



ขอขอบคุณที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการแสดงอนาจารในกฎหมายอาญาไทย

โดย

นางสาวกรรณดา เกิดศรี

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายอาญา

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2560

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ขอบเขตความรับผิดชอบเกี่ยวกับการแสดงอนาจารในกฎหมายอาญาไทย

โดย

นางสาวกรรณดา เกิดศรี



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายอาญา

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2560

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

THE EXTENSION OF CRIMINAL LIABILITY FOR PUBLIC INDECENCY
OFFENCE UNDER THE THAI CRIMINAL LAW

BY

MISS KANYADA KEADSRI



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

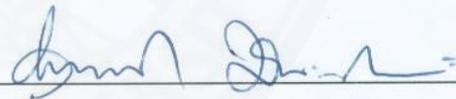
นางสาวกรรณดา เกิดศรี

เรื่อง

ขอบเขตความรับผิดชอบเกี่ยวกับการแสดงอนาจารในกฎหมายอาญาไทย
ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

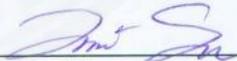
เมื่อ วันที่ 10 สิงหาคม พ.ศ. 2561

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์



(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มาตาลักษณ์ เสรมธากุล)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



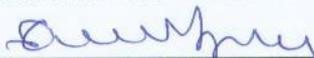
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.รณกรณ์ บุญมี)

คณบดี



(ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ขอบเขตความรับผิดชอบเกี่ยวกับการแสดงอนาจารใน
	กฎหมายอาญาไทย
ชื่อผู้เขียน	นางสาวกรรณดา เกิดศรี
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	กฎหมายอาญา
	นิติศาสตร์
	มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. มาตาลักษณ์ เสรมธากุล
ปีการศึกษา	2560

บทคัดย่อ

แม้ปัจจุบันประเทศไทยจะเป็นสังคมที่เปิดกว้างยอมรับวัฒนธรรมของกลุ่มประเทศตะวันตกเข้ามา แต่คนไทยทุกคนในฐานะสมาชิกของสังคมก็ควรมีหน้าที่ในการอนุรักษ์วัฒนธรรมขนบธรรมเนียมประเพณี และศีลธรรมอันดีของไทยเอาไว้ โดยจะต้องประพฤติปฏิบัติตนให้เหมาะสม จะเห็นได้ว่าปัจจุบันประเทศไทยมีปัญหาเรื่องการแสดงอนาจาร อันเป็นการแสดงออกทางเพศที่มีลักษณะเปิดเผยอันส่อไปในทางยั่วหรือกระตุ้นให้เกิดอารมณ์ทางเพศ ซึ่งในอดีตเกิดขึ้นเฉพาะในสถานที่สาธารณะ แต่ปัจจุบันได้เกิดขึ้นในสื่อสังคมออนไลน์ควบคู่ไปด้วย ส่งผลให้แพร่กระจายออกไปสู่สาธารณชนได้อย่างรวดเร็ว

การแสดงอนาจารนั้นเป็นเส้นแบ่งระหว่างงานศิลปะ กับสิ่งกระตุ้นหรือส่อไปในเรื่องทางเพศ ซึ่งเป็นความไม่เหมาะสมที่สังคมจะยอมรับได้ อีกทั้งยังเป็นประเด็นปัญหาในเรื่องของการตีความมาตั้งแต่ในอดีตจนถึงปัจจุบัน เนื่องจากผลงานบางอย่างที่มีลักษณะโป้เปลือย แต่ถ้ามองในแง่มุมมองของงานศิลปะก็จะเป็นสิ่งที่ยอมรับได้ในสังคม แต่ถ้ามองในแง่มุมมองของความเป็นอนาจารที่มีลักษณะกระตุ้นหรือส่อไปในเรื่องทางเพศ ส่วนใหญ่ก็จะไม่ได้รับการยอมรับหรือได้รับการปฏิเสธจากสังคม เพราะฉะนั้นในแง่มุมมองของกฎหมายจึงเป็นยากที่จะพิจารณาขอบเขตความเหมาะสมของการกระทำที่จะเรียกว่าเป็นงานศิลปะหรือการแสดงอนาจาร เพื่อนำมากำหนดความรับผิดชอบก็ต้องปล่อยให้เป็นที่ทางพลวัตรของสังคมที่จะเป็นตัวตัดสินตามยุคสมัยและกาลเวลา เนื่องจากปัจจุบันได้มีเทคโนโลยีเข้ามาเกี่ยวข้อง ทำให้การกระทำหรือพฤติกรรมหลายๆ อย่างในสังคมไทยปัจจุบันได้ถูกตั้งคำถามว่าเป็นการกระทำที่แสดงออกถึงเสรีภาพทางเพศของบุคคล เป็นงานศิลปะที่สังคมยอมรับได้ หรือเป็นสิ่งที่ต้องห้ามในฐานะที่เป็นการแสดงอนาจาร

ในปัจจุบันประเทศไทยได้มีบทบัญญัติของกฎหมายที่สามารถนำมาลงโทษเกี่ยวกับการแสดงอนาจารหลายบทบัญญัติด้วยกัน แต่ก็มีหลายมาตราที่ยังคงมีปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายไม่ว่าจะเป็นปัญหาในเรื่องของการตีความกฎหมาย ปัญหาในเรื่องตัวบทกฎหมายที่ไม่ครอบคลุมถึงการกระทำหรือพฤติกรรมที่มีลักษณะหลากหลายมากขึ้น ปัญหาในเรื่องของบทลงโทษที่ไม่เพียงพอในการยับยั้งหรือปราบปรามการกระทำความผิด

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงได้มีการกำหนดค่านิยมของการแสดงอนาจารให้มีความชัดเจน และมีการแบ่งแยกขอบเขตของการกระทำที่เป็นการแสดงอนาจารและพื้นที่ที่ได้รับการคุ้มครอง เพื่อนำไปสู่การบังคับใช้และปรับปรุงกฎหมายให้มีความเหมาะสมและประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

คำสำคัญ: การแสดงอนาจาร, ลามก, ศิลปะ, โดยชู้หน้า, โดยระยะทาง, สาธารณะ, สื่อสังคมออนไลน์

Thesis Title	THE EXTENSION OF CRIMINAL LIABILITY FOR PUBLIC INDECENCY OFFENCE UNDER THE THAI CRIMINAL LAW
Author	Miss Kanyada Keadsri
Degree	Master of Laws
Major Field/Faculty/University	Criminal Law Law Thammasat University
Thesis Advisor	Assistant Professor Matalak Seramathakul, Ph.D.
Academic Years	2017

ABSTRACT

Although Thailand has been an open society where western culture is welcome, every member of the Thai society still has a duty to preserve the Thai culture, customs and good morals by maintain good behaviors especially those that may affect the Thai positive image. Currently, it is evident that the Thai society has encountered the public indecency problem which involves nudity and sexual exposure in view of the public with the intent to arouse. In the past, the crime was committed only in the public. Today, however, with the aid of online medium, such indecent act has been widely spread to the public very quickly.

There is a thin line dividing between a socially accepted artistic activity and an indecent act which causes sexual arousal or inducement which is so inappropriate that the society could not tolerate. There has also been an interpretation problem as certain nudity may be considered an artistic work, but others may be considered sexual indecency. Most sexually indecent activities have been rejected by the society as a norm. From a legal point of view, it is also difficult to determine the appropriateness of an act in order to place liability upon an act which is considered “indecent” rather than an artistic one. One could argue that social evolution and passage of time will be the factors that help determine such

difference. As technological advancement involves, many acts or behavior seen in the society today may be considered a form of expression which should be allowed to present freely as an acceptable artwork rather than a prohibited indecent act.

Under applicable Thai law, there are several provisions that impose punishment against public indecency. However, certain legal provisions are problematic because they are difficult to enforce provided that they require interpretation and their application does not evolve with the changing society where questionable acts have been proliferated. Also, the sanction imposed is not adequate to deter or prevent the commission of future crime with the same nature.

With the reasons mentioned above, new definition of the term “public indecency” has been introduced in order to clarify the scope of liability and brighten the blurred line that divides between the act of indecency and the protected artistic act, which will lead to a better enforcement of law and effectiveness in its application.

Keywords: public indecency, lewd act, artistic work, open/direct action, distance-wide, public, online social medium

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงขึ้นมาได้ เนื่องมาจากความเมตตาของท่านอาจารย์หลายๆ ท่าน ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มาตาลักษณ์ เสธเมธากุล ที่กรุณา รับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์แก่ผู้เขียน และช่วยให้คำแนะนำเกี่ยวกับแนวคิดในการจัดทำวิทยานิพนธ์ การตรวจแก้ไขความถูกต้อง ตลอดจนให้แนวทางในการศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับหัวข้อของวิทยานิพนธ์ ฉบับนี้

พร้อมกันนี้ ขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ที่กรุณา รับเป็นประธานกรรมการวิทยานิพนธ์ และได้ชี้แนะแนวความคิดทางกฎหมาย รวมทั้งแนะนำหนังสือ และเอกสารที่ควรศึกษาค้นคว้าเพิ่มเติมแก่ผู้เขียน เพื่อให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อมูลที่สมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ขอกราบขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.รณกรณ์ บุญมี ที่กรุณาสละเวลารับเป็นกรรมการวิทยานิพนธ์ให้แก่ผู้เขียน โดยได้ตรวจพิจารณา วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และให้ข้อคิดเห็นข้อท้วงติงต่างๆ ซึ่งเป็นประโยชน์อย่างมากแก่การปรับปรุงแก้ไข วิทยานิพนธ์ต่อไป

ขอขอบพระคุณนายสุโข อัครสันติชัย ผู้อำนวยการสำนักงาน ป.ป.ช. ประจำจังหวัด นนทบุรี ซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาของผู้เขียนเป็นอย่างสูงที่เข้าใจและให้โอกาสทางการศึกษาแก่ผู้เขียน ตลอดระยะเวลาที่ผู้เขียนทำงานอยู่ที่สำนักงาน ป.ป.ช. ประจำจังหวัดนนทบุรี

ขอขอบคุณส้ม น้องเบส น้องแพรว น้องมิว น้องจูน น้องมุก น้องวรัท พิฑินง น้องแตงกวา น้องท้อป และพี่ๆ ในกลุ่มงานคณะกรรมการ และเพื่อนๆ ผู้ร่วมศึกษาระดับชั้นปริญญาโท สาขา กฎหมายอาญา ที่คอยให้คำแนะนำและกำลังใจ ตลอดจนให้ความช่วยเหลือในขั้นตอนต่างๆ ของการจัดทำวิทยานิพนธ์ จนทำให้ผู้เขียนสามารถจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้สำเร็จลุล่วงไปได้

ท้ายที่สุดนี้ขอมอบความสำเร็จในการศึกษาครั้งนี้แก่ครอบครัวของผู้เขียน คือ คุณพ่อ คุณแม่ และน้องชาย ที่คอยสนับสนุน ส่งเสริมด้านการศึกษา และคอยเป็นกำลังใจเมื่อผู้เขียนรู้สึก ท้อแท้ ทำให้ผู้เขียนประสบความสำเร็จจนมาถึงวันนี้

นางสาวกรรณดา เกิดศรี

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(3)
กิตติกรรมประกาศ	(5)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	2
1.3 สมมติฐานของการศึกษา	2
1.4 ขอบเขตการศึกษา	2
1.5 วิธีการศึกษา	3
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	3
บทที่ 2 แนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญากรณีการแสดงอนาจาร	4
2.1 ความหมายและขอบเขตการแสดงอนาจาร	5
2.1.1 ความหมายของงานศิลปะ	6
2.1.2 ความหมายของการแสดงอนาจาร	9
2.1.3 ขอบเขตระหว่างงานศิลปะกับการแสดงอนาจาร	16
2.2 ขอบเขตการพิจารณาความผิดเกี่ยวกับการแสดงอนาจารในสถานการณ์ปัจจุบัน	19
2.2.1 รูปแบบของการแสดงอนาจาร	20
2.2.1.1 การแสดงอนาจาร	21
2.2.1.2 การกระทำอันลามก	21

2.2.2 ลักษณะของการแสดงอนาจาร	22
2.2.2.1 การแสดงอนาจารโดยซึ่งหน้า	22
2.2.2.2 การแสดงอนาจารโดยระยะทาง	25
2.2.3 ลักษณะของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจาร	34
2.2.3.1 ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยตรง	34
2.2.3.2 ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยอ้อม	38
2.2.3.3 ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของการแสดงอนาจาร	41
2.2.4 ผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการแสดงอนาจาร	43
2.2.4.1 ผลกระทบอันเป็นความเสียหายโดยอ้อม	50
2.2.4.2 ผลกระทบที่เกิดขึ้นได้ในอนาคตอันใกล้	51
2.2.4.3 ผลกระทบในลักษณะที่เป็นนามธรรม	52
2.3 หลักเกณฑ์การบังคับใช้ตามกฎหมายอาญา	53
2.3.1 แนวคิดในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา	53
2.3.1.1 ข้อบังคับที่มีลักษณะคล้ายกฎหมายอาญา	53
2.3.1.2 กรอบในการบัญญัติกฎหมายอาญา	55
2.3.1.3 วิวัฒนาการในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา	58
2.3.1.4 วัตถุประสงค์ของการบัญญัติกฎหมายอาญา	60
2.3.1.5 รูปแบบการบัญญัติกฎหมายอาญา	61
2.3.2 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดรับทางอาญา	62
2.3.2.1 หลักการว่าด้วยการกำหนดขอบเขต (Limiting Principles)	63
2.3.2.2 หลักคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgütstheorie)	64
2.3.2.3 หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Order)	65
2.3.3 ทฤษฎีในการกำหนดโทษตามกฎหมายอาญา	69
2.3.3.1 ทฤษฎีการกำหนดโทษเพื่อทดแทนให้สาสมกับความผิด (Retribution Theory)	69
2.3.3.2 ทฤษฎีการกำหนดโทษเพื่อป้องกันความผิด (Deterrence Theory of Punishment)	70
2.3.3.3 ทฤษฎีการกำหนดโทษเพื่อดัดนิสัยผู้กระทำความผิด (Reformation Theory)	70

2.3.3.4 ทฤษฎีการกำหนดโทษเพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกไปจากสังคม (Incapacitation Theory)	71
2.3.3.5 ทฤษฎีการกำหนดโทษเพื่อสร้างจิตสำนึก (Consciousness Theory)	71
บทที่ 3 ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเพื่อควบคุมการแสดงอนาจารตามกฎหมายอาญาไทยในปัจจุบัน	73
3.1 พิจารณาปัญหาการกำหนดความรับผิดตามประมวลกฎหมายอาญา	73
3.1.1 ความรับผิดเกี่ยวกับสิ่งลามกอนาจารกับการแสดงอนาจาร	73
3.1.2 ความรับผิดเกี่ยวกับการหมิ่นประมาทกับการแสดงอนาจาร	89
3.1.3 ความรับผิดลหุโทษเกี่ยวกับการกระทำอนาจาร	96
3.2 ความรับผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม	104
3.2.1 ความรับผิดเกี่ยวกับการนำเข้าสู่ข้อมูลอันลามก	104
3.2.2 ความรับผิดเกี่ยวกับการเผยแพร่ข้อมูลอันลามก	106
บทที่ 4 วิเคราะห์ขอบเขตความรับผิดเกี่ยวกับการแสดงอนาจารในกฎหมายอาญาไทย	111
4.1 วิเคราะห์ปัญหาการตีความและขอบเขตเกี่ยวกับการแสดงอนาจาร	111
4.1.1 วิเคราะห์ข้อจำกัดของการตีความ “การแสดงอนาจาร”	111
4.1.1 วิเคราะห์ขอบเขต “การแสดงอนาจาร”	115
4.2 วิเคราะห์ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายกับความผิดเกี่ยวกับการแสดงอนาจาร	117
4.2.1 วิเคราะห์ความรับผิดของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยตรง	117
4.2.1.1 การแสดงอนาจารโดยซึ่งหน้า	117
4.2.1.2 การแสดงอนาจารโดยระยะทาง	121
4.2.2 วิเคราะห์ความรับผิดของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยอ้อม	130
4.2.2.1 ความรับผิดในฐานะผู้กระทำผิด	130
4.2.2.2 ความรับผิดในฐานะผู้สนับสนุน	133

บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	136
5.1 บทสรุป	136
5.2 ข้อเสนอแนะ	138
บรรณานุกรม	140
ประวัติผู้เขียน	147



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความสำคัญของปัญหา

การแสดงอนาจารเป็นเส้นแบ่งระหว่างงานศิลปะ หรือสิ่งที่กระตุ้นหรือสื่อไปในเรื่องทางเพศ ซึ่งเป็นความไม่เหมาะสมที่สังคมจะยอมรับได้ การกระทำระหว่างงานศิลปะกับการแสดงอนาจารเป็นประเด็นปัญหาในเรื่องของการตีความมาตั้งแต่ในอดีตไม่ว่าจะเป็นประเทศใดก็ตาม เพราะถ้าผลงานที่เป็นงานศิลปะแม้ว่าจะมีลักษณะเป็นภาพโป๊เปลือยก็เป็นสิ่งที่ยอมรับได้ในสังคม แต่ถ้าผลงานที่ถูกละเลยว่ามีลักษณะของความเป็นอนาจารที่มีลักษณะกระตุ้นหรือสื่อไปในทางเพศส่วนใหญ่ก็จะไม่ได้รับการยอมรับหรือได้รับการปฏิเสธจากสังคม เพราะฉะนั้นในแง่ของกฎหมายจึงเป็นการยากที่จะพิจารณาฐานความผิด หรือขอบเขตความเหมาะสมของการกระทำที่จะเรียกว่าเป็นงานศิลปะหรือเป็นการแสดงอนาจาร

ในแง่ของกฎหมายอาญาไทย ปัญหาบทบัญญัติที่มีอยู่ยังไม่มีความชัดเจนเพียงพอว่าการกระทำหรือลักษณะเช่นใดที่จะเรียกว่าเป็นการแสดงอนาจาร ก็คงปล่อยให้เป็นที่ทางพลวัตรของสังคมที่จะเป็นตัดสินใจตามยุคสมัยและกาลเวลา เนื่องจากในปัจจุบันได้มีเทคโนโลยีเข้ามาเกี่ยวข้อง ทำให้การกระทำหรือพฤติกรรมหลายๆ อย่างในสังคมไทยได้ถูกตั้งคำถามว่าเป็นการกระทำที่แสดงออกถึงเสรีภาพส่วนบุคคล เป็นงานศิลปะ หรือเป็นสิ่งที่ต้องห้ามในฐานะที่เป็นการแสดงอนาจาร

ในปัจจุบันประเทศไทยได้มีบทบัญญัติของกฎหมายที่สามารถนำมาลงโทษเกี่ยวกับการแสดงอนาจาร ไม่ว่าจะเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ฐานเผยแพร่สิ่งลามก ตามมาตรา 287 (1) ฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก ตามมาตรา 287/1 ฐานเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก ตามมาตรา 287/2 (1) ฐานหมิ่นประมาท ตามมาตรา 326 ฐานหมิ่นประมาทด้วยการโฆษณา ตามมาตรา 328 ฐานกระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัลหรือกระทำการลามกอย่างอื่น ตามมาตรา 388 ฐานรังแก คุกคาม หรือทำให้เดือดร้อนรำคาญ ตามมาตรา 397 หรือแม้กระทั่งความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ฐานนำเข้าสู่ข้อมูลอันลามก ตามมาตรา 14 (4) และฐานเผยแพร่ข้อมูลอันลามก ตามมาตรา 14 (5) อย่างไรก็ตาม ในหลายมาตราก็น่าจะมีปัญหาในการบังคับใช้กฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นปัญหาในเรื่องของการตีความกฎหมาย ปัญหาในเรื่องตัวบทกฎหมายที่ไม่ครอบคลุมถึงการกระทำหรือ

พฤติกรรมที่มีลักษณะหลากหลายมากขึ้น ปัญหาในเรื่องของบทลงโทษที่ไม่เพียงพอในการยับยั้งหรือปราบปรามการกระทำความผิด จึงเป็นประเด็นปัญหาที่จะต้องมีการทำการศึกษาและทำความเข้าใจ

ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งเน้นที่จะทำการศึกษาและทำความเข้าใจถึงค่านิยมที่เหมาะสมของการแสดงอนาจาร เพื่อที่จะใช้เป็นกรอบในการพิจารณาบรรทัดฐานของสังคมไทยในเรื่องของงานศิลปะกับการแสดงอนาจารว่าควรจะเป็นเช่นไร และมีฐานความผิดใดบ้างที่ควรจะได้รับ การควบคุมหรือลงโทษอย่างเคร่งครัด รวมไปถึงในกรณีใดบ้างที่ควรมีข้อยกเว้น เพื่อนำไปสู่การแก้ไข และปรับปรุงกฎหมายให้มีความเหมาะสมในการนำมาบังคับใช้ให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นในอนาคตต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาถึงแนวคิดและขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการแสดงอนาจารในสังคมไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน

1.2.2 ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการแสดงอนาจารในอดีตจนถึงปัจจุบัน

1.2.3 เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ถึงมาตรการทางกฎหมายในปัจจุบันของประเทศไทยที่เกี่ยวกับการแสดงอนาจาร เพื่อนำไปสู่การแก้ไขปรับปรุงให้มีความเหมาะสมในการนำมาบังคับกฎหมายต่อไป

1.3 สมมติฐานในการศึกษา

ในปัจจุบันปัญหาเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นอนาจารยังคงตั้งอยู่บนฐานของขอบเขตการจำแนกระหว่างงานศิลปะและการแสดงอนาจารเฉกเช่นเดียวกับในอดีต แต่ปัจจุบันปัญหาเหล่านี้ได้ทวีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้นเนื่องจากได้มีเทคโนโลยีเข้ามาเกี่ยวข้อง จึงควรมีการกำหนดค่านิยมของการแสดงอนาจารให้มีความชัดเจน และมีการแบ่งแยกขอบเขตของการกระทำที่เป็นการแสดงอนาจารและพื้นที่ที่ได้รับการคุ้มครอง เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

1.4 ขอบเขตการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาพิจารณาถึงแนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญากรณีการแสดงอนาจาร ความหมายและขอบเขตการแสดงอนาจาร ขอบเขตการพิจารณาความผิดเกี่ยวกับ

การแสดงอนาจารในสถานการณ์ปัจจุบัน หลักเกณฑ์การบังคับใช้ตามกฎหมายอาญา ตลอดจนปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเพื่อควบคุมการแสดงอนาจารตามกฎหมายอาญาไทยในปัจจุบัน เพื่อศึกษาหาขอบเขตของการแสดงอนาจาร และมาตรการที่เหมาะสมในการบัญญัติกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้กับการแสดงอนาจารที่เกิดขึ้นในประเทศต่อไป

1.5 วิธีการศึกษา

ในการศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาโดยวิจัยเอกสาร จากหนังสือกฎหมาย ตำราทางวิชาการ บทความในวารสารทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ คำพิพากษาของศาล ข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต หนังสือพิมพ์ เพื่อนำมารวบรวมวิเคราะห์ให้เป็นระบบ และเพื่อทำการศึกษาค้นคว้าข้อสรุปและข้อเสนอแนะ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทำให้ทราบถึงแนวคิดและขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการแสดงอนาจารในสังคมไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน

1.6.2 ทำให้ทราบถึงปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการแสดงอนาจารในอดีตจนถึงปัจจุบัน

1.6.3 ทำให้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายในปัจจุบันของประเทศไทยที่เกี่ยวกับการแสดงอนาจาร เพื่อนำไปสู่การแก้ไขปรับปรุงให้มีความเหมาะสมในการนำมาบังคับกฎหมาย

บทที่ 2

แนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญากรณีการแสดงอนาจาร

การแสดงออกในเรื่องเพศจะถูกมองว่าเป็นเรื่องส่วนตัวหรือเป็นสิ่งที่สามารถเปิดเผยต่อสาธารณะ และต้องมีการกระทำถึงระดับใดจึงจะต้องมีมาตรการทางกฎหมายมาควบคุมนั้น ได้มีแนวคิดที่กล่าวถึงประเด็นดังกล่าวไว้ 2 แนวคิด ดังนี้

(1) แนวคิดแบบอนุรักษนิยม (Conservative) มองว่าการแสดงออกในเรื่องทางเพศ เป็นสิ่งที่หยาบคาย เป็นของต่ำ และเป็นเรื่องส่วนตัว ไม่สมควรที่จะเปิดเผยต่อสาธารณะ ไม่ว่าจะเป็นการแสดงอารมณ์และความรู้สึกต่อความพึงพอใจทางเพศ หรือพฤติกรรมที่เบี่ยงเบนไปจากธรรมชาติ อาจจะเป็นการทำลายคุณค่าทางศีลธรรมและสังคม แต่ต่อมาเริ่มมีการผ่อนคลายลง โดยยอมรับว่าการแสดงออกทางเพศสามารถกระทำได้ เช่น การให้ความรู้ความเข้าใจในเรื่องของเพศศึกษา แต่ยังไม่ยอมรับในเรื่องการแสดงออกทางเพศที่เกินขอบเขตจากมาตรฐานที่สังคมยอมรับ โดยยังคงมองว่าเป็นเรื่องส่วนตัวและมีจุดมุ่งหมายเพื่อการดำรงเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ โดยมองว่าคุณค่าของความสัมพันธ์ภายในครอบครัว การแต่งงานมีคู่สมรสคนเดียว (monogamous) มีความสำคัญต่อระบบสังคม คุณค่าทางศีลธรรมที่จะต้องรักษาสถาบันทางสังคมจึงเป็นสิ่งสำคัญมากกว่าการหาความบันเทิงจากกิจกรรมทางเพศ การแสดงอนาจารถือว่าเป็นสิ่งที่แสดงออกถึงกิจกรรมทางเพศในลักษณะต่างๆ เท่าที่สามารถจะแสดงพฤติกรรมได้ การแสดงท่าทางหรือภาพการแสดงอนาจารที่มุ่งไปในทางกระตุ้นอารมณ์ ความรู้สึก และความต้องการทางเพศของบุคคล นำมาซึ่งความเสื่อมต่อมาตรฐานทางศีลธรรมทางเพศของบุคคลในสังคม และส่งผลกระทบต่อร่างกายและจิตใจของเหยื่อ และบุคคลในสังคม ดังนั้น เมื่อการแสดงอนาจารเกี่ยวข้องกับมาตรฐานทางศีลธรรม ทำให้การแสดงอนาจารเกี่ยวข้องกับกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายมีความเกี่ยวข้องกับมาตรฐานทางศีลธรรมของสังคม แนวคิดดังกล่าวจึงได้เรียกร้องให้มีมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการแสดงอนาจารและห้ามการเผยแพร่ภาพการแสดงอนาจารต่อสาธารณชนอย่างเด็ดขาด¹

(2) แนวคิดแบบเสรีนิยม (Liberal) มองว่าพื้นฐานของมนุษย์มีความเป็นปัจเจกบุคคล มีเสรีภาพในการกระทำหรือการแสดงออกซึ่งเป็นสิทธิตามธรรมชาติที่มีมาตั้งแต่เกิด การทำความเข้าใจเกี่ยวกับเรื่องทางเพศเป็นเรื่องส่วนตัวของแต่ละบุคคล ไม่ส่งผลกระทบต่อ

¹เนติ รัตนากร, “การให้ความคุ้มครองเด็กในกฎหมายควบคุมสื่อลามก : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทย อังกฤษ สหรัฐอเมริกา และเยอรมัน”, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), น. 1 - 2.

สังคม การแสดงความพึงพอใจทางเพศระหว่างคูรักรหรือบุคคลอันเป็นที่รัก การพูดคุยเรื่องทางเพศในสถานที่สาธารณะ ถือว่าเป็นเรื่องปกติที่สามารถกระทำได้ และไม่ควรถูกขัดขวางด้วยอำนาจใดๆ เพราะทุกคนมีสิทธิที่จะแสดงออกหรือรับรู้ข้อมูลทางเพศ และกำหนดพฤติกรรมหรือยอมรับพฤติกรรมทางเพศได้อย่างเต็มที่ ดังนั้น การแสดงอนาจารจะต้องถูกจำกัดก็ต่อเมื่อเป็นการแสดงออกทางเพศที่เป็นอันตราย (harm) กล่าวคือ เสรีภาพในการแสดงออกทางเพศยังคงมีต่อไปจนกว่าจะเห็นว่าการแสดงออกนั้นเป็นอันตราย ไม่ว่าจะเป็อันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจของบุคคล ซึ่งความเป็นอันตรายนั้นขึ้นอยู่กับบุคคลและสังคมที่จะพิจารณาว่ากรณีใดเป็นการแสดงออกอันมีลักษณะอนาจาร และจำต้องมีการควบคุมเพื่อไม่ให้ส่งผลกระทบต่อบุคคลในสังคม แต่การที่จะควบคุมได้นั้น ต้องมีการพิสูจน์ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการแสดงอนาจารที่มีความเป็นอันตรายหรือไม่²

จากแนวคิดทั้งสองดังกล่าวข้างต้น แสดงให้เห็นถึงพื้นฐานแนวคิดในการพิจารณาว่าพฤติกรรมใดถือเป็นการแสดงอนาจารที่แตกต่างกัน โดยแนวคิดแบบอนุรักษนิยมมุ่งเน้นไปที่การรักษามาตรฐานทางศีลธรรมของสังคม มองว่าหากปล่อยให้มีการแสดงออกทางเพศอันมีลักษณะอนาจารเผยแพร่ออกสู่สาธารณะจะทำให้มาตรฐานทางศีลธรรมของสังคมเสื่อมทรามลง จึงจำต้องถูกควบคุม โดยพิจารณาถึงความอุจาด ความน่าบัดสี ในขณะที่แนวคิดแบบเสรีนิยมจะพิจารณาถึงความจำเป็นอิสระของปัจเจกบุคคล การแสดงออกในเรื่องเพศถือว่าเป็นสิทธิที่บุคคลสามารถกระทำได้ และไม่สมควรที่จะมีการขัดขวาง แต่ถ้าการกระทำนั้นมีความเป็นอันตรายหรือกระทำเกินขอบเขตอันเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลในสังคม ก็จะต้องถูกควบคุมเช่นกัน³ แม้ทั้งสองแนวคิดจะมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงการแสดงอนาจารที่แตกต่างกัน แต่ก็มีแนวความคิดสอดคล้องกันว่า จะต้องมี การควบคุมการแสดงอนาจาร

2.1 ความหมายและขอบเขตการแสดงอนาจาร

การแสดงอนาจารเป็นเส้นแบ่งระหว่างงานศิลปะ หรือสิ่งที่กระตุ้นหรือสื่อไปในเรื่องทางเพศ ซึ่งเป็นความไม่เหมาะสมที่สังคมจะยอมรับได้ การกระทำระหว่างงานศิลปะกับการแสดงอนาจารเป็นประเด็นปัญหาในเรื่องของการตีความมาตั้งแต่ในอดีตจนถึงปัจจุบัน จึงจำเป็นต้องมีการศึกษาและทำความเข้าใจเกี่ยวกับความหมายของงานศิลปะและการแสดงอนาจารว่ามีขอบเขตอย่างไร

² เฟิงอ๋าง, น. 3.

³ เฟิงอ๋าง, น. 3 - 4.

2.1.1 ความหมายของงานศิลปะ

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานได้ให้ความหมายของคำว่า “ศิลปะ” หมายถึง ฝีมือ ฝีมือทางการช่าง การทำให้วิจิตรพิสดาร เช่น รูปสลักหินเป็นรูปศิลป์ การแสดงออกซึ่งอารมณ์ สะเทือนใจให้ประจักษ์ด้วยสื่อต่างๆ อย่างเสียง เส้น สี ผิว รูปทรง เช่น วิจิตรศิลป์ ศิลปะการดนตรี ศิลปะการวาดภาพ ศิลปะการละคร⁴ ศิลปะเป็นศาสตร์ทางด้านนามธรรม และมีผลต่อความรู้สึกทางจิตใจของมนุษย์ จึงไม่สามารถกำหนดความหมายได้อย่างชัดเจน ซึ่งนักทฤษฎีศิลปะได้พยายามให้ความหมายและทฤษฎีเกี่ยวกับงานศิลปะ เช่น

เบนเนดีโต โครเซ่ (Benedetto Croce) นักปรัชญาศิลปะชาวอิตาลี เชื่อว่าคุณค่าของศิลปะที่แท้จริงไม่ได้อยู่ที่ผลงานศิลปะ แต่อยู่ที่กระบวนการสร้างสรรค์ (creative process) หรือกระบวนการแสดงออกซึ่งความรู้สึก (expressive process) ซึ่งอาร์.จี.คอลลิงวูด (R.G.Collingwood) ได้อธิบายความหมายของงานศิลปะสอดคล้องไปในแนวทางเดียวกันว่าคุณค่าของศิลปะไม่ได้ขึ้นอยู่กับรูปของวัตถุทางกายภาพหรือตัวผลงานศิลปะที่ปรากฏอยู่ แต่ขึ้นอยู่กับเหตุผลที่ศิลปินต้องการสร้างงานศิลปะออกมาในรูปของวัตถุทางกายภาพ เพื่อมุ่งหมายในการสื่อสารการแสดงออกซึ่งอารมณ์ความรู้สึกไปสู่ผู้อื่น โดยงานศิลปะในรูปของวัตถุทางกายภาพจะช่วยกระตุ้นให้ผู้ชมเกิดการแสดงออกซึ่งอารมณ์ความรู้สึกเช่นเดียวกับศิลปิน⁵

ลีโอ ตอลสตอย (Leo Tolstoy) นักปรัชญาและนักเขียนชาวรัสเซีย เชื่อว่าศิลปะคือการแสดงออกซึ่งความรู้สึกของศิลปินที่มีเป้าหมายในการปลุกเร้าความรู้สึกแก่ผู้ชมให้เกิดขึ้น เช่นเดียวกับศิลปิน ความสามารถในการปลุกเร้าความรู้สึกของผู้ชมให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับศิลปินนั้น เรียกว่า ความกินใจ (infectiousness) แห่งศิลปะ ประกอบด้วยเงื่อนไข 3 ประการ คือ ความจริงใจ (sincerity) ความเป็นตัวของตัวเอง (individual) และความชัดเจน (clearness) ศิลปะที่ดีจะต้องสามารถบรรลุเป้าหมายในการนำไปสู่ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของผู้ชมได้

ลีโอนาร์โด ดา วินชี (Leonardo da Vinci) ศิลปินผู้ที่น่าเสนอแนวคิดในเรื่องการเข้าถึงความจริงที่แฝงอยู่ในธรรมชาติ โดยใช้ประสาทสัมผัสในการรับรู้ และใช้จิตใจในการกลั่นกรอง โดยยกย่องธรรมชาติเป็นครู กฎเกณฑ์ที่แฝงอยู่ในธรรมชาติถือว่าเป็นคู่มือของการสร้างสรรค์

⁴ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : นานมีบุ๊คส์พับลิเคชั่น, 2556), น. 1144.

⁵ โอชนา พูลทองดีวัฒนา, บทความปริทรรศน์ : สุนทรียศาสตร์ตะวันตก : พัฒนาการของการแสวงหาคำตอบเกี่ยวกับศิลปะและความงาม, สืบค้นเมื่อวันที่ 14 พฤษภาคม 2561, จาก <https://tcithaijo.org/index.php/Veridian-E-Journal/article/.../29118>.

⁶ เพิ่งอ้าง.

ซึ่งศิลปินต้องรับรู้และทำความเข้าใจธรรมชาติทั้งในสิ่งที่ดงามและไม่ดงาม เพื่อสั่งสมเป็นประสบการณ์ แล้วกลั่นกรองเลือกสรรนำมาใช้ในการสร้างสรรค์ผลงานศิลปะ โดยสามารถสร้างสรรค์ได้มากกว่าการเลียนแบบธรรมชาติ⁷

ธีโอดอร์ ออดอร์โน (Theodor W. Adorno) กล่าวว่า ศิลปะ คือ สื่อที่แสดงออกและเปิดเผยสิ่งที่แฝงความไม่จริง และในขณะเดียวกันก็ควรแฝงความจริงให้ปรากฏเห็นทั่วไป ศิลปะควรเป็นดังกระจกสะท้อนความไร้เหตุผลของโลกให้เด่นชัด โดยใช้รูปแบบของความไร้เหตุผลเป็นขบวนการแสดงออกชี้ให้เห็นความผิดพลาดในโลกนี้ เพื่อนำไปสู่โลกที่สมบูรณ์กว่าระบบอุตสาหกรรมและการพาณิชย์ที่มีอิทธิพลเหนือศิลปะ ทำให้ศิลปะมีคุณค่าเพียงเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของตลาด และยังกลั่นให้ผู้คนกลายเป็นสังคมดาซึน ขาดการกระตุ้นทางปัญญา ศิลปะจึงควรสร้างขึ้นมาจากปัญญาเพื่อกระตุ้นให้ผู้ชมเกิดปัญญา⁸

เนลสัน กูดแมน (Nelson Goodman) นักปรัชญาชาวอเมริกัน กล่าวว่า ศิลปะ คือ สัญลักษณ์ (symbol) ที่มีความหมายแทนสิ่งหนึ่ง หรือเป็นสื่อสำหรับบ่งบอกสิ่งใดสิ่งหนึ่ง โดยการบ่งบอกนั้นไม่จำเป็นต้องใช้รูปลักษณ์ที่เหมือนเป็นสื่อ ความเหมือนไม่ใช่คุณสมบัติที่จะทำให้สิ่งหนึ่งเป็นตัวแทน (representation) ของอีกสิ่งหนึ่งได้ ภาพเหมือนจริงย่อมไม่อาจเป็นตัวแทนในสิ่งที่วาดได้สมบูรณ์ เพราะภาพวาดเป็นการแสดงมุมมองเพียงมุมมองเดียว ดังนั้น จึงไม่มีศิลปะใดที่สามารถแสดงความจริงได้อย่างแท้จริง สิ่งที่เราคิดว่าเหมือนจริงนั้นเป็นเพราะเราตัดสินจากความเคยชินจากการมองเห็น ซึ่งอาจกลายเป็นอย่างอื่นในช่วงเวลาหรือวัฒนธรรมอื่นได้ ศิลปะจึงไม่ใช่การเลียนแบบสิ่งหนึ่ง แต่เป็นการแสดงสิ่งนั้นให้มีลักษณะแบบหนึ่ง จากการมองโลกด้วยสายตาหนึ่ง แล้วสร้างผลงานตามทัศนะนั้นขึ้นมาใหม่ ในการทำความเข้าใจผลงานศิลปะจึงต้องใช้วิธีการตีความสัญลักษณ์ โดยอาศัยประสบการณ์ ความรู้ และความคิดของผู้ชมเป็นสำคัญ⁹

จากการให้ความหมายและทฤษฎีเกี่ยวกับศิลปะข้างต้น จะเห็นได้ว่าศิลปินได้พยายามถ่ายทอดอารมณ์และความรู้สึกของตนผ่านการสร้างสรรค์ผลงานทางศิลปะ เพื่อต้องการสื่อสารการแสดงออกซึ่งอารมณ์และความรู้สึกไปสู่ผู้ชม และใช้ผลงานศิลปะเป็นตัวกระตุ้นให้ผู้ชมเกิดการแสดงออกซึ่งอารมณ์และความรู้สึกเช่นเดียวกับศิลปิน ศิลปะที่ดีควรสร้างสรรค์มาจากปัญญาเพื่อกระตุ้นให้ผู้ชมเกิดปัญญาจากการได้ชมผลงานศิลปะนั้น แต่ทั้งนี้ มีผลงานศิลปะบางลักษณะที่อาจถูกจัดอยู่ในประเภทภาพอนาจาร นั่นก็คือ ศิลปะภาพเปลือย ขึ้นอยู่กับการตีความในผลงาน

⁷ เฟิงฮ้าง.

⁸ เฟิงฮ้าง.

⁹ เฟิงฮ้าง.

อันเป็นเรื่องความละเอียดอ่อน ต้องอาศัยหลักทฤษฎีหรือกรอบความคิด และเงื่อนไขทางสังคมเป็นตัวชี้วัดถึงความเป็นงานศิลปะหรือการแสดงอนาจาร

ศิลปะภาพเปลือย เป็นงานศิลปะที่มนุษย์สร้างสรรค์ขึ้นโดยใช้โครงสร้างหรือร่างกายของมนุษย์เป็นสื่อกลางในการแสดงออก ผสมผสานกับความคิดของศิลปินที่ได้ถ่ายทอดลงไป ในผลงาน ไม่ว่าจะด้วยการวาด การปั้น หรือการถ่ายภาพ เช่น รูปแกะสลักวินัสแห่งวิลเลนดอร์ฟ (Venus of Willendorf) เป็นจุดประติมากรรมภาพเปลือยของผู้หญิง ที่เน้นถึงร่างกายที่อวบอ้วน รูปร่างที่ใหญ่โตและแข็งแรง หน้าอกและหัวนมที่ใหญ่ อันบ่งบอกถึงความอุดมสมบูรณ์ในการให้น้ำนม เพื่อเลี้ยงดูบุตรได้ดี สะโพกที่ผายและกระดูกเชิงกรานที่ใหญ่และแข็งแรง อันบ่งบอกถึงความพร้อมในการตั้งครรภ์และอุ้มบุตร และมีอวัยวะเพศที่ใหญ่และมองเห็นได้อย่างเด่นชัด อันบ่งบอกถึงการคลอดบุตรได้ง่าย หรือรูปปั้นเดวิด (David) ผลงานของไมเคิล แองเจโล (Michel Angelo) เป็นผลงานประติมากรรมแกะสลักหินอ่อนรูปร่างผู้ชายเปลือยกายไม่สวมเสื้อผ้าตามแบบฉบับ (Style) ของศิลปะกรีกและโรมันโบราณ โดยเน้นกายวิภาคที่สมจริงตามสัดส่วนของมนุษย์ กล้ามเนื้อที่เป็นก้อนมัดแสดงถึงพลังที่แฝงอยู่ในตัว การเน้นรายละเอียดส่วนต่างๆ ของร่างกายให้ดูเป็นเนื้อเป็นหนัง มีเส้นเลือดและโครงสร้างของกระดูกที่ถูกต้องสมจริงดูราวกับมีชีวิต หากพิจารณาเพื่อค้นหาคุณค่าทางศิลปะจะพบว่าได้มีการสร้างให้เสมือนหนึ่งราวกับเป็นมนุษย์ที่มีชีวิต มีพลังกำลัง และมีความกล้าหาญเตรียมพร้อมที่จะต่อสู้กับศัตรูที่อยู่เบื้องหน้า ภาพใบหน้าแสดงออกถึงอารมณ์อันดี เครียดต่อสถานการณ์ในขณะนั้น ดวงตาที่จ้องเขม็ง คิ้วที่ขมวดย่น เป็นอารมณ์บนใบหน้าที่ได้มีการถ่ายทอดออกมาได้อย่างสมจริง สิ่งเหล่านี้ศิลปินได้ผสมผสานความคิดของตนแล้วถ่ายทอดลงไป ในผลงานนั้น ให้ดูมีชีวิตวิญญาณและมีชีวิตชีวา ถือว่าเป็นคุณค่าในเชิงความงดงามทางศิลปะ และเป็นคุณค่าที่ศิลปินผู้สร้างสรรค์งานศิลปะแบบภาพเปลือยควรให้ความสำคัญ อย่างไรก็ตาม ภาพถ่ายบางลักษณะ อาจกล่าวได้ว่าเป็นภาพอนาจารที่ไม่ใช่ผลงานทางศิลปะ เช่น การนำผู้หญิงมาเป็นแบบโดยเปลือยกายให้เห็นถึงอวัยวะส่วนต่างๆ แล้วถ่ายลงในปกนิตยสารหรือปฏิทิน แสดงให้เห็นถึงท่าทางที่ส่อไปในทางยั่วยู่ทางกามารมณ์ เป็นการสร้างสรรค์ผลงานเพียงเพื่อหวังผลทางธุรกิจของบุคคลบางกลุ่ม โดยขาดจิตสำนึกความรับผิดชอบในวัฒนธรรมของสังคมไทยที่ชาวพุทธยึดถือกันมา และขัดต่อศีลธรรมอันดีของสังคมไทย หลายคนอาจมองว่าภาพโป๊เปลือยของผู้หญิงคือภาพศิลปะชนิดหนึ่งซึ่งเป็นการมองแค่เพียงผิวเผิน อันอาจนำมาซึ่งความเสียหายและส่งผลต่อการรับรู้คุณค่าในเชิงความงดงามทางศิลปะที่ผิดเพี้ยนไป ทั้งนี้ ศิลปะภาพเปลือยที่ถือว่าเป็นการแสดงศิลปะอย่างแท้จริงจะต้องไม่กระทบต่อวัฒนธรรมและศีลธรรมอันดีงาม และเป็นที่ยอมรับของบุคคลในสังคมยุคสมัยนั้น ศิลปะภาพเปลือยเหล่านี้จึงจะถือว่ามีคุณค่าในตัวเอง แต่การจะสร้างสรรค์ศิลปะภาพเปลือยให้เกิดมีคุณค่าในตัวเองได้นั้น ศิลปินจะต้องทำความเข้าใจในองค์ประกอบอื่นด้วย เช่น การจัดวางท่าทางในเรือนร่างของบุคคลให้ดูมีความสง่างาม มีใจจัดวางท่าทางให้เกิดอารมณ์ยั่วยู่ทางกามารมณ์ รวมถึงการแสดงออกทางสีหน้าที่

เป็นไปในทางปลุกสัญชาตญาณฝ่ายดี ไม่ก้าวร้าว ไม่ส่อไปในทางยั่วปลุกอารมณ์ให้เกิดกำหนัด และไม่ก้าวล้ำไปเป็นอย่างอื่น นอกจากนี้ ศิลปินควรมีจุดมุ่งหมายหรือเจตนาที่จะนำเสนอถึงความงดงาม เพื่อยกระดับจิตใจของผู้ชมให้สูงขึ้น และควรแฝงนัยยะที่เป็นสาระสำคัญให้ผู้ชมได้ค้นหาความงดงามตามประสบการณ์พื้นฐานของแต่ละบุคคล เช่น ผลงานของมานเน็ต (Manet) ชื่อว่า โอลิมเปีย (Olympia) เป็นภาพวาดสีน้ำมันของหญิงโสเภณีที่นอนเปลือยกายอยู่บนเตียงนอน เรือนร่างของเธอมีสิ่งประดับเพียงไม่กี่ชิ้น ได้แก่ หูที่ประดับด้วยต่างหูมุกและทัดด้วยดอกไม้ คอที่ผูกด้วยโบว์สีดำ ข้อมือที่สวมใส่กำไลทอง และเท้าที่สวมรองเท้า ใบบนหน้าและสายตาของเธอที่ดูแล้วมีความเชื่อเชียว เบื้องหลังของเธอปรากฏภาพผู้หญิงผิวดำถือช่อดอกไม้ซึ่งเป็นของกำนัลที่แขกซื้อให้กับเธอ และภาพแมวดำที่ปลายเตียงนอนแสดงถึงสัญลักษณ์ความเป็นโสเภณี ในยุคสมัยนั้นผลงานดังกล่าวถูกวิพากษ์วิจารณ์ในด้านลบว่าเป็นผู้หญิงที่ก่อกวนโลกีย์และหยาบโลน แต่ในเวลาต่อมาผลงานดังกล่าวได้รับการยอมรับและถูกนำไปจัดวางไว้ในพิพิธภัณฑสถาน โมเซ เดอ ออเซ (Musée d'Orsay) ของประเทศฝรั่งเศส เมื่อพิจารณาถึงความสำคัญศิลปะหรืออนาจารจะเห็นได้ว่าผลงานดังกล่าวได้ก้าวล้ำเกินความอนาจารไปแล้ว คงมีแต่คำถามที่ให้ผู้ชมได้ครุ่นคิดค้นหาความหมายที่คลุมเครืออยู่ภายในภาพมากกว่าการเพ่งเล็งไปในเรื่องความอนาจาร แต่ทั้งนี้ ก็ขึ้นอยู่กับการตีความของผู้ชมผลงานด้วย¹⁰

นอกจากการให้ความสำคัญเกี่ยวกับแนวคิดหรือเจตนาของศิลปินที่ควรแสดงจุดมุ่งหมายในเชิงความงามทางศิลปะที่ไม่ขัดแย้งต่อศีลธรรมอันดี และการจัดวางท่าทางในเรือนร่างมนุษย์แล้ว ผลงานศิลปะเหล่านี้จำเป็นต้องมีการจัดวางในพื้นที่หรือสถานที่ที่เหมาะสมกับกาลเทศะ เช่น หอศิลป์ ซึ่งศิลปะภาพเปลือยบางผลงานอาจส่อไปในทางอนาจารหากนำไปติดตั้งหรือจัดวางในสถานที่ที่ไม่เหมาะสม เนื่องจากผู้ชมผลงานมีประสบการณ์ในการรับรู้คุณค่าทางศิลปะที่แตกต่างกัน เช่น ภาพเชิงสังวาส หอศิลป์จึงเป็นส่วนหนึ่งที่จะช่วยเป็นกรอบในการลดความรู้สึกของความอนาจารของผู้ชมผลงานลงได้¹¹

2.1.2 ความหมายของการแสดงอนาจาร

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาในขอบเขตการแสดงอนาจารในลักษณะของ “การกระทำ” ของผู้แสดงอนาจารโดยตรง ซึ่งพฤติกรรมการแสดงอนาจารแม้จะเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมไทยมาเป็นเวลานาน แต่บุคคลในสังคมก็ยังไม่มีความเข้าใจหรือทราบถึงความหมายที่ชัดเจนว่ามีพฤติกรรมใดบ้างที่เข้าลักษณะเป็นการแสดงอนาจาร

¹⁰ artandobscenity, “ศิลปะหรืออนาจารขึ้นอยู่กับตัวบุคคล”, สืบค้นเมื่อวันที่ 7 พฤษภาคม 2561, จาก <https://artandobscenity.wordpress.com>.

¹¹ เฝิงอ้อ.

สำหรับประเทศไทยไม่ได้มีการให้ความหมายของคำว่า “การแสดงอนาจาร” ไว้ในกฎหมาย ตำราทางกฎหมาย หรือคำพิพากษาศาลฎีกาโดยตรง แต่ในทางปฏิบัติตำราทางกฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกาได้มีการอธิบายคำว่า “อนาจาร” ไว้ในทำนองเดียวกัน กล่าวคือ อนาจาร หมายถึง การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศต่อร่างกายของผู้อื่น¹² ไม่ได้หมายความเฉพาะการประเวณี หรือความใคร่เท่านั้น แต่รวมถึงกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศด้วย¹³ และเป็นการแสดงถึงความใคร่ในทางเพศที่ต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคลโดยตรง¹⁴ โดยศาลจะพิจารณาจากพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นกรณีไป โดยพิจารณาจากการกระทำที่ปรากฏออกมาภายนอก คือ บุคคลทั่วไปเห็นว่าเป็นการกระทำอนาจารหรือไม่ แม้ว่าผู้กระทำหรือผู้ถูกกระทำจะเห็นว่าเป็นอนาจาร แต่หากบุคคลทั่วไปเห็นว่าเป็นการกระทำอนาจารก็ไม่ถือว่าเป็นความผิด เช่นเดียวกันแม้ผู้กระทำหรือผู้ถูกกระทำเห็นว่าเป็นการอนาจาร แต่บุคคลทั่วไปเห็นว่าเป็นการอนาจารก็ถือว่าเป็นความผิด¹⁵ ตำราทางกฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวเป็นการให้ความหมายของคำว่า “อนาจาร” ตามนัยยะของบทบัญญัติมาตรา 278 และมาตรา 279 แห่งประมวลกฎหมายอาญา อันเป็นความผิดเกี่ยวกับการกระทำอนาจาร หลักการของการกระทำอนาจารนั้นจะต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคลโดยตรง แต่ขอบเขตของการแสดงอนาจารที่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งจะทำการศึกษานั้นเป็นการกระทำที่ผู้แสดงอนาจารได้กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของตนเองหรือเนื้อตัวร่างกายของผู้ร่วมแสดงอนาจาร จึงไม่อาจจะนำแนวทางการวินิจฉัยและการให้ความหมายดังกล่าวมาใช้กับการแสดงอนาจารได้โดยตรง

อีกทั้งพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานไม่ได้ให้ความหมายของคำว่า “การแสดงอนาจาร” ไว้เช่นกัน จะมีก็เพียงแต่การให้ความหมายของคำว่า “แสดง” หมายถึง ชี้แจง อธิบาย บอกข้อความให้รู้ ทำให้ปรากฏออกมา¹⁶ และคำว่า “อนาจาร” หมายถึง ความประพฤติชั่ว ความประพฤติน่าอับอาย หรือลามก น่าบัดสี ทำให้เป็นที่อับอาย เป็นที่น่ารังเกียจแก่ผู้อื่นในด้านความดีงาม หรือเป็นฐานความผิดอาญาที่ผู้กระทำกระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล โดยเปลือยหรือเปิดเผย

¹² หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 11, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น. 188.

¹³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2547.

¹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1627/2539.

¹⁵ บดี วงศ์เจนสันต์, “การกระทำอนาจารโดยการประทุษร้ายต่อจิตใจ : ศึกษากรณีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1298322558”, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น. 51 - 52.

¹⁶ ราชบัณฑิตยสถาน, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 4, น. 1270.

ร่างกาย หรือกระทำการลามกอย่างอื่น¹⁷ จะเห็นได้ว่าการให้ความหมายของคำว่า “อนาจาร” นั้น ได้ครอบคลุมไปถึงคำว่า “ลามก” ซึ่งได้มีการให้ความหมายว่าหมายถึง หยาบเข้าตำทราวม หยาบโลน อันเป็นที่น่ารังเกียจของคนดีมีศีลธรรม เช่น หนังสือลามก พุดลามก ทำลามก¹⁸ จากความหมายดังกล่าวจะเห็นได้ว่า คำว่า “ลามก” นั้น เป็นส่วนหนึ่งของคำว่า “อนาจาร” แสดงให้เห็นว่าการแสดงอนาจารนั้นมีความหมายกว้างกว่าการกระทำอันลามก ซึ่งการกระทำใดที่เป็น การแสดงอนาจารอาจจะไม่ใช่เป็นการกระทำอันลามกเสมอไป แต่ทุกๆ การกระทำที่เป็นกระทำ อันลามกย่อมถือว่าเป็นการการแสดงอนาจารเสมอ

นอกจากนี้ คำพิพากษาศาลฎีกายังได้มีการวินิจฉัยวางหลักเกี่ยวกับคำว่า “สิ่งลามก” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 ไว้ว่า ภาพการแสดงออกถึงความสัมพันธ์ทางเพศ¹⁹ ภาพและเสียงการร่วมเพศระหว่างชายหญิง²⁰ ภาพชายหญิงเปลือยกายอวดอวัยวะเพศ แสดงการร่วม ประเวณี ตลอดจนบรรยายข้อความเรื่องราวการร่วมเพศระหว่างชายหญิง²¹ ภาพการเปิดเผย เต้านมอย่างโจ่งแจ้งของหญิง แต่อวัยวะเพศมีผ้าอาภรณ์ปกปิดไว้ แต่ปกปิดอย่างหมิ่นเหม่ และอยู่ใน อิริยาบถต่างๆ ที่ไม่เรียบร้อย น่าเกลียด น่าบัดสี ไม่ว่าจะเป็นอิริยาบถนอนหงายถ่างขาออกในทำนอง เจตนาเพื่ออวดอวัยวะเพศอย่างเด่นชัด อิริยาบถนั่งถ่างขาออกแม้จะมีผ้าปกปิดอวัยวะเพศแต่ก็เป็น ผ้าบางๆ แสดงถึงความต้องการที่จะอวดอวัยวะเพศ อันมีลักษณะน้อมนำไปสู่การยั่วยุทางกามารมณ์²² คำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวแม้จะเป็นการวินิจฉัยวางหลักคำว่า “สิ่งลามก” ก็ตาม แต่ผู้เขียนเห็นว่า ลักษณะการกระทำที่เกิดขึ้นนั้นเป็นการน้อมนำไปสู่การยั่วยุหรือกระตุ้นอารมณ์ทางเพศหรือก่อให้เกิด กำหนด อันถือว่าเป็นการแสดงอนาจารตามนัยยะของวิธานิพนธ์ฉบับนี้ ดังนั้น แม้ว่าคำพิพากษา ศาลฎีกาจะมีได้ตัดสินวางหลักเกี่ยวกับคำว่า “การแสดงอนาจาร” ไว้โดยตรง แต่ขอบเขตของ การแสดงอนาจารที่วิธานิพนธ์ฉบับนี้กล่าวถึงนั้นมีลักษณะเป็น “การกระทำ” ของผู้แสดงอนาจาร โดยตรง ซึ่งเมื่อได้มีการบันทึกหรือถ่ายภาพการแสดงอนาจารดังกล่าว ทำให้สิ่งที่เกิดขึ้นนั้นมีลักษณะ เป็น “เนื้อหา” ของการกระทำ อันถือว่าเป็นสิ่งลามกตามมาตรา 287 ผู้เขียนเห็นว่าสามารถนำแนว การวินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวมาเป็นแนวทางในการกำหนดขอบเขตของการแสดง อนาจารทั้งในลักษณะของ “การกระทำ” และ “เนื้อหา” ของการแสดงอนาจารได้

¹⁷ ราชบัณฑิตยสถาน, *อ่างแล้ว เจริงอรรถที่ 4*, น. 1368.

¹⁸ ราชบัณฑิตยสถาน, *อ่างแล้ว เจริงอรรถที่ 4*, น. 1054.

¹⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2128/2533.

²⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1552/2546.

²¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2540/2551.

²² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6301/2533.

จากการศึกษาถึงความหมายและแนวทางการวินิจฉัยดังกล่าวข้างต้น การจะหาคำนิยามของคำว่า “การแสดงอนาจาร” ให้มีลักษณะที่แน่นอนตายตัวนั้นเป็นสิ่งที่กระทำได้ยาก เนื่องจากสังคมนั้นมีความพลวัตอยู่ตลอดเวลา จึงจำเป็นต้องมีการกำหนดให้มีความยืดหยุ่นเพื่อให้สามารถนำมาบังคับใช้ได้กับทุกยุคสมัย อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า “การแสดงอนาจาร” นั้นเป็นพฤติกรรมที่อยู่ระหว่าง “การกระทำอนาจาร” กับ “การกระทำอันลามก” ซึ่งเป็นพฤติกรรมที่ไม่ถึงขนาดการแตะเนื้อต้องตัว อย่างขอบเขตของการกระทำอนาจาร แต่เป็นพฤติกรรมที่มีลักษณะอันส่อไปในทางยั่วยุหรือกระตุ้นให้เกิดอารมณ์ทางเพศหรือก่อให้เกิดกำหนด ซึ่งมีขอบเขตครอบคลุมการกระทำอันลามก จึงขอหาคำนิยามของการแสดงอนาจารเพื่อเป็นแนวทางศึกษาในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของผู้แสดงอนาจาร ว่าหมายถึง “พฤติกรรมการแสดงออกทางเพศของบุคคลที่ทำให้ปรากฏออกมาหรืออวดให้บุคคลอื่นได้เห็น โดยการเปลือยกาย การเปิดเผยร่างกายในส่วนที่ควรจะต้องปกปิด การแสดงกิจกรรมร่วมเพศ รวมถึงการแสดงท่าทางอื่นๆ อันมีลักษณะของการกระทำเป็นไปในทางยั่วยุหรือกระตุ้นให้เกิดความรู้สึกทางเพศ หรือก่อให้เกิดกำหนดแก่บุคคลอื่น” แต่ทั้งนี้ การกำหนดเฉพาะคำนิยามดังกล่าวยังไม่เพียงพอที่จะกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา เนื่องจากบุคคลทุกคนมีเสรีภาพในการแสดงออกทางเพศ หากเพียงแต่ผู้กระทำแสดงพฤติกรรมตามที่กำหนดในคำนิยามแล้วจะต้องถูกลงโทษ ก็จะเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกทางเพศส่วนบุคคลจนเกินสมควร ดังนั้น เพื่อไม่ให้บุคคลแสดงออกซึ่งเสรีภาพทางเพศจนเกินขอบเขต หรือไม่ให้กฎหมายไปกระทบเสรีภาพในการแสดงออกทางเพศจนเกินไป จึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงสถานการณ์และสถานที่ที่ใช้แสดงพฤติกรรมดังกล่าวประกอบด้วย

อย่างไรก็ตาม เมื่อได้มีพฤติกรรมอันมีลักษณะเป็นการแสดงอนาจารเกิดขึ้น การกระทำดังกล่าวย่อมได้รับความสนใจของผู้คนในสังคม และด้วยความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีก็ย่อมมีการถ่ายภาพหรือบันทึกการกระทำดังกล่าวลงในสื่อต่างๆ ที่มีลักษณะเป็นวัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้รู้หรือเห็นถึงการแสดงอนาจาร สิ่งเหล่านี้ถือว่าเป็น “สิ่งลามกอนาจาร” อันมีลักษณะเป็น “เนื้อหา” ของการแสดงอนาจาร

ทั้งนี้ คำว่าสิ่งลามกอนาจารมักจะมีการนำคำมาใช้อยู่ 2 คำ คือ คำว่า Pornography และคำว่า Obscenity กล่าวคือ

Pornography มีรากศัพท์มาจากภาษากรีก ว่า Porni (prostitutus - โสเภณี) และ Graphein (to write - เขียน) หมายความว่า การเขียนเกี่ยวกับเรื่องราวของโสเภณี แต่เดิมคำดังกล่าวได้ถูกนิยามขึ้นเพื่อให้หมายถึงผลงานศิลปะหรือวรรณกรรมที่ได้วาดหรือบรรยายถึงชีวิตของบรรดาโสเภณี²³ แต่ปัจจุบันได้ถูกนิยามให้หมายความถึงการบรรยายเกี่ยวกับพฤติกรรมทางเพศ

²³ artandobscenity, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 10.

และนำไปสู่ความตื่นเต้นทางเพศ²⁴ เพื่อระบายอารมณ์ทางเพศหรือเพื่อเป็นการให้ความรู้เรื่องเพศ โดยมีรูปแบบทั้งถ้อยคำ เสียง ภาพนิ่ง และภาพเคลื่อนไหวที่ถูกนำเสนอผ่านสื่อชนิดต่างๆ ไม่ว่าจะเป็น อินเทอร์เน็ต คลิปวิดีโอ วิดีโอ ซีดี ดีวีดี และสื่อสิ่งพิมพ์ โดยสื่อเหล่านี้มักจะถูกมองในแง่ลบ ดังนั้น คำว่า Pornography ในภาษาอังกฤษจึงไม่ได้หมายความถึงแค่สื่อทางเพศทั่วไป แต่บางครั้งยังหมายถึงสื่อโป๊เปลือยหรือสื่อลามกอนาจารอีกด้วย²⁵

Obscenity หรือ Obscene มีรากศัพท์มาจากภาษาละตินว่า obscenus หรือ obscenus หมายความว่า ความรู้สึกอันน่ารังเกียจ หรือสิ่งที่น่ารังเกียจในทางศีลธรรมหรือคุณงามความดี²⁶

ซึ่งทั้ง 2 คำมีความหมายที่ใกล้เคียงกัน แต่มีรากศัพท์และลักษณะของการใช้งานที่แตกต่างกัน กล่าวคือ Pornography ใช้สำหรับการบรรยายเกี่ยวกับวัตถุทั้งหมดที่เป็นเรื่องทางเพศ โดยแท้ และมุ่งหมายต่อการปลุกอารมณ์ทางเพศ ส่วน Obscenity ใช้สำหรับการบรรยายเกี่ยวกับทางด้านความรู้สึก หรือแสดงลักษณะของวัตถุ สิ่งของ หรือการแสดงที่ถือว่าเป็นการลามกอนาจาร และใช้ในส่วนของลักษณะความผิดที่เกี่ยวกับสิ่งลามกอนาจาร ซึ่งเป็นความหมายในทางกฎหมาย (legal meaning)²⁷

นอกจากคำว่า Pornography และ Obscenity แล้ว ยังมีคำว่า Erotica หรือ Erotic มีรากศัพท์มาจากภาษากรีก หมายถึง ความรักที่ซ่องแะกับเรื่องเพศ มักถูกใช้ในงานวรรณกรรมหรืองานศิลปะ ใช้ในเรื่องเพศเป็นแกนหลัก มักใช้คำนี้ในการศึกษาสื่อทางเพศแบบเสรีนิยม²⁸ คำว่า Erotic มาจากคำว่า Eros อันเป็นชื่อเทพเจ้ากรีกที่เกี่ยวกับความต้องการและความปรารถนาในเรื่องความรักที่เกี่ยวข้องกับเรื่องเพศ โดยชาวโรมันเรียกเทพองค์นี้ว่า คิวปิด (Cupid)²⁹ โดยถูกคิดขึ้นมาในคริสต์ศตวรรษที่ 19 จากบรรดาคณขยสิ่งพิมพ์ต่างๆ ที่ต้องการจะปรับ

²⁴ เนติ รัตนากร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 13.

²⁵ วิโรจน์ สุทธิสีมา, “มายาคติของผู้หญิงในภาพถ่ายของนิตยสารแนวอีโรติกไทย”, (วิทยานิพนธ์วารสารศาสตรมหาบัณฑิต คณะวารสารศาสตร์และสื่อสารมวลชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 8.

²⁶ เนติ รัตนากร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 13.

²⁷ John D. Zelezny, Communication law : Liberties, Restraints, and the Modern Media, (California : Wadsworth Publishing Company, 1993), p. 469, อ้างถึงใน เนติ รัตนากร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 13.

²⁸ วิโรจน์ สุทธิสีมา, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 25*, น. 8.

²⁹ วิโรจน์ สุทธิสีมา, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 25*, น. 15.

ให้งานวรรณกรรมที่สื่อไปในทางเพศได้รับการเคารพและมองในแง่บวกมากขึ้น เนื่องจากที่ผ่านมางานวรรณกรรมเหล่านั้นถูกมองว่าเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย อันนำไปสู่ขอบเขตของคำว่า อิโรติก (Erotic) ว่าแม้จะแสดงถึงนัยทางเพศก็จะต้องมีความงดงามทางศิลปะประกอบอยู่ แต่หากไม่มีความงดงามและมีจุดมุ่งหมายเพียงเพื่อกระตุ้นอารมณ์ทางเพศเพียงอย่างเดียวก็จะกลายเป็นสิ่งหยาบช้ำหรือลามกอนาจาร (Obscenity) ทั้งนี้ ภาพอิโรติก (Erotic) จะต้องเป็นการนำเสนอภาพที่ไม่ได้เน้นไปที่สรีระรูปร่างที่เปิดเผยหน้าอกและอวัยวะเพศอย่างชัดเจน ไม่เป็นไปในลักษณะของการแสดงท่าทางในการกระตุ้นอารมณ์และความรู้สึกทางเพศของผู้ชม แต่เน้นไปที่ความงดงามมากกว่าภาพโป๊เปลือยแบบโจ่งแจ้ง ส่วนภาพโป๊เปลือยนั้นเป็นการนำเสนอภาพที่เน้นไปยังสรีระรูปร่าง และเปิดเผยอวัยวะเพศอย่างชัดเจน บางครั้งใช้ภาษาอังกฤษแทนคำนี้ว่า Pornography แต่เมื่อต้องการแยกแยะให้เห็นถึงระดับของความโจ่งแจ้งจะใช้คำว่า Obscenity เพื่อแสดงถึงลักษณะภาพที่ค่อนข้างหยาบคายและแสดงอวัยวะเพศอย่างโจ่งแจ้งมากกว่า³⁰

ทั้งนี้ ในสังคมตะวันตกส่วนใหญ่เป็นสังคมที่มีการแพร่หลายของสื่อลามกอย่างกว้างขวาง ซึ่งได้มีการจัดแบ่งความรุนแรงของเนื้อหาในสื่อลามกออกเป็น 2 ประเภท คือ³¹

1. สื่อลามกแบบ hard-core เป็นเนื้อหาที่เน้นการกระตุ้นความรู้สึกทางเพศโดยการแสดงออกอย่างโจ่งแจ้ง รุนแรง และเร่าร้อน แสดงให้เห็นถึงภาวะของการร่วมเพศ หรือการมีเพศสัมพันธ์ที่ผิดไปจากปกติ เช่น การร่วมเพศระหว่างคนกับสัตว์ (bestiality) หรือการร่วมเพศระหว่างคนกับศพ (necrophilia)

2. สื่อลามกแบบ soft-core เป็นเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับความใคร่และต้องการกระตุ้นให้เกิดความพึงพอใจมากกว่าการแสดงออกทางเพศอย่างโจ่งแจ้งและรุนแรง ภาพและข้อความในนิตยสารเพลย์บอยและเพนท์เฮาส์ มักจะถูกนำมาใช้เพื่อเป็นตัวอย่างของสื่อลามกประเภทนี้

อย่างไรก็ตาม ได้มีผู้คัดค้านการแบ่งประเภทของสื่อลามกในลักษณะเช่นนี้ โดยให้เหตุผลว่าแม้ นิตยสารจะไม่ได้แสดงภาพหรือข้อความทางเพศที่โจ่งแจ้ง รุนแรง หรือผิดปกติ แต่ก็ยังแสดงให้เห็นให้ผู้เปิดรับสื่อสามารถรับรู้ถึงความรุนแรง และการล่อลวงละเมิดต่อเรือนร่างของเพศหญิง ถือว่าเป็นการสนับสนุนและส่งเสริมอาชญากรรมทางเพศ ประเภทการข่มขืนและการทารุณกรรมทางเพศต่อเด็ก จึงทำให้มองว่าการใช้คำว่า soft-core เป็นไปในแนวทางที่ผิด เนื่องจากทำให้ถูกมองว่า

³⁰ วิโรจน์ สุทธิสีมา, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 25*, น. 8.

³¹ เทวัญ มังคละชาติกุล, “ผลต่อบุคคลที่สามของสื่อลามกอนาจารบนอินเทอร์เน็ต และการสนับสนุนการเซ็นเซอร์”, (วิทยานิพนธ์นิเทศศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิเทศศาสตร์สารสนเทศ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2549), น. 14.

เป็นเรื่องไม่ร้ายแรงและยอมรับได้ในสังคม ในขณะที่คำว่า hard-core ถูกมองว่าเป็นความลามกอย่างแท้จริง ผิดศีลธรรม สกปรก และหยาบช้ำ³²

แม้ว่าประเทศไทยจะไม่ได้กำหนดความหมายของคำว่า “การแสดงอนาจาร” เอาไว้ในกฎหมาย แต่ก็ได้มีการกำหนดความหมายของคำว่า “สื่อลามกอนาจาร” เอาไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (17) ซึ่งได้กำหนดว่า “สื่อลามกอนาจารเด็ก” หมายความว่า วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้รู้หรือเห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปี โดยรูปเรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบถ่ายภาพ หรือรูปแบบอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน และให้หมายความรวมถึง วัตถุหรือสิ่งต่างๆ ข้างต้นที่จัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้ และได้มีการกำหนดรูปแบบของ “สื่อลามกอนาจาร” เอาไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 ได้แก่ เอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบถ่ายภาพ หรือสิ่งอื่นใดอันลามก แต่สำหรับเนื้อหาหรือลักษณะของรูปแบบเหล่านี้จะเป็นเรื่องลามกอนาจารหรือไม่ กฎหมายไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ จึงเป็นปัญหาว่าจะนำมาตราฐานของบุคคลใดมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา และวินิจฉัย โดยได้มีแนวความเห็นที่แตกต่างกันไปตามแนวคำพิพากษาและแนววิชาการที่ได้มีการพยายามให้ความหมายของคำว่าสื่อลามกอนาจาร กล่าวคือ

แนวความเห็นตามคำพิพากษาศาล ศาลฎีกาได้วางหลักสำหรับการตีความความหมายของคำว่าสื่อลามกอนาจารไว้ว่า ต้องพิจารณาตามความรู้สึกของวิญญูชนผู้มีใช้เป็นบุคคลที่เคร่งครัดจารีตประเพณีโดยมิยอมเปลี่ยนแปลงไปตามสมัยโลก และเห็นว่าภาพนั้นมีลักษณะน่าเกลียด น่าอูจาดบัดสี ที่นำพาไปสู่ความต่ำ ความชั่ว หรือความใคร่ในทางกามารมณ์³³

แนวความเห็นในเชิงวิชาการ ได้การวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นสิ่งลามกอนาจาร ดังนี้

(1) สิ่งใดเป็นสิ่งลามกอนาจาร ต้องพิจารณาจากวิญญูชนที่มีความทันสมัยต่อเหตุการณ์ และมีมาตรฐานศีลธรรมระดับกลางของสังคมในปัจจุบันเห็นว่าสิ่งนั้นเป็นสิ่งอูจาด บัดสี ต่ำทราม และมุ่งหมายทางกามารมณ์เพียงอย่างเดียว และผลงานดังกล่าวจะต้องไม่มีลักษณะเป็น

³² เฟิงอั้ง, น. 15.

³³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 978/2492.

ศิลปะหรือวิชาการทางการแพทย์³⁴ เนื่องจากแม้ว่าจะมีการนำภาพเปลือยของมนุษย์หรืออวัยวะเพศของมนุษย์มาแสดงในตำราดังกล่าว แต่เพื่อให้ผู้อ่านทราบส่วนประกอบของร่างกายมนุษย์ มิได้มุ่งหมายให้เกิดความใคร่ทางกามารมณ์³⁵ โดยสิ่งลามกอนาจารส่วนใหญ่จะเป็นการแสดงออกมาในลักษณะภาพเปลือย ภาพอวัยวะเพศของมนุษย์ ภาพกิจกรรมการร่วมเพศของมนุษย์ การบรรยายให้เกิดจินตนาการเกี่ยวกับกิจกรรมการร่วมเพศ เพื่อให้ผู้ชมหรือผู้พบเห็นเกิดความใคร่ทางกามารมณ์³⁶

(2) สิ่งใดเป็นสิ่งลามกอนาจาร นอกจากจะให้ใช้วิญญูชนวินิจฉัยแล้ว จะต้องดูลักษณะของหนังสือประกอบด้วย ถ้าเป็นภาพที่ปรากฏในตำราทางการแพทย์ซึ่งแสดงถึงสัดส่วนของร่างกาย ผู้พบเห็นย่อมไม่นึกอกุศล อุดสู แต่ถ้านำภาพนั้นมาพิมพ์ในหนังสือปลุกเร้าอารมณ์ ย่อมถือได้ว่าเป็นภาพลามกอนาจาร³⁷

(3) สิ่งใดเป็นสิ่งลามกอนาจาร ไม่ใช่การพิจารณาว่าสิ่งนั้นฝ่าฝืนความรู้สึกทางศีลธรรมโดยทั่วไปของวิญญูชน แต่ต้องพิจารณาว่าผู้ที่พอจะมีความรู้ความเข้าใจทางศิลปะ มีความรู้สึกเช่นนั้นหรือไม่³⁸

สำหรับขอบเขตว่าการกระทำใดเป็นสิ่งลามกอนาจารนั้น พอตเตอร์ สจิวต์ (Potter Stewart) ผู้พิพากษาศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกา กล่าวว่า เขาไม่อาจให้ความหมายของคำว่าลามกอนาจารได้ แต่เขาจะรู้ได้ก็ต่อเมื่อเขาได้เห็น (I know it when I see it)³⁹

2.1.3 ขอบเขตระหว่างงานศิลปะกับการแสดงอนาจาร

จากความหมายของงานศิลปะและการแสดงอนาจารที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น การที่จะตัดสินเพื่อหาข้อยุติหรือบทสรุปของความเป็นศิลปะหรืออนาจาร ย่อมต้องอยู่บนพื้นฐานที่หลายฝ่ายยอมรับได้ ไม่ว่าจะเป็นนักวิชาการ หรือผู้ชมผลงาน ซึ่งจะต้องสอดคล้องกับค่านิยมของ

³⁴ ณรงค์ ใจหาญ, “ความหมายของ “สิ่งลามก” ในกฎหมาย”, วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 2 ปีที่ 16, น. 129 (2529).

³⁵ เพิ่งอ้าง, น. 126.

³⁶ เพิ่งอ้าง, น. 126.

³⁷ สอาด นาวิเจริญ, บันทึกท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 978/2492, น. 677 - 678. อ้างถึงใน ณรงค์ ใจหาญ, เพิ่งอ้าง, น. 128.

³⁸ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527), น. 213.

³⁹ Susan M. Easton, The problem of pornography : regulation and the right to free speech, (London : Routledge, 1994), p. xi. อ้างถึงใน เนติ รัตน์กร, อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 1, น. 13.

ผู้คนในสังคมไทยที่มีการยึดถือกรอบวัฒนธรรมและขนบธรรมเนียมประเพณีอันดั้งเดิมมาเป็นเวลายาวนาน อันมีความแตกต่างจากวัฒนธรรมตะวันตก การอ้างอิงมุมมองตามแบบไทยถือว่าเป็นเครื่องวัดคุณภาพของผลงานที่เหมาะสม ดังนั้น ศิลปินผู้สร้างสรรค์ผลงานศิลปะภาพเปลือยควรทำความเข้าใจในบริบทของสังคมไทยไปพร้อมกันด้วย เพื่อให้ผลงานนั้นเป็นงานศิลปะที่มีคุณค่าอันมีเนื้อหาหรือเรื่องราวที่มีนัยสำคัญในการแสดงออกถึงความงดงามที่น่าชื่นชมอย่างแท้จริง มิได้แอบแฝงหรือเจือปนไปด้วยความอนาจาร ผลงานศิลปะภาพเปลือยในบริบทของความเป็นศิลปะจะต้องนำเสนอทั้งคุณค่าทางความงามและคุณค่าทางความคิดอันมีนัยยะที่แฝงไปด้วยความหมายภายในภาพที่จะช่วยยกระดับจิตใจของผู้ชมผลงานให้สูงขึ้นและได้รับความเพลิดเพลินทางจิตใจจากผลงานศิลปะไปพร้อมกัน เช่น ผลงานของเทพศักดิ์ ทองนพคุณ ที่ถ่ายทอดความคิดคำนึงของผู้หญิงในชุดภาพจิตรกรรมผู้หญิงเปลือย เนื้อหาในผลงานมีแนวคิดสะท้อนถึงความดีงาม เมื่อพิจารณาตลอดจนทั่วทั้งภาพถือว่าเป็นการสร้างสรรค์ความสัมพันธ์ของส่วนประกอบต่างๆ ทั้งในธรรมชาติ ชีวิต วัตถุ และการอยู่ร่วมกันของสิ่งแวดล้อม เมื่อมองลึกลงไปในเนื้อหาของส่วนที่เป็นนามธรรม ได้แก่ ความรัก ความดี ที่ได้ถ่ายทอดออกมาผสมผสานกับภาพเปลือยของมนุษย์ได้อย่างงดงามและลงตัวจนไม่หลงเหลือความอนาจาร ทั้งนี้ ศิลปะภาพเปลือยในบริบทของสังคมไทย ศิลปินผู้สร้างสรรค์ผลงานถือว่ามีบทบาทสำคัญและมีส่วนรับผิดชอบต่อการนำเสนอผลงานศิลปะที่มีคุณค่าเพื่อยกระดับจิตใจของผู้ชมให้เกิดปัญญาในการค้นหาความงามภายใต้ศิลปะภาพเปลือย ที่ไม่ใช่เพียงแค่การนำเอาเรือนร่างของมนุษย์มาเป็นสื่อในการแสดงออกเท่านั้น แต่ควรแฝงไว้ด้วยความเหมาะสมและสาระที่เป็นประโยชน์ เพื่อให้ผลงานศิลปะนั้นได้ทำหน้าที่เป็นศิลปะที่ดี และเป็นเครื่องมือในการพัฒนาระดับจิตใจของผู้ชมให้สูงขึ้น⁴⁰

การจะกำหนดคุณค่าว่าสิ่งใดเป็นงานศิลปะหรือสิ่งใดเป็นการแสดงอนาจารนั้นไม่มีกฎเกณฑ์ที่ตายตัว คำว่างานศิลปะหรือการแสดงอนาจารนั้นเป็นการนำเอาศีลธรรมเข้ามาประกอบงานศิลปะจึงไม่สามารถถ่ายทอดออกมาได้อย่างเต็มที่เพราะต้องอยู่ภายใต้กรอบของศีลธรรม แต่ก็มีความยากลำบากที่พยายามนำเอาคำว่างานศิลปะมาเป็นช่องทางในการนำเสนอภาพหรือสิ่งที่ไม่ได้เป็นการแสดงศิลปะอย่างแท้จริง แต่เป็นการใช้คำว่างานศิลปะมาเป็นข้ออ้างเพื่อสร้างความชอบธรรมให้กับตนเอง เป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์ในสังคมปัจจุบัน การจะพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นงานศิลปะหรือการแสดงอนาจารนั้นขึ้นอยู่กับมุมมองและวิจารณญาณของผู้ชมหรือผู้รับสื่อแต่ละคนในการตัดสินว่าภาพหรือสิ่งนั้นมีความงดงามอันทรงคุณค่า หรือมีความยั่วเยวทางเพศอันลดคุณค่าความเป็นมนุษย์ของผู้ที่แสดงหรือผู้ที่ปรากฏอยู่ในภาพให้เหลือเพียงแค่วัตถุทางเพศ แต่ก็มีใช้ว่าขึ้นอยู่กับผู้ชมหรือผู้รับสื่อเท่านั้น เพราะในบางครั้งศิลปินผู้สร้างสรรค์ผลงานก็มีส่วนเกี่ยวข้องกับ

⁴⁰ artandobscenity, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 10*.

หากจงใจสร้างสรรค์ผลงานเพื่อเป็นการยั่วยุให้ผู้ชมหรือผู้รับสื่อเกิดกิเลสตัณหา ก็ไม่อาจทำให้มองภาพนั้นเป็นงานศิลปะได้

ทั้งนี้ งานศิลปะได้มีลักษณะบางประการที่มีความใกล้เคียงกับการแสดงอนาจาร ดังนี้

(1) ภาพเปลือย กรณีภาพเปลือยกายของเด็กเล็ก ไม่น่าจะมีความอูจาดบัดสี ถ้าเป็นภาพเปลือยกายของผู้หญิงที่แสดงให้เห็นถันและอวัยวะอย่างเด่นชัด หรือภาพเปลือยกายของผู้ชายที่แสดงให้เห็นอวัยวะอย่างเด่นชัด ลักษณะดังกล่าวมีความอูจาดบัดสี ถือว่าเป็นภาพลามกอนาจาร แต่ถ้าภาพนั้นได้มีการตกแต่งทำให้อวัยวะเพศไม่เห็นเด่นชัดโดยการลบ ขูดออก หรือระบายสี คงเห็นแต่เพียงฐานแม้จะเห็นถันของผู้หญิงอย่างเด่นชัด ลักษณะดังกล่าวไม่มีความน่าอูจาด ไม่ถือว่าเป็นภาพลามกอนาจาร⁴¹ แต่หากมีการแสดงท่าทางที่ทำให้ผู้ดูรู้สึกอูจาดตาและโน้มน้าวให้เกิดความใคร่ทางกามารมณ์ โดยมีท่าทางที่เชื่อเชิญให้มีเพศสัมพันธ์ ถือว่าเป็นภาพลามกอนาจาร เพราะลักษณะดังกล่าวมิใช่ลักษณะของการแสดงศิลปะ⁴²

(2) ไม้แกะเป็นรูปอวัยวะเพศชาย คนไทยโบราณมีความเชื่อว่าเป็นเครื่องรางของขลัง โดยจะนำโชคลาภมาให้แก่ผู้ที่นำมาใช้ จึงมีการแกะสลักออกมาจำหน่าย แม้ว่าบุคคลบางกลุ่มจะมองว่าไม่มีความอูจาดบัดสีก็เป็นเพียงความเชื่ออย่างมง่าย กฎหมายไม่ยอมรับรู้ความเชื่อเหล่านี้ ดังนั้น รูปแกะสลักอวัยวะเพศชายจึงน่าจะทำให้เกิดความอูจาดบัดสีแก่ผู้พบเห็น อันถือว่าเป็นสิ่งลามกอนาจาร⁴³

(3) ข้อความหรือบทประพันธ์เกี่ยวกับเรื่องราวการมีเพศสัมพันธ์ของมนุษย์ที่มีความเกี่ยวพันใกล้ชิดกับหนังสือวรรณคดีที่บรรยายถึงฉากที่พระเอกมีความสัมพันธ์ทางเพศกับนางเอก แต่มีหลักที่จะพิจารณาถึงความแตกต่างจากหนังสือลามกอนาจาร คือ เนื้อหาของหนังสือลามกอนาจารมุ่งพรรณนาให้เห็นว่าขั้นตอนการร่วมเพศ อากาศขณะร่วมเพศ และความรู้สึกของผู้ชายและผู้หญิง เพื่อกระตุ้นให้ผู้อ่านมีความใคร่ทางกามารมณ์และทวีความรุนแรงมากขึ้นตลอดเวลาที่อ่าน⁴⁴ จึงถือว่ามิใช่ลักษณะน่าอูจาด บัดสี แต่ถ้าเป็นหนังสือวรรณคดีจะบรรยายให้เห็นถึงฉากก่อนที่พระเอกจะเข้าหานางเอก ส่วนวิธีการร่วมเพศจะมีลักษณะอย่างไรไม่ใช่สาระสำคัญที่ประสงค์จะทำให้ผู้อ่านเกิดอารมณ์ตามไปด้วย เนื่องจากถือว่าเป็นสิ่งที่ไม่ควรมีการกล่าวถึง หรือหากมีการ

⁴¹ อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 33.

⁴² ณรงค์ ใจหาญ, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 34, น. 129.

⁴³ ณรงค์ ใจหาญ, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 34, น. 129 - 130.

⁴⁴ Eberhard and P. Kronhausen, Pornography and the Law, (Ballantine Book : New York, 1959), p. 178. อ้างถึงใน ณรงค์ ใจหาญ, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 34, น. 130.

กล่าวถึงก็จะไม่กล่าวถึงโดยตรง แต่จะเป็นการเปรียบเทียบกับสิ่งอื่น เช่น ลีลาการร่วมเพศเหมือนกับอาการบินของนกบางชนิด เพื่อให้ผู้อ่านเกิดจินตนาการตามไปเท่านั้น⁴⁵ อย่างไรก็ตาม หนังสือนี้อธิบายถึงวิธีการร่วมเพศและอันตรายจากการร่วมเพศบางกรณีแม้จะมีภาพประกอบ แต่หากมุ่งหมายเพื่อให้ความรู้แก่ผู้อ่านในเรื่องเพศศึกษาซึ่งมีลักษณะทางวิชาการ โดยให้ผู้อ่านเข้าใจและนำไปใช้เพื่อการครองเรือนอย่างถูกต้อง แม้จะอธิบายวิธีการร่วมเพศอย่างชัดเจน ถือว่าไม่มีลักษณะน่าอูจาดบัดสี จึงไม่ถือว่าเป็นเรื่องลามกอนาจาร⁴⁶

อย่างไรก็ตาม อาจารย์อารี สุทธิพันธ์ ได้เสนอหลักการพิจารณาขอบเขตความแตกต่างระหว่างงานศิลปะกับการแสดงอนาจาร พอสรุปได้ดังนี้⁴⁷

(1) ให้พิจารณาที่เจตนาของผู้สร้างสรรค์ผลงานว่ามีเจตนาใดแอบแฝงอยู่หรือไม่ เช่น การใช้ศิลปะพื้นฐานของสัญชาตญาณเป็นสิ่งกระตุ้นความสนใจแล้วแอบอ้างว่าเป็นงานศิลปะเพื่อผลประโยชน์ทางธุรกิจหรือผลประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่ง

(2) ให้พิจารณาปฏิกิริยาของผู้ชม ถ้าเป็นงานศิลปะก็สามารถดูได้อย่างเปิดเผย หากเป็นผลงานอนาจารก็จะดูในที่ลับหรืออย่างลับๆ โดยผลงานศิลปะจะส่งเสริมให้มนุษย์มีความเจริญทางด้านแนวคิดและสติปัญญา มากกว่าการกระตุ้นให้เกิดอารมณ์หมกมุ่นทางเพศ

(3) ผลงานศิลปะเมื่อระยะเวลาผ่านไปก็ยิ่งมีคุณค่ามากขึ้น เนื่องจากเป็นผลงานของมนุษย์ที่แสดงออกให้เห็นถึงความคิดสร้างสรรค์อันแฝงด้วยจิตวิญญาณหรือความรู้สึก แต่ผลงานอนาจารเมื่อระยะเวลาผ่านไปยิ่งทำให้เสื่อมคุณค่าลง เนื่องจากเป็นผลงานที่เป็นสัญชาตญาณของสัตว์เดรัจฉานทั่วไป

2.2 ขอบเขตการพิจารณาความผิดเกี่ยวกับการแสดงอนาจารในสถานการณ์ปัจจุบัน

การแสดงอนาจารที่เกิดขึ้นในปัจจุบันได้มีพฤติกรรมการกระทำในรูปแบบที่หลากหลายและแตกต่างกันออกไป และได้มีผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารหลายฝ่าย จึงจำเป็นต้องศึกษาถึงรูปแบบและลักษณะของการแสดงอนาจาร ลักษณะของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจาร และผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการแสดงอนาจาร

⁴⁵ ณรงค์ ใจหาญ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 34*, น. 130.

⁴⁶ ณรงค์ ใจหาญ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 34*, น. 130.

⁴⁷ artandobscenity, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*.

2.2.1 รูปแบบของการแสดงอนาจาร

จากสถานการณ์การแสดงอนาจารที่เกิดขึ้นในสังคมไทยปัจจุบัน จะเห็นได้ว่า ได้มีการนำถ้อยคำ 2 คำมาใช้ปะปนกันไป คือ คำว่า ลามกกับอนาจาร ซึ่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะ ทำการศึกษาเฉพาะคำว่า “การแสดงอนาจาร” จึงจำเป็นต้องมีการกำหนดคำนิยามของถ้อยคำว่าการกระทำในลักษณะใดที่เรียกว่าการแสดงอนาจาร ซึ่งหากการกระทำใดที่ไม่ใช่การแสดงอนาจาร ก็จะไม่อยู่ในขอบเขตของการศึกษา แม้จะมีลักษณะเป็นการกระทำอันลามกก็ตาม

2.2.1.1 การแสดงอนาจาร

พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้ให้ความหมายของคำว่า “อนาจาร” ว่าหมายถึง ความประพฤติชั่ว ความประพฤติน่าอัปยศ หรือลามก นำบดสี ทำให้เป็นที่ อัปยศ เป็นที่น่ารังเกียจแก่ผู้อื่นในด้านความดีงาม หรือเป็นฐานความผิดอาญาที่ผู้กระทำการ อันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล โดยเปลือยหรือเปิดเผยร่างกาย หรือกระทำการลามกอย่างอื่น และแม้ว่าคำพิพากษาศาลฎีกาจะมีการวางแนวทางการวินิจฉัยว่า การกระทำอนาจาร หมายความว่า การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศต่อร่างกายผู้อื่น เช่น กอดจูบลูบคลำร่างกายของหญิงหรือชาย เป็นการกระทำแสดงความใคร่ในทางเพศ และต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวของบุคคลโดยตรง แต่ขอบเขตของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งหมายที่จะศึกษาลักษณะของการแสดงอนาจารที่ไม่มีการกระทำ ต่อเนื้อตัวของผู้ที่ตกเป็นเหยื่อหรือผู้เสียหายโดยตรง แต่เป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้แสดง อนาจารหรือผู้ร่วมในการแสดงอนาจารเอง อันมีลักษณะของการกระทำที่เป็นการกระตุ้นหรือยั่วยุให้ เกิดความใคร่ทางเพศ หรือก่อให้เกิดกำหนด เช่น การแสดงกิจกรรมการร่วมเพศ การแสดงท่าทางที่ ส่อไปในทางเพศ

และจากความหมายดังกล่าวจะเห็นได้ว่า คำว่า “ลามก” นั้น เป็นส่วนหนึ่ง ของคำว่า “อนาจาร” แสดงให้เห็นว่าการแสดงอนาจารนั้นมีความหมายกว้างกว่าการกระทำอันลามก ซึ่งการกระทำใดที่เป็นการแสดงอนาจารไม่ว่าจะเป็นการกระทำอันลามกเสมอไป แต่ทุกๆ การกระทำที่เป็นกระทำอันลามกย่อมถือได้ว่าเป็นการการแสดงอนาจารเสมอ

2.2.1.2 การกระทำอันลามก

พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้ให้ความหมายของคำว่า “ลามก” ว่าหมายถึง หยาบช้ำดำทรมาน หยาบโลน อันเป็นที่น่ารังเกียจของคนดีมีศีลธรรม เช่น หนังสือลามก พุดลามก ทำลามก และมีนักวิชาการได้อธิบายว่า “อันลามก” หมายถึง น่าอัปยศ ในทางเพศ นำอูจาดบดสี โดยพิจารณาตามความรู้สึกของวิญญูชนผู้ซึ่งไม่ได้เคร่งครัดต่อจารีตประเพณี

ถึงขนาดไม่ยอมเปลี่ยนแปลงตามสมัยนิยมของโลก⁴⁸ การกระทำอันลามกนั้นเป็นการกระทำที่ทำให้เกิดความอึดอัดใจ ความอับอาย แก่บุคคลบางกลุ่มในสังคม และแม้จะเกี่ยวกับเรื่องเพศ แต่ก็ไม่มีลักษณะเป็นการกระตุ้นอารมณ์ทางเพศหรือก่อให้เกิดกำหนดเสมอไป เช่น การดำด้วยถ้อยคำว่า “เย็ดโคตรแม่มีง” ถือว่าเป็นการกระทำอันลามก⁴⁹ กรณีหญิงชายจูบกันในที่สาธารณะถือว่าเป็นการกระทำอันลามกที่น่ารังเกียจในสังคมไทย แต่ก็อาจเป็นที่ยอมรับของบุคคลบางกลุ่ม

แต่ทั้งนี้ แม้ว่าในบางคำพิพากษาฎีกาได้มีวางแนวการวินิจฉัยว่าการกระทำที่มีลักษณะส่อไปในด้านยั่วกามารมณ์ เป็นการกระทำอันลามก เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 3510/2531 ภาพหญิงยืนเปลือยกายกอดชาย ภาพหญิงสวมแต่กางเกงในโปรงตามีผู้ชายนอนกอดมือโอบบริเวณทรวงอก ภาพหญิงเปลือยกายท่อนบนใช้มือจับหูโทรศัพท์กดที่อวัยวะเพศ ภาพหญิงเปลือยกายมีเหตุผลตัวมือข้างหนึ่งกุมนมอีกข้างหนึ่งกุมอวัยวะเพศ ภาพหญิงเปิดเสื้อให้เห็นนม ล้วงมือเข้าไปในกระโปรง ภาพหญิงเปลือยอกสวมกางเกงในมือล้วงไปที่อวัยวะเพศ และภาพหญิงเปลือยอกสวมกางเกงขาสั้น มือข้างหนึ่งล้วงไปจับที่อวัยวะเพศ ภาพดังกล่าวแม้ไม่เห็นอวัยวะเพศชัดเจนแต่ก็มีลักษณะส่อไปในด้านยั่ว กามารมณ์ และภาพหญิงเปลือยตลอดร่างซึ่งพอเห็นอวัยวะเพศได้บ้างถือได้ว่าเป็นภาพอันลามก

คำพิพากษาฎีกาที่ 6301/2533 ภาพพิมพ์ของกลางเป็นภาพหญิงสาว ซึ่งมีบางภาพเปิดเผยเต้านมอย่างโจ่งแจ้ง ส่วนที่อวัยวะเพศแม้จะมีผ้าอาภรณ์ปกปิดไว้ แต่ก็ปกปิดไว้อย่างหมิ่นเหม่ ซึ่งนอกจากจะอยู่ในอิริยาบถที่ไม่เรียบร้อยไม่น่าดูแล้ว ยังอยู่ในอิริยาบถที่น่าเกลียด น่าบัดสีอีกด้วย กล่าวคือ มีบางภาพอยู่ในอิริยาบถนอนก้นนอนหงายถ่างขาออกอย่างกว้างทำนองเจตนาเพื่ออวด อวัยวะเพศอย่างเด่นชัด ส่วนภาพที่อยู่ในอิริยาบถนั่งกึ่งนั่งถ่างขาออกแม้จะมีผ้าปกปิดอวัยวะเพศก็ เป็นผ้าบางใส ซึ่งแสดงว่าต้องการอวดอวัยวะเพศเช่นเดียวกับภาพในอิริยาบถนอนดังกล่าว จึงเป็นภาพที่มีเจตนายั่วให้บังเกิดความใคร่ทางกามารมณ์โดยตรง ถือเป็นภาพลามก

ผู้เขียนเห็นว่าพฤติกรรมการแสดงท่าทางของการกระทำดังที่คำพิพากษาฎีกาได้วินิจฉัยนั้น ย่อมถือว่าเป็นการแสดงอนาจารตามความหมายที่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งหมายที่จะศึกษา เนื่องจากพฤติกรรมการแสดงท่าทางของการกระทำเหล่านั้นมีลักษณะยั่วไปให้เกิดความใคร่ทางกามารมณ์

⁴⁸ สำนักงานศาลยุติธรรม, สรุปความจาก คู่มือและแนวทางการดำเนินการตามแผนและการเตรียมความพร้อมในการบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 24 พ.ศ. 2558 (ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก) ตามหนังสือสำนักงานศาลยุติธรรม ที่ ศย 016/ว 306 ลงวันที่ 15 พฤษภาคม 2560, น. 6.

⁴⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1069/2506.

2.2.2 ลักษณะการแสดงอนาจารในสถานการณ์ปัจจุบัน

จากรูปแบบการแสดงอนาจารที่เกิดที่กล่าวมาข้างต้น สามารถแบ่งลักษณะของการแสดงอนาจารในสถานการณ์ปัจจุบันออกเป็น 2 ลักษณะ ดังนี้

2.2.2.1 การแสดงอนาจารโดยซึ่งหน้า

คำว่า “ซึ่งหน้า” เป็นถ้อยคำในบทบัญญัติมาตรา 393 แห่งประมวลกฎหมายอาญา หมายความว่า เป็นการกระทำที่เกิดขึ้นต่อหน้าหรือจงใจให้ผู้อื่นรู้ได้ และไม่ได้หมายความว่า จะต้องกระทำต่อหน้าเท่านั้น แต่รวมถึงการกระทำแก่คนที่อยู่ใกล้ๆ ให้รับรู้ได้ เช่น ด่าไล่หลัง ถือว่าเป็นการกระทำซึ่งหน้าได้ แต่ถ้าด่าในขณะที่ผู้นั้นไม่อยู่ในที่เกิดเหตุ ไม่ถือว่าเป็นการกระทำซึ่งหน้า โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายมีขึ้นเพื่อป้องกันเหตุร้ายที่อาจเข้าถึงตัวผู้อื่นได้ จึงไม่ได้ถือเอาการมองเห็นหน้าเป็นสาระสำคัญ แม้จะมองเห็นหน้ากันผ่านทางโทรศัพท์มือถือ (face time หรือ video call) และไม่ได้อยู่ใกล้กัน แต่อยู่ห่างกันโดยระยะทาง ไม่ถือว่าเป็นการกระทำซึ่งหน้า⁵⁰ การกระทำผ่านทางโซเชียลมีเดียหรือสื่อสังคมออนไลน์ ซึ่งผู้อื่นสามารถมองเห็นการกระทำได้ในทันทีทันใด แต่ผู้กระทำไม่ได้อยู่ต่อหน้ากันในขณะนั้น จะถือว่าเป็นการกระทำซึ่งหน้าได้หรือไม่ ในเรื่องดังกล่าวอ้างนี้ ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ และศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ มีความเห็นไปในทำนองเดียวกัน โดยเทียบเคียงกับการดูหมิ่นทางโทรศัพท์ว่า หากการดูหมิ่นนั้นไม่อยู่ในลักษณะ “ต่อหน้าต่อตา” จะถือว่าเป็นการกระทำซึ่งหน้าไม่ได้ ดังนั้น การกระทำผ่านทางโซเชียลมีเดียหรือสื่อสังคมออนไลน์ จึงไม่อาจถือว่าเป็นการกระทำซึ่งหน้า⁵¹ ดังเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3711 / 2557 ในกรณีการใช้โทรศัพท์ดูหมิ่นผู้อื่น ศาลฎีกาเห็นว่าการตีความตามเจตนารมณ์ (Spirit) เป็นเรื่องสำคัญ ลำดับแรก ให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของมาตรา 393 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ที่มีความมุ่งมั่นเพื่อป้องกันการก่อเหตุร้ายจากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายที่อาจเข้าถึงตัวกันทันทีที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกล่าววาจาดูหมิ่น เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งใช้โทรศัพท์ดูหมิ่นอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งอยู่ระยะที่ห่างไกลกันย่อมไม่สามารถเข้าถึงตัวและทำร้ายกันได้ทันทีทันใดที่มีการกล่าวคำดูหมิ่น เหตุร้ายย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้โดยแน่แท้ ดังนั้น การกล่าวคำดูหมิ่นในลักษณะเช่นนี้ ไม่ได้ใช้ในการคุ้มครองตามมาตราดังกล่าว จึงไม่เป็นความผิดฐานดูหมิ่นผู้อื่นซึ่งหน้า เนื่องจากขาดองค์ประกอบคำว่า “ซึ่งหน้า” ซึ่งศาลฎีกามองว่าคำว่า “ซึ่งหน้า” จะเกิดขึ้นได้เพียง “ต่อหน้าต่อตา” เพียงประการเดียวเท่านั้น

⁵⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 14, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2560), น. 430 - 431.

⁵¹ ภูณัช รัตนชัย, “การตีความกฎหมายอาญา : คดีดูหมิ่นผู้อื่นซึ่งหน้าโดยการใช้โทรศัพท์”, วารสารมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏสุราษฎร์ธานี, ฉบับที่ 3 ปีที่ 8, น. 138 (กันยายน-ธันวาคม 2559).

ส่วนการดูหมิ่นโดย “การใช้โทรศัพท์” เป็นการกระทำที่อยู่ในระยะห่างไกลกันและไม่สามารถเข้ามาทำอันตรายต่อกันได้ จึงยังไม่ครบองค์ประกอบความผิด⁵²

ตามหลักการของคำว่า “ซึ่งหน้า” ตามเจตนารมณ์ของมาตรา 393 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ดังที่กล่าวมาข้างต้น สามารถนำมาใช้กับวิเคราะห์กับการแสดงอาการอันมีลักษณะการกระทำโดยซึ่งหน้าได้ เนื่องจากกฎหมายอาญานั้นตั้งอยู่บนหลักการเดียวกัน และคำว่า “ซึ่งหน้า” เป็นหลักการหนึ่งในกฎหมายอาญาทั่วไปที่สามารถนำมาเทียบเคียงได้กับการแสดงอาการ ซึ่งการแสดงอาการโดยซึ่งหน้า ถือว่ามีความออกอาจ คือ เป็นการกระทำต่อผู้อื่นหรือผู้เสียหายโดยไม่เกรงกลัวต่ออำนาจของผู้นั้น อันถือว่ามีความชั่วในการกระทำ

การแสดงอาการโดยซึ่งหน้านั้นสามารถแบ่งย่อยออกเป็น 2 ลักษณะ คือ

(1) การแสดงอาการแบบส่วนบุคคล (individual)

ประมวลกฎหมายอาญาได้ให้ความหมายของคำว่า “เคหสถาน” ไว้ในมาตรา 1 (4) หมายความว่า “ที่ซึ่งใช้เป็นที่อยู่อาศัย เช่น เรือน โรง เรือ หรือแพ ซึ่งคนอยู่อาศัย และให้หมายความรวมถึงบริเวณของที่ซึ่งใช้เป็นที่อยู่อาศัยนั้นด้วย จะมีรั้วล้อมหรือไม่ก็ตาม” เมื่อบุคคลอยู่ในสถานที่ซึ่งเป็นเคหสถานก็ย่อมมีเสรีภาพที่จะกระทำการใดๆ ในสถานที่ดังกล่าว โดยเฉพาะในที่ซึ่งใช้เป็นที่อยู่อาศัยอันถือว่าเป็นพื้นที่ส่วนบุคคล แต่หากเป็นการแสดงเสรีภาพของบุคคลในเคหสถานอันเป็นบริเวณของที่ซึ่งใช้เป็นที่อยู่อาศัยนั้น จะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของความเหมาะสม ขนบธรรมเนียมประเพณี และศีลธรรมอันดีของสังคมไทย

คำว่าส่วนบุคคลหรือส่วนตัวนั้น มีขอบเขตในการพิจารณา 2 ประการ คือ ประการแรก ความเป็นส่วนตัวในทางนามธรรม กล่าวคือ การที่บุคคลมีเสรีภาพในการแสดงอารมณ์และความรู้สึก เสรีภาพในทางความคิด เสรีภาพในการเชื่อถือศรัทธาในลัทธิ ศาสนา และประการที่สอง ความเป็นส่วนตัวในทางรูปธรรมหรือทางกายภาพ กล่าวคือ การอยู่โดยลำพัง ปราศจากการรบกวน อันเป็นสถานะที่บุคคลจะรอดพ้นจากการสังเกต การรู้เห็น การสืบความลับ การรบกวนต่างๆ และปราศจากการแทรกแซงทางสังคม ทั้งนี้ การอยู่อย่างสันโดษ ไม่ติดต่อสัมพันธ์กับสังคม เป็นขอบเขตที่บุคคลควรได้รับความเคารพและได้รับการคุ้มครอง เพื่อให้สามารถพัฒนาบุคลิกลักษณะตามที่ต้องการ และมีสิทธิที่จะแสวงหาความสุขในชีวิตตามวิถีทางที่อาจเป็นไปได้ และเป็นความพอใจตราบเท่าที่ความสุขนั้นไม่ล่วงเกินสิทธิของผู้อื่นหรือสาธารณะ

หากบุคคลใดอยู่ในสถานที่ซึ่งเป็นที่อยู่อาศัยอันเป็นสถานที่ส่วนบุคคล และได้กระทำการอันมีลักษณะอนาจาร ไม่ว่าจะเป็นการแก้ผ้าเปลือยกาย หรือมีกิจกรรมทางเพศ ย่อมสามารถกระทำได้ เนื่องจากไม่ได้กระทบต่อผู้อื่น แต่หากบุคคลนั้นได้มีการกระทำการอันมี

⁵² เพ็งอ้าง, น. 145 - 146.

ลักษณะอนาจาร แต่ได้มีการกระทำในพื้นที่อื่นเป็นบริเวณของที่ตั้งซึ่งใช้เป็นที่อยู่อาศัย เช่น ริมระเบียง สนามหญ้าหน้าบ้าน เช่น กรณีที่คู่รักในสภาพเปลือยกายและมีเช็กซักันอยู่ริมระเบียงโรงแรม⁵³ แม้ห้องพักในโรงแรมจะเป็นสถานที่ส่วนบุคคล และการเปลือยกายและการมีเช็กซัจะเป็นการ แสดงออกซึ่งเสรีภาพทางเพศส่วนบุคคล แต่ริมระเบียงเป็นสถานที่ที่ผู้อื่นที่เดินผ่านไปมาสามารถ มองเห็นได้ เมื่อมีการกระทำดังกล่าวที่ริมระเบียง อันกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี ของประชาชน ก็ย่อมเป็นความผิด

(2) การแสดงอนาจารแบบสาธารณะ (public)

“สถานที่สาธารณะ” หมายความว่า สถานที่หรือยานพาหนะใดๆ ซึ่งประชาชนมีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้⁵⁴ หรือสถานที่ที่จัดไว้เป็นสาธารณะสำหรับประชาชนใช้ เพื่อการบันเทิง การพักผ่อนหย่อนใจ หรือการชุมนุม⁵⁵ ซึ่งสถานที่สาธารณะมีลักษณะพื้นที่ ทางกายภาพ ไม่ว่าจะเป็นถนน สะพาน ศาลาที่พัก ป้ายรถโดยสารประจำทาง สวนสาธารณะ รถโดยสารสาธารณะ อันเป็นสถานที่ที่บุคคลทุกคนสามารถเข้าถึงได้ แต่มีสถานที่บางประเภท แม้จะเปิดให้ประชาชนเข้าไปใช้ฟรีได้ แต่ก็ไม่ถือว่าเป็นสถานที่สาธารณะ เช่น สวนพฤกษศาสตร์ สวนรุกขชาติ สวนสนุก สวนสัตว์ วนอุทยาน เนื่องจากสถานที่ดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เฉพาะและมีข้อจำกัดในการใช้งาน

การแสดงอนาจารที่เกิดขึ้นสถานที่สาธารณะส่วนใหญ่ย่อมเป็นความผิด เนื่องจากผู้กระทำมีเจตนาที่จะแสดงหรือโชว์ แต่มีการกระทำบางลักษณะในบางสถานที่อาจจะไม่ถือว่าเป็น การแสดงอนาจาร เช่น กรณีของห้องน้ำสาธารณะของผู้ชายที่มีลักษณะของการเปิดโล่งไม่มีผนังกั้น แม้ผู้กระทำจะกระทำการบางอย่างเพื่อให้ผู้อื่นได้เห็นอวัยวะเพศของตน แต่เป็นการกระทำเพียงได้ อาศัยพฤติการณ์ของสภาพห้องน้ำอันเปิดช่องให้ผู้อื่นสามารถมองเห็นอวัยวะเพศของตนได้ และไม่ถือ ว่าเป็นการแสดงหรือโชว์ในสถานการณ์ที่ผู้กระทำมีเจตนาจะแสดงหรือโชว์อย่างโจ่งแจ้ง อีกทั้งบุคคล ทุกคนย่อมเสรีภาพในการเข้าห้องน้ำสาธารณะ การกระทำดังกล่าวจึงไม่สมควรได้รับการลงโทษ เนื่องจากการจะพิสูจน์เจตนาของผู้กระทำนั้นเป็นเรื่องทำได้ยาก เพราะผู้กระทำได้อาศัยพฤติการณ์ ของสภาพห้องน้ำอันเป็นการเปิดช่องให้ผู้กระทำสามารถกระทำได้ ซึ่งแตกต่างกับกรณีที่ผู้กระทำได้ แก้วผ้าเปลือยกายหรือสำเร็จความใคร่ในสวนสาธารณะ หรือยืนแอบตามเสาอาคาร เพื่อให้ผู้อื่นได้เห็น

⁵³ข่าวสดออนไลน์, “เช็กซัฉฉาว! คู่รักเล่นจ๊ากี้ โจ่งครึม ริมระเบียงโรงแรมทรูกลางเมือง” สืบค้นเมื่อวันที่ 29 กรกฎาคม 2561, จาก https://www.khaosod.co.th/around-the-world-news/news_1168750.

⁵⁴พระราชบัญญัติคุ้มครองสุขภาพผู้ไม่สูบบุหรี่ พ.ศ. 2535 มาตรา 3.

⁵⁵พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบของบ้านเมือง พ.ศ. 2535 มาตรา 4.

อวัยวะเพศและการกระทำของตน ถือว่าเป็นสถานการณ์ที่ผู้กระทำมีเจตนาที่จะแสดงหรือโชว์อย่างโจ่งแจ้ง อันกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน การกระทำดังกล่าวสมควรได้รับการลงโทษ

2.2.2.2 การแสดงอนาจารโดยระยะทาง

การแสดงอนาจารโดยระยะทาง เป็นลักษณะของการกระทำในลักษณะอื่นที่นอกเหนือจากการแสดงอนาจารโดยซึ่งหน้าทีกล่าวมาแล้วข้างต้น กล่าวคือ ผู้กระทำไม่ได้อยู่ “ต่อหน้าต่อตา” หรืออยู่ใกล้กับเหยื่อหรือผู้ที่พบเห็นการกระทำ โดยส่วนใหญ่จะเป็นการกระทำโดยใช้โทรศัพท์มือถือหรือเทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถทำให้ปรากฏภาพได้ผ่านโซเซียลมีเดียหรือสื่อสังคมออนไลน์ เช่น face time หรือ video call⁵⁶ แม้การกระทำดังกล่าวจะทำให้ผู้อื่นสามารถมองเห็นหน้าและมองเห็นการกระทำได้ในทันทีทันใด แต่ไม่ได้อยู่ในลักษณะที่ผู้กระทำอยู่ต่อหน้าทีในขณะนั้น หรือลักษณะ “ต่อหน้าต่อตา” อีกทั้งคู่กรณีทั้งสองฝ่ายก็ไม่อาจเข้าถึงตัวกันได้ ในทันทีทันใด และไม่สามารถเข้ามาทำอันตรายต่อกันได้

ปัจจุบันเทคโนโลยีได้เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องและเป็นปัจจัยพื้นฐานในดำรงชีวิตของผู้คนในสังคม ไม่ว่าจะเป็นด้านการเรียนการสอน การทำงาน การค้นคว้าหาข้อมูล การติดต่อสื่อสาร เพื่อให้สังคมสื่อสารกันได้ทุกแห่งอย่างรวดเร็ว สามารถรับรู้ข้อมูลข่าวสาร ความเคลื่อนไหวต่างๆ ได้พร้อมกัน การค้าขายหรือการลงทุนและธุรกรรมทางการเงินสามารถบริหารจัดการและตัดสินใจได้ทุกขณะเวลา แต่หากมีการนำเทคโนโลยีมาใช้ในทางผิดหรือไม่ถูกไม่ควรก็จะกลายเป็นโทษได้เช่นกัน โดยเฉพาะการแสดงออกทางเพศที่เป็นการเปิดเผย โดยทำให้มีการเผยแพร่ออกสู่สาธารณะได้อย่างสะดวก รวดเร็ว และสามารถเข้าถึงได้ตลอดเวลา ทั้งนี้ อุปกรณ์ที่นำมาใช้ในการเชื่อมต่อเข้าสู่สื่อสังคมออนไลน์นั้น นอกเหนือจากเครื่องคอมพิวเตอร์ซึ่งเป็นอุปกรณ์หลักแล้ว ยังมีอุปกรณ์เทคโนโลยีอื่นที่สามารถนำมาใช้ในการเชื่อมต่อเข้าสู่สื่อสังคมออนไลน์ได้อย่างสะดวกและรวดเร็ว ไม่ว่าจะเป็นสมาร์ทโฟน แท็บเล็ต หรืออุปกรณ์ที่ใช้ในการสื่อสารอื่น

“สื่อสังคมออนไลน์” (Online-Social Media) คือ สื่อดิจิทัลที่เป็นเครื่องมือในการปฏิบัติการทางสังคม เพื่อใช้สื่อสารระหว่างกันในเครือข่ายทางสังคม (Social Network) ผ่านทางเว็บไซต์และโปรแกรมประยุกต์บนสื่อใดๆ ที่มีการเชื่อมต่อกับอินเทอร์เน็ต โดยเน้นให้ผู้ใช้

⁵⁶ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 50*, น. 430 - 431.

ทั้งผู้ส่งสารและผู้รับสารมีส่วนร่วมอย่างสร้างสรรค์ ในการผลิตเนื้อหาขึ้นเองไม่ว่าจะเป็นข้อมูล ภาพ เสียง และวิดีโอ⁵⁷

ลักษณะของการเปิดรับสื่อสังคมออนไลน์ในปัจจุบัน ได้แก่

1. การติดต่อสื่อสารผ่านเครือข่ายสังคมออนไลน์ (Social Networking) เป็นเครือข่ายทางสังคมที่ใช้สำหรับเชื่อมต่อระหว่างบุคคล กลุ่มบุคคล ทั้งที่รู้จักมาก่อน หรือรู้จัก ภายหลังทางออนไลน์ เพื่อให้เกิดเป็นกลุ่มสังคม (Social Community) เพื่อร่วมกันแลกเปลี่ยนและ แบ่งปันข้อมูลระหว่างกัน ซึ่งเครือข่ายสังคมออนไลน์แต่ละเว็บไซต์มีคุณลักษณะที่แตกต่างกัน แต่มีองค์ประกอบหลักที่เหมือนกัน คือ โปรไฟล์เพื่อแสดงข้อมูลส่วนตัวของเจ้าของบัญชี การเชื่อมต่อ เพื่อสร้างเพื่อนกับคนที่รู้จักและไม่รู้จักทางออนไลน์ และการส่งข้อความอาจเป็นข้อความส่วนตัว หรือ ข้อความสาธารณะ เช่น เฟซบุ๊ก (Facebook) ไฮไฟฟ์ (Hi5) ทวิตเตอร์ (Twitter) มายสเปซ (MySpace)⁵⁸ ซึ่งปัจจุบันเป็นเว็บไซต์ที่กำลังเป็นที่นิยมของกลุ่มผู้ใช้งานในการนำภาพส่วนตัวหรือ ข้อมูลส่วนตัวแบบลับเฉพาะลงไปโพสต์บนเว็บไซต์เหล่านี้ได้อย่างเปิดเผย เนื่องจากเชื่อว่า บุคคลภายนอกกลุ่มที่ไม่ได้อนุญาตให้เข้าชมจะไม่สามารถเข้าไปชมหรือพบเห็นได้

2. การสนทนาออนไลน์ (Chat Line) เป็นการสนทนาแบบกลุ่ม โดยสามารถ ส่งข้อความตัวอักษรและภาพเคลื่อนไหว รวมไปถึงการสนทนาผ่านกล้อง (Web Camera) ที่สามารถ เห็นภาพเคลื่อนไหวและเสียงของคู่สนทนาได้ เช่น แคมฟรอก (Camera Frog) เอ็มเอสเอ็น (MSN Messenger) และโปรแกรมเพิร์ช 98 (Pirch 98) ซึ่งเป็นโปรแกรมการสนทนาแบบสดๆ ที่มีการ ชักชวนหรือพูดคุยถึงเรื่องเพศสัมพันธ์ การซื้อขายบริการทางเพศ การเผยแพร่ภาพการแสดงอนาจาร ทั้งในรูปแบบของภาพนิ่งและการเปิดกล้องอวดเรื่อนร่าง การสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง และการ แสดงกิจกรรมทางเพศให้คู่สนทนาดู โดยผู้ใช้งานบางกลุ่มเข้าใช้โปรแกรมเหล่านี้โดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อต้องการเพื่อนคุยหรือเพื่อความสนุกสนาน ผู้ใช้งานบางกลุ่มมีวัตถุประสงค์เพื่อต้องการหาคู่หรือ เรื่องเพศสัมพันธ์ หรือผู้ใช้งานบางกลุ่มมีวัตถุประสงค์เพื่อต้องการหาเพื่อนเสพยาเสพติด แต่ส่วนใหญ่ เน้นหนักไปเรื่องของการหาคู่หรือเรื่องเพศสัมพันธ์ โดยการหาคู่สนทนาส่วนใหญ่จะใช้วิธีการหาอีเมล ที่โพสต์ในลักษณะเชิญชวนให้ร่วมทำกิจกรรมทางเพศ เมื่อได้คู่สนทนาจึงจะเล่าโลมโดยใช้การ สื่อสารผ่านข้อความในลักษณะปลุกอารมณ์ ก่อนที่จะถอดเสื้อผ้าโชว์ให้เห็นสรีระในส่วนที่ควร จะปกปิด เช่น หน้าอก อวัยวะเพศ จากนั้นก็จะปฏิบัติกิจกรรมทางเพศให้คู่สนทนาดู ซึ่งคู่สนทนา

⁵⁷ วัฒนีย์ ภูวทิศ, “การใช้ประโยชน์จากสื่อสังคมออนไลน์และผลกระทบเชิงจริยธรรมในการ นำเสนอข่าวสารของผู้สื่อข่าว” สืบค้นเมื่อวันที่ 16 มิถุนายน 2561, จาก http://www.bu.ac.th/knowledgecenter/executive_journal/jan_mar_11/pdf/aw23.pdf.

⁵⁸ เฟิ่งอ้าง.

ก็อาจจะมีการปฏิบัติในลักษณะเช่นเดียวกัน ซึ่งพฤติกรรมเหล่านี้นำไปสู่ปัญหาทางเพศที่เกิดขึ้นในปัจจุบันอย่างมากมาย⁵⁹

3. บริการวิดีโอออนไลน์ (Online Video) เป็นเว็บไซต์ที่ให้บริการโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย ปัจจุบันได้รับความนิยมอย่างแพร่หลายและขยายตัวอย่างรวดเร็ว เนื่องจากการนำเสนอเนื้อหาในรูปของวิดีโอออนไลน์ไม่ถูกจำกัดโดยผังรายการที่แน่นอนและตายตัว เพราะไม่มีการโฆษณา คั่นกลาง รวมทั้งผู้ใช้บริการสามารถเลือกเข้าชมเนื้อหาได้ตามความต้องการ และยังสามารถเชื่อมโยงไปยังเว็บไซต์ที่เก็บวิดีโออื่นที่มีความเกี่ยวข้องกันได้อีกด้วยเช่น ยูทูปหรือยูทิวบ์ (Youtube) ยาฮู (Yahoo)⁶⁰ ซึ่งผู้ใช้งานจะอาศัยเว็บไซต์เหล่านี้ในการอัปโหลดคลิปวิดีโอเกี่ยวกับการแสดงอนาจาร เช่น การแก้ผ้าเปลือยกายเดินโชว์ เพื่อให้ผู้อื่นสามารถเข้ามาดูได้อย่างอิสระ

4. เว็บไซต์ลามกอนาจาร เป็นเว็บไซต์ที่เต็มไปด้วยเรื่องราวทางเพศ มีความคาบเกี่ยวระหว่างเว็บไซต์เพื่อความบันเทิงทั่วไปกับเว็บไซต์ลามกอนาจาร ซึ่งภาพที่เห็นภายนอกจะไม่มีแตกต่างจากเว็บไซต์เพื่อความบันเทิงทั่วไป ที่มีลักษณะของข่าวบันเทิง ฟังเพลงออนไลน์ ดาวน์โหลดเกมส์ หากเพื่อนทางอินเทอร์เน็ต และเว็บบอร์ดแชร์รูป แต่เมื่อเข้าไปดูในบางพื้นที่ของเว็บไซต์เหล่านี้จะมีส่วนที่เกี่ยวข้องกับการแสดงเรื่องราวและเนื้อหาทางเพศอย่างชัดเจน ไม่ว่าจะเป็นเว็บบอร์ดที่ให้คนทั่วไปเขียนหรือส่งเรื่องราวต่างๆ ที่ปรากฏเนื้อหาของเรื่องเล่าทางเพศ แกลลอรี่หรือห้องแสดงภาพแอบถ่าย ภาพลามกอนาจาร และกระดานข่าวหรือกระทู้ที่แสดงความต้องการหาเพื่อนแฟน และเรื่องเพศสัมพันธ์ ตลอดจนการเขียนเสนอขายบริการทางเพศ มีการให้แสดงความคิดเห็นในเรื่องเพศ รวมทั้งเสนอขายสินค้าอุปกรณ์ที่ใช้ตอบสนองอรรถรสทางเพศ เช่น ซีดีหนังโป้⁶¹

การแพร่ภาพหรือข้อความที่มีเนื้อหาไม่เหมาะสมหรือขัดต่อศีลธรรม ไม่ว่าจะเกิดจากความสมัครใจหรือไม่ก็ตาม โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแพร่ภาพการแสดงหรือโชว์อันมีลักษณะอนาจารเป็นความผิดที่ผู้กระทำไม่ว่าจะกระทำผ่านสื่อประเภทใด ก็ล้วนแต่มีความผิดและอาจจะต้องได้รับโทษตามกฎหมายอาญา หรือกฎหมายพิเศษอื่น ในปัจจุบันนอกจากภาพยนตร์ วิดีโอ หรือสื่อสิ่งพิมพ์ต่างๆ ซึ่งเป็นสื่อที่มีมาตั้งแต่ในอดีตที่ผู้กระทำใช้เป็นสื่อกลางในการแพร่ภาพการแสดงอนาจารของตนแล้ว อินเทอร์เน็ตหรือสื่อสังคมออนไลน์ได้เข้ามามีบทบาทสำคัญและได้รับความนิยม

⁵⁹วีรพงษ์ พวงเล็ก, “สื่อลามกบนอินเทอร์เน็ต : อันตรายที่พึงระวังและแนวทางการแก้ปัญหาต่อเยาวชนไทย”, วารสารนักบริหาร มหาวิทยาลัยกรุงเทพ. ฉบับที่ 2 ปีที่ 31, น. 228 (เมษายน – มิถุนายน 2554).

⁶⁰วัฒน์ ภูวทิศ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 57.*

⁶¹วีรพงษ์ พวงเล็ก, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 59*, น. 227.

อย่างมากในการแพร่ภาพการแสดงอนาจาร และเป็นสื่อที่มีประสิทธิภาพในการนำเสนอและขยายพื้นที่ไปสู่ผู้รับหรือสาธารณะได้อย่างรวดเร็ว

การแสดงอนาจารโดยระยะทางสามารถแบ่งย่อยออกเป็น 2 ลักษณะ คือ

(1) การแสดงอนาจารแบบส่วนบุคคล (individual)

เป็นกรณีของการแสดงอนาจารในสื่อสังคมออนไลน์ที่มีค่าบริการ โดยผู้เข้าใช้บริการต้องสมัครเป็นสมาชิกและเสียค่าใช้จ่ายหรือการให้บริการแบบ Pay Site ซึ่งเป็นการประกอบธุรกิจเชิงพาณิชย์รูปแบบหนึ่งที่ผู้ต้องการเข้าถึงข้อมูลต้องเสียค่าบริการเป็นการตอบแทนในรูปแบบค่าบริการจากการเข้าใช้ (Access Charge) หรือค่าธรรมเนียมในการสมัครเป็นสมาชิก (Membership Fee) ซึ่งในการเข้าใช้บริการหรือเข้าถึงข้อมูลนั้น จะต้องมีการกรอกรายละเอียดข้อมูลส่วนบุคคล รวมทั้งการชำระค่าบริการส่วนใหญ่จะเป็นการใช้ระบบบัตรเครดิต ซึ่งวิธีการนี้เป็นการระบุตัวตนของผู้ที่เป็นสมาชิกได้อย่างชัดเจน ซึ่งวัตถุประสงค์ของสื่อสังคมออนไลน์ที่มีค่าบริการนี้ เพื่อต้องการคัดกรองผู้เข้าใช้บริการเฉพาะกลุ่มสมาชิกที่มีการจ่ายค่าธรรมเนียมในการสมัครเท่านั้น ซึ่งสภาพของการแสดงอนาจารที่เกิดขึ้นนั้นได้มาจากความพึงพอใจและความยินยอมของบุคคลไม่ว่าจะเป็นผู้หญิงหรือผู้ชายในการแสดงหรือโชว์เช่นนั้น ซึ่งอาจมองว่าเป็นการแสดงออกซึ่งสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล โดยมีได้มีวัตถุประสงค์นำไปเผยแพร่เพื่อให้กระทบต่อสาธารณชนโดยส่วนรวม โดยผู้ให้บริการในกลุ่มนี้ส่วนใหญ่จะเป็นผู้ใหญ่ซึ่งพ้นจากความเป็นผู้เยาว์ที่กฎหมายอาญาให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษ

(2) การแสดงอนาจารแบบสาธารณะ (public)

เป็นกรณีของการแสดงอนาจารในสื่อสังคมออนไลน์ที่ไม่มีค่าบริการ โดยสื่อสังคมออนไลน์ลักษณะนี้เป็นการเปิดบริการโดยมีวัตถุประสงค์ในการเผยแพร่เป็นการสาธารณะ โดยผู้ให้บริการเพียงแค่สมัครเข้าเป็นสมาชิก แต่ไม่จำเป็นต้องค่าธรรมเนียมในการสมัครเป็นสมาชิก ซึ่งผู้ให้บริการเป็นได้ทั้งผู้ใหญ่ เยาวชน และเด็ก ที่สามารถเข้าใช้บริการได้ตลอดเวลาโดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายใดๆ ซึ่งการแสดงอนาจารผ่านสื่อสังคมออนไลน์ดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่อสังคมโดยส่วนรวม โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นการไม่เหมาะสมต่อเด็ก และเยาวชนที่กฎหมายอาญามุ่งให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษ

จากลักษณะของการแสดงอนาจารที่กล่าวมาข้างต้น ทั้งในลักษณะของการกระทำโดยซึ่งหน้า และลักษณะของการกระทำโดยระยะทาง จะเห็นได้ว่าการแสดงอนาจารทั้ง 2 ลักษณะดังกล่าวเป็นการกระทำที่น่าตำหนิหรือมีความชั่ว (Schuld) กล่าวคือ การที่มนุษย์อยู่ร่วมกันในสังคมนั้น ทุกคนจะต้องประพฤติดี ประพฤติชอบ ซึ่งเป็นศีลธรรมหรือจริยธรรมของการอยู่ร่วมกัน ผู้ใดประพฤติผิดศีลธรรมหรือจริยธรรมของการอยู่ร่วมกัน ผู้นั้นจะต้องถูกตำหนิจากสังคม กฎหมายอาญาบัญญัติขึ้นเพื่อการคุ้มครองการอยู่ร่วมกันในสังคม จึงเป็นการกำหนดศีลธรรมหรือจริยธรรมของการอยู่ร่วมกันไว้ด้วย การกระทำที่ผิดกฎหมายอาญาจึงเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมหรือจริยธรรม

ของการอยู่ร่วมกันของกฎหมายอาญา เป็นการกระทำที่มีความชั่ว และเป็นกระทำที่ดำเนินได้ อันจำเป็นต้องถูกลงโทษ กล่าวคือ ผู้กระทำสามารถตัดสินใจกระทำในสิ่งที่ถูกต้องได้ แต่ไม่กระทำกลับตัดสินใจกระทำในสิ่งที่ผิดแทน กระทำดังกล่าวจึงควรถูกดำเนิน ดังนั้น การกระทำความผิดอาญาของผู้กระทำจึงเป็นการกระทำที่ต้องถูกดำเนินหรือเป็นการกระทำที่ชั่ว เพราะฉะนั้น ความถูกดำเนินได้หรือความชั่ว (Schuld) จึงเป็นข้อสาระสำคัญที่เหมือนกันของความผิดอาญาทุกฐานหรือเป็นข้อสาระสำคัญของโครงสร้างของความผิดอาญา⁶²

จะเห็นได้ว่าการแสดงอนาจารโดยซึ่งหน้ามีลักษณะของการกระทำที่แสดงให้เห็นถึงความอกอาจ ไม่เกรงกลัวต่ออำนาจของผู้เสียหายหรือผู้อื่น ซึ่งเป็นการกระทำที่น่าดำเนินหรือมีความชั่ว (Schuld) มากกว่าการแสดงอนาจารโดยระยะทาง อย่างไรก็ตาม การแสดงอนาจารโดยซึ่งหน้าและการแสดงอนาจารโดยระยะทางก็สามารถแยกออกเป็นการแสดงอนาจารแบบส่วนตัวและแบบสาธารณะ การจะกำหนดว่าการแสดงอนาจารในลักษณะใดควรจะเป็นความผิด และจะต้องได้รับการลงโทษนั้น จะต้องนำหลักการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา (Criminalization) มาใช้ในการพิจารณา ซึ่ง Herbert L. Packer ได้เสนอแนวทางในการกำหนดความผิดอาญาที่เหมาะสมไว้ว่า การกระทำที่ประชาชนส่วนใหญ่เห็นว่าเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม และประชาชนส่วนใหญ่มีได้ให้อภัยแก่การกระทำนั้น ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแล้วจะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ ไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลง มีการบังคับใช้กฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน และไม่มีมาตรการอื่นในควบคุมนอกจากการใช้กฎหมายอาญากับการกระทำดังกล่าว⁶³

(1) หลักการว่าด้วยความเป็นภัยอันตราย (Harm Principles)⁶⁴

John Strart Mill มองว่าการจำกัดเสรีภาพของบุคคลเป็นสิ่งที่ไม่ดี และควรจำกัดเสรีภาพได้ก็ต่อเมื่อเป็นสิ่งที่จำเป็นในการป้องกันผลร้าย (harm) ที่จะเกิดจากการกระทำนั้นต่อผู้อื่น การกระทำที่เกี่ยวข้องกับตัวผู้กระทำเองแล้วไปยุ่งเกี่ยวกับเสรีภาพของบุคคลนั้นเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง กฎหมายควรจำกัดเสรีภาพของบุคคลได้ก็ต่อเมื่อการกระทำของผู้นั้นจะก่อให้เกิดผลร้าย

⁶² คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2551), น. 101 - 104.

⁶³ Herbert L. Packer. The Limit of The Criminal Sanction. (California : Stanford University Press, 1968). p. 274. อ้างถึงใน วิภาพร เนติจิโรชิตติ, “การบัญญัติความผิดลหุโทษให้เป็นความผิดอาญาทั่วไป : ศึกษาเฉพาะความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา”, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2548), น. 48 - 51.

⁶⁴ วิภาพร เนติจิโรชิตติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 63, น. 38 - 39.

ต่อผู้อื่นเท่านั้น แต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวจะใช้ได้แต่เฉพาะมนุษย์ที่เติบโตเป็นผู้ใหญ่เท่านั้น เพราะเด็กหรือผู้เยาว์ยังคงต้องการปกป้องเป็นพิเศษทั้งจากการกระทำของตนเองและผู้อื่น ทั้งนี้ หลักการดังกล่าวได้รับการวิจารณ์ว่าเป็นหลักเกณฑ์ที่เปิดช่องให้มีการแทรกแซงเสรีภาพของบุคคลอย่างจำกัดจนเกินไป เพราะการแทรกแซงเสรีภาพของบุคคลนั้นอาจมีเหตุผลอีกหลายประการนอกเหนือจากการพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นผลร้ายต่อผู้อื่นหรือไม่ การใช้หลักการดังกล่าวเพียงประการเดียวโดยไม่มีหลักการอื่นเข้ามาเสริมย่อมไม่เป็นการเพียงพอ จึงต้องมีการนำหลักการอื่นเข้ามาใช้ประกอบหลักเกณฑ์ความเป็นภัยอันตราย

(2) หลักการว่าด้วยความผิด (Offence Principles)⁶⁵

หลักการดังกล่าวเริ่มต้นมาจากแนวคิดของ Joel Feinberg โดยมีหลักการว่าการกระทำบางอย่างแม้จะไม่ได้ก่อให้เกิดผลร้าย ก็ทำให้เกิดการล่วงเกินต่อความรู้สึกของคนทั่วไป ก็ควรจะใช้กฎหมายอาญาแทรกแซงได้

หลักการดังกล่าวได้ถูกนำมาใช้ในการปราบปรามการกระทำอันลามกอนาจาร การวางขายสิ่งพิมพ์ลามก ผู้ที่เห็นด้วยกับหลักเกณฑ์ดังกล่าวให้เหตุผลบางประการ เช่น การเปลือยกายในสถานที่สาธารณะไม่ได้ก่อให้เกิดผลร้ายแก่บุคคลใด นอกเหนือจากความรู้สึกขัดใจแก่บุคคลบางคน ซึ่งถ้าบุคคลนั้นไม่ชอบก็ไม่ต้องมอง เช่นเดียวกับสื่อสิ่งพิมพ์ลามกก็ได้เป็นภัยแก่บุคคลใดโดยตรง ถ้าบุคคลนั้นรู้สึกเป็นการล่วงเกินต่อความรู้สึกของตนก็ปิดหนังสือหรือไม่มองหนังสือดังกล่าว ซึ่งถ้ามองตามหลักการว่าด้วยความเป็นภัยอันตราย (Harm Principles) จะเห็นได้ว่าการกระทำเหล่านี้ไม่น่าจะถูกแทรกแซงโดยกฎหมายอาญาได้ แต่ผู้ที่เห็นด้วยกับหลักการว่าด้วยความผิด (Offence Principles) เห็นว่าไม่อาจจะยึดเพียงหลักการว่าด้วยความเป็นภัยอันตราย (Harm Principles) อย่างเดียวได้ เพราะหากการกระทำอันลามกอนาจารนั้นได้กระทำในสถานที่สาธารณะ เช่น การเปลือยกาย ก็มีแนวโน้มที่จะดึงดูดสายตาผู้อื่น ซึ่งทำให้เกิดความรู้สึกที่ไม่สมควรและถูกเก็บกดอยู่ในจิตใจ ก็น่าจะใช้กฎหมายอาญาแทรกแซงได้ แต่อย่างไรก็ตาม หากมีการยอมรับหลักการดังกล่าวโดยไม่มีเงื่อนไขก็อาจนำไปสู่การแทรกแซงเสรีภาพของบุคคลอย่างกว้างขวาง เพราะความรู้สึกว่าถูกล่วงเกินของแต่ละบุคคลนั้นอาจจะมีความลำเอียง ความรังเกียจ หรือศีลธรรมส่วนที่ไร้เหตุผลได้ จึงจำต้องจำกัดขอบเขตของหลักการดังกล่าวให้อยู่ภายใต้เงื่อนไข 2 ประการ คือ

1. ต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่จะก่อให้เกิดความรู้สึกล่วงเกินแก่บุคคลทั่วไปหรือไม่ โดยการกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำที่ทำให้คนที่พบเห็นเกือบทุกคนรู้สึกว่ถูกล่วงเกิน

⁶⁵วิภากร เนติจิรโชติ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 63*, น. 39 – 40.

2. ต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นการล่วงเกินที่บุคคลทั่วไปสามารถหลีกเลี่ยงได้มากน้อยเพียงใด หากมันเป็นสิ่งที่บุคคลนั้นไม่พึงปรารถนา

ซึ่งเงื่อนไขทั้ง 2 ประการ ทำให้หลักการดังกล่าวมีขอบเขตที่ไม่กว้างจนเกินความจำเป็น และสอดคล้องกับลักษณะของกฎหมายอาญา และถ้าจะนำเอาหลักการดังกล่าว และเงื่อนไขดังกล่าวมาใช้ก็จะพบว่าการเปลี่ยถ่ายในสถานที่สาธารณะ และการประกอบกิจการทางเพศในสถานที่สาธารณะ ย่อมเข้าเงื่อนไขทั้ง 2 ประการดังกล่าว

(3) หลักกฎหมายศีลธรรม (Legal Moralism)

เป็นหลักการที่ใช้กฎหมายเพื่อบังคับให้บุคคลอยู่ในกรอบหรือมาตรฐานทางศีลธรรมที่สังคมยึดถือปฏิบัติอยู่ในขณะนั้น กล่าวคือ รัฐสามารถใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือบังคับให้ประชาชนปฏิบัติตามอยู่ภายในกรอบและมาตรฐานทางศีลธรรมที่สังคมยึดถือปฏิบัติอยู่ในขณะนั้น โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงความร้ายแรงหรือความผิดที่จะส่งผลกระทบต่อตัวผู้กระทำความผิดเองหรือผู้อื่นในสังคม

Louis B. Schwartz ได้ตั้งข้อสังเกตว่าสิ่งที่ทำให้ความผิดเหล่านี้แตกต่างจากความผิดอื่นๆ ไม่ใช่อยู่ที่ว่าความผิดเหล่านี้มีความสัมพันธ์เป็นพิเศษกับศีลธรรม แต่อยู่ที่ว่าเราไม่อาจจะมองเห็นความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่สังคมจากการกระทำความผิดเหล่านี้ได้⁶⁶ และ Lord Patrick Devlin เห็นว่าวัตถุประสงค์ที่เหมาะสมของกฎหมายอาญา คือ การป้องกันผลร้าย ซึ่งไม่ใช่เพียงการป้องกันผลร้ายให้แก่ปัจเจกบุคคลเท่านั้น แต่กฎหมายอาญายังมีหน้าที่ในการปกป้องสังคมศีลธรรมที่ยึดถือร่วมกันเป็นเงื่อนไขที่จำเป็นสำหรับความคงอยู่ของสังคม แม้ว่าศีลธรรมจะเป็นสิ่งที่มองไม่เห็นแต่ก็เป็นสิ่งที่ยึดบุคคลไว้รวมกันในสังคม การทำลายศีลธรรมจึงมีผลทำให้สังคมอ่อนแอไปด้วย ดังนั้น สังคมจึงมีสิทธิที่จะปกป้องศีลธรรมที่ยึดถือโดยใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือในการปกป้องศีลธรรมของตนเองได้ แต่ก่อนที่สังคมจะลงโทษการกระทำที่ผิดศีลธรรม ก็ควรจะยอมรับและเคารพในเสรีภาพส่วนบุคคลให้มากที่สุดเท่าที่สังคมจะยอมรับได้ คือ ยังไม่ควรใช้กฎหมายอาญาหากเห็นว่าการต่อต้านการกระทำที่ผิดศีลธรรมนั้นยังไม่รุนแรงพอ แต่ถ้าความรู้สึกต่อต้านหรือรังเกียจการกระทำดังกล่าวอย่างรุนแรง และสังคมไม่ยอมผ่อนปรน สังคมมีสิทธิที่จะใช้กฎหมายอาญาจัดการกับการกระทำความผิดดังกล่าวได้⁶⁷ นอกจากนี้ Lon Fuller เห็นว่ากฎหมายและศีลธรรมมีความสัมพันธ์กัน ศีลธรรมเป็นเหตุผลที่แฝงอยู่ภายใต้การบังคับของกฎหมาย ในการบัญญัติกฎหมายอาญาจะต้องมีการวางแผนในการบังคับ เพื่อให้เกิดความแน่นอนชัดเจนในสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะควบคุม หลักเกณฑ์

⁶⁶วิภาพร เนติจิรโชติ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 63*, น. 42.

⁶⁷วิภาพร เนติจิรโชติ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 63*, น. 42.

ดังกล่าวจะต้องมุ่งเป็นการบังคับใช้ในอนาคต เพราะหากมีผลย้อนหลังไปในอดีตเท่ากับบุคคลจะถูก ลงโทษในการกระทำในอดีตที่ขณะนั้นกฎหมายไม่ได้บัญญัติให้การกระทำนั้นเป็นความผิด เกณฑ์การ ควบคุมต้องมีลักษณะที่รัดกุมเหมาะสม มีความแน่นอน ชัดเจน ไม่มีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา ไม่มีลักษณะขัดแย้งกับกฎเกณฑ์อื่น สามารถปฏิบัติตามได้จริง และต้องมีการเผยแพร่ให้ประชาชน ทราบโดยทั่วกัน รวมทั้งต้องสอดคล้องกับแนวทางการปฏิบัติในการควบคุมของเจ้าหน้าที่ ซึ่งรับผิดชอบดูแลและบังคับใช้เกณฑ์ดังกล่าว เพื่อให้ประชาชนได้เห็นผลที่จะเกิดขึ้น หากมีการฝ่าฝืน เกณฑ์ดังกล่าว⁶⁸

เมื่อนำหลักการความรับผิดชอบทางอาญามาพิจารณากับลักษณะของการแสดง อนาคตในปัจจุบัน จะเห็นได้ว่าการแสดงอนาคตไม่ว่าจะเป็นโดยซึ่งหน้าหรือโดยระยะทางนั้น ไม่สามารถนำหลักการว่าด้วยความเป็นภัยอันตราย (Harm Principles) มาเป็นหลักการในการกำหนด ความผิดทางอาญาแก่ผู้กระทำได้ เนื่องจากหลักการดังกล่าวมองว่ากฎหมายจะจำกัดเสรีภาพของ บุคคลได้ก็ต่อเมื่อการกระทำของผู้นั้นได้ก่อให้เกิดผลร้ายต่อผู้อื่นเท่านั้น แต่การแสดงอนาคตดังกล่าว แม้จะเป็นการกระทำโดยซึ่งหน้าที่มีความอู้อาจ ไม่เกรงกลัวต่ออำนาจของผู้อื่นก็ตาม ก็ยังไม่ได้ ก่อให้เกิดความภัยอันตรายหรือผลร้ายต่อผู้อื่น แต่เป็นการแนวโน้มที่จะดึงดูดสายตาผู้อื่น ทำให้เกิด ความรู้สึกที่ไม่พึงปรารถนา และเป็นการล่วงเกินต่อความรู้สึกของคนทั่วไป เป็นการสร้าง การเผชิญหน้าระหว่างผู้กระทำและผู้ที่ถูกเป็นเหยื่อ ทำให้ผู้ที่ถูกเป็นเหยื่อไม่ยอมเข้าไปใช้พื้นที่ที่มี การแสดงอนาคตหรือไม่ยอมเผชิญหน้ากับการกระทำดังกล่าว ทำให้ผู้อื่นสามารถใช้พื้นที่ดังกล่าวได้ อย่างจำกัด จึงสามารถนำหลักการว่าด้วยความผิด (Offence Principle) มากำหนดความรับผิด ทางอาญากับผู้แสดงอนาคตได้ แต่ก็เฉพาะกรณีของการแสดงอนาคตโดยซึ่งหน้าเท่านั้น ส่วนการ แสดงอนาคตโดยระยะทางนั้นไม่ได้เป็นการกระทำกระทำในลักษณะของการเผชิญหน้าระหว่าง ผู้กระทำกับผู้ที่ถูกเป็นเหยื่อ เนื่องจากทั้งสองฝ่ายไม่ได้อยู่ซึ่งหน้ากันในขณะที่มีการแสดงอนาคต อย่างไรก็ตาม การแสดงอนาคตโดยระยะทางแม้จะไม่ก่อให้เกิดความภัยอันตรายหรือความเสียหาย และไม่ใช้เรื่องการใช้พื้นที่สาธารณะอย่างจำกัด แต่เป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมโดยตรง ดังนั้น สังคม จึงมีสิทธิที่จะปกป้องศีลธรรมที่ยึดถือโดยใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือในการปกป้องศีลธรรมของ ตนเองได้ และเพื่อเป็นการบังคับให้บุคคลทุกคนอยู่ในกรอบหรือมาตรฐานทางศีลธรรมที่สังคมยึดถือ ปฏิบัติอยู่ รัฐจึงควรใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือบังคับให้ประชาชนปฏิบัติตามอยู่ภายในกรอบและ มาตรฐานทางศีลธรรมที่สังคมยึดถือปฏิบัติอยู่ในขณะนั้น จึงสามารถนำหลักกฎหมายศีลธรรม (Legal Moralism) มากำหนดความรับผิดทางอาญาได้

⁶⁸Austin M. Chinhengo. *Essential Jurisprudence*. (London : Cavendish Publishing Limited, 1995), p. 68. อ้างถึงใน วิภาพร เนติจิโรชิตี, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 63*, น. 42.

เมื่อพิจารณาลักษณะของการแสดงอนาจารในปัจจุบันแล้ว สามารถพิจารณาแนวทางในการลงโทษ โดยจัดลำดับตามการกระทำที่ควรได้รับการดำเนินหรือความชั่ว (Schuld) พิจารณาจาก ได้ดังนี้

1. การแสดงอนาจารโดยซึ่งหน้าที่มีลักษณะแบบสาธารณะ (Public) เป็นการกระทำที่สมควรได้รับการลงโทษมากที่สุด เนื่องจากการแสดงอนาจารโดยซึ่งหน้านั้นผู้กระทำได้มีความอุกอาจ โดยที่ไม่เกิดความเกรงกลัวต่ออำนาจของผู้อื่น และเมื่อได้มีการกระทำในสถานที่สาธารณะย่อมทำให้ผู้อื่นได้รับผลกระทบเป็นวงกว้าง เนื่องจากสถานที่สาธารณะนั้นเป็นสถานที่ที่บุคคลทุกคนสามารถเข้าไปใช้ประโยชน์ได้อย่างชอบธรรม เมื่อผู้ใดได้เข้าไปกระทำการอันเป็นการล่วงเกินความรู้สึกหรือรบกวนการใช้พื้นที่สาธารณะตามปกติของผู้อื่น และทำให้ผู้อื่นได้ใช้พื้นที่สาธารณะอย่างจำกัด ย่อมถือว่าเป็นความผิด

2. การแสดงอนาจารโดยระยะทางที่มีลักษณะแบบสาธารณะ (Public) เป็นการกระทำที่สมควรได้รับการลงโทษในลำดับที่ 2 เนื่องจากแม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะมีได้เป็นการกระทำที่ต้องมีการเผชิญหน้าระหว่างผู้กระทำกับผู้ที่ตกเป็นเหยื่อ แต่เป็นการกระทำดังกล่าวได้เกิดขึ้นในสื่อสังคมออนไลน์ในมีลักษณะเป็นแบบสาธารณะ เปิดกว้าง ไม่ว่าบุคคลใดก็สามารถเข้าถึงได้โดยไม่มีขอบเขตจำกัด และไม่มีมาตรการกีดกันผู้เข้าถึงแต่อย่างใด จึงทำให้การแสดงอนาจารในลักษณะนี้ย่อมส่งผลกระทบเป็นวงกว้าง โดยเฉพาะกลุ่มเด็กและเยาวชน ซึ่งมีวุฒิภาวะในการแยกแยะความถูกต้องเหมาะสมต่อกว่าผู้ใหญ่ ทำให้ถูกชักจูงหรือล่อลวงอันนำไปสู่อาชญากรรมทางเพศได้ง่าย หรือมีพฤติกรรมเลียนแบบเนื่องจากเข้าใจว่าสิ่งที่ได้เห็นนั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้องและสามารถกระทำได้

3. การแสดงอนาจารโดยซึ่งหน้าที่มีลักษณะแบบส่วนบุคคล (Individual) เป็นการกระทำที่สมควรได้รับการลงโทษในลำดับที่ 3 เนื่องจากแม้ว่าผู้กระทำมีเสรีภาพในการแสดงทางเพศในพื้นที่ส่วนบุคคล แต่หากได้กระทำในบริเวณที่อยู่นอกตัวอาคาร ที่มีสภาพโล่งแจ้ง เช่น ระเบียง สนามหญ้าหน้าบ้าน ซึ่งบุคคลทั่วไปสามารถมองเห็นได้จากภายนอก แม้จะถือว่าเป็นพื้นที่ส่วนบุคคล แต่การกระทำดังกล่าวถือว่าเป็นการกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ก็น่าจะถือว่าเป็นความผิดได้ แต่หากมีการกระทำภายในตัวอาคารหรือบ้านซึ่งถือว่าเป็นพื้นที่ส่วนบุคคลโดยแท้ แม้จะมีผู้อื่นใช้กล้องส่องทางไกลแล้วมองเห็นการกระทำดังกล่าวก็ตาม แต่การกระทำดังกล่าวไม่น่าจะถือว่าเป็นความผิด

4. การแสดงอนาจารโดยระยะทางที่มีลักษณะแบบส่วนบุคคล (Individual) เป็นการกระทำที่สมควรได้รับการลงโทษเป็นลำดับสุดท้าย เนื่องจากนอกจากจะไม่ได้เป็นการกระทำที่มีลักษณะอุกอาจแล้ว ยังเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นเฉพาะกลุ่มบุคคลที่มีความยินยอมและชื่นชอบในการแสดงหรือโชว์ดังกล่าว ซึ่งเป็นเรื่องของเสรีภาพในการแสดงทางเพศและรสนิยมทางเพศของแต่ละบุคคล ไม่ได้ส่งผลกระทบต่อผู้อื่นที่ไม่มีความยินยอมหรือชื่นชอบในการแสดงหรือโชว์ดังกล่าวเป็นการทั่วไป

2.2.3 ลักษณะของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจาร

จากพฤติกรรมการแสดงอนาจารที่เกิดขึ้นในสถานการณ์ปัจจุบัน ไม่ว่าจะเกิดขึ้นในสถานที่สาธารณะหรือสื่อสังคมออนไลน์ ไม่อาจที่จะปฏิเสธได้ว่าเมื่อมีการแสดงอนาจารเกิดขึ้นก็จะต้องมีผู้ถ่ายภาพดังกล่าว และผลสืบเนื่องที่ตามมาก็คือการเผยแพร่ภาพการแสดงอนาจารนั้นต่อสาธารณชน โดยแบ่งลักษณะของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารออก 2 กลุ่ม ดังนี้

2.2.3.1 ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยตรง

ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยตรง นั่นก็คือ ผู้ที่ลงมือกระทำการแสดงอนาจาร ซึ่งการแสดงอนาจารเป็นการกระทำความผิดทางเพศอย่างหนึ่ง ถ้าพิจารณาในแง่ของจิตวิทยาแล้ว ถือว่าเป็นการแสดงออกของความบกพร่องทางจิตใจ เป็นการแสดงออกของบุคคลที่ผิดปกติ ซึ่งมีความสัมพันธ์กับความบกพร่องของพัฒนาการทางเพศและจิตใจของบุคคล แต่พฤติกรรมดังกล่าวไม่จำเป็นว่าผู้กระทำจะต้องมีความผิดปกติเสมอไป โดยลักษณะของผู้กระทำการแสดงอนาจารสามารถแบ่งออกเป็น 5 ลักษณะ ดังนี้

(1) ผู้กระทำเนื่องจากความผิดปกติทางจิต กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดกลุ่มนี้ จะมีความผิดปกติทางด้านความคิด อารมณ์ การรับรู้ และพฤติกรรม จนอาจไม่สามารถที่จะช่วยเหลือตนเองได้ ขาดความสามารถในการปรับตัวเข้ากับครอบครัวและสังคม มักมีอาการเป็นๆ หายๆ ซึ่งมีผลกระทบต่อการใช้ชีวิต มีความสามารถในการดูแลตนเองและการทำงานลดลง จนทำให้รู้สึกที่ตนเองมีความแตกต่างและด้อยกว่าผู้อื่น ซึ่งบางรายมีอาการรุนแรงจนไม่สามารถควบคุมตนเองและตัดสินใจถูกผิด ชั่วดี เหมือนคนปกติทั่วไป บางรายมีพฤติกรรมก้าวร้าวจนถึงขั้นก่อคดีซึ่งเป็นไปเพื่อตอบสนองต่อการรับรู้ของระบบประสาทที่ผิดปกติไป⁶⁹ โดยผู้กระทำกลุ่มนี้ถือว่าเป็นบุคคลที่มีความผิดปกติทางจิต ซึ่งในขณะที่ลงมือกระทำนั้นอาจไม่รู้สำนึกหรือไม่รู้ผิดชอบในการกระทำว่าตนกำลังแสดงพฤติกรรมดังกล่าวต่อผู้อื่น

(2) ผู้กระทำเนื่องจากความก้าวร้าวทางเพศที่เกิดจากกระบวนการทางสังคม กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดกลุ่มนี้ได้รับอิทธิพลจากสิ่งแวดล้อมและคนใกล้ชิด และถูกเลี้ยงดูในวัฒนธรรมที่ไม่ได้สั่งสอนให้เคารพสิทธิของผู้อื่น เห็นแก่ความสนุกสนานและความพึงพอใจทางเพศของตนเป็นหลัก โดยผู้กระทำความผิดกลุ่มนี้จะมีการแสดงออกทางเพศบนความเชื่อที่เกี่ยวกับความก้าวร้าว จึงทำให้ผู้กระทำความผิดกลุ่มนี้มักใช้อำนาจเป็นเหตุผลในการเข้าข้างตนเองและคิดว่า

⁶⁹ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, นิติเวชศาสตร์และกฎหมายการแพทย์, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2557), น. 123 – 124.

ตนเองไม่ได้มีความผิดปกติ⁷⁰ ตามคู่มือวินิจฉัยโรคและสถิติสำหรับผู้มีความผิดปกติทางจิต (The Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders : DSM) ได้ให้ความหมายของอาการต่อต้านสังคมว่าเป็นอาการของบุคคลที่เข้าสังคมไม่ได้ มีอุปนิสัยขัดแย้งกับสังคม ไม่มีความซื่อสัตย์ต่อตนเองหรือต่อบรรทัดฐานทางสังคม เป็นคนเห็นแก่ตัว หยาบคาย ไม่รับผิดชอบ ไม่มีความยับยั้งชั่งใจ ไม่มีความรู้สึกผิดชอบชั่วดี และไม่สามารถที่จะเรียนรู้จากประสบการณ์หรือการถูกลงโทษ มีความอดกลั้นต่อสิ่งยั่วยุคน้อย และมักจะตำหนิผู้อื่นหรือมักแก้ตัวในพฤติกรรมของตนเอง⁷¹ โดยพฤติกรรมของผู้กระทำกลุ่มนี้อาจเกิดจากความคึกคะนองหรือต้องการแสดงพื้นที่ส่วนตัวเป็นของตัวเอง ในอดีตที่ผ่านมาจะมีการแสดงออกทางเพศอันมีลักษณะเปิดเผยต่อผู้อื่นตามสถานที่สาธารณะหรือสถานที่ที่บุคคลสามารถพบเห็นได้ง่าย หากแต่ปัจจุบันได้มีสื่อสังคมออนไลน์เป็นเครื่องมือในการเผยแพร่การแสดงพฤติกรรมเช่นนั้นได้ โดยมองว่าเป็นการสร้างจุดเด่นให้กับตนเอง ต้องการเป็นคนสำคัญ และได้รับความสนใจจากผู้ที่ได้พบเห็น แม้ผลลัพธ์จะเป็นลบก็ไม่ใช่สาระสำคัญ ขอเพียงให้ตนเองได้เป็นที่รู้จักของคนในสังคมก็เพียงพอแล้ว การพัฒนาของเทคโนโลยีใหม่ๆ ทำให้บางรายสามารถปรับวิธีการนำเสนอการแสดงอนาจารของพวกตน เช่น การถ่ายรูปตัวเองแล้วโพสต์ลงในสื่อสังคมออนไลน์⁷² โดยผู้กระทำกลุ่มนี้ถือว่าเป็นบุคคลที่มีความปกติทางจิต และรู้สำนึกอยู่เสมอว่าตนกำลังแสดงพฤติกรรมดังกล่าวต่อผู้อื่น และรับรู้ว่าสิ่งที่กำลังกระทำนั้นเป็นความผิด แต่ก็ไม่สนใจว่าสิ่งที่กำลังกระทำนั้นเป็นสิ่งถูกหรือสิ่งผิด และจะสร้างความเดือดร้อนให้กับผู้อื่นหรือไม่ จะขาดจิตสำนึกและไม่ละอายต่อการกระทำของตน ไม่สำนึกผิดต่อการกระทำของตน และไม่เคียดคิดว่สิ่งที่ตนกระทำนั้นเป็นสิ่งผิด แต่กลับมีความสุขจากการกระทำของตน

(3) ผู้กระทำที่มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนทางเพศ โดยผู้กระทำกลุ่มนี้จะมีประสบการณ์เกี่ยวกับพฤติกรรมทางเพศมากกว่าบุคคลปกติทั่วไป เช่น การกระตุ้นทางเพศที่ต้องเป็นการแสดงออกทางเพศอันมีลักษณะเปิดเผยให้ผู้อื่นดู จึงจะทำให้ผู้กระทำเกิดความพึงพอใจและความสุขทางเพศ ซึ่งความรู้สึกและความต้องการทางเพศที่เกินกว่าปกติของผู้กระทำจะเป็นสิ่งที่คอยรบกวนอยู่ตลอดเวลา โดยผู้กระทำไม่สามารถควบคุมได้ จึงต้องหาทางระบายออกมา โดยอย่างน้อย

⁷⁰ ณรงค์ศักดิ์ สุขวิบูลย์, “มาตรการบังคับทางอาญาที่เหมาะสมสำหรับผู้กระทำผิด”, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น. 30.

⁷¹ พรชัย ขันดี และคณะ, ทฤษฎีและงานวิจัยทางอาชญาวิทยา, (กรุงเทพมหานคร : บริษัทบุ๊คเน็ท จำกัด, 2534), น. 54. อ้างถึงใน ณรงค์ศักดิ์ สุขวิบูลย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 65, น. 37.

⁷² Hart, Matt. “Being naked on the internet: young people’s selfies as intimate edgework”, Journal of Youth Studies, pp. 1-15 (2016).

ภายในระยะเวลา 6 เดือน ผู้กระทำกลุ่มนี้จะถูกกระตุ้นทางเพศซ้ำ จะเกิดขึ้นบ่อยแค่ไหน หรือมีความรุนแรงเพียงใด ขึ้นอยู่กับแรงผลักดันทางจิตใจด้วย⁷³ โดยพฤติกรรมของผู้กระทำกลุ่มนี้ จะไม่สามารถยับยั้งความรู้สึกได้ เมื่อมีสิ่งกระตุ้นไม่ว่าจะเป็นเวลาใดก็จะเกิดความต้องการอย่างผิดปกติและรุนแรง ซึ่งจะกระทำการแสดงพฤติกรรมดังกล่าวต่อบุคคลแปลกหน้า โดยที่บุคคลนั้นไม่ได้เต็มใจดู ทำให้ผู้กระทำมีความสุขทางเพศ ความต้องการที่จะแสดงหรือโชว์อนาจารดังกล่าวจะเกิดขึ้นบ่อยๆ และไม่สามารถยับยั้งจิตใจของตนไม่ให้เกิดพฤติกรรมดังกล่าวได้ ความสุขทางเพศของผู้กระทำกลุ่มนี้จะเกิดขึ้นเมื่อได้เห็นผู้ที่ตกเป็นเหยื่อเกิดอาการตื่นเต้นหรือตกใจต่อการกระทำของตน⁷⁴ ซึ่งบางรายอาจมีพฤติกรรมในการสำเร็จความใคร่ด้วยตนเองไปพร้อมกัน โดยผู้กระทำกลุ่มนี้ไม่ได้ถือว่าเป็นบุคคลวิกลจริตที่ไม่รู้ผิดชอบชั่วดี เนื่องจากในขณะที่กระทำการแสดงอนาจารนั้นได้รู้สำนึกในการกระทำว่าตนกำลังแสดงพฤติกรรมดังกล่าวต่อผู้อื่น เพียงแต่มีความสามารถในการควบคุมตนเองต่ำ หรือไม่สามารถยับยั้งการกระทำของตนเองได้ในขณะนั้น

(4) ผู้กระทำเพื่อต้องการได้รับประโยชน์จากการกระทำ และโอกาสที่จะลงโทษ กล่าวคือ ผู้กระทำประเภทนี้มีพฤติกรรมอันเกิดจากเจตจำนงอิสระ (free will) ของตน โดยมีแนวคิดที่ว่ามนุษย์จะกระทำหรือไม่กระทำการใดก็ได้ มนุษย์มีพฤติกรรมใดเกิดจากการชั่งน้ำหนักระหว่างความสุขหรือประโยชน์ที่ได้รับกับความทุกข์หรือผลที่ตามมาจากการกระทำผิด นั่นคือโทษเมื่อชั่งน้ำหนักแล้ว หากความทุกข์หรือโทษมีมากกว่าความสุขหรือประโยชน์ที่ตนได้รับ มนุษย์ก็จะใช้เจตจำนงอิสระตัดสินใจว่าจะกระทำหรือไม่กระทำการนั้น ทั้งนี้ มนุษย์จะเลือกกระทำความผิดอย่างมีเหตุผลโดยคำนึงถึงผลได้และผลเสียจากการประกอบอาชญากรรม โดยคำนึงถึงโอกาสที่จะถูกจับและถูกลงโทษ⁷⁵ ดังนั้น เมื่อผู้กระทำได้ชั่งน้ำหนักของการกระทำระหว่างความสุขหรือประโยชน์ที่ตนจะได้รับจากการแสดงอนาจาร กับความทุกข์หรือผลที่ตามมาจากการแสดงอนาจาร นั่นคือ ความเสี่ยงต่อการถูกจับกุมและต้องถูกลงโทษแล้ว หากความสุขหรือประโยชน์ที่ได้จะได้รับจากการแสดงอนาจารมีมากกว่าความทุกข์หรือความเสี่ยงต่อการถูกจับกุมและต้องถูกลงโทษ ผู้กระทำก็มีโอกาสที่จะใช้เจตจำนงอิสระของตนตัดสินใจลงมือกระทำการแสดงอนาจาร เนื่องจากมีจุดคุ้มทุนมากกว่า แต่หาก

⁷³ จิราภรณ์ สนวนพุด, “ผู้กระทำผิดทางเพศคือใคร (ตอนที่ 2)”, วารสารราชทัณฑ์. ฉบับที่ 1 ปีที่ 53, น. 49 – 50 (2548). อ้างถึงใน ณรงค์ศักดิ์ สุขวิบูลย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 65, น. 37.

⁷⁴ สุวีทนา อารีพรรค, ความผิดปกติทางจิต, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2524), น. 410.

⁷⁵ สุดสงวน สุธีสร, อาชญาวิทยา, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น. 61.

ความทุกข์หรือความเสี่ยงต่อการถูกจับกุมและต้องถูกลงโทษมีมากกว่าความสุขหรือประโยชน์ที่จะได้รับจากการแสดงอนาจาร ผู้กระทำก็มีโอกาสที่จะใช้เจตจำนงอิสระของตนตัดสินใจที่จะไม่กระทำการแสดงอนาจาร หรืออาจจะลงมือกระทำการแสดงอนาจารน้อยลง เนื่องจากมีจุดคุ้มทุนน้อยกว่านั่นเอง โดยพฤติกรรมของผู้กระทำกลุ่มนี้ส่วนใหญ่ไม่ได้เกิดจากความรู้สึกอยากอวดหรืออยากโชว์ แต่เกิดจากผู้อื่นได้จ้างวานให้แสดงหรือโชว์เพื่อแลกกับเงินค่าจ้างหรือผลประโยชน์ตอบแทนอย่างอื่น โดยผู้กระทำกลุ่มนี้ถือว่าเป็นบุคคลที่มีความปกติทางจิต ซึ่งในขณะที่กระทำนั้นได้รู้สำนึกในการกระทำว่าตนกำลังแสดงพฤติกรรมดังกล่าวต่อผู้อื่น แต่ที่ได้กระทำลงไปเพราะแลกเปลี่ยนกับเงินค่าจ้างหรือผลประโยชน์ตอบแทนอื่นๆ

(5) ผู้กระทำเพราะเกิดจากการกระทำคามผิดอย่างอื่น เช่น การใช้สารเสพติด การดื่มสุรามึนเมา เนื่องจากผู้ที่ใช้สารเสพติดหรือดื่มสุราจนมึนเมาจะทำให้สูญเสียการควบคุมตัวเองในช่วงขณะ ซึ่งพบว่าผู้กระทำคามผิดทางเพศส่วนหนึ่งมักจะใช้สารเสพติดหรือดื่มสุร่าก่อนจะลงมือกระทำคามผิด นอกจากนี้ การยั่วยุจากเหยื่อ ไม่ว่าจะเป็นการแต่งกายไม่เหมาะสม เปิดเผยร่างกาย ทำให้ผู้กระทำมีจิตใจอีกเหิม และเป็นการเร้าอารมณ์ทางเพศของผู้กระทำคามผิด รวมทั้งโอกาส และสถานที่อำนวย โดยเหยื่อไปอยู่ในสถานที่ที่มีความเสี่ยงต่อการกระทำผิดได้ง่าย เช่น สถานที่เปลี่ยว สวนสาธารณะ สถานที่พักของคนงานก่อสร้าง ในเวลากลางคืน โดยผู้กระทำคามผิดกลุ่มนี้เป็นบุคคลปกติ แต่มีพฤติกรรมในการกระทำคามผิดเพราะมีสันดานเป็นผู้ร้าย จากการใช้สารเสพติดหรือความมึนเมา หรือจากการยั่วยุของเหยื่อ

พฤติกรรมแสดงอนาจารที่เกิดขึ้นนั้น ผู้กระทำย่อมมีเหตุผลในการแสดงพฤติกรรมดังกล่าว 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรก การแสดงอนาจารที่ได้รับค่าตอบแทนอันเนื่องมาจากการได้รับการจ้างวานจากผู้อื่นให้แสดงอนาจารเพื่อแลกกับเงินค่าจ้าง หรืออาจมีลักษณะเป็นการเสนอขายบริการ โดยผู้ที่สนใจสามารถรับชมได้โดยการโอนเงินผ่านเข้าบัญชี หรือเป็นระบบการเติมเงินโทรศัพท์ออนไลน์เข้าบัญชีเพื่อแลกกับการแสดงอนาจาร การกระทำดังกล่าวมิใช่ความสุขทางเพศ แต่เป็นการหมกมุ่นมัวสุขุมที่อาจนำไปสู่การเกิดอาชญากรรมทางเพศในสังคมไทยได้ ซึ่งลักษณะของผู้กระทำดังกล่าวจะเกี่ยวข้องกับเรื่องบริการหรืออาชีพ และ ประการที่สอง การแสดงอนาจารที่ไม่ได้รับค่าตอบแทน เพียงแค่ผู้กระทำต้องการที่จะอวดหรือโชว์ต่อผู้อื่น หรือเพื่อต้องการบอกเล่าเรื่องราวของตนเองให้คนอื่นได้รับรู้ผ่านสื่อสังคมออนไลน์หากมีคนเข้ามาดูและกดถูกใจเป็นจำนวนมากเท่าใด ก็ยิ่งทำให้ผู้กระทำนั้นเกิดความสุข ความพึงพอใจในสิ่งที่ตนได้กระทำลงไป หรือแม้ว่าจะมีคนเข้ามาด่าว่า หรือพูดจาแทะโลม ก็ไม่ได้ทำให้ผู้กระทำคิดที่จะหยุดการกระทำของตน และยังเกิดการกระทำซ้ำๆ โดยที่ไม่ได้เกรงกลัวต่อกฎหมายหรือบางรายก็มิได้รับการลงโทษตามกฎหมาย ทั้งนี้ การแสดงอนาจารดังกล่าวแม้ว่าผู้กระทำจะมีเสรีภาพของบุคคลในการแสดงออกทางเพศก็ตาม แต่การแสดงอนาจารดังกล่าวหากปล่อยให้ดำรงอยู่ในสังคมไทยต่อไป ก็จะกลายเป็น

สิ่งที่ทำลายความเป็นมนุษย์ และส่งผลกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน สังคมและวัฒนธรรม เนื่องจากผู้กระทำไม่ได้คำนึงถึงจริยธรรมและจิตสำนึกในวัฒนธรรมไทย จึงจำเป็นต้องกำหนดขอบเขตของการกระทำ และสมควรที่จะมีกฎหมายเข้ามาควบคุมกระทำดังกล่าวให้อยู่ในกรอบและบรรทัดฐานของสังคมไทย

2.3.2.2 ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยอ้อม

เมื่อมีการแสดงอนาจารเกิดขึ้นก็ไม่อาจจะปฏิเสธได้ว่าการกระทำดังกล่าวย่อมได้รับความสนใจจากผู้คนในสังคม และเมื่อได้มีพบเห็นการกระทำดังกล่าวก็อาจมีผู้ถ่ายหรือบันทึกลงในสื่อต่างๆ หรือได้มีการเผยแพร่ภาพหรือวิดีโอดังกล่าวต่อๆ กันไป ซึ่งถือได้ว่าได้เข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยอ้อม

การถ่ายหรือบันทึกภาพของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต อาจเป็นการกระทำที่กระทบต่อความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ที่ถูกถ่าย เนื่องจากบุคคลทุกคนย่อมมีความอยู่เป็นส่วนตัว (Privacy) อย่างเป็นอิสระในสังคม ซึ่งความเป็นอยู่ส่วนตัวเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 32 บัญญัติว่า

“บุคคลย่อมมีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เกียรติยศ ชื่อเสียง และครอบครัว

การกระทำอันเป็นการละเมิดหรือกระทบต่อสิทธิของบุคคลตามวรรคหนึ่ง หรือการนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้ประโยชน์ไม่ว่าในทางใด ๆ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ”

โดยที่สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว (Right of Privacy) เป็นสิทธิที่จะปลอดจากการเข้าถือเอา หรือแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบในเรื่องส่วนตัวของบุคคล และเป็นสิทธิที่จะปลอดจากการเผยแพร่โดยมิชอบและไม่เป็นที่ปรารถนาของบุคคลนั้น หรือเป็นสิทธิที่จะเป็นอิสระจากการโฆษณาเผยแพร่ถึงความเป็นส่วนตัวซึ่งสาธารณชนที่ไม่มีความเกี่ยวข้องได้ประโยชน์ในเรื่องนั้น หรือปลอดต่อความก้าวล่วงโดยมิชอบต่อกิจกรรมส่วนตัวที่จะเป็นการทำลาย หรือเป็นสาเหตุให้เกิดความทุกข์ทรมานจิตใจ ทำให้ได้รับความอับอาย ทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียง หรือทำให้รู้สึกเดือดร้อนรำคาญตามความรู้สึกของวิญญูชน หรือเป็นสิทธิที่จะดำรงชีวิตอย่างสันโดษ หรือเป็นสิทธิที่จะกำหนดขอบเขตวงจรของความสัมพันธ์ของบุคคล หรือเป็นสิทธิที่จะดำรงชีวิตโดยปราศจากการเข้ารบกวนจากสาธารณชนอย่างมิชอบ เป็นเรื่องที่สาธารณชนไม่มีความจำเป็นจะต้องเกี่ยวข้อง⁷⁶ การรบกวนชีวิตของบุคคลมีการดำเนินได้หลากหลายรูปแบบโดยคำนึงถึงสภาพการปกครองในสังคม การเมือง

⁷⁶ทิพาพร นະมาตร์, “สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว : ศึกษากรณีสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลสาธารณะ”, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2551), น. 27 – 28.

เศรษฐกิจ วัฒนธรรม เทคโนโลยี ความก้าวหน้าและยุคสมัยเป็นองค์ประกอบ ทั้งนี้ ปัจจุบัน เทคโนโลยีและอุปกรณ์สื่อสารยังมีความก้าวหน้าและมีประสิทธิภาพก้าวล้ำมากขึ้นเพียงใด ในทางกลับกันความเป็นส่วนตัวของบุคคลอาจถูกรบกวนหรือล่วงล้ำได้ง่ายยิ่งขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการถูกถ่ายภาพโดยไม่ได้รับอนุญาต การถูกแอบถ่ายในลักษณะที่น่าอับอาย หรือการเผยแพร่ภาพหรือข้อมูลที่มีลักษณะอนาจารผ่านทางสื่อสังคมออนไลน์ การถ่ายหรือเผยแพร่ภาพดังกล่าวอาจมีผลกระทบต่อความเป็นส่วนตัวของบุคคลจนได้รับความอับอาย เสื่อมเสียชื่อเสียง หรือเดือดร้อนรำคาญ

การถ่ายภาพการแสดงอนาจารสามารถแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ กล่าวคือ

(1) การถ่ายภาพการแสดงอนาจารในพื้นที่ส่วนบุคคล

ประมวลกฎหมายอาญาได้ให้ความหมายของคำว่า “เคหสถาน” ไว้ในมาตรา 1 (4) หมายความว่า “ที่ซึ่งใช้เป็นที่อยู่อาศัย เช่น เรือน โรง เรือ หรือแพ ซึ่งคนอยู่อาศัย และให้หมายความรวมถึงบริเวณของที่ซึ่งใช้เป็นที่อยู่อาศัยนั้นด้วย จะมีรั้วล้อมหรือไม่ก็ตาม” ดังนั้น เมื่อบุคคลอยู่ในสถานที่ซึ่งเป็นเคหสถานก็ย่อมมีเสรีภาพที่จะกระทำการใดๆ ในสถานที่ดังกล่าว⁷⁷ โดยเฉพาะในที่ซึ่งใช้เป็นที่อยู่อาศัยอันถือว่าเป็นพื้นที่ส่วนตัว หากบุคคลใดอยู่ในสถานที่ซึ่งเป็นที่อยู่อาศัยอันเป็นสถานที่ส่วนบุคคล และได้กระทำการอันมีลักษณะอนาจาร ไม่ว่าจะเป็นการเปลือยกาย หรือมีกิจกรรมทางเพศ แล้วมีผู้ถ่ายภาพของบุคคลนั้นจากภายนอก ถือว่าการกระทำของผู้ถ่ายภาพดังกล่าวเป็นการก้าวล้ำความเป็นส่วนตัวของบุคคลอยู่ในสถานที่ซึ่งเป็นที่อยู่อาศัย

(2) การถ่ายภาพการแสดงอนาจารของบุคคลในพื้นที่สาธารณะ

ประมวลกฎหมายอาญาได้ให้ความหมายของคำว่า “สาธารณสถาน” ไว้ในมาตรา 1 (3) หมายความว่า สถานที่ใดๆ ซึ่งประชาชนมีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้ นอกจากนี้ พระราชบัญญัติคุ้มครองสุขภาพผู้ไม่สูบบุหรี่ พ.ศ. 2535 ได้ให้ความหมายของคำว่า “สถานที่สาธารณะ” ไว้ในมาตรา 3 หมายความว่า สถานที่หรือยานพาหนะใดๆ ซึ่งประชาชนมีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้ และพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบของบ้านเมือง พ.ศ. 2535 ได้ให้ความหมายของคำว่า “สถานที่สาธารณะ” ไว้ในมาตรา 4 หมายความว่า สถานที่ที่จัดไว้เป็นสาธารณะสำหรับประชาชนใช้เพื่อการบันเทิง การพักผ่อนหย่อนใจ หรือการชุมนุม ซึ่งสถานที่สาธารณะมีลักษณะพื้นที่ทางกายภาพ ไม่ว่าจะเป็ถนน สะพาน ศาลาที่พัก ป้ายรถโดยสารประจำทาง สวนสาธารณะ รถโดยสารสาธารณะ อันเป็นสถานที่ที่บุคคลทุกคนสามารถเข้าถึงได้ กล่าวคือ สาธารณสถานหรือสถานที่สาธารณะนั้นถือว่าเป็นพื้นที่สาธารณะ นอกจากนี้ สื่อสังคมออนไลน์ บางประเภทที่มีลักษณะสามารถเปิดเผยทุกอย่างได้ สามารถปรากฏแก่สายตาของสาธารณชน และ

⁷⁷รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 32 “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในเคหสถาน”.

สามารถเผยแพร่ได้อย่างกว้างขวาง ย่อมถือว่ามีความเป็นส่วนตัวได้เช่นกัน เมื่อบุคคลใดแสดงพฤติกรรมอันมีลักษณะอนาจารในพื้นที่สาธารณะ แสดงว่าบุคคลนั้นได้สละพื้นที่ความเป็นส่วนตัวของตน เป็นเหตุให้ผู้อื่นที่เข้าถึงพื้นที่สาธารณะสามารถที่จะถ่ายภาพการแสดงอนาจารดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตาม แม้บุคคลใดจะอยู่ในสถานที่สาธารณะอันมีลักษณะพื้นที่ทางกายภาพ แต่หากมีผู้อื่นถ่ายภาพของบุคคลนั้นในพื้นที่ได้กระโปรง โดยที่ผู้ถูกถ่ายภาพมิได้รับรู้และมิได้ให้ความยินยอม ซึ่งการกระทำของผู้ถ่ายภาพดังกล่าวอาจเกิดจากผู้ที่มีลักษณะนิสัยชอบดูอวัยวะเพศของผู้อื่น หรือเรียกว่า พวกถ้ำมอง (Voyeur) หรือกระทำเนื่องจากวัตถุประสงค์ในทางการค้า เช่น นำภาพไปโพสต์ขายในสื่อสังคมออนไลน์⁷⁸ การกระทำดังกล่าวถือว่าการกระทบต่อความเป็นส่วนตัวของผู้ถูกถ่ายภาพ

ผู้ถ่ายหรือบันทึกภาพการแสดงอนาจารนั้นอาจจะเป็นผู้ส่งต่อภาพการแสดงอนาจารไปยังผู้อื่น หรือเผยแพร่ภาพการแสดงอนาจารไปยังสาธารณชน และอาจเป็นผู้กระทำความผิดได้เช่นเดียวกัน ทั้งนี้ การกระทำเพียงแต่การถ่ายภาพการแสดงอนาจารของตนเองแล้วเก็บไว้ย่อมไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย หรือการถ่ายภาพการแสดงอนาจารของผู้อื่นแม้จะเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลนั้นก็ตาม หากผู้ถ่ายภาพดังกล่าวเพียงแต่เก็บภาพนั้นไว้เอง โดยไม่เผยแพร่ต่อไปยังบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ความเสียหายที่เกิดขึ้นจึงยังไม่อาจเห็นได้อย่างชัดเจนเว้นแต่เป็นการถ่ายภาพการแสดงอนาจารเด็กที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี แต่หากได้มีการนำภาพการแสดงอนาจารเผยแพร่ต่อสาธารณชน ย่อมเป็นการกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยเฉพาะในปัจจุบันเทคโนโลยีสารสนเทศได้มีการพัฒนาไปอย่างรวดเร็ว อีกทั้งอุปกรณ์ในการถ่ายภาพก็ได้รับการพัฒนาให้มีความเชื่อมโยงเข้าสู่ระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ได้อย่างสะดวกและรวดเร็ว ทำให้การถ่ายภาพจากอุปกรณ์ถ่ายภาพด้วยระบบดิจิทัลถูกส่งเข้าสู่เครือข่ายคอมพิวเตอร์ได้อย่างสะดวก ส่งผลให้ภาพดังกล่าวแพร่กระจายออกสู่สาธารณชนได้อย่างรวดเร็ว ผลกระทบต่อสิทธิความเป็นส่วนตัวของผู้ที่ถูกถ่ายภาพจึงเกิดขึ้นอย่างกว้างขวาง

การเผยแพร่ภาพการแสดงอนาจารนั้น อาจกระทำในลักษณะต่างๆ เช่น การส่งจากโทรศัพท์เคลื่อนที่ไปยังโทรศัพท์เคลื่อนที่ด้วยกัน หรือส่งจากโทรศัพท์เคลื่อนที่ไปยังเครือข่ายอินเทอร์เน็ต หรืออาจส่งจากกล้องดิจิทัลไปยังเครือข่ายอินเทอร์เน็ต เมื่อเข้าไปในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตแล้ว ภาพดังกล่าวอาจถูกเผยแพร่ในสื่อสังคมออนไลน์ เช่น เฟซบุ๊ก (Facebook) ไฮไฟฟ์ (Hi5) เว็บแคม (Webcam) ยูทูบ (YouTube) ซึ่งได้มีการออกแบบมาเพื่อให้บุคคลสมัครเป็นสมาชิกและสมาชิกสามารถกรอกรายละเอียดส่วนบุคคลลงไป เช่น กิจวัตรประจำวัน ลักษณะการใช้ชีวิต รวมถึงการใส่รูปภาพประกอบ โดยสื่อสังคมออนไลน์มีส่วนสำคัญกับสิทธิความเป็นส่วนตัว

⁷⁸ ฌอนาธิป ทองรวีวงศ์, “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิของผู้ที่ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอม”, รายงานวิจัย มหาวิทยาลัยเซนต์จอร์จส์, 2552, น. 9.

เนื่องจากบุคคลจำนวนมากมีพฤติกรรมและแรงจูงใจที่ต้องการแสดงข้อมูลส่วนตัวให้ผู้อื่นรับรู้เพื่อการติดต่อสื่อสาร การติดต่อสัมพันธ์ในเชิงความสัมพันธ์ส่วนตัว หรือการพาณิชย์ อย่างไรก็ตามการนำภาพการแสดงอนาจารของผู้อื่นไปเผยแพร่สู่สาธารณชน ถือว่าเป็นการกระทบต่อสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ที่ถูกถ่ายภาพ และกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน⁷⁹ นอกจากนี้ แม้ว่าการนำภาพการแสดงอนาจารของตนเองไปเผยแพร่สู่สาธารณชนจะไม่กระทบต่อสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวของตนเอง แต่ก็กระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

2.2.3.3 ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของการแสดงอนาจาร

การแสดงอนาจารเป็นอาชญากรรมทางเพศรูปแบบหนึ่ง ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของการแสดงอนาจารย่อมถือว่าเป็นเหยื่ออาชญากรรมทางเพศ

อาชญากรรมทางเพศ (Sex Crime) หมายถึง การกระทำความผิดกฎหมายว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งพฤติกรรมการกระทำมีลักษณะฝ่าฝืนต่อจารีตประเพณีและกฎหมายโดยผู้ที่ตกเป็นเหยื่อมิได้ให้ความยินยอมต่อการฝ่าฝืนจารีตประเพณีและกฎหมายดังกล่าวของผู้กระทำความผิด⁸⁰

เหยื่ออาชญากรรม (Crime Victims) หมายถึง ผู้ที่ได้รับความเสียหายที่เกิดจากผลของการกระทำความผิดกฎหมาย ซึ่งมีทั้งเหยื่อโดยตรง (Direct Victims) คือบุคคลที่ถูกล่วงละเมิดและได้รับความเสียหายโดยการกระทำกฎหมายนั้น และเหยื่อโดยอ้อม (Indirect Victims) คือ บุคคลที่สามที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำผิดกฎหมาย แม้ว่าการกระทำนั้นจะไม่ได้เกิดขึ้นกับเหยื่อโดยตรง⁸¹

เหยื่ออาชญากรรมทางเพศ (Sex Crime Victim) หมายถึง ผู้ที่ได้รับความเสียหายเดือดร้อน ทุกข์ทรมาน ทั้งทางร่างกายและจิตใจจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศ⁸²

ลักษณะของเหยื่ออาชญากรรมที่สามารถนำมาเปรียบเทียบวิเคราะห์กับลักษณะของเหยื่อของการแสดงอนาจาร สามารถแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ ดังต่อไปนี้

(1) เหยื่ออาชญากรรมที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับอาชญากร (Unrelated Victim) หรือเหยื่อบริสุทธิ์ กล่าวคือ เหยื่อที่ไม่มีความสัมพันธ์ใดๆ กับอาชญากร เหยื่อเป็นเพียงผู้รับเคราะห์กรรม

⁷⁹ เฟิ่งอ้วง, น. 11.

⁸⁰ จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย, “ปัจจัยที่มีความเสี่ยงต่อการตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมทางเพศของผู้หญิงไทย”, รายงานผลการวิจัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550, น. 28.

⁸¹ สุดสงวน สุธีสร, เหยื่ออาชญากรรม, (2543), น. 2.

⁸² จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 76, น. 29.

จากอาชญากรรมเท่านั้น บุคคลทุกคนในสังคมอาจตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมได้ ไม่ว่าจะอยู่ในสภาพแวดล้อมเช่นไร ก็สามารถที่จะตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมเมื่อใดก็ได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีความสัมพันธ์กับอาชญากรรมมาก่อน⁸³ ซึ่งเหยื่อในลักษณะนี้อาจมีทั้งเหยื่อโดยตรง (Direct Victims) และเหยื่อโดยอ้อม (Indirect Victims) ก็ได้⁸⁴ เมื่อเปรียบเทียบกับเหยื่อของการแสดงอนาจาร จะเห็นได้ว่าเหยื่อไม่ได้รู้จักหรือสนิทสนมกับผู้แสดงอนาจารมาก่อน เนื่องจากผู้กระทำส่วนใหญ่มักจะมีพฤติกรรมในการแสดงหรือโชว์ต่อคนแปลกหน้าหรือต่อผู้คนสัญจรไปมาในสถานที่สาธารณะ หรือเข้าถึงสื่อสังคมออนไลน์ โดยบุคคลทุกคนในสังคมไม่ว่าจะอยู่ในสภาพแวดล้อมใด สถานที่ใด และเวลาใด ย่อมมีโอกาสที่จะตกเป็นเหยื่อของการกระทำดังกล่าวได้ เนื่องจากการแสดงอนาจารสามารถเกิดขึ้นได้กับทุกคน ทุกสถานที่ และทุกเวลา

(2) เหยื่อที่กระตุ้นให้เกิดอาชญากรรม (Provocative Victim) กล่าวคือ เหยื่อที่ได้กระทำบางอย่างเป็นกระตุ้นแก่อาชญากร เมื่ออาชญากรได้รับกระตุ้นหรือยั่วยุก็เป็นการส่งเสริมให้มีการลงมือกระทำความผิด ถือว่าเหยื่อเป็นผู้ลงมือกระทำก่อน ซึ่งการกระทำของเหยื่ออาชญากรรมอาจเป็นแรงบันดาลใจให้อาชญากรก่ออาชญากรรมได้ทันที⁸⁵ เมื่อเปรียบเทียบกับเหยื่อของการแสดงอนาจาร จะเห็นได้ว่าเหยื่อได้กระทำในสิ่งที่เป็นการกระตุ้นหรือยั่วยุอันเป็นการสร้างโอกาสหรือส่งเสริมจิตใต้สำนึกของผู้กระทำความผิดให้ลงมือกระทำการแสดงหรือโชว์ เช่น การพูดจายั่วยุให้ผู้กระทำแสดงหรือโชว์ถอดเสื้อผ้าออกที่ละชิ้น หรือเหยื่อยินยอมที่จะกดไลค์กดแชร์เพื่อแลกกับการที่จะได้ดูผู้แสดงหรือโชว์ถอดเสื้อผ้าหรือเปลือยกาย ซึ่งการกระทำของเหยื่อที่ส่อไปในลักษณะของการยั่วยุ แม้ผู้แสดงอนาจารจะมีพฤติกรรมที่ต้องการจะแสดงหรือโชว์อยู่ในตัวเองก็ตาม แต่พฤติกรรมเหล่านี้ของเหยื่ออาจเป็นสิ่งกระตุ้นหรือเร่งเร้าความรู้สึกผู้กระทำให้มีโอกาสในการแสดงหรือโชว์ต่อหน้าเหยื่อมากขึ้น เนื่องจากผู้ที่มีพฤติกรรมชอบแสดงหรือโชว์บางรายอาจมีความสามารถในการควบคุมหรือยับยั้งจิตใจของตนเองต่ำ หากมีสิ่งกระตุ้นหรือเร่งเร้าต่อความรู้สึกของตน ก็ยังต้องแสดงพฤติกรรมดังกล่าวออกมาเพื่อสนองตอบต่อความต้องการของตน

(3) เหยื่อที่จงใจให้เกิดอาชญากรรม (Precipitative Victim) กล่าวคือ เหยื่อที่ไม่ได้กระทำในสิ่งเป็นพิษแก่อาชญากร แต่พฤติกรรมอันปราศจากความตั้งใจของเหยื่อกลับส่งเสริมหรือจงใจให้อาชญากรประกอบอาชญากรรมต่อเหยื่อ ซึ่งเหยื่อควรได้ตรองว่าได้ว่าพฤติกรรมใดเป็นการเสี่ยงต่อการเกิดอาชญากรรม⁸⁶ เมื่อเปรียบเทียบกับเหยื่อของการแสดงอนาจาร จะเห็นได้ว่าเหยื่อ

⁸³ จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 76*, น. 29.

⁸⁴ สุตสงวน สุธีสร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 77*, น. 2.

⁸⁵ จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 76*, น. 29 - 30.

⁸⁶ จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 76*, น. 30.

ไม่ได้กระทำการใดๆ อันเป็นการส่งเสริมหรือจูงใจให้เกิดการแสดงหรือโชว์ของผู้กระทำ แต่พฤติกรรมที่ไม่ได้เกิดจากความตั้งใจของเหยื่อ เช่น การเข้าไปดูการแสดงหรือโชว์ของผู้กระทำในสื่อสังคมออนไลน์อาจเป็นการส่งเสริมหรือจูงใจให้ผู้กระทำลงมือกระทำการแสดงหรือโชว์ได้ โดยพฤติกรรมเช่นนี้เหยื่อสามารถที่ไตร่ตรองได้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการเสี่ยงต่อการส่งเสริมหรือจูงใจให้ผู้กระทำลงมือกระทำการแสดงหรือโชว์ได้

(4) เหยื่อที่มีความอ่อนแอทางชีวภาพ (Biological Weak Victim) กล่าวคือ เหยื่อที่มีความอ่อนแอทั้งทางร่างกายและจิตใจ ทำให้อาชญากรมีความคิดที่จะก่ออาชญากรรม เช่น เด็ก ผู้หญิง คนชรา คนพิการ โดยเหยื่อกลุ่มนี้ง่ายต่อการตกเป็นเหยื่ออาชญากรรม⁸⁷ เมื่อเปรียบเทียบกับเหยื่อของการแสดงอนาจาร จะเห็นได้ว่าเหยื่อกลุ่มนี้จะเป็นกลุ่มเสี่ยงต่อการตกเป็นเหยื่อของการแสดงอนาจารมากกว่ากลุ่มอื่น เนื่องจากมีลักษณะอ่อนแอโดยธรรมชาติ โดยเฉพาะเด็กเยาวชนที่เข้าไปใช้บริการสื่อสังคมออนไลน์ แล้วได้พบเห็นการแสดงหรือโชว์ ซึ่งอาจจะยังไม่สามารถแยกแยะได้ว่าการแสดงหรือโชว์ดังกล่าวเป็นสิ่งที่ถูกต้องหรือไม่ จนเป็นเหตุทำให้ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อเกิดพฤติกรรมเลียนแบบได้

ทั้งนี้ การแสดงอนาจารดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อเหยื่อ ไม่ว่าจะเป็นผลกระทบด้านจิตใจ โดยทำให้เหยื่อรู้สึกตระหนกตกใจ เกิดความหวาดกลัว และรู้สึกถึงความไม่ปลอดภัยต่อชีวิตและทรัพย์สิน และหากผู้กระทำคามผิดยังคงกระทำการแสดงหรือโชว์ต่อไปเรื่อยๆ ก็อาจจะพัฒนาการกระทำจนนำไปสู่การกระทำคามผิดที่รุนแรงขึ้น เช่น การข่มขืน อันเป็นการส่งผลกระทบต่อด้านร่างกายของเหยื่อ นอกจากนี้ การแสดงอนาจารที่เกิดขึ้นในปัจจุบันตามที่ปรากฏอยู่ตามภาพข่าวต่างๆ อาจส่งผลให้ผู้คนในสังคมเกิดความหวาดกลัวและหวาดระแวงว่าตนเองเป็นตกเป็นเหยื่อได้ หากผู้กระทำคามผิดยังไม่ถูกจับกุมหรือถูกดำเนินคดีตามกฎหมาย อันเป็นการส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจและสังคม

2.2.4 ผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการแสดงอนาจาร

การแสดงอนาจารที่ปรากฏในภาพข่าวตามสื่อต่างๆ ในปัจจุบัน ไม่ว่าจะเป็นสื่อออนไลน์ สื่อวิทยุหรือโทรทัศน์ สื่อหนังสือพิมพ์ ผู้กระทำการแสดงอนาจารนั้นมีหลากหลายอาชีพ ไม่ว่าจะเป็นดารานักแสดง โคโยตี้ พรตตี้ นักธุรกิจ หรือบุคคลทั่วไป รวมทั้งผู้ที่มีความผิดปกติทางจิต และพบว่าการแสดงอนาจารมีลักษณะพฤติกรรมแสดงออกในรูปแบบและสถานการณ์ที่หลากหลายแตกต่างกันออกไป ไม่ว่าจะเป็นการเปลือยกาย การเปิดเผยร่างกายในส่วนที่ควรจะปกปิด เช่น หน้าอกของผู้หญิง อวัยวะเพศของทั้งผู้หญิงและผู้ชาย การสำเร็จความใคร่ รวมไปถึงการแสดงกิจกรรมการร่วมเพศ ซึ่งเกิดขึ้นทั้งในสถานที่สาธารณะต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นสวนสาธารณะ

⁸⁷ จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 76*, น. 30.

บนถนน บนรถโดยสารประจำทาง และเกิดขึ้นบนสื่อสังคมออนไลน์ ซึ่งปัจจุบันเทคโนโลยีสารสนเทศมีความก้าวหน้าอย่างมาก ทำให้บุคคลทุกเพศ ทุกวัย สามารถเข้าถึงสื่อออนไลน์ได้ง่าย จนบางครั้งผู้แสดงอนาจารผ่านสื่อสังคมออนไลน์บางรายได้รับการขนานนามว่าเป็น “เน็ตไอดอล” โดยมีผู้คนเข้าไปติดตามเป็นจำนวนมาก ซึ่งการแสดงอนาจารมีลักษณะเฉพาะของความรุนแรงอยู่ภายในกลุ่มพวกที่มีพฤติกรรมชอบโชว์ พฤติกรรมในการกล้าแสดงออก พฤติกรรมของการมีความคิดเป็นตัวของตัวเองสูง และพฤติกรรมการเลียนแบบ นอกจากนี้ การแสดงอนาจารเกิดจากสิ่งเร้าภายนอกที่เป็นตัวกระตุ้นหรือช่วยยั่วยุให้ผู้นั้นมีพฤติกรรมกล้าที่จะแสดงอนาจารมากยิ่งขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการยุยงหรือการส่งเสริมเชียร์จากบุคคลรอบข้างที่คอยสนับสนุนให้แสดงพฤติกรรมดังกล่าว รวมทั้งสารเสพติดหรือสิ่งมีเมามาต่างๆ แม้ว่าบุคคลทุกคนจะมีเสรีภาพส่วนบุคคลในการแสดงออกทางเพศ โดยมีอิสระที่จะกระทำการใดๆ ตามอำเภอใจของตนเองก็ตาม แต่เสรีภาพส่วนบุคคลในการแสดงออกทางเพศดังกล่าวในสายตาของคนไทยนั้นเป็นสัญลักษณ์ของความวุ่นวาย ไร้กฎเกณฑ์ และระเบียบแบบแผน ดังนั้น การใช้เสรีภาพในทางเพศของแต่ละบุคคลจะต้องไม่ก่อภัยอันตรายหรือเป็นการทำลายหรือขัดขวางการใช้เสรีภาพของผู้อื่น⁸⁸ รวมทั้งต้องไม่กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของสังคมโดยรวม หากบุคคลใดใช้เสรีภาพส่วนบุคคลในการแสดงออกทางเพศอันมีลักษณะเปิดเผยจนเกินขอบเขตหรือกฎเกณฑ์ที่สังคมกำหนดไว้ก็จะส่งผลกระทบต่อ

ผลกระทบที่เกิดจากการแสดงอนาจารนั้น จะทำให้บุคคลตกอยู่ในสถานการณ์ที่น่าจะเป็นอันตราย (Dangerous Situation) หรือไม่ว่ากัน ต้องพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Causation) ซึ่งมีความสำคัญในการกำหนดความรับผิดชอบของบุคคล หากไม่จำกัดขอบเขตให้ดีก็จะหาข้อยุติไม่ได้ ในการจะกำหนดความรับผิดชอบจะต้องพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(1) หลักเกณฑ์ผลกระทบอันเป็นความเสียหาย (Consequence of Harmful) โดยสามารถแยกผลกระทบอันเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นได้เป็น 2 กรณี คือ

(1.1) ผลโดยตรง (Direct Consequence)

ผลโดยตรง (Direct Consequence) เป็นผลที่เกิดขึ้นกับชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน และเพศ ของผู้ที่ตกเป็นเหยื่อ ซึ่งเป็นการกระทำที่เป็นภัยอันตรายโดยตรงต่อผลประโยชน์ ซึ่งกฎหมายให้การคุ้มครอง โดยจะสัมพันธ์กับการกระทำตามทฤษฎีเงื่อนไข (The Condition Theory) กล่าวคือ หากไม่มีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแล้วผลก็จะไม่เกิด ถือว่าผลเกิดจากการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งนั้น แม้ว่าผลจะเกิดจากการกระทำอย่างอื่นด้วยก็ตาม ในทางตรงกันข้าม

⁸⁸ พันธ์ ทศนียานนท์, พันธ์ 60 สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลของชนชาวไทย, (กรุงเทพมหานคร : เพ็ญฟ้า พรินติ้ง, 2545), น. 1 - 31.

หากไม่มีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแล้วผลก็ยังคงเกิด จะถือว่าผลเกิดจากการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งนั้นไม่ได้⁸⁹ จะเห็นได้ว่าทฤษฎีเงื่อนไขมีลักษณะดังนี้⁹⁰

1. หากไม่มีการกระทำแล้ว จะไม่มีผลเกิดขึ้น ถือว่าผลที่เกิดจากการกระทำนั้นเป็นผลโดยตรง หมายความว่า ผลโดยตรง คือผลที่พิสูจน์ได้ว่าได้เกิดขึ้นจากการกระทำนั้นจริงๆ หากไม่มีการกระทำนั้นเกิดขึ้นก็จะมีผลนั้นเกิดขึ้นด้วย ในการพิจารณาคดีของศาลนั้นจะตัดสินให้จำเลยในคดีอาญารับผิดชอบได้ก็ต่อเมื่อ ผลที่เกิดขึ้นในคดีนั้นจะต้องเป็นผลโดยตรงเสียก่อน เช่น เมื่อ ก. ขับขี่รถจักรยานยนต์เข้าชนรถ 3 ล้อ โดยประมาทแล้ว ข. ซึ่งโดยสารมาในรถ 3 ล้อ ก็ตกกระเด็นลงไปนอนอยู่ในที่ทางรถราง พอดีกับรถรางแล่นมาถึงแล้วทับครูดไปในระยะทาง 1 วา รถรางจึงสามารถหยุดนิ่งได้ ทำให้ ข. ได้รับบาดเจ็บมากและตายเพราะพิษบาดแผลนั้น โดยรถรางมิได้แล่นมาเร็วผิดปกติ จึงถือว่าความตายของ ข. เป็นผลโดยตรงจากการขับขี่รถจักรยานยนต์ด้วยความประมาทของ ก.⁹¹ ทั้งนี้ หากเป็นกรณีที่ไม่มีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง แต่ผลก็ยังคงเกิดขึ้นอยู่ดี จะถือว่าผลที่เกิดขึ้นนั้นเป็นผลโดยตรงจากการกระทำนั้นไม่ได้ เนื่องจากไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าผลที่เกิดขึ้นนั้นเกิดจากการกระทำนั้นจริงหรือไม่

2. แม้ว่าจะมีการกระทำอื่นๆ ที่ก่อให้เกิดผลนั้นด้วย แต่หากว่าไม่มีการกระทำเช่นนั้นแล้วจะไม่มีผลเกิดขึ้น ก็ยังคงถือว่าผลนั้นเกิดขึ้นจากการกระทำอย่างนั้นอยู่ หมายความว่า การกระทำที่เกิดขึ้นนั้นแท้ที่จริงแล้วอาจไม่ใช่มีเพียงแค่การกระทำเดียวที่เกิดขึ้น แต่อาจมีการกระทำอย่างอื่นที่ก่อให้เกิดผลนั้นด้วย ในการพิจารณาว่าผลนั้นเกิดจากการกระทำเช่นนั้นหรือไม่ก็พิจารณาแต่เพียงว่าหากไม่มีการกระทำเช่นนั้นเกิดขึ้นแล้ว ผลจะเกิดขึ้นได้หรือไม่ หากว่าไม่มีการกระทำเช่นนั้นแล้วจะไม่มีผลเกิดขึ้น ก็ยังคงต้องถือว่าผลเกิดจากการกระทำเช่นนั้น โดยไม่ต้องพิจารณาถึงการกระทำอื่นที่เกิดขึ้นด้วย เช่น แม้ ข. จะประมาทอยู่ด้วย ถ้า ก. ระมัดระวังตามแก่ฐานะแล้ว ก็จะไม่เป็นอันตรายแก่ ข. จึงถือว่าผลที่เกิดกับ ข. เป็นผลโดยตรงจากการกระทำของ ก.⁹²

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าทฤษฎีเงื่อนไขจะได้อ้างหลักการดังกล่าวข้างต้น แต่ในการนำทฤษฎีเงื่อนไขมาปรับใช้นั้น ยังมีข้อยกเว้นอยู่บางประการ กล่าวคือ⁹³

⁸⁹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 18, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2560), น. 61 - 67.

⁹⁰ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา บทบัญญัติทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพมหานคร : พลสยาม พรินดี, 2551), น. 315 - 327.

⁹¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1011/2503.

⁹² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 122/2496.

⁹³ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 90, น. 328 - 329.

1. กรณีที่มีกระทำของบุคคลหลายคน และแม้ว่าจะไม่มีการกระทำของบุคคลหนึ่ง ผลก็ยังคงเกิดขึ้นได้จากการกระทำของบุคคลอีกคนหนึ่ง ปกติแล้วตามหลักทฤษฎีเงื่อนไข หากบุคคลนั้นสามารถพิสูจน์ได้ว่าแม้ไม่มีการกระทำของตน ผลก็ยังคงเกิดขึ้นได้จากการกระทำของบุคคลอีกคนหนึ่ง ตามกฎหมายจะถือว่าผลที่เกิดขึ้นนั้นไม่ได้เป็นผลโดยตรงจากการกระทำของบุคคลนั้น แต่หากเป็นกรณีที่การกระทำของแต่ละคนมีความเพียงพอในตัวเองที่จะก่อให้เกิดผิดนั้นได้ โดยไม่ต้องอาศัยการกระทำของบุคคลอีกคนหนึ่ง บุคคลแต่ละคนจะต้องรับผิดชอบในผลที่เกิดขึ้น เพราะถือว่าเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของตน

2. ความผิดบางฐานตามลักษณะของความผิดนั้นเกิดจากการกระทำหลายอย่างมาประกอบกัน แม้ว่าจะขาดการกระทำอันใดอันหนึ่งไป ความผิดนั้นก็ยังคงเกิดอยู่ จึงถือว่าการกระทำทั้งหมดได้เป็นตัวก่อให้เกิดความผิดนั้นขึ้นนั่นเอง

(1.2) ผลโดยอ้อม (Non-Direct Consequence)

ผลโดยอ้อม (Non-Direct Consequence) เป็นผลที่เกิดขึ้นต่อสภาพจิตใจ และอารมณ์ในทางลบของผู้ที่ตกเป็นเหยื่อหรือสาธารณชนที่ได้พบเห็น เช่น ความหวาดกลัว ความหวาดระแวง ความวิตกกังวล อันเป็นการก่อให้เกิดความเครียดทางด้านจิตใจและอารมณ์ และอาจก่อให้เกิดพฤติกรรมเลียนแบบได้ทั้งในเด็กและผู้ใหญ่ที่ต่างก็ย่อมมีวุฒิภาวะและความเปราะบางทางจิตใจที่แตกต่างกัน ซึ่งผลกระทบอันเป็นความเสียหายที่ส่งผลโดยอ้อมนั้นมีลักษณะของความเสียหายที่ได้รับการยอมรับจากคนส่วนใหญ่ในสังคม และความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่จำเป็นต้องเป็นความเสียหายที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของโอกาสที่จะเกิดความเสียหายอย่างมาก แม้โอกาสของความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นมีอยู่น้อยก็แสดงให้เห็นถึงความเสียหาย

(2) หลักเกณฑ์ระยะเวลาในการเกิดความเสียหาย (Period of Harm) โดยสามารถแยกระยะเวลาในการเกิดความเสียหายได้เป็น 2 กรณี คือ

(2.1) ผลที่อาจเกิดขึ้นเป็นที่ประจักษ์ (Actuality Consequence) หรือผลที่สามารถเห็นได้ในทันทีทันใด

ผลที่อาจเกิดขึ้นเป็นที่ประจักษ์ (Actuality Consequence) หรือผลที่สามารถเห็นได้ในทันทีทันใด โดยจะสัมพันธ์กับการกระทำตามหลักความใกล้ชิดต่อผล⁹⁴ (The Proximity Rule) กล่าวคือ หากผู้กระทำได้กระทำขั้นสุดท้าย (last act) ซึ่งจำเป็นต้องกระทำเพื่อให้ความผิดสำเร็จ ถือว่าการกระทำนั้นใกล้ชิดต่อผล เป็นการลงมือกระทำความผิดแล้ว เช่น ก. ต้องการฆ่า ข. โดยใช้น้ำขิง หาก ก. ได้ลั่นไกปืนก็ถือว่าเป็นการลงมือฆ่าแล้ว เพราะเป็นการกระทำขั้นสุดท้าย ซึ่ง ก. จำเป็นต้องกระทำเพื่อให้การฆ่า ข. ได้เกิดขึ้น และเมื่อ ข. ตายเพราะการยิงของ ก.

⁹⁴ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 90*, น. 542 - 551.

จึงถือความตายของ ก. เป็นผลที่เกิดขึ้นเป็นที่ประจักษ์ และแม้ว่ามีใช้การกระทำในขั้นสุดท้ายจริงๆ ในแง่ของผู้กระทำ ก็อาจถือว่าเป็นการลงมือกระทำความผิดได้ หากเป็นการกระทำที่เป็นส่วนหนึ่งของการที่ประสงค์จะกระทำติดต่อกันจนใกล้ชิดกับผล เช่น การใช้ปืนยิง หากเพียงแต่ ก. เล็งปืนไปยัง ข. ก็เป็นการลงมือฆ่าแล้ว เพราะการเล็งปืนเป็นส่วนหนึ่งของการลั่นไกปืน ซึ่งศาลไทยตีความคำว่าลงมือว่าจะต้องเป็นการกระทำที่ได้กระทำลงจนใกล้ชิดกับผลสำเร็จอันพึงเห็นได้ประจักษ์แล้ว⁹⁵

(2.2) ผลที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคตอันใกล้ (Potential Consequence)

ผลที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคตอันใกล้ (Potential) เป็นความเสียหายที่ผลยังไม่เกิดขึ้นและไม่ปรากฏความเสียหายอย่างชัดเจนในทันทีทันใดหรือในขณะที่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ซึ่งผลที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคตอันใกล้ อาจจะสัมพันธ์กับการกระทำตามหลักความใกล้ชิดต่อผล (The Proximity Rule) ด้วยเช่นกัน กล่าวคือ หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำขั้นสุดท้ายซึ่งผู้กระทำจำต้องกระทำเพื่อให้เกิดผล ก็ถือว่าเป็นการลงมือกระทำแล้ว แม้ว่าจะระยะเวลากว่าที่จะเกิดผลนั้นจะยังไม่แน่นอนว่าจะนานเท่าใดก็ตาม⁹⁶ ทั้งนี้ ความเสียหายนั้นมิได้หมายความว่าเฉพาะแต่เพียงการกระทำที่อันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายโดยตรงเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการกระทำที่เป็นการก่ออันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายด้วย แม้โดยทั่วไปจะเป็นที่ยอมรับว่าการที่กฎหมายอาญาจะเข้ามากระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องมีขอบเขตจำกัด กล่าวคือ ต้องมีการกระทำและผลที่เป็นความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำดังกล่าว เพราะว่าหากปราศจากการกระทำแล้วต้องรับผิดชอบก็เป็นสิ่งที่บุคคลไม่อาจยอมรับได้ และถ้าปราศจากความเสียหายแล้วต้องรับผิดชอบก็เป็นสิ่งที่ไม่มีเหตุผลพอ ดังนั้น กฎหมายอาญาจะมีความชอบธรรมในอันที่จะเข้ามาแทรกแซงก็ต่อเมื่อมีผลที่เป็นความเสียหายเกิดขึ้น หากพิจารณาตามหลัก “ไม่มีการลงโทษหากปราศจากความเสียหาย” (no punishment without harm) กล่าวคือ การลงโทษไม่อาจกระทำได้ในกรณีที่ความเสียหายต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่ได้รับความคุ้มครองหรือความเสียหายต่อคุณธรรมทางกฎหมายดังกล่าวไม่มีอยู่ การก่อให้เกิดผลตามที่บัญญัติห้ามไว้จึงเป็นสิ่งที่มิมาก่อน แต่อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะมีความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตราย หรือความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายก็ล้วนแต่มีความสมควรลงโทษอยู่ในตัวเอง กล่าวคือ ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย ความสมควรลงโทษสำหรับความผิดดังกล่าวอยู่ที่ว่าการกระทำนั้นใกล้ที่จะก่อให้เกิดผลที่เป็นการทำอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่ผู้อื่นได้รับความคุ้มครอง เนื่องจากความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย กฎหมายลงโทษผู้กระทำ

⁹⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1203/2491.

⁹⁶ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 90*, น. 544.

ความผิดเพื่อป้องกันอันตรายกับคุณธรรมทางกฎหมาย แม้ว่าผลที่เป็นความเสียหายจะยังไม่เกิดขึ้น หรือจะเกิดขึ้นในอนาคตอันใกล้ก็ตาม ก็สามารถลงโทษได้หากการกระทำดังกล่าวได้ก่ออันตรายขึ้น⁹⁷

(3) หลักเกณฑ์ลักษณะของการเกิดความเสียหาย (Period of Harm) โดยสามารถแยกลักษณะของการเกิดความเสียหายได้เป็น 2 กรณี คือ

(3.1) ผลที่เป็นรูปธรรม (Concrete Consequence)

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน ได้ให้ความหมายของความว่า รูปธรรม หมายถึง สิ่งที่ได้รู้อย่างตา หู จมูก ลิ้น กาย อันได้แก่ รูป เสียง กลิ่น รส และสิ่งที่สามารถสัมผัสได้ด้วยกาย และความหมายอีกนัยหนึ่ง หมายถึง สิ่งที่สามารถแสดงออกมาให้ปรากฏเป็นจริงเป็นจังมิใช่เป็นเพียงทฤษฎีเท่านั้น, สิ่งที่สามารถปฏิบัติได้ ดังนั้น ผลที่เป็นรูปธรรมจากการทำความผิดเป็นความเสียหายที่สามารถรับรู้ได้ทางกายภาพ และเป็นความเสียหายที่สามารถมองเห็นได้อย่างชัดเจน เช่น ชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน และเพศ

(3.2) ผลที่เป็นนามธรรม (Abstract Consequence)

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน ได้ให้ความหมายของความว่า นามธรรม หมายถึง สิ่งที่ไม่มียุข คือ รู้อย่างตา หู จมูก ลิ้น กาย ไม่ได้เฉพาะทางใจเท่านั้น ดังนั้น ผลที่เป็นนามธรรมจากการทำความผิด เป็นความเสียหายที่สามารถรับรู้ได้ด้วยความรู้สึกและจิตใจ ไม่สามารถแสดงออกให้เห็นอย่างเป็นจริงได้ และไม่สามารถจับต้องได้ ซึ่งการทำความผิดที่ก่อให้เกิดผลที่เป็นนามธรรมที่สำคัญนั้น คือ ศีลธรรมอันดีของประชาชน (good moral)

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน ได้ให้ความหมายของความว่า ศีลธรรม (morality) หมายถึง ความประพฤติที่ดีที่ชอบ, ศีลและธรรม, ธรรมในระดับศีล หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือศีลธรรมเป็นเรื่องที่อยู่ภายในจิตใจของบุคคล

ศีลธรรมอันดีของประชาชน (good moral) เป็นธรรมเนียมประเพณีที่ดีงามของสังคมที่ประชาชนถือปฏิบัติเพื่อให้เกิดความสงบสุขของสังคม⁹⁸

ผลกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน (good moral) เป็นความเสียหายที่กระทบกระเทือนต่อจิตใจและความรู้สึก ซึ่งมีลักษณะเป็นนามธรรมอันเป็นสิ่งที่มิใช่ตัวตน เนื่องจาก

⁹⁷ สกล นิสารัตน์, “กฎหมายอาญาและการลงโทษที่เหมาะสม : แนวความคิดทางด้านปรัชญาและความยุติธรรมทางสังคม”, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น. 56 – 57.

⁹⁸ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร และณัฐนันท์ อัสวเลิศศักดิ์, หน่วยที่ 2 หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน, สืบค้นเมื่อวันที่ 28 มีนาคม 2661, จาก <http://www.stou.ac.th/schools/sw/upload/ex.40701-2.pdf>.

ศีลธรรมเป็นความรู้สึกที่เกิดจากจิตใจอันดีงามของบุคคลแต่ละคนที่ปรารถนาให้ทุกคนในสังคมอยู่ร่วมกันอย่างปกติสุข การที่บุคคลกระทำการใดลงไป ผู้อื่นอาจจะไม่ยินยอม อาจจะต่อสู้อัดขวางหรือแค้น ดังนั้น บุคคลทุกคนจะต้องใช้ความระมัดระวังที่จะไม่กระทำการใดในสิ่งที่กระทบต่อผู้อื่น หรือถูกผู้อื่นตอบโต้หรือตำหนิได้ โดยศีลธรรมเป็นกฎเกณฑ์ของสังคมในระดับต้น สำหรับให้สมาชิกในสังคมประพฤติปฏิบัติเพื่อให้เกิดความสงบสุข ไม่หวาดกลัว หรือไม่หวาดระแวงต่อภัยอันตราย เป็นหลักประกันสังคมที่สำคัญ⁹⁹ แม้หลักศีลธรรมจะขอบเขตอย่างกว้างและเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพสังคม และช่วงเวลา จึงไม่อาจกำหนดไว้ให้ชัดเจนในกฎหมายได้ แต่บุคคลทุกคนในฐานะที่เป็นสมาชิกในสังคมก็ต้องเคารพและปฏิบัติตามศีลธรรมของสังคมนั้น¹⁰⁰

นอกจากการทำความผิดจะส่งผลต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้วยังก่อให้เกิดความเสียหายอื่นๆ ที่มีลักษณะเป็นนามธรรมด้วย¹⁰¹ ได้แก่

1. ความเสียหายต่อประโยชน์ในความผาสุก (welfare harm) เช่น เรื่องคุ้มครองเสรีภาพส่วนบุคคล

2. ความเสียหายต่อคุณค่าที่สัมผัสไม่ได้ โดยเป็นเพียงการแสดงนัยของความเสียหายต่อประโยชน์ต่างๆ ของสังคมเท่านั้น เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่การบาดเจ็บของร่างกายไม่ใช่สาระสำคัญเท่ากับเสรีภาพในการกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของหญิง (autonomy of woman) โดยความเสียหายดังกล่าวไม่สามารถจำกัดขอบเขตเฉพาะความเสียหายในทางกายภาพเท่านั้น

3. ความเสียหายอันละเมิดต่อประโยชน์ที่บุคคลมีสิทธิที่จะหลีกเลี่ยงจากประสบการณ์ที่ไม่น่าพึงพอใจ เช่น การทำให้รำคาญ (annoyance) การรบกวน (inconvenience) ความตื่นตระหนก (alarm) ความกลัว (fear) ความน่าอับอาย (embarrassment) โดยการละเมิดความคุ้มครองดังกล่าว เช่น การกล่าวคำพุดหยาบคายในที่สาธารณะ

ทั้งนี้ ลักษณะของความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นไม่จำเป็นว่าจะต้องมุ่งไปยังสภาวะของความเสียหายต่อบุคคล (individual harm) เท่านั้น แต่ต้องคำนึงถึงลักษณะของความเสียหายต่อส่วนรวมด้วย เพื่อให้กฎหมายอาญาสามารถใช้บังคับเพื่อป้องกันหรือแก้ปัญหาบางอย่าง รวมถึงยังต้องสามารถสะท้อนภาพความเสียหายอันเป็นผลกระทบต่อส่วนรวมที่แม้จะไม่มี

⁹⁹ พระพลากร สุ่มงคล (อนุพันธ์), “ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับศีลธรรม จริยธรรม ศาสนา และจารีตประเพณี”, ธรรมทรรศน์. ฉบับที่ 3 ปีที่ 16, น. 278 - 288 (พฤศจิกายน - ธันวาคม 2559).

¹⁰⁰ พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร และณัฐนันท์ อัครเลิศศักดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 98.

¹⁰¹ สกล นิสารัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 97, น. 57 - 58.

ลักษณะของความรุนแรงที่เห็นได้ชัดเจน แต่เป็นการกระทำที่สมควรได้รับการกำหนดให้เป็นความผิด เนื่องจากสภาพความก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคมส่วนรวม

จากหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าการแสดงอนาจารที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน ไม่ว่าจะเกิดขึ้นในสถานที่สาธารณะหรือในสื่อสังคมออนไลน์นั้น จะเห็นได้ว่าส่งผลกระทบต่อ

2.2.4.1 ผลกระทบอันเป็นความเสียหายโดยอ้อม

การแสดงอนาจารเป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบต่ออันเป็นความเสียหาย โดยอ้อม (Non-Direct Consequence) เนื่องจากการแสดงหรือโชว์ดังกล่าวไม่ได้ส่งผลกระทบต่อชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สินของผู้ที่ตกเป็นเหยื่อหรือสาธารณชนโดยตรง แต่จะส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจและ อารมณ์ในทางลบของผู้ที่ตกเป็นเหยื่อหรือสาธารณชนที่ได้พบเห็น กล่าวคือ ผู้ที่ตกเป็นเหยื่ออาจจะ เกิดความเครียด มีความวิตกกังวล และขาดสมาธิในการใช้ชีวิตและการทำงาน เนื่องจากต้องวิตก กังวลว่าจะมีการแสดงอนาจารเกิดขึ้นกับตนอีกเมื่อใด และหากเป็นการแสดงอนาจารผ่านสื่อสังคม ออนไลน์ ผู้ตกเป็นเหยื่อส่วนใหญ่มักจะเป็นเด็กและเยาวชน เนื่องจากวุฒิภาวะการเรียนรู้และ การตัดสินใจยังพัฒนาไม่เพียงพอที่เข้าใจในเรื่องความเหมาะสมทางเพศ ซึ่งจะได้รับผลกระทบต่อ สภาพจิตใจจากการที่เข้าไปดูการแสดงอนาจารดังกล่าวโดยไม่ตั้งใจ ทำให้มีสภาพจิตใจที่ย่ำแย่ ผลกระทบต่ออารมณ์ทางเพศและการเพศสัมพันธ์ก่อนวัยอันควร เป็นการเพิ่มความอยากรู้ อยากรูเห็น และอยากลองให้กับเด็กและเยาวชน ส่งผลต่อการถูกชักจูงหรือล่อลวงให้มีการถ่ายภาพ ยั่วยุทางเพศ หรือนำไปสู่การล่วงละเมิดทางเพศ และอาจทำให้เกิดพฤติกรรมเลียนแบบ อันเนื่องมาจากการได้ฟังหรือได้เห็นพฤติกรรมดังกล่าว รวมทั้งอาจนำไปสู่การกระทำความผิดทางเพศ ที่รุนแรงต่อผู้ที่ตกเป็นเหยื่อหรือผู้คนในสังคมได้

นอกจากจะส่งผลกระทบต่อผู้ที่ตกเป็นเหยื่อแล้ว ยังส่งผลกระทบต่อ ตัวผู้แสดงอนาจารเอง กล่าวคือ หลังจากที่ผู้กระทำได้มีการแสดงอนาจารแล้ว ก็จะส่งผลกระทบต่อ สภาพจิตใจของผู้กระทำที่จะต้องประสบกับความรู้สึกผิด ความรู้สึกอับอาย ซึ่งอาจทำให้ผู้กระทำ ดำเนินชีวิตในสังคมได้ยากลำบากขึ้น และแม้ว่าผู้กระทำจะเสรีภาพในการแสดงออกทางเพศก็ตาม แต่ก่อนที่จะแสดงอนาจารนั้นก็ต้องพิจารณาแล้วว่าถ้ากระทำไปแล้วจะเกิดผลอย่างไร และการแสดงออกซึ่งเสรีภาพทางเพศนั้นแม้จะไม่ส่งผลกระทบต่อผู้อื่นในสังคมโดยตรง แต่ก็ต้องอยู่ ภายใต้อำนาจของกฎหมายที่สังคมหรือกฎหมายกำหนดไว้ การกระทำดังกล่าวส่งผลให้บุคคลใน สังคมเกิดความตำหนิและรังเกียจผู้กระทำ และยังส่งผลให้ผู้กระทำต้องถูกดำเนินคดีทางกฎหมาย อีกทั้งยังส่งผลให้ผู้กระทำถูกมองว่าเป็นวัตถุทางเพศ อันมีความเสี่ยงสูงของการที่ผู้กระทำจะตกเป็น เหยื่ออาชญากรรมทางเพศเสียเอง เนื่องจากผู้ที่พบเห็นจะปฎิเสธเชื่อว่าการที่ผู้กระทำแสดงพฤติกรรม เช่นนี้เป็นารแสดงความต้องการที่จะยั่วยุกามารมณ์ และเป็นการกระตุ้นอารมณ์ทางเพศของผู้ที่ได้ พบเห็น จนเป็นเหตุให้เกิดการเฝ้าติดตามผู้กระทำการแสดงอนาจารดังกล่าว และเมื่อประสบโอกาส

ก็จะก่ออาชญากรรมทางเพศที่รุนแรงขึ้นได้ เช่น การข่มขืน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแสดงอนาจารผ่านสื่อสังคมออนไลน์ที่สามารถระบุสถานที่อยู่ของผู้กระทำการแสดงอนาจาร

นอกจากนี้ ยังส่งผลกระทบต่อชื่อเสียงครอบครัวของผู้แสดงอนาจาร กล่าวคือ การที่บุคคลได้กระทำการแสดงอนาจารนั้น เป็นการก่อให้เกิดบุคคลในครอบครัวได้รับความอับอาย เดือดร้อน ถูกดูหมิ่น จากบุคคลที่ได้พบเห็นพฤติกรรมการแสดงอนาจารของผู้กระทำ หรือไม่เป็นที่ยอมรับจากสังคม อันส่งผลให้ชื่อเสียงของวงศ์ตระกูลเกิดความเสื่อมเสียได้

2.2.4.2 ผลกระทบที่เกิดขึ้นได้ในอนาคตอันใกล้

การแสดงอนาจารแม้จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายเป็นที่ประจักษ์ (Actuality Consequence) หรือไม่ปรากฏความเสียหายในขณะกระทำทันทีทันใด แต่ก็อาจเป็นผลกระทบที่เกิดขึ้นได้ในอนาคตอันใกล้ (Potential) หากยังคงปล่อยให้มีการกระทำโดยที่ไม่มีการจำกัดขอบเขต โดยเฉพาะผลกระทบต่อสังคม เนื่องจากในสังคมที่พบเห็นหรือเข้าถึงการแสดงอนาจารได้ง่าย ทำให้การกระทำความผิดทางเพศที่รุนแรงมีโอกาสมิเพิ่มจำนวนมากขึ้น

2.2.4.3 ผลกระทบในลักษณะที่เป็นนามธรรม

การแสดงอนาจารเป็นการแสดงออกได้ส่งผลกระทบในลักษณะที่เป็นนามธรรม (Abstract Consequence) ไม่ว่าจะเป็นผลกระทบต่อความเป็นมนุษย์ วัฒนธรรม หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

- ผลกระทบต่อความเป็นมนุษย์ เนื่องจากการแสดงอนาจารนั้นถูกครอบงำโดยความสัมพันธ์ทางเพศ การที่ผู้พบเห็นสนใจเพียงร่างกายหรืออวัยวะเพศของผู้แสดงอนาจารดังกล่าว เป็นเหตุให้ผู้นั้นถูกตัดสินทุกอย่างผ่านร่างกาย ไม่ใช่อุปนิสัย ซึ่งเป็นการลดคุณค่าความเป็นมนุษย์ลง

- ผลกระทบต่อส่งผลกระทบต่อวัฒนธรรม กล่าวคือ วัฒนธรรมเป็นลักษณะที่แสดงถึงความเจริญงอกงาม ความเป็นระเบียบเรียบร้อย ความกลมเกลียวก้าวหน้าของชาติ และศีลธรรมอันดีของประชาชน¹⁰² วัฒนธรรมเป็นสิ่งที่แสดงถึงลักษณะของชาติ ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของคนในชาติซึ่งเป็นรากฐานสำคัญของความเป็นปึกแผ่นมั่นคงของชาติ ดังนั้น คนไทยทุกคนจึงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามวัฒนธรรมแห่งชาติ และต้องพยุ่งส่งเสริมความเจริญก้าวหน้าของชาติ โดยรักษาไว้ซึ่งวัฒนธรรมตามประเพณีอันดีงาม ซึ่งตามพระราชบัญญัติวัฒนธรรมแห่งชาติ พุทธศักราช 2485 กำหนดให้บุคคลต้องปฏิบัติตามวัฒนธรรมโดยคำนึงถึงความเป็นระเบียบเรียบร้อยในการแต่งกาย จรรยา และมารยาทในที่สาธารณะสถานที่หรือที่ปรากฏแก่สาธารณชน การปฏิบัติตน และการปฏิบัติต่อบ้านเรือน การประพฤติดนอันเป็นทางนำมาซึ่งเกียรติของชาติไทยและ

¹⁰² พระราชบัญญัติวัฒนธรรมแห่งชาติ พุทธศักราช 2485 มาตรา 4.

พระพุทธศาสนา ความเจริญงอกงามแห่งจิตใจและศีลธรรมของประชาชน และความนิยมไทย¹⁰³ ดังนั้น คนไทยทุกคนจึงต้องแต่งกายให้เรียบร้อยตามวัฒนธรรมและขนบธรรมเนียมประเพณีของไทย เช่น การแต่งกายโดยไม่เปิดเผยร่างกายในส่วนที่ควรปกปิดในสถานที่สาธารณะหรือที่ปรากฏแก่สาธารณชน ปฏิบัติตนให้เรียบร้อยเหมาะสมสอดคล้องกับวัฒนธรรมและขนบธรรมเนียมประเพณีของไทย และประพฤติตนที่ธำรงไว้ซึ่งเกียรติและศักดิ์ศรีของชาติไทยและอยู่ในแนวทางหลักคำสอนของพระพุทธศาสนา รวมทั้งต้องปฏิบัติตามแบบนิยมในความเป็นไทย ไม่ยึดถือหรือนำเอาวัฒนธรรมของตะวันตกมาใช้จนลืมความเป็นไทย ซึ่งหากบุคคลกระทำการแสดงอนาจาร โดยการเปลือยกาย การเปิดเผยร่างกายหรืออวัยวะเพศ ซึ่งเป็นส่วนที่ไม่ควรเปิดเผย ให้สาธารณชนดู แม้วัฒนธรรมตะวันตกจะยอมรับให้มีเปลือยกายได้ แต่วัฒนธรรมและขนบธรรมเนียมประเพณีของไทยยังคงยึดถือให้คนไทยแต่งกายเรียบร้อยเหมาะสม และยังไม่มีการยอมรับวัฒนธรรมของการเปลือยกายให้สาธารณชนดู การกระทำดังกล่าวจึงนำไปสู่การเสื่อมเสียเกียรติของชาติไทยและพระพุทธศาสนา และส่งผลกระทบต่อวัฒนธรรมที่ดีและสังคมไทยโดยรวม

- ผลกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งศีลธรรมเป็นเรื่องเกี่ยวกับความเหมาะสมทางเพศ ถือว่าเป็นเหตุผลหลักสำหรับในการควบคุมพฤติการณ์ของบุคคลในสังคม เมื่อบุคคลนั้นกระทำการฝ่าฝืนต่อศีลธรรมที่กำหนดให้บุคคลในสังคมประพฤติปฏิบัติตาม ย่อมทำให้เกิดความไม่สงบสุข และบุคคลในสังคมเกิดความหวาดกลัวหรือหวาดกลัวต่อภัยอันตรายที่จะเกิดตามมาจากการแสดงหรือโชว์ดังกล่าว แม้การแสดงหรือโชว์อนาจารไม่ก่อให้เกิดความเสียหายที่ชัดเจน แต่คนส่วนใหญ่ในสังคมเห็นว่าเป็นอันตราย ซึ่งส่งผลกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ความผาสุก ความมั่นคง สวัสดิภาพของส่วนรวม และประโยชน์ที่บุคคลในสังคมมีสิทธิหลีกเลี่ยงจากพฤติกรรมการแสดงอนาจารอันเป็นการกระทำที่ไม่พึงประสงค์ดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นการทำให้เด็กร้อนรำคาญ การรบกวน ความน่าอัปยศ ความหวาดระแวง ความตื่นตระหนก และความกลัวต่อภัยอันตรายที่เกิดจากการแสดงอนาจารดังกล่าวที่อาจทวีความรุนแรงมากขึ้น อันนำไปสู่ความไม่สงบสุขในสังคม และส่งผลให้สิ่งแวดล้อมในสังคมไม่ปลอดภัย และนำไปสู่การก่ออาชญากรรมทางเพศที่รุนแรงขึ้น

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าผู้กระทำจะมีเสรีภาพความเป็นส่วนตัวในการแสดงออกทางเพศ และยินยอมให้ผู้อื่นเห็นร่างกายหรือกิจกรรมทางเพศของตนเองก็ตาม แต่เนื่องจากประเทศไทยเป็นเมืองแห่งพระพุทธศาสนา มีขนบธรรมเนียม ประเพณี และวัฒนธรรม ที่ยังไม่ให้การยอมรับวัฒนธรรมของการเปลือยกายแบบสังคมตะวันตก และไม่ควรมียึดถือหรือนำเอาวัฒนธรรมของสังคม

¹⁰³ พระราชบัญญัติวัฒนธรรมแห่งชาติ พุทธศักราช 2485 มาตรา 6.

ตะวันตกมาใช้จนล้มความเป็นไทย ดังนั้น การแสดงเสรีภาพและความยินยอมดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตที่เหมาะสม เพื่อไม่ให้กระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

2.3 หลักเกณฑ์การบังคับใช้ตามกฎหมายอาญา

เมื่อมนุษย์อยู่ร่วมกันในสังคมย่อมต้องมีปฏิสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน และย่อมมีความกระทบกระทั่งกันไม่ว่าทางใดก็ทางหนึ่ง กฎหมายอาญาในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการรักษาความสงบและความเรียบร้อยของสังคมจึงมีความสำคัญ แต่การใช้กฎหมายอาญาเพื่อเป็นเครื่องมือคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมต้องกระทำเฉพาะเท่าที่จำเป็นที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้เท่านั้น เพราะหากมีการบัญญัติกฎหมายอาญาขึ้นอย่างพร่ำเพรื่อ ย่อมเป็นการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจนเกินความจำเป็นอันไม่สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตย เนื่องจากกฎหมายอาญาไม่เพียงแต่มุ่งจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเท่านั้น แต่จะต้องเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วย¹⁰⁴

2.3.1 แนวคิดในกำหนดความรับผิดทางอาญา

ก่อนที่รัฐจะกำหนดหลักเกณฑ์ขึ้นมาเพื่อใช้บังคับกับบุคคลว่าการกระทำใดหรือห้ามกระทำการใดเป็นความผิดอาญา และหากมีการฝ่าฝืนจะต้องถูกลงโทษนั้น จำเป็นต้องศึกษาและทำความเข้าใจเกี่ยวกับข้อบังคับที่มีลักษณะคล้ายกฎหมายอาญา กรอบในการบัญญัติกฎหมายอาญา วิวัฒนาการในการบัญญัติกฎหมายอาญา วัตถุประสงค์ทั่วไปในการบัญญัติกฎหมายอาญา หลักเกณฑ์การกำหนดความผิดทางอาญา และรูปแบบการบัญญัติกฎหมายอาญา

2.3.1.1 ข้อบังคับที่มีลักษณะคล้ายกฎหมายอาญา

ก่อนที่จะพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ที่รัฐใช้ในการบัญญัติกฎหมายอาญา จำเป็นจะต้องมีการพิจารณาถึงข้อบังคับที่มีลักษณะคล้ายกับกฎหมายอาญา อันมีอยู่ 3 ประการ ได้แก่ ศาสนา ศีลธรรม และจารีตประเพณี

¹⁰⁴ คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 62*, น. 45.

(1) ศาสนา¹⁰⁵

ศาสนา คือ กฎข้อบังคับที่ศาสนาได้กำหนดไว้เพื่อให้บุคคลประพฤติปฏิบัติในคุณงามความดี และปฏิบัติตามหลักคำสอนหรือข้อบังคับที่ให้กระทำหรืองดเว้นกระทำการใด เพื่อหวังได้รับความสุขในอนาคต ศาสนาพุทธได้มีหลักคำสอนที่ว่ากรรมคือการกระทำของมนุษย์ที่ก่อให้เกิดผลดีและผลร้ายทั้งในปัจจุบันและอนาคต

ศาสนาและกฎหมายต่างได้กำหนดเกี่ยวกับความประพฤติของบุคคล หากผู้ใดฝ่าฝืนกฎข้อบังคับที่กำหนดไว้ก็จะต้องได้รับผลร้ายจากการฝ่าฝืนนั้น เพียงแต่ศาสนาและกฎหมายมีสภาพบังคับ (sanction) ที่แตกต่างกัน กล่าวคือ หากผู้ใดกระทำการฝ่าฝืนหลักคำสอนหรือข้อบังคับของศาสนา สภาพบังคับจะเกิดขึ้นในโลกหน้า เนื่องจากเป็นเรื่องของความเชื่อ จึงมีผลเฉพาะผู้ที่นับถือศาสนาเท่านั้น แต่หากผู้ใดกระทำฝ่าฝืนข้อกำหนดของกฎหมายก็จะมีสภาพทางกฎหมายเกิดขึ้นในทันที ดังนั้น ศาสนาที่ดีย่อมทำให้รัฐสามารถบัญญัติกฎหมายอันเป็นกฎข้อบังคับที่ดีได้ เนื่องจากบุคคลที่นับถือศาสนาอย่างเคร่งครัดย่อมจะเป็นผู้ที่มีความประพฤติดีและยอมปฏิบัติตามกฎหมายของรัฐ รวมทั้งรัฐจะต้องบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองศาสนา เช่น ลงโทษผู้ที่ทำลายการประกอบพิธีกรรมทางศาสนา (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 207) และศาสนาก็จะต้องมีหลักคำสอนหรือข้อบังคับที่ให้บุคคลปฏิบัติตามกฎหมายเช่นเดียวกัน นอกจากนี้ ศาสนายังเป็นตัวกำหนดข้อห้ามทางจิตใจของมนุษย์ เช่น ห้ามมิให้มนุษย์คิดร้ายต่อผู้อื่น ส่งผลให้ศาสนาช่วยเหลือให้บุคคลปฏิบัติตามกฎหมาย เพราะศาสนามีหลักคำสอนให้บุคคลทำความดี และถ้ากฎหมายมีกฎข้อบังคับที่ดีย่อมเป็นการส่งเสริมให้ศาสนาดีไปด้วย

(2) ศีลธรรม¹⁰⁶

ศีลธรรม คือ ความรู้สึกนึกคิดของมนุษย์ว่าการกระทำใดเป็นการกระทำที่ที่ชอบ และการกระทำใดเป็นการกระทำที่ผิด

ศีลธรรมและกฎหมายต่างเป็นสิ่งที่มนุษย์สร้างขึ้น และกำหนดข้อบังคับแห่งความประพฤติของบุคคล เพียงแต่ศีลธรรมและกฎหมายมีสภาพบังคับ (sanction) ที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ศีลธรรมมุ่งหมายที่จะทำให้บุคคลพร้อมบริบูรณ์ไปด้วยความดีทั้งทางร่างกายและจิตใจ โดยไม่ได้มีการกำหนดเป็นลายลักษณ์อักษร เกิดจากความรู้สึกภายในจิตใจของบุคคล เพียงแค่บุคคลนั้นคิดไม่ชอบก็ผิดศีลธรรมแล้ว บุคคลจะปฏิบัติตามหรือไม่ขึ้นอยู่กับความรู้สึกภายในจิตใจของแต่ละคน หากมีการฝ่าฝืนศีลธรรมก็เพียงส่งผลกระทบต่อจิตใจของผู้นั้นเท่านั้น ซึ่งจะมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับ

¹⁰⁵ หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 20, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น. 36 - 39.

¹⁰⁶ เพ็งอ่าง, น. 39 - 41.

ความสำนึกในศีลธรรมของแต่ละคน ส่วนกฎหมายเป็นข้อบังคับของรัฐที่กำหนดขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อกำหนดความประพฤติภายนอกของบุคคล ซึ่งแสดงออกมาในรูปของการกระทำที่กฎหมายห้ามหรือการละเว้นการกระทำที่กฎหมายกำชับให้กระทำ และมุ่งหมายที่จะดำรงไว้ซึ่งความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม หากบุคคลใดกระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายก็จะต้องได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษ โดยรัฐจะเป็นผู้กำหนดสภาพบังคับ แต่หากบุคคลนั้นเพียงแค่อคิดจะกระทำ อยู่ภายในจิตใจยังไม่ถือว่าผิดกฎหมาย ดังนั้น เมื่อบุคคลมีศีลธรรมสูงย่อมเป็นหลักประกันว่าจะปฏิบัติตามกฎหมายและเคารพต่อกฎหมายมากขึ้น และกฎหมายที่ดีย่อมส่งเสริมให้ศีลธรรมของประชาชนสูงขึ้น ซึ่งมีกฎหมายหลายๆ บทบัญญัติที่กำหนดให้การกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมของประชาชนเป็นการกระทำที่กฎหมายไม่ยอมรับ เช่น การจ้างผู้อื่นไปทำร้ายร่างกายคนที่เกลียดชังยอมเป็นโมฆะกรรม และศีลธรรมก็ย่อมไม่นำกฎหมายไปใช้ในทางที่ผิด เพราะศีลธรรมเป็นความรู้สึกนึกคิดของบุคคลว่าการกระทำใดเป็นคุณงามความดี

(3) จารีตประเพณี¹⁰⁷

จารีตประเพณี คือ สิ่งที่บุคคลประพฤติปฏิบัติสืบต่อกันมา โดยมุ่งหมายเฉพาะสิ่งภายนอกของบุคคลเท่านั้น เช่น การแต่งกาย การพูดจา และวิธีการติดต่อกับผู้อื่น รวมไปถึงวัฒนธรรม ซึ่งอาจมีความแตกต่างกันไปตามกาลเทศะ เวลา และสถานที่

จารีตประเพณีและกฎหมายได้มีการวางข้อบังคับกำหนดความประพฤติภายนอกของบุคคล เพื่อให้สามารถอยู่ร่วมกันได้อย่างสงบสุข เพียงแต่จารีตประเพณีและกฎหมายมีสภาพบังคับ (sanction) ที่แตกต่างกัน กล่าวคือ จารีตประเพณีเป็นข้อบังคับของสังคมที่ครอบคลุมการดำรงชีวิตทั้งหมดของมนุษย์ ผู้ที่กระทำผิดจารีตประเพณีจะได้รับการดำเนินคดีจากสังคม ส่วนกฎหมายเป็นสิ่งที่รัฐบัญญัติขึ้นเพื่อวางข้อบังคับสำหรับความประพฤติของบุคคลเพียงบางประการ ผู้ที่กระทำผิดกฎหมายจะต้องได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษตามที่รัฐได้กำหนดไว้ ทั้งนี้กฎหมายได้รับอิทธิพลจากจารีตประเพณี เช่น จารีตประเพณีในทางพาณิชย์ ส่งผลให้มีการออกกฎหมายตามความต้องการของประชาชน ในทางกลับกันกฎหมายก็มีอิทธิพลเหนือจารีตประเพณี โดยกฎหมายอาจออกข้อบังคับที่มีผลเป็นการยกมาตรฐานจารีตประเพณีให้สูงขึ้นกว่าที่เป็นอยู่เดิม

2.3.1.2 กรอบในการบัญญัติกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญา หมายถึง “การกระทำหรือการไม่กระทำที่มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้”¹⁰⁸ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อมิให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย

¹⁰⁷ เฟิงอ้วง, น. 41 - 43.

¹⁰⁸ ตามความในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 ที่บัญญัติว่า “การกระทำที่กฎหมาย... บัญญัติความผิดและกำหนดโทษไว้...”

เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สินของผู้อื่น เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ การปกครอง ความสงบเรียบร้อยของชุมชนหรือความเป็นระเบียบเรียบร้อย ซึ่งรัฐจะเป็นผู้บังคับและลงโทษตามกระบวนการที่บทบัญญัติกำหนดขึ้น¹⁰⁹

การบัญญัติกฎหมายอาญาในส่วนของสารบัญญัติเป็นเรื่องของการให้คำนิยามแก่พฤติกรรมต้องห้าม และกำหนดผลลัพธ์ของพฤติกรรมอันถือว่าเป็นสภาพบังคับ เช่น การลงโทษ หรือมาตรการอื่นที่เหมาะสม ซึ่งพฤติกรรมที่สมควรถูกควบคุมโดยกฎหมายอาญามีดังต่อไปนี้¹¹⁰

1. พฤติกรรมที่ก่อให้เกิดภัยอันตราย หรือภัยคุกคามข่มขู่ ทำให้ประชาชนเกิดความรู้สึกไม่ปลอดภัย ไม่มั่นคง

2. พฤติกรรมที่เป็นเหตุให้กระทำความผิด

3. พฤติกรรมที่ทำลายความมั่นคงของสังคม รัฐบาล หรือเศรษฐกิจ

ถ้าพฤติกรรมใดเป็นบ่อเกิด หรือเป็นการคุกคาม ทำให้เกิดอันตรายและสร้างความรู้สึกไม่ปลอดภัย รัฐอาจกำหนดให้เป็นความผิดอาญา ซึ่งพฤติกรรมใดที่จะถือว่าเป็นภัยอันตรายนั้นขึ้นอยู่กับว่าสังคมนั้นมองว่าพฤติกรรมใดเป็นที่น่ารังเกียจ แต่อย่างไรก็ตาม พฤติกรรมที่ก่อความเดือดร้อนแก่ชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง และทรัพย์สินของบุคคล หรือความมั่นคงปลอดภัยของชุมชน ถือว่าพฤติกรรมนั้นเป็นภัยอันตราย¹¹¹

1. ชีวิตและร่างกาย กล่าวคือ การฆ่าหรือทำร้ายร่างกาย และการข่มขู่คุกคาม ทำให้ผู้อื่นเกิดความกลัว ด้วยวิธีการใดๆ ที่ทำให้ผู้นั้นรู้สึกว่าต้องถูกฆ่าหรือจะถูกทำร้ายร่างกาย ถือว่าเป็นความผิดอาญา

2. เสรีภาพ กล่าวคือ การบังคับให้มีเพศสัมพันธ์โดยผู้นั้นไม่ยินยอม การหน่วงเหนี่ยวกักขังโดยมิชอบ ถือว่าเป็นความผิดอาญา เนื่องจากรัฐมองว่าการรุกร้าเข้ามาในชีวิตและความปลอดภัยทางกาย ถือว่าเป็นการก่อกวนที่ไม่สามารถปล่อยให้เป็นที่เสียหายจัดการเองได้

3. ชื่อเสียง กล่าวคือ การดูหมิ่นเหยียดหยาม หมิ่นประมาท กล่าวร้ายกัน เป็นเหตุให้ผู้อื่นเสียหาย และอาจก่อเหตุร้ายต่อไปได้

¹⁰⁹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 89*, น. 14 – 15.

¹¹⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *สังคมกับกฎหมาย*, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2555), น. 108 – 113.

¹¹¹ *เพิ่งอ้าง*.

4. ทรัพย์สิน กล่าวคือ เป็นองค์ประกอบที่แสดงความมั่นคงในชีวิต การลักทรัพย์ การฉกฉวยทรัพย์ การขู่ว่าจะเอาเงินหรือทรัพย์สินโดยเจ้าของไม่ยินยอม การฉ้อโกง การบุกรุก หรือการทำความเสียหายต่อทรัพย์สินนั้น ไม่ใช่เรื่องที่กระทบกระเทือนเฉพาะต่อบุคคลและทรัพย์สินเท่านั้น แต่ยังกระทบกระเทือนถึงความมั่นคงปลอดภัยของสาธารณชนด้วย ถือว่าเป็นความผิดที่ต้องปรามโดยกฎหมาย

5. ความมั่นคงของชาติ กล่าวคือ การทำให้ประเทศชาติและสัมพันธ์ระหว่างประเทศต้องเผชิญกับอันตรายที่เกิดจากการคุกคามหรือรุกรานของต่างชาติ หรือการทำลายสถาบันและความมั่นคงของชาติ ความวุ่นวายดังกล่าวจะนำไปสู่การปฏิวัติและความไม่สงบในหมู่ประชาชน

6. พฤติกรรมที่เป็นเหตุให้เกิดความผิด กล่าวคือ พฤติกรรมที่แม้ตัวของมันเองจะไม่เป็นการคุกคามความปลอดภัยของประชาชนหรือทรัพย์สิน แต่อาจเป็นต้นเหตุทำให้เกิดการกระทำความผิดที่ร้ายแรงได้ เช่น เสี่ยงหรือกลิ้งที่รุนแรงเกินไป การเปลือยกายในที่สาธารณะ หรือการค้าประเวณี พฤติกรรมเหล่านี้อาจจะก่อความรบกวน จนเป็นเหตุให้รัฐต้องเข้ามาจัดการ โดยกำหนดให้เป็นความผิดอาญาได้ อย่างไรก็ตาม การกระทำความผิดหรือการฝ่าฝืนต่อกฎหมายนั้น ไม่ได้หมายถึงอันตรายหรือความเสียหายเพียงอย่างเดียว บางครั้งก็ขึ้นอยู่กับว่าประชาชนในสังคมมีปฏิกิริยาต่อพฤติกรรมนั้นอย่างไร เช่น ถ้าประชาชนสังคมยอมรับการเปลือยกายในที่สาธารณะ พฤติกรรมดังกล่าวก็ไม่ถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมาย ก็ไม่มีเหตุผลใดที่จะจัดให้พฤติกรรมนั้นเป็นความผิดอาญา

การกระทำความผิดทางด้านศีลธรรมแท้ๆ (Purely moral offences) กล่าวคือ เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับศีลธรรมโดยตรง เพราะเป็นการทำให้ประชาชนชุ่นเคืองหรือเสียความรู้สึก เป็นเรื่องของการกระทบทางด้านจิตใจมากกว่าทางด้านร่างกาย เช่น การรกร่วมเพศ หรือการสมรสซ้อน แต่ก็มีผู้ที่ไม่เห็นด้วยกับแนวคิดดังกล่าว เนื่องจากเห็นว่าประชาชนที่ต้องการมีชีวิตอยู่ในสิ่งแวดล้อมที่ดี มีศีลธรรม จะมีสิทธิมากแค่ไหนในการบังคับให้ผู้อื่นปฏิบัติตามความเห็นชอบของตน เช่น จะเป็นการถูกต้องหรือไม่ที่ผู้ที่ยึดมั่นสรีระจะยื่นกรานให้ผู้อื่นในสังคมเลิกกินเนื้อ

กฎหมายอาญากับศีลธรรมตามปกติย่อมสนับสนุนส่งเสริมซึ่งกันและกัน กล่าวคือ ศีลธรรมยอมอยู่ไม่ได้ถ้ากฎหมายไม่รองรับ และกฎหมายจะได้รับการปฏิบัติอย่างดีก็เพราะมีศีลธรรมหนุน การสร้างจิตสำนึกในทางศีลธรรมหรือผลประโยชน์ของตนเองด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายจึงเป็นสิ่งจำเป็น¹¹² กฎหมายอาญาส่วนใหญ่จึงมีที่มาจากศีลธรรมหรือเป็นความผิดในตัวเอง (mala in se) ความผิดอาญาที่ร้ายแรง เช่น การฆ่าคน การชิงทรัพย์ การข่มขืน ล้วนแต่เป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมทั้งสิ้น บางกรณีในการบัญญัติกฎหมายอาญาจึงไม่แตกต่างกับกฎหมาย

¹¹² เฟิงอ้วง, น. 168 – 169.

ทางศีลธรรมมากนัก แต่ก็ไม่ได้เป็นเช่นนั้นเสมอไป เพราะเห็นได้ชัดในหลายกรณีว่าเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรม แต่กฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติลงโทษในทางอาญา เช่น การพูดโกหก เว้นแต่จะให้การเป็นพยานเท็จต่อศาล (มาตรา 177) การที่คนมีชู้ผิดลูกเมียคนอื่น และมีการกระทำบางกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าผิดกฎหมายอาญา แต่ไม่เกี่ยวกับศีลธรรม เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการทะเบียนราษฎร นอกจากนี้ กฎหมายยังอาจกำหนดให้บุคคลต้องรับผิดชอบทางอาญาโดยเด็ดขาด (strict liability) โดยไม่คำนึงถึงเจตนาหรือความประมาทของผู้กระทำ หรืออาจกำหนดให้ต้องรับผิดชอบในการกระทำของผู้อื่นด้วย เช่น การกระทำเกี่ยวกับอั้งยี่หรือช่องโจร (มาตรา 213)¹¹³ แม้กฎหมายบางเรื่องจะไม่เกี่ยวกับศีลธรรมเลย ก็ต้องสร้างจิตสำนึกให้เห็นว่าผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้อง และเป็นการเอาเปรียบผู้อื่น สมควรได้รับการดำเนินในทางศีลธรรมและเป็นผู้ที่ไม่พึงประสงค์ของสังคม รวมทั้งสมควรได้รับโทษ¹¹⁴ อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่ากฎหมายและศีลธรรมนั้นไม่ได้สอดคล้องหรือเกี่ยวพันกันในทุกกรณี ดังนั้น จึงไม่สามารถที่จะใช้ศีลธรรมเป็นเครื่องกำหนดความผิดอาญาได้อย่างตายตัว เนื่องจากการกระทำบางอย่างซึ่งเป็นสิ่งที่ผิดศีลธรรม อาจจะไม่ถือว่าเป็นความผิดทางอาญา

2.3.1.3 วิวัฒนาการในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา

การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาดั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันนั้น มีวิวัฒนาการแบ่งออกเป็น 3 ช่วง ได้แก่ การใช้เกณฑ์ทางศีลธรรม การใช้เกณฑ์ทางสังคม และการใช้เกณฑ์ทางกฎหมาย ดังต่อไปนี้

(1) การใช้เกณฑ์ทางศีลธรรม¹¹⁵

ในอดีตได้มีการใช้มาตรวัดทางศีลธรรมในการกำหนดว่าพฤติกรรมใดควรจะเป็นความผิดทางอาญา กล่าวคือ พฤติกรรมใดที่เป็นการผิดศีลธรรม พฤติกรรมนั้นคือการกระทำที่ผิดกฎหมายและจะถูกลงโทษ การใช้เกณฑ์ดังกล่าวสามารถใช้ได้ดีกับสังคมพื้นฐานที่มีประชากรจำนวนน้อย เพราะยังไม่มีคามจำเป็นในการใช้กฎหมายเทคนิคเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย ทำให้การผิดศีลธรรมและการผิดกฎหมายอาญาจึงเป็นเรื่องเดียวกัน แต่เมื่อสังคมมีการพัฒนาขึ้น ประชากรมีจำนวนเพิ่มขึ้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติกฎหมายอาญาเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม โดยกฎหมายได้ค่อยๆ แยกตัวออกมาจากศีลธรรม แต่ก็ยังไม่ได้แยกออกจากกันโดยเด็ดขาด ส่งผลให้

¹¹³ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 89*, น. 61 – 67.

¹¹⁴ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 110*, น. 168 – 169.

¹¹⁵ ปกป้อง ศรีสนิท, *กฎหมายอาญาชั้นสูง*, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2559), น. 19 – 20.

เกิดสถานะของกฎหมายและศีลธรรมมีความสัมพันธ์กัน แบบ intersection กล่าวคือ บางกรณีเป็นความผิดทั้งกฎหมายและศีลธรรม เช่น การฆ่าคน บางกรณีเพียงแต่ผิดศีลธรรมอย่างเดียวแต่ไม่เป็นการผิดกฎหมาย เช่น การพูดโกหกที่ไม่ได้ไปซึ่งทรัพย์สิน หากได้ไปซึ่งทรัพย์สินถือว่าเป็นความผิดฐานฉ้อโกง และบางกรณีเพียงแต่ผิดกฎหมายอย่างเดียวแต่ไม่เป็นการผิดศีลธรรม เช่น การจอดรถในที่ห้ามจอด

(2) การใช้เกณฑ์ทางสังคม¹¹⁶

การกระทำความผิด คือ การกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม การกระทำใดที่ทำให้สังคมได้รับความเสียหาย การกระทำนั้นถือว่าเป็นอาชญากรรม Durkheim เสนอว่า “อาชญากรรม คือ การกระทำที่ทำลายสภาพสังคมที่เข้มแข็งของการรับรู้ร่วมกัน” อาชญากรรมจึงเป็นสิ่งที่สังคมรับรู้ร่วมกัน แต่แนวคิดดังกล่าวยังสร้างความไม่แน่นอนให้กับกฎหมายอาญา เนื่องจากเมื่อมีการกระทำใดเกิดขึ้น ก็ยากที่จะหาตัวแทนสังคมมาชี้ว่าการกระทำนั้นเป็นอาชญากรรมและควรจะถูกลงโทษ

(3) การใช้เกณฑ์ทางกฎหมาย¹¹⁷

ตามแนวคิดเสรีนิยมประชาธิปไตย มองว่ารัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนของประชาชนจะต้องเป็นผู้บัญญัติกฎหมายสำหรับใช้ในการลงโทษผู้กระทำความผิด เมื่อรัฐสภาได้บัญญัติกฎหมายที่เป็นการกำหนดความผิดแล้ว กฎหมายนั้นจะใช้บังคับได้ตามความประสงค์ของประชาชน แม้ว่ากฎหมายที่กำหนดความผิดฐานใหม่นั้นไม่เกี่ยวข้องกับศีลธรรมก็ตาม การใช้เกณฑ์ทางกฎหมายโดยยึดถือว่ารัฐสภาเห็นว่าการกระทำใดควรถูกลงโทษ การกระทำนั้นก็ถือว่าเป็นความผิดอาญา ซึ่งอาจทำให้เกิดสภาวะการณ์ที่เรียกว่า “กฎหมายอาญาเฟ้อ” (over-criminalization) ปัจจุบันฝ่ายนิติบัญญัติจะกำหนดให้พฤติกรรมใดเป็นความผิดอาญานั้น ต้องพิจารณาจากการกระทำที่ขัดกับความสงบเรียบร้อยของสังคมด้วย

อย่างไรก็ตาม กรณีการแสดงอนาจารจะเห็นได้ว่าเป็นการกระทำที่ผิดทั้งศีลธรรมและกฎหมายที่รัฐบัญญัติขึ้น อันเป็นความผิดมาแต่เดิมที่ยังไม่มีการแยกกฎหมายออกจากศีลธรรม และยังถือว่าเป็นการกระทำที่ทำลายภาพลักษณ์ของสังคมที่มีการรับรู้ร่วมกัน อันเป็นอาชญากรรมที่สามารถใช้เกณฑ์ทางศีลธรรมในการกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญา และต่อมาได้มีการใช้เกณฑ์ทางสังคมกำหนดเป็นความผิด โดยสังคมรับรู้ร่วมกันว่าการแสดงอนาจารนั้นเป็นการกระทำที่ทำให้สังคมเสื่อมเสีย เนื่องจากประเทศไทยเป็นสังคมแห่งเมืองพุทธที่ประชาชนยึดมั่นในศีลธรรมอันดีนั่นเอง

¹¹⁶ เห่งอ้าง, น. 21.

¹¹⁷ เห่งอ้าง, น. 21.

2.3.1.4 วัตถุประสงค์ของการบัญญัติกฎหมายอาญา

มนุษย์เป็นสัตว์สังคมที่มีเหตุผล กฎหมายมีไว้สำหรับผู้ที่มิมีเหตุผล กฎหมายอาญาไม่บังคับโทษกับเด็กหรือคนวิกลจริต เพราะบุคคลดังกล่าวไม่มีความรู้ผิดชอบในการใช้เหตุผล ในขณะที่เดียวกันการอยู่ร่วมกันในสังคมย่อมก่อให้เกิดปัญหาข้อขัดแย้งได้ เนื่องจากต่างก็เชื่อในเหตุผลของตนและต่างก็ไม่ยอมกัน หากปล่อยให้บุคคลในสังคมต่างกระทำตามเหตุผลของตน ก็จะก่อให้เกิดความขัดแย้งและความไม่สงบสุข จึงจำเป็นต้องมีมาตรการควบคุมพฤติกรรมของบุคคลในสังคมด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะกฎหมายอาญา แต่ทั้งนี้ พฤติกรรมใดที่จะถูกควบคุมหรือจำกัดโดยกฎหมายอาญานั้น ต้องขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาว่ามีลักษณะอย่างไร ซึ่งกฎหมายอาญาบัญญัติขึ้นเพื่อแก้แค้น และแก้ไข ทั้งด้านพฤติกรรม (conduct) และจิตใจ (Moral) โดยคำนึงถึงประโยชน์ร่วมกัน (utilitarian)¹¹⁸ โดยมีวัตถุประสงค์ดังต่อไปนี้¹¹⁹

(1) คุ้มครองป้องกันบุคคลและสัตว์จากการกระทำโดยเจตนา อันเป็นการโหดเหี้ยม การทารุณ การประทุษร้ายทางเพศ คุ้มครองป้องกันบุคคลจากการกระทำโดยไม่เจตนา เช่น ภัยบนท้องถนน คุ้มครองป้องกันผู้เยาว์หรือคนวิกลจริต ซึ่งเป็นกลุ่มบุคคลที่อาจถูกชักจูงให้หลงผิดได้โดยง่ายจากการทำร้าย กดขี่ หรือขูดรีด อันจะเกิดแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของบุคคลนั้น เช่น หลอกให้ร่วมประเวณี

(2) คุ้มครองป้องกันสภาวะจิตใจของสมาชิกในสังคมให้รอดพ้นจากความกระทบกระเทือนจากการกระทำที่แม้ว่าจะเป็นเรื่องส่วนตัวของบุคคลที่บรรลุนิติภาวะและยินยอมต่อการกระทำนั้น แต่ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดธรรมชาติ เช่น ความสัมพันธ์ทางเพศอันผิดปกติ คุ้มครองป้องกันการกระทำที่มีการกระทำต่อสาธารณชนทำให้กระทบกระเทือนต่อจิตใจของผู้อื่น เช่น การกระทำอนาจาร รวมทั้งคุ้มครองพฤติกรรมอันอาจยั่วยุให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยต่อประชาชน

(3) คุ้มครองป้องกันทรัพย์สินส่วนบุคคลจากการลักขโมย การฉ้อโกง หรือการทำให้เสียทรัพย์

(4) คุ้มครองป้องกันสาธารณชนจากความไม่สะดวกสบาย เช่น การกีดขวางทางสัญจร รวมทั้งใช้สภาพบังคับทางอาญาเพื่อเก็บรวบรวมภาษีอากร เช่น ห้ามมิรถยนต์ที่ไม่มีทะเบียนไว้ในครอบครอง

¹¹⁸ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 89*, น. 15 – 16.

¹¹⁹ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, *ทฤษฎีอาญา*, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2556), น.

(5) คຸ້ມครองป้องกันเพื่อรักษาไว้ซึ่งสถาบันทางสังคม เช่น สถาบันพระมหากษัตริย์ สถาบันศาสนา สถาบันครอบครัว รวมทั้งเพื่อบังคับให้เกิดความเมตตากรุณาที่จำเป็น เช่น ไม่ช่วยเหลือผู้ที่อยู่ในอันตราย

(6) เพื่อบังคับใช้วิธีการต่างๆ ที่จะทำให้อัตถุประสงค์ทั้งหลายบรรลุผล เช่น การขัดคำสั่งเจ้าพนักงาน

เมื่อได้วิเคราะห์ถึงวัตถุประสงค์ทั่วไปของการบัญญัติกฎหมายอาญาแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่าเมื่อเปรียบเทียบกับสภาพปัญหาของการแสดงอนาจารนั้น สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการบัญญัติกฎหมายอาญา (1) (2) และ (5) เพราะการกำหนดความผิดแก่ผู้กระทำการแสดงอนาจารนั้นย่อมเป็นการคุ้มครองป้องกันบุคคลจากการกระทำโดยเจตนา อันเป็นการประกอบกรรมทางเพศ คุ้มครองป้องกันผู้เยาว์ซึ่งเป็นกลุ่มบุคคลที่อาจถูกชักจูงให้หลงผิดได้โดยง่าย และคุ้มครองป้องกันสภาวะจิตใจของผู้อื่นในสังคมให้รอดพ้นจากการกระทบกระเทือนจากการแสดงอนาจารที่ได้มีการกระทำต่อสาธารณชน ด้วยเหตุนี้จึงเห็นว่าควรมีมาตรการที่เหมาะสมที่ใช้บังคับแก่กรณีผู้กระทำการแสดงอนาจาร ซึ่งมาตรการอย่างไรจึงจะเหมาะสม และมาตรการที่มีอยู่นั้นจะเพียงพอต่อการบังคับใช้กับผู้กระทำการแสดงอนาจารดังกล่าวหรือไม่ ผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ต่อไป

2.3.1.5 รูปแบบการบัญญัติกฎหมายอาญา

ในการบัญญัติกฎหมายอาญานั้น สามารถพิจารณาได้โดยการกำหนดเงื่อนไขของการลงโทษตามลักษณะของการกระทำ และลักษณะพฤติกรรมการกระทำ ความผิด มีรายละเอียดดังต่อไปนี้¹²⁰

(1) กฎหมายอาญาบนพื้นฐานของการกระทำ (Tatstrafrecht) กล่าวคือ การลงโทษผู้กระทำความผิดจะต้องพิจารณาจากการกระทำที่ผิดกฎหมายโดยตรง ซึ่งการลงโทษสำหรับการกระทำใดนั้นจะต้องเป็นการดำเนินผู้กระทำความผิดอันเนื่องมาจากการกระทำนั้น การลงโทษจึงเป็นเรื่องของ “ความชั่วของการกระทำ” (Tatschuld)

(2) กฎหมายอาญาบนพื้นฐานของผู้กระทำความผิด (Täterstrafrecht) กล่าวคือ การลงโทษผู้กระทำความผิดจะต้องพิจารณาจากอันตรายของผู้กระทำความผิดที่เชื่อมโยงกับการดำเนินชีวิตของผู้กระทำความผิด หรือเชื่อมโยงกับ “ความชั่วของการดำเนินชีวิต”

¹²⁰ อดิต อด นคร, *อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 62*, น. 43 - 44.

(Lebensführungsschuld) ของผู้กระทำความผิดนั้น ซึ่งการลงโทษจะต้องเป็นการดำเนินผู้กระทำความผิดที่มีพฤติกรรมอันเป็นอันตรายหรือมีพฤติกรรมที่เป็นอาชญากร¹²¹

กฎหมายอาญาของไทยในปัจจุบันได้บัญญัติบนพื้นฐานของการกระทำ แต่ก็มีบางกรณีที่กฎหมายอาญาของไทยได้บัญญัติบนพื้นฐานของผู้กระทำความผิด เช่น มาตรา 214 วรรคแรก ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดประพฤตินเป็นปกติธุระเป็นผู้จัดหาที่พัก ที่ซ่อนเร้น หรือที่ประชุมให้บุคคลซึ่งตนรู้ว่าเป็นผู้กระทำความผิดที่บัญญัติไว้ในภาค 2 นี้ ต้องระวางโทษ...” คำว่า “ประพฤตินเป็นปกติธุระ” แสดงให้เห็นถึงพฤติกรรมที่เป็นอันตรายของผู้กระทำความผิดที่เป็นผู้กระทำการดังกล่าวซ้ำๆ กัน แม้ว่าในทางทฤษฎีการบัญญัติกฎหมายอาญาบนพื้นฐานของผู้กระทำความผิดจะสามารถกระทำได้ แต่ในทางปฏิบัติแล้วการบัญญัติความผิดอาญาบนพื้นฐานของผู้กระทำความผิดโดยแท้จะมีความยุ่งยาก การบัญญัติกฎหมายอาญาจึงจำต้องบัญญัติบนพื้นฐานของการกระทำเป็นหลัก หากกรณีใดที่จะเป็นต้องกล่าวถึงพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดก็จะกล่าวเป็นการเฉพาะในบทบัญญัติความผิดฐานใดฐานหนึ่งเท่านั้น

จากเงื่อนไขในการบัญญัติกฎหมายอาญาทั้งสองประการดังกล่าวข้างต้น เมื่อเทียบเคียงกับกรณีการแสดงอนาจารแล้ว เห็นว่าในการบัญญัติกฎหมายอาญาควรจะมีการพิจารณาถึงลักษณะการกระทำของผู้กระทำ เนื่องจากการแสดงอนาจารนั้นเป็นสิ่งที่ควรได้รับการดำเนินจากสังคมว่าเป็นการกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และอาจเป็นเหตุที่จะก่อให้เกิดอาชญากรรมที่รุนแรงขึ้นต่อไปได้ จึงจำต้องมีการบัญญัติกฎหมายอาญาบนพื้นฐานของการกระทำเพื่อกำหนดความผิดแก่ผู้กระทำการแสดงอนาจาร เพื่อให้กฎหมายอาญาสามารถคุ้มครองและควบคุมการกระทำที่เป็นการแสดงอนาจารได้อย่างมีประสิทธิภาพอย่างแท้จริง

2.3.2 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความรับผิดทางอาญา

แม้ว่าการกำหนดความผิดอาญาจะมีวัตถุประสงค์ตามที่กล่าวมาแล้วก็ตาม แต่หลักการตามวัตถุประสงค์ดังกล่าวมิได้สร้างหลักการทางทฤษฎีอันอาจช่วยในการพิจารณาว่าการพฤติกรรมใดที่สมควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญา และในปัจจุบันยังไม่อาจกล่าวได้ว่าการบัญญัติความผิดอาญาในกฎหมายไทยมีแนวคิดหรือหลักการที่ชัดเจน ทั้งที่ความผิดอาญาเป็นเรื่องที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยตรง จึงมีความจำเป็นที่จะต้องหาแนวทางที่เหมาะสมในการกำหนดหลักเกณฑ์หรือขอบเขตในการบัญญัติกฎหมายอาญา

¹²¹ เฟิงอ้าง.

ทั้งนี้ การใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของบุคคลในสังคมจะต้องมีขอบเขตที่ชัดเจน ไม่เช่นนั้นแล้วสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะถูกกระทบกระเทือนได้ง่าย¹²² เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้ในมาตรา 4 ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง ปวงชนชาวไทยย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเสมอกัน และยังได้บัญญัติคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในด้านต่างๆ ไว้ในหมวด 3 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวด้วย ดังนั้น แม้รัฐจะมีอำนาจในการบัญญัติกฎหมายกำหนดความผิดอาญา แต่ก็ต้องคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลภายใต้กรอบรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวด้วย

2.3.2.1 หลักการว่าด้วยการกำหนดขอบเขต (Limiting Principles)

กล่าวคือ การใช้โทษทางอาญานั้นต้องมีการกำหนดขอบเขตที่ชัดเจน ไม่ควรมีการนำกฎหมายอาญามาใช้เพื่อวัตถุประสงค์บางประการ หรือในบางสถานการณ์ที่ไม่เหมาะสม โดยมีสาระสำคัญสรุปได้ดังต่อไปนี้¹²³

1. กฎหมายอาญาไม่ควรรวมเอาไว้ซึ่งข้อห้ามที่มีจุดประสงค์เพียงเพื่อให้บุคคลเชื่อฟัง และผลของการไม่เชื่อฟังก็คือผลร้ายในทางแก้แค้นตอบแทนเท่านั้น แต่ถ้าข้อห้ามนั้นเองปราศจากอรรถประโยชน์อันเป็นแก่นสาร หรืออรรถประโยชน์นิยม (Utilitarianism) กล่าวคือการลงโทษจะต้องทำอย่างไรจึงจะได้ผลประโยชน์มาจากการลงโทษนั้น ซึ่งการป้องกันอาชญากรรมย่อมดีกว่าการลงโทษผู้กระทำความผิด
2. ไม่ควรที่จะนำกฎหมายอาญามาใช้เพื่อลงโทษพฤติกรรมที่ปราศจากพิษภัย กล่าวคือ ถ้าการกระทำที่เป็นปัญหาได้มีความชั่วร้ายอยู่ในตัว จึงไม่สมควรที่จะใช้กฎหมายอาญาลงโทษการกระทำนั้น
3. ไม่ควรใช้กฎหมายอาญาเพื่อเป็นวิธีการที่นำไปสู่จุดประสงค์ หากสามารถใช่วิธีการอื่นที่ทำให้เกิดความทุกข์เวทนาน้อยกว่าเพื่อนำไปสู่จุดประสงค์เช่นเดียวกันได้ กล่าวคือไม่ควรใช้กฎหมายอาญาถ้ามีวิธีการอื่นที่สามารถลดจำนวนครั้งของการกระทำที่เป็นปัญหานั้นลงได้ใกล้เคียงกับการใช้กฎหมายอาญา แต่ก่อให้เกิดความทุกข์เวทนาน้อยกว่าการใช้กฎหมายอาญา เช่น ใช้วิธีการว่ากล่าวตักเตือนบุคคลไม่ให้กระทำความผิด แทนที่จะใช้วิธีการลงโทษเพื่อขู่ให้ผู้กระทำความผิดกลัว

¹²² ปาริชาติ มั่นสกุล, “การกำหนดมาตรการทางอาญาเกี่ยวกับการโจมนตีค่าเงินบาท”, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546) น. 12.

¹²³ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 119*, น. 51 – 57.

4. ไม่ควรนำกฎหมายอาญามาใช้ เมื่อผลร้ายที่เกิดจากการกระทำผิดนั้นน้อยกว่าผลร้ายที่เกิดจากการลงโทษ กล่าวคือ เมื่อนำผลได้และผลเสียมาชั่งน้ำหนักแล้วเห็นว่าการลงโทษตามกฎหมายอาญานั้นเกิดประโยชน์น้อยกว่า

5. ไม่ควรนำกฎหมายอาญามาใช้ เพื่อจุดประสงค์ที่จะบังคับบุคคลให้ประพฤติปฏิบัติตามแนวทางที่จะนำไปสู่ผลประโยชน์แก่ผู้ปฏิบัติตนเอง กล่าวคือ อิสรภาพของบุคคลย่อมอยู่เหนือสิ่งอื่นใด ไม่ว่าจะการกระทำของบุคคลจะผิดศีลธรรมหรือไม่ แต่หากการกระทำนั้นมีได้ก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือเสียหายแก่ผู้อื่น (Harm to Others) นอกเหนือจากตัวผู้กระทำเอง รัฐไม่ควรที่จะนำกฎหมายอาญามาใช้เป็นเครื่องมือ ซึ่งเรียกว่าหลักเกณฑ์ความเป็นภัยอันตราย (Harm Principles)

สรุปได้ว่าการใช้กฎหมายอาญานั้นต้องใช้อย่างมีขอบเขต เนื่องจากบุคคลมีอิสรเสรีภาพเหนือสิ่งอื่นใด รัฐไม่สามารถใช้กฎหมายอาญาในการจำกัดเสรีภาพในการกระทำที่ก่อให้เกิดภัยอันตรายแก่ผู้กระทำเอง ดังนั้น รัฐจะใช้กฎหมายอาญาเพื่อจำกัดเสรีภาพของบุคคลได้ก็ต่อเมื่อมีจุดประสงค์ที่จะป้องกันภัยอันตรายอันจะเกิดแก่ผู้อื่น อันนำไปสู่หลักเกณฑ์ความเป็นภัยอันตราย (Harm Principles)

จากหลักการดังกล่าวข้างต้น เมื่อนำมาพิจารณากับการแสดงอนาจารที่เกิดขึ้นในสถานการณ์ปัจจุบัน จะเห็นได้ว่าการแสดงอนาจารนั้นเป็นเสรีภาพในการแสดงออกทางเพศส่วนบุคคล ซึ่งการกระทำดังกล่าวยังไม่ได้ส่งก่อให้เกิดความเสียหายหรือเกิดภัยอันตรายแก่ผู้อื่น จึงไม่สามารถนำหลักการว่าด้วยการกำหนดขอบเขต (Limiting Principles) มาใช้ในการบัญญัติกฎหมายอาญา เพื่อจำกัดหรือแทรกแซงเสรีภาพของผู้แสดงอนาจารได้ เนื่องจากการจะไปจำกัดหรือแทรกแซงเสรีภาพตามหลักการดังกล่าวได้นั้นจะต้องเป็นไปเพื่อจุดประสงค์ที่จะป้องกันภัยอันตรายอันจะเกิดแก่ผู้อื่น อันนำไปสู่หลักเกณฑ์ความเป็นภัยอันตราย (Harm Principles)

2.3.2.2 หลักคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgütstheorie)

การบัญญัติความผิดอาญารฐานต่างๆ นั้น มีคุณธรรมทางกฎหมายเป็นพื้นฐานในทางความคิด แม้ผู้บัญญัติจะมีได้กำหนดคุณธรรมทางกฎหมายก่อนการบัญญัติความผิดอาญาก็ตาม กล่าวคือ องค์ประกอบของความผิดอาญามาจากปทัสถาน (Norm) และปทัสถานมาจากคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายไม่ใช่สิ่งที่จับต้องได้ แต่เป็นคุณค่าในทางความคิดของระเบียบสังคมซึ่งเกี่ยวพันกับความมั่นคง ความอยู่ดี และเกียรติภูมิของความเป็นอยู่ในสังคม คุณธรรมทางกฎหมายเป็นสิ่งที่ประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันของบุคคลในสังคม การที่จะให้บุคคลทุกคนอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างปกติสุขนั้น ทุกคนจะต้องเคารพและไม่ละเมิดต่อประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันของบุคคลในสังคม การละเมิดต่อประโยชน์หรือ

คุณค่าของการอยู่ร่วมกันจึงเป็นการละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมาย กฎหมายอาญาคும்ครองคุณธรรมทางกฎหมายโดยการหาทางระงับยับยั้งเจตจำนงของมนุษย์ผู้อยู่ภายใต้กฎหมาย โดยเรียกร้องให้ทุกคนประพฤติปฏิบัติตนเป็นไปในทำนองเดียวกัน คือ ไม่ให้ละเมิดกฎหมายอาญา¹²⁴

จากหลักการดังกล่าวข้างต้น เมื่อนำมาพิจารณากับการแสดงอนาจารที่เกิดขึ้นในสถานการณ์ปัจจุบัน จะเห็นได้ว่าคุณธรรมทางกฎหมายของการแสดงอนาจารดังกล่าว คือ การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ เพื่อเป็นการคุ้มครองและรักษาขนบธรรมเนียมประเพณีอันดีงามที่สังคมไทยได้ยึดถือปฏิบัติสืบต่อกันมาเป็นเวลานานว่าการกระทำกิจกรรมทางเพศที่มีลักษณะเป็นการแสดงอนาจารนั้นเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ และไม่ควรมีการกระทำในลักษณะอันเป็นสาธารณะหรือกระทำต่อสาธารณชน จึงควรมีบทบัญญัติความรับผิดชอบทางอาญาเพื่อนำมาคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายดังกล่าว

2.3.2.3 หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Order)

ความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นหลักพื้นฐานที่มีอยู่ในกฎหมายทุกระบบ เนื่องจากเป็นสิ่งสำคัญที่ทำให้สังคมดำรงอยู่ได้ และเป็นที่น่าสนใจได้ว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์โดยทั่วไปของประชาชนโดยรวม จึงต้องห้ามมิให้มีการฝ่าฝืน ไม่ว่าจะกฎหมายนั้นจะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนกำหนดไว้โดยชัดแจ้งหรือไม่ก็ตาม อีกทั้งความสงบเรียบร้อยมีความเกี่ยวข้องกับศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย เนื่องจากศีลธรรมเป็นสิ่งที่มนุษย์ปฏิบัติเพื่อให้เกิดความสงบสุขในสังคมอันเป็นผลดีต่อส่วนรวม เพราะทำให้เกิดความสงบเรียบร้อยในประเทศ แต่ทั้งนี้ ความหมายของความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้นไม่มีกฎหมายใดได้บัญญัติบทนิยามหรือวิเคราะห์ศัพท์เอาไว้ จึงมีผลให้เกิดความหมายที่ไม่แน่นอน จึงเป็นเรื่องที่นักนิติศาสตร์จะต้องทำความเข้าใจ ค้นหาข้อสรุป และความหมายของถ้อยคำดังกล่าวให้ได้ ความหมายที่แน่นอนที่สุดเท่าที่จะทำได้ เพื่อความสะดวกในการใช้กฎหมายให้เกิดความเป็นธรรมมากที่สุด¹²⁵

¹²⁴ คณิต ฅ นคร, พื้นฐานความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอาญา, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2553), น. 87 – 97.

¹²⁵ เปี่ยมสุข นาคทอง, “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิของผู้เคยต้องโทษจำคุกในการรับราชการ : ศึกษากรณีข้าราชการพลเรือนสามัญ” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2556) น. 49.

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตสถาน พ.ศ. 2554 ได้ให้ความหมายคำว่า “สงบ” หมายถึง ระวัง หยุดนิ่ง กลับเป็นปรกติ ปราศจากสิ่งรบกวน ไม่กำเริบ ไม่วุ่นวาย และคำว่า “เรียบร้อย” หมายถึง สุภาพ เป็นระเบียบ มีระเบียบ ประณีต เสร็จ สงบราบคาบ แต่ในทางกฎหมาย ถ้อยคำทั้ง 2 คำ ได้ใช้ควบคู่กันว่า “ความสงบเรียบร้อย” โดยมีนักกฎหมายหลายท่านได้พยายามให้ความหมายของคำว่าความสงบเรียบร้อยไว้ ดังนี้¹²⁶

พระยาเทพวิฑูร อธิบายว่าหมายถึงสิ่งที่เกี่ยวข้องด้วยผลประโยชน์ของมหาชน โดยทั่วไป ไม่ใช่เกี่ยวกับคุณกรณีโดยเฉพาะ

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช อธิบายว่าหมายถึงการใดๆ ที่เกี่ยวข้องด้วยความปลอดภัยของประชาชนทั้งภายในและภายนอกประเทศ ตลอดจนความเจริญผาสุกของประชาชนด้วยประการทั้งปวง และความปลอดภัยสันติสุขของสังคม

ศาสตราจารย์ ดร. จีต เศรษฐบุตร อธิบายว่าหมายถึงข้อห้ามซึ่งสังคมบังคับแก่เอกชน เป็นการแสดงให้เห็นว่าสังคมยอมอยู่เหนือเอกชน ทั้งนี้ เพื่อสังคมจะได้ดำรงอยู่ได้ เพื่อคุ้มครองปกป้องรักษาเอกชนซึ่งอยู่ในสังคมนั้นเอง

ศาสตราจารย์ ดร. อุทิศ มงคลนาวิน อธิบายว่าหมายถึงประโยชน์ทั่วไปของประเทศชาติและสังคม ทั้งนี้ เพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยของประเทศชาติและสังคมนั้นเอง

Benjamin Nathan Cardozo ผู้พิพากษาศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกา ได้อธิบายว่า การฝ่าฝืนความสงบเรียบร้อย เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนหลักความยุติธรรมขั้นพื้นฐาน เป็นแนวความคิดที่แพร่หลายว่าเกี่ยวกับศีลธรรมอันดี ประเพณีที่ฝังรากลึกเกี่ยวกับความมั่งคั่ง ผาสุก เจริญรุ่งเรือง ผลประโยชน์สาธารณะร่วมกันของประชาชนหรือสังคม

จากคำนิยามดังกล่าวข้างต้นอาจสรุปได้ว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Order) หมายถึง มาตรฐานขั้นพื้นฐานของสภาวะความเป็นอยู่ของประชาชนที่อยู่ร่วมกันในสังคม โดยมีความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน และการดำเนินชีวิตโดยปกติสุข ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสิ่งที่จำเป็นและสำคัญในประเทศที่เกี่ยวข้องด้วยผลประโยชน์ของมหาชนโดยทั่วไป เพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม¹²⁷

¹²⁶ เสนีย์ อิศวโรจน์, “แนวทางการตีความของศาลภายใต้หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545” รายงานวิจัยเสนอต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการ, น. 12 – 14.

¹²⁷ เฝิงอ้วง, น. 14.

แต่ทั้งนี้ เนื่องจากบุคคลมีเสรีภาพที่จะกระทำการอันใดได้ตามความพึงพอใจ หากปล่อยให้มีการใช้เสรีภาพโดยไม่จำกัด การกระทำตามเสรีภาพของบุคคลใดบุคคลหนึ่งอาจจะเป็น การรบกวนต่ออีกบุคคลหนึ่งหรือต่อสาธารณชน ฉะนั้น เพื่อเป็นการป้องกันการรักษาความสงบเรียบร้อยสิทธิแห่งมนุษยชนแล้ว เสรีภาพดังกล่าวจึงจำต้องถูกจำกัดโดยการกระทำของรัฐ การจำกัด สิทธิแห่งมนุษยชนจึงเป็นข้อยกเว้นจากหลักการเรื่องสิทธิแห่งมนุษยชน โดยการใช้อำนาจในเรื่อง ดังกล่าวจึงต้องอยู่ภายใต้ขอบเขต ดังนี้¹²⁸

1. การจำกัดเสรีภาพจะต้องมีกฎหมายอนุญาตไว้
 2. การจำกัดเสรีภาพต้องเป็นไปเพียงเท่าที่จำเป็นแก่การรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน คือ การใช้อำนาจควรใช้ต่อภัยอันตรายอันเกิดขึ้นจริง และมีลักษณะที่จะก่อความไม่สงบเรียบร้อย ทั้งนี้ แม้ว่าจะเกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้น แต่สาธารณชนสามารถทนต่อการใช้เสรีภาพได้โดยไม่จำเป็นต้องใช้อำนาจของรัฐ หรือถ้าใช้อำนาจของรัฐแล้วอาจจะเกิดผลร้ายยิ่งขึ้นกว่าการไม่ใช้อำนาจดังกล่าว ก็ควรงดเว้นการใช้อำนาจดังกล่าว ซึ่งการใช้อำนาจจำต้องพิจารณาเป็นรายกรณี และให้พอเหมาะพอควรกับภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้น ไม่ควรรุนแรงเกินไป
 3. การใช้อำนาจรักษาความสงบเรียบร้อย ต้องกระทำต่อผู้ที่กระทำความผิดจริงเท่านั้น ไม่ควรจับประชาชนหลายคนมารวมกัน แล้วค่อยหาตัวผู้กระทำความผิดในภายหลัง อันเป็นกระทำในลักษณะที่เรียกว่าการเหวี่ยงแห
 4. การรักษาความสงบเรียบร้อยต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของมหาชน รัฐจะเข้าไปเกี่ยวในกิจการของเอกชน หรือในกิจการภายในบ้านเรือนของเอกชนไม่ได้ นอกจากกฎหมายจะอนุญาตไว้เป็นกรณีพิเศษ หรือการกระทำภายในบ้านเรือนเป็นสิ่งที่ผิดต่อกฎหมายอาญา
- อย่างไรก็ตาม แนวคิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนมีความเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลาและสภาพสังคม มีพัฒนาการเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งเรื่องหนึ่งในสายตาของสังคมขณะนั้นเห็นว่าไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย แต่เมื่อเวลาผ่านไปในเรื่องเดียวกันนั้นอาจขัดต่อความสงบเรียบร้อยในสายตาของสังคมอีกสมัยหนึ่งก็ได้ ดังนั้น จึงเป็นเรื่องที่รัฐจำต้องใช้เพื่อปกป้องผลประโยชน์สาธารณะของประเทศโดยส่วนรวม อีกทั้งเป็นอำนาจและดุลพินิจของศาลในการตีความและบังคับใช้หลักกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยได้อย่างยืดหยุ่นและเป็นอิสระ เพื่ออำนวยความเป็นธรรมให้แก่คู่ความเป็นรายกรณี จึงไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์หรือความหมายของคำว่าความสงบเรียบร้อยไว้อย่างแน่นอนตายตัว แต่ทั้งนี้ ศาลจะใช้ดุลพินิจตัดสินว่าเรื่องใดขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือไม่ จะต้องพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของ

¹²⁸ เปี่ยมสุข นาคทอง, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 125*, น. 50 - 51.

ฝ่ายนิติบัญญัติว่าเป็นอย่างไร และจะต้องไม่ตีความกฎหมายโดยขัดแย้งต่อเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติ¹²⁹

หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนมีลักษณะสำคัญ ดังนี้¹³⁰

1. เป็นหลักพื้นฐานที่มีอยู่ในกฎหมายทุกระบบ เนื่องจากเป็นเรื่องเกี่ยวกับสังคม เศรษฐกิจ และศีลธรรม อันเป็นสิ่งสำคัญที่ทำให้สังคมดำรงอยู่ได้
 2. เป็นหลักที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติหรือประชาชนโดยรวม จึงต้องห้ามมิให้มีการฝ่าฝืน แม้ว่ากฎหมายนั้นจะไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนกำหนดไว้โดยชัดแจ้ง และศาลสามารถหยิบยกขึ้นพิจารณาได้เอง แม้ไม่มีคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกล่าวอ้างขึ้นก็ตาม
 3. ถ้อยคำมีความหมายไม่แน่นอน (Unbestimmte Rechtsbegriffe) มีขอบเขตอย่างกว้างและเปลี่ยนแปลงไปตามนโยบายของรัฐหรือสภาพสังคมที่มีการเปลี่ยนแปลงตามยุคสมัย เพื่อให้เป็นบทบัญญัติที่ยืดหยุ่นและให้ศาลมีโอกาสใช้ดุลพินิจได้
 4. เป็นกฎหมายที่ยุติธรรม (Jus aequum) เนื่องจากหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนมีความหมายอย่างกว้าง และยากที่จะให้คำจำกัดความ จึงไม่มีการกำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบไว้แน่ชัด โดยปล่อยให้ศาลมีดุลพินิจในการวินิจฉัยเป็นกรณีๆ ไป เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่ความ
 5. เป็นกฎหมายที่มีบทบังคับ (Jus cogens) ไม่ยอมให้คู่กรณีตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่น เป็นบทบังคับเด็ดขาด ซึ่งผู้ที่ฝ่าฝืนย่อมได้รับโทษหรือเกิดผลร้ายเสมอ
- จากหลักการดังกล่าวข้างต้น เมื่อนำมาพิจารณากับการแสดงอนาจารที่เกิดขึ้นในสถานการณ์ปัจจุบัน จะเห็นได้ว่าเห็นว่าบุคคลจะมีเสรีภาพในการแสดงออกทางเพศได้ตามความพึงพอใจของตน แต่หากปล่อยให้มีการแสดงออกทางเพศจนเกินขอบเขตความเหมาะสมจนก้าวล้ำเป็นการแสดงอนาจาร อันอาจส่งผลกระทบต่อบุคคลหรือสาธารณชน ดังนั้น รัฐจึงควรจำกัดขอบเขตของการกระทำดังกล่าวเพื่อเป็นการป้องกันรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน

¹²⁹ ธานินทร์ กรัยวิเชียร, “ความสำคัญของการตีความในวิชาชีพกฎหมาย”, ตุลพาทศาลยุติธรรม. เล่ม 2 ปีที่ 55, น. 14 (พฤษภาคม – สิงหาคม 2551).

¹³⁰ ชัยยุทธ เลิศหทัยดี, “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับธุรกิจการค้ามนุษย์บนสื่ออิเล็กทรอนิกส์ : ศึกษากรณีการขายบริการทางเพศบนเว็บแคม”, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยศรีปทุม, 2556), น. 30 – 31.

2.3.3 ทฤษฎีในการกำหนดโทษตามกฎหมายอาญา

การกำหนดโทษตามกฎหมายอาญานั้นได้มีแนวคิดมาจากสำนักต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นสำนักอาชญาวิทยาตั้งเดิม (Classic School of Criminology) ที่มีแนวคิดในการกำหนดโทษทางอาญาในลักษณะเคร่งครัดตามบทบัญญัติของกฎหมาย ผู้กระทำความผิดไม่ว่าจะเป็นเด็ก เยาวชน หรือผู้บรรลุนิติภาวะ ต้องได้รับการลงโทษอย่างเหมาะสมและเท่าเทียมกัน โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติในการลงโทษ สำนักอาชญาวิทยาตั้งใหม่ (Neo-Classic School of Criminology) ที่มีแนวคิดในการกำหนดโทษสำหรับผู้กระทำความผิดโดยคำนึงถึงความแตกต่างของผู้กระทำความผิดแต่ละคน และตระหนักถึงความสำคัญในการศึกษาสาเหตุของกระทำความผิดที่อาจมีความแตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับลักษณะเฉพาะของผู้กระทำความผิดแต่ละคน โดยเห็นว่าการจำกัดเสรีภาพในเรือนจำไม่ได้เป็นการลดหรือป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ แต่กลับเป็นการส่งผู้กระทำความผิดเข้าสู่สภาพแวดล้อมที่อาจส่งเสริมลักษณะนิสัยในการกระทำความผิดเพิ่มมากขึ้น จึงมีการเสนอให้ปฏิรูปกฎหมายอาญาให้เหมาะสมกับสังคม แต่ก็ยังคงยึดหลักเจตจำนงอิสระ อีกทั้งยังเชื่อว่ามนุษย์มีเหตุผลและต้องรับผิดชอบในการกระทำของตน เพียงแต่เปลี่ยนแนวคิดในการลงโทษผู้กระทำความผิดจากการลงโทษที่เข้มงวดเป็นการบำบัดผู้กระทำความผิด และสำนักปฏิฐานนิยม (Positive School) ที่มีแนวคิดในการกำหนดโทษผู้กระทำความผิดโดยใช้กระบวนการขัดเกลาทางสังคม เนื่องจากมองว่าผู้กระทำความผิดคือผู้ป่วยด้านพฤติกรรม และควรปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดด้วยวิธีการรักษาเยี่ยงยา ให้ผู้กระทำความผิดสามารถกลับคืนสู่สังคมได้ ไม่ใช่การมุ่งเน้นแต่ลงโทษเพียงอย่างเดียว¹³¹

เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นในสังคม รัฐก็ต้องหาวิธีการในการกำหนดโทษเพื่อนำมาบังคับใช้กับผู้กระทำความผิด ซึ่งการลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นมีที่มาจากทฤษฎีการกำหนดโทษหลากหลายทฤษฎีด้วยกัน โดยสามารถสรุปทฤษฎีในการกำหนดโทษตามกฎหมายอาญา ได้ดังต่อไปนี้

2.3.3.1 ทฤษฎีการกำหนดโทษเพื่อทดแทนให้สาสมกับความผิด (Retribution Theory)

ทฤษฎีนี้เชื่อว่าบุคคลทุกคนมีเจตจำนงอิสระ (free will) ในการตัดสินใจที่จะกระทำการใดๆ บุคคลนั้นจึงต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตน เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นก็ต้องรับโทษให้สาสม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความยุติธรรม และไม่ยอมให้มีเหตุผลโทษ เว้นแต่กรณีผู้กระทำเป็นผู้เยาว์หรือคนวิกลจริตที่ไม่มีเจตจำนงอิสระอย่างเต็มที่ และไม่ลงโทษการกระทำที่

¹³¹ มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์, “หลักกฎหมายและแนวคิดเกี่ยวกับการมีบทบัญญัติเรื่องการกระทำโดยพลาด : ศึกษาจากรายงานการประชุมต้นร่างตั้งแต่ประมวลกฎหมายลักษณะอาญาจนถึงปัจจุบัน”, โครงการวิจัยเสนอต่อคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553, น. 17 – 19.

ขาดเจตนา เพราะการกระทำดังกล่าวไม่มีการกำหนดเจตจำนง (will) ทฤษฎีดังกล่าวไม่ได้คำนึงถึงประโยชน์ในอนาคตที่จะเป็นของส่วนรวมหรือของผู้กระทำ และหากเกิดประโยชน์ดังกล่าวขึ้นจริง ก็ถือว่าเป็นเพียงผลพลอยได้จากการลงโทษเท่านั้น และถ้าไม่เกิดประโยชน์ใดก็ไม่เป็นปัญหา เนื่องจากถือว่าผู้กระทำได้รับโทษจากการกระทำความผิดของตนแล้ว¹³²

2.3.3.2 ทฤษฎีการกำหนดโทษเพื่อป้องกันความผิด (Deterrence Theory of Punishment)

ทฤษฎีนี้มีแนวคิดมาจากกลุ่มอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarianism) ที่มองว่าโทษอาญามีไว้เพื่อป้องกันหรือป้องปรามมิให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น อันส่งผลให้ผู้กระทำความผิดเกิดความหวาดกลัว ไม่กล้ากลับมากระทำความผิดอีก และกลับตนเป็นคนดี ถือว่าเป็นการป้องกันเฉพาะ รวมทั้งมีผลต่อบุคคลทั่วไปเพื่อให้ไม่เอาเป็นเยี่ยงอย่าง ถือว่าเป็นการป้องกันทั่วไป จึงต้องมีการลงโทษที่รุนแรงเพื่อให้บุคคลทั่วไปเกิดความเกรงกลัว ซึ่งอาจไม่เป็นการยุติธรรมแก่ผู้ต้องรับโทษ ดังนั้น การปรับใช้แนวคิดดังกล่าวจึงต้องคำนึงถึงความแตกต่างในลักษณะของความผิด โอกาสที่จะก่อให้เกิดการกระทำความผิด และการบังคับใช้กฎหมายอย่างเสมอภาค¹³³

2.3.3.3 ทฤษฎีการกำหนดโทษเพื่อดัดนิสัยผู้กระทำความผิด (Reformation Theory)

ทฤษฎีนี้มองว่าการลงโทษทางอาญาแก่บุคคล ไม่ว่าจะ เป็นโทษจำคุก โทษกักขัง โทษปรับ หรือโทษริบทรัพย์สิน ยกเว้นโทษประหารชีวิตนั้น เป็นไปได้ว่าในอนาคตผู้ต้องรับโทษจะผ่านหรือพ้นจากโทษนั้น จึงเป็นสิ่งที่จะใช้การลงโทษดังกล่าวเพื่อแก้ไขปรับปรุงผู้กระทำความผิดไปด้วยในตัว เพราะการกระทำความผิดของบุคคลอาจเกิดจากนิสัยส่วนตัว ประกอบกับพฤติการณ์ภายนอกแวดล้อม การเลี้ยงดู การศึกษาอบรม และโอกาสในการกระทำความผิด ดังนั้น การปรับปรุงแก้ไขบุคคลให้กลับตนเป็นคนดีได้เมื่อพ้นจากโทษจึงเป็นสิ่งที่ดี แม้ผู้กระทำความผิดแต่ละคนจะมีปัญหาที่แตกต่างกันก็ควรหาวิธีที่เหมาะสมที่สุดสำหรับผู้กระทำความผิดนั้น และทฤษฎีดังกล่าวได้พยายามหลีกเลี่ยงโทษจำคุกระยะสั้น และไม่พิจารณาว่าเป็นการลงโทษเพื่อป้องกันทั่วไป ตลอดจนไม่พิจารณาถึงความเสียหายที่ผู้กระทำความผิดได้ก่อให้เกิดขึ้น ทำให้เกิดข้อบกพร่อง คือ การคำนึงถึงเฉพาะการแก้ไขผู้กระทำความผิดนั้น จะเป็นการละเลยผู้ได้รับความเสียหาย อาจกลับกลายเป็นความอยุติธรรม เนื่องจากการที่บุคคลทั่วไปเห็นว่าผู้กระทำความผิดได้รับการดูแลเพื่อให้กลับตนเป็นคนดี จึงเอาเป็นเยี่ยงอย่างในการกระทำความผิดเช่นนั้น เพื่อที่จะ

¹³² ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 89*, น. 213.

¹³³ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 89*, น. 213 – 214.

ได้รับการดูแลและมีผู้รับฟังปัญหาของตนบ้าง ดังนั้น หากจะนำทฤษฎีดังกล่าวมาปรับใช้จำเป็นต้องคำนึงถึงการชดเชยให้แก่ผู้ได้รับความเสียหายซึ่งมิได้กระทำความผิดด้วย¹³⁴

2.3.3.4 ทฤษฎีการกำหนดโทษเพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกไปจากสังคม (Incapacitation Theory)

ทฤษฎีนี้เป็นวิธีการป้องกันสังคมจากผู้กระทำความผิด โดยการแยกผู้กระทำความผิดออกไปจากสังคม อาจเป็นการแยกออกไปจากสังคมเป็นการชั่วคราว เช่น การจำคุก การกักขัง หรือการแยกออกไปจากสังคมเป็นการถาวร ได้แก่ การประหารชีวิต เพื่อตัดโอกาสมิให้ผู้กระทำความผิดกลับเข้ามากระทำความผิดในสังคมอีก¹³⁵

2.3.3.5 ทฤษฎีการกำหนดโทษเพื่อสร้างจิตสำนึก (Consciousness Theory)

ทฤษฎีนี้มองว่าการลงโทษเพื่อเป็นการยับยั้งผู้กระทำความผิด อาจเป็นการสร้างจิตสำนึกของบุคคลทั่วไปให้ปฏิบัติตามกฎหมาย โดยการลงโทษเป็นการเตือนจิตสำนึกของบุคคลทั่วไปเพื่อมิให้มีการละเมิดต่อกฎหมาย เพราะโทษเป็นตัวชี้ให้เห็นว่าการกระทำอย่างใดเป็นสิ่งที่ถูกต้อง และการกระทำอย่างใดเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการป้องกัน¹³⁶

จากทฤษฎีการกำหนดโทษทั้งห้าประการดังกล่าวข้างต้น เมื่อเทียบเคียงกับการแสดงอนาจารแล้วนั้น ผู้ศึกษามุ่งศึกษาถึงพฤติกรรมที่เป็นการแสดงอนาจาร การบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดดังกล่าวจึงเป็นหนึ่งในความประสงค์ตามทฤษฎีการกำหนดโทษที่ควรบัญญัติกฎหมายลงโทษผู้กระทำความผิด เพื่อป้องกันมิให้ผู้นั้นกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก และเป็นการป้องปรามบุคคลทั่วไปมิให้นำเอาไปเป็นเยี่ยงอย่าง การลงโทษผู้กระทำความผิดจะเป็นการเตือนสติของบุคคลทั่วไปเพื่อมิให้กระทำความผิดเช่นนั้น อีกทั้งยังเป็นการแยกผู้กระทำความผิดออกจากสังคมเป็นการชั่วคราว และในระหว่างนั้นก็ดำเนินวิธีการเพื่อปรับปรุงทัศนียภาพผู้ให้กลับตนเป็นคนดี เมื่อพ้นจากโทษก็สามารถดำเนินชีวิตในสังคมได้ โดยไม่คิดจะกลับมากระทำการแสดงอนาจารอีก อย่างไรก็ตาม การลงโทษโดยรัฐจะก่อให้เกิดผลที่ดีได้นั้น ควรจะต้องมีการผสมผสานระหว่างทฤษฎีต่างๆ เพื่อที่จะทำให้ความมุ่งหมายของการบังคับใช้กฎหมายอาญาบรรลุ

ทั้งนี้ การบัญญัติโทษสำหรับการกระทำความผิดเกี่ยวกับการแสดงอนาจารนั้นควรจะต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนของการลงโทษ (Principle of Proportionality) กับสภาพของผู้กระทำความผิด โดยเชื่อว่าการที่ผู้ใดจะกระทำการแสดงอนาจารต้องขึ้นอยู่กับสภาพจิตใจของผู้นั้น

¹³⁴ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 89*, น. 214.

¹³⁵ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 89*, น. 215.

¹³⁶ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 89*, น. 215.

และสภาพแวดล้อมที่เข้ามาผลักดันหรือโน้มน้าวให้กระทำการนั้น รวมทั้งการหล่อหลอมของสถาบันต่างๆ ในสังคม เศรษฐกิจ และการเมือง

หลักความได้สัดส่วนของการลงโทษ (Principle of Proportionality) เป็นหลักการพื้นฐานภายใต้หลักนิติธรรม (Rule of Law) โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจรัฐ โดยมีเจตนารมณ์เพื่อเป็นการให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแก่บุคคล และสร้างความสมดุลระหว่างการใช้อำนาจรัฐและสิทธิเสรีภาพของบุคคล ก่อนที่รัฐจะบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ก็จะต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมของบทบัญญัติกฎหมายว่ามีความจำเป็นหรืออย่างน้อยควรจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนน้อยที่สุด และจะต้องมีชัดเจนแน่นอนหรือคาดเห็นได้ว่าการบัญญัติกฎหมายนั้นสามารถที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้จริง โดยบทบัญญัติกฎหมายนั้นต้องวางอยู่บนสมมติฐานที่ได้รับการยอมรับ รวมทั้งต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักว่าประโยชน์ที่เกิดขึ้นต่อสาธารณชนจากการใช้บทบัญญัติกฎหมายนั้นมีความคุ้มค่ามากกว่าผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการใช้บทบัญญัติกฎหมายนั้นไปจำกัดหรือกระทบสิทธิและเสรีภาพของบุคคล¹³⁷

การพิจารณากำหนดโทษแก่ผู้กระทำการแสดงอนาจารจึงต้องพิจารณาถึงสาเหตุของการที่ผู้นั้นได้ลงมือกระทำว่าเป็นสาเหตุของจิตใจหรือสภาพแวดล้อมซึ่งต้องพิจารณาเป็นรายกรณี จึงจะก่อให้เกิดผลเป็นความยุติธรรมในการลงโทษ สามารถป้องกันอาชญากรรมที่จะเกิดขึ้นในอนาคตได้อย่างมีประสิทธิภาพ และสอดคล้องกับสภาพปัญหาของการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นจริงในปัจจุบัน และเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนในสังคมต่อไปในอนาคต

¹³⁷ กิติมา แก้วนระ, “หลักความได้สัดส่วนกับบทกำหนดโทษที่เหมาะสมสำหรับผู้กระทำความผิดในคดียาเสพติดให้โทษ : ศึกษากรณีแอมเฟตามีน” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2559), น. 42 – 48.

บทที่ 3

ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเพื่อควบคุมการแสดงอนาจาร ตามกฎหมายอาญาไทยในปัจจุบัน

จากที่ได้ศึกษาถึงความหมายของการแสดงอนาจาร และลักษณะของการแสดงอนาจาร ดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ผู้เขียนจะทำการศึกษาต่อไปว่าบทบัญญัติกฎหมายอาญาไทยที่มีอยู่ จะสามารถนำมาบังคับใช้กับการแสดงอนาจารที่เกิดขึ้นในสถานการณ์ปัจจุบันได้หรือไม่ เพียงใด

3.1 พิจารณาปัญหาการกำหนดความรับผิดตามประมวลกฎหมายอาญา

การแสดงออกซึ่งเสรีภาพทางเพศของบุคคลจะต้องกระทำภายใต้ขอบเขตที่เหมาะสม จะต้องไม่กระทำให้เป็นการกระทบต่อหลักการอยู่ร่วมกัน กระทบต่อเสรีภาพและชื่อเสียง หรือกระทบต่อศีลธรรมอันดีของบุคคลในสังคม และเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำที่เป็นการกระทบ ต่อสิ่งเหล่านี้ จึงจะต้องมีมาตรการทางกฎหมายเข้ามาควบคุมพฤติกรรมของบุคคลในสังคม

3.1.1 ความรับผิดเกี่ยวกับสิ่งลามกอนาจารกับการแสดงอนาจาร

3.1.1.1 ความรับผิดฐานค้าหรือเผยแพร่สิ่งลามก

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 บัญญัติว่า “ผู้ใด

(1) เพื่อความประสงค์แห่งการค้า หรือโดยการค้า เพื่อการแจกจ่ายหรือ เพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน ทำ ผลิต มีไว้ นำเข้าหรือยอมให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือ ยังให้ส่งออกไปนอกราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไปหรือทำให้แพร่หลายโดยประการใดๆ ซึ่งเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพหรือสิ่งอื่นใดอันลามก

(2) ประกอบการค้า หรือมีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้าเกี่ยวกับวัตถุหรือ สิ่งของลามกดังกล่าวแล้ว แจกจ่ายหรือแสดงอวดแก่ประชาชน หรือให้เช่าวัตถุหรือสิ่งของเช่นนั้น

(3) เพื่อจะช่วยให้แพร่หลาย หรือการค้าวัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าว แล้ว โฆษณาหรือโฆษณาโดยประการใด ๆ ว่ามีบุคคลกระทำการอันเป็นความผิดตามมาตรานี้ หรือ โฆษณาหรือโฆษณาว่าวัตถุ หรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้วจะหาได้จากบุคคลใด หรือโดยวิธีใด

ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำ
ทั้งปรับ”

ความรับผิดฐานค้าหรือเผยแพร่สิ่งลามก ตามมาตรา 287 ประกอบด้วย
ความผิด 3 ลักษณะ ดังนี้¹

องค์ประกอบภายนอก ความผิดตาม (1)

(1) ทำ ผลิต มีไว้ นำเข้า หรือยอมให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือ
ยังให้ส่งออกไปนอกราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไปหรือทำให้แพร่หลายโดยประการ

(2) ซึ่งเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ
ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพหรือสิ่งอื่นใดอันลามก

(3) โดยการค้า (ถ้าไม่เข้าองค์ประกอบข้อ (3) ต้องกระทำโดยมีมูลเหตุ
ชักจูงใจ)

องค์ประกอบภายใน

(1) เจตนาธรรมดา

(2) ถ้าไม่ได้กระทำโดยการค้า อันเป็นองค์ประกอบภายนอกข้อ (3) ก็ต้อง
กระทำโดยมีมูลเหตุชักจูงใจอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(ก) เพื่อความประสงค์แห่งการค้า หรือ

(ข) เพื่อการแจกแก่ประชาชน หรือ

(ค) เพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน

การทำ การผลิต อาจเป็นการทำขึ้นเอง เช่น เขียนเรื่องลามก ภาพวาด หรือ
ตัดต่อภาพลามก ส่วนการมีไว้ อาจเป็นการซื้อหรือได้รับจากผู้อื่น เช่น มีผู้ส่งมาให้ผ่านทางระบบ
อินเทอร์เน็ต ถือว่าเป็นความผิด แต่การทำ ผลิต หรือมีไว้เป็นการส่วนตัว หากมิได้เป็นไปโดยการค้า
หรือเพียงการค้า การแจกจ่าย หรือแสดงอวดแก่ประชาชน ย่อมไม่เป็นความผิด

องค์ประกอบภายนอก ความผิดตาม (2)

(1) กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(ก) ประกอบการค้า หรือ

(ข) มีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้า หรือ

(ค) แจกแก่ประชาชน หรือ

(ง) แสดงอวดแก่ประชาชน หรือ

¹ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 14,
(กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2560), น. 221 - 222.

(จ) ให้เช่า

(2) วัตถุหรือสิ่งของลามก ตาม (1)

องค์ประกอบภายใน เจตนาธรรมดา

การประกอบการค้าหรือมีส่วนเกี่ยวข้องในการค้าเกี่ยวกับวัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าว เช่น เป็นผู้ให้ทุน เป็นคนกลางรับของมาแจกหรือแสดงอวดแก่ประชาชน หรือให้เช่าวัตถุหรือสิ่งของเช่นว่านั้น เช่น มีวิดีโอเทปลามกไว้ให้เช่าหรือแลกเปลี่ยนกับสมาชิก ย่อมเป็นความผิด² หากซื้อมาเก็บไว้เองเป็นส่วนตัวหรือให้แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ ไม่ได้มีลักษณะเป็นการจำหน่ายแจกให้แก่ประชาชน ย่อมไม่เป็นความผิดตามมาตราดังกล่าว

องค์ประกอบภายนอก ความผิดตาม (3)

โฆษณาหรือไขข่าวด้วยประการใดๆ ว่า

(1) บุคคลกระทำความผิดตามมาตรา

(2) วัตถุหรือสิ่งลามกดังกล่าวแล้วจะหาได้จากบุคคลใดหรือโดยวิธีใด

องค์ประกอบภายใน

(1) เจตนาธรรมดา

(2) มูลเหตุชักจูงใจอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนี้

(ก) เพื่อจะช่วยให้แพร่หลายซึ่งวัตถุหรือสิ่งลามกดังกล่าวแล้ว หรือ

(ข) เพื่อจะช่วยให้การค้าวัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้วนั้น

การโฆษณา คือ ทำให้แพร่หลายให้รู้กันทั่วไปหรือไขข่าวโดยประการใดๆ ว่ามีบุคคลกระทำการอันเป็นความผิดตามมาตรา หรือโฆษณาหรือไขข่าวว่าวัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าวจะได้จากบุคคลใดหรือโดยวิธีใด โดยมีมูลเหตุชักจูงใจเพื่อจะช่วยให้แพร่หลาย หรือการค้าวัตถุหรือสิ่งของลามกนั้น เช่น การบอกต่อกันไปว่าจะหาซื้อหนังสือลามกหรือวิดีโอลามกได้จากใครหรือร้านใด หรือให้เปิดดูได้จากเว็บไซต์ใด เพื่อให้ผู้รับฟังไปหาซื้อหรือเช่า หรือเปิดเว็บไซต์ดู

ทั้งนี้ คำว่า “สิ่งลามก” นั้น มี 2 ลักษณะ คือ Pornography หมายถึง การแสดงถึงพฤติกรรมทางเพศ ไม่ว่าจะเป็นการเขียนหรือภาพที่นำไปสู่การตื่นเต้นทางเพศหรือยั่วยุ กามารมณ์ หรือทำให้เกิดกำหนัด และ Obscenity หมายถึง สิ่งที่ทำให้เกิดความรู้สึกอันน่ารังเกียจ เช่น แสดงถ้อยคำหรือวัตถุสิ่งของทางเพศในลักษณะที่หยาบช้า ดังนั้น “สิ่งลามก” หมายถึง สิ่งที่ผู้พบเห็นมีความรู้สึกอูจาด บัดสี หยาบช้า น้อมนำไปสู่ความชู้หรือความใคร่ทางกามารมณ์ ส่วนใหญ่จะเป็นไปในรูปภาพเปลือยของมนุษย์หรือภาพอวัยวะเพศของทั้งผู้ชายและผู้หญิง ภาพการร่วมเพศ

² คำพิพากษาฎีกาที่ 3213/2526.

หรือการบรรยายให้เกิดจินตนาการของการร่วมเพศ เพื่อยั่วให้เกิดความใคร่ทางกามารมณ์³ ภาพผู้หญิงเปิดเผยเต้านมอย่างโจ่งแจ้ง แม้อวัยวะเพศจะมีผ้าอาภรณ์ปิดไว้ แต่ก็ปิดไว้อย่างหมิ่นเหม่ และอยู่อิริยาบถที่นอนหงาย ถ่างขาออกอย่างกว้างทำนองเจตนาเพื่ออวดอวัยวะเพศอย่างเด่นชัด ซึ่งเป็นอิริยาบถที่น่าเกลียด น่าบัดสี ถือว่าเป็นภาพที่มีเจตนาช่วยให้เกิดความใคร่ทางกามารมณ์โดยตรง⁴ หรือภาพผู้หญิงเปลือยกายแม้ไม่เห็นอวัยวะเพศชัดเจน แต่มีลักษณะส่อไปในด้านช่วยกามารมณ์ และภาพผู้หญิงเปลือยตลอดร่างซึ่งพอเห็นอวัยวะเพศได้บ้าง ถือได้ว่าเป็นภาพอันลามก ไม่ใช่ภาพศิลปะที่แสดงถึงสัดส่วนความสมบูรณ์ของร่างกาย รวมทั้งข้อความต่างๆ ที่บรรยายถึงการร่วมประเวณีของผู้ชายและผู้หญิงอย่างชัดเจนและละเอียดลออ โดยบรรยายถึงอารมณ์ไปในทางช่วยกามารมณ์ แม้จะมีได้ใช้ถ้อยคำหยาบคาย ก็ถือได้ว่าเป็นข้อความอันลามก⁵ แต่ถ้าเป็นสิ่งที่ เป็นศิลปะ เช่น การเปลือยกายในท่าทางต่างๆ ที่ไม่เปิดเผยให้เห็นของลับอิตีลิ่งค์ เป็นแต่แสดงให้เห็น ความงามของทรวดทรงอวัยวะภายนอกและแสดงฝีมือในการถ่ายภาพและวาดภาพ ไม่แสดงไป ในทางเลวทรามต่ำช้า⁶ หรือการเปลือยกายซึ่งปรากฏเด่นชัดเฉพาะถันเท่านั้น ส่วนโยนีได้ถูกระบายให้ ลบเลือนมองไม่เห็น เห็นเพียงฐานเท่านั้น อันเป็นการแสดงให้เห็นถึงสุขภาพอนามัยของการอาบแดด หรือการสอนถึงวิธีเขียนแสดงถึงสัดส่วนความงามของร่างกาย ไม่มีลักษณะน่าเกลียดน่าอุจาดบัดสีที่ น้อมนำไปสู่ความต่ำความชั่ว หรือความใคร่ในทางกามารมณ์⁷ หรือการเขียนสัดส่วนความสมบูรณ์ของ ร่างกายเปลือยกายของผู้หญิง อวัยวะเพศถูกระบายให้ลบลือน ไม่น่าเกลียดอุจาดบัดสีที่จะนำไปสู่ ความใคร่ในทางกามารมณ์ จึงไม่ถือว่าเป็นลามกอนาจาร⁸

การพิจารณาว่าสิ่งใดมีลักษณะอันลามกหรือไม่ นั้น จะต้องพิจารณาตาม ความรู้สึกของวิญญูชนผู้มีใช้บุคคลที่เคร่งครัดต่อจารีตประเพณี โดยไม่ยอมเปลี่ยนแปลงตาม ยุคสมัย โดยเฉพาะในสมัยที่คนไทยยอมรับเอาความนิยมในการนุ่งน้อยห่มน้อยในโอกาสไปตากอากาศ ชายทะเล หรือการอนุญาตให้ฉายภาพยนตร์แสดงการกอดจูบ หรือการรับเอาประเพณีการเต้นรำ สากล ทั้งการจัดเอาความงามของสตรีเข้าประกวดตามแบบสากล สิ่งดังกล่าวไม่มีลักษณะน่าเกลียด

³ ณรงค์ ใจหาญ, “ความหมายของ “สิ่งลามก” ในกฎหมาย”, วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 2 ปีที่ 16, น. 126 (พ.ศ. 2529). อ้างถึงใน ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น. 220.

⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 6301/2533.

⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 3510/2531.

⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 1856/2492.

⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 978/2492.

⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 1223/2508.

นำอุจาดบัดสีที่น้อมนำไปสู่ความต่ำความชั่ว หรือความใคร่ในทางกามารมณ์ ไม่ถือว่าเป็นลามกอนาจาร⁹

อย่างไรก็ตาม สิ่งลามกอาจเป็นสาเหตุอันนำไปสู่การกระทำความผิดทางเพศ กฎหมายจึงจำเป็นต้องเข้ามาควบคุมและดูแลสิ่งลามกดังกล่าว แต่หากกฎหมายเข้าไปห้ามอย่างเด็ดขาด ก็จะเป็นการกระทบต่อเสรีภาพทางเพศซึ่งเป็นเรื่องส่วนตัวโดยแท้ของบุคคล ซึ่งเมื่อบุคคลถึงวัยอันควรก็สามารถที่จะมีเสรีภาพทางเพศได้ภายใต้กรอบและขอบเขตที่ถูกต้องและเหมาะสม ทั้งนี้ เรื่องรสนิยมทางเพศนั้นเป็นเรื่องของบุคลิกภาพ (Personality) บิดามารดาจึงควรดูแลสั่งสอนบุตรเกี่ยวกับความประพฤติในทางเพศ เพราะบิดามารดาย่อมผ่านสิ่งเหล่านี้มาแล้ว ดังนั้น หลักการของ มาตรา 287 ก็คือ “adult and alone” หมายถึง หากมีวุฒิภาวะแล้ว (adult) และมีไว้เป็นส่วนตัว (alone) โดยไม่นำออกไปเผยแพร่หรือโฆษณา ก็ย่อมไม่ถือว่าเป็นความผิดตามมาตราดังกล่าว¹⁰

เมื่อเปรียบเทียบองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 287 กับการแสดงอนาจาร สามารถพิจารณารายละเอียดได้ดังนี้

(1) การแสดงอนาจารโดยซึ่งหน้า

(1.1) ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยตรง

(ก) ลักษณะการกระทำความผิดตามมาตรา 287 (1) นั้น จะต้องเป็นการทำ ผลิต มีไว้ นำเข้า หรือยอมให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกไปนอกราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไปหรือทำให้แพร่หลายโดยประการใดๆ ซึ่งเป็นลักษณะการกระทำอันเป็นองค์ประกอบสำคัญที่นำไปใช้กับสิ่งที่เป็นวัตถุหรือสิ่งของ เมื่อเปรียบเทียบกับ การแสดงอนาจาร จะเห็นได้ว่าผู้กระทำได้แสดงพฤติกรรมต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการเปลือยกาย การเปิดเผยร่างกายส่วนที่ควรปกปิด เช่น หน้าอกของผู้หญิง อวัยวะเพศของผู้หญิงและผู้ชาย การสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง การแสดงกิจกรรมร่วมเพศ ซึ่งมีลักษณะของการกระทำเป็นการแสดงออกซึ่งพฤติกรรม มิใช่มีลักษณะเป็นวัตถุหรือสิ่งของ จึงไม่เข้าองค์ประกอบความผิดดังกล่าว

(ข) รูปแบบของสิ่งลามกตามมาตรา 287 (1) นั้น ได้แก่ เอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือสิ่งอื่นใดอันลามก สิ่งเหล่านี้มีลักษณะเป็นวัตถุหรือสิ่งของที่แสดงให้รู้หรือเห็นถึงการกระทำทางเพศ อันเป็นลักษณะเนื้อหาของการกระทำ โดยสามารถเทียบเคียงได้กับ คำนิยามของคำว่า “สื่อลามกอนาจารเด็ก” ตามมาตรา 1 (17) แห่งประมวลกฎหมายอาญา เมื่อเปรียบเทียบกับ การแสดงอนาจาร จะเห็นได้ว่ารูปแบบของการกระทำเป็นการแสดงพฤติกรรม

⁹ อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 7.

¹⁰ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น. 220.

ต่างๆ ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น เป็นการกระทำโดยซึ่งหน้าที่มีทั้งในลักษณะของพื้นที่ส่วนบุคคลและพื้นที่สาธารณะ อันเป็นพื้นที่จริง แม้การกระทำเหล่านี้จะแสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศ แต่ก็ยังเป็นลักษณะของการกระทำ ไม่ใช่เนื้อหาของการกระทำอันมีลักษณะเป็นวัตถุ จึงไม่เข้าองค์ประกอบความผิดดังกล่าว

(ค) มาตรา 287 (1) ได้กำหนดให้ผู้กระทำต้องมีเจตนาโดยการค้าในการทำ ผลิต มีไว้ นำเข้า หรือยอมให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกภายนอกราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไปหรือทำให้แพร่หลายโดยประการใดๆ ซึ่งสิ่งลามก แต่หากผู้กระทำมิได้กระทำการดังกล่าวโดยการค้า ผู้กระทำก็จะต้องกระทำโดยมีมูลเหตุชกแจงใจอย่างใดอย่างหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นเพื่อความประสงค์แห่งการค้า หรือเพื่อการจ่ายแจกแก่ประชาชน หรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน ซึ่งสิ่งลามก เมื่อเปรียบเทียบกับการแสดงอนาจาร จะเห็นได้ว่าการที่ผู้กระทำได้แสดงพฤติกรรมต่างๆ ดังกล่าวมาแล้วข้างต้น ในพื้นที่ส่วนบุคคลแต่อยู่ในบริเวณที่บุคคลอื่นสามารถมองเห็นได้ เช่น ริมระเบียง สนามหญ้าหน้าบ้าน หรือในพื้นที่สาธารณะ ซึ่งทั้ง 2 กรณีดังกล่าวผู้กระทำสามารถคาดหมายได้ว่าจะต้องมีคนอื่นมองเห็นการกระทำของตน จึงถือว่าได้กระทำโดยมีเจตนาที่จะแสดงอวดการกระทำที่มีลักษณะลามกอนาจาร เพื่อให้ประชาชนที่สัญจรไปมาได้เห็นอันเข้าองค์ประกอบความผิดของดังกล่าวในส่วนของมูลเหตุชกแจงใจ “เพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน”

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการแสดงอนาจารโดยซึ่งหน้ามีข้อแตกต่างในสาระสำคัญอันเป็นองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 287 (1) จึงไม่สามารถนำมาตราดังกล่าวมาบังคับใช้กับผู้นี้ได้ และเมื่อการแสดงอนาจารนั้นมีรูปแบบของการกระทำความผิด คือการแสดงออกซึ่งท่าทางที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศ อันมีลักษณะของการกระทำ มิใช่เนื้อหาของการกระทำ จึงไม่ถือว่าเป็นสิ่งลามก ตามมาตรา 287 (1) ก็ย่อมไม่เข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 287 (2) และ (3) เช่นกัน

(1.2) ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยอ้อม

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้น เมื่อผู้แสดงอนาจารโดยซึ่งหน้า ซึ่งเป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยตรง ไม่มีความผิดตามมาตรา 287(1) ผู้อื่นที่ให้การช่วยเหลือผู้แสดงอนาจารในขณะกระทำการแสดงอนาจาร ไม่ว่าจะเป็นช่วยบันทึกหรือเผยแพร่ภาพหรือวิดีโอการกระทำดังกล่าว ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยอ้อม ย่อมไม่ถือว่าเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิดในการแสดงอนาจาร ตามมาตรา 86 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดโดยประการใดๆ อันเป็นการช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวกในการที่ผู้อื่นกระทำความผิดก่อนหรือขณะกระทำความผิด แม้ผู้กระทำความผิดจะมิได้รู้ถึงการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกนั้นก็ตาม ผู้นั้นเป็นผู้สนับสนุนการกระทำผิด ต้องระวางโทษสองในสามส่วนของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดที่สนับสนุนนั้น”

โดยหลักการสำคัญของมาตรา 86 นั้น คือ จะต้องมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น หมายถึง มีการกระทำเข้าขั้นที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด หากไม่มีการกระทำความผิด ก็ไม่มีผู้สนับสนุน¹¹ แต่ทั้งนี้ เมื่อได้มีการถ่ายหรือบันทึกภาพลงในสื่อต่างๆ ย่อมทำให้สิ่งดังกล่าวมีลักษณะเป็นวัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศ อันเป็นรูปแบบหนึ่งของสิ่งลามก ตามมาตรา 287 (1) หากมีผู้ถ่ายภาพได้เก็บภาพดังกล่าวไว้เป็นการส่วนตัว โดยไม่ทำให้มีการแพร่หลายหรือนำออกไปเผยแพร่ และภาพนั้นไม่ใช่ของเด็กที่อายุไม่เกิน 18 ปี หรือมีเด็กที่อายุไม่เกิน 18 ปี ร่วมอยู่ด้วย ย่อมไม่เข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 287 เนื่องจากเป็นไปตามหลักการ “adult and alone” แต่หากผู้ถ่ายภาพการแสดงอนาจารนำออกไปเผยแพร่หรือทำให้แพร่หลายไม่ว่าจะโดยประการใด เพื่อต้องการที่จะแสดงอวดแก่ประชาชน ย่อมเข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 287 (1) ดังนั้น จึงสามารถนำมาตราดังกล่าวมาบังคับใช้กับผู้เผยแพร่ภาพการแสดงอนาจารได้

(2) การแสดงอนาจารโดยระยะทาง

(2.1) ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยตรง

(ก) จากลักษณะการกระทำความผิดตามมาตรา 287 (1) ที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ (1.1) (ก) ข้างต้น เมื่อเปรียบเทียบกับการแสดงอนาจาร จะเห็นได้ว่าผู้กระทำได้แสดงพฤติกรรมต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการเปลือยกาย การเปิดเผยร่างกายส่วนที่ควรปกปิด เช่น หน้าอกของผู้หญิง อวัยวะเพศของผู้หญิงและผู้ชาย การสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง การแสดงกิจกรรมร่วมเพศ โดยผ่านสื่อสังคมออนไลน์ ซึ่งมีคอมพิวเตอร์เป็นสื่อกลางในการประมวลผลผ่านชุดคำสั่งที่ได้มีการกำหนดอยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ และได้มีการเชื่อมต่อผ่านระบบเครือข่ายที่มีลักษณะการทำงานอัตโนมัติตามโปรแกรมที่ได้มีการกำหนดไว้ ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการ “นำเข้า” จึงเข้าองค์ประกอบความผิดดังกล่าว

(ข) จากรูปแบบของสิ่งลามกตามมาตรา 287 (1) ที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ (1.1) (ข) ข้างต้น เมื่อเปรียบเทียบกับการแสดงอนาจาร จะเห็นได้ว่ารูปแบบของการกระทำเป็นการแสดงพฤติกรรมต่างๆ ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ได้เกิดขึ้นในสื่อสังคมออนไลน์ ซึ่งเป็นพื้นที่เสมือนจริง ซึ่งเป็นการกระทำโดยผ่านคอมพิวเตอร์เป็นสื่อกลางในการประมวลผลผ่านชุดคำสั่งที่ได้มีการกำหนดอยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ และได้มีการเชื่อมต่อผ่านระบบเครือข่ายที่มีลักษณะการทำงานอัตโนมัติตามโปรแกรมที่ได้มีการกำหนดไว้ จึงมีลักษณะเป็นวัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศ อันเข้าองค์ประกอบคำว่า “สิ่งอื่นใดอันลามก” จึงเข้าองค์ประกอบความผิดดังกล่าว

¹¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพมหานคร : พลสยาม พรินติ้ง, 2551), น. 678 – 693.

(ค) มาตรา 287 (1) ได้กำหนดให้ผู้กระทำต้องมีเจตนาโดยการค้า ในการทำ ผลิต มีไว้ นำเข้า หรือยอมให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกไปนอกราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไปหรือทำให้แพร่หลายโดยประการใดๆ ซึ่งสิ่งลามก แต่หากผู้กระทำมิได้กระทำการดังกล่าวโดยการค้า ผู้กระทำก็จะต้องกระทำโดยมีมูลเหตุชกใจอย่างใดอย่างหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นเพื่อความประสงค์แห่งการค้า หรือเพื่อการจ่ายแจกแก่ประชาชน หรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน ซึ่งสิ่งลามก เมื่อเปรียบเทียบกับ การแสดงอนาจาร จะเห็นได้ว่าการที่ผู้กระทำได้แสดงพฤติกรรมต่างๆ ดังกล่าวมาแล้วข้างต้น หากเป็นการกระทำในพื้นที่ส่วนบุคคล คือ ในสื่อสังคมออนไลน์ที่มีลักษณะเป็นกลุ่มเฉพาะสมาชิกเท่านั้นที่จะเข้าใช้บริการได้ ถือว่าเป็นการเผยแพร่กันเฉพาะสมาชิกในกลุ่มเท่านั้น ไม่ได้มีการเผยแพร่เป็นการทั่วไป จึงไม่เข้าลักษณะของการทำให้แพร่หลายสู่สาธารณชน แต่หากเป็นการกระทำในพื้นที่สาธารณะ คือ ในสื่อสังคมออนไลน์ที่เป็นการเปิดให้ทุกคนเข้าใช้บริการได้อย่างเสรี ไม่ว่าจะบุคคลใดก็สามารถเข้าใช้บริการ เมื่อเป็นเช่นนั้นผู้กระทำย่อมคาดหมายได้ว่าจะต้องมีคนอื่นมองเห็นการกระทำของตน จึงถือว่าได้กระทำโดยมีเจตนาที่จะแสดงอวดการกระทำที่มีลักษณะลามกอนาจาร เพื่อให้คนอื่นที่เข้าใช้บริการได้เห็น จึงเข้าองค์ประกอบความผิดดังกล่าว ในส่วนของมูลเหตุชกใจ “เพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน”

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการแสดงอนาจารโดยระยะทางในลักษณะแบบสาธารณะนั้นมีลักษณะอันเป็นสาระสำคัญเข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 287 (1)

(1.2) ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยอ้อม

จากที่กล่าวมาข้างต้นว่าเมื่อผู้กระทำการแสดงอนาจารมีความผิดตามมาตรา 287 (1) แล้วมีผู้อื่นที่ให้การช่วยเหลือผู้แสดงอนาจารในขณะที่กระทำการแสดงอนาจาร ไม่ว่าจะช่วยเหลือบันทึกหรือเผยแพร่ภาพหรือวิดีโอการกระทำดังกล่าว ถือว่าผู้นั้นเป็นผู้สนับสนุนการกระทำ ความผิดในการแสดงอนาจาร ตามมาตรา 86

3.1.1.2 ความรับผิดฐานครอบครองหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก

ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติความรับผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ 2 ลักษณะ คือ การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก ตามมาตรา 287/1 และการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก ตามมาตรา 287/2

พฤติกรรมทางเพศเป็นรสนิยมส่วนบุคคล ซึ่งเมื่อถึงช่วงอายุที่เหมาะสมก็สามารถที่จะเรียนรู้และหาประสบการณ์ได้ ดังนั้น สื่อลามกอนาจารจึงตั้งอยู่บนหลักของ adult and alone คือ มีความเป็นผู้ใหญ่และไม่เผยแพร่ การครอบครองสื่อลามกอนาจารโดยทั่วไป จึงไม่มีความผิดตามมาตรา 287 อย่างไรก็ตาม หากสื่อลามกอนาจารมีการใช้เด็กเป็นเครื่องมือ

ก็จะทำให้เด็กถูกล่วงละเมิดทางเพศมากขึ้น กฎหมายจึงห้ามมิให้มีการครอบครองหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก¹²

(1) การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก ตามมาตรา 287/1

มาตรา 287/1 บัญญัติว่า “ผู้ใดครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งส่งต่อซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กแก่ผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก ตามมาตรา 287/1 วรรคหนึ่งสามารถพิจารณารายละเอียดได้ดังนี้

องค์ประกอบภายนอก

(1) ครอบครอง

การครอบครองตามมาตรานี้ มีความหมายเช่นเดียวกับเรื่องยกยอกทรัพย์ ซึ่งมีหลักการเดียวกับคำอธิบายกฎหมายในส่วนของคำว่า “เอาไป” เรื่องลักทรัพย์ ประกอบด้วยลักษณะ 2 ประการ คือ ประการแรก การครอบครองตามความเป็นจริง ซึ่งสามารถดูได้จากตัวทรัพย์ และวิธีการครอบครองทรัพย์นั้นโดยปกติประเพณี โดยไม่จำเป็นว่าทรัพย์นั้นจะต้องอยู่ในกระเป๋าถือหรืออยู่ในมือของผู้ครอบครอง ไม่ว่าจะเป็นการครอบครองเพื่อตนเองหรือเพื่อผู้อื่น ถือว่าเป็นผู้ครอบครองทั้งสิ้น และประการที่สอง การครอบครองตามเจตจำนง (will) ซึ่งผู้ครอบครองต้องมีเจตจำนงที่จะใช้อำนาจอันแท้จริงครอบครองทรัพย์นั้น¹³

(2) สื่อลามกอนาจารเด็ก

สื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรานี้ เป็นไปตามบทนิยามในมาตรา 1 (17) หมายความว่า วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปี โดยรูป เรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือรูปแบบอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน และให้หมายความรวมถึงวัตถุหรือสิ่งต่างๆ ข้างต้นที่จัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้

¹² ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 223 - 223.

¹³ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 317 - 318.

สื่อลามกอนาจารเด็กตามความในมาตรา 1 (17) นั้น มีส่วนที่จะต้องพิจารณา
ดังนี้¹⁴

1. สื่อลามกอนาจารเด็กต้องเป็นวัตถุหรือสิ่งซึ่งไม่มีชีวิต
2. คำว่า “ของเด็ก” คือ กรณีที่เด็กปรากฏอยู่ในภาพนั้น ส่วนคำว่า “กับเด็ก” คือ กรณีที่ภาพนั้นปรากฏเป็นการกระทำทางเพศของเด็กกับผู้อื่น หรือบุคคลมากกว่าหนึ่งคน ได้กระทำร่วมกับเด็ก ซึ่งผู้กระทำต้องรู้ว่าผู้ที่อยู่ในสื่อดังกล่าวเป็นเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปี หากไม่รู้ก็ไม่ถือว่าเป็นความผิด เพราะขาดเจตนาตามมาตรา 59 วรรคสาม ทั้งนี้ ไม่ครอบคลุมกรณีที่ผู้ใหญ่กับผู้ใหญ่มีเพศสัมพันธ์ให้เด็กดู
3. คำว่า “การกระทำทางเพศ” ในทางวิชาการ หมายความรวมถึง การข่มขืนกระทำชำเรา การกระทำชำเรา การกระทำอนาจาร การคุกคามทางเพศ และการกระทำเพื่อสนองความใคร่
 - คำว่า “การข่มขืนกระทำชำเรา” หมายความว่า การกระทำชำเราโดยหญิง (อีกฝ่ายหนึ่ง) มิได้สมัครใจ การบังคับ ขืนใจ พยายามร่วมเพศโดยผู้อื่นมิได้สมัครใจ การฝืนใจอีกฝ่ายหนึ่ง
 - คำว่า “การกระทำชำเรา” หมายความว่า การร่วมประเวณี ซึ่งมีทั้งการร่วมประเวณีที่ถูกต้องตามทำนองคลองธรรม หรือผิดทำนองคลองธรรมอันเป็นการผิดกฎหมายก็ได้
 - คำว่า “การกระทำอนาจาร” หมายความว่า การประพฤดิชั่ว น่าอาย นอกกรีต นอกแบบ ลามก น่าบัดสี ทำให้อับอาย เป็นที่น่ารังเกียจแก่ผู้อื่นในด้านความดีงาม และคำพิพากษาศาลฎีกาได้วางหลักไว้ เช่น การประเวณีหรือความใคร่และกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศ ต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวบุคคลโดยตรง การกล่าวถ้อยคำหรือเขียนภาพไม่เป็นการอนาจาร
 - คำว่า “การคุกคามทางเพศ” หมายความว่า การล่วงละเมิดทางเพศ การขอความช่วยเหลือทางเพศ และความประพฤติทางกายและวาจาที่เกี่ยวข้องกับเรื่องทางเพศ หากอีกฝ่ายไม่ปฏิบัติตามจะมีผลต่อชีวิต เช่น การจ้ำงาน สภาพแวดล้อมในการทำงานอึดอัด เครียด และเป็นปฏิปักษ์ ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาและมีผลกระทบทั้งต่อผู้ถูกระทำ หน่วยงาน หรือสังคม

¹⁴ สำนักงานศาลยุติธรรม, สรุปความจาก คู่มือและแนวทางการดำเนินการตามแผนและการเตรียมความพร้อมในการบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 24 พ.ศ. 2558 (ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก) ตามหนังสือสำนักงานศาลยุติธรรม ที่ ศย 016/ว 306 ลงวันที่ 15 พฤษภาคม 2560, น. 5 - 10.

- การกระทำเพื่อสนองความใคร่ หมายความว่า ความพอใจในทางเพศ ไม่จำต้องถึงกับร่วมประเวณี เช่น เพียงแค่ออด จูบ ลูบ คลำ

องค์ประกอบภายใน

(1) เจตนาธรรมดา คือ ผู้กระทำได้รู้ว่าผู้ที่อยู่ในสื่อดังกล่าวเป็นเด็กอายุไม่เกิน 18 ปี หากไม่รู้ก็ไม่มี ความผิด เพราะขาดเจตนาตามมาตรา 59 วรรคสาม

(2) มูลเหตุชักจูงใจ เพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศ ถ้าเป็นการอาบน้ำให้เด็กหรือถ่ายภาพเด็กที่คลานไปมาโดยไม่ได้สวมใส่เสื้อผ้า ย่อมไม่เป็นความผิด แต่หากมีการถ่ายภาพดังกล่าวไปบรรยายอันมีลักษณะลามกอนาจาร ย่อมเป็นความผิดตามมาตราดังกล่าว¹⁵

นอกจากนี้ ในส่วนของการส่งต่อสื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/1 วรรคสอง นั้น เจตนาธรรมดาของความผิดดังกล่าว เพื่อควบคุมการส่งสื่อลามกอนาจารเด็กออกไปยังผู้อื่น และการที่ผู้เผยแพร่หรือส่งต่อสื่อลามกอนาจารอย่างกว้างขวางนั้นส่งผลกระทบต่อผู้อื่นและสังคมมากกว่าครอบครองไว้เพียงผู้เดียว โดยใช้หลักกฎหมายทั่วไปในการบังคับมาตราดังกล่าว คือ พิจารณามีเจตนาส่งต่อหรือไม่ โดยคำว่า “ส่ง” หมายถึง ทำให้สิ่งใดสิ่งหนึ่งเคลื่อนพันจากที่หนึ่งไปยังอีกที่หนึ่ง เพื่อให้ถึงผู้รับหรือเป้าหมายด้วยอาการต่างกัน เช่น ส่งข้าม ส่งผ่าน ส่งต่อ ส่วนคำว่า “ต่อ” หมายถึง ถัดไป สืบไป ติดต่อกันไป ซึ่งผู้กระทำได้มีการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กตามวรรคหนึ่งตั้งแต่แรก และได้ทำการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กออกไป ย่อมเป็นความผิดตามมาตรา 287/1 วรรคสอง แต่หากไม่มีการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กมาตั้งแต่แรก จะไม่ถือว่าเป็นการกระทำความผิดฐานส่งต่อสื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/1 วรรคสอง แต่อาจจะเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ตามมาตรา 14 (5) ในความผิดเกี่ยวกับการเผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะอันลามก ตามมาตรา 14 (4) ทั้งนี้ การส่งต่อสื่อลามกอนาจารเด็ก อาจแบ่งออกได้ 2 ลักษณะ กล่าวคือ ลักษณะแรก การส่งต่อโดยบันทึกไว้ในเครื่องก่อนที่จะแชร์ ถือว่ามีการครอบครองโดยการบันทึก และลักษณะที่สอง การส่งต่อโดยไม่ได้บันทึกไว้ในเครื่องก่อนที่จะส่งต่อ ซึ่งสามารถแบ่งย่อยออกเป็น 2 ประการ คือ ประการแรก การส่งต่อบนไทม์ไลน์ (timeline) ในเฟซบุ๊ก ทวิตเตอร์ หรือไลน์ของตนเอง ถือว่าเป็นการครอบครองโดยไม่ได้บันทึกในเครื่อง แต่ครอบครองเมื่อตนสามารถควบคุมสื่อลามกอนาจารเด็กนั้น ก่อนทำการส่งต่อให้เพื่อหรือผู้อื่นเห็นบนไทม์ไลน์ของตน อีกทั้งยังสามารถควบคุมสื่อลามกอนาจารเด็กเมื่อใดก็ได้ และประการที่สอง การส่งต่อบนไทม์ไลน์ (timeline) ในเฟซบุ๊ก ทวิตเตอร์ หรือไลน์ของผู้อื่น ถือว่ามีการครอบครองโดยไม่ได้บันทึกไว้ในเครื่อง แต่ครอบครองเมื่อตนสามารถควบคุมสื่อลามกอนาจารเด็กนั้น ก่อนทำการ

¹⁵ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 222 - 223.

ส่งต่อให้เพื่อนหรือผู้อื่นเห็นบนโซเชียลมีเดียของผู้นั้น อีกทั้งยังสามารถควบคุมสื่อลามกอนาจารเด็กเมื่อใดก็ได้ โดยสามารถจะลบหรือให้ความเห็นในภาพที่ตนเองโพสต์ไว้บนโซเชียลมีเดียผู้อื่นก็ได้¹⁶

(2) การเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก ตามมาตรา 287/2

มาตรา 287/2 บัญญัติว่า “ผู้ใด

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

(2) ประกอบการค้า หรือมีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้าเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก แจกจ่ายหรือแสดงอวดแก่ประชาชนหรือให้เช่าสื่อลามกอนาจารเด็ก

(3) เพื่อจะช่วยการทำให้แพร่หลาย หรือการค้าสื่อลามกอนาจารเด็กแล้ว โฆษณาหรือโฆษณาโดยประการใด ๆ ว่ามีบุคคลกระทำการอันเป็นความผิดตามมาตรา 287/2 หรือโฆษณาหรือโฆษณาว่าสื่อลามกอนาจารเด็กดังกล่าวแล้วจะหาได้จากบุคคลใด หรือโดยวิธีใด

ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงสองแสนบาท”

ความผิดฐานเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/2 สามารถพิจารณารายละเอียดของความผิดได้ 3 ลักษณะ ดังนี้

องค์ประกอบภายนอก ของความผิดตาม (1)

(1) ทำ ผลิต มีไว้ นำเข้าหรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกป็นนอกราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไปหรือทำให้แพร่หลายโดยประการใด

(2) ซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็ก

(3) โดยการค้า (หากไม่ใช่โดยการค้า จะต้องกระทำโดยมีมูลเหตุชักจูงใจอย่างใดอย่างหนึ่ง)

องค์ประกอบภายใน

(1) เจตนาธรรมดา

(2) หากไม่ใช่โดยการค้า จะต้องกระทำโดยมีมูลเหตุชักจูงใจอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนี้

(ก) เพื่อประสงค์แห่งการค้า หรือ

(ข) เพื่อการแจกจ่ายแก่ประชาชน หรือ

¹⁶ สำนักงานศาลยุติธรรม, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 14, น. 13.

(ค) เพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน

การทำหรือการผลิตอาจเป็นการทำขึ้นเอง เช่น เขียนเรื่องลามก วาดภาพหรือตัดต่อภาพลามก ส่วนการมีไว้ อาจเป็นการซื้อหรือได้รับจากผู้อื่น เช่น มีผู้ส่งมาให้ผ่านทางระบบอินเทอร์เน็ต แต่หากเป็นการทำหรือการผลิตสำหรับมีไว้เป็นการส่วนตัว มิใช่เพื่อเป็นการค้า ย่อมไม่เป็นความผิดตามมาตราดังกล่าว แต่ยอมเป็นความผิดฐานมีสื่อลามกอนาจารไว้ในครอบครองตามมาตรา 287/1¹⁷

องค์ประกอบภายนอก ของความผิดตาม (2)

(1) กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนี้

(ก) ประกอบการค้า หรือ

(ข) มีส่วนหรือเข้าไปเกี่ยวข้องในการค้า หรือ

(ค) จ่ายแจกแก่ประชาชน หรือ

(ง) แสดงอวดแก่ประชาชน หรือ

(จ) ให้เช่า

(2) สื่อลามกอนาจารเด็ก

องค์ประกอบภายใน เจตนาธรรมดา

การประกอบการค้าหรือมีส่วนเข้าไปเกี่ยวข้องในการค้าเกี่ยวกับวัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าว เช่น เป็นผู้ให้ทุน เป็นคนกลางรับของมาจ่ายแจกหรือแสดงอวดแก่ประชาชนหรือให้เช่าวัตถุหรือสิ่งของเช่นว่านั้น เช่น มีวิดีโอเทปภาพลามกไว้ให้เช่าหรือแลกเปลี่ยนกับสมาชิก ย่อมเป็นความผิดตามมาตราดังกล่าว¹⁸ ถ้าซื้อมาเก็บไว้เองเป็นส่วนตัวหรือให้แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ มิใช่เพื่อจำหน่ายหรือจ่ายแจกแก่ประชาชน ไม่ถือว่าเป็นความผิดตามมาตราดังกล่าว แต่ยอมเป็นความผิดฐานมีสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในครอบครองตามมาตรา 287/1¹⁹

องค์ประกอบภายนอก ของความผิดตาม (3)

โฆษณาหรือไขข่าวด้วยประการใดๆ ว่า

(1) บุคคลกระทำความผิดตามมาตรา^{นี้} หรือ

(2) วัตถุหรือสิ่งลามกดังกล่าวแล้วจะหาได้จากบุคคลใดหรือโดยวิธีใด

องค์ประกอบภายใน

(1) เจตนาธรรมดา

¹⁷ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, *อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 1*, น. 223 - 224.

¹⁸ *อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 2*.

¹⁹ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, *อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 1*, น. 224.

(2) มูลเหตุชักจูงใจอย่างหนึ่งอย่างใด ดังนี้

(ก) เพื่อจะช่วยให้การทำให้แพร่หลายซึ่งวัตถุหรือสิ่งของดังกล่าวแล้ว หรือ

(ข) เพื่อจะช่วยให้การค้าสื่อลามกอนาจารเด็กดังกล่าวแล้ว

การโฆษณา คือ การทำให้แพร่หลายให้รู้กันทั่วไป หรือโฆษณาโดยประการใด ๆ ว่ามีบุคคลกระทำการอันเป็นความผิดตามมาตราดังกล่าว หรือโฆษณา หรือโฆษณา ว่าวัตถุหรือสิ่งลามกดังกล่าวจะหาได้จากบุคคลใด หรือโดยวิธีใด โดยมีมูลเหตุชักจูงใจ เพื่อจะช่วยให้การทำให้แพร่หลาย หรือการค้าวัตถุหรือสิ่งของลามกนั้น เช่น บอกต่อๆ ไปว่าจะหาซื้อหนังสือลามกหรือวิดีโอลามกได้จากผู้ใดหรือร้านใด หรือที่ใดเป็นแหล่งผลิต เพื่อให้ผู้รับฟังไปซื้อหรือเช่ามาดู²⁰

เมื่อเปรียบเทียบองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 287/1 และมาตรา 287/2 กับการแสดงอนาจาร สามารถพิจารณารายละเอียดได้ดังนี้

(1) การแสดงอนาจารโดยข้างหน้า

(1.1) ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยตรง

(ก) มาตรา 287/1 และมาตรา 287/2 (1) กำหนดรูปแบบของสื่อลามกอนาจาร ได้แก่ เอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือรูปแบบอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน รวมถึงวัตถุหรือสิ่งต่างๆ ข้างต้นที่จัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้ สื่อลามกอนาจารเหล่านี้มีลักษณะเป็นวัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศ ซึ่งเป็นไปตามนิยามคำว่า “สื่อลามกอนาจารเด็ก” มาตรา 1 (17) แห่งประมวลกฎหมายอาญา สื่อลามกอนาจารดังกล่าวจะต้องมีเด็กปรากฏอยู่ด้วย หรือเป็นการกระทำทางเพศของเด็กกับผู้อื่น หรือบุคคลมากกว่าหนึ่งคนได้กระทำร่วมกับเด็ก โดยเด็กนั้นต้องมีอายุไม่เกิน 18 ปี ทั้งนี้ สื่อลามกอนาจารเด็กนั้น ผู้กระทำความผิดจะต้องมีการครอบครอง ตามมาตรา 287/1 วรรคหนึ่ง โดยอาจจะเป็นการครอบครองตามความเป็นจริง หรือการครอบครองตามเจตจำนง ไม่ว่าจะการครอบครองนั้นจะเป็นการครอบครองเพื่อตนเองหรือเพื่อผู้อื่นก็ตาม หรือผู้กระทำความผิดได้มีการส่งต่อ ตามมาตรา 287/1 วรรคสอง โดยอาจเป็นการส่งต่อโดยมีการบันทึกไว้ก่อนที่จะมีการส่งต่อหรือเป็นการส่งต่อโดยไม่มีการบันทึกไว้ก่อนที่จะมีการส่งต่อ หรือผู้กระทำได้มีการทำ ผลิต มีไว้ นำเข้าหรือยังห้าเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังห้าส่งออกไปนอกราชอาณาจักร พาไปหรือยังห้าพาไป หรือทำให้แพร่หลายโดยประการใดๆ ตามมาตรา 287/2 (1) เมื่อเปรียบเทียบกับแสดงอนาจาร จะเห็นได้ว่าแม้จะเป็นการแสดงอนาจารของเด็กหรือมีเด็กร่วมอยู่ในการแสดงอนาจารดังกล่าวด้วย แต่เนื่องจากรูปแบบของการแสดงอนาจารเป็นการแสดงออก

²⁰ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 222 - 225.

ของท่าทางต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการเปลือยกาย การเปิดเผยร่างกายส่วนที่ควรปกปิด เช่น หน้าอกของผู้หญิง อวัยวะเพศของผู้หญิงและผู้ชาย การสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง การแสดงกิจกรรมร่วมเพศ เป็นการกระทำโดยซึ่งหน้าที่มีทั้งในลักษณะของพื้นที่ส่วนบุคคลและพื้นที่สาธารณะ อันเป็นพื้นที่จริง แม้การกระทำเหล่านี้จะแสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศ แต่ก็ยังเป็นลักษณะของการกระทำ ไม่ใช่เนื้อหาของการกระทำอันมีลักษณะเป็นวัตถุ จึงไม่เข้าองค์ประกอบความผิดดังกล่าว

(ข) มาตรา 287/1 ได้กำหนดลักษณะของการกระทำความผิดไว้ 2 ประการ คือ วรรคหนึ่ง ผู้กระทำจะต้องมีการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก โดยอาจจะเป็นการครอบครองตามความเป็นจริง หรือการครอบครองตามเจตจำนง ไม่ว่าจะการครอบครองนั้นจะเป็นการครอบครองเพื่อตนเองหรือเพื่อผู้อื่นก็ตาม และตามวรรคสอง ผู้กระทำจะต้องมีการส่งต่อสื่อลามกอนาจาร โดยผู้กระทำความผิดจะต้องมีเจตนาในการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กตามวรรคหนึ่ง มาตั้งแต่แรก แล้วได้ทำการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กนั้นออกไป

มาตรา 287/2 ได้กำหนดลักษณะของการกระทำความผิดไว้ 3 ประการ คือ (1) ผู้กระทำจะต้องทำ ผลิต มีไว้ นำเข้าหรือยังให้เข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกไปนอกราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไป หรือทำให้แพร่หลายโดยประการใดๆ ซึ่งเป็นลักษณะของการกระทำอันเป็นองค์ประกอบสำคัญที่นำไปใช้กับสิ่งที่เป็นวัตถุหรือสิ่งของ (2) ผู้กระทำจะต้องกระทำการอย่างใดหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นการกระทำเพื่อประกอบการค้า หรือมีส่วนหรือเกี่ยวข้องในการค้า หรือแจกจ่ายแก่ประชาชน หรือแสดงอวดแก่ประชาชน หรือให้เช่า และ (3) ผู้กระทำต้องโฆษณาหรือโฆษณาด้วยประการใดๆ ว่าบุคคลกระทำความผิดตามมาตราดังกล่าว หรือโฆษณาหรือโฆษณาด้วยประการใดๆ ว่าวัตถุหรือสิ่งลามกจะหาได้จากบุคคลใดหรือโดยวิธีใด

เมื่อเปรียบเทียบกับ การแสดงอนาจาร จะเห็นได้ว่าผู้กระทำได้แสดงพฤติกรรมต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการเปลือยกาย การเปิดเผยร่างกายส่วนที่ควรปกปิด เช่น หน้าอกของผู้หญิง อวัยวะเพศของผู้หญิงและผู้ชาย การสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง การแสดงกิจกรรมร่วมเพศ แม้จะเป็นการแสดงอนาจารของเด็กหรือมีเด็กร่วมอยู่ในการแสดงอนาจารดังกล่าวด้วย แต่มีลักษณะเป็นการแสดงออกซึ่งการกระทำของผู้กระทำต่อผู้อื่นในลักษณะต่อหน้าต่อตาหรือเผชิญหน้าโดยตรง ซึ่งมีอาจถือเอาหรือครอบครองการกระทำความผิดดังกล่าวได้ และมีใช่เป็นการส่งต่อการแสดงอนาจารดังกล่าวไปยังบุคคลใด เนื่องจากผู้แสดงอนาจารได้มีการกระทำโดยตรงต่อผู้อื่น อีกทั้งการกระทำดังกล่าวมิได้มีลักษณะเป็นวัตถุหรือสิ่งของ จึงไม่เข้าองค์ประกอบความผิดดังกล่าวข้างต้น

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการแสดงอนาจารโดยซึ่งหน้ามีข้อแตกต่างในสาระสำคัญอันเป็นองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 287/1 และมาตรา 287/2 จึงไม่สามารถนำมาตราดังกล่าวมาบังคับใช้กับผู้แสดงอนาจารโดยซึ่งหน้า ซึ่งเป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยตรงได้

(1.2) ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยอ้อม

จากที่กล่าวมาข้างต้น เมื่อผู้แสดงอนาจารโดยซึ่งหน้า ซึ่งเป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยตรง ไม่มีความผิดตามมาตรา 287/1 และมาตรา 287/2 ผู้อื่นที่ให้การช่วยเหลือผู้แสดงอนาจารในขณะกระทำการแสดงอนาจาร ไม่ว่าจะช่วยเหลือบันทึกหรือเผยแพร่ภาพหรือวิดีโอการกระทำดังกล่าว ย่อมไม่ถือว่าเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิดในการแสดงอนาจาร ตามมาตรา 86 แต่ทั้งนี้ เมื่อได้มีการถ่ายหรือบันทึกภาพที่มีลักษณะอนาจารลงในสื่อต่างๆ ที่เป็นของเด็กหรือมีเด็กร่วมอยู่ด้วย ย่อมทำให้สิ่งดังกล่าวมีลักษณะเป็นวัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้รู้หรือเห็นถึงการกระทำทางเพศ อันเป็นรูปแบบหนึ่งของสื่อลามกอนาจารเด็ก ตามมาตรา 287/1 แล้วเก็บไว้เป็นการส่วนตัว แม้จะไม่ทำให้มีการแพร่หลายหรือนำออกไปเผยแพร่ แต่ถือว่าเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศ ย่อมเข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 287/1 วรรคหนึ่ง และหากผู้นั้นได้ทำการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กนั้นออกไป ถือว่าเป็นการส่งต่อสื่อลามกอนาจารเด็ก ย่อมเข้าองค์ประกอบความผิด ตามมาตรา 287/1 วรรคสอง และถ้าการเผยแพร่ดังกล่าวมีเจตนาเพื่อแสดงอวดแก่ประชาชน ย่อมเข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 287/2 (1) ด้วย

(2) การแสดงอนาจารโดยระยะทาง

(2.1) ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยตรง

(ก) จากรูปแบบของสื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/1 และมาตรา 287/2 (1) ที่กล่าวมาแล้วในข้อ (1.1) (ก) ข้างต้น เมื่อเปรียบกับการแสดงอนาจาร จะเห็นได้ว่าการแสดงอนาจาร ที่เป็นการแสดงออกของท่าทางต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการเปลือยกาย การเปิดเผยร่างกายส่วนที่ควรปกปิด เช่น หน้าอกของผู้หญิง อวัยวะเพศของผู้หญิงและผู้ชาย การสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง การแสดงกิจกรรมร่วมเพศ ซึ่งมีเด็กที่อายุไม่เกิน 18 ปี เข้ามาเกี่ยวข้องด้วย ได้เกิดขึ้นในสื่อสังคมออนไลน์ ซึ่งเป็นพื้นที่เสมือนจริง ซึ่งเป็นการกระทำโดยผ่านคอมพิวเตอร์เป็นสื่อกลางในการประมวลผลผ่านชุดคำสั่งที่ได้มีการกำหนดอยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ และได้มีการเชื่อมต่อผ่านระบบเครือข่ายที่มีลักษณะการทำงานอัตโนมัติตามโปรแกรมที่ได้มีการกำหนดไว้ จึงมีลักษณะเป็นวัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้รู้หรือเห็นถึงการกระทำทางเพศ อันเป็นสื่อลามกอนาจารเด็ก จึงเข้าองค์ประกอบความผิดดังกล่าว

(ข) จากลักษณะของการกระทำความผิดตามมาตรา 287/1 และมาตรา 287/2 ที่กล่าวมาแล้วในข้อ (1.1) (ข) ข้างต้น เมื่อเปรียบเทียบกับแสดงอนาจาร จะเห็นได้ว่าผู้กระทำได้แสดงพฤติกรรมต่างๆ ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ในสื่อสังคมออนไลน์ โดยการแพร่ภาพสด (Live Video) โดยมีคอมพิวเตอร์เป็นสื่อกลางในการประมวลผลผ่านชุดคำสั่งที่ได้มีการกำหนดอยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ และได้มีการเชื่อมต่อผ่านระบบเครือข่ายที่มีลักษณะการทำงานอัตโนมัติตามโปรแกรมที่ได้มีการกำหนดไว้ ถือว่ามีสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ใน “ครอบครอง” ย่อมเข้า

องค์ประกอบความผิดตามมาตรา 287/1 วรรคหนึ่ง และหากผู้นั้นได้ทำการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กนั้นออกไป ถือว่าเป็นการ “ส่งต่อ” ย่อมเข้าองค์ประกอบความผิด ตามมาตรา 287/1 วรรคสอง และถ้าการเผยแพร่ดังกล่าวมีเจตนา “เพื่อแสดงอวดแก่ประชาชน” ย่อมเข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 287/2 (1) ด้วย

ดังนั้น มาตรา 287/1 และมาตรา 287/2 (1) สามารถนำมาบังคับใช้กับผู้แสดงอนาจารในสื่อสังคมออนไลน์ ซึ่งเป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยตรงได้

(1.2) ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยอ้อม

จากที่กล่าวมาข้างต้นว่าเมื่อผู้กระทำการแสดงอนาจารมีความผิดตามมาตรา 287/1 และมาตรา 287/2 (1) แล้วมีผู้อื่นที่ให้การช่วยเหลือผู้แสดงอนาจารในขณะกระทำการแสดงอนาจาร ไม่ว่าจะเป็นช่วยบันทึกหรือเผยแพร่ภาพหรือวิดีโอการกระทำดังกล่าว ถือว่าผู้นั้นเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิดในการแสดงอนาจาร ตามมาตรา 86

3.1.2 ความรับผิดเกี่ยวกับการหมิ่นประมาทกับการแสดงอนาจาร

3.1.2.1 ความรับผิดฐานหมิ่นประมาท

ความผิดฐานหมิ่นประมาท ตามมาตรา 326 บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ความผิดฐานหมิ่นประมาท ตามมาตรา 326 สามารถพิจารณารายละเอียดได้ดังนี้

องค์ประกอบภายนอก

(1) ใส่ความ

ใส่ความ หมายถึง การแสดงพฤติการณ์หรือยืนยันข้อเท็จจริงหรือแสดงความคิดเห็นถึงผู้อื่น ไม่ว่าจะเท็จหรือจริง ถือว่าเป็นหมิ่นประมาท หากไม่เข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 330²¹ กล่าวคือ ถ้าผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดหมิ่นประมาทสามารถพิสูจน์ได้ว่าข้อหาที่เป็นการหมิ่นประมาทนั้นเป็นความจริง ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ แต่ห้ามมิให้พิสูจน์ถ้าข้อที่หาว่าเป็นหมิ่นประมาทนั้นเป็นการใส่ความในเรื่องส่วนตัวหรือการพิสูจน์นั้นจะไม่ใช่ประโยชน์แก่ประชาชน ดังนั้น หากการใส่ความนั้นไม่ใช่เรื่องส่วนตัว หรือแม้เป็นเรื่องส่วนตัวแต่ถ้าการพิสูจน์ความจริงจะเป็นประโยชน์แก่ประชาชน ย่อมไม่ต้องห้ามในการพิสูจน์ความจริง เพื่อให้ศาลยกเว้นโทษ เช่น กล่าวว่พระเจ้าหา

²¹ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, *อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 1*, น. 313 – 314.

นางซีที่ห้องวิปัสสนา แม้จะเป็นเรื่องส่วนตัว ถ้าพิสูจน์ความจริงได้ก็เป็นประโยชน์แก่ประชาชน²² กล่าวเกี่ยวกับการทุจริตประพฤติมิชอบ ไม่ใช่เรื่องส่วนตัว นำสืบความจริงได้เพราะเป็นประโยชน์แก่ประชาชน²³ กล่าวว่าการตรวจคูปองหรือรีดไถ รับสินบน นำสืบความจริงได้²⁴ หากเป็นเรื่องส่วนตัว เช่น ลงรูปถ่ายและประกาศจับโจทก์ในหน้าหนังสือพิมพ์ฐานยกยอก ทั้งๆ ที่รู้ว่าโจทก์รับราชการมีที่อยู่แน่นอนน่าจับได้ง่าย ถือว่าเป็นเรื่องส่วนตัวและการพิสูจน์ไม่เป็นประโยชน์แก่ประชาชน²⁵ และการใส่ความนั้นจะต้องเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นมาแล้วในอดีตหรือกำลังเกิดอยู่ในปัจจุบัน หากเป็นเหตุการณ์ในอนาคตเป็นการทำนาย เช่น ทักว่าโตขึ้นนายก ก. จะกลายเป็นโจร ไม่ใช่ข้อเท็จจริงสาระสำคัญที่ต้องเป็นข้อเท็จจริงเพราะในเรื่องหมิ่นประมาทผู้กระทำการให้ผู้ที่ตนหมิ่นประมาทนั้นเสียชื่อเสียง การจะเสียชื่อเสียงจึงต้องอาศัยข้อเท็จจริงที่เป็นไปได้ ต่ำว่าเป็นคนโกงบ้านโกงเมือง หมายถึงทุจริต เป็นข้อเท็จจริงที่อาจเป็นไปได้ หากไม่ใช่ข้อเท็จจริง เช่น ต่ำว่าเป็นผีปอบ คนเฮงชวย หรือต่ำว่าเป็นสัตว์ ไม่มีทางเป็นไปได้จึงไม่ทำให้เสียชื่อเสียง เพียงแต่เป็นการถูกดูหมิ่นเหยียดหยามเท่านั้น ไม่ใช่หมิ่นประมาท²⁶

วิธีใส่ความ การใส่ความจะทำด้วยวิธีใดๆ ก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นการพูด การเขียน การวาดภาพ การทำเครื่องหมายหรือทำทาง เช่น กล่าวคำหมิ่นประมาททางโทรศัพท์²⁷ ส่งจดหมายที่มีข้อความหมิ่นประมาท น. ให้ ส. อาน²⁸ ข้อสำคัญคือ ผู้รับแจ้งข้อเท็จจริงดังกล่าวจะต้องรับทราบได้ หากกล่าวถ้อยคำหมิ่นประมาทให้คนที่หูหนวกฟัง โดยที่ผู้กล่าวไม่รู้ว่ามีผู้ฟังหูหนวก ก็เป็นเพียงพยายามหมิ่นประมาทเท่านั้น²⁹

ข้อเท็จจริงหรือความเห็นอันเป็นการใส่ความนั้น ไม่จำเป็นต้องหยาบคายใส่ร้าย แม้เป็นคำสุภาพ เช่น กล่าวว่ามีอุทิศเวลาให้ราชการ มาสายเป็นประจำ ไม่ทำตามคำสั่งผู้บังคับบัญชาทำให้ข้าราชการแตกความสามัคคี³⁰ ทนายความรับเงินเขามาแล้วไม่นำมาให้ลูกความ

²² คำพิพากษาฎีกาที่ 1072/2507.

²³ คำพิพากษาฎีกาที่ 1628/2500.

²⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 1320/2513, ที่ 1362/2514.

²⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 2499/2526.

²⁶ ทวิเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*, น. 305.

²⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 2635/2529.

²⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 2822/2515.

²⁹ ทวิเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*, น. 305.

³⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 223/2524.

ตามหน้าที่³¹ ถ้าสิ่งที่กล่าวไม่ใช่ข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ก็ไม่ใช่การใส่ความ เช่น คำว่า “อีหน้าเลือด ไม่ปรานีคนจน” หรือคำว่า “อ้ายครุชาติหมา”³² “ตำรวจหมาๆ”³³ ว่าพระเป็นจิ้งเหลียง คือ สัตว์ท่ม ฝ่าเหลียง³⁴ คำคำเหล่านี้ไม่ใช่การกล่าวถึงข้อเท็จจริง ไม่ถือว่าเป็นหมิ่นประมาท แต่อาจเป็นดูหมิ่นถ้า กล่าวซึ่งหน้าหรือด้วยการโฆษณา แต่ถ้าใช้ถ้อยคำที่มีความหมายพิเศษที่สามารถแสดงถึงข้อเท็จจริง หรือพฤติการณ์ได้ เช่น คำว่า “อิสวกันแฉะ” หมายถึงชอบร่วมประเวณีกับชายไม่เลือกหน้า ถือว่า เป็นหมิ่นประมาท³⁵ แต่ต้องนำสืบความหมายดังกล่าวให้ได้³⁶

ข้อเท็จจริงที่เป็นหมิ่นประมาท³⁷ ได้แก่

1. ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับความประพฤติชั่วหรือทุจริต เช่น กล่าวว่าเป็นคนขาย ชาติ³⁸ หรือกล่าวว่าเป็นหรือรับสินบน³⁹
2. ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับความประพฤติเสื่อมเสียทางประเวณี เช่น กล่าวว่าเป็น “ไอเสียปากาม” หมายถึง มักมากในกามคุณผิดวิสัยปุถุชนทั่วไป⁴⁰ หรือกล่าวว่าเป็นเมียชู้ชาย⁴¹ แต่ถ้าเพียงกล่าวว่า “เจ้าชู้” ยังไม่ถึงกับ “เป็นชู้” ไม่ถือว่าเป็นหมิ่นประมาท
3. ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับหน้าที่การงาน เช่น กล่าวว่าเป็นข้าราชการฉ้อราษฎร์ บังหลวงทุจริตโกงกิน ทั้งที่ข้อเท็จจริงยังไม่ยุติว่ามีการทุจริตหรือไม่ ถือว่าเป็นหมิ่นประมาท⁴² หรือ กล่าวว่าเป็นนายกเทศมนตรีกินเนื้อของพ่อค้าวันละ 8 กิโลกรัม หมายถึง กินสินบน⁴³

³¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3086/2522.

³² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 324/2490.

³³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 72/2525.

³⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 834/2510.

³⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1348/2518.

³⁶ ทวิเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*, น. 305 - 306.

³⁷ ทวิเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*, น. 306.

³⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 990/2508.

³⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2296/2514.

⁴⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 782/2524.

⁴¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 472/2520.

⁴² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3316/2525 และ 373/2532.

⁴³ *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 39*.

4. ข้อเท็จจริงถึงฐานะการเงิน เช่น กล่าวว่าเสียออกเช็คตั้ง เงิน 3,000 บาท ก็ไม่มีใช้หนี้⁴⁴ หรือกล่าวว่าออกเช็ค 1 ล้านบาท แต่ธนาคารงดจ่ายเงิน แสดงว่าฐานะการเงินไม่น่าเชื่อถือ⁴⁵

แม้จะมีการอ้างว่า “ได้ยินมาว่า” “เขาเล่าให้ฟังว่า” “เขาลือกันว่า” หรือ “แหล่งข่าวกล่าวว่า” ก็ไม่ได้ทำให้ผู้อ้างพ้นจากการเป็นผู้หมิ่นประมาท

(2) ผู้อื่น

ผู้อื่นหรือผู้เสียหายในการหมิ่นประมาท อาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ แต่ต้องเป็นบุคคลที่มีชีวิตอยู่และเจาะจงตัวได้ หากเป็นการกล่าวหมิ่นประมาทบุคคลหลายคนที่ไม่ใช่คณะที่ประกอบขึ้นเป็นนิติบุคคล ทำให้ไม่สามารถเข้าใจได้ว่ากล่าวถึงผู้ใดโดยเฉพาะถือว่าไม่มีผู้เสียหาย⁴⁶ เช่น กล่าวว่าแพทย์ใจทรามในโรงพยาบาลศิริราช ซึ่งไม่รู้ว่าเป็นแพทย์คนไหน ไม่ถือว่าเป็นหมิ่นประมาท⁴⁷ แต่หากเป็นการกล่าวถึงกลุ่มบุคคลซึ่งสามารถเข้าใจได้ว่าหมายถึงทุกคนในกลุ่มนั้นถือว่าเป็นความผิด เช่น กล่าวว่าพระทั้งวัดซึ่งมีอยู่เพียง 6 รูป หรือว่าทนายความเมืองร้อยเอ็ดซึ่งขณะนั้นมีเพียง 10 คน⁴⁸ ถือว่าเป็นหมิ่นประมาททุกคนในกลุ่มนั้น หรือการกล่าวถึงผู้อื่นโดยระบุชื่อด้วยตัวอักษรย่อ หากคนทั่วไปอ่านข้อความนั้นแล้วทราบได้ว่าหมายถึงผู้ใด ก็อาจเป็นการหมิ่นประมาทได้ แต่ถ้าอ่านแล้วไม่ทราบได้ว่าเป็นผู้ใดก็ไม่เป็นหมิ่นประมาท⁴⁹

(3) ต่อบุคคลที่สาม

บุคคลที่สาม หมายถึง ผู้อื่นที่มีใช้ผู้ใส่ความ หรือผู้ถูกใส่ความ หากใส่ความต่อหน้าตัวผู้ถูกใส่ความเอง โดยไม่มีผู้อื่นอยู่ด้วย ไม่ถือว่าเป็นการใส่ความต่อบุคคลที่สาม เช่น เขียนจดหมายใส่ความ ก. ส่งถึง ก. เพื่อให้ ก. อ่าน แม้จะมีผู้อื่นแอบแกะจดหมายออกมาดูแล้วทราบถึงข้อความหมิ่นประมาท ผู้กระทำก็ไม่มีผิด เพราะไม่มีเจตนาใส่ความ ก. ต่อบุคคลที่สาม⁵⁰ แต่หากเป็นการส่งไปรษณียบัตรถึง ก. โดยตรง แต่เป็นที่เห็นได้ชัดว่าผู้อื่นสามารถอ่านข้อความได้ ถือว่ามีเจตนาใส่ความ ก. ต่อบุคคลที่สาม และความผิดจะสำเร็จก็ต่อเมื่อบุคคลที่สามได้ทราบข้อความ

⁴⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 728/2524.

⁴⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 407/2523.

⁴⁶ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1*, น. 305 - 308.

⁴⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1325/2498.

⁴⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 448/2489 และที่ 295/2505 (ปช.).

⁴⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1513/2551.

⁵⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 110/2516.

และเข้าใจข้อความ ถ้าบุคคลที่สามไม่ทราบหรือไม่เข้าใจข้อความ เช่น หุหนวกหรือเป็นชาวต่างชาติอ่านภาษาไทยไม่เข้าใจ ก็เป็นเพียงพยายามหมิ่นประมาท⁵¹

(4) โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง เป็นการพิจารณาจากความรู้สึกของบุคคลธรรมดาทั่วไป ซึ่งคำว่า ชื่อเสียง หมายถึง คุณค่าของมนุษย์ในทางสังคมในกรอบของศีลธรรมอันดี ส่วนคำว่า ดูหมิ่น หมายถึง การเหยียดหยาม⁵²

องค์ประกอบภายใน เจตนาธรรมดา

3.1.2.2 ความผิดฐานหมิ่นประมาทด้วยการโฆษณา

ความผิดฐานหมิ่นประมาทด้วยการโฆษณา ตามมาตรา 328 บัญญัติว่า “ถ้าความผิดฐานหมิ่นประมาทได้กระทำโดยการโฆษณาด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพหรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏไม่ว่าด้วยวิธีใด ๆ แผ่นเสียง หรือสิ่งบันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกอักษร กระทำโดยการกระจายเสียง หรือการกระจายภาพ หรือโดยกระทำการป่าวประกาศด้วยวิธีอื่น ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท”

ความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยการโฆษณา ตามมาตรา 328 สามารถพิจารณารายละเอียดได้ดังนี้

องค์ประกอบภายนอก

- (1) กระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท
- (2) ได้กระทำโดยการโฆษณา ด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพหรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏด้วยวิธีใด ๆ แผ่นเสียงหรือสิ่งบันทึกเสียง บันทึกภาพหรือบันทึกอักษร กระทำโดยการกระจายเสียงหรือการกระจายภาพหรือโดยกระทำการป่าวประกาศด้วยวิธีอื่น

องค์ประกอบภายใน เจตนาธรรมดา

ความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยการโฆษณาเป็นการทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น ถ้าการหมิ่นประมาทได้กระทำโดยการโฆษณา คือ เผยแพร่ไปสู่สาธารณชนโดยไม่จำกัดบุคคล หากมุ่งหมายไปที่บุคคลใดหรือกลุ่มบุคคลที่จำกัดตัวได้ไม่ถือว่าเป็นสาธารณะ ไม่ว่าด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพหรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏไม่ว่าด้วยวิธีใด แผ่นเสียง หรือสิ่งบันทึกเสียงอย่างอื่น โดยการกระจายเสียงหรือโดยกระทำการป่าวประกาศด้วยวิธีอื่นใด หากมีผู้พบเห็นเพียงคนเดียวก็ถือว่าเป็นความผิดสำเร็จ หากยังไม่มีผู้ได้รับทราบก็เป็นเพียงพยายาม เช่น

⁵¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 307.

⁵² ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 307 - 308.

เล่นละครล้อเลียนหมิ่นประมาทผู้อื่น ปิดประกาศโฆษณาหมิ่นประมาท⁵³ ประกาศหนังสือพิมพ์ว่า โจทก์ยกยกทรัพย์ ลงรูปถ่ายไว้ด้วย⁵⁴ และเป็นความผิดสำเร็จเมื่อมีการวางจำหน่ายหนังสือพิมพ์⁵⁵ หากเป็นการทำรายงานเป็นหนังสือต่อผู้บังคับบัญชา ซึ่งแม้จะผ่านผู้เกี่ยวข้องหลายคนก็ไม่ใช้การโฆษณาต่อประชาชน⁵⁶ เพราะบุคคลเหล่านั้นเป็นผู้มีสิทธิที่จะรับรู้ข้อความตามอำนาจหน้าที่ของตน⁵⁷ เมื่อเปรียบเทียบองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 326 และมาตรา 328 กับการแสดงอนาจาร สามารถพิจารณารายละเอียดได้ดังนี้

(1) การแสดงอนาจารโดยซึ่งหน้า

(1.1) ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยตรง

(ก) มาตรา 326 และมาตรา 328 ได้กำหนดลักษณะของการกระทำความผิดว่าจะผู้กระทำความผิดจะต้องกระทำการใส่ความ คือ แสดงพฤติกรรมหรือยืนยันข้อเท็จจริงหรือแสดงความคิดเห็นถึงผู้อื่น ไม่ว่าจะเท็จหรือจริง ไม่ว่าจะด้วยวิธีใดๆ เช่น การพูด การเขียน การวาดภาพ การทำเครื่องหมายหรือท่าทาง เมื่อเปรียบเทียบกับ การแสดงอนาจาร จะเห็นได้ว่ามีลักษณะของการกระทำเป็นการแสดงออกถึงท่าทางอันมีลักษณะลามกอนาจารที่เกิดจากความยินยอมหรือสมัครใจของผู้กระทำ มิใช่เป็นการแสดงพฤติกรรมกระทำการเพื่อเป็นการ “ใส่ความ” จึงไม่เข้าองค์ประกอบความผิดดังกล่าว

(ข) มาตรา 326 และมาตรา 328 ได้กำหนดให้ต้องกระทำต่อ “ผู้อื่น” หรือผู้เสียหาย เมื่อเปรียบเทียบกับ การแสดงอนาจาร จะเห็นได้ว่าการแสดงอนาจารที่เกิดขึ้นเป็นการแสดงกระทำต่อตัวของผู้แสดงอนาจารเอง มิใช่การกระทำต่อ “ผู้อื่น” จึงไม่เข้าองค์ประกอบความผิดดังกล่าว

(ค) มาตรา 326 ได้กำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องกระทำการใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม ซึ่งเป็นผู้อื่นที่มีใช้ผู้ใส่ความ หรือผู้ถูกใส่ความ และมาตรา 328 กำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องใส่ความผู้อื่นโดยการโฆษณา ไม่ว่าจะ เป็นด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพหรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏด้วยวิธีใดๆ แผ่นเสียงหรือสิ่งบันทึกเสียง บันทึกภาพหรือบันทึกอักษรกระทำโดยการกระจายเสียงหรือการกระจายภาพหรือโดยกระทำการป่าวประกาศด้วยวิธีอื่น ซึ่งเป็นการเผยแพร่ไปสู่สาธารณชนโดยไม่จำกัดบุคคล เมื่อเปรียบเทียบกับ การแสดงอนาจาร

⁵³ คำพิพากษาฎีกาที่ 2272/2527.

⁵⁴ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 25.

⁵⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 1312-1314/2542.

⁵⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 223/2524 และที่ 1459/2527.

⁵⁷ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น. 309.

จะเห็นได้ว่ามีลักษณะของการกระทำการเป็นการแสดงออกถึงท่าทางอันมีลักษณะอนาจาร ซึ่งได้กระทำในพื้นที่ส่วนบุคคลแต่อยู่ในบริเวณที่บุคคลอื่นสามารถมองเห็นได้ เช่น ริมระเบียง สนามหญ้าหน้าบ้าน หรือในพื้นที่สาธารณะ ซึ่งทั้ง 2 กรณีดังกล่าว ผู้กระทำการสามารถคาดหมายได้ว่าจะต้องมีคนอื่นมองเห็น การกระทำของตน ซึ่งอาจจะเป็นการกระทำต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งอันเป็นบุคคลที่สาม หรือเป็นการเผยแพร่ต่อสาธารณชนโดยไม่จำกัดบุคคล แต่การกระทำดังกล่าวมิใช่เป็นการใส่ความผู้อื่น จึงไม่เข้าองค์ประกอบความผิดดังกล่าว

(ง) มาตรา 326 และมาตรา 328 ได้กำหนดให้การใส่ความดังกล่าวเป็นการกระทำโดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง เมื่อเปรียบเทียบกับ การแสดงอนาจาร จะเห็นได้ว่าแม้การกระทำดังกล่าวจะเป็นการกระทำโดยประการที่น่าจะทำให้เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง แต่ผู้ที่ได้รับผลกระทบดังกล่าวมิใช่ผู้อื่น แต่เป็นตัวผู้กระทำการแสดงอนาจารเอง จึงไม่เข้าองค์ประกอบความผิดดังกล่าว

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการแสดงอนาจารโดยซึ่งหน้ามีข้อแตกต่างในสาระสำคัญอันเป็นองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 326 และมาตรา 328 จึงไม่สามารถนำมาตราดังกล่าวมาบังคับใช้กับผู้แสดงอนาจารโดยซึ่งหน้า ซึ่งเป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยตรงได้

(1.2) ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยอ้อม

จากที่กล่าวมาข้างต้นว่าเมื่อผู้กระทำการแสดงอนาจารไม่มีความผิดตามมาตรา 326 และมาตรา 328 ผู้คนที่ให้การช่วยเหลือผู้แสดงอนาจารในขณะกระทำการแสดงอนาจาร ไม่ว่าจะเป็นช่วยบันทึกหรือเผยแพร่ภาพหรือวิดีโอการกระทำดังกล่าว ย่อมไม่ถือว่าเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิดในการแสดงอนาจาร ตามมาตรา 86 อีกทั้งผู้ที่ถ่ายภาพหรือบันทึกภาพการแสดงอนาจาร แล้วเก็บไว้เป็นการส่วนตัว ไม่ได้ทำให้แพร่หลายหรือนำออกไปเผยแพร่ ย่อมไม่เข้าองค์ประกอบความผิดดังกล่าวเช่นกัน เนื่องจากยังไม่ได้มีการใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สามหรือด้วยการโฆษณา แต่หากผู้ใดได้มีการทำให้แพร่หลายหรือนำออกเผยแพร่ไม่ว่าจะโดยวิธีการใดต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้ที่ถูกถ่ายภาพหรือวิดีโอานั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง แม้ว่าภาพหรือวิดีโอการแสดงอนาจารนั้นจะเป็นความจริง การกระทำของผู้เผยแพร่ย่อมเข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 326 เนื่องจากต้องห้ามมิให้มีการพิสูจน์ตามมาตรา 330 เพราะการแสดงอนาจารดังกล่าวถือว่าเป็นเรื่องส่วนตัวของผู้กระทำการแสดงอนาจาร และการพิสูจน์ไม่เป็นประโยชน์แก่ประชาชน และหากได้มีการทำให้แพร่หลายหรือนำออกเผยแพร่ไปสู่สาธารณะ เป็นเหตุให้ผู้เผยแพร่ต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 328 ดังนั้น ผู้ที่ถ่ายภาพการแสดงอนาจารแล้วนำไปเผยแพร่ต่อบุคคลที่สาม ย่อมเป็นความผิดตามมาตรา 326 และหากมิทำให้แพร่หลายหรือนำออกเผยแพร่ไปสู่สาธารณะ ผู้นั้นจะต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 328

(2) การแสดงอนาจารโดยระยะทาง

(2.1) ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยตรง

ในส่วนของผู้กระทำการแสดงอนาจารโดยระยะทาง ย่อมมีข้อแตกต่างในสาระสำคัญอันไม่เข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 326 และมาตรา 328 เช่นเดียวกับการแสดงอนาจารโดยซึ่งหน้า เนื่องจากไม่ได้เป็นการกระทำที่ใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สามหรือต่อสาธารณชน จึงไม่เป็นความผิดตามมาตราดังกล่าว

(2.2) ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยอ้อม

จากที่กล่าวมาข้างต้น เมื่อผู้การแสดงอนาจารโดยระยะทาง ซึ่งเป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยตรง ไม่มีความผิดตามมาตรา 326 และมาตรา 328 ผู้อื่นที่ให้การช่วยเหลือผู้แสดงอนาจารในขณะกระทำการแสดงอนาจาร ย่อมไม่ถือว่าเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิดในการแสดงอนาจาร ตามมาตรา 86 เช่นเดียวกับการแสดงอนาจารโดยซึ่งหน้า แต่หากผู้นั้นได้มีการทำให้แพร่หลายหรือนำออกเผยแพร่ไม่ว่าจะโดยวิธีการใดต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้ที่ถูกถ่ายภาพหรือวิดีโอั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ย่อมเป็นความผิดตามมาตรา 326 และหากมีทำให้แพร่หลายหรือนำออกเผยแพร่ไปสู่สาธารณะ ผู้นั้นจะต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 328 เช่นเดียวกับการแสดงอนาจารโดยซึ่งหน้า

3.1.3 ความรับผิดลหุโทษเกี่ยวกับการกระทำอนาจาร

3.1.3.1 ความผิดฐานกระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัลหรือกระทำการลามกอย่างอื่น

ความผิดฐานกระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัลหรือกระทำการลามกอย่างอื่นตามมาตรา 388 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัลโดยเปลือยหรือเปิดเผยร่างกาย หรือกระทำการลามกอย่างอื่น ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท”

ความผิดตามมาตราดังกล่าวเป็นความผิดอันเกี่ยวกับศีลธรรมอันดีซึ่งสามารถพิจารณารายละเอียดได้ดังนี้

องค์ประกอบภายนอก

(1) กระทำการอันควรขายหน้า

กระทำการอันควรขายหน้า หมายถึง การกระทำที่น่าอับอาย ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับขนบธรรมเนียมประเพณีและความรู้สึกของประชาชน⁵⁸ ไม่ได้ถือเอาจากความรู้สึกส่วนตัวของบุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นการเฉพาะ เช่น การเปิดเผยอวัยวะเพศ การเปลือยกาย การกอดจูบก้น ซึ่งการกระทำอันควรขายหน้าส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องเกี่ยวกับศีลธรรมทางเพศอันเป็นเรื่องของ

⁵⁸ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 437 – 438.

การอนาจาร แต่ก็ไม่จำเป็นต้องเป็นเรื่องอนาจารเสมอไป แม้ว่าจะไม่เป็นการกระทำอันเป็นการอนาจารก็มีลักษณะที่จะก่อให้เกิดความอับอายขายหน้าได้ เช่น นั่งอุจจาระข้างทางสาธารณะ โดยเปิดเผยต่อสายตาผู้อื่น⁵⁹

(2) โดยเปลือยกาย หรือเปิดเผยร่างกาย หรือกระทำการลามกอย่างอื่น⁶⁰

การเปลือยกาย หมายความว่า เปิดเผยร่างกายทั้งตัว

การเปิดเผยร่างกาย หมายความว่า เปิดเผยร่างกายบางส่วน เช่น สวมเสื้อแต่ไม่นุ่งผ้า นุ่งผ้าแต่ไม่สวมเสื้อ หรือเปลือยเฉพาะหน้าอกหรืออวัยวะเพศ อันมีลักษณะลามก ถือว่าเป็นความผิด แต่ถ้าเปลือยกายให้นักศึกษาดำเนินภาพศิลป์หรือวาดรูปศิลป์ ไม่ถือว่าเป็นความผิด

การกระทำการลามกอย่างอื่น หมายความว่า แม้ไม่เปลือยกายหรือเปิดเผยร่างกาย ก็ถือว่าเป็นความผิดได้ เช่น แสดงท่าทางร่วมประเวณีให้ผู้อื่นดู ผู้ชายกับผู้หญิงกอดจูบลูบไล้กันต่อหน้าผู้อื่นที่สัญจรไปมา รวมถึงการใช้วาจาที่เป็นคำพูดหยาบคาย เช่น คำว่า “เย็ดโคตรแม่มึง” ต่อหน้าธารกำนัล หรือใช้คำว่า “เจ้าหน้าที่ห่วยควย” ถือว่าเป็นความผิดตามมาตรา⁶¹

(3) ต่อหน้าธารกำนัล

ธารกำนัล หมายความว่า คนอื่นไม่ใช่พวกเดียวกัน อาจมีคนเดียวก็ได้ ต่อหน้าธารกำนัลจึงเป็นการกระทำที่มีคนเห็น ไม่ว่าจะอยู่ในที่สาธารณะหรือไม่ก็ตาม กระทำในห้องนอนตบตะเกียงมีเด็กอยู่ด้วยแต่นอนหลับ ไม่เป็นต่อหน้าธารกำนัล⁶²

ต่อหน้าธารกำนัล หมายความว่า การเปิดเผยต่อหน้าประชาชนหรือคนอื่น การกระทำอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัลนั้นจะเป็นความผิดต่อเมื่อมีคนอื่นเห็น หากกระทำในที่สาธารณะ เช่น กอดผู้หญิงในรถโดยสาร⁶³ หรือกระทำในห้องดับไฟมืด แต่ไม่มีผู้ใดเห็น ก็ไม่ถือว่าเป็นต่อหน้าธารกำนัล⁶⁴ หากเป็นกรณีที่ผู้หญิงเปิดเผยหน้าอก ก็ต้องคำนึงถึงจารีตประเพณีและอายุ เช่น

⁵⁹ กษิตศ มธุรส, “ความผิดฐานกระทำการอันควรขายหน้าต่อธารกำนัล : ศึกษาความรับผิดฐานกระทำการอันควรขายหน้าต่อธารกำนัลโดยการเปลือยหรือเปิดเผยร่างกาย หรือกระทำการลามกอย่างอื่น”, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2558), น. 49 – 50.

⁶⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 438.

⁶¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง*, พิมพ์ครั้งที่ 33 แก้ไขเพิ่มเติม (พ.ศ. 2557), (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2557), น. 667.

⁶² *เฟิ่งอ้าว*, น. 667.

⁶³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 932/2529.

⁶⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1173/2508.

มารดาเปิดนมให้ลูกกินไม่ถือว่าเป็นการเปิดเผยร่างกายตามมาตรา⁶⁵ แต่ถ้าเปิดนมแสดงโชว์ในไนต์คลับ ก็ถือว่าเป็นความผิดตามมาตรา⁶⁵ นอกจากนี้ การกระทำอันควรขายหน้า ถ้าไม่ได้กระทำโดยเปิดเผยต่อสายตาคนอื่น เช่น การเปลือยกายเดินอยู่ในบ้านของตนเอง แต่มีคนอื่นมาแอบดู ก็ไม่ถือว่าเป็นความผิด แต่หากตั้งใจเปลือยกายให้คนอื่นดูโดยการเปิดประตูหรือหน้าต่างที่ผู้อื่นสัญจรไปมา สามารถมองเห็นได้ ก็ถือว่าเป็นความผิด⁶⁶

องค์ประกอบภายใน เจตนาธรรมดา

ผู้กระทำความผิดตามมาตราดังกล่าวจะต้องมีเจตนาตามมาตรา 59 คือ จะต้องมีความตั้งใจที่จะกระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล⁶⁷

เมื่อเปรียบเทียบองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 388 กับการแสดงอนาจาร สามารถพิจารณารายละเอียดได้ดังนี้

(1) การแสดงอนาจารโดยซึ่งหน้า

(1.1) ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยตรง

(ก) มาตรา 388 ได้กำหนดรูปแบบของการกระทำ ได้แก่ การเปลือยกาย หรือเปิดเผยร่างกายบางส่วนอันมีลักษณะลามก หรือกระทำการลามกอย่างอื่น เช่น แสดงท่าทางร่วมประเวณี รวมถึงการใช้วาจาลามกหยาบคาย เมื่อเปรียบเทียบกับ การแสดงอนาจาร จะเห็นได้ว่าเป็นแสดงออกซึ่งพฤติกรรมต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการเปลือยกาย เปิดเผยร่างกายบางส่วนที่ควรจะปกปิด เช่น หน้าอกของผู้หญิง อวัยวะเพศ การสำเร็จความใคร่ การแสดงกิจกรรมร่วมเพศ ซึ่งมีรูปแบบของการกระทำเข้าองค์ประกอบความผิดดังกล่าว

(ข) มาตรา 388 ได้กำหนดให้การกระทำตามข้อ (ก) เป็นการกระทำอันควรขายหน้า หมายถึง การกระทำที่น่าอับอาย ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นเกี่ยวกับศีลธรรมทางเพศ อันเป็นเรื่องของการอนาจาร แต่ก็ไม่จำเป็นต้องเป็นเรื่องอนาจารเสมอไป แม้ว่าจะไม่เป็นการกระทำอันเป็นการอนาจารก็มีลักษณะที่จะก่อให้เกิดความอับอายขายหน้าได้ เช่น นั่งอุจจาระข้างทางสาธารณะโดยเปิดเผยต่อสายตาผู้อื่น ซึ่งการจะพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นที่การกระทำอันควรขายหน้าหรือไม่ ต้องขึ้นอยู่กับขนบธรรมเนียมประเพณีและความรู้สึกของประชาชน โดยไม่ได้ถือเอาความรู้สึกส่วนตัวของบุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นการเฉพาะ เมื่อเปรียบเทียบกับ การแสดงอนาจาร จะเห็นได้ว่าการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมที่กล่าวมาแล้วในข้อ (ก) นั้น เป็นสิ่งที่ประชาชนส่วนใหญ่

⁶⁵ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายอาญา ภาค 2 - 3, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น. 401.

⁶⁶ เฝิงอ้าง, น. 438.

⁶⁷ เฝิงอ้าง, น. 438.

ไม่ยอมรับและรู้สึกว่าเป็นการกระทำที่น่าอับอาย อันควรขายหน้า จึงเข้าองค์ประกอบความผิดดังกล่าว

(ค) มาตรา 388 ได้กำหนดให้การกระทำตามข้อ (ก) เป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัล ซึ่งต้องเป็นคนอื่นที่ไม่ใช่พวกเดียวกัน ไม่ว่าจะอยู่ในสถานที่สาธารณะหรือไม่ก็ตาม เมื่อเปรียบเทียบกับ การแสดงอนาจาร จะเห็นได้ว่าการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมที่กล่าวมาแล้วในข้อ (ก) นั้น เป็นการกระทำในสถานที่สาธารณะซึ่งผู้อื่นสามารถมองเห็นได้ ซึ่งแม้คำว่าธารกำนัลจะหมายถึงตัวบุคคล ส่วนคำว่าสถานที่สาธารณะจะหมายถึงสถานที่ก็ตาม เมื่อเปรียบเทียบกับ การแสดงอนาจาร ซึ่งเกิดขึ้นในพื้นที่ส่วนบุคคลแต่อยู่ในบริเวณที่บุคคลอื่นสามารถมองเห็นได้ เช่น ริมน้ำ ริมสระ เบื้องสนามหญ้าหน้าบ้าน หรือในพื้นที่สาธารณะ ซึ่งทั้ง 2 กรณีดังกล่าว ผู้กระทำสามารถคาดหมายได้ว่า จะต้องมีคนอื่นมองเห็นการกระทำของตน อันเป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัล จึงเข้าองค์ประกอบความผิดดังกล่าว

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการแสดงอนาจารโดยซึ่งหน้ามีสาระสำคัญอันเข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 388 จึงสามารถนำมาบังคับใช้กับผู้แสดงอนาจารโดยซึ่งหน้า ซึ่งเป็นผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยตรงได้

(1.2) ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยอ้อม

จากที่กล่าวมาข้างต้น แม้ว่าเมื่อผู้แสดงอนาจารจะมีความผิดตามมาตรา 388 แต่การกระทำของผู้อื่นที่ให้การช่วยเหลือผู้แสดงอนาจารในขณะที่กระทำการแสดงอนาจาร ไม่ว่าจะช่วยเหลือบันทึกหรือเผยแพร่ภาพหรือวิดีโอการกระทำดังกล่าว ไม่เป็นความผิดฐานสนับสนุนการแสดงอนาจารตามมาตรา 86 เนื่องจากการแสดงอนาจารโดยซึ่งหน้านั้นผู้กระทำให้แสดงพฤติกรรมหรือท่าทางอันมีลักษณะอนาจารต่อผู้อื่นในพื้นที่จริงโดยตรง ไม่ได้เป็นการกระทำผ่านสื่ออื่นใด เว้นแต่ในกรณีที่ผู้หนึ่งให้การช่วยเหลือในลักษณะของการกระทำอื่นที่ไม่ใช่การช่วยบันทึกหรือเผยแพร่ภาพ เช่น การช่วยถอดเสื้อผ้า ก็ย่อมถือว่าเป็นการให้การสนับสนุนการแสดงอนาจารได้ แต่การกระทำดังกล่าวอยู่นอกเหนือขอบเขตที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษา นอกจากนี้ การกระทำของผู้หนึ่งก็ไม่เข้าองค์ประกอบความผิดมาตราดังกล่าวเช่นกัน เนื่องจากมาตราดังกล่าวเป็นการกำหนดความผิดสำหรับตัวผู้กระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัลโดยตรง

(2) การแสดงอนาจารโดยระยะทาง

(2.1) ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยตรง

ในส่วนของผู้กระทำการแสดงอนาจารโดยระยะทาง ย่อมมีสาระสำคัญอันเข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 388 เช่นเดียวกับการแสดงอนาจารโดยซึ่งหน้า จึงเป็นความผิดตามมาตราดังกล่าว

(2.2) ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยอ้อม

จากที่กล่าวมาข้างต้น เมื่อผู้กระทำการแสดงอนาจารมีความผิดตามมาตรา 388 แล้วมีผู้อื่นที่ให้การช่วยเหลือผู้แสดงอนาจารในขณะกระทำการแสดงอนาจาร ไม่ว่าจะ เป็นช่วยบันทึกหรือเผยแพร่ภาพหรือวิดีโอการกระทำดังกล่าว ถือว่าผู้นั้นเป็นผู้สนับสนุนการกระทำ ความผิดในการแสดงอนาจาร ตามมาตรา 86

3.1.3.2 ความผิดฐานรังแก คุกคาม หรือทำให้เดือดร้อนรำคาญ

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดด้วยประการใด ๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัลหรือเป็นการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสองเป็นการกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือผู้มีอำนาจเหนือประการอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน และปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท”

มาตราดังกล่าวเป็นบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับร่างกาย จิตใจ ชื่อเสียง และทรัพย์สิน ซึ่งสามารถพิจารณารายละเอียดได้ 3 ประการ ดังนี้

(1) กระทำด้วยประการใด ๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือกระทำให้ได้รับความอับอาย หรือเดือดร้อนรำคาญ เช่น การใช้ถ้อยคำที่ร้องตะโกนกล่าววาจาแก่ผู้เสียหายด้วยถ้อยคำที่ไม่สุภาพ หยาดคาย ต่อหน้าธารกำนัลในเวลากลางคืน แต่ถ้อยคำที่พูด วิธีการพูด และเวลาที่พูด ย่อมทำให้ผู้เสียหายได้รับความเดือดร้อนรำคาญ⁶⁸ การเปิดวิทยุเสียงดัง แม้จะกระทำในห้องนอนของตนเอง แต่เป็นการรบกวนผู้อื่น การแอบดูผู้อื่นอาบน้ำ (ถ้ามอง) แม้จะอยู่ในสถานที่ส่วนตัวเพราะเขาต้องการจะปกปิด แต่ทำให้เขาได้รับความอับอาย เดือดร้อน รำคาญ ย่อมเป็นความผิด แต่หากเขาเปิดเผยตัวเองด้วยการเดินอยู่ในบ้านซึ่งเปิดประตูหน้าต่างไว้หรือที่สนามหน้าบ้านซึ่งสามารถมองเห็นได้ง่าย แล้วผู้กระทำได้แอบดูหรือส่องกล้องทางไกลดู ย่อมไม่มีความผิดตามมาตราดังกล่าว⁶⁹

⁶⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 388/2505 ที่ประชุมใหญ่ ครั้งที่ 9/2505.

⁶⁹ ทวิเกียรติ มินะกนิษฐ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 65*, น. 432.

(2) กระทำการตาม (1) ในที่สาธารณะสถาน หรือต่อหน้าธารกำนัล หรือเป็นการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ

สาธารณะสถาน หมายถึง สถานที่ใดๆ ที่ประชาชนมีความชอบที่จะเข้าไปได้ เช่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (3) เช่น ป้ายรถเมล์ ริมทางเท้าหรือถนนหลวง สวนสาธารณะ และอื่นๆ

ต่อหน้าธารกำนัล หมายความว่า การกระทำที่เป็นการเปิดเผยต่อหน้าประชาชนหรือคนทั่วไป⁷⁰ แม้จะเพียงคนเดียวก็ถือว่าเป็นธารกำนัล เช่น การยืนอุดุดกระโปรงผู้หญิงที่เดินผ่านไปมา หากกระทำไปเพื่อบุคคลนั้นได้รับความอับอายหรือสร้างความเดือดร้อนรำคาญต่อผู้อื่น ย่อมเป็นความผิดตามมาตราดังกล่าว แต่ถ้าถึงขั้นจับเนื้อตัวร่างกาย อาจถือว่าเป็นการกระทำอนาจารหรือประทุษร้ายได้ การจอดรถขวางขอยในที่ดินของเอกชนไม่ให้รถข้างในออกจากขอยได้ แม้จะไม่ใช่ความผิดต่อเสรีภาพ (มาตรา 310) แต่ก็เป็นการรังแกข่มเหงทำให้เดือดร้อนรำคาญได้⁷¹ การแอบดูผู้อื่นที่กำลังเข้าห้องน้ำสาธารณะ หรือมีการคุกคาม (stalking) การติดตาม การตะโกน การเดินวนไปมา การด่าผู้อื่นเข้าไปเข้ามาที่หน้าประตูบ้าน การรบกวนในเวลาทำงาน การส่งเสียงดังเวลาพักผ่อนเป็นเวลาหลับนอน เป็นการทำให้เดือดร้อนรำคาญ⁷² การจับภรรยาแก้ผ้ากลางถนนให้ผู้อื่นดู ถือว่าเป็นการกระทำอนาจารและทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายตามมาตราดังกล่าว นอกจากนี้ห้องตรวจคนไข้ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของโรงพยาบาลอันเป็นสถานที่ราชการซึ่งเป็นสาธารณะสถาน แม้ประชาชนที่ไปใช้บริการในห้องตรวจคนไข้ที่เกิดเหตุจะต้องได้รับอนุญาต และผ่านการคัดกรองจากพยาบาลหน้าห้องตรวจก่อน แต่ก็ยังเป็นเพียงระเบียบขั้นตอนและวิธีปฏิบัติในการใช้บริการของโรงพยาบาลเท่านั้น ไม่ได้ทำให้ห้องตรวจคนไข้ซึ่งเป็นสาธารณะสถานที่ที่ประชาชนมีความชอบธรรมจะเข้าไปได้กลายเป็นที่รโหฐาน⁷³

การกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ (harassment) หมายความว่า การรบกวน การคุกคาม การก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญ ไม่ว่าจะเป็นการใช้คำพูด การใช้กิริยาท่าทาง หรือการวิจารณ์ในเชิงดูหมิ่นล่วงเกินโดยใช้เหตุแห่งเพศ โดยที่อีกฝ่ายไม่ได้

⁷⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 65*, น. 438.

⁷¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1908/2518.

⁷² คำพิพากษาฎีกาที่ 1398/2506.

⁷³ คำพิพากษาฎีกาที่ 12983/2558.

พึงปรารถนาหรือรู้สึกรังเกียจ หรือการแต่งกายในเชิงลามก หรือการจ้องมองอย่างตั้งใจด้วยสายตา ที่มุ่งไปในทางเพศ การนั่งหรือการเดินใกล้ชิดจนเกินความจำเป็น⁷⁴

(3) การล่วงเกินทางเพศตาม (2) เป็นการกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือผู้มีอำนาจเหนือประการอื่น ซึ่งคำว่า “อำนาจเหนือ” อาจมาจากอำนาจปกครอง อำนาจตามกฎหมาย เช่น หัวหน้ากับลูกน้อง อธิบดีกับเลขาหน้าห้อง หรือความเป็นนายจ้างกับลูกจ้าง หากลูกน้อง ลูกจ้าง หรือผู้ใต้บังคับบัญชา ไม่ยินยอมให้กระทำการล่วงเกินหรือลวนลาม ก็จะกลั่นแกล้ง โดยการลงโทษทางวินัย ไล่ออก ไม่เลื่อนขั้น ไม่ขึ้นเงินเดือน ซึ่งการกระทำเหล่านี้ยังไม่ถึงขั้นอนาจาร ก็ถือว่าเป็นความผิดได้⁷⁵

ทั้งนี้ ความผิดฐานรังแก คุกคาม หรือทำให้เดือดร้อนรำคาญ เป็นการกระทำที่ต้องการเจตนา ซึ่งเป็นองค์ประกอบภายในของความผิดฐานดังกล่าว โดยผู้กระทำความผิดตามมาตราดังกล่าวจะต้องมีเจตนาตามมาตรา 59 คือ จะต้องเจตนาที่จะกระทำการอันเป็นการรังแก คุกคาม หรือทำให้เดือดร้อนรำคาญแก่ผู้อื่น⁷⁶

พฤติกรรมการกระทำความผิดตามมาตราดังกล่าวกำหนดไว้ในหมวดลหุโทษ เนื่องจากเป็นเรื่องน่ารำคาญแก่บุคคลทั่วไป แต่ไม่รุนแรงถึงกับทำลายชีวิตของบุคคล โดยส่งผลอันเป็นการก่อความเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้อื่น หรือทำลายความสงบสุขและความสงบเรียบร้อยของสังคม กฎหมายจึงกำหนดความผิดฐานนี้ไว้ในหมวดลหุโทษ เพื่อลงโทษผู้กระทำความผิด และเป็นการปราบปรามไม่ให้กระทำพฤติกรรมเช่นนั้นซ้ำอีก

เมื่อเปรียบเทียบองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 397 กับการแสดงอนาจาร สามารถพิจารณารายละเอียดได้ดังนี้

(1) การแสดงอนาจารโดยซึ่งหน้า

(1.1) ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยตรง

มาตรา 397 ได้กำหนดรูปแบบของการกระทำออกเป็น 3 ประการ คือ วรรคหนึ่ง ต้องเป็นการกระทำด้วยประการใดๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือกระทำ

⁷⁴ จุฬารัตน์ ปานทอง, “แนวทางกำหนดความผิดทางเพศต่อผู้อยู่ภายใต้อำนาจ ตำแหน่งหน้าที่ หรือความสัมพันธ์พิเศษ”, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557), น. 13 - 14. อ้างถึงใน ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 65*, น. 433.

⁷⁵ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 65*, น. 433.

⁷⁶ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 65*, น. 433.

ให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ซึ่งเป็นการกำหนดไว้อย่างกว้างๆ เช่น การร้องตะโกน ด้วยถ้อยคำที่ไม่สุภาพหยาบคายในเวลากลางคืน การเปิดวิทยุเสียงดัง การแอบดูผู้อื่นอาบน้ำ และไม่ได้กำหนดว่าจะต้องกระทำในสถานที่ใด แม้จะกระทำในสถานที่ส่วนตัวก็ถือว่าเป็นความผิด และหากการกระทำตามผิดตามวรรคหนึ่ง ได้เป็นการกระทำในที่สาธารณะสถาน หรือกระทำต่อหน้าธารกำนัล หรือเป็นการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ย่อมเป็นความผิดตามวรรคสอง ซึ่งเป็นการกำหนดสถานที่หรือรูปแบบของการกระทำผิด และหากเป็นกระทำที่เป็น การล่วงเกินทางเพศตามวรรคสอง ได้เป็นการกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจเหนือ ผู้ถูกระทำ ย่อมเป็นความผิดตามวรรคสาม เมื่อเปรียบเทียบกับ การแสดงอนาจาร จะเห็นได้ว่าเป็น การกระทำในลักษณะของการเปลือยกาย เปิดเผยร่างกายบางส่วนที่ควรจะปกปิด เช่น หน้าอกของ ผู้หญิง อวัยวะเพศ การสำเร็จความใคร่ รวมถึงการแสดงกิจกรรมร่วมเพศ อันเป็นการยั่วหรือกระตุ้น ให้เกิดอารมณ์ทางเพศ ถือว่าเป็นการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ซึ่งได้ เกิดขึ้นในพื้นที่ส่วนบุคคลแต่อยู่ในบริเวณที่บุคคลอื่นสามารถมองเห็นได้ เช่น ริมระเบียง สนามหญ้า หน้าบ้าน หรือในพื้นที่สาธารณะ ซึ่งทั้ง 2 กรณีดังกล่าว ผู้กระทำสามารถคาดหมายได้ว่าต้องมีคน อื่นมองเห็นการกระทำของตน แต่ทั้งนี้ หากผู้อื่นไม่ฟังปรารภหรือรู้สึกรังเกียจกระทำดังกล่าว ก็สามารถที่จะเดินหนีหรือหลีกเลี่ยงได้ การกระทำดังกล่าวจึงยังไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ทำให้ผู้อื่น ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ จึงไม่เข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 397 ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการแสดงอนาจารในสถานที่สาธารณะมีข้อแตกต่างในสาระสำคัญอันเป็นองค์ ประกอบ ความผิดตามมาตรา 397 จึงไม่สามารถนำมาตราดังกล่าวมาบังคับใช้กับผู้แสดงอนาจารในสถานที่ สาธารณะ ซึ่งเป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยตรงได้

(1.2) ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยอ้อม

จากที่กล่าวมาข้างต้น เมื่อผู้แสดงอนาจารไม่มีความผิดตามมาตรา 397 ผู้อื่นที่ให้การช่วยเหลือผู้แสดงอนาจารในขณะที่กระทำการแสดงอนาจาร ไม่ว่าจะช่วยเหลือด้วยเงินหรือ เผยแพร่ภาพหรือวิดีโอการกระทำดังกล่าว ย่อมไม่ถือว่าเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิดในการ แสดงอนาจาร ตามมาตรา 86 และการกระทำของผู้อื่นก็ไม่เข้าองค์ประกอบความผิดมาตราดังกล่าว เช่นกัน เนื่องจากมาตราดังกล่าวเป็นการกำหนดความผิดสำหรับตัวผู้กระทำการรังแก คุกคาม หรือ ทำให้เดือดร้อนรำคาญโดยตรง

(2) การแสดงอนาจารโดยระยะทาง

(2.1) ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยตรง

ในส่วนของ การแสดงอนาจารโดยระยะทาง มีข้อแตกต่างในสาระสำคัญ อันเป็นองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 397 เช่นเดียวกับการแสดงอนาจารโดยซึ่งหน้า

จึงไม่สามารถนำมาตราดังกล่าวมาบังคับใช้กับผู้แสดงอนาจารโดยระยะทาง ซึ่งเป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับ การแสดงอนาจารโดยตรงได้

(2.2) ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยอ้อม

ในส่วนของผู้อื่นที่ให้การช่วยเหลือผู้แสดงอนาจารในขณะกระทำการ แสดงอนาจาร ไม่ว่าจะเป็นช่วยบันทึกหรือเผยแพร่ภาพหรือวิดีโอการกระทำดังกล่าว ย่อมไม่ถือว่าเป็น ผู้สนับสนุนการกระทำความผิดในการแสดงอนาจาร ตามมาตรา 86 และการกระทำของผู้นั้นก็ไม่เข้า องค์กรประกอบความผิดมาตราดังกล่าว เช่นเดียวกับการแสดงอนาจารโดยระยะทาง

3.2 ความรับผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

3.2.1 ความรับผิดเกี่ยวกับการนำเข้าสู่ข้อมูลอันลามก

ความรับผิดฐานนำเข้าสู่ข้อมูลอันลามกเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ ตามมาตรา 14 (4) บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำความผิดที่ระบุไว้ดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือ ปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ...

(4) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามก และข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้...”

ความผิดตามมาตราดังกล่าว สามารถพิจารณารายละเอียดได้ดังนี้

องค์กรประกอบภายนอก

- (1) ผู้ใด
- (2) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามก
- (3) ข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้

องค์กรประกอบภายใน เจตนารมณ์ตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 3 ได้กำหนดค่านิยมไว้ว่า

“ระบบคอมพิวเตอร์” หมายความว่า อุปกรณ์หรือชุดอุปกรณ์ของคอมพิวเตอร์ที่ เชื่อมการทำงานเข้าด้วยกัน โดยได้มีการกำหนดคำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใด และแนวทางปฏิบัติงาน ให้อุปกรณ์หรือชุดอุปกรณ์ทำหน้าที่ประมวลผลข้อมูลโดยอัตโนมัติ

ระบบคอมพิวเตอร์ ได้แก่ ฮาร์ดแวร์และซอฟต์แวร์ที่พัฒนาขึ้นเพื่อใช้ประมวลผลข้อมูลดิจิทัล (digital data) ซึ่งประกอบด้วยเครื่องคอมพิวเตอร์ และอุปกรณ์รอบข้าง (peripheral) ในการป้อนหรือรับข้อมูล (input) หรือนำออกหรือแสดงข้อมูล (output) และจัดเก็บหรือบันทึกข้อมูล (store and record) โดยระบบคอมพิวเตอร์อาจเป็นอุปกรณ์เพียงเครื่องเดียวหรือหลายเครื่อง อันมีลักษณะเป็นชุดเชื่อมต่อกันก็ได้ โดยเป็นการเชื่อมต่อผ่านระบบเครือข่ายและมีลักษณะการทำงานโดยอัตโนมัติตามโปรแกรมที่มีการกำหนดไว้โดยไม่มีการแทรกแซงโดยตรงจากมนุษย์⁷⁷ ดังนั้น ระบบคอมพิวเตอร์จึงไม่ครอบคลุมถึงเครื่องคอมพิวเตอร์ที่ไม่มีการเชื่อมต่อผ่านระบบเครือข่าย

“ข้อมูลคอมพิวเตอร์” หมายความว่า ข้อมูล ข้อความ คำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใด บรรดาที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ในสภาพที่ระบบคอมพิวเตอร์อาจประมวลผลได้ และให้หมายความรวมถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วย

ข้อมูลคอมพิวเตอร์ ได้แก่ ข้อมูลซึ่งเป็นรหัสผ่าน หรือลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งข้อมูลดังกล่าวต้องมีลักษณะเป็นข้อมูลดิจิทัลเท่านั้น⁷⁸ โดยการกำหนดความหมายของข้อมูลคอมพิวเตอร์ หมายความว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ในสภาพที่ระบบคอมพิวเตอร์อาจประมวลผลได้เท่านั้น จึงจะได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติดังกล่าว นอกจากนี้ เนื้อหาของข้อความในคำนิยามดังกล่าวยังให้หมายความรวมถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วย ซึ่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ได้ให้คำนิยามของคำว่า “ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” หมายความว่า ข้อความที่ได้สร้าง ส่ง รับ เก็บรักษา หรือประมวลผลด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่น วิธีการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ โทรเลข โทรศัพท์ หรือโทรสาร ซึ่งการขยายความหมายนิยามคำว่า “ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” ดังกล่าวส่งผลให้ข้อมูลคอมพิวเตอร์ครอบคลุมไปถึงการส่งโทรเลข โทรศัพท์ หรือโทรสารด้วย แต่ก็จำกัดเฉพาะเมื่อมีการเชื่อมต่อเข้ากับระบบคอมพิวเตอร์เท่านั้น⁷⁹

⁷⁷ สำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ศูนย์เทคโนโลยีสารสนเทศ อิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ, สรุปลงความจาก แนวทางการจัดทำกฎหมายอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์, (กรุงเทพมหานคร : NECTEC, 2546), น. 16.

⁷⁸ เพ็งอ้าง, น. 17

⁷⁹ มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2554), น. 53.

มาตราดังกล่าวมีประเด็นปัญหาว่าอย่างไรจึงจะถือว่าลามก โดยคำว่า “ลามก” เป็นคำสามัญที่ไม่มีการนิยามศัพท์ แต่ความหมายและตัวอย่างขอบเขตของคำว่า “ลามก” นั้น เป็นคำที่ใช้เป็นองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 ซึ่งเป็นความผิดฐานค้าสิ่งลามกตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น โดยคำว่า “อันลามก” หมายถึง นำอับอายในทางเพศต่อหูดาน่าอูจาตบดสี ที่น้อมนำไปสู่ความต่ำความชั่ว หรือความใคร่ในทางกามารมณ์ ดังนั้น ข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดจะเข้าองค์ประกอบความผิดคำว่าลามกตามมาตราดังกล่าวหรือไม่ จึงใช้มาตรฐานเดียวกันกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287

ทั้งนี้ การนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามกนั้น จะยังไม่เป็นความผิด จนกว่าลักษณะการนำเข้านั้นทำให้ข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ เช่น การจัดทำเว็บไซต์เพื่อเผยแพร่ภาพลามกอนาจาร การโพสต์ภาพลามกอนาจารลงในเว็บไซต์ต่างๆ ที่ประชาชนสามารถเข้าถึงได้เป็นการทั่วไป ถือว่าเป็นความผิดตามมาตราดังกล่าว⁸⁰ หากเป็นการนำเข้าสู่ข้อมูลคอมพิวเตอร์ของตนเองโดยเฉพาะ ซึ่งไม่ได้ประสงค์จะให้ผู้อื่นเข้าถึงได้ ไม่เป็นความผิดตามมาตราดังกล่าว

อย่างไรก็ดี มีประเด็นที่ควรพิจารณาว่า หากเป็นกรณีที่มีการส่งอีเมลภาพลามกไปให้เพื่อน เช่นนี้จะมีความผิดฐานดังกล่าวหรือไม่ เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าแม้การนำภาพลามกแนบไฟล์ส่งไปพร้อมกับเมลจะเป็นการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะอันลามก แต่ข้อมูลนี้ประชาชนทั่วไปไม่อาจเข้าถึงได้ จะมีเพียงเฉพาะผู้รับอีเมลเท่านั้นที่สามารถเข้าถึงได้ ก็ทำให้ยังไม่มี ความผิดตามมาตราดังกล่าว ทั้งนี้ เนื่องจากมาตราดังกล่าวมุ่งคุ้มครองประชาชนทั่วไปจากการเข้าถึงสิ่งอันมีลักษณะลามก แต่ก็ไม่ได้ก้าวล่วงเข้าไปในความเป็นส่วนตัวของแต่ละบุคคล แม้ในความเป็นส่วนตัวนั้นจะมีเรื่องลามกอยู่ด้วยก็ตาม ความสำคัญอยู่ที่ว่าลักษณะอันลามกนั้นต้องไม่ปรากฏต่อประชาชนเป็นการทั่วไป แต่อย่างไรก็ตาม ผู้ที่กระทำการดังกล่าวนั้นอาจต้องรับความเสี่ยงในการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ในมาตราอื่นและกฎหมายฉบับอื่นประกอบด้วย⁸¹

3.2.2 ความรับผิดเกี่ยวกับการเผยแพร่ข้อมูลอันลามก

ความรับผิดฐานเผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์อันลามก ตามมาตรา 14 (5) บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำความผิดที่ระบุไว้ดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ...

⁸⁰ เฟิงอ๋าง, น. 105.

⁸¹ เฟิงอ๋าง, น. 105.

(5) เผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ ตาม (1) (2) (3) หรือ (4)”

ความผิดตามมาตราดังกล่าวสามารถพิจารณารายละเอียดได้ดังนี้

องค์ประกอบภายนอก

(1) เผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์

การเผยแพร่หรือส่งต่อ ต้องเป็นการเผยแพร่และส่งต่อผ่านระบบคอมพิวเตอร์ ไม่รวมถึงไปถึงการเผยแพร่และส่งต่อทางกายภาพ เช่น การโหลดภาพลามกจากระบบคอมพิวเตอร์ แล้วนำไปส่งหรือแจกผู้อื่น แต่แม้ว่าการกระทำทางกายภาพนี้จะไม่เข้าข่ายของการเผยแพร่หรือส่งต่อ ในความผิดตามมาตราดังกล่าว แต่ผู้กระทำก็ต้องรับความเสี่ยงในการทำผิดต่อกฎหมายอื่น เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287⁸²

(2) โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ ตามมาตรา 14 (1) (2) (3) หรือ (4)

องค์ประกอบภายใน เจตนาธรรมดา

ผู้กระทำจะต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด ตามมาตรา 59 กล่าวคือ ต้องรู้ว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เผยแพร่หรือส่งต่อนั้นเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะอันลามก เช่น นาย ก. นำเข้าซึ่งภาพอันมีลักษณะลามก โดยโพสต์ไว้ในเว็บไซต์แห่งหนึ่ง นาย ข. เข้าไปในเว็บไซต์ดังกล่าวจึงได้คัดลอกจัดทำเป็น hyperlink แล้วนำไปโพสต์ไว้ในเว็บไซต์อีกแห่งหนึ่ง จะเห็นได้ว่า นาย ก. มีความผิดฐานนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะอันลามก ตามมาตรา 14 (4) ส่วนนาย ข. มีความผิดฐานเผยแพร่หรือส่งต่อข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะอันลามกตามมาตรา 14 (4) อันเป็นความผิดตามมาตรา 14 (5)

เมื่อเปรียบเทียบองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 14 (5) และมาตรา 14 (5) กับการแสดงอนาจาร สามารถพิจารณารายละเอียดได้ดังนี้

(1) การแสดงอนาจารโดยซึ่งหน้า

(1.1) ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยตรง

(ก) มาตรา 14 (4) ได้กำหนดรูปแบบของการกระทำโดยเป็นการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามก และมาตรา 14 (5) ได้กำหนดรูปแบบของการกระทำโดยเป็นการเผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ ซึ่งเป็นการนำเข้าข้อมูลข้อความ คำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใดบรรดาที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ในสภาพที่อุปกรณ์คอมพิวเตอร์หรือชุดอุปกรณ์คอมพิวเตอร์อาจประมวลผลได้ โดยมีการเชื่อมต่อผ่านระบบเครือข่าย และมีลักษณะการทำงานโดยอัตโนมัติตามโปรแกรมที่มีการกำหนดไว้ เมื่อเปรียบเทียบกับ การแสดง

⁸² เฝิงอ้าง, น. 106.

อนาจาร จะเห็นได้ว่าแม้การกระทำจะมีลักษณะอันลามก แต่เป็นการกระทำโดยซึ่งหน้าที่เกิดขึ้นในลักษณะของพื้นที่ส่วนบุคคลและพื้นที่สาธารณะ อันเป็นพื้นที่จริง ไม่ได้มีลักษณะเป็นข้อความ คำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใดบรรดาที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ และไม่จำเป็นต้องมีการประมวลผลด้วยระบบคอมพิวเตอร์ และเมื่อได้มีการแสดงอนาจารเกิดขึ้นประชาชนทั่วไปก็สามารถเห็นได้ในพื้นที่จริง โดยไม่ต้องมองผ่านเครื่องคอมพิวเตอร์แต่อย่างใด จึงไม่เข้าองค์ประกอบความผิดดังกล่าว

(ข) มาตรา 14 (4) กำหนดให้การกระทำตามข้อ (ก) เป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ ทั้งนี้ การนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามกนั้น จะยังไม่เป็นความผิด จนกว่าลักษณะการนำเข้านั้นทำให้ข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้เป็นการทั่วไป และมาตรา 14 (5) กำหนดให้การกระทำตามข้อ (ก) ผู้กระทำได้รู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามมาตรา 14 (4) เมื่อเปรียบเทียบกับการแสดงอนาจาร แม้จะมีลักษณะของกระทำที่ประชาชนทั่วไปอาจมองเห็นได้ เนื่องจากการกระทำในพื้นที่ส่วนบุคคลแต่อยู่ในบริเวณที่บุคคลอื่นสามารถมองเห็นได้ เช่น ริมระเบียง สนามหญ้าหน้าบ้าน หรือในพื้นที่สาธารณะ ที่ทุกคนสามารถเข้าไปใช้ประโยชน์ได้อย่างชอบธรรม แต่ทั้งนี้ สิ่งที่คุณคนทั่วไปได้มองเห็นนั้นมีลักษณะเป็นการกระทำในพื้นที่จริง มิใช่ลักษณะของข้อความ คำสั่ง หรือชุดคำสั่งใดๆ อันเป็นลักษณะของข้อมูลคอมพิวเตอร์ จึงไม่เข้าองค์ประกอบตามมาตรา 14 (4) เมื่อการกระทำดังกล่าวไม่มีลักษณะเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามมาตรา 14 (4) ย่อมไม่เข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 14 (5) เช่นกัน

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการแสดงอนาจารในสถานที่สาธารณะมีข้อแตกต่างในสาระสำคัญอันเข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 14 (4) และมาตรา 14 (5)

(1.2) ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยอ้อม

จากที่กล่าวมาข้างต้น เมื่อผู้แสดงอนาจาร ซึ่งเป็นผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยตรง ไม่มีความผิดตามมาตรา 14 (4) และมาตรา 14 (5) ผู้อื่นที่ให้การช่วยเหลือผู้แสดงอนาจารในขณะกระทำการแสดงอนาจาร ไม่ว่าจะช่วยเหลือบันทึกหรือเผยแพร่ภาพหรือวิดีโอการกระทำดังกล่าว ย่อมไม่ถือว่าเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิดในการแสดงอนาจาร ตามมาตรา 86 แต่เมื่อได้มีการถ่ายหรือบันทึกภาพลงในสื่อต่างๆ ย่อมทำให้สิ่งดังกล่าวมีลักษณะเป็นวัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้รู้หรือเห็นถึงการกระทำทางเพศ อันมีลักษณะลามก หรือได้รับภาพการแสดงอนาจารดังกล่าวแล้วจัดเก็บไว้เป็นการส่วนตัวไว้เป็นการส่วนตัว ย่อมไม่เข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 14 (4) และหากมีการนำภาพดังกล่าวออกไปเผยแพร่ให้ผู้อื่นในลักษณะโดยซึ่งหน้า ถือว่าเป็นการเผยแพร่ในลักษณะพื้นที่จริง ไม่ได้เป็นการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ เพื่อประสงค์ให้ผู้อื่นได้เข้าได้แต่อย่างใด ย่อมไม่เข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 14 (4) และมาตรา 14 (5) ดังนั้น มาตรา 14 (4) และ

มาตรา 14 (5) จึงไม่สามารถนำมาบังคับใช้กับผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารแล้วเผยแพร่ภาพดังกล่าว โดยซึ่งหน้าได้

(2) การแสดงอนาจารโดยระยะทาง

(1.1) ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยตรง

(ก) จากรูปแบบการกระทำความผิดตามมาตรา 14 (4) และมาตรา 14 (5) ที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ (1.1) (ก) ข้างต้น เมื่อเปรียบเทียบกับ การแสดงอนาจาร จะเห็นได้ว่าการกระทำความผิดดังกล่าวได้เกิดขึ้นในสื่อสังคมออนไลน์ ถือว่าเป็นการนำเข้าสู่ข้อมูลอันลามกเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ ซึ่งได้มีการประมวลผลในระบบคอมพิวเตอร์โดยผ่านชุดคำสั่งที่ได้มีการกำหนดอยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ และการเผยแพร่ภาพสดบนสื่อสังคมออนไลน์ดังกล่าวได้มีเชื่อมต่อผ่านระบบเครือข่ายและมีลักษณะการทำงานโดยอัตโนมัติตามโปรแกรมที่มีการกำหนดไว้ จึงถือว่าเป็นการนำเข้าสู่ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะอันลามก ย่อมเข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 14 (4) เมื่อผู้แสดงอนาจารเป็นผู้นำเข้าสู่ข้อมูลตามมาตรา 14 (4) แล้วก็ย่อมไม่เป็นผู้เผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ อันเป็นองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 14 (5) อีก

(ข) มาตรา 14 (4) กำหนดให้การกระทำตามข้อ (ก) เป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ และมาตรา 14 (5) กำหนดให้การกระทำตามข้อ (ก) ผู้กระทำความผิดต้องรู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามมาตรา 14 (4) ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อ (1.1) (ก) เมื่อเปรียบเทียบกับ การแสดงอนาจาร จะเห็นได้ว่าการกระทำความผิดดังกล่าวได้เกิดขึ้นในสื่อสังคมออนไลน์ที่ประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงการกระทำความผิดดังกล่าวได้ จึงเข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 14 (4)

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการแสดงอนาจารในสื่อสังคมออนไลน์มีสาระสำคัญอันเป็นองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 14 (4) ผู้กระทำการแสดงอนาจารในสื่อสังคมออนไลน์ ซึ่งเป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยตรง ต้องรับผิดตามมาตรดังกล่าว และเมื่อผู้แสดงอนาจารกระทำความผิดตามมาตรา 14 (4) แล้ว ก็ย่อมไม่เป็นผู้กระทำความผิดในฐานะผู้เผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะอันลามก ตามมาตรา 14 (5) อีก

(1.2) ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยอ้อม

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้น เมื่อผู้แสดงอนาจารโดยระยะทาง ซึ่งเป็นผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยตรง มีความผิดตามมาตรา 14 (4) ผู้อื่นที่ให้การช่วยเหลือผู้แสดงอนาจารในขณะกระทำการแสดงอนาจาร ไม่ว่าจะเป็นช่วยบันทึกหรือเผยแพร่ภาพหรือวิดีโอการกระทำดังกล่าว ย่อมถือว่าเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิดในการแสดงอนาจาร ตามมาตรา 86 และหากผู้นั้นได้มีการเผยแพร่หรือส่งต่อในระบบคอมพิวเตอร์ โดยรู้ถือว่าภาพหรือวิดีโอดังกล่าวเป็นการแสดงอนาจารซึ่งเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์อันลามก ย่อมมีความผิดตามมาตรา 14 (5)

จากบทบัญญัติกฎหมายอาญาที่กล่าวมาข้างต้น ผู้ศึกษาจะนำบทบัญญัติกฎหมายที่สามารถนำมาบังคับใช้กับการแสดงอนาจาร ทั้งในส่วนของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยตรง และผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยอ้อม ไปทำการศึกษาวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมและปัญหาการบังคับใช้กฎหมายกับความผิดเกี่ยวกับการแสดงอนาจารในบทที่ 4 ต่อไป



บทที่ 4

วิเคราะห์ขอบเขตความรับผิดชอบเกี่ยวกับการแสดงอนาจารในกฎหมายอาญาไทย

การวิเคราะห์ขอบเขตความรับผิดชอบเกี่ยวกับการแสดงอนาจารในกฎหมายอาญาไทยนี้ ผู้ศึกษาจะแยกวิเคราะห์เป็นขอบเขตของการแสดงอนาจาร ความรับผิดชอบเกี่ยวกับการแสดงอนาจาร ตามกฎหมายอาญาไทย ความรับผิดชอบอื่นที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารตามกฎหมายอาญาไทย โดยในการกำหนดความผิดไว้ในกฎหมายอาญาไทยนั้น ผู้ศึกษาได้วิเคราะห์ถึงปัญหาของฐานความผิด ต่างๆ ที่สามารถนำมาบังคับใช้กับการกระทำความผิดของผู้แสดงอนาจาร และอัตราโทษที่เหมาะสม แก่การกระทำความผิดของผู้แสดงอนาจาร รวมถึงทางออกและข้อเสนอแนะในการปัญหาเหล่านี้

4.1 วิเคราะห์ปัญหาการตีความและขอบเขตเกี่ยวกับการแสดงอนาจาร

การแสดงอนาจารที่เกิดขึ้นในสถานการณ์ปัจจุบันยังมีประเด็นปัญหาในเรื่อง การตีความว่าการแสดงอนาจารนั้นมีความหมายว่าอย่างไร และประเด็นปัญหาในเรื่องขอบเขตของ การแสดงอนาจารว่าการกระทำในลักษณะเช่นใดสมควรได้รับการลงโทษ และการกระทำในลักษณะ เช่นใดสมควรได้รับการยกเว้นโทษ เนื่องจากหลายๆ คนมองว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการแสดงออก ซึ่งเสรีภาพทางเพศ ดังนั้น การที่จะนำกฎหมายมาลงโทษเพื่อจำกัดเสรีภาพทางเพศจำต้องมีการ กำหนดขอบเขตให้มีความชัดเจน เพื่อให้กระทบต่อเสรีภาพทางเพศของแต่ละบุคคลน้อยที่สุด

4.1.1 วิเคราะห์ข้อจำกัดของการตีความ “การแสดงอนาจาร”

ตามที่ได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 2 สำหรับการกำหนดความหมายของคำว่า “การแสดงอนาจาร” นั้น ประเทศไทยไม่ได้มีนิยามความหมายของคำว่า “การแสดงอนาจาร” นั้น ไว้ในกฎหมาย ตำราทางกฎหมาย หรือคำพิพากษาศาลฎีกาไว้โดยตรง เพียงแต่ในตำราทางกฎหมายและ คำพิพากษาศาลฎีกาได้มีให้ความหมายของคำว่า “อนาจาร” ไว้ในแนวทางเดียวกัน แต่เป็นการให้ ความหมายตามนัยยะของบทบัญญัติมาตรา 278 และมาตรา 279 แห่งประมวลกฎหมายอาญา อันเป็นความผิดเกี่ยวกับการกระทำอนาจาร ซึ่งหลักการของการกระทำอนาจารนั้นจะต้องเป็นการ กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคลโดยตรง แต่ขอบเขตของการแสดงอนาจารที่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่ง จะทำการศึกษานั้นเป็นการกระทำที่ผู้แสดงอนาจารได้กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของตนเองหรือเนื้อตัว ร่างกายของผู้ร่วมแสดงอนาจาร จึงไม่อาจจะนำแนวทางการวินิจฉัยและการให้ความหมายดังกล่าว มาใช้กับการแสดงอนาจารได้โดยตรง

เมื่อพิจารณาตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน ก็ไม่ได้นิยามความหมายของ คำว่า “การแสดงอนาจาร” ไว้โดยตรงเช่นกัน แต่ได้ให้ความหมายของคำว่า “แสดง” ว่าหมายถึง ชี้แจง อธิบาย บอกข้อความให้รู้ ทำให้ปรากฏออกมา และคำว่า “อนาจาร” ว่าหมายถึง ความประพฤติชั่ว ความประพฤติน่าอับอาย หรือลามก น่าบัดสี ทำให้เป็นที่อับอาย เป็นที่น่ารังเกียจ แก่ผู้อื่นในด้านความดีงาม หรือเป็นฐานความผิดอาญาที่ผู้กระทำความผิดควรชดเชยหน้าต่อหน้า ธารกำนัล โดยเปลือยหรือเปิดเผยร่างกาย หรือกระทำการลามกอย่างอื่น จะเห็นได้ว่าการให้ความหมายของคำว่า “อนาจาร” นั้น ได้ครอบคลุมไปถึงคำว่า “ลามก” แสดงให้เห็นว่าการกระทำอันลามกนั้นมีความหมายกว้างกว่าการแสดงอนาจาร ซึ่งการกระทำใดที่เป็นการกระทำอันลามกไม่ว่าจะเป็นการแสดงอนาจารเสมอไป แต่ทุกๆ การกระทำที่เป็นการแสดงอนาจารย่อมถือว่าเป็นการกระทำอันลามกเสมอ เนื่องจากการแสดงอนาจารนั้นจะต้องมีลักษณะของการกระทำอันเป็นการยั่วยุหรือกระตุ้นไปในทางเพศ หรือก่อให้เกิดกำหนด แต่การกระทำอันลามกแม้จะเป็นเรื่องทางเพศ แต่ก็ไม่ต้องเป็นการกระทำอันเป็นการยั่วยุหรือกระตุ้นไปในทางเพศ หรือก่อให้เกิดกำหนดเสมอไป

นอกจากนี้ คำพิพากษาศาลฎีกายังได้มีการวินิจฉัยวางหลักเกี่ยวกับคำว่า “สิ่งลามก” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 โดยขอแยกตามลักษณะของการกระทำดังนี้

1. การกระทำที่มีลักษณะเป็น objective กล่าวคือ เป็นการแสดงหรือบรรยายให้เห็นถึงความโป๊เปลือยอย่างชัดแจ้ง เช่น ภาพการแสดงออกถึงความสัมพันธ์ทางเพศ ภาพและเสียงการร่วมเพศระหว่างชายหญิง ภาพชายหญิงเปลือยกายอวดอวัยวะเพศ แสดงการร่วมประเวณี ตลอดจนบรรยายข้อความเรื่องราวการร่วมเพศระหว่างชายหญิง

2. การกระทำที่มีลักษณะเป็น subjective กล่าวคือ เป็นการกระทำที่ไม่ได้เป็นการแสดงหรือบรรยายให้เห็นถึงความโป๊เปลือยอย่างชัดแจ้ง แต่มีการแสดงลักษณะท่าทางอันมีเจตนาอวดอวัยวะเพศให้เกิดความใคร่ทางกามารมณ์หรือก่อให้เกิดกำหนดโดยตรง เช่น ภาพการเปิดเผยเต้านมอย่างโจ่งแจ้งของหญิง แต่อวัยวะเพศมีผ้าอาภรณ์ปกปิดไว้ แต่ก็ปกปิดอย่างหมิ่นเหม่ และอยู่ในอิริยาบถต่างๆ ที่ไม่เรียบร้อย น่าเกลียด น่าบัดสี ไม่ว่าจะอยู่ในอิริยาบถนอนหงายถ่างขาออกในท่าองเจตนาเพื่ออวดอวัยวะเพศอย่างเด่นชัด อิริยาบถนั่งถ่างขาออกแม้จะมีผ้าปกปิดอวัยวะเพศแต่ก็เป็นผ้าบางๆ ซึ่งแสดงว่าต้องการอวดอวัยวะเพศ อันมีลักษณะนอมนำไปสู่การยั่วยุทางกามารมณ์

ซึ่งคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว แม้จะเป็นการวินิจฉัยวางหลักคำว่า “สิ่งลามก” ก็ตาม แต่ผู้เขียนเห็นว่าลักษณะการกระทำที่เกิดขึ้นนั้นเป็นการนอมนำไปสู่การยั่วยุหรือกระตุ้นอารมณ์ทางเพศหรือก่อให้เกิดกำหนด อันถือว่าเป็นการแสดงอนาจารตามนัยยะของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ดังนั้น แม้ว่าคำพิพากษาศาลฎีกาจะมีได้ตัดสินวางหลักเกี่ยวกับคำว่า “การแสดงอนาจาร” ไว้โดยตรง แต่ขอบเขตของการแสดงอนาจารที่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้กล่าวถึงนั้นมีลักษณะเป็น “การกระทำ” ของผู้แสดงอนาจารโดยตรง แต่เมื่อได้มีการบันทึกหรือถ่ายภาพการแสดงอนาจารดังกล่าว ทำให้

สิ่งที่เกิดขึ้นจากบันทึกหรือถ่ายภาพนั้นมีลักษณะเป็น “เนื้อหา” ของการกระทำ อันถือว่าเป็นสิ่งลามก ตามมาตรา 287 ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าสามารถนำแนวคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว มาเป็นแนวทาง ในการกำหนดขอบเขตของการแสดงอนาจารทั้งในลักษณะของ “การกระทำ” และ “เนื้อหา” ของการแสดงอนาจารได้

การแสดงอนาจารที่เกิดขึ้นในปัจจุบันนั้น ยังไม่มีความชัดเจนถึงขอบเขตของ การกระทำการแสดงอนาจารควรมีขอบเขตเพียงใด จึงจำเป็นต้องมีการวิเคราะห์ถึงขอบเขตของการแสดง อนาจาร

(1) การแสดงอนาจารกับงานศิลปะ

การแสดงอนาจารนั้นมีความคาบเกี่ยวกับงานศิลปะ เนื่องจากมีงานศิลปะ บางประเภทที่อาจจะก้าวล้ำจนกลายเป็นการแสดงอนาจาร โดยเฉพาะอย่างยิ่งศิลปะภาพเปลือย ไม่ว่าจะเป็นการถ่ายทอดผ่านการวาดภาพ การปั้น หรือการถ่ายภาพ โดยการใช้โครงสร้างหรือ ร่างกายของมนุษย์มาเป็นสื่อกลางในการถ่ายทอดความคิดของศิลปิน เช่น จุลประติมากรรม ชื่อว่า วินัสแห่งวิลเลนดอร์ฟ (Venus of Willendorf) ประติมากรรม ชื่อว่า เดวิด (David) ภาพวาดสีน้ำมัน ชื่อว่า โอลิมเปีย (Olympia) งานศิลปะเหล่านี้ได้แสดงให้เห็นถึงร่างกายที่เปลือยเปล่าของมนุษย์ และสามารถมองเห็นทุกสัดส่วนของร่างกายได้อย่างชัดเจน ถ้ามองโดยผิวเผินแล้วงานศิลปะเหล่านี้ ไม่แตกต่างกับการแสดงอนาจารที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน แต่ถ้ามองให้ลึกซึ้งถึงเจตนารมณ์ของศิลปิน จะเห็นได้ว่างานศิลปะเหล่านี้ได้มีการถ่ายทอดความคิดลงในผลงานเพื่อให้ดูมีจิตวิญญาณและมีชีวิตชีวา มีการจัดวางท่าทางอย่างมีชั้นเชิง โดยจัดวางท่าทางให้ดูมีความสง่างาม มีใจจัดวางท่าทาง ให้เกิดอารมณ์ยั่วยุทางกามารมณ์ มีการจัดวางการแสดงออกทางสีหน้าที่เป็นไปในทาง ปลุกสัญชาตญาณฝ่ายดี และไม่ส่อไปในทางยั่วยุปลุกอารมณ์ให้เกิดกำหนดทางเพศ อีกทั้งมีการนำไป จัดวางในสถานที่ที่มีความเหมาะสม เช่น หอศิลป์ สิ่งเหล่านี้จะเป็นกรอบช่วยลดความอนาจารของผู้ชมลงได้ จึงทำให้การแสดงศิลปะเป็นการนำเสนอคุณค่าทางความงามและคุณค่าทางความคิด อันมีนัยยะที่แฝงไปด้วยความหมายภายใต้งานศิลปะที่ช่วยยกระดับจิตใจของผู้ชมให้สูงขึ้น

แต่ในทางกลับกันการแสดงอนาจารที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน ผู้กระทำได้มีการนำเสนอ เรือนร่างอันเปลือยเปล่า เปิดเผยร่างกายส่วนที่ควรจะปกปิด เช่น อวัยวะเพศ หน้าอกของผู้หญิง หรือ การนำเสนอกิจกรรมการร่วมเพศ โดยได้มีการจัดวางท่าทางอันมีลักษณะส่อไปในทางกระตุ้นหรือยั่วยุ กามารมณ์หรือก่อให้เกิดกำหนดทางเพศแก่ผู้อื่นที่ได้พบเห็น อีกทั้งยังได้มีการกระทำในสถานที่ ที่ไม่เหมาะสม ไม่ว่าจะเป็นสถานที่สาธารณะหรือสื่อสังคมออนไลน์ เป็นเหตุให้การแสดงอนาจาร ดังกล่าวไม่ได้เป็นการนำเสนอคุณค่าทางความงามและคุณค่าทางความคิดอันมีนัยยะที่แฝงไปด้วย ความหมายภายใต้การแสดงอนาจารที่จะช่วยยกระดับจิตใจของผู้ที่ได้พบเห็นให้สูงขึ้นดังเช่น งานศิลปะแต่อย่างใด

(2) การแสดงอนาจารกับคำว่า Pornography และ Obscenity

Pornography เป็นการแสดงถึงพฤติกรรมทางเพศ ไม่ว่าจะเป็นการเขียนหรือภาพที่นำไปสู่การตื่นเต้นทางเพศหรือยั่วยุกกามารมณ์ หรือก่อให้เกิดกำหนด ส่วน Obscenity เป็นสิ่งที่ทำให้เกิดความรู้สึกอันน่ารังเกียจ ไม่ว่าจะเป็นการแสดงถ้อยคำหรือวัตถุสิ่งของทางเพศในลักษณะที่หยาบช้ำ ซึ่งทั้ง 2 คำดังกล่าวได้ถูกนำไปใช้กับคำว่า “สิ่งลามก” ที่หมายความถึง สิ่งที่อยู่พบเห็นมีความรู้สึกอูจาด บัดสี หยาบช้ำ น้อมนำไปสู่ความชั่วหรือความใคร่ทางกามารมณ์ ซึ่งสิ่งลามกดังกล่าวมีลักษณะเป็นวัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้รู้หรือเห็นถึงการกระทำทางเพศ โดยสิ่งลามกนั้นมีลักษณะของการกระทำ 2 ลักษณะ คือ ลักษณะที่เป็น objective หมายถึง เป็นการกระทำที่แสดงให้เห็นถึงการเปลือยกาย และแสดงให้เห็นถึงอวัยวะเพศอย่างชัดเจน และลักษณะที่เป็น subjective หมายถึง เป็นการกระทำที่แสดงให้เห็นถึงการเปลือยกาย แม้จะไม่แสดงให้เห็นถึงอวัยวะเพศอย่างชัดเจน แต่มีลักษณะสื่อไปในทางยั่วหรือกระตุ้นในทางกามารมณ์ หรือก่อให้เกิดกำหนด ซึ่งการแสดงอนาจารที่กล่าวถึงในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หมายความถึง ลักษณะของ “การกระทำ” ที่มีใช้ “เนื้อหา” ของการกระทำที่ถือว่าเป็นสิ่งลามก แต่อย่างไรก็ตาม การแสดงอนาจารนั้นเป็นการแสดงถึงพฤติกรรมทางเพศที่นำไปสู่การตื่นเต้นทางเพศหรือยั่วยุกกามารมณ์ หรือก่อให้เกิดกำหนดแก่ผู้ที่พบเห็น ตามความหมายของคำว่า Pornography และการแสดงอนาจารดังกล่าวก็ยังได้ก่อให้เกิดความรู้สึกอันน่ารังเกียจ อูจาด บัดสี ตามความหมายของคำว่า Obscenity และเมื่อการแสดงอนาจารได้ถูกถ่ายหรือบันทึกเป็นภาพหรือวิดีโอก็จะทำให้สิ่งดังกล่าวกลายเป็น “สิ่งลามกอนาจาร” ทั้งนี้ การจะพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการแสดงอนาจารหรือไม่ จะต้องพิจารณาจากความรู้สึกของวิญญูชน ผู้ซึ่งมิใช่บุคคลที่เคร่งครัดต่อจารีตประเพณีที่ไม่ยอมเปลี่ยนแปลงตามยุคสมัย และแม้ว่าปัจจุบันสังคมไทยได้ยอมรับเอาค่านิยมในการนุ่งน้อยห่มน้อยในการไปตากอากาศชายทะเลหรือการจัดประกวดความงามของผู้หญิงตามแบบสากล แต่การกระทำดังกล่าวจะต้องไม่มีลักษณะเป็นที่น่ารังเกียจ อูจาด บัดสี อันเป็นการน้อมนำไปสู่ความใคร่ในทางกามารมณ์

จากการศึกษาถึงความหมายและแนวทางการวินิจฉัยดังกล่าวข้างต้น การจะให้คำนิยามของคำว่า “การแสดงอนาจาร” ให้มีลักษณะที่แน่นอนตายตัวนั้นเป็นสิ่งที่กระทำได้ยาก เนื่องจากสังคมนั้นมีความพลวัตอยู่ตลอดเวลา จึงจำต้องมีการกำหนดให้มีความยืดหยุ่นเพื่อให้สามารถนำมาบังคับใช้ได้กับทุกยุคสมัย แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า “การแสดงอนาจาร” นั้นเป็นพฤติกรรมที่อยู่ระหว่าง “การกระทำอนาจาร” กับ “การกระทำอันลามก” นั่นก็คือ เป็นพฤติกรรมที่ไม่ถึงกับการแตะเนื้อต้องตัว อย่างขอบเขตของการกระทำอนาจาร แต่ก็เป็นการพฤติกรรมที่มีลักษณะอันสื่อไปในทางยั่วหรือกระตุ้นให้เกิดอารมณ์ทางเพศหรือก่อให้เกิดกำหนด ซึ่งมีขอบเขตแคบกว่าการกระทำอันลามก จึงขอกำหนดคำนิยามของการแสดงอนาจารเพื่อเป็นแนวทางศึกษาในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของผู้แสดงอนาจาร ว่าหมายถึง “พฤติกรรมการแสดงออกทางเพศของ

บุคคลที่ทำให้ปรากฏออกมาหรืออวดให้บุคคลอื่นได้เห็น โดยการเปลือยกาย การเปิดเผยร่างกาย ในส่วนที่ควรจะต้องปกปิด การแสดงกิจกรรมร่วมเพศ รวมถึงการแสดงท่าทางอื่นๆ อันมีลักษณะของการกระทำเป็นไปในทางยั่วยุหรือกระตุ้นให้เกิดความรู้สึกทางเพศ หรือก่อให้เกิดกำหนดแก่บุคคลอื่น”

4.1.2 วิเคราะห์ขอบเขต “การแสดงอนาจาร”

จากที่ได้การกำหนดคำนิยามหรือให้ความหมายของ “การแสดงอนาจาร” ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่ายังไม่เพียงพอที่จะกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา เนื่องจากบุคคลทุกคนมีเสรีภาพในการแสดงออกทางเพศ หากเพียงแต่ผู้กระทำแสดงพฤติกรรมตามที่กำหนดในคำนิยามแล้วจะต้องถูกลงโทษ ก็จะเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกทางเพศส่วนบุคคลจนเกินสมควร ดังนั้น เพื่อไม่ให้บุคคลแสดงออกซึ่งเสรีภาพทางเพศจนเกินขอบเขต หรือไม่ให้กฎหมายไปกระทบเสรีภาพในการแสดงออกทางเพศจนเกินไป จึงจำเป็นต้องพิจารณาถึง ขอบเขตลักษณะของการแสดงอนาจารด้วยการแสดงอนาจารในลักษณะใดที่จำเป็นต้องกำหนดให้ต้องรับผิดชอบทางอาญา และการแสดงอนาจารในลักษณะใดได้รับการยกเว้นไม่จำเป็นต้องกำหนดให้ต้องรับผิดชอบทางอาญา

ดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ว่าการแสดงอนาจารที่เกิดขึ้นในสถานการณ์ปัจจุบัน ไม่ว่าจะเป็นการแสดงอนาจารโดยซึ่งหน้า และการแสดงอนาจารโดยระยะทางที่เกิดขึ้นในลักษณะแบบส่วนบุคคล (Individual) และแบบสาธารณะ (Public) นั้น ย่อมส่งผลกระทบต่อแตกต่างกัน จึงสามารถพิจารณาแนวทางในการลงโทษ โดยจัดลำดับตามการกระทำที่ควรได้รับการดำเนินหรือความชั่ว (Schuld) ได้ดังนี้

(1) การแสดงอนาจารโดยซึ่งหน้าที่มีลักษณะแบบสาธารณะ (Public)

เป็นการกระทำที่สมควรได้รับการลงโทษมากที่สุด เนื่องจากผู้กระทำได้ตัดสินใจกระทำการแสดงอนาจารด้วยความออกอาจ โดยที่ไม่เกิดความเกรงกลัวต่ออำนาจของผู้อื่น และยังได้มีการกระทำในสถานที่สาธารณะซึ่งผู้กระทำย่อมรู้ดีว่าจะส่งผลกระทบต่อเป็นวงกว้าง เนื่องจากสถานที่สาธารณะนั้นเป็นสถานที่ที่บุคคลทุกคนสามารถเข้าไปใช้ประโยชน์ได้อย่างชอบธรรม เมื่อผู้ใดได้เข้าไปกระทำการอันเป็นการล่วงเกินความรู้สึกหรือรบกวนการใช้พื้นที่สาธารณะตามปกติของผู้อื่น และทำให้ผู้อื่นได้ใช้พื้นที่สาธารณะอย่างจำกัด ผู้กระทำย่อมสมควรได้รับการลงโทษ

(2) การแสดงอนาจารโดยระยะทางที่มีลักษณะแบบสาธารณะ (Public)

เป็นกระทำที่สมควรได้รับการลงโทษในลำดับรองลงมา เนื่องจากแม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะมีได้เป็นการกระทำที่ต้องมีการเผชิญหน้าระหว่างผู้กระทำกับผู้ตกเป็นเหยื่อ แต่เป็นการกระทำดังกล่าวได้เกิดขึ้นในสื่อสังคมออนไลน์ในมีลักษณะเป็นแบบสาธารณะ เปิดกว้าง ไม่ว่าบุคคลใดก็สามารถเข้าถึงได้ โดยไม่มีขอบเขตจำกัด และไม่มีมาตรการกีดกันผู้เข้าถึงแต่อย่างใด จึงทำให้การแสดงอนาจารในลักษณะนี้ย่อมส่งผลกระทบต่อเป็นวงกว้าง โดยเฉพาะกลุ่มเด็กและเยาวชน ซึ่งมีวุฒิภาวะในการแยกแยะความถูกต้องเหมาะสมน้อยกว่าผู้ใหญ่ ทำให้ถูกชักจูงหรือล่อลวงอันนำไปสู่อาชญากรรม

ทางเพศได้ง่าย หรือมีพฤติกรรมเลียนแบบเนื่องจากเข้าใจว่าสิ่งที่ได้เห็นนั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้องและสามารถกระทำได้ ผู้กระทำย่อมสมควรได้รับการลงโทษ

(3) การแสดงอนาจารโดยซึ่งหน้าที่มีลักษณะแบบส่วนบุคคล (Individual)

การแสดงอนาจารในลักษณะนี้ หากเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นภายในตัวอาคารหรือบ้านซึ่งถือว่าเป็นพื้นที่ส่วนบุคคลโดยแท้ แม้จะมีผู้อื่นใช้กล้องส่องทางไกลแล้วมองเห็นการกระทำดังกล่าวก็ตาม ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องได้รับการลงโทษ เนื่องจากการกระทำดังกล่าวเป็นการแสดงออกซึ่งเสรีภาพทางเพศส่วนบุคคล และไม่ได้ส่งผลกระทบต่อผู้ใด กฎหมายจึงไม่ควรจะก้าวล้ำไปจำกัดเสรีภาพทางเพศส่วนบุคคล แต่หากผู้กระทำได้แสดงพฤติกรรมในบริเวณที่อยู่นอกตัวอาคาร ที่มีสภาพโล่งแจ้ง เช่น ระเบียง สนามหญ้าหน้าบ้าน ซึ่งผู้คนที่เดินผ่านไปมาสามารถมองเห็นได้ แม้จะถือว่าเป็นพื้นที่ส่วนบุคคล แต่การกระทำถือว่ามีลักษณะเป็นสาธารณะ ถือว่ากระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ผู้กระทำย่อมสมควรได้รับการลงโทษ

(4) การแสดงอนาจารโดยระยะทางที่มีลักษณะแบบส่วนบุคคล (Individual)

การแสดงอนาจารในลักษณะนี้ ผู้กระทำไม่ได้แสดงพฤติกรรมแบบเผชิญหน้า อีกทั้งยังเกิดขึ้นระหว่างกลุ่มบุคคลที่ผู้เข้าใช้บริการในสื่อสังคมออนไลน์ ที่ต้องมีการสมัครเป็นสมาชิก และเสียค่าธรรมเนียมค่าสมาชิกเพื่อเข้าใช้บริการ และจะจำกัดผู้ให้บริการเฉพาะกลุ่มสมาชิกเท่านั้นในการเข้าไปเผยแพร่หรือแลกเปลี่ยนกิจกรรมระหว่างกลุ่มสมาชิกด้วยกัน ซึ่งเกิดจากความสมัครใจและความพึงพอใจของผู้ใช้นั้นอันเป็นเสรีภาพในการแสดงออกทางเพศของบุคคล ซึ่งบทบัญญัติกฎหมายมาตรา 287 แห่งประมวลกฎหมายอาญา อันเป็นมาตราหลักในการควบคุมสิ่งลามกโดยตรง ก็ได้กำหนดให้การมีสิ่งลามกไว้ในครอบครองเป็นการส่วนตัวเป็นความผิด เนื่องจากการกระทำที่ไม่ได้มีเจตนาให้เผยแพร่ต่อสาธารณะ และไม่กระทบต่อผู้อื่น เป็นไปตามหลักการ adult and alone เมื่อนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาเทียบเคียงกับกรณีของการแสดงอนาจารในลักษณะนี้ ซึ่งเป็นการเผยแพร่และแลกเปลี่ยนกันระหว่างกลุ่มสมาชิก มิใช่การเผยแพร่ต่อสาธารณชนเป็นการทั่วไป ผู้เขียนเห็นว่าการกระทำดังกล่าวน่าจะเป็นเสรีภาพในการแสดงออกทางเพศเฉพาะบุคคล ที่กฎหมายไม่ควรเข้าไปควบคุมหรือแทรกแซง เนื่องจากสื่อสังคมออนไลน์ที่มีค่าบริการได้มีขั้นตอนในการสมัครที่ค่อนข้างสลับซับซ้อนและในการชำระค่าธรรมเนียมสมาชิกนั้นจะเป็นการชำระผ่านบัตรเครดิตซึ่งเป็นบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้ว ถือว่าได้มีการคัดกรองอายุของผู้ใช้บริการ และเป็นการสกัดกั้นมิให้เด็กและเยาวชนเข้าถึงข้อมูลที่ไม่เหมาะสมได้โดยปริยาย จึงทำให้การแสดงอนาจารได้ถูกจำกัดขอบเขตให้อยู่ในวงจำกัด อีกทั้งสถานการณ์ปัจจุบันที่หน่วยงานของรัฐไม่สามารถที่จะเข้าไปป้องกันและปราบปรามการแสดงอนาจารบนสื่อสังคมออนไลน์ได้อย่างทั่วถึง การตรวจสอบและควบคุมสื่อสังคมออนไลน์อื่นที่มีปัญหาทุกช่องทางบริการยังคงเป็นอุปสรรคเกิดขึ้นอย่างมากมาย เมื่อเป็นเช่นนั้น การถือว่าสื่อสังคมออนไลน์ที่มีค่าบริการเป็นพิเศษ จึงไม่จำเป็นต้องใช้กฎหมายในการตรวจสอบและ

ควบคุม และน่าจะเป็นแนวทางแห่งการประนีประนอมระหว่างกฎหมายและเสรีภาพในการแสดงออกทางเพศส่วนบุคคลได้เป็นอย่างดี ผู้กระทำความผิดไม่สมควรได้รับการลงโทษ

4.2 วิเคราะห์ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายกับความผิดเกี่ยวกับการแสดงอนาจาร

4.2.1 วิเคราะห์ความรับผิดของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยตรง

ในสถานการณ์สังคมไทยปัจจุบันได้มีการกระทำความผิดเกี่ยวกับการแสดงอนาจารเกิดขึ้นอย่างมากมาย โดยวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาไปที่ตัวผู้กระทำการแสดงอนาจารเป็นหลัก ซึ่งถือว่าเป็นผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยตรง ผู้ศึกษาจึงได้ทำการวิเคราะห์ถึงความรับผิดของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยตรงตามกฎหมายอาญาไทย โดยแยกวิเคราะห์ความรับผิดของผู้กระทำการแสดงอนาจารออกตามพื้นที่การกระทำความผิดเป็น 2 ลักษณะ คือ การแสดงอนาจารโดยซึ่งหน้า และการแสดงอนาจารโดยระยะทาง

4.2.1.1 การแสดงอนาจารโดยซึ่งหน้า

ความรับผิดของผู้กระทำการแสดงอนาจารโดยซึ่งหน้านั้น พบว่ามีบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาที่สามารถจะนำมาบังคับใช้กับผู้นั้นเพียงมาตราเดียว คือ **ความผิดฐานกระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัลหรือกระทำการลามกอย่างอื่น ตามมาตรา 388**

ความผิดตามมาตรา 388 เป็นความผิดอันเกี่ยวกับวัฒนธรรม และศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยการแสดงอนาจารที่เกิดขึ้นโดยซึ่งหน้า ไม่ว่าจะเป็นการเปลือยกาย เปิดเผยร่างกาย โดยการอวดอวัยวะเพศทั้งของผู้หญิงและผู้ชาย หน้าอกของผู้หญิง การแสดงกิจกรรมร่วมเพศ โดยได้กระทำในพื้นที่ส่วนบุคคลแต่อยู่ในบริเวณที่บุคคลอื่นสามารถมองเห็นได้ เช่น ริมระเบียง สนามหญ้าหน้าบ้าน หรือในพื้นที่สาธารณะ ซึ่งทั้ง 2 กรณีดังกล่าว อันเป็นการเปิดเผยต่อหน้าผู้อื่นหรือสาธารณชน ถือว่าเป็นการกระทำอันควรขายหน้า ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกัศีลธรรมทางเพศ โดยขนบธรรมเนียมประเพณีไทยไม่ยอมรับการกระทำดังกล่าว และประชาชนทั่วไปในสังคมมองว่าการกระทำดังกล่าวเป็นเรื่องที่น่าอับอาย ซึ่งผู้กระทำเพื่อเป็นการตอบสนองความต้องการทางเพศของตนเอง หรือเพื่อเรียกร้องความสนใจ อวดเด่น อวดดัง ผู้กระทำจึงจำต้องกระทำให้ผู้อื่นหรือสาธารณชนได้เห็น ย่อมเข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 388

แม้ว่าการแสดงอนาจารจะมีลักษณะของการกระทำที่เข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 388 ก็ตาม แต่เนื่องจากผู้กระทำความผิดในการแสดงอนาจารนั้นมีทั้งผู้ที่มีความปกติทางจิต และผู้ที่มีความผิดปกติทางจิต เมื่อผู้นั้นถูกจับกุมก็ต้องถูกลงโทษตามความผิดตามมาตรา 388 อันเป็นความผิดลหุโทษ คือ ปรับไม่เกินห้าพันบาท ซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้มีบทบัญญัติที่ให้อำนาจพนักงานสอบสวนในการเปรียบเทียบปรับได้ คือ มาตรา 37

บัญญัติว่า คดีอาญาเลิกกันได้ ดังต่อไปนี้... (2) ในคดีความผิดที่เป็นลหุโทษ หรือความผิดที่มีอัตราโทษไม่สูงกว่าความผิดลหุโทษ...เมื่อผู้ต้องหาชำระค่าปรับตามที่พนักงานสอบสวนได้เปรียบเทียบปรับแล้ว เมื่อพนักงานสอบสวนดำเนินการเปรียบเทียบปรับผู้กระทำการแสดงอนาจารตามมาตรา 37 (2) แล้วก็ถือว่าคดีอาญาได้สิ้นสุดลง พนักงานสอบสวนก็ต้องปล่อยตัวผู้กระทำความผิด

ในกรณีเป็นผู้กระทำความผิดที่มีความปกติทางจิต การได้รับเพียงแคโทษปรับแล้วปล่อยตัวไปดูเหมือนจะเป็นการลงโทษที่เพียงพอและเหมาะสมแล้ว เนื่องจากโดยส่วนใหญ่ผู้นั้นจะไม่กลับมากระทำความผิดซ้ำอีก หรือแม้ว่าจะกลับมากระทำความผิดอีกก็จะเป็นการกระทำ ความผิดแบบซ้ำเติม ไม่ได้ทวีความรุนแรงหรือส่งผลกระทบต่อผู้อื่นหรือสาธารณะ เพราะผู้นั้นจะสามารถรู้ผิดชอบหรือมีความสามารถในการควบคุมจิตใจของตนได้ โดยส่วนใหญ่ ผู้ที่มีความปกติทางจิตได้ลงมือกระทำความผิดเนื่องด้วยปัญหาทางเศรษฐกิจ ปัญหาทางครอบครัวที่ขาดการเอาใจใส่ดูแล ความศึคคะนอง ความอยากเด่นอยากดัง เช่น การแก้ผ้าเปลือยกายเดินโชว์ตามงานมอเตอร์โชว์ หรือตามสื่อสังคมออนไลน์ โดยบางคนได้กระทำลงไปเนื่องจากพื้นฐานทางเศรษฐกิจของครอบครัวเป็นตัวผลักดันให้ผู้นั้นกระทำความผิดเพื่อแลกกับเงินค่าจ้างที่จะนำมาเลี้ยงดูตนเองหรือเลี้ยงดูครอบครัว หรืออาจจะกระทำไปเพียงเพื่อต้องการที่จะนำเงินมาใช้จ่ายฟุ่มเฟือย

สำหรับผู้กระทำความผิดที่มีความผิดปกติทางจิต การลงโทษเพียงแคเปรียบเทียบปรับแล้วปล่อยตัวผู้นั้นไปก็ดูเหมือนจะเป็นการลงโทษที่ไม่เพียงพอและเหมาะสม เนื่องจากผู้นั้นมีโอกาสที่จะกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก ซึ่งอาจจะทวีความรุนแรงขึ้นและส่งผลกระทบต่อผู้อื่นและสังคม เพราะผู้นั้นจะมีความสามารถในการควบคุมจิตใจของตนเองต่อกว่าบุคคลทั่วไป หรือไม่สามารถที่จะควบคุมตนเองได้ หรือไม่สามารถรู้ผิดชอบ ทั้งนี้ ผู้กระทำความผิดที่มีความผิดปกติทางจิตบางรายแม้จะไม่แสดงอาการความผิดปกติให้เห็นอย่างชัดเจน แต่ก็ได้แสดงพฤติกรรมออกมาเชิงสัญลักษณ์ที่เกิดจากแรงผลักดันภายในจิตใจ ซึ่งเป็นจิตใต้สำนึก เมื่อผู้นั้นให้กระทำความผิดเกิดขึ้น การที่จะต้องรับผิดชอบทางอาญาหรือไม่ เพียงใดย่อมขึ้นอยู่กับกฎหมายอาญาอันเป็นบทบัญญัติว่าด้วยความผิดและโทษที่จะต้องกำหนดไว้ และหากผู้นั้นได้รับการยกเว้นโทษหรือได้รับการลดโทษก็จำต้องมีมาตรการทางกฎหมายเข้ามาควบคุมเพื่อบำบัดรักษา เนื่องจากการควบคุมผู้กระทำความผิดที่มีความผิดปกติทางจิตด้วยการบำบัดรักษาแทนการลงโทษทางอาญานั้นย่อมมีความสำคัญอย่างยิ่ง เพื่อที่จะให้ผู้นั้นได้หายหรือทุเลาจากอาการความผิดปกติทางจิตแล้วมีโอกาสที่จะต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ และสามารถกลับไปใช้ชีวิตในสังคมได้อย่างปกติ แล้วไม่หวนกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก

จะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายอาญาได้มีบทบัญญัติในส่วนความรับผิดทางอาญาของผู้ที่มีความผิดปกติทางจิตไว้ในมาตรา 65 บัญญัติว่า ผู้ใดกระทำความผิดในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้เพราะมีจิตบกพร่อง โรคจิตหรือจิตฟั่นเฟือน ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น

แต่ถ้าผู้กระทำความผิดยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง หรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง ผู้นั้นต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น แต่ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้

หากผู้ที่มีความผิดปกติทางจิตได้กระทำการแสดงอนาจารโดยไม่รู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ ถือว่าผู้นั้นมีความผิด แต่ไม่ต้องรับโทษ แต่ถ้ายังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง หรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง ถือว่าผู้นั้นมีความผิด และต้องได้รับโทษ แต่ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดเพียงใดก็ได้¹ และเมื่อผู้ที่มีความผิดปกติทางจิตได้กระทำความผิดประมวลกฎหมายอาญาได้มีบทบัญญัติในส่วนของวิธีการเพื่อความปลอดภัยสำหรับนำมาบังคับใช้กับผู้กระทำความผิดที่มีความผิดปกติทางจิตไว้โดยตรง คือ มาตรา 48 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าศาลเห็นว่าการปล่อยตัวผู้มีจิตบกพร่อง โรคจิต หรือจิตฟั่นเฟือน ซึ่งไม่ต้องรับโทษหรือได้รับการลดโทษตามมาตรา 65 จะเป็นการไม่ปลอดภัยแก่ประชาชน ศาลจะสั่งให้ส่งไปคุมตัวไว้ในสถานพยาบาลก็ได้ และคำสั่งศาลจะเพิกถอนเสียเมื่อใดก็ได้” สำหรับหลักเกณฑ์ในการควบคุมตัวไว้ในสถานพยาบาลตามมาตรา 48 สามารถแยกพิจารณาได้ 2 ประการ คือ ประการแรก ผู้กระทำความผิดมีจิตบกพร่อง โรคจิต หรือจิตฟั่นเฟือน แต่ไม่ต้องรับโทษ ตามมาตรา 65 วรรคแรก หรือได้รับการลดโทษตามมาตรา 65 วรรคสอง และประการที่สอง การปล่อยตัวผู้นั้นจะเป็นการไม่ปลอดภัยแก่ประชาชน ซึ่งวิธีการเพื่อความปลอดภัยในการควบคุมตัวผู้กระทำความผิดที่มีความผิดปกติทางจิตไว้ในสถานพยาบาลตามมาตรา 48 นั้น เป็นอำนาจของศาลอย่างแท้จริง ที่จะใช้ดุลพินิจอย่างอิสระในการมีคำสั่งบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยดังกล่าวแก่ผู้กระทำความผิดที่มีความผิดปกติทางจิต พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ หรือสถานพินิจ ไม่สามารถที่จะส่งตัวหรือพาตัวผู้กระทำความผิดที่มีความผิดปกติทางจิตไปควบคุมเพื่อบำบัดรักษาได้

เมื่อพิจารณาถึงปัญหาของผู้กระทำการแสดงอนาจารโดยซึ่งหน้า ถือว่าการกระทำเข้าองค์ประกอบความผิดฐานกระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัลหรือกระทำการลามกอย่างอื่น ตามมาตรา 388 ซึ่งเป็นความผิดลหุโทษ โดยส่วนใหญ่การกระทำความผิดดังกล่าว พนักงานสอบสวนก็จะลงโทษเพียงแค่เปรียบเทียบปรับแก่ผู้กระทำความผิด หลังจากที่ผู้กระทำ

¹ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 18, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2560), น. 194 – 197.

ความผิดได้ยินยอมจ่ายค่าปรับ ก็จะได้รับ การปล่อยตัว ถือว่าคดีอาญาสิ้นสุดลง การลงโทษเพียงแต่ การเปรียบเทียบปรับอาจจะเป็นการแก้ไขปัญหาที่ไม่ตรงจุด เนื่องจากความผิดดังกล่าวไม่มีโอกาส เข้าสู่กระบวนการของศาล ส่งผลให้ศาลไม่สามารถที่จะใช้ดุลพินิจมีคำสั่งใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย ในการควบคุมตัวผู้กระทำความผิดที่มีความผิดปกติทางจิตไว้ในสถานพยาบาลเพื่อบำบัดรักษาได้ เมื่อพนักงานสอบสวนปล่อยตัวผู้กระทำความผิดที่มีความผิดปกติทางจิตไปโดยที่ไม่มีมาตรการ ทางกฎหมายในการควบคุมหรือดูแลให้อยู่ในสถานที่ที่เหมาะสม ก็เป็นการเปิดโอกาสให้ผู้นั้นกลับมา มีพฤติกรรมในการแสดงอนาจารอีก

อย่างไรก็ตาม การจะผลักดันมาตรา 388 ซึ่งเป็นความผิดลหุโทษเข้าสู่ ภาควิชาความผิดก็เป็นสิ่งที่อาจจะไม่ถูกต้องนัก เนื่องจากการที่จะบัญญัติกฎหมายใดในภาควิชาความผิด จะต้องก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง ซึ่งการแสดงอนาจารเป็นการกระทำที่ยังไม่ก่อให้เกิด ความเสียหายในขณะที่กระทำความผิดหรือความเสียหายที่เห็นประจักษ์ แต่เป็นการกระทำที่อาจ ก่อให้เกิดความเสียหายในอนาคตอันใกล้ จึงไม่มีความเหมาะสมที่จะนำมาตราดังกล่าวเข้าไปบัญญัติไว้ ในประมวลกฎหมายอาญา ภาควิชาความผิด อีกทั้งหากต้องการที่จะผลักดันมาตราดังกล่าวเข้าสู่ ภาควิชาความผิดเพียงเพื่อให้คดีเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาล เพื่อให้มีการนำวิธีการเพื่อความ ปลอดภัยมาใช้กับผู้กระทำความผิดดังกล่าว แต่ท้ายที่สุดก็เป็นดุลพินิจของศาลที่นำวิธีการเพื่อความ ปลอดภัยมาใช้กับผู้กระทำความผิดหรือไม่ หากศาลไม่ใช้ดุลพินิจดังกล่าว ก็ทำให้กฎหมายไม่มีความ เป็นเอกภาพ

ดังนั้น เพื่อเป็นการอุดช่องว่างของประมวลกฎหมายอาญาไทย เห็นควรแก้ไข มาตรา 388 โดยเพิ่มเป็นวรรคสอง ว่า “กรณีที่มีผู้มีความผิดปกติทางจิตกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ห้ามมิให้พนักงานสอบสวนเปรียบเทียบปรับ แต่ให้พนักงานสอบสวนส่งตัวผู้นั้นให้พนักงานเจ้าหน้าที่ ตามกฎหมายว่าด้วยสุขภาพจิต เพื่อกำหนดกระบวนการในการบำบัดรักษาตามกฎหมายว่าด้วยการ นั้น” เนื่องจากพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ. 2551 ได้บัญญัติขึ้นเพื่อเป็นมาตรการควบคุมดูแล ผู้มีความผิดปกติ ซึ่งการอุดช่องว่างของกฎหมายดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์ของส่วนร่วม และเพื่อ ประโยชน์ของตัวผู้กระทำความผิดเองที่ไม่ต้องกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก

สำหรับบทลงโทษในความผิดฐานกระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัลหรือ กระทำการลามกอย่างอื่น ตามมาตรา 388 นั้น ได้มีการกำหนดบทลงโทษ คือ ปรับไม่เกินห้าพันบาท ซึ่งแม้ความผิดฐานดังกล่าวจะกำหนดเพียงแค่โทษปรับ ก็ดูเหมือนจะเพียงพอกับการแสดงอนาจารที่ เกิดขึ้น เนื่องจากการแสดงอนาจารเป็นการกระทำที่ยังไม่ก่อให้เกิดความเสียหายในขณะที่กระทำความ ผิดหรือความเสียหายที่เห็นประจักษ์ แต่เป็นการกระทำที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายในอนาคต อันใกล้ การลงโทษปรับก็ถือว่าเป็นการป้องปรามผู้กระทำความผิดได้ในระดับหนึ่ง

4.1.2.2 การแสดงอนาจารโดยระยะทาง

สื่อสังคมออนไลน์เป็นช่องทางของการแสดงอนาจารที่ต้องอาศัยระยะทางในการแพร่ภาพการแสดงอนาจารหรือภาพลามกอนาจาร และกำลังได้รับความนิยมของผู้ใช้บริการทุกเพศ ทุกวัย แต่ก็มีข้อว่าผู้ใช้บริการทุกคนจะสามารถเข้าใช้บริการในสื่อสังคมออนไลน์ได้ทุกประเภท เนื่องจากในสื่อสังคมออนไลน์บางประเภทที่ผู้ใช้บริการจะต้องสมัครเป็นสมาชิกและเสียค่าธรรมเนียมค่าสมาชิกเพื่อเข้าใช้บริการ และก็มีบางประเภทที่เปิดเป็นบริการสาธารณะที่ผู้ใช้บริการทั่วไปสามารถเข้าไปกระทำการแสดงอนาจารหรือเผยแพร่ภาพการแสดงอนาจารได้ตลอดเวลา เมื่อพิจารณาความรับผิดของผู้กระทำการแสดงอนาจารในสื่อสังคมออนไลน์ตามกฎหมายไทยแล้ว ปรากฏว่ามีบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาที่สามารถนำมาบังคับใช้กับผู้นั้น ได้แก่ ความผิดฐานเผยแพร่สิ่งลามก ตามมาตรา 287 (1) ความผิดฐานเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/2 (1) และความผิดฐานกระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัลหรือกระทำการลามกอย่างอื่นตามมาตรา 388 และพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม คือ ความผิดฐานนำเข้าสู่ข้อมูลอันลามกตามมาตรา 4 (4) โดยแยกวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมตามฐานความผิด ดังนี้

(1) ความผิดฐานเผยแพร่สิ่งลามก ตามมาตรา 287 (1)

มาตรา 287 เป็นบทบัญญัติที่มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมเรื่องสิ่งลามก โดยห้ามมิให้เผยแพร่สิ่งลามกสู่สาธารณชน เพราะโดยหลักถือว่าสิ่งลามกเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย เนื่องจากสิ่งลามกเป็นสิ่งที่กระทบต่อจารีตประเพณีและมาตรฐานทางศีลธรรมอันดีของประชาชน และอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อสังคมโดยรวม โดยมาตราดังกล่าวได้กำหนดห้ามกระทำโดยประการใดๆ ที่ทำให้สิ่งลามกเผยแพร่สู่สาธารณชน² โดยมีลักษณะของการห้าม 3 ประการ คือ ห้ามการแพร่สิ่งลามก ตามมาตรา 287 (1) ห้ามการค้าหรือแจกจ่ายสิ่งลามก ตามมาตรา 287 (2) และห้ามการโฆษณาบอกแหล่งที่มีสิ่งลามก ตามมาตรา 287 (1) ซึ่งจากการศึกษาในบทที่ 3 ปรากฏว่าบทบัญญัติที่อาจจะนำมาบังคับใช้ได้กับการแสดงอนาจารในสื่อสังคมออนไลน์ คือ ห้ามการแพร่สิ่งลามกตามมาตรา 287 (1)

ทั้งนี้ มาตราดังกล่าวได้มีการบัญญัติขึ้นก่อนที่เทคโนโลยีหรือสื่อสังคมออนไลน์จะเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับสื่อสังคมไทยอย่างแพร่หลาย จึงมีประเด็นปัญหาในการตีความถ้อยคำว่าหากมีการนำมาตราดังกล่าวมาบังคับใช้กับการแสดงอนาจารในสื่อสังคมออนไลน์ โดยการแพร่ภาพสด (Live Video) จะจัดอยู่ในความหมายของสิ่งลามกที่กำหนดไว้ในมาตรา 287 (1) ด้วยหรือไม่ สำหรับประเด็นนี้จะเห็นได้ว่ามาตรา 287 (1) ได้กำหนดรูปแบบของสิ่งลามกไว้หลาย

² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3213/2526.

ประการ เช่น เอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือสิ่งอื่นใด ซึ่งปัจจุบันยังมีปัญหาเรื่องการตีความในแง่ของรูปแบบการกระทำว่าการแสดงอนาจารในสื่อสังคมออนไลน์ โดยการแพร่ภาพสด (Live Video) จะถือว่าเป็นสิ่งลามกประเภทใดตามที่ได้มีการกำหนดไว้ในมาตราดังกล่าว ซึ่งเมื่อพิจารณาคำว่า “สิ่งอื่นใด” จะเห็นได้ว่าเป็นการกำหนดไว้ในลักษณะกว้างๆ เพื่อที่จะให้มีความหมายครอบคลุมถึงสิ่งต่างๆ ที่มีลักษณะรูปแบบเป็นไปในทำนองเดียวกับรูปแบบของสิ่งลามกที่กำหนดไว้ในมาตราดังกล่าวที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคต ซึ่งการแสดงอนาจารในสื่อสังคมออนไลน์ โดยการแพร่ภาพสด (Live Video) ได้เป็นประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นภายหลังจากที่ได้มีการบัญญัติมาตราดังกล่าว โดยเป็นสิ่งที่ผู้แสดงอนาจารได้จัดทำขึ้นด้วยการแสดงพฤติกรรมต่างๆ โดยตรง ไม่ว่าจะเป็นการเปลือยกาย การเปิดเผยร่างกายส่วนที่ควรปกปิด หน้าอกของผู้หญิง อวัยวะเพศของผู้หญิงและผู้ชาย การสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง การแสดงกิจกรรมร่วมเพศ แล้วนำเข้าสู่เครื่องคอมพิวเตอร์เพื่อเป็นสื่อกลางในการประมวลผลโดยผ่านชุดคำสั่งที่ได้มีการกำหนดอยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ที่มีการเชื่อมต่อผ่านระบบเครือข่ายแล้วถูกประมวลผลออกมาเป็นภาพเคลื่อนไหวผ่านทางจอคอมพิวเตอร์ โดยอยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ จึงสามารถตีความคำว่า “สิ่งอื่นใด” ให้ครอบคลุมไปถึงการแสดงอนาจารที่เกิดขึ้นในสื่อสังคมออนไลน์ ดังนั้น การแสดงอนาจารในสื่อสังคมออนไลน์ โดยการแพร่ภาพสด (Live Video) จึงย่อมตกอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 287 (1)

สำหรับบทลงโทษในความผิดฐานเผยแพร่สิ่งลามก ตามมาตรา 287 (1) นั้น ได้มีการกำหนดบทลงโทษ คือ จำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งถือว่าอัตราโทษที่สูงพอสมควร และเป็นเพียงพอที่จะเป็นการยับยั้งผู้แสดงอนาจารมิให้กลับมามีความผิดซ้ำอีกหลังจากที่ได้ถูกดำเนินคดีตามกฎหมาย และหากผู้แสดงอนาจารที่มีความผิดปกติทางจิต เมื่อถูกจับกุมตัว พนักงานสอบสวนไม่สามารถใช้อำนาจในการเปรียบเทียบปรับได้ เนื่องจากมาตรา 37 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กำหนดไว้ว่า “คดีอาญาเล็กน้อยได้ดังต่อไปนี้

(1) ในคดีมีโทษปรับสถานเดียว เมื่อผู้กระทำความผิดยินยอมเสียค่าปรับในอัตราอย่างสูงสำหรับความผิดนั้นแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ก่อนศาลพิจารณา

(2) ในคดีความผิดที่เป็นลหุโทษหรือความผิดที่มีอัตราโทษไม่สูงกว่าความผิดลหุโทษ หรือคดีอื่นที่มีโทษปรับสถานเดียวอย่างสูงไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือความผิดต่อกฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากรซึ่งมีโทษปรับอย่างสูงไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท เมื่อผู้ต้องหาชำระค่าปรับตามที่พนักงานสอบสวนได้เปรียบเทียบแล้ว

(3) ในคดีความผิดที่เป็นลหุโทษหรือความผิดที่มีอัตราโทษไม่สูงกว่าความผิดลหุโทษ หรือคดีที่มีโทษปรับสถานเดียวอย่างสูงไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท ซึ่งเกิดในกรุงเทพมหานคร เมื่อผู้ต้องหาชำระค่าปรับตามที่นายตำรวจประจำท้องที่ตั้งแต่ตำแหน่งสารวัตรขึ้นไป หรือนายตำรวจชั้นสัญญาบัตรผู้ทำการในตำแหน่งนั้น ๆ ได้เปรียบเทียบแล้ว

(4) ในคดีซึ่งเปรียบเทียบได้ตามกฎหมายอื่น เมื่อผู้ต้องหาได้ชำระค่าปรับตามค่าเปรียบเทียบของพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว”

กล่าวคือ พนักงานสอบสวนจะใช้อำนาจในการเปรียบเทียบปรับได้นั้น จะต้องเป็นความผิดที่มีอัตราโทษต้องเป็นโทษปรับสถานเดียว หรือเป็นความผิดลหุโทษ หรือเป็นความผิดที่มีอัตราโทษไม่สูงกว่าความผิดลหุโทษ หรือคดีอื่นที่มีโทษปรับสถานเดียวอย่างสูงไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือความผิดต่อกฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากรซึ่งมีโทษปรับอย่างสูงไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือในคดีซึ่งเปรียบเทียบได้ตามกฎหมายอื่น แต่มาตรา 287 (1) มีอัตราโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท และบทบัญญัติมาตราดังกล่าวได้ถูกกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ความผิด ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ จะเห็นได้ว่ามาตราดังกล่าวมิใช่เป็นความผิดลหุโทษ และไม่ได้มีโทษปรับสถานเดียว อีกทั้งยังมีอัตราโทษที่สูงกว่าอัตราโทษในความผิดลหุโทษ ที่ได้มีการกำหนดไว้ในมาตรา 102 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ว่า “ความผิดลหุโทษ คือ ความผิดซึ่งต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” ดังนั้น เมื่อพนักงานสอบสวนจับกุมตัวผู้กระทำความผิดได้ ก็จะต้องมีการดำเนินคดีส่งฟ้องต่อศาล ส่งผลให้ความผิดดังกล่าวได้เข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาล และเมื่อผู้กระทำความผิดมีความผิดปกติทางจิต ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการพิจารณาลงโทษได้ตามมาตรา 65 แห่งประมวลกฎหมายอาญา กล่าวคือ ศาลจะสั่งไม่ลงโทษผู้นั้นก็ได้ หากไม่สามารถรู้ผิดชอบหรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ในขณะกระทำความผิด หรือจะสั่งลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ หากผู้นั้นยังสามารถรู้ผิดชอบ หรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง ในขณะที่กระทำความผิด นอกจากนี้ ศาลมีอำนาจใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 48 กล่าวคือ ถ้าศาลเห็นว่าการปล่อยตัวผู้นั้นจะเป็นการไม่ปลอดภัยแก่ประชาชน ศาลสามารถสั่งให้ส่งตัวผู้นั้นไปคุมตัวไว้ในสถานพยาบาล เพื่อบำบัดรักษาให้หาย และสามารถกลับมาใช้ชีวิตตามปกติในสังคม หรือกลับมาต่อสู้อคดีได้อย่างเต็มที่

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่ามาตราดังกล่าวมีหลักการในการควบคุมสิ่งลามก ซึ่งครอบคลุมการแสดงอนาจารอยู่แล้ว และมีอัตราโทษที่เหมาะสมเพียงพอในการยับยั้งและปราบปรามผู้กระทำความผิดมิให้กลับมากระทำความผิดซ้ำอีก เนื่องจากเกิดความเข็ดหลาบจากการได้รับโทษดังกล่าว อีกทั้งเมื่อมีการกระทำความผิดตามมาตราดังกล่าว คดีก็จะถูกส่งเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาล และศาลมีอำนาจในการใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยสำหรับผู้กระทำความผิดที่มี

ความผิดปกติทางจิต โดยส่งตัวไปควบคุมไว้ในสถานพยาบาลเพื่อบำบัดรักษา ซึ่งสามารถแก้ไขปัญหาได้ตรงจุด

(2) ความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/1 และความผิดฐานเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/2 (1)

มาตรา 287/1 และมาตรา 287/2 (1) เป็นบทบัญญัติที่กำหนดควบคุมเรื่องสื่อลามกอนาจารเด็ก โดยห้ามมิให้มีการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็ก เพราะโดยหลักถือว่าสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย เนื่องจากสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นสิ่งที่กระทบต่อมาตรฐานทางศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งมาตราดังกล่าวมีขอบเขตครอบคลุมไปถึงเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กในอินเทอร์เน็ตหรือสื่อสังคมออนไลน์ด้วย

การแสดงอนาจารที่เป็นการแสดงออกของท่าทางต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการเปลือยกาย การเปิดเผยร่างกายส่วนที่ควรปกปิด เช่น หน้าอกของผู้หญิง อวัยวะเพศของผู้หญิงและผู้ชาย การสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง การแสดงกิจกรรมร่วมเพศ ซึ่งมีเด็กที่อายุไม่เกิน 18 ปี เข้ามาเกี่ยวข้องด้วย ได้เกิดขึ้นในสื่อสังคมออนไลน์ ซึ่งเป็นพื้นที่เสมือนจริง ซึ่งเป็นการกระทำโดยผ่านคอมพิวเตอร์เป็นสื่อกลางในการประมวลผลผ่านชุดคำสั่งที่ได้มีการกำหนดอยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ และได้มีการเชื่อมต่อผ่านระบบเครือข่ายที่มีลักษณะการทำงานอัตโนมัติตามโปรแกรมที่ได้มีการกำหนดไว้ จึงมีลักษณะเป็นวัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศ อันเป็นสื่อลามกอนาจารเด็ก โดยถือว่าผู้นั้นมีสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ใน “ครอบครอง” ย่อมเข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 287/1 วรรคหนึ่ง และหากผู้นั้นได้ทำการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กนั้นออกไป ถือว่าเป็นการ “ส่งต่อ” ย่อมเข้าองค์ประกอบความผิด ตามมาตรา 287/1 วรรคสอง และถ้าการเผยแพร่ดังกล่าวมีเจตนา “เพื่อแสดงอวดแก่ประชาชน” ย่อมเข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 287/2 (1) ด้วย

สำหรับอัตราโทษในความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/1 วรรคหนึ่ง ได้มีการกำหนดไว้ คือ จำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และความผิดฐานเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/2 (1) ได้มีการกำหนด คือ จำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงสองแสนบาท โดยบทบัญญัติทั้งสองมาตราดังกล่าวไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ความผิด ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งอัตราโทษตามบทบัญญัติทั้งสองมาตราดังกล่าวถือว่าอัตราโทษที่สูงพอสมควร และเป็นการเพียงพอที่จะเป็นการปราบปรามและยับยั้งผู้กระทำความผิดมิให้กลับมากระทำความผิดซ้ำอีกหลังจากที่ได้ถูกดำเนินคดีตามกฎหมาย และศาลยังมีอำนาจในการใช้มาตรการเพื่อความปลอดภัยตามมาตรา 48 แห่งประมวลกฎหมายอาญา กับผู้กระทำความผิดที่มีความผิดปกติทางจิตได้เช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดตามมาตรา 287 (1) ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่ามาตราดังกล่าวมีหลักการในการควบคุมสื่อลามกอนาจารเด็ก ซึ่งครอบคลุมการแสดงอนาจารที่มีเด็กเข้ามามีส่วนร่วมด้วยอยู่แล้ว และมีอัตราโทษที่เหมาะสมเพียงพอในการยับยั้งและปราบปรามผู้กระทำความผิดมิให้กลับมากระทำความผิดซ้ำอีก เนื่องจากเกิดความเช็ดหลาบจากการได้รับโทษดังกล่าว อีกทั้งเมื่อมีการกระทำความผิดตามมาตราดังกล่าว คดีก็จะถูกส่งเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาล และศาลมีอำนาจในการใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยสำหรับผู้กระทำความผิดที่มีความผิดปกติทางจิต โดยส่งตัวไปควบคุมไว้ในสถานพยาบาลเพื่อบำบัดรักษา ซึ่งสามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ตรงจุด

แต่อย่างไรก็ตาม นอกจากมาตรา 287/1 และมาตรา 287/2 (1) ที่ควบคุมการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กแล้ว ยังมีประเด็นที่เกี่ยวข้องคือ ในการจัดทำหรือผลิตสื่อลามกอนาจารเด็ก ขั้นตอนต่างๆ ของการจัดทำให้มีการกระทำที่ไม่เหมาะสมทางเพศกับเด็ก ที่เรียกว่าการกระทำอนาจาร ด้วยลักษณะที่มีการนำเด็กมาเป็นแบบในการแสดงอนาจาร หรือมีเด็กร่วมอยู่ในการแสดงอนาจารด้วย อันมีลักษณะส่อไปในทางยั่วยุหรือกระตุ้นให้เกิดอารมณ์ทางเพศ หรือทำให้เกิดกำหนด ที่มีลักษณะเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของเด็ก การกระทำเหล่านี้ล้วนเป็นสิ่งที่ไม่เหมาะสมทางเพศต่อเด็ก ไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม โดยขั้นตอนของการกระทำดังกล่าวจึงมีความเกี่ยวข้องกับการกระทำอนาจารต่อเด็กด้วย และอาจเข้าองค์ประกอบความผิดในบทบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำอนาจารเด็ก ตามมาตรา 278 ถึงมาตรา 281 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

(3) ความผิดฐานกระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัลหรือกระทำการลามกอย่างอื่น ตามมาตรา 388

ความผิดตามมาตราดังกล่าวได้ถูกนำมาบังคับใช้กับการแสดงอนาจารในสื่อสังคมออนไลน์เช่นเดียวกับการแสดงอนาจารในสถานที่สาธารณะ และย่อมเกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายเช่นเดียวกับการแสดงอนาจารในสถานที่สาธารณะดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ทั้งปัญหาช่องว่างทางกฎหมายในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่มีความผิดปกติทางจิต และปัญหาบทลงโทษสำหรับผู้กระทำความผิด ดังนั้น เพื่อเป็นการอุดช่องว่างของประมวลกฎหมายอาญาไทย เห็นควรแก้ไขมาตรา 388 โดยเพิ่มเป็นวรรคสอง ว่า “กรณีที่มีผู้มีความผิดปกติทางจิตกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ห้ามมิให้พนักงานสอบสวนเปรียบเทียบปรับ แต่ให้พนักงานสอบสวนส่งตัวผู้นั้นให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยสุขภาพจิต เพื่อกำหนดกระบวนการในการบำบัดรักษาตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น” เนื่องจากพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ. 2551 ได้บัญญัติขึ้นเพื่อเป็นมาตรการควบคุมดูแลผู้มีความผิดปกติ ซึ่งการอุดช่องว่างของกฎหมายดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์ของส่วนร่วม และเพื่อประโยชน์ของตัวผู้กระทำความผิดเองที่ไม่ต้องกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก

(4) ความผิดฐานนำเข้าข้อมูลอันลามกตามมาตรา 14 (4) ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

เจตนารมณ์ของมาตรา 14 (4) คือต้องการจะเอาผิดผู้ที่นำเข้าข้อมูลที่ผิดกฎหมายอันเข้าข่ายลามกอนาจาร สู่ระบบคอมพิวเตอร์ อันทำให้ประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้

ผู้แสดงอนาจารบางกลุ่มรู้สึกว่สื่อสังคมออนไลน์ ไม่ว่าจะเป็นโปรแกรมเฟซบุ๊ก (Facebook) แคมฟรอก (Camfrog) สไกป์ (Skype) นั้นเป็นพื้นที่ส่วนตัว เนื่องจากจะเพียงบุคคลที่เป็นเพื่อนหรือสมาชิกเท่านั้นที่จะเข้ามาดู โดยไม่ได้คิดจะทำให้สื่อสังคมออนไลน์ดังกล่าวเป็นสาธารณะเต็มรูปแบบและเมื่อเห็นว่าเป็นพื้นที่ส่วนตัวก็จะสามารถกระทำการใดก็ได้ เพราะเป็นการแสดงเสรีภาพส่วนบุคคลและเป็นความสุขส่วนตัว จนบางคนได้มีแสดงพฤติกรรมที่มีลักษณะอนาจารหรือการลงภาพหรือคลิปที่มีลักษณะอนาจารของตนเองในสื่อสังคมออนไลน์ ทั้งที่ความเป็นจริงแล้วสื่อสังคมออนไลน์ดังกล่าวถือว่าเป็นสาธารณะได้ตลอดเวลา อาจทำให้ภาพหรือคลิปนั้นสามารถเผยแพร่ออกไปสู่สาธารณะได้จากสมาชิกในกลุ่ม และสามารถแพร่กระจายออกไปได้อย่างรวดเร็วและกว้างขวาง นอกจากจะมองว่าเป็นพื้นที่ส่วนตัวแล้ว ยังมีผู้แสดงอนาจารบางกลุ่มได้ที่กระทำไปเพราะหวังได้รับประโยชน์จากการกระทำของตน เช่น ได้รับค่าจ้าง ได้รับความสุข ได้รับความสนใจ ได้รับการยอมรับ หรือบางคนต้องการได้งานในลักษณะดังกล่าวจึงได้มีการกระทำกันเป็นอาชีพ โดยการสร้างเว็บไซต์อันเป็นการสร้างรายได้ที่ชัดเจนจากการแสดงอนาจารของตนเอง

การแสดงอนาจารที่เกิดขึ้นในสื่อสังคมออนไลน์ โดยการเผยแพร่ภาพสด (Live Video) ถือว่าเป็นการนำเข้าข้อมูลอันลามกเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ ซึ่งได้มีการประมวลผลในระบบคอมพิวเตอร์โดยผ่านชุดคำสั่งที่ได้มีการกำหนดอยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ และการเผยแพร่ภาพสดในสื่อสังคมออนไลน์ดังกล่าวได้มีเชื่อมต่อผ่านระบบเครือข่ายและมีลักษณะการทำงานโดยอัตโนมัติตามโปรแกรมที่มีการกำหนดไว้ จึงถือว่าเป็นการนำเข้าข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะอันลามกซึ่งประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงการการกระทำดังกล่าวได้ จึงเข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 14 (4) ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการแสดงอนาจารในสื่อสังคมออนไลน์มีสาระสำคัญอันเป็นองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 14 (4) ผู้กระทำการแสดงอนาจารในสื่อสังคมออนไลน์ ซึ่งเป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยตรง ต้องรับผิดตามมาตราดังกล่าว และเมื่อผู้แสดงอนาจารกระทำความผิดตามมาตรา 14 (4) แล้ว ก็ย่อมไม่เป็นผู้กระทำความผิดในฐานะผู้เผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะอันลามก ตามมาตรา 14 (5) อีก

แต่ทั้งนี้ มีประเด็นปัญหาว่าการแสดงอนาจารที่เกิดขึ้นในสื่อสังคมออนไลน์ โดยการเผยแพร่ภาพสด (Live Video) นอกจากจะใช้เครื่องคอมพิวเตอร์เป็นสื่อกลางในการเชื่อมต่อเข้าสู่ระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตแล้ว ยังมีการใช้สมาร์ตโฟน แท็บเล็ต เป็นสื่อกลางในการเชื่อมต่อเข้า

สู่ระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตได้เช่นเดียวกัน และปัจจุบันนี้ถือว่าเป็นเทคโนโลยีที่สามารถเข้าถึงสื่อสังคมออนไลน์ได้ง่ายและสะดวก จึงมีประเด็นปัญหาว่า คำว่า “ระบบคอมพิวเตอร์” ที่กำหนดไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวนั้น หมายความว่า “อุปกรณ์หรือชุดอุปกรณ์คอมพิวเตอร์ที่เชื่อมการทำงานเข้าด้วยกัน โดยได้มีการกำหนดคำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใด และแนวทางปฏิบัติงานให้อุปกรณ์หรือชุดอุปกรณ์ทำหน้าที่ประมวลผลข้อมูลโดยอัตโนมัติ” ซึ่งการกำหนดถ้อยคำดังกล่าวไม่ได้มีการกล่าวถึงให้มีความชัดเจนและไม่ครอบคลุมถึงเทคโนโลยีอื่นที่ทำงานด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ นอกเหนือจากเครื่องคอมพิวเตอร์ เนื่องจากปัจจุบันไม่ใช่เฉพาะเครื่องคอมพิวเตอร์เท่านั้นที่ใช้ในการประมวลผลเพื่อส่งต่อหรือเผยแพร่ภาพการแสดงอนาจารได้ แต่ยังมีเทคโนโลยีอื่น เช่น สมาร์ทโฟน แท็บเล็ต ซึ่งเป็นอุปกรณ์โทรคมนาคม ที่สามารถทำงานด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ได้เช่นเดียวกัน จึงเป็นประเด็นปัญหาว่าเทคโนโลยีอื่นที่สามารถทำงานด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์อันเชื่อมต่อเข้าระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตในทำนองเดียวกับเครื่องคอมพิวเตอร์นั้นจะจัดอยู่ความหมายของคำว่า “ระบบคอมพิวเตอร์” ด้วยหรือไม่ ในประเด็นปัญหาดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อบทบัญญัติกฎหมายตามพระราชบัญญัติดังกล่าวเป็นกฎหมายอาญา ซึ่งหลักการพื้นฐานประการหนึ่งในทางกฎหมายอาญา คือ หลักการตีความกฎหมายอาญาโดยเคร่งครัด เนื่องจากกฎหมายอาญาได้บัญญัติการกระทำที่เป็นความผิดและโทษไว้อย่างชัดเจนแน่นอนแล้ว ในการนำกฎหมายอาญามาใช้ในการพิจารณาคดีจึงต้องตีความกฎหมายอาญานั้นอย่างเคร่งครัด หมายถึง ห้ามเทียบเคียงกฎหมาย (analogy) แต่ไม่ห้ามการตีความเพื่อขยายความได้ โดยยึดถือสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองเป็นหลัก อันเป็นการตีความตามตัวอักษรควบคู่ไปกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย จึงอาจจะขยายความตามบริบทและความหมายที่แท้จริงของบทบัญญัติได้ ไม่ต้องห้ามไม่ว่าจะมีผลเป็นคุณหรือเป็นโทษแก่การกระทำตามเพราะเป็นการทำความเข้าใจของบทบัญญัติกฎหมายให้สมบูรณ์³ หากมีการตีความแบบผิวเผินก็อาจจะตีความได้ว่าเทคโนโลยีอื่น เช่น สมาร์ทโฟน แท็บเล็ต ที่สามารถทำงานด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งสามารถประมวลผลข้อมูลโดยอัตโนมัติได้เช่นเดียวกับเครื่องคอมพิวเตอร์ นั้นอาจอยู่ในความหมายของ “ระบบคอมพิวเตอร์” แต่ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติของพระราชบัญญัติดังกล่าวปรากฏว่าไม่มีถ้อยคำใดในบทนิยามของคำว่า “ระบบคอมพิวเตอร์” ที่ให้ความหมายรวมถึงเทคโนโลยีอื่นหรืออุปกรณ์โทรคมนาคมแต่อย่างใด ดังนั้น จึงทำให้หลักกฎหมายดังกล่าวไม่ครอบคลุมถึงการใช้สมาร์ทโฟน หรือแท็บเล็ต เป็นอุปกรณ์ในการแพร่ภาพสด (Live Video) การแสดงอนาจารบนสื่อสังคมออนไลน์

³ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*, น. 26.

นอกจากนี้ คำว่า “ข้อมูลคอมพิวเตอร์” ที่กำหนดไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว หมายความว่า “ข้อมูล ข้อความ คำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใดบรรดาที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ในสภาพที่ระบบคอมพิวเตอร์อาจประมวลผลได้ และให้หมายความรวมถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วย” ซึ่งถ้อยคำดังกล่าวหมายถึงข้อมูลและชุดคำสั่งทั้งหมดที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์หากอยู่ในสภาพที่ระบบคอมพิวเตอร์อาจประมวลผลได้ จึงเกิดประเด็นปัญหาว่าการแสดงอนาจารผ่านสื่อสังคมออนไลน์ โดยการแพร่ภาพสด (Live Video) โดยผู้กระทำได้แสดงหรือโชว์ผ่านกล้อง ซึ่งมีการส่งสัญญาณภาพและเสียงในลักษณะที่เป็นแบบเรียลไทม์ (Real time) จึงเกิดปัญหาในการตีความว่าสัญญาณภาพและเสียงแบบเรียลไทม์ (Real time) จะอยู่ในความหมายของคำว่า “ข้อมูลคอมพิวเตอร์” หรือไม่ ซึ่งจากการพิจารณาจากบทนิยามดังกล่าวแล้ว อาจตีความว่าสัญญาณภาพและเสียงของการแสดงอนาจารดังกล่าวเป็นการกระทำที่ได้มีการส่งผ่านเข้าไปในระบบคอมพิวเตอร์ในสภาพที่ระบบคอมพิวเตอร์ประมวลผลออกมาทางจอคอมพิวเตอร์ จึงอยู่ในขอบเขตของคำว่า “สิ่งอื่นใด” ตามบทนิยามดังกล่าว

สำหรับอัตราโทษ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ตามมาตรา 14 (4) ได้กำหนดอัตราโทษ คือ จำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งอัตราโทษดังกล่าวมีความเหมาะสมเพียงพอที่จะยับยั้งการกระทำความผิดได้

ดังนั้น จากการศึกษาปัญหาเรื่องการแสดงอนาจารในสื่อสังคมออนไลน์ พบว่ามาตราดังกล่าวมีหลักการในการควบคุมการแสดงอนาจารที่ใช้เครื่องคอมพิวเตอร์นำเข้าสู่ข้อมูลอันลามกเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์อยู่แล้ว เพียงมาตราดังกล่าวไม่ครอบคลุมถึงการใช้สมาร์ทโฟน หรือแท็บเล็ต เป็นอุปกรณ์ในการแพร่ภาพสด (Live Video) การแสดงอนาจารบนสื่อสังคมออนไลน์

อย่างไรก็ตาม นอกจากประเด็นปัญหาของแต่ละมาตราที่นำมาบังคับใช้กับการแสดงอนาจารในสื่อสังคมออนไลน์ โดยการแพร่ภาพสด (Live Video) ที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ยังมีประเด็นปัญหาโดยรวมที่เกิดขึ้นได้กับการกระทำความผิดดังกล่าว นั่นก็คือ ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายวิธีสบัญญัติและการบังคับใช้กฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการติดตามตัวผู้กระทำความผิดโทษ การเก็บรวบรวมพยานหลักฐาน การนำเสนอพยานหลักฐาน กล่าวคือ เมื่อมีผู้พบเห็นการเผยแพร่สิ่งลามกอนาจารในสื่อสังคมออนไลน์ ไม่ว่าจะเป็นพนักงานสอบสวนหรือประชาชนทั่วไป โดยส่วนใหญ่ก็จะจัดเก็บพยานหลักฐานเกี่ยวกับสิ่งลามกอนาจารที่ได้พบเห็น รวมทั้งข้อบัญญัติการใช้งานสื่อสังคมออนไลน์ของผู้กระทำความผิด เช่น ข้อบัญญัติเฟซบุ๊ก โดยส่วนใหญ่จะใช้วิธีการถ่ายภาพหน้าจอแล้วบันทึกเป็นไฟล์ภาพเอาไว้ในเครื่องคอมพิวเตอร์ หรือสมาร์ทโฟน แล้วพิมพ์ออกมาเป็นกระดาษเพื่อใช้เป็นต่อศาล แต่การเก็บหลักฐานดังกล่าวยังมีไม่น่าเชื่อถือ เนื่องจากเมื่อบันทึกเป็นไฟล์ภาพในเครื่องคอมพิวเตอร์ ย่อมถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไขโดยโปรแกรมตัดต่อภาพได้ง่าย

นอกจากการจัดเก็บพยานหลักฐานดังกล่าวแล้ว ยังสามารถสืบหาตัวผู้กระทำความผิดได้ด้วยการสืบค้นจากหมายเลข IP Address ที่ผู้ใช้บริการได้รับจากผู้ให้บริการ หรือ Internet Service Provider (ISP) ซึ่งใช้สำหรับการส่งข้อมูลติดต่อระหว่างกัน โดยทุกครั้งที่มีการส่งหรือรับข้อมูลอันเป็นสิ่งลามกอนาจารในสื่อสังคมออนไลน์ หมายเลข IP Address ก็จะมีระบุว่าเป็นสิ่งลามกอนาจารดังกล่าวได้ถูกส่งมาจากที่ใด และได้ถูกส่งไปยังที่ใด เมื่อพนักงานสอบสวนได้หมายเลข IP Address ที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดแล้ว ก็มีอำนาจสั่งให้ผู้ให้บริการจัดส่งข้อมูลเกี่ยวกับหมายเลข IP Address ดังกล่าวได้ ตามมาตรา 18 (3) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม เนื่องจากผู้ให้บริการมีหน้าที่ต้องจัดเก็บข้อมูลหมายเลข IP Address เอาไว้อย่างน้อยเก้าสิบวันนับแต่วันที่มีการเผยแพร่สิ่งลามกอนาจารในสื่อสังคมออนไลน์ ตามมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ซึ่งจะสามารถทำให้ทราบถึงรายละเอียดของผู้เป็นเจ้าของหมายเลข IP Address ดังเช่น เช่น ชื่อ - สกุล ที่อยู่ หมายเลขโทรศัพท์ รวมถึงวันและเวลาที่กระทำความผิด ทั้งนี้ ในทางเทคนิคหมายเลข IP Address อาจมีการปลอมแปลงขึ้นได้ อีกทั้งผู้จดทะเบียนขอใช้บริการอินเทอร์เน็ต ซึ่งเป็นเจ้าของ IP Address อาจจะไม่ได้เป็นผู้ที่ใช้สื่อสังคมออนไลน์กระทำความผิดก็ได้ เช่น การใช้งานสื่อสังคมออนไลน์ของสมาชิกในครอบครัว แต่หมายเลขหมายเลข IP Address จะถูกบันทึกเป็นหมายเลขเดียวกันโดยไม่แยกว่าผู้ใดเป็นผู้ใช้งานจริง ทั้งนี้ ข้อมูลที่ได้จากหมายเลข IP Address อาจจะมีระบุถึงสถานที่และเวลาที่ใช้ในการกระทำความผิดได้ แต่ยังไม่สามารถระบุตัวตนของผู้กระทำความผิดได้อย่างชัดเจนเพียงพอแต่อย่างไรก็ตาม ในประเด็นปัญหาเรื่องการระบุตัวตนของผู้กระทำความผิดนั้น จะเกิดขึ้นเฉพาะกรณีที่ผู้กระทำความผิดไม่เปิดเผยใบหน้าของตนเองในขณะที่มีการแพร่ภาพสด (Live Video) ซึ่งก็เกิดขึ้นไม่มากนัก เพราะโดยส่วนใหญ่แล้วผู้กระทำความผิดจะเปิดเผยตัวตนของตัวเองทั้งใบหน้าและร่างกาย เนื่องจากต้องการอยากเด่น อยากดัง อยากให้เป็นที่รู้จักของสังคม จึงจำต้องให้บุคคลเห็นว่าตนนั้นเป็นใคร ดังนั้น เมื่อได้รายละเอียดของหมายเลข IP Address แล้ว แม้เจ้าของหมายเลข IP Address จะไม่ใช่ผู้กระทำความผิด ก็อาจเชื่อมโยงกับตัวผู้กระทำความผิดที่แท้จริงได้

และหากผู้ให้บริการไม่ให้ความร่วมมือในการตรวจสอบรายละเอียดหมายเลข IP Address ดังกล่าว พนักงานสอบสวนสามารถตรวจสอบและเข้าถึงข้อมูลหมายเลข IP Address เพื่อสืบสวนหาตัวผู้กระทำความผิดได้ด้วยตัวเอง โดยไม่ต้องสั่งให้ผู้ให้บริการส่งมอบข้อมูลหมายเลข IP Address ดังกล่าวได้ตามมาตรา 18 (6) เพียงแต่พนักงานสอบสวนจะต้องยื่นคำร้องอนุญาตพร้อมทั้งระบุเหตุอันควรเชื่อได้ถึงการกระทำความผิด เหตุผลที่ต้องใช้อำนาจ ลักษณะของการกระทำความผิด รายละเอียดเกี่ยวกับอุปกรณ์ที่จะใช้ตรวจสอบ รวมทั้งต้องรายงานผลการตรวจสอบต่อศาลภายในสี่สิบแปดชั่วโมง ตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวให้อำนาจของพนักงานสอบสวนไว้เพียงพอสำหรับการสืบสวนหาตัวผู้กระทำความผิดได้

แทบทุกรูปแบบ เพียงแต่ต้องมีระบบตรวจสอบล่วงหน้าโดยศาล พนักงานสอบสวนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ไม่สามารถใช้อำนาจในการเข้าถึงหรือตรวจสอบข้อมูลของประชาชนโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรและใช้อำนาจเกินความจำเป็นเพื่อหาตัวผู้กระทำความผิดได้ ดังนั้น แม้ว่าในปัจจุบันจะมีหลายกรณีที่ไม่สามารถสืบสวนหาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้ แต่แทนที่จะใช้วิธีการออกกฎหมายใหม่เพื่อเป็นการเพิ่มอำนาจให้กับพนักงานเจ้าหน้าที่จนเกินสมควร และอาจส่งผลกระทบต่อเสรีภาพส่วนบุคคลประชาชนมากเกินไป รัฐควรหันมาพัฒนาศักยภาพของพนักงานเจ้าหน้าที่ให้มีความเชี่ยวชาญ รวมทั้งจัดหาเครื่องมือและอุปกรณ์ที่มีประสิทธิภาพและมีความทันสมัยเพื่อให้ทันกับเทคโนโลยีที่มีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา

4.2.2 วิเคราะห์ความรับผิดชอบของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยอ้อม

ในการแสดงอนาจารนั้น นอกจากผู้กระทำการแสดงอนาจาร ซึ่งเป็นผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยตรงแล้ว ยังมีผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยอ้อม คือ ผู้ถ่ายภาพการแสดงอนาจาร ซึ่งการกระทำดังกล่าวอาจส่งผลให้เกิดความรับผิดทางอาญาแก่ผู้นั้น โดยแยกวิเคราะห์ความรับผิดของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยอ้อมตามพื้นที่การกระทำความผิดเป็น 2 กลุ่ม คือ ในสถานที่สาธารณะ และในสื่อสังคมออนไลน์

4.2.2.1 ความรับผิดในฐานะผู้กระทำความผิด

(1) การแสดงอนาจารโดยซึ่งหน้า

(1.1) ความผิดฐานเผยแพร่สิ่งลามก ตามมาตรา 287 (1)

แม้ผู้แสดงอนาจารในสถานที่สาธารณะ ซึ่งเป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยตรงได้ ไม่มีความผิดตามมาตรา 287(1) ผู้อื่นที่ให้การช่วยเหลือผู้แสดงอนาจารในขณะที่กระทำการแสดงอนาจาร ไม่ว่าจะช่วยเหลือบันทึกหรือเผยแพร่ภาพหรือวิดีโอการกระทำดังกล่าว ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยอ้อม ย่อมไม่ถือว่าเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิดในการแสดงอนาจาร ตามมาตรา 86 แต่ทั้งนี้ เมื่อได้มีการถ่ายหรือบันทึกภาพลงในสื่อต่างๆ ย่อมทำให้สิ่งดังกล่าวมีลักษณะเป็นวัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้รู้หรือเห็นถึงการกระทำทางเพศ อันเป็นรูปแบบหนึ่งของสิ่งลามก ตามมาตรา 287 (1) หากผู้ถ่ายภาพได้เก็บภาพดังกล่าวไว้เป็นการส่วนตัว โดยไม่ทำให้มีการแพร่หลายหรือนำออกไปเผยแพร่ และภาพนั้นไม่ใช่ของเด็กที่อายุไม่เกิน 18 ปี หรือมีเด็กที่อายุไม่เกิน 18 ปี ร่วมอยู่ด้วย ย่อมไม่เข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 287 เนื่องจากเป็นไปตามหลักการ “adult and alone” แต่หากมีการพิมพ์ภาพดังกล่าวออกในรูปของเอกสาร รูปถ่าย นำออกไปเผยแพร่หรือทำให้แพร่หลายไม่ว่าจะโดยประการใด เพื่อต้องการที่จะแจกจ่ายหรือแสดงอวดแก่ประชาชน ย่อมเข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 287 (1)

ความผิดฐานเผยแพร่สิ่งลามก ตามมาตรา 287 (1) ได้กำหนดอัตราโทษ คือ จำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งอัตราโทษดังกล่าวมีความเหมาะสมเพียงพอสำหรับการลงโทษผู้กระทำความผิดแล้ว

ดังนั้น จากการศึกษาปัญหาเรื่องการแสดงอนาจารในสถานที่สาธารณะ พบว่ามาตราดังกล่าวมีหลักการในการควบคุมการเผยแพร่สิ่งลามกในสถานที่สาธารณะอยู่แล้ว และอัตราโทษที่กำหนดไว้ก็มีความเหมาะสมเพียงพอที่จะยับยั้งการกระทำความผิดได้

(1.2) ความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/1 และความผิดฐานเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/2 (1)

แม้เมื่อผู้แสดงอนาจารในสถานที่สาธารณะ ซึ่งเป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยตรงได้ ไม่มีความผิดตามมาตรา 287/1 และมาตรา 287/2 แต่ทั้งนี้ เมื่อได้มีการถ่ายหรือบันทึกภาพลงในสื่อต่างๆ ที่เป็นของเด็กหรือมีเด็กร่วมอยู่ด้วย ย่อมทำให้สิ่งดังกล่าวมีลักษณะเป็นวัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศ อันเป็นรูปแบบหนึ่งของสื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/1 หรือได้รับสื่อลามกอนาจารเด็กดังกล่าว แล้วเก็บไว้เป็นการส่วนตัว แม้จะไม่ทำให้มีการแพร่หลายหรือนำออกไปเผยแพร่ แต่ถือเอาเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศ ย่อมเข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 287/1 วรรคหนึ่ง และหากผู้นั้นได้ทำการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กนั้นออกไป ย่อมเข้าองค์ประกอบความผิด ตามมาตรา 287/1 วรรคสอง และถ้าการเผยแพร่ดังกล่าวมีเจตนาเพื่อแสดงอวดแก่ประชาชน ย่อมเข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 287/2 (1) ด้วย

ความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/1 วรรคหนึ่ง กำหนดอัตราโทษ คือ จำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ความผิดฐานส่งต่อสื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/1 วรรคสอง กำหนดอัตราโทษ จำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ความผิดฐานเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/2 (1) กำหนดอัตราโทษ คือ จำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบปี ซึ่งอัตราโทษดังกล่าวมีความเหมาะสมเพียงพอที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดแล้ว

ดังนั้น จากการศึกษาปัญหาเรื่องการแสดงอนาจารในสถานที่สาธารณะ พบว่ามาตราดังกล่าวมีหลักการในการควบคุมการครอบครอง การส่งต่อ และการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กในสถานที่สาธารณะอยู่แล้ว และอัตราโทษที่กำหนดไว้ก็มีความเหมาะสมเพียงพอที่จะยับยั้งการกระทำความผิดได้

(1.3) ความผิดฐานหมิ่นประมาทตามมาตรา 326 และความผิดฐานหมิ่นประมาทด้วยการโฆษณาตามมาตรา 328

แม้ผู้แสดงอนาจารในสถานที่สาธารณะจะมีลักษณะของการกระทำอันเป็นสาระสำคัญไม่เข้าองค์ประกอบความผิดฐานหมิ่นประมาทตามมาตรา 326 และความผิดฐานหมิ่นประมาทด้วยการโฆษณาตามมาตรา 328 ก็ตาม แต่เมื่อได้มีผู้อื่นถ่ายหรือบันทึกภาพการแสดงอนาจารแล้วเก็บไว้เป็นการส่วนตัว ไม่ได้ทำให้แพร่หลายหรือนำออกไปเผยแพร่ ย่อมไม่เข้าองค์ประกอบความผิดดังกล่าวเช่นกัน เนื่องจากยังไม่ได้มีการใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สามหรือด้วยการโฆษณา แต่หากผู้ถ่ายได้มีการทำให้แพร่หลายหรือนำออกเผยแพร่ไม่ว่าจะโดยวิธีการใดต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้ที่ถูกถ่ายภาพหรือวิดีโอ นั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง แม้ว่าภาพหรือวิดีโอการแสดงอนาจารนั้นจะเป็นความจริง การกระทำของผู้เผยแพร่ย่อมเข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 326 เนื่องจากต้องห้ามมิให้มีการพิสูจน์ตามมาตรา 330 เพราะการแสดงอนาจารดังกล่าวถือว่าเป็นเรื่องส่วนตัวของผู้กระทำการแสดงอนาจาร และการพิสูจน์ไม่เป็นประโยชน์แก่ประชาชน และหากได้มีการทำให้แพร่หลายหรือนำออกเผยแพร่ไปสู่สาธารณะ เป็นเหตุให้ผู้เผยแพร่ต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 328 จะเห็นได้ว่าแม้ผู้แสดงอนาจารจะเป็นผู้กระทำความผิดในฐานอื่นตามกฎหมายอาญาแล้ว ในทางกลับกันผู้ถ่ายนั้นอาจตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทดังกล่าวได้เช่นกัน ซึ่งทำให้ผู้ถ่ายได้รับผลกระทบต่อชื่อเสียงจากการที่ถูกนำภาพหรือวิดีโอดังกล่าวไปเผยแพร่

ความผิดฐานหมิ่นประมาทตามมาตรา 326 ได้กำหนดอัตราโทษ คือ “จำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” และความผิดฐานหมิ่นประมาทด้วยการโฆษณาตามมาตรา 328 ได้กำหนดอัตราโทษ คือ “จำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” ซึ่งอัตราโทษตามที่กำหนดไว้ทั้งสองมาตราดังกล่าวถือว่ามีความเหมาะสมเพียงพอที่จะนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษแล้ว

ดังนั้น จากการศึกษาปัญหาเรื่องการแสดงอนาจารในสถานที่สาธารณะ พบว่ามาตราดังกล่าวมีหลักการในการควบคุมการหมิ่นประมาทในสถานที่สาธารณะอยู่แล้ว และอัตราโทษที่กำหนดไว้ก็มีความเหมาะสมเพียงพอที่จะยับยั้งการกระทำความผิดได้

(2) การแสดงอนาจารโดยระยะทาง

(2.1) ความผิดฐานหมิ่นประมาทตามมาตรา 326 และความผิดฐานหมิ่นประมาทด้วยการโฆษณาตามมาตรา 328

หลักในการพิจารณาความองค์ประกอบความรับผิดและโทษของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยอ้อม ในการกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทตามมาตรา 326 และความผิดฐานหมิ่นประมาทด้วยการโฆษณาตามมาตรา 328 ในสื่อสังคมออนไลน์ นั้น เป็นไปในหลักการ

เกี่ยวกับการกักการกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทตามมาตรา 326 และความผิดฐานหมิ่นประมาทด้วยการโฆษณาตามมาตรา 328 ในสถานที่สาธารณะ ดังที่กล่าวมาแล้วในข้อ 4.2.1.1 (3)

(2.2) ความผิดฐานเผยแพร่ข้อมูลอันลามกตามมาตรา 14 (5) ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

เมื่อผู้แสดงอนาจารซึ่งเป็นผู้เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยตรง จะมีความผิดตามมาตรา 14 (4) แล้ว นอกจากผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยอ้อม ซึ่งเป็นผู้อื่นให้การช่วยเหลือผู้แสดงอนาจารในขณะกระทำการแสดงอนาจาร ไม่ว่าจะช่วยเหลือบันทึกหรือเผยแพร่ภาพหรือวิดีโอการกระทำดังกล่าว จะมีความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิดในการแสดงอนาจาร ตามมาตรา 86 แล้ว หากผู้นั้นได้มีการเผยแพร่หรือส่งต่อในระบบคอมพิวเตอร์ โดยรู้ย่อว่าภาพหรือวิดีโอดังกล่าวเป็นการแสดงอนาจารซึ่งเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์อันลามก ย่อมมีความผิดตามมาตรา 14 (5) อีกฐานหนึ่ง

ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ได้มีบทบัญญัติกฎหมายที่สามารถนำมาบังคับใช้กับผู้กระทำความผิดดังกล่าว คือ มาตรา 14 (5) กำหนดอัตราโทษ คือ จำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

อย่างไรก็ตาม การกระทำความผิดตามมาตราดังกล่าวของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยอ้อมนั้น มีปัญหาที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายวิธีสบัญญัติและการบังคับใช้กฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการติดตามตัวผู้กระทำความผิดโทษ การเก็บรวบรวมพยานหลักฐาน การนำเสนอพยานหลักฐาน ในลักษณะเช่นเดียวกับการกระทำความผิดของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยตรงในสื่อสังคมออนไลน์ ดังที่กล่าวมาแล้วในข้อที่ 4.1.2.2

4.2.2.2 ความรับผิดในฐานะผู้สนับสนุน

(1) การแสดงอนาจารโดยซึ่งหน้า

จากที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ซึ่งได้มีการศึกษาเปรียบเทียบรายละเอียดของความผิดฐานต่างๆ ที่ในกฎหมายอาญากับการแสดงอนาจาร ไม่ปรากฏว่าผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยอ้อมในสถานที่สาธารณะมีความรับผิดทางอาญาในฐานะผู้สนับสนุนการกระทำความผิดฐานใดเลย

(2) การแสดงอนาจารโดยระยะทาง

มาตรา 86 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำด้วยประการใดๆ อันเป็นการช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวกในการที่ผู้อื่นกระทำความผิดก่อนหรือขณะกระทำความผิด แม้ผู้กระทำความผิดจะมีได้รู้ถึงการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกนั้นก็ตาม ผู้นั้นเป็น

ผู้สนับสนุนการกระทำความผิด ต้องระวางโทษสองในสามส่วนของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดที่สนับสนุนนั้น”

มาตราดังกล่าวมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนี้

1. ต้องมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น หมายถึง มีการกระทำเข้าขั้นที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด หากไม่มีการกระทำความผิด ก็ไม่มีผู้สนับสนุน

2. กระทำด้วยประการใดๆ อันเป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกในการที่ผู้อื่น (ผู้ลงมือ) กระทำความผิดที่ได้เกิดขึ้นนั้น แม้การช่วยเหลือหรือการให้ความสะดวกจะเป็นเพียงส่วนหนึ่งที่ทำให้ความผิดเกิดขึ้น และไม่จำเป็นต้องให้การช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกโดยตรง อาจเป็นการช่วยเหลือกันเป็นทอดๆ ซึ่งอาจกระทำโดยการใช้อำนาจก็ได้

3. มีเจตนาช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกในการที่ผู้อื่น (ผู้ลงมือ) กระทำความผิดที่ได้เกิดขึ้นนั้น อันเป็นเจตนาประสงค์ต่อผล หรือเล็งเห็นผลก็ได้

4. เกิดขึ้นก่อน หรือขณะ กระทำความผิด

5. ไม่ว่าผู้กระทำความผิด (ผู้ลงมือ) นั้นจะได้อำนาจหรือมิได้อำนาจถึงการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกนั้นก็ตาม ซึ่งอาจเกิดขึ้นโดยผู้สนับสนุนเจตนาฝ่ายเดียวก็ได้

ดังนั้น เมื่อผู้กระทำการแสดงอนาจารต้องรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำของตน ผู้คนที่ให้การช่วยเหลือผู้แสดงอนาจารก่อนหรือในขณะที่กระทำความผิด ไม่ว่าจะช่วยเหลือด้วยวิธีหรือเผยแพร่ภาพหรือวิดีโอการกระทำดังกล่าว ถือว่าผู้นั้นเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิดดังกล่าว ตามมาตรา 86 และผู้นั้นจะต้องรับโทษสองในสามสำหรับความผิดที่สนับสนุน

จากการศึกษาปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเพื่อควบคุมการแสดงอนาจารตามกฎหมายอาญาไทยในปัจจุบันที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ปรากฏว่าผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยอ้อมที่ต้องรับผิดชอบผู้สนับสนุนการแสดงอนาจารในสื่อสังคมออนไลน์ โดยการเผยแพร่ภาพสด (Live Video) ได้แก่ ความผิดฐานเผยแพร่สิ่งลามก ตามมาตรา 287 (1) ความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/1 ความผิดฐานกระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัลตามมาตรา 388 และความผิดฐานนำเข้าสู่ข้อมูลอันลามกตามมาตรา 14 (4) ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

(2.1) ความผิดฐานเผยแพร่สิ่งลามก ตามมาตรา 287 (1)

เมื่อผู้กระทำการแสดงอนาจารมีความผิดตามมาตรา 287 (1) แล้วมีผู้อื่นที่ให้การช่วยเหลือผู้แสดงอนาจารในขณะที่กระทำการแสดงอนาจาร ไม่ว่าจะช่วยเหลือด้วยวิธีหรือเผยแพร่ภาพหรือวิดีโอการกระทำดังกล่าว ถือว่าผู้นั้นเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิดในการแสดงอนาจารตามมาตรา 86

ความผิดฐานเผยแพร่สิ่งลามก ตามมาตรา 287 (1) กำหนดอัตราโทษ คือ จำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(2.2) ความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/1 และความผิดฐานเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/2 (1)

เมื่อผู้กระทำการแสดงอนาจารมีความผิดตามมาตรา 287/1 และมาตรา 287/2 (1) แล้วมีผู้อื่นที่ให้การช่วยเหลือผู้แสดงอนาจารในขณะที่กระทำการแสดงอนาจารไม่ว่าจะเป็นช่วยบันทึกหรือเผยแพร่ภาพหรือวิดีโอการกระทำดังกล่าว ถือว่าผู้นั้นเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิดในการแสดงอนาจาร ตามมาตรา 86

ความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/1 วรรคหนึ่ง กำหนดอัตราโทษ คือ จำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ความผิดฐานส่งต่อสื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/1 วรรคสอง กำหนดอัตราโทษ จำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ความผิดฐานเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/2 (1) กำหนดอัตราโทษ คือ จำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงสองแสนบาท

(2.3) ความผิดฐานกระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัลตามมาตรา 388

เมื่อผู้กระทำการแสดงอนาจารมีความผิดตามมาตรา 388 แล้วมีผู้อื่นที่ให้การช่วยเหลือผู้แสดงอนาจารในขณะที่กระทำการแสดงอนาจารไม่ว่าจะเป็นช่วยบันทึกหรือเผยแพร่ภาพหรือวิดีโอการกระทำดังกล่าว ถือว่าผู้นั้นเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิดในการแสดงอนาจารตามมาตรา 86

ความผิดฐานกระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัลหรือกระทำการลามกอย่างอื่น ตามมาตรา 388 กำหนดอัตราโทษ คือ ปรับไม่เกินห้าพันบาท

(2.4) ความผิดฐานนำเข้าข้อมูลอันลามกตามมาตรา 14 (4) ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

เมื่อผู้แสดงอนาจารมีความผิดตามมาตรา 14 (4) ผู้อื่นที่ให้การช่วยเหลือผู้แสดงอนาจารในขณะที่กระทำการแสดงอนาจารไม่ว่าจะเป็นช่วยบันทึกหรือเผยแพร่ภาพหรือวิดีโอการกระทำดังกล่าว ย่อมเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิดในการแสดงอนาจาร ตามมาตรา 86

ความผิดฐานนำเข้าข้อมูลอันลามก ตามมาตรา 14 (4) กำหนดอัตราโทษ คือ จำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ปัญหาการแสดงอนาจารยังปรากฏให้เห็นอยู่ในสภาพสังคมปัจจุบัน ไม่ว่าจะโดยซึ่งหน้าหรือโดยระยะทาง ที่เกิดขึ้นในลักษณะส่วนบุคคล และแบบสาธารณะ ซึ่งปัญหาการแสดงอนาจารโดยซึ่งหน้านั้นได้เกิดขึ้นมายาวนานตั้งแต่ในอดีต เพียงไม่ได้รับความสนใจจากผู้คนในสังคมมากนัก เนื่องจากผู้ที่รับรู้พฤติกรรมการแสดงอนาจารจะจำกัดอยู่เฉพาะผู้ที่พบเห็นการกระทำดังกล่าว แต่ปัจจุบันเทคโนโลยีหรือสื่อสังคมออนไลน์ได้เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำดังกล่าว โดยผู้กระทำได้ใช้สื่อสังคมออนไลน์ในการแสดงหรือโชว์ในลักษณะที่เป็นการยั่วยุหรือกระตุ้นอารมณ์ทางเพศ หรือแสดงกิจกรรมการร่วมเพศให้ผู้อื่นได้ดู ซึ่งปัญหาดังกล่าวถือว่าเป็นปัญหาสังคมที่นับวันจะทวีความรุนแรงเพิ่มมากขึ้น รัฐจึงต้องเร่งเข้ามาควบคุมดูแลและป้องกันแก้ไขปัญหา

การแสดงอนาจารแม้จะเป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ก็ไม่ได้หมายความว่า การกระทำทุกกรณีจะเป็นความผิดต่อกฎหมาย แต่ควรต้องจัดแบ่งประเภท ลักษณะ รูปแบบ ระดับความรุนแรง และผลกระทบที่มีต่อสังคมโดยรวมให้ชัดเจนว่า การกระทำใดเป็นความผิดที่จะต้องมีกฎหมายเข้ามาควบคุมดูแล และการกระทำใดเป็นขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพในการแสดงออกทางเพศส่วนบุคคลที่กฎหมายไม่ควรเข้าไปควบคุมหรือเข้าไปล่วงล้ำจนเกินไป เพื่อขจัดประเด็นปัญหาข้อโต้เถียงที่อาจจะเกิดขึ้นได้ในเรื่องสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลดังกล่าว เพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างการรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนและสังคม และสอดคล้องกับยุคสมัยของสังคมที่มีการเปลี่ยนแปลง โดยเฉพาะเทคโนโลยีหรือสื่อสังคมออนไลน์ที่มีการพัฒนาขึ้นอย่างรวดเร็ว

การที่จะพิจารณาว่าการแสดงอนาจารในลักษณะใดสมควรที่จะได้รับการลงโทษนั้น ผู้เขียนได้มีการกำหนดค่านิยมหรือให้ความหมายของการแสดงอนาจารให้มีความชัดเจนมากขึ้น เพื่อที่จะได้ทราบถึงกรอบของพฤติกรรมในการกำหนดความผิดทางอาญา แต่การกำหนดเพียงค่านิยมก็อาจจะยังไม่เพียงพอ เนื่องจากบุคคลทุกคนมีเสรีภาพในการแสดงออกทางเพศ หากเพียงแต่ผู้กระทำแสดงพฤติกรรมตามที่กำหนดในค่านิยมแล้วจะต้องถูกลงโทษ ก็จะเป็นการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกทางเพศส่วนบุคคลจนเกินสมควร ดังนั้น เพื่อไม่ให้บุคคลแสดงออกซึ่งเสรีภาพทางเพศจนเกินขอบเขต หรือไม่ให้กฎหมายไปกระทบเสรีภาพในการแสดงออกทางเพศจนเกินไป จึงได้มีการพิจารณาถึงขอบเขตลักษณะของการแสดงอนาจารว่าการแสดงอนาจารในลักษณะใดที่

จำต้องกำหนดให้ต้องรับผิดชอบทางอาญา และการแสดงอนาจารในลักษณะใดได้รับการยกเว้นไม่จำต้องกำหนดให้ต้องรับผิดชอบทางอาญา ซึ่งสามารถพิจารณาแนวทางในการลงโทษ โดยจัดลำดับตามการกระทำที่ควรได้รับการตำหนิหรือความชั่ว (Schuld) ได้ดังนี้

(1) การแสดงอนาจารโดยซึ่งหน้าที่มีลักษณะแบบสาธารณะ (Public) เป็นการกระทำที่สมควรได้รับการลงโทษมากที่สุด

(2) การแสดงอนาจารโดยระยะทางที่มีลักษณะแบบสาธารณะ (Public) เป็นกระทำที่สมควรได้รับการลงโทษในลำดับรองลงมา

(3) การแสดงอนาจารโดยซึ่งหน้าที่มีลักษณะแบบส่วนบุคคล (Individual) สมควรได้รับโทษเฉพาะกรณีที่เป็นการแสดงพฤติกรรมในบริเวณที่อยู่นอกตัวอาคาร ที่มีสภาพโล่งแจ้ง เช่น ระเบียง สนามหญ้าหน้าบ้าน ซึ่งผู้คนที่เดินผ่านไปมาสามารถมองเห็นได้ แม้จะถือว่าเป็นพื้นที่ส่วนบุคคล แต่การกระทำถือว่ามีลักษณะเป็นสาธารณะ แต่หากเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นภายในตัวอาคารหรือบ้านซึ่งถือว่าเป็นพื้นที่ส่วนบุคคลโดยแท้ แม้จะมีผู้อื่นใช้กล้องส่องทางไกลแล้วมองเห็นการกระทำดังกล่าวก็ตาม ไม่สมควรได้รับการลงโทษ

(4) การแสดงอนาจารโดยระยะทางที่มีลักษณะแบบส่วนบุคคล (Individual) ไม่สมควรได้รับโทษ

สำหรับขอบเขตของ “การแสดงอนาจาร” ที่จะศึกษาในวิทยานิพนธ์นี้ ผู้เขียนมุ่งเน้นศึกษาไปที่ตัวผู้แสดงอนาจารซึ่งเป็นผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยตรง แต่ก็ไม่อาจจะมองข้ามผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการแสดงอนาจารโดยอ้อมได้ โดยบทบัญญัติของกฎหมายที่สามารถนำมาลงโทษตัวผู้แสดงอนาจารโดยซึ่งหน้าในลักษณะพื้นที่แบบส่วนบุคคล มีเพียงบทบัญญัติกฎหมายในประมวลกฎหมายอาญาเพียงมาตราเดียว คือ มาตรา 388 ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวยังมีช่องว่างของกฎหมายในการบังคับใช้กับผู้แสดงอนาจารที่มีความผิดปกติทางจิต ส่วนผู้แสดงอนาจารโดยระยะทางได้มีบทบัญญัติที่สามารถนำมาลงโทษหลายมาตราด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นประมวลกฎหมาย มาตรา 287 (1) มาตรา 287/1 มาตรา 287/2 และมาตรา 388 รวมทั้งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 14 (4) แม้บทบัญญัติมาตรา 14 (4) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม จะมีช่องว่างของกฎหมายที่ไม่ครอบคลุมการกระทำความผิดที่ใช้เทคโนโลยีหรืออุปกรณ์โทรคมนาคมที่สามารถประมวลผลข้อมูลโดยอัตโนมัติได้เช่นเดียวกับเครื่องคอมพิวเตอร์ เช่น สมาร์ทโฟน หรือแท็บเล็ต เป็นเครื่องมือในการแพร่ภาพสด (Live Video) การแสดงอนาจารก็ตาม แต่ก็ยังมีบทบัญญัติมาตราอื่นที่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้ เนื่องจากการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นการกระทำความผิดกรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบท นอกจากนี้ ในส่วนของผู้ที่เกี่ยวข้องกับ

การแสดงอนาจารโดยอ้อมยังมีความรับผิดชอบทางอาญาในฐานะที่เป็นผู้สนับสนุน และในฐานะผู้กระทำความผิดจากการกระทำของตนเองด้วย

5.2 ข้อเสนอแนะ

สำหรับการแสดงอนาจารที่เกิดขึ้นนั้น มีบทบัญญัติกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องหลายมาตรา ถือว่าเป็นการกระทำความผิดกรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบท ให้ใช้กฎหมายบทที่มีโทษหนักสุดลงโทษแก่ผู้กระทำความผิด ตามมาตรา 90 แต่ก็มีบทบัญญัติบางมาตราที่ยังช่องว่างในการบังคับใช้กฎหมายอยู่ ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะมาตรการทางกฎหมายเฉพาะบทบัญญัติที่ควรมีการปรับปรุงแก้ไข เพื่อเป็นการอุดช่องว่างในการบังคับกฎหมาย ดังนี้

1. เห็นควรกำหนดบทนิยามของคำว่า “การแสดงอนาจาร” ไว้ในประมวลกฎหมายอาญา และพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม โดยกำหนดว่า “การแสดงอนาจาร” หมายถึง “พฤติกรรมการแสดงออกทางเพศของบุคคลที่ทำให้ปรากฏออกมาหรืออวดให้ผู้อื่นได้เห็น โดยการเปลือยกาย การเปิดเผยร่างกายในส่วนที่ควรจะต้องปกปิด การแสดงกิจกรรมร่วมเพศ รวมถึงการแสดงท่าทางอื่นๆ อันมีลักษณะของการกระทำเป็นไปในทางยั่วเย้าหรือกระตุ้นให้เกิดความรู้สึกลงทางเพศแก่ผู้อื่น” ซึ่งการกำหนดคำนิยามดังกล่าวต้องพิจารณาควบคู่ไปกับลักษณะของการแสดงอนาจารที่จะต้องรับโทษด้วย ดังนี้

- (1) ต้องเป็นการแสดงอนาจารโดยซึ่งหน้าที่มีลักษณะแบบสาธารณะ (Public)
- (2) ต้องเป็นการแสดงอนาจารโดยระยะทางที่มีลักษณะแบบสาธารณะ (Public)
- (3) ต้องเป็นการแสดงอนาจารโดยซึ่งหน้าที่มีลักษณะแบบส่วนบุคคล (Individual)

ในกรณีที่เป็นการแสดงพฤติกรรมในบริเวณที่อยู่นอกตัวอาคารที่มีสภาพโล่งแจ้ง

2. เห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 388 โดยเพิ่มวรรคสอง ว่า “กรณีที่ผู้มีความผิดปกติทางจิตกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ห้ามมิให้พนักงานสอบสวนเปรียบเทียบปรับ แต่ให้พนักงานสอบสวนส่งตัวผู้ผิดนั้นให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยสุขภาพจิต เพื่อกำหนดกระบวนการในการบำบัดรักษาตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น” เพื่อเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมาย และเพื่อประโยชน์ของส่วนร่วม และเพื่อประโยชน์ของตัวผู้กระทำความผิดเองที่ไม่ต้องกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก

3. เห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมบทนิยามของคำว่า “ระบบคอมพิวเตอร์” ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม โดยกำหนดบทนิยามให้มีความหมายครอบคลุมเทคโนโลยีหรืออุปกรณ์โทรคมนาคมอื่นที่ทำหน้าที่ประมวลผลข้อมูลโดยอัตโนมัติเช่นเดียวกับเครื่องคอมพิวเตอร์ เพื่อให้สอดคล้องและครอบคลุมรูปแบบการแสดง

อนาจารที่มีความหลากหลายมากขึ้น และสอดคล้องกับความก้าวหน้าของเทคโนโลยีที่มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง

นอกจากมาตรการทางกฎหมายแล้ว ผู้เขียนขอเสนอแนะมาตรการคู่ขนานเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ดังนี้

1. แม้ว่าในปัจจุบันจะมีหลายกรณีที่ไม่สามารถสืบสวนหาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้ แต่แทนที่จะใช้วิธีการออกกฎหมายใหม่เพื่อเป็นการเพิ่มอำนาจให้กับพนักงานเจ้าหน้าที่จนเกินสมควร และอาจส่งผลกระทบต่อเสรีภาพส่วนบุคคลประชาชนมากเกินไป รัฐควรหันมาพัฒนาศักยภาพของพนักงานเจ้าหน้าที่ให้มีความเชี่ยวชาญ รวมทั้งจัดหาเครื่องมือและอุปกรณ์ที่มีประสิทธิภาพและมีความทันสมัยเพื่อให้ทันกับเทคโนโลยีที่มีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา

2. รัฐควรมีการปลูกฝังค่านิยมและวัฒนธรรมที่ถูกต้องและเหมาะสม รมณรงค์เสริมสร้างความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับพฤติกรรมที่เข้าข่ายเป็นการแสดงอนาจาร และให้ความรู้เกี่ยวกับแนวทางในการแก้ไขปัญหา แก่ประชาชนในสังคม โดยเฉพาะเด็กและเยาวชน เพื่อป้องกันการเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการแสดงอนาจาร หรือการตกเป็นเหยื่อของการแสดงอนาจารโดยไม่รู้ตัว

3. รัฐควรจัดอบรมและให้ความรู้เกี่ยวกับถ้อยคำในบทบัญญัติกฎหมาย และการตีความกฎหมายแก่ประชาชน โดยเฉพาะกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ เนื่องจากถ้อยคำในกฎหมายส่วนใหญ่เป็นศัพท์ทางเทคนิค ซึ่งเป็นการยากต่อความเข้าใจของประชาชนโดยทั่วไป

บรรณานุกรม

หนังสือและบทความในหนังสือ

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร : พลสยาม พรินติ้ง, 2551.
- _____. คำอธิบายกฎหมายอาญา บทบัญญัติทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร : พลสยาม พรินติ้ง, 2551.
- คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527.
- _____. กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2551.
- _____. พื้นฐานความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอาญา. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2553.
- ปกป้อง ศรีสินิต. กฎหมายอาญาชั้นสูง. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2559.
- พนัส ทัศนียานนท์. พนัก 60 สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลของชนชาวไทย. กรุงเทพมหานคร : เฟื่องฟ้าพรินติ้ง, 2545.
- มานิตย์ จุมปา. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2554.
- ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 18. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2560.
- _____. ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง. พิมพ์ครั้งที่ 33 แก้ไขเพิ่มเติม (พ.ศ. 2557). กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2557.
- _____. กฎหมายอาญา ภาค 2 – 3. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- _____. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ. พิมพ์ครั้งที่ 14. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2560.
- _____. สังคัมกับกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2555.
- ราชบัณฑิตยสถาน. พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : นานมีบุ๊คส์พับลิเคชั่น, 2556.
- สุดสงวน สุธีสร. เหยื่ออาชญากรรม, 2543.
- _____. อาชญาวิทยา. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.

สุวัทนา อารีพรรค. ความผิดปกติทางจิต. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2524.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. นิติเวชศาสตร์และกฎหมายการแพทย์. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2557.

สำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการการอุดมศึกษาทางอิเล็กทรอนิกส์ ศูนย์เทคโนโลยีสารสนเทศ อิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี แห่งชาติ. แนวทางการจัดทำกฎหมายอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์. กรุงเทพมหานคร : NECTEC, 2546.

หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญา ภาค 2-3. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

_____. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 20. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.

อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. ทฤษฎีอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2556.

วิทยานิพนธ์

กษิดิศ มธุรส. “ความผิดฐานกระทำการอันควรขายหน้าต่อธารกำนัล : ศึกษาความรับผิดชอบผิดฐานกระทำการอันควรขายหน้าต่อธารกำนัลโดยการเปลือยหรือเปิดเผยร่างกาย หรือกระทำการลามกอย่างอื่น”. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2558.

กิติมา แก้วนระ. “หลักความได้สัดส่วนกับบทกำหนดโทษที่เหมาะสมสำหรับผู้กระทำความผิด ในคดียาเสพติดให้โทษ : ศึกษากรณีแอมเฟตามีน”. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2559.

ณรงค์ศักดิ์ สุขวิบูลย์. “มาตรการบังคับทางอาญาที่เหมาะสมสำหรับผู้กระทำความผิด”. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.

ชัยยุทธ เลิศหทัยดี. “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับธุรกิจการค้ามนุษย์บนสื่ออิเล็กทรอนิกส์ : ศึกษากรณี การขายบริการทางเพศบนเว็บแคม”. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัย ศรีปทุม, 2556.

ทิพาพร นมะมาตร. “สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว : ศึกษากรณีสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคล สาธารณะ”. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2551.

- เทวีญ มังคละชาติกุล. “ผลต่อบุคคลที่สามของสื่อลามกอนาจารบนอินเทอร์เน็ต และการสนับสนุน การเซ็นเซอร์”. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์สารสนเทศ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2549.
- เนติ รัตนากร. “การให้ความคุ้มครองเด็กในกฎหมายควบคุมสื่อลามก : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมาย ไทย อังกฤษ สหรัฐอเมริกา และเยอรมัน”. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542.
- บตี วงศ์เจนสันต์. “การกระทำอนาจารโดยการประทุษร้ายต่อจิตใจ : ศึกษากรณีคำพิพากษา ศาลฎีกาที่ 1298322558”. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์, 2559.
- ปาริชาติ มั่นสกุล. “การกำหนดมาตรการทางอาญาเกี่ยวกับการโจมตีค่าเงินบาท”. วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.
- เปี่ยมสุข นาคทอง. “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิของผู้เคยต้องโทษจำคุกในการรับ ราชการ : ศึกษากรณีข้าราชการพลเรือนสามัญ”, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2556.
- วิโรจน์ สุทธิสีมา. “มายาคติของผู้หญิงในภาพถ่ายของนิตยสารแนววิโรติกไทย”. วิทยานิพนธ์ วารสารศาสตรมหาบัณฑิต คณะวารสารศาสตร์และสื่อสารมวลชน มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์, 2551.
- วิภาพร เนติจิโรชิต. “การบัญญัติความผิดลหุโทษให้เป็นความผิดอาญาทั่วไป : ศึกษาเฉพาะความผิด ลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา”. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2548.
- สกล นิสารัตน์. “กฎหมายอาญาและการลงโทษที่เหมาะสม : แนวความคิดทางด้านปรัชญาและ ความยุติธรรมทางสังคม”. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์, 2545.

บทความวารสาร

- ณรงค์ ใจหาญ. “ความหมายของ “สื่อลามก” ในกฎหมาย”. วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 2 ปีที่ 16 (2529).
- ธานินทร์ กรัยวิเชียร. “ความสำคัญของการตีความในวิชาชีพกฎหมาย”. คณาจารย์นิติธรรม. เล่ม 2 ปีที่ 55 (พฤษภาคม – สิงหาคม 2551).

พระพลากร สุ่มงคล (อนุพันธ์). “ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับศีลธรรม จริยธรรม ศาสนา และ จารีตประเพณี”. ธรรมทรรศน์. ฉบับที่ 3 ปีที่ 16 (พฤศจิกายน – ธันวาคม 2559).

ภูณัช รัตนชัย. “การตีความกฎหมายอาญา : คดีคูหมีนผู้อื่นซึ่งหน้าโดยการใช้โทรศัพท์”. วารสาร มนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏสุราษฎร์ธานี. ฉบับที่ 3 ปีที่ 8 (กันยายน – ธันวาคม 2559).

วีรพงษ์ พวงเล็ก. “สื่อลามกบนอินเทอร์เน็ต : อันตรายที่พึงระวังและแนวทางการแก้ปัญหา ต่อเยาวชนไทย”. วารสารนักบริหาร มหาวิทยาลัยกรุงเทพ. ฉบับที่ 2 ปีที่ 31 (เมษายน – มิถุนายน 2554).

เอกสารงานวิจัย

คณาธิป ทองรวีวงศ์. “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิของผู้ที่ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้ และยินยอม”. รายงานวิจัย มหาวิทยาลัยเซนต์จอห์น, 2552.

จตุรรัตน์ เอื้ออำนวย. “ปัจจัยที่มีความเสี่ยงต่อการตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมทางเพศของผู้หญิงไทย”. รายงานผลการวิจัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550.

มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์. “หลักกฎหมายและแนวคิดเกี่ยวกับการมีบทบัญญัติเรื่องการกระทำ โดยพลาด : ศึกษาจากรายงานการประชุมต้นร่างตั้งแต่ประมวลกฎหมายลักษณะอาญาจนถึง ปัจจุบัน”. โครงการวิจัยเสนอต่อคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

เสาวนีย์ อัสวโรจน์. “แนวทางการตีความของศาลภายใต้หลักคามสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของ ประชาชนตามพระราชบัญญัติอนุญาติตตุลาการ พ.ศ. 2545”. รายงานวิจัยเสนอต่อสถาบัน อนุญาติตตุลาการ.

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

artandobsenity. “ศิลปะหรืออนาจารขึ้นอยู่กับตัวบุคคล”. <https://artandobsenity.wordpress.com>, 7 พฤษภาคม 2561.

ข่าวสดออนไลน์. “เช็กซ์ฉาว! คู่รักเล่นจ้ำจี้ โจ่งครีမ် รีมระเบียงโรงแรมหรูกลางเมือง” https://www.khaosod.co.th/around-the-world-news/news_1168750, 29 กรกฎาคม 2561.

- พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร และณัฐนันท์ อัครเลิศศักดิ์, หน่วยที่ 2 หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน. <http://www.stou.ac.th/schools/sw/upload/ex.40701-2.pdf>, 28 มีนาคม 2661.
- วัฒน์ ภูวทิศ. “การใช้ประโยชน์จากสื่อสังคมออนไลน์และผลกระทบต่อเชิงจริยธรรมในการนำเสนอข่าวสารของผู้สื่อข่าว”. http://www.bu.ac.th/knowledgecenter/executive_journal/jan_mar_11/pdf/aw23.pdf, 16 มิถุนายน 2561.
- ไอศนา พูลทองดีวัฒนา. บทความปริทรรศน์ : สุนทรียศาสตร์ตะวันตก : พัฒนาการของการแสวงหาคำตอบเกี่ยวกับศิลปะและความงาม. <https://tci-thaijo.org/index.php/Veridian-E-Journal/article/.../29118>, 14 พฤษภาคม 2561.

เอกสารอื่นๆ

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 72/2525.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 110/2516.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 122/2496.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 223/2524 และที่ 1459/2527.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 324/2490.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 388/2505 ที่ประชุมใหญ่ ครั้งที่ 9/2505.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 407/2523.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 448/2489 และที่ 295/2505 (ปช.).
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 472/2520.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 728/2524.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 782/2524.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 834/2510.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 932/2529.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 978/2492.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 990/2508.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1011/2503.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1069/2506.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1072/2507.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1173/2508.

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1203/2491.
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1223/2508.
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1312-1314/2542.
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1320/2513, ที่ 1362/2514.
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1348/2518.
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1325/2498.
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1398/2506.
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1513/2551.
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1552/2546.
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1627/2539.
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1628/2500.
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1856/2492.
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1908/2518.
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2128/2533.
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2272/2527.
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2296/2514.
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2499/2526.
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2540/2551.
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2635/2529.
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2822/2515.
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3086/2522.
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3213/2526.
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3316/2525 และ 373/2532.
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3510/2531.
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2547.
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6301/2533.
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558.
พระราชบัญญัติคุ้มครองสุขภาพผู้ไม่สูบบุหรี่ พ.ศ. 2535.
พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบของบ้านเมือง พ.ศ. 2535.
พระราชบัญญัติวัฒนธรรมแห่งชาติ พุทธศักราช 2485.
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

สำนักงานศาลยุติธรรม. คู่มือและแนวทางการดำเนินการตามแผนและการเตรียมความพร้อมในการ
บังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 24 พ.ศ. 2558
(ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก) ตามหนังสือสำนักงานศาลยุติธรรม ที่ ศย 016/ว306
ลงวันที่ 15 พฤษภาคม 2560.

ARTICLE

Hart, Matt. "Being naked on the internet: young people's selfies as intimate
edgework." Journal of Youth Studies (2016).



ประวัติผู้เขียน

ชื่อ นางสาวกรรณดา เกิดศรี
วันเดือนปีเกิด 30 ธันวาคม 2524
ตำแหน่ง พนักงานไต่สวนปฏิบัติการ
สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปราม
การทุจริตแห่งชาติ ประจำจังหวัดนนทบุรี

ผลงานวิชาการ

กรรณดา เกิดศรี. “ขอบเขตความรับผิดชอบเกี่ยวกับการแสดงอนาจารในกฎหมายอาญาไทย”.
วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายอาญา) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561.

ประสบการณ์ทำงาน

2556 – ปัจจุบัน พนักงานไต่สวนปฏิบัติการ
สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปราม
การทุจริตแห่งชาติ ประจำจังหวัดนนทบุรี