

บทวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมาย
ในการควบคุมการผลิตและเผยแพร่วัตถุหรือสิ่งของลามก

ปัจจุบันวัตถุหรือสิ่งของลามกได้มีการผลิตและแพร่หลายไปสู่สังคมของทุกประเทศทั่วโลก โดยขบวนการผลิตและจำหน่ายสิ่งลามกได้มีการพัฒนารูปแบบของวัตถุหรือสิ่งของลามกให้มีความหลากหลายมากขึ้น เพื่อให้เป็นที่สนใจแก่บุคคลที่ต้องการสินค้าเหล่านั้น ซึ่งเมื่อประกอบกับความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีแขนงต่างๆแล้ว ทำให้วัตถุหรือสิ่งของลามกสามารถแพร่หลายไปสู่สังคมของประเทศต่างๆได้อย่างรวดเร็วจนยากที่จะป้องกัน แม้ว่าเกือบทุกประเทศจะได้มีการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเพื่อควบคุมการผลิตและเผยแพร่วัตถุหรือสิ่งลามกอยู่แล้วก็ตาม แต่ก็ยังไม่สามารถที่จะนำมาตราการทางกฎหมายที่กำหนดขึ้นมาแก้ไขปัญหาการแพร่หลายของวัตถุหรือสิ่งของลามกได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งนับว่าเป็นปัญหาสำคัญในการที่จะควบคุมการผลิตและเผยแพร่วัตถุหรือสิ่งของลามกเป็นอย่างยิ่ง

ในบทนี้ผู้เขียนได้ทำการศึกษาเกี่ยวกับปัญหาทางกฎหมายในการควบคุมการผลิตและเผยแพร่วัตถุหรือสิ่งของลามกทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศโดยวิธีการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมาย ดังนี้

4.1 ปัญหาการกำหนดความหมายของวัตถุหรือสิ่งของลามก

ปัญหาทางกฎหมายในการควบคุมการผลิตและเผยแพร่วัตถุหรือสิ่งของลามก ที่นับว่าเป็นปัญหาสำคัญที่ทุกประเทศต่างประสบปัญหาที่คล้ายคลึงกันคือ การที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถที่จะบัญญัติกฎหมายที่ให้คำนิยามศัพท์ คำว่า "สิ่งลามก" ที่มีความชัดเจนแน่นอนได้ ซึ่งปัญหานี้ได้ก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติในการที่จะทำการควบคุมและปราบปรามวัตถุหรือสิ่งของลามกเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากเจ้าหน้าที่ตำรวจ อัยการ และศาล ตลอดจนประชาชนทั่วไปต่างมีความสับสนในการที่จะวินิจฉัยว่า วัตถุหรือสิ่งของใดจะถือว่าเป็นวัตถุหรือสิ่งของลามกที่กฎหมายกำหนดให้เป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายหากมีการผลิตและนำมาเผยแพร่ต่อสาธารณะ ในส่วนนี้จะทำการศึกษาเกี่ยวกับปัญหาทางกฎหมายในการกำหนดความหมายของวัตถุหรือสิ่งของลามก ทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศดังนี้

4.1.1 ปัญหาการกำหนดความหมายของวัตถุหรือสิ่งของลามกของประเทศไทย

บทบัญญัติของกฎหมายไทยที่มีสภาพบังคับในการควบคุมวัตถุหรือสิ่งของลามกโดยตรง ได้แก่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 และพระราชบัญญัติปรามการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุอันลามก พ.ศ. 2471 ก็นับว่าเป็นกฎหมายที่ยังไม่มีประสิทธิภาพในการควบคุมวัตถุหรือสิ่งของลามก ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายไม่ได้บัญญัติให้คำนิยามศัพท์ คำว่าสิ่งลามกว่ามีขอบเขตกว้างแคบเพียงใด ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อควบคุมสิ่งลามกเป็นอย่างยิ่ง¹

คำว่าลามกนี้แต่เดิมกฎหมายไทยใช้ควบคู่กับคำว่าอนาจาร ทำให้มีปัญหาคำว่าลามกกับอนาจารนี้เป็นคำที่มีความหมายเดียวกันหรือไม่ เนื่องจากเดิมกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 240 ใช้คำว่าลามกอนาจารเป็นคำที่ต่อเนื่องกันเป็นคำๆเดียวกัน ซึ่งได้มีผู้ที่ให้ความเห็นเกี่ยวกับคำว่า"อนาจาร" หมายถึงการกระทำที่เป็นการอนาจารคือ การกระทำทางภาวะวิสัยเป็นการละเมิดหรือฝ่าฝืนความรู้สึกอับอายในทางเพศโดยทั่วไปอย่างร้ายแรง และเป็นการกระทำที่ในทางอติวิสัยที่ถูกกระทำลงด้วยความต้องการทางเพศหรือความใคร่² การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศต่อร่างกายบุคคลอื่น³ การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ อันขัดต่อประเพณีนิยม ศีลธรรมจรรยา ให้เกิดความอาย⁴

ส่วนคำว่าเพื่อการอนาจาร หมายถึง เพื่อทำการอันไม่สมควรในทางเพศต่างๆ⁵ ความไม่สมควรในทางเพศ รวมทั้งการกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศ ต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวของบุคคลโดยตรง การกล่าวถ้อยคำ การเขียนภาพไม่เป็นการอนาจาร⁶ การกระทำทุกอย่างอันน่าอับอาย นอกจริต นอกประเพณี ที่กระทำด้วยความมุ่งหมายในเชิงประเวณี หรือที่ได้

¹ ณรงค์ ใจหาญ, " ความหมายของสิ่งลามก ", วารสารนิติธรรมศาสตร์ , 16 (มิถุนายน 2529) : 125 - 131.

² คณิต ณ นคร ,คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 4,(กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,2535),หน้า 197.

³ หยุต แสงอุทัย,กฎหมายอาญา ภาค 2 - 3,ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ,บรรณาธิการ, พิมพ์ครั้งที่7,(กรุงเทพฯ:สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,2538),หน้า 470

⁴ ร.ต.อ สุวัฒน์ชัย ใจหาญ,คำบรรยายประมวลกฎหมายอาญา,(กรุงเทพฯ:โรงพิมพ์มิตรสยาม,2509),หน้า 312.

⁵ หยุต แสงอุทัย,กฎหมายอาญา ภาค 2 - 3,หน้า 470

⁶ จิตติ ดิงศภัทย์,คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่5 (กรุงเทพฯ:สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา,2516),หน้า1484

กระทำให้เกิดความอับอายขายหน้าในทางเพศ⁷ เพื่อทำการอันไม่สมควรในทางเพศต่าง ๆ⁸
กระทำต่อเนื้อตัวบุคคลในทางประเวณีหรือความใคร่ หรือทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศ⁹

ส่วนคำว่า "สิ่งลามกอนาจาร" นั้นได้มีการให้ความหมายว่า ได้แก่ภาพ หนังสือ หรือวัตถุอันมีลักษณะที่ทำให้ผู้พบเห็นมีความรู้สึกในทางกามารมณ์และมีความกำหนด ว่าโดยย่อก็คือภาพ หนังสือ หรือวัตถุนั้นได้จัดทำขึ้นให้มีลักษณะอนาจารหรือการอนาจารโดยเฉพาะ ความหมายของสามัญในเรื่องลามกอนาจารโดยทั่วไปก็อยู่ที่อวัยวะสืบบางอย่าง หรือกิจในกามารมณ์หรือประเวณีซึ่งได้เขียนหรือทำขึ้น เพื่อที่จะปลุกปั่นจิตใจให้เกิดความรู้สึกไปในทางกำหนดและมักมากในกาม ทั้งนี้โดยมิได้แฝงความเป็นศิลปะไว้แต่ประการใด ตามหลักดังกล่าวแล้ว วัตถุหรือภาพศิลปะย่อมไม่อยู่ในข่ายที่จะเป็นลามกอนาจารได้ ทั้งนี้ก็โดยเป็นที่นิยมกันมานานแล้วว่า ร่างกายของมนุษย์เป็นสื่อทำให้ช่างสลัก ช่างปั้น ช่างเขียน เกิดความคิดในทางประติมากรรม ห้างดงาม อยู่เสมอมา ด้วยเหตุนี้ รูปปั้น รูปสลัก ภาพเขียน ที่มีชื่อเสียงโด่งดังจึงมักเป็นรูปเปลือยโดยมาก อวัยวะสืบบางอย่างไม่เป็นลามกอนาจาร ในเมื่อได้เขียน ได้ทำขึ้นเพื่อเป็นวิทยากรโดยเฉพาะ เช่นตำราแพทย์ อธิบายถึงชีววิทยา สรีระวิทยา ฯลฯ และมีภาพอวัยวะสืบเหล่านี้ประกอบคำอธิบาย วัตถุหรือภาพศิลปะต่าง ๆ ได้ถูกจำลองหรือพิมพ์ดัดขึ้นใหม่เฉย ๆ แล้วนำออกขายหรือแสดงย่อมไม่เป็นของลามกอนาจาร ถ้าพิมพ์ขึ้นใหม่แล้วเอาไปแทรกในบทความที่เขียนเพื่อกามารมณ์แล้ว ภาพเหล่านี้ก็กลายเป็นภาพประกอบข้อความเหล่านั้นให้เห็นเป็นจริงจังขึ้นและกลายเป็นภาพและข้อความที่เป็นลามกอนาจารทันที ส่วนหนังสือที่เป็นวิทยากรแต่เพียงในนาม และมีภาพเปลือยให้เห็นอวัยวะสืบย่อมเป็นลามกอนาจาร ทั้งนี้ก็เพราะผู้เขียนอ้างอิงเอาวิทยากรเป็นเครื่องบังหน้า เพื่อจุดประสงค์อย่างอื่นอันเป็นไปในทางยั่วกามารมณ์

ตามหลักที่กล่าวนี้ จะเห็นได้ว่าสิ่งใดจะเป็นลามกอนาจารหรือไม่ จะวินิจฉัยถึงประสงค์ของผู้ประติมากรรมสิ่งนั้น ๆ ขึ้นว่า มีจุดประสงค์ไปในทางใดและการวินิจฉัยเช่นนี้ถ้าเป็นภาพและข้อความที่เขียนขึ้น ก็ต้องพิจารณาหนังสือเล่มนั้นทั้งหมด จะเลือกเจาะจงเอาเฉพาะวรรคหนึ่งตอนใดไม่ได้ ถ้าเป็นภาพหรือวัตถุก็ต้องพิจารณาถึงส่วนที่เป็นลามก ว่าเจตนาจะให้ เป็นศิลปะหรือจะให้ยั่วกามารมณ์¹⁰

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁷ สมศักดิ์ สิงห์พันธ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา เล่ม 4 ตอน 1, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2515), หน้า 202.

⁸ คณิต ณ นคร, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535), หน้า 107.

⁹ สมชัย ศิริบุตร, กฎหมายอาญา 2, (กรุงเทพฯ: หนึ่งเจ็ดการพิมพ์, 2525), หน้า 116.

¹⁰ ร.ต.อ. สุวัฒน์ชัย ใจหาญ, คำบรรยายประมวลกฎหมายอาญา, หน้า 360 - 361.

จากการศึกษาเกี่ยวกับความหมายคำว่า"ลามก"และคำว่า"อนาจาร"ตามความเห็นของ นักกฎหมายดังกล่าว สามารถสรุปได้ว่าคำว่าอนาจารและคำว่าลามกแม้จะไม่ใช่ว่าคำที่มีความหมายเหมือนกันแต่ก็เป็นคำที่มีความหมายเกี่ยวกับเรื่องทางเพศเช่นเดียวกัน อีกทั้งเป็นคำที่เป็นการแสดงออกเกี่ยวกับการกระทำทางเพศที่เป็นการไม่สมควรเหมือนกันด้วย แต่ในปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 และพระราชบัญญัติปรามการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุอันลามก พ.ศ.2471 ได้ตัดคำว่า"อนาจาร"ออกไป คงไว้ซึ่งคำว่า "สิ่งลามก" เพียงคำเดียวเท่านั้น ดังนั้นคำว่าลามกกับอนาจารในทางกฎหมายจึงไม่ใช่คำๆเดียวกันอีกต่อไป

4.1.2 ความหมายของวัตถุหรือสิ่งของลามกตามความเห็นของนักกฎหมาย

กฎหมายที่มีบทบัญญัติในการควบคุมวัตถุหรือสิ่งของลามกของประเทศไทย ได้แก่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 พระราชบัญญัติปรามการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุอันลามก พ.ศ.2471 กฎหมายทั้งสองฉบับนี้ได้บัญญัติให้การเผยแพร่วัตถุหรือสิ่งของลามกที่มีวัตถุประสงค์ในทางการค้าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายและต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนด แต่กฎหมายดังกล่าวนี้กลับมิได้มีการบัญญัติคำนิยามศัพท์คำว่าสิ่งลามกไว้โดยเฉพาะว่ามีความหมายในทางกฎหมายอย่างไร ดังนั้นการพิจารณาถึงความหมายของสิ่งลามกตามกฎหมาย จึงต้องพิจารณาตามความหมายทั่วไป ซึ่งพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2525 ได้ให้ความหมายคำว่า "ลามก"หมายถึง หยาบช้าเลวทรามสกปรก อันเป็นที่น่ารังเกียจแก่ผู้อื่นในด้านความดีงาม ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าสิ่งลามกต้องเป็นสิ่งที่มีลักษณะน่าเกลียดน่าอายจาดบัตินที่น้อมนำไปสู่ความต่ำช้าหรือความใคร่ในทางกามารมณ์¹¹

เกี่ยวกับการกำหนดให้ความหมายสิ่งลามกนั้น ปรากฏว่าได้มีนักกฎหมายมีความเห็นที่แตกต่างกันออกไปสองฝ่ายคือ ฝ่ายแรกเห็นว่าคำว่าสิ่งลามกนั้นสามารถที่จะกำหนดขอบเขตของความหมายให้ชัดเจนและสามารถนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายได้ ฝ่ายที่สองเห็นว่าไม่สามารถที่จะกำหนดความหมายของสิ่งลามกให้มีความชัดเจนแน่นอนได้ จึงไม่ควรที่จะบัญญัติกำหนดความหมายคำว่าสิ่งลามกไว้ในกฎหมาย เนื่องจากสิ่งลามกจะมีความหมายเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยและเปลี่ยนแปลงไปตามวัฒนธรรมประเพณีของแต่ละสังคม

ความหมายของคำว่า"สิ่งลามก"นั้นมีผู้ที่ให้ความหมายว่าหมายถึง สิ่งที่ผู้พบเห็นมีความรู้สึกว่าเป็นสิ่งน่าเกลียด น่าอาย น้อมนำไปสู่ความชั่วหรือความใคร่ทางกามารมณ์ โดยส่วนใหญ่สิ่งลามกจะเป็นการแสดงออกในรูปของภาพเปลือยของมนุษย์ หรือภาพอวัยวะเพศทั้งหญิงและชาย หรือภาพการร่วมเพศของมนุษย์ หรือการบรรยายให้เกิดจินตนาการเกี่ยวกับการร่วมเพศ ทั้งโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้พบเห็นเกิดความใคร่ทางกามารมณ์ โดยขาดความปรุ้งแต่ง

¹¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 978 / 2492

อย่างประณีต ดังนั้นจึงแตกต่างจากงานศิลปะ ไม่ว่าจะเป็นปฏิมากรรม จิตรกรรม หรือวรรณคดี ซึ่งมนุษย์ได้ใช้จินตนาการปรุงแต่งและแสดงให้ปรากฏออกมาอย่างงดงาม มีความประณีต น่าพิงชม และโน้มน้าวจิตใจของผู้พบเห็นให้เกิดอารมณ์สะท้อนใจกับงานดังกล่าว นอกจากนี้สิ่งลามากยังมีความแตกต่างจากเรื่องทางวิชาการแพทย์หรือการวางแผนครอบครัว ทั้งนี้เพราะแม้จะนำภาพเปลือยหรืออวัยวะเพศของมนุษย์มาแสดงในตำราดังกล่าวแต่ก็เพื่อจะให้ผู้อ่านทราบส่วนประกอบของร่างกายมนุษย์ มิได้มุ่งหมายให้เกิดความใคร่ทางกามารมณ์

การมีเพศสัมพันธ์เป็นธรรมชาติอย่างหนึ่งของมนุษย์ แต่การกล่าวถึงวิธีการในการร่วมเพศ หรือการแสดงภาพการร่วมเพศของมนุษย์ต่อสาธารณะไม่ว่าจะอยู่ในรูปของหนังสือหรือภาพต่าง ๆ เมื่อก่อให้ผู้พบเห็นเกิดความใคร่ทางกามารมณ์ กลับถือว่าเป็นสิ่งลามาก เนื่องจากการที่มนุษย์จะมีความสัมพันธ์ทางเพศต่อกันจะต้องประกอบด้วยความรัก มีการแต่งงานโดยถูกต้องตามประเพณีและการร่วมเพศนั้นต้องกระทำเพื่อความมุ่งหมายให้มีลูกหลานสืบสกุลต่อไปเท่านั้น การมีเพศสัมพันธ์ก่อนแต่งงานเป็นการกระทำเพื่อบำบัดความใคร่ทางกามารมณ์ จึงเป็นสิ่งที่น่าเกลียดและถือเป็นบาปอย่างหนึ่ง ด้วยเหตุนี้การมีความสัมพันธ์ทางเพศจึงเป็นเรื่องเฉพาะของแต่ละบุคคลและไม่ควรนำมาแสดงต่อสาธารณะเพราะจะทำให้มนุษย์ร่วมเพศกันโดยปราศจากความรักและการแต่งงาน ซึ่งทำให้มาตรฐานศีลธรรมของสังคมเสื่อมทรามลง

แนวคิดนี้เป็นแนวคิดที่มุ่งหมายจะผดุงศีลธรรมอันดีงามของสังคม โดยการกำหนดขอบเขตการมีเพศสัมพันธ์ของมนุษย์ให้อยู่ในกรอบจารีตประเพณี แต่ก็มีแนวความคิดทางเสรีนิยม ให้การโต้แย้งว่าการที่มนุษย์จะร่วมเพศกันนั้นถือเป็นปัจจัยสำคัญต่อการดำรงชีวิตและมีผลให้สุขภาพของมนุษย์ดีขึ้น ดังนั้นการร่วมเพศจึงไม่ถือเป็นเรื่องน่าเกลียดหรือเป็นบาป เพราะมนุษย์มีอิสระในการตัดสินใจร่วมเพศกับคนที่ตนพอใจ ส่วนการแต่งงานเป็นเพียงพิธีการที่แสดงต่อสาธารณะให้ผู้อื่นได้ทราบถึงความยินยอมอย่างเป็นทางการของคู่สมรสว่าจะอยู่กันตลอดไป แต่มิใช่ว่าถ้าไม่มีการแต่งงานแล้วจะเกิดการร่วมเพศของมนุษย์ไม่ได้ ด้วยเหตุนี้การแสดงออกต่อสาธารณะในเรื่องเพศจึงแสดงให้เห็นเสรีนิยมของแต่ละคน หากใช้เป็นเรื่องผิดศีลธรรมแต่อย่างใดไม่ และสังคมไม่ควรปิดกั้นความรู้ของมนุษย์ในเรื่องเหล่านี้

แนวคิดนี้เห็นว่าการแสดงออกในเรื่องทางเพศต่อสาธารณะมิใช่การผิดศีลธรรมและเป็น การแสดงความคิดเห็นและการพิมพ์ กฎหมายจึงไม่ควรห้ามการกระทำดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ศาลสูงของสหรัฐก็ไม่ได้ให้การยอมรับแนวคิดนี้ โดยเห็นว่าการแสดงต่อสาธารณะซึ่งลามากนั้นไม่ใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือการพิมพ์

ดังนั้นการที่จะพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นสิ่งลามากหรือไม่ต้องประกอบการพิจารณาของ วิชาญชนที่มีความทันสมัยต่อเหตุการณ์และมีมาตรฐานศีลธรรมระดับกลางของสังคมในปัจจุบัน

เห็นว่าสิ่งนั้นเป็นสิ่งน่าอูจาด บัตสี คำทราวม และมุ่งหมายทางกามารมณณ์เพียงอย่างเดียว และงานดังกล่าวต้องไม่มีลักษณะเป็นศิลปะ หรือวิชาการทางแพทย์¹²

การพิจารณาว่าอย่างไรเป็นลามกอนาจารนั้น ไม่ใช่ปัญหาที่จะพิจารณาสำหรับความเกี่ยวพันแก่ผู้หนึ่งผู้ใดโดยเฉพาะ หรือสำหรับชนหมู่อันหนึ่งหมู่ใดโดยเฉพาะ แต่จะต้องพิจารณาสำหรับความเกี่ยวพันแก่ประชาชนทั่วไป และสำหรับความเกี่ยวพันแก่การปกครองบ้านเมือง เพราะฉะนั้นความหมายแห่งคำว่าลามกอนาจารย่อมจะผันแปรเปลี่ยนแปลงไปตามสมัยและตามประเทศ แม้ในขณะหนึ่งในประเทศหนึ่ง ความหมายแห่งคำว่าลามกอนาจารยังแตกต่างกันแล้วแต่บุคคล แล้วแต่เพศ แล้วแต่วัย ขอบเขตของคำนี้ยังเคลื่อนไหวไปมาแคบและกว้าง แล้วแต่ท่ามกลางของบุคคลผู้มีความเป็นอยู่อย่างใด และแล้วแต่ความศึกษาอบรมของบุคคลที่ได้รับมาชนิดใด การเป็นดังนี้ ความที่ว่าอย่างไรเป็นลามกอนาจารนั้นจึงต้องพิจารณาตามความเข้าใจอย่างของคนธรรมดาทั่วไป

แต่ศาลก็ตี เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ตี จำต้องใช้ความอนุमानอย่างเอกชนนั่นเองที่ได้ลงความวินิจฉัยไปแล้ว และได้รับความไม่พอใจของสาธารณชนก็มาก จึงเป็นเรื่องที่ต้องระวังและหยั่งรู้ความคิดเห็นของคนทั่วไป

4.1.3 ความหมายของวัตถุหรือสิ่งของลามกตามบรรทัดฐานของศาลฎีกา

กฎหมายที่มีบทบัญญัติในการควบคุมวัตถุหรือสิ่งของลามกของประเทศไทยนั้น มิได้มีการบัญญัติกำหนดคำนิยามศัพท์คำว่าสิ่งลามกไว้ว่าสิ่งใดคือสิ่งลามก และสิ่งลามกนั้นมีขอบเขตกว้างหรือแคบเพียงใด ดังนั้นการพิจารณากำหนดความหมายของสิ่งลามกจึงเป็นหน้าที่ของศาล เนื่องจากสิ่งลามกถือเป็นข้อกฎหมายซึ่งศาลสามารถรู้ได้เอง ในบทนี้ผู้เขียนได้ทำการศึกษาถึงแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาเกี่ยวกับความผิดฐานผลิตและจำหน่ายสิ่งลามก ดังนี้

(ก) ศาลฎีกาได้วางหลักไว้ว่าการตีความหมายของคำว่าลามกอนาจารตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 240 หรือการตีความพระราชบัญญัติปราบการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุอันลามก พ.ศ.2471 นั้นต้องพิจารณาตามความรู้สึกของวิญญูชนผู้มีไม่ใช่เป็นบุคคลที่เคร่งครัดจารีตประเพณีโดยไม่ยอมเปลี่ยนแปลงไปตามสมัยของโลก เนื่องจากในสมัยที่คนไทยยอมรับเอาความนิยมในการนุ่งน้อยห่มน้อยในโอกาสไปตากอากาศชายทะเลหรือการอนุญาตให้ฉายภาพยนตร์แสดงการกอดจูบ หรือการรับเอาประเพณีการเต้นรำสากล ทั้งการเอาความงามของ

¹² ณรงค์ โจหาญ , " ความหมายของสิ่งลามก " , วารสารนิติธรรมศาสตร์ , 16 (มิถุนายน 2529) : 125 - 131.

สตรีเข้าประกวดตามแบบสากลแล้ว การเปลือยการบางส่วนของสตรีอาจไม่เข้าข่ายเป็นสิ่งลามกก็ได้¹³

เนื่องจากกฎหมายที่มีบทบัญญัติในการควบคุมวัตถุหรือสิ่งของลามกตามกฎหมายดังกล่าวมิได้มีการกำหนดคำนิยามศัพท์ว่า สิ่งลามก หมายถึงสิ่งใด ดังนั้นศาลฎีกาของไทยจึงได้วางมาตรฐานในการที่จะพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นสิ่งลามกตามกฎหมายหรือไม่ ต้องพิจารณาตามความรู้สึกของวิญญูชน ซึ่งหมายถึงบุคคลทั่วไปในสังคมที่มีความรู้สึกผิดชอบชั่วดีตามสามัญสำนึกของผู้นั้น และวิญญูชนผู้ที่จะทำการพิจารณาต้องมีใช่เป็นบุคคลที่เคร่งครัดจารีตประเพณี โดยไม่ยอมเปลี่ยนแปลงไปตามสมัยของโลกด้วย นอกจากนี้ศาลฎีกายังเห็นว่าต้องเอาความเห็นของหมู่ชนทั่วไปเป็นผู้กำหนดด้วย ไม่ใช่ความเห็นของคนหนึ่งคนใดโดยเฉพาะ¹⁴

ดังนั้นการที่จะพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นสิ่งลามกหรือไม่ก็ควรที่จะมีการนำบุคคลทั่วไปมาร่วมเป็นผู้ให้ความเห็นต่อศาลว่า สิ่งที่น่ามาพิจารณานั้นเป็นวัตถุหรือสิ่งของลามกหรือไม่ด้วย จึงจะถือได้ว่าเป็นความเห็นของวิญญูชนที่แท้จริงตามมาตรฐานของสังคมนั้น ๆ

(ข)ศาลฎีกาได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นวัตถุหรือสิ่งของลามกหรือไม่ ดังนี้

(1)ภาพที่มีลักษณะดังต่อไปนี้ถือว่าเป็นภาพลามก

ภาพหญิงยืนเปลือยกายกอดชาย ถือได้ว่าเป็นภาพอันลามกไม่ใช่ภาพศิลปะ ภาพหญิงสวมแต่กางเกงในโปร่งตามีผู้ชายนอนกอดมือโอบบริเวณทรวงอก ถือได้ว่าเป็นภาพอันลามกไม่ใช่ภาพศิลปะ ภาพหญิงเปลือยกายท่อนบนใช้มือจับหูโทรศัพท์กดที่อวัยวะเพศ ถือได้ว่าเป็นภาพอันลามกไม่ใช่ภาพศิลปะ ภาพหญิงเปลือยกายมีแหลมตัวมือข้างหนึ่งกุมนมอีกข้างหนึ่งกุมอวัยวะเพศ ถือได้ว่าเป็นภาพอันลามกไม่ใช่ภาพศิลปะ ภาพหญิงเปิดเสื้อให้เห็นนมล้วงมือเข้าไปในกระโปรง ถือได้ว่าเป็นภาพอันลามกไม่ใช่ภาพศิลปะ ภาพหญิงเปลือยอกสวมกางเกงในมือล้วงไปที่อวัยวะเพศ ถือได้ว่าเป็นภาพอันลามกไม่ใช่ภาพศิลปะ ภาพหญิงเปลือยอกสวมกางเกงขาสั้นมือข้างหนึ่งประคองนมอีกข้างหนึ่งล้วงเข้าไปจับที่อวัยวะเพศ ถือได้ว่าเป็นภาพอันลามกไม่ใช่ภาพศิลปะ ภาพหญิงเปลือยตลอดร่างซึ่งพอเห็นอวัยวะเพศได้บ้าง ถือได้ว่าเป็นภาพอันลามกไม่ใช่ภาพศิลปะ¹⁵ ภาพยนตร์ที่ประกอบด้วยภาพเปลือยและการแสดงความสัมพันธ์ทางเพศในภาพยนตร์ถือเป็นภาพอันลามก¹⁶ หนังสือที่ไม่มีวัตถุประสงค์ด้านวิชาการ ถ้ามีภาพ

¹³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 978 / 2492

¹⁴ ประภาศ อวยชัย, ข้อโต้แย้งจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาหรือฎีกา 100 ปี ตามกฎหมายอาญา, (กรุงเทพฯ:กรุงสยาม พรินติง กรุ๊ป, 2538), หน้า 3759 - 3760.

¹⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3510 / 2531

¹⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3213 / 2526

อวัยวะสืบพันธุ์ของชายหญิงและมีการวางขายตามร้านขายหนังสือทั่วไป ถือว่าเป็นหนังสือลามกอนาจาร¹⁷ ภาพหญิงสาวซึ่งมีบางภาพเปิดเผยเต้านมอย่างโจ่งแจ้ง ภาพอวัยวะเพศแม้จะมีผ้าอภรณ์ปกปิดไว้แต่ก็ปกปิดไว้อย่างหิ้นเหม่ ภาพที่อยู่ในอริยาบถที่ไม่เรียบร้อยไม่น่าดูแล้ว นำเกลียดน่าชังภาพอยู่ในอริยาบถนอนก้นนอนหงายต่างขาออกกว้างทำนองเจตนาเพื่ออวดอวัยวะเพศอย่างเด่นชัด ภาพที่อยู่ในอริยาบถนั่งก็นั่งต่างขาออก แม้จะมีผ้าปกปิดอวัยวะเพศก็เป็นผ้าบางใส ซึ่งแสดงว่าต้องการอวดอวัยวะเพศเช่นเดียวกัน ภาพทำนองเจตนาเพื่ออวดอวัยวะเพศอย่างเด่นชัด ภาพดังกล่าวเป็นภาพที่มีเจตนาข่มขู่ให้บังเกิดความใคร่ทางกามารมณ์โดยตรงถือเป็นภาพลามก¹⁸ ข้อความต่าง ๆ ที่ได้บรรยายถึงการร่วมประเวณีของชายและหญิงอย่างชัดเจนละเอียดลออ โดยบรรยายถึงอารมณ์ของชายและหญิงไปในทางข่มขู่กามารมณ์ แม้จะมีได้ใช้ถ้อยคำหยาบคายก็ถือได้ว่าเป็นข้อความอันลามก ภาพที่แม้ไม่เห็นอวัยวะเพศชัดเจนถือได้ว่าเป็นภาพอันลามกไม่ใช่ภาพศิลปะภาพที่มีลักษณะส่อไปในด้านข่มขู่กามารมณ์ ถือได้ว่าเป็นภาพอันลามกไม่ใช่ภาพศิลปะ¹⁹

(2)ภาพที่มีลักษณะดังต่อไปนี้ไม่ถือว่าเป็นภาพลามก

ถ้าเป็นภาพหญิงเปลือยกายเห็นเด่นชัดเฉพาะถัน ส่วนโยนีถูกระบายให้หลบเลือนเห็นเพียงฐาน ยังไม่ถือว่าเป็นภาพลามกอนาจาร ถ้าภาพที่ปรากฏเป็นการสอนให้เขียนส่วนสัดความงามของร่างกายมิได้มีลักษณะน่าเกลียดน่าชังจากมัดสีที่น้อมนำไปสู่ความต่ำช้าหรือความใคร่ในทางกามารมณ์ก็ไม่ใช่ภาพลามกอนาจาร²⁰ ภาพหญิงเปลือยในท่าต่าง ๆ แต่ไม่มีภาพใดที่เปิดเผยให้เห็นของลับอิตีลิ่งค์ ไม่เป็นของลามกอนาจาร ภาพทำนองแสดงให้เห็นความงามทรวดทรงองค์เอวตลอดอวัยวะภายนอกของหญิง ไม่เป็นของลามกอนาจาร ภาพที่เป็นการแสดงฝีมือในการถ่ายภาพและวาดภาพบางภาพเป็นแบบหัตถ์วาดภาพและมีคำอธิบายเป็นบทเรียนศิลปะ ไม่เป็นของลามกอนาจาร เมื่อสิ่งที่ปรากฏไม่ปรากฏว่าแสดงไปในทางเลวทรามต่ำช้าหรือประพฤตินอกจารีตศีลสามัญนิยม ไม่เป็นของลามกอนาจาร²¹ ภาพซึ่งแสดงถึงสัดส่วนความสมบูรณ์ของร่างกายที่มีได้มีสิ่งปกปิด ไม่ถือเป็นภาพลามก ถ้าภาพส่วนล่างได้มีการปกปิดหรือทำเป็นเพียงเงาๆ และได้หลบเลือนให้เป็นอวัยวะที่ราบเรียบแล้ว ไม่ถือเป็นภาพลามก ถ้าเป็นภาพที่ไม่มีลักษณะน่าเกลียดน่าชังจากมัดสี ไม่ถือเป็นภาพลามก²² หนังสือที่มีวัตถุประสงค์ด้านวิชา

¹⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 959 - 960 / 2505 (ประชุมใหญ่)

¹⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 6301 / 2533

¹⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 3510 / 2531

²⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 978 / 2492

²¹ วิเคราะห์คำพิพากษาฎีกาที่ 1856 / 2492

²² คำพิพากษาฎีกาที่ 1223 / 2508

การ แม้มือภาพอวัยวะสืบพันธุ์ของชายหญิงและมีการวางขายตามร้านขายหนังสือทั่วไป ก็ไม่ถือว่าเป็นหนังสือลามกอนาจาร²³ ภาพที่มีลักษณะส่อไปในด้านยั่วยุกามารมณ์ ถือได้ว่าเป็นภาพอันลามกไม่ใช่ภาพศิลปะ ภาพที่มีลักษณะเป็นศิลปะที่แสดงถึงส่วนสัดความสมบูรณ์ของร่างกาย ไม่ถือว่าเป็นภาพลามก²⁴

(ค) ศาลฎีกาได้วางหลักเกณฑ์การพิจารณาว่าการที่บุคคลหนึ่งบุคคลใดมีสิ่งลามกไว้ในครอบครองจะถือว่าเป็นความผิดฐานทำให้แพร่หลายซึ่งวัตถุหรือสิ่งของลามกหรือไม่ บุคคลนั้นจะต้องมีเจตนาในการที่จะแสดงออกแก่ประชาชนทั่วไป²⁵ หรือมีวัตถุประสงค์ในทางการค้า

ดังนั้นหากเป็นการที่บุคคลใดครอบครองวัตถุหรือสิ่งของลามกไว้เป็นการส่วนตัวย่อมไม่มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 แต่อย่างใด และในกรณีที่บุคคลใดจะมีความผิดฐานทำให้แพร่หลายซึ่งวัตถุหรือสิ่งของลามก จะต้องมีการทำให้แพร่หลายด้วย หากเป็นการทำให้แพร่หลายไปโดยบังเอิญหรือไม่เจตนาแล้วย่อมไม่มีความผิดตามกฎหมายเช่นกัน²⁶

4.1.4 ความหมายของวัตถุหรือสิ่งของลามกตามมาตรฐานของกรมตำรวจ

การปราบปรามวัตถุหรือสิ่งของลามกตามประมวลกฎหมายอาญาและพระราชบัญญัติปราบปรามการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุอันลามก พ.ศ.2471 นั้นกรมตำรวจได้กำหนดระเบียบเกี่ยวกับการปราบปรามวัตถุลามกอนาจาร ไว้ดังนี้คือ

1. วัตถุอันลามกอนาจารทั้งหลาย นั้นจะอยู่ในรูปของหนังสือ ภาพปั้น ภาพเขียน ภาพพิมพ์ รูปถ่าย และภาพยนตร์

2. วัตถุอันลามกเป็นต้นเหตุให้ศีลธรรมของประชาชนเสื่อมทรามลง

3. วัตถุอันลามกก่อให้เกิดความผิดอาญาต่าง ๆ ได้มากมายหลายประการ

4. ต้องเร่งรัดปราบปรามจับกุมการทำให้แพร่หลายซึ่งบรรดาวัตถุลามกอนาจารเหล่านี้โดยกวาดขัน

หลักเกณฑ์ในการพิจารณากวาดขันปราบปรามสิ่งลามกของกรมตำรวจ

1. การจับกุมวัตถุลามกอนาจารจะต้องใช้ดุลยพินิจพิจารณาให้ต้องแท้เสียก่อนว่าวัตถุอันลามกอนาจารนั้นต้องเป็นความผิดตามกฎหมายลักษณะอาญาและพระราชบัญญัติปราบปรามการทำให้

²³ คำพิพากษาฎีกาที่ 959 - 960 / 2505 (ประชุมใหญ่)

²⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 3510 / 2531

²⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 3073 / 2530

²⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 2641 / 2531

ให้แพร่หลายและการค้าวัตถุอันลามก พ.ศ.2471 แล้ว จึงค่อยจับกุมอย่าให้เป็นการจับกุมมาแล้วปล่อยไปเพราะหลักฐานไม่พอจะดำเนินคดี

2. คำว่าสิ่งลามกนั้นไม่มีตัวบทกฎหมายในที่ใดจำกัดกฎหมายไว้

3. การพิจารณาว่าวัตถุใดจะเป็นลามกอนาจารหรือไม่นั้นต้องถือเอาตามความเข้าใจอย่างธรรมดาของคนทั่วไปเป็นเกณฑ์ประกอบหลักเหล่านี้

ก. ความลามกนั้น ได้แสดงออกอย่างชัดแจ้งมิได้หลบอยู่ในข่ายแห่งศิลปะ

ข. ผู้กระทำผิดมีเจตนาโดยตรงที่จะปลุกใจให้บังเกิดความรู้สึกนึกคิดในทางชั่วร้ายอันน่าอับอายขายหน้าเป็นสิ่งที่น่าเกลียด ไม่น่าดูน่าฟังหรือน่าสัมผัส ตามปกติมักจะจงใจให้เกิดความกำหนัดและมักมากในกามคุณ

ค. เป็นทางที่ทำให้เสื่อมเสียศีลธรรมอันดีของประชาชน

4. ข้าราชการตำรวจโดยทั่วไปต้องเอาใจใส่กวาดขันในการจับกุมและดำเนินคดีแก่ผู้กระทำผิดในลักษณะนี้โดยกวาดขัน²⁷

ระเบียบการตรวจสอบพิจารณาภาพยนตร์และโฆษณาเกี่ยวกับภาพยนตร์ตามคำสั่งของกองบัญชาการตำรวจสอบสวนกลางสรุปได้ดังนี้คือ

(1) ประเภทยั่วกามารมณ์

(ก) ให้พิจารณาความเป็นไปตามสภาพของสังคมปัจจุบัน ในเรื่องการยั่วกามารมณ์และลามกอนาจารให้เข้มงวดกวาดขันตามกฎหมายอาญาและศีลธรรมอันดีตลอดจนวัฒนธรรมของชาติ

(ข) พิจารณาถึงความรู้สึกของผู้ดูภาพยนตร์ อาจก่อให้เกิดความรู้สึกทางเพศอย่างชัดเจน เช่น แสดงการจับ ล้วง ลูบคลำ แม้ไม่ใช่ฉากในห้องนอนก็ควรห้าม หากเป็นการแสดงการกอดจูบด้วยความรักตามธรรมดาก็ไม่ควรห้าม ภาพเปลือยแสดงสัดส่วนของหญิงในลักษณะที่ดูแล้วไม่เกิดความรู้สึกทางเพศ เช่น ภาพยนตร์สารคดี ชาวบาห์ลี อาฟริกา หรือลักษณะที่สมเหตุสมผลตามท้องเรื่อง เช่น ชาวเขาเปลือยกายอาบน้ำ จิตรกรวาดรูปนางแบบเปลือย ฯลฯ ควรอนุญาตได้ แต่หากเป็นภาพไม่เปลือยเช่น นุ่งผ้าเปียกน้ำรัตรูปเจตนาให้ดูสัดส่วนของหญิงไม่มีลักษณะในทางศิลปะและก่อให้เกิดความรู้สึกในทางเพศก็ควรห้าม

(ค) ให้พิจารณาเนื้อเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ทางเพศ ซึ่งมีใช่เป็นเรื่องชู้สาวตามธรรมดาของสังคม เช่น แสดงถึงความสำส่อน ความมีเสรีในการสมสู่ทางเพศ หรือความวิปริต

²⁷ พ.ต.ต สุชาติ ภาณูจรัส, ประมวลระเบียบการตำรวจไม่เกี่ยวกับคดี ลักษณะที่ 56 ระเบียบเกี่ยวกับ หญิง เด็กหญิง และวัตถุลามกอนาจาร, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ตำรวจ, 2507), หน้า 503 - 505.

ทางกามารมณ์ในเนื้อหาทั้งเรื่อง แม้เป็นเรื่องที่อาจเป็นจริงอันเป็นการสะท้อนสภาพสังคมก็ตาม แต่อาจเป็นการชักจูงใจผู้ดูให้นิยมชมชอบนำไปประพฤติทำให้เสื่อมเสียต่อจารีตประเพณี วัฒนธรรมและศีลธรรมอันดี ควรพิจารณาห้ามฉายทั้งเรื่อง²⁸

4.1.5 ความหมายของวัตถุหรือสิ่งของลามกตามมาตรฐานของคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณา

คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาที่ได้รับการแต่งตั้งโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 ได้มอบหมายให้จัดตั้งคณะอนุกรรมการพิจารณาแนวทางเพื่อกำหนดมาตรฐานการพิจารณาภาพอันอาจเข้าลักษณะลามกอนาจารหรืออาจจะนำไปสู่ความเสื่อมเสียศีลธรรมอันดีงามและวัฒนธรรมของชาติ ขึ้น ซึ่งคณะอนุกรรมการฯ ได้ทำการพิจารณาโดยอาศัยข้อมูลประกอบความคิดเห็นจาก แนวคำพิพากษากฎีกา ความเห็นของผู้แทนรองอธิบดีกรมอัยการ หลักเกณฑ์การพิจารณาลักษณะสิ่งพิมพ์ยั่วยุกามารมณ์ของกรมตำรวจ กฎหมายต่างๆที่เกี่ยวข้อง ตัวอย่างรูปภาพเปลือยในลักษณะต่างๆกัน ความหมายของคำว่า "Nudism" และคำว่า "ภาพศิลปะ" ที่ได้มีผู้ให้คำจำกัดความไว้

คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาได้พิจารณาแล้วเห็นว่าภาพที่จะขัดต่อมาตรา 22 (3) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ได้แก่ ภาพที่มีลักษณะดังต่อไปนี้

1.ภาพที่เข้าลักษณะลามกอนาจาร ได้แก่

1.1 ภาพแสดงการร่วมเพศคือภาพที่แสดงให้เห็นว่ากำลังมีการร่วมเพศระหว่างชายกับหญิงและรวมถึงภาพที่แสดงให้เห็นว่ากำลังมีการร่วมเพศระหว่างชายกับชาย(Homosexual) หญิงกับหญิง(Lesbian) หรือคนกับสัตว์ด้วย ไม่ว่าภาพนั้นจะแสดงให้เห็นอวัยวะเพศหรือไม่ก็ตาม เช่น ภาพชายกับหญิงกำลังร่วมเพศกัน ภาพหญิงกับหญิงกำลังร่วมเพศกัน โดยใช้อวัยวะเพศเทียม ภาพหญิงเปลือยกายกอดกับหญิง หรือภาพที่แสดงการร่วมเพศอย่างวิถิการเป็นต้น ส่วนภาพชายกับหญิงที่ทำให้ผู้ดูเข้าใจได้เองว่ากำลังจะมีการร่วมเพศก็ถือว่าเป็นภาพที่เข้าหลักเกณฑ์ข้อนี้ ภาพบันทึกที่แสดงการร่วมเพศ เช่น ภาพศิลปะกรรมของอินเดียโบราณ ถ้านำไปใช้ในทางยั่วยุกามารมณ์ก็ถือว่าเป็นภาพลามกอนาจาร

1.2 ภาพเล่าโลมกันจนเป็นที่เข้าใจได้ว่ากำลังร่วมเพศหรือกำลังจะร่วมเพศ ได้แก่ภาพที่ทำให้ผู้ดูเข้าใจอย่างชัดเจนว่าจะมีการร่วมเพศกันต่อไปอย่างแน่นอน เช่นภาพชายนอนทับหญิงบนเตียงนอนแสดงการเล่าโลมกันจนเห็นได้ว่าจะมีการร่วมเพศกันต่อไป แม้หญิงจะสวมเสื้อยกทรงมองไม่เห็นกันก็ตาม และภาพที่ชายยืนจูบชอกคอหญิงมือจับที่หน้าอก เป็นต้น

²⁸ พิศนัฐ ชวาลารวัช, กฎหมายสื่อสารมวลชน, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ดอกหญ้า, พิมพ์ครั้งที่ 6), หน้า 340 - 341.

1.3 ภาพที่เจตนาแสดงให้เห็นอวัยวะเพศของชายหรือหญิง ซึ่งมีได้ใช้วิชาการแพทย์หรือการศึกษาและไม่ได้อยู่ในเอกสารทางการแพทย์หรือการศึกษาหรือมิใช่ภาพศิลป์ การพิจารณาภาพในกรณีนี้ต้องพิจารณาถึงสิ่งพิมพ์ประกอบภาพนั้นด้วยว่า ผู้พิมพ์มีเจตนาแท้จริงในทางวิชาการแพทย์หรือการศึกษาหรือไม่

2.ภาพอันอาจเข้าลักษณะหรืออาจนำไปสู่ความเสื่อมเสียศีลธรรมอันดีงามและวัฒนธรรมแห่งชาติ ได้แก่

2.1ภาพแสดงการเล่าโลมกันไม่ว่าผู้กระทำจะเพศเดียวกันหรือต่างเพศกัน และไม่ว่าผู้กระทำจะมีเครื่องแต่งกายหรือไม่ก็ตาม คือภาพเล่าโลมกันจนเห็นได้ว่ากำลังมีความรู้สึกทางกามารมณ์ เช่น ภาพหญิงจูบกับหญิงและสีหน้าแสดงความรู้สึกทางกามารมณ์

2.2ภาพแสดงความต้องการทางกามารมณ์ ได้แก่ ภาพที่แสดงท่าทางให้ผู้ดูเข้าใจได้ว่าผู้นั้นกำลังมีอารมณ์ทางกามารมณ์เช่นภาพหญิงนอนถ่างขามีสีหน้าแสดงความรู้สึกทางกามารมณ์ หรือภาพหญิงนอนบิดตัวมือจับที่หน้าอกตัวเอง เป็นต้น

2.3ภาพที่แสดงการเปลือยกายเปลือยอกของหญิง ซึ่งไม่มีลักษณะเป็นศิลป์ เช่นภาพหญิงแต่งชุดละครราสามชฎาแต่เปลือยอก ภาพดังกล่าวไม่ว่าจะมีการลบเลือนเฉพาะบริเวณปลายถันหรือไม่ ก็ถือว่าอาจนำไปสู่ความเสื่อมเสียศีลธรรมอันดีงามและวัฒนธรรมของชาติได้

ภาพบางภาพเช่นภาพเปลือยกายของมารีลิน มอนโร เป็นภาพแสดงความสวยงามของสรีระและเป็นภาพที่มีชื่อเสียงจนเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าเป็นภาพศิลป์ ไม่เข้าหลักเกณฑ์ข้อนี้ ภาพถ่ายจากภาพวาดหรือภาพปั้นให้ถือเสมือนภาพถ่ายของบุคคลด้วย ถ้ามีลักษณะที่ต้องการให้เห็นสรีระของบุคคล แต่ถ้าเป็นเพียงภาพการ์ตูนหรือภาพลายเส้นที่ไม่มีลักษณะอุจาดบัดสียังไม่ถือว่าเป็นภาพตามความหมายนี้ ภาพที่มองเห็นอวัยวะเพศได้แต่ไม่ชัดเจน ภาพที่เป็นศิลป์ภาพที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าเป็นศิลป์ ภาพที่ผู้ทำมีเจตนาให้เป็นศิลป์โดยดูจากอารมณ์ที่แสดงออกหรือลักษณะท่าทางในภาพนั้น ภาพที่ขึ้นอยู่กับความสามารถของผู้ทำ มีความงาม แสดงความรู้สึกมีชีวิตดูแล้วไม่พาให้จิตใจฝืดต่ำ ภาพศิลป์ที่นำไปใช้เพื่อยุวกามารมณ์ถือว่าไม่ใช่ภาพศิลป์²⁹

4.1.6 ปัญหาการกำหนดความหมายของวัตถุหรือสิ่งของลามกของต่างประเทศ

การวิเคราะห์ความหมายของคำว่าสิ่งลามกของต่างประเทศนี้ ผู้เขียนได้ศึกษาเกี่ยวกับปัญหาการผลิตและเผยแพร่สิ่งลามกในประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องจากสหรัฐเป็นประเทศที่ประสบปัญหาการแพร่หลายของสิ่งลามกที่รุนแรงมากประเทศหนึ่งและนอกจากนี้สิ่งลามกก็นับ

²⁹ พิศิษฐ ชวลาธวัช, กฎหมายสื่อสารมวลชน, (กรุงเทพฯ:สำนักพิมพ์ดอกหญ้า, พิมพ์ครั้งที่ 6), หน้า 259 - 260.

ว่าเป็นปัญหาที่มีผลกระทบอย่างใหญ่หลวงต่อเด็กและเยาวชนของสหรัฐ ซึ่งจากผลการสำรวจระดับชาติตั้งแต่ ปี ค.ศ.1965 ถึง 1987 ชี้ให้เห็นว่าเด็กและเยาวชนในสหรัฐเกือบทั้งหมดล้วนแต่มีส่วนเกี่ยวข้องกับธุรกิจการผลิตและจำหน่ายสิ่งลามก

คำว่าสิ่งลามกในสหรัฐอเมริกา มีการใช้คำศัพท์ที่อยู่สองคำคือ คำว่า Pornography และ Obscenity ซึ่งคำศัพท์สองคำนี้มีความหมายที่ใกล้เคียงกันแต่มีความหมายในการนำไปใช้แตกต่างกัน

Pornography นั้นเป็นคำศัพท์ที่มีความหมายไม่ชัดเจน (ambiguous) เพราะเป็นคำศัพท์ที่ให้ขอบเขตของความหมายทั้งการอธิบายถึงลักษณะของวัตถุและการประเมินค่าของวัตถุในเวลาเดียวกัน Pornography มาจากภาษากรีกว่า Pornographos ซึ่ง Webster Dictionary ให้ความหมายว่า การเขียนเรื่องของผู้หญิงโสเภณี (writing of harots) ความหมายของ Pornography ปรากฏขึ้นครั้งแรกในหนังสือ Medical Dictionary ในปี ค.ศ.1857 ซึ่งเป็นการอธิบายถึงการศึกษาเกี่ยวกับสุขภาพของผู้หญิงโสเภณี

ในปัจจุบัน คำว่า Pornography นั้นมักจะมีการนำคำว่า Obscenity มาใช้แทนในบางกรณี โดยคำว่า Obscenity มาจากรากศัพท์ภาษาละติน คำว่า Obscenus ซึ่งมาจากคำว่า caenum - dirt or filth หรือมาจากคำว่า "out of the scene" Webster Dictionary ให้ความหมายคำว่า Obscenity หมายถึง สิ่งที่น่ารังเกียจในทางศีลธรรม ความรู้สึกน่ารังเกียจ สิ่งที่กระตุ้นเร้าให้เกิดความต้องการทางเพศหรือมีพฤติกรรมที่เสื่อมทราม³⁰

การใช้คำว่า Obscenity และคำว่า Pornography นั้นในบางกรณีวัตถุบางสิ่งถือว่าเป็น Pornography และปราศจากสิ่งที่เป็น Obscenity และก็ไม้อาจถือได้ว่าสิ่งที่เป็น Obscenity ทั้งหมดจะเป็น Pornography³¹

ปัจจุบันในสหรัฐอเมริกามีข้อโต้แย้งกันในประเด็นที่ว่าสิ่งลามกนั้นสามารถที่จะกำหนดความหมายของสิ่งลามกให้ชัดเจนโดยการบัญญัติความหมาย(Definition)ของคำว่าสิ่งลามกไว้ในกฎหมายได้หรือไม่ เนื่องจากผู้พิพากษา พอตเตอร์ สจวตต์ ของสหรัฐกล่าวว่าสิ่งลามกนั้นเขาสามารถให้ความหมายได้ต่อเมื่อเขาได้เห็นมัน (I Know it When I See it) ซึ่งความเห็นเกี่ยวกับการกำหนดนิยามความหมายของสิ่งลามกไว้ในกฎหมายนี้ มีความคิดเห็นเป็นสองแนว แนวแรกสนับสนุนความเห็นของผู้พิพากษาพอตเตอร์ สจวตต์ โดยเห็นว่าสิ่งลามกเป็นสิ่งที่ไม่สามารถกำหนดความหมายให้ครอบคลุมได้อย่างชัดเจน แนวที่สองมีความเห็นว่าสิ่งลามกนั้น

³⁰ Obscenity meaning abhorrent to morality, disgusting to the senses or designed to incite lust or depravity

³¹ John B. McConahay, Pornography: the Symbolic Politics of Fantasy, Law and Contemporary Problems, vol.51(1988):31 - 36.

สามารถที่จะกำหนดความหมายให้ชัดเจนได้โดยวิธีการศึกษาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลและความเห็นต่างๆของบุคคลในสังคมว่าสิ่งใดที่สังคมเห็นว่าเป็นสิ่งลามกและควรที่จะควบคุม จากนั้นจึงนำมาบัญญัติกำหนดให้ความหมายคำว่าสิ่งลามกไว้ในกฎหมาย

ในส่วนนี้ผู้เขียนได้ค้นคว้าการให้คำนิยามศัพท์คำว่าสิ่งลามกของสหรัฐอเมริกา ทั้งที่เป็นแนวคำตัดสินของศาล รูปแบบของร่างกฎหมาย และแนวความคิดเห็นของนักกฎหมายและกลุ่มองค์กรต่างๆของสหรัฐ ดังนี้

ศาลสูงของสหรัฐได้วินิจฉัยวางหลักเกณฑ์กำหนดคำอธิบายเกี่ยวกับสิ่งลามกโดยกำหนดมาตรฐานการพิจารณาที่เรียกว่า มาตรฐาน roth ไว้ดังนี้

"สิ่งที่ถูกวินิจฉัยว่าเป็นสิ่งลามกหรือไม่นั้น เกิดจากการวินิจฉัยของบุคคลโดยเฉลี่ยทั่วไปในสังคมหรือไม่,เป็นการวินิจฉัยที่มาจากมาตรฐานกลางของสังคมในขณะนั้นหรือไม่,เป็นสิ่งที่มีความหมายทั้งหมดนำไปในทางกิเลสตัณหาหรือไม่"³²

ศาลในคดีนี้ได้พิจารณาเห็นว่า " เรื่องทางเพศกับสิ่งลามกไม่ใช่สิ่งเดียวกัน สิ่งลามกคือวัตถุที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติทางเพศที่มีวัตถุประสงค์ในทางก่อให้เกิดกิเลสตัณหา"³³

ศาลสูงของสหรัฐในคดี Miller v. California³⁴ ได้ตัดสินวางแนวทางกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นสิ่งลามกขึ้นใหม่แทนหลักเกณฑ์การพิจารณาที่วางแนวทางไว้ในคำตัดสินคดี Roth ดังนี้คือ

(1)สิ่งที่ถูกนำมาวินิจฉัยนั้นได้รับการวินิจฉัยจากบุคคลโดยเฉลี่ยทั่วไปหรือไม่ การวินิจฉัยนั้นเป็นการวินิจฉัยที่มาจากมาตรฐานกลางของสังคมในขณะนั้นหรือไม่ งานที่ปรากฏทั้งหมดนั้นเป็นงานที่ชักจูงโน้มน้าวให้เกิดกิเลสตัณหาหรือไม่

³² Darse E. Crandall, Jr., Obscenity Doctrines of Japan and the United States Compared, *ILSA J. Int'l L.* (1992): 17.

³³ Roy. L. Moore, *Mass communication law and ethics*, (New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates, Inc. 1994), p. 487 - 488.

³⁴ Miller v. California set forth a three - part test for determinations whether a given work should be labelled "obscene":

(a) Whether "the average person, applying contemporary community standards" would find that the work, taken as a whole, appeals to the prurient interest;

(b) Whether the work depicts or describes, in a patently offensive way, sexual conduct specifically defined by the applicable state law; and

(c) Whether the work, taken as whole, lacks serious literary, artistic, political, or scientific value.

(2)งานที่ปรากฏหรือแสดงออกนั้น เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำทางเพศที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะในกฎหมายของรัฐนั้น หรือไม่

(3)งานที่ปรากฏทั้งหมดนั้น ปรากฏจากคุณค่าทางวรรณกรรม ศิลปกรรม การปกครอง หรือทางวิทยาศาสตร์หรือไม่

ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยไว้ว่าหลักเกณฑ์ที่จะใช้ในการพิจารณากำหนดว่า วัตถุหรือสิ่งตีพิมพ์อย่างใดเป็นสิ่งลามกหรือไม่นั้น เมื่อใช้มาตรฐานของชุมชนในปัจจุบัน แนวคิดสำคัญของวัตถุนั้นก่อให้เกิดความสนใจในทางระคะหรือไม่ ข้อเท็จจริงที่ว่าหนังสือบางเล่มมีข้อความซึ่งอาจจะถือว่าลามกยอมไม่ยุติธรรมที่จะไปประนามหนังสือทั้งเล่มจะต้องพิจารณาแนวคิดสำคัญโดยส่วนรวมด้วย ในทำนองเดียวกันมาตรฐานของเอกชนคนหนึ่งไม่สามารถที่จะไปกำหนดได้ จะต้องกำหนดโดยรากฐานมโนธรรมของชุมชน³⁵

The National Council for Civil Liberties ซึ่งเป็นองค์กรที่ก่อตั้งขึ้นเพื่อต่อต้านสิ่งลามกได้กำหนดคำจำกัดความสิ่งลามกกว่าสิ่งลามกต้องมีลักษณะ 3 ประการดังต่อไปนี้

- 1.ต้องเป็นเรื่องทางเพศที่ปรากฏอย่างชัดแจ้ง
- 2.ต้องเป็นภาพที่แสดงว่าผู้หญิงมีความพึงพอใจที่จะยอมรับการทำร้าย
- 3.เป็นการกระทำต่อผู้หญิงโดยการนำผู้หญิงมาเพื่อสนองความต้องการของผู้ชาย

The Campaign for Press and Broadcasting Freedom (CPEF) ได้ให้คำจำกัดความว่าสิ่งลามกหมายถึง ภาพยนตร์ วิดีโอ และภาพพิมพ์ ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อกระตุ้นอารมณ์ทางเพศ หรือการแสดงสัดส่วนต่างๆของร่างกายผู้หญิง วัตถุ หรือสินค้า หรือการแสดงทางเพศที่เป็นการเหยียดหยาม หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการแสดงความรุนแรง

The Campaign Against Pornography and Censorship (CPC) ได้ให้คำจำกัดความของสิ่งลามกกว่า ภาพของการเปิดเผยทางเพศ โดยการนำผู้หญิงมาแสดงการเหยียดหยาม ผ่านภาพหรือคำพูด อย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ ผู้หญิงที่แสดงเป็นวัตถุในทางเพศ หรืออยู่ในฐานะทางเพศที่ต่ำกว่าผู้ชาย การแสดงหรือถูกกระทำเหยียดหยามว่าเป็นวัตถุทางเพศ การทำให้เจ็บปวด การข่มขืน การร่วมเพศระหว่างบุคคลในครอบครัว หรือการทำร้ายทางเพศอื่นๆ หรือการกระทำเยี่ยงสัตว์ หรือการกระทำให้เจ็บปวด การทำร้ายหรือการแบ่งแยกทางเพศ³⁶

³⁵ กมล ทองธรรมชาติ และ สมบูรณ์ สุขสำราญ แปล, เรื่องนำสู่เกี่ยวกับการปกครองและรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา, "our american government the younger lawyers comittee of the federal bar association"

³⁶ Catherine Itzin, A Legal Definition of Pornography, (Cambridge: Cambridge University, 1991), p:440 - 442.

Cathrine Mackinnon ศาสตราจารย์ทางกฎหมาย ได้ให้คำนิยามว่าสิ่งลามกคือภาพการมีเพศสัมพันธ์ที่แสดงออกถึงการเหยียดหยามสตรีเพศอย่างชัดเจน ไม่ว่าจะ เป็นภาพหรือคำพูดที่มีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งหรือมากกว่า ดังต่อไปนี้

(1)การนำสตรีมาแสดงเปรียบเสมือนวัตถุทางเพศ เป็นบุคคลที่เป็นทาส, วัตถุสิ่งของหรือสินค้า หรือ

(2)การนำสตรีมาแสดงเปรียบเสมือนวัตถุทางเพศผู้ที่มีความสุขกับการถูกทำให้เจ็บปวด หรือการทำให้อับอายอับยศอดสู หรือ

(3)การนำสตรีมาแสดงเปรียบเสมือนวัตถุทางเพศผู้มีประสบการณ์ในทางเพศที่ยินดีและเต็มใจที่จะถูกข่มขืน

(4)การนำสตรีมาแสดงเปรียบเสมือนวัตถุทางเพศด้วยการนำมาพันนาการ หรือกรีดหรือตัดแขนขา หรือการทำร้าย หรือการทำร้ายร่างกายให้เจ็บปวดทรมาน

(5)การนำสตรีมาแสดงในภาพที่ยินยอมถูกกระทำทางเพศ, การบริการทางเพศ หรือถูกนำมาแสดงโชว์ทางเพศ

(6)ภาพอวัยวะส่วนต่างๆของสตรี หรือทั้งร่างกาย แต่ไม่จำกัดว่าต้องเป็นอวัยวะเพศสตรี, เต้านม, และกัน ที่นำมาแสดง, เช่นภาพสตรีที่ถูกตัดอวัยวะของร่างกาย หรือ

(7)การนำสตรีมาแสดงว่าสตรีคือโสเภณีโดยธรรมชาติ

(8)การนำสตรีมาแสดงว่าถูกร่วมเพศด้วยการสอดใส่ด้วยวัตถุต่างๆ, การร่วมเพศกับสัตว์ หรือ

(9)การนำสตรีมาแสดงด้วยการดูถูกเหยียดหยาม, ทำให้ได้รับบาดเจ็บ, การทรมาน, แสดงว่าเป็นสิ่งสกปรกหรือต่ำกว่าสิ่งปฏิญูล , ทำให้มีบาดแผล, ทำให้ฟกช้ำ, หรือทำร้ายให้ได้รับความเจ็บปวดในทางเพศสัมพันธ์³⁷

Cass R.Sunstein ศาสตราจารย์ทางกฎหมาย ได้ให้คำนิยามสิ่งลามกกว่าถ้ากล่าวอย่างรวบรัดสิ่งลามกที่ปรากฏต้อง

(ก)เกี่ยวกับการมีเพศสัมพันธ์อย่างชัดเจน

(ข)การแสดงภาพหรือการบรรยายราวกับว่าสตรีมีความสุขในการถูกชำเราหรือไม่ยอมรับการถูกกระทำชำเราทางร่างกาย และ

³⁷ James Lindgren .Defining Pornography.University of Pennsylvania Law Review,Vol.141(April 1993 No.4):1270Cathrine Mackinnon , Not a Moral Issue, in FEMINISM UNMODIFIED 146, 146 n.1 (1987).

(ค) มีวัตถุประสงค์และมีความต้องการให้เป็นสิ่งที่กระตุ้นอารมณ์ทางเพศ³⁸

Myrna Kostash นักสังคมวิทยาได้ให้คำจำกัดความว่าสิ่งลามกคือสิ่งที่แสดงออกถึง ,ไม่
ว่าเป็นการแสดงออกจริง, การสร้างกระทำ, ด้วยวาจา, ด้วยรูปภาพ, ภาพยนตร์, หรือวิดีโอเทป, หรือ
สิ่งที่แสดงออกอย่างอื่น, ของการมีพฤติกรรมทางเพศระหว่างบุคคลที่เข้าร่วมหนึ่งคนหรือมาก
กว่าที่เป็นการบังคับขู่เข็ญ หรือการทำร้ายร่างกาย หรือการชำเราทางร่างกายหรือทางจิตใจ
หรือการแสดงออกถึงความไม่เท่าเทียมกันอย่างชัดเจนหรือสิ่งที่แสดงถึงพรหมจรรย์ของสตรีที่
อายุยังไม่บรรลุนิติภาวะ หรือพฤติกรรมที่สามารถชักจูงให้กระทำในสิ่งที่ผิดศีลธรรม³⁹

Marianne Wesson นักสังคมวิทยาได้ให้คำจำกัดความว่าสิ่งลามกคือสิ่งที่เป็นการ
คือการให้คำนิยามสิ่งที่แสดงออกของความรุนแรง, หรือก่อให้เกิดความเจ็บปวดต่อบุคคลหรือ
เด็กที่ไม่ยินยอมด้วย, เพื่อวัตถุประสงค์ในการกระตุ้นความต้องการทางเพศหรือทำให้พึงพอใจ
ในทางเพศ ในบริบทที่ชักจูงในสิ่งที่ผิด หรือให้ประพฤติดตามในสิ่งนั้น และมุ่งโน้มน้าวให้มีพฤติ
กรรมที่เหมือนกันอย่างเปิดเผย⁴⁰

Deana Pollard นักกฎหมายได้ให้คำจำกัดความของสิ่งลามกไว้ดังนี้ คือ

1. คำนิยามศัพท์

(ก) สิ่งลามกที่ฝ่าฝืนกฎหมาย หมายถึง ภาพยนตร์ที่แสดงออกเกี่ยวกับการกระทำทาง
เพศอย่างชัดเจนและการทำร้ายทางร่างกายระหว่างการมีเพศสัมพันธ์

(ข) การออกทางเพศอย่างชัดเจน หมายถึง (1) อวัยวะเพศของบุคคลในพฤติกรรมที่
ต้องการกระตุ้นหรือปลุกเร้าอารมณ์ทางเพศ (2) การสำเร็จความใคร่ด้วยตนเองของบุคคล, การมี
เพศสัมพันธ์, หรือกามวิตถาร หรือ (3) การแสดงความใคร่หรือการปลุกเร้าทางกามารมณ์โดยการ
สัมผัสร่างกายของบุคคล อวัยวะเพศ, หน้าท้อง ก้น หรือเต้านมของสตรี

(ค) การทำร้ายทางร่างกาย หมายถึง (1) การประทุษร้าย (2) การทุบตี (3) การฆาตกรรม
(4) การข่มขืนกระทำชำเรา (5) การตัดแขนขา (6) การบังคับขู่เข็ญโดยใช้กำลังทำร้าย

2. ความรุนแรง การกระทำใดๆ ดังต่อไปนี้ถือว่าเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมาย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

³⁸ Ibid.p.1270 Cass R.Sunstein, Pornography and the First Amendment, 1986
DUKE L.J.589, 592

³⁹ Ibid.p.1271. Myrna Kostash, Second Thoughts, in WOMEN AGAINST
CENSORSHIP 32, 34 (Varda Burstyn ed.,1985) (quoting Jillian Ridington)
(emphases added by Kostash).

⁴⁰ Ibid.p.1271.Marianne Wesson, Sex, Lies and Videotape: The Pornographer as
Censor, 66 WASH. L.REV. 913, 915 (1991).

(ก)การผลิตการกระทำใดๆดังต่อไปนี้ถือว่าเป็นการฝ่าฝืนมีส่วนร่วมในการผลิตสิ่งลามก การมีส่วนร่วม หมายถึง (1)การผลิตภาพยนตร์ (2)การออกคำสั่ง (3)การกระทำ(การแสดงหรือ บทบาทในภาพยนตร์) (4)การบังคับขู่เข็ญให้บุคคลใดแสดงในภาพยนตร์ (5)การทำมาเพื่อการผลิตภาพยนตร์ (6)การกำกับภาพยนตร์ (7)การรู้เห็นให้การสนับสนุนทางการเงินเพื่อการผลิตภาพยนตร์ (8)การรู้เห็นให้การสนับสนุนให้ใช้โรงถ่ายภาพยนตร์หรือสถานที่ใดๆ (9)การรู้เห็นให้การสนับสนุนเป็นผู้แสดงในภาพยนตร์ การเป็นตัวแทนหรือเป็นผู้ปกครองหรือญาติของเด็กที่แสดงในภาพยนตร์

(ข)การค้าสิ่งผิดกฎหมาย การกระทำใดๆดังต่อไปนี้ถือว่าเป็นการฝ่าฝืนจัดจำหน่ายสิ่งลามกที่ผิดต่อกฎหมาย การจัดจำหน่ายหมายถึง (1)การขายภาพยนตร์ (2)การซื้อภาพยนตร์ (3)การฉายภาพยนตร์ (4)การจัดจำหน่ายภาพยนตร์

3. บทกำหนดโทษ การกระทำใดๆดังต่อไปนี้ให้ถือว่าเป็นความผิดทางอาญาและการละเมิดทางแพ่งที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมาย :

(ก)บทกำหนดโทษทางอาญา การกระทำดังต่อไปนี้ให้ถือว่าเป็นการผิดกฎหมาย บทกำหนดโทษที่จะตัดสินลงโทษ ให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย

(ข)การละเมิดทางแพ่งที่ปรากฏในภาพยนตร์ให้ตัดสินใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นสามเท่า ในกรณีที่เป็นการละเมิดเช่นการทำร้ายร่างกาย การทุบตี การกักขัง⁴¹

Bruce A. Taylor ศาสตราจารย์ทางกฎหมายได้ให้คำจำกัดความว่าสิ่งลามกหมายถึง บุคคลใดที่รู้เห็นถึงคุณลักษณะของสิ่งลามกที่แท้จริง ให้ถือว่าเป็นผู้รู้เห็นในการจัดจำหน่ายหรือ การนำออกแสดงต่อสาธารณะ หรือโดยมีวัตถุประสงค์ในทางการค้า

สิ่งลามกที่แท้จริง หมายถึงสิ่งใดที่แสดงออกถึงการกระทำทางเพศอย่างชัดแจ้ง รวมถึง การมีเพศสัมพันธ์ทางอวัยวะเพศและทางทวาร , ทางปาก, การสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง, การสอดใส่ , การหลั่งอสุจิที่ปรากฏอย่างชัดเจน

กฎหมายของสภาองเกรสและของมลรัฐ ควรที่จะครอบคลุมถึงการนำเข้าสินค้า การขนส่งระหว่างรัฐ การส่งทางไปรษณีย์ การเผยแพร่ต่อสาธารณะ และการจัดจำหน่ายสินค้า กฎหมายควรที่จะมีบทบัญญัติกำหนดมีการคุ้มครองความสุจริตในทางวิทยาศาสตร์ การศึกษา หรือการวิจัย และ/หรือกฎหมายควรที่จะมีบทยกเว้นต่อผลงานทางวรรณกรรม, ศิลปกรรม, การเมืองการปกครอง, หรือการค้นคว้าทางวิทยาศาสตร์ที่แท้จริง ภายใต้ข้อกำหนดที่ว่า ถ้าการ

⁴¹ Ibid.p.1272 -1273. Deana Pollard, Regulating Violent Pornography, 43 VAND. L.Rev. 125, 155 (1990).

กระทำได้กล่าวมีวัตถุประสงค์ทางการค้าทางเพศ จะต้องถูกห้ามมิให้กระทำ⁴²

กฎหมาย Indianapolis Statute ได้ให้คำจำกัดความว่าสิ่งลามกหมายถึงการกระทำทางเพศที่แสดงออกถึงการดูถูกเหยียดหยามสตรีเพศสิ่งที่ปรากฏอย่างชัดเจนไม่ว่าด้วยรูปภาพ หรือคำพูด ตามที่กำหนดไว้อย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

(1)การนำสตรีมาแสดงเปรียบเสมือนวัตถุทางเพศผู้มีความสุขในการถูกทำให้เจ็บปวดหรือการถูกกระทำเยี่ยงทาส หรือ

(2)การนำสตรีมาแสดงเปรียบเสมือนวัตถุทางเพศผู้มีประสบการณ์ในทางเพศที่ยินดีเต็มใจจะถูกข่มขืนหรือ

(3)การนำสตรีมาแสดงเปรียบเสมือนวัตถุทางเพศด้วยการนำมาพันนาการ หรือกรีดหรือตัดแขนขา หรือการทำร้าย หรือการทำร้ายร่างกายให้เจ็บปวดทรมาน หรือการแยกชิ้นส่วนของร่างกาย หรือ

(4)การนำสตรีมาแสดงว่าถูกร่วมเพศด้วยการสอดใส่ด้วยวัตถุต่าง ๆ, การร่วมเพศกับสัตว์ หรือ

(5)การนำสตรีมาแสดงด้วยการดูถูกเหยียดหยาม, ทำให้ได้รับบาดเจ็บ, การทรมาน, แสดงร่วมกับสิ่งสกปรกหรือสิ่งปฏิกูล, ทำให้มีบาดแผล, ทำให้ฟกช้ำ, หรือทำร้ายให้ได้รับความเจ็บปวดในทางเพศสัมพันธ์

(6)การนำสตรีมาแสดงเปรียบเสมือนวัตถุทางเพศ ด้วยการควบคุม, การเอาชนะ, การทำร้าย, การขูดรีด, การครอบครอง, หรือการใช้ประโยชน์ หรือการถ่ายภาพโปสเตอร์ หรือกำหนดให้เป็นทาส หรือการยอมจำนน, หรือการนำมาแสดงทางเพศ⁴³

กฎหมาย Minneapolis Statute ได้ให้คำจำกัดความว่าสิ่งลามกคือรูปแบบที่แยกออกจากสิ่งที่เป็นพื้นฐานของเรื่องทางเพศ

(ก)สิ่งลามกคือการกระทำทางเพศที่แสดงออกถึงการดูถูกเหยียดหยามสตรีเพศที่ปรากฏอย่างชัดเจนไม่ว่าด้วยรูปภาพ หรือคำพูด ตามที่กำหนดไว้อย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

(1)การนำสตรีมาแสดงเปรียบเสมือนวัตถุทางเพศ เป็นบุคคลที่เป็นทาส, วัตถุสิ่งของ หรือสินค้า หรือ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁴² Ibid.p.1273 Bruce A. Taylor, Hard-Core Pornography: A Proposal for a Per Se Rule, 21 U. MICH. J.L. Ref 255, 272 (1987-88).

⁴³ Ibid.p.1273 -1274 INDIANAPOLIS, IND., CODE 16-3 (q) (1984), reprinted in Nan D. Hunter & Sylvia A. Law, Brief Amici Curiae of Feminist Anti-Censorship Taskforce, et. al., in American Booksellers Association v. Hudnut, 21 U. MICH. J.L. REF. 69, 69 n. 1(1987-88).

(2)การนำสตรีมาแสดงเปรียบเสมือนวัตถุทางเพศผู้ที่มีความสุขกับการถูกทำให้เจ็บปวด หรือการทำให้อายอับอายศอดสู หรือ

(3)การนำสตรีมาแสดงเปรียบเสมือนวัตถุทางเพศผู้มีประสบการณ์ในทางเพศที่ยินดี และเต็มใจที่จะถูกข่มขืน

(4)การนำสตรีมาแสดงเปรียบเสมือนวัตถุทางเพศด้วยการนำมาพันนาการ หรือกรีดหรือตัดแขนขา หรือการทำร้าย หรือการทำร้ายร่างกายให้เจ็บปวดทรมาน

(5)การนำสตรีมาแสดงในภาพที่ยินยอมถูกกระทำทางเพศ, การบริการทางเพศ หรือถูกนำมาแสดงโชว์ทางเพศ

(6)ภาพอวัยวะส่วนต่างๆของสตรี หรือทั้งร่างกาย แต่ไม่จำกัดว่าต้องเป็นอวัยวะเพศสตรี, เต้านม, และก้น ที่นำมาแสดง, เช่นภาพสตรีที่ถูกตัดอวัยวะของร่างกาย หรือ

(7)การนำสตรีมาแสดงว่าสตรีคือโสเภณีโดยธรรมชาติ

(8)การนำสตรีมาแสดงว่าถูกร่วมเพศด้วยการสอดใส่ด้วยวัตถุต่างๆ, การร่วมเพศกับสัตว์ หรือ

(9)การนำสตรีมาแสดงด้วยการดูถูกเหยียดหยาม, ทำให้ได้รับบาดเจ็บ, การทรมาน, แสดงร่วมกับสิ่งสกปรกหรือสิ่งปฏิกูล, ทำให้มีบาดแผล, ทำให้ฟกช้ำ, หรือทำร้ายให้ได้รับความเจ็บปวดในทางเพศสัมพันธ์

(ข)การใช้ผู้ชาย, เด็ก หรือผู้ที่แปลงเพศ ในพฤติกรรมของสตรีตามที่กล่าวมา ใน(ก)(1)-

(9) ถือว่าเป็นสิ่งลามกตามเจตนารมณ์ของกฎหมายของรัฐอนุมาตรา (I) - (p)⁴⁴

ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁴⁴ Ibid.p.1274 -1275 Ordinance amending MINNEAPOLIS, MINN., CODE OF ORDINANCES tit. 7, ch.139.20(gg) (passed Dec. 30, 1983; vetoed jan. 5, 1984), reprinted in Randall D.B. Tigue, Civil Rights and Censorship-Incompatible Bedfellows, 11 WM. MITCHELL L. REV. 81, 85 n.24(1985) (alterations in original).

4.2 การบัญญัติกฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาการควบคุมวัตถุหรือสิ่งของลามก

มาตรการในการปราบปรามและควบคุมการผลิตและเผยแพร่วัตถุหรือสิ่งของลามก โดยอาศัยมาตรการทางกฎหมายนั้น เป็นมาตรการที่ประเทศต่าง ๆ ได้นำมาใช้เป็นมาตรการหลักในการแก้ไขปัญหานี้ โดยมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อกำหนดฐานความผิดและบทกำหนดโทษเกี่ยวกับการผลิตและเผยแพร่วัตถุหรือสิ่งของลามกที่แตกต่างกันไปตามสภาพปัญหาของแต่ละประเทศ ในส่วนนี้ผู้เขียนได้ทำการศึกษาเกี่ยวกับปัญหาในการกำหนดฐานความผิดในฐานะเป็นผู้ผลิต ผู้จำหน่ายหรือผู้เผยแพร่ หรือผู้ครอบครองวัตถุหรือสิ่งของลามก และการบัญญัติกฎหมายเพื่อควบคุมพื้นที่การเผยแพร่วัตถุหรือสิ่งของลามกบางประเภท ซึ่งมาตรการทางกฎหมายดังกล่าวที่จะทำการศึกษาต่อไปนี้จะสามารถนำมาใช้เป็นแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติกฎหมายของไทย เพื่อควบคุมการผลิตและเผยแพร่วัตถุหรือสิ่งของลามกให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

จากการศึกษากฎหมายควบคุมการกระทำความผิดเกี่ยวกับการผลิตหรือจำหน่ายวัตถุหรือสิ่งของลามกของประเทศไทยที่ถือได้ว่าเป็นกฎหมายที่มีโทษทางอาญาแก่ผู้กระทำความผิดในปัจจุบันได้แก่ พระราชบัญญัติปราบปรามการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุอันลามก พ.ศ.2471 และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 ซึ่งกฎหมายทั้งสองฉบับเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติที่มีลักษณะกำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับวัตถุหรือสิ่งของลามกไม่แตกต่างกันมากนัก โดยมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษแก่บุคคลที่กระทำการผลิตหรือจำหน่ายวัตถุหรือสิ่งของลามก เช่นเดียวกัน แต่เนื่องจากกฎหมายที่มีบทบัญญัติในการควบคุมการผลิตและจำหน่ายวัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าวยังไม่สามารถที่จะนำมาใช้เพื่อเป็นมาตรการในการควบคุมการผลิตและเผยแพร่วัตถุหรือสิ่งของลามกในสังคมไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพเพียงพอ ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวยังมีได้มีการแบ่งแยกกำหนดฐานความผิดระหว่างผู้ที่กระทำความผิดในฐานะเป็นผู้ผลิตหรือในฐานะเป็นผู้จำหน่ายหรือเผยแพร่ หรือในฐานะเป็นผู้ครอบครองวัตถุหรือสิ่งของลามก ทำให้ยังไม่สามารถกำหนดโทษที่รุนแรงต่อผู้เป็นผู้ผลิตซึ่งควรที่จะต้องได้รับโทษที่หนักกว่าบุคคลที่กระทำความผิดฐานเป็นผู้จำหน่ายเพียงความผิดเดียว อีกทั้งกฎหมายยังมีได้มีการกำหนดแบ่งประเภทของวัตถุหรือสิ่งของลามกที่มีผลกระทบที่เลวร้ายและรุนแรงต่อบุคคลที่เป็นเด็กหรือเยาวชน ได้แก่ วัตถุหรือสิ่งของลามกที่ใช้เด็กเป็นผู้แสดง ซึ่งหากมีการออกกฎหมายเพื่อกำหนดประเภทวัตถุหรือสิ่งของลามกแล้ว ก็จะสามารถที่จะกำหนดความผิดที่รุนแรงต่อบุคคลที่กระทำการผลิตและจำหน่ายวัตถุหรือสิ่งของลามกที่มีเด็กเกี่ยวข้องให้หนักยิ่งขึ้น และยังสามารถที่จะกำหนดบทลงโทษต่อบุคคลที่ครอบครองวัตถุหรือสิ่งของลามกที่มีเด็กเกี่ยวข้องให้ต้องรับโทษด้วย เนื่องจากเป็นผู้ที่ครอบครองวัตถุที่กฎหมายถือว่าเป็นสิ่งผิดกฎหมายด้วย

จากการศึกษาพบว่าในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการแบ่งแยกประเภทของผู้ที่กระทำความผิดในฐานะเป็นผู้ผลิตวัตถุหรือสิ่งของลามก โดยมีบทกำหนดโทษแก่ผู้ที่ผลิตวัตถุหรือสิ่งของลามกที่ใช้เด็กเป็นผู้แสดง และกำหนดความผิดสำหรับบุคคลผู้ที่กระทำการจำหน่ายวัตถุหรือสิ่งของลามกที่มีเด็กเป็นผู้เกี่ยวข้องหรือจำหน่ายวัตถุหรือสิ่งของลามกแก่บุคคลผู้ที่ยังเป็นเด็กหรือเยาวชน และกำหนดความผิดแก่บุคคลผู้ที่ครอบครองวัตถุหรือสิ่งลามกประเภทที่กฎหมายห้ามอย่างเด็ดขาด ได้แก่วัตถุหรือสิ่งของลามกที่มีเด็กเกี่ยวข้องในฐานะเป็นผู้แสดงด้วย

ประเทศสหรัฐอเมริกานับได้ว่าเป็นประเทศแรกที่ได้ออกกฎหมายเพื่อคุ้มครองป้องกันเด็กเกี่ยวกับการผลิตวัตถุหรือสิ่งของลามก โดยการออกกฎหมาย The Protection of Children Against Exploitation Act of 1977 มีบทบัญญัติห้ามการผลิต การจัดจำหน่ายสิ่งลามกที่มีเด็กเข้าไปเกี่ยวข้อง ต่อมาในปี 1984 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าว โดยการบัญญัติกฎหมาย The Child Protection Act 1984 โดยมีเจตนารมณ์เพื่อควบคุมสิ่งลามกที่มีเด็กเกี่ยวข้องด้วย โดยการห้ามจัดจำหน่ายสิ่งใด ๆ ที่มีเด็กเข้าไปเกี่ยวข้องในทางเพศแม้ว่าสิ่งนั้นไม่ถึงกับเป็นสิ่งลามกตามที่กฎหมายกำหนดก็ตาม⁴⁵

กฎหมาย the protection of children against sexual exploitation Act, Public Law 95 - 225 ของสหรัฐได้บัญญัติให้อำนาจรัฐบาลกลางสหรัฐในการดำเนินคดีต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องกับสิ่งลามกเด็ก และการจัดส่งเด็กข้ามมลรัฐเพื่อนำไปแสวงหากำไร และในปัจจุบัน มลรัฐของสหรัฐจำนวน 48 รัฐได้บัญญัติกฎหมายขึ้นเพื่อควบคุมการผลิตและจำหน่ายสิ่งลามกเด็ก ส่วนรัฐที่เหลือได้ทำการแก้ไขกฎหมายควบคุมสิ่งลามกสำหรับบุคคลที่เป็นผู้ใหญ่ (adult pornography Law) ให้มีบทบัญญัติที่มีสภาพบังคับต่อการกระทำที่เกี่ยวกับสิ่งลามกเด็กเพิ่มขึ้นในกฎหมาย

บทบัญญัติ 18 U.S.C. มาตรา 2252 เป็นกฎหมายของรัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกาที่มีบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองบุคคลที่เป็นเด็ก ได้บัญญัติกำหนดโทษแก่บุคคลใดที่นำเด็กมาเกี่ยวข้องกับการผลิตวัตถุหรือสิ่งของลามก หรือครอบครองสิ่งลามกที่มีเด็กเกี่ยวข้องอยู่ด้วย ดังนี้

(b) ผู้ใดเจตนาครอบครองหนังสือ นิตยสาร ภาพยนตร์ วิดีโอเทป หรือสิ่งอื่นใด จำนวน 3 ชิ้นหรือมากกว่า ที่ประกอบด้วยการส่งทางไปรษณีย์ หรือการขนส่งระหว่างรัฐ หรือระหว่างประเทศ หรือวัตถุใด ๆ ที่ใช้ในการผลิตที่ส่งทางไปรษณีย์ หรือทางการขนส่งอื่น.....ถ้า

(1) วัตถุสิ่งนั้นปรากฏว่าได้นำเด็กมาเกี่ยวข้องหรือแสดงพฤติกรรมทางเพศ⁴⁶

⁴⁵ Robret R. Strang, Child Pornography and Overbreadth, Columbia Law Review, Vol.90(1990):177

⁴⁶ 18 U.S.C. 2252 (a)(4)

ศาลสูงของสหรัฐได้มีคำตัดสินเกี่ยวกับความผิดฐานผลิตและจำหน่ายสิ่งลามกเด็กไว้ดังนี้ คือ คดี Newyork v. Ferber โดยในคดีนี้จำเลยคือ Paul Ira ferber ซึ่งเป็นเจ้าของร้านค้าในเมือง แมนฮัตตัน ได้ถูกฟ้องร้องดำเนินคดีในข้อหากระทำการฝ่าฝืนกฎหมายควบคุมสิ่งลามกเด็ก (Child pornography Law) โดยจำเลยได้จำหน่ายภาพยนตร์ซึ่งมีเด็กชายอายุต่ำกว่า 16 ปี เป็นผู้แสดงการสำเร็จความใคร่ด้วยตนเองในภาพยนตร์

ศาลสูงของสหรัฐได้วินิจฉัยว่าตามบทบัญญัติของกฎหมายควบคุมสิ่งลามกเด็กนั้นมีความแตกต่างจากกฎหมายควบคุมสิ่งลามกของบุคคลที่เป็นผู้ใหญ่ ดังนั้นรัฐจึงสามารถที่จะกำหนดบทลงโทษอย่างเด็ดขาดในการห้ามการผลิตและจำหน่ายวัตถุทางเพศใดๆที่มีการนำเด็กมาเป็นผู้แสดง และห้ามสิ่งใดๆที่แม้ว่าจะไม่เข้าข่ายเป็นสิ่งลามกที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดตามมาตรฐานที่กำหนดไว้ในคดี Miller ก็ตาม

ศาลในคดีนี้ได้บันทึกหมายเหตุไว้ว่า ขณะนี้รัฐจำนวน 47 รัฐ ได้เตรียมพร้อมที่จะดำเนินการบัญญัติกฎหมายเพื่อกำหนดมาตรการควบคุมเกี่ยวกับสิ่งลามกตามแนวทางที่กำหนดไว้ในคำตัดสินในคดี Miller เพื่อเป็นการป้องกันมิให้มีการแสดงออกอย่างชัดเจนในเรื่องทางเพศในสังคมอันจะเป็นผลร้ายต่างๆที่มีต่อเด็กเกิดขึ้น เพราะเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องป้องกันมิให้เกิดภัยขึ้นกับเด็ก

คดี Osborne v. Ohio ได้ตัดสินว่าจำเลยคือ Clyde Osborne อายุ 61 ปี มีความผิดฐานมีสิ่งลามกเด็กไว้ในครอบครอง ต้องถูกลงโทษปรับเป็นเงิน 100 ดอลลาร์ และต้องโทษจำคุกเป็นเวลา 6 เดือน เนื่องจากเจ้าหน้าที่ตำรวจได้ค้นพบรูปภาพที่แสดงอวัยวะเพศต่างๆของเด็กจำนวน 4 ภาพ ภายในบ้านของจำเลย ซึ่งเชื่อว่าเด็กที่แสดงในภาพมีอายุเพียง 13 - 14 ปีเท่านั้น กฎหมายของรัฐโอไฮโอบัญญัติห้ามมิให้บุคคลใดครอบครองสิ่งลามกหรือสิ่งใดๆที่แสดงภาพของอวัยวะเพศเด็ก นอกจากนี้กฎหมายยังไม่อนุญาตให้ผู้ใดครอบครอง หรือดูสิ่งใดๆที่มีเด็กเป็นผู้แสดงภาพเปลือย⁴⁷

จากการศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาดังกล่าวจะเห็นได้ว่ากฎหมายของสหรัฐได้มีการแบ่งแยกประเภทของการกระทำความผิดในฐานะเป็นผู้ผลิต ผู้จำหน่ายเผยแพร่ ผู้ครอบครองวัตถุหรือสิ่งของลามก ออกเป็นความผิดแต่ละฐานที่ชัดเจน ซึ่งจะสามารถทำให้ผู้บังคับใช้กฎหมายสามารถที่จะดำเนินการปราบปรามและนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามความผิดแต่ละฐานที่ได้กระทำอย่างมีประสิทธิภาพ

ผู้เขียนจะได้ทำการศึกษากฎหมายของประเทศไทยว่ามีบทบัญญัติในการควบคุมวัตถุหรือสิ่งของลามกที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพเพียงพอในปราบปรามการผลิตและเผยแพร่

⁴⁷ Roy.L.Moore, Mass communication law and ethics, (New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates, Inc.1994), p.506 - 507.

วัตถุหรือสิ่งของลามกอย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่ และควรที่จะมีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเพื่อกำหนดฐานความผิดและการกำหนดบทโทษที่เหมาะสมต่อผู้ที่กระทำการผลิต ผู้ที่จำหน่ายหรือเผยแพร่ และผู้ที่ครอบครองวัตถุหรือสิ่งของลามก ดังนี้

4.21 การกำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับการผลิตวัตถุหรือสิ่งของลามก

การกำหนดฐานความผิดตามกฎหมายอาญานั้น หากกฎหมายที่บัญญัติกำหนดความผิดและกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้ที่กระทำความผิดไว้อย่างไม่เหมาะสมต่อสภาพแห่งการกระทำ และมีบทลงโทษที่เหมาะสมต่อความรุนแรงแห่งความผิดแล้ว ก็อาจจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายในลักษณะนั้นไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอ เนื่องจากไม่สามารถที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวต่อบทลงโทษของกฎหมายได้ ซึ่งจากการศึกษาเกี่ยวกับพระราชบัญญัติปรามการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุอันลามก พ.ศ.2471 และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 ซึ่งเป็นกฎหมายที่บัญญัติกำหนดความผิดเกี่ยวกับสิ่งลามก พบว่ากฎหมายทั้งสองฉบับมิได้มีการบัญญัติกำหนดแบ่งแยกการกระทำความผิดฐานเป็นผู้ผลิตและฐานเป็นผู้จำหน่ายวัตถุหรือสิ่งของลามกออกจากกัน ดังนี้ คือ

(ก) พระราชบัญญัติปรามการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุอันลามก พ.ศ.2471 มาตรา 3 ได้บัญญัติว่าผู้ใดบังอาจทำ ทำให้มีขึ้น มีไว้ในครอบครอง จำเลย แจก หรือแสดงอวดแก่สาธารณชน พาไป ทำให้แพร่หลาย ให้ยืม หรือพาไป ซึ่งวัตถุอันลามก เพื่อประโยชน์หรือในการค้าขาย จำเลย แจก หรือแสดงอวดแก่สาธารณชน ต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งพระราชบัญญัตินี้มิได้กำหนดแบ่งแยกฐานความผิดในฐานะเป็นผู้ผลิต กับในฐานะเป็นผู้จำหน่ายออกเป็นสองฐานความผิด ดังนั้นไม่ว่าจะกระทำความผิดทั้งสองฐานคือในฐานะเป็นผู้ผลิตและเป็นผู้จำหน่ายด้วยในขณะเดียวกัน ก็จะได้รับโทษเพียงกรรมเดียวเท่านั้น⁴⁸

(ข) ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 ได้บัญญัติเพียงว่า ผู้ใดที่มีความประสงค์แห่งการค้า หรือโดยการค้า เพื่อการแจกหรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน ทำ ผลิต มีไว้ นำ

⁴⁸ มาตรา 3 ผู้ใด เพื่อประโยชน์หรือในการค้าขาย จำเลย แจก หรือแสดงอวดแก่สาธารณชน บังอาจทำ ทำให้มีขึ้น มีไว้ในครอบครอง นำหรือสั่งเข้ามาจากต่างประเทศ ส่งออกไปนอกประเทศ พาไป ทำให้แพร่หลาย ให้ยืม หรือยังผู้อื่นให้นำหรือสั่งเข้ามาจากต่างประเทศ ส่งออกไปนอกประเทศ หรือพาไป ซึ่งหนังสืออันบุคคลแต่งขึ้น ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งตีพิมพ์ขึ้น รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ที่ลามก หรือวัตถุอันลามกอย่างอื่นก็ดี หรือประกอบกิจกรรม หรือมีส่วนในกิจกรรมเกี่ยวกับวัตถุหรือสิ่งอันลามกดังกล่าวจะ ในทางสาธารณะหรือในส่วนเอกชนก็ดี ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 240 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา

เข้า หรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออก หรือยังให้ส่งออกไปนอกราชอาณาจักร พาไป หรือยังให้พาไป หรือทำให้แพร่หลายโดยประการใด ๆ หรือประกอบการค้า หรือมีส่วนหรือเข้า เกี่ยวข้องในการค้าเกี่ยวกับวัตถุหรือสิ่งลามก จำเลย แยก หรือแสดงอวดแก่ประชาชน หรือให้เข้า วัตถุหรือสิ่งของเช่นนั้น หรือเพื่อจะช่วยการทำให้แพร่หลาย หรือการค้าวัตถุหรือสิ่งของลามก ดังกล่าว ต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนด⁴⁹ โดยที่บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา ก็มีได้มีการบัญญัติแบ่งแยกการกระทำความฐานเป็นผู้ผลิต และฐานเป็นผู้จำหน่ายวัตถุหรือสิ่ง ของลามกออกจากกัน เช่นเดียวกับ พระราชบัญญัติปรามการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุอัน ลามก พ.ศ.2471

ดังนั้นหากผู้ใดกระทำความผิดฐานเป็นผู้ผลิตวัตถุหรือสิ่งของลามกตามกฎหมายดัง กล่าวทั้งสองฉบับแล้ว ก็จะไม่มีความผิดฐานเป็นผู้จำหน่ายอีกฐานความผิดหนึ่ง ซึ่งการที่ กฎหมายไม่ได้กำหนดให้มีการแบ่งแยกฐานความผิดระหว่างการเป็นผู้ผลิตกับการเป็นผู้ จำหน่ายออกจากกัน ย่อมทำให้ไม่สามารถที่จะกำหนดโทษที่รุนแรงต่อบุคคลที่กระทำความผิด ทั้งในฐานะเป็นผู้ผลิตและผู้จำหน่ายให้ได้รับโทษที่รุนแรงยิ่งขึ้นได้ ซึ่งในความเป็นจริงแล้วผู้ที่ กระทำความผิดฐานเป็นผู้ผลิตย่อมเป็นผู้ที่ควรจะต้องรับผิดฐานเป็นผู้ที่กระทำความผิดฐานเป็นผู้ จัดจำหน่ายอีกกรรมหนึ่งด้วยเสมอ อีกทั้งเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าผู้ผลิตเป็นบุคคลผู้ที่เริ่ม ต้นก่อให้เกิดผลร้ายคือมีการผลิตวัตถุหรือสิ่งของลามกที่ผิดกฎหมายขึ้นอันเป็นต้นเหตุที่ก่อให้เกิด การจำหน่าย จึงควรที่จะได้รับโทษที่รุนแรงกว่าผู้ที่กระทำความผิดฐานเป็นผู้จำหน่ายวัตถุ หรือสิ่งของลามกเพียงอย่างเดียว

⁴⁹ มาตรา 287 ผู้ใด

(1) เพื่อความประสงค์แห่งการค้า หรือโดยการค้า เพื่อการแจกจ่ายหรือเพื่อการแสดง อวดแก่ประชาชน ทำ ผลิต มีไว้นำเข้า หรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออก หรือยังให้ส่ง ออกไปนอกราชอาณาจักร พาไป หรือยังให้พาไป หรือทำให้แพร่หลายโดยประการใด ๆ ซึ่ง เอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกความ หรือสิ่งอื่นใดอันลามก

(2) ประกอบการค้า หรือมีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้าเกี่ยวกับวัตถุหรือสิ่งลามกดัง กล่าวแล้ว จำเลย แยก หรือแสดงอวดแก่ประชาชน หรือให้เข้าวัตถุหรือสิ่งของเช่นนั้น

(3) เพื่อจะช่วยการทำให้แพร่หลาย หรือการค้าวัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้ว โฆษณาหรือโฆษณาโดยประการใด ๆ ว่ามีบุคคลกระทำการอันเป็นความผิดตามมาตรา นี้ หรือ โฆษณา หรือโฆษณาว่าวัตถุ หรือสิ่งของลามกดังกล่าว แล้วจะหาได้จากบุคคลใด หรือโดยวิธีใด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้เขียนจึงขอเสนอว่าควรมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อแบ่งแยกการกระทำความผิดในฐานะเป็นผู้ผลิตวัตถุหรือสิ่งของลามกเป็นองค์ประกอบความผิดฐานหนึ่ง โดยให้ถือว่าผู้ที่กระทำความผิดฐานเป็นผู้ผลิตวัตถุหรือสิ่งของลามก หากได้มีการจำหน่ายวัตถุหรือสิ่งของลามกไปให้แก่ผู้ใดแล้ว ก็จะถือได้ว่าเป็นผู้ที่ได้กระทำความผิดในฐานะเป็นผู้จัดจำหน่ายวัตถุหรือสิ่งของลามกอีกบทหนึ่งด้วย โดยถือว่าเป็นความผิดสองกรรมซึ่งจะต้องเรียงกระทงลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 91 อันจะทำให้กฎหมายมีประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปรามการผลิตและเผยแพร่วัตถุหรือสิ่งของลามกมากยิ่งขึ้น เนื่องจากสามารถที่จะกำหนดบทลงโทษที่รุนแรงต่อบุคคลที่เป็นทั้งผู้ผลิตและจำหน่ายวัตถุหรือสิ่งของลามกได้อย่างรุนแรงยิ่งขึ้นกว่าเดิม

4.2.2 การกำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับการจำหน่ายหรือเผยแพร่วัตถุหรือสิ่งของลามก

ตามที่ได้อธิบายมาแล้วว่ากฎหมายควบคุมวัตถุหรือสิ่งของลามกทั้งสองฉบับ ได้แก่พระราชบัญญัติปราบการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุอันลามก พ.ศ.2471 และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 นั้น มิได้มีการบัญญัติกำหนดแบ่งแยกการกระทำความผิดฐานเป็นผู้ผลิตและฐานเป็นผู้จำหน่ายวัตถุหรือสิ่งของลามกออกจากกัน ทำให้ไม่สามารถที่จะแยกการลงโทษผู้ที่กระทำความผิดฐานเป็นผู้ผลิตกรรมหนึ่ง กับฐานเป็นผู้จำหน่ายอีกกรรมหนึ่งได้ จึงทำให้ประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดฐานนี้ยังไม่รุนแรงเพียงพอในการที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวต่อการลงโทษตามกฎหมาย

ดังนั้น หากมีการแบ่งแยกฐานความผิดในฐานะเป็นผู้ผลิตฐานหนึ่ง และในฐานะเป็นผู้จำหน่ายอีกฐานหนึ่งจะทำให้กฎหมายมีบทบัญญัติที่สามารถกำหนดบทลงโทษที่เหมาะสมต่อผู้กระทำความผิดได้อย่างชัดเจน ซึ่งกฎหมายควบคุมการผลิตและเผยแพร่วัตถุหรือสิ่งของลามก ควรจะมีบทสันนิษฐานโดยเด็ดขาด โดยให้ถือว่าผู้ใดที่ผลิต ทำ หรือครอบครอง วัตถุหรือสิ่งของลามก ตามประเภท และจำนวน ที่กฎหมายกำหนดไว้ ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นการผลิต ทำ หรือครอบครองเพื่อจำหน่าย ทั้งนี้เพื่อเป็นการกำหนดข้อสันนิษฐานให้บุคคลที่มีวัตถุหรือสิ่งของลามกไว้ในครอบครองที่มีปริมาณมากต้องถูกลงโทษในสถานที่หนัก เพื่อเป็นมาตรการทางกฎหมายในการป้องกันไม่ให้บุคคลที่มีวัตถุหรือสิ่งของลามกอยู่ในครอบครองจำนวนมากในฐานะผู้ผลิตยกเป็นข้อต่อสู้ปฏิเสธว่าตนเองไม่ได้มีวัตถุหรือสิ่งของลามกไว้ในครอบครองฐานเป็นผู้จำหน่าย ซึ่งควรจะต้องได้รับโทษเป็นสองกรรมทั้งในฐานะเป็นผู้ผลิตและผู้จำหน่ายด้วย อีกทั้งเป็นการป้องกันไม่ให้บุคคลผู้ที่ครอบครองวัตถุหรือสิ่งของลามกบางประเภทไว้เป็นจำนวนตามที่กฎหมายกำหนด ไม่อาจยกเป็นข้อต่อสู้ได้ว่าเป็นการครอบครองไว้โดยไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อทางการค้าอันเป็นการจำหน่ายวัตถุหรือสิ่งของลามกจึงไม่ควรถูกลงโทษตามกฎหมายเช่นกัน เนื่องจากไม่สามารถที่จะปฏิเสธข้อสันนิษฐานทางกฎหมายดังกล่าวได้

ดังนั้นข้อสันนิษฐานให้ผู้ครอบครองวัตถุหรือสิ่งของลามกประเภทใด ที่มีปริมาณเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ให้ถือว่าเป็นการครอบครองเพื่อจำหน่ายวัตถุหรือสิ่งของลามก ก็จะทำให้การบังคับใช้กฎหมายเพื่อปราบปรามการแพร่หลายของวัตถุหรือสิ่งของลามกมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น อีกทั้งยังสามารถที่จะใช้เป็นบทกำหนดโทษฐานที่หนักขึ้นแก่ ผู้ที่กระทำการผลิตหรือจำหน่ายวัตถุหรือสิ่งของลามกประเภทที่กฎหมายกำหนดห้ามอย่างเด็ดขาดไม่ให้ผู้ใดมีไว้ในครอบครอง โดยให้ถือว่าผู้ใดมีไว้ในครอบครองให้ถือว่าเป็นความผิด ได้แก่การห้ามการครอบครองวัตถุหรือสิ่งของลามกที่มีเด็กเกี่ยวข้องด้วย เป็นต้น

4.2.3 การกำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับการครอบครองวัตถุหรือสิ่งของลามก

กฎหมายของประเทศไทยที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมการผลิตและเผยแพร่วัตถุหรือสิ่งของลามก ได้แก่ พระราชบัญญัติปราบปรามการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุอันลามก พ.ศ. 2471 มาตรา 3 บัญญัติว่าผู้ใด เพื่อประโยชน์หรือในการค้าขาย จ่ายแจก หรือแสดงอวดแก่สาธารณชน บังอาจทำ ทำให้มีขึ้น มีไว้ในครอบครอง..... วัตถุอันลามก..... ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 240 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา ซึ่งกฎหมายดังกล่าวนี้ได้บัญญัติกำหนดไว้ว่าการครอบครองวัตถุอันลามกตามพระราชบัญญัติ หากเป็นการครอบครองเพื่อวัตถุประสงค์ในทางการค้าแล้วก็ถือว่าเป็นความผิด แต่ถ้าเป็นการครอบครองโดยไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าแล้วก็ไม่ถือว่าเป็นความผิด เนื่องจากไม่ครบองค์ประกอบความผิดตามกฎหมาย

ส่วนประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 ซึ่งบัญญัติว่าผู้ใดเพื่อความประสงค์แห่งการค้า หรือโดยการค้า เพื่อการจ่ายแจกหรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน ทำ ผลิต มีไว้ ให้เช่าวัตถุหรือสิ่งของอันลามกต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ จะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายอาญาก็ได้บัญญัติไว้เช่นเดียวกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติปราบปรามการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุอันลามก พ.ศ. 2471 ซึ่งถือว่าการครอบครองวัตถุหรือสิ่งของลามกนั้น หากไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าแล้ว ก็ไม่ถือว่าเป็นการผิดกฎหมายเช่นกัน

นอกจากนี้ศาลฎีกาของไทยก็ยังได้วินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐานอีกว่าการที่บุคคลหนึ่งบุคคลใดมีสิ่งลามกไว้ในครอบครองจะถือว่าเป็นความผิดฐานทำให้แพร่หลายซึ่งวัตถุหรือสิ่งของลามกหรือไม่ บุคคลนั้นจะต้องมีเจตนาในการที่จะแสดงอวดแก่ประชาชนทั่วไป⁵⁰ หรือมีวัตถุประสงค์ในทางการค้าด้วยจึงจะถือว่าได้กระทำความผิดประกอบความผิด

⁵⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3073 / 2530

ดังนั้นหากเป็นการที่บุคคลใดครอบครองวัตถุหรือสิ่งของลามกไว้เป็นการส่วนตัวย่อมไม่มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 แต่อย่างใด และในกรณีที่บุคคลใดจะมีความผิดฐานทำให้แพร่หลายซึ่งวัตถุหรือสิ่งของลามก จะต้องมีความเจตนาในการทำให้แพร่หลายด้วย หากเป็นการทำให้แพร่หลายไปโดยบังเอิญหรือไม่เจตนาแล้วย่อมไม่มีความผิดตามกฎหมายเช่นกัน⁵¹

จากการที่บทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการผลิตและเผยแพร่วัตถุหรือสิ่งของลามกของไทย มิได้กำหนดให้การครอบครองวัตถุหรือสิ่งของลามกโดยไม่มีวัตถุประสงค์ในทางการค้าเป็นสิ่งผิดกฎหมาย จึงทำให้กฎหมายของไทยยังไม่สามารถที่จะลงโทษแก่บุคคลที่ครอบครองวัตถุหรือสิ่งของลามกที่เกี่ยวข้องกับเด็กได้ เช่นเดียวกับที่กฎหมายบทบัญญัติ 18 U.S.C. มาตรา 2252 ของรัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา ที่มีบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองบุคคลที่เป็นเด็ก โดยบัญญัติกำหนดความผิดแก่บุคคลใดที่นำเด็กมาเกี่ยวข้องกับการผลิตวัตถุหรือสิ่งของลามก หรือครอบครองสิ่งลามกที่มีเด็กเกี่ยวข้องอยู่ด้วย⁵²

ดังนั้นผู้เขียนจึงขอเสนอว่าควรมีการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมวัตถุหรือสิ่งของลามกของไทย โดยการบัญญัติให้ผู้ใดที่ครอบครองวัตถุหรือสิ่งของลามกประเภทที่มีเด็กเกี่ยวข้องอยู่ด้วยจะต้องได้รับโทษทางกฎหมาย เช่นเดียวกับบุคคลผู้ที่กระทำความผิดในฐานะเป็นผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายวัตถุหรือสิ่งของลามก ทั้งนี้เพื่อเป็นมาตรการในการป้องกันเด็กไม่ให้ต้องตกเป็นเหยื่อในการถูกชักจูงเข้ามาเกี่ยวข้องกับขบวนการผลิตวัตถุหรือสิ่งของลามก เพราะการผลิตหรือขายวัตถุหรือสิ่งของลามกที่เกี่ยวข้องกับเด็ก ก็เกิดขึ้นเพื่อตอบสนองความต้องการของกลุ่มคนที่ชอบกระทำทารุณกรรมทางเพศต่อเด็ก ดังนั้นหากได้มีการกำหนดความผิดและโทษแก่ผู้ที่ครอบครองวัตถุหรือสิ่งของลามกเกี่ยวกับเด็กแล้ว ก็จะทำให้บุคคลทั่วไปเกิดความเกรงกลัว ไม่กล้าที่จะซื้อหาหรือครอบครองวัตถุหรือสิ่งของลามกที่เกี่ยวข้องกับเด็ก ซึ่งจะส่งผลให้ผู้ผลิตวัตถุหรือสิ่งของลามกเลิกนำเด็กมาเกี่ยวข้องกับการผลิตสิ่งลามกไปเอง เนื่องจากไม่มีลูกค้าผู้ใดกล้าที่จะซื้อวัตถุหรือสิ่งของลามกที่มีเด็กเกี่ยวข้องอยู่ด้วยมาไว้ในครอบครองอีกต่อไป

4.2.4 มาตรการทางกฎหมายในการกำหนดเขตพื้นที่ (Zoning Law)

การบัญญัติกฎหมายกำหนดเขตพื้นที่ หรือที่เรียกกันว่า Zoning Law นี้ เป็นมาตรการทางกฎหมายมาตรการหนึ่งที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้นำขึ้นมาใช้เพื่อควบคุมการผลิตและเผยแพร่สิ่งลามกบางประเภท ไม่ให้มีการแพร่หลายไปสู่สังคมทั่วไปและไปสู่เด็กและเยาวชนด้วย เนื่องจากสังคมของประเทศสหรัฐเป็นสังคมเสรีประชาธิปไตยที่ประชาชนมีสิทธิในการแสดงออก

⁵¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2641 / 2531

⁵² 18 U.S.C. 2252 (a)(4)

และการรับรู้ข้อมูลข่าวสารได้อย่างเสรี ดังนั้นการปิดกั้นสิทธิเสรีภาพบางประการขอประชาชนจึงไม่อาจทำได้ เช่นการพูด การเขียน และการแสดงออกต่างๆ ซึ่งรวมถึงการผลิตและจำหน่ายภาพยนตร์บางประเภทที่ไม่เหมาะสมต่อบุคคลที่เป็นเด็กและเยาวชน แต่ก็ไม่ได้ถือว่าเป็นสิ่งต้องห้ามสำหรับบุคคลที่เป็นผู้ใหญ่แต่อย่างใด

ดังนั้นสังคมของประเทศสหรัฐอเมริกา จึงมีการผ่อนคลายเป็นการกำหนดเขตพื้นที่อนุญาตให้มีการนำวัตถุหรือสิ่งของลามกมาเผยแพร่ได้เฉพาะในเขตพื้นที่ที่ชุมชนได้กำหนดไว้ให้โดยเฉพาะ โดยไม่ถือว่าเป็นการเผยแพร่วัตถุหรือสิ่งของลามกที่ผิดกฎหมาย หากมีการเผยแพร่ในเขตพื้นที่นั้นๆ แต่ทั้งนี้จะต้องไม่เป็นวัตถุหรือสิ่งของลามกที่เกี่ยวกับเด็กซึ่งเป็นสิ่งที่กฎหมายห้ามไว้อย่างเด็ดขาด บางเมืองในสหรัฐจึงได้มีการกำหนดเขตพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการประกอบธุรกิจการจำหน่ายวัตถุหรือสิ่งของลามกสำหรับบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้ว แต่ห้ามจำหน่ายให้แก่เด็กหรือเยาวชนอย่างเด็ดขาด ซึ่งศาลในคดี Village of Enchild V.Ambler Realty co. ได้วินิจฉัยว่า กฎหมายกำหนดเขตพื้นที่อนุญาตและห้ามมิให้จำหน่ายวัตถุหรือสิ่งของลามก เป็นกฎหมายที่มีความชอบธรรม เนื่องจากมีวัตถุประสงค์เพื่อให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานตำรวจที่จะสามารถทำการควบคุมปราบปรามวัตถุหรือสิ่งของลามก เพื่อประโยชน์ของสาธารณชน⁵³ จากคำวินิจฉัยในคดีดังกล่าวนี้แสดงให้เห็นว่า การบัญญัติกฎหมายกำหนดเขตพื้นที่อนุญาตหรือห้ามจำหน่ายวัตถุหรือสิ่งของลามกนั้น ก็เป็นสิ่งจำเป็นเนื่องจากในสังคมของประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้น รัฐไม่สามารถที่จะออกกฎหมายซึ่งเป็นการริดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ได้บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญได้โดยผลการ

ดังนั้นแม้ว่าวัตถุหรือสิ่งของลามกจะเป็นสิ่งต้องห้ามตามกฎหมาย แต่วัตถุบางสิ่งรัฐก็ต้องผ่อนปรนให้มีการเผยแพร่ได้ในบางพื้นที่ที่เห็นว่าจะไม่กระทบต่อสังคมส่วนรวมและต่อบุคคลที่เป็นเด็กและเยาวชน อาทิ การออกกฎหมายกำหนดห้ามมิให้มีร้านจำหน่ายวัตถุหรือสิ่งของลามก ในระยะ 500 ฟุต ห่างจาก โบสถ์ โรงเรียน หรือในระยะ 250 ฟุต ห่างจากพื้นที่เขตเมืองหรือชุมชน เป็นต้น⁵⁴

ในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายกำหนดเขตพื้นที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายวัตถุหรือสิ่งของลามกในเขตพื้นที่ที่กำหนดไว้โดยตรง เนื่องจากในปัจจุบันหากวัตถุหรือสิ่งของใดเป็นวัตถุหรือสิ่งของลามกตามกฎหมายแล้วจะถือว่าเป็นความผิดสำเร็จทันที โดยไม่มีการผ่อนปรนให้แต่อย่างใด แต่จากการศึกษาพบว่ากฎหมายของประเทศไทยที่มีบทบัญญัติในการกำหนดเขตพื้นที่(Zoning)ในการห้ามหรือการอนุญาตให้ประกอบกิจการอันเกี่ยวข้องกับศีล

⁵³ Frankin mark osanka and sara lee johann , source book on pornography ,(DC :lexington book,1992), p. 387.

⁵⁴ Ibid, p.388.

ธรรมอันดีของประชาชน ได้แก่ พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ.2509 ซึ่งมีเจตนารมณ์ในการควบคุมไม่ให้มีการเปิดสถานบริการได้อย่างเสรีในทุกพื้นที่ เนื่องจากอาจก่อความเดือดร้อนรำคาญแก่ประชาชน หรืออาจทำให้เด็กและเยาวชนหลงใหลในสิ่งที่ไม่สมควรกับวัยได้หากปล่อยให้มีการตั้งสถานบริการใกล้กับสถานที่ที่เด็กสามารถเข้าไปได้โดยง่าย โดยในพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ.2509 มาตรา 7 ได้กำหนดให้อาคาร "สถานบริการ"⁵⁵ หรือสถานที่ที่ขออนุญาตตั้งเป็นสถานบริการตามมาตรา 4 ต้อง (1) ไม่อยู่ใกล้ชิดวัด สถานที่สำหรับปฏิบัติพิธีกรรมทางศาสนา โรงเรียนหรือสถานศึกษา โรงพยาบาล สถานพยาบาลที่รับผู้ป่วยไว้ค้างคืน สโมสรเยาวชนหรือหอพักตามกฎหมายว่าด้วยหอพัก ในขนาดที่เห็นได้ว่าจะก่อความเดือดร้อนรำคาญแก่สถานที่ดังกล่าวมา (2) ไม่อยู่ในย่านที่ประชาชนอยู่อาศัย อันจะก่อความเดือดร้อนรำคาญแก่ประชาชนผู้อยู่อาศัยใกล้เคียง นอกจากนี้กฎหมายว่าด้วยสถานบริการยังได้กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติมีอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตอันมีปริมาตรจำกัดในท้องที่ใดเพื่อการอนุญาตหรืองดอนุญาตให้ตั้งสถานบริการตามมาตรา 4 ทั้งนี้เพื่อเห็นการรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน และตามมาตรา 6 ยังได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ขออนุญาตตั้งสถานบริการตามมาตรา 4 ต้องไม่เป็นผู้เคยรับโทษในความผิดเกี่ยวกับเพศ ตามประมวลกฎหมายอาญา ในความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการค้าหญิงและเด็กหญิง ตามกฎหมายว่าด้วยการปรามการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุอันลามก หรือตามกฎหมายว่าด้วยการปรามการค้าประเวณี ทั้งนี้เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้ที่มีประวัติเกี่ยวกับการชักจูงหรือล่อลวงหญิงหรือเด็กหญิงมาแสวงหากำไรทางเพศ หรือชักนำเข้าไปเกี่ยวข้องกับวัตถุหรือสิ่งของลามก มาประกอบอาชีพจัดตั้งสถานบริการ

⁵⁵ มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้ "สถานบริการ" หมายความว่า สถานที่ที่ตั้งขึ้นเพื่อให้บริการ โดยหวังประโยชน์ทางการค้า ดังต่อไปนี้

(1) สถานที่เดินรา ร้าง หรือรองเง็ง ประเภทที่มีประเภทที่ไม่มีหญิงพาดเนอร์บริการ

(2) สถานที่ที่มีอาหาร สุรา น้ำชา หรือเครื่องดื่มอย่างอื่นจำหน่ายและบริการโดยมีหญิงบำเรอสำหรับปรนนิบัติลูกค้า หรือโดยมีที่สำหรับพักผ่อนหลับนอน หรือมีบริการนวดให้แก่ลูกค้า

(3) สถานอาบน้ำ นวด หรืออบตัว ซึ่งมีผู้บริการให้ลูกค้า

(4) สถานที่มีอาหาร สุรา น้ำชา หรือเครื่องดื่มอย่างอื่นจำหน่าย โดยจัดให้มีการแสดงดนตรี หรือการแสดงอื่นใดเพื่อการบันเทิง

กฎหมายอีกฉบับหนึ่งที่นำเอาแนวคิดในการกำหนดเขตพื้นที่ห้ามกระทำการใดๆขึ้น เพื่อเป็นการคุ้มครองประชาชนทั่วไปไม่ได้รับผลกระทบจากการใช้สิทธิของบุคคลอื่น ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองสุขภาพของผู้ไม่สูบบุหรี่ พ.ศ. 2535 ซึ่งมาตรา 6 ได้กำหนดห้ามมิให้ผู้ สูบบุหรี่ในเขตปลอดบุหรี่ โดยในมาตรา 5 ได้กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข ซึ่งเป็นผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติมีอำนาจออกประกาศกำหนดให้บุคคลที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการควบคุมสถานที่ที่กำหนดได้แก่ "ผู้ดำเนินการ"⁵⁶ มีหน้าที่ (1) จัดให้มีส่วนหนึ่งส่วนใดหรือทั้งหมดของสถานที่สาธารณะเป็นเขตปลอดบุหรี่และเขตปลอดบุหรี่

จากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวทั้ง 2 ฉบับ แสดงให้เห็นได้ว่าการบัญญัติกฎหมาย เพื่อกำหนดเขตพื้นที่ (Zoning Law) ในการอนุญาตหรือห้ามกระทำการใดๆหรืออนุญาตหรือห้าม ประกอบกิจการใดๆ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของ สังคมหรือเพื่อปกป้องสวัสดิภาพของบุคคลทั่วไปย่อมสามารถกระทำได้

ดังนั้นในอนาคตหากสังคมไทยมีการเปิดเสรีเกี่ยวกับการแสดงออกทางเพศมากขึ้นเช่น เดียวกับสังคมในประเทศตะวันตก ก็ควรมีการกำหนดมาตรการเพื่อป้องกันการเผยแพร่วัตถุ หรือสิ่งของลามกอย่างเสรี โดยการนำกฎหมายควบคุมสถานบริการหรือกฎหมายคุ้มครองสุขภาพของผู้ไม่สูบบุหรี่ มาเป็นรูปแบบของกฎหมายในการกำหนดเขตพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการ จำหน่ายวัตถุหรือสิ่งของทางเพศได้โดยไม่ผิดกฎหมาย ขณะเดียวกันก็เพื่อเป็นการสร้างมาตรการ เพื่อป้องกันสังคมและบุคคลทั่วไปโดยเฉพาะบุคคลที่เป็นเด็กหรือเยาวชน ไม่ให้ได้รับผลกระทบจากวัตถุหรือสิ่งของลามก อาทิเช่น การบัญญัติกฎหมายกำหนดเขตพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการ ฉายภาพยนตร์ หรือจำหน่ายวัตถุหรือสิ่งของทางเพศสำหรับบุคคลที่เป็นผู้ใหญ่ แต่ห้ามมิให้ตั้ง อยู่ใกล้กับสถานที่เช่นที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติสถานบริการ ๙ มาตรา 7 และควบคุมมิให้ เด็กและเยาวชนสามารถเข้าไปในเขตพื้นที่ที่กำหนดได้อย่างเข้มงวด

ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁵⁶ มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

"ผู้ดำเนินการ" หมายความว่าถึง เจ้าของ ผู้จัดการ ผู้ควบคุม หรือผู้ที่รับผิดชอบดำเนินงานของสถานที่สาธารณะ

4.3 การลงโทษริบทรัพย์สินเกี่ยวกับสิ่งลามก

กฎหมายควบคุมสิ่งลามกของประเทศไทยได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 พระราชบัญญัติปราบการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุอันลามก พ.ศ.2471 นั้นได้กำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้กระทำการผลิตและจำหน่ายสิ่งลามกที่มีวัตถุประสงคในทางการค้า โดยนอกจากจะต้องระวางโทษ จำคุกและปรับ ตามที่กำหนดไว้ในบทกำหนดโทษแล้ว พนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการยังมีอำนาจในการร้องขอต่อศาล ให้ริบทรัพย์สินของจำเลยได้แก่ทรัพย์สินที่เป็นสิ่งลามก รวมถึงทรัพย์สินอื่นของจำเลยที่ได้มาเกี่ยวเนื่องกับการกระทำความผิดด้วย การริบทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยนั้นตามมาตรา 18 ถือเป็นโทษทางอาญาประเภทหนึ่ง ซึ่งการกำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้กระทำความผิดฐานต่าง ๆ นั้น หากได้มีการกำหนดบทลงโทษที่มีประสิทธิภาพและเหมาะสมต่อการกระทำความผิดของจำเลยแล้ว ก็จะส่งผลให้การควบคุมและปราบปรามการกระทำความผิดอาญาฐานนั้นมีศักยภาพมากยิ่งขึ้นเช่นกัน

ในส่วนนี้ผู้เขียนได้ศึกษาเกี่ยวกับมาตรการลงโทษริบทรัพย์สินในระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ รวมทั้งของประเทศไทย เพื่อนำมาเป็นแนวทางในการพิจารณาเกี่ยวกับการลงโทษริบทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับสิ่งลามกให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ดังนี้

4.3.1 ความเป็นมาของการริบทรัพย์สิน

การริบทรัพย์สินเป็นโทษทางอาญาซึ่งมุ่งกระทำต่อตัวบุคคลและเป็นกระบวนการในทางแพ่งซึ่งมุ่งกระทำต่อทรัพย์สินตามกฎหมายเฉพาะ

“การริบทรัพย์สิน” หมายถึงการที่รัฐไปพรากเอาทรัพย์สินมาจากบุคคลใด โดยไม่มีค่าตอบแทนให้ เนื่องจากการที่บุคคลนั้นได้กระทำความผิดขึ้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง หมายถึงการบังคับเอาไปซึ่งทรัพย์สินเฉพาะอย่าง อันมีความเกี่ยวพันอยู่กับการกระทำความผิด⁵⁷

การริบทรัพย์สินเป็นโทษที่มีมาตั้งแต่สมัยโบราณ ซึ่งในครั้งนั้นมีลักษณะเป็นโทษแท้คือริบทรัพย์สินทั้งหมดของผู้กระทำความผิดเอามาเป็นของรัฐทั้งสิ้น เรียกว่าริบราชบาตร โทษลักษณะนี้ถือว่าร้ายแรงและมีผลร้ายแก่ครอบครัวของผู้กระทำความผิดมากเกินไป กฎหมายจึงยกเลิกและเปลี่ยนแนวความคิดในการริบทรัพย์สินมาเป็นการริบทรัพย์สินเฉพาะสิ่งที่เกี่ยวข้องกับความผิด⁵⁸ ในเรื่องนี้มีนักกฎหมายบางท่านแสดงทัศนะว่า การริบทรัพย์สินไม่ใช่โทษที่กระทำต่อตัว

⁵⁷ ฉัตรแก้ว นิธิอุทัย, “ความร่วมมือระหว่างประเทศในการริบทรัพย์สิน”, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), หน้า 42.

⁵⁸ ณรงค์ ใจหาญ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคหนึ่ง ว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย, (กรุงเทพฯ: มิตรนราการพิมพ์, 2534), หน้า 54.

บุคคล แต่เป็นโทษที่กระทำต่อตัวทรัพย์สิน และเป็นการที่รัฐใช้อำนาจของตนที่จะริบทรัพย์สินหรือเครื่องมือเครื่องใช้ในการกระทำความผิด⁵⁹

การริบทรัพย์สินเป็นมาตรการลงโทษอย่างหนึ่ง เพราะเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด การนำมาตรการลงโทษริบทรัพย์สินมาใช้นั้นจะช่วยยับยั้งและปราบปรามการกระทำความผิดซึ่งผู้กระทำมีมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิดเพื่อเงินหรือทรัพย์สินได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพราะการริบทรัพย์สินเป็นการตัดโอกาสไม่ให้ผู้กระทำความผิดได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด และเป็นการป้องกันสังคมมิให้ผู้กระทำความผิดนำทรัพย์สินดังกล่าวไปใช้ในการกระทำความผิดอีก ตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกัน(Prevention Theory) ตามแนวความคิดที่ว่า "การลงโทษควรมีวัตถุประสงค์เพื่อการป้องกันสังคมเป็นหลักสำคัญ โดยป้องกันตัวผู้กระทำความผิดเอง (Special Prevention) ให้เข็ดหลาบไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำอีก และป้องกันบุคคลทั่วไป(General Prevention) ให้เห็นว่าเมื่อกระทำความผิดแล้วจะต้องรับโทษเพื่อจะได้มีความเกรงกลัวไม่กล้าที่จะกระทำความผิดขึ้นอีก"⁶⁰

ลักษณะการริบทรัพย์สินในปัจจุบันมีผลทั้งการลงโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย กล่าวคือ การริบทรัพย์สินเป็นโทษเพราะทำให้ผู้กระทำความผิดสูญเสียทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดหรือมีไว้เป็นความผิด ในขณะที่เกี่ยวกับการริบทรัพย์สินมีลักษณะของวิธีการเพื่อความปลอดภัยด้วย เนื่องจากการริบทรัพย์สินเพื่อป้องกันสังคมมิให้ผู้กระทำความผิดนำทรัพย์สินที่ได้มาไปใช้ในการกระทำความผิดอีก หรือริบทรัพย์สินที่มีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิด⁶¹

4.3.2 มาตรการริบทรัพย์สินตามกฎหมาย

มาตรการริบทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดที่ใช้กันอยู่ในปัจจุบัน สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ มาตรการริบทรัพย์สินทางแพ่ง มาตรการริบทรัพย์สินทางอาญา ดังนี้

⁵⁹ พิพัฒน์ จักรางกูร, "การริบทรัพย์สิน", (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2520), หน้า 9 - 11

⁶⁰ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1, (กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานคร, 2536), หน้า 11.

⁶¹ ณรงค์ ใจหาญ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคหนึ่ง ว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความ

(1) มาตรการริบทรัพย์สินทางแพ่ง

การริบทรัพย์สินทางแพ่งมีแนวความคิดปรากฏมาตั้งแต่โบราณ โดยคัมภีร์ไบเบิลบัญญัติว่า "ถ้าวัวทำร้ายผู้ใดถึงตาย วัวนั้นจะถูกขว้างปาด้วยหิน.....และเจ้าของวัวจะเรียกร้องจากผู้ใดไม่ได้" จากบทบัญญัตินี้ การกระทำของวัวไม่เกี่ยวข้องกับเจ้าของแต่เจ้าของต้องรับผิดชอบหลักนี้มีขึ้นในสมัยกลาง ที่เรียกว่า the rule of deodand ซึ่งกำหนดให้ริบทรัพย์สินที่เป็นสาเหตุแห่งความตายของบุคคลอื่น หลักนี้เป็นพื้นฐานของหลักกฎหมายที่ว่า เครื่องมือเครื่องใช้ที่ทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ถือเป็นทรัพย์สินที่ใช้ในการกระทำความผิดและอาจใช้ทำอันตรายผู้อื่นได้ต่อไป⁶²

การริบทรัพย์สินทางแพ่งมีรากฐานมาจากแนวความคิดของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ว่าตัวทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดนั้นเองเป็นทรัพย์สินเป็นทรัพย์สินที่ผิดและต้องริบให้แก่พระเจ้า⁶³

การริบทรัพย์สินทางแพ่ง (Civil Forfeiture) เป็นกระบวนการริบทรัพย์สินที่กระทำต่อตัวทรัพย์สิน (in rem proceeding) ที่มีขอบด้วยกฎหมาย มิใช่ต่อเจ้าของ โดยกฎหมายถือว่าทรัพย์สินนั้นมีความผิด ตั้งแต่มีการกระทำความผิด สำหรับกระบวนการพิจารณาความเกี่ยวกับการริบทรัพย์สินทางแพ่งนั้น ขั้นตอนการฟ้องคดีจะต้องฟ้องยังศาลที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่ ซึ่งจะฟ้องเอาตัวทรัพย์สินนั้นเป็นจำเลยในคดีโดยตรง การที่จะได้ตัวผู้กระทำความผิดมาดำเนินคดีหรือไม่เป็นอุปสรรคที่จะทำการริบทรัพย์สินได้ตามกฎหมาย⁶⁴ การรับฟังพยานหลักฐานในคดีถือหลักการซึ่งนำหนักพยานแบบคดีแพ่ง กล่าวคือถ้าคู่ความฝ่ายใดมีน้ำหนักพยานมากกว่า ศาลก็จะพิจารณาตัดสินให้ฝ่ายนั้นเป็นผู้ชนะคดี โดยไม่ต้องพิสูจน์พยานหลักฐานจนปราศจากข้อสงสัย (proof beyond reasonable doubt) เหมือนในคดีอาญา และโดยที่ถือกันว่าตัวทรัพย์สินนั้นเองเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย ทรัพย์สินนั้นจึงมีมลทินมาตั้งแต่มีการกระทำความผิด การริบทรัพย์สินจึงมีผลให้ทรัพย์สินนั้นตกเป็นของรัฐมาตั้งแต่กระทำความผิด การโอนต่อๆมาจึงไม่มีผลผู้รับโอนจะอ้างว่าตนได้รับมาโดยสุจริตไม่ได้⁶⁵

ศูนย์วิจัยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁶² ปิยะพันธ์ สารากรบริรักษ์, "การกำหนดความผิดอาญาฐานเกี่ยวกับการฟอกเงิน", (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), หน้า 34.

⁶³ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, "โทษริบทรัพย์สิน", วารสารกฎหมาย, 12 (กรกฎาคม 2531): 84 - 103.

⁶⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 84 - 103.

⁶⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 84 - 103.

(2) มาตรการริบทรัพย์สินทางอาญา

การริบทรัพย์สินทางอาญา (Criminal Forfeiture) เป็นกระบวนการริบทรัพย์สินซึ่งกระทำต่อตัวบุคคล(in personam proceeding)โดยเป็นส่วนหนึ่งของการฟ้องคดีอาญา เช่น ในคดีอาญาทั่วไป เมื่อยื่นคำฟ้อง หากมีทรัพย์สินใดที่ควรริบ พนักงานอัยการก็ต้องระบุไว้ในคำฟ้องด้วยเพื่อขอให้ศาลสั่งริบ เนื่องจากการริบทรัพย์สินทางอาญาเป็นการดำเนินคดีต่อตัวบุคคล ดังนั้นจึงจำเป็นต้องยึดถือตามคำพิพากษาว่าจำเลยได้กระทำความผิดตามฟ้องหรือไม่เป็นหลัก หากศาลวินิจฉัยว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดจึงจะลงโทษริบทรัพย์สินได้ และการลงความเห็นว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น จะต้องมีการพิสูจน์จนปราศจากข้อสงสัยแล้วจึงจะสามารถที่จะโทษจำเลยได้⁶⁶

4.3.3 การริบทรัพย์สินของประเทศสหรัฐอเมริกา

มาตรการริบทรัพย์สินของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ก่อนปี คศ.1970 ไม่มีการกำหนดให้มีโทษริบทรัพย์สินทางอาญา เนื่องจากในปี คศ.1787 รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาต่อต้านการริบทรัพย์สินตามแนวความคิดของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เนื่องจากรัฐธรรมนูญของสหรัฐประกาศว่า "รัฐสภามีอำนาจที่จะกำหนดโทษผู้กระทำความผิดต่อความมั่นคงของรัฐ แต่ไม่อาจจะริบทรัพย์สินของผู้นั้นได้"⁶⁷ จนกระทั่งปี คศ.1970 การริบทรัพย์สินทางอาญาจึงได้ถูกรื้อฟื้นขึ้นมาใช้บังคับใหม่

การดำเนินการลงโทษริบทรัพย์สินทางอาญาของสหรัฐปรากฏในกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันการทำมิฉฉีพ(Racketeer Influenced and Corrupt Organization Statue หรือ RICO) และกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบอาชญากรรมอย่างต่อเนื่อง(Continuing Criminal Enterprise Statue หรือ CCE) ซึ่งกฎหมายทั้งสองฉบับนี้เกิดขึ้นเนื่องจากมีการประกอบอาชญากรรมในรูปแบบใหม่ที่ไม่ได้มีสาเหตุมาจากความยากจนหรือความทุกข์ทรมาณหรือความผิดปกติทางจิต หากแต่มีสาเหตุมาจากความต้องการเงินหรือทรัพย์สิน

ดังนั้นการป้องกันการก่ออาชญากรรมโดยการจำกัดเสรีภาพในการเคลื่อนไหวของบุคคลแต่ไม่จำกัดอำนาจและทุนทรัพย์ขององค์กรอาชญากรรมย่อมเป็นการไร้ผล การริบทรัพย์สินทางอาญาตามกฎหมายทั้ง 2 ฉบับ มีจุดมุ่งหมายเพื่อใช้กับคดีที่กระทำโดยองค์กรอาชญากรรม

⁶⁶ ปียะพันธ์ สารากรบริรักษ์, "การกำหนดความผิดอาญาฐานเกี่ยวกับการฟอกเงิน", หน้า 32 - 33.

⁶⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 32 -33.

ต่อมาในปี ค.ศ.1984 ได้มีการแก้ไขกฎหมาย RICO และ CCE ขึ้นใหม่ โดยกำหนดให้ใช้การริบทรัพย์สินทางอาญาแก่การกระทำความผิดร้ายแรง (Felony) หลายประเภท เช่น การกระทำหรือการข่มขู่ที่ร้ายแรงเกี่ยวกับการฉ้อ การลักพาตัว การพนัน การวางเพลิง การลักทรัพย์ การให้สินบน การค้ายาเสพติด การฉ้อโกงในการขายหลักทรัพย์ ความผิดเกี่ยวกับเงินตรา และความผิดเกี่ยวกับการลามกอนาจาร เป็นต้น โดยไม่จำกัดเฉพาะการกระทำความผิดที่เกิดจากองค์กรอาชญากรรมเท่านั้น⁶⁸ ซึ่งในปัจจุบันศาลสามารถมีคำสั่งริบทรัพย์สินของจำเลยหรือบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับความผิดฐานผลิตและจำหน่ายสิ่งลามกได้ ตามกฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติม

4.3.4 การริบทรัพย์สินของประเทศไทย

(1) การริบทรัพย์สินตามกฎหมายอาญา

ตามกฎหมายอาญาเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นรัฐมีอำนาจใช้บังคับกฎหมายได้โดยตรง ผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย เว้นแต่เป็นกรณีความผิดส่วนตัว ในกรณีของการลงโทษทางกฎหมายอาญามีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้รับโทษกลับตัวเป็นคนดี หรือเพื่อเป็นการข่มขู่ผู้รับโทษและบุคคลอื่นให้หวาดกลัวจะได้ไม่กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายอย่างเดียวกันนั้นอีก หรือเพื่อให้สังคมมีความปลอดภัย หรือเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนให้แก่ชุมชนหรือผู้เสียหาย

จุดประสงค์ของการลงโทษทางอาญาแก่ผู้กระทำความผิดนั้นมีได้มุ่งที่จะลงโทษแต่เฉพาะทางชีวิต หรือร่างกายของผู้กระทำความผิดเท่านั้น หากยังรวมถึงการลงโทษต่อทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดด้วย เช่น การลงโทษปรับ และการลงโทษริบทรัพย์สิน ซึ่งการริบทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญาเป็นการบังคับให้ส่งมอบทรัพย์สินสิ่งหนึ่งสิ่งใดให้ตกเป็นของแผ่นดิน และทรัพย์สินที่สั่งให้ส่งมอบนั้นต้องเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งไม่ใช่ทรัพย์สินทั้งหมด⁶⁹

จากการที่ประเทศไทยถือว่าการริบทรัพย์สินเป็นโทษทางอาญาอย่างหนึ่ง เพราะการริบทรัพย์สินเป็นการกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินของบุคคล เจ้าหน้าที่ของรัฐจะลงโทษได้โดยอาศัยเหตุที่บุคคลนั้นได้กระทำความผิดทางอาญามาเป็นเหตุ ประมวลกฎหมายอาญาของไทย มาตรา 18 ได้กำหนดให้การริบทรัพย์สินเป็นโทษทางอาญาในลำดับที่ 5 และได้บัญญัติหลักเกณฑ์ทั่วไปในการทรัพย์สินไว้สามกรณี คือ

⁶⁸ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, "โทษริบทรัพย์สิน", วารสารกฎหมาย, 12(กรกฎาคม 2531): 84-103.

⁶⁹ พิพัฒน์ จักรางกูร, "การริบทรัพย์สินที่ทำหรือมีไว้เป็นความผิด", บทบัญญัติ, เล่มที่ 28 (2515): หน้า 377.

(ก) ทรัพย์สินที่กฎหมายกำหนดว่าผู้ใดทำหรือมีไว้ซึ่งทรัพย์สินนั้นเป็นความผิด ศาลจะต้องสั่งริบทรัพย์สินดังกล่าวในทุกกรณี ศาลจะใช้ดุลยพินิจในการตัดสินสั่งไม่ริบทรัพย์สินไม่ได้ กฎหมายอาญาได้บัญญัติกำหนดให้ริบทรัพย์สินในกรณีนี้ไว้มาตรา 32 ซึ่งสาระสำคัญของการริบทรัพย์สินกรณีนี้อยู่ที่สภาพของทรัพย์สิน กล่าวคือ การทำหรือมีไว้ซึ่งสินเช่นนั้นเป็นความผิดอยู่ในตัวเองโดยที่ไม่มีเหตุส่วนตัวของบุคคลหรือเหตุการณ์อย่างอื่นเข้ามาเกี่ยวข้อง⁷⁰ ส่วนกรณีนี้ที่กฎหมายถือเป็นความผิดเพียงเพราะไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย หรือการมีไว้เกินจำนวนที่กฎหมายอนุญาต ถือว่ามีเหตุอันเข้ามาเกี่ยวข้องมิใช่เป็นความผิดโดยตัวเอง เช่น การมีเนื้อสุกรทั้งตัวเพื่อจำหน่ายโดยไม่มีใบอนุญาตให้ฆ่ากำกับอยู่ด้วยเป็นความผิด⁷¹ การริบทรัพย์สินตามมาตรา 32 นี้ นอกจากศาลจะต้องมีคำสั่งริบทรัพย์สินเพราะเป็นความผิดในตัวเองแล้วศาลยังสามารถริบทรัพย์สินได้โดยไม่ต้องคำนึงว่าทรัพย์สินที่เป็นของกลางในคดีจะเป็นของจำเลยหรือไม่ และแม้ว่าจะไม่มีตัวบุคคลผู้ถูกลงโทษตามคำพิพากษาของศาลก็ตาม จึงถือได้ว่าบทบัญญัติตามมาตรานี้เป็นการลงโทษที่รุนแรงและเข้มงวดกว่าการริบทรัพย์สินโดยทั่วไป เนื่องจากมีจุดประสงค์ที่จะใช้บังคับมาตรานี้ให้เคร่งครัดมากที่สุด เพราะต้องการควบคุมวัตถุที่ถือว่าเป็นอันตรายต่อบุคคลและสังคม

(ข) ทรัพย์สินที่กฎหมายบัญญัติให้ศาลต้องมีคำสั่งริบเสมอ เว้นแต่ทรัพย์สินนั้นจะเป็นของผู้อื่น ซึ่งโดยทั่วไปการที่รัฐจะได้ทรัพย์สินของบุคคลใดนั้นจะทำได้เฉพาะในกรณีที่เป็นการลงโทษหรือเวนคืนเท่านั้น ตามที่บัญญัติกำหนดไว้ในมาตรา 34 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ทรัพย์สินที่กฎหมายอาญากำหนดให้ริบตามมาตรา นี้ ได้แก่ทรัพย์สินที่ได้มีการเรียกเอาหรือให้กันเพื่อกระทำการทุจริตต่อหน้าที่ราชการ หรือเพื่อจูงใจให้พนักงานเจ้าหน้าที่กระทำการทุจริตต่อหน้าที่ หรือทรัพย์สินประเภทที่ให้เพื่อจูงใจให้บุคคลกระทำความผิด หรือเป็นรางวัลแก่ผู้ที่ได้กระทำความผิดโดยทั่วไป กรณีที่ให้ทรัพย์สินเป็นรางวัลเพราะได้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นนั้น กฎหมายได้บัญญัติขึ้นเป็นการพิเศษโดยเฉพาะ เนื่องจากตามปกติแล้วการให้ทรัพย์สินแก่กันหลังจากที่ได้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นไม่ถือว่าเป็นความผิด เพราะไม่อาจถือได้ว่าทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินประเภทที่ได้ใช้ หรือมีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิด

เมื่อพิจารณาโดยสภาพแล้วจะเห็นว่าตัวทรัพย์สินนั้นไม่ได้ก่อให้เกิดอันตรายโดยตัวของมันเองและไม่ได้เป็นอันตรายต่อชุมชน หากแต่ทรัพย์สินดังกล่าวเป็นแรงจูงใจให้เกิดการกระทำความผิดขึ้น โดยเฉพาะผู้ที่จะเป็นผู้กระทำความผิด ได้แก่ผู้ที่มีอำนาจหน้าที่ในการรักษากฎหมายเพื่อความสงบเรียบร้อยในสังคมและผู้ที่มีหน้าที่ในการอำนวยความสะดวก

⁷⁰ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา หมวด 1 ตอน 2, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: ไทยพิทยา, 2514), หน้า 785 - 787.

⁷¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 700/2470

ประชาชน การริบทรัพย์สินตามมาตรา 33 เป็นการทำให้ผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินได้รับความทุกข์ยากและไม่มีโอกาสที่จะได้ใช้ทรัพย์สินที่ได้รับมาจากการกระทำความผิดนั้น เพราะจะต้องสูญเสียทรัพย์สินของตนไปเนื่องจากคำสั่งของศาล เท่ากับเป็นการตัดแรงจูงใจของผู้ที่คิดจะกระทำความผิด ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่ามาตรานี้ เป็นการลงโทษผู้ที่กระทำความผิด ในขณะที่เดียวกันก็เป็นการป้องกันไม่ให้เจ้าหน้าที่หรือบุคคลทั่วไปคิดที่จะกระทำความผิดอีก เพราะผลเสียที่จะได้รับไม่คุ้มค่ากับทรัพย์สินที่จะได้มาจากการกระทำความผิดนั้น

(ค) ทรัพย์สินที่บุคคลได้ใช้หรือมีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิด หรือได้มาจากการกระทำความผิด การริบทรัพย์สินประเภทนี้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจว่าสมควรจะริบหรือไม่ก็ได้ แต่ถ้าทรัพย์สินนั้นเป็นของบุคคลที่สามซึ่งมิได้รู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิด ศาลจะมีคำสั่งริบทรัพย์สินนั้นไม่ได้ กฎหมายอาญาได้บัญญัติการริบทรัพย์สินประเภทนี้ไว้ในมาตรา 33⁷² การริบทรัพย์สินตามมาตรา 33 เป็นการริบทรัพย์สินที่มีไว้เพื่อใช้ หรือได้ใช้ในการกระทำความผิด ซึ่งตามมาตรา 33(1) ตอนท้ายได้หมายความว่าทรัพย์สินที่โดยสภาพเป็นสิ่งที่มิได้มีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิด และบุคคลทั่วไปสามารถมีทรัพย์สินนั้นเพื่อใช้ในกิจกรรมธรรมดาได้ แต่ประสงค์ที่จะนำไปใช้ในการกระทำความผิดเป็นครั้งคราว ซึ่งจะถือว่าทรัพย์สินดังกล่าวเป็นทรัพย์สินที่มีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิดไม่ได้

ดังนั้นการริบทรัพย์สินที่มีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิดนี้ จึงเป็นการริบทรัพย์สินโดยแห่งเล็งถึงสภาพของสิ่งของที่อาจเป็นอันตรายได้ เช่น การมีอาวุธสำหรับใช้เพื่อทำการลักทรัพย์ เป็นต้น ส่วนมาตรา 33 (2) นั้นเป็นการได้ทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมีผลกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของชุมชน การริบตามอนุมาตรา 33 นี้ยังได้รวมถึงผลประโยชน์ใด ๆ ของทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดด้วย กล่าวคือเมื่อทรัพย์สินประเภทนี้เป็นทรัพย์สินที่มิชอบด้วยกฎหมาย ทรัพย์สินที่เป็นดอกผลก็ย่อมเป็นสิ่งที่มิชอบด้วยกฎหมายไปด้วย เช่นเงินที่ได้มาจากการค้ายาเสพติด หรือได้มาจากการขนของหนีภาษี และได้นำเงินนั้นไปฝากธนาคารรวมทั้งดอกเบี้ยที่ได้รับจากธนาคาร จึงเป็นดอกผลที่สามารถริบได้ เพราะเป็นดอกผลที่เกิดมาจากริบทรัพย์สินที่ผิดกฎหมาย ศาลสามารถริบทรัพย์สินนั้นได้

⁷² มาตรา 33 แห่งประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติว่า

“ในการริบทรัพย์สิน นอกจากศาลจะมีอำนาจริบตามกฎหมายที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะแล้ว ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ริบทรัพย์สินดังต่อไปนี้ด้วย คือ

- (1) ทรัพย์สินซึ่งบุคคลได้ใช้ หรือมีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิด หรือ
- (2) ทรัพย์สินซึ่งบุคคลได้มาโดยการกระทำความผิด

เว้นแต่ทรัพย์สินเหล่านี้เป็นทรัพย์สินของผู้อื่นซึ่งมิได้รู้เห็นเป็นใจด้วยในการกระทำความผิด”

อย่างไรก็ตามการริบทรัพย์สินตามมาตรานี้จะกระทำไม่ได้ ถ้าทรัพย์สินนั้นเป็นของบุคคลที่สามที่ไม่มีส่วนรู้เห็นเป็นใจด้วย คำว่า “การรู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิด” นั้นมิได้หมายความว่าเจ้าของทรัพย์สินนั้นต้องรู้เห็นและกระทำจนถึงขนาดเป็นผู้สมคบ ตัวการร่วมหรือผู้สนับสนุนในการกระทำความผิด เพียงแต่รู้ว่ามีผู้นำทรัพย์สินของตนไปใช้และตนเองได้สมัครใจปล่อยให้ใช้ทรัพย์สินนั้นกระทำความผิดโดยไม่ขัดขวางก็เป็นการเพียงพอแล้ว⁷³ เพราะโดยสภาพของทรัพย์สินนั้นไม่เป็นความผิดโดยตัวของมันเอง หากแต่บุคคลได้นำทรัพย์สินนั้นไปใช้ในการกระทำความผิด ความผิดจึงได้เกิดขึ้น

ดังนั้นการที่บุคคลใดไม่ได้มีความประสงค์ที่จะนำทรัพย์สินของตนไปใช้ในทางที่ผิดแล้ว การที่รัฐจะริบทรัพย์สินของบุคคลนั้นเป็นการไม่ยุติธรรมสำหรับผู้สุจริต จะเห็นได้ว่าตามมาตรา 33 (1) การริบทรัพย์สินจะมีลักษณะเป็นทั้งวิธีการเพื่อความปลอดภัย และเป็นการลงโทษด้วย เนื่องจากการริบทรัพย์สินดังกล่าวเป็นการป้องกันไม่ให้บุคคลนำทรัพย์สินดังกล่าวไปใช้ในการกระทำความผิดและเป็นการป้องกันสังคมไม่ให้เกิดความเดือดร้อนจากการใช้ทรัพย์สินนั้นในทางที่ผิด จึงเป็นมาตรการเพื่อความปลอดภัย ส่วนกรณีที่เป็นการลงโทษก็เนื่องมาจากโดยปกติทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นแล้วไม่เป็นความผิด และการริบทรัพย์สินดังกล่าวจะกระทำมิได้เพราะเป็นการทำลายกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของบุคคลที่เป็นเจ้าของ

การที่กฎหมายอาญาอนุญาตให้มีการริบทรัพย์สินประเภทนี้ได้ก็เพื่อเป็นการลงโทษบุคคลที่มีเจตนาจะเอาทรัพย์สินโดยรู้ยู่ทรัพย์สินดังกล่าวเป็นทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด จึงอาจถือได้ว่าบุคคลนั้นมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดด้วย ดังนั้นศาลจึงต้องมีคำสั่งริบทรัพย์สินของผู้นั้นเสีย เพื่อจะได้ไม่เป็นตัวอย่างของบุคคลอื่นต่อไป และเป็นการป้องกันไม่ให้ผู้กระทำความผิดหลบหนีการลงโทษ โดยให้ผู้อื่นรับโทษแทนโดยที่ตนเองได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด การที่กฎหมายอาญาได้ระบุให้การริบทรัพย์สินเป็นโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย เนื่องจากหากกฎหมายได้บัญญัติให้การริบทรัพย์สินบางประเภทเป็นโทษ บางประเภทเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยแล้วอาจก่อให้เกิดความสงสัยและความสับสนแก่ผู้ใช้กฎหมายได้

(2) การริบทรัพย์สินตามกฎหมายเฉพาะ

การริบทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญาถือได้ว่าเป็นหลักกฎหมายพื้นฐานทั่วไปในเรื่องการริบทรัพย์สิน ซึ่งอาจจะนำไปใช้กับการริบทรัพย์สินตามกฎหมายอื่นได้ด้วย การริบทรัพย์สินตามพระราชบัญญัติต่างๆหลายฉบับได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการริบทรัพย์สินให้สอดคล้องกับหลักที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา เช่นพระราชบัญญัติควบคุมอาหารสัตว์

⁷³ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา หมวด 1 ตอน 2, หน้า 812.

เสื่อมคุณภาพหรืออาหารสัตว์ปลอมปน ได้บัญญัติกำหนดให้บริษัทรพย์สินได้โดยไม่ต้องคำนึงว่า
 ทรัพย์สินนั้นเป็นของผู้กระทำความผิด และจะมีผู้ที่ถูกลงโทษตามคำพิพากษาของศาลหรือไม่ก็
 ตาม ซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นหลักที่สอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 32 แต่ยังมีพระราช
 บัญญัติอีกหลายฉบับที่บัญญัติหลักเกณฑ์ไว้แตกต่างจากกฎหมายอาญา โดยกฎหมายเหล่านี้
 อาจจะมีการบัญญัติหลักกฎหมายเฉพาะให้แคบหรือกว้างกว่าที่กำหนดไว้ในกฎหมายอาญาก็ได้
 เช่นพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ.2504 พระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้
 กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2534 ได้บัญญัติให้บริษัทรพย์สินที่ได้ใช้ในการกระทำ
 ความผิด โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าทรัพย์สินนั้นจะเป็นของผู้ใด

(3) หลักกฎหมายในการบริษัทรพย์สินในประเทศไทย

ตามที่ได้อธิบายมาแล้วว่ากฎหมายอาญาของไทยได้กำหนดให้การบริษัทรพย์สินเป็นโทษ
 อย่างหนึ่งตามกฎหมายอาญา ดังนั้นทรัพย์สินที่จะถูกริบได้จะต้องเป็นไปตามที่ประมวล
 กฎหมายอาญาได้บัญญัติไว้ ได้แก่ทรัพย์สินที่ได้ทำหรือมีไว้เป็นความผิด ทรัพย์สินที่ได้ใช้หรือ
 มีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิด หรือทรัพย์สินที่ได้มาโดยการกระทำความผิด ซึ่งการบริษัทรพย์
 สินตามประมวลกฎหมายอาญานี้ไม่สามารถนำมาใช้ปราบปรามอาชญากรรมที่มีผลประโยชน์
 จำนวนมาก เช่นการลักลอบค้ายาเสพติด และการผลิตและจำหน่ายสิ่งลามกได้ เนื่องจากทรัพย์สิน
 ที่ได้มาจากอาชญากรรมดังกล่าวนี้ ส่วนใหญ่ผู้กระทำความผิดจะนำเงินไปแปรสภาพเป็น
 ทรัพย์สินอื่น หรือนำทรัพย์สินนั้นไปเข้าสู่ระบบการฟอกเงิน ทำให้กลายเป็นเงินที่ชอบด้วย
 กฎหมาย ซึ่งถ้าหากยังคงใช้มาตรการบริษัทรพย์สินเท่าที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ก็
 จะไม่สามารถที่จะดำเนินการปราบปรามอาชญากรรมที่มีผลประโยชน์จำนวนมากได้ เพราะขาด
 มาตรการที่จะตัดแรงจูงใจของผู้กระทำความผิด

กฎหมายที่ได้มีการบัญญัติกำหนดให้บริษัทรพย์สินได้นอกเหนือจากที่บัญญัติไว้ในประมวล
 กฎหมายอาญา ได้แก่พระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยา
 เสพติด พ.ศ.2534 โดยกำหนดให้บริษัทรพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับยา
 เสพติด ทรัพย์สินที่เปลี่ยนแปลงสภาพไป สิทธิเรียกร้อง ผลประโยชน์และดอกผลจากทรัพย์สินดัง
 กล่าว หน้าที่บุคคลภายนอกถึงกำหนดชำระแก่ผู้ต้องหา⁷⁴ จุดประสงค์ของพระราชบัญญัตินี้เพื่อ
 ตัดผลประโยชน์อันเป็นแรงจูงใจที่สำคัญในการลักลอบค้ายาเสพติด เพื่อเป็นการตัดโอกาสที่ผู้
 กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดในการนำเงินที่ได้มาจากการจำหน่ายยาเสพติดไปแสวงหา
 ประโยชน์อื่นหรือนำไปลงทุนในการขยายเครือข่ายการจำหน่ายยาเสพติดให้กว้างขวางออกไป
 อีก

⁷⁴ มาตรา 22 พระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยา
 เสพติด พ.ศ.2534

4.3.5 การริบทรัพย์สินเกี่ยวกับวัตถุหรือสิ่งของลามกตามกฎหมายไทย

ตามที่ได้อธิบายมาแล้วว่าความผิดฐานผลิตและจำหน่ายสิ่งลามกตามกฎหมายของประเทศไทยนั้นบัญญัติไว้ใน ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 และในพระราชบัญญัติปราบปรามการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุอันลามก พ.ศ.2471 ซึ่งในกฎหมายดังกล่าวทั้งสองฉบับนี้มิได้มีการบัญญัติลงโทษริบทรัพย์สินเกี่ยวกับสิ่งลามกไว้โดยเฉพาะเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2534 ดังนั้นจึงต้องนำหลักในการลงโทษริบทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับในการริบสิ่งลามก ซึ่งในส่วนนี้ผู้เขียนได้ทำการศึกษาถึงหลักเกณฑ์ในการริบทรัพย์สินเกี่ยวกับความผิดฐานจำหน่ายสิ่งลามก ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยว่ามีประสิทธิภาพในการควบคุมและปราบปรามสิ่งลามกมากน้อยเพียงใด ดังนี้

การริบทรัพย์สินเกี่ยวกับสิ่งลามกนี้ ศาลฎีกามีได้ถือว่าสิ่งลามกเป็นทรัพย์สินที่มีไว้เป็นความผิด โดยศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าลิขสิทธิ์ที่บุคคลสามารถเป็นเจ้าของได้จะต้องเป็นลิขสิทธิ์ในงานที่ตนสร้างสรรค์โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อปรากฏว่าวิดีโอเทปของกลาง 1 ที่โจทก์อ้างว่าเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์มีบทแสดงการร่วมเพศระหว่างหญิงและชายบางตอนอันเป็นภาพลามก ซึ่งผู้ใดทำหรือมีไว้หรือมีส่วนเกี่ยวข้องในการค้าเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 งานของโจทก์ดังกล่าวจึงมิใช่งานสร้างสรรค์ตามความหมายแห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2521 โจทก์จึงไม่ใช่เจ้าของลิขสิทธิ์ จึงไม่ใช่ผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2(4)และไม่มีอำนาจฟ้อง

วิดีโอเทปของกลาง 2 ที่จำเลยอ้างส่งต่อศาลในระหว่างการพิจารณาไม่ไต่ของกลางที่พนักงานสอบสวนได้ยึดไว้ในคดีและโจทก์มิได้มีคำขอไต่รับ แม้วิดีโอเทปดังกล่าวจะมีภาพลามกรวมอยู่ด้วยอย่างเดียวกันกับวิดีโอเทปของกลาง 1 ศาลก็ไม่มีอำนาจสั่งริบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 192 การที่ศาลสั่งทั้งสองพิพากษาให้ริบจึงเป็นการไม่ชอบปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน แม้จะไม่มีฝ่ายใดฎีกาศาลฎีกาก็มีอำนาจยกขึ้นวินิจฉัยไม่รับวิดีโอของกลางได้⁷⁵

จากคำวินิจฉัยของศาลฎีกาฉบับนี้จึงเป็นบรรทัดฐานว่าสิ่งลามกนั้นมิใช่สิ่งที่ผู้ใดทำหรือมีไว้เป็นความผิดที่ศาลต้องมีคำพิพากษาริบในทุกกรณีเนื่องจากการกระทำความผิดฐานนี้ผู้กระทำต้องมีเจตนาพิเศษคือมีวัตถุประสงค์ในทางการค้าด้วย ศาลจึงจะมีอำนาจริบทรัพย์สินสิ่งลามกนั้น นอกจากนี้สิ่งลามกที่ศาลจะมีอำนาจริบได้ต้องเป็นของกลางในคดีเท่านั้นศาลจึงจะมีอำนาจริบได้ จึงมีข้อนำพิจารณาว่าศาลฎีกาของไทยได้วางบรรทัดฐานว่าการครอบครองสิ่ง

⁷⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3705 / 2530

ลามกนั้นหากเป็นการครอบครองไว้เฉพาะเพื่อประโยชน์ของตนเองโดยไม่มีวัตถุประสงค์ในทาง การค้าแล้วนอกจากจะไม่มี ความผิดตามกฎหมายแล้ว กฎหมายยังไม่มีสิทธิที่จะริบเอาทรัพย์สินนั้น ไปทำลายเนื่องจากเป็นสิ่งที่ไม่มีผิดได้ ซึ่งแตกต่างจากการครอบครองยาเสพติดแม้ว่าจะไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อจำหน่ายก็ถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมาย ทำให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ริบได้ทุกกรณี การลงโทษแก่ผู้ที่ครอบครองสิ่งลามกไว้เป็นการส่วนตัวจึงทำไม่ได้ แม้ว่าสิ่งลามกที่ครอบครอง นั้นจะเป็นสิ่งลามกที่มีภาพเด็กก็ตาม เนื่องจากกฎหมายมิได้มีการแยกแยะประเภทของสิ่งลามก ไว้เหมือนกับของต่างประเทศที่กำหนดให้สิ่งลามกเด็กเป็นสิ่งลามกที่ผิดกฎหมายผู้ใดครอบ ครองสิ่งลามกเด็กถือว่าเป็นการครอบครองสิ่งผิดกฎหมาย แม้ว่าจะไม่สามารถที่จะจับตัวผู้ กระทำความผิดมาลงโทษได้ศาลก็มีอำนาจในการสั่งให้ริบสิ่งลามกเด็กนั้นมาทำลายได้ เนื่อง จากสิ่งลามกเด็กเป็นสิ่งที่ เป็นอันตรายต่อเด็ก หากปล่อยให้มีการผลิตและจำหน่ายสิ่งลามกเด็ก ได้โดยผู้ที่ครอบครองไว้ไม่มีความผิดแล้ว ผู้ผลิตย่อมนำเด็กมาเกี่ยวข้องกับ การผลิตและ จำหน่ายสิ่งลามกเนื่องจากไม่ใช่สิ่งที่มีไว้เป็นความผิดทำให้ผู้ที่ครอบครองไม่เกิดความเกรงกลัว เพราะไม่ถือว่าเป็นการครอบครองสิ่งผิดกฎหมาย

จากการวิเคราะห์เกี่ยวกับหลักเกณฑ์การริบทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญาของ ไทยแล้วจะเห็นได้ว่า ไม่สามารถที่จะนำมาใช้เป็นมาตรการในการลงโทษต่อบุคคลที่กระทำ ความผิดฐานผลิตและจำหน่ายสิ่งลามกได้อย่างมีประสิทธิภาพเนื่องจากการลงโทษริบทรัพย์สิน ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่สามารถที่จะเข้าไปยึดทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดที่ ได้มาจากการกระทำความผิดได้ทั้งหมด เนื่องจากการริบทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญา นี้ไม่สามารถนำมาใช้ปราบปรามอาชญากรรมที่มีผลประโยชน์จำนวนมาก เช่นการลักลอบค้ายา เสพติด และการผลิตและจำหน่ายสิ่งลามกได้ เพราะทรัพย์สินที่ได้มาจากอาชญากรรมดังกล่าว นี้ส่วนใหญ่ผู้กระทำความผิดจะนำเงินไปแปรสภาพเป็นทรัพย์สินอื่น หรือนำทรัพย์สินนั้นไปเข้า สู่ระบบการฟอกเงิน ทำให้กลายเป็นเงินที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งถ้าหากยังคงใช้มาตรการริบ ทรัพย์สินเท่าที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ก็ไม่สามารถที่จะดำเนินการปราบปราม อาชญากรรมที่มีผลประโยชน์จำนวนมากได้ เพราะขาดมาตรการที่จะตัดแรงจูงใจของผู้กระทำ ความผิด

ดังนั้นผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าควรที่จะนำมาตราการในการริบทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดตามพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิด เกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2534 มาเป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการริบทรัพย์สิน ของผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับสิ่งลามกด้วย เนื่องจากการริบทรัพย์สินในการกระทำความผิดทั้ง สองกรณีนี้ มีวัตถุประสงค์เดียวกันคือเพื่อเป็นการตัดโอกาสของผู้กระทำความผิดที่จะนำเอา ทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดไปใช้ประโยชน์ ซึ่งถ้าหากผู้กระทำความผิดต้องถูกลง

โทษริบทรัพย์สินอย่างเด็ดขาดแล้วก็จะเกิดความเกรงกลัวไม่กล้าที่จะกระทำความผิดขึ้น ซึ่งจะ
ทำให้การผลิตและแพร่หลายสิ่งลามกในประเทศไทยลดน้อยลง

ผู้เขียนได้ทำการศึกษาเกี่ยวกับมาตรการริบทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยา
เสพติดตามพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด
พ.ศ.2534 ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการลงโทษริบทรัพย์สินที่แตกต่างจากการริบทรัพย์สินตาม
ประมวลกฎหมายอาญา ดังนี้ คือ

การริบทรัพย์สิน ตามพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิด
เกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2534 ซึ่งมีบทบัญญัติในการริบทรัพย์สิน 2 ประการคือ การริบทรัพย์สิน
ของกลางในคดียาเสพติด และการริบทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับยา
เสพติด

มาตรการในการริบทรัพย์สินของกลางในคดียาเสพติดนั้น มาตรา 30 ได้บัญญัติว่า
" บรรดาเครื่องมือ เครื่องใช้ ยานพาหนะ เครื่องจักรกล หรือทรัพย์สินอื่นใดที่ใช้ในการกระทำ
ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดหรือใช้เป็นอุปกรณ์ให้ได้รับผลในการกระทำความผิด หรือมีไว้เพื่อ
ใช้ในการกระทำความผิด ให้ริบเสียทั้งสิ้น ไม่ว่าจะมิผู้ถูกลงโทษตามคำพิพากษาหรือไม่" จะ
เห็นได้ว่า มาตรา 30 ตามพระราชบัญญัตินี้ กำหนดลักษณะของทรัพย์สินที่ริบได้กว้างกว่าที่
บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา โดยเฉพาะในส่วนของผู้กระทำความผิดที่ใช้เป็นอุปกรณ์ให้ได้รับ
ผลในการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาไม่ครอบคลุมถึงทรัพย์สิน
ดังกล่าว การกำหนดให้ริบทรัพย์สินที่ใช้เป็นอุปกรณ์ให้ได้รับผลในการกระทำความผิด จึง
เป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายที่มีอยู่เดิม ซึ่งส่งผลให้การลงโทษริบทรัพย์สินต่อผู้กระทำความ
ผิดมีขอบเขตกว้างขึ้นและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

มาตรการในการริบทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดนั้น
มาตรา 3 บัญญัติว่า" ทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด หมาย
ความว่า เงินหรือทรัพย์สินที่ได้รับมาเนื่องจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด และให้
รวมถึงเงินหรือทรัพย์สินที่ได้มาโดยการใช้จ่ายเงินหรือทรัพย์สินดังกล่าว ชื่อหรือกระทำไม่ว่าด้วย
ประการใดๆ ให้เงินหรือทรัพย์สินนั้นเปลี่ยนสภาพไปจากเดิม ไม่ว่าจะมีการเปลี่ยนสภาพกี่ครั้ง
และไม่ว่าเงินหรือทรัพย์สินนั้นจะอยู่ในความครอบครองของบุคคลอื่น หรือปรากฏตามหลักฐาน
ทางทะเบียนว่าเป็นของบุคคลอื่นก็ตาม"

มาตรา 22 วรรคท้าย บัญญัติว่า" เพื่อประโยชน์ตามมาตรานี้ คำว่า "ทรัพย์สิน" ให้
หมายความรวมถึง

(1)ทรัพย์สินที่เปลี่ยนสภาพไป สิทธิเรียกร้อง ผลประโยชน์และดอกผลจากทรัพย์สินดัง
กล่าว

(2)หนี้ที่บุคคลภายนอกถึงกำหนดชำระแก่ผู้ต้องหา

(3)ทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดของผู้ต้องหาที่เข้ารับ ขยาย จำหน่าย โอน หรือยกย้ายไปเสียในระหว่างเวลาสิบปี ก่อนมีคำสั่งยึดหรืออายัดและภายหลังนั้น เว้นแต่ผู้รับโอนหรือผู้รับประโยชน์จะพิสูจน์ต่อคณะกรรมการได้ว่า การโอนหรือการ กระทำนั้นได้กระทำไปโดยสุจริตและมีค่าตอบแทน"

จากบทบัญญัติดังกล่าวนี้จะเห็นได้ว่าการริบทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการกระทำความ ผิดเกี่ยวกับยาเสพติด เป็นการขยายหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายอาญา ให้สามารถริบทรัพย์สิน ที่ได้มาจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดที่ได้เปลี่ยนสภาพไปแล้วได้ ไม่ว่าจะ เปลี่ยนสภาพกี่ครั้งแล้วก็ตาม

การนำบทบัญญัติการริบทรัพย์สินตามมาตรา 3 และมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติ มาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2534 มาใช้เป็นแนวทาง ในการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการลงโทษริบทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับสิ่งลามก จะทำให้การลงโทษผู้กระทำความผิดฐานนี้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น เนื่องจากการกำหนดโทษ ที่รุนแรงยิ่งขึ้นกว่าที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งจะทำให้ผู้ที่กระทำความผิดหรือจะ กระทำความผิดเกี่ยวกับสิ่งลามกเกิดความเกรงกลัวที่จะกระทำความผิด เนื่องจากหากถูกจับกุม แล้วอาจจะต้องถูกริบทรัพย์สินทั้งหมดที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับสิ่งลามก เช่นเดียวกับผู้ที่กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด จึงถือได้ว่าการนำมาตรการลงโทษริบทรัพย์สินมา ใช้แก่ผู้กระทำความผิดฐานนี้จะเป็นการถูกต้องและเหมาะสมในการกำหนดมาตรการเพื่อควบคุม วัตถุหรือสิ่งของลามกเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากการตัดแรงจูงใจในการที่กระทำความผิดของ ผู้กระทำความผิดฐานนี้ได้โดยตรงเป้าหมาย เพราะผู้ที่กระทำความผิดเกี่ยวกับวัตถุหรือสิ่ง ของลามกนั้นมีแรงจูงใจในการต้องการทรัพย์สินเป็นจุดมุ่งหมาย ดังนั้นมาตรการกำหนดโทษจำ คุกหรือปรับแก่ผู้กระทำความผิดฐานนี้จึงยังไม่เพียงพอในการที่จะควบคุมและปราบปรามขบวนการ ผลิตและจำหน่ายสิ่งลามกในประเทศไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ดังนั้นการนำมาตรการการลงโทษริบทรัพย์สินที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติมาตรการ ในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2534 มาใช้เป็นแนวทางในการ ปรับปรุงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งลามก จึงเป็นสิ่งที่ถูกต้องตามหลักปรัชญาในการลง โทษแก่ผู้กระทำความผิดฐานนี้