลที่ถูกต้องตามกฎหมายในการครอบครองสื่อดังกล่าว หรือพวกเขาไม่เห็น หรือไม่ทราบ หรือไม่มีเหตุสงสัยว่าเป็นสื่อประเภทดังกล่าว หรือสื่อดังกล่าวถูกส่งต่อไปยังพวกเขาโดยที่พวกเขาไม่ได้ประสงค์ ตัวอย่างเช่น ภาพที่ใช้ในงานวิจัย หรือเป็นเรื่องเกี่ยวกับประวัติศาสตร์ หรือการจัดเก็บหลักฐานทางนิติวิทยาศาสตร์ จะได้รับความคุ้มครองโดยข้อต่อสู้ซึ่งมีเหตุผลที่ถูกต้อง ผู้ที่อยู่ในแวดวงอินเทอร์เน็ตที่จำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับสื่อประเภทนี้ในระหว่างการทำงานของพวกเขาก็จะรวมในข้อต่อสู้ด้วย ในทำนองเดียวกัน ความผิดฐานนี้ไม่มีเจตนาที่จะเอาผิดกับบุคคลที่บังเอิญเข้าถึงสื่อนี้หรือมีสื่อที่ส่งถึงพวกเขาโดยปราศจากความรู้หรือยินยอม¹¹³

แนวทางการกำหนดความผิดในข้างต้นนั้น นำไปสู่การกำหนดความผิดเกี่ยวกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน ในปี 2009 โดยการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการชันสูตรและความยุติธรรม 2009 (Coroners and Justice Act 2009) ซึ่งใช้บังคับในอังกฤษ เวลส์ และไอร์แลนด์เหนือ โดยได้เพิ่มความผิดฐานครอบครองภาพต้องห้ามของเด็ก (possession of prohibited images of children) คำว่า ภาพ (Image) หมายความว่า ภาพใด ๆ ไม่ว่าจะเป็ นภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหว หรือข้อมูล (ไม่ว่าจะจัดเก็บด้วยวิธีใด) ซึ่งสามารถแปลงเป็นภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวได้ และให้หมายความรวมถึงภาพของเด็กที่ไม่ว่าจะเป็นเด็กที่มีตัวตนจริงหรือในจินตนาการด้วย ความผิดฐานนี้จึงออกแบบมาเพื่อขยายขอบเขตกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ให้รวมถึงภาพที่ไม่ได้อยู่ภายใต้คำนิยามของสิ่งเสมือนภาพถ่ายตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก ค.ศ. 1978 (the Protection of Children Act 1978) เช่น ภาพวาดที่ไม่สมจริง หรือภาพการ์ตูน สำหรับโทษของความผิดฐานดังกล่าวคือจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับ ซึ่งแตกต่างจากความผิดในการครอบครองหรือผลิตสื่อลามกอนาจารเด็ก ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก ค.ศ. 1978 (the Protection of Children Act 1978) และ มาตรา 160 แห่งพระราชบัญญัติความยุติธรรมทางอาญา ค.ศ. 1988 (the Criminal Justice Act 1988) ซึ่งมีโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือ 10 ปี¹¹⁴

ในปี 2014 มีการดำเนินคดีตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ซึ่ง Robul Hoque ถูกดำเนินคดีเพราะการเก็บสะสมการ์ตูนญี่ปุ่น (มังงะ) หรือสื่ออะนิเมะ กว่า 300 ภาพ โดยไม่ได้มีภาพลามกอนาจารเด็กที่สร้างจากเด็กที่มีตัวตนจริงแต่อย่างใด ซึ่ง Teesside Crown Court of Middlesbrough ตัดสินให้ Hoque มีความผิดฐานครอบครองภาพต้องห้ามของเด็ก (possessing prohibited images of children) ดังกล่าว ลงโทษให้จำคุก 9 เดือน แต่คำตัดสินจะถูกอุทธรณ์

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ Jacqueline Helen Kingston Byberg, *supra* note 89.

Hoque รักษาพฤติกรรมที่ดีและปฏิบัติตามข้อกำหนดของศาลเป็นเวลา 2 ปี โดยผู้พิพากษา Tony Briggs ได้ให้ความเห็นว่า “เห็นได้ชัดว่าภาพเหล่านั้นถูกสร้างขึ้นเพื่อให้คนคิดว่าเป็นภาพของเด็ก และเป็นภาพที่สร้างขึ้นจากจินตนาการโดยไม่มีส่วนใดที่เป็นเด็กที่มีตัวตนจริง จึงเป็นเรื่องสำคัญที่ต้องให้น้ำหนักว่าไม่มีเด็กที่มีตัวตนจริงมาเกี่ยวข้องในการกระทำความผิดดังกล่าว เพราะถ้าหากมีเด็กที่มีตัวตนจริงมาเกี่ยวข้อง คงต้องลงโทษจำคุกตามความเหมาะสมในทันที แต่ถ้าคุณเป็นคนรู้จักคิด คุณควรตระหนักถึงความเสี่ยงในการเข้าถึงสื่อนี้ และคุณต้องยอมรับความเวลาและความผิดของคุณ สังคมสามารถดำเนินชีวิตได้โดยไม่ต้องมีสื่อนี้ และอันตรายของสื่อดังกล่าวคือเห็นได้ชัดว่าเป็นกิจกรรมทางเพศกับเด็ก ๆ และถ้าภาพนั้นมีการแสดงให้เห็นมากขึ้น ก็อาจทำผู้ซึ่งมีเจตนาไม่คิดว่าเป็นสิ่งที่ยอมรับได้ และสิ่งที่สนับสนุนการล่วงละเมิดเด็ก ไม่ว่าจะเป็น คำพูดจากปาก ภาพวาดหรือศิลปะการแสดงก็เป็นสิ่งที่น่าท้อใจอย่างมาก”¹¹⁵

(1) การกำหนดความผิด

สหราชอาณาจักรในส่วนของอังกฤษและเวลส์มีกฎหมายที่บัญญัติความผิดที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับสื่อลามกอนาจารเด็ก 2 ฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก ค.ศ. 1978 (the Protection of Children Act 1978 หรือ the POCA 1978) และมาตรา 160 แห่งพระราชบัญญัติความยุติธรรมทางอาญา ค.ศ. 1988 (the Criminal Justice Act 1988 หรือ the 1988 Act) ซึ่งกฎหมายทั้ง 2 ฉบับดังกล่าว โดยหลักไม่ใช้บังคับกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเนื่องจากวัตถุประสงค์แห่งการกระทำความผิดของกฎหมายทั้ง 2 ฉบับ คือ ภาพถ่ายหรือสิ่งเสมือนภาพถ่ายที่ไม่เหมาะสมของเด็ก (indecent photograph or pseudo-photograph of a child) ประกอบด้วยลักษณะไม่เหมาะสม (indecent) และภาพถ่าย (photograph) หรือสิ่งเสมือนภาพถ่าย (pseudo-photograph) สามารถอธิบายได้ ดังนี้

ลักษณะไม่เหมาะสม (indecent) เนื่องจากกฎหมายทั้งสองฉบับไม่ได้ให้คำนิยามของความไม่เหมาะสม (indecent) ไว้โดยเฉพาะ ทั้งที่เป็นส่วนที่สำคัญของการกระทำความผิด ศาลจึงมีแนวทางในการวินิจฉัยว่า ความไม่เหมาะสมเป็นประเด็นที่จะต้องพิจารณาให้สอดคล้องกับ ข้อ 10 ของ the European Convention on Human Rights โดยมีตัวอย่างใน

¹¹⁵ Gazettelive, “Middlesbrough man creates legal history after being convicted of possessing illegal images of cartoon children,” Retrieved on May 30, 2017, from <https://www.gazettelive.co.uk/news/teesside-news/anime-fan-convicted-over-illegal-7958896>

คดี *R v Stanford* ได้พิจารณาถึงประเด็น ความไม่เหมาะสม (indecent) ซึ่งมีผู้กล่าวอ้างว่า ความไม่เหมาะสม (indecent) และความลามกอนาจาร (obscenity) นั้นไม่เหมือนกัน ข้อโต้แย้งดังกล่าวอยู่บนหลักการที่ว่า ความไม่เหมาะสม (indecent) มีความรุนแรงน้อยกว่าความลามกอนาจาร (obscenity) แต่การทำให้สิ่งที่มีความรุนแรงน้อยกว่าผิดกฎหมายนั้น มีความชอบธรรมแล้ว เนื่องจากสิ่งนั้นเกี่ยวกับช้องกับเด็ก¹¹⁶ และคดี *R v Oliver and others [2003] 2 Cr.App.R.(S) 15*¹¹⁷ ซึ่งถูกนำมาเป็นส่วนหนึ่งของแนวทางในการวินิจฉัยความร้ายแรงของภาพที่ไม่เหมาะสมของเด็ก ซึ่งแบ่งเป็น 5 ระดับ ได้แก่

- 1) ภาพที่แสดงท่าทางกระตุ้นความรู้สึกทางเพศ (erotic) โดยไม่มีกิจกรรมทางเพศ
- 2) กิจกรรมทางเพศระหว่างเด็ก หรือภาพเด็กสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง
- 3) กิจกรรมทางเพศระหว่างเด็กกับผู้ใหญ่โดยไม่มีสอดใส่
- 4) กิจกรรมทางเพศระหว่างเด็กกับผู้ใหญ่
- 5) กิจกรรมที่ชาติสัมพันธ์หรือการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์และสัตว์

ภาพถ่าย (photograph) ในมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก ค.ศ. 1978 (the Protection of Children Act 1978) ซึ่งใช้บังคับกับพระราชบัญญัติความยุติธรรมทางอาญา ค.ศ. 1988 (the Criminal Justice Act 1988) ด้วย บัญญัติว่า ภาพถ่าย (photograph) หมายความว่ารวมถึง ภาพยนตร์ที่ไม่เหมาะสม สำเนาภาพ หรือภาพยนตร์ที่ไม่เหมาะสม และภาพที่ไม่เหมาะสมที่เกิดขึ้นในภาพยนตร์ ซึ่งภาพยนตร์นั้นรวมถึงภาพวิดีโอด้วย ภาพถ่าย (photograph) นั้น ถ้าเป็นภาพเด็กและมีลักษณะที่ไม่เหมาะสม จะถูกตีความว่าเป็นภาพที่ไม่เหมาะสมของเด็กตามพระราชบัญญัตินี้¹¹⁸ ดังนั้น จึงชัดเจนว่าคำนิยามดังกล่าวไม่รวมถึง ภาพการ์ตูน หรือภาพวาด หรือภาพอื่น ๆ ในลักษณะเดียวกันแต่อย่างใด¹¹⁹

¹¹⁶ Alisdair A. Gillespie, *supra note 90*, pp.31.

¹¹⁷ The Home Office, the Scottish Executive, and the Northern Ireland Office, *supra note 91*.

¹¹⁸ Alisdair A. Gillespie, *supra note 90*, pp.34.

¹¹⁹ *Ibid.*, pp.34.

สิ่งเสมือนภาพถ่าย (pseudo-photograph) ในมาตรา 7 (7) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก ค.ศ. 1978 (the Protection of Children Act 1978) ซึ่งใช้บังคับกับพระราชบัญญัติความยุติธรรมทางอาญา ค.ศ. 1988 (the Criminal Justice Act 1988) ด้วย บัญญัติว่า หมายถึง ภาพที่ไม่ว่าจะสร้างด้วยคอมพิวเตอร์หรือด้วยวิธีการอื่นใด ซึ่งทำให้ปรากฏเป็นภาพถ่าย (photograph)¹²⁰ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากความหมายดังกล่าว ไม่ได้เป็นการให้นิยามรวมถึง สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน เช่น ภาพการ์ตูน หรือภาพวาด หรือภาพอื่น ๆ ในลักษณะเดียวกันแต่อย่างใด แต่หมายความถึง ภาพที่ปรากฏเป็นภาพถ่าย แต่ในความเป็นจริงแล้วอาจจะไม่ใช่ภาพถ่ายเท่านั้น¹²¹ นักวิชาการเห็นว่า สิ่งเสมือนภาพถ่าย (pseudo-photograph) ประกอบด้วยภาพหรือภาพหลาย ๆ ภาพมาต่อรวมกันที่เกิดจากการทำกราฟิก และในคดี *R v Goodland* ศาลวินิจฉัยว่า สิ่งเสมือนภาพถ่าย (pseudo-photograph) จะต้องมีลักษณะเหมือนภาพถ่าย ภาพในคดีนี้คือ ภาพลามกอนาจารของผู้ใหญ่ ซึ่งมีภาพศีรษะของเด็กต่อบนภาพจากภาพดังกล่าว หากปิดบานพับเข้ามา ภาพศีรษะของเด็กจะซ้อนทับบนตัวของผู้ใหญ่ราวกับเป็นภาพเดียวกัน ศาลตัดสินว่าภาพดังกล่าวไม่ใช่สิ่งเสมือนภาพถ่าย (pseudo-photograph) เพราะเป็นภาพสองภาพที่แยกออกจากกันได้ แต่หากเป็นภาพที่ตัดลอกมาหรือภาพสแกน ผลลัพธ์อาจจะต่างออกไป เนื่องจากจะแสดงผลเป็นภาพเดียว¹²²

ส่วนกฎหมายที่กำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน คือ มาตรา 65 แห่งพระราชบัญญัติการชันสูตรและความยุติธรรม 2009 (Coroners and Justice Act 2009) ซึ่งมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการครอบครองภาพต้องห้ามของเด็ก โดยมีการให้คำนิยามของ ภาพต้องห้ามของเด็ก ว่า ภาพ หมายถึง ภาพใด ๆ ไม่ว่าจะป็นภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหว หรือข้อมูล (ไม่ว่าจะจัดเก็บด้วยวิธีใด) ซึ่งสามารถแปลงเป็นภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวได้¹²³ ซึ่งเป็นภาพที่เน้นเฉพาะ

¹²⁰ Protection of Children Act 1978 Section 7 (7) “Pseudo-photograph” means an image, whether made by computer-graphics or otherwise howsoever, which appears to be a photograph.

¹²¹ Alisdair A. Gillespie, *supra note 90*, pp.35.

¹²² *Ibid.*, pp.35.

¹²³ Coroners and Justice Act 2009 Section 65 (2) “Image” includes—
(a) a moving or still image (produced by any means), or

อวัยวะเพศหรือทวารหนักของเด็กหรือการแสดงของบุคคลที่มีเพศสัมพันธ์ หรือการมีเพศสัมพันธ์ทางปากกับหรือต่อหน้าเด็ก หรือการสำเร็จความใคร่ซึ่งเกี่ยวข้องกับเด็ก การกระทำเกี่ยวกับการรูดผ้าช่องคลอดหรือทวารหนักของเด็ก โดยส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายบุคคลอื่น หรือสิ่งอื่นใด หรือการการรูดผ้าช่องคลอดหรือทวารหนักโดยส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายบุคคลอื่น หรือสิ่งอื่นใด ต่อหน้าเด็ก หรือการที่เด็กมีเพศสัมพันธ์กับสัตว์ (ไม่ว่าจะมีชีวิตอยู่หรือตายแล้ว หรือในจินตนาการ) หรือการมีเพศสัมพันธ์กับสัตว์ (ไม่ว่าจะมีชีวิตอยู่หรือตายแล้ว หรือในจินตนาการ) ต่อหน้าเด็ก¹²⁴ นอกจากนี้ภาพต้องห้ามของเด็กยังรวมถึงกรณีที่ ภาพนั้นทำให้เข้าใจได้ว่าบุคคลที่แสดงเป็นเด็ก หรือการแสดงนั้นให้ความรู้สึกอย่างแน่ชัดว่าบุคคลที่แสดงเป็นเด็กแม้ว่าจะมีลักษณะทางกายภาพบางอย่างที่แสดง

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

¹²⁴ Coroners and Justice Act 2009 Section 62

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

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

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

(7) Those acts are—

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

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

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

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

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

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

ไม่ใช่ของเด็ก หรือภาพของบุคคลประกอบด้วยการอ้างอิงถึงภาพของคนจินตนาการ หรือภาพของเด็ก รวมถึงการอ้างอิงไปยังรูปภาพของเด็กที่เป็นจินตนาการด้วย¹²⁵

(2) การกระทำ

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก ค.ศ. 1978 (the Protection of Children Act 1978 หรือ the POCA 1978)¹²⁶ เป็นกฎหมายที่กำหนดความผิดเกี่ยวกับการสร้าง แสดง หรือ แจกจ่ายสื่อลามกอนาจารเด็ก และการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อแสดงหรือเผยแพร่ เป็นความผิดอาญา ซึ่งมีการกระทำ คือ (a) ถ่าย อนุญาตให้ถ่าย หรือสร้าง ภาพถ่ายหรือสิ่งเสมือนภาพถ่ายที่ไม่เหมาะสมของเด็ก หรือ (b) แจกจ่ายหรือแสดง ภาพถ่ายหรือสิ่งเสมือนภาพถ่ายที่ไม่เหมาะสมของเด็ก หรือ (c) ครอบครองภาพถ่ายหรือสิ่งเสมือนภาพถ่ายที่ไม่เหมาะสมของเด็ก โดยมีเจตนาที่จะแจกจ่ายหรือแสดง ไม่ว่าจะโดยตนเองหรือผู้อื่น หรือ (d) เผยแพร่หรือทำให้เกิดการเผยแพร่ โฆษณาใด ๆ ที่ทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นภาพถ่ายหรือสิ่งเสมือนภาพถ่ายที่ไม่เหมาะสมของเด็ก หรือมีเจตนาจะทำเช่นนั้น

¹²⁵ Coroners and Justice Act 2009 Section 65

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

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

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

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

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

¹²⁶ The Home Office, the Scottish Executive, and the Northern Ireland Office, *supra* note 91.

มาตรา 160 แห่งพระราชบัญญัติความยุติธรรมทางอาญา ค.ศ. 1988 (the Criminal Justice Act 1988 หรือ the 1988 Act)¹²⁷ เป็นกฎหมายที่กำหนดให้การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กมีความผิดทางอาญา โดยมีการกระทำคือ ครอบครองภาพถ่ายหรือสิ่งเสมือนภาพถ่ายที่ไม่เหมาะสมของเด็ก โดยส่วนตัว

พระราชบัญญัติการชันสูตรและความยุติธรรม 2009 (Coroners and Justice Act 2009) เป็นกฎหมายที่กำหนดความผิดฐานครอบครองภาพต้องห้ามของเด็ก โดยมีการกระทำคือ ครอบครองภาพต้องห้ามของเด็ก โดยภาพนั้นต้องมีลักษณะลามกอนาจาร และเป็นที่น่ารังเกียจ น่าขยะแขยง¹²⁸

(3) วัตถุประสงค์ของการกระทำ

วัตถุประสงค์ของการกระทำความผิดของกฎหมายพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก ค.ศ. 1978 และมาตรา 160 แห่งพระราชบัญญัติความยุติธรรมทางอาญา ค.ศ. 1988 คือ ภาพถ่ายหรือสิ่งเสมือนภาพถ่ายที่ไม่เหมาะสมของเด็ก (indecent photograph or pseudo-photograph of a child)

วัตถุประสงค์ของการกระทำของความผิดฐานครอบครองภาพต้องห้ามของเด็ก ตามมาตรา 65 แห่งพระราชบัญญัติการชันสูตรและความยุติธรรม 2009 คือ ภาพต้องห้ามของเด็ก

(4) โทษ

โทษของความผิดเกี่ยวกับการสร้าง แสดง หรือแจกจ่ายสื่อลามกอนาจารเด็ก และการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อแสดงหรือเผยแพร่ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก ค.ศ. 1978 คือ จำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ

¹²⁷ Criminal Justice Act 1988, Retrieved on May 30, 2018, from <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/33/section/160>

¹²⁸ Coroners and Justice Act 2009 Section 62

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

(2) A prohibited image is an image which—

(a) is pornographic,

(b) falls within subsection (6), and

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

โทษของความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กไว้โดยส่วนตัว ตามมาตรา 160 แห่งพระราชบัญญัติความยุติธรรมทางอาญา ค.ศ. 1988 คือ จำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับหรือทั้งจำทั้งปรับ

โทษของความผิดฐานครอบครองภาพต้องห้ามของเด็กตามมาตรา 65 แห่งพระราชบัญญัติการชันสูตรและความยุติธรรม 2009 คือ จำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ

(5) ข้อต่อสู้ของจำเลย

ข้อยกเว้นหรือข้อต่อสู้ของจำเลยเกี่ยวกับการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก ค.ศ. 1978 ได้แก่

(1) บททั่วไป : บุคคลที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตามข้อ (b) หรือ (c) สามารถยกข้อต่อสู้ว่า บุคคลนั้นมีเหตุผลอันชอบธรรมในการแสดง การแจกจ่าย หรือการครอบครองภาพที่ดังกล่าว นอกจากนี้ยังสามารถยกข้อต่อสู้ได้ว่า บุคคลนั้นไม่เห็น หรือไม่รู้ หรือไม่มีเหตุอันควรสงสัยว่าภาพนั้นเป็นภาพไม่เหมาะสม

(2) สำหรับการสมรสและความสัมพันธ์อื่น ๆ : เป็นข้อต่อสู้เพิ่มเติมสำหรับภาพที่เกิดขึ้นในการสมรส หรือการเป็นคู่ชีวิต หรือในขณะที่อาศัยอยู่ด้วยกันเป็นครอบครัว

(3) สำหรับการดำเนินคดีอาญา และการสอบสวน : หากมีการถ่ายอนุญาตให้ถ่าย หรือสร้าง ภาพถ่ายหรือสิ่งเสมือนภาพถ่ายที่ไม่เหมาะสมของเด็ก ตามข้อ (a) สามารถยกข้อต่อสู้ได้ว่า จำเป็นต้องทำขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ของการป้องกัน การสืบสวน หรือการสอบสวนความผิดทางอาญา หรือเพื่อความมุ่งประสงค์ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ไม่ว่าจะเกิดขึ้นในที่ใดในโลก

ในช่วงเวลาที่ถูกกล่าวหาบุคคลนั้นเป็นสมาชิกของหน่วยรักษาความปลอดภัย และจำเป็นที่จะต้องมีการสร้าง ภาพถ่ายหรือสิ่งเสมือนภาพถ่ายที่ไม่เหมาะสมของเด็ก เพื่อการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ หรือ

ในช่วงเวลาที่ถูกกล่าวหาบุคคลนั้นเป็นสมาชิกของหน่วยข่าวกรอง (Government Communications Headquarters - GCHQ) และจำเป็นที่จะต้องมีการสร้าง ภาพถ่ายหรือสิ่งเสมือนภาพถ่ายที่ไม่เหมาะสมของเด็ก เพื่อการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ของ GCHQ

ข้อยกเว้นหรือข้อต่อสู้ของจำเลยเกี่ยวกับการกระทำความผิดตามมาตรา 160 แห่งพระราชบัญญัติความยุติธรรมทางอาญา ค.ศ. 1988 ได้แก่

(1) บุคคลนั้นมิเหตุผลอันชอบธรรมในการครอบครองภาพดังกล่าว หรือ บุคคลนั้นไม่เห็น หรือไม่รู้ หรือไม่มีเหตุอันควรสงสัยว่าภาพนั้นเป็นภาพไม่เหมาะสม หรือมีผู้ส่งภาพดังกล่าวให้บุคคลนั้นโดยที่เขาไม่ได้ร้องขอและเขาไม่ได้เก็บภาพดังกล่าวไว้

(2) ข้อต่อสู้เพิ่มเติมสำหรับภาพที่เกิดขึ้นในการสมรส หรือการเป็นคู่ชีวิต หรือในขณะที่อาศัยอยู่ด้วยกันเป็นครอบครัว เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก ค.ศ. 1978 (the Protection of Children Act 1978

ข้อยกเว้นหรือข้อต่อสู้ของจำเลยเกี่ยวกับการกระทำความผิดตามมาตรา 65 แห่งพระราชบัญญัติการชันสูตรและความยุติธรรม 2009 ได้แก่

ในกรณีที่ถูกลงกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานครอบครองภาพต้องห้ามของเด็ก บุคคลนั้นสามารถยกข้อต่อสู้ได้ว่า¹²⁹

(1) บุคคลนั้นมีเหตุผลอันชอบด้วยกฎหมายในการครอบครองภาพดังกล่าว

(2) บุคคลนั้นไม่เห็นภาพดังกล่าวและไม่รู้และไม่มีเหตุอันควรรู้ว่าภาพนั้นเป็นภาพต้องห้ามของเด็ก

(3) หรือมีผู้ส่งภาพดังกล่าวให้บุคคลนั้นโดยที่เขาไม่ได้ร้องขอและเขาไม่ได้เก็บภาพดังกล่าวไว้

¹²⁹ Coroners and Justice Act 2009 Section 64 (1) Where a person is charged with an offence under section 62 (1), it is a defence for the person to prove any of the following matters—

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

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

(c) that the person—

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

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

3.1.2.4 กฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารทั่วไป

สหราชอาณาจักรในส่วนของประเทศอังกฤษ และเวลส์ มีกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามตีพิมพ์สื่อลามกอนาจารทั่วไป คือ พระราชบัญญัติสิ่งพิมพ์ลามกอนาจาร 1959 และ 1964 (The Obscene Publications Act 1959 and The Obscene Publications Act 1964) ซึ่งมีวัตถุประสงค์หลักในการควบคุมการตีพิมพ์สื่อที่มีเนื้อหาลามกอนาจาร รวมทั้งเนื้อหาที่เผยแพร่ในอินเทอร์เน็ตด้วย โดยมีการกำหนดเกณฑ์มาตรฐานของลักษณะลามกอนาจารว่า สื่อนั้นเป็นสื่อลามกอนาจารเมื่อสื่อนั้นมีผลกระทบหรือมีแนวโน้มว่าจะมีผลกระทบให้กับบุคคลที่ได้ชม ได้อ่าน หรือได้ยินสิ่งนั้น มีความเสื่อมทราม หรือชั่วร้ายเพิ่มมากขึ้น เมื่อพิจารณาจากสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องทั้งหมด¹³⁰ และมีการกำหนดความผิดเกี่ยวกับการตีพิมพ์¹³¹ ซึ่งรวมถึง การแจกจ่าย เผยแพร่ ขาย ให้เช่า ให้ หรือใช้ยืม และรวมถึงการเผยแพร่ผ่านทางคอมพิวเตอร์ ไม่ว่าจะได้รับผลประโยชน์หรือไม่ และครอบครองโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อตีพิมพ์เพื่อได้รับผลประโยชน์ มีโทษจำคุกสูงสุด 5 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ¹³²

¹³⁰ The Obscene Publications Act 1959 Test of obscenity. (1) For the purposes of this Act an article shall be deemed to be obscene if its effect or (where the article comprises two or more distinct items) the effect of any one of its items is, if taken as a whole, such as to tend to deprave and corrupt persons who are likely, having regard to all relevant circumstances, to read, see or hear the matter contained or embodied in it.

¹³¹ The Obscene Publications Act 1959 Test of obscenity. (3) For the purposes of this Act a person publishes an article who—

(a) distributes, circulates, sells, lets on hire, gives, or lends it, or who offers it for sale or for letting on hire; or

(b) in the case of an article containing or embodying matter to be looked at or a record, shows, plays or projects it or, where the matter is data stored electronically, transmits that data.

¹³² The Obscene Publications Act 1959 2 Prohibition of publication of obscene matter. (1) Subject as hereinafter provided, any person who, whether for gain or not,

3.2 ประเทศที่กำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนรวมกับสื่อลามกอนาจารเด็ก โดยมีฐานความผิดและโทษที่เหมือนกัน

การกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กตามแนวทางนี้ เป็นกรณีที่มีมุมมองว่า แม้สื่อลามกอนาจารเด็กและสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนนั้นจะแตกต่างกัน ตรงที่สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไม่มีการล่วงละเมิดทางเพศเด็กที่มีตัวตนจริง จึงไม่มีผลกระทบโดยตรงต่อเด็ก แต่สื่อดังกล่าวก็ยังมีผลกระทบโดยอ้อมต่อเด็ก ดังนั้น การกำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กมีความหมายรวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน และฐานความผิดและโทษที่เหมือนกันนั้น เป็นการคุ้มครองเด็กอย่างครอบคลุมตามหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก

3.2.1 ออสเตรเลีย

ในศตวรรษที่ผ่านมาออสเตรเลียได้มีการปฏิรูปกฎหมายอาญาเพื่อปกป้องเด็กจากการถูกแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบ ในฐานะที่เป็นเหยื่อของสื่อลามกอนาจารเด็กหรือการล่วงละเมิดทางเพศ และเพื่อปกป้องเด็กจากผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการที่เด็กได้รับชมสื่อดังกล่าว¹³³ ในการตอบสนองเกี่ยวกับความก้าวหน้าของเทคโนโลยี เช่น อินเทอร์เน็ตหรือโทรศัพท์มือถือ ซึ่งจะอำนวยความสะดวกในการสร้างและเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก กฎหมายในระดับสหพันธรัฐจึงได้มุ่งความสนใจไปที่การเสริมสร้างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิดทางเพศกับเด็ก¹³⁴

publishes an obscene article or who has an obscene article for publication for gain (whether gain to himself or gain to another) shall be liable

(a) on summary conviction to a fine not exceeding one hundred pounds or to imprisonment for a term not exceeding six months;

(b) on conviction on indictment to a fine or to imprisonment for a term not exceeding five years or both.

¹³³ Thomas Crofts and Murray Lee, “‘Sexting’, Children and Child Pornography,” *Sydney Law Review*, Vol. 35, Issue 85, pp.87 (2013).

¹³⁴ *Ibid.*, pp.87.

สื่อลามกอนาจารเด็กซึ่งเป็นสิ่งที่มีความเกี่ยวข้องกับการแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็กโดยมิชอบ จึงเป็นสิ่งผิดกฎหมายในออสเตรเลียทั้งในระดับสหพันธรัฐและระดับมลรัฐ โดยกฎหมายในระดับสหพันธรัฐ ได้ให้ความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็กว่า (a) สิ่ง que แสดงให้เห็นว่าเป็นบุคคลหรือการเป็นตัวแทนของบุคคล ซึ่งเป็นหรือดูเหมือนเป็นบุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปี ซึ่ง (i) มีส่วนร่วมหรือดูเหมือนจะมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศ (ซึ่งจะมีหรือไม่มีบุคคลอื่นอยู่ด้วยก็ได้) (ii) อยู่ใน การปรากฏตัวของคนที่มีส่วนร่วมหรือดูเหมือนมีส่วนร่วมในการกระทำหรือกิจกรรมทางเพศ และอยู่ใน ลักษณะที่สามารถเข้าใจสถานการณ์อันน่ารังเกียจนั้น (Criminal Code Act 1995 [Commonwealth] s.473.1)¹³⁵ อย่างไรก็ตามในมลรัฐอื่น ๆ ส่วนมากกำหนดอายุของเด็กไว้ที่ 16 ปี¹³⁶ จะเห็นได้ว่ากฎหมายดังกล่าวหมายรวมถึงทั้งสื่อที่แสดงภาพและตัวอักษร และยังรวมถึง บุคคลทั้งที่เป็นบุคคลจริง ๆ และสิ่งที่เป็นตัวแทนของบุคคล และสิ่งที่บอกลักษณะของบุคคลที่อายุต่ำกว่าหรือดูเหมือนต่ำกว่า 18 ปี ซึ่งถือว่าฝ่ายนิติบัญญัติของออสเตรเลียได้อธิบายลักษณะที่ต้องห้ามไว้ อย่างครอบคลุม¹³⁷

ในขณะที่กฎหมายในระดับสหพันธรัฐจะกำหนดลักษณะของสื่อลามกอนาจารเด็กไว้อย่างกว้าง ๆ ส่วนกฎหมายในระดับมลรัฐก็จะกำหนดรายละเอียดที่ลึกลงไป เช่น the Crimes Act 1900 ซึ่งเป็นกฎหมายของรัฐนิวเซาท์เวลส์ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับชนิดของสื่อที่ต้องห้าม ตามกฎหมายในมาตรา 91FA ที่กำหนดว่า สื่อ รวมถึง ฟิล์ม สิ่งพิมพ์ ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ หรือสิ่งอื่นใดไม่ว่าชนิดใด (รวมถึงภาพในคอมพิวเตอร์ หรือภาพอื่น ๆ ด้วย) การกำหนดโดยใช้คำว่า สิ่งอื่นใดไม่ว่าชนิดใด เห็นได้ชัดว่าเป็นการตอบสนองความก้าวหน้าของเทคโนโลยี โดยมีความเป็นไปได้ว่าในอนาคตจะมีสื่อในรูปแบบใหม่ ๆ ที่สามารถสร้างสรรค์ขึ้นโดยใช้เทคโนโลยีซึ่งไม่สามารถจำกัดขอบเขตได้¹³⁸

เมื่อพิจารณาจากคำนิยามตามกฎหมายออสเตรเลีย สื่อลามกอนาจารเด็ก หมายรวมถึง ภาพตัดต่อ (morphed pictures) ซึ่งเป็นสิ่งเสมือนภาพถ่าย (pseudo-

¹³⁵ Mark J. McLelland, "Australia's 'child abuse material' legislation, internet regulation and the juridification of the imagination," *International Journal of Cultural Studies*, 15 (5), pp.473 (2011).

¹³⁶ *Ibid.*, pp.473.

¹³⁷ *Ibid.*, pp.473.

¹³⁸ *Ibid.*, pp.473.

photographs) โดยสามารถแบ่งได้เป็น 3 ประเภท ได้แก่ การปรับแต่งภาพด้วยระบบดิจิทัล เช่น ภาพของเด็กในชุดว่ายน้ำที่ชุดว่ายน้ำถูกลบออกด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ การนำภาพหลายภาพมา รวมในภาพเดียว เช่น การตัดต่อภาพมือของเด็กซ้อนทับอวัยวะเพศของผู้ใหญ่ และการตัดต่อภาพ บางส่วนที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับทางเพศ¹³⁹ นอกจากนี้ ปัจจุบันสื่อลามกอนาจารเด็กสามารถสร้างขึ้นได้ โดยไม่ต้องมีเด็กจริง ๆ มาเกี่ยวข้อง หรือที่เรียกว่า สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน ซึ่งจากบทบัญญัติของ กฎหมายก็แสดงให้เห็นแล้วว่า เด็กในสื่อลามกอนาจารเด็กไม่จำเป็นต้องเป็นเด็กจริง ๆ แค่เป็นการ บรรยายหรือแสดงให้เห็นความเป็นเด็กเท่านั้น และก็ยังหมายความรวมถึงตัวละครในนิยาย และตัว ละครที่สร้างจากภาพดิจิทัลด้วย¹⁴⁰ คดี *Dodge v R (2002) A Crim R 435* นักโทษซึ่งถูกลงโทษ เกี่ยวกับกระทำความผิดทางเพศต่อเด็ก ได้ถูกดำเนินคดีเพิ่มเติม หลังจากที่เขาเขียนเรื่องเกี่ยวกับการ กระทำทางเพศอย่างชัดเจนกับเด็ก จำนวน 17 เรื่อง ซึ่งส่วนมากเป็นเด็กผู้ชายอายุน้อยกว่า 10 ปี Dodge จึงมีความผิดฐานจัดหาสื่อลามกอนาจารเด็ก (เรื่องที่เขาเขียน) ให้กับนักโทษคนอื่น และ ความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก ศาลตั้งข้อสงสัยว่าสาเหตุที่ความผิดดังกล่าวต้องมีโทษ จำคุกเนื่องจากกฎหมายพยายามที่จะป้องกันการเข้าถึงสื่อลามกอนาจารเด็ก อย่างไรก็ตาม จาก ข้อเท็จจริงที่ไม่ได้มีเด็กจริง ๆ เกี่ยวข้องในการผลิตสื่อที่ถูกพิจารณาในคดีนี้ จึงเป็นเหตุผลโทษจำคุก จาก 18 เดือนเป็น 12 เดือน¹⁴¹

3.2.1.1 เหตุผลที่กำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนรวมกับสื่อ ลามกอนาจารเด็ก

ออสเตรเลียเป็นประเทศที่ใช้นโยบายไม่อดทนต่อสื่อลามกอนาจารเด็ก (zero tolerance policy) ในการร่างกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ทำให้เกิดการจำกัดสิทธิ เสรีภาพ ไม่ว่าจะเสรีภาพในการแสดงออกหรือสิทธิในความเป็นส่วนตัว โดยในกฎหมายของ

¹³⁹ Australian Institute of Criminology (Tony Krone), “A Typology of Online Child Pornography Offending,” *Trends & Issues in crime and criminal justice*, No. 279, pp.2 (July 2004).

¹⁴⁰ *Ibid.*, pp.2.

¹⁴¹ *Ibid.*, pp.3.

ออสเตรเลียนั้น เด็ก หมายความว่ารวมถึงเด็กที่ไม่มีตัวตนจริงหรือสิ่งที่เป็นจินตนาการด้วย¹⁴² โดยมีมุมมองว่ากฎหมายจะต้องเป็นเครื่องมือในการป้องกันการเข้าถึงสื่อลามกอนาจารเด็กในทุกกรณี รวมทั้งสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนด้วย

3.2.1.2 กฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนในปัจจุบัน

ในระบบกฎหมายของออสเตรเลียได้จำกัดความสามารถในการตรากฎหมายอาญาในระดับสหพันธรัฐ การกำหนดรายละเอียดของกฎหมายอาญาจึงเป็นหน้าที่ของแต่ละรัฐและเขตปกครอง¹⁴³

(1) กฎหมายระดับสหพันธรัฐ

กฎหมายอาญาในระดับสหพันธรัฐมีจุดมุ่งหมายที่ชัดเจนเพื่อกำหนดรายละเอียดประเภทของสื่อที่ต้องห้ามตามกฎหมาย และกำหนดเนื้อหาของสื่อล่วงละเมิดทางเพศเด็ก (child abuse material) และสื่อลามกอนาจารเด็ก (child pornographic material) เพื่อตอบสนองต่อความยากลำบากในการแยกแยะสื่อที่ถูกกฎหมายออกจากสื่อที่ผิดกฎหมาย¹⁴⁴ โดยประมวลกฎหมายอาญาของออสเตรเลีย ปี 1995 (Criminal Code Act 1995 [Commonwealth]) ได้ให้ความหมายของคำว่าสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในส่วนที่ 10.6 ความผิดเกี่ยวกับการสื่อสารทางไกลโดยใช้เทคโนโลยี หรือโทรคมนาคม หมวดที่ 473 มาตรา 473.1¹⁴⁵

¹⁴² Cory Lyn Takeuchi, “Regulating Lolicon: Toward Japanese Compliance With Its International Legal Obligations to Ban Virtual Child Pornography,” *GA. J. INT'L & COMP. L.*, Vol. 44, pp.232, (2015).

¹⁴³ *Ibid.*, pp.232.

¹⁴⁴ Thomas Crofts and Murray Lee, *supra note 133*, pp.8.

¹⁴⁵ The Criminal Code Schedule, National infrastructure Chapter 10 Telecommunications Services, Part 10.6 Preliminary, Division 473 Section 473.1 child pornography material means:

(a) material that depicts a person, or a representation of a person, who is, or appears to be, under 18 years of age and who:

(i) is engaged in, or appears to be engaged in, a sexual pose or sexual activity (whether or not in the presence of other persons); or

สื่อลามกอนาจารเด็กหมายถึง :

(a) สื่อที่แสดงถึงบุคคลหรือการเป็นตัวแทนของบุคคล ซึ่งอายุต่ำกว่า 18 ปี หรือดูเหมือนว่าอายุต่ำกว่า 18 ปี และ

(ii) is in the presence of a person who is engaged in, or appears to be engaged in, a sexual pose or sexual activity; and does this in a way that reasonable persons would regard as being, in all the circumstances, offensive; or

(b) material the dominant characteristic of which is the depiction, for a sexual purpose, of:

(i) a sexual organ or the anal region of a person who is, or appears to be, under 18 years of age; or

(ii) a representation of such a sexual organ or anal region; or

(iii) the breasts, or a representation of the breasts, of a female person who is, or appears to be, under 18 years of age;

in a way that reasonable persons would regard as being, in all the circumstances, offensive; or

(c) material that describes a person who is, or is implied to be, under 18 years of age and who:

(i) is engaged in, or is implied to be engaged in, a sexual pose or sexual activity (whether or not in the presence of other persons); or

(ii) is in the presence of a person who is engaged in, or is implied to be engaged in, a sexual pose or sexual activity;

and does this in a way that reasonable persons would regard as being, in all the circumstances, offensive; or

(d) material that describes:

(i) a sexual organ or the anal region of a person who is, or is implied to be, under 18 years of age; or

(ii) the breasts of a female person who is, or is implied to be, under 18 years of age; and does this in a way that reasonable persons would regard as being, in all the circumstances, offensive.

(i) มีส่วนร่วมหรือดูเหมือนจะมีส่วนร่วมในท่าทางทางเพศ หรือกิจกรรมทางเพศ (ไม่ว่าจะมีบุคคลอื่นร่วมด้วยหรือไม่)

(ii) อยู่ในที่ที่มีบุคคลที่มีส่วนร่วมหรือดูเหมือนจะมีส่วนร่วมในท่าทางทางเพศหรือกิจกรรมทางเพศ

และเป็นลักษณะที่วิญญูชนเข้าใจสถานการณ์อันน่ารังเกียจนั้น หรือ

(b) สื่อที่มีลักษณะการพรรณนาเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศของ

(i) อวัยวะเพศ หรือบริเวณทวารหนัก ของบุคคล ซึ่งอายุต่ำกว่า 18 ปี หรือดูเหมือนว่าอายุต่ำกว่า 18 ปี หรือ

(ii) รูปแทนของอวัยวะทางเพศหรือทวารหนักดังกล่าว หรือ

(iii) หน้าอกหรือรูปแทนหน้าอกของหญิงซึ่งอายุต่ำกว่า 18 ปี หรือดูเหมือนว่าอายุต่ำกว่า 18 ปี

และเป็นลักษณะที่วิญญูชนเข้าใจสถานการณ์อันน่ารังเกียจนั้น หรือ

(c) สื่อที่มีเนื้อหาอธิบายหรือมีความหมายโดยนัยถึงบุคคลอายุต่ำกว่า 18 ปี และ

(i) มีส่วนร่วมหรือมีความหมายโดยนัยว่ามีส่วนร่วมในท่าทางทางเพศ หรือกิจกรรมทางเพศ (ไม่ว่าจะมีบุคคลอื่นร่วมด้วยหรือไม่)

(ii) อยู่ในที่ที่มีบุคคลที่มีส่วนร่วมหรือมีความหมายโดยนัยว่ามีส่วนร่วมในท่าทางทางเพศหรือกิจกรรมทางเพศ

และเป็นลักษณะที่วิญญูชนเข้าใจสถานการณ์อันน่ารังเกียจนั้น หรือ

(d) สื่อที่มีเนื้อหาอธิบายถึง

(i) อวัยวะเพศ หรือบริเวณทวารหนักของบุคคล ซึ่งอายุต่ำกว่า 18 ปี หรือมีความหมายโดยนัยว่าอายุต่ำกว่า 18 ปี หรือ

(ii) หน้าอกของหญิงซึ่งอายุต่ำกว่า 18 ปี หรือมีความหมายโดยนัยว่าอายุต่ำกว่า 18 ปี

และเป็นลักษณะที่วิญญูชนเข้าใจสถานการณ์อันน่ารังเกียจนั้น

อย่างไรก็ตาม ในประมวลกฎหมายอาญาออสเตรเลียได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้เฉพาะความผิดที่เกี่ยวกับการสื่อสารทางไกลโดยใช้เทคโนโลยี หรือโทรคมนาคมเท่านั้น ดังนี้

1) มาตรา 474.19 ใช้เครือข่ายบริการ (carriage service) เพื่อความประสงค์เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก¹⁴⁶ โดยกำหนดว่า บุคคลใดใช้เครือข่ายบริการเพื่อเข้าถึงสื่อลามกอนาจารเด็ก หรือใช้เครือข่ายบริการเพื่อทำให้เกิดสื่อลามกอนาจารเด็ก และส่งผ่านไปยังบุคคล หรือใช้เครือข่ายบริการเพื่อส่งผ่านสื่อลามกอนาจารเด็ก หรือใช้เครือข่ายบริการเพื่อทำให้สื่อลามกอนาจารเด็ก เข้าถึงได้ง่าย หรือใช้เครือข่ายบริการเพื่อเผยแพร่หรือแจกจ่ายสื่อลามกอนาจารเด็ก ต้องระวางโทษ จำคุก 10 ปี โดยมีข้อยกเว้นว่า บุคคลไม่ต้องรับผิดตามมาตรานี้ในกรณีต่อไปนี้¹⁴⁷

¹⁴⁶ Section 474.19 Using a carriage service for child pornography material

(1) A person is guilty of an offence if:

(a) the person:

(i) uses a carriage service to access material; or

(ii) uses a carriage service to cause material to be transmitted to the person;

or

(iii) uses a carriage service to transmit material; or

(iv) uses a carriage service to make material available; or

(v) uses a carriage service to publish or otherwise distribute material; and

(b) the material is child pornography material.

Penalty: Imprisonment for 10 years.

¹⁴⁷ Section 474.21 Defences in respect of child pornography material

(1) A person is not criminally responsible for an offence against section 474.19 (using a carriage service for child pornography material) or 474.20 (possessing etc. child pornography material for use through a carriage service) because of engaging in particular conduct if the conduct:

(a) is of public benefit; and

(b) does not extend beyond what is of public benefit. In determining whether the person is, under this subsection, not criminally responsible for the offence, the question whether the conduct is of public benefit is a question of fact and the person's motives in engaging in the conduct are irrelevant.

(2) For the purposes of subsection (1), conduct is of public benefit if, and only if, the conduct is necessary for or of assistance in:

- (a) enforcing a law of the Commonwealth, a State or a Territory; or
- (b) monitoring compliance with, or investigating a contravention of, a law of the Commonwealth, a State or a Territory; or
- (c) the administration of justice; or
- (d) conducting scientific, medical or educational research that has been approved by the Minister in writing for the purposes of this section.

(3) A person is not criminally responsible for an offence against section 474.19 (using a carriage service for child pornography material) or 474.20 (possessing etc. child pornography material for use through a carriage service) if:

- (a) the person is, at the time of the offence, a law enforcement officer, or an intelligence or security officer, acting in the course of his or her duties; and
- (b) the conduct of the person is reasonable in the circumstances for the purpose of performing that duty.

(4) A person is not criminally responsible for an offence against section 474.19 (using a carriage service for child pornography material) or 474.20 (possessing etc. child pornography material for use through a carriage service) if the person engages in the conduct in good faith for the sole purpose of:

- (a) assisting the Australian Communications and Media Authority to detect:
 - (i) prohibited content (within the meaning of Schedule 5 to the Broadcasting Services Act 1992); or
 - (ii) potential prohibited content (within the meaning of that Schedule); in the performance of the Authority's functions under that Schedule; or
- (b) manufacturing or developing, or updating, content filtering technology (including software) in accordance with:
 - (i) a recognised alternative access-prevention arrangement (within the meaning of clause 40 of Schedule 5 to the Broadcasting Services Act 1992); or

(1) การกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ และไม่เกินกว่าประโยชน์ที่สาธารณชนได้รับ ทั้งนี้ การกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะเฉพาะในกรณีที่มีการกระทำเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับความช่วยเหลือในการบังคับใช้กฎหมายของสหพันธรัฐ รัฐ และเขตปกครอง หรือ ตรวจสอบการปฏิบัติตามหรือการตรวจสอบการฝ่าฝืนกฎหมาย หรือเพื่อการบริหารความยุติธรรม หรือ เพื่อการวิจัยทางวิทยาศาสตร์ การแพทย์ หรือการศึกษา ที่ได้รับอนุมัติโดยรัฐมนตรี และเขียนเพื่อวัตถุประสงค์ในมาตรานี้

(2) บุคคลที่เป็นเจ้าหน้าที่หรือหน่วยสืบราชการลับหรือเจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัยทำหน้าที่ในหน้าที่ของตน และการกระทำของบุคคลนั้นมีความสมเหตุสมผลในสถานการณ์เช่นนี้เพื่อวัตถุประสงค์ในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว

(3) บุคคลเข้าร่วมดำเนินการด้วยความสุจริตเพื่อช่วยเหลือ Australian Communications and Media Authority ในการตรวจจับเนื้อหาต้องห้ามตามความหมายใน the Broadcasting Services Act 1992 หรือเนื้อหาต้องห้ามที่อาจเกิดขึ้น ในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้มีอำนาจนั้น หรือเพื่อการผลิต การพัฒนาหรือการอัปเดตการกรองเนื้อหาเทคโนโลยี (รวมถึงซอฟต์แวร์) ตาม the Broadcasting Services Act 1992

2) มาตรา 474.20 ครอบครอง ควบคุม ผลิต จัดหา หรือได้รับสื่อลามกอนาจารเด็กผ่านทางเครือข่ายบริการ (carriage service)¹⁴⁸ โดยกำหนดว่า บุคคลใดครอบครอง

(ii) a designated alternative access-prevention arrangement (within the meaning of clause 60 of that Schedule).

¹⁴⁸ Section 474.20 Possessing, controlling, producing, supplying or obtaining child pornography material for use through a carriage service

(1) A person is guilty of an offence if:

(a) the person:

(i) has possession or control of material; or

(ii) produces, supplies or obtains material; and

(b) the material is child pornography material; and

(c) the person has that possession or control, or engages in that production, supply or obtaining, with the intention that the material be used:

(i) by that person; or

ควบคุม ผลิต จัดหา หรือได้รับสื่อลามกอนาจารเด็ก โดยมีเจตนาใช้สื่อ นั้นโดยบุคคลนั้นหรือโดยบุคคลอื่น ในการกระทำความผิดตามมาตรา 474.19 (ผ่านทางเครือข่ายบริการ (carriage service)) ต้องระวางโทษ จำคุก 10 ปี โดยมีข้อยกเว้นเช่นเดียวกับมาตรา 474.19

(2) กฎหมายระดับมลรัฐ

ทุกรัฐและเขตปกครองของออสเตรเลียได้ออกกฎหมายห้ามมิให้มีการสร้าง การครอบครอง และการแจกจ่ายสื่อลามกอนาจารเด็กทุกชนิด โดยบางรัฐก็ใช้คำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามคำนิยามในกฎหมายระดับสหพันธรัฐ แต่บางรัฐก็กำหนดคำนิยามเป็นของตนเองซึ่งมีความแตกต่างจากคำนิยามในกฎหมายระดับสหพันธรัฐ แต่อย่างไรก็ตาม คำนิยามของทุกรัฐนั้น ให้ความหมายว่าสื่อลามกอนาจารเด็กว่าหมายถึงความรวมถึงสื่อที่ปรากฏภาพของเด็กที่เกิดจากจินตนาการหรือสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนด้วย¹⁴⁹

ตัวอย่างเช่นกฎหมายของรัฐนิวเซาท์เวลส์ (the Crimes Act 1900) มาตรา 91FA¹⁵⁰ บัญญัติว่า เด็ก หมายถึง บุคคลที่อายุต่ำกว่า 16 ปี และ สื่อ หมายถึงความรวมถึง ฟิล์ม สิ่งพิมพ์ ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ หรือสิ่งอื่นใดไม่ว่าชนิดใด (รวมถึงภาพในคอมพิวเตอร์ หรือภาพอื่น ๆ

(ii) by another person; in committing an offence against section 474.19 (using a carriage service for child pornography material).

Penalty: Imprisonment for 10 years.

(2) A person may be found guilty of an offence against subsection (1) even if committing the offence against section 474.19 (using a carriage service for child pornography material) is impossible.

(3) It is not an offence to attempt to commit an offence against subsection (1).

¹⁴⁹ Cory Lyn Takeuchi, *supra note 142*, pp.233.

¹⁵⁰ Section 91FA Definitions For the purposes of this Division:

Child means a person who is under the age of 16 years.

Material includes any film, printed matter, data or any other thing of any kind (including any computer image or other depiction).

ด้วย) ส่วนมาตรา 91FB¹⁵¹ ได้ให้คำนิยามของสื่อการล่วงละเมิดเด็ก (Child abuse material) ว่า สื่อที่แสดงหรืออธิบายไปในแนวทางที่วิญญูชนเข้าใจในสถานการณ์อันน่ารังเกียจ ดังต่อไปนี้

(a) บุคคลที่เป็น ดูเหมือนเป็น หรือมีความหมายโดยนัยว่าเป็นเด็ก ซึ่งเป็นเหยื่อของการทรมาน การกระทำที่โหดร้าย หรือการทารุณกรรมทางร่างกาย หรือ

(b) บุคคลที่เป็น ดูเหมือนเป็น หรือมีความหมายโดยนัยว่าเป็นเด็ก ที่มีส่วนร่วมหรือเห็นได้ชัดว่ามีส่วนร่วมในการแสดงท่าทางทางเพศ หรือกิจกรรมทางเพศ (ไม่ว่าจะมีบุคคลอื่นอยู่ร่วมด้วยหรือไม่) หรือ

(c) บุคคลที่เป็น ดูเหมือนเป็น หรือมีความหมายโดยนัยว่าเป็นเด็ก อยู่ในที่ที่มีบุคคลที่มีส่วนร่วมหรือเห็นได้ชัดว่ามีส่วนร่วมในการแสดงท่าทางทางเพศหรือกิจกรรมทางเพศ หรือ

(d) แสดงอวัยวะในส่วนที่เป็นส่วนตัวของบุคคลที่เป็น ดูเหมือนเป็น หรือมีความหมายโดยนัยว่าเป็นเด็ก ทั้งนี้ เนื้อหาที่แสดงอวัยวะในส่วนที่เป็นส่วนตัวของบุคคลนั้น รวมถึงเนื้อหาที่แสดงการเป็นตัวแทนของบุคคล หรืออวัยวะในส่วนที่เป็นส่วนตัวของบุคคลที่รวมถึงการ

¹⁵¹ Section 91FB Child abuse material—meaning

(1) In this Division: child abuse material means material that depicts or describes, in a way that reasonable persons would regard as being, in all the circumstances, offensive:

(a) a person who is, appears to be or is implied to be, a child as a victim of torture, cruelty or physical abuse, or

(b) a person who is, appears to be or is implied to be, a child engaged in or apparently engaged in a sexual pose or sexual activity (whether or not in the presence of other persons), or

(c) a person who is, appears to be or is implied to be, a child in the presence of another person who is engaged or apparently engaged in a sexual pose or sexual activity, or

(d) the private parts of a person who is, appears to be or is implied to be, a child.

ปรับเปลี่ยนหรือจัดการให้ดูเหมือนเป็นเด็กหรือเพื่อสร้างภาพวาดด้วย¹⁵² สำหรับอวัยวะในส่วนที่เป็น ส่วนตัวของบุคคล หมายถึง บริเวณอวัยวะเพศหรือทวารหนักของบุคคล หรือหน้าอกของผู้หญิง¹⁵³

อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาว่า สื่อดังกล่าวเป็นสถานการณ์อันน่า รังเกียจหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาองค์ประกอบต่อไปนี้ดังต่อไปนี้¹⁵⁴

(a) มาตรฐานศีลธรรมความดีและความชอบธรรมโดยทั่วไปที่วิญญูชน ยอมรับ และ

(b) คุณค่าทางวรรณกรรม ศิลปกรรม หรือทางการศึกษา (ถ้ามี) ของสื่อ นั้น และ

(c) คุณค่าทางด้านสื่อสารมวลชนของสื่อ นั้น ไม่ว่าจะ เป็นบันทึก หรือ รายงาน ของเรื่องที่เป็นประโยชน์สาธารณะ และ

¹⁵² Section 91FB (3) Material that depicts a person or the private parts of a person includes material that depicts a representation of a person or the private parts of a person (including material that has been altered or manipulated to make a person appear to be a child or to otherwise create a depiction referred to in subsection (1)).

¹⁵³ Section 91FB (4) The private parts of a person are:

(a) a person's genital area or anal area, or

(b) the breasts of a female person.

¹⁵⁴ Section 91FB (2) The matters to be taken into account in deciding whether reasonable persons would regard particular material as being, in all the circumstances, offensive, include:

(a) the standards of morality, decency and propriety generally accepted by reasonable adults, and

(b) the literary, artistic or educational merit (if any) of the material, and

(c) the journalistic merit (if any) of the material, being the merit of the material as a record or report of a matter of public interest, and

(d) the general character of the material (including whether it is of a medical, legal or scientific character).

(d) ลักษณะทั่วไปของสื่อ นั้น ไม่ว่าจะเป็ นทางการแพทย ฎหมายหรือ วิทยาศาสตร์

สำหรับความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กใน the Crimes Act 1900 ซึ่งเป็นกฎหมายของรัฐนิวเซาท์เวลส์ อยู่ในมาตรา 91H¹⁵⁵ ความผิดฐานผลิต เผยแพร่ หรือครอบครอง สื่อการล่วงละเมิดเด็ก (Child abuse material) โดยกำหนดว่า บุคคลใด มีการกระทำได้ดังต่อไปนี้

(1) ผลิตสื่อการล่วงละเมิดเด็ก (Child abuse material) ประกอบด้วย การ สร้างสื่อดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็ น ฟิ ล์ม ภาพถ่าย ภาพพิมพ์ หรือสื่อประเภทอื่น หรือการเปลี่ยนแปลง หรือการจัดการเพื่อให้เกิดสื่อการล่วงละเมิดเด็ก (Child abuse material) หรือการทำข้อตกลง หรือ การเตรียมการเพื่อจะการกระทำต่าง ๆ ที่กล่าวมาแล้ว

¹⁵⁵ Section 91H Production, dissemination or possession of child abuse material

(1) In this section:

disseminate child abuse material, includes:

- (a) send, supply, exhibit, transmit or communicate it to another person, or
- (b) make it available for access by another person, or
- (c) enter into any agreement or arrangement to do so.

possess child abuse material includes, in relation to material in the form of data, being in possession or control of data (within the meaning of section 308F (2)).

produce child abuse material includes:

- (a) film, photograph, print or otherwise make child abuse material, or
- (b) alter or manipulate any image for the purpose of making child abuse material, or
- (c) enter into any agreement or arrangement to do so.

(2) A person who produces, disseminates or possesses child abuse material is guilty of an offence.

Maximum penalty: imprisonment for 10 years.

(2) เผยแพร่สื่อการล่วงละเมิดเด็ก (Child abuse material) ประกอบด้วยการส่ง การจัดหา การแสดง การส่งผ่าน หรือการสื่อสารไปยังบุคคลอื่น หรือทำให้บุคคลอื่นเข้าถึงสื่อชิ้นได้หรือการทำข้อตกลง หรือการเตรียมการเพื่อจะทำการกระทำต่าง ๆ ที่กล่าวมาแล้ว

(3) ครอบครองสื่อการล่วงละเมิดเด็ก (Child abuse material) ซึ่งการครอบครองนั้นรวมถึงข้อมูลที่อยู่ในคอมพิวเตอร์ด้วย

ต้องระวางโทษ จำคุกสูงสุด 10 ปี โดยมีข้อยกเว้นหรือข้อยกเว้นของจำเลย¹⁵⁶ ได้แก่

¹⁵⁶ Section 91HA Defences

(1) Innocent production, dissemination or possession

It is a defence in proceedings for an offence against section 91H that the defendant did not know, and could not reasonably be expected to have known, that he or she produced, disseminated or possessed (as the case requires) child abuse material.

(2) It is a defence in proceedings for an offence against section 91H not involving the production or dissemination of child abuse material that the material concerned came into the defendant's possession unsolicited and the defendant, as soon as he or she became aware of its nature, took reasonable steps to get rid of it.

(3) Public benefit

It is a defence in proceedings for an offence against section 91H that the conduct engaged in by the defendant:

(a) was of public benefit, and

(b) did not extend beyond what was of public benefit.

(4) Conduct is of public benefit if, and only if, the conduct is necessary for or of assistance in:

(a) enforcing or administering a law of the State, or of another State, a Territory or the Commonwealth, or

(b) monitoring compliance with, or investigating a contravention of, a law of the State, or of another State, a Territory or the Commonwealth, or

(1) การผลิต เผยแพร่ หรือครอบครอง สื่อการล่วงละเมิดเด็ก (Child abuse material) โดยไม่รู้ กล่าวคือ จำเลยอาจอ้างได้ว่า ไม่รู้ และมีเหตุผลที่เหมาะสมที่ไม่รู้ว่าสื่อที่จำเลยผลิต เผยแพร่ หรือครอบครองนั้น เป็นสื่อการล่วงละเมิดเด็ก หรือจำเลยได้ครอบครองสื่อ นั้น โดยที่จำเลยไม่พึงประสงค์ และเมื่อจำเลยทราบก็ได้จัดการอย่างเหมาะสมเพื่อกำจัดสื่อ นั้น

(2) การกระทำของจำเลยเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ และไม่เกินกว่า ประโยชน์ที่สาธารณะได้รับ

(c) the administration of justice.

(5) The question of whether a person's conduct is of public benefit is a question of fact and the person's motives for engaging in the conduct are irrelevant.

(6) Law enforcement officers

It is a defence in proceedings for an offence against section 91H that:

(a) the defendant was, at the time of the offence, a law enforcement officer acting in the course of his or her duties, and

(b) the conduct of the defendant was reasonable in the circumstances for the purpose of performing that duty.

(7) Classified material

It is a defence in proceedings for an offence against section 91H that the material concerned was classified (whether before or after the commission of the alleged offence) under the Classification (Publications, Films and Computer Games) Act 1995 of the Commonwealth, other than as refused classification (RC).

(8) Approved research

It is a defence in proceedings for an offence against section 91G or 91H that the conduct engaged in by the defendant:

(a) was necessary for or of assistance in conducting scientific, medical or educational research that has been approved by the Attorney General in writing for the purposes of this section, and

(b) did not contravene any conditions of that approval.

(3) การกระทำของจำเลยเป็นไปเพื่อปฏิบัติตนเป็นประโยชน์ต่อสาธารณชน ในการบังคับใช้หรือการบริหารกฎหมายของรัฐ หรือของรัฐอื่น หรือของเขตปกครองหรือของเครื่องจักรภพ หรือในการตรวจสอบการปฏิบัติตามหรือการตรวจสอบการฝ่าฝืนกฎหมาย ของรัฐ หรือของรัฐอื่น หรือของเขตปกครองหรือของเครื่องจักรภพ หรือในการบริหารความยุติธรรม

(4) จำเลยเป็นเจ้าของหน้าที่ที่บังคับใช้กฎหมาย โดยในช่วงเวลาที่กระทำ ความผิดนั้นจำเลยได้ปฏิบัติหน้าที่ในหน้าที่ของตนและพฤติกรรมของจำเลยมีความสมเหตุสมผลในสถานการณ์เช่นนั้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว

(5) สื่อนั้นได้รับการจัดระดับหรือการตรวจสอบเนื้อหาตาม the Classification (Publications, Films and Computer Games) Act 1995 นอกเหนือจากสิ่งที่ถูกปฏิเสธการจัดระดับชั้น หรือ RC (Refused Classification)

(6) งานวิจัยที่ได้รับการอนุมัติแล้ว โดยเนื้อหานั้นเป็นสิ่งที่จำเป็นหรือความช่วยเหลือในการดำเนินการทางวิทยาศาสตร์ ทางการแพทย์ หรือทางการศึกษาที่ได้รับการอนุมัติโดยอัยการสูงสุดในการเขียนเพื่อวัตถุประสงค์ในส่วนนี้และไม่ฝ่าฝืนเงื่อนไขใด ๆ ในการอนุมัติดังกล่าว

3.2.1.3 ตัวอย่างคดี

คดีที่น่าสนใจเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน เป็นการตัดสินของ the New South Wales Supreme Court ในช่วงต้นปี 2009 ในคดี *McEwen v Simmons & Anour [2008] NSWSC 1292* โจทก์ถูกตัดสินว่าครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก (ภายใต้กฎหมายของมลรัฐ) และใช้คอมพิวเตอร์ของตนในการเข้าถึงเนื้อหาสื่อลามกอนาจารเด็ก (ภายใต้กฎหมายของสหพันธรัฐ) สื่อลามกอนาจารเด็กนั้น ประกอบด้วยชุดของการตูนวาดร่างแบบจำลองตัวการ์ตูนโทรทัศน์เรื่อง "เดอะซิมป์สัน" ซึ่งมีการกระทำทางเพศที่แสดงโดยบุคคลที่เป็นเด็กในครอบครัว และเห็นอวัยวะเพศอย่างชัดเจน¹⁵⁷

ในประเด็นแรกศาลพิจารณาถึงอายุของตัวการ์ตูน (Bart และ Lisa) ศาลตั้งข้อสังเกตว่าอายุของตัวการ์ตูนนั้นสามารถทราบได้จากการ์ตูนเรื่องนี้ และไม่มีข้อสงสัยเลยว่าตัวการ์ตูนนั้นอายุน้อยกว่า 18 ปี (กฎหมายระดับสหพันธรัฐกำหนดว่าเด็ก คือ บุคคลที่อายุน้อยกว่า 18

¹⁵⁷ Michaela Poborilova, "Virtual Child Pornography," *Masaryk University Journal of Law and Technology*, Vol.5, Issue 2, pp.248 (Fall 2011).

ปี) และตัวการ์ตูนนั้นก็น่าจะอายุน้อยกว่า 16 ปี ด้วย (กฎหมายของมลรัฐกำหนดว่าเด็ก คือ บุคคลที่อายุน้อยกว่า 16 ปี)¹⁵⁸



ภาพที่ 3.1 ตัวการ์ตูนในเรื่อง "เดอะซิมป์สัน" จาก Thread: Simpsons: The Naked Truth," Retrieved on May 30, 2016, from <http://www.lardlad.com/images/family/family017.gif>

ประเด็นสำคัญในคดีนี้ก็คือ ตัวการ์ตูนในเรื่อง "เดอะซิมป์สัน" ดังกล่าว เป็น "บุคคล" ตามกฎหมายหรือไม่ และยิ่งไปกว่านั้นคือตัวการ์ตูนดังกล่าวเป็นตัวแทนของบุคคลใดหรือไม่ ซึ่งในความเป็นจริงตัวการ์ตูนนั้นไม่ได้เป็นตัวแทนของบุคคลหรือมนุษย์คนใด ไม่ว่าเรื่องจริงหรือสมมติ เห็นได้ชัดจากใบหน้าที่มี ตา จมูก และปากแตกต่างกันกับของมนุษย์อย่างชัดเจน ซึ่งศาลเห็นความแตกต่างพื้นฐานในรูปแบบระหว่างภาพของมนุษย์และภาพของบุคคลในจินตนาการ ข้อแตกต่างนั้นชัดเจนว่าเป็นภาพที่ถูกสร้างขึ้น หรือเป็นเพียงบุคคลในจินตนาการ แต่ในมุมมองของกฎหมายนั้น มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อต่อสู้โดยตรงกับการใช้ประโยชน์และการล่วงละเมิดทางเพศเด็ก ซึ่งรวมถึงการยับยั้งการผลิตสิ่งต่าง ๆ ที่จะนำไปสู่การล่วงละเมิดทางเพศเด็กด้วย เกี่ยวกับประเด็นนี้

¹⁵⁸ Michaela Poborilova, *supra note 186*, pp.248.

ศาลจึงสรุปว่า ไม่มีเหตุผลที่จะจำกัดความหมายของบุคคลหรือสิ่งที่เป็นตัวแทนหรือแสดงถึงบุคคล ดังนั้น คำนิยามตามกฎหมาย จึงรวมถึงการวาดภาพของตัวละครสมมติซึ่งก็คือตัวการ์ตูนด้วย ศาลชี้ว่า แม้ความจริงที่ว่ารูปการ์ตูนที่วาดนั้นจะแตกต่างจากรูปแบบของมนุษย์ หรือมีความเหมือนมนุษย์เพียงน้อยนิด และไม่ได้แสดงให้เห็นถึงหรือเป็นตัวแทนของมนุษย์ แต่เพียงแค่มีลักษณะคล้ายมนุษย์ก็เพียงพอแล้ว¹⁵⁹

เมื่อกฎหมายของรัฐประกาศใช้ จุดประสงค์ของกฎหมายนั้นต้องครอบคลุมทุกสถานการณ์ แต่ต้องอยู่ในขอบเขตที่เหมาะสมเพื่อให้แน่ใจว่าภาพถ่ายครอบครัวที่ไร้เดียงสาของเด็กที่เปลือยกายจะไม่ได้รับการพิจารณาเป็นสื่อลามกอนาจารเด็ก ศาลยอมรับว่าบริบทของกฎหมายรัฐคือการป้องกันของเด็กจากการแสวงหาประโยชน์และการล่วงละเมิดทางเพศ โดยแนวความคิดของบุคคลในบริบทนี้ คือ ความสามารถของตัวละครที่แสดงถึงความเป็นจริงเช่นเดียวกับบุคคล ดังนั้น ตัวการ์ตูนก็อาจจะเป็นการบรรยายถึงบุคคลได้ ส่วนภาพวาดจะต้องเป็นภาพที่ที่สังเกตได้อย่างแน่ชัด แม้ไม่ได้มีความเฉพาะเจาะจงว่าเป็นมนุษย์ และแม้กระทั่งภาพวาดนั้นจะปราศจากความสมจริงก็ไม่ได้หมายความว่าภาพนั้นไม่ได้เป็นภาพของมนุษย์ในความรู้สึกนี้ ศาลจึงสรุปว่า คำว่าบุคคล (ในทั้งสองฐานความผิด) รวมถึงตัวละครที่ไม่มีตัวตนหรือในจินตนาการ และแม้ว่ารูปร่างเหล่านั้นแตกต่างจากความสมจริงในบางประการของมนุษย์ แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าตัวละครดังกล่าวไม่ใช่มนุษย์¹⁶⁰

ข้อสังเกตอีกประการหนึ่งคือในการตัดสินคดีนี้ คือ ศาลได้อ้างถึงคดี *Holland v. the Queen* เกี่ยวกับความแตกต่างระหว่างการพรรณนาภาพของบุคคลในงานเขียนและการวาดภาพของบุคคล โดยในงานเขียน ไม่สำคัญว่านักเขียนพยายามที่จะพรรณนาถึงบุคคลที่มีตัวตนจริงหรือไม่ เพราะในกระบวนการนี้ไม่จำเป็นต้องมีบุคคลจริงมาเกี่ยวข้อง ไม่มีการแสดงของบุคคล เป็นเพียงการบรรยายจากข้อความ แต่ในทางกลับกัน การวาดภาพของบุคคล อาจจะเป็นบุคคลที่มีตัวตนจริง หรือบุคคลในจินตนาการก็ได้ ความสำคัญของการแยกความแตกต่างระหว่างบุคคลที่มีตัวตนจริงกับบุคคลจินตนาการไม่มีเหตุผลในแง่ของงานเขียน แต่เป็นองค์ประกอบสำคัญในแง่ของงานภาพ หลักฐานที่มีอยู่แสดงให้เห็นว่าภาพดังกล่าวมีเนื้อหาเกี่ยวกับทางเพศที่ชัดเจน และอาจเป็นอันตราย ไม่ว่าจะบุคคลในภาพจะเป็นบุคคลที่มีตัวตนจริงหรือไม่ก็ตาม และยิ่งไปกว่านั้น การ

¹⁵⁹ Michaela Poborilova, *supra note 186*, pp.249.

¹⁶⁰ *Ibid.*, pp.249-250.

พัฒนาของเทคโนโลยีอาจทำให้การแยกความแตกต่างระหว่างภาพเด็กที่มีตัวตนจริง กับเด็กที่สร้างขึ้นจากคอมพิวเตอร์เป็นไปได้โดยยาก¹⁶¹

3.2.2 ฟิลิปปินส์

ก่อนปี 2009 ฟิลิปปินส์เป็นประเทศที่รู้จักกันว่าเป็น "สวรรค์ของสื่อลามกอนาจารเด็ก" เนื่องจากไม่มีกฎหมายเฉพาะที่บังคับกับสื่อลามกอนาจารเด็ก แต่เป็นการนำพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กจากการล่วงละเมิดทางเพศ การแสวงหาผลประโยชน์ทางเพศ และการเลือกปฏิบัติ (the Special Protection of Children against Abuse, Exploitation and Discrimination Act) ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปมาใช้ดำเนินคดีเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก แต่เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวไม่ได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กโดยเฉพาะ ทำให้เกิดช่องโหว่ของกฎหมาย และไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดได้อย่างมีประสิทธิภาพ นำไปสู่การออกกฎหมายฉบับใหม่ที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กโดยเฉพาะ คือ พระราชบัญญัติต่อต้านสื่อลามกอนาจารเด็ก ปี 2009 (The Anti-Child Pornography Act of 2009)¹⁶²

กฎหมายฉบับดังกล่าวได้รับการสนับสนุนจากประชาชน ตลอดจนสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาผ่านทางคณะกรรมการด้านความยุติธรรมและสวัสดิภาพของเด็กและคณะกรรมการเพื่อเด็ก สตรีและครอบครัว รวมทั้งผู้พิพากษา ได้มีความเห็นเกี่ยวกับร่างกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กของตนเอง¹⁶³ ซึ่งในกฎหมายนั้น สื่อลามกอนาจารเด็กหมายความว่าความรวมถึงเด็กทั้งที่มีหรือไม่มีตัวตนซึ่งอายุต่ำกว่า 18 ปี ที่มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศ ไม่ว่าจะจริงหรือจำลอง หรือการแสดงลักษณะทางเพศของเด็กเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ ซึ่งจะทำให้การครอบครองภาพวาด ภาพการ์ตูน หรือภาพที่สร้างขึ้นจากคอมพิวเตอร์ ไม่ว่าจะเป็นภาพนั้นจะเหมือนเด็กที่มีตัวตนจริงหรือไม่เป็นความผิดอาญา เหมือนกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กทั่วไป¹⁶⁴

¹⁶¹ *Ibid.*, pp.250.

¹⁶² Emmanuel Rey P Cruz, "Outlawing Lolita: Testing the Constitutionality and Practicality of the "Victimless" Provisions of the Anti-Child Pornography Act of 2009," *Ateneo Law Journal*, Vol. 55, Issue 3, pp.762, (2010).

¹⁶³ *Ibid.*, pp.762.

¹⁶⁴ Philippines to ban Hentai, calls it 'Child Pornography', Retrieved on May 30, 2018, from <https://www.japanator.com/philippines-to-ban-hentai-calls-it-child-pornography--9704.phtml>

3.2.2.1 เหตุผลที่กำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนรวมกับสื่อลามกอนาจารเด็ก

ในการพิจารณาร่างกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของสภาผู้แทนราษฎรฟิลิปปินส์นั้น ให้ความสำคัญกับการปกป้อง ร่างกาย จิตใจ ศีลธรรม อารมณ์ จิตวิทยา และสังคม ของเด็ก ๆ ในประเทศ จึงมีการกำหนดความผิดต่อผู้ที่ ขาย เสนอ โฆษณา และส่งเสริม สื่อลามกอนาจารเด็ก และการครอบครอง การดาวน์โหลด การซื้อขาย การทำซ้ำ และการจัดทำสื่อลามกอนาจารเด็ก โดยมีเจตนาที่จำหน่ายหรือเผยแพร่ รวมถึงการใช้อินเทอร์เน็ตเพื่อเป็นสื่อที่ทำให้พอใจหรือตอบสนองความต้องการทางเพศ ต้องมีโทษที่หนักเพื่อให้เหมาะสมกับความรุนแรงของการกระทำ ภายใต้กฎหมายดังกล่าว¹⁶⁵

ประเด็นหนึ่งที่น่าสนใจในร่างกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรซึ่งได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการร่วมด้านความยุติธรรมและสวัสดิภาพเด็ก (the Joint Committees on Justice and Welfare of Children) คือการทำให้ เฮนไต (Hentai) หรือการ์ตูนญี่ปุ่นที่ลามกอนาจาร ซึ่งก็คือสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน เป็นสิ่งผิดกฎหมาย ในประเด็นนี้ โมนิกา ปริโต-ทีโอดโร (Monica Prieto-Teodoro) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ได้ให้ความเห็นว่า สื่อลามกอนาจารเด็กสามารถอยู่ในรูปแบบต่าง ๆ ทั้ง สื่อแสดงภาพ การบรรยายด้วยเสียง ข้อความ หรือสื่ออื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเพศที่ชัดเจนกับเด็ก¹⁶⁶

เมื่อร่างกฎหมายดังกล่าวผ่านเข้าสู่การพิจารณาของวุฒิสภา ก็ได้มีการพิจารณาถึงประเด็นนี้เช่นกัน โดยการพิจารณาเพิ่มเติมค่านิยมของเด็ก ให้หมายความรวมถึงบุคคลที่ไม่คำนึงถึงอายุซึ่งแสดง วาดให้เห็น หรือทำให้เชื่อว่าเป็นเด็ก เช่น กรณีการให้นางแบบที่บรรลุนิติภาวะแล้วมาไว้ผมเปีย ถือลูกโป่งหรืออมยิ้ม อยู่ท่ามกลางตุ๊กตาสัตว์ต่าง ๆ เพื่อให้คนทั่วไปเข้าใจว่าเป็นภาพของเด็ก ในประเด็นนี้ สมาชิกวุฒิสภา มิเรียม ดิเฟนเซอร์ ซานติอาโก้ (Miriam Defensor

¹⁶⁵ Emmanuel Rey P Cruz, *supra note 191*, pp.763-764.

¹⁶⁶ J. Camero & I. Yambot Jr., House wants to ban pornographic cartoon, Retrieved on November, 7, 2010 from <http://www.congress.gov.ph/press/details.php?pressid=3253> Quoted in Emmanuel Rey P Cruz, *supra note 191*, pp.765.

Santiago) อธิบายว่า เมื่อกฎหมายมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องคุ้มครองเด็ก การขยายคำนิยามจะเป็นการลงโทษความเลวร้ายของผู้ชม¹⁶⁷

จากการพิจารณาร่างกฎหมายของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภามีข้อพิจารณาสรุปได้สองประการ ได้แก่ การที่กฎหมายมีความประสงค์ที่จะทำให้การตุนฎิ์ปูนที่ลามกอนาจาร เป็นสิ่งผิดกฎหมาย จึงเป็นที่มาของการทำให้กฎหมายนั้นครอบคลุมภาพลามกอนาจารที่เกี่ยวข้องกับการเป็นตัวแทนเสมือนของเด็ก หรือสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน และการที่ยอมรับการเพิ่มเติมคำนิยามของคำว่า เด็ก ในกฎหมาย แสดงถึงเจตนาที่จะลงโทษการจำลองความเป็นเด็ก ซึ่งวัตถุประสงค์ทั้งสองประการนั้นได้รวมอยู่ในพระราชบัญญัติต่อต้านสื่อลามกอนาจารเด็ก ปี 2009 (The Anti-Child Pornography Act of 2009) ซึ่งเป็นกฎหมายที่บังคับใช้ในปัจจุบันแล้ว¹⁶⁸

3.2.2.2 กฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนในปัจจุบัน

พระราชบัญญัติต่อต้านสื่อลามกอนาจารเด็ก ปี 2009 (The Anti-Child Pornography Act of 2009) เป็นกฎหมายที่กำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กและกำหนดโทษเกี่ยวกับการกระทำความผิดนั้น โดยมีนโยบายของการประกาศใช้ คือ รัฐตระหนักถึงบทบาทที่สำคัญของเด็กในการพัฒนาประเทศชาติ และจะส่งเสริมและคุ้มครองปกป้อง ร่างกาย จิตใจ ศีลธรรม อารมณ์ จิตวิทยา และสังคม ของเด็ก ด้วยเหตุนี้รัฐจึงต้อง¹⁶⁹

(a) รับรองสิทธิพื้นฐานของเด็กทุกคนจากการถูกทอดทิ้ง การทารุณและเงื่อนไขอื่น ๆ ที่มีผลต่อการพัฒนาของเด็ก

(b) ปกป้องเด็กทุกคนจากทุกรูปแบบของการแสวงหาประโยชน์ทางเพศ โดยมีขอบและการล่วงละเมิดทางเพศ โดยไม่จำกัดเฉพาะ (1) การใช้เด็กในการแสดงและสื่อลามกอนาจาร และ (2) การจูงใจหรือบีบบังคับให้เด็กมีส่วนร่วมหรือมีเกี่ยวข้องในสื่อลามกอนาจารด้วยวิธีการใด ๆ และ

¹⁶⁷ 14th Congress - Second Regular Session, *Senate Journal No.5*, (August 5, 2008). Quoted in Emmanuel Rey P Cruz, *supra note 191*, pp.765.

¹⁶⁸ Emmanuel Rey P Cruz, *supra note 191*, pp.765.

¹⁶⁹ The Anti-Child Pornography Act of 2009, Retrieved on May, 30, 2018 from <http://hrlibrary.umn.edu/research/Philippines/RA%209775%20-%20Anti-Child%20Pornography%20Act%20of%202009.pdf>

(c) เป็นการปฏิบัติตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่ฟิลิปปินส์เป็นผู้ลงนามหรือเป็นรัฐภาคีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของเด็ก

พระราชบัญญัติดังกล่าวได้ให้คำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กว่า หมายถึง สื่อใด ๆ ไม่ว่าจะ เป็นสื่อแสดงภาพ การบรรยายด้วยเสียง หรือลายลักษณ์อักษร รวมถึงวิธีการอื่นใด ทั้งอิเล็กทรอนิกส์ เครื่องกล ดิจิทัล ออปติคัล หรือวิธีอื่น ๆ ในลักษณะเดียวกัน ที่มีภาพของเด็กมีส่วนร่วมหรือเกี่ยวข้องในกิจกรรมทางเพศที่ชัดเจนไม่ว่าจริงหรือจำลอง¹⁷⁰ การบัญญัติให้สื่อลามกอนาจารเด็กมีความหมายรวมถึงการจำลอง แสดงให้เห็นว่าสื่อลามกอนาจารเด็กมีความหมายรวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนด้วย อีกทั้ง เมื่อพิจารณาการให้คำนิยามของคำว่า เด็ก ในกฎหมายดังกล่าว ยิ่งแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าต้องการให้สื่อลามกอนาจารเด็กครอบคลุมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน กล่าวคือ เด็ก หมายถึง บุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปี หรือมากกว่าแต่ไม่สามารถดูแลตัวเองอย่างเต็มที่จากการถูกล่วงละเมิดทางเพศ การถูกทอดทิ้ง การถูกทารุณกรรม การแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบ หรือการเลือกปฏิบัติเนื่องจากความพิการทางร่างกายหรือจิตใจ หรืออาการป่วย และเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัตินี้ เด็กมีความหมายรวมถึง (1) บุคคลที่ไม่คำนึงถึงอายุ ซึ่งแสดง วาดให้เห็น หรือสวมบทบาทเป็นเด็กตามความหมายในพระราชบัญญัตินี้ และ (2) ภาพที่สร้างขึ้นจากคอมพิวเตอร์ ดิจิทัล หรือสร้างด้วยมือ ของบุคคลที่เป็นตัวแทนหรือถูกทำให้ดูเหมือนเป็นเด็กตามความหมายในพระราชบัญญัตินี้¹⁷¹

¹⁷⁰ Section 3 (b) "Child pornography" refers to any representation, whether visual, audio, or written combination thereof, by electronic, mechanical, digital, optical, magnetic or any other means, of child engaged or involved in real or simulated explicit sexual activities.

¹⁷¹ Section 3 (a) "Child" refers to a person below eighteen (18) years of age or over, but is unable to fully take care of himself/herself from abuse, neglect, cruelty, exploitation or discrimination because of a physical or mental disability or condition.

For the purpose of this Act, a child shall also refer to:

- (1) a person regardless of age who is presented, depicted or portrayed as a child as defined herein; and
- (2) computer-generated, digitally or manually crafted images or graphics of a person who is represented or who is made to appear to be a child as defined herein.

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติดังกล่าวยังได้ให้คำนิยามของคำว่า กิจกรรมทางเพศที่ชัดเจน (Explicit Sexual Activity)¹⁷² ว่า รวมถึงทั้งกิจกรรมที่เกิดขึ้นจริงหรือจำลองขึ้น ซึ่งอยู่ในรูปแบบของ (1) การมีเพศสัมพันธ์ หรือการกระทำที่สนองความใคร่ ไม่จำกัดเฉพาะการกระทำระหว่างอวัยวะเพศกับอวัยวะเพศ ปากกับอวัยวะเพศ ทวารหนักกับอวัยวะเพศ หรือปากกับทวารหนัก ไม่ว่าจะเป็นระหว่างคนที่มีเพศเดียวกันหรือเพศตรงข้าม (2) การสมสู่ระหว่างมนุษย์และสัตว์ (3) การสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง (4) การกระทำชำเราอย่างทารุณ (5) ภาพอวัยวะเพศ สะโพก หน้าอก ขนบริเวณอวัยวะเพศ ที่สนองความใคร่ หรือ (6) การใช้อุปกรณ์หรือเครื่องมือใด ๆ เพื่อสนองความใคร่

สำหรับการกระทำที่เป็นความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ ประกอบด้วย

(a) จ้าง ใช้ ชักชวน โน้มน้าวใจ หรือบังคับเด็ก ให้แสดงในการสร้างหรือผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กทุกรูปแบบ¹⁷³

(b) สร้าง จัดการ ผลิต ทำให้เกิด สื่อลามกอนาจารเด็กในทุกรูปแบบ¹⁷⁴

¹⁷² Section 3 (c) "Explicit Sexual Activity" includes actual or simulated -

(1) As to form:

(i) sexual intercourse or lascivious act including, but not limited to, contact involving genital to genital, oral to genital, anal to genital, or oral to anal, whether between persons of the same or opposite sex;

(2) bestiality;

(3) masturbation;

(4) sadistic or masochistic abuse;

(5) lascivious exhibition of the genitals, buttocks, breasts, pubic area and/or anus; or

(6) use of any object or instrument for lascivious acts

¹⁷³ Section 4 (a) To hire, employ, use, persuade, induce or coerce a child to perform in the creation or production of any form of child pornography

¹⁷⁴ Section 4 (b) To produce, direct, manufacture or create any form of child pornography

(c) เผยแพร่ เสนอ ส่งต่อ ขาย แจกจ่าย ออกอากาศ โฆษณา ส่งเสริม ส่งออกหรือนำเข้า สื่อลามกอนาจารเด็กในทุกรูปแบบ¹⁷⁵

โดยการกระทำความผิดตามข้อ (a) (b) และ (c) ต้องระวางโทษแบบ *reclusion temporal* ในระดับสูงสุด และปรับไม่น้อยกว่า 1 ล้านเปโซ แต่ไม่เกิน 2 ล้านเปโซ¹⁷⁶ ซึ่งโทษแบบ *reclusion temporal* ในระดับสูงสุด คือ จำคุกตั้งแต่ 17 ปี 4 เดือน 1 วัน ถึง 20 ปี¹⁷⁷

(d) ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กทุกรูปแบบโดยมีเจตนาที่จะขาย แจกจ่าย ออกอากาศ โฆษณา โดยการครอบครองสื่อดังกล่าวจำนวน 3 ภาพ หรือมากกว่า เป็นหลักฐานซึ่งแสดงถึงเจตนาที่จะขาย แจกจ่าย ออกอากาศ โฆษณาสื่อดังกล่าว¹⁷⁸

(e) เจตนา จงใจ ตั้งใจ จัดเตรียมสถานที่สำหรับการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะเป็น ห้อง ห้องส่วนตัว ห้องนอน โรงหนัง บ้าน หรือในสถานที่ประกอบธุรกิจ ที่อ้างว่าถูกกฎหมาย¹⁷⁹

¹⁷⁵ Section 4 (c) To publish offer, transmit, sell, distribute, broadcast, advertise, promote, export or import any form of child pornography

¹⁷⁶ Section 15 (b) Any person found guilty of violating Section 4(a), (b) and (c) of this Act shall suffer the penalty of *reclusion temporal* in its maximum period and a fine of not less than One million pesos (Php 1,000,000.00) but not more than Two million (Php 2,000,000.00)

¹⁷⁷ See Article 76 The Revised Penal Code

¹⁷⁸ Section 4 (d) To possess any form of child pornography with the intent to sell, distribute, publish, or broadcast: Provided. That possession of three (3) or more articles of sell, distribute, publish or broadcast

¹⁷⁹ Section 4 (e) To knowingly, willfully and intentionally provide a venue for the commission of prohibited acts as, but not limited to, dens, private rooms, cubicles, cinemas, houses or in establishments purporting to be a legitimate business

(f) ผู้จัดจำหน่ายภาพยนตร์ โรงละครและบริษัทโทรคมนาคมโดยตัวเองหรือร่วมมือกับหน่วยงานอื่น ๆ เพื่อเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กในทุกรูปแบบ¹⁸⁰

โดยการกระทำความผิดตามข้อ (d) (e) และ (f) ต้องระวางโทษแบบ *reclusion temporal* ในระดับกลาง และปรับไม่น้อยกว่า 7 แสน 5 หมื่นเปโซ แต่ไม่เกิน 1 ล้านเปโซ¹⁸¹ ซึ่งโทษแบบ *reclusion temporal* ในระดับกลาง คือ จำคุกตั้งแต่ 14 ปี 8 เดือน 1 วัน ถึง 17 ปี 4 เดือน¹⁸²

(g) บิดามารดา ผู้ดูแลตามกฎหมาย หรือบุคคลที่ควบคุมหรือพิทักษ์เด็ก เจตนาอนุญาตให้เด็กมีส่วนร่วม เข้าร่วม หรือช่วยเหลือ สื่อลามกอนาจารเด็กในทุกรูปแบบ¹⁸³ ผู้กระทำความผิดตามข้อนี้ ต้องระวางโทษแบบ *reclusion temporal* ในระดับต่ำสุด และปรับไม่น้อยกว่า 5 แสนเปโซ แต่ไม่เกิน 7 แสนเปโซ¹⁸⁴ ซึ่งโทษแบบ *reclusion temporal* ในระดับต่ำสุดคือ จำคุกตั้งแต่ 12 ปี 1 วัน ถึง 14 ปี 8 เดือน¹⁸⁵

¹⁸⁰ Section 4 (f) For film distributors, theaters and telecommunication companies, by themselves or in cooperation with other entities, to distribute any form of child pornography

¹⁸¹ Section 15 (c) Any person found guilty of violating Section 4(d), (e) and (f) of this Act shall suffer the penalty of *reclusion temporal* in its medium period and a fine of not less than Seven hundred fifty thousand pesos (Php750,000.00) but not more than One million pesos (Php1,000,000.00);

¹⁸² See Article 76 The Revised Penal Code

¹⁸³ Section 4 (g) For a parent, legal guardian or person having custody or control of a child to knowingly permit the child to engage, participate or assist in any form of child pornography

¹⁸⁴ Section 15 (d) Any person found guilty of violating Section 4(g) of this Act shall suffer the penalty of *reclusion temporal* in its minimum period and a fine of not less than Five hundred thousand pesos (Php500,000.00) but not more than Seven hundred thousand pesos (Php700,000.00)

¹⁸⁵ See Article 76 The Revised Penal Code

(h) มีส่วนร่วมในการล่อลวงเด็ก¹⁸⁶ ผู้กระทำความผิดตามข้อนี้ ต้องระวางโทษแบบ *prision mayor* ในระดับสูงสุด และปรับไม่น้อยกว่า 3 แสนเปโซ แต่ไม่เกิน 5 แสนเปโซ¹⁸⁷ ซึ่งโทษแบบ *prision mayor* ในระดับสูงสุด คือ จำคุกตั้งแต่ 10 ปี 1 วัน ถึง 12 ปี¹⁸⁸

(i) มีส่วนร่วมในการดำเนินการเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในทุกรูปแบบ¹⁸⁹ ผู้กระทำความผิดตามข้อนี้ ต้องระวางโทษแบบ *prision mayor* ในระดับต่ำสุด และปรับไม่น้อยกว่า 3 แสนเปโซ แต่ไม่เกิน 5 แสนเปโซ¹⁹⁰ ซึ่งโทษแบบ *prision mayor* ในระดับต่ำสุด คือ จำคุกตั้งแต่ 6 ปี 1 วัน ถึง 8 ปี¹⁹¹

(j) พยายามเข้าถึงสื่อลามกอนาจารเด็กในทุกรูปแบบ¹⁹² ผู้กระทำความผิดตามข้อนี้ ต้องระวางโทษแบบ *prision correccional* ในระดับสูงสุด และปรับไม่น้อยกว่า 2

¹⁸⁶ Section 4 (h) To engage in the luring or grooming of a child

¹⁸⁷ Section 15 (e) Any person found guilty of violating Section 4(h) of this Act shall suffer the penalty of *prision mayor* in its maximum period and a fine of not less than Three hundred thousand pesos (Php300,000.00) but not more than Five hundred thousand pesos (Php500,000.00)

¹⁸⁸ See Article 76 The Revised Penal Code

¹⁸⁹ Section 4 (i) To engage in pandering of any form of child pornography

¹⁹⁰ Section 15 (f) Any person found guilty of violating Section 4(i) of this Act shall suffer the penalty of *prision mayor* in its minimum period and a fine of not less than Three hundred thousand pesos (php300,000.00) but not more than Five hundred thousand pesos (Php500,000.00)

¹⁹¹ See Article 76 The Revised Penal Code

¹⁹² Section 4 (j) To willfully access any form of child pornography

แสนเปโซ แต่ไม่เกิน 3 แสนเปโซ¹⁹³ ซึ่งโทษแบบ *prision correccional* ในระดับสูงสุด คือ จำคุก ตั้งแต่ 4 ปี 2 เดือน 1 วัน ถึง 6 ปี¹⁹⁴

(k) สมคบกันกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งการสมคบกัน คือ การที่บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปมีข้อตกลงร่วมกันในการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ และ ตัดสินใจกระทำ¹⁹⁵ ผู้กระทำความผิดตามข้อนี้ ต้องระวางโทษแบบ *prision correccional* ใน ระดับกลาง และปรับไม่น้อยกว่า 1 แสนเปโซ แต่ไม่เกิน 2 แสน 5 หมื่นเปโซ¹⁹⁶ ซึ่งโทษแบบ *prision correccional* ในระดับกลาง คือ จำคุกตั้งแต่ 2 ปี 4 เดือน 1 วัน ถึง 4 ปี 2 เดือน¹⁹⁷

¹⁹³ Section 15 (g) Any person found guilty of violating Section 4(j) of this Act shall suffer the penalty of *prision correccional* in its maximum period and a fine of not less than Two hundred thousand pesos (Php200,000.00) but not more than Three hundred thousand pesos (Php300,000.00)

¹⁹⁴ See Article 76 The Revised Penal Code

¹⁹⁵ Section 4 (k) To conspire to commit any of the prohibited acts stated in this section. Conspiracy to commit any form of child pornography shall be committed when two (2) or more persons come to an agreement concerning the commission of any of the said prohibited acts and decide to commit it

¹⁹⁶ Section 15 (h) Any person found guilty of violating Section 4(k) of this Act shall suffer the penalty of *prision correccional* in its medium period and a fine of not less than One hundred thousand pesos (php100,000.00) but not more than Two hundred fifty thousand pesos (php250,000.00);

¹⁹⁷ See Article 76 The Revised Penal Code

(l) ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก¹⁹⁸ ผู้กระทำความผิดตามข้อนี้ ต้องระวางโทษแบบ *arresto mayor* ในระดับต่ำสุด และปรับไม่น้อยกว่า 5 หมื่นเปโซ แต่ไม่เกิน 1 แสนเปโซ¹⁹⁹ ซึ่งโทษแบบ *arresto mayor* ในระดับต่ำสุด คือ จำคุกตั้งแต่ 1 ถึง 2 เดือน²⁰⁰

3.3 ประเทศที่กำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กโดยเฉพาะ แต่ไม่รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน

การกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กตามแนวทางนี้ เป็นกรณีที่มีมุมมองว่าสื่อลามกอนาจารเด็กและสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนนั้นแตกต่างกัน โดยมีการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กโดยเฉพาะ แต่คำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กนั้น ไม่รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน และการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไม่ควรจะเป็นความผิดอาญา แต่การเผยแพร่ หรือจำหน่าย สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน จะเป็นความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารทั่วไป

3.3.1 ญี่ปุ่น

ในช่วงไม่กี่ปีที่ผ่านมา มีการเรียกร้องภายในประเทศญี่ปุ่น เพื่อให้มีการควบคุมเนื้อหาของการ์ตูน (มังงะ) หรืออนิเมชัน (อนิเมะ) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของภาพลามกอนาจารของเด็กในผลงานบางชิ้น ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน เนื้อหาของสื่อดังกล่าวจะเป็นเรื่องของเด็กในจินตนาการหรือเด็กที่ไม่มีตัวตนจริงซึ่งอยู่ในท่าทางการมีเพศสัมพันธ์กับผู้ใหญ่หรือกับเด็กด้วยกัน หรือการข่มขืน หรือการใช้ความรุนแรงทางเพศ ทำให้เกิดการอภิปรายกันภายในประเทศญี่ปุ่นเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเด็นเรื่องเสรีภาพในการ

¹⁹⁸ Section 4 (l) To possess any form of child pornography.

¹⁹⁹ Section 15 (i) Any person found guilty of violating Section 4(l) of this Act shall suffer the penalty of *arresto mayor* in its minimum period and a fine of not less than Fifty thousand pesos (Php50,000.00) but not more than One hundred thousand pesos (Php100,000.00)

²⁰⁰ See Article 76 The Revised Penal Code

แสดงออกตามรัฐธรรมนูญ²⁰¹ และถึงแม้ว่าญี่ปุ่นจะมีการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กในปี 2014 เพื่อให้การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิด แต่คำนิยามสื่อลามกอนาจารเด็กไม่ได้ระบุถึงการ์ตูน (มังงะ) หรืออนิเมชัน (อนิเมะ) หรือภาพในเกม ที่ถูกสร้างขึ้นโดยมีภาพหรือเรื่องราวของเด็กที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศแต่อย่างใด เนื่องจากยังคงมีความกังวลเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงออกตามรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนยังมีความแตกต่างจากสื่อลามกอนาจารเด็กที่เกิดจากการล่วงละเมิดทางเพศเด็กที่มีตัวตนจริง เพราะสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไม่มีเหยื่อที่เป็นเด็กที่เฉพาะเจาะจง²⁰²

ญี่ปุ่นเป็นประเทศที่เปิดกว้างในเรื่องทางเพศ เห็นได้จากการที่สื่อลามกอนาจารสามารถแพร่หลายไปได้ทั่วทั้งประเทศ ในเกือบทุกร้านสะดวกซื้อจะมีนิตยสารโป๊และตีวีตีเป็นขายควบคู่กับสินค้าอุปโภคบริโภคอื่น ๆ แม้แต่สื่อลามกอนาจารที่มีเนื้อหารุนแรงก็สามารถวางขายได้ แต่จะมีเครื่องหมายระบุไว้ว่าสำหรับผู้ใหญ่เท่านั้น²⁰³ สำหรับประเทศญี่ปุ่นแล้ว เนื้อหาของสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไม่อาจแยกออกจากเนื้อหาของมังงะ แนวนวลีค่อน ซึ่งเป็นภาพจินตนาการของตัวละครเด็กหรือเยาวชนที่มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศ โดยสามารถพบได้ในหลายหลากหลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็น อนิเมชัน ภาพยนตร์ หรือแม้กระทั่งเกมส์คอมพิวเตอร์ มังงะเป็นสื่อที่มีเอกลักษณ์เฉพาะเนื่องจากถือเป็นสื่อกระแสหลักในอุตสาหกรรมสื่อของญี่ปุ่น และมีประวัติศาสตร์ที่ยาวนาน²⁰⁴

ในช่วงระหว่างปี 1980 และปี 1990 เกิดความวิตกกังวลเกี่ยวกับสื่อที่แสดงภาพลักษณะทางเพศของเด็ก ทำให้เกิดความตื่นตระหนกทางจริยธรรมในสังคมญี่ปุ่น และเกิดการต่อต้านมังงะในระดับท้องถิ่น โดยเริ่มจากกรณีของ ซึโทโมะ มียาซากิ (Tsutomu Miyazaki) ชายวัย 27 ปี ซึ่งลักพาตัวและฆาตกรรมเด็กหญิงก่อนวัยเรียนในระหว่างปี 1988 และปี 1989 และมียาซากิ

²⁰¹ Chris Mathews, “Manga, Virtual Child Pornography, and Censorship in Japan,” *Applied Ethics Old Wine in New Bottles?*, Published by Center for Applied Ethics and Philosophy Hokkaido University, (Japan: Center for Applied Ethics and Philosophy, 2011), pp.165.

²⁰² The Library of Congress, “Japan: Possession of Child Pornography Finally Punishable,” Retrieved on May 30, 2017 from <http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/japan-possession-of-child-pornography-finally-punishable/>

²⁰³ Cory Lyn Takeuchi, *supra note 142*, pp.197.

²⁰⁴ *Ibid.*, pp.199.

ได้ส่งศพของเหยื่อรายหนึ่งของเขากลับไปให้ครอบครัวของเหยื่อ โดยใช้นามแฝงว่า “Yuko Imada” ซึ่งเป็นชื่อของตัวละครในมังงะที่เขาชื่นชอบ หลังจากมีયાซากิถูกจับ นักข่าวพบสื่อมังงะและอนิเมะจำนวนมาก โดยมีวิดีโอจำนวนเกือบ 6,000 รายการ ส่วนมากเป็นแนวโลลิต้าคอน และมังงะที่ลามกอนาจาร²⁰⁵

หลังจากคดีมียาซากิ ทำให้เกิดความหวาดกลัวทั่วประเทศเกี่ยวกับวัฒนธรรมมังงะและโลลิต้าคอน โดยเฉพาะสถานะของมียาซากิในฐานะโอตาคุที่สื่อมวลชนแสดงให้เห็นถึงความแปลกแยก การขาดความสัมพันธ์ที่ก่อให้เกิดพฤติกรรมต่อต้านสังคมของมียาซากิ ทำให้เขาเป็นโอตาคุ จากการรายงานข่าวของสื่อมวลชนทำให้ประชาชนทั่วไปเข้าใจว่าโอตาคุทุกคนต้องมีพฤติกรรมเหมือนมียาซากิ ซึ่งเป็นพฤติกรรมที่ต้องได้รับการดูแล เกิดการเคลื่อนไหวในระดับท้องถิ่น มีการเรียกร้องให้สภานิติบัญญัติของญี่ปุ่นผ่านกฎหมายท้องถิ่นเพื่อควบคุมเนื้อหาของมังงะที่มีลักษณะลามกอนาจาร ในทางกลับกัน ศิลปินผู้สร้างสรรค์มังงะก็ได้ออกมาต่อต้านกฎหมายที่จะควบคุมอุตสาหกรรมสิ่งพิมพ์ เพื่อปกป้องเสรีภาพในการแสดงออกในมังงะ เพื่อให้ผู้สร้างสรรค์ผลงานมีอิสระในการควบคุมเนื้อหาของผลงานของตนเอง กล่าวคือศิลปินผู้สร้างสรรค์มังงะควรเป็นคนที่เซ็นเซอร์เนื้อหาของมังงะที่เขาเขียน ไม่ใช่การเซ็นเซอร์โดยรัฐบาลหรือองค์กรใด ๆ อย่างไรก็ตาม การถกเถียงระหว่างกลุ่มบุคคลที่ต้องการให้มีการควบคุมเนื้อหาของมังงะที่ลามกอนาจาร กับกลุ่มของศิลปินที่ต้องการรักษาเสรีภาพในการแสดงออก มีผลต่อมุมมองของสังคมญี่ปุ่นเกี่ยวกับสถานะของมังงะแนวโลลิต้าคอนในปัจจุบัน²⁰⁶

ถึงแม้ว่าการออกกฎหมายเพื่อจัดการกับสื่อมังงะแนวโลลิต้าคอนและสื่ออื่นในลักษณะเดียวกันซึ่งถูกมองว่าเป็นสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน จะประสบความสำเร็จระดับท้องถิ่น แต่ความสำเร็จดังกล่าวไม่ได้ส่งผลถึงกฎหมายในระดับประเทศ เห็นได้จากกฎหมายสองฉบับที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจารเด็ก คือ พระราชบัญญัติการค้าประเวณีเด็กและสื่อลามกอนาจารเด็ก ค.ศ. 1999 (the 1999 Child Prostitution and Pornography Statute) ซึ่งบัญญัติให้การผลิตและจำหน่ายสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดอาญา และการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวในปี 2014 ที่บัญญัติให้การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดอาญา แต่อนุญาตให้ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนได้ เช่น สื่อแนวโลลิต้าคอน²⁰⁷

²⁰⁵ *Ibid.*, pp.206.

²⁰⁶ *Ibid.*, pp.206-207.

²⁰⁷ *Ibid.*, pp.207.

เมื่อวันที่ 26 พฤษภาคม 1999 รัฐสภาได้ออกกฎหมายฉบับแรก เพื่อห้ามมิให้มีการแสวงประโยชน์ทางเพศในเชิงพาณิชย์กับเด็กโดยมุ่งเป้าไปที่การคุ้มครองสิทธิเด็ก มีการกำหนดโทษแก่กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณีและสื่อลามกอนาจารเด็ก คือ พระราชบัญญัติการค้าประเวณีเด็กและสื่อลามกอนาจารเด็ก ค.ศ. 1999 (the 1999 Child Prostitution and Pornography Statute) ในมาตรา 2 ของกฎหมายดังกล่าว บัญญัติว่า เด็ก หมายถึง บุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปี และในวรรคสาม ได้ให้ความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็กว่า ภาพถ่าย ภาพที่มีการบันทึกด้วยแม่เหล็กไฟฟ้า (ภาพใด ๆ ที่บันทึกโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ แม่เหล็กไฟฟ้า หรือด้วยวิธีการอื่นใดที่ไม่ใช่วิธีโดยธรรมชาติ และใช้การประมวลผลด้วยคอมพิวเตอร์ และวิธีการอื่นใดที่มีลักษณะเดียวกัน) หรือสื่ออื่น ๆ ซึ่งแสดงให้เห็นภาพของเด็กในลักษณะดังต่อไปนี้²⁰⁸

- (i) ภาพของเด็กที่มีส่วนร่วมในการมีเพศสัมพันธ์หรือคล้ายกับการมีเพศสัมพันธ์
- (ii) ภาพที่แสดงให้เห็นอวัยวะเพศของเด็กซึ่งมีบุคคลอื่นสัมผัสอยู่ หรือภาพของเด็กที่สัมผัสอวัยวะเพศของบุคคลอื่น ในลักษณะที่กระตุ้นความต้องการทางเพศของผู้ชม
- (iii) ภาพของเด็กที่เด็กเปลือยกายทั้งหมดหรือบางส่วน ซึ่งแสดงให้เห็นส่วนของร่างกายที่เกี่ยวกับเพศของเด็ก โดยเสนอหรือเน้นเพื่อกระตุ้นความต้องการทางเพศของผู้ชม

จากคำนิยามในพระราชบัญญัตินี้หมายถึงบุคคลที่มีตัวตนจริงหรือสามารถระบุตัวได้ซึ่งอายุต่ำกว่า 18 ปีเท่านั้น ไม่รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน เช่น สื่อแนวโวลลิคอน และเมื่อพิจารณาจากความผิดซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 7 ให้การเสนอหรือการแสดงภาพลามกอนาจารเด็กสู่สาธารณะ มีโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกิน 5 ล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ นอกจากนี้ การผลิต การครอบครอง การขนส่ง การนำเข้าหรือส่งออกจากประเทศญี่ปุ่นซึ่งสื่ออนาจารลามกเด็กหรือนำเข้าหรือส่งออกสื่อลามกอนาจารเด็กจากต่างประเทศเพื่อวัตถุประสงค์เดียวกัน ก็มีโทษเช่นเดียวกัน ดังนั้น เมื่อความผิดดังกล่าวอ้างถึงสื่อลามกอนาจารเด็กซึ่งแสดงท่าทางของเด็กจึงเป็นข้อกำหนดที่ชัดเจนว่ามีผลเฉพาะกับเด็กที่เป็น "จริง" หรือที่เกิดขึ้นจริงเท่านั้น และการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กจะมีความผิดเฉพาะในกรณีที่มีเจตนาพิเศษเพื่อเสนอหรือแจกจ่ายสื่อดังกล่าวเท่านั้น ไม่ได้ลงโทษการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กไว้โดยส่วนตัว อีกทั้ง กฎหมายฉบับดังกล่าวยังล้มเหลวในการลงโทษการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาของเทคโนโลยี เช่น การเข้าถึงหรือการดูภาพลามกอนาจารเด็กบนอินเทอร์เน็ตโดยเจตนาด้วย²⁰⁹

²⁰⁸ *Ibid.*, pp.207-208.

²⁰⁹ *Ibid.*, pp.209.

ในเดือนมิถุนายน ปี 2014 รัฐสภาได้ออกกฎหมายแก้ไขพระราชบัญญัติการค้าประเวณีเด็กและสื่อลามกอนาจารเด็ก ค.ศ. 1999 (the 1999 Child Prostitution and Pornography Statute) หรือชื่อเต็มคือ พระราชบัญญัติระเบียบเกี่ยวกับการค้าประเวณีเด็กและสื่อลามกอนาจารเด็กและการคุ้มครองเด็ก (Act on Regulation and Punishment of Acts Relating to Child Prostitution and Child Pornography, and the Protection of Children) เพื่อปิดช่องโหว่ของกฎหมายที่สามารถครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กโดยส่วนตัวได้ โดยได้แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 2 วรรคสาม (iii) ภาพของเด็กที่เด็กเปลือยกายทั้งหมดหรือบางส่วน ซึ่งแสดงให้เห็นส่วนของร่างกายที่เกี่ยวข้องเพศของเด็ก (อวัยวะเพศ หรือบริเวณรอบ ๆ อวัยวะเพศ ก้น หรือ หน้าอก) โดยเสนอหรือเน้นเพื่อกระตุ้นความต้องการทางเพศของผู้ชม และแก้ไขมาตรา 7 ใช้ชัดเจนว่าการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กไว้โดยส่วนตัวก็เป็นความผิดอาญา โดยบัญญัติว่า “บุคคลที่ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก (จำกัดเฉพาะกรณีครอบครองไว้โดยส่วนตัวโดยรู้ตัวว่าภาพที่ครอบครองเป็นสื่อลามกอนาจารเด็ก) เพื่อตอบสนองความอยากรู้อยากเห็นทางเพศ ต้องระวางโทษจะคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 1 ล้านบาท”²¹⁰

3.3.1.1 สาเหตุที่การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไม่เป็นความผิด

อาญา

การแก้ไขกฎหมายในปี 2014 ของญี่ปุ่นเป็นการแก้ไขเพื่อให้การครอบครองสื่อลามกอนาจารไว้โดยส่วนตัวเป็นความผิดอาญาเท่านั้น แต่ไม่ได้แก้ไขความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็กให้หมายความรวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน หรือสื่อที่เป็นตัวละครเด็กสมมติที่ไม่สามารถระบุได้ซึ่งเกิดจากจินตนาการแสดงอยู่ในฉากเกี่ยวกับเรื่องทางเพศอย่างโจ่งแจ้ง เช่น สื่อแนวโลลิตาคอน แต่อย่างใด และถึงแม้ว่าจะไม่ได้มีบทบัญญัติที่ชัดเจนว่ากฎหมายดังกล่าวยกเว้นไม่บังคับกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน แต่มาตรา 3 พระราชบัญญัติระเบียบเกี่ยวกับการค้าประเวณีเด็กและสื่อลามกอนาจารเด็กและการคุ้มครองเด็ก (Act on Regulation and Punishment of Acts Relating to Child Prostitution and Child Pornography, and the Protection of Children) เป็นการแสดงความมุ่งหมายอย่างชัดเจนว่ากฎหมายนี้ไม่ต้องการใช้บังคับกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน มาตรา 3 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมาย โดยบัญญัติว่า “ในการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ต้องระมัดระวังไม่ให้ละเมิดสิทธิเสรีภาพของพลเมืองที่เกี่ยวข้องกับ การวิจัยทางวิชาการ กิจกรรมเกี่ยวกับศิลปวัฒนธรรม และการรายงานข่าว พระราชบัญญัตินี้จะไม่ถูกนำไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่นนอกจากจุดประสงค์ที่แท้จริงเพื่อการสนับสนุนสิทธิเด็กและปกป้องพวกเขาจากการ

²¹⁰ *Ibid.*, pp.210.

แสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบและการล่วงละเมิดทางเพศ” ซึ่งเมื่อพิจารณาคำว่า กิจกรรมเกี่ยวกับศิลปวัฒนธรรม ซึ่งดูเหมือนเป็นการอ้างถึง พระราชบัญญัติส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม (the Basic Act for the Promotion of Culture and the Arts) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ส่งเสริมมังงะและอนิเมะในรูปแบบของสื่อทางวัฒนธรรมที่สำคัญของญี่ปุ่น ดังนั้น การแก้ไขกฎหมายในปี 2014 จึงเป็นการปกป้องสื่อมังงะทุกรูปแบบจากความผิดอาญา²¹¹

อีกทั้ง กระบวนการที่จะควบคุมสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนในญี่ปุ่น เช่น มังงะหรืออนิเมะ แนวโลลิต้า เป็นไปอย่างยากลำบาก เนื่องจากได้รับการคัดค้านจากหลายฝ่าย ไม่ว่าจะเป็น นักเขียน ผู้อ่าน สำนักพิมพ์ รวมทั้งนักวิชาการ ที่ปกป้องสิทธิในการเผยแพร่เนื้อหาเกี่ยวกับเด็กที่มีเนื้อหาทางเพศอย่างชัดเจน โดยมีเหตุผล 4 ประการ ได้แก่²¹²

ประการที่หนึ่ง การควบคุมสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนขัดต่อเสรีภาพในการแสดงออกที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ซึ่งเป็นข้อโต้แย้งหลักและเป็นเหตุผลที่ใช้กันอย่างทั่วไป โดยอ้างว่าการควบคุมมังงะหรืออนิเมะเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพในการพูดและการแสดงออกของศิลปิน²¹³ และมีพื้นฐานจากรัฐธรรมนูญของญี่ปุ่น ปี 1947 มาตรา 19 ถึง 23 ซึ่งรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน โดยเฉพาะสิทธิในการมีเสรีภาพในการพูดหรือการแสดงออก และเป็นอิสระจากการตรวจสอบ ส่งผลให้ข้อจำกัดใด ๆ ของผลงานมังงะหรืออนิเมะจึงเป็นการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญของสำนักพิมพ์และศิลปิน

ประการที่สอง การควบคุมสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนอาจนำไปสู่การละเมิดเสรีภาพในการพูดที่มากขึ้น โดยอ้างว่า การควบคุมสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนอาจเป็นจุดเริ่มต้นของสิ่งต่าง ๆ เช่น การเคลื่อนไหวเพื่อปราบปรามหนังสือที่ไม่พึงปรารถนา ซึ่งเป็นการการละเมิดเสรีภาพที่มากขึ้น และเป็นการบั่นทอนสิทธิตามรัฐธรรมนูญ

²¹¹ *Ibid.*, pp.210-211.

²¹² Chris Mathews, *supra note* 133, pp.168.

²¹³ A History of Shojo, Loli, and Harmful Books. ComiPress. Retrieved on April 17, 2007 from <http://comipress.com/article/2007/07/17/2307> and Fukuda Takahiro. Child sex in ‘manga’ – art or obscenity?: Graphic but healthy, free speech. Japan Times. Retrieved on June 12, 2010, from <http://search.japantimes.co.jp/cgi-bin/nn20100612f1.html> Quoted in Chris Mathews, *supra note* 133, pp.168.

ประการที่สาม สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไม่มีอันตรายต่อเด็ก หรือไม่มีเด็กที่เป็นเหยื่อ ซึ่งอาจถูกนำมาใช้แทนสื่อลามกอนาจารเด็กที่มีการล่วงละเมิดทางเพศเด็กจริงได้

ประการที่สี่ มังงะและอนิเมะเป็นวิธีที่มีประสิทธิภาพในการให้ความรู้แก่เด็ก ๆ เรื่องทางเพศ ซึ่ง ยูการิ ฟุจิโมโตะ (Yukari Fujimoto) ศาสตราจารย์ด้านมังงะและเพศ ของมหาวิทยาลัยเมจิ ระบุว่า มังงะที่มีเรื่องราวเกี่ยวกับกิจกรรมทางเพศที่ชัดเจน ช่วยให้เด็ก ๆ พัฒนาเกี่ยวกับความรู้เรื่องเพศ และทำให้เด็ก ๆ เข้าถึงและเข้าใจความปรารถนาของตนเอง การปกป้องเด็กจากข้อมูลเรื่องเพศสัมพันธ์ จะเป็นการทำให้พวกเขามีโอกาสน้อยที่จะพูดคุยเกี่ยวกับเรื่องทางเพศอย่างตรงไปตรงมา²¹⁴

3.3.1.2 กฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนในปัจจุบัน

ญี่ปุ่นมีกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนโดยเฉพาะ แต่ค่านิยมของสื่อลามกอนาจารเด็ก และข้อยกเว้นของกฎหมาย แสดงให้เห็นว่า ไม่ครอบคลุมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน ดังนั้น การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไว้โดยส่วนตัวจึงไม่เป็นความผิดอาญา แต่อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายอาญาของญี่ปุ่นได้บัญญัติ ห้ามการจำหน่ายหรือแจกจ่ายวัตถุที่มีลักษณะลามกอนาจาร ซึ่งเป็นกฎหมายที่บังคับกับสื่อลามกอนาจารทั่วไป การกระทำที่เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนจึงอาจมีความผิดได้ตามประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าว

²¹⁴ Fukuda Takahiro. Child sex in ‘manga’ – art or obscenity?: Graphic but healthy, free speech. Japan Times. Retrieved on June 12, 2010, from <http://search.japantimes.co.jp/cgi-bin/nn20100612f1.html> Quoted in Chris Mathews, *supra note* 133, pp.168.

(1) การกำหนดความผิด

พระราชบัญญัติระเบียบเกี่ยวกับการค้าประเวณีเด็กและสื่อลามกอนาจารเด็กและการคุ้มครองเด็ก (Act on Regulation and Punishment of Acts Relating to Child Prostitution and Child Pornography, and the Protection of Children) เป็นกฎหมายที่กำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กโดยเฉพาะ ซึ่งไม่รวมถึงความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน แต่ถึงแม้ว่ากฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของญี่ปุ่นจะไม่บังคับใช้ครอบคลุมไปถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน แต่ในประมวลกฎหมายอาญาของญี่ปุ่น มาตรา 175 ได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับการเผยแพร่สื่อลามกอนาจาร ซึ่งสามารถบังคับใช้กับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนได้

(2) การกระทำ

มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบเกี่ยวกับการค้าประเวณีเด็กและสื่อลามกอนาจารเด็กและการคุ้มครองเด็ก ได้กำหนดการกระทำเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ดังนี้

1) ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ (เฉพาะผู้ที่ครอบครองโดยสมัครใจและรู้ว่าสิ่งนั้นคือสื่อลามกอนาจารเด็ก) หรือจัดเก็บคลื่นแม่เหล็กไฟฟ้าที่บ้านพักทำทางของเด็กตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2 (3) (เฉพาะผู้ที่จัดเก็บโดยสมัครใจและรู้ว่าสิ่งนั้นคือสื่อลามกอนาจารเด็ก)²¹⁵

2) เผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก หรือเผยแพร่คลื่นแม่เหล็กไฟฟ้าที่บ้านพักทำทางของเด็กตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2 (3) ในรูปแบบที่มองเห็นได้ผ่านการสื่อสารโทรคมนาคม²¹⁶

²¹⁵ Article 7 (1) Any person who possesses child pornography for the purpose of satisfying one's sexual curiosity (limited to those who have come to possess it voluntarily, and are clearly deemed to as such.) shall be sentenced to imprisonment with work for not more than 1 year or a fine of not more than 1,000,000 yen. The same shall apply to any person who retains electromagnetic records which depict the pose of a child which falls under any of the categories of paragraph 3 of Article 2 (limited to those who have come to retain it voluntarily, and are clearly deemed to as such.).

²¹⁶ Article 7 (2) Any person who provides child pornography shall be sentenced to imprisonment with work for not more than 3 years or a fine of not more than 3,000,000 yen. The same shall apply to any person who provides electromagnetic

3) ผลิต ครอบครอง ขนส่ง นำเข้า หรือส่งออก ซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็ก เพื่อวัตถุประสงค์ในการเผยแพร่ หรือกระทำต่อคลื่นแม่เหล็กไฟฟ้าเพื่อวัตถุประสงค์เดียวกัน²¹⁷

4) ผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กที่มีท่าทางของเด็กตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2 (3) ที่อยู่ในรูปแบบภาพถ่าย สื่อบันทึกแม่เหล็กไฟฟ้า หรือสื่ออื่น ๆ ²¹⁸

5) ผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กโดยอำพรางท่าทางของเด็กตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2 (3) ที่อยู่ในรูปแบบภาพถ่าย สื่อบันทึกแม่เหล็กไฟฟ้า หรือสื่ออื่น ๆ ²¹⁹

6) เผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กแก่บุคคลอื่น โดยไม่ระบุชื่อหรือจำนวนของบุคคล หรือจัดแสดงในที่สาธารณะ หรือเผยแพร่คลื่นแม่เหล็กไฟฟ้าที่บันทึกท่าทางของเด็กตามที่

records or any other record which depicts the pose of a child which falls under any of the categories of paragraph 3 of Article 2 , in a visible way through electric telecommunication lines.

²¹⁷ Article 7 (3) Any person who produces, possesses, transports, imports to or exports from Japan child pornography for the purpose of the acts prescribed in the preceding paragraph shall be punished by the same penalty as is prescribed in the said paragraph. The same shall apply to any person who retains the electromagnetic records prescribed in the preceding paragraph for the purpose of the same acts.

²¹⁸ Article 7 (4) In addition to the preceding paragraph, any person who produces child pornography by having a child pose in any way which falls under any of the categories of paragraph 3 of Article 2, and by depicting such pose in photographs, recording media containing electromagnetic records or any other medium shall be punished by the same penalty prescribed in paragraph 2 of this article.

²¹⁹ Article 7 (5) In addition to the preceding two paragraphs, any person who produces child pornography by secretly depicting the pose of a child which falls under any of the categories of paragraph 3 of Article 2, in photographs, recording media containing electromagnetic records or any other medium shall be punished by the same penalty prescribed in paragraph 2 of this article.

บัญญัติไว้ในมาตรา 2 (3) แก่บุคคลอื่น โดยไม่ระบุชื่อหรือจำนวนของบุคคล ในรูปแบบที่มองเห็นได้ ผ่านการสื่อสารโทรคมนาคม²²⁰

7) ผลิต ครอบครอง ขนส่ง นำเข้า หรือส่งออก ซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็ก เพื่อวัตถุประสงค์ในการเผยแพร่แก่บุคคลอื่น โดยไม่ระบุชื่อหรือจำนวนของบุคคล หรือจัดแสดงในที่สาธารณะ หรือกระทำต่อคลื่นแม่เหล็กไฟฟ้าเพื่อวัตถุประสงค์เดียวกัน²²¹

8) เฉพาะบุคคลสัญชาติญี่ปุ่นที่นำเข้าหรือส่งออกสื่อลามกอนาจารเด็กไปยังหรือจากต่างประเทศ เพื่อวัตถุประสงค์ในการเผยแพร่แก่บุคคลอื่น โดยไม่ระบุชื่อหรือจำนวนของบุคคล หรือจัดแสดงในที่สาธารณะ²²²

ส่วนมาตรา 175 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นกฎหมายที่บังคับกับสื่อลามกอนาจารทั่วไป กำหนดการกระทำ ได้แก่ เผยแพร่ จำหน่าย หรือจัดแสดง สื่อลามกอนาจาร

²²⁰ Article 7 (6) Any person who provides child pornography to unspecified persons or a number of persons, or displays it in public shall be sentenced to imprisonment with work for not more than 5 years and/or a fine of not more than 5, 000, 000 yen. The same shall apply to any person who provides electromagnetic records or any other record which depicts the pose of a child, which falls under any of the categories of paragraph 3 of Article 2, to unspecified persons or a number of persons in a visible way through telecommunication lines.

²²¹ Article 7 (7) Any person who produces, possesses, transports, imports to or exports from Japan child pornography for the purpose of the acts prescribed in the preceding paragraph shall be punished by the same penalty as is prescribed in the said paragraph. The same shall apply to any person who retains the electromagnetic records prescribed in the preceding paragraph for the purpose of the same acts.

²²² Article 7 (8) Any Japanese national who imports or exports child pornography to or from a foreign country for the purpose of the acts prescribed in paragraph 6 of this article shall be punished by the same penalty prescribed in the said paragraph.

ไม่ว่าจะเป็นเอกสาร ภาพวาด หรือสิ่งอื่นใด หรือครอบครองสื่อดังกล่าวโดยวัตถุประสงค์เพื่อเผยแพร่²²³

(3) วัตถุประสงค์การกระทำ

มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบเกี่ยวกับการค้าประเวณีเด็กและสื่อลามกอนาจารเด็กและการคุ้มครองเด็ก มีวัตถุประสงค์การกระทำ คือ สื่อลามกอนาจารเด็ก ซึ่งหมายถึงภาพถ่าย ภาพที่มีการบันทึกด้วยแม่เหล็กไฟฟ้า (ภาพใด ๆ ที่บันทึกโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ แม่เหล็กไฟฟ้า หรือด้วยวิธีการอื่นใดที่ไม่ใช่วิธีโดยธรรมชาติ และใช้การประมวลผลด้วยคอมพิวเตอร์ และวิธีการอื่นใดที่มีลักษณะเดียวกัน) หรือสื่ออื่น ๆ ซึ่งแสดงให้เห็นภาพของเด็กในลักษณะดังต่อไปนี้

(i) ภาพของเด็กที่มีส่วนร่วมในการมีเพศสัมพันธ์หรือคล้ายกับการมีเพศสัมพันธ์

(ii) ภาพที่แสดงให้เห็นอวัยวะเพศของเด็กซึ่งมีบุคคลอื่นสัมผัสอยู่ หรือภาพของเด็กที่สัมผัสอวัยวะเพศของบุคคลอื่น ในลักษณะที่กระตุ้นความต้องการทางเพศของผู้ชม

(iii) ภาพของเด็กที่เด็กเปลือยกายทั้งหมดหรือบางส่วน ซึ่งแสดงให้เห็นส่วนของร่างกายที่เกี่ยวกับเพศของเด็ก (อวัยวะเพศ หรือบริเวณรอบ ๆ อวัยวะเพศ ก้น หรือหน้าอก) โดยเสนอหรือเน้นเพื่อกระตุ้นความต้องการทางเพศของผู้ชม

และเด็ก หมายถึง บุคคลที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปี

ส่วนวัตถุประสงค์การกระทำของประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น มาตรา 175 คือ สื่อลามกอนาจาร ซึ่งไม่ได้มีการกำหนดคำนิยามไว้แต่อย่างใด

(4) โทษ

พระราชบัญญัติระเบียบเกี่ยวกับการค้าประเวณีเด็กและสื่อลามกอนาจารเด็กและการคุ้มครองเด็ก ได้กำหนดโทษของการกระทำความผิด ดังนี้

1) การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ ตามมาตรา 7(1) มีโทษ จำคุกไม่เกิน 1 ปีหรือปรับไม่เกิน 1 ล้านเยน

2) การเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก ตามมาตรา 7(2) การผลิต ครอบครอง ขนส่ง นำเข้า หรือส่งออก ซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็ก เพื่อวัตถุประสงค์ในการเผยแพร่ ตาม

²²³ Article 175 A person who distributes, sells or displays in public an obscene document, drawing or other objects shall be punished by imprisonment with work for not more than 2 years, a fine of not more than 2,500,000 yen or a petty fine. The same shall apply to a person who possesses the same for the purpose of sale.

มาตรา 7(3) การผลิตสื่อลามกอนาจารเด็ก ตามมาตรา 7(4) และการผลิตสื่อโดยอำพรางท่าทางของเด็ก ตามมาตรา 7(5) มีโทษ จำคุกไม่เกิน 3 ปีหรือปรับไม่เกิน 3 ล้านบาท

3) การเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กแก่บุคคลอื่น โดยไม่ระบุชื่อหรือจำนวนของบุคคล หรือจัดแสดงในที่สาธารณะ ตามมาตรา 7(6) การผลิต ครอบครอง ขนส่ง นำเข้า หรือส่งออก ซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็ก เพื่อวัตถุประสงค์ในการเผยแพร่แก่บุคคลอื่น โดยไม่ระบุชื่อหรือจำนวนของบุคคล หรือจัดแสดงในที่สาธารณะ ตามมาตรา 7(7) และบุคคลสัญชาติญี่ปุ่นที่นำเข้าหรือส่งออกสื่อลามกอนาจารเด็กไปยังหรือจากต่างประเทศ เพื่อวัตถุประสงค์ในการเผยแพร่แก่บุคคลอื่น โดยไม่ระบุชื่อหรือจำนวนของบุคคล หรือจัดแสดงในที่สาธารณะ ตามมาตรา 7(8) มีโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปีหรือปรับไม่เกิน 5 ล้านบาท

ส่วนผู้ที่กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น มาตรา 175 มีโทษ จำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 2,500,000 เยน

(5) ข้อยกเว้น

มาตรา 3 ของพระราชบัญญัติระเบียบเกี่ยวกับการค้าประเวณีเด็กและสื่อลามกอนาจารเด็กและการคุ้มครองเด็ก ได้กำหนดข้อยกเว้นในการบังคับใช้กฎหมายว่า ในการบังคับตามพระราชบัญญัตินี้ต้องระมัดระวังไม่ให้ละเมิดสิทธิเสรีภาพของพลเมืองที่เกี่ยวข้องกับ การวิจัยทางวิชาการ กิจกรรมเกี่ยวกับศิลปวัฒนธรรม และการรายงานข่าว พระราชบัญญัตินี้จะไม่ถูกนำไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่นนอกจากจุดประสงค์ที่แท้จริงเพื่อการสนับสนุนสิทธิเด็กและปกป้องพวกเขาจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบและการล่วงละเมิดทางเพศ²²⁴

ส่วนประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น มาตรา 175 ไม่มีข้อยกเว้นแต่อย่างใด

3.3.1.3 ตัวอย่างคดี

ถึงแม้ว่ากฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของญี่ปุ่นจะไม่ครอบคลุมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน แต่ศาลฎีกาได้มีการกำหนดเนื้อหาในการตีพิมพ์มังงะที่ลามกอนาจารสำหรับผู้ใหญ่ ซึ่งแนวการตัดสินดังกล่าวอาจส่งผลถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน เช่น สื่อแนว

²²⁴ Article 3 In the application of this Act, care shall be taken not to improperly infringe upon the rights and freedoms of citizens relating to academic research, cultural and artistic activity and press, and the Act should not be abused for other purposes deviating from the original purpose which is to protect children from sexual exploitation and sexual abuse and to support their rights.

โลลิต่อนด้วย เนื่องจากการจำหน่ายหรือแจกจ่ายวัตถุที่มีลักษณะลามกอนาจารเป็นความผิดอาญา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 175 “บุคคลที่แจกจ่ายหรือขายหนังสือลามกอนาจาร, ภาพ, หรือวัตถุอื่น หรือแสดงต่อสาธารณชนในลักษณะเดียวกันต้องระวางโทษจำคุก... หรือปรับ เช่นเดียวกับบุคคลที่ครอบครองเพื่อวัตถุประสงค์ในการขาย” อย่างไรก็ตาม ในกฎหมายญี่ปุ่นไม่ได้ให้ คำนียามของลักษณะลามกอนาจารไว้โดยเฉพาะ แต่หลักเกณฑ์การพิจารณาว่าสิ่งใดลามกอนาจาร เป็นไปตามแนวคำวินิจฉัยของศาล²²⁵

คดี Misshitsu เป็นคดีลามกอนาจารคดีแรกที่เกี่ยวข้องกับมังงะ คดีนี้ เริ่มต้นในเดือนสิงหาคม 2002 เมื่อชายคนหนึ่งได้ร้องเรียนต่อรัฐสภาหลังจากพบมังงะที่มีเรื่องราว ทางเพศที่จัดพิมพ์โดย Shobunkan ซึ่งเป็นสำนักพิมพ์เชี่ยวชาญเฉพาะเกี่ยวกับหนังสือการ์ตูนที่มี เรื่องราวทางเพศในห้องลูกชายของเขา ชายคนนั้นได้เลือกเรื่อง Misshitsu หรือ Honey room ซึ่งเป็นมังงะที่มีเรื่องราวทางเพศ เขียนโดย Yuji Suwa เป็นเรื่องที่น่ารังเกียจที่สุด สมาชิกรัฐสภาได้ส่ง เรื่องร้องเรียนไปให้ตำรวจเพื่อตรวจสอบมังงะเรื่องดังกล่าว จากรายงานของตำรวจพบ ภาพที่แสดง อวัยวะเพศ ฉากทางเพศ และการมีเพศสัมพันธ์ ซึ่งมีรายละเอียดที่สมจริง ในมังงะเรื่องดังกล่าว และ เครื่องหมายเซ็นเซอร์ที่ปิดบังอวัยวะเพศและการมีเพศสัมพันธ์ เป็นการป้องกันที่น้อยกว่าปกติ ตำรวจ ได้จับกุม Yuji Suwa ผู้เขียนมังงะ Kichi Takada บรรณาธิการของมังงะเรื่องดังกล่าว และ Motonori Kishi เจ้าของสำนักพิมพ์ ในข้อหาเกี่ยวกับการลามกอนาจาร²²⁶

ในปี 2004 จำเลยทั้งสามถูกตัดสินว่ามีความผิดในการผลิตและจำหน่าย สื่อลามกอนาจาร แต่ Kichi Takada ได้ยื่นอุทธรณ์ โดยอ้างว่า การตัดสินดังกล่าวเป็นการละเมิด เสรีภาพในการแสดงออก เพราะ Misshitsu มีความคล้ายคลึงกับศิลปะญี่ปุ่นแบบดั้งเดิมที่รู้จักกันในชื่อ shunga-erotic drawings ซึ่งเป็นศิลปะในยุคเอโดะ ดังนั้น จึงไม่มีความผิดตามมาตรา 175 แต่ก็เป็นผล เขาจึงได้ยื่นฎีกาต่อศาลฎีกา ในปี 2007 ศาลฎีกาได้ตัดสินว่า มังงะเรื่อง Misshitsu มีลักษณะ ลามกอนาจาร ตามคำตัดสินของทั้งสองศาลที่ผ่านมา โดยศาลให้เหตุผลว่า มังงะนั้นลามกอนาจาร เนื่องจากผลกระทบที่อาจเป็นอันตรายต่อสังคม ถึงแม้ว่า มังงะจะถูกสร้างขึ้นเพื่อผู้อ่านที่เป็นผู้ใหญ่ แต่การแพร่กระจายของมังงะอาจไปถึงเด็กหรือเยาวชนซึ่งเป็นผู้ที่อ่อนแอในสังคม และภาพกราฟิกพิศ ของการทรมานและการข่มขืนหญิงสาวที่พบในมังงะเรื่อง Misshitsu อาจส่งผลให้ผู้อ่านที่เป็นวัยเยาว์ กระทำผิดเกี่ยวกับเพศได้ นอกจากนี้ ศาลได้กล่าวถึงยุทธศาสตร์ในการจำกัดการแพร่หลาย

²²⁵ Cory Lyn Takeuchi, *supra note 142*, pp.213–214.

²²⁶ *Ibid.*, pp.215.

ของมังงะ เช่น แนวนวลีค่อน และอ้างอิงแนวทางระหว่างประเทศเพื่อกำจัดอันตรายที่เกิดขึ้นจากสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน โดยการกำหนดให้มังงะมีลักษณะเฉพาะและมีแนวโน้มที่จะเป็นสื่อลามกอนาจาร²²⁷

ศาลได้อ้างถึงอนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ของสภายุโรป (European Council's Convention on Cybercrime) ซึ่งญี่ปุ่นได้ลงนามเมื่อปี 2001 ศาลแสดงเหตุผลในการให้คำนิยามของสื่อลามกอนาจาร โดยอ้างอิงมาตรฐานสากลที่พยายามจะป้องกันอันตรายที่เกิดขึ้นและมีแนวโน้มว่าจะเกิดขึ้นจากการล่อลวงเด็กด้วยสื่อลามกอนาจารเด็ก ศาลระบุว่า ญี่ปุ่นเป็นผู้ลงนามในอนุสัญญาดังกล่าว ซึ่งสอดคล้องกับความพยายามของนักวิชาการด้านกฎหมายในการขยายบทบัญญัติมาตรา 175 เพื่อดำเนินคดีกับสื่อลามกอนาจารในปัจจุบัน นอกจากนี้ อนุสัญญาดังกล่าวได้พูดถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน และการรุกรานทางเพศที่อาจเกิดขึ้นโดยผู้ล่าทางเพศ ศาลสรุปว่ามาตรฐานสากลมุ่งเน้นไปที่การจำกัดการเข้าถึงภาพที่อาจเป็นอันตรายดังกล่าวไม่ว่าจะเป็นภาพจริงหรือจำลอง ดังนั้น ศาลได้ให้เหตุผลในการขยายคำจำกัดความของเนื้อหาลามกอนาจารให้รวมถึงงานที่อาจเป็นอันตรายต่อสังคมญี่ปุ่นในปัจจุบันเพื่อให้สอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศ²²⁸

ศาลวินิจฉัยว่า มังงะเรื่อง Misshitsu อยู่ในหมวดหมู่ของสิ่งที่มีแนวโน้มจะเป็นอันตรายได้ เพราะมังงะเป็นสื่อ และการเรียงลำดับเหตุการณ์ในมังงะ รวมทั้งข้อความบรรยายภาพจะทำให้จินตนาการของผู้ดูหรือผู้อ่านรู้สึกว่ามีส่วนร่วมกับภาพ ซึ่งลักษณะเฉพาะเหล่านี้ช่วยเพิ่มความตื่นเต้นและดึงดูดจินตนาการของผู้อ่านในรูปแบบที่แตกต่างจากศิลปะแบบดั้งเดิมหรือภาพถ่าย ดังนั้น ในกรณีของมังงะเป็นการเร้าอารมณ์รูปแบบซึ่งจะช่วยกระตุ้นความรู้สึกทางเพศ และทำให้มันมีแนวโน้มที่จะได้รับการพิจารณาเป็นสื่อลามกอนาจาร²²⁹

²²⁷ *Ibid.*, pp.216.

²²⁸ *Ibid.*, pp.216-217.

²²⁹ *Ibid.*, pp.217.

บทที่ 4

วิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน

ปัจจุบันประเทศไทยได้มีการกำหนดค่านิยมและความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในประมวลกฎหมายอาญา แยกต่างหากจากความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารโดยทั่วไป โดยเฉพาะความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ซึ่งมีประเด็นที่จะต้องพิจารณา ได้แก่ ค่านิยมของสื่อลามกอนาจารเด็กในกฎหมายไทยนั้นรวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนด้วยหรือไม่ ควรกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กหรือไม่ และควรกำหนดอย่างไรจึงจะเหมาะสม

4.1 ปัญหาค่านิยมของสื่อลามกอนาจารเด็กในกฎหมายไทย

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย....” ซึ่งมาจากหลัก “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย” (nullum crimen, nulla poena, sine lege) ซึ่งเป็นหลักการทางกฎหมายอาญาที่สำคัญ โดยมีหลักการย่อยที่สำคัญประการหนึ่งคือ กฎหมายอาญาต้องชัดเจนแน่นอน หมายความว่า เนื้อหาและขอบเขตจะต้องแสดงออกโดยตัวบทกฎหมายอย่างชัดแจ้ง¹ ดังนั้น เมื่อมีการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก การให้ค่านิยมของคำว่าสื่อลามกอนาจารเด็กจึงต้องมีความชัดเจนและแน่นอนด้วยเช่นกัน

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (17) ให้นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กว่า หมายถึง “วัตถุหรือสิ่งทีแสดงให้รู้หรือเห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปี โดยรูป เรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือรูปแบบอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน และให้หมายความรวมถึงวัตถุหรือสิ่งต่าง ๆ ข้างต้นที่จัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้” จากคำนิยามดังกล่าวมีประเด็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่า

¹ คณิต ญ นคร, พื้นฐานความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอาญา, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2553) น. 79.

สื่อลามกอนาจารเด็กนั้น หมายความรวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน เช่น ภาพที่สร้างจาก คอมพิวเตอร์ หรือภาพวาด ภาพเขียน หรือรูปปั้น ซึ่งเป็นการจำลองภาพของเด็กที่มีกิจกรรมทางเพศ หรือไม่ เมื่อพิจารณาจากคำนิยามดังกล่าวแล้ว สามารถแบ่งได้เป็นสามส่วน คือ ประเภทของสื่อ เนื้อหาของสื่อเด็ก และเด็ก

ประเภทของสื่อตามคำนิยามดังกล่าว อาจเป็นได้ทั้งสื่อแสดงภาพ ได้แก่ ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบ บันทึกรูปภาพ หรือรูปแบบอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน สื่อที่ไม่ใช่สื่อแสดงภาพ ได้แก่ เอกสาร และ แถบบันทึกเสียง และสื่ออิเล็กทรอนิกส์ซึ่งรวมถึงวัตถุหรือสิ่งต่าง ๆ ข้างต้นที่จัดเก็บในระบบ คอมพิวเตอร์หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้ เมื่อพิจารณา แล้วจะเห็นได้ว่าประเภทของสื่อสามารถเป็นสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนได้ทั้งหมดถ้าเนื้อหาของสื่อ นั้นไม่มีเด็กที่มีตัวตนจริงมาเกี่ยวข้อง โดยเฉพาะสื่อแสดงภาพ ได้แก่ ภาพเขียน และภาพระบายสี เป็น ประเภทสื่อที่เห็นได้ชัดว่า ในการผลิตสื่อ นั้นไม่มีเด็กที่มีตัวตนจริงมาเกี่ยวข้องอย่างแน่นอน นอกจากนี้ คำว่า “หรือรูปแบบอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน” เป็นการบัญญัติให้ครอบคลุมถึงภาพที่ใช้ คอมพิวเตอร์สร้างขึ้น หรือสื่อใหม่ ๆ ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าประเภทของสื่อตาม คำนิยามดังกล่าวสามารถตีความให้ครอบคลุมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนได้

เนื้อหาของสื่อตามคำนิยามดังกล่าว ต้องเป็นวัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้รู้หรือเห็นถึงการ กระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปี โดยรูป เรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไป ในทางลามกอนาจาร ถึงแม้ว่าคำนิยามดังกล่าวจะไม่ได้ระบุอย่างชัดเจนว่า เนื้อหาของสื่อลามก ออนาจารเด็กรวมถึงการจำลองหรือสร้างเนื้อหาที่เกิดจากจินตนาการโดยไม่ได้มีเด็กจริงมาเกี่ยวข้องด้วย แต่เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับ ประมวลกฎหมายอาญาของสหรัฐอเมริกา มาตรา 1466A ซึ่งเป็น บทบัญญัติที่กำหนดความผิดอาญาแก่การแสดงภาพของการล่วงละเมิดทางเพศเด็กที่มีลักษณะลามก (Obscenity) ถึงแม้ว่าสื่อ นั้นจะเป็นเพียงภาพที่สร้างขึ้นโดยไม่ได้มีเด็กจริง ๆ ถูกล่วงละเมิดทางเพศ เช่น ภาพการ์ตูนหรือภาพวาด ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ใช้บังคับกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนโดยเฉพาะ ก็บัญญัติในลักษณะเดียวกัน กล่าวคือ เป็นสื่อที่แสดงภาพของเด็กเข้าร่วมในการกระทำทางเพศอย่างชัดแจ้ง (sexually explicit conduct) และมีลักษณะลามก (Obscenity) จึงแสดงให้เห็นว่าเนื้อหาของสื่อ ตามคำนิยามดังกล่าวสามารถตีความให้ครอบคลุมไปถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนได้

นอกจากนี้ ในส่วนของเด็กที่กำหนดว่า เด็กซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปี ก็มีประเด็นในการ พิจารณาว่า เด็กในที่นี้หมายถึงเด็กที่มีตัวตนจริงเท่านั้นใช่หรือไม่ เมื่อพิจารณาจากการให้คำนิยาม ตามกฎหมายต่างประเทศ เช่น

1) ประมวลกฎหมายอาญาของสหรัฐอเมริกา มาตรา 2256 (1) บัญญัติว่า เด็ก (minor) หมายถึง บุคคลใดที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปี

2) ประมวลกฎหมายอาญาของออสเตรเลีย (The Criminal Code Act 1995) มาตรา 473.1 กำหนดว่า เด็ก คือ บุคคล (หรือสิ่งที่แสดงถึงบุคคล) ซึ่งอายุต่ำกว่าสิบแปดปี (หรือดูเหมือนอายุต่ำกว่าสิบแปดปี)

3) พระราชบัญญัติการป้องกันการป้องกันสื่อลามกอนาจารเด็ก (the Prevention of Child Pornography Ordinance) ของเขตบริหารพิเศษฮ่องกงแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน บัญญัติว่า เด็ก หมายถึง บุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบหกปี

4) พระราชบัญญัติระเบียบเกี่ยวกับการค้าประเวณีเด็กและสื่อลามกอนาจารเด็กและการคุ้มครองเด็ก (Act on Regulation and Punishment of Acts Relating to Child Prostitution and Child Pornography, and the Protection of Children) ของญี่ปุ่น มาตรา 2 (1) กำหนดว่า เด็ก หมายถึง บุคคลที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปี และ

5) พระราชบัญญัติต่อต้านสื่อลามกอนาจารเด็ก 2009 (The Anti-Child Pornography Act of 2009) ของสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ มาตรา 3(A) ให้คำนิยามว่า “เด็ก หมายถึง บุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปี...”

จะเห็นได้ว่าการนิยามคำว่าเด็กของต่างประเทศจะใช้คำว่า “บุคคลที่อายุต่ำกว่า...” ซึ่งแสดงว่าเด็กต้องเป็นบุคคล ถ้าจะให้หมายความรวมถึงเด็กที่สร้างขึ้นจากจินตนาการก็จะบัญญัติให้ชัดเจนไปด้วยว่าให้หมายความรวมถึง แต่การนิยามคำว่าเด็กในกฎหมายไทยไม่ใช้คำว่าบุคคล แต่บัญญัติว่า เด็กซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปี จึงอาจพิจารณาได้ว่าเด็กในที่นี้ไม่จำเป็นต้องเป็นบุคคล และอาจตีความได้ว่ารวมถึงเด็กที่ไม่มีตัวตนจริงซึ่งสร้างจากจินตนาการ หรือเด็กเสมือนด้วย

ถึงแม้ว่าในการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ที่พิจารณาเกี่ยวกับคำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็ก จะได้มีข้อสังเกตเกี่ยวกับขอบเขตของ “สื่อลามกอนาจารเด็ก” ตามบทนิยามดังกล่าวว่าจะให้มีความหมายอย่างกว้างครอบคลุมทั้งสื่อที่แสดงความลามกอนาจารของเด็กที่มีตัวตนอยู่จริง รวมไปถึงเด็กที่ไม่มีตัวตนอยู่จริงแต่เกิดจากจินตนาการหรือการสร้างขึ้นของคนหรือไม่ ซึ่งอาจเป็นการขยายขอบเขตออกไปอย่างกว้างขวางจนอาจกระทบเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลได้ ซึ่งยังเป็นที่ยกเถียงกันอยู่ในกฎหมายของต่างประเทศบางประเทศ และยังไม่มีการขยายขอบเขต

กฎหมายของตนในครอบครัวไปถึงเด็กเสมือนที่ไม่มีตัวตนอยู่จริง² และกระทรวงยุติธรรมโดยสำนักงานกิจการยุติธรรมได้กำหนดคู่มือและแนวทางการดำเนินการตามแผนและการเตรียมความพร้อมในการบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 (ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก) ตามข้อสังเกตของคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 (ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก) เกี่ยวกับขอบเขตของการบังคับใช้และการตีความข้อกฎหมายดังกล่าว ว่ากรณีการ์ตูนลามก หรือภาพเคลื่อนไหว (animation) ที่มีผู้ที่ปรากฏในวัตถุหรือสิ่งนั้นไม่ใช่ มนุษย์จริงเป็นเพียงเสมือนจริงเท่านั้น แม้จะสื่อให้เห็นการกระทำทางเพศก็ตาม แต่เจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายฉบับปัจจุบันนี้ยังไม่ถือว่าวัตถุหรือสิ่งนั้นเป็นสื่อลามกอนาจาร³ ซึ่งอาจสรุปได้ว่า สื่อลามกอนาจารเด็กตามคำนิยามดังกล่าวไม่ประสงค์ให้ความหมายอย่างกว้างครอบคลุมไปถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน ซึ่งเกี่ยวข้องกับเด็กที่ไม่มีตัวตนอยู่จริงแต่เกิดจากจินตนาการหรือการสร้างขึ้นของคน

แต่เมื่อพิจารณาจากคำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กข้างต้นแล้ว อาจตีความครอบคลุมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนได้ ซึ่งจะทำให้กฎหมายไม่มีความชัดเจนแน่นอน หากผู้ร่างกฎหมายไม่ประสงค์ให้ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กครอบคลุมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน ก็ควรบัญญัติกฎหมายหรือให้คำนิยามที่ชัดเจนมากกว่านี้ เพราะการตีความกฎหมายนั้น

² เดชอุดม ไกรฤทธิ, คำอธิบายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 (บทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก), (กรุงเทพฯ: สภานายความในพระบรมราชูปถัมภ์, 2559), น. 27.

³ สำนักงานกิจการยุติธรรม, “มือและแนวทางการดำเนินการตามแผนและการเตรียมความพร้อมในการบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 (ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก)” สืบค้นเมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม 2560, จาก http://library2.parliament.go.th/giventake/content_nla2557/d090859-02.pdf

อาจทำให้เข้าใจได้ว่าผู้ครอบครอง ผู้ส่งต่อ ผู้เผยแพร่ และผู้จำหน่ายสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนอาจมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287/1⁴ และมาตรา 287/2⁵ ได้

นอกจากนี้ ประเด็นที่ผู้ร่างกฎหมายไม่ถือว่าการ์ตูนลามก หรือภาพเคลื่อนไหว (animation) เป็นสื่อลามกอนาจาร นั้นก็ไม่ชัดเจนเพียงพอ เนื่องจาก ศาลอาญาได้เคยวินิจฉัยว่าการ์ตูนลามก เรื่อง "นารูโตะ ภาคพิสดาร" ที่เผยแพร่ผ่านทางเว็บไซต์ต่าง ๆ จำนวน 59 เว็บไซต์ เป็นการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ ซึ่งเป็นความผิดตามมาตรา 14 (4) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ศาลจึงมีคำสั่งให้ระงับการเผยแพร่และทำให้แพร่หลายภาพการ์ตูนลามกดังกล่าว⁶

⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287/1 ผู้ใดครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งส่งต่อซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กแก่ผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

⁵ มาตรา 287/2 ผู้ใด

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

(2) ประกอบการค้า หรือมีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้าเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก แจกหรือแสดงอวดแก่ประชาชนหรือให้เข้าสื่อลามกอนาจารเด็ก

(3) เพื่อจะช่วยการทำให้แพร่หลาย หรือการค้าสื่อลามกอนาจารเด็กแล้ว โฆษณาหรือโฆษณา โดยประการใด ๆ ว่ามีบุคคลกระทำการอันเป็นความผิดตามมาตรา นี้ หรือโฆษณาหรือโฆษณาว่าสื่อ ลามกอนาจารเด็กดังกล่าวแล้วจะหาได้จากบุคคลใด หรือโดยวิธีใด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปี ถึงสิบปี และปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงสองแสนบาท

⁶ ไทยรัฐ, “ศาลสั่งปิด 59 เว็บไซต์ แพร่'นารูโตะ' การ์ตูนลามก-ผิดกม.” สืบค้นเมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม 2560, จาก <https://www.thairath.co.th/content/2053>

4.2 เหตุผลและความจำเป็นในการกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน

สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเป็นสื่อที่สร้างสรรค์จากจินตนาการของบุคคล ให้ปรากฏเป็นเรื่องราวเกี่ยวกับเด็กที่มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศ หรือการมีเพศสัมพันธ์ในรูปแบบต่าง ๆ โดยสื่อ นั้นไม่ได้มีการล่วงละเมิดทางเพศเด็กที่มีตัวตนจริง และไม่ได้เกี่ยวข้องกับเด็กที่มีตัวตนจริง เด็กจึงไม่ได้รับความเสียหายโดยตรงจากการมีสื่อประเภทนี้อยู่ สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนจึงมีความแตกต่างจากสื่อลามกอนาจารเด็กในประเด็นสำคัญ คือ เรื่องอันตรายโดยตรงต่อเด็ก การกำหนดให้สื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดอาญานั้นเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป แต่สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนนั้นเป็นกรณีที่ต่างออกไป และเห็นได้ชัดว่าการมีอยู่ของสื่อลามกอนาจารเด็กและสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนนั้นสร้างความเสียหายต่อเด็กไม่เท่ากัน จากการศึกษาพบว่า มีประเด็นถกเถียงเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว ซึ่งสรุปได้เป็นข้อสนับสนุนและข้อโต้แย้งในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน ดังนี้

4.2.1 ข้อสนับสนุนในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน

ฝ่ายที่สนับสนุนให้มีการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเห็นว่าการเป็นการคุ้มครองเด็กจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบ จำเป็นต้องมีการกำหนดความผิดให้ครอบคลุมสื่อลามกอนาจารเด็กทุกรูปแบบ ไม่ว่าจะมีการล่วงละเมิดทางเพศเด็กจริงหรือจำลองขึ้นมา โดยมีเหตุผลสนับสนุน จำนวน 4 ข้อ ได้แก่

4.2.1.1 สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนนำไปสู่การล่วงละเมิดทางเพศเด็ก

สื่อลามกอนาจารเด็กและสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน ล้วนมีอันตรายและผลกระทบต่อเด็กในทางอ้อมที่เหมือนกัน กล่าวคือ กรณีที่พวกที่ชอบมีเพศสัมพันธ์กับเด็กใช้สื่อลามกอนาจารเด็กหรือสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไปใช้ประโยชน์ในการกระตุ้นอารมณ์ทางเพศของตนและนำไปใช้เพื่อล่อลวงเด็กคนอื่น ๆ ให้เข้าสู่กิจกรรมทางเพศ ทำให้เด็กตกเป็นเหยื่อในการล่วงละเมิดทางเพศ เช่น การนำเสนอภาพเด็กเสมือนที่กำลังเปลือยเพศกับกิจกรรมทางเพศ และสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนมีศักยภาพในการทำให้พวกที่ชอบมีเพศสัมพันธ์กับเด็กมีความต้องการทางเพศกับเด็กมากขึ้นด้วย สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนจึงอาจเป็นปัจจัยที่สนับสนุนการสร้างและเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก เพื่อนำไปสู่การล่วงละเมิดทางเพศเด็กได้

นอกจากนี้ สำหรับผลกระทบต่อสังคมนั้น สื่อลามกอนาจารเด็กก็มีผลกระทบต่อสังคม เนื่องจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบต่อเด็ก ทำให้เด็กซึ่งเป็นสมาชิกของสังคมได้รับผลจากการที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศ ไปจนถึงการกระทบต่อสถาบันครอบครัว

และยังกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย กล่าวคือ สื่อลามกอนาจารเด็กอาจทำให้คนในสังคมคิดว่าการมีเพศสัมพันธ์กับเด็กเป็นเรื่องปกติและยอมรับได้ ส่วนสื่อลามกอนาจารเด็กเหมือนนั้น แม้ไม่ได้มีการล่วงละเมิดทางเพศเด็กจริงในการผลิตสื่อ แต่การมีภาพเด็กเหมือนทำกิจกรรมทางเพศเผยแพร่บนเว็บบนอยู่ในสังคม ก็อาจทำให้คนในสังคมคิดว่าการมีเพศสัมพันธ์กับเด็กเป็นเรื่องปกติและยอมรับได้ และอาจทำให้สังคมมองว่าเด็กเป็นวัตถุทางเพศด้วยเช่นกัน

4.2.1.2 สื่อลามกอนาจารเด็กเหมือนอาจมีอันตรายต่อเด็กที่เข้าถึง

ถึงแม้ว่าสื่อลามกอนาจารเด็กเหมือนจะเป็นสื่อที่ไม่ได้มีอันตรายต่อเด็กโดยตรง แต่อาจมีอันตรายโดยอ้อมต่อเด็กที่เข้าถึงสื่อนี้ เพราะสื่อลามกอนาจารเด็กเหมือนมีภาพการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็ก ที่อาจอยู่ในลักษณะของภาพการ์ตูน ซึ่งสามารถดึงดูดความสนใจของเด็กได้ และทำให้เด็กเข้าใจว่าเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมที่อยู่ในสื่อลามกอนาจารเด็กเหมือนนั้น เป็นสิ่งที่เหมาะสมหรือเป็นเรื่องปกติของสังคม

4.2.1.3 ความก้าวหน้าของเทคโนโลยีทำให้การพิสูจน์ว่าในสื่อลามกนั้นเป็นเด็กจริงหรือเด็กเหมือนเป็นเรื่องยาก

สื่อลามกอนาจารเด็กเหมือน อาจอยู่ในรูปแบบของภาพที่สร้างขึ้นจากคอมพิวเตอร์ ซึ่งในปัจจุบัน สามารถสร้างสรรค์ภาพเด็กให้เหมือนกับเด็กจริงจนไม่สามารถแยกออกได้ว่าเป็นเด็กจริงหรือเด็กเหมือน เช่น กรณีของสวีทตี้ (Sweetie)⁷ ซึ่งจะทำให้การตรวจสอบหรือพิสูจน์ว่าในสื่อลามกนั้นเป็นเด็กจริงหรือเด็กเหมือนเป็นเรื่องยาก หรือในทางกลับกัน ผู้กระทำความผิดอาจใช้วิธีปรับเปลี่ยนรูปถ่าย หรือวิดีโอ ของการล่วงละเมิดเด็กที่เกิดขึ้นจริง ให้เป็นในรูปแบบการ์ตูนหรือรูปวาดไม่ว่าจะเป็นภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหว เพื่อหลีกเลี่ยงการดำเนินคดีตามกฎหมายได้ด้วย ดังนั้น การทำให้สื่อลามกอนาจารเด็กเหมือนเป็นสิ่งผิดกฎหมายจึงเป็นการป้องกันการหลีกเลี่ยงการดำเนินคดีของพวกที่ชอบมีเพศสัมพันธ์กับเด็กได้

4.2.1.4 กฎหมายควรจะต้องเป็นเครื่องมือในการป้องกันการเข้าถึงสื่อลามกอนาจารเด็กในทุกกรณี

วัตถุประสงค์หลักของกฎหมายคือการต่อสู้โดยตรงกับการใช้ประโยชน์ และการล่วงละเมิดทางเพศเด็ก รวมถึงการยับยั้งสิ่งต่าง ๆ ที่จะนำไปสู่การล่วงละเมิดทางเพศเด็กด้วย

⁷ สวีทตี้ (Sweetie) เป็นเด็กเหมือนที่ถูกสร้างขึ้นจากคอมพิวเตอร์โดยองค์กรการกุศลที่ช่วยเหลือเด็กในประเทศเนเธอร์แลนด์ เพื่อต่อต้านการล่วงละเมิดทางเพศเด็กผ่านทางเว็บแคม ซึ่งสามารถทำให้บุคคลอื่นเชื่อว่าเป็นเด็กจริงและสามารถจับกุมผู้กระทำความผิดได้จำนวนมาก

เมื่อสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนสามารถเป็นสื่อที่จะนำไปสู่การล่วงละเมิดทางเพศเด็กได้ กฎหมายจึงควรจะต้องเป็นเครื่องมือในการป้องกันการเข้าถึงสื่อลามกอนาจารเด็กในทุกกรณี

4.2.2 ข้อโต้แย้งในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน

ฝ่ายที่เห็นว่าไม่ควรกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนได้ยกข้อโต้แย้งเพื่อหักล้างข้อสนับสนุนในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนจำนวน 4 ข้อ ได้แก่

4.2.2.1 สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไม่มีอันตรายโดยตรงต่อเด็ก

เมื่อเปรียบเทียบระหว่างสื่อลามกอนาจารเด็กและสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนแล้ว พบว่า สื่อลามกอนาจารเด็กมีผลกระทบหรืออันตรายโดยตรงต่อเด็กที่เป็นเหยื่อ เนื่องจากสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นบันทึกของการล่วงละเมิดทางเพศเด็ก ซึ่งส่งผลกระทบต่อร่างกาย จิตใจ และอารมณ์ของเด็ก และมีผลกระทบเพิ่มเติมต่อเด็ก เมื่อสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นถูกเผยแพร่ไปและวนเวียนอยู่ในสังคม สื่อลามกอนาจารเด็กจึงมีผลกระทบโดยตรงต่อสิทธิเด็กที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองจากการล่วงละเมิดทางเพศ และแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบ ดังนั้น จึงควรมีการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก แต่สำหรับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนนั้น เป็นสิ่งที่สร้างขึ้นจากจินตนาการ จึงไม่มีผลกระทบโดยตรงต่อเด็กไม่ว่าจะเป็นทางร่างกายหรือจิตใจ จึงไม่ควรกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน

4.2.2.2 การกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นการจำกัดสิทธิ

เสรีภาพบุคคลเกินสมควร

สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเป็นสิ่งที่ไม่มีอันตรายในตัวเอง แตกต่างจากสื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นบันทึกการล่วงละเมิดทางเพศเด็กซึ่งเป็นสิ่งที่มีความอันตรายในตัวเอง ดังนั้น ควบคุมสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนโดยการกำหนดความผิดอาญานั้น ขัดต่อเสรีภาพในการแสดงออก สิทธิความเป็นส่วนตัวของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ อีกทั้ง การอ้างว่าสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนจะทำให้ผู้ชมมีเพศสัมพันธ์กับเด็กเกิดความกระหายในการล่วงละเมิดทางเพศเด็กนั้น ก็ยังไม่มีสิ่งที่ยืนยันได้แน่นอนถึงความเชื่อมโยงระหว่างสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนกับการส่งเสริมหรือกระตุ้นให้เกิดการล่วงละเมิดทางเพศเด็ก และถึงแม้ว่าสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนจะกระตุ้นให้เกิดการกระทำที่ผิดกฎหมาย แต่ก็ไม่ใช่เหตุผลที่เพียงพอที่จะทำให้ตัวมันเองเป็นสิ่งผิดกฎหมาย ประกอบกับกฎหมายไม่สามารถจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพียงเพราะต้องการป้องกันไม่ให้เด็กเข้าถึงสิ่งนั้นได้ นอกจากนี้ การกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนอาจนำไปสู่การละเมิดเสรีภาพในการแสดงออกหรือการพูดที่มากขึ้น โดยอาจเป็นจุดเริ่มต้นของสิ่งต่าง ๆ เช่น การ

เคลื่อนไหวเพื่อปราบปรามหนังสือที่ไม่พึงปรารถนา ซึ่งเป็นการการละเมิดเสรีภาพที่มากขึ้น และเป็น การบั่นทอนสิทธิตามรัฐธรรมนูญ

4.2.2.3 สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนอาจนำมาใช้แทนสื่อลามกอนาจารเด็กที่มี การล่วงละเมิดทางเพศเด็กจริงได้

สื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้เด็กจริงในการผลิตจะถูกทำลายหากมีทางเลือก ใหม่ ๆ โดยหากอนุญาตให้มีการผลิตหรือครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนจะสามารถหยุดการ ใช้เด็กที่มีตัวตนจริงในผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กได้ สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนจะมาแทนที่สื่อลามก อนาจารที่ใช้เด็กจริงในการผลิตซึ่งผิดกฎหมาย ผู้ผลิตคงไม่เสี่ยงใช้เด็กจริงในการผลิตสื่อลามกอนาจาร ทั้งที่สามารถใช้คอมพิวเตอร์ผลิตภาพที่แทนกันได้ และผู้ที่มีรสนิยมชอบเด็กหรือชอบสื่อลามกอนาจาร เด็กอาจใช้สื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อตอบสนองความใคร่ของตนแทนการใช้สื่อลามกอนาจารเด็กได้

4.2.2.4 สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนอาจนำมาใช้ในการให้ความรู้แก่เด็ก เกี่ยวกับเรื่องทางเพศได้

ข้อโต้แย้งนี้มีพื้นฐานมาจากความเห็นของ ศาสตราจารย์ยูการิ ฟุจิโมโตะ (Yukari Fujimoto) ที่ศึกษาด้านมังงะและเพศ ของมหาวิทยาลัยเมจิ ประเทศญี่ปุ่น ที่ระบุว่า มังงะที่มีเรื่องราว เกี่ยวกับกิจกรรมทางเพศที่ชัดเจน ช่วยให้เด็ก ๆ พัฒนาเกี่ยวกับความรู้เรื่องเพศ และทำให้เด็ก ๆ เข้าถึงและเข้าใจความปรารถนาของตนเอง การปกป้องเด็กจากข้อมูลเรื่องเพศสัมพันธ์จะเป็นการทำ ให้พวกเขามีโอกาสน้อยที่จะพูดคุยเกี่ยวกับเรื่องทางเพศอย่างตรงไปตรงมา⁸

4.2.3 ความเหมาะสมในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน

จากการศึกษาข้อสนับสนุนและข้อโต้แย้งในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามก อนาจารเด็กเสมือนนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ต่างฝ่ายต่างก็มีเหตุผลที่สามารถรับฟังเพื่อมาพิจารณาเกี่ยวกับ การกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนได้ โดยเหตุผลหลักที่ควรจะต้องนำมา พิจารณา คือ ผลกระทบต่อเด็ก และการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล เพื่อที่จะกำหนดว่าการกระทำ ใดบ้างที่ควรจะเป็นความผิด เช่น หากสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไม่ได้เป็นสิ่งที่มีความผิดในตัวเอง

⁸ Fukuda Takahiro. Child sex in 'manga' – art or obscenity?: Graphic but healthy, free speech. Japan Times. Retrieved on June 12, 2010, from <http://search.japantimes.co.jp/cgi-bin/nn20100612f1.html> Quoted in Chris Mathews, “Manga, Virtual Child Pornography, and Censorship in Japan,” Applied Ethics Old Wine in New Bottles?, Published by Center for Applied Ethics and Philosophy Hokkaido University, (Japan: Center for Applied Ethics and Philosophy, 2011), pp.168.

แต่อาจมีเพียงผลกระทบโดยอ้อมต่อเด็ก ก็ไม่ควรกำหนดให้การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก เสมือนไว้โดยส่วนตัวเป็นความผิด แต่ควรกำหนดให้การเผยแพร่และการค้าเป็นความผิดเพื่อป้องกัน เด็กจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศ และเข้าถึงสื่อที่ไม่เหมาะสมดังกล่าว เพื่อไม่ให้เป็นการละเมิดหรือ จำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเกินสมควร หรือเป็นการควบคุมความคิดของบุคคล อีกทั้ง หากการ ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไว้โดยส่วนตัวไม่เป็นความผิดก็อาจเป็นการช่วยให้ผู้ที่มีรสนิยม ชอบเสพสื่อลามกอนาจารเด็ก ใช้สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนแทนสื่อลามกอนาจารเด็กซึ่งผิดกฎหมาย ได้ แต่อย่างไรก็ตาม ข้อสนับสนุนและข้อโต้แย้งดังกล่าว ก็ต้องนำมาพิจารณาร่วมกับหลักเกณฑ์การ กำหนดความผิดอาญา ซึ่งอาจเกี่ยวข้องกับหลักศีลธรรม จารีตประเพณี และความคิดเห็นของสังคม โดยรวมที่เสนอผ่านทางตัวแทนของประชาชนที่ทำหน้าที่ออกกฎหมาย โดยพิจารณาจากแนวทางที่นัก กฎหมาย และนักวิชาการด้านปรัชญา หรือสังคมวิทยา ได้สร้างหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดทาง อาญาไว้ เพื่อให้ได้แนวทางที่เหมาะสมในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน ดังนี้

4.2.3.1 การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่น่าตำหนิ

หลักเกณฑ์นี้มาจากแนวคิดของนักคิดหลายท่าน เช่น เฮอร์เบิร์ต แอล แพ็กเกอร์ (Herbert L. Packer) ศาสตราจารย์ด้านกฎหมายและนักอาชญาวิทยา ที่มีความเห็นว่า ไม่ควรลงโทษบุคคลที่การกระทำของเขาไม่อาจถูกตำหนิได้อย่างเหมาะสม⁹ และไม่ควรถกลงโทษบุคคลโดย เหตุผลทางศีลธรรมเท่านั้น¹⁰ ไนเจล วอล์กเกอร์ (Nigel Walker) ศาสตราจารย์ด้านอาชญาวิทยา แห่งมหาวิทยาลัยเคมบริดจ์ สหราชอาณาจักร ซึ่งได้รับอิทธิพลแนวคิดมาจากเจเรมี เบนแธม (Jeremy Bentham) ว่า ไม่ควรลงโทษพฤติกรรมที่ไม่เป็นอันตราย¹¹ และเอช. แอล. เอ. ฮาร์ท (H. L. A. Hart) นักปรัชญากฎหมายชาวอังกฤษ ซึ่งได้นำแนวคิดของจอห์น สจิวต มิลล์ (John Stuart Mill) เกี่ยวกับหลักภัยอันตรายของการกระทำ (Harm Principle) มาอธิบายว่า การที่รัฐจะกำหนดการ

⁹ Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction*, (California : Standford University Press, 1968), pp.80.

¹⁰ *Ibid.*, pp.306-308.

¹¹ *Ibid.*, pp.5.

กระทำใด ๆ ให้เป็นความผิดทางอาญา จะต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นก่อให้เกิดผลร้าย หรือสร้างความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายแก่สิทธิหรือคุณค่าของผู้อื่น (Harm to other) เสียก่อน¹²

นอกจากหลักภัยอันตรายของการกระทำ (Harm Principle) แล้ว ยังมีหลักกระทำผิด (Offence Principle) มาอธิบาย การกระทำที่แม้จะไม่ได้มีอันตรายต่อบุคคลอื่น แต่ก็อาจจะก่อให้เกิดการล่วงเกินต่อความรู้สึกของบุคคลทั่วไป ซึ่งเป็นแนวคิดของโจเอล เฟนเบิร์ก (Joel Feinberg) นักปรัชญากฎหมาย ชาวอเมริกัน ซึ่งเห็นว่า การกระทำที่ควรบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาต้องเป็นการกระทำที่น่ารังเกียจและส่งผลต่อสังคม แต่ไม่จำเป็นต้องเป็นอันตรายต่อผู้อื่น¹³ มาอธิบายลักษณะของการกระทำที่น่าตำหนิได้

สรุปได้ว่า ลักษณะของการกระทำที่น่าตำหนิได้ว่าเป็นการกระทำที่มีความชั่วร้าย เป็นอันตรายต่อผู้อื่น หรือการกระทำที่ไม่เป็นอันตราย แต่เป็นการกระทำที่น่ารังเกียจและส่งผลต่อสังคม โดยต้องไม่เป็นไปตามตามอำเภอใจของผู้มีอำนาจ หรือแค่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในการกำหนดความผิดอาญา เพราะถ้าการกระทำนั้นไม่มีความชั่วร้ายก็ไม่มีเหตุผลที่จะบัญญัติกฎหมายเพื่อลงโทษการกระทำนั้น เช่น การไม่บัญญัติกฎหมายลงโทษผู้ที่มารยาทเลว หรือสิ่งที่คุณคนเห็นว่ามี ความเลว เพราะอาจมีข้อโต้แย้งได้ว่าสิ่งใดคือความเลว¹⁴

การสร้าง การผลิต หรือการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไว้โดยส่วนตัวโดยไม่มีเจตนาที่จะเผยแพร่หรือเพื่อการค้า เป็นการกระทำที่บุคคลซึ่งมีรสนิยมในการเสพสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนในรูปแบบต่าง ๆ ได้กระทำในสิ่งที่ชอบในขอบเขตสิทธิเสรีภาพของตน โดยไม่ได้ละเมิดสิทธิของบุคคลอื่น เพราะสื่อลามกอนาจารเด็กเหมือนไม่ได้มีการล่วงละเมิดทางเพศเด็กจริง แม้วารสนิยมเหล่านั้นจะไม่สอดคล้องกับค่านิยมของคนในสังคมส่วนใหญ่ แต่ก็ไม่ได้สร้างความเดือดร้อนหรือกระทบกระเทือนต่อสังคมแต่อย่างใด และรสนิยมเหล่านั้นเป็นสิ่งที่บุคคลไม่อาจเลือกที่จะเป็นได้ การกระทำดังกล่าวจึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำที่น่าตำหนิได้

¹² H.L.A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, (California: Standford University Press, 1965), pp.4-5. อ้างถึงใน ทศมัญช์ ใจหาญ, “ความผิดฐานใช้สัตว์ประกอบกามกิจ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น. 36.

¹³ Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law: Volume 2: Offense to Others*, (New York: Oxford University Press, 1988), pp. 68-69.

¹⁴ ประธาน วัฒนวานิชย์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา*, (กรุงเทพฯ : ประกายพริก, 2546) น. 357.

ส่วนการสร้าง การผลิต หรือการครอบครอง เพื่อเผยแพร่หรือเพื่อการค้า การเผยแพร่และการค้าสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน แม้จะไม่ได้มีอันตรายโดยตรงต่อเด็กหรือบุคคลอื่น แต่ก็เป็นการกระทำที่มีเจตนาให้สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเผยแพร่ออกไปสู่สังคม โดยอาจทำให้คนในสังคมคิดว่าการมีเพศสัมพันธ์กับเด็กซึ่งแม้จะไม่ใช่เด็กที่มีตัวตนจริงเป็นเรื่องปกติและยอมรับได้ ซึ่งอาจทำให้สังคมมองว่าเด็กเป็นวัตถุทางเพศด้วย และอาจทำให้มีผู้นำสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไปใช้ประโยชน์ในการกระตุ้นอารมณ์ทางเพศของตนและนำไปใช้เพื่อล่อลวงเด็กคนอื่น ๆ ให้เข้าสู่กิจกรรมทางเพศ ทำให้เด็กตกเป็นเหยื่อในการล่วงละเมิดทางเพศ ซึ่งเป็นผลกระทบทางอ้อมที่จะกระทบต่อสิทธิเด็กได้ การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่น่าตำหนิ

4.2.3.2 การกระทำนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

นโยบายการบัญญัติกฎหมายอาญามี 2 ประการ ได้แก่ การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล หรือความสงบเรียบร้อยของสังคมอันเป็นประโยชน์ของรัฐ ซึ่งหลักความสงบเรียบร้อยของสังคม หรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน (public policy หรือ public order) มีความหมายกว้างและสามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามกาลเวลา ซึ่งเป็นไปตามนโยบายของรัฐ สภาวะทางสังคม เศรษฐกิจ รวมทั้งแนวคิดของสังคมที่เปลี่ยนไปตามยุคสมัย¹⁵ จึงเป็นเรื่องยากที่จะให้นิยามของคำดังกล่าวได้ ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ได้กล่าวไว้ว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้นอาจหมายถึงการใด ๆ ที่เกี่ยวข้องด้วยความปลอดภัยของประชาชนทั้งภายในและภายนอกประเทศ รวมถึงตลอดถึงความเจริญผาสุกของประชาชนด้วยประการทั้งปวง วัตถุประสงค์ใดขัดต่อหลักการความปลอดภัยสันติสุขของสังคมประเทศชาติ วัตถุประสงค์นั้นจะรับบังคับบัญชาให้ไม่ได้”¹⁶

ส่วนหลักศีลธรรมอันดีของประชาชน (good morals) มาจากแนวคิดว่าการกำหนดความผิดอาญาควรมีพื้นฐานมาจากศีลธรรมของสังคม กล่าวคือ ถ้าการกระทำใดขัดแย้งหรือฝ่าฝืนศีลธรรมอันดีของสังคมนั้น ก็ควรเป็นความผิดอาญา ซึ่งแพทริก เดฟลิน (Patrick Devlin) ผู้

¹⁵ ธานินทร์ กรัยวิเชียร, “ความสำคัญของการตีความในวิชาชีพกฎหมาย,” ตุลพาท, เล่มที่ 2, ปีที่ 55, น. 14, (พฤษภาคม – สิงหาคม 2551).

¹⁶ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2559), น. 116. อ้างถึงใน เมฆยา โรจนอารีย์, “การฉ้อฉลทางวิชาการ : ศึกษาการกำหนดความผิดอาญาฐานรับจ้างทนายนิพนธ์,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น. 45.

พิพากษาชาวอังกฤษ ให้ความเห็นว่า หากปล่อยให้มีการกระทำอันผิดศีลธรรมอยู่ในสังคมโดยไม่เป็นความผิดอาญาแล้ว จะมีผลเป็นการกีดกร่อนสังคมให้พังทลาย¹⁷

ดังนั้น อาจสรุปได้ว่า การกระทำที่มีขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงหมายถึง การกระทำใด ๆ ของบุคคลเป็นการส่วนตัวที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสังคมหรือประชาชนโดยส่วนรวม หรือการกระทำที่ผิดศีลธรรมของสังคม

การสร้าง การผลิต หรือการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไว้โดยส่วนตัวโดยไม่มีเจตนาที่จะเผยแพร่หรือเพื่อการค้า เป็นการกระทำในสิ่งที่ชอบในขอบเขตสิทธิเสรีภาพของตน เนื่องจากสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไม่ได้มีการล่วงละเมิดทางเพศเด็กจริงอันเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เมื่อไม่มีการเผยแพร่ไปสู่สาธารณะบุคคลอื่นไม่สามารถเข้าถึงสื่อชิ้นได้ ย่อมไม่เป็นการกระทำที่การขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

ส่วนการสร้าง การผลิต หรือการครอบครอง เพื่อเผยแพร่หรือเพื่อการค้า การเผยแพร่และการค้าสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน เป็นการกระทำที่ทำให้สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน ซึ่งเป็นสื่อลามกอนาจาร ทำให้บุคคลอื่นสามารถเข้าถึงสื่อชิ้นได้ ทำให้สังคมรับรู้การมีอยู่ของสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน ซึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

4.2.3.3 การกำหนดให้การกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาจะไม่ก่อให้เกิดผลร้ายต่อสังคมมากกว่าผลร้ายจากการกระทำนั้นเอง

การสร้าง การผลิต หรือการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไว้โดยส่วนตัวโดยไม่มีเจตนาที่จะเผยแพร่หรือเพื่อการค้า ไม่มีผลร้ายต่อบุคคลอื่น เพราะสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเป็นอาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหาย (Victimless Crime) เนื่องจากสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเป็นอาชญากรรมที่เด็กไม่ได้รับความเสียหายหรือทุกข์ทรมานในการล่วงละเมิดทางเพศเพื่อผลิตสื่อชิ้น แต่ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำคือผู้กระทำเอง เป็นการที่ผู้กระทำยินยอมให้ผลของการกระทำนั้น เกิดกับตัวผู้กระทำเอง กล่าวคือ การหมกมุ่นอยู่กับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่สอดคล้องกับค่านิยมของคนในสังคมส่วนใหญ่ หากมีการกำหนดให้การสร้าง การผลิต หรือการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไว้โดยส่วนตัวโดยไม่มีเจตนาที่จะเผยแพร่หรือเพื่อการค้าเป็นความผิดอาญา อาจมีผลร้ายทำให้ผู้ที่มิรสนิยมชื่นชอบสื่อลามกอนาจารเด็กไม่มีช่องทางระบายความต้องการของตนเอง และมีแนวโน้มทำให้ไปล่วงละเมิดทางเพศเด็กที่มีตัวตนจริง

¹⁷ ทศมัญช์ ใจหาญ, “ความผิดฐานใช้สัตว์ประกอบกามกิจ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น. 38.

ซึ่งทำให้เด็กได้รับผลกระทบเพิ่มขึ้น การอนุญาตให้สร้าง ผลิต หรือครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไว้โดยส่วนตัวโดยไม่มีเจตนาที่จะเผยแพร่หรือเพื่อการค้า อาจเป็นแนวทางที่ช่วยลดความปรารถนาของผู้ที่ชอบมีเพศสัมพันธ์กับเด็กให้เล็กลงละเมิดทางเพศเด็กจริง โดยใช้เด็กเสมือนซึ่งอาจสร้างให้เหมือนจริงมาเป็นโล่ป้องกันเด็กที่มีตัวตนจริงจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศ ในประเด็นนี้ศาลในคดี *Ashcroft v. Free Speech Coalition* ได้เคยให้ความเห็นไว้ว่า หากอนุญาตให้มีการผลิตหรือครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนจะสามารถหยุดการใช้เด็กที่มีตัวตนจริงในผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กได้ สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนจะมาแทนที่สื่อลามกอนาจารที่ใช้เด็กจริงในการผลิตซึ่งผิดกฎหมาย คงจะมีแต่ผู้ผลิตจำนวนน้อยเท่านั้นที่จะเสี่ยงใช้เด็กจริงในการผลิตสื่อลามกอนาจารทั้งที่สามารถใช้คอมพิวเตอร์ผลิตภาพที่แทนกันได้¹⁸

การสร้าง การผลิต หรือการครอบครอง เพื่อเผยแพร่หรือเพื่อการค้า การเผยแพร่และการค้าสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน มีผลร้ายต่อเด็กและสังคม เพราะอาจนำไปสู่การก่ออาชญากรรมต่อเด็กเพิ่มขึ้นไปอีก ส่วนผลร้ายจากการกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญา ก็คือผลประโยชน์ที่ได้จากสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน ไม่ว่าจะเป็ผลประโยชน์ทางจิตใจ หรือผลประโยชน์ที่เป็นตัวเงิน อาจทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่ได้ผล เมื่อพิจารณาผลร้ายที่เกิดจากการกระทำดังกล่าว กับการกำหนดความผิดอาญากับการกระทำดังกล่าวแล้ว การกำหนดความผิดอาญามีผลร้ายน้อยกว่า โดยใช้หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นที่ตั้ง

4.2.3.4 การกำหนดให้การกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาไม่เป็นการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเกินความจำเป็น

การบัญญัติกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญสามารถกระทำได้ แต่ต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เป็นการเพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุและจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล โดยใช้หลักความได้สัดส่วนในการพิจารณา ได้แก่ หลักความเหมาะสม หลักความจำเป็นและหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

การกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กแสดงให้เห็นว่าสิทธิเด็กอยู่เหนือสิทธิเสรีภาพของบุคคล เนื่องจากเด็กยังมีวุฒิภาวะไม่เพียงพอทำให้ตกเป็นเหยื่อของการล่วงละเมิดทางเพศในกระบวนการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็ก ซึ่งเป็นการกระทำต่อตัวเด็กโดยตรง ดังนั้น

¹⁸ Audrey Rogers, “Playing Hide And Seek: How to Protect Virtual Pornographers and Actual Children on The Internet,” *Villanova Law Review*, Vol. 50, Issue 1, pp.90 (2005).

การผลิต การครอบครอง การเผยแพร่ การส่งต่อ การจัดแสดง รวมถึงการค้าด้วย จึงต้องเป็นความผิด เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของเด็ก ซึ่งเป็นไปตามหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก กล่าวคือ ในกรณีที่ จะต้องพิจารณาผลประโยชน์ของเด็กหรือสิทธิเด็กควบคู่กับผลประโยชน์หรือสิทธิเสรีภาพของบุคคล อื่น ผลประโยชน์ของเด็กจะต้องได้รับการพิจารณาเป็นลำดับแรก โดยกฎหมายไทยได้มีการบัญญัติ รับรองหลักการดังกล่าวไว้ในมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546¹⁹ ประกอบ กับกฎกระทรวงกำหนดแนวทางการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือ เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก พ.ศ. 2549²⁰

แต่สำหรับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนนั้นมีข้อโต้แย้งว่า สื่อดังกล่าวไม่ได้ มีการล่วงละเมิดทางเพศเด็กที่มีตัวตนจริง อันจะกระทบต่อสิทธิของเด็กแต่อย่างใด การกำหนดให้การ สร้าง การผลิต หรือการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไว้โดยส่วนตัวโดยไม่มีเจตนาที่จะ เผยแพร่หรือเพื่อการค้า เป็นความผิดอาญา อาจเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนและเป็นการ จำกัดเสรีภาพในการแสดงออกเกินสมควร สามารถพิจารณาได้ว่ากฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจาร เด็ก คือเพื่อคุ้มครองเด็กจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศ เพราะการมีอยู่ของสื่อลามกอนาจารเด็กนั้น เป็นการล่วงละเมิดทางเพศเด็กในตัวเอง การกำหนดให้การกระทำต่าง ๆ ในกระบวนการผลิตสื่อ ลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดอาญาเป็นการตัดวงจรของสื่อลามกอนาจารเด็ก และเป็นการทำให้ บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว แต่สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไม่มีการล่วงละเมิดทางเพศเด็กที่มีตัวตน จริง สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนจึงไม่มีความผิดในตัวเอง และมีการโต้แย้งได้ว่าไม่มีหลักฐานหรือ งานวิจัยที่แสดงความเชื่อมโยงระหว่างการกระทำดังกล่าวกับการกระทำผิดทางเพศต่อเด็กที่มีตัวตน จริง ประกอบกับ การกระทำดังกล่าวไม่ได้มีการกระทำต่อเด็กโดยตรงจึงไม่สามารถนำหลัก ผลประโยชน์สูงสุดมาอธิบายในการบัญญัติความผิดได้

¹⁹ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2556 มาตรา 22 บัญญัติว่า การปฏิบัติต่อเด็กไม่ว่า กรณีใด ให้คำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญและไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม การ กระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก หรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็กหรือไม่ ให้พิจารณาตามแนวทางที่กำหนดในกฎกระทรวง

²⁰ โปรดดู กฎกระทรวง กำหนดแนวทางการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นไปเพื่อประโยชน์ สูงสุดของเด็กหรือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อเด็ก พ.ศ. 2549 สืบค้นเมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม 2561 จาก http://www.djop.go.th/law/ministerial-regulations/item/download/200_17368e384b6744069d9ce6a9df3e2105

ดังนั้น การบัญญัติให้สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเป็นความผิดในตัวเอง กล่าวคือ การสร้าง หรือการครอบครองโดยไม่มีเจตนาเพื่อเผยแพร่หรือเพื่อการค้า จึงเป็นการควบคุมความคิดหรือจิตนาการของบุคคล ซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินสมควร แต่สำหรับการเผยแพร่หรือเพื่อการค้าสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน เป็นการกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งเป็นไปหลักของการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวสื่อลามกอนาจารทั่ว จึงควรมีกฎหมายเพื่อควบคุมการกระทำนั้น เพื่อสังคมสงบสุขและรักษาศีลธรรมอันดีของสังคม แม้ว่าการบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิด จะมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลบ้าง แต่ผลประโยชน์สาธารณะ และผลประโยชน์ของเด็กที่อาจถูกกระทบโดยทางอ้อมจากการกระทำนั้น มีความสำคัญมากกว่า สิทธิเสรีภาพของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง

4.2.3.5 ไม่มีมาตรการอื่นที่เหมาะสมกว่าการใช้มาตรการทางอาญาแล้ว

กฎหมายอาญาเป็นมาตรการทางกฎหมายของรัฐที่ล่วงล้ำเข้าไปในสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่มีผลรุนแรงที่สุด ดังนั้น การกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญาได้ ก็ต่อเมื่อมาตรการอื่น ๆ ที่มีความรุนแรงน้อยกว่าใช้ไม่ได้ผลแล้ว กล่าวคือหากมาตรการบังคับอื่น ๆ ยังคงสามารถที่จะคุ้มครองนิติสมบัติหรือคุณธรรมทางกฎหมายได้ดีพอ ๆ กันหรือดีกว่าการใช้มาตรการบังคับทางกฎหมายอาญา ก็ควรใช้แนวทางนั้นก่อน

การขึ้นขอบสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน ซึ่งแสดงออกโดยการสร้าง การครอบครอง การมีไว้เพื่อรับชมโดยส่วนตัวเป็นรสนิยมอย่างหนึ่งของบุคคล ที่แม้ว่าจะไม่ตรงกับรสนิยมของบุคคลส่วนใหญ่ในสังคม แต่ตราบไต่ที่การกระทำดังกล่าวยังไม่มีการกระทบต่อเด็กหรือต่อสังคม ไม่ได้สร้างความเดือดร้อนให้แก่บุคคลใด การกระทำนั้นจึงไม่กระทบต่อสิ่งที่กฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กประสงค์จะคุ้มครอง ซึ่งก็คือสวัสดิภาพของเด็กแต่อย่างใด นอกจากนี้ อาจมองได้ว่ารสนิยมดังกล่าวสามารถใช้มาตรการอื่น เช่น มาตรการทางการแพทย์ให้เข้าใจรสนิยมของตนเอง และควบคุมรสนิยมดังกล่าวเพื่อไม่ให้ไปกระทบต่อสิทธิเด็ก หรือไปก่ออาชญากรรมต่อเด็กได้ ดังนั้น การกำหนดให้การสร้าง การครอบครอง การมีไว้เพื่อรับชมโดยส่วนตัว ซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน จึงไม่สอดคล้องกับหลักการนี้ ส่วนการเผยแพร่หรือเพื่อการค้าสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน เป็นการกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และอาจกระทบต่อสิทธิเด็กโดยอ้อมแล้ว และไม่ปรากฏว่ามีวิธีการใดในการบังคับใช้กับการกระทำดังกล่าวได้ดีกว่าการกำหนดให้เป็นความผิดอาญา การกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดจึงสอดคล้องกับหลักการนี้แล้ว

4.3 แนวทางที่เหมาะสมในการกำหนดความผิดทางอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน

จากการศึกษาแนวทางในการกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กสามารถแบ่งได้เป็น 3 แนวทาง แนวทางแรก คือ การกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนแยกต่างหากจากความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ได้แก่ สหรัฐอเมริกา และสหราชอาณาจักร แนวทางที่สอง คือ การกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนรวมกับสื่อลามกอนาจารเด็ก โดยมีฐานความผิดและโทษที่เหมือนกัน ได้แก่ ออสเตรเลีย และฟิลิปปินส์ และแนวทางที่สาม คือ การกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กโดยเฉพาะ แต่ไม่รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน กล่าวคือ การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไว้โดยส่วนตัวไม่มีความผิด แต่การเผยแพร่หรือส่งต่ออาจเป็นความผิดตามกฎหมายอื่นที่ไม่ใช่ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ได้แก่ ญี่ปุ่น

แนวทางแรก คือ การกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนแยกต่างหากจากความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ได้แก่ สหรัฐอเมริกา และสหราชอาณาจักร

สหรัฐอเมริกามีความเห็นว่าเป็นหน้าที่ของรัฐในการปกป้องความเป็นอยู่ของเด็กทั้งทางร่างกายและจิตใจเป็นหลักและเหนือกว่าสิ่งอื่นใด ประกอบกับการแพร่กระจายของสื่อลามกอนาจารเด็กมีส่วนเกี่ยวข้องกับการล่วงละเมิดทางเพศเด็ก และการโฆษณาและการขายสื่อลามกอนาจารเด็กสร้างแรงจูงใจทางเศรษฐกิจทำให้เกิดการผลิตอย่างต่อเนื่อง อีกทั้งสื่อลามกอนาจารเด็กซึ่งเป็นภาพของเด็กที่มีส่วนร่วมในการกระทำทางเพศนั้นไม่มีคุณค่าทางสังคม และการที่สื่อลามกอนาจารเด็กไม่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญมีความสอดคล้องกับการตัดสินใจในการจำกัดเสรีภาพที่ผ่านมา เพราะประโยชน์สาธารณะนั้นสำคัญและมีคุณค่ามากกว่าเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง²¹ สื่อลามกอนาจารเด็กจึงเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายในสหรัฐอเมริกา

สำหรับประเด็นในการกำหนดความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นศาลของสหรัฐอเมริกาเห็นว่า การห้ามครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องเด็กผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของสื่อลามกอนาจารเด็ก และเหตุผลที่ควรบัญญัติให้การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นสิ่งผิดกฎหมาย เนื่องจากเด็กได้รับผลกระทบจากการเป็นเหยื่อในการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็ก ทั้งทางร่างกาย ทางอารมณ์ และทางจิตใจ การลงโทษการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กจะทำให้การผลิตสื่อดังกล่าวลดลงและเป็นการทำลายตลาดในการแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็กโดยมิชอบ ประกอบกับสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นการบันทึกการล่วงละเมิดทางเพศเด็กที่ใช้ในการผลิตสื่อ

²¹ New York v. Ferber, 458 U.S. 747 (1982).

อย่างถาวร และการมีอยู่ของสื่อลามกอนาจารเด็กทำให้มีเด็กตกเป็นเหยื่ออย่างต่อเนื่องในปีที่ผ่านมา และกฎหมายควรจะทำหน้าที่ในการทำลายสื่อลามกอนาจารเด็ก เพราะผู้ที่ชอบมีเพศสัมพันธ์กับเด็ก ใช้สื่อลามกอนาจารเด็กในการเกลี้ยกล่อมเด็กเพื่อมาผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กให้มากขึ้นและเพื่อล่อลวงละเมิดทางเพศเด็ก²²

รัฐสภาของสหรัฐอเมริกาเคยพยายามในการทำให้สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเป็นสิ่งผิดกฎหมายเช่นเดียวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก เนื่องจากเห็นว่า แม้สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนจะไม่ได้เกี่ยวข้องและอันตรายต่อเด็กโดยตรง แต่เป็นอันตรายต่อเด็กในทางอ้อม และความก้าวหน้าของเทคโนโลยีทำให้การตรวจสอบว่าเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารนั้นเป็นเด็กจริงหรือเด็กเสมือนเป็นเรื่องยากมากขึ้น การบัญญัติให้สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเป็นสิ่งผิดกฎหมายจึงเป็นการป้องกันการหลีกเลี่ยงการดำเนินคดีของพวกที่ชอบมีเพศสัมพันธ์กับเด็ก เพราะหากสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไม่ผิดกฎหมาย อาจมีการอ้างได้ว่าเด็กที่อยู่ในสื่อเหล่านั้นไม่ใช่เด็กที่มีตัวตนจริง แต่ศาลสูงของสหรัฐอเมริกามีความเห็นว่าเป็นสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นสิ่งผิดกฎหมายเพราะมีอันตรายต่อเด็กที่มีตัวตนจริง แต่สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไม่ก่อให้เกิดอันตรายนั้น ส่วนเหตุผลที่ว่า สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนทำให้ผู้ชอบมีเพศสัมพันธ์กับเด็กเกิดความกระหายในการล่อลวงละเมิดทางเพศเด็กนั้น เป็นเหตุผลที่ไกลเกินไปที่จะสนับสนุนการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ อีกทั้ง ยังไม่มีสิ่งใดแสดงให้เห็นความเชื่อมโยงระหว่างสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนกับการส่งเสริมหรือกระตุ้นให้เกิดการล่อลวงละเมิดทางเพศเด็ก และศาลได้เน้นย้ำว่าสิทธิเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองไม่สามารถถูกจำกัดเพียงเพราะต้องการปราบปรามสิ่งที่ผิดกฎหมาย แต่ยังคงมีประเด็นเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนที่เหมือนจนแยกไม่ออกว่าเป็นเด็กจริงหรือเด็กเสมือนควรเป็นสิ่งต้องห้ามตามกฎหมายหรือไม่²³ ดังนั้น คำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกาในปัจจุบันจึงไม่รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน เว้นแต่เป็นกรณีที่เป็นภาพที่ไม่อาจแยกออกจากภาพที่มีเด็กเข้าร่วมในกิจกรรมทางเพศอย่างชัดเจนได้ กล่าวคือ แม้เป็นภาพที่ไม่มีการล่อลวงละเมิดทางเพศเด็กจริง แต่ถ้าบุคคลทั่วไปเห็นหรือเข้าใจว่าเป็นเด็กจริงโดยแยกไม่ออกว่าไม่ใช่เด็กจริง ภาพนั้นก็เป็นสิ่งผิดกฎหมาย ซึ่งในกรณีนี้อาจใช้บังคับได้กับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนที่สร้างโดยใช้คอมพิวเตอร์กราฟิก เพราะสามารถสร้างเด็กเสมือนได้เหมือนเด็กจริงมากที่สุด²⁴

²² Osborne v. Ohio, 495 U.S. 103 (1990)

²³ Ashcroft v. Free Speech Coalition, 535 U.S. 234 (2002)

²⁴ See 18 U.S. Code § 2252A and § 2256 (8)

แต่อย่างไรก็ตาม สหรัฐอเมริกาได้มีการกำหนดความผิดแก่การแสดงภาพของการล่วงละเมิดทางเพศเด็กที่มีลักษณะลามก ซึ่งรวมถึงกรณีที่สื่อ นั้นเป็นเพียงภาพที่สร้างขึ้นโดยไม่ได้มีเด็กจริง ถูกล่วงละเมิดทางเพศ เช่น ภาพวาด ภาพการ์ตูน รูปปั้นหรือภาพวาดด้วยสี ซึ่งเป็นการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนแยกต่างหากจากความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก แบ่งเป็นความผิดฐานผลิต เผยแพร่ ได้รับ หรือครอบครองสื่อแสดงภาพของการล่วงละเมิดทางเพศเด็กที่มีลักษณะลามกไว้เพื่อแจกจ่าย และความผิดฐานครอบครองสื่อแสดงภาพของการล่วงละเมิดทางเพศเด็กที่มีลักษณะลามกไว้โดยส่วนตัว แต่การกระทำดังกล่าวต้องประกอบด้วยกรณีต่าง ๆ เช่น กระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างประเทศ เช่น โดยการขนส่งการใช้คอมพิวเตอร์ หรือการใช้ส่วนประกอบที่ถูกส่งข้ามรัฐหรือข้ามชาติ²⁵ ซึ่งอาจเป็นการเน้นการห้ามการเผยแพร่มากกว่า ในกรณีนี้มีข้อสังเกตคือ ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนดังกล่าวมีอัตราโทษเท่ากับกับความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก

ส่วนสหราชอาณาจักรมีการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ซึ่งกำหนดให้การสร้าง แสดง หรือแจกจ่ายสื่อลามกอนาจารเด็ก²⁶ และการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดอาญา²⁷ โดยได้ให้คำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กว่า คือ ภาพถ่ายที่ไม่เหมาะสมของเด็ก กล่าวคือ ภาพถ่าย (photograph) หมายความว่ารวมถึง ภาพยนตร์ที่ไม่เหมาะสม สำเนาภาพ หรือ ภาพยนตร์ที่ไม่เหมาะสม และภาพที่ไม่เหมาะสมที่เกิดขึ้นในภาพยนตร์ ซึ่งภาพยนตร์นั้นรวมถึงภาพ วีดีโอด้วย ภาพถ่าย (photograph) นั้นถ้าเป็นภาพเด็กและมีลักษณะที่ไม่เหมาะสม จะถูกตีความว่าเป็นภาพที่ไม่เหมาะสมของเด็กตามกฎหมาย ดังนั้น จึงชัดเจนว่าคำนิยามดังกล่าวไม่รวมถึง ภาพการ์ตูน หรือภาพวาด หรือภาพอื่น ๆ ในลักษณะเดียวกัน ซึ่งเป็นสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนแต่อย่างใด นอกจากนี้ ยังมีการให้นิยามคำว่าสิ่งเสมือนภาพถ่าย (pseudo-photograph) ว่าหมายถึง ภาพที่ไม่ว่าจะสร้างด้วยคอมพิวเตอร์หรือด้วยวิธีการอื่นใด ซึ่งทำให้ปรากฏเป็นภาพถ่าย (photograph) ซึ่งเมื่อพิจารณาจากความหมายดังกล่าว ไม่ได้เป็นการให้นิยามรวมถึง ภาพการ์ตูน หรือภาพวาด หรือภาพอื่น ๆ ในลักษณะเดียวกัน ซึ่งเป็นสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนแต่อย่างใด แต่หากภาพลามกอนาจารของเด็กที่สร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิก (CGI) หรือเป็นภาพวาดหรือภาพการ์ตูนที่ดูสมจริงมากพอที่คนทั่วไปเข้าใจว่าเป็นภาพจริง แม้จะไม่ได้วาดหรือสร้างภาพดังกล่าวโดยใช้เด็กที่แท้จริงหรือเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจริง ก็ถือว่าเป็นสื่อลามกอนาจารเด็ก แสดงให้เห็นว่า สหราชอาณาจักรให้คำ

²⁵ See 18 U.S. Code § 1466A

²⁶ See the Protection of Children Act 1978

²⁷ See Section 160 of the Criminal Justice Act 1988

นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กไปในแนวทางเดียวกับสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ สื่อลามกอนาจารเด็กไม่รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน เว้นแต่เป็นกรณีที่เหมือนจริงจนไม่สามารถแยกออกได้ จึงทำให้การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนที่ไม่เหมือนจริงไม่เป็นความผิดอาญา แต่การตีพิมพ์ การเผยแพร่ และการจัดหาสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนบางประเภท อาจเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติสิ่งพิมพ์ลามกอนาจาร ค.ศ. 1959 (the Obscene Publications Acts 1959) ซึ่งเป็นกฎหมายที่บังคับใช้กับสื่อลามกอนาจารทั่วไป ส่วนการครอบครองนั้นต้องเป็นการครอบครองเพื่อแสวงหาผลประโยชน์จึงจะเป็น การครอบครองโดยส่วนตัวไม่เป็นความผิดแต่อย่างใด

แต่อย่างไรก็ตาม สหราชอาณาจักรได้มีการกำหนดความผิดครอบครองภาพต้องห้ามของเด็ก โดยกำหนดว่า ภาพ (Image) หมายความว่า ภาพใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหว หรือข้อมูล (ไม่ว่าจะจัดเก็บด้วยวิธีใด) ซึ่งสามารถแปลงเป็นภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวได้ และให้หมายความรวมถึงภาพของเด็กที่ไม่ว่าจะเป็นเด็กที่มีตัวตนจริงหรือในจินตนาการด้วย ซึ่งเป็นการขยายขอบเขตกฎหมายให้บังคับใช้กับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนด้วย ซึ่งในกรณีนี้มีข้อสังเกตว่า โทษของความผิดฐานนี้นั้นน้อยกว่าโทษของการกระทำต่อสื่อลามกอนาจารเด็กที่เป็นเด็กที่มีตัวตนจริง²⁸

แนวทางที่สอง คือ การกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนรวมกับสื่อลามกอนาจารเด็ก โดยมีฐานความผิดและโทษที่เหมือนกัน ได้แก่ ออสเตรเลีย และฟิลิปปินส์

ออสเตรเลียมีแนวคิดว่ วัตถุประสงค์หลักของกฎหมายคือการต่อสู้โดยตรงกับการใช้ประโยชน์และการล่วงละเมิดทางเพศเด็ก รวมถึงการยับยั้งสิ่งต่าง ๆ ที่จะนำไปสู่การล่วงละเมิดทางเพศเด็กด้วย ดังนั้น ถึงแม้ว่าสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนจะไม่มีผลโดยตรงต่อเด็ก แต่มีผลโดยอ้อมคือมีแนวโน้มว่สื่อ นั้นจะถูกนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการล่วงละเมิดเด็กเพื่อล่วงละเมิดทางเพศ ดังนั้น ค่านิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กจึงมีความหมายกว้างมาก สรุปได้ว่ หมายถึง สิ่งที่แสดงให้เห็นว่เป็นบุคคลหรือการเป็นตัวแทนของบุคคลซึ่งเป็นหรือดูเหมือนเป็นบุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปี ซึ่งมีส่วนร่วมหรือดูเหมือนจะมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศ (ซึ่งจะมีหรือไม่มีบุคคลอื่นอยู่ด้วยก็ได้ หรืออยู่ในการปรากฏตัวของคนที่มีส่วนร่วมหรือดูเหมือนมีส่วนร่วมในการกระทำหรือกิจกรรมทางเพศ และอยู่ในลักษณะที่สามารถเข้าใจสถานการณ์อันน่ารังเกียจนั้น คำว่ การเป็นตัวแทนของบุคคลซึ่งเป็นหรือดูเหมือนเป็นบุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปี นั้น หมายถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน กล่าวคือ เด็กในสื่อลามกอนาจารเด็กไม่จำเป็นต้องเป็นเด็กจริง ๆ แค่เป็นการบรรยายหรือแสดงให้เห็นว่ความเป็นเด็กเท่านั้น และก็ยังหมายความรวมถึงตัวละครในนิยาย และตัวละครที่สร้างจากภาพดิจิทัลด้วย ซึ่งถือว่

²⁸ See Section 62 of the Coroners and Justice Act 2009

ฝ่ายนิติบัญญัติของออสเตรเลียได้อธิบายลักษณะที่ต้องห้ามไว้อย่างครอบคลุม เมื่อคำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กนั้น รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนด้วย ดังนั้น สื่อลามกอนาจารเด็กและสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน จึงมีฐานความผิดและโทษที่เหมือนกัน แต่อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาคดีของศาล หากมีข้อเท็จจริงว่าไม่ได้มีเด็กจริง ๆ เกี่ยวข้องในการผลิตสื่อที่ถูกพิจารณาในคดีนี้ อาจเป็นเหตุผลโทษได้

ส่วนฟิลิปปินส์ การบัญญัติกฎหมายเป็นไปในแนวทางเดียวกับออสเตรเลีย โดยให้ความสำคัญกับการปกป้อง ร่างกาย จิตใจ ศีลธรรม อารมณ์ จิตวิทยา และสังคมของเด็ก ฟิลิปปินส์จึงให้คำนิยามสื่อลามกอนาจารเด็กไว้อย่างกว้างมาก ครอบคลุมถึงภาพลามกอนาจารที่เกี่ยวข้องกับการเป็นตัวแทนเสมือนของเด็ก หรือสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน โดยให้คำนิยามว่า เด็ก หมายถึง บุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปี หรือมากกว่าแต่ไม่สามารถดูแลตัวเองอย่างเต็มที่จากการถูกล่วงละเมิดทางเพศ การถูกทอดทิ้ง การถูกทารุณกรรม การแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบ หรือการเลือกปฏิบัติเนื่องจากความพิการทางร่างกายหรือจิตใจ หรืออาการป่วย และเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัตินี้ เด็กหมายรวมถึง (1) บุคคลที่ไม่คำนึงถึงอายุซึ่งแสดง วาดให้เห็น หรือสวมบทบาทเป็นเด็กตามความหมายในพระราชบัญญัตินี้ และ (2) ภาพที่สร้างขึ้นจากคอมพิวเตอร์ ดิจิทัล หรือสร้างด้วยมือ ของบุคคลที่เป็นตัวแทนหรือถูกทำให้ดูเหมือนเป็นเด็กตามความหมายในพระราชบัญญัตินี้²⁹ แสดงถึงเจตนาที่จะลงโทษสื่อที่แสดงการจำลองความเป็นเด็กด้วย ดังนั้น สื่อลามกอนาจารเด็กและสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน จึงมีฐานความผิดและโทษที่เหมือนกัน

แนวทางที่สาม การกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กโดยเฉพาะ แต่ไม่รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน ได้แก่ ญี่ปุ่น

ในประเทศญี่ปุ่น เนื้อหาของสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนจะปรากฏอยู่ในสื่อประเภทการ์ตูน หรือที่เรียกว่า มังงะ หรือภาพเคลื่อนไหวที่เรียกว่าอนิเมะ หรือเกม หรือสื่ออื่น ๆ ซึ่งไม่ว่าจะมีความเหมือนจริงหรือไม่ โดยสื่อต่าง ๆ เหล่านั้น มีชื่อเรียกเฉพาะว่าแนวโลลิตคอน กล่าวคือเป็นแนวที่เน้นเรื่องราวโดยตรงของกิจกรรมทางเพศระหว่างเด็กหรือกับเด็ก เมื่อพิจารณาความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายญี่ปุ่นแล้ว พบว่า ไม่ได้บัญญัติให้หมายรวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน และเนื่องจากมังงะและอนิเมะ แนวต่าง ๆ รวมทั้งแนวโลลิตคอน เป็นส่วนหนึ่งของสื่อทางวัฒนธรรมที่สำคัญของญี่ปุ่น ซึ่งมีกฎหมายเฉพาะคุ้มครองไว้ คำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็ก จึงไม่ครอบคลุมถึงสื่อที่เป็นตัวละครเด็กสมมติที่ไม่สามารถระบุได้ซึ่งเกิดจากจินตนาการแสดงอยู่ในฉากเกี่ยวกับเรื่องทางเพศอย่างโจ่งแจ้ง หรือสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนแต่อย่างใด ดังนั้น การครอบครอง

²⁹ See Section 3 (a) of The Anti-Child Pornography Act of 2009

สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนจริงไม่เป็นความผิดตามกฎหมายญี่ปุ่น แต่เผยแพร่ จำหน่าย หรือจัดแสดง ลามกอนาจารเด็กเสมือน อาจเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 175 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสื่อลามกอนาจารโดยทั่วไป

4.3.1 กฎหมายที่ใช้บัญญัติความผิด

จากการพิจารณาผ่านมา พบว่าคำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทยสามารถตีความให้หมายรวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนได้ แต่หากพิจารณาคำนิยามดังกล่าวประกอบกับความเห็นของผู้ร่างกฎหมายว่ากฎหมายดังกล่าวไม่มีวัตถุประสงค์ในการบังคับกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน ซึ่งทำให้กฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของไทยเป็นไปในแนวทางเดียวกับประเทศญี่ปุ่น กล่าวคือ การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไว้โดยส่วนตัวไม่มีความผิดอาญา แต่การครอบครองโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเผยแพร่หรือเพื่อการค้าเป็นความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารทั่วไป ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่ากฎหมายของประเทศไทยเป็นไปในแนวทางดังกล่าวจริง จึงควรแก้ไขคำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กให้มีความชัดเจนว่าไม่รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนอย่างแน่นอน และควรมีการพิจารณาว่าจำเป็นต้องมีการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเพิ่มเติมหรือไม่

4.3.1.1 การแก้ไขนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็ก

เนื่องจากคำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทยในปัจจุบัน อาจตีความให้หมายรวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนได้ และอาจทำให้การกระทำที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจารเด็กและสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนมีความผิดและโทษที่เหมือนกัน ทั้งที่ผลของการกระทำนั้นต่างกัน และการกำหนดให้การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไว้โดยส่วนตัวนั้น ไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดและโทษอาญา จึงต้องแก้ไขคำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กในปัจจุบัน ไม่ให้สามารถตีความรวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนได้

ประการแรก ต้องแก้ไขประเภทของสื่อที่เป็นประเภทของสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน เฉพาะในส่วนของสื่อแสดงภาพ ได้แก่ ภาพเขียน และภาพระบายสี เป็นประเภทสื่อที่เห็นได้ชัดว่า ในการผลิตสื่อชิ้นนั้นไม่มีเด็กที่มีตัวตัวจริงมาเกี่ยวข้องอย่างแน่นอน โดยการตัดสื่อประเภทดังกล่าวออกจากคำนิยาม

ประการที่สอง เนื้อหาของสื่อลามกอนาจารเด็กต้องบัญญัติให้ชัดเจนว่าไม่รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน แต่ก็มีประเด็นในการพิจารณาว่า ให้รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนในกรณีที่สื่อชิ้นนั้นแม้เป็นสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนแต่เหมือนจริงจนไม่สามารถแยกได้ว่าเป็นสื่อลามกอนาจารเด็กหรือสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน ซึ่งเป็นไปตามแนวทางเดียวกับสหรัฐอเมริกา และสหราชอาณาจักร เพื่อเป็นการป้องกันการหลีกเลี่ยงการดำเนินคดี โดยอ้างว่าสื่อชิ้นนั้น

เป็นสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนที่ไม่ได้มีการล่วงละเมิดทางเพศเด็กจริง และเป็นการยากในการพิสูจน์ว่าเด็กในสื่อ นั้นเป็นเด็กจริงหรือเด็กเสมือน ซึ่งในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่า ควรนิยามให้รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนที่เหมือนจริงจึงไม่สามารถแยกออกได้ด้วย เพื่อไม่ให้เป็นการระงับการพิสูจน์การกระทำความผิด

ประการสุดท้าย ควรเติมคำว่าบุคคลเพื่ออธิบายว่าเด็กต้องเป็นบุคคลที่มีตัวตนจริง เท่านั้น ไม่รวมถึงเด็กที่ไม่ใช่บุคคลหรือเด็กในจินตนาการ

สรุปได้ว่า ควรแก้ไขคำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็ก ดังนี้

“วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้รู้หรือเห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งเป็นบุคคลที่อายุไม่เกินสิบแปดปี โดยรูป เรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร แต่ไม่รวมถึงวัตถุหรือสิ่งที่ไม่ได้มีเนื้อหาการล่วงละเมิดทางเพศเด็กที่มีตัวตนจริง เว้นแต่เป็นกรณีที่เหมือนจริงจนไม่อาจแยกออกจากสื่อที่มีการล่วงละเมิดทางเพศเด็กที่มีตัวตนจริงได้ ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสาร ภาพพิมพ์ สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกภาพ หรือรูปแบบอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน และให้หมายความรวมถึงวัตถุหรือสิ่งต่าง ๆ ช่างต้นที่จัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้”

4.3.1.2 การกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเพิ่มเติม

จากการศึกษาข้อสนับสนุนและข้อโต้แย้งในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน ประกอบกับหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดอาญาแล้ว พบว่าการสร้างหรือการครอบครองโดยไม่มีเจตนาเพื่อเผยแพร่หรือเพื่อการค้า ไม่ควรจะเป็นความผิดอาญา แต่การสร้าง การผลิต หรือการครอบครอง เพื่อเผยแพร่หรือเพื่อการค้า การเผยแพร่และการค้าสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน ควรที่จะเป็นความผิดอาญา จึงไม่สามารถใช้แนวทางที่สอง คือ การกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนร่วมกับสื่อลามกอนาจารเด็ก โดยมีฐานความผิดและโทษที่เหมือนกัน มาเป็นแนวทางในการกำหนดความผิดได้ และการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเป็นความผิดแยกต่างหากจากสื่อลามกอนาจารเด็ก ตามแนวทางแรก เช่น สหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักร ที่บัญญัติให้การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไว้โดยส่วนตัวให้เป็นความผิดอาญา นั้นก็ไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดและโทษทางอาญาเช่นกัน ประกอบกับหากแก้ไขคำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กในประมวลกฎหมายอาญาให้ไม่รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนแล้ว ก็จะทำให้กฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของไทยเป็นไปในแนวทางที่สาม เช่นเดียวกับประเทศญี่ปุ่น กล่าวคือ การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไว้โดยส่วนตัวไม่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287/1 และการครอบครอง

โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเผยแพร่หรือเพื่อการค้า หรือการเผยแพร่และการค้าสื่อลามกอนาจารเด็ก เสมือน ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 287/2 แต่เป็นความผิดตามมาตรา 287³⁰ ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารทั่วไป

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 ได้มีการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเป็นการทั่วไป ไม่ว่าจะเป็นการทำ ผลิต มีไว้ นำเข้า ส่งออกหรือทำให้แพร่หลายซึ่งสื่อลามกอนาจารเพื่อความประสงค์แห่งการค้าหรือโดยการค้าไว้อยู่แล้ว หากมีการกำหนดฐานความผิดเดียวกันกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนโดยเฉพาะ จะเป็นการทำให้กฎหมายอาญาเพื่อทั้งที่ฐานความผิดสามารถบัญญัติรวมกันได้ ดังนั้น จึงไม่ควรกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเป็นความผิดแยกต่างหากจากสื่อลามกอนาจารเด็ก แต่ควรแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 เพื่อให้การกระทำเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนมีโทษที่แตกต่างจากสื่อลามกอนาจารทั่วไป เนื่องจากสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนมีเด็กเป็นส่วนประกอบของสื่อ แม้ว่าจะไม่ใช่เด็กที่มีตัวตนจริงก็ตาม แต่การมีภาพเด็กเสมือนทำกิจกรรมทางเพศเผยแพร่บนเว็บบอร์ดในสังคม ก็อาจทำให้คนในสังคมคิดว่าการมีเพศสัมพันธ์กับเด็กเป็นเรื่องปกติและยอมรับได้เช่นกัน และอาจทำให้สังคมมองว่าเด็กเป็นวัตถุทางเพศด้วย ซึ่งมีผลกระทบต่อเด็กโดยอ้อมซึ่งรุนแรงกว่าสื่อลามกอนาจารทั่วไป

³⁰ มาตรา 287 ผู้ใด

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

(2) ประกอบการค้า หรือมีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้าเกี่ยวกับวัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้ว แจกจ่ายหรือแสดงอวดแก่ประชาชน หรือให้เช่าวัตถุหรือสิ่งของเช่นนั้น

(3) เพื่อจะช่วยการทำให้แพร่หลาย หรือการค้าวัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้ว โฆษณาหรือโฆษณาโดยประการใด ๆ ว่ามีบุคคลกระทำการอันเป็นความผิดตามมาตรา นี้ หรือโฆษณาหรือโฆษณาว่าวัตถุ หรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้วจะหาได้จากบุคคลใด หรือโดยวิธีใด

ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

4.3.2 นิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน

หากมีการกำหนดให้การทำ ผลิต มีไว้ นำเข้า ส่งออกหรือทำให้แพร่หลายซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเพื่อความประสงค์แห่งการค้าหรือโดยการค้าเป็นบทบรรณาธิของมาตรา 287 จึงควรกำหนดคานิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนให้ชัดเจนว่าหมายถึงสิ่งใดบ้าง เพื่อให้การกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กมีความชัดเจนแน่นอนที่จะใช้บังคับได้อย่างถูกต้องและเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

4.3.2.1 ประเภทของสื่อ

สื่อ แบ่งออกได้เป็น 3 ประเภทใหญ่ ๆ ได้แก่ สื่อแสดงภาพ เช่น สิ่งพิมพ์ ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี รูปภาพ ภาพโฆษณา รูปถ่าย ภาพวาด ภาพกราฟิก ภาพยนตร์ ทัศนทัศน์ แลบบันทึกรูปภาพ สื่อที่ไม่ใช่สื่อแสดงภาพ เช่น เอกสาร แลบบันทึกลเสียง และสื่อเทคโนโลยี เช่น ข้อมูลคอมพิวเตอร์ในระบบคอมพิวเตอร์

จากการศึกษาพบว่า ประเทศที่มีการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนแยกต่างหากจากสื่อลามกอนาจารเด็ก ได้แก่ สหรัฐอเมริกา และสหราชอาณาจักร ได้กำหนดประเภทของสื่อเฉพาะ สื่อแสดงภาพเท่านั้น

ประมวลกฎหมายอาญาของสหรัฐอเมริกา มาตรา 1466A กำหนดว่า สื่อแสดงภาพ (visual depiction) หมายความว่ารวมถึงฟิล์มแบบเก่าหรือวิดีโอเทป ข้อมูลที่ถูกเก็บไว้ในคอมพิวเตอร์ ดิสก์ หรือถูกเก็บไว้ในลักษณะอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งสามารถที่จะแปลงมาเป็นภาพที่สามารถมองเห็นได้ และให้หมายรวมถึงรูป ฟิล์ม วีดีโอ รูปภาพ รูปดิจิทัล รูปคอมพิวเตอร์ ภาพที่ปรับแต่งขึ้นมาโดยคอมพิวเตอร์ ไม่ว่าจะทำ ด้วยวิธีทางอิเล็กทรอนิกส์ แมคคานิกส์ หรือโดยวิธีอื่น ๆ และให้ครอบคลุมถึงภาพวาด ภาพการ์ตูน รูปปั้นหรือภาพวาดด้วยสี (painting) ด้วย

พระราชบัญญัติการชันสูตรและความยุติธรรม 2009 (the Coroners and Justice Act 2009) ของสหราชอาณาจักร กำหนดว่า ภาพใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหว หรือข้อมูล (ไม่ว่าจะจัดเก็บด้วยวิธีใด) ซึ่งสามารถแปลงเป็นภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวได้ ประกอบกับแนวทางเกี่ยวกับการกำหนดความผิดของการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน ที่เสนอโดย the Home Office (สหราชอาณาจักร), the Scottish Executive Minister for Justice และ the Northern Ireland Office เสนอว่า ประเภทของสื่อ ควรเป็นภาพที่สร้างจากคอมพิวเตอร์ (CGI) ภาพวาด ภาพการ์ตูน และยังครอบคลุมถึงประติมากรรมและวัตถุอื่น ๆ

สำหรับออสเตรเลียซึ่งบัญญัติกฎหมายไว้อย่างกว้าง ๆ ทำให้สื่อลามกอนาจารเด็กมีความหมายรวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กด้วย แต่กฎหมายในระดับสหพันธรัฐไม่ได้กำหนดประเภทของสื่อไว้ จึงต้องไปพิจารณาจากกฎหมายระดับมลรัฐ ซึ่งกำหนดว่า สื่อ หมายถึง

ฟิล์ม สิ่งพิมพ์ ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ หรือสิ่งอื่นใดไม่ว่าชนิดใด (รวมถึงภาพในคอมพิวเตอร์ หรือภาพอื่น ๆ ด้วย) ซึ่งไม่ได้กำหนดเฉพาะสื่อแสดงภาพเท่านั้น แต่รวมถึงสื่อประเภทอื่น ๆ ด้วย

และคำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทยในปัจจุบันที่หมายความรวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนด้วยนั้น กำหนดประเภทของสื่อ ได้แก่ เอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือรูปแบบอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน และให้หมายความรวมถึงวัตถุหรือสิ่งต่าง ๆ ข้างต้นที่จัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้ ซึ่งไม่ได้มีเฉพาะสื่อแสดงภาพ แต่ยังมีสื่อประเภทอื่น ๆ ด้วย

เมื่อพิจารณาประเภทของสื่อที่ประเทศต่าง ๆ กำหนดไว้แล้ว เห็นว่าควรนำแนวทางของสหรัฐอเมริกา และสหราชอาณาจักรมาเป็นแนวทางในการกำหนดประเภทของสื่อ เนื่องจากทั้งสองประเทศดังกล่าว ได้กำหนดแยกความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนโดยเฉพาะ และการกำหนดประเภทของสื่อเฉพาะสื่อแสดงภาพนั้น มีข้อดีตรงที่ สื่อแสดงภาพมีความชัดเจนและแน่นอนสามารถมองเห็นได้ว่าเป็นสื่อที่สร้างจากเด็กจริงหรือเด็กเสมือน

ดังนั้น ประเภทของสื่อที่จะใช้ในการกำหนดคำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน ควรเป็นสื่อแสดงภาพ ไม่ว่าจะเป็น ภาพวาด ภาพการ์ตูน รูปปั้น ภาพวาดด้วยสี (painting) หรือภาพที่สร้างจากคอมพิวเตอร์ (CGI) หรือโดยวิธีอื่น ๆ ในลักษณะเดียวกัน รวมถึงข้อมูลที่ไม่ว่าจะจัดเก็บด้วยวิธีใด ซึ่งสามารถแปลงเป็นสื่อแสดงภาพข้างต้นได้ด้วย

4.3.2.2 เนื้อหาของสื่อ

เนื้อหาของสื่อเป็นส่วนสำคัญในการพิจารณาว่าสื่อชิ้นนั้น เป็นสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนหรือไม่ ซึ่งหลักการสำคัญของสื่อลามกอนาจารเด็กต้องเป็นสื่อที่ไม่มีเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับเด็กที่มีตัวตนจริง ไม่มีการล่อลวงละเมิดเด็กจริงในการผลิตสื่อชิ้นนั้น

สหรัฐอเมริกาคำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับเนื้อหาของสื่ออย่างละเอียด โดยกำหนดว่า เป็นสื่อที่แสดงภาพของเด็กเข้าร่วมในการกระทำทางเพศอย่างชัดแจ้ง (sexually explicit conduct) ซึ่งหมายถึง การกระทำหรือเลียนแบบการร่วมเพศหรือการกระทำทางเพศ เช่น การร่วมเพศ รวมถึงการกระทำใด ๆ ระหว่างอวัยวะเพศกับอวัยวะเพศ ปากกับอวัยวะเพศ ทวารหนักกับอวัยวะเพศ ปากกับทวารหนัก ทั้งระหว่างเพศเดียวกันและเพศตรงข้าม การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับสัตว์ การสำเร็จความใคร่ด้วยตนเองหรือการกระทำที่มีลักษณะวิปริตทางเพศ และมีลักษณะลามก (Obscenity) ซึ่งหมายถึง สื่อที่มาตรฐานสังคมนั้น ๆ ในปัจจุบันถือว่าเนื้อหาหรือผลงานนั้นในภาพรวมดึงดูดและกระตุ้นต่อความตึงเครียดและอารมณ์ทางมีการพรรณนาหรือบรรยายพฤติกรรมทางเพศอย่างชัดแจ้งจนดูเกินงามเกินกว่าที่จะรับได้ตามกฎหมายของรัฐนั้น ๆ และเนื้อหาหรือผลงานโดย

ภาพรวมปราศจากประโยชน์ด้านการให้ความรู้ คุณค่าทางศิลปะ การเมือง หรือวิทยาศาสตร์ หรือเป็นสื่อที่แสดงภาพที่แสดงให้เห็นว่าเป็นภาพของเด็ก ซึ่งมีลักษณะเป็นกราฟฟิก ซึ่งหมายถึง สิ่งที่ผู้ดูสามารถเห็นทุกส่วนของอวัยวะเพศของบุคคลหรือสัตว์ที่ถูกแสดงในภาพนั้นไม่ว่าในเวลาใด ๆ ที่กำลังแสดงภาพนั้น ที่แสดงการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างคนกับสัตว์ การแสดงความวิปริตทางเพศหรือแสดงการมีเพศสัมพันธ์ไม่ว่าจะเป็น ระหว่างอวัยวะเพศกับอวัยวะเพศ ปากกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก กับอวัยวะเพศ ปากกับทวารหนัก ทั้งระหว่างเพศเดียวกันและเพศตรงข้าม และสิ่งนั้นขาดคุณค่าทางวรรณกรรม ศิลปกรรม การเมือง และวิทยาศาสตร์

ส่วนสหราชอาณาจักร กำหนดเนื้อหาของสื่อว่า ภาพที่เน้นเฉพาะอวัยวะเพศหรือทวารหนักของเด็กหรือการแสดงของบุคคลที่มีเพศสัมพันธ์ หรือการมีเพศสัมพันธ์ทางปากกับหรือต่อหน้าเด็ก หรือการสำเร็จความใคร่ซึ่งเกี่ยวข้องกับเด็ก การกระทำเกี่ยวกับการรुक้าช่องคลอดหรือทวารหนักของเด็ก โดยส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายบุคคลอื่น หรือสิ่งอื่นใด หรือการการรुक้าช่องคลอดหรือทวารหนักโดยส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายบุคคลอื่น หรือสิ่งอื่นใด ต่อหน้าเด็ก หรือการที่เด็กมีเพศสัมพันธ์กับสัตว์ (ไม่ว่าจะมีชีวิตอยู่หรือตายแล้ว หรือในจินตนาการ) หรือการมีเพศสัมพันธ์กับสัตว์ (ไม่ว่าจะมีชีวิตอยู่หรือตายแล้ว หรือในจินตนาการ) ต่อหน้าเด็ก รวมถึงกรณีที่ ภาพนั้นทำให้เข้าใจได้ว่าบุคคลที่แสดงเป็นเด็ก หรือการแสดงนั้นให้ความรู้สึกอย่างแน่ชัดว่าบุคคลที่แสดงเป็นเด็ก แม้ว่าจะมีลักษณะทางกายภาพบางอย่างที่แสดงไม่ใช่ของเด็ก หรือภาพของบุคคลประกอบการอ้างอิงถึงภาพของคนจินตนาการ หรือภาพของเด็กรวมถึงการอ้างอิงไปยังรูปภาพของเด็กที่เป็นจินตนาการด้วย โดยภาพนั้นต้องมีลักษณะลามกอนาจาร และเป็นที่น่ารังเกียจ น่าขยะแขยงด้วย

จึงสรุปได้ว่า เนื้อหาของสื่อต้องเป็นสิ่งที่แสดงถึงกิจกรรมทางเพศระหว่างเด็กหรือกับเด็ก หรือภาพที่แสดงอวัยวะส่วนตัวของเด็ก ที่ไม่ได้มีการกระทำต่อเด็กที่มีตัวตนจริง หรือเป็นการใช้จินตนาการ และมีลักษณะลามกอนาจาร

4.3.2.3 ลักษณะของเด็ก

การกำหนดอายุของเด็กในสื่อลามกอนาจารส่วนมากจะกำหนดตามมาตรฐานสากล กล่าวคือ เด็ก หมายถึง บุคคลที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปี แต่เด็กในสื่อลามกอนาจารเด็กต้องกำหนดให้ชัดเจนยิ่งกว่านั้น โดยต้องกำหนดว่าเด็กนั้นต้องเป็นเด็กที่ไม่ใช่เด็กที่มีตัวตนจริงเท่านั้น

ในต่างประเทศก็มีการบัญญัติลักษณะของเด็กที่พอจะนำมาปรับใช้ได้ เช่น ประเทศฟิลิปปินส์ พระราชบัญญัติต่อต้านสื่อลามกอนาจารเด็ก 2009 (the Anti-Child Pornography Act of 2009) มาตรา 3 (A) กำหนดว่า เด็ก อาจหมายถึง ภาพหรือกราฟิกที่สร้างขึ้นด้วยคอมพิวเตอร์หรือภาพดิจิทัลของผู้ที่เป็นตัวแทนหรือผู้ซึ่งปรากฏว่าเป็นเด็กตามความหมายในพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวให้คำนิยามว่า เด็ก หมายถึง บุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปด

ปี หรือสหราชอาณาจักร ซึ่งบัญญัติว่า ภาพของเด็กรวมถึงการอ้างอิงไปยังรูปภาพของเด็กที่เป็นจินตนาการด้วย ซึ่งเป็นการกำหนดให้ชัดเจนว่า เด็กนั้นต้องเป็นเด็กที่เกิดจากจินตนาการเท่านั้น ส่วนออสเตรเลีย กำหนดว่า เด็กรวมถึงการเป็นตัวแทนของบุคคลซึ่งอายุต่ำกว่า 18 ปี หรือดูเหมือนว่าอายุต่ำกว่า 18 ปี ซึ่งหากบัญญัติโดยใช้คำว่า “ดูเหมือนว่าอายุ 18 ปี” อาจทำให้เด็กมีความหมายกว้างเกินไป ซึ่งจะรวมไปถึง การใช้ผู้ใหญ่ที่มีลักษณะท่าทางเหมือนเด็กมาแสดงในสื่อลามกอนาจารเด็ก ซึ่งไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเหมือน

ดังนั้น ในส่วนของลักษณะของเด็กควรกำหนดว่า เด็กนั้นต้องเป็นเด็กที่ไม่ใช่เด็กที่มีตัวตนจริง หรือเป็นเด็กในจินตนาการซึ่งเป็นตัวแทนหรือปรากฏว่าเป็นเด็ก

4.3.3 ความเหมาะสมของโทษ

หลักการที่สำคัญประการหนึ่งของการกำหนดโทษทางอาญานั้น คือ การลงโทษจะต้องได้สัดส่วนกับความผิด การกระทำเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กและสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนมีผลกระของการกระทำไม่เท่ากัน โทษของการกระทำความผิดดังกล่าวก็ต้องได้สัดส่วนกับผลของการกระทำความผิด การกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนและสื่อลามกอนาจารเด็กโดยทั่วไปก็เช่นกัน เมื่อผลกระทบของสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนมีมากกว่าก็ควรมีโทษมากกว่า โดยสัดส่วนของการกำหนดโทษอาจพิจารณาได้จากโทษของการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ดังนี้

สหรัฐอเมริกา การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก มีโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ ถ้าเป็นความผิดเกี่ยวข้องกับเด็กก่อนวัยหรือเด็กอายุไม่เกิน 12 ปี มีโทษจำคุกไม่เกิน 20 ปี หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ ส่วนการผลิต เผยแพร่ ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กไว้เพื่อแจกจ่าย มีโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 5 ปีแต่ไม่เกิน 20 ปี และโทษดังกล่าวนี้ใช้กับการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนด้วย

สหราชอาณาจักร การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก มีโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ ส่วนการผลิต สร้าง แสดง หรือแจกจ่ายสื่อลามกอนาจารเด็ก และการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อแสดงหรือเผยแพร่ มีโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ และการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน มีโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ

ญี่ปุ่น กำหนดให้การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก มีโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 1 ล้านเยน ส่วนการผลิต ครอบครอง ขนส่ง นำเข้า หรือส่งออก ซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็ก เพื่อวัตถุประสงค์ในการเผยแพร่แก่บุคคลอื่น มีโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปีหรือปรับไม่เกิน 3 ล้านเยน แต่ถ้าเป็นการเผยแพร่โดยไม่ระบุชื่อหรือจำนวนของบุคคล หรือในที่สาธารณะ มีโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี

หรือปรับไม่เกิน 5 ล้านบาท และการเผยแพร่ จำหน่าย หรือจัดแสดง สื่อลามกอนาจารทั่วไป มีโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 2,500,000 บาท

ออสเตรเลีย กำหนดให้ การผลิต ครอบครอง หรือเผยแพร่ซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กและรวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนด้วย มีโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี

สำหรับประเทศไทย การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น มีโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ การส่งต่อสื่อลามกอนาจารเด็ก มีโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ การเผยแพร่หรือการค้าสื่อลามกอนาจารเด็ก มีโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงสองแสนบาท สำหรับการการเผยแพร่หรือการค้าสื่อลามกอนาจารโดยทั่วไป มีโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

เมื่อการกำหนดโทษของการกระทำความผิด ควรจะต้องคำนึงถึงความสมดุลระหว่างผลของการกระทำความผิดและโทษ ประกอบกับข้อเท็จจริงที่ว่าที่สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนนั้นไม่ได้มีการล่วงละเมิดทางเพศที่เกิดขึ้นจริงต่อเด็กที่มีตัวตนจริง โทษของการส่งต่อ การเผยแพร่ หรือการค้าสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนจึงไม่ควรเท่ากับสื่อลามกอนาจารเด็กซึ่งมีโทษที่สูงเกินไป และไม่ควรเท่ากับสื่อลามกอนาจารทั่วไปซึ่งมีโทษที่ต่ำเกินไป ดังนั้น โทษที่เหมาะสมของการกระทำที่มีเจตนาที่จะเผยแพร่หรือเพื่อการค้าสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน คือ จำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท

4.3.4 ข้อยกเว้น

หากมีการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน โดยให้เป็นบทอุกฤษฏ์ของมาตรา 287 ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วมาตรา 287 ไม่ได้มีการกำหนดข้อยกเว้นไว้แต่อย่างใด ทำให้อาจเกิดปัญหาในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐได้เผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนในการปฏิบัติหน้าที่ หรือเผยแพร่เพื่อที่จะจับกุมผู้กระทำความผิด คล้ายกับกรณีของสวีตตี้ (Sweetie) ซึ่งหากไม่มีข้อยกเว้นก็จะเป็นความผิดตามกฎหมาย และจากการศึกษาบทบัญญัติที่กำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนในต่างประเทศได้มีการกำหนดข้อยกเว้นเกี่ยวกับกรณีดังกล่าวไว้ เช่น

สหราชอาณาจักรได้มีกำหนดข้อยกเว้นไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก ค.ศ. 1978 เกี่ยวกับกรณีเป็นการกระทำเพื่อวัตถุประสงค์ของการป้องกัน การสืบสวน หรือการสอบสวนความผิดทางอาญา หรือเพื่อความมุ่งประสงค์ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และกรณีผู้กระทำเป็นสมาชิกของหน่วยรักษาความปลอดภัยกระทำการที่เป็นความผิดตามกฎหมาย เพื่อการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ของตน

ออสเตรเลียได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ทั้งกฎหมายระดับมลรัฐและกฎหมายระดับสหพันธรัฐ เกี่ยวกับกรณีดังกล่าวในแนวทางที่คล้ายกัน คือ กรณีการกระทำเป็นไปเพื่อปฏิบัติตนเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ ในการบังคับใช้หรือการบริหารกฎหมายของรัฐ หรือในการตรวจสอบการปฏิบัติตามหรือการตรวจสอบการฝ่าฝืนกฎหมายของรัฐ และกรณีผู้กระทำเป็นเจ้าหน้าที่ที่บังคับใช้กฎหมาย โดยในช่วงเวลาที่กระทำความผิดนั้นได้ปฏิบัติหน้าที่ในหน้าที่ของตนและพฤติกรรมมีความสมเหตุสมผลในสถานการณ์เช่นนั้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว

ดังนั้น จึงควรกำหนดข้อยกเว้นของกฎหมายดังกล่าวในกรณีที่เป็นกรณการกระทำเพื่อวัตถุประสงค์ของการป้องกัน การสืบสวน หรือการสอบสวนความผิดทางอาญา หรือเพื่อความมุ่งประสงค์ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และกรณีผู้กระทำเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการเพื่อวัตถุประสงค์ในการปฏิบัติตามหน้าที่ตามกฎหมาย

นอกจากนี้ อาจมีกรณีของการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเพื่อการศึกษาวินิจฉัย เช่น การจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ก็มีภาพประกอบที่เป็นสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการศึกษาวิจัย ซึ่งหากไม่มีข้อยกเว้นการเผยแพร่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ก็จะมีความผิดตามกฎหมาย และจากการศึกษาการกำหนดข้อยกเว้นในกฎหมายต่างประเทศ ในประเทศออสเตรเลีย มาตรา 91HA แห่ง the Crimes Act 1900 ซึ่งเป็นกฎหมายของรัฐนิวเซาท์เวลส์ ได้กำหนดข้อยกเว้นหรือข้อต่อสู้ของจำเลยในกรณีที่ เป็นการกระทำเกี่ยวกับงานวิจัยที่ได้รับการอนุมัติแล้ว โดยเนื้อหานั้นเป็นสิ่งที่จำเป็นหรือความช่วยเหลือในการดำเนินการทางวิทยาศาสตร์ทางการแพทย์ หรือทางการศึกษาที่ได้รับการอนุมัติโดยอัยการสูงสุดในการเขียนเพื่อวัตถุประสงค์ในส่วนนี้และไม่ฝ่าฝืนเงื่อนไขใด ๆ ในการอนุมัติดังกล่าว ดังนั้น จึงอาจนำแนวทางดังกล่าวมากำหนดเป็นข้อยกเว้นในกรณีที่เป็นกรณการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเพื่อการศึกษาวินิจฉัยได้เช่นกัน

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

เด็กเป็นสมาชิกที่เปราะบางที่สุดในสังคมซึ่งต้องได้รับการปกป้องคุ้มครองจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบ ไม่ว่าจะเป็นการบังคับร่วมประเวณี การค้าประเวณีเด็ก หรือการใช้เด็กในการสร้างสื่อลามกอนาจารเด็ก ซึ่งเป็นสิ่งที่เห็นได้ชัดว่าเกิดจากการล่วงละเมิดทางเพศเด็ก เป็นอาชญากรรมที่น่ากังวลและน่ากลัวสำหรับเด็กและไม่ควรจะเกิดขึ้นในสังคม เนื่องจากเด็กไม่ได้ให้ความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์หรือตั้งใจให้เกิดภาพเปลือยของตน สื่อลามกอนาจารเด็กจึงควรเป็นความผิดทางอาญา

สื่อลามกอนาจารทั่วไป เช่น สื่อลามกที่แสดงภาพกิจกรรมทางเพศระหว่างผู้ใหญ่ ซึ่งไม่ได้มีผู้แสดงเป็นเด็ก สามารถมีไว้ในความครอบครองได้ หากไม่ได้เป็นการครอบครองเพื่อการค้า เพื่อแจกจ่าย หรือเพื่อเผยแพร่ เพราะเป็นเสรีภาพของบุคคลที่จะมีรสนิยมเกี่ยวกับกิจกรรมทางเพศในรูปแบบต่าง ๆ แต่การครอบครองสื่อลามกอนาจารทั่วไป เพื่อการค้า เพื่อแจกจ่าย หรือเพื่อเผยแพร่ นั้น เป็นความผิดอาญา เพื่อเป็นการปกป้องคุ้มครองศีลธรรมอันดีของสังคม แต่สำหรับสื่อลามกอนาจารเด็ก กฎหมายจำเป็นต้องคุ้มครองอย่างเข้มงวด ซึ่งแสดงให้เห็นว่าสิทธิเด็กอยู่เหนือเสรีภาพของบุคคล เนื่องจากเด็กยังมีวุฒิภาวะไม่เพียงพอ ทำให้เด็กตกเป็นเหยื่อของการล่วงละเมิดทางเพศในกระบวนการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กได้ กฎหมายจึงควรมีหน้าที่ในควบคุมสื่อลามกอนาจารเด็ก ทั้งกระบวนการ ไม่ว่าจะเป็นการผลิต การครอบครอง การเผยแพร่ การส่งต่อ การจัดแสดง รวมถึงการค้าด้วย เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของเด็ก ซึ่งเป็นไปตามหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก กล่าวคือ ในกรณีที่จะต้องพิจารณาผลประโยชน์ของเด็กหรือสิทธิเด็กควบคู่กับผลประโยชน์หรือสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น ผลประโยชน์ของเด็กจะต้องได้รับการพิจารณาเป็นลำดับแรก

สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน คือ สื่อลามกอนาจารเด็กที่ไม่ได้ใช้เด็กจริง ๆ ในการผลิตหรือการสร้าง ซึ่งไม่มีการล่วงละเมิดหรือแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็กจริง ๆ แต่เป็นการจำลองความเป็นเด็กหรือสิ่งเสมือนเด็กที่แสดงถึงลักษณะทางเพศของเด็ก สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนที่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาคือ สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนซึ่งเป็นสื่อแสดงภาพในความหมายอย่างแคบ กล่าวคือ สื่อแสดงภาพลามกอนาจารเด็กที่ไม่ได้ใช้เด็กจริง ๆ ในการผลิตหรือการสร้าง ซึ่งไม่มีผลกระทบต่อเด็กโดยตรงและไม่มีเหยื่อที่ได้รับผลกระทบจากสื่อดังกล่าวเท่านั้น ซึ่งได้แก่ สื่อลามกอนาจารเด็กที่สร้างขึ้นจากคอมพิวเตอร์ และสื่อลามกอนาจารเด็กที่เกิดจากการวาด หรือการปั้น

เนื่องจากสื่อลามกอนาจารเด็กในความหมายอย่างกว้าง ซึ่งได้แก่ สื่อลามกอนาจารเด็กที่เกิดจากการตัดต่อหรือปรับแต่งภาพ มีเหยื่อที่เป็นเด็กที่ถูกนำภาพมาตัดต่อหรือปรับแต่ง ซึ่งเป็นผลกระทบต่อเด็กในทางหนึ่ง และสื่อลามกอนาจารเด็กที่ใช้ผู้ใหญ่ที่มีลักษณะเหมือนเด็กในการแสดง ไม่ใช่สื่อลามกอนาจารเด็กในความเป็นจริง เนื่องจากผู้แสดงในสื่อเป็นผู้ใหญ่ไม่ใช่เด็ก จึงถือเป็นสื่อลามกอนาจารทั่วไป

การที่สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไม่ได้มีการล่วงละเมิดทางเพศเด็กที่มีตัวตนจริงในการสร้างสรรค์สื่อขึ้น เป็นปัญหาที่ทำให้เกิดการอภิปรายกันอย่างกว้างขวางในต่างประเทศว่า สิ่งดังกล่าวไม่มีความเชื่อมโยงโดยตรงว่าจะอันตรายต่อเด็ก และจะเป็นการเหมาะสมหรือไม่ที่จะควบคุมความพ้อฝันหรือจินตนาการของบุคคลให้เป็นอาชญากรรม ซึ่งมีประเด็นเกี่ยวกับการคุกคามความเป็นส่วนตัวหรือเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคล แต่ฝ่ายที่สนับสนุนให้สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเป็นสิ่งผิดกฎหมายมีความเห็นว่า สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนอาจถูกใช้เป็นเครื่องมือในการล่อลวงเด็กเพื่อมาล่วงละเมิดทางเพศได้ และสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนอาจมีผลต่อพฤติกรรมและการรับรู้ของเด็กในชีวิตจริง โดยเด็กอาจจะเข้าใจว่าพฤติกรรมทางเพศที่อยู่ในสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเป็นเรื่องทั่วไปของสังคม และอยากที่จะลองทำตาม จึงเกิดปัญหาว่าควรมีการควบคุมสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนโดยกฎหมายอาญาหรือไม่ อย่างไร

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 ซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 8 กันยายน 2558 เป็นกฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 8 ธันวาคม 2558 ที่ผ่านมา ทำให้ปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กโดยเฉพาะ แยกต่างหากจากสื่อลามกอนาจารโดยทั่วไป โดยเฉพาะความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ซึ่งความผิดฐานดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อตัดปัจจัยในการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่เป็นปัจจัยที่ก่อให้เกิดการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กและส่งผลกระทบต่อสวัสดิภาพของเด็ก เนื่องจากสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นบันทึกการล่วงละเมิดทางเพศเด็กและเป็นความผิดในตัวเองอยู่แล้ว ดังนั้น การครอบครองไว้โดยส่วนตัว แม้จะไม่มีวัตถุประสงค์ในการเผยแพร่หรือจำหน่ายจึงเป็นความผิดอาญา

พระราชบัญญัติดังกล่าวได้ให้คำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กว่า “สื่อลามกอนาจารเด็ก” หมายความว่า วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้รู้หรือเห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปี โดยรูป เรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือรูปแบบอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน

และให้หมายความรวมถึงวัตถุหรือสิ่งต่าง ๆ ข้างต้นที่จัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้” ซึ่งเมื่อพิจารณาจากคำนิยามดังกล่าวแล้วเห็นว่า การให้คำนิยามดังกล่าวสามารถตีความได้ว่า สื่อลามกอนาจารเด็กนั้นมีความหมายรวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนด้วย โดยเฉพาะการกำหนดประเภทของสื่อตามคำนิยามดังกล่าวสามารถเป็นสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนได้ทั้งหมดถ้าเนื้อหาของสื่อไม่มีเด็กที่มีตัวตนจริงมาเกี่ยวข้อง โดยเฉพาะสื่อแสดงภาพ ได้แก่ ภาพเขียน และภาพระบายสี เป็นประเภทสื่อที่เห็นได้ชัดว่า ในการสร้างสรรค์สื่อนั้นไม่สามารถมีเด็กที่มีตัวตนจริงมาเกี่ยวข้องอย่างแน่นอน นอกจากนี้ คำว่า “หรือรูปแบบอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน” เป็นการบัญญัติให้ครอบคลุมถึงภาพที่ใช้คอมพิวเตอร์สร้างขึ้น หรือสื่อใหม่ ๆ ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตด้วย แต่อย่างไรก็ตามกระทรวงยุติธรรมโดยสำนักงานกิจการยุติธรรมได้กำหนดคู่มือและแนวทางการดำเนินการตามแผนและการเตรียมความพร้อมในการบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 (ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก) ตามข้อสังเกตของคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 (ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก) เกี่ยวกับขอบเขตของการบังคับใช้และการตีความข้อกฎหมายดังกล่าว ว่ากรณีการ์ตูนลามก หรือภาพเคลื่อนไหว (animation) ที่มีผู้ที่ปรากฏในวัตถุหรือสิ่งนั้นไม่ใช่ มนุษย์จริงเป็นเพียงเสมือนจริงเท่านั้น แม้จะสื่อให้เห็นการกระทำทางเพศก็ตาม แต่เจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย ฉบับปัจจุบันนี้ยังไม่ถือว่าวัตถุหรือสิ่งนั้นเป็นสื่อลามกอนาจาร ซึ่งอาจสรุปได้ว่า สื่อลามกอนาจารเด็กตามคำนิยามดังกล่าวไม่ประสงค์ให้มีความหมายอย่างกว้างครอบคลุมไปถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน

ปัญหาของการกำหนดคำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กให้สามารถตีความให้ครอบคลุมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน อาจทำให้สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนมีความผิดและมีโทษเท่ากับสื่อลามกอนาจารเด็ก จึงมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่า เหมาะสมหรือไม่ที่จะกำหนดให้ สื่อลามกอนาจารเด็ก และสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนซึ่งมีผลร้ายต่อเด็กไม่เท่ากัน แต่มีความผิดเท่ากันและลงโทษเท่ากัน โดยเฉพาะความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก ตามมาตรา 287/1 ซึ่งเป็นความผิดที่มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่า การห้ามการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนซึ่งไม่ได้มีผลกระทบต่อสิทธิเด็กโดยตรงนั้นจะเป็นการละเมิดเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคลหรือไม่อย่างไร ซึ่งหากพิจารณาเปรียบเทียบกันแล้ว สื่อลามกอนาจารเด็กมีผลกระทบต่อเด็ก เพราะสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นบันทึกของการล่วงละเมิดทางเพศเด็ก ซึ่งส่งผลกระทบต่อร่างกาย จิตวิทยา และอารมณ์ของเด็ก และผลกระทบเพิ่มเติมต่อเด็กเมื่อสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นถูกเผยแพร่ไปและวนเวียนอยู่ในสังคม แต่สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเป็นสิ่งที่สร้างขึ้นจากจินตนาการ จึงไม่มีผลกระทบต่อเด็ก แต่มีผลกระทบทางอ้อม โดยสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนอาจถูกนำไปใช้

ประโยชน์ในการล่อลวงเด็กคนอื่น ๆ ให้เข้าสู่กิจกรรมทางเพศ ทำให้เด็กตกเป็นเหยื่อในการล่วงละเมิดทางเพศเพิ่มขึ้นได้ อีกทั้ง ทั้งสื่อลามกอนาจารเด็กและสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน มีผลกระทบต่อสังคม เช่น สื่อลามกอนาจารเด็กเป็นการแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบต่อเด็ก ทำให้เด็กซึ่งเป็นสมาชิกของสังคมได้รับผลจากการที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศ ไปจนถึงการกระทบต่อสถาบันครอบครัว และยังกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย ส่วนสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน แม้ไม่ได้มีการล่วงละเมิดทางเพศเด็กจริงในการผลิตสื่อ แต่การมีภาพเด็กเสมือนทำกิจกรรมทางเพศเผยแพร่บนเว็บบอร์ดในสังคม ก็อาจทำให้คนในสังคมคิดว่าการมีเพศสัมพันธ์กับเด็กเป็นเรื่องปกติและยอมรับได้เช่นกัน และอาจทำให้สังคมมองว่าเด็กเป็นวัตถุทางเพศด้วย

นอกจากนี้ ประเด็นถกเถียงเกี่ยวกับการกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนนั้น แบ่งได้เป็นข้อสนับสนุน ได้แก่ สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนนำไปสู่การล่วงละเมิดทางเพศเด็ก สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนอาจมีอันตรายต่อเด็กที่เข้าถึง ความก้าวหน้าของเทคโนโลยีทำให้การพิสูจน์ว่าสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนอาจมีอันตรายต่อเด็กที่เข้าถึง ความก้าวหน้าของเทคโนโลยีทำให้เครื่องมือในการป้องกันการเข้าถึงสื่อลามกอนาจารเด็กในทุกกรณี และข้อโต้แย้ง ได้แก่ สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไม่มีอันตรายโดยตรงต่อเด็ก การกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพบุคคลเกินสมควร สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนอาจนำมาใช้แทนสื่อลามกอนาจารเด็กที่มีการล่วงละเมิดทางเพศเด็กจริงได้ และสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนอาจนำมาใช้ในการให้ความรู้แก่เด็กเกี่ยวกับเรื่องทางเพศได้

การพิจารณาข้อสนับสนุน และข้อโต้แย้งในการกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน รวมทั้งการเปรียบเทียบถึงผลกระทบระหว่างสื่อลามกอนาจารเด็กและสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนทำให้เห็นว่าสื่อทั้งสองประเภทมีความแตกต่างกัน และไม่ควรมีความผิดและโทษที่เท่ากัน และการพิจารณาแนวทางที่เหมาะสมในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนต้องนำหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญามาพิจารณาประกอบด้วย ซึ่งได้แก่ การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่น่าตำหนิ การกระทำนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน การกำหนดให้การกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาจะไม่ก่อให้เกิดผลร้ายต่อสังคมมากไปกว่าผลร้ายจากการกระทำนั้นเอง การกำหนดให้การกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาไม่เป็นการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเกินความจำเป็น และไม่มีการกำหนดโทษที่เหมาะสมในการใช้บังคับกับการกระทำนั้นมากกว่าการใช้มาตรการทางอาญาแล้ว สรุปได้ว่า การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไว้โดยส่วนตัวโดยไม่มีเจตนาที่จะเผยแพร่หรือเพื่อการค้าไม่ควรมีความผิดอาญา ในขณะที่การสร้าง การผลิต หรือการครอบครอง เพื่อเผยแพร่หรือเพื่อการค้า และการเผยแพร่ และการค้า สื่อ

ลามกอนาจารเด็กเสมือน ยังควรเป็นความผิดอาญาอยู่ แต่ความร้ายแรงของการกระทำก็ไม่เท่ากับ การกระทำต่อสื่อลามกอนาจารเด็ก

การกระทำความผิดต่อสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน จึงต้องนำแนวทางในการบัญญัติกฎหมายของต่างประเทศ ซึ่งแบ่งออกเป็น 3 แนวทาง มาพิจารณาเพื่อหาแนวทางที่เหมาะสม ได้แก่ แนวทางแรก คือ การกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนแยกต่างหากจากความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ได้แก่ สหรัฐอเมริกา และสหราชอาณาจักร แนวทางที่สอง คือ การกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนรวมกับสื่อลามกอนาจารเด็ก โดยมีฐานความผิดและโทษที่เหมือนกัน ได้แก่ ออสเตรเลีย และฟิลิปปินส์ และแนวทางที่สาม คือ การกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กโดยเฉพาะ แต่ไม่รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน กล่าวคือ การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไว้โดยส่วนตัวไม่เป็นความผิด แต่การเผยแพร่หรือส่งต่ออาจเป็นความผิดตามกฎหมายอื่นที่ไม่ใช่ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ได้แก่ ญี่ปุ่น

การที่คำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามกฎหมายไทยสามารถตีความให้หมายความรวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนได้ แต่ผู้ร่างกฎหมายมีความเห็นว่ากฎหมายดังกล่าวไม่มีวัตถุประสงค์ในการบังคับกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน จะทำให้กฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กของไทยเป็นไปในแนวทางเดียวกับประเทศญี่ปุ่น กล่าวคือ การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนไว้โดยส่วนตัวไม่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287/1 และการครอบครองโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเผยแพร่หรือเพื่อการค้า หรือการเผยแพร่และการค้าสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 287/2 แต่เป็นความผิดตามมาตรา 287 ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารทั่วไป ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่ากฎหมายของประเทศไทยเป็นไปในแนวทางดังกล่าวจริง จึงควรแก้ไขคำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กให้มีความชัดเจนว่าไม่รวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนอย่างแน่นอน

นอกจากนี้ การที่สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนมีเด็กเป็นส่วนประกอบของสื่อ แม้ว่าจะไม่ใช่เด็กที่มีตัวตนจริงก็ตาม แต่การมีภาพเด็กเสมือนทำกิจกรรมทางเพศเผยแพร่บนเว็บบอร์ดในสังคมก็อาจทำให้คนในสังคมคิดว่าการมีเพศสัมพันธ์กับเด็กเป็นเรื่องปกติและยอมรับได้ และอาจทำให้สังคมมองว่าเด็กเป็นวัตถุทางเพศด้วย ซึ่งมีผลกระทบต่อเด็กโดยอ้อมซึ่งรุนแรงกว่าสื่อลามกอนาจารโดยทั่วไป จึงควรแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 เพื่อให้การสร้าง การผลิต หรือการครอบครอง เพื่อเผยแพร่หรือเพื่อการค้า และการเผยแพร่ และการค้า สื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเป็นความผิดที่มีโทษที่แตกต่างจากสื่อลามกอนาจารทั่วไป เนื่องจากควรจะต้องคำนึงถึงความสมดุลระหว่างผลของการกระทำผิดและโทษ ประกอบกับข้อเท็จจริงที่ว่าที่ว่าสื่อนั้นไม่ได้มีการล่วงละเมิดทางเพศที่เกิดขึ้นจริงต่อเด็กจริง โทษของการส่งต่อ การเผยแพร่ หรือการค้าสื่อลามกอนาจาร

เด็กเสมือนจึงไม่ควรเท่ากับสื่อลามกอนาจารเด็กซึ่งมีโทษที่สูงเกินไป และไม่ควรเท่ากับสื่อลามกอนาจารโดยทั่วไปซึ่งมีโทษที่ต่ำเกินไป ดังนั้น โทษที่เหมาะสมขอการกระทำที่มีเจตนาที่จะเผยแพร่หรือเพื่อการค้าสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน คือ จำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

เมื่อได้แนวทางในการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนแล้ว ก็ควรกำหนดคำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนให้ชัดเจนว่าหมายถึงสิ่งใดบ้าง เพื่อให้ชัดเจนว่าแตกต่างและไม่ใช้สิ่งเดียวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก และเพื่อให้การกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กมีความชัดเจนแน่นอนที่จะใช้บังคับได้อย่างถูกต้องและเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

อีกทั้ง ควรกำหนดข้อยกเว้นของการเผยแพร่หรือส่งต่อสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนด้วยว่าไม่ใช้บังคับกับเจ้าหน้าที่ที่เผยแพร่หรือส่งต่อสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเพื่อวัตถุประสงค์ในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ และข้อยกเว้นของการเผยแพร่หรือส่งต่อสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนเพื่อการศึกษาหรือวิจัย

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาแนวทางในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือนนั้นมีข้อเสนอแนะ ดังนี้

1) ควรแก้ไขคำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กในประมวลกฎหมายอาญา ไม่ให้ความหมายรวมถึงสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน ดังนี้

“วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งเป็นบุคคลที่อายุไม่เกินสิบแปดปี โดยรูป เรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร แต่ไม่รวมถึงวัตถุหรือสิ่งที่ไม่ได้มีเนื้อหากาลงละเมิดทางเพศเด็กที่มีตัวตนจริง เว้นแต่เป็นกรณีที่เหมาะสมจนไม่อาจแยกออกได้จากวัตถุหรือสิ่งที่มีการล่วงละเมิดทางเพศเด็กที่มีตัวตนจริง ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสาร ภาพพิมพ์ สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกภาพหรือรูปแบบอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน และให้หมายความรวมถึงวัตถุหรือสิ่งต่าง ๆ ข้างต้นที่จัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้”

2) ควรกำหนดคำนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน ดังนี้

“วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงกิจกรรมทางเพศระหว่างเด็กหรือกับเด็กซึ่งไม่ใช่เด็ก ที่มีตัวตนจริง หรือเป็นภาพเด็กที่สร้างจากจินตนาการ และมีลักษณะลามกอนาจาร ซึ่งอยู่ในรูปแบบของสื่อแสดงภาพ ไม่ว่าจะเป็น ภาพวาด ภาพการ์ตูน รูปปั้น ภาพวาดด้วยสี หรือภาพที่สร้างจากคอมพิวเตอร์ หรือโดยวิธีอื่น ๆ ในลักษณะเดียวกัน รวมถึงข้อมูลที่ไม่ว่าจะจัดเก็บด้วยวิธีใด ที่สามารถแปลงเป็นสื่อแสดงภาพข้างต้นได้”

3) ควรเพิ่มเติมบทบัญญัติต่อไปนี้เป็นวรรคสอง ของประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287

“ถ้าการกระทำตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำต่อวัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงกิจกรรมทางเพศระหว่างเด็กหรือกับเด็กซึ่งไม่ใช่เด็กที่มีตัวตนจริง หรือเป็นภาพเด็กที่สร้างจากจินตนาการ และมีลักษณะลามกอนาจาร ซึ่งอยู่ในรูปแบบของสื่อแสดงภาพ ไม่ว่าจะเป็น ภาพวาด ภาพการ์ตูน รูปปั้น ภาพวาดด้วยสี หรือภาพที่สร้างจากคอมพิวเตอร์ หรือโดยวิธีอื่น ๆ ในลักษณะเดียวกัน รวมถึงข้อมูลที่ไม่ว่าจะจัดเก็บด้วยวิธีใด ที่สามารถแปลงเป็นสื่อแสดงภาพข้างต้นได้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เว้นแต่เป็นการกระทำเพื่อวัตถุประสงค์ในการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการตามกฎหมาย หรือเพื่อการศึกษาวิจัย”

บรรณานุกรม

หนังสือและบทความในหนังสือ

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินต์ติ้ง (ประเทศไทย), 2551.

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชน ; อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ; พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่อง การค้าเด็ก การค้าประเวณี และสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก ; พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเรื่อง ความเกี่ยวพันของเด็กในความขัดแย้งกันด้วยอาวุธ. กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2552.

_____. ศัพท์สิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมและสิทธิมนุษยชนศึกษา. ประมวลศัพท์และ ความรู้สิทธิมนุษยชนเล่ม 2. กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. 2556.

คณิต ฌ นคร. พื้นฐานความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอาญา. กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2553.

_____. รวมบทความด้านวิชาการของศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฌ นคร. กรุงเทพฯ: พิมพ์อักษร, 2540.

จรัญ โฆษณานันท์. กฎหมายกับสิทธิเสรีภาพในสังคมไทย : เส้นขนานจาก 2475 ถึงปัจจุบัน. กรุงเทพฯ: กลุ่มประสานงานศาสนาเพื่อสังคม (กศส.), 2528.

จิตติ ดิงศภัทย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2556.

เดชอุดม ไกรฤทธิ์. คำอธิบายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 (บทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก). กรุงเทพฯ: สภานายความในพระบรมราชูปถัมภ์, 2559.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. หลักกฎหมายอาญา ภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560.

บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558.

บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ. รายงานการศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง ปัญหาและมาตรการทางกฎหมายในการรับรองและคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2554.

- ประธาน วัฒนวานิชย์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา. กรุงเทพฯ : ประกายพริก, 2546.
- สง่า สีนะสมิต. อาชญาวิทยาและชันชิตวิทยาพิสดาร (ตอนที่ 1) อาชญาวิทยา. พระนคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2513.
- สาวตรี สุขศรี. ศิริพล กุศลศิลป์. และอรพิน ยิ่งยงพัฒนา. อาชญากรรมคอมพิวเตอร์? : งานวิจัยหัวข้อ “ผลกระทบจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และนโยบายของรัฐกับสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น. กรุงเทพฯ : โครงการอินเทอร์เน็ตเพื่อกฎหมายประชาชน (iLaw) ในมูลนิธิอาสาสมัครเพื่อสังคม, 2555.
- สุพิศ ปราณีตพลกรัง. หลักและทฤษฎีกฎหมายอาญา. กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2560.
- สุวิทย์ นิ่มน้อย เดชา ศิริเจริญ และ อัมภางค์ ปาณิกบุตร. กฎหมายอาญาวิทยาและชันชิตวิทยา. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2519.
- สำนักงานส่งเสริมสวัสดิภาพและพิทักษ์เด็ก เยาวชน ผู้ด้อยโอกาส และผู้สูงอายุ. อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child) และ พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child). กรุงเทพฯ : สำนักงานส่งเสริมสวัสดิภาพและพิทักษ์เด็ก เยาวชน ผู้ด้อยโอกาส และผู้สูงอายุ.

บทความ

- ปิยวรรณ ซอน. “การควบคุมสื่อลามกอนาจารเด็กในต่างประเทศ.” กฎหมายสาร. เล่มที่ 4. ปีที่ 10. (2558) : 5.
- ธานินทร์ กรัยวิเชียร. “ความสำคัญของการตีความในวิชาชีพกฎหมาย.” ตุลพาห. เล่มที่ 2. ปีที่ 55. (พฤษภาคม – สิงหาคม 2551) : 14.

วิทยานิพนธ์

- จักรกฤษณ์ คงแก้ว. “อาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหาย : ศึกษาเฉพาะความผิดฐานทำให้แท้งลูก”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- จิราวัฒน์ แซ่มชัยพร. “การคุ้มครองเด็กโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ตามมาตรา 3(1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

ดลนภัส ดิษฐสี. “มาตรการทางกฎหมายในการกำหนดเหตุการณ์ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา”.

วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2557.

ทัศนัญช์ ใจหาญ. “ความผิดฐานใช้สัตว์ประกอบกามกิจ”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.

ธนาคาร ช่อนกลิ่น. “เพศและความรุนแรงในสื่อการ์ตูนญี่ปุ่น”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะวิจิตรศิลป์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2557.

ณัฐพัฒน์ เลิศประพจน์กุล. “กลไกความร่วมมือทางอาญาระหว่างประเทศภายใต้กรอบของอนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ของสภายุโรป”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555.

นันทน์ภัสร์ สนธิพร. “มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมสื่อลามกและสื่อที่ไม่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชน ศึกษากรณีร่างพระราชบัญญัติปราบปรามวัตถุช่วยพฤติกรรมอันตราย พ.ศ.”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552

มีณรี ฉัตรจินดา. “ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

เมฆษา โรจนอารีย์. “การฉ้อฉลทางวิชาการ : ศึกษาการกำหนดความผิดอาญาฐานรับจ้างทำวิทยานิพนธ์”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.

ภัทร์สุดา กราบไกรแก้ว. “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของผู้ต้องขังในเรือนจำ”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2558.

วิภาพร เนติจิรโชติ. “การบัญญัติความผิดลหุโทษให้เป็นความผิดอาญาทั่วไป : ศึกษาเฉพาะความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2548.

วิริยะ ธรรมจักร. “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กจากสื่อลามก”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2556.

สาธินี หอมชื่นชม. “มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับภาพลามกอนาจารบนสื่ออิเล็กทรอนิกส์”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2557.

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

กระทรวงการต่างประเทศ. “ตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่ไทยเป็นภาคี.”

<http://www.mfa.go.th/humanrights/human-rights-conventions>, 5 พฤษภาคม 2559.

กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม. “สาระสำคัญกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR).”

http://www.rlpd.go.th/rlpdnew/images/rlpd_1/International_HR/2557/tran_ICCPR-2.pdf, 9 มกราคม 2560.

“เข้างานสายเพราะหลายยก - P-San to lssho.” <https://www.doujinh.com/837/เข้างานสายเพราะหลายยก-P-San-to-lssho>, 30 พฤษภาคม 2559.

“คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6301/2533.” <https://deka.in.th/view-24853.html>, 15 เมษายน 2560
ไทยรัฐ. “ศาลสั่งปิด 59 เว็บเพจ แพร่'นารูโตะ' การ์ตูนลามก-ผิดกม.”

<https://www.thairath.co.th/content/2053>, 30 พฤษภาคม 2560.

ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา. “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1856/2492”
<http://deka.supremecourt.or.th/>, 15 เมษายน 2560.

ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา. “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1223/2508”
<http://deka.supremecourt.or.th/>, 15 เมษายน 2560.

ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา. “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3510/2531”
<http://deka.supremecourt.or.th/>, 15 เมษายน 2560.

ราชบัณฑิตยสถาน. “พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554.”

<http://www.royin.go.th/dictionary/>, 26 พฤศจิกายน 2560

“ลุงหื่น ข่มขืนเด็ก 2 - Geiger Counter 2.” <http://www.e-e.me/doujin/5512.html>, 30 พฤษภาคม 2559.

สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. “แก้ก.ม.อาญาเพิ่มความผิด มีสื่ออนาจารเด็กไว้ในครอบครอง.”

http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1448605472, 5 พฤษภาคม 2559.

สำนักงานกิจการยุติธรรม. “มือและแนวทางการดำเนินการตามแผนและการเตรียมความพร้อมในการ บังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 (ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก).”

http://library2.parliament.go.th/giventake/content_nla2557/d090859-02.pdf,
30 พฤษภาคม 2560.

สำนักงานราชบัณฑิตยสภา. “ลามก (13 สิงหาคม 2555).”

<http://www.royin.go.th/?knowledges=ลามก-๑๓-สิงหาคม-๒๕๕๕>, 30 พฤษภาคม
2559.

ศูนย์นานาชาติเพื่อการป้องกันและดูแลเด็กหายและเด็กที่ถูกแสวงหาผลประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบ.

“สื่อลามกอนาจารเด็ก:กฎหมายแม่แบบและการทบทวนบทกฎหมายของแต่ละประเทศทั่วโลก.” <http://www.icmec.org/wp-content/uploads/2015/10/6th-Edition-TH.pdf>,
6 พฤษภาคม 2559.

องค์กรนวัตกรรมสังคม (Creative MOVE). “หนูน้อย Sweetie ล่อซื้อการล่วงละเมิดทางเพศออนไลน์.” <http://www.creativemove.com/creative/sweetie-child-sex-tourism/#ixzz4hDP3ku9v>, 30 พฤษภาคม 2559.

เอกสารอื่น ๆ

คำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ที่ 267/2556 ลงวันที่ 26 เมษายน 2556 เรื่อง ยกเลิกประมวล
ระเบียบการตำรวจไม่เกี่ยวกับคดี

บรรหาร กำลา และศศิพรรณ พวงพันธ์. “สรุปสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง การปฏิรูประบบโทษทาง
อาญาในประเทศไทย.” สถาบันวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรม สำนักงานกิจการ
ยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม.

พระราชบัญญัติกองทุนพัฒนาสื่อปลอดภัยและสร้างสรรค์ พ.ศ. 2558. ราชกิจจานุเบกษา. เล่มที่
132. ตอนที่ 21 ก. น. 30. (26 มีนาคม 2558).

สำนักงานตำรวจแห่งชาติ. “ระเบียบการตำรวจไม่เกี่ยวกับคดี ลักษณะที่ 43 ระเบียบเกี่ยวกับหญิง
เด็กหญิง และวัตถุลามกอนาจาร.” ประมวลระเบียบการตำรวจไม่เกี่ยวกับคดี. (2540).

อนันต์ ลิขิตชนสมบัติ. “มาตรการการลงโทษทางอาญาแก่ผู้กระทำความผิดในคดีสิ่งแฉ้วลั้อม”. การ
อบรมหลักสูตร “ผู้พิพากษาผู้บริหารในศาลชั้นต้น” รุ่นที่ 13 สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่าย
ตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2557.

BOOKS

Chris Mathews. "Manga. Virtual Child Pornography. and Censorship in Japan." Applied Ethics Old Wine in New Bottles?. Published by Center for Applied Ethics and Philosophy Hokkaido University. Japan: Center for Applied Ethics and Philosophy, 2011.

Craig A. Williams. Roman Homosexuality: Ideologies of Masculinity in Classical Antiquity. (Oxford University Press, 1999.

Douglas Husak. Over criminalization: the limits of the criminal law. New York: Oxford University Press, 2008.

Herbert L. Packer. The Limits of the Criminal Sanction. California : Standford University Press, 1968.

Joel Feinberg. The Moral Limits of the Criminal Law: Volume 2: Offense to Others. New York: Oxford University Press, 1988.

John Stuart Mill. Utilitarianism. Liberty & representative government. London: J.M. DENT & SONS. Ltd., 1910.

Nigel Walker. Punishment. Danger and Stigma: The Morality of Criminal Justice. Oxford: Basil Blackwell, 1980.

William A. Percy. Pederasty and Pedagogy in Archaic Greece. University of Illinois Press, 1996.

ARTICLES

Alisdair A. Gillespie. "Child pornography: Balancing substantive and evidential law to safeguard children effectively from abuse." The International Journal of Evidence & Proof. Vol. 9. Issue 1. (2005) : 30-35.

- Audrey Rogers. "Playing Hide And Seek: How to Protect Virtual Pornographers and Actual Children on The Internet." Villanova Law Review. Vol. 50. Issue 1. (2005) : 90-97.
- Australian Institute of Criminology (Tony Krone). "A Typology of Online Child Pornography Offending." Trends & Issues in crime and criminal justice. No. 279. (July 2004) : 2
- Benjamin A. Mains. "Virtual Child Pornography. Pandering. and the First Amendment: How Developments in Technology and Shifting First Amendment Jurisprudence Have Affected the Criminalization of Child Pornography." Hastings Constitutional Law Quarterly. Vol. 37. Issue 4. (2010) : 814-823.
- Bert-Jaap Koops. "Cybercrime Legislation in the Netherlands" Electronic Journal of Comparative Law. vol.14.3. (December 2010). : 12
- Chelsea Mclean. "The Uncertain Fate of Virtual Child Pornography Legislation." Cornell Journal of Law and Public Policy. Vol. 17. Issue 1. (2007). : 224-239.
- Cory Lyn Takeuchi. "Regulating Lolicon: Toward Japanese Compliance With Its International Legal Obligations To Ban Virtual Child Pornography." GA. J. INT'L & COMP. L.. Vol. 44. (2015) : 202-233.
- Daniel S. Armagh. "Virtual Child Pornography: Criminal Conduct or Protected Speech?" . Cardozo Law Review. Vol. 23. Issue 6. (2002). : 1994-1998.
- David Oswell. "When Images Matter: Internet Child Pornography. Forms of Observation and an Ethics of the Virtual." Forms of Observation and an Ethics of the Virtual. Information Communication & Society. vol.9. Issue 2. (2006) : 247.
- Emmanuel Rey P Cruz. "Outlawing Lolita: Testing the Constitutionality and Practicality of the "Victimless" Provisions of the Anti-Child Pornography Act of 2009." Ateneo Law Journal. Vol. 55. Issue 3. (2010) : 762-765
- James Nicholas Kornegay. "Protecting Our Children and the Constitution: An Analysis of the "Virtual" Child Pornography Provisions of the PROTECT Act of 2003." William & Mary Law Review. Vol. 46. Issue 6. (2006) : 2131.

- Jeremy G. Ladle. "Protecting Pedophiles and Valuing Virtual Child Pornography: A Critique of Ashcroft v. Free Speech Coalition." Idaho Law Review. Vol. 40. Issue 2. (2004) : 460-462.
- Jessica A. Ramirez. "Propriety of Internet Restrictions for Sex Offenders Convicted of Possession of Child Pornography: Should We Protect Their Virtual Liberty at the Expense of the Safety of our Children?." Ave Maria Law Review. Vol. 12. Issue 1. (2014) : 131.
- Keisha April. "Cartoons Aren't Real People. Too: Does the Regulation of Virtual Child Pornography Violate the First Amendment and Criminalize Subversive Thought?" Cardozo Journal of Law & Gender. Vol. 19. Issue 1. (2012) : 250.
- Kelley Bergelt. "Stimulation by Simulation: Is There Really Any Difference between Actual and Virtual Child Pornography? The Supreme Court Gives Child Pornographers a New Vehicle for Satisfaction." Capital University Law Review. Vol. 31. Issue 3. (2003) : 565-573.
- Kevin W Saunders. "Acti Rei: Real and Virtual." Texas Tech Law Review. Vol.44. Issue 1 (2011) : 166-167.
- Mark J. McLelland. "Australia's 'child abuse material' legislation. Internet regulation and the juridification of the imagination." International Journal of Cultural Studies. 15 (5). (2011) : 473.
- Michaela Poborilova. "Virtual Child Pornography." Masaryk University Journal of Law and Technology. Vol. 5. Issue 2. (Fall 2011) : 242-252.
- Nils Jareborg. "Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)." Ohio State Journal of Criminal Law. Vol. 2. (2005) : 524-530.
- Patrick W. Galbraith. "Lolicon: The Reality of 'Virtual Child Pornography' in Japan" Image & Narrative. Vol. 12. Issue 1. (2011) : 83-84.
- Paula Bird. "Virtual Child Pornography Laws and the Constraints Imposed by the First Amendment". Barry Law Review. Volume 16. Issue 1. (2011) : 163-164.
- Rebecca Ong. "Child Pornography and the Internet in Hong Kong." Rutgers Computer & Technology Law Journal. Vol.32. Issue 1. (2005) : 89-92.

- Rikki Solowey. "A Question of Equivalence: Expanding the Definition of Child Pornography to Encompass "Virtual" Computer-Generated Images." Tulane Journal of Technology and Intellectual Property. Vol. 161. (2002) : 162-181.
- Thomas Crofts and Murray Lee. "'Sexting'. Children and Child Pornography." Sydney Law Review. Vol. 35. Issue 85. (2013) : 87-88.
- Wade T. Anderson. "Criminalizing "Virtual" Child Pornography Under The Child Pornography Prevention Act: Is it Really What it "Appears to Be?"". University of Richmond Law Review. Vol. 35. Issue 2. (2001) : 403-404.

ELECTRONIC MEDIA

- BBC. "Man had cartoon-style child porn."
http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/england/tees/7676738.stm, May 30, 2017.
- BBC News. "Computer-generated 'Sweetie' catches online predators."
<http://www.bbc.com/news/uk-24818769>, January 9, 2017.
- Council of Europe. "Convention on Cybercrime." <https://rm.coe.int/1680081561>, May 29, 2018.
- Danielle Cisneros. "'Virtual Child' Pornography on The Internet: A "Virtual" Victim?." <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1060&context=dltr>, May 9, 2017.
- Gazettelive. "Middlesbrough man creates legal history after being convicted of possessing illegal images of cartoon children."
<https://www.gazettelive.co.uk/news/teesside-news/anime-fan-convicted-over-illegal-7958896>, May 30, 2017.
- "H.R.4123 - Child Pornography Prevention Act of 1996"
<https://www.congress.gov/bill/104th-congress/house-bill/4123>, May 9, 2017.

- International Centre for Missing & Exploited Children. “Confronting New Challenges in the Fight against Child Pornography: Considerations for Protecting Children & Your Company’s Reputation When Engaging with Digital Businesses.” <http://www.icmec.org/wp-content/uploads/2015/10/APAC-FCACP-Engaging-with-Digital-Businesses.pdf>, May 9, 2017.
- International Centre for Missing & Exploited Children. “You have the power to help keep children safe” <http://www.icmec.org/you-have-the-power/>, May 9, 2017.
- Jason. “Making of Sweetie Case film.” <http://www.cgmeetup.net/home/making-of-sweetie-case-film>, May 30, 2016.
- Jacqueline Helen Kingston Byberg. “Childless Child Porn - A ‘Victimless’ Crime?.” <http://ssrn.com/abstract=2114564>, May 30, 2017.
- Kersley Fitzgerald. “Virtual Child Sex Trafficking Is it Wrong?” <http://www.blogos.org/thetakeaway/virtual-trafficking.php>, June 8, 2016.
- Kim-Kwang Raymond Choo. “Online child grooming: a literature review on the misuse of social networking sites for grooming children for sexual offences.” http://www.aic.gov.au/media_library/publications/rpp/103/rpp103.pdf, May 6, 2016.
- Mallory Witt. “!Teen Turf! Timelines Jordan.” Secondlife. <https://marketplace.secondlife.com/p/Teen-Turf-Timelines-Jordan/3962990>, May 30, 2016.
- Marie Eneman. Alisdair Gillespie and Bernd Stahl. “Criminalising Fantasies: The Regulation of Virtual Child Pornography” http://www.cse.dmu.ac.uk/~bstahl/publications/2009_Criminalising_Fantasies_ECIS.pdf, May 6, 2016.
- MocapDancerSL. “SL - The Real Twerk solo dance for KID avatar -- Second Life animation.” <https://www.youtube.com/watch?v=0qM9M48S3z8>, May 6, 2016.
- nekomagic. “(18+) Comic Aun – Kokuten Tae 1/7 PVC figure by Ochidseed.” <http://www.nekomagic.com/?p=60334#more-60334>, May 6, 2016.

“New classic starter avatars for Second Life now available.”

<https://joyardley.files.wordpress.com/2015/11/screen-shot-2015-11-06-at-20-37-25.png>, May 30, 2016.

Nichenet. “Sky News on Second Life Wonderland.”

https://www.youtube.com/watch?v=dN_jr6xjs90, May 30, 2016.

“Philippines to ban Hentai. calls it 'Child Pornography'.”

<https://www.japanator.com/philippines-to-ban-hentai-calls-it-child-pornography--9704.phtml>, May 30, 2018.

Sweetie. “Stop webcam child sex tourism!.”

<https://www.youtube.com/watch?v=aGmKmVvCzkw>, May 30, 2016.

Terre des Hommes Netherlands. “SWEETIE 2.0: STOP WEBCAM CHILD SEX.”

<https://www.terredeshommes.nl/en/programmes/sweetie-20-stop-webcam-child-sex>, May 30, 2016.

The Home Office, the Scottish Executive and the Northern Ireland Office.

“Consultation on Possession of Non-photographic Visual Depictions of Child Sexual Abuse.”

<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.homeoffice.gov.uk/documents/cons-2007-depiction-sex-abuse?view=Binary>, March 3, 2017.

The Ministry of Justice and the Northern Ireland Office. “Consultation on the

Possession of Non-Photographic Visual Depictions of Child Sexual Abuse - Summary of responses”

<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.justice.gov.uk/docs/consultation-non-photographic-response.pdf>, May 30, 2018.

Thread: Simpsons: The Naked Truth.”

<http://www.lardlad.com/images/family/family017.gif>, May 30, 2016.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นางสาวนัฐินี สุวินัย
วันเดือนปีเกิด	9 มกราคม 2532
วุฒิการศึกษา	ปีการศึกษา 2553 : นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ตำแหน่ง	นิติกรปฏิบัติการ สำนักงานสหกรณ์จังหวัดเพชรบูรณ์
ผลงานทางวิชาการ	
	นัฐินี สุวินัย. “ความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก: ศึกษากรณีสื่อลามกอนาจารเด็กเสมือน” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายอาญา) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561.
ประสบการณ์ทำงาน	2554: นิติกร สำนักงานคณะกรรมการข้อมูลข่าวสาร ของราชการ สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี 2561 ถึงปัจจุบัน: นิติกรปฏิบัติการ สำนักงานสหกรณ์ จังหวัดเพชรบูรณ์