

ปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยความผิดฐานครอบครองสื่อลามก อนาจารเด็ก

Problems of Law Enforcement on the Offence of Possessing Child pornographic Media

วารังศิริ จารุทิพย์มงคล¹ จรัล เล็ง วิทยา² และกำธร กำประเสริฐ³

Warangsiri Jaruthipmongkhon¹, Jaral Lengvithaya² and Kamthon Kamprasert³

Received : August 17, 2020; Revised : September 24, 2020; Accepted : October 5, 2020

บทคัดย่อ (Abstract)

การวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความคุ้มครองเด็กศึกษาปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจารเด็กโดยศึกษาแนวทางการบังคับใช้กฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายต่างประเทศ อนุสัญญาระหว่างประเทศการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศ หลักกฎหมายระหว่างประเทศอื่นที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจารเด็ก เพื่อหาแนวทางแก้ไขปัญหาการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจารเด็กให้มีความเหมาะสมกับสภาพปัญหาในปัจจุบัน เนื่องจากบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กที่บังคับใช้ในปัจจุบันของประเทศไทยยังมีข้อบกพร่องและมีปัญหาในการตีความคำนิยามของคำว่าสื่อลามกอนาจารเด็กมีความหมายกว้างเกินไปทำให้ขาดความชัดเจน และการบัญญัติความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กโดยมีเจตนาพิเศษในการครอบครองส่งผลต่อการบังคับใช้กฎหมายตลอดจนปัญหาเรื่องอายุของเด็กที่บัญญัติไว้โดยมิได้กำหนดข้อยกเว้นในเรื่องอายุของเด็กในการบรรลุนิติภาวะก่อนนั้นตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็กนั้น ซึ่งเป็นปัญหาที่ขัดกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1989 (Convention on the Rights of the Child 1989) การกำหนดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่มีการเก็บข้อมูลสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในเซิร์ฟเวอร์ที่ต่างประเทศ

¹คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; Faculty of Law, Ramkhamhaeng University, Thailand;
e-mail : Warangsiri236@gmail.com

²คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; Associate Professor Faculty of Law, Ramkhamhaeng University, Thailand.

³คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; Associate Professor Faculty of Law, Ramkhamhaeng University, Thailand.

จากการศึกษาจึงได้เสนอให้มีการแก้ไขปรับปรุงคำนิยามของคำว่า สื่อลามกอนาจารเด็ก และปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติในความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กให้มีความชัดเจนและครอบคลุมมากยิ่งขึ้น เพื่อลดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก ควรกำหนดให้มีข้อยกเว้นในเรื่องอายุของเด็ก ตลอดจนกำหนดอัตราโทษทางอาญาให้เหมาะสมตามความร้ายแรงของการกระทำความผิด รวมถึงการกำหนดความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

คำสำคัญ (Keywords) : สื่อลามกอนาจารเด็ก, การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก, การบังคับใช้กฎหมาย

Abstract

In this thesis, the researcher has the objective to provide protection for children. The researcher studies the problems of law enforcement regarding child pornographic media. The researcher investigates guidelines for law enforcement in Thailand and foreign countries, as well as international conventions, international cooperations, and other international laws related to child pornographic media. The researcher seeks for guidelines to solve the problems of law enforcement related to child pornographic media to be appropriate for current situations.

Legal provisions related to child pornographic media currently enforced in Thailand pose defects and problems in the interpretation of the definition of child pornographic media. The meaning is too broad so it lacks clarity. The provisions for the offence of the possession of child pornographic media with a special intent in the possession affect law enforcement. The problem is also in a child's age that is prescribed without determining an exception regarding the child's reaching his/her legal age previously in accordance with the law enforced on the child. This problem is against the Convention of the Rights of the Child 1989 and the determination of the liabilities of Internet service providers in cases where the data of child pornographic media are stored in servers abroad.

From the study, the researcher proposes an amendment to the definition of child pornographic media. An amendment should also be made to the provision for the offence of possessing child pornographic media to make the definition clearer and have more thorough coverage. In order to decrease the problems for the enforcement of the law for the offence of possessing child pornographic media, an exception should be determined regarding the child's age. The criminal penalty rate should be determined to be appropriate

for the severity of the offence. International cooperation should be determined to ensure that the law enforcement for the offence of possessing child pornographic media becomes more efficient

Keywords : Child Pornographic Media, Possessing the Child Pornography, Law Enforcement

บทนำ (Introduction)

ปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็ก (Child Pornographic media) ซึ่งถือเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน และสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กอย่างร้ายแรงอันมีอาจจะยอมรับได้ และยังละเมิดต่อข้อห้ามที่ปรากฏในหลักเกณฑ์ระหว่างประเทศหลายฉบับไม่ว่าจะเป็น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กขององค์การสหประชาชาติ ปี 1989 ซึ่งในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้กำหนดให้มีการคุ้มครองเด็กจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศและการกระทำทางเพศที่มีขอบทุกรูปแบบ (Convention of the Rights of the Child 1989) ประเทศไทยเป็นประเทศหนึ่งที่มีปัญหาเรื่องสื่อลามกอนาจารเด็กถือเป็นการฉวยประโยชน์ทางเพศจากเด็กเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นมานานแล้วในสังคมไทยแต่ไม่ปรากฏเป็นข่าวเนื่องจากผู้คนไม่ค่อยให้ความสำคัญประกอบกับเทคโนโลยีไม่ทันสมัยเหมือนปัจจุบันที่ทำให้สามารถรับรู้ข้อมูลข่าวสารได้สะดวกและรวดเร็ว

ปัจจุบันสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นแพร่ไปทั่วโลกซึ่งกระทำโดยกลุ่มคนที่มีความโหดเหี้ยม ซึ่งกลุ่มคนเหล่านี้รวมตัวกันเป็นเครือข่ายผ่านเว็บไซต์ที่มีสื่อลามกอนาจารเด็กและทำกันเป็นขบวนการโดยกลุ่มคนเหล่านี้จะนำสื่อลามกอนาจารเด็กมาไว้ในเว็บไซต์ (Dark Web) มีสมาชิกเว็บไซต์จำนวนมากกว่า 65,000 คน อยู่ในหลายประเทศทั่วโลกโดยใช้ฐานข้อมูล International Child Sexual Exploitation (ICSE) Database ซึ่งเป็นเว็บไซต์ที่มีการแสดงรูปภาพของเด็กในอริยาบถต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวให้กับสมาชิกซึ่งนำไปสู่การท่องเที่ยวเพื่อมีเพศสัมพันธ์กับเด็กที่รู้จักกันในนาม “ทัวร์เซ็กส์เด็ก” (Child Sex Tourism) ถือเป็นการแสวงหาประโยชน์ทางเพศเชิงพาณิชย์จากเด็กในรูปแบบหนึ่ง (International Child Sexual Exploitation (ICSE) Database)

ประเทศไทยเป็นประเทศหนึ่งที่เป็นแหล่งผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กที่สำคัญและมีแนวโน้มที่จะขยายตัวเพิ่มขึ้นโดยมีตั้งแต่ภาพเปลือยทั้งหมดหรือบางส่วนของเด็กจนถึงภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวซึ่งแสดงให้เห็นว่าเด็กถูกกระทำชำเราไม่ว่าจะเป็นการกระทำระหว่างเด็กกับเด็ก หรือผู้ใหญ่กระทำกับเด็ก ล้วนเป็นการล่วงละเมิดทางเพศทั้งสิ้น (DSI Department of Special Investigation NEWS, 2019) สื่อลามกอนาจารเด็กดังกล่าวนี้เป็นภัยต่อสวัสดิภาพและความปลอดภัยของเด็กที่มีผลกระทบต่อร่างกายและจิตใจของเด็กที่ตกเป็นเหยื่อ ซึ่งเด็กที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศในลักษณะนี้จะเกิดความรู้สึกต่อต้านสังคมอย่างรุนแรงและอาจก่อให้เกิดพฤติกรรมที่นำไปสู่การล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กคนอื่นในอนาคต

ผู้วิจัยตระหนักถึงความสำคัญของจิตศึกษาสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก จากการศึกษาพบว่าประเทศไทยมีกฎหมายที่บัญญัติให้การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดอาญา และมีบทบัญญัติที่กำหนดให้ผู้บริการอินเทอร์เน็ตต้องรับผิดชอบอาญาในการนำเข้า หรือเผยแพร่สื่อลามกไว้เป็นการเฉพาะ แต่บทบัญญัตินี้ดังกล่าวยังมีข้อบกพร่อง ผู้วิจัยจึงได้เสนอแนวทางแก้ปัญหาดังกล่าวเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

วัตถุประสงค์การวิจัย (Research Objectives)

1. เพื่อศึกษาแนวคิดทฤษฎีและปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยและต่างประเทศ
2. เพื่อศึกษาปัญหากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้ความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กของประเทศไทยและต่างประเทศ
3. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ปัญหากฎหมายการบังคับใช้ความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก
4. เพื่อแสวงหาแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยสื่อลามกอนาจารเด็กให้มีความชัดเจนและสามารถบังคับใช้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น เพื่อให้เหมาะสมกับสภาพสังคมปัจจุบัน

วิธีดำเนินการวิจัย (Research Methods)

1. การวิจัยนี้เป็นวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research)

การดำเนินการวิจัยเชิงคุณภาพนี้ใช้วิธีการดำเนินการวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) จากการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลทางเอกสารจากบทความ หนังสือ วิทยานิพนธ์ วารสาร ตำรา บทกฎหมาย ปฏิญญา อนุสัญญา คำพิพากษาศาลฎีกาและแหล่งฐานข้อมูลทางเว็บไซต์ต่าง ๆ เพื่อนำข้อมูลที่รวบรวมอย่างเป็นระบบมาวิเคราะห์และสรุปปัญหาในการใช้กฎหมายอาญา

2. ขอบเขตของงานวิจัยฉบับนี้

ขอบเขตของงานวิจัยฉบับนี้ได้ทำการศึกษถึงปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็ก ในประเด็นปัญหาการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กโดยมุ่งเน้นศึกษาปัญหาข้อกฎหมายของสื่อลามกอนาจารเด็กทั้งของไทยและกฎหมายต่างประเทศ โดยกฎหมายต่างประเทศที่ได้ทำการศึกษามีดังนี้

- 1) กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมาย Communication Decency Act of 1996 เป็นกฎหมายที่ควบคุมการเผยแพร่สื่อลามกบนอินเทอร์เน็ตให้แก่บุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปี, Child Pornography Protection Act of 1996 เป็นกฎหมายที่มีจุดประสงค์เพื่อปราบปรามสื่อลามกอนาจารเด็กบนอินเทอร์เน็ตโดยตรง และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (Child Online Protection Act 1998 COPA)

2) กฎหมายของสหราชอาณาจักร กฎหมายที่สำคัญของสหราชอาณาจักรในการควบคุมสิ่งพิมพ์ลามกคือ Obscene Publication Act 1959 (OPA 1959), Protection of Children Act 1978 เป็นกฎหมายที่สำคัญในการปราบปรามการแสวงหาประโยชน์จากภาพลามกเด็ก และกฎหมาย The Criminal Justice and Public Order Act 1994

3) กฎหมายประเทศสิงคโปร์ กฎหมายในการควบคุมสื่อลามกเด็กที่สำคัญคือ ประมวลกฎหมายอาญา (Singapore Penal Code) กฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับการดูแลความเหมาะสมของข้อมูลบนอินเทอร์เน็ต (The Broadcasting Act 1994) และประมวลจริยธรรมอินเทอร์เน็ต (Internet Code of Practice 1997)

นอกจากนี้ยังได้ศึกษาอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention of the Rights of the Child 1989) พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็ก และสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก ค.ศ. 2000 (Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography, 2000), พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องกระบวนการติดต่อร้องเรียน (Optional Protocol to The Convention on the Rights of the Child on a communications procedure 2011, พิธีสารเพื่อป้องกันปราบปราม และการลงโทษการค้ามนุษย์ โดยเฉพาะสตรีและเด็ก (United Nation Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Person, Especially Women and Children 2000) ,อนุสัญญาว่าด้วยการปกป้องเด็กจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศและการทารุณกรรมทางเพศ (Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse) ของคณะมนตรีแห่งยุโรป (Council of Europe), อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ (United Nations Convention on Transnational Organized Crime 2000) และอนุสัญญาว่าด้วยรูปแบบของรายงานเด็กที่และร้ายแรงที่สุด เลขที่ 182 (Worst Forms of Child Labor Convention (No. 182) 1999) ซึ่งถือว่าเป็นหลักการสากลในการคุ้มครองเด็กเพื่อให้เกิดความเข้าใจอย่างถ่องแท้และสามารถนำไปแก้ไขปัญหามีประสิทธิภาพ

ผลการวิจัย (Research Results)

ผลการศึกษาปัญหาการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยความผิดฐานการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก พบว่าเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กที่มีลักษณะเป็นการล่วงละเมิดทางเพศเด็กที่ร้ายแรงอย่างหนึ่ง และเป็นปัญหาที่ส่งผลกระทบทางด้านร่างกายและจิตใจของเด็กที่ตกเป็นเหยื่อ ด้วยเหตุนี้ภาครัฐจึงมีความพยายามในการแก้ไขปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กโดยการกำหนดให้ความผิดเกี่ยวกับผลิตหรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดอาญารวมทั้งกำหนดให้การครอบครองเพื่อประโยชน์ทางเพศและส่งต่อซึ่งสื่อลามก

อนาจารเด็กเป็นความผิดด้วยตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 24 พ.ศ.2558 ซึ่งตามกฎหมายนี้มีประเด็นปัญหาข้อกฎหมายอยู่หลายประการดังต่อไปนี้

1. ปัญหาเกี่ยวกับบทนิยามศัพท์ของสื่อลามกอนาจารเด็ก ปัจจุบันประเทศไทยได้มีบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในประมวลกฎหมายอาญา โดยได้บัญญัติคำนิยามความหมายของคำว่า “สื่อลามกอนาจารเด็ก” ไว้ในประมวลกฎหมายอาญาซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 1 (17) ที่บัญญัติให้ความหมาย “สื่อลามกอนาจารเด็กว่า หมายถึง วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็ก ซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปีโดยรูป เรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสารภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือรูปแบบอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน และให้หมายความรวมถึงวัตถุหรือสิ่งต่าง ๆ ชำงต้นที่จัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้” บทบัญญัตินี้ได้บัญญัติเพื่อให้มีความสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่ไทยเข้าร่วมเป็นรัฐภาคี โดยมีความมุ่งหวังเป็นอย่างยิ่งว่าหากมีการกำหนดให้ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดอาญาจะแก้ไขปัญหามือถือลามกอนาจารเด็กที่มีอยู่ในปัจจุบันได้ แต่จากบทบัญญัตินิยามศัพท์ดังกล่าวนี้มีประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณาคือในการตีความตามความหมายของ “สื่อลามกอนาจารเด็ก” และปัญหาเกี่ยวกับคำว่า “วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็น” และการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี ที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1 (17) แห่งประมวลกฎหมายอาญาหากพิจารณาเนื้อหาของคำนิยามศัพท์ตามประมวลกฎหมายอาญาที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1 (17) แห่งประมวลกฎหมายอาญา วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปี โดยรูป เรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร ถึงแม้ว่าคำนิยามดังกล่าวจะไม่ได้ระบุชัดเจนว่าเด็กที่ปรากฏในสื่อจะต้องเป็นเด็กที่เป็นมนุษย์เท่านั้น แต่ยังมีความหมายที่กว้างและอาจครอบคลุมไปถึงเด็กสมมุติที่ไม่ใช่มนุษย์ เช่น เด็กในการ์ตูนแอนิเมชันที่ถูกสร้างขึ้นจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะถือว่าเป็นสื่อลามกอนาจารเด็กเพราะเป็น “วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็น” กล่าวคือเป็นสิ่งที่ทำให้ปรากฏไม่ว่าจะเป็น ภาพนิ่ง ภาพเคลื่อนไหว เรื่อง แถบบันทึกเสียง หรืออื่น ๆ ที่มีลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจารจึงมีความจำเป็นในตีความของคำว่า วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นนั้นมีความหมายอย่างไรและครอบคลุมถึงเด็กสมมุติที่ถูกสร้างขึ้นจากคอมพิวเตอร์ด้วยหรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้สำนักงานกิจการยุติธรรมได้กำหนดคู่มือและแนวทางการดำเนินการตามแผนและการเตรียมความพร้อมในการบังคับใช้ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 โดยคณะกรรมการสิทธิวิสามัญได้ให้ข้อสังเกตไว้ เช่นในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กที่เกี่ยวข้องกับขอบเขตของการบังคับใช้และการตีความข้อกฎหมายดังกล่าว ว่ากรณีการ์ตูนลามก หรือภาพเคลื่อนไหว (Animation) ที่มีผู้ที่ปรากฏในวัตถุหรือสิ่งนั้นไม่ใช่มนุษย์จริงเป็นเพียงเสมือนจริงเท่านั้น แม้จะสื่อให้เห็นการกระทำทางเพศก็ตาม ซึ่งเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายฉบับนี้ยังไม่ถือว่าวัตถุหรือสิ่งนั้นเป็นสื่อลามกอนาจารเด็ก (Chan Suphamit, 2018) และอีกกรณีในรูปแบบแถบบันทึกเสียงที่ไม่มี

ภาพประกอบ แต่เป็นการพากย์เสียงเด็กที่พากย์เสียงโดยผู้ใหญ่จะทราบได้อย่างไรว่าเสียงนั้นเป็นเสียงของเด็กตลอดจนกรณีการเล่าเรื่อง เช่น การอ่านข่าวคดีเด็กถูกข่มขืนโดยผู้เล่าได้บรรยายสาธยายความโดยละเอียดทุกขั้นตอนเช่นนี้ เรื่องที่เล่าเป็นสื่อลามกอนาจารเด็กหรือไม่ อาจสรุปได้ว่าบทนิยามความหมายสื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 1(17) แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้นไม่ครอบคลุมเด็กสมมุติที่ถูกสร้างขึ้นให้มีตัวตนสอดคล้องกับความเห็นของนักกฎหมายหลายท่าน ซึ่งหนึ่งในนั้นคือความคิดเห็นของอภิรัฐ บุญทองได้ให้ความเห็นว่า “การกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี” การที่เด็กจะมีอายุได้นั้นจะต้องมีสภาพบุคคลเท่านั้นที่จะสามารถมีอายุได้ตามกฎหมาย (Boontong, 2016 : 165-182) แต่อย่างไรก็ดีในเรื่องคำนิยามนี้ยังเป็นที่ถกเถียงกันว่าครอบคลุมถึงเด็กสมมุติที่ถูกสร้างขึ้นหรือไม่ ซึ่งผู้วิจัยมีความเห็นว่าคำนิยามในบทบัญญัติดังกล่าวครอบคลุมถึงเด็กสมมุติที่ถูกสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์ หรือการ์ตูน แต่ไม่ครอบคลุมกรณีแถบบันทึกเสียงที่ผู้ใหญ่พากย์เป็นเสียงเด็ก

ผู้วิจัยจึงได้ศึกษาคำนิยามในเรื่องสื่อลามกอนาจารเด็กของกฎหมายในประเทศต่าง ๆ โดยทำการเปรียบเทียบนิยามความหมายของกฎหมายแต่ละประเทศตามตารางดังต่อไปนี้

1.1 ประเทศสหรัฐอเมริกาเกิดปัญหาในการตีความในข้อความที่ว่า “แสดงให้เห็น” ของคำนิยามสื่อลามกอนาจารเด็ก (Communication Decency Act of 1996, section 223) เนื่องจากประชาชนไม่สามารถอย่างรู้ได้ว่าภาพดังกล่าวเกิดจากการนำตัวเด็กจริง ๆ มาทำการผลิตโดยตรงหรือเป็นเพียงแค่การตัดต่อภาพเพราะกฎหมายฉบับนี้มุ่งคุ้มครองกรณีที่เป็นการนำเด็กจริงมาผลิตสื่อลามก กล่าวคือ สื่อลามกนั้นเกิดจากเด็กซึ่งมีตัวตนจริง ๆ ไม่ใช่เป็นเพียงแค่การตัดต่อภาพทำให้เห็นเป็นเด็กเท่านั้น (Child Pornography Protection Act of 1996, section 2256)

1.2 สหราชอาณาจักรได้กำหนดคำนิยามสื่อลามกอนาจารเด็กว่า วัตถุที่แสดงให้เห็นภาพของบุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่า 16 ปี (Protection of Children Act 1978,section7) ซึ่งมีลักษณะลามก ได้ให้ความหมายครอบคลุมไปถึง ภาพลามกที่ทำเลียนแบบให้เหมือนจริง (Pseudo-Photography) ที่ไม่มีตัวตนจริงซึ่งเป็นภาพที่ถูกสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิก ซึ่งนำเสนอให้รู้สึกว่าคุณค่าที่ปรากฏในภาพนั้นเป็นเด็ก (The Criminal Justice and Public Order Act 1994, section 84) การกำหนดให้การครอบครองภาพลามกเด็กที่มีไว้เพื่อจำหน่าย เผยแพร่ จำหน่ายหรือแม้กระทั่งเป็นการครอบครองเพื่อตนเองก็เป็นความผิดตามกฎหมายนี้ (Obscene Publication Act 1959,section 1)

1.3 ประเทศสิงคโปร์มีบทบัญญัติกำหนดคำนิยามของ “สื่อลามก” (Obscene) ไว้ว่า “ห้ามขาย ให้เช่า จำหน่าย การนำออกแสดงสู่ทางสาธารณะ การแลกเปลี่ยน การนำเข้า การผลิต การจำหน่ายสิ่ง หรือวัตถุลามกดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นหนังสือ ภาพ ภาพวาด ภาพพิมพ์ วัตถุรูปปั้น หรือวัตถุอันลามกอื่นใด” (Singapore Penal Code,section 292) ในการควบคุมสื่อลามกของประมวลกฎหมายอาญาสิงคโปร์นี้เป็นการควบคุมสื่อลามกและสื่อที่ไม่เหมาะสม โดยทั่วไปไม่ได้มีบทบัญญัติที่ควบคุมสื่อลามกเด็กไว้เป็นการเฉพาะซึ่งแตกต่างจากกฎหมายไทย ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาของสิงคโปร์แม้ได้กำหนดคำนิยามสื่อลามกอนาจารเด็กไว้เฉพาะแต่

ก็ได้มีบทบัญญัติที่คุ้มครองเด็กและเยาวชนจากสื่อลามกและสื่อที่ไม่เหมาะสมด้วย โดยบัญญัติไว้ในลักษณะที่เป็นบทเพิ่มโทษ “ห้ามขาย ให้เช่า จำหน่าย นำออกแสดงซึ่งสิ่งลามกตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 292 ให้แก่บุคคลที่มีอายุต่ำกว่ายี่สิบเอ็ดปีบริบูรณ์ โดยการกระทำหรือพยายามกระทำความผิดดังกล่าวต้องรับโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ” (Singapore Penal Code, section 294) เด็กตามประมวลกฎหมายสังคมโปรหมายถึงเด็กที่เป็นเด็กที่มีตัวตนจริง

1.4 นิยามความหมายสื่อลามกอนาจารของประเทศไทยมีความหมายที่กว้างมากเกินไปอีกทั้งยังมีความไม่ชัดเจนและเกิดคลุมเครือสับสนในการตีความ ซึ่งขัดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายที่ว่ากฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอนซึ่งส่งผลทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก

ดังนั้นในประเด็นนี้ผู้วิจัยเห็นว่า การที่กฎหมายบัญญัติความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นกฎหมายอาญาในการให้คำอธิบายความหมายของคำว่า “สื่อลามกอนาจารเด็ก” นั้นจะต้องมีความชัดเจนตามความในมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญาซึ่งได้บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย....” ซึ่งมาจากหลัก “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย” (nulum crimen, nulla poena, sine lege) (Srisanit, 2018) ซึ่งเป็นหลักการทางกฎหมายอาญาที่สำคัญ โดยมีหลักการย่อยที่สำคัญประการหนึ่งคือ กฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอนหมายความว่าเนื้อหาและขอบเขตจะต้องแสดงออกโดยตัวบทกฎหมายอย่างชัดเจน (Kraivichien, 2008 : 14)

2. ปัญหาเกี่ยวกับอายุของเด็กที่ปรากฏอยู่ในสื่อลามกอนาจารเด็ก ในการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กสิ่งสำคัญที่ต้องคำนึงถึง คือ อายุของบุคคลที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ในปัจจุบันประเทศไทยได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กซึ่งบัญญัติให้เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (17) ได้บัญญัติไว้ว่า “สื่อลามกอนาจารเด็กว่า หมายถึง วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้รู้หรือเห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปีโดยรูป เรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสารภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือรูปแบบอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน และให้หมายความรวมถึงวัตถุหรือสิ่งต่างๆ ข้างต้นที่จัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้” (พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ.2558)

จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวได้มีกำหนดให้ความคุ้มครองแก่บุคคลที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี โดยการกำหนดอายุในการที่จะได้รับความคุ้มครองนี้เป็นการนำแนวทางการกำหนดอายุของเด็กมาจากกฎหมายระหว่างประเทศ การนำหลักเกณฑ์อายุมากำหนดให้ความคุ้มครองเพื่อมุ่งหวังจะสามารถลดปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กที่มีอยู่ปัจจุบันให้หมดไป แต่การที่นำหลักการระหว่างประเทศมาใช้แบบครึ่ง ๆ กลาง ๆ จนลืมนำพิจารณาถึง

กฎหมายภายในให้รอบด้านและบริบททางสังคมของไทย จึงมีประเด็นปัญหาในเรื่องอายุของเด็กที่ปรากฏอยู่ในสื่อลามกอนาจารเด็กที่จะต้องทำการวิเคราะห์หลักเกณฑ์เรื่องอายุตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ ประเด็นเรื่องอายุของเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กได้ดังนี้

2.1 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่ได้บัญญัติให้คำนิยามของคำว่า “เด็ก” ไว้ในข้อที่ 1 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กบัญญัติว่า “เด็ก หมายถึง มนุษย์ทุกคนที่อายุต่ำกว่า 18 ปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านี้ตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็กนั้น” (Convention of the Rights of the Child 1989, section1) จะเห็นได้ว่าในอนุสัญญามีการกำหนดข้อยกเว้นในการให้ความคุ้มครองเด็ก หากเป็นบุคคลที่บรรลุนิติภาวะโดยการสมรสก่อนกฎหมายกำหนดไม่ถือว่าเป็นเด็กตามอนุสัญญานี้

2.2 พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่อง การค้าเด็ก การค้าประเวณี และสื่อลามกที่เกี่ยวข้องกับเด็ก ไม่ได้กำหนดเกณฑ์อายุบุคคลที่ให้ความคุ้มครองในเรื่องสื่อลามกไว้ แต่เนื่องจากพิธีสารเลือกรับดังกล่าวเป็นพิธีสารระหว่างประเทศเพิ่มเติมอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก รัฐภาคีที่เป็นสมาชิกได้ยอมรับเกณฑ์อายุของบุคคลที่ได้รับความคุ้มครอง คือ บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ เช่นเดียวกันกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก(Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography, 2000)

2.3 อนุสัญญาว่าด้วยการปกป้องเด็กจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศและการทารุณกรรมทางเพศ (Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse) ของคณะมนตรีแห่งยุโรป (Council of Europe) ได้กำหนดนิยามความหมายของคำว่า “เด็ก” ที่ได้กำหนดไว้ว่า บุคคลซึ่งได้รับการปกป้องคุ้มครองดูแลเป็นพิเศษจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศและการล่วงละเมิดทางเพศ คือ บุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์

2.4 ประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดเกณฑ์อายุของเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กว่าเด็กเป็นบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ (Communication Decency Act of 1996, section 223)

2.5 สหราชอาณาจักรได้กำหนดเกณฑ์อายุของเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็ก คือ บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 16 ปีบริบูรณ์ ซึ่งในกฎหมายของประเทศอังกฤษนี้ได้กำหนดเรื่องการให้ความยินยอมทางเพศไว้โดยบุคคลผู้ที่สามารถให้ความยินยอมทางเพศได้ต้องมีอายุ 16 ปีขึ้นไป (Protection of Children Act 1978, section7)

2.6 ประเทศสิงคโปร์ได้กำหนดเกณฑ์อายุของเด็กที่กฎหมายให้ความคุ้มครองคือ บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 21 ปีบริบูรณ์ และได้บัญญัติห้ามขายสื่อลามกให้แก่เด็กและเยาวชนในลักษณะเป็นบทเพิ่มเติมโทษ เนื่องจากการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิดแม้ว่าจะขายสื่อลามกให้แก่บุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้วก็ตาม (Singapore Penal Code, section 292-294)

2.7 ประเทศไทยได้กำหนดเกณฑ์อายุของเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็กที่กฎหมายได้ให้ความคุ้มครองไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (17) เด็ก คือบุคคลที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี นอกจากนี้กฎหมาย

ของไทยยังได้กำหนดเกณฑ์อายุของเด็กที่กฎหมายให้ความคุ้มครองไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ที่ได้บัญญัติว่า “เด็ก” คือ บุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์ แต่ไม่รวมถึงผู้ที่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ก็ได้กำหนดเกณฑ์อายุของเด็กว่า “เด็ก” คือ บุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี

ประเทศต่าง ๆ รวมถึงประเทศไทยจะได้มีการกำหนดเกณฑ์อายุของเด็กที่ได้รับความคุ้มครองไว้ชัดเจน แต่ยังมีปัญหาที่ต้องวิเคราะห์ว่า ถ้าบุคคลที่ปรากฏอยู่ในสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นบุคคลที่อายุไม่เกิน 18 ปีแต่บรรลุนิติภาวะโดยการสมรสจะถือว่าเป็นเด็กหรือไม่ และส่งต่อการวินิจฉัยการกระทำความผิดทางอาญา แต่เมื่อพิจารณาจากตัวบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (17) กฎหมายถือว่าบุคคลที่อายุไม่เกิน 18 ปี เป็นเด็ก โดยบทบัญญัติมาตรานี้มิได้บัญญัติถึงข้อยกเว้นของการบรรลุนิติภาวะโดยการสมรสเอาไว้แต่อย่างใด ดูที่อายุของบุคคลเป็นสำคัญ ซึ่งแตกต่างจากอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่กำหนดให้รัฐภาคีต้องบัญญัติกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับอนุสัญญาแต่ในส่วนของประเทศไทยซึ่งเป็นรัฐภาคีก็ได้ตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กขึ้นในปี พ.ศ. 2546 (The Child Protection Act 2003) และได้บัญญัติให้นิยามความหมายของคำว่า “เด็ก” เอาไว้เช่นเดียวกันกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ดังนั้นในนิยามความหมายของเด็กในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กจึงมีความขัดแย้งกับกฎหมายภายในด้วยตนเองและยังขัดกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กอีกด้วย ตัวอย่าง ในสหราชอาณาจักรมีกรณีที่บุคคลที่มีอายุ 16 ปีสามารถอยู่กินกันแบบสามีภรรยาได้ กฎหมายของสหราชอาณาจักรจึงได้บัญญัติข้อยกเว้นไว้ว่า กรณีที่บุคคลอายุ 16 ปี ที่ได้ทำการสมรสแล้วแม้ว่าจะมีภาพถ่ายที่สื่อไปในทางลามก หรือเป็นภาพที่เป็นการกระทำทางเพศโดยไม่มีเจตนาที่จะเผยแพร่ซึ่งเป็นกรณีที่ถ่ายภาพเก็บไว้ดูเป็นการส่วนตัว เช่นนี้ไม่ถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมาย

ในการกำหนดอายุเด็กตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กขัดแย้งกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่ได้กำหนดข้อยกเว้นในการบรรลุนิติภาวะก่อนที่กฎหมายกำหนด ซึ่งในประเด็นเรื่องการบรรลุนิติภาวะโดยการสมรสนั้นเป็นประเด็นปัญหาข้อกฎหมายที่ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นองค์ประกอบสำคัญในการกำหนดความรับผิดทางอาญาในฐานความผิดการมีสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในครอบครอง โดยประการที่สามารถนำมาเป็นข้อยกเว้นในความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กได้ เนื่องจากกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้บัญญัติเรื่อง “การบรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส” ไว้ในมาตรา 20 ซึ่งได้บัญญัติว่า “ผู้เยาว์ย่อมบรรลุนิติภาวะเมื่อทำการสมรส หากการสมรสนั้นได้ทำตามบทบัญญัติมาตรา 1448” และมาตรา 1448 ได้บัญญัติว่า “การสมรสจะกระทำต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีมีเหตุอันสมควรศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้” จากมาตราดังกล่าวนี้นี้แสดงให้เห็นว่าผู้เยาว์จะพ้นจากความเป็นผู้เยาว์เมื่อได้สมรสตามกฎหมาย ซึ่งโดยทั่วไปแล้วบุคคลจะบรรลุนิติภาวะเมื่ออายุครบยี่สิบปีบริบูรณ์ซึ่งมีผลต่อความสามารถของบุคคล ผลการศึกษาประเด็นปัญหาดังกล่าวผู้วิจัยมีความเห็นว่าการแก้ไขในประเด็นปัญหาเกี่ยวกับอายุของเด็กที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารเด็ก แม้ว่าประเทศไทยจะกำหนดเกณฑ์อายุของเด็กไว้อย่างชัดเจน แต่มิได้บัญญัติข้อยกเว้นเรื่องอายุของเด็กในการบรรลุนิติภาวะโดย

การสมรส ซึ่งการที่มีได้บัญญัติข้อยกเว้นในการบรรลุนิติภาวะโดยการสมรสนี้ทำให้เกิดปัญหาว่าในการบังคับใช้กฎหมายในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กซึ่งจะพิจารณาจากเกณฑ์อายุเป็นสำคัญทำให้บุคคลที่บรรลุนิติภาวะโดยการสมรสที่อายุไม่เกิน 18 ปี หากปรากฏในสื่อลามกอนาจารหรือมีสื่อลามกอนาจารของบุคคลที่บรรลุนิติภาวะโดยการสมรสที่อายุไม่เกิน 18 ปีไว้ในครอบครองจะมีความผิดฐานการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กซึ่งขัดกับพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 (The Child Protection Act 2003) ที่ได้มีการบัญญัติข้อยกเว้นเรื่องอายุเอาไว้อย่างชัดเจน

3. ปัญหาเกี่ยวกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก ปัญหาเกี่ยวกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นปัญหาข้อกฎหมายที่สำคัญและมีปัญหาในการตีความเกี่ยวกับเจตนาในการครอบครอง เนื่องจากการครอบครองดังกล่าว ต้องเป็นการครอบครองโดยมีเจตนาพิเศษกล่าวคือ เพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศ และปัญหาเกี่ยวกับความหมายของคำว่า “แสวงหาประโยชน์ในทางเพศ” ที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 287/1 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายอาญา “ผู้ใดครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” หากพิจารณาถึงคำนิยามตามประมวลกฎหมายอาญายังไม่มีการนิยามความหมายของคำว่า “แสวงหาประโยชน์ในทางเพศ” ไว้อย่างชัดเจนแต่ได้มีนักวิชาการและหน่วยงานองค์กรเอกชนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็ก ได้อธิบายถึงหลักการ “แสวงหาประโยชน์ในทางเพศ” ไว่ดังต่อไปนี้

การแสวงหาประโยชน์ หมายถึง การที่มีผู้ได้รับประโยชน์จากผู้อื่นหรือได้รับสิ่งของบางอย่างโดยการเอารัดเอาเปรียบผู้อื่น ด้วยวิธีการที่ไม่เป็นธรรม

การแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็ก (SEXUAL EXPLOITATION OF CHILDREN - SEC) "เป็นการกระทำที่ล่วงละเมิดสิทธิเด็กอย่างร้ายแรง การกระทำความดังกล่าวเป็นการกระทำทารุณกรรมทางเพศต่อเด็ก เด็กถูกปฏิบัติเยี่ยงสินค้า และวัตถุทางเพศ โดยมีค่าตอบแทนเป็นเงินสด หรือรางวัลอย่างอื่นให้กับเด็ก หรือบุคคลที่สาม หรือบุคคลอื่น ๆ การแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็ก เป็นรูปแบบหนึ่งของการบังคับขู่เข็ญ การใช้ความรุนแรง การบังคับใช้แรงงาน และการปฏิบัติต่อเด็กในรูปแบบการเป็นทาสที่พบเห็นได้ในปัจจุบัน"

เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายภายในประเทศไทยที่ได้บัญญัติเกี่ยวกับ “การแสวงหาประโยชน์ทางเพศ” นอกจากมาตรา 287/1 ในประมวลกฎหมายอาญาพบว่าได้มีบทบัญญัติที่บัญญัติถึงการแสวงหาประโยชน์ทางเพศไว้ในมาตรา 280/1 มาตรานี้เป็นบทบัญญัติที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายซึ่งเป็นบทลงโทษของความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 278 มาตรา 279 เพิ่มเติมโดยมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา(ฉบับที่ 27) พ.ศ.2562 มาตรา 280/1 ซึ่งได้บัญญัติว่า “ถ้าผู้กระทำความผิดตาม มาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 278 หรือมาตรา 279 ได้บันทึกภาพหรือเสียงการกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจารนั้นไว้เพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ หนึ่งในสาม

ถ้าผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งภาพหรือเสียงการกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจารที่บันทึกไว้ ต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ ึ่งหนึ่ง ” อีกทั้งยังพบว่าพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ.2551 พ.ศ.2562 (The Emergency Decree Amending the Prevention and Suppression of Human Trafficking Act 2008 B.E.2562) โดยได้บัญญัติอยู่ในคำนิยามความหมายคำว่า “การแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ หมายถึง การแสวงหาประโยชน์จากการค้าประเวณี การผลิตหรือเผยแพร่วัตถุหรือสื่อลามก การแสวงหาประโยชน์ทางเพศในรูปแบบอื่น การเอาคนลงเป็นทาสหรือให้มีฐานะคล้ายทาส การนำคนมาขอทาน การตัดอวัยวะเพื่อการค้า การบังคับใช้แรงงานหรือบริการตามมาตรา 6/1 หรือการอื่นใดที่คล้ายคลึงกันอันเป็นการขูดรีดบุคคลไม่ว่าบุคคลนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม” การแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์นั้นบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องไม่ว่าในขั้นตอนใด หากกระทำโดยรู้และเจตนาแสวงหาประโยชน์โดยใช้ผู้เสียหายเป็นเครื่องมือ หรือช่วยเหลือให้การกระทำบรรลุผลย่อมมีความผิดฐานค้ามนุษย์ด้วยกันทุกคน ซึ่งวัตถุประสงค์สำคัญของการค้ามนุษย์ก็เพื่อแสวงหากำไร โดยการนำตัวผู้เสียหายไปหาประโยชน์โดยมิชอบในรูปแบบต่าง ๆ เช่น แสวงหาประโยชน์ทางเพศ แสวงหาประโยชน์ทางด้านแรงงาน บังคับให้ขอทาน บังคับให้แต่งงาน หรือรูปแบบอื่นที่คล้ายคลึงกัน เป็นต้น โดยมากมักจะเกิดในสถานที่หรือประเทศอันเป็นจุดหมายปลายทาง เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าผู้เสียหายจะเชื่อฟัง ยอมปฏิบัติตาม และเพื่อเป็นการควบคุมผู้เสียหายให้อยู่ภายใต้คำสั่งนักค้ามนุษย์จะมีการใช้ความรุนแรง ทั้งทางร่างกาย เพศ และจิตใจ มีการข่มขู่คุกคามในรูปแบบต่าง ๆ เช่น การแบล็กเมล์ การขู่ว่าจะทำร้ายร่างกายผู้เสียหายหรือบุคคลใกล้ชิด เป็นต้น นอกจากนี้ อาจมีการยึดเอกสารแสดงตน เช่น หนังสือเดินทาง นักค้ามนุษย์จะกีดกันผู้เสียหายไม่ให้ติดต่อกับบุคคลอื่น ควบคุมเสรีภาพในการเดินทาง และผู้เสียหายบางรายอาจถูกทำให้กลายเป็นผู้ติดยาเสพติดหรือสุรา

ซึ่งการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากผู้เสียหาย เป็นแนวความคิดพื้นฐานของการค้ามนุษย์ ซึ่งมาตรา 6 ได้อธิบายว่า “การแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ” โดยยกตัวอย่างรูปแบบลักษณะของการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบเท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในตอนท้ายที่ระบุว่า “การอื่นใดที่คล้ายคลึงกันอันเป็นการขูดรีดบุคคลไม่ว่าบุคคลนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม”การแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบนี้มีแนวความคิดพื้นฐานในเรื่องนี้พัฒนามาจากอนุสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งใช้คำว่า “Exploitation” การค้นหาคำความหมายที่ใช้โดยทั่วไปจากพจนานุกรมภาษาอังกฤษจะทำให้เข้าใจความหมายได้ใกล้เคียงที่สุด อย่างไรก็ตามในการแสวงหาประโยชน์จากการผลิตหรือเผยแพร่วัตถุหรือสื่อลามกตามพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ.2551 พ.ศ.2562 (The Emergency Decree Amending the Prevention and Suppression of Human Trafficking Act 2008 B.E.2562) นั่นก็เป็นการกระทำโดยมีเจตนาพิเศษเพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากผู้เสียหาย ซึ่งในมาตรา 6 ได้กำหนดความหมายของการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบว่าหมายความรวมถึงการผลิตหรือเผยแพร่วัตถุหรือสื่อลามก เช่น นำตัวมาเพื่อแสดงภาพยนตร์ลามก การแสวงหาประโยชน์ทางเพศในรูปแบบอื่น เช่น บังคับให้เต้น

ระบำ เปลื้องผ้า เป็นต้น การที่กฎหมายกำหนดเป็นการแสดงให้เห็นว่า การแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบอาจมีรูปแบบอื่นอีกก็ได้ และวลีที่ว่า “ไม่ว่าบุคคลนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม” หมายความว่า แม้ว่าบุคคลนั้นจะยินยอม การกระทำได้กล่าวก็ถือเป็นการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ จากบทบัญญัติดังกล่าวเป็นบัญญัติถึงสื่อลามกทั่วไปมิได้บัญญัติถึงสื่อลามกอนาจารเด็กไว้เป็นการเฉพาะ แต่ก็สามารถนำมาปรับใช้ในการเปรียบเทียบความหมายในการแสวงหาประโยชน์ทางเพศให้มีความเข้าใจมากยิ่งขึ้นในการตีความ

นอกจากบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญาของไทยแล้วการให้ความคุ้มครองเด็กในเรื่องการแสวงหาประโยชน์ทางเพศและการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กซึ่งมีแนวทางการคุ้มครองเด็กจากกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กไว้เป็นความผิดโดยกำหนดว่า การมีสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในครอบครองเป็นความผิดไม่ว่าจะเป็นการครอบครองเพื่อตนเองหรือการครอบครองเพื่อขาย (Child Pornography Protection Act of 1996, section 2256(a)-(d))

3.2 กฎหมายของสหราชอาณาจักรได้มีการควบคุมสิ่งลามกอยู่ภายใต้กฎหมาย The Obscene Publications Act 1959 ในส่วนของการคุ้มครองเด็กที่เกี่ยวกับสิ่งลามก มีกฎหมายพิเศษที่กำหนดมาตรการคุ้มครองเด็กที่เกี่ยวกับสิ่งลามกและสิ่งที่ไม่เหมาะสมที่เด็กมีส่วนร่วมอยู่ด้วย โดยมีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก 1978 (Protection of Children Act 1978) ซึ่งกฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการแสวงหาประโยชน์จากเด็กโดยการจัดทำภาพลามกอนาจารที่เด็กร่วมอยู่ด้วยและกำหนดบทลงโทษสำหรับการจำหน่าย การแสดงและการโฆษณาภาพลามกดังกล่าว ในการกำหนดความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กโดยมุ่งหมายเพื่อเผยแพร่หรือนำแสดงแก่ตนเองหรือผู้อื่น (Protection of Children Act 1978, section 7(2)) แต่การครอบครองนี้หากเป็นมีภาพลามกไว้ในหน่วยความจำชั่วคราวของระบบคอมพิวเตอร์ไม่เป็นความผิดตามกฎหมายเป็นการวางหลักการตีความของศาลในประเทศอังกฤษ ซึ่งการจะมีความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กได้นั้นผู้ครอบครองจะต้องรู้ว่าสิ่งที่ครอบครองคือสื่อลามกอนาจารเด็ก (The Criminal Justice and Public Order Act 1994, section 1(1)(c))

3. ประเทศไทยมีบทบัญญัติความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารโดยได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 (The Criminal Code Amendment Act (No. 24) B.E. 2558) มาตรา 287/1 ได้บัญญัติว่า “ผู้ใดครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” จากบทบัญญัติแสดงให้เห็นว่าการจะเป็นความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กได้นั้นจะต้องเป็นการครอบครองเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศถึงจะเป็นความผิดตามกฎหมาย ซึ่งการจะพิสูจน์ว่าผู้กระทำได้ครอบครองเพื่อแสวงหาประโยชน์เป็นการพิสูจน์ได้ยาก และมีปัญหาในการตีความว่างอย่างแท้จริงเป็นการครอบครองเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศ

การแสวงหาประโยชน์ในทางเพศมีความหมายอย่างกว้างซึ่งหมายถึงการได้มาซึ่งประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งในทางเพศ เช่น เพื่อนไปสนองความใคร่ เพื่อการอนาจาร ไม่ว่าจะเป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้ครอบครองเองหรือผู้อื่น ก็ย่อมอยู่ในความหมายของการแสวงหาประโยชน์ในทางเพศทั้งสิ้น การกระทำความผิดเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศนี้ คือ เจตนาพิเศษหรือมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิดซึ่งเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบภายในตามโครงสร้างความรับผิดทางอาญา หากมูลเหตุจูงใจของผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กไม่ใช่เพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศ การครอบครองนั้นก็ย่อมไม่เป็นความผิดตามมาตรา 287/1 วรรคหนึ่ง ในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 (The Criminal Code Amendment Act (No. 27) B.E. 2562) ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 280/1 มาตรานี้เป็นบทบัญญัติที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายซึ่งเป็นบทบรรณาธิของความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 278 มาตรา 279 โดยบัญญัติให้การบันทึกภาพหรือเสียงและการเผยแพร่หรือส่งต่อภาพหรือเสียงของการกระทำความผิดหรือการกระทำความผิดเพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบสำหรับตนเองหรือผู้อื่น เป็นการกระทำความผิดที่ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น ทั้งสองมาตรานี้เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับเพศเช่นเดียวกัน และเป็นความผิดที่มีความเกี่ยวข้องกันโดยตรงซึ่งมาตรา 280/1 กำหนดให้การบันทึกภาพหรือเสียงตลอดจนการเผยแพร่ภาพหรือเสียงของการกระทำความผิดหรือการกระทำความผิดเพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบสำหรับตนเองหรือผู้อื่นเป็นความผิด ส่วนมาตรา 287/1 กำหนดให้บุคคลใดครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่นเป็นความผิด ทั้งสองมาตรานี้มีความเกี่ยวข้องกันโดยตรงแต่กับใช้ถ้อยคำที่ต่างกัน ในมาตรา 287/1 ใช้คำว่า “เพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศ” ส่วนมาตรา 280/1 ใช้คำว่า “เพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ” โดยทั้งสองมาตราถูกบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 9 เป็นเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศแต่กลับใช้ถ้อยคำที่ต่างกันทำให้เกิดความสับสนขาดความชัดเจนในการตีความ ในประเด็นปัญหาการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กผู้วิจัยเห็นว่าการที่กฎหมายบัญญัติความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นกฎหมายอาญาก็เพราะว่ากฎหมายอาญามีวัตถุประสงค์ในการลงโทษผู้กระทำความผิดและประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองเด็กโดยมีเจตนาที่จะป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางเพศที่เด็กต้องตกเป็นเหยื่อของการล่วงละเมิดทางเพศ แต่การที่กฎหมายบัญญัติให้การครอบครองนั้นมีเจตนาพิเศษในการครอบครองเป็นเรื่องยากในการพิสูจน์ว่าบุคคลที่ครอบครองได้ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศหรือไม่ หากมีการครอบครองแต่ไม่มีเจตนาแสวงหาประโยชน์ทางเพศย่อมไม่มีความผิดเพราะไม่เข้าองค์ประกอบความผิดจึงต้องนำหลักเกณฑ์เรื่องความตีความทางอาญามาใช้ ซึ่งในการตีความกฎหมายอาญาจะต้องตีความอย่างเคร่งครัดประกอบกันที่จะต้องพิสูจน์ให้ได้โดยปราศจากความสงสัยว่าจำเลยมีเจตนาในการกระทำความผิดศาลจึงลงโทษจำเลยได้ แต่หากเป็นเจตนาที่เป็นสิ่งที่อยู่ในจิตใจจำเลยซึ่งผู้อื่นไม่สามารถหยั่งรู้ได้อย่างแน่ชัด ในประเด็นปัญหาการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กโดยมีเจตนาพิเศษเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศอาจถือได้ว่าเป็นเจตนาที่อยู่ในจิตใจหรือไม่ ซึ่งการบัญญัติกฎหมายอาญาหากมีข้อความที่เคลือบคลุมเป็นที่สงสัยต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้น

ให้แก่จำเลย โดยศาลจะต้องตีความให้เป็นคุณแก่จำเลยซึ่งนำไปสู่ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก

4. ปัญหาในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเก็บข้อมูลสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในเว็บไซต์ (Website) ที่มีเซิร์ฟเวอร์ (Server) อยู่ต่างประเทศ ปัจจุบันสื่อสังคมออนไลน์เป็นรูปแบบการสื่อสารที่ได้รับความนิยมจากบุคคลทุกเพศทุกวัย ดังนั้น สื่อสังคมออนไลน์จึงถูกใช้ในทางที่ดีและในทางที่ผิดกฎหมายรวมถึงการกระทำที่เป็นความผิดทางอาญาแม้ประมวลกฎหมายอาญาจะมีได้วางบทบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยการเก็บข้อมูลสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในเว็บไซต์ (Website) ที่มีเซิร์ฟเวอร์ (Server) อยู่ต่างประเทศไว้แต่บางมาตราก็สามารถนำมาปรับใช้กับการกระทำความผิดดังกล่าวได้ ตามความในมาตรา 287/2 ที่ได้กำหนดให้การทำ ผลิต มีไว้ นำเข้า หรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกป็นอกราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไป หรือทำให้แพร่หลายโดยประการใด ซึ่งเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ภาพพระบายสีสิ่งพิมพ์รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมายรูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือสิ่งอื่นใดอันลามก โดยในมาตรา 287/1 วรรคสอง การส่งต่อซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็ก เป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดตามวรรคแรกได้ส่งต่อซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็ก โดยการส่งต่อที่จะเป็นความผิดตามวรรคสองนี้จะต้องเป็นผู้ครอบครองตามวรรคหนึ่งก่อน

กล่าวคือ ประมวลกฎหมายอาญา(The Criminal code) มาตรา 287/1 เป็นบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับกรณีการมีสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในครอบครองเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น และหากมีสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อประโยชน์ในทางการค้า เผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287/2 แล้วแต่กรณี ซึ่งจะเห็นได้ว่าโทษที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับมีอัตราโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 เพื่อเป็นการคุ้มครองเด็กจากการแสวงหาผลประโยชน์ในทางเพศ

เนื่องด้วยความแตกต่างของกฎหมายในแต่ละประเทศ จึงส่งผลต่อความยากลำบากในการเอาผิดต่อครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กที่เก็บข้อมูลสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในเว็บไซต์ (Website) ที่มีเซิร์ฟเวอร์ (Server) อยู่ต่างประเทศ ซึ่งประเทศต่าง ๆ มีตัวบทกฎหมายที่แตกต่างกัน เช่น แต่ละประเทศมีนิยามคำว่า การลามกอนาจาร และรูปแบบของการกระทำลามกที่แตกต่างกัน การดำเนินคดีจะต้องดูที่การกระทำนั้น ๆ ว่าเป็นการกระทำโดยเปิดเผยหรือเพียงแต่เจตนาถือว่ามีความผิด ในแต่ละประเทศยังมีความแตกต่างกัน เช่นกฎหมายสหราชอาณาจักร การมีสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในครอบครองเฉยๆ หรือว่าจะต้องมีเด็กจริง ๆ เข้ามาเกี่ยวข้องจึงจะถือว่าเป็นความผิด (Protection of Children Act 1978, section7(2)) แต่การครอบครองนี้หากเป็นมีภาพลามกไว้ในหน่วยความจำชั่วคราวของระบบคอมพิวเตอร์ไม่เป็นความผิดตามกฎหมายเป็นการวางหลักการตีความของศาลในประเทศอังกฤษ ต่างจากกฎหมายของประเทศไทยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287/1 เป็นความผิดแม้ว่าจะมีสื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกบันทึกโดยอัตโนมัติด้วยระบบคอมพิวเตอร์แบบชั่วคราวก็ตาม การที่กฎหมายประเทศต่าง ๆ ไม่มีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันนี้

ทำให้ผู้ละเมิดกฎหมายแสวงหาช่องว่างจากเขตอำนาจรัฐที่ยังมีจุดอ่อนในเรื่องสื่อลามกอนาจารได้โดยง่าย ในขณะที่เดียวกันการออกกฎหมายในแต่ละประเทศจำเป็นต้องสอดคล้องกัน เพื่อเป็นหลักประกันว่าการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นสามารถจะถูกนำมาดำเนินคดีได้ทั่วโลก แต่กฎหมายที่มีอยู่แล้วที่มีบทบัญญัติเกี่ยวข้องกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กในอินเทอร์เน็ตไม่ควรถูกละเลยที่จะนำมาใช้บังคับ เพราะมีการพัฒนาเทคโนโลยีอย่างต่อเนื่องทำให้กฎหมายที่เกี่ยวกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กบนเว็บไซต์ล้าสมัย แม้ว่าจะระบบอินเทอร์เน็ตจะมีความเป็นสากล แต่หน่วยงานที่มีอำนาจในการตรวจสอบควบคุมกิจกรรมในการใช้อินเทอร์เน็ตยังคงเป็นเพียงองค์กรระดับชาติ บางครั้งมีอำนาจในระดับรัฐเท่านั้น การบังคับใช้เขตอำนาจรัฐสำหรับกิจกรรมที่เป็นสากลสามารถทำได้ในหลายรูปแบบ ประการแรก ดูว่าการละเมิดหรือความเสียหายเกิดขึ้นที่ไหน การส่งภาพลามกอนาจารเด็กทางอินเทอร์เน็ต หรือเก็บข้อมูลสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในเว็บไซต์ (Website) ทำให้เกิดปัญหาเขตอำนาจรัฐในจุดนี้ได้ เพราะส่วนใหญ่ไม่อาจจะระบุได้ว่าสื่อลามกอนาจารเด็กดังกล่าวมาจากที่ไหน หรือเกิดความเสียหาย ณ ประเทศใด

กรณีที่มีการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กกฎหมายของบางประเทศกำหนดว่า ผู้กระทำความผิดจะต้องอาศัยอยู่ในประเทศนั้นด้วย ขณะที่กฎหมายของบางประเทศกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องอาศัยอยู่ในประเทศนั้น และต้องกระทำความผิดอยู่ในเขตประเทศเดียวกัน กฎหมายในบางประเทศยังกำหนดเพิ่มไปอีกว่า ผู้เยาว์ที่เป็นเหยื่อนั้นต้องอยู่ในประเทศเดียวกันด้วย อย่างไรก็ตามกฎหมายในหลายประเทศกำหนดให้มีการดำเนินคดีต่อบุคคลในชาติตนเองที่กระทำความผิดต่อเด็กในประเทศอื่นได้ บางประเทศออกกฎหมายข้ามแดนพิเศษเพื่อแก้ไขปัญหาเรื่องขอบเขตอำนาจรัฐในการควบคุมการใช้อินเทอร์เน็ตในทางที่ผิดกฎหมายและผิดศีลธรรม ตัวอย่างเช่น ประเทศนิวซีแลนด์มีกฎหมายที่เข้มงวดเพื่อหลีกเลี่ยงความยุ่งยากของการพิสูจน์เจตนา หรือแหล่งที่มาของสื่อเหล่านั้นให้ถือว่าการมีสื่อลามกเด็กไว้ในครอบครองถือว่าเป็นความผิด

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการเผยแพร่ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะอันลามกในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2560 (The Computer-related Crime Act B.E. 2550 (2007) as amended by the Computer-related Crime Act (No. 2) B.E. 2560 (2017)) มาตรา 14 บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดกระทำความผิดที่ระบุไว้ดังต่อไปนี้ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ...(4) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้” พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 และ ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2560 (The Computer-related Crime Act B.E. 2550 (2007) as amended by the Computer-related Crime Act (No. 2) B.E. 2560 (2017)) โดยการเพิ่มเติมความผิดดังต่อไปนี้

มาตรา 15 แก้ไขบัญญัติเกี่ยวกับผู้ให้บริการ โดยมุ่งเน้นไปที่การขยายลักษณะการกระของผู้ให้บริการและสร้างทางเลือกเชิงบวกในกรณีที่ให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ เช่น ลบข้อความหรือข้อมูลที่ผิดกฎหมายออกจากระบบ โดยกำหนดให้ “ผู้ให้บริการผู้ใดให้ความร่วมมือ ยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจให้มีการ

กระทำความผิดตามมาตรา 14 ในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตน ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดตามมาตรา 14” และกำหนดเพิ่มเติมว่า “ถ้าผู้ให้บริการพิสูจน์ได้ว่าตนได้ปฏิบัติตามประกาศของรัฐมนตรีที่ออกตามวรรคสอง ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ”

มาตรา 16 บทบัญญัติเกี่ยวกับการนำเข้าภาพของผู้อื่นที่เกิดจากการสร้างขึ้น ตัดต่อ เติม หรือดัดแปลงด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือวิธีการอื่นใดที่ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าถึงได้เป็นผลให้บุคคลนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง หรือได้รับความอับอาย ได้เพิ่มบทลงโทษ และบทบัญญัติที่ระบุถึงผู้ถูกระทำด้วยว่า การกระทำนั้นได้กระทำต่อ “ผู้ตาย บิดา มารดา คู่สมรส หรือบุตรของผู้ตาย”

มาตรา 18 แก้ไขเพิ่มเติมให้พนักงานสอบสวนตามประมวลกฎหมายอาญา สามารถร้องขอให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติคอมพิวเตอร์ใช้อำนาจหน้าที่ในการมีหนังสือสอบถาม เพื่อให้ส่งคำชี้แจงให้ข้อมูล หรือเรียกข้อมูลจากรคอมพิวเตอร์ หรือสั่งให้ส่งมอบข้อมูลได้ โดยผู้ให้บริการจะต้องดำเนินการตามคำร้องขอโดยไม่ชักช้าหรือไม่เกิน 7 วันนับแต่วันที่ร้องขอเป็นผลให้การได้พยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญาจากผู้ประกอบเอกชนสามารถกระทำได้เร็วยิ่งขึ้นในกรณีที่สื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในเว็บไซต์ (Website) ที่มีเซิร์ฟเวอร์ (Server) อยู่ต่างประเทศ เป็นปัญหาสำคัญในการสืบสวนสอบสวนทางอาญาเพื่อให้ได้มาซึ่งหลักฐานและตัวผู้กระทำความผิด ดังนั้น ในข้อ 6 พิธีการเลือกรับฯ (Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography, 2000, section 6) รัฐภาคีทั้งหลายจะต้องรับดำเนินการให้รัฐภาคีอีกรัฐหนึ่ง ซึ่งมาตรการให้ความช่วยเหลืออย่างมากที่สุดอันเกี่ยวข้องกับการสืบสวนสอบสวนหรือกระบวนการทางอาญา หรือกระบวนการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่ร้องขอในเรื่องเกี่ยวข้องกับความผิดเกี่ยวกับการแสวงหาประโยชน์ทางเพศกับเด็ก รวมทั้งความช่วยเหลือในการให้ได้มาซึ่งหลักฐานด้วยการดำเนินมาตรการตามพันธกรณีของตนโดยให้สอดคล้องกับสนธิสัญญาใดหรือความตกลงอื่นว่าด้วยความช่วยเหลือซึ่งกันและกันทางกฎหมายที่อาจมีอยู่ระหว่างกัน ในกรณีที่ไม่มีสนธิสัญญาหรือความตกลงเช่นว่านั้น รัฐภาคีทั้งหลายจะต้องดำเนินการให้กับรัฐภาคีอีกรัฐหนึ่งให้ความช่วยเหลือโดยสอดคล้องกับกฎหมายภายในของตน ซึ่งคณะกรรมการเสนอให้ไทยดำเนินการขั้นต้นเพื่อประกันว่ากฎหมายภายในจะให้อำนาจดำเนินคดีแบบข้ามเขตอำนาจที่รวมถึงอำนาจดำเนินคดีโดยไม่มีเงื่อนไขว่าต้องเป็นความผิดสองรัฐสำหรับความผิดตามพิธีสนธิสัญญานี้คณะกรรมการเสนอเพิ่มเติมให้ไทยพิจารณานำพิธีสารไปผนวกเป็นพื้นฐานกฎหมายเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดนโดยไม่มีเงื่อนไขเรื่องสนธิสัญญาทวิภาคีประเทศไทย ดังนั้น ประเด็นอำนาจศาลและการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในประเทศยังจึงยังไม่มีผลการดำเนินการในขณะที่ยังดำเนินการดำเนินคดีแบบข้ามเขตอำนาจนั้น ได้ประสานความร่วมมือในการให้อำนาจทางกฎหมายระหว่างประเทศที่ไม่เท่าเทียมกัน เช่น เป็นความผิดในประเทศหนึ่งแต่ในอีกประเทศไม่ถือเป็นความผิด รวมทั้งอาจจะบุกรุกใช้กลไกกรอบความร่วมมือระหว่างประเทศ เช่น กรอบอาเซียน กรอบความร่วมมือเฉพาะ

ในกรณีส่งผู้ร้ายข้ามแดน ตามข้อ 5 แห่งพิธีสารเลือกรับฯ นั้น การขายเด็กและ/หรือการค้าเด็กเพื่อบริการทางเพศ การค้าประเวณีเด็ก และสื่อลามกอนาจารเด็ก (Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography, 2000, section 5) จะต้องถือว่ารวมอยู่ในความผิดทั้งหลายที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ในสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนใดที่มีอยู่ระหว่างรัฐภาคี และจะต้องรวมอยู่ในความผิดทั้งหลายที่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ในสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนทุกฉบับที่ได้จัดทำขึ้นระหว่างกันในอนาคต นอกจากนี้หากรัฐภาคีไม่มี การทำสนธิสัญญาระหว่างกันในเรื่องนี้รัฐนั้นอาจพิจารณาว่าพิธีสารเลือกรับฉบับนี้เป็นพื้นฐานทางกฎหมาย สำหรับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ โดยให้รัฐทั้งหลายถือตามข้อ 5 แห่งพิธีสารฉบับนี้ได้ทำการศึกษาปัญหาการ แสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็ก ซึ่งในทางระหว่างประเทศมีพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องการขายเด็ก การค้าประเวณีเด็ก และสื่อลามกที่เกี่ยวข้องกับเด็ก ค.ศ. 2000 (OPSC) (Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography, 2000) โดยมุ่งเน้นถึงการป้องกันและคุ้มครองเด็กจากการถูกแสวงหาประโยชน์ทางเพศ ไว้โดยเฉพาะ ซึ่งประเทศสมาชิกอาเซียนส่วนใหญ่เป็นภาคีจึงต้องดำเนินการตามพิธีสารเลือกรับฉบับนี้ จาก การวิเคราะห์พบว่า ประเทศที่เป็นภาคียังคงต้องมีการแก้ไขกฎหมายภายในให้มีความสอดคล้องกับพิธีสาร เลือกรับอยู่ ทั้งในเรื่องของการกำหนดอายุเด็กที่ได้รับความคุ้มครอง การบัญญัติกฎหมายห้ามการขายเด็ก และ/หรือการค้าเด็กทางเพศ การค้าประเวณี และสื่อลามกเด็ก การกำหนดเขตอำนาจศาลและสิทธิสภาพนอก อาณาเขต มาตรการป้องกันการแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็ก และมาตรการคุ้มครองสิทธิผู้เสียหายที่เป็น เด็ก รวมถึงความร่วมมือระหว่างประเทศทั้งในเรื่องของการส่งผู้ร้ายข้ามแดน การให้ความร่วมมือในทาง คดีอาญา การป้องกันและคุ้มครองเด็กจากการถูกแสวงหาประโยชน์ทางเพศ และให้รัฐที่ยังไม่ได้เป็นภาคีเป็น ภาคี

ดังนั้นเมื่อพิจารณาแนวทางการสืบสวนสอบสวนความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก กรณีที่การ สืบสวนสอบสวนพบสื่อลามกอนาจารเด็กในระบบคอมพิวเตอร์ ซึ่งหมายความรวมถึง E-mail, Website, Social Media (Facebook, Line เป็นต้น) การประมวลผลแบบกลุ่มเมฆ (Cloud Computing เช่น Google Drive, Sky Drive, Drop Box เป็นต้น) หรือช่องทางอื่น ๆ ในระบบคอมพิวเตอร์ หากเป็นกรณีที่ไม่สามารถ เข้าถึงระบบเครื่องคอมพิวเตอร์ได้ให้ยึดคอมพิวเตอร์และสื่อบันทึกข้อมูลต่าง ๆ ที่คาดว่าจะมีสื่อลามกอนาจาร อยู่ จากนั้นจึงส่งให้เจ้าหน้าที่พิสูจน์พ้องค้นหาสื่อลามกอนาจารเด็กต่อไป จากการศึกษาพบว่า แม้ว่าประเทศ ไทยจะมีกฎหมายที่กำหนดความผิดที่เกี่ยวกับการแสวงหาประโยชน์ทางเพศต่อเด็ก รวมตลอดถึงการเพิ่มเติม ความผิดฐานสื่อลามกครอบคลุมแล้ว แต่การสืบสวนสอบสวนในกรณีเก็บข้อมูลสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ใน เว็บไซต์ (Website) ที่มีเซิร์ฟเวอร์ (Server) อยู่ต่างประเทศ ยังเป็นปัญหาในการรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อ นำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้

อภิปรายผลการวิจัย (Research Discussion)

จากการศึกษาพบว่ากฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กยังคงมีปัญหาหลายประการซึ่งสามารถสรุปได้ดังนี้

1. นิยามความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็ก

ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยนั้นยังมีความไม่ชัดเจนหากพิจารณาเนื้อหาของคำนิยามศัพท์ตามประมวลกฎหมายอาญาที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1 (17) แห่งประมวลกฎหมายอาญา เป็นวัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปี โดยรูป เรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร ถึงแม้ว่าคำนิยามดังกล่าวจะไม่ได้ระบุชัดเจนว่าเด็กที่ปรากฏในสื่อจะต้องเป็นเด็กที่เป็นมนุษย์เท่านั้น แต่ยังมีความหมายที่กว้างและอาจครอบคลุมไปถึงเด็กสมมุติที่ไม่ใช่มนุษย์ เช่น เด็กในการตูนแอนิเมชันที่ถูกสร้างขึ้นจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะถือว่าเป็นสื่อลามกอนาจารเด็กเพราะเป็น “วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็น” กล่าวคือเป็นสิ่งที่ทำให้ปรากฏไม่ว่าจะเป็น ภาพนิ่ง ภาพเคลื่อนไหว เรื่อง แถบบันทึกเสียง หรืออื่น ๆ ที่มีลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจารจึงมีความจำเป็นในตีความของคำว่า วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นนั้นมีความหมายอย่างไรและครอบคลุมถึงเด็กสมมุติที่ถูกสร้างขึ้นจากคอมพิวเตอร์ด้วยหรือไม่และอีกกรณีในรูปแบบแถบบันทึกเสียงที่ไม่มีภาพประกอบ และเป็น การพากย์เสียงเด็กที่พากย์เสียงโดยผู้ใหญ่จะทราบได้อย่างไรว่าเสียงนั้นเป็นเสียงของเด็ก นิยามความหมายสื่อลามกอนาจารของประเทศไทยมีความหมายที่กว้างมากเกินไปอีกทั้งยังมีความไม่ชัดเจนและเกิดคลุมเครือสับสนในการตีความ ซึ่งขัดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายที่ว่ากฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอนซึ่งส่งผลทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก ผู้วิจัยเห็นว่า การที่กฎหมายบัญญัติความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นกฎหมายอาญา ในการให้คำอธิบายความหมายของคำว่า “สื่อลามกอนาจารเด็ก” นั้นจะต้องมีความชัดเจน ซึ่งเป็นหลักการทางกฎหมายอาญาที่สำคัญโดยมีหลักการย่อยที่สำคัญประการหนึ่งคือ กฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอนหมายความว่าเนื้อหาและขอบเขตจะต้องแสดงออกโดยตัวบทกฎหมายอย่างชัดแจ้ง (Sanguthai and Chuathai, 2017 : 119, Kraivichien, 2008 : 14)

2. เรื่องอายุของเด็กที่ปรากฏอยู่ในสื่อลามกอนาจารเด็ก

อายุของเด็กที่ปรากฏอยู่ในสื่อลามกอนาจารเด็กนั้นมีปัญหาที่ต้องวิเคราะห์ว่า ถ้าบุคคลที่ปรากฏอยู่ในสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นบุคคลที่อายุไม่เกิน 18 ปีแต่บรรลุนิติภาวะโดยการสมรสจะถือว่าเป็นเด็กหรือไม่ และส่งต่อการวินิจฉัยการกระทำความผิดทางอาญา แต่เมื่อพิจารณาจากตัวบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (17) กฎหมายถือว่าบุคคลที่อายุไม่เกิน 18 ปี เป็นเด็ก โดยบทบัญญัติมาตรานี้มิได้บัญญัติถึงข้อยกเว้นของการบรรลุนิติภาวะโดยการสมรสเอาไว้แต่อย่างใดดูที่อายุของบุคคลเป็นสำคัญ ซึ่งแตกต่างจากอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่กำหนดให้รัฐภาคีต้องบัญญัติกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับอนุสัญญาฯ แต่ในส่วนของประเทศไทยซึ่งเป็นรัฐภาคีก็ได้ตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กขึ้น

ในปี พ.ศ. 2546 และได้บัญญัติให้นิยามความหมายของคำว่า “เด็ก” เอาไว้เช่นเดียวกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ดังนั้นในนิยามความหมายของเด็กในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กจึงมีความขัดแย้งกับกฎหมายภายในด้วยตนเองและยังขัดกับข้อ 1 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ซึ่งได้บัญญัติว่า “เด็ก หมายถึง มนุษย์ทุกคนที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านี้ตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็กนั้น” (Convention on the Rights of the Child, 1989, section 1) จึงต้องมีการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายไม่ให้เกิดความขัดแย้ง ซึ่งทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมาย

3. ปัญหาในการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก

จากการศึกษาพบว่าองค์ประกอบของความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/1 วรรคหนึ่งแห่งประมวลกฎหมายอาญาประกอบด้วยองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน โดยองค์ประกอบภายในนอกจากจะต้องเป็นการกระทำโดยเจตนาแล้วยังต้องมีเจตนาพิเศษ “เพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศ” ซึ่งเจตนาพิเศษ คือ มูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิดจึงได้บัญญัติถ้อยคำที่แสดงว่าเป็นเจตนาพิเศษไว้ในองค์ประกอบของความผิดฐานนี้โดยตรงจึงมีปัญหาในการตีความของคำว่า “การแสวงหาประโยชน์ในทางเพศ” นั้นมีความหมายอย่างกว้าง ซึ่งหมายถึงการได้มาซึ่งประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งในทางเพศ เช่น เพื่อไปสนองความใคร่ เพื่อการอนาจาร ไม่ว่าจะเป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้ครอบครองเองหรือผู้อื่น ก็ย่อมอยู่ในความหมายของการแสวงหาประโยชน์ในทางเพศทั้งสิ้น การกระทำเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศนี้ คือ เจตนาพิเศษหรือมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิดซึ่งเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบภายในตามโครงสร้างความรับผิดทางอาญา หากมูลเหตุจูงใจของผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กไม่ใช่เพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศ การครอบครองนั้นก็ย่อมไม่เป็นความผิดตามมาตรา 287/1 วรรคหนึ่ง เพราะขาดองค์ประกอบภายใน การบัญญัติกฎหมายด้วยถ้อยคำที่มีความหมายอย่างกว้างขวางทำให้กฎหมายอาญาในความผิดฐานนี้ขาดความชัดเจน ซึ่งขัดต่อหลักกฎหมายอาญาที่ต้องมีความชัดเจนแน่นอน เมื่อใดที่ขาดความชัดเจนเปิดโอกาสให้ศาลเป็นผู้ชี้ขาดในการตีความได้อย่างกว้างขวางย่อมทำให้เกิดผลเสียโดยตรงต่อการบังคับใช้กฎหมายนี้และหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน (Sanguthai and Chuathai, 2017 : 119, Kraivichien, 2008 : 14)

4. ปัญหาในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเก็บข้อมูลสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในเว็บไซต์ (Website) ที่มีเซิร์ฟเวอร์ (Server) อยู่ต่างประเทศ

ปัญหาในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเก็บข้อมูลสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในเว็บไซต์ (Website) ที่มีเซิร์ฟเวอร์ (Server) อยู่ต่างประเทศเป็นปัญหาที่ยากต่อการพิสูจน์และส่งผลต่อการรวบรวมพยานหลักฐาน อาจสรุปได้ว่าบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287/1 เป็นบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการมีสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในครอบครองเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น และหากมีสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อประโยชน์ในทางการค้า เผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287/2 แล้วแต่กรณี ซึ่งจะเห็นได้ว่าโทษที่ผู้กระทำ

ความผิดจะได้รับมีอัตราโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 เพื่อเป็นการคุ้มครองเด็กจากการแสวงหาผลประโยชน์ในทางเพศ ซึ่งกฎหมายในแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันจึงส่งผลต่อความยากลำบากในการเอาผิดต่อครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กที่เก็บข้อมูลสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในเว็บไซต์ (Website) ที่มีเซิร์ฟเวอร์ (Server) อยู่ต่างประเทศ ซึ่งประเทศต่าง ๆ มีตัวบทกฎหมายที่แตกต่างกัน เช่น แต่ละประเทศมีนิยามคำว่า การลามกอนาจาร และรูปแบบของการกระทำความผิดที่แตกต่างกัน การดำเนินคดีจะต้องดูที่การกระทำนั้น ๆ ว่าเป็นการกระทำโดยเปิดเผยหรือเพียงแต่เจตนา ก็ถือว่ามีความผิด ในแต่ละประเทศยังมีความแตกต่างกันอีกตรงที่ว่า การมีสื่อลามกไว้ในครอบครองเฉยๆ หรือว่าจะต้องมีเด็กจริง ๆ เข้ามาเกี่ยวข้องจึงจะถือว่าเป็นความผิด การที่กฎหมายประเทศต่าง ๆ ไม่มีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันนี้ ทำให้ผู้ละเมิดกฎหมายแสวงหาช่องว่างจากเขตอำนาจรัฐที่ยังมีจุดอ่อนในเรื่องสื่อลามกอนาจารได้โดยง่าย จึงทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็ก จึงมีความจำเป็นต้องมีการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติดังกล่าวให้ครอบคลุมถึงทุกรูปแบบการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก

ข้อเสนอแนะการวิจัย (Research Suggestions)

1. ข้อเสนอแนะการนำผลการวิจัยไปใช้

1.1 ควรแก้ไขเพิ่มเติมถ้อยคำในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (17) จากเดิมที่ได้บัญญัติว่า “สื่อลามกอนาจารเด็กว่า หมายถึง วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็ก ซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปีโดยรูป เรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสารภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือรูปแบบอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน และให้หมายความรวมถึงวัตถุหรือสิ่งต่าง ๆ ข้างต้นที่จัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้”

โดยแก้ไขคำว่า “วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็น” เป็นคำว่า “วัตถุหรือสิ่งลามกที่แสดงให้เห็น” เมื่อเพิ่มเติมถ้อยคำลงไปแล้วจะมีข้อความดังนี้

“สื่อลามกอนาจารเด็กว่า หมายถึง วัตถุหรือสิ่งลามกแสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปีโดยรูป เรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสารภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือรูปแบบอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน และให้หมายความรวมถึงวัตถุหรือสิ่งต่าง ๆ ข้างต้นที่จัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้”

1.2 ควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กให้มีบทบัญญัติข้อยกเว้นของเด็กในการบรรลุนิติภาวะโดยการสมรสไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287/1 วรรคท้าย จากความเดิมในมาตรา 287/1 ที่ได้บัญญัติว่า “ผู้ใดครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าผู้กระทำความผิดตามผิดวรรคหนึ่งส่งต่อซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กแก่ผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

โดยแก้ไขเพิ่มเติมข้อยกเว้นของเด็กในการบรรลุนิติภาวะโดยการสมรสไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287/1 วรรคท้าย เมื่อเพิ่มเติมถ้อยคำลงไปแล้วจะมีข้อความดังนี้

“ผู้ใดครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าผู้กระทำความผิดตามผิดวรรคหนึ่งส่งต่อซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กแก่ผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

บทบัญญัติแห่งมาตรานี้มิให้บังคับแก่บุคคลผู้ซึ่งมีสื่อลามกอนาจารของคู่สมรสที่มีอายุไม่เกินสิบแปดปี หรือคู่สมรสที่ปรากฏอยู่ในสื่อลามกอนาจาร ณ ขณะนั้นมีอายุไม่เกินสิบแปดปีไว้ในครอบครองตามวรรคหนึ่ง โดยมีได้มีเจตนาเปิดเผย เผยแพร่ หรือส่งต่อให้ผู้อื่น”

1.3 ปัญหาการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กซึ่งประเทศไทยจึงควรแก้ไขเพิ่มเติมถ้อยคำในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287/1 วรรคหนึ่ง จากเดิมที่ได้บัญญัติว่า “ผู้ใดครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ โดยให้แก้ไขคำว่า “แสวงหาประโยชน์ทางเพศ” เป็นคำว่า “แสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ” อีกทั้งควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดในการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกสร้างโดยคอมพิวเตอร์หรือจากฝีมือมนุษย์ในบทบัญญัติ เมื่อแก้ไขเพิ่มเติมถ้อยคำแล้วจะมีข้อความดังนี้

“ผู้ใดครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้ใดครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กที่ถูกสร้างขึ้นจากฝีมือมนุษย์ หรือเด็กที่ถูกสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์เพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

1.4 ปัญหาในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเก็บข้อมูลสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในเว็บไซต์ (Website) ที่มีเซิร์ฟเวอร์ (Server) อยู่ต่างประเทศ ผู้วิจัยมีความเห็นว่าควรมีการบัญญัติกฎหมายบังคับนอกดินแดนเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดในต่างแดนตามพิธีตราสารเลือกรับฯ ควรจัดให้มีการร่วมมือกันระหว่างประเทศในเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในกรณีความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/2 และบัญญัติ

ให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตทั้งประเภทให้บริการเข้าใช้เครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Access Provider) และประเภทผู้ให้บริการในด้านเนื้อหา (Content Provider) โดยแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 (The Computer-related Crime Act B.E. 2550 (2007) as amended by the Computer-related Crime Act (No. 2) B.E. 2560 (2017)) ดังมีข้อความดังต่อไปนี้

“ให้ผู้ให้บริการผู้ใดให้ความร่วมมือ ยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจให้มีการกระทำความผิดโดยนำเข้าสู่ลามกอนาจารเด็กสู่ระบบคอมพิวเตอร์หรือเผยแพร่ส่งต่อในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตนต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปีหรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

โดยกำหนดแยกประเภทของสื่อลามกอนาจารเด็กออกจากสิ่งลามกทั่วไปตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 (The Computer-related Crime Act (No. 2) B.E. 2550 2560)

ข้อเสนอแนะในการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กที่ผู้วิจัยได้ทำการเสนอแนะนั้นหวังอย่างยิ่งว่าจะสามารถช่วยแก้ไขปัญหการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยความผิดฐานการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กให้มีความชัดเจนทั้งในการตีความตามตัวบทกฎหมายและจะสามารถช่วยลดปัญหาในทางปฏิบัติได้ไม่มากนัก ผู้วิจัยตระหนักถึงปัญหาสื่อลามกอนาจารเด็กที่นับวันจะยังมีเพิ่มมากขึ้น มีเด็กอีกจำนวนไม่น้อยที่ต้องตกเป็นเหยื่อของอาชญากรรมทางเพศรูปแบบนี้ ซึ่งเป็นอาชญากรรมที่เข้าถึงได้ง่ายและเป็นภัยใกล้ตัว หากเจตนารณในการบัญญัติกฎหมายสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นไปเพื่อต้องการให้ความคุ้มครองและปกป้องเด็กจึงต้องมีการแก้ไขบทบัญญัติให้ครอบคลุมและมีความชัดเจน

2. ข้อเสนอแนะการวิจัยครั้งต่อไป

2.1 ควรมีการบัญญัติกฎหมายบังคับนอกดินแดนเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดในต่างแดนตามพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็ก และสื่อลามก ที่เกี่ยวกับเด็ก ค.ศ. 2000 (Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography, 2000)

2.2 ควรจัดทำความร่วมมือระหว่างเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในกรณีความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อป้องกันและปราบสื่อลามกอนาจารเด็กให้หมดไปจากสังคม

เอกสารอ้างอิง (References)

Additional Act of the Criminal Code (No. 5), B.E. 2525, Government Gazette, Volume 99, part 108 (6 August 1982): 7.

Akdeniz, Y. (2013, March 15). “Governance of Pornography and Child Pornography on the Global Internet, A Multi (Rev. ed.). Layered Approach.

- Boontong, A. (2016). The essence of the offense relating to child pornography. (L.1, p. 165-182). Year 63.
- Chan Suphamit, C. (2018). Member of the National Legislative Assembly. (15 June 2018). Interview.
- Child online Protection Act 1998
- Child Protection Act 2003, Government Gazette Volume 120, Section 95 A. (2 October 2003): 11.
- Communication Decency Act of 1996
- Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse (Council of Europe)
- Department of Special Investigation, DSI. (2018). Arrest statement for opening child pornography website It is involved with many accused countries. Retrieved from <http://www.Dsi.go.th>.
- Lilian Edwards, (2009). Law and the Internet: Pornography Censorship and the Internet, (3rd ed). Oxford: Portland, Oregon: Hart.
- Na Nakorn, K. (2016). Criminal law, offense sector. (11th edition). Bangkok: Winyuchon Publishing House.
- National Human Rights Commission. (2009). General principles of international law regarding Human rights, Convention on the Rights of the Child, Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Trafficking of Children Prostitution And child pornography, an optional protocol to the Convention on the Rights of the Child Involve children in armed conflict. Bangkok: Office of the Human Rights Commission. National.Thanin Kraivichien (May-August) "The importance of interpretation in the legal profession.". (L.2, n. 14). 55 year.
- Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography, 2000.
- Optional Protocol to The Convention on the Rights of the Child on a communication procedure, 2011: United Nation Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Person, Especially Women and Children, 2000.
- Sanguthai, Y. Modified by Chuathai, S. (2017). Introduction to General Law (21st edition). Bangkok: Thammasat University.

- Srisanit, P. (2018). Advanced criminal law. Bangkok: Winyuchon Publishing House.
- The Computer Crime Act (No.2) B.E. 2560, Government Gazette Volume 134, Section 10 Kor (24 January 2017): 26.
- The Computer Crimes Act 2007, Government Gazette Vol. 124. Episode 27K (18 June 2007): 4-5.
- The Computer-related Crime Act B.E. 2550 (2007) as amended by the Computer-related Crime Act (No. 2) B.E. 2560 (2017).
- UNICEF Thailand Organization. (2015). A summary report of the situation of sexual exploitation. Commerce from children in Thailand. Retrieved from https://www.ecpat.org/uploads/2016/04/SITAN_THAILAND_THAI.pdf.
- United Nations Convention on Transnational Organized Crime, 2000.
- Worst Forms of Child Labor Convention (No. 182), 1999.

