

แนวทางกำหนดมาตรการทางอาญาเพื่อควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ ไม่สังกัดภาควิชา/เทียบเท่า
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2561
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Criminal Measures for Violent Pornography Control



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws in Laws
Common Course
Faculty of Law
Chulalongkorn University
Academic Year 2018
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	แนวทางกำหนดมาตรการทางอาญาเพื่อควบคุมสื่อทางเพศ ที่ใช้ความรุนแรง
โดย	นายนิศ ติระรัตน์กุล
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ชัชพล ไชยพร

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้รับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

.....	คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)	
คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์	
.....	ประธานกรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)	
.....	อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ชัชพล ไชยพร)	
.....	กรรมการ
(อาจารย์ ดร.ณัชพล จิตติรัตน์)	
.....	กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มาตาลักษณ์ เสรมะธากุล)	

นิติศ ตีระรัตนกุล : แนวทางการกำหนดมาตรการทางอาญาเพื่อควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง. (Criminal Measures for Violent Pornography Control) อ.ที่ปรึกษาหลัก
: ผศ. ดร.ชัชพล ไชยพร

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาปัญหาและแสวงหามาตรการทางกฎหมายเพื่อควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง รวมทั้งศึกษาถึงแนวคิด รูปแบบ และมาตรการทางอาญาเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ อีกทั้งยังวิเคราะห์หลักเกณฑ์การกำหนดความผิดทางอาญาเพื่อนำมาปรับใช้กับมาตรการทางอาญาเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงให้เหมาะสมกับบริบทของประเทศไทย

จากการศึกษาพบว่าประเทศที่เปิดเสรีสื่อทางเพศมองว่าสื่อที่แสดงการกระตุ้นความต้องการทางเพศจะต้องได้รับการคุ้มครองในฐานะเสรีภาพในการแสดงออกรูปแบบหนึ่ง จึงมีการแบ่งแยกสื่อลามกออกจากสื่อทางเพศ โดยสื่อทางเพศใดที่พิจารณาแล้วว่ามีลักษณะเกินเลยไปจากขอบเขตมาตรฐานการยอมรับของสังคม เช่น มีการใช้ความรุนแรง ย่อมถือว่าเป็นสื่อลามกและเป็นข้อยกเว้นให้รัฐเข้ามาควบคุมการกระทำในทางส่วนตัวได้ เนื่องจากสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงสร้างผลร้ายแก่สังคมอย่างร้ายแรง สำหรับประเทศไทยกลับมองว่าสื่อทางเพศและสื่อลามกเป็นสิ่งเดียวกันเนื่องมาจากขอบเขตการตีความสื่อลามกกำหนดไว้ว่าสื่อที่แสดงการกระตุ้นความต้องการทางเพศแก่ผู้รับชมถือว่าเป็นสื่อลามกทั้งสิ้น ทำให้ประเทศไทยไม่มีการแบ่งแยกเนื้อหาของสื่อลามกแต่อย่างใด ผลที่ตามมาคือสื่อลามกทั่วไป (ยกเว้นสื่อลามกอนาจารเด็ก) และสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงถูกควบคุมในระดับเดียวกันภายใต้หลักห้ามการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะเท่านั้น การควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงของประเทศไทยจึงยังไม่ครอบคลุมถึงการกระทำในทางส่วนตัวเหมือนกับประเทศที่เปิดเสรีสื่อทางเพศ ด้วยเหตุดังกล่าวผู้วิจัยเสนอแนะให้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงแยกออกจากบทบัญญัติเกี่ยวกับสื่อลามกทั่วไป โดยกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงครอบคลุมทั้งการกระทำในทางส่วนตัวและการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะ เพื่อเป็นการป้องกันและจัดการกับปัญหาสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงได้อย่างมีประสิทธิภาพ

สาขาวิชา นิติศาสตร์
ปีการศึกษา 2561

ลายมือชื่อนิติศ
ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

6085978534 : MAJOR LAWS

KEYWORD: VIOLENT PORNOGRAPHY / CRIMINAL MEASURE

Nitid Tiraratanakul : Criminal Measures for Violent Pornography Control. Advisor: Asst.
Prof. CHACHAPON JAYAPHORN, Ph.D.

The purposes of this thesis are to study legal problems; to find legal measures for controlling violent pornography; to review the criminal concepts, patterns and measures about the violent pornography in Thailand and other countries; and to analyze the definitions of the criminal offence about the violent pornography for applying to the Thai context.

It was found that the countries with free pornographic media considered that the media presenting sexual stimulations must be protected in a form of freedoms of expressions. Therefore, the obscene media was separated from pornographic media. Any pornographic media that exceeded the socially accepted standard boundaries, for example, by presenting violence was considered as obscenity and exempted by the government for personal control because the violent pornography severely affected the society .Unfortunately, the obscene media and pornographic media were considered as the same media in Thailand because it was defined that any media presenting sexual desires to audiences was considered as obscenity. Consequently, Thailand did not separate the contents of the pornography. As a result, the general pornography (except for child pornography) and violent pornography were controlled at the same level according to the principle of prohibiting public disclosure. Accordingly, the violent pornography control in Thailand does not cover personal actions as controlled in the countries with free pornographic media. Thus, it was suggested by the researcher to separate the violent pornography from the definition of the general pornography control by defining that the criminal offence about violent pornography covers both personal and public actions in order to efficiently prevent and handle the problems of the violent pornography.

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2018

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

การจัดทำวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนนี้เปรียบเสมือนกับการเดินทางไปทางสู่จุดหมายที่ยากลำบาก จากจุดเริ่มต้นมืดบอดที่ไม่รู้จะไปอย่างไร มองไปทางไหนก็สับสนงุนงง พอตัดสินใจก้าวเดินก็พบเจอกับ อุปสรรคนานัปการถึงไถมเข้ามาให้ผู้เขียนล้มลุกคลุกคลาน จนจิตใจเกิดความกลัวว่าปัญหาต่างๆ ที่เผชิญ อยู่นี้คงจะเกินกำลังความสามารถของตนเอง ในสถานการณ์ท้อแท้สิ้นหวังนี้เอง กำลังใจและความ ช่วยเหลือมากมายจากกัลยาณมิตรและผู้มีพระคุณทำให้ผู้เขียนได้ลุกขึ้นสู้และมีแรงผลักดันเอาชนะ อุปสรรคต่างๆ จนสามารถเดินทางไปสู่จุดหมายได้สำเร็จ

ผู้เขียนขอขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ชัชพล ไชยพร อย่างสุดซึ้งที่กรุณาได้รับเป็น อาจารย์ที่ปรึกษา ท่านได้ให้คำปรึกษาและคำแนะนำอันมีประโยชน์ต่อการจัดทำวิทยานิพนธ์อย่างดีมา โดยตลอด อีกทั้งขอขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวิเศษ ที่ได้กรุณาได้รับประธาน สอบวิทยานิพนธ์ ท่านได้ให้ความเมตตาชี้แนะแนวทางการจัดทำวิทยานิพนธ์ให้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

ผู้เขียนขอขอบพระคุณอาจารย์ ดร.ณัชพล จิตติรัตน์ ที่รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ท่าน ได้สละเวลาอันมีค่าให้ความช่วยเหลือข้าพเจ้าเมื่อมีปัญหาติดขัดระหว่างการจัดทำวิทยานิพนธ์ รวมถึงได้ ชี้ให้เห็นถึงข้อบกพร่องต่างๆ ของวิทยานิพนธ์ที่ผู้เขียนมองข้ามไปจนนำไปสู่การปรับปรุงแก้ไข และ ผู้เขียนขอขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มาตาลักษณ์ เสรมธากุล ที่เมตตาได้รับเป็นกรรมการสอบ วิทยานิพนธ์ ท่านได้เสนอแนวคิดและแหล่งข้อมูลทางวิชาการต่างๆ อันช่วยเสริมให้วิทยานิพนธ์นี้มีความ สมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอขอบพระคุณ บิดามารดาที่อยู่เบื้องหลังความสำเร็จนี้ ขอขอบคุณเพื่อนๆ หลีกสูตร นิติศาสตร์มหาบัณฑิตทุกคนที่คอยให้ความช่วยเหลือ ให้กำลังใจซึ่งกันและกัน และขอบคุณตัวผู้เขียนเอง ที่มุ่งมั่นอดทน เพียรพยายามอย่างไม่ย่อท้อจนสำเร็จผล

ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์นี้จะเป็นประโยชน์ต่อสังคมและบุคคลทั่วไป ทั้งนี้หาก วิทยานิพนธ์นี้มีข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขออภัยไว้ ณ ที่นี้

นิธิศ ตีระรัตนกุล

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ค
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ง
กิตติกรรมประกาศ.....	จ
สารบัญ.....	ฉ
สารบัญตาราง.....	ฎ
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 สมมติฐานของการวิจัย.....	4
1.3 วัตถุประสงค์ของการวิจัย	4
1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย.....	5
1.5 วิธีการศึกษาวิจัย	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการศึกษาวิจัย	5
บทที่ 2 แนวความคิดและทฤษฎีในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง.....	6
2.1 ความทั่วไปเกี่ยวกับสื่อ	7
2.1.1 ความหมายของสื่อ.....	8
2.1.2 ประเภทของสื่อ.....	9
2.1.3 สถานการณ์เกี่ยวกับสื่อ.....	11
2.2 ความหมายของคำว่าสื่อทางเพศและสื่อลามก	13
2.2.1 สื่อทางเพศ (Pornography).....	13
2.2.2 สื่อลามก (Obscenity)	18
2.3 แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมสื่อทางเพศ	19

2.3.1	เสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นทางเพศและสิทธิความเป็นส่วนตัว	19
2.3.2	อิทธิพลทางความคิดในการควบคุมสื่อทางเพศ.....	24
2.3.2.1	แนวคิดอนุรักษนิยม.....	25
2.3.2.2	แนวคิดเสรีนิยม	26
2.3.2.3	แนวคิดสตรีนิยม.....	28
2.4	ความทั่วไปเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง	33
2.4.1	ลักษณะของสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง.....	33
2.4.2	ประเภทของความรุนแรงในสื่อทางเพศ.....	36
2.4.3	นิยามและขอบเขตของสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง	39
2.4.4	สื่อทางเพศรูปแบบ BDSM กับการเป็นสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง	44
2.4.4.1	ความหมายของกิจกรรมทางเพศแบบ BDSM	45
2.4.4.2	ลักษณะของกิจกรรมทางเพศแบบ BDSM	46
2.4.4.3	ระดับความรุนแรงของกิจกรรมทางเพศแบบ BDSM.....	51
2.5	เหตุผลในการควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง	53
2.5.1	ปัจจัยเสี่ยงต่อการเกิดอาชญากรรม.....	53
2.5.2	ผลกระทบต่อเด็กและเยาวชน.....	57
2.5.3	ความเสียหายต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง	59
2.5.3.1	ผู้ถูกกระทำรุนแรงในสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง	59
2.5.3.2	ผู้รับชมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง.....	60
2.5.4	การละเมิดศีลธรรมทางเพศของสังคม	60
2.5.5	การละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์.....	61
2.6	แนวคิดการกำหนดความผิดและการลงโทษทางอาญา.....	63
2.6.1	แนวคิดในการกำหนดความผิดอาญา	65

2.6.1.1 หลักขอบเขตของกฎหมายอาญา (Limiting Principles of Criminalization)	65
2.6.1.2 หลักคุณธรรมตามกฎหมาย (Legal Interest)	68
2.6.1.3 หลักเกณฑ์ว่าด้วยการจำกัดเสรีภาพ (Liberty-Limiting Principles)	70
(1) หลักว่าด้วยความเสียหาย (Harm Principle)	71
(2) หลักว่าด้วยปิตุธิปไตย (The Principle of Legal Paternalism)	72
(3) หลักว่าด้วยความผิด (Offence Principle)	73
(4) หลักว่าด้วยศีลธรรม (The Principle of Legal Moralism)	74
2.6.1.4 แนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์ (Economic Analysis of Law)	76
2.6.2 แนวคิดในการลงโทษ	78
2.6.2.1 ทฤษฎีลดการเกิดอาชญากรรม (Reductivism)	78
2.6.2.2 ทฤษฎีแก้แค้นทดแทน (Retribution)	80
บทที่ 3 กฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง	84
3.1 ขอบเขตการตีความสื่อลามกตามกฎหมายของประเทศไทย	84
3.2 กฎหมายควบคุมสื่อลามกของประเทศไทย	88
3.2.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560	88
3.2.2 ประมวลกฎหมายอาญา	90
3.3.3 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550	93
3.3.4 พระราชบัญญัติอื่นที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมสื่อลามก	98
3.3.4.1 พระราชบัญญัติจัดแจ้งการพิมพ์ พ.ศ. 2550	98
3.3.4.2 พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551	99
3.3.5 ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามสิ่งยั่วยุพฤติกรรมอันตราย	101
บทที่ 4 มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงของต่างประเทศ	109
4.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา	109

4.1.1	ขอบเขตของสื่อลามกตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา	110
4.1.2	กฎหมายควบคุมสื่อลามกของประเทศสหรัฐอเมริกา.....	114
4.1.2.1	ระดับสหพันธรัฐ (Federal Law).....	114
4.1.2.4	ระดับมลรัฐ (State Law).....	115
(1)	มลรัฐนิวยอร์ก	115
(2)	มลรัฐอริโซนา.....	117
4.2	ประเทศแคนาดา.....	118
4.2.1	ขอบเขตของสื่อลามกตามกฎหมายของประเทศแคนาดา	120
4.2.2	กฎหมายควบคุมสื่อลามกของประเทศแคนาดา	122
4.3	ประเทศอังกฤษ.....	123
4.3.1	ขอบเขตของสื่อลามกตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ	125
4.3.2	กฎหมายควบคุมสื่อลามกของประเทศอังกฤษ	127
4.3.3	กฎหมายควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงของประเทศอังกฤษ	128
4.4	ประเทศญี่ปุ่น.....	134
4.4.1	ขอบเขตของสื่อลามกตามกฎหมายประเทศญี่ปุ่น.....	135
4.4.2	กฎหมายควบคุมสื่อทางเพศของประเทศญี่ปุ่น	140
4.5	ประเทศเยอรมนี.....	140
4.5.1	กฎหมายควบคุมสื่อทางเพศของประเทศเยอรมนี	141
4.5.1.1	กรณีสื่อทางเพศทั่วไป.....	142
4.5.1.2	กรณีสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง	144
4.6	ประเทศสวีตเซอร์แลนด์	145
4.6.1	กฎหมายควบคุมสื่อทางเพศของประเทศสวีตเซอร์แลนด์	146
4.6.1.1	กรณีสื่อทางเพศทั่วไป.....	147
4.6.1.2	กรณีสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง	147

บทที่ 5 บทวิเคราะห์แนวทางกำหนดมาตรการทางอาญาเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง	149
5.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบการกระทำผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงในแต่ละประเทศ .	149
5.1.1 เปรียบเทียบการกระทำที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิด	149
5.1.2 เปรียบเทียบลักษณะของการกระทำที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิด.....	152
5.2 วิเคราะห์หลักเกณฑ์การกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง.....	158
5.2.1 การกระทำนั้นฝ่าฝืนคุณธรรมทางกฎหมาย	159
5.2.2 การกระทำนั้นมีเหตุผลเพียงพอที่จะใช้กฎหมายอาญามาจำกัดเสรีภาพของบุคคล ...	164
5.2.3 การไม่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดอาญาสร้างความเสียหายมากกว่าการมี กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดอาญา	174
5.2.4 การใช้กฎหมายอาญาเป็นตัวเลือกสุดท้ายที่เหมาะสม	176
5.3 วิเคราะห์แนวทางกำหนดการกระทำผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่เหมาะสมกับ ประเทศไทย.....	181
5.3.1 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ	182
5.3.2 ข้อพิจารณาขอบเขตของการควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่สอดคล้องกับ ประโยชน์สาธารณะของประเทศไทย	185
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	192
6.1 บทสรุป	192
6.2 ข้อเสนอแนะ	195
บรรณานุกรม.....	198
รายการอ้างอิง	199
ประวัติผู้เขียน	207

สารบัญตาราง

หน้า

ตารางที่ 1	สรุปขอบเขตการกระทำตามความหมายของสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง	44
ตารางที่ 2	เปรียบเทียบการกระทำที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง.....	152
ตารางที่ 3	เปรียบเทียบลักษณะของการกระทำที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงของแต่ละประเทศ.....	156
ตารางที่ 4	เปรียบเทียบความผิดกรณีการกระทำในทางส่วนตัวเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงของแต่ละประเทศ	158
ตารางที่ 5	เปรียบเทียบการกระทำเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่สมควรกำหนดเป็นความผิดตามหลักคุณธรรมทางกฎหมาย.....	164
ตารางที่ 6	เปรียบเทียบการกระทำเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่สมควรกำหนดเป็นความผิดตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการจำกัดเสรีภาพ.....	173
ตารางที่ 7	สรุปกระทำที่เกี่ยวข้องกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดอาญาเบื้องต้น	181

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

“สื่อลามก” (Obscenity) ตามความเข้าใจของบุคคลทั่วไปแล้วมักเข้าใจว่ามีความหมายเดียวกับ “สื่อทางเพศ” (Pornography) ซึ่งความจริงแล้ว “สื่อทางเพศ” คือ สื่อที่แสดงให้เห็นชัดเจนในพฤติกรรมทางเพศโดยทำขึ้นเพื่อเร้าความรู้สึกทางเพศแก่ผู้เสพ ส่วน “สื่อลามก” คือ สื่อทางเพศที่มีลักษณะขัดต่อมาตรฐานการยอมรับของสังคม (Obscenity Standards) “สื่อทางเพศ” และ “สื่อลามก” อาจไม่ใช่สิ่งเดียวกันเสมอไป กฎหมายไทยก็ไม่ได้เองก็ไม่ได้นิยามความหมายของ “สื่อลามก” ไว้ชัดเจน แต่สามารถสรุปความหมายได้จากการตีความที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลฎีกาว่า หมายถึง วัตถุใดๆที่สื่อความหมายในลักษณะน่าเกลียดน่าอายจากบาดสี แสดงไปในทางเลวทรามต่ำช้า มีลักษณะยั่วยุกามารมณ์¹ แสดงให้เห็นว่ามาตรฐานสื่อลามกตามกฎหมายของประเทศไทยนั้นเข้มงวดถึงขนาดว่าเพียงการแสดงออกให้เกิดการกระตุ้นความใคร่ทางกามารมณ์ย่อมถือเป็นสื่อลามก ดังนั้นการควบคุมสื่อลามกของประเทศไทยจึงไม่ได้ให้ความสำคัญถึงประเภทหรือเนื้อหาของสื่อทางเพศแต่อย่างใด กลายเป็นว่าสื่อใดที่แสดงออกทางเพศในลักษณะกระตุ้นความกำหนัดทางเพศล้วนถูกกำหนดให้เป็นสื่อลามกทั้งสิ้นและจะต้องถูกควบคุมตามหลักห้ามการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะเท่านั้น²

ประเทศตะวันตกที่เปิดเสรีสื่อทางเพศไม่ได้ตีความขอบเขตสื่อลามกเหมือนประเทศไทย โดยมองว่าการสร้างความใคร่ทางกามารมณ์ผ่านสื่อเป็นการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นรูปแบบหนึ่งที่ต้องได้รับความคุ้มครองตามหลักเสรีภาพ มุมมองของประเทศเหล่านี้เห็นว่าสิทธิในการเข้าถึงสื่อทางเพศเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในรูปแบบหนึ่งที่ประชาชนมีตามสมควร ดังนั้นจึงมีการอนุญาตให้บุคคลทั่วไปสามารถผลิต เผยแพร่ส่งต่อหรือครอบครองสื่อทางเพศได้อย่างถูกกฎหมาย แต่ก็มีไว้ว่าสื่อทางเพศจะเปิดเสรีอย่างไรขอบเขต ในหลายประเทศกำหนดให้การเปิดเผยแก่สาธารณะซึ่งสื่อทางเพศจะต้องกระทำในสถานที่ที่กำหนดไว้ หรือบางประเทศอาจควบคุมสื่อทางเพศด้วยการกำหนดห้ามบุคคลที่มีอายุไม่ถึงเกณฑ์เข้าถึงหรือกำหนดห้ามเฉพาะการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะ ส่วนการ

¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3510/2531

² โปรดดูหัวข้อ 5.1.2 รายละเอียดเกี่ยวกับการกระทำในทางส่วนตัวและการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะ

กระทำในทางส่วนตัว เช่น การผลิต การครอบครอง หรือการส่งต่อในทางส่วนตัว รัฐจะไม่เข้ามาแทรกแซงกับบุคคลซึ่งมีวุฒิภาวะตามหลัก “Adult and Alone³”

แม้การผลิต การส่งต่อ และการครอบครองสื่อทางเพศในทางส่วนตัวจะถือเป็นสิทธิส่วนบุคคลที่สามารถกระทำได้ แต่ปรากฏการณ์การควบคุมสื่อทางเพศในโลกเสรีเริ่มให้ความสำคัญกับสื่อทางเพศที่มีเนื้อหาต้องห้าม โดยเฉพาะอย่างยิ่งสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงกลายเป็นสิ่งผิดกฎหมายในหลายประเทศ เพราะหากยอมให้บุคคลทั่วไปสามารถเข้าถึงได้อย่างเสรีปราศจากการควบคุมแล้วย่อมส่งผลเสียต่อสังคม เช่น กระบวนการผลิตสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงมีการประกอบอาชญากรรมเข้ามาเกี่ยวข้อง การรับชมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงอาจก่อให้เกิดการกระตุ้นการเลียนแบบพฤติกรรมที่ปรากฏอยู่ในสื่อ อีกทั้งยังสร้างความเข้าใจและมุมมองทางเพศที่บิดเบือนต่อผู้รับชมโดยเฉพาะต่อเด็กและเยาวชนจนนำไปสู่การสร้างความพึงพอใจทางเพศด้วยการใช้ความรุนแรง ประกอบกับมีงานวิจัยจำนวนมากสนับสนุนว่าสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงส่งผลกระทบต่อทัศนคติและการเรียนรู้เกี่ยวกับพฤติกรรมทางเพศของบุคคล และในบริบทความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีไม่อาจปฏิเสธได้ว่าบุคคลทั่วไปรวมถึงเด็กและเยาวชนสามารถเข้าถึงสื่อทางเพศหรือสื่อลามกได้อย่างง่ายดาย อัตราการก่ออาชญากรรมทางเพศในสังคมก็มีแนวโน้มสูงขึ้นและรุนแรงมากขึ้นโดยสาเหตุปัจจัยหลักของกระทำผิดส่วนหนึ่งมาจากการเลียนแบบพฤติกรรมที่ปรากฏในสื่อเป็นหลัก

ประเทศที่เปิดเสรีสื่อทางเพศส่วนใหญ่ที่เห็นถึงปัญหาของสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงได้มีมาตรการทางกฎหมายอาญาเข้ามาควบคุม บางประเทศกำหนดให้สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นสื่อลามกเพราะการใช้ความรุนแรงที่ปรากฏในสื่อทางเพศเป็นสิ่งที่มาตรฐานของสังคมไม่อาจยอมรับได้ ดังนั้นสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงโดยสภาพแล้วย่อมเป็นสื่อลามกเสมอ ส่วนประเทศที่เปิดเสรีสื่อทางเพศบางประเทศที่ได้ยกเลิกกฎหมายสื่อลามก (Obscenity Law) ไปแล้วก็ยังบัญญัติกฎหมายเฉพาะให้สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นสิ่งผิดกฎหมายและต้องถูกควบคุมอย่างเข้มงวด ซึ่งขอบเขตของการควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงแต่ละประเทศมีจุดร่วมกันที่ห้ามการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะ ส่วนการควบคุมกระทำในทางส่วนตัวนั้นแต่ละประเทศก็มีมาตรการแตกต่างกันไป เช่น ห้ามผลิตหรือห้ามส่งต่อ บางประเทศได้ขยายขอบเขตไปถึงครอบครองภาพสื่อทางเพศรุนแรง (Extreme Pornography) ไว้เป็นความผิด และบางประเทศถึงขั้นกำหนดห้ามการกระทำในทางส่วนตัวทั้งหมดแม้แต่การบริโภคสื่อทางเพศใช้รุนแรงก็เป็นความผิดซึ่งลักษณะของการควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงของประเทศที่เปิดเสรีสื่อทางเพศจะอยู่ในระดับที่เข้มงวดกว่าสื่อทางเพศทั่วไป บางกรณีอาจควบคุมการกระทำในทางส่วนตัวเข้มงวดเทียบเท่ากับสื่อลามกอนาจารเด็ก แม้จะมีข้อ

³ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 15 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561), หน้า 220.

ถกเถียงถึงการละเมิดหลักเสรีภาพของบุคคลมากเกินไป แต่ก็แสดงให้เห็นว่าประเทศต่างๆ มีแนวทางตามกฎหมายเพื่อควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นการเฉพาะเพราะสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงได้สร้างผลเสียหายต่อสังคมมากกว่าสื่อทางเพศทั่วไป การยอมรับให้รัฐเข้ามาแทรกแซงเสรีภาพการแสดงออกทางเพศในลักษณะรุนแรงนี้ถือได้ว่ามีเหตุผลมารองรับ เช่น เหตุผลของการป้องกันความเสี่ยงต่อการเกิดอาชญากรรม เหตุผลของการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากสื่ออันตราย เหตุผลของการรักษาความปลอดภัยของผู้ที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง เหตุผลของการรักษาศีลธรรมทางเพศที่ไม่ให้เกิดการแสวงหาประโยชน์ทางเพศเกินสมควร และเหตุผลของการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งแต่ละเหตุผลย่อมส่งผลให้รัฐนำมาใช้กำหนดขอบเขตควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเข้มงวดมากขึ้นแตกต่างกันไป

ประเทศไทยเคยมีความพยายามผลักดันแบ่งแยกความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นความผิดเฉพาะนอกเหนือจากความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกทั่วไปโดยกระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์เป็นผู้ผลักดันร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามสิ่งชั่วพญาดุติกรรมอันตรายมาตั้งแต่ พ.ศ. 2549 เป็นต้นมาจนกระทั่งผ่านขั้นตอนการเสนอและพิจารณาร่างกฎหมายของสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ความพยายามดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าประเทศไทยเริ่มให้ความสนใจถึงปัญหาของสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงว่าเป็นสิ่งอันตรายต่อสังคม อย่างไรก็ตามกระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ได้ดำเนินการยุติการเสนอร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามสิ่งชั่วพญาดุติกรรมอันตรายไปแล้ว⁴ สถานการณ์ทางกฎหมายต่อการควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงของประเทศไทยจึงปรากฏอยู่ในกฎหมายควบคุมสื่อลามกทั่วไปตามประมวลกฎหมายอาญาและพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ซึ่งควบคุมเฉพาะการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะไม่แตกต่างไปจากสื่อลามกทั่วไป ตามหลัก “Adult and Alone” ส่งผลให้ผู้ที่มิใช่สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงไม่เกรงกลัวกฎหมายและอาศัยช่องว่างของกฎหมายที่ควบคุมเฉพาะการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะด้วยการเผยแพร่ในทางส่วนตัวหรือปล่อยให้มีการเข้าถึงสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงมากขึ้น

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาปัญหาของสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการทางอาญาเพื่อควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง โดยจะเสนอแนะแนวทางในการบัญญัติการกระทำผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงของไทยเพื่อยกระดับการควบคุมเนื้อหาของสื่อลามกประเภทใช้ความรุนแรงเพื่อควบคุมและป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นรุนแรงต่อสังคมไทย

⁴ หนังสือที่ พม. 0202/272

1.2 สมมติฐานของการวิจัย

การใช้มาตรการทางอาญาเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลในระดับรุนแรงที่สุด รัฐพึงใช้มาตรการทางอาญาเป็นวิธีสุดท้ายและต้องคำนึงถึงความได้สัดส่วนระหว่างสิทธิเสรีภาพของบุคคลกับการคุ้มครองประโยชน์ของส่วนรวมเป็นสำคัญ โดยหลักแล้วการควบคุมสื่อทางเพศรัฐจะห้ามเฉพาะการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะ แต่กรณีสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงซึ่งถือว่าเป็นสื่อลามกประเภทหนึ่งที่เป็นข้อยกเว้นให้รัฐสามารถเข้ามาแทรกแซงการกระทำในทางส่วนตัวของบุคคลได้ เนื่องจากสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงสร้างผลกระทบต่อสังคมอย่างร้ายแรง อีกทั้งสถานการณ์ปัจจุบันของประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นการเฉพาะและมาตรการควบคุมสื่อลามกทั่วไปที่นำมาปรับใช้กับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงยังไม่ครอบคลุมถึงการกระทำในทางส่วนตัว จึงจำเป็นต้องบัญญัติฐานความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเฉพาะแยกจากความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกทั่วไปด้วยการห้ามการกระทำในทางส่วนตัวให้ครอบคลุมทั้งการผลิต การส่งต่อและการครอบครอง และกำหนดให้การกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะจะต้องได้รับโทษหนักขึ้น

1.3 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1.3.1 เพื่อทราบถึงความเป็นมาและหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงของทั้งประเทศไทยและต่างประเทศ

1.3.2 เพื่อศึกษาเปรียบเทียบบทกฎหมายและเหตุผลของการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงของทั้งประเทศไทยและต่างประเทศ

1.3.3 เพื่อเข้าใจถึงปัญหาและช่องว่างทางกฎหมายของประเทศไทยที่ไม่มีมาตรการควบคุมทางกฎหมายอาญาเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง

1.3.4 เพื่อวิเคราะห์และค้นหาแนวทางในการบัญญัติกฎหมายกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดทางอาญา โดยนำการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงของต่างประเทศมาพิจารณาประกอบ เพื่อที่จะนำเสนอแนวทางกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงมาปรับใช้ให้สอดคล้องกับสภาพสังคมไทย

1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

งานวิจัยนี้มุ่งศึกษามาตรการทางกฎหมายอาญาเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง โดยศึกษาถึงแนวคิด ความเป็นมา ขอบเขตและเหตุผลในการบัญญัติกฎหมายอาญาเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ เพื่อวิเคราะห์หามาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมกับการนำมาปรับใช้ในการกำหนดความผิดอาญาอันจะเป็นแนวทางต่อการเสนอร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาให้มีความครอบคลุมถึงสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง

1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

งานวิจัยนี้ใช้รูปแบบวิธีวิจัยในลักษณะของการวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) จากแหล่งข้อมูลต่างๆ เช่น หนังสือ ตำราทางกฎหมาย บทบัญญัติของกฎหมาย บทความวิชาการ วารสารเกี่ยวกับกฎหมาย คำพิพากษาของศาล ตลอดจนงานวิจัยต่างๆ ข้อมูลทางสถิติและข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ เพื่อนำข้อมูลเหล่านี้มาวิเคราะห์เปรียบเทียบเชิงคุณภาพ (Qualitative Research)

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

1.6.1 ทำให้ทราบถึงความเป็นมาและหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงของทั้งประเทศไทยและต่างประเทศ

1.6.2 ทำให้ทราบบทกฎหมายและเหตุผลของการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงของทั้งประเทศไทยและต่างประเทศ

1.6.3 เพื่อให้เข้าใจถึงปัญหาและช่องว่างทางกฎหมายของประเทศไทยที่ไม่มีมาตรการควบคุมทางกฎหมายอาญาเกี่ยวกับสื่อทางลามกที่ใช้ความรุนแรง

1.6.4 เพื่อสามารถกำหนดแนวทางในการบัญญัติกฎหมายกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง โดยจะนำเสนอแนวทางการกำหนดความผิดที่เหมาะสมมาปรับใช้ให้สอดคล้องกับสภาพสังคมไทย

บทที่ 2

แนวความคิดและทฤษฎีในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง

การแสดงออกถึงกิจกรรมทางเพศหรือการเปิดเผยอวัยวะเพศของมนุษย์เป็นสิ่งที่พบเจอได้ในหลายอารยธรรมทั่วโลก ตั้งแต่ยุคก่อนประวัติศาสตร์จนถึงช่วงสมัยเมโสโปเตเมียมีการค้นพบวัตถุมากมายแสดงถึงการมีเพศสัมพันธ์ของมนุษย์ ในอารยธรรมอัสซีเลียนพบการแกะสลักรูปมนุษย์เพศชายยืนมีเพศสัมพันธ์กับมนุษย์เพศหญิงซึ่งกำลังนอนอยู่บนแท่นหินบุชา รวมทั้งยังพบเจอรูปสลักอวัยวะเพศชายและหญิงทำจากหินและดินเหนียวจำนวนมากซึ่งอาจสันนิษฐานได้ว่าทำขึ้นเพื่อใช้ในพิธีกรรมทางเพศ¹ ในอารยธรรมกรีกโบราณก็ปรากฏภาพทางเพศอยู่บนภาชนะดินเผาและรูปสลักต่างๆ ซึ่งอาจถือเป็นจุดเริ่มต้นของรูปแบบศิลปะที่มีเป้าหมายกระตุ้นความรู้สึกทางเพศ การสื่อเรื่องราวทางเพศของมนุษย์มีเรื่อยมาปรากฏขึ้นในอารยธรรมของมนุษย์ตามภูมิภาคต่างๆของโลกและพัฒนาไปตามยุคสมัย

การสื่อถึงเรื่องทางเพศเป็นสิ่งที่มนุษย์ให้ความสนใจมาอย่างยาวนานตั้งแต่มีการบันทึกประวัติศาสตร์ของมนุษยชาติ และเป็นเรื่องปกติที่เกิดขึ้นในทุกสังคมและเป็นเสรีภาพขั้นพื้นฐานของมนุษย์ในการแสดงออก (Freedom of Expression) อย่างหนึ่ง โดยปราศจากการขัดขวางหรือที่รู้จักกันอีกชื่อว่า เสรีภาพในการพูด (Freedom of Speech) อันเป็นหนึ่งในสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานซึ่งได้รับการยอมรับและรับรองในระดับสากล มนุษย์ทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะสื่อสารความคิดของตนเองผ่านการพูด การเขียน การแสดง ตลอดจนถ่ายทอดผ่านเสียงเพลง ภาพถ่าย ภาพเคลื่อนไหว และยังรวมถึงสิทธิในการเข้าถึงข้อมูล ความคิดเห็นที่ถูกเผยแพร่ของผู้อื่นด้วย

ตั้งแต่มีการประดิษฐ์คิดค้นการพิมพ์ สื่อทางเพศได้ถูกผลิตซ้ำและเผยแพร่ไปในวงกว้าง และด้วยความก้าวหน้าของมนุษย์ในการประดิษฐ์คิดค้นการบันทึกภาพและเสียง การถ่ายภาพและภาพในตัวมันเองมีคุณสมบัติที่จะถูกผลิตซ้ำได้อย่างรวดเร็ว ปัจจุบันสื่อทางเพศได้ถูกพัฒนาขึ้นในรูปแบบของการบันทึกทางอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งสามารถทำให้ปรากฏออกมาเป็นได้ทั้งภาพนิ่งและภาพเคลื่อนไหว ผลที่ตามมาจึงส่งเสริมให้กระบวนการผลิต เผยแพร่ และบริโภคสื่อทางเพศขยายตัวมากขึ้น ประกอบกับความก้าวหน้าในระบบเทคโนโลยีสารสนเทศและคอมพิวเตอร์ ทำให้การเชื่อมโยง แลกเปลี่ยน จัดเก็บ และเข้าถึงข้อมูลทำได้อย่างรวดเร็วในรูปแบบดิจิทัล โดยเฉพาะการส่งต่อเผยแพร่ข้อมูลผ่านอินเทอร์เน็ต ไม่ว่าจะโดยการดาวน์โหลดหรือการสตรีมมิง (Streaming เป็นระบบการส่ง

¹ Jeremy Black and Anthony Green, *God, Demon and Symbols of Ancient Mesopotamia: An Illustrated Dictionary* (London: British Museum press, 1992), pp. 151-152.

ไฟล์ภาพและเสียงผ่านทางอินเทอร์เน็ตซึ่งทำให้ผู้รับสามารถชมหรือไฟล์นั้นๆ ได้ทันทีโดยไม่ต้องดาวน์โหลดไฟล์) ทั้งในระบบ World Wide Web และระบบสื่อสารสังคมออนไลน์ได้ช่วยให้การเผยแพร่สื่อทางเพศขยายตัวออกไป สื่อทางเพศซึ่งแต่เดิมมีอยู่จำกัดในที่ลับกลับกลายเป็นว่าผู้คนจำนวนมากทุกเพศทุกวัยสามารถเข้าถึงได้โดยไม่มีข้อจำกัดทั้งด้านเวลาและสถานที่

ในสังคมตะวันตกซึ่งเปิดเสรีสื่อทางเพศนั้นโดยหลักแล้วการควบคุมสื่อทางเพศจะจำกัดขอบเขตเฉพาะสื่อที่แสดงการกระทำทางเพศที่มีลักษณะไม่เป็นที่ยอมรับของมาตรฐานสังคมหรือเรียกว่าสื่อลามก (Obscenity) แม้มาตรฐานการตีความการแสดงการกระทำทางเพศที่ปรากฏในสื่อทางเพศแบบใดมีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายสื่อลามกของแต่ละประเทศจะแตกต่างกัน แต่ประเทศที่เปิดเสรีสื่อทางเพศเห็นร่วมกันว่าสื่อทางเพศที่แสดงการกระทำทางเพศในลักษณะของการใช้ความรุนแรงไม่เป็นที่ยอมรับของสังคม สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงจึงถูกกำหนดว่าเป็นสื่อลามกอันต้องห้ามตามกฎหมาย ส่วนบางประเทศที่ไม่มีกฎหมายสื่อลามกก็ได้บัญญัติกฎหมายเพื่อควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นการเฉพาะเพราะเป็นที่ยอมรับกันแล้วว่าสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงได้สร้างผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อสังคม

บทที่ 2 ว่าด้วยแนวคิดและทฤษฎีในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงมีความมุ่งหมายจะศึกษาสภาพความเป็นมาของปัญหาเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงและแนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมสื่อทางเพศ เพื่อนำไปสู่การแสวงหาแนวควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงต่อไป ผู้วิจัยจะขอเริ่มต้นอธิบายถึงความหมายเบื้องต้นของสื่อ ความหมายของคำว่าสื่อทางเพศและสื่อลามกซึ่งจะเป็นการวางพื้นฐานความเข้าใจถึงแนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมสื่อทางเพศ ต่อมาจะศึกษาองค์ประกอบของสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงโดยเฉพาะอย่างยิ่งความรุนแรงที่ปรากฏในสื่อทางเพศที่จะต้องถูกควบคุมนั้นมีขอบเขตเพียงใดและจะหาเหตุผลของความจำเป็นที่จะต้องควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง ในตอนท้ายจะนำเสนอแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องต่อการกำหนดความผิดอาญาและการลงโทษเพื่อนำมาใช้วิเคราะห์และกำหนดมาตรการทางกฎหมายอาญาเพื่อควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงต่อไป

2.1 ความทั่วไปเกี่ยวกับสื่อ

ก่อนจะศึกษาถึงปัญหาและแนวทางควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง ผู้วิจัยขอเริ่มศึกษาถึงสื่อเป็นลำดับแรกก่อน เพราะการศึกษาถึงความหมาย ประเภท และสถานการณ์ของสื่อย่อมจะช่วยสร้างความเข้าใจถึงสภาพแวดล้อมของปัญหาเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงมากขึ้น

2.1.1 ความหมายของสื่อ

คำว่า "สื่อ" ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ได้ให้ความหมายของคำนี้ไว้ หมายถึง “ติดต่อให้ถึงกัน เช่น สื่อความหมาย, ชักนำให้รู้จักกัน หรือสิ่งที่ติดต่อให้ถึงกันหรือชักนำให้รู้จักกัน”

มาลี บุญศิริพันธ์² ได้นิยาม “สื่อ” (Media) หมายถึง “ตัวกลางหรือสื่อกลางระหว่างสิ่งมีชีวิตหรือสิ่งไม่มีชีวิต ทำหน้าที่เป็นพาหนะในการส่งผ่านสิ่งใดๆ ระหว่างสิ่งมีชีวิตและสิ่งไม่มีชีวิต ซึ่งอาจเป็นความรู้สึกรู้นึกคิด ท่าทาง ข้อมูลข่าวสาร คำพูดหรือในลักษณะกระแสไฟฟ้า คลื่นอากาศ ฯลฯ โดยสื่อจะมีบทบาทให้มนุษย์สามารถส่งผ่านสาร ทำให้เกิดความเข้าใจซึ่งกันและกันได้”

นอกจากนี้ คำว่า “สื่อ” ยังถูกนำไปใช้ผสมกับคำอื่นๆ จนเกิดเป็นความหมายใหม่ที่มีลักษณะเกี่ยวข้องกับความหมายเดิม เช่น

“สื่อมวลชน” หมายถึง สื่อกลางที่นำข่าวสาร สาร และเนื้อหาสาระทุกประเภทไปสู่มวลชน เช่นหนังสือพิมพ์ วิทยุ โทรทัศน์ และภาพยนตร์, นักข่าว นักหนังสือพิมพ์ เป็นต้น สามารถเทียบเคียงได้กับคำว่า "mass media" ในภาษาอังกฤษ ซึ่งหมายถึง วิธีการติดต่อสื่อสารที่เข้าถึงผู้คนจำนวนมากในเวลาอันสั้น เช่น โทรทัศน์ หนังสือพิมพ์ นิตยสาร วิทยุ³

“การสื่อสาร” หมายถึง การนำถ้อยคำ ข้อความ จากบุคคลหนึ่งหรือสถานที่หนึ่งไปยังอีกบุคคลหนึ่งหรืออีกสถานที่หนึ่ง ตรงกับคำว่า "Communication" ในภาษาอังกฤษ หมายถึง การส่งหรือการแลกเปลี่ยนข้อมูลโดยการพูด การเขียน การใช้ตัวกลางอื่นใด หรือวิธีการส่งหรือรับข้อมูล เช่น สายโทรศัพท์หรือคอมพิวเตอร์⁴ โดยมาลี บุญศิริพันธ์⁵ ได้ให้คำจำกัดความ “การสื่อสาร” ไว้ว่า “กระบวนการต่อเนื่องในการถ่ายทอดข้อมูล ข่าวสาร ความคิด และ/หรือ ทักษะคิดจากบุคคลหนึ่งไปสู่อีกบุคคลหนึ่ง”

² นิธิตา แสงสิงแก้ว, สื่อ สาร และผู้คน ในสังคมที่เปลี่ยนแปลง (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561), หน้า 12.

³ “the means of communication that reach large numbers of people in a short time, such as television, newspapers, magazines, and radio.”

⁴ “The imparting or exchanging of information by speaking, writing, or using some other medium or Means of sending or receiving information, such as telephone lines or computers.”

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 18.

“การสื่อสารมวลชน” หมายถึง กระบวนการติดต่อสื่อสารสู่มวลชนโดยส่งสารผ่านสื่อมวลชน สามารถเทียบเคียงได้กับคำว่า "Mass Communication" ในภาษาอังกฤษ ซึ่งหมายถึง การส่งหรือการแลกเปลี่ยนข้อมูลในระดับกว้างสู่ประชาชน⁶

จากการให้นิยามและความหมายใกล้เคียงของ “สื่อ” ข้างต้น สามารถสรุปได้ว่า “สื่อ” หมายถึง สิ่งที่น่าเสนอข้อมูลต่างๆ จากบุคคลหนึ่งไปสู่การรับรู้แก่อีกบุคคลหนึ่ง

2.1.2 ประเภทของสื่อ

การแบ่งประเภทของสื่อ นักวิชาการได้แบ่งไว้หลายรูปแบบ ได้แก่

1) สื่อสิ่งพิมพ์และสื่ออิเล็กทรอนิกส์

1.1) สื่อสิ่งพิมพ์ (Printed Media) ได้แก่ หนังสือพิมพ์ นิตยสาร หนังสือภาพถ่าย

1.2) สื่ออิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Media) ได้แก่ วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ ภาพยนตร์

2) สื่อดั้งเดิมและสื่อใหม่

2.1) สื่อดั้งเดิม (Traditional Media) หมายถึง สื่อมวลชนที่มีมาแต่ดั้งเดิมที่เข้าถึงผู้รับข่าวสารได้คราวละมากๆ ในลักษณะของการสื่อสารแบบทางเดียว อาจจัดได้ว่าเป็นสื่อเก่า ได้แก่ สื่อสิ่งพิมพ์ สื่อวิทยุกระจายเสียง สื่อโทรทัศน์ และสื่อภาพยนตร์

2.2) สื่อใหม่ (New Media) หมายถึง สื่อมวลชนที่เกิดขึ้นใหม่จากการหลอมรวมเทคโนโลยีการสื่อสาร 3 กลุ่มหลัก ได้แก่ การพิมพ์ (Printing) การแพร่ภาพและกระจายเสียง (Broadcast) และการสื่อสารโทรคมนาคมและคอมพิวเตอร์ (Information and Communication) เข้าไว้ด้วยกัน นำไปสู่การเกิดขึ้นของสื่อชนิดใหม่ซึ่งเรียกว่า มัลติมีเดีย (Multimedia) ทำให้ผู้รับสารสามารถรับรู้เป็นวงกว้างได้อย่างรวดเร็วและชัดเจนไม่จำกัดอยู่ในวงแคบเหมือนสื่อดั้งเดิม สื่อใหม่ ได้แก่

2.2.1) สื่อออนไลน์ (Online Media) หมายถึง สื่อที่ผู้ส่งสารสามารถแบ่งปันสารซึ่งอยู่ในรูปแบบต่างๆ ไปยังผู้รับสารผ่านเครือข่ายออนไลน์ เป็นสื่อเข้าถึงได้ตลอดเวลา โต้ตอบกับผู้รับสารได้ทันที มีความสามารถจัดเก็บสารสนเทศได้ง่าย ผ่านเครือข่าย

⁶ “The imparting or exchanging of information on a large scale to a wide range of people.”

อินเทอร์เน็ต เอ็กซ์ทราเน็ต (Extranet) การส่งข้อความ (SMS,MMS) กระดานข่าวเพื่อเน้นการมีส่วนร่วมในพื้นที่สาธารณะ (Web Board) หรือพื้นที่ส่วนตัวที่บุคคลทั่วไปเข้ามารับข้อมูลและแสดงความคิดเห็นได้ (Blog)

2.2.2) สื่อดิจิทัล (Digital Media) หมายถึงสื่อที่อาศัยเทคโนโลยีความก้าวหน้าทางด้านคอมพิวเตอร์เข้ามาช่วยให้ข้อมูลที่เป็นสื่อต่างๆ มาแปลงสภาพและเชื่อมโยงเข้าด้วยกันเพื่อประโยชน์ในการใช้งาน มีองค์ประกอบพื้นฐาน 5 ชนิด⁷ ดังนี้

2.2.2.1) ข้อความ (Text) เป็นส่วนใช้แสดงเนื้อหา รายละเอียดที่น่าเสนอ รวมถึงกำหนดลักษณะของการปฏิสัมพันธ์ในระหว่างการนำเสนอซึ่งข้อความมีรูปแบบที่หลากหลาย ได้แก่ ข้อความที่ได้จากการพิมพ์ ข้อความจากการสแกน ข้อความไฮเปอร์เท็กซ์ (Hypertext) ซึ่งเป็นข้อความหรือกลุ่มของข้อความที่ถูกเชื่อมโยงเข้าด้วยกัน หากนำมาเชื่อมโยงกับการใช้ภาพนิ่งและวิดีโอ จะเรียกกันว่า ไฮเปอร์มีเดีย (Hypermedia)

2.2.2.2) เสียง (Audio) ซึ่งถูกจัดเก็บอยู่ในรูปของสัญญาณดิจิทัล สามารถเล่นซ้ำกลับไปมาได้ โดยใช้โปรแกรมที่ออกแบบมาสำหรับงานทางด้านเสียง เสียงยังเป็นองค์ประกอบสำคัญของมัลติมีเดียซึ่งสามารถนำเข้าเสียงผ่านทางไมโครโฟน แผ่นซีดี ดีวีดี เทป และวิทยุ เป็นต้น

2.2.2.3) ภาพนิ่ง (Still Image) เป็นภาพที่ไม่มีการเคลื่อนไหว เช่น ภาพถ่าย ภาพวาด ลายเส้น สามารถถ่ายทอดความหมายได้ลึกซึ้งกว่าข้อความ ซึ่งข้อความอาจมีข้อจำกัดทางด้านภาษาของผู้รับสาร แต่ภาพนิ่งสามารถสื่อความหมายได้กับทุกชนชาติ โดยภาพนิ่งมักจะปรากฏอยู่บนสื่อชนิดต่างๆ เช่น โทรทัศน์ หนังสือพิมพ์ เป็นต้น

2.2.2.4) ภาพเคลื่อนไหว (Animation) เป็นภาพกราฟิกที่มีการเคลื่อนไหวเพื่อแสดงขั้นตอนหรือปรากฏการณ์ต่างๆ ที่เกิดขึ้นอย่างต่อเนื่อง เพื่อสร้างสรรค์จินตนาการให้เกิดแรงจูงใจจากผู้รับชม

2.2.2.5) วิดีโอ (Video) เป็นองค์ประกอบของของมัลติมีเดียที่สำคัญมาก วิดีโอในระบบดิจิทัลสามารถนำเสนอข้อความหรือรูปภาพ ประกอบกับเสียงได้อย่างสมบูรณ์มากกว่าองค์ประกอบชนิดอื่นๆ

⁷ ไพฑูรย์ มະณู, สื่อดิจิทัล (Digital Media) [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 24 ธันวาคม 2561. แหล่งที่มา:

2.2.3) สื่ออินเทอร์เน็ต (Internet Media) หมายถึงสื่อที่อาศัยเครือข่ายคอมพิวเตอร์หรืออินเทอร์เน็ตเป็นช่องทางการสื่อสาร โดยเชื่อมโยงเป็นเครือข่าย การเชื่อมโยงสามารถใช้การสื่อสารมวลชนทั้งแบบใช้สายและแบบไร้สาย สื่ออินเทอร์เน็ตเป็นได้ทั้งสื่อส่วนบุคคลหรือสื่อมวลชน มีลักษณะไร้พรมแดน เป็นการสื่อสารแบบสองทาง และเป็นสื่อมัลติมีเดียในตัวเอง

2.1.3 สถานการณ์เกี่ยวกับสื่อ

ปฏิเสธไม่ได้ว่าสื่อใหม่โดยเฉพาะสื่ออินเทอร์เน็ตมีอิทธิพลต่อการรับรู้ของบุคคลในยุคปัจจุบัน แม้สื่ออินเทอร์เน็ตกับสื่อแบบดั้งเดิม (สิ่งพิมพ์ วิทยุ) จะมีเนื้อหาที่ไม่ต่างกันนัก แต่ความแตกต่างจะอยู่ที่วิธีการรับหรือการเข้าถึงข้อมูลและการแพร่กระจายของข้อมูลเป็นหลักซึ่งสื่ออินเทอร์เน็ตนั้นสามารถแพร่กระจายได้ง่ายและมีค่าใช้จ่ายน้อยกว่าสื่อแบบดั้งเดิมมาก กลุ่มผู้บริโภคสื่อแบบดั้งเดิมก็เปลี่ยนมาใช้ช่องทางอินเทอร์เน็ตมากขึ้น ดังนั้นสถานการณ์ของสื่อแบบดั้งเดิมที่ปรากฏในรูปแบบของสื่อเก่าก็ได้พัฒนาไปปรากฏในรูปแบบสื่อใหม่โดยเฉพาะช่องทางสื่ออินเทอร์เน็ต ดังนั้นสื่อทางเพศจึงปรากฏอยู่ในสื่ออินเทอร์เน็ตเป็นหลักและด้วยเหตุที่สื่อทางเพศทางอินเทอร์เน็ตเป็นสื่อที่สามารถเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารได้อย่างรวดเร็ว อีกทั้งยังเปิดโอกาสคนทุกเพศทุกวัยที่อยากรู้เห็นเรื่องเพศไม่ว่าจะเป็นแบบธรรมดาหรือแปลกพิสดารวิถิต่างๆ ก็สามารถค้นหาพบเจอได้ไม่ยาก⁸ และมีกลุ่มผู้บริโภคหน้าใหม่ที่อยากรู้ อยากเห็น เข้ามาเพิ่มเสมอ โดยเครื่องมือหรือช่องทางอินเทอร์เน็ตที่ผู้ใช้สามารถแพร่กระจายสื่อทางเพศทางอินเทอร์เน็ตมีดังนี้

“ช่องข่าว” (Newsgroup) เป็นสถานที่นัดพบหรือแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสื่อทางเพศ ไม่ว่าจะบนเว็บไซต์ และภาพลามกต่างๆ

“เว็บไซต์” (Website) เป็นช่องทางซื้อขายแลกเปลี่ยนภาพลามกขนาดใหญ่ มีทั้งแบบเสียค่าบริการและแจกฟรี ช่องทางนี้มีสื่อทางเพศใหม่ๆ มานำเสนอตลอดเวลาและมักจะเป็นช่องทางธุรกิจที่สำคัญของประเทศที่สื่อทางเพศเป็นสิ่งถูกกฎหมาย

“อีเมล” (Email) เป็นระบบไปรษณีย์ที่ผู้ใช้สามารถแนบสื่อทางเพศไปกับจดหมายได้

นอกจากนี้ยังมีโปรแกรมและอุปกรณ์สนับสนุนสื่อทางเพศทางอินเทอร์เน็ตอื่นๆ เข้ามาเกี่ยวข้องด้วย เช่น กล้องถ่ายภาพขนาดเล็ก (Webcam) โปรแกรมสำหรับตกแต่ง

⁸ โสมนัส เจือศรีกุล, “มาตรการควบคุมต่อต้านสื่อลามกเด็ก,” (วิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิเทศศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 17.

ดัดแปลงภาพ (Graphic and Morphing Software) และโปรแกรมตั้งรหัสลับเพื่อป้องกันการตรวจสอบ (Encryption Software) เป็นต้น

โสมนัส เจือศรีกุล ได้สรุปถึงสถานการณ์ของสื่อทางเพศทางอินเทอร์เน็ตซึ่งเป็นที่นิยมในปัจจุบันด้วยเหตุผลดังนี้⁹

1) ง่ายต่อการเข้าถึง การผลิต และการจัดจำหน่ายทั้งในประเทศและตลาดโลก

ด้านผู้บริโภคสื่อทางเพศมีความสามารถเข้าชมและพิมพ์ภาพสื่อทางเพศได้ทันที และยังสามารถบรรจุกภาพต่างๆ ที่ตนมีไม่ว่าจะเป็นภาพถ่ายหรือภาพจากหนังสือลงในคอมพิวเตอร์ได้อย่างง่ายดายโดยใช้สแกนเนอร์หรือกล้องถ่ายภาพในมือถือ ซึ่งเป็นเทคโนโลยีที่สามารถเปลี่ยนภาพเป็นข้อมูลดิจิทัลที่นำมาจัดเก็บไว้ในไฟล์หรือฮาร์ดดิสก์ได้ โดยภาพที่ได้มีความละเอียดคมชัดสมจริง และตัวเครื่องก็มีราคาถูกลงทุกที ส่วนด้านผู้ผลิตสื่อทางเพศมีความสามารถบรรจุกภาพสื่อทางเพศจำนวนมากลงในแผ่นดิสก์ขนาดเล็ก แฟลชไดรฟ์ (Flash Drive) หรือจะส่งให้ผู้บริโภคทางอินเทอร์เน็ตก็ได้ ซึ่งเป็นวิธีการที่ง่ายและสะดวกกว่าการส่งทางไปรษณีย์ และไม่ว่าจะทำซ้ำกี่ครั้งก็สามารถให้ผลที่ไม่ต่างไปจากต้นฉบับ ต่างจากการอัดภาพจากฟิล์มซึ่งมักจะเก่าไปตามกาลเวลาซึ่งส่งผลต่อคุณภาพ และที่สำคัญผู้ผลิตและผู้บริโภคสามารถเข้าถึงกันได้ง่ายขึ้นสามารถขยายตลาดไปได้อย่างไม่มีที่สิ้นสุด

2) การใช้นามแฝง (Anonymity)

ผู้ใช้บริการไม่ต้องกังวลว่าข้อมูลส่วนตัวจะถูกเปิดเผย จึงไม่ต้องระมัดระวังตัวเองมากนักต่อการเสนอข้อความ ความคิดเห็น และเผยแพร่สื่อต่างๆ ทางอินเทอร์เน็ต

3) ความสามารถอันจำกัดของการสืบค้นกรณีที่มีการสร้างรหัสลับ (Encryption)

ระบบควบคุมความปลอดภัยของเว็บไซต์ที่นิยมใช้มากที่สุดคือ การให้ผู้เข้าใช้ลงทะเบียนข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อรับรหัสผ่านในการเข้าถึงข้อมูลต่างๆ ภายในเว็บไซต์ ซึ่งผู้ประกอบการถือว่าเป็นข้อมูลส่วนบุคคลและเป็นการคัดเลือกตรวจสอบผู้ใช้บริการในทางหนึ่ง อีกทั้งยังเป็นการป้องกันไม่ให้คุณค่าภายนอกเข้าถึงเนื้อหาต่างๆ ที่ล่อแหลมต่อการละเมิดกฎหมายได้โดยง่าย โดยโปรแกรมรหัสลับนี้ใช้สำหรับล็อกแฟ้มข้อมูลหรือข้อความเอาไว้เพื่อให้เปิดได้เฉพาะในหมู่ผู้ที่มีโปรแกรมชนิดเดียวกันหรือมีรหัสผ่าน (Password)

4) การแพร่กระจายขยายสาขาของสื่อทางเพศแบบใหม่

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 21-24.

เนื่องจากสภาวะนิรนามทำให้เกิดปริมาณของผู้บริโภคหน้าใหม่เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว เพราะไม่ต้องใช้ความพยายามออกไปซื้อสื่อทางเพศแบบดั้งเดิม เพียงแค่มีอุปกรณ์เชื่อมต่อกับ อินเทอร์เน็ตก็สามารถรับสื่อทางเพศได้ตลอดเวลาและสถานที่อย่างง่ายดาย นอกจากนี้ยังสามารถหาสื่อทางเพศรูปแบบใหม่ที่มีการกระทำทางเพศผิดปกติได้ไม่ยาก อีกทั้งยังมีสื่อทางเพศที่ผลิตจาก คอมพิวเตอร์กราฟิกโดยไม่จำเป็นต้องใช้ตัวแสดงที่เป็นมนุษย์ที่มีตัวตนจริงมาแสดงอีกด้วย

2.2 ความหมายของคำว่าสื่อทางเพศและสื่อลามก

เมื่อ “สื่อ” คือ สิ่งที่น่าเสนอข้อมูลต่างๆ จากบุคคลหนึ่งไปสู่การรับรู้แก่อีกบุคคลหนึ่ง “สื่อทางเพศ” จึงมีความหมายได้ว่า สิ่งที่น่าเสนอข้อมูลต่างๆ เกี่ยวกับเรื่องทางเพศ และตามความเข้าใจของบุคคลทั่วไปที่เห็นว่า “สื่อทางเพศ” มีความหมายเดียวกับ “สื่อลามก” นั้นอาจเป็นความเข้าใจที่ไม่ถูกต้องนัก แม้ “สื่อลามก” เป็นสิ่งที่น่าเสนอเกี่ยวกับเรื่องทางเพศเหมือนกับ “สื่อทางเพศ” ก็ตาม แต่ผู้วิจัยขออธิบายว่า “สื่อทางเพศ” และ “สื่อลามก” มีจุดแตกต่างบางประการซึ่งจะส่งผลกระทบต่อแนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมสื่อทางเพศในหัวข้อต่อไป

2.2.1 สื่อทางเพศ (Pornography)

คำว่า “Pornography” ในภาษาไทยเรียกว่า “สื่อทางเพศ” หรืออาจเรียกได้อีกว่า “สื่อโป๊” มีที่มาจากศัพท์ภาษากรีกคือคำว่า “Porni” แปลว่า “Prostitute” (โสเภณี) กับคำว่า “Graphein” แปลว่า “to write” (เขียน) รวมแล้วหมายถึง “บันทึกเรื่องราวชีวิตของโสเภณีและลูกค้า”¹⁰ แต่ปัจจุบันนี้ คำว่า “สื่อทางเพศ” ไม่ได้มีนิยามการใช้เหมือนดังอดีตที่หมายถึงผลงานศิลปะหรือวรรณกรรมใดๆ ที่ได้วาดหรือบรรยายถึงชีวิตของบรรดาโสเภณีอีกต่อไป

สำหรับคำนิยามทางภาษาศาสตร์นั้น คำว่า “โป๊” ตามความหมายของพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน หมายถึง “เปลือย, หรือค่อนข้างเปลือย มีเจตนาเปิดเผยอวัยวะบางส่วนที่ควรปกปิด เช่น แต่งตัวโป๊” ดังนั้น คำว่า “สื่อทางเพศ” หรือ “สื่อโป๊” จึงหมายถึง สื่อที่น่าเสนอภาพหรือเรื่องราวทางเพศอย่างชัดแจ้ง และเมื่อเทียบเคียงกับความหมายของคำว่า “Pornography” ตาม Oxford Dictionary หมายถึง “สื่อสิ่งพิมพ์หรือสื่อทัศนศาสตร์ที่มีการพรรณนาหรือแสดงภาพอวัยวะหรือการกระทำทางเพศอย่างชัดแจ้งในลักษณะตั้งใจก่อให้เกิดความตื่นเต้นทางเพศ”¹¹

¹⁰ Harford Montgomery Hyde, *A History of Pornography* (London: Heinemann, 1964), p. 1.

¹¹ "printed or visual material containing the explicit description or display of sexual organs or activity, intended to stimulate sexual excitement."

จากความหมายของ “สื่อทางเพศ” ข้างต้น จะเห็นได้ว่าองค์ประกอบสำคัญของ “สื่อทางเพศ” นั้นจะต้องมีการนำเสนอการเปลือยกายหรือการเปิดเผยอวัยวะที่ถือว่าควรปกปิดและรวมไปถึงการนำเสนอการกระทำทางเพศอย่างเปิดเผย¹² ซึ่งการนำเสนอจะต้องมีความมุ่งหมายเพื่อกระตุ้นความรู้สึกทางเพศเป็นสำคัญ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วเนื้อหาของ “สื่อทางเพศ” จะแสดงให้เห็นถึง “การกระทำทางเพศ” ของบุคคลหรือระหว่างบุคคลเป็นหลัก

คำว่า “การกระทำทางเพศ” หมายถึง พฤติกรรมทางเพศที่แสดงออกเพื่อบับัดความปรารถนาทางเพศซึ่งอาจเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือไม่ก็ได้ โดยหลักสากลแล้วการประกอบกิจกรรมทางเพศซึ่งเกี่ยวข้องกับผู้อื่น ผู้หนึ่งจะต้องยินยอมหรือสมัครใจให้กระทำการนั้น หากไม่แล้วจะถือเป็นการใช้ความรุนแรงทางเพศหรือการประทุษร้ายทางเพศได้ ซึ่งการกระทำทางเพศอาจจำแนกประเภทของการมีบุคคลเข้ามาเกี่ยวข้องออกเป็น 2 กลุ่ม ดังนี้

1) กลุ่มที่ไม่มีบุคคลอื่นมาเกี่ยวข้อง¹³

เป็นการกระทำทางเพศเพื่อบับัดความต้องการทางเพศที่ไม่มีบุคคลอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องโดยตรง อาจเป็นการกระทำต่อตนเองเช่น การสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง การเสกสื่อทางเพศหรือการกระทำทางเพศต่อสิ่งอื่นๆ เช่น กระทำชำเราศพ กระทำชำเราสัตว์

2) กลุ่มที่มีบุคคลอื่นเข้ามาเกี่ยวข้อง¹⁴

2.1) กลุ่มที่ไม่มีการสัมผัสจับต้องบุคคลอื่น

การแสดงพฤติกรรมทางเพศที่ไม่มีการสัมผัสจับต้องบุคคลอื่นผู้อื่น โดยตรงอาจจะเป็นสิ่งผิดกฎหมายได้ เช่น การกระทำทางเพศในลักษณะของการแสดงออกอันไม่สมควรหรือลามก (Indecent Exposure) การคุกคามทางเพศที่กระทำโดยกิริยาท่าทางหรือโดยวาจา (Sexual Harassment) การทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศ (Sexual Humiliation) ถ้ามอง (Voyeurism) ทั้งที่เป็นการแอบดูด้วยตาหรืออัดภาพหนือเสียงไว้ (Video Voyeurism) การเฝ้าติดตาม (Stalking) และที่ร้ายแรงเป็นพิเศษคือการบังคับให้ผู้อื่นเปิดเผยของสงวนหรือประกอบกิจกรรมทางเพศทั้งต่อตัวเองหรือบุคคลที่สามให้ดูหรือถ่ายภาพบันทึกไว้

¹² จอมพล พัทธ์สันตโยธิน, “ภาพโป๊: กฎหมายสื่อลามกและศีลธรรม,” วารสารสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยนครสวรรค์ 12, 1 (2559): 81.

¹³ คนพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 3: ลักษณะ 1 ถึง ลักษณะ 9 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561), หน้า 553.

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 554.

2.2) กลุ่มที่มีการสัมผัสจับต้องบุคคลอื่น

การแสดงพฤติกรรมทางเพศที่มีการสัมผัสจับต้องบุคคลอื่นสามารถจำแนกได้สองระดับ คือ การสัมผัสจับต้องร่างกาย (Touching/Contact) และการล่วงล้ำเข้าไปในร่างกาย (Penetration)

การกระทำทางเพศยังสามารถจำแนกลักษณะของการกระทำได้ ดังนี้

1) การกระทำอนาจาร (Indecent Act)

หมายถึง การกระทำไม่สมควรในทางเพศซึ่งจะต้องกระทำโดยมีเจตนาในทางเพศ เช่น กอดจูบ ลูบคลำ และเนื้อต้องตัวร่างกายของผู้อื่น รวมถึงการทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศด้วย¹⁵ และไม่ว่าจะเป็นการกระทำต่อเพศเดียวกันหรือผู้บรรลุนิติภาวะแล้วย่อมเป็นการกระทำไม่สมควรในทางเพศทั้งสิ้น การกระทำอนาจารนั้นให้พิจารณาการกระทำที่ปรากฏออกมาภายนอกเป็นสำคัญ หากคนทั่วไปเห็นว่าไม่สมควรในทางเพศก็เป็นอนาจารได้ แม้ผู้กระทำจะมีได้กระทำเพื่อความใคร่หรือกามารมณ์ก็ตาม ขณะเดียวกันหากการกระทำที่ปรากฏออกมาภายนอกนั้นไม่ใช่การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ กล่าวคือคนทั่วไปเห็นว่าผู้กระทำมิได้มีความมุ่งหมายในทางความใคร่หรือกามารมณ์ก็ไม่เป็นอนาจาร¹⁶ เช่น แพทย์ตรวจร่างกายภายในหญิงเพื่อตรวจโรค แม้ขณะนั้นแพทย์จะมีความรู้สึกทางเพศขึ้นมาก็ไม่เป็นอนาจาร เป็นต้น

การกระทำต่างๆ ที่ถือว่าเป็นเป็นการกระทำอนาจารมีตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาวางหลักไว้ดังนี้

- การกอดจูบลูบคลำร่างกายของหญิงหรือชายเป็นการแสดงความใคร่ในทางเพศ ต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวของบุคคลโดยตรง ซึ่งการกระทำดังกล่าวย่อมถือเป็นความประพฤติน่าอับอายนอกกริตนอกแบบอยู่แล้ว จะกระทำในที่รโหฐานหรือสาธารณสถานก็หาไม่ผลแตกต่างกันไม่¹⁷

¹⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 4836/2547

¹⁶ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: กรุงเทพฯ พับลิชชิ่ง, 2557), หน้า 461.

¹⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 1627/2539

- การจับแขนหญิงดึงเพื่อให้ไปกับจำเลยบนร้านกาแฟซึ่งขณะนั้นมีคนมากหน้าหลายตา เป็นการใช้อำนาจด้วยกำลังกระทำอนาจาร โดยทำให้เกิดอับอายขายหน้าต่อประชาชนที่นั่น¹⁸

2) การกระทำชำเรา (Sexual Intercourse)

หมายถึง การร่วมประเวณี มีทั้งการร่วมประเวณีที่ถูกต้องตามทำนองคลองธรรมหรือผิดทำนองคลองธรรมอันเป็นความผิดกฎหมายก็ได้ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสอง และมาตรา 277 วรรคสองซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 26) พ.ศ. 2560 ได้ให้ความหมายของคำว่า “การกระทำชำเรา” ไว้หมายความว่า “การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น”

คำว่า “กระทำกับ” ตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสองซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 26) พ.ศ. 2560 ศาลฎีกามีหลักการตีความว่าการกระทำชำเราจะต้องมีลักษณะของการล่วงล้ำ (Penetration) กล่าวคือ ต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศของผู้กระทำเข้าไปในอวัยวะเพศของอีกฝ่าย และการกระทำชำเราไม่เป็นการกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นก็ต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศหรือสิ่งอื่นใดให้ล่วงล้ำเข้าไปเช่นกัน มิฉะนั้นแล้วเพียงการสัมผัสภายนอกก็จะเป็นการกระทำชำเราไปเสียหมด¹⁹ ดังนั้นกรณีที่อวัยวะของผู้กระทำโดยสภาพไม่อาจล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นได้ เช่น หญิงใช้อวัยวะเพศกระทำกับ อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของอีกฝ่ายไม่ว่าเพศชายหรือหญิง หรือกรณีผู้กระทำใช้สิ่งอื่นใด เช่น ปาก หรือวัตถุอื่น กระทำกับอวัยวะเพศชายของอีกฝ่าย ไม่ถือเป็นการกระทำชำเราเพราะไม่มีการใช้อวัยวะเพศหรือสิ่งอื่นใดรุกล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของอีกฝ่ายแต่อย่างใด แต่ถือได้ว่าเป็นการกระทำอนาจาร

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 ซึ่งผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 28 พฤษภาคม พ.ศ. 2562 เป็นต้นไป มีการแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาในส่วนบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยตัดบทนิยามคำว่า “การกระทำชำเรา” ที่กำหนดอยู่ในมาตรา 276 วรรคสอง และมาตรา 277 วรรคสองเดิมและนำมากำหนด

¹⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 569/2479

¹⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5448/2557

ไว้ในมาตรา 1 (18) แทน²⁰ เพื่อให้มีความชัดเจนและสอดคล้องกับลักษณะของการกระทำชำเราตาม ธรรมชาติซึ่งสอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกา ทำให้ “การกระทำชำเรา” มีขอบเขตเฉพาะ กรณีการใช้วัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก และช่องปากของผู้อื่นเท่านั้น²¹ ดังนั้น “การกระทำชำเรา” ตามกฎหมายในขณะนี้จึงไม่หมายความรวมถึงการใช้สิ่งอื่นใดล่วงล้ำเข้าไป ในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นอีกต่อไป แต่ถือว่าเป็นความผิดฐานอนาจารในลักษณะร้ายแรงที่ ผู้กระทำต้องได้รับโทษหนักขึ้นในมาตรา 278 วรรคสอง และมาตรา 279 วรรคสี่และวรรคห้า²² หรือ เรียกกันได้ว่า “การกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำ” เนื่องจากการใช้วัตถุอื่นใดล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะ เพศหรือทวารหนักของผู้อื่นมีผลร้ายแรงเทียบเท่ากับการกระทำชำเรา โดยมีการกำหนดโทษให้เท่ากับ กับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราบุคคลตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง และฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก ตามมาตรา 277 วรรคหนึ่งและวรรคสองแล้วแต่กรณี

3) การกระทำเพื่อสนองความใคร่ (Gratify the Sexual Desire)

หมายถึง แสดงความพอใจในทางเพศ เป็นการกระทำใดๆ โดยมีเจตนา ในทางเพศ อาจปรากฏได้ในรูปแบบอื่นนอกเหนือไปจากการกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจารก็ได้ เช่น การทำร้ายผู้อื่นเพื่อบำบัดความต้องการทางเพศของมนุษย์ เมื่อผู้กระทำเห็นผู้อื่นถูกทำร้ายจะ เกิดการกระตุ้นทางเพศและมีความสุขในการกระทำนั้น

4) การข่มขืนกระทำชำเรา (Sexual Assault, Rape)

หมายถึง การกระทำชำเราบุคคลอื่นโดยอีกฝ่ายหนึ่งไม่สมัครใจ ซึ่งสามารถ เทียบเคียงได้กับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคแรก ที่เป็นการกระทำชำเราโดยขู่เชิญด้วย ประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือโดยทำให้ผู้อื่น นั้นเข้าใจผิดว่าตนเองเป็นบุคคลอื่น

5) การคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment)

²⁰ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 มาตรา 4

²¹ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 มาตรา 3 กำหนดนิยามคำว่า “การกระทำชำเรา” หมายความว่า “กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือ ช่องปากของผู้อื่น”

²² พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 มาตรา 8 และมาตรา 9

“ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะ เพศหรือทวารหนักของบุคคลนั้น ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท”

หมายถึง การบังคับบุคคลในเรื่องเกี่ยวกับพฤติกรรมทางเพศซึ่งบุคคลนั้นๆ ไม่ปรารถนาภายใต้บริบทของความสัมพันธ์ทางอำนาจที่ไม่เท่าเทียมกัน²³ โดยการคุกคามทางเพศอาจเป็นการล่วงละเมิดทางเพศ การขอความช่วยเหลือทางเพศหรือการประพฤติกายหรือวาจาที่เกี่ยวข้องกับเรื่องทางเพศในลักษณะที่หากอีกฝ่ายปฏิเสธหรือไม่ปฏิบัติตามจะมีผลต่อการดำเนินชีวิต เช่น การจ้างงาน การทำงาน หรือทำให้บรรยากาศรอบด้านและการทำงานอึดอัด เครียด และเป็นปฏิปักษ์

2.2.2 สื่อลามก (Obscenity)

คำว่า “ลามก” พจนานุกรมฉบับบัณฑิตยสถานได้ให้ความหมายไว้ว่า “หยาบซำต่ำ ทราม, หยาบโลน, อันเป็นที่น่ารังเกียจของคนดีมีศีลธรรม, เช่น หนังสือลามก พุดลามกหรือทำลามก” เมื่อเทียบเคียงกับภาษาอังกฤษคำว่า “Obscenity” ใน Oxford Dictionary ให้คำจำกัดความไว้ว่า “น่ารังเกียจหรือน่าขยะแขยงโดยมาตรฐานศีลธรรมหรือความเหมาะสมอันเป็นที่ยอมรับ²⁴” ดังนั้นจึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า “สื่อทางเพศ” เป็นเรื่องการนำเสนอพฤติกรรมทางเพศด้วยการแสดงให้เห็นร่างกายอันเปลือยเปล่าไร้การปกปิดใดๆ หรือการนำเสนอการกระทำทางเพศ ในขณะที่ “สื่อลามก” คือ การนำเสนอพฤติกรรมทางเพศในลักษณะไม่เป็นที่ยอมรับของสังคมด้วยการแสดงร่างกายอันเปลือยเปล่าหรือทำให้เห็นการกระทำทางเพศในลักษณะที่น่าเกลียด อูจาด บัดสีและไม่เป็นที่ยอมรับทางศีลธรรม²⁵

“สื่อลามก” จึงเป็น “สื่อทางเพศ” ชนิดหนึ่ง “สื่อทางเพศ” จะเป็น “สื่อลามก” ก็ต่อเมื่อเป็น “สื่อทางเพศ” ที่มีลักษณะต่ำทราม เป็นที่น่ารังเกียจและขัดต่อศีลธรรมหรือจะกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า “สื่อทางเพศ” ที่ไม่ถึงขนาดเป็นที่รังเกียจ ต่ำทรามอันขัดต่อศีลธรรมแล้ว ก็จะไม่ถือว่าเป็น “สื่อลามก” ส่วนการจะตัดสินว่า “สื่อทางเพศ” ใดเป็น “สื่อลามก” นั้นเป็นมุมมองทางอัตวิสัยของแต่ละบุคคลซึ่งเป็นเรื่องยากที่จะหาบรรทัดฐานกลางมาตัดสิน²⁶ จำเป็นต้องใช้เครื่องมือที่เรียกว่า “มาตรฐานการตีความสื่อลามก” (Obscenity Standards) ของสังคมมาตัดสินซึ่งค้นหาได้จากบทบัญญัติของกฎหมายหรือแนวคำวินิจฉัยตีความของศาลเป็นสำคัญ

²³ วิมนา ธรรมปรีชา, “การคุกคามทางเพศ,” (วิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโทบัณฑิต คณะสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 13.

²⁴ "offensive or disgusting by accepted standards of morality and decency."

²⁵ จอมพล พัทธ์สันตโยธิน, “สื่อโป: การแสดงความคิดเห็นตอหามและประชาติปไตย,” วารสารนิติสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ 7, 1 (2557): 200.

²⁶ จอมพล พัทธ์สันตโยธิน, “ภาพโป: กฎหมายสื่อลามกและศีลธรรม,” วารสารสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร: 81.

“สื่อทางเพศ” อาจจะไม่ใช่ “สื่อลามก” ก็ได้ ขึ้นอยู่กับบรรทัดฐานหรือมาตรฐานที่กฎหมายสื่อลามกของแต่ละประเทศกำหนดไว้ ในสังคมตะวันตกส่วนใหญ่ซึ่งเปิดเสรีสื่อทางเพศไม่ถือว่าสื่อที่เปิดเผยให้เห็นอวัยวะเพศชัดเจนหรือนำเสนอการภาพการกระทำทางเพศเป็นสื่อลามกเสมอไป เว้นแต่การนำเสนอภาพการกระทำทางเพศนั้นมีลักษณะไม่เป็นที่ยอมรับของสังคม หากสื่อทางเพศใดมีลักษณะเกินเลยไปจากบรรทัดฐานที่กฎหมายหรือคำพิพากษาของแต่ละสังคมวางไว้ก็จะถือว่าเป็นสื่อลามก ในทางตรงกันข้ามถ้าสื่อทางเพศใดไม่เข้าลักษณะของการเป็นสื่อลามกตามบรรทัดฐานที่วางไว้ก็จะไม่ถือว่าเป็นสื่อลามกแต่อย่างใด²⁷

สื่อทางเพศที่แสดงถึงการใช้ความรุนแรงจนเกิดอันตรายแก่ชีวิต ร่างกายหรือมีการละเมิดความยินยอมของบุคคลอื่นย่อมเป็นสิ่งที่ขัดต่อมาตรฐานการยอมรับของสังคมทั่วไปอย่างแน่แท้ สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงในตัวเองจึงถือเป็นสื่อลามกโดยสภาพ ดังนั้น “สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง” (Violent Pornography) จึงมีความหมายเดียวกันกับ “สื่อลามกที่ใช้ความรุนแรง” เพราะถือว่าเป็น ส่วนหนึ่งของ “สื่อลามก”

2.3 แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมสื่อทางเพศ

เมื่อได้ทราบถึงความแตกต่างระหว่าง “สื่อทางเพศ” และ “สื่อลามก” แล้ว ในหัวข้อนี้จะขอนำเสนอถึงหลักการพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับสื่อทางเพศได้แก่เสรีภาพในการแสดงออกและสิทธิความเป็นส่วนตัวซึ่งเป็นหลักคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลมิให้ถูกแทรกแซงและข้อยกเว้นให้รัฐเข้ามาจำกัดสิทธิเสรีภาพ ต่อมาจะเป็นการอธิบายถึงหลักการควบคุมสื่อทางเพศในบริบทของอิทธิพลทางความคิดต่างๆซึ่งจะนำไปสู่ความเข้าใจเกี่ยวกับเหตุผลของการควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงต่อไป

2.3.1 เสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นทางเพศและสิทธิความเป็นส่วนตัว

เสรีภาพในการแสดงออก (Freedom of Expression) หรือที่รู้จักกันอีกชื่อว่า เสรีภาพในการพูด (Freedom of Speech) เป็นหนึ่งในสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน มนุษย์ทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะสื่อสารความคิดของตนเองผ่านการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นของตน โดยเสรีภาพในการแสดงออกเป็นสิทธิที่ได้รับการยอมรับและรับรองในระดับสากลและเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐให้ความคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญ

²⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 818-182.

การรับรองเสรีภาพในการแสดงออกในระดับสากลปรากฏในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ (UN Universal Declaration of Human Rights) ข้อ 19²⁸ ระบุไว้ว่า

“ทุกคนมีสิทธิในอิสรภาพแห่งความเห็นและการแสดงออก ทั้งนี้สิทธินี้รวมถึงอิสรภาพที่จะถือเอาความเห็นโดยปราศจากการแทรกแซงและที่จะแสวงหา รับและส่งข้อมูลข่าวสารและข้อคิดผ่านสื่อใด และโดยไม่คำนึงถึงพรมแดน”

นอกจากนี้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของยุโรป (ECHR - European Convention on Human Rights) ข้อ 10²⁹ วรรคแรก ได้ระบุไว้ถึงเสรีภาพในการแสดงออกทางความคิดเห็นทำนองเดียวกันว่า

“ทุกคนมีสิทธิในอิสรภาพในการแสดงออก สิทธินี้รวมถึงอิสรภาพที่จะถือเอาความเห็นและได้รับแจ้งข้อมูล และความคิดเห็นโดยปราศจากการแทรกแซงจากเจ้าหน้าที่ของรัฐและโดยไม่คำนึงถึงพรมแดน”

จากถ้อยคำที่ปรากฏจากเอกสารสิทธิมนุษยชนที่สำคัญทั้งสองฉบับ สามารถให้คำจำกัดความของคำว่า “การแสดงออก” ได้ว่าหมายถึง การสื่อสารข้อมูล ความคิดเห็นหรือข้อความผ่านสื่อต่าง³⁰ ซึ่งเสรีภาพในการแสดงออกนี้ไม่จำกัดเพียงเรื่องการพูดเท่านั้น แต่หมายความรวมถึงการแสดงออกในหลากหลายลักษณะ รวมถึงถ้อยคำที่เขียน (Written Word) ละครเวที ภาพยนตร์ วิดีโอ ภาพถ่าย การ์ตูน ภาพวาด และยังรวมถึงสิทธิในการเข้าถึงข้อมูล ความคิดเห็นที่ถูกเผยแพร่ของผู้อื่นด้วยโดยปราศจากการขัดขวาง

แม้เสรีภาพในการแสดงออกจะได้รับการคุ้มครอง แต่ก็มีข้อจำกัดในบางกรณี ตัวอย่างเช่น กรณีการหมิ่นประมาท กรณีที่ส่งผลให้ความลับของประเทศถูกเปิดเผย กรณีที่บั่นทอน

²⁸ UN Universal Declaration of Human Rights – article 19

“Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers.”

²⁹ European Convention on Human Rights – article 10

“Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.”

³⁰ จอมพล พัทธ์สันต์โยธิน , “สื่อโป: การแสดงความคิดเห็นต้องห้ามและประชาธิปไตย,” วารสารนิติสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่: 201-202.

การดำเนินคดีอย่างยุติธรรม กรณีที่เกี่ยวข้องกับการรุกรานชีวิตส่วนตัวของบุคคลใดบุคคลหนึ่งอย่างร้ายแรงโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร รวมถึงกรณีการโฆษณาที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิด³¹ กรณีตัวอย่างเหล่านี้เป็นการแสดงออกที่อาจไม่ได้รับการคุ้มครองเพราะเป็นการใช้เสรีภาพในการแสดงออกที่ไปกระทบกระเทือนถึงสิทธิของบุคคลอื่นหรือประโยชน์สาธารณะ ดังนั้นเสรีภาพในการแสดงออกจึงไม่ใช่สิทธิโดยสมบูรณ์ของบุคคลที่สามารถกระทำได้อย่างไร้ขอบเขต

การแสดงออกทางเพศที่ปรากฏในสื่อทางเพศไม่ว่าจะเป็นการเสนอภาพของร่างกายส่วนใด อวัยวะเพศหรือการร่วมเพศด้วยวิธีใดก็ตาม และไม่ว่าจะปรากฏเป็นภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหว ย่อมถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการแสดงออกและเป็นการสื่อสารความคิดเห็นหรือข้อความออกมาด้วย³² ซึ่งความเห็นหรือข้อความที่สื่อทางเพศถ่ายทอดออกมานั้น มี 2 รูปแบบ³³ คือ

1) ความคิดเห็นเชิงข้อมูลเกี่ยวกับเรื่องเพศ

เป็นการสื่อสารนำเสนอข้อมูลเกี่ยวกับเรื่องทางเพศโดยตรง ด้วยการบรรยายถึงส่วนต่างๆของร่างกาย อวัยวะเพศของมนุษย์ที่มีลักษณะรูปร่างแตกต่างกันไปหรือการบรรยายรูปแบบของกิจกรรมทางเพศผ่านสื่อต่างๆ³⁴

2) ความคิดเห็นเชิงทัศนคติเกี่ยวกับเรื่องเพศ

เป็นความคิดเห็นที่ไม่ได้สื่อออกมาโดยตรงเหมือนข้อมูลเกี่ยวกับเรื่องเพศ หากแต่ต้องอาศัยการตีความ เช่น การนำเสนอฉากเปลือยอวัยวะหรือภาพการร่วมเพศที่ผู้แสดงกำลังถ่ายทอดออกมานั้น ข้อความหรือความคิดเห็นอาจถูกซ่อนอยู่ภายใต้การนำเสนอ ผู้ชมแต่ละคนอาจตีความได้หลากหลายตามแต่มุมมองของแต่ละคน ส่วนการนำเสนอภาพการร่วมเพศระหว่างชายหญิงที่เต็มไปด้วยรอยยิ้มและเสียงหัวเราะ ผู้ชมบางคนอาจแปลสิ่งที่สื่อออกมาได้ว่ากิจกรรมทางเพศเป็นสิ่งที่สร้างความสนุกสนานและน่าตื่นเต้น ในขณะที่การนำเสนอภาพการร่วมเพศที่ใช้ความรุนแรงด้วยการบังคับขู่เข็ญ การใช้กำลังร้ายร่างกาย การข่มขืนกระทำชำเราหรือการมีพฤติกรรมเหยียดหยามลดคุณค่าความเป็นมนุษย์ เช่น การถ่มน้ำลายใส่หน้า การปฏิบัติต่อผู้ร่วมแสดงเปรียบเสมือนเป็นเพียงวัตถุทางเพศเพื่อตอบสนองความใคร่ ข้อความทางเพศที่สื่อออกมาด้วยความรุนแรงเช่นนี้อาจถูกตีความได้ว่าเป็นการแสดงถึงความไม่ปลอดภัยในกิจกรรมทางเพศ บางกรณีก็อาจตีความถึงความไม่

³¹ Nigel Warburton, *Free speech: a very short introduction* (New York: Oxford University Press, 2009), p. 12.

³² จอมพล พัทธกษัตริย์อิน , “สื่อโป: การแสดงความคิดเห็นต้องห้ามและประชาธิปไตย,” *วารสารนิติสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่*: 203.

³³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 203-204.

³⁴ เรื่องเดียวกัน.

เท่าเทียมทางเพศในสังคมจนนำไปสู่การหาทางปรับทัศนคติเพื่อสร้างความเท่าเทียมกันทางเพศในสังคม เพื่อเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งกันและกัน³⁵ และบางครั้งอาจถึงกับต้องการให้รัฐเข้ามาควบคุมดูแล

เสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นทางเพศก็มีข้อจำกัดในการแสดงออกด้วย เหตุว่าบุคคลอื่นไม่มีหน้าที่ต้องรับรู้โดยเฉพาะในพื้นที่สาธารณะ³⁶ การบังคับให้ผู้อื่นต้องเผชิญหน้ากับการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นทางเพศที่ไม่พึงประสงค์ย่อมเป็นการรบกวนหรือละเมิดสิทธิของผู้อื่น ดังนั้นกฎหมายจึงต้องเข้ามาควบคุม นำไปสู่การแทรกแซงการแสดงความคิดเห็นทางเพศที่ไม่พึงประสงค์ของสังคมจะต้องถูกควบคุมซึ่งกฎหมายควบคุมสื่อทางเพศของประเทศที่เปิดเสรีสื่อทางเพศได้กำหนดห้ามมิให้กระทำในลักษณะให้บุคคลที่อายุไม่ถึงเกณฑ์เข้าถึงและห้ามการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะเป็นสำคัญ

โดยหลักบุคคลซึ่งมีวุฒิภาวะยังไม่ถูกปิดกั้นในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นและการเข้าถึงสื่อทางเพศได้เพราะเป็นเสรีภาพขั้นพื้นฐานของมนุษย์ การกระทำเกี่ยวกับสื่อทางเพศอยู่ในพื้นที่ส่วนตัวและไม่ได้นำออกไปเผยแพร่ รัฐจะไม่เข้ามาแทรกแซงเพราะถือว่าเป็นเรื่องกามารมณ์ของบุคคลและเป็นเรื่องส่วนตัวเป็นไปตามหลัก “Adult and Alone” อันเป็น “สิทธิความเป็นส่วนตัว” (Right to Privacy) รูปแบบหนึ่งซึ่งหมายถึง สิทธิของบุคคลในความเป็นอยู่ส่วนตัวหรือความสันโดษ ซึ่งรอดพ้นจากการแทรกแซงใดๆจากรัฐหรือบุคคลอื่นจากการสังเกต การรู้เห็น การสืบความลับ และการรบกวนต่างๆ³⁷ โดย “สิทธิความเป็นส่วนตัว” ได้รับการรับรองในระดับสากลในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติข้อ 12 ระบุไว้ว่า³⁸

“บุคคลใดจะถูกแทรกแซงตามอำเภอใจในความเป็นส่วนตัว ครอบครัว ที่อยู่อาศัย หรือการสื่อสาร หรือจะถูกลบลู่เกียรติยศและชื่อเสียงไม่ได้ ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองของกฎหมายต่อการแทรกแซงสิทธิหรือการลบลู่ดังกล่าวนี้”

³⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 204-205.

³⁶ Nick Cowen, “Millian Liberalism and Extreme Pornography,” *American Journal of Political Science* 60, 2 (2016): 514.

³⁷ ซูชีพ ปิณฑสิริ, “การละเมิดสิทธิส่วนตัว,” (วิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525), หน้า 3.

³⁸ UN Universal Declaration of Human Rights – article 12

“No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.”

แม้บุคคลควรได้รับการคุ้มครองให้สามารถดำรงชีวิตอย่างเป็นอิสระ มีการพัฒนาบุคลิกลักษณะตามที่ต้องการ มีสิทธิที่จะแสวงหาความสุขในชีวิตตามที่ต้องการหรือตามวิถีทางที่เป็นไปได้ แต่ “สิทธิความเป็นส่วนตัว” ย่อมได้รับความคุ้มครองตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อย และไม่ล่วงเกินสิทธิของผู้อื่น³⁹ ดังนั้น “สิทธิความเป็นส่วนตัว” อาจถูกแทรกแซงได้ หากรัฐเห็นว่ามีจำเป็นเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ดังอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของยุโรป ข้อ 8⁴⁰ ที่ระบุไว้ว่า

“1. ทุกคนมีสิทธิได้รับความเคารพในชีวิตส่วนตัวและชีวิตครอบครัว รวมไปถึงถึงเคหสถานและจดหมายส่วนตัว

2. เจ้าหน้าที่รัฐไม่ควรแทรกแซงสิทธิเหล่านี้ เว้นเสียแต่ว่าจะปฏิบัติตามครรลองกฎหมายและมีความจำเป็นต่อสังคมประชาธิปไตย เพื่อรักษาความมั่นคงของชาติ ความปลอดภัยสาธารณะ หรือสวัสดิภาพทางเศรษฐกิจของประเทศ เพื่อป้องกันมิให้เกิดความวุ่นวายและอาชญากรรม เพื่อป้องกันความเสียหายทางสุขภาพหรือศีลธรรม หรือเพื่อป้องกันสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น”

เมื่อพิจารณาถึงข้อจำกัดต่อเสรีภาพในการแสดงออกและสิทธิความเป็นส่วนตัวแล้ว มีคำถามตามมาว่าการจำกัดสิทธิมนุษยชนเหล่านี้จะนำมาใช้ได้ ในสถานการณ์ใด คำตอบคือสิทธิเหล่านี้สามารถถูกจำกัดได้ภายในขอบเขตที่ข้อจำกัดเหล่านั้นได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ของการจำกัดสิทธิ รัฐหรือผู้มีอำนาจตัดสินใจมีหน้าที่ต้องพิจารณาตามกระบวนการ 4 ขั้นว่าการแทรกแซงสิทธิมนุษยชนนั้นคือการจำกัดอย่างชอบธรรมในประเด็นที่ถูกหรือไม่ กระบวนการนี้สามารถสรุปได้ดังนี้⁴¹

- 1) มีวัตถุประสงค์อันชอบธรรมที่จะแทรกแซง (Legitimate Aim)
- 2) การแทรกแซงเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนและเข้าถึงได้ (Clear and Accessible Law)

³⁹ ซูชีพ ปิณฑสิริ, “การละเมิดสิทธิส่วนตัว,” หน้า 3.

⁴⁰ European Convention on Human Rights – article 8

“1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

⁴¹ แอนดรูว์ แคลปแฮม, สิทธิมนุษยชน : ความรู้ฉบับพกพา = Human Right : a very short introduction, ลูอีสริตซ์ ทิพย์ สัมฤทธิ์กุล และสุนีย์ สกาเวรัตน์, ผู้แปล, (กรุงเทพฯ: โอเพ่นเวิลด์ส์, 2559), หน้า 206-207.

3) การแทรกแซงนั้นได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์อันชอบธรรมและจำเป็นในสังคมประชาธิปไตย

4) มีการคุ้มครองการแทรกแซงไม่ให้เกิดขึ้นตามอำเภอใจ

แนวทางเหล่านี้เป็นสิ่งให้รัฐที่แทรกแซงเสรีภาพส่วนบุคคลต้องอธิบายได้ถึงวัตถุประสงค์อันชอบธรรมที่เป็นเหตุผลรองรับการกระทำของรัฐนั้น ทั้งเหตุผลนั้นต้องสอดคล้องกับกฎหมายที่ชัดเจนและเข้าถึงได้โดยบุคคลทั่วไป และต้องอธิบายได้ว่าการแทรกแซงนั้นได้สัดส่วนและจำเป็นในสถานการณ์นั้นๆ⁴²

จากหลักข้อยกเว้นให้รัฐสามารถเข้ามาแทรกแซงเสรีภาพส่วนบุคคล จะเห็นได้ว่าประเทศเปิดเสรีสื่อทางเพศส่วนใหญ่ได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศบางประเภทให้ขยายไปถึงการกระทำในทางส่วนตัวให้เป็นความผิดด้วย ที่เห็นได้ชัดคือกรณีสื่อทางเพศที่มีเด็กเกี่ยวข้องซึ่งประเทศต่างๆ ได้บัญญัติกำหนดความผิดครอบคลุมตั้งแต่การผลิต การเผยแพร่ส่งต่อและการครอบครองสื่อทางเพศที่มีเด็กเข้ามาเกี่ยวข้องเพราะเป็นที่ยอมรับกันในระดับนานาชาติแล้วว่าสื่อทางเพศที่มีเด็กเข้ามาเกี่ยวข้องสร้างผลร้ายต่อสังคมและการเข้ามาแทรกแซงสิทธิความเป็นส่วนตัวนี้ เป็นสิ่งที่ชอบธรรมซึ่งประเทศต่างๆ เริ่มให้ความสำคัญกับสื่อทางเพศบางประเภทนอกเหนือจากสื่อทางเพศที่มีเด็กเข้ามาเกี่ยวข้องโดยเฉพาะอย่างยิ่งสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง หลายประเทศได้กำหนดให้สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นสื่อลามกและมีการควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงด้วยการกำหนดให้การกระทำในทางส่วนตัวเป็นความผิดด้วยเช่นกันซึ่งแต่ละประเทศก็มีเหตุผลรองรับความชอบธรรมต่อการจำกัดเสรีภาพส่วนบุคคลแตกต่างกันไป

2.3.2 อิทธิพลทางความคิดในการควบคุมสื่อทางเพศ

นิยามของสื่อทางเพศโดยทั่วไป หมายถึง สื่อที่แสดงให้เห็นชัดแจ้งในพฤติกรรมทางเพศโดยทำขึ้นเพื่อเร้าความรู้สึกทางเพศแก่ผู้เสพ สื่อทางเพศสามารถนำเสนอได้ผ่านสื่อต่างๆ เช่น หนังสือ นิตยสาร ภาพวาด ประติมากรรม เสียงบันทึก ภาพเคลื่อนไหว ภาพยนตร์ วิดีโอเกม ทั้งนี้ไม่รวมถึงการแสดงสดในกิจกรรมทางเพศหรือการเปลื้องผ้า แต่จะต้องเป็นรูปแบบของการพรรณนาในพฤติกรรมทางเพศ สื่อทางเพศอาจจะกลายเป็นสื่อลามก (Obscenity) ซึ่งหมายถึงสิ่งที่ทำให้รู้สึกอันน่ารังเกียจ หรือแสดงถ้อยคำหรือวัตถุทางเพศในลักษณะที่หยาบช้ำหยาบช้ำ⁴³ อันเป็นสิ่งต้องห้ามซึ่งสังคมไม่ยอมรับ การจะตัดสินว่าสื่อทางเพศใดเป็นสื่อลามกต้องอาศัยบรรทัดฐานของสังคมที่มีต่อสื่อ

⁴² เรื่องเดียวกัน, หน้า 206-207.

⁴³ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 15 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561), หน้า 220.

ทางเพศเป็นรายกรณีซึ่งต้องอาศัยการพิจารณาแนวคิดเบื้องหลังที่มีอิทธิพลต่อความคิดของคนในสังคมเพราะแนวคิดที่แตกต่างย่อมส่งผลต่อหลักปรัชญาในการนิยามความหมายและการควบคุมสื่อทางเพศต่างกันออกไป

2.3.2.1 แนวคิดอนุรักษ์นิยม

แนวคิดอนุรักษ์นิยมมีรากฐานมาจากความเชื่อทางศีลธรรมของศาสนาคริสต์ซึ่งมีอิทธิพลอย่างมากต่อวิถีจารีตประเพณีของสังคมยุโรป ศีลธรรมทางเพศในแนวทางของศาสนาคริสต์มีหลักสำคัญ ได้แก่ หลักการรักษาสถาบันครอบครัวที่มั่นคงซึ่งศาสนาคริสต์เชิดชูคุณค่าของความมั่นคงในศีลธรรมทางเพศด้วยการดำรงความสัมพันธ์แบบผัวเดียวเมียเดียวและการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างชายหญิงภายใต้การแต่งงานเท่านั้น⁴⁴ ดังนั้นสื่อทางเพศซึ่งโดยพื้นฐานเป็นสิ่งที่ไร้อารมณ์ทางเพศโดยแสดงให้เห็นสรีระของผู้อื่นที่ไม่ใช่คู่สมรสของตนจึงถูกมองว่าเป็นสิ่งบ่อนทำลายความสัมพันธ์อันดีระหว่างสามีภรรยาและเสถียรภาพของครอบครัว

หลักสำคัญประการต่อมาตามแนวคิดพื้นฐานทางศีลธรรมของศาสนาคริสต์คือ เป้าหมายของการมีเพศสัมพันธ์ของมนุษย์โดยธรรมชาติมีเพื่อดำรงไว้ซึ่งเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ กิจกรรมทางเพศใดที่ไม่นำไปสู่การให้กำเนิด เช่น การสำเร็จความใคร่ด้วยตัวเอง การร่วมเพศที่ผิดธรรมชาติ (Sodomy) หรือรูปแบบของการร่วมเพศอื่นๆ ที่ไม่มีช่องคลอดมาเกี่ยวข้องอย่างการร่วมเพศทางทวารหนัก การร่วมเพศระหว่างเพศเดียวกัน หรือการร่วมเพศระหว่างมนุษย์กับสัตว์หรือสิ่งของ กิจกรรมทางเพศเหล่านี้ถูกมองว่าผิดธรรมชาติซึ่งเป็นสิ่งขัดต่อศีลธรรม⁴⁵

หลักสำคัญประการสุดท้าย การควบคุมความต้องการทางเพศซึ่งศีลธรรมของศาสนาคริสต์มองว่าความต้องการทางเพศเป็นบาปโลกีย์และเป็นอำนาจด้านต่ำที่ติดตัวมนุษย์มาแต่กำเนิด โดยเฉพาะมนุษย์เพศชายที่มักตกเป็นเหยื่อของสิ่งเร้าทางเพศต่างๆได้ง่าย เพื่อให้มนุษย์มีอำนาจเหนือสิ่งชั่วร้ายดังกล่าว มนุษย์จึงต้องควบคุมความต้องการทางเพศให้ได้⁴⁶ เมื่อสื่อทางเพศเป็นสิ่งที่กระตุ้นอารมณ์ทางเพศแก่ผู้พบเห็นก็ย่อมเป็นศัตรูของศีลธรรมตามแนวคิดของศาสนาคริสต์

นิยามสื่อทางเพศตามแนวคิดอนุรักษ์นิยมจึงหมายถึงสิ่งซึ่งแสดงให้เห็นชัดแจ้งในพฤติกรรมทางเพศเพื่อเร้าความรู้สึกทางเพศแก่ผู้เสพซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่ดี นิยามตามแนวคิดอนุรักษ์

⁴⁴ Ronald F. Atkinson, *Sexual Morality* (London: Hutchinson & Co., 1965), p. 45, อ้างใน จอมพล พัทธ์กษัตริย์โยธิน, “ภาพโป๊: กฎหมายสื่อลามกและศีลธรรม,” *วารสารสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยนครสวรรค์* 12, 1 (2559): 87.

⁴⁵ Richard A. Posner, *Sex and Reason* (Cambridge Massachusetts: Harvard University, 1994), p. 223.

⁴⁶ Gail Hawkes, *Sex & Pleasure in Western Culture* (Cambridge: Polity Press, 2004), pp. 42-61, อ้างใน จอมพล พัทธ์กษัตริย์โยธิน, “ภาพโป๊: กฎหมายสื่อลามกและศีลธรรม,” *วารสารสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยนครสวรรค์* 12, 1 (2559): 88.

นิยมมองว่าสื่อทางเพศในเนื้อหาของตัวเองเป็นสื่อลามกและก่อให้เกิดความเสื่อมทรามทางศีลธรรม⁴⁷ ดังนั้นแนวคิดอนุรักษนิยมที่อิงกับศีลธรรมทางศาสนาคริสต์ยังมองว่าการบริโภคสื่อลามกทำให้เกิดผลร้ายแก่สังคม เพราะสื่อลามกจะสั่นคลอนโครงสร้างทางศีลธรรมของสังคมด้วยการสนับสนุนให้คนล่าส่อนทางเพศ สร้างความแปลกแยกต่อแบบแผนธรรมเนียมประเพณี การปฏิบัติตัว ทัศนคติ และพฤติกรรมทางเพศที่ตึงาม⁴⁸ สื่อทางเพศจึงเป็นสิ่งคุกคามสถาบันทางศาสนาและครอบครัวดั้งเดิม แนวคิดนี้สนับสนุนให้รัฐมีความชอบธรรมในการใช้อำนาจบังคับห้ามการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะซึ่งสื่อทางเพศ หรือแม้กระทั่งห้ามการกระทำในทางส่วนตัวด้วย เพื่อจุดมุ่งหมายคือการปกป้องศีลธรรมอันดีงามของสังคม

อย่างไรก็ตามแนวคิดอนุรักษนิยมก็ผ่อนปรนเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา เห็นได้จากหลายประเทศในสังคมตะวันตกตั้งอดีตในช่วง ค.ศ. 1960 ที่ทุกประเทศกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอย่างเข้มงวด ภายหลังด้วยกระแสจากกระแสการเคลื่อนไหวในเรื่องเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นได้เปิดกว้างมากขึ้น ประเทศต่างๆในสังคมตะวันตกเริ่มพัฒนาเปลี่ยนแปลงการควบคุมยกเลิกความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกและผ่อนคลายให้คนเข้าถึงสื่อทางเพศด้วยการเปิดเสรีมากขึ้น⁴⁹ ใน ค.ศ. 2010 แต่ก็มีเงื่อนไขการเข้าถึงสื่อทางเพศบางประการ เช่น การกำหนดสถานที่หรืออายุของผู้ที่จะรับชมเป็นต้น ยังมีเพียงไม่กี่ประเทศในยุโรปเท่านั้นที่ยังมีนโยบายห้ามเปิดเสรีสื่อทางเพศ เช่น นอร์เวย์ รัสเซีย ไอร์แลนด์ ออสเตรีย เบลเยียม และกรีซ

2.3.2.2 แนวคิดเสรีนิยม

แนวคิดเสรีนิยมยืนยันว่าเสรีภาพของบุคคลเป็นสิ่งสำคัญ การที่รัฐใช้มาตรการควบคุมสื่อทางเพศย่อมหมายถึงการแทรกแซงเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งเป็นสิทธิตามธรรมชาติ นิยามสื่อทางเพศตามแนวคิดเสรีนิยมหมายถึงสิ่งซึ่งแสดงให้เห็นชัดเจนในพฤติกรรมทางเพศเพื่อเร้าความรู้สึกทางเพศแก่ผู้เสพ แม้การแสดงความคิดเห็นทางเพศเป็นไปเพื่อช่วยยกยูดามรมณ์หรือทำให้เกิดความกำหนัดเพียงอย่างเดียวจะถูกสังคมตัดสินคุณค่าว่าเป็นเสรีภาพในระดับคุณภาพต่ำก็ตาม ทุกคนก็มีสิทธิในการแสดงความคิดเห็นทางเพศได้อย่างเต็มที่ การตอบสนองความพึงพอใจทางเพศของบุคคลจะต้องไม่ถูกรอบงำจากความเชื่อหรือศีลธรรมของคนอื่น⁵⁰ รัฐไม่มีหน้าที่มากำหนด

⁴⁷ Stanford Encyclopedia of Philosophy, *Pornography and Censorship* [online], Accessed 19 September 2018. Available from: <https://plato.stanford.edu/entries/pornography-censorship/>

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Christian Person, Steffen Hurka and Christoph Knill, "Opposite Trends in the Regulation of Pornography? Policy Differentiation and Policy Convergence Across 26 Countries Between 1960 and 2010," *The Journal of Sex Research* 53, 7 (December 2015): 869-870.

⁵⁰ Stanford Encyclopedia of Philosophy, *Pornography and Censorship*.

รสนิยมทางเพศของบุคคล ในทางกลับกันรัฐมีหน้าที่ต้องปกป้องเสรีภาพดังกล่าว กล่าวคือไม่ยอมรับการใช้ศีลธรรมของคนส่วนมากมากำหนดเป็นกฎหมายเพื่อละเมิดสิทธิของชนกลุ่มน้อย เว้นแต่กรณีที่สังคมเห็นพ้องกันว่า การแสดงความคิดเห็นทางเพศใดเกินเลยไปจากขอบเขตบรรทัดฐานของสังคม ก็จะต้องถูกควบคุม โดยอาศัยเครื่องมือการตีความว่าสื่อทางเพศใดมีลักษณะเป็นสื่อลามก (Obscene) ในแต่ละสังคมก็มีมาตรฐานการตีความสื่อลามกต่างกันออกไป ดังนั้นความคิดนี้ไม่ถือว่าสื่อทางเพศทุกชนิดเป็นสื่อลามกเหมือนแนวคิดอนุรักษนิยมและการกระทำต่างๆที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นสื่อทางเพศหรือสื่อลามกถ้าได้กระทำในทางส่วนตัวย่อมไม่อาจถูกขัดขวางโดยรัฐ ยกเว้นกรณีที่มีการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะเท่านั้นที่รัฐมีอำนาจเข้ามาควบคุม

แนวคิดเสรีนิยมยินยอมให้รัฐใช้อำนาจริดลอนเสรีภาพของบุคคลมีด้วยเหตุผลเดียวคือเพื่อป้องกันความเสียหายแก่ผู้อื่น⁵¹ ซึ่งได้รับอิทธิพลจากแนวคิดหลักว่าด้วยความเสียหาย (Harm Principle) ของ John Stuart Mill โดยกล่าวถึงพฤติกรรมใดที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นยอมเป็นสาเหตุให้รัฐมีความชอบธรรมเข้ามาแทรกแซงได้ แนวคิดเสรีนิยมดั้งเดิมจึงตีความขอบเขตของความเสียหายไว้เฉพาะความเสียหายอย่างแคบ โดยจำกัดเฉพาะความเสียหายเชิงกายภาพที่เกิดแก่บุคคลเท่านั้น เช่น การฆาตกรรม การทำร้าย การข่มขืน ซึ่งการกำหนดความเสียหายโดยตรงนี้ทำให้ผู้สนับสนุนแนวคิดเสรีนิยมต่อต้านการควบคุมสื่อทางเพศทุกชนิด เนื่องจากยังไม่มีหลักฐานเชิงประจักษ์มาพิสูจน์ได้ว่าการบริโภคสื่อทางเพศเป็นสาเหตุโดยตรงต่อการเกิดอาชญากรรมทางเพศในสังคม

เนื่องจาก Mill ไม่ได้นิยามความเสียหายไว้อย่างชัดเจนเพียงพอ นิยามความเสียหายยังคลุมเครือก่อให้เกิดความขัดแย้งระหว่างผู้สนับสนุนแนวคิดเสรีนิยม⁵² ระหว่างฝ่ายที่เปิดโอกาสให้รัฐเพิ่มโอกาสแทรกแซงสื่อทางเพศมากขึ้นจากการให้นิยามความเสียหายไว้อย่างกว้าง กับอีกฝ่ายที่นิยามความเสียหายไว้อย่างแคบเพื่อป้องกันการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นทางเพศจากการแทรกแซงของรัฐ แนวคิดหลักว่าด้วยความเสียหายได้ถูกโต้แย้งจากทั้งแนวคิดอื่นรวมทั้งแนวคิดฝ่ายเสรีนิยมด้วยตัวเอง เพราะการกำหนดขอบเขตความเสียหายอย่างแคบได้ปฏิเสธความเสียหายที่แท้จริง กล่าวคือความเสียหายนี้ไม่ใช่เรื่องที่บุคคลได้รับผลร้ายเท่านั้น สังคมก็อาจได้รับผลกระทบต่อการใช้เสรีภาพที่เกินขอบเขตได้เช่นเดียวกัน เพราะสื่อทางเพศเป็นปัจจัยเสริมให้เกิดสภาพแวดล้อม

⁵¹ David Dyzenhaus, "John Stuart Mill and the Harm of Pornography," *Ethics* 102, 3 (April 1992): 544.

⁵² Clare McGlynn and Ian Ward, "Would John Stuart Mill Have Regulated Pornography?" *Journal of Law and Society* 41, 4 (2014): 506.

ทางสังคมที่ความรุนแรงทางเพศถูกลดความสำคัญลง⁵³ จึงมีความต้องการให้ขยายนิยามของความเสียหายให้ครอบคลุมถึงความเสียหายเชิงสังคมเพื่อให้รัฐเข้ามาควบคุมการกระทำในทางส่วนตัวของบุคคล

อย่างไรก็ตามแนวคิดเสรีนิยมร่วมสมัยเริ่มให้การยอมรับความชอบด้วยกฎหมายของรัฐต่อการควบคุมการกระทำในทางส่วนตัวเกี่ยวกับสื่อทางเพศบางประเภท โดยเฉพาะสื่อทางเพศประเภทแสดงการใช้ความรุนแรง ด้วยเหตุผลที่ว่าสื่อทางเพศประเภทดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคม เช่น สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นปัจจัยกระตุ้นให้บุคคลที่มีความเสี่ยงกระทำผิดสูงอยู่แล้วก่อให้เกิดอาชญากรรม ดังนั้นรัฐจึงต้องเข้ามามีบทบาทสนับสนุนสภาพแวดล้อมทางสังคมที่ปลอดภัยและรัฐมีความชอบธรรมเข้าควบคุมการกระทำต่างๆ ของบุคคลที่อาจจะนำไปสู่ความเสียหายแก่สังคม

2.3.2.3 แนวคิดสตรีนิยม

แนวคิดนี้ต่อต้านสื่อทางเพศบางประเภทด้วยเหตุผลที่สื่อทางเพศแสดงให้เห็นการเลือกปฏิบัติทางเพศด้วยการกดขี่และแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากผู้หญิง⁵⁴ มีการแบ่งแยกสื่อทางเพศ (Pornography) ออกจากสื่อสุนทรียะทางเพศ (Erotica) โดยนิยามสื่อทางเพศว่าเป็นส่วนหนึ่งของการแสดงความคิดเห็นทางเพศซึ่งส่งเสริมให้ผู้หญิงตกอยู่ภายใต้อำนาจจากการล่วงละเมิด การดูหมิ่น การบังคับและการครอบงำ ในทางตรงข้ามสื่อสุนทรียะทางเพศเป็นการพรรณนาถึงความยินยอมและเท่าเทียมกันของผู้ที่มีส่วนร่วมในองค์ประกอบการแสดงทางเพศ ดังนั้นแนวคิดสตรีนิยมไม่ได้ต่อต้านสื่อสุนทรียะทางเพศแต่จะต่อต้านสื่อทางเพศเพราะมีเนื้อหาทำร้ายผู้หญิง

แนวคิดสตรีนิยมเริ่มมีบทบาทในประเทศสหรัฐอเมริกาโดยความเคลื่อนไหวที่สำคัญคือการผลักดันร่างกฎหมายต่อต้านสื่อทางเพศของ Catharine Mackinnon และ Andrea Dworkin นักสตรีนิยมที่มีชื่อเสียง หรือที่รู้จักกันในชื่อ “Model Antipornography Civil Right Ordinance” โดยร่างกฎหมายนี้มีเหตุผลเชิงนโยบายแสดงให้เห็นถึงความเสียหายจากการเลือกปฏิบัติทางเพศที่เกิดจากสื่อทางเพศอันเป็นภัยต่อสุขภาพอนามัย ความปลอดภัย สวัสดิภาพ และความเท่าเทียมกันของพลเมืองในสังคมภายใต้รัฐธรรมนูญ แม้ว่าจะไม่ได้กำหนดมาตรการแทรกแซงของรัฐด้วยการกำหนดให้การกระทำที่เกี่ยวกับสื่อทางเพศ เช่น การผลิต จำหน่าย หรือจัดแสดงสื่อทางเพศเป็นความผิดอาญา แต่ก็ให้สิทธิแก่ผู้หญิงที่ได้รับความเสียหายจากสื่อทางเพศสามารถฟ้องเรียกค่าเสียหาย

⁵³ Clare McGlynn and Erica Rackley, “Criminalising Extreme Pornography: A Lost Opportunity,” *Criminal Law Review*, 4 (2009): 256–258.

⁵⁴ Stanford Encyclopedia of Philosophy, *Pornography and Censorship*.

ค่าเสียหายทางแพ่งจากผู้ผลิต จำหน่าย แสดงแก่สาธารณะซึ่งสื่อทางเพศในฐานะที่ตนถูกละเมิดสิทธิพลเมือง

Model anti-pornography civil right ordinance มาตรา 2⁵⁵ ได้กำหนดนิยามตามกฎหมายของสื่อทางเพศ ไว้ว่า

“1. สื่อทางเพศ หมายถึง การทำให้ตกอยู่ภายใต้อำนาจด้วยภาพที่แสดงให้เห็นโดยชัดแจ้งทางเพศ และ/หรือให้รวมถึง

a. ผู้หญิงถูกนำเสนอลดคุณค่าความเป็นมนุษย์ด้วยการเป็นวัตถุทางเพศ สิ่งของ หรือสินค้า หรือ

b. ผู้หญิงถูกนำเสนอเป็นวัตถุทางเพศซึ่งมีความเปลือยเปลือยกับความเจ็บปวด การถูกดูหมิ่น หรือ

c. ผู้หญิงถูกนำเสนอเป็นวัตถุทางเพศซึ่งประสบกับความพึงพอใจทางเพศจากการข่มขืน การร่วมเพศระหว่างพี่น้องร่วมสายโลหิต หรือการคุกคามทางเพศอื่นๆ หรือ

⁵⁵ Section 2 Definitions

1. "Pornography" means the graphic sexually explicit subordination of women through pictures and/or words that also includes one or more of the following:

- a. women are presented dehumanized as sexual objects, things or commodities; or
- b. women are presented as sexual objects who enjoy humiliation or pain; or
- c. women are presented as sexual objects experiencing sexual pleasure in rape, incest, or other sexual assault; or
- d. women are presented as sexual objects tied up or cut up or mutilated or bruised or physically hurt; or
- e. women are presented in postures or positions of sexual submission, servility, or display; or
- f. women's body parts-including but not limited to vaginas, breasts, or buttocks-are exhibited such that women are reduced to those parts; or
- g. women are presented being penetrated by objects or animals; or
- h. women are presented in scenarios of degradation, humiliation, injury, torture, shown as filthy or inferior, bleeding, bruised or hurt in a context that makes these conditions sexual.

2. The use of men, children, or transsexuals in the place of women in (a) – (h) of this definition is also pornography for purposes of this law.

d. ผู้หญิงถูกนำเสนอเป็นวัตถุทางเพศซึ่งถูกมัด ตัดอวัยวะ ทำร้าย ทำให้พิการ หรือได้รับความเจ็บปวดทางกายภาพ หรือ

e. ผู้หญิงถูกนำเสนอด้วยท่าทางหรือวางตำแหน่งเป็นทาสทางเพศ หรือ

f. ส่วนต่างๆของร่างกายผู้หญิงจัดแสดงโดยที่ส่วนของร่างกายนั้น ถูกทำร้าย โดยไม่จำกัดเฉพาะช่องคลอด ทรวงอก หรือสะโพก หรือ

g. ผู้หญิงถูกนำเสนอกำลังถูกข่มขืนโดยสิ่งของหรือสัตว์ หรือ

h. ผู้หญิงถูกนำเสนอในสถานการณ์อันแสดงถึงการลดคุณค่า ถูกดูหมิ่น ได้รับการทรมาณ บาดเจ็บ ในบริบทซึ่งสร้างสภาวะทางเพศเหล่านี้

2. นิยามตามข้อ a. - h. หมายความว่ารวมถึง การใช้ผู้ชาย เด็ก หรือผู้ที่มีจิตใจเหมือนเพศตรงข้ามด้วยเช่นกัน”

ใน ค.ศ. 1984 ร่างกฎหมาย Antipornography Civil Right Ordinance ได้เข้าสู่การพิจารณาของสภานิติบัญญัติในหลายรัฐ เช่น ใน Minneapolis สภาท้องถิ่นได้ผ่านกฎหมายดังกล่าว แต่นายกเทศมนตรียับยั้งด้วยเหตุผลว่าละเมิดต่อรัฐธรรมนูญ ส่วนใน Indianapolis แม้จะประสบความสำเร็จในการตราเป็นกฎหมาย แต่ศาลชั้นต้นถือว่ากฎหมายที่ออกมาขัดต่อรัฐธรรมนูญ ภายหลังศาลสูงได้วินิจฉัยยืนยันว่า Antipornography Civil Right Ordinance ขัดต่อรัฐธรรมนูญในบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ในเรื่องเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น⁵⁶ ดังที่ปรากฏในคดี American Booksellers Association, Inc v. Hudnut⁵⁷ ด้วยเหตุผลที่ว่าบทบัญญัติเกี่ยวกับนิยามของสื่อทางเพศมีความคลุมเครือและเป็นการกำหนดให้สื่อทางเพศตามนิยามว่าเป็นสิ่งต้องห้ามตามกฎหมายโดยไม่ผ่านหลักการพิจารณาถึงความเป็นสื่อลามกที่ศาลสูงวางกรอบกำหนดไว้ก่อนจะที่ใช้มาตรการควบคุมสื่อทางเพศ

แม้การผลักดันการควบคุมสื่อลามกของแนวคิดสตรีนิยมจะล้มเหลว แต่ในอีกด้านหนึ่งได้ช่วยเปลี่ยนแปลงหลักปรัชญาของการเคลื่อนไหวเพื่อควบคุมสื่อทางเพศ ที่จากเดิมนำประเด็นทางศีลธรรมเรื่องความดีความชั่วไปสู่ประเด็นทางการเมืองเรื่องของอำนาจโดยเฉพาะการเมืองในมุมมองของผู้หญิงที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของผู้ชาย⁵⁸ ซึ่งแนวคิดสตรีนิยมเห็นว่าสื่อทางเพศ

⁵⁶ Deana Pollard, “Regulating Violent Pornography,” *Vanderbilt Law Review* 43, 1 (January 1990): 148.

⁵⁷ 475 U.S. 1001 (1986)

⁵⁸ Catharine Mackinnon, “Not a Moral Issue,” *Yale Law & Policy Review* 2, 2 (1984): 323.

เป็นเครื่องมือเชิงสถาบันที่สร้างให้เพศชายมีอำนาจทางเพศสูงสุดโดยสื่อทางเพศลดคุณค่าของผู้หญิง ด้วยการทำให้เป็นเพียงวัตถุทางเพศ อีกทั้งยังสร้างสภาวะการณ์ให้ผู้บริโภคมีความคิดเห็นและการปฏิบัติต่อผู้หญิงในฐานะที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจทางเพศ อันเป็นสาเหตุให้เกิดทัศนคติและพฤติกรรมของการเลือกปฏิบัติโดยใช้ความรุนแรง การบังคับ กดขี่ แสวงหาประโยชน์จากร่างกายของผู้หญิงซึ่งเป็นความสัมพันธ์ในโครงสร้างทางสังคมระหว่างอำนาจที่ไม่เท่าเทียมกันทางเพศ⁵⁹ ดังนั้นสื่อทางเพศเป็นสิ่งที่ทำลายความสัมพันธ์ที่เท่าเทียมกันของผู้หญิงในการมีส่วนร่วมทางสังคมพลเมืองทั้งในพื้นที่สาธารณะและในพื้นที่ส่วนตัว

แนวคิดสตรีนิยมมองว่าการแยกสื่อทางเพศใดเป็นสื่อลามกด้วยการนำศีลธรรมมากำหนดนั้นเป็นเรื่องของนามธรรมและยังเป็นศีลธรรมในมุมมองของผู้ชายที่กุมอำนาจในสังคม⁶⁰ ดังนั้นหลักการของแนวคิดสตรีนิยมแตกต่างไปจากแนวคิดเสรีนิยมโดยจะไม่มีแบ่งแยกสื่อทางเพศทั่วไปออกจากสื่อลามกอันต้องควบคุม เพราะถือว่าสื่อทางเพศทุกรูปแบบล้วนสร้างความเสียหายแก่ผู้หญิงทั้งสิ้นซึ่งความเสียหายนั้นนอกจากจะเป็นความเสียหายเชิงอำนาจของผู้หญิงแล้ว ยังรวมถึงความเสียหายทางกายภาพต่อผู้หญิงที่แสดงในสื่อทางเพศ แนวคิดสตรีนิยมได้จำแนกความเสียหายออกเป็น 2 ลักษณะ ลักษณะความเสียหายประการแรก คือ ความเสียหายจากการบังคับกดขี่ต่อนักแสดงจากการผลิตสื่อทางเพศ แม้จะมีข้อโต้แย้งว่าไม่ใช่ผู้หญิงทุกคนจะถูกบังคับและการแสดงบทบาทในสื่อทางเพศของผู้หญิงจำนวนมากล้วนสมัครใจก็ตาม แต่แนวคิดสตรีนิยมมองว่าความยินยอมนั้นเกิดขึ้นจากความยากจน ผู้หญิงจำนวนมากที่เลือกแสดงในสื่อทางเพศต้องเผชิญกับแรงกดดันทางเศรษฐกิจและสังคมซึ่งไม่มีทางเลือกอื่นในการหาเลี้ยงชีพ ภายใต้สถานการณ์นี้ถือว่าการเลือกของผู้หญิงเป็นไปเพราะถูกแรงกดดันบังคับ ลักษณะความเสียหายประการต่อมาคือ ความเสียหายที่เกิดจากการก่ออาชญากรรมทางเพศเป็นผลมาจากการบริโภคสื่อทางเพศ แนวคิดสตรีนิยมเห็นว่าการบริโภคสื่อทางเพศเป็นสาเหตุหนึ่งของการก่ออาชญากรรมทางเพศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ที่บริโภคสื่อทางเพศที่แสดงเนื้อหาการใช้ความรุนแรงมากเท่าไร ก็จะมีความต้องการให้ผู้ผลิตเพิ่มระดับความรุนแรงมากเท่านั้น สอดคล้องกับการศึกษาถึงเนื้อหาของสื่อทางเพศจำนวนมากแสดงให้เห็นถึงเนื้อหาในสื่อทางเพศได้ทวีความรุนแรงมากขึ้นและได้นำเสนอมุมมองที่บิดเบือนอย่างร้ายแรงในเรื่องการละเมิดทางเพศ⁶¹ ซึ่งเนื้อหาของสื่อทางเพศที่รุนแรงนั้นย่อมส่งผลกระทบต่อมายาคติของผู้บริโภคที่ว่าผู้หญิงมีความสุขจากการถูกใช้ความรุนแรง นำไปสู่การสร้างทัศนคติที่บิดเบือนแก่สังคมเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศว่าเป็นสิ่งปกติ เพื่อตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคผู้ผลิตจึงต้องผลิตสื่อ

⁵⁹ Ibid, pp. 323-326

⁶⁰ Ibid, pp. 322-323.

⁶¹ Catherine Itzin, *Pornography: women, violence & civil liberties* (New York: Oxford University Press, 1993), p. 320.

ทางเพศให้รุนแรงสมจริงมากขึ้น และบางกรณีถึงขั้นก่ออาชญากรรมทางเพศขึ้น เช่น การข่มขืน กระทำชำเรา รวมทั้งแสวงหาวิธีการต่างๆ เพื่อหาคนแสดงเข้าสู่กระบวนการผลิต ตั้งแต่การชักชวน ผู้หญิงที่สมัครใจไปจนถึงการกระทำที่ผิดกฎหมายด้วยการล่อลวงหรือลักพาตัวผู้หญิงให้เข้าสู่ อุตสาหกรรมผลิตสื่อทางเพศ

ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการผลิตและบริโภคสื่อทางเพศนี้ แนวคิดสตรี นิยมเห็นว่าสังคมไม่ควรเมินเฉยต่อสื่อที่เป็นสิ่งกระตุ้นให้เกิดการกระทำความผิดในอนาคต ดังนั้นเพื่อ ปกป้องความมั่นคงปลอดภัยสังคม การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่เป็นภัยต่อสังคมด้วย การควบคุมการกระทำในทางส่วนตัว เช่น การห้ามการผลิตและบริโภคสื่อทางเพศจึงมีความชอบ ธรรม แต่ในอีกด้านหนึ่งแนวคิดสตรีนิยมบางกลุ่มกลับมีแนวทางการต่อสู้เพื่อสิทธิสตรีในประเด็นเรื่อง สื่อทางเพศแตกต่างออกไปด้วยการเรียกร้องสื่อทางเพศเชิงบวกมากกว่าการพยายามล้มล้างสื่อทาง เพศทั้งหมด สื่อทางเพศเพื่อสิทธิสตรี (Feminist Pornography) จึงเป็นตัวเลือกเพื่อพัฒนาสื่อทาง เพศให้เป็นสื่อเพื่อต่อต้านแนวคิดการลดคุณค่าของผู้หญิงในสื่อทางเพศกระแสหลักที่มุ่งนำเสนอสรีระ ของนักแสดงที่เ้ายวนและการแสดงที่ผู้ชายมีอำนาจเหนือกว่าผู้หญิงเพื่อตอบสนองความต้องการของ ตลาด สื่อทางเพศเพื่อสิทธิสตรีมีเนื้อหาที่ให้คุณค่ากับนักแสดงไม่ว่าจะเพศชายหรือหญิงอย่างเสมอ ภาค การผลิตหรือถ่ายทำคำนึงถึงบริบทของวัฒนธรรมต่างๆที่นักแสดงได้รับ และผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้อง ต้องหารือและเห็นพ้องก่อนถ่ายทำ แม้ว่าสื่อทางเพศเพื่อสิทธิสตรีจะเป็นสื่อทางเพศที่ยุติธรรมใน สายตาของแนวคิดสตรีนิยมบางกลุ่มก็ตาม แต่ก็ยังไม่สามารถเข้ามามีบทบาทในอุตสาหกรรมสื่อทาง เพศกระแสหลักได้⁶²

จากการศึกษาถึงแนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมสื่อทางเพศ จะเห็นได้ว่าแต่ละแนวคิดส่งผลต่อ การกำหนดกฎหมายควบคุมสื่อทางเพศ ซึ่ง Henslin ได้สรุปกลุ่มแนวคิดเห็นที่มีต่อสื่อทางเพศไว้ 2 กลุ่มและให้เหตุผลสนับสนุนไว้ดังนี้⁶³

1) ฝ่ายที่สนับสนุนให้สื่อทางเพศเป็นสิ่งผิดกฎหมาย

ฝ่ายนี้เห็นว่าเห็นว่าสื่อทางเพศเป็นสิ่งสกปรก น่ารังเกียจ น่าสะอิดสะเอียน สะทอน รมนิยมที่ไม่ดีและมีความไม่ดีอยู่ในตัวของมันเอง เป็นตัวกระตุ้นให้เกิดความต้องการทางเพศที่ผิดไป จากปกติ เปลี่ยนเจตคติ แนวคิดและบรรทัดฐานในเรื่องเพศว่าการล่วงละเมิดทางเพศในรูปแบบต่างๆ เป็นสิ่งปกติและลดความรู้สึกเห็นอกเห็นใจบุคคลอื่นกรณีมีการล่วงละเมิดเพศเกิดขึ้น

⁶² ปีซีซี นาวิกชัน, หนังเอวี: ผู้กำกับหญิงผลักดันหนังผู้ใหญ่ส่งเสริมสิทธิสตรี หวังต่อสู้สื่อลามกเหยียดหญิงเกลียดโลกออนไลน์ [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 17 มกราคม 2562. แหล่งที่มา <https://www.bbc.com/thai/thailand-46733419>

⁶³ James M. Henslin, Social Problems, 4th ed. (Upper Saddle River, N.J.: Prentice Hall, 1996), p. 86.

2) ฝ่ายที่สนับสนุนให้สื่อทางเพศเป็นสิ่งถูกกฎหมาย

ฝ่ายนี้ถือว่าสื่อทางเพศเป็นการแสดงออกทางความคิดเห็นตามธรรมชาติของมนุษย์ เจตคติเกี่ยวกับเรื่องทางเพศสามารถเปลี่ยนแปลงได้ หากบุคคลถูกจำกัดความคิดมากเกินไปย่อมทำให้ รู้สึกมีความต้องการอิสระในการแสดงออกทางเพศมากขึ้น อีกทั้งสื่อทางเพศช่วยให้บุคคลปลดปล่อย จินตนาการทางเพศของตนได้ ช่วยเติมเต็มความต้องการของตนในกรณีที่สื่อทางเพศไม่มีเนื้อหาที่ รุนแรง นอกจากนี้ยังมองฝ่ายที่ต่อต้านสื่อทางเพศนารสนิยมและศีลธรรมที่ขึ้นอยู่กับแต่ละบุคคลมา บังคับซึ่งการผลักดันความเชื่อของบุคคลใดหรือกลุ่มใดมาบังคับให้บุคคลอื่นที่ไม่ได้มีความเชื่อ เหมือนกันย่อมไม่เป็นที่ยอมรับอีกต่อไปและขัดกับสภาพแวดล้อมของสังคมที่มีเสรีภาพ

แม้ปัจจุบันประเทศที่เปิดเสรีสื่อทางเพศได้กำหนดให้สื่อทางเพศไม่เป็นสิ่งต้องห้ามอีกต่อไป แต่ก็ยังมีเงื่อนไขมาจำกัดการกระทำที่เกี่ยวกับสื่อทางเพศไว้ เช่น ห้ามการกระทำที่ทำให้บุคคลที่มีอายุ ไม่ถึงเกณฑ์เข้าถึงหรือห้ามเฉพาะการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะเท่านั้น ส่วนกรณีสื่อ ลามกนั้นยังถือว่าเป็นสิ่งต้องห้ามซึ่งแต่ละประเทศก็กำหนดควบคุมการกระทำที่เกี่ยวกับสื่อลามกด้วย การห้ามการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะหรืออาจห้ามการกระทำในทางส่วนตัวด้วย

2.4 ความทั่วไปเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง

ภายหลังจากศึกษาถึงแนวคิดการควบคุมสื่อทางเพศแล้ว ในหัวข้อนี้จะศึกษาถึงเรื่องขอบเขต ของสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นหลัก โดยจะต้องทำความเข้าใจตั้งแต่คำว่า “ความรุนแรง” ว่ามี ลักษณะอย่างไร และจะต้องพิจารณาต่อไปถึงระดับของความรุนแรงที่ปรากฏอยู่ในสื่อทางเพศซึ่ง จำเป็นต้องได้รับความควบคุมตามกฎหมาย ผู้วิจัยจึงขอยกตัวอย่างกรณีศึกษาของสื่อทางเพศรูปแบบ BDSM เพื่อสร้างความเข้าใจถึงขอบเขตของสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงมากขึ้น

2.4.1 ลักษณะของสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง

ก่อนที่จะเริ่มศึกษาถึงขอบเขตของสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง จำเป็นอย่างยิ่งที่ จะต้องเข้าใจลักษณะพื้นฐานของพฤติกรรมทางเพศที่ปรากฏในสื่อทางเพศก่อน เพราะการสื่อในเรื่อง เพศของมนุษย์มีรูปแบบที่หลากหลายด้วยการถ่ายทอดวิธีการ กิจกรรมหรือความสัมพันธ์ในรูปแบบ ต่างๆ เพื่อตอบสนองความพึงพอใจทางเพศ การเกิดขึ้นของสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงก็เป็นรูปแบบ หนึ่งของการแสดงออกทางเพศที่อาจสร้างความเพลินเพลินแก่บุคคลที่มีรสนิยมการใช้ความรุนแรงไม่ แตกต่างไปจากสื่อทางเพศทั่วไป ปัจจุบันมีการจัดหมวดหมู่ประเภทของสื่อทางเพศตามลักษณะของ เนื้อหาได้ 2 ประเภท ดังนี้

1) สื่อทางเพศที่แสดงพฤติกรรมทางเพศแบบปกติ

สื่อทางเพศปกติจะบรรยายถึงร่างกายหรือกิจกรรมทางเพศของมนุษย์ทั่วไป ไม่ว่าจะนักแสดงจะเป็นเพศใดหรือกิจกรรมทางเพศมีลักษณะใด หากไม่มีการแสดงถึงกิจกรรมทางเพศที่นอกเหนือจากวิปฏิบัติของสังคมก็จะถือว่าเป็นสื่อทางเพศทั่วไป

2) สื่อทางเพศซึ่งแสดงพฤติกรรมทางเพศแบบไม่ปกติ

สื่อทางเพศที่แสดงกิจกรรมทางเพศแบบไม่ปกติหรือที่เรียกว่า “Paraphilia” ในทางการแพทย์ถือว่าเป็นภาวะกามวิปริต (Sexual Perversion) หรือภาวะผิดปกติทางอารมณ์เร้าทางเพศ ซึ่งเป็นพฤติกรรมทางเพศที่เบี่ยงเบนไปจากพฤติกรรมที่ยอมรับกันว่าเป็นพฤติกรรมของคนปกติทั่วไป โดยผู้แสดงจะจินตนาการถึงการมีส่วนร่วมในพฤติกรรมทางเพศที่ผิดปกติและรุนแรง บางรายอาจจะมีการกระทำทางเพศโดยใช้วัตถุหรือสัตว์เข้าร่วม ซึ่งจินตนาการทางเพศนี้อาจรวมถึงการกระทำพิสดารต่างๆ เช่น ทำให้ตนเองหรือผู้อื่นบาดเจ็บ โดยส่วนมากภาวะผิดปกติทางอารมณ์เร้าทางเพศส่วนใหญ่จะเกิดขึ้นกับผู้ชายมากกว่าผู้หญิง ซึ่งมีรูปแบบกระตุ้นความต้องการทางเพศผิดไปจากบุคคลทั่วไปนี้อาจรุนแรงจนถึงขั้นเป็นพยาธิสภาพ

สื่อทางเพศที่แสดงพฤติกรรมทางเพศแบบไม่ปกติอาจแบ่งได้หลายชนิด เช่น สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง (Violent Pornography) สื่อทางเพศที่มีลักษณะเสื่อมทรามลดค่าความเป็นมนุษย์ (Degrading Pornography) สื่อทางเพศที่มีเด็กเป็นองค์ประกอบ⁶⁴ (Child Pornography) สื่อทางเพศที่มีกิจกรรมทางเพศระหว่างมนุษย์กับสัตว์ (Bestiality Pornography) สื่อทางเพศที่มีกิจกรรมทางเพศระหว่างมนุษย์กับศพ (Necrophilia pornography) เป็นต้น สื่อทางเพศที่แสดงพฤติกรรมทางเพศแบบไม่ปกติเหล่านี้เกี่ยวข้องกับภาวะ “กามวิปริต” ซึ่งในทางการแพทย์สามารถแบ่งภาวะที่ทำให้เกิดอารมณ์เร้าทางเพศผิดปกติได้หลายประเภท⁶⁵ เช่น

- ภาวะผิดปกติที่มีอารมณ์เร้าทางเพศโดยจินตนาการและต้องการมีเพศสัมพันธ์กับเด็กที่อายุต่ำกว่า 13 ปี (Pedophilia)

⁶⁴ ในพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่องการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็ก และสื่อลามกอนาจารเด็ก ได้ให้นิยามของสื่อทางเพศเด็กไว้ว่า สื่อใดๆที่นำเสนอการเข้าไปมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศอย่างชัดเจนของเด็กซึ่งมีอายุต่ำกว่า 18 ปี ไม่ว่าจะเด็กนั้นจะได้เข้าในกิจกรรมทางเพศจริงหรือเป็นการแสดงเสมือนว่าเป็นเด็กก็ตาม หรือการนำเสนออวัยวะทางเพศส่วนใดของลูกเพื่อเพื่อจุดประสงค์ทางเพศ และในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย มาตรา 1 (17) ได้ให้นิยามของสื่อทางเพศเด็กว่า หมายถึง วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กซึ่งมีอายุต่ำกว่า 18 ปี

⁶⁵ International Society for Sexual Medicine, [What are paraphilias?](https://www.issm.info/sexual-health-ga/what-are-paraphilias/) [online], Accessed 20 October 2018. Available from: <https://www.issm.info/sexual-health-ga/what-are-paraphilias/>

- ภาวะผิดปกติที่มีอารมณ์เร้าทางเพศจากการให้คนอื่นที่ตนไม่รู้จักดูอวัยวะเพศของตนเอง (Exhibitionism)
- ภาวะผิดปกติที่มีอารมณ์เร้าทางเพศที่เกิดขึ้นเมื่อได้แอบดูกิจกรรมส่วนตัวของเหยื่อที่ไม่รู้ตัว (Voyeurism)
- ภาวะผิดปกติที่มีอารมณ์เร้าทางเพศโดยการได้จับต้องและถูคนอื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต (Frotteurism)
- ภาวะผิดปกติที่มีอารมณ์เร้าทางเพศด้วยการใช้วัตถุต่างๆ ในการสำเร็จความใคร่ (Fetishism)
- ภาวะผิดปกติที่มีอารมณ์เร้าทางเพศที่เกิดขึ้นจากการได้ใช้ความรุนแรงหรือสร้างความเจ็บปวด (Sexual Sadism)
- ภาวะผิดปกติที่มีอารมณ์เร้าทางเพศที่เกิดขึ้นจากการถูกบังคับ ได้รับความเจ็บปวดหรือถูกทำให้อับอาย (Sexual Masochism)
- ภาวะผิดปกติที่มีอารมณ์เร้าทางเพศเกิดขึ้นจากการแต่งกายเป็นเพศตรงข้าม (Transvestic Fetishism)
- ภาวะผิดปกติที่มีอารมณ์เร้าทางเพศเกิดขึ้นเมื่อได้มีพฤติกรรมทางเพศกับศพ (Necrophilia)
- ภาวะผิดปกติที่มีอารมณ์เร้าทางเพศเกิดขึ้นเมื่อได้มีพฤติกรรมทางเพศกับอุจจาระ (Coprophilia)
- ภาวะผิดปกติที่มีอารมณ์เร้าทางเพศเกิดขึ้นเมื่อได้มีพฤติกรรมทางเพศกับปัสสาวะ (Urophilia)
- ภาวะผิดปกติที่มีอารมณ์เร้าทางเพศเกิดขึ้นเมื่อได้มีพฤติกรรมทางเพศกับสัตว์ (Zoophilia)

ดังนั้นสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงจึงมีลักษณะของการแสดงพฤติกรรมทางเพศที่ไม่ปกติและเกี่ยวข้องกับภาวะกามวิปริต โดยภาวะกามวิปริตที่เกี่ยวข้องกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงนั้นไม่จำกัดเฉพาะกรณีสื่อทางเพศที่แสดงภาวะอารมณ์เร้าทางเพศจากการใช้ความรุนแรงสร้างความเจ็บปวดหรือการถูกบังคับให้ได้รับความเจ็บปวดเท่านั้น (Sado-masochism) อาจเป็นสื่อทางเพศที่

แสดงภาวะอารมณ์เร้าผิดปกติอื่นก็ได้เพียงแค่มีการแสดงให้เห็นพฤติกรรมทางเพศที่นำไปสู่การใช้ความรุนแรง แต่ความรุนแรงที่ปรากฏในสื่อทางเพศนั้นมีความหมายกว้างมากจำเป็นต้องกำหนดขอบเขตในทางกฎหมายเพื่อให้สามารถนำมาตรการทางกฎหมายมาควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงให้ชัดเจน

2.4.2 ประเภทของความรุนแรงในสื่อทางเพศ

สื่อทางเพศที่แสดงพฤติกรรมทางเพศที่ไม่ปกติด้วยการแสดงถึงการทรมาณตัวเองหรือคู่ร่วมเพศจะมีระดับความรุนแรงที่แสดงออกมาแตกต่างกัน ตั้งแต่กระทำต่อตนเองหรืออีกฝ่ายอย่างนุ่มนวลด้วยความระมัดระวังและควบคุมได้ ไปจนถึงระดับที่ก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานหรือถึงแก่ชีวิต วิธีการใช้ความรุนแรงก็มีความแตกต่างกัน กรณีที่ระดับความรุนแรงน้อยอาจใช้วิธีการมัด (Bondage) ทบตีหรือจับกอดโดยคนที่ไว้ใจได้ว่าจะไม่ก่อให้เกิดอันตราย แต่กรณีที่ระดับความรุนแรงเพิ่มขึ้นจะเริ่มมีบุคคลได้รับความเจ็บปวดหรือทุกข์ทรมานด้วยวิธีการต่างๆ เช่น การรัดคอให้หายใจไม่ออก การตีแทงร่างกายด้วยของมีคม การช็อกด้วยไฟฟ้าหรือใช้ไฟลน ในกรณีที่ระดับความรุนแรงมากนั้นผู้แสดงพฤติกรรมทางเพศแบบรุนแรงมักจะหาผู้ที่ให้ความร่วมมือได้ยากจึงอาจต้องกระทำต่อตัวเอง⁶⁶ ซึ่งลักษณะของความรุนแรงโดยทั่วไปสามารถแบ่งออกเป็น 4 ประเภท ดังนี้

1) ความรุนแรงทางกายภาพ (Physical Abuse)

เป็นการกระทำไม่ว่าโดยวิธีการใดๆ โดยเจตนาต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ได้รับผลร้าย โดยปราศจากอำนาจตามกฎหมาย ซึ่งอาจเทียบเคียงได้กับการกระทำในลักษณะของการ “ใช้กำลังประทุษร้าย”⁶⁷ ซึ่งเป็นการกระทำโดยใช้แรงกายภาพ (Physical Force) อันมีลักษณะการกระทำที่มีรูปร่าง (Physical) มีความหมายอย่างเดียวกับการ “ทำร้าย” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 คือ ทำให้เสียหายเป็นภัยแก่กายหรือจิตใจของบุคคล อย่างไรก็ตามการทำร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 นี้จะต้องก่อผลคือเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล แต่การ “ทำร้าย” ตามความหมายของการใช้กำลังประทุษร้ายอาจจะไม่ถึงขั้นเกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของบุคคลหรือ

⁶⁶ สุวทนา อารีพรค, เรียนรู้เรื่องเพศกับคุณหมอ (กรุงเทพฯ: บ.บุญศิริ, 2550), หน้า 153.

⁶⁷ การใช้กำลังประทุษร้าย ตามนิยามของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (6) หมายความว่า “ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความถึงการกระทำใดๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้”

จะถึงขั้นเกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของบุคคลก็ได้⁶⁸ เช่น การจับต้องเนื้อตัวร่างกายหรือกอด ก็เป็นการใช้กำลังประทุษร้ายได้โดยไม่ต้องถึงกับทุบตีหรือออกแรงทำร้ายอย่างใดอีก

การใช้กำลังประทุษร้ายมิได้ไม่จำกัดรูปแบบ ลักษณะของการใช้ความรุนแรงทางกายภาพที่พบได้บ่อย เช่น การใช้กำลังทำร้าย ทุบ ตี ชก ต่อย ถีบ เตะ ผลัก กระทุบ บีบคอ กระชากผม ใช้อาวุธหรือเครื่องมือต่างๆ รวมทั้งยาพิษหรือยาอื่นใดที่ก่อให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ทั้งนี้ ความรุนแรงที่เกิดขึ้นสามารถเทียบเคียงได้กับการ “ทำร้าย” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 ในฐานะทำร้ายร่างกายเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายและจิตใจ ซึ่งอันตรายแก่กายต้องดูพฤติการณ์ความรุนแรงและบาดแผลที่เกิดขึ้นเป็นกรณีๆ ไป ส่วนอันตรายแก่จิตใจนี้ต้องวินิจฉัยตามความคิดเห็นของวิญญูชนทั่วไปว่าการกระทำที่กระทบต่อจิตใจของบุคคลนั้นจะถึงขั้นทำให้เสียหายแก่จิตใจอันเป็นการทำร้ายจิตใจหรือไม่ การกระทำที่กระทบต่อจิตใจอันเป็นการทำให้เสียหายแก่จิตใจอย่างชัดเจน การทำให้ตกใจเจ็บป่วยหรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ การทำให้หมดสติหรือหมดความรู้สึกไปชั่วเวลาหนึ่งถือได้ว่าเป็นการทำให้เสียหายแก่จิตใจได้⁶⁹ ดังนั้นความเสียหายต่อจิตใจจะต้องถึงขนาดที่มีผลต่อการสั่งการของสมอง เช่น การใช้ยากดประสาททำให้ไม่ได้สติอยู่ระยะเวลาหนึ่ง แม้จะไม่เกิดอันตรายแก่กายอย่างหนึ่งอย่างใด ก็ถือได้ว่าเป็นอันตรายแก่จิตใจแล้ว⁷⁰ ลำพังเพียงความรู้สึกถูกเหยียดหยาม เจ็บใจ แค้นใจ เสียใจ โกรธ อับอาย กลัว เหล่านี้เป็นอารมณ์ ไม่ใช่เป็นอันตรายแก่จิตใจ

พฤติกรรมทางเพศในลักษณะรุนแรงที่กระทำต่อชีวิตหรือร่างกายมีปรากฏให้เห็นได้ตั้งแต่การทำร้าย การทรมาน ตัดอวัยวะ หรือกระทั่งฆาตกรรม ตัวอย่างรูปแบบหนึ่งของสื่อทางเพศที่แสดงถึงพฤติกรรมทางเพศที่กระทำต่อชีวิตหรือร่างกาย ได้แก่ สื่อทางเพศที่แสดงการรัดคอระหว่างร่วมเพศเพื่อไม่ให้ออกซิเจนไปเลี้ยงสมอง (Asphyxiophilia) อาจทำได้หลายรูปแบบ เช่น การกดที่หน้าอก การใช้เชือกรัดคอ ไปถึงการใช้ถุงคลุมหน้าตัวเอง ซึ่งเป็นความเชื่อของคนกลุ่มหนึ่งจะทำให้เพิ่มความสุขทางเพศที่เรียกว่า “Asphyxia” ซึ่งเป็นรูปแบบหนึ่งของกิจกรรมทางเพศที่รุนแรงและอันตราย เป็นกิจกรรมทางเพศแบบ BDSM รูปแบบหนึ่งซึ่งแสดงภาพของการทำร้ายร่างกายของผู้แสดงยอมเป็นสื่อทางเพศที่แสดงถึงการใช้ความรุนแรงที่กระทำต่อชีวิตหรือร่างกายอย่างชัดเจน ซึ่งพฤติกรรมนี้ย่อมเป็นความผิดต่อชีวิตและร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งในกรณีที่ไม่มีความตายเกิดขึ้น ผู้กระทำอาจมีความผิดฐานพยายามฆ่าโดยเล็งเห็นผลประกอบกับมีเหตุฉกรรจ์

⁶⁸ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 4, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: กรุงเทพฯ พับลิชชิ่ง, 2557), หน้า 31.

⁶⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 55.

⁷⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3269/2531

เนื่องจากมีลักษณะกระทำโดยทรามตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289(5) ประกอบ มาตรา 80 นอกจากนี้ยังเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายในลักษณะเหตุฉกรรจ์ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 296 ประกอบ มาตรา 289(5) และหากผู้ถูกกระทำได้รับอันตรายสาหัส⁷¹ ผู้กระทำก็มีความผิดฐานทำร้ายผู้อื่นจนได้รับอันตรายสาหัสตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 298 ประกอบ มาตรา 289(5)

2) ความรุนแรงที่ส่งผลกระทบต่อเสรีภาพ

เป็นการกระทำใดๆ ซึ่งกระทบต่อเสรีภาพในการตัดสินใจและเสรีภาพในการเคลื่อนไหวร่างกาย สามารถเทียบเคียงได้กับการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 309⁷² และ มาตรา 310⁷³ การกระทำที่กระทบต่อเสรีภาพ ได้แก่ การบังคับข่มขืนใจให้กระทำหรือไม่กระทำการ หรือจำยอมต่อสิ่งใด เช่น การบังคับให้ผู้แสดงทำร้ายร่างกายตนเอง หรือบังคับข่มขืนใจให้ต้องมีเพศสัมพันธ์โดยอีกฝ่ายไม่สมัครใจหากฝ่าฝืนก็ชู่จะทำอันตรายแก่ชีวิต เป็นต้น ส่วนการหน่วงเหนี่ยวกักขังให้ปราศจากเสรีภาพในร่างกาย เช่น การมัด การล่ามโซ่ หรือการขังไว้ในพื้นที่เฉพาะ

3) ความรุนแรงทางเพศ (Sexual Abuse)

⁷¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 297 บัญญัติไว้ว่า

“ผู้ใดกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย จนเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำร้ายรับอันตรายสาหัส ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสองแสนบาท

อันตรายสาหัสนั้น คือ

- (1) ตาบอด หูหนวก ลิ่นขาด หรือเสียอวัยวะประสาท
- (2) เสียอวัยวะสืบพันธุ์ หรือความสามารถสืบพันธุ์
- (3) เสียแขน ขา มือ เท้า นิ้วหรืออวัยวะอื่นใด
- (4) หน้าที่เสียโฉมอย่างติดตัว
- (5) แถ้งลูก
- (6) จิตพิการอย่างติดตัว
- (7) ทุพพลภาพ หรือป่วยเจ็บเรื้อรังซึ่งอาจถึงตลอดชีวิต
- (8) ทุพพลภาพ หรือป่วยเจ็บด้วยอาการทุกขเวทนาเกินกว่ายี่สิบวัน หรือจนประกอบกรรมกิจตามปกติไม่ได้เกินกว่ายี่สิบวัน”

⁷² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 309

“ผู้ใดข่มขืนใจผู้อื่นให้กระทำการใด ไม่กระทำการใด หรือจำยอมต่อสิ่งใด โดยทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียงหรือทรัพย์สินของผู้ถูกข่มขืนใจนั้นเองหรือของผู้อื่น หรือโดยใช้กำลังประทุษร้ายจนผู้ถูกข่มขืนใจต้องกระทำการนั้น ไม่กระทำการนั้นหรือจำยอมต่อสิ่งนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁷³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 310

“ผู้ใดหน่วงเหนี่ยวหรือกักขังผู้อื่น หรือกระทำความผิดด้วยประการใดให้ผู้อื่นปราศจากเสรีภาพในร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

เป็นการกระทำใดๆ ซึ่งฝ่าฝืนต่อความสมัครใจในการกระทำทางเพศระหว่างบุคคล หรือทำให้ผู้อื่นขาดเสรีภาพทางเพศ ได้แก่ การข่มขืนกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจาร และยังรวมถึงกรณีที่มีการกระทำทางเพศด้วยความสมัครใจ แต่ระหว่างมีการกระทำทางเพศร่วมกันนั้น ปรากฏว่าฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาถอนความยินยอมแล้วอีกฝ่ายหนึ่งกลับไม่หยุดการกระทำของตน

4) ความรุนแรงที่กระทบต่อชื่อเสียง เกียรติยศ หรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Emotional Abuse)

เป็นการกระทำใดๆ อันกระทบต่อสภาวะทางจิตใจและอารมณ์ ไม่ใช่การกระทำที่มีลักษณะทางกายภาพเป็นการกระทำที่ทำให้ผู้ถูกระทำรู้สึกถูกลดคุณค่า รู้สึกด้อยค่า อับอาย ถูกดูหมิ่นเกลียดชัง ถูกเหยียดหยามให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ลดลง อาจเทียบเคียงได้กับความผิดฐานดูหมิ่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 393 และความรุนแรงในลักษณะนี้มักปรากฏในสื่อทางเพศที่มีลักษณะเสื่อมทรามลดค่าความเป็นมนุษย์

2.4.3 นิยามและขอบเขตของสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง

ความรุนแรงอาจมีขอบเขตแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับอัตวิสัยของแต่ละบุคคลหรือสังคม เรื่องใดเรื่องหนึ่งอาจจะถูกมองว่าเป็นหรือไม่เป็นความรุนแรงก็ได้ เพื่อกำหนดขอบเขตของคำว่า “ความรุนแรง” ให้ชัดเจน ความรุนแรงนั้นจะต้องมีลักษณะที่สังคมเห็นพ้องต้องกันว่าเป็นปัญหาสำคัญและจำเป็นจะต้องถูกควบคุมด้วยกฎหมาย ประเทศไทยได้มีการนิยามคำว่า “ความรุนแรง” ไว้อย่างเป็นทางการดังที่ปรากฏในกฎหมายไทยตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ได้ให้ความหมายของ “ความรุนแรงในครอบครัว⁷⁴” หมายความว่า “การกระทำใดๆ โดยมุ่งประสงค์ให้เกิดอันตรายแก่กาย จิตใจ หรือสุขภาพ หรือกระทำโดยเจตนาในลักษณะที่น่าจะก่อให้เกิดอันตรายแก่ร่างกาย จิตใจ หรือสุขภาพของบุคคลในครอบครัว หรือใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรมให้บุคคลในครอบครัวต้องกระทำการ ไม่กระทำการ หรือยอมรับการกระทำ อย่างหนึ่งอย่างใดโดยมิชอบ แต่ไม่รวมถึงการกระทำโดยประมาท” แม้ความรุนแรงตามนิยามนี้จะอยู่ในบริบทของความรุนแรงในครอบครัวแต่ก็สามารถพิจารณาได้ว่าขอบเขตของความรุนแรงที่กฎหมายยอมรับจะต้องเป็นความรุนแรงทางกายภาพ 2 ประการ ประการแรกคือความรุนแรงที่ก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกาย จิตใจ และสุขภาพ ซึ่งอันตรายต่อจิตใจนี้จะหากพิจารณาความหมายในประมวลกฎหมายอาญา ประกอบกับคำพิพากษาของศาลฎีกา⁷⁵ แล้วจะต้องเป็นกรณีที่จะต้องถึงขนาดที่ทำให้

⁷⁴ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 มาตรา 3

⁷⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 680/2488, 626/2493, 3269/2531

เกิดผลกระทบกระเทือนต่อจิตใจ สภาพจิตผิดปกติ เช่น สลบ หมดสติ มึนงง จิตฟั่นเฟือน ตกใจกลัว หรือวิตกกังวลถึงขนาดประสาทเสียซึ่งอาจต้องพิสูจน์ได้ในทางการแพทย์ ส่วนการทำให้โกรธ ทำให้กลัว ทำให้เสียความรู้สึก น้อยใจ เจ็บใจ แค้นใจ ถูกเหยียดหยาม หรือการทำให้เสียใจโดยทั่วไป เป็นเพียงอารมณ์อันเกิดจากจิตใจไม่ใช่เป็นอันตรายที่เกิดจากจิตใจโดยแท้⁷⁶ ส่วนอันตรายต่อสุขภาพนั้น หมายถึงการทำให้เสียสุขภาพ หรือเกิดอาการเจ็บป่วยทางร่างกายหรือสุขภาพกาย แต่ไม่รวมถึงสุขภาพจิต⁷⁷ และประการที่สองคือความรุนแรงที่กระทบต่อเสรีภาพ ดังนั้นสรุปได้ว่าขอบเขตของความรุนแรงที่กฎหมายยอมรับนี้สอดคล้องกับการกระทำผิดทางอาญาพื้นฐานที่กระทบต่อชีวิต ร่างกาย จิตใจและเสรีภาพ

สื่อทางเพศใดที่ปรากฏให้เห็นความรุนแรงทั้ง 4 ประเภทในหัวข้อลักษณะของความรุนแรงในสื่อทางเพศอาจยังไม่ถือว่าเป็นสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่จะอยู่ภายใต้การควบคุม เพื่อกำหนดนิยามของสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงให้ชัดเจนสอดคล้องกับความรุนแรงที่กฎหมายยอมรับ สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงจึงต้องแสดงให้เห็นถึงขอบเขตการกระทำทางเพศในลักษณะพื้นฐานของความผิดอาญาที่แท้จริงอย่างชัดเจน กล่าวคือ ต้องมีเงื่อนไขการกระทำที่มีข้อตำหนิในทางศีลธรรมจากชุมชนอย่างร้ายแรงและเป็นการกระทำที่มีความเป็นอาชญากรรมถึงขนาดที่จะต้องใช้มาตรการ บังคับทางอาญาเข้ามาจัดการอย่างเคร่งครัดกับการกระทำเหล่านั้น⁷⁸ เช่น สื่อทางเพศที่แสดงให้เห็นการกระทำทางเพศที่ก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต ความปลอดภัยทางร่างกายและจิตใจ หรือการละเมิดเสรีภาพของผู้อื่น

กรณีสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่กระทำต่อชีวิต ร่างกายหรือจิตใจ

หากสื่อทางเพศใดแสดงให้เห็นถึงการประทุษร้ายที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกายหรือจิตใจ หรือไม่อาจก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต ร่างกายหรือจิตใจได้ ย่อมไม่อยู่ในความหมายของสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง นอกจากนี้สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงหมายความรวมถึงกรณีการแสดงให้เห็นถึงการที่บุคคลหนึ่งใช้ความรุนแรงกระทำต่อชีวิต ร่างกายหรือจิตใจของอีกบุคคลหนึ่งแล้ว ยังต้องรวมถึงกรณีการกระทำต่อตนเองหรือยินยอมให้ผู้อื่นกระทำต่อตนเองด้วย แม้กฎหมายอาญาจะไม่กำหนดให้การทำร้ายตนเองเป็นความผิดก็ตาม กรณีสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่กระทำต่อชีวิต

⁷⁶ กรมพัฒนาสังคมและสวัสดิการ กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์, คู่มือการปฏิบัติงานของหน่วยงานในการช่วยเหลือคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 9 กรกฎาคม 2562. แหล่งที่มา: <http://www.oic.go.th/FILEWEB/CABINFCENTER18/DRAWER003/GENERAL/DATA0000/00000061.PDF>

⁷⁷ เรื่องเดียวกัน

⁷⁸ พรรณรายรัตน์ ศรีไชยรัตน์, “ความเหมาะสมในการบัญญัติความผิดลหุโทษไว้ในประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), หน้า 99.

ร่างกายหรือจิตใจจึงมุ่งพิจารณาถึงการกระทำที่ปรากฏออกมาเป็นสำคัญ โดยจะต้องเป็นการ “ใช้กำลังประทุษร้าย”⁷⁹ ซึ่งก่อให้เกิดผลคืออันตรายแก่ชีวิตหรือร่างกายของบุคคล หรืออาจจะก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิตหรือร่างกายของบุคคลในระดับที่เป็นอันตรายต่อชีวิตหรืออันตรายต่อร่างกายและจิตใจเทียบเคียงได้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 288 และมาตรา 295 ดังนั้นสื่อทางเพศที่แสดงการใช้กำลังทำร้ายที่ไม่อาจก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย หรือจิตใจซึ่งอาจเทียบเคียงได้กับการกระทำตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 391 เช่น การใช้มือกดหรือบีบอวัยวะส่วนใดของร่างกายปรากฏเพียงรอยพิกซ์หรือรอยช่วน หรือการแสดงท่าทางการใช้กำลังทำร้ายซึ่งไม่อาจก่อให้เกิดอันตรายทางกายภาพอย่างแน่แท้จะไม่ถือเป็นสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง และในส่วนของ การกระทำที่กระทบต่อจิตใจย่อมไม่รวมถึงอารมณ์ความรู้สึก เช่น โกรธ กลัว อับอาย แต่จะต้องเป็นก่อให้เกิดผลต่อการสั่งการของสมอง ลำพังเพียงการกระทำที่กระทบต่อชื่อเสียง เกียรติยศหรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในสื่อทางเพศจะไม่นำมารวมเข้าในนิยามของสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงด้วยเช่นกัน ฉะนั้นสื่อทางเพศที่มีลักษณะเสื่อมทรามลดค่าความเป็นมนุษย์ (Degrading Pornography) จึงไม่อยู่ในลักษณะของการเป็นสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง เว้นแต่จะมีการกระทำที่ก่อให้เกิดหรืออาจจะก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต ร่างกายหรือจิตใจของบุคคลที่ปรากฏในสื่อทางเพศนั้น

กรณีสื่อทางเพศที่แสดงให้เห็นการกระทำผิดเล็กน้อยหรือความผิดลหุโทษ เช่น การใช้กำลังประทุษร้ายผู้อื่นไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ⁸⁰ หรือการใช้วาจาดูหมิ่น⁸¹ แม้จะเป็นความผิดทางอาญาซึ่งมีโทษจำคุกและเป็นการกระทำที่มีข้อควรตำหนิในทางศีลธรรมอยู่บ้าง แต่ก็ไม่มีลักษณะพื้นฐานของความผิดอาญาอย่างชัดเจน เพราะขาดเงื่อนไขที่มีความน่าตำหนิในทางศีลธรรมอย่างร้ายแรง⁸² และไม่รุนแรงถึงขนาดต้องใช้กระบวนการทางอาญาที่เคร่งครัดกับการกระทำเหล่านั้น ทั้งนี้ความผิดลหุโทษส่วนมากไม่มีความเป็นอาชญากรรมและมีลักษณะกระเตื้องไปทาง “ความผิดในทางปกครอง” (Administrative Offense) เสียมากกว่า⁸³ ซึ่งกฎหมายไทยให้อำนาจเจ้าพนักงานสามารถที่จะเปรียบเทียบปรับความผิดลหุโทษได้ เพราะเข้าใจกันโดยทั่วไปแล้วว่าความผิดลหุโทษตามกฎหมายไทยนั้นแท้จริงแล้วไม่ใช่ความผิดอาญา (Crime)⁸⁴ ดังนั้นขอบเขตของการกระทำ

⁷⁹ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1 (6) ให้นิยามคำว่า “ประทุษร้าย” หมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใดๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยใช้ยาทำให้มึนเมา สกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน

⁸⁰ โปรดดูประมวลกฎหมายอาญามาตรา 391

⁸¹ โปรดดูประมวลกฎหมายอาญามาตรา 393

⁸² พรหมฉายรัตน์ ศรีไชยรัตน์, “ความเหมาะสมในการบัญญัติความผิดลหุโทษไว้ในประมวลกฎหมายอาญา,” หน้า 120.

⁸³ คณิต ฒ นคร, *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560), หน้า 138.

⁸⁴ เรื่องเดียวกัน, 139.

ทางเพศที่ปรากฏในสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงจึงไม่รวมกรณีของการแสดงให้เห็นการกระทำทางเพศที่ไม่มีลักษณะรุนแรงเป็นอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย จิตใจหรือเสรีภาพ

กรณีสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่กระทบต่อเสรีภาพ

สื่อทางเพศที่แสดงถึงการกระทำที่กระทบต่อเสรีภาพมี 2 ประเภท ได้แก่ สื่อทางเพศที่แสดงถึงการกระทำที่กระทบต่อเสรีภาพในการเคลื่อนไหวร่างกาย เช่น การขู่เชิญหรือบังคับให้กระทำการหรือไม่กระทำการใด การพันนาการหรือการหน่วงเหนี่ยวกักขัง และสื่อทางเพศที่แสดงถึงการกระทำที่กระทบต่อเสรีภาพทางเพศ เช่น การข่มขืนกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจาร ถ้าผู้ที่ถูกกระทำในสื่อทางเพศนั้นแสดงให้เห็นได้ว่าตนให้ความยินยอมแล้วย่อมไม่ถือว่าเป็นสื่อทางเพศในลักษณะของการกระทำที่กระทบต่อเสรีภาพ สื่อทางเพศที่แสดงถึงการใช้ความรุนแรงที่กระทบต่อเสรีภาพเหล่านี้จะต้องพิจารณาถึงความยินยอมเป็นสำคัญ ถ้าผู้ที่ปรากฏในสื่อทางเพศแสดงให้เห็นว่าสามารถให้ความยินยอมตลอดเวลาของการแสดงในลักษณะดังกล่าวย่อมไม่ถือเป็นการกระทำที่กระทบต่อเสรีภาพอย่างแน่แท้ เว้นแต่ถ้าการให้ความยินยอมต่อการกระทำที่กระทบต่อเสรีภาพนั้นได้ก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต ร่างกายหรือจิตใจ เช่น การยินยอมให้มัดร่างกายจนขาดอากาศหายใจหรือมัดส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายจนโลหิตไม่ไหลเวียนจนนำไปสู่อันตรายแก่กายหรือจิตใจย่อมถือว่าเป็นสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง

ในเรื่องของการให้ความยินยอมนั้น แม้การกระทำใดที่กฎหมายอาญาส่วนใหญ่กำหนดให้เป็นความผิด หากผู้เสียหายให้ความยินยอมด้วยความบริสุทธิ์ใจย่อมก่อให้เกิดผลทางกฎหมายที่ทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดหรือได้รับการยกเว้นความผิด ซึ่งความยินยอมที่ทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดมีตัวอย่างเช่น กรณีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 เมื่อผู้เสียหายสมัครใจให้จำเลยกระทำชำเรา การกระทำของจำเลยย่อมไม่เป็นการ “ข่มขืนกระทำชำเรา” หรือกรณีความผิดฐานลักทรัพย์จามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 334 เมื่อผู้เสียหายยินยอมให้จำเลยเอาทรัพย์ไปจึงทำให้การกระทำของจำเลยไม่เป็นการ “เอาไป” ซึ่งทรัพย์ของผู้อื่น ซึ่งความยินยอมดังที่ยกตัวอย่างดังกล่าวเป็นความยินยอมที่ทำให้การกระทำขาดองค์ประกอบภายนอกของความผิดอันทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด⁸⁵ ส่วนความยินยอมที่ทำให้ได้รับการยกเว้นความผิดมีตัวอย่างเช่น กรณีที่แพทย์ทำการผ่าตัดช่วยชีวิตคนไข้หรือกรณีที่นักกีฬาสมัครใจแข่งขันชกมวย แม้จะถือว่ามีการใช้กำลังประทุษร้ายจนเกิดอันตรายแก่ร่างกายแล้วก็ตาม แต่เมื่อเป็นความยินยอมของคนไข้หรือของนักกีฬากายใต้จารีตประเพณีก็ย่อมได้รับการยกเว้นความผิด

⁸⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: พหลสยาม พรินติ้ง, 2551), หน้า 430-431.

ได้ ซึ่งทั้งความยินยอมที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดหรือได้รับการยกเว้นความผิดนี้ถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของเหตุยกเว้นความผิดอาญา ดังนั้นกรณีสื่อทางเพศที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำที่กระทบต่อเสรีภาพ ทั้งเสรีภาพในการเคลื่อนไหวร่างกายหรือเสรีภาพทางเพศจะต้องคำนึงถึงความยินยอมของผู้ถูกระทำมาประกอบด้วย เพราะหากมีความยินยอมของผู้ถูกระทำแล้วย่อมไม่ถือว่ามี การละเมิดเสรีภาพ

อย่างไรก็ตามในบางกรณีที่ผู้เสียหายจะยินยอมให้กระทำแล้วก็ไม่อาจได้รับการยกเว้นความผิด กล่าวคือ ถ้าความยินยอมนั้นก่อให้เกิดการกระทำที่ขัดต่อ “ความรู้สึกที่รับได้และถูกต้องของทุกคนในสังคม” หรือ “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” ย่อมไม่อาจนำมาอ้างเพื่อยกเว้นความผิดได้⁸⁶ เนื่องจากรัฐมีหน้าที่คุ้มครองสังคมให้เกิดความเป็นระเบียบ ความสงบและความยุติธรรม ซึ่งนับเป็นภารกิจของกฎหมายอาญาในการคุ้มครองคุณค่าหรือประโยชน์ของการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ หรือที่เรียกกันว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” การที่บุคคลยินยอมให้ผู้อื่นกระทำความผิดต่อตนเองย่อมเป็นการสละคุณธรรมทางกฎหมายในส่วนของตน ผู้เสียหายไม่มีอำนาจสละคุณธรรมในส่วนรวมที่มุ่งคุ้มครองความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งเงื่อนไขที่เปิดโอกาสให้บุคคลสามารถสละคุณธรรมทางกฎหมายได้นั้นจะต้องเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล⁸⁷ เช่น เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน การที่บุคคลยินยอมให้ผู้อื่นบังคับข่มขืนใจหรือยินยอมให้กระทำชำเราจึงเป็นการสละคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล แต่เรื่องเกี่ยวกับชีวิตมนุษย์แล้วถือเป็นข้อยกเว้นที่ไม่อาจสละได้

แม้คุณธรรมทางกฎหมายเกี่ยวกับสาระสำคัญของชีวิตมนุษย์จะเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล แต่ก็ยึดถือกันทั่วไปว่าชีวิตเป็นสิ่งมีค่าสูงสุดต่อมนุษย์และเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่ไม่อาจสละได้⁸⁸ การสละคุณธรรมทางกฎหมายในชีวิตมนุษย์ย่อมกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และเรื่องความปลอดภัยของร่างกายก็มีเหตุผลอย่างเดียวกันกับเรื่องชีวิตมนุษย์ที่ไม่อาจสละได้ เพราะเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าความยินยอมที่ละเมิดต่อความปลอดภัยของร่างกายย่อมขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน⁸⁹ การที่ผู้ใดใช้กำลังทำร้ายจนเกิดอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย หรือจิตใจของผู้อื่นโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรแม้ผู้อื่นจะให้ความยินยอม ย่อมกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของสังคม ศาลฎีกาของประเทศไทยก็เคยวางหลักเป็นบรรทัดฐานไว้ว่าความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมาย

⁸⁶ คณิศ ณ นคร, *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*, หน้า 279.

⁸⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 276.

⁸⁸ เรื่องเดียวกัน.

⁸⁹ เรื่องเดียวกัน.

บัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยอมไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี ความยินยอมนั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิด⁹⁰ ดังนั้นกรณีสื่อทางเพศที่แสดงการกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกาย หรือจิตใจ ไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงความยินยอมของผู้ที่ถูกกระทำในสื่อทางเพศ เมื่อสื่อทางเพศใดปรากฏให้เห็นถึงการกระทำที่ก่อให้เกิดหรืออาจจะก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย หรือจิตใจต่อตนเองหรือผู้อื่นแล้วย่อมเป็นสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงทั้งสิ้น

สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงจึงจำกัดอยู่ในบริบทของความรุนแรงทางกายภาพที่เป็นอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย จิตใจและเสรีภาพเท่านั้น นิยามของสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง จึงหมายถึง “สื่อที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศของบุคคลในลักษณะก่อให้เกิดหรืออาจจะก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย หรือเสรีภาพต่อตนเองหรือผู้อื่น” ทั้งนี้สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงสามารถแบ่งประเภทของการแสดงให้เห็นถึงการใช้อำนาจได้ 3 ลักษณะ ได้แก่

- 1) สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงถึงกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกาย จิตใจและเสรีภาพของผู้อื่นซึ่งไม่ให้ความยินยอม
- 2) สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงถึงกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกาย และจิตใจของผู้อื่นซึ่งให้ความยินยอม
- 3) สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงถึงกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกายและจิตใจของตนเอง

ตารางที่ 1 สรุปขอบเขตการกระทำตามความหมายของสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง

ขอบเขตการกระทำ	เทียบเคียงการกระทำตามประมวลกฎหมายอาญา
การกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกายหรือจิตใจของตนเองหรือผู้อื่น	ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายตาม มาตรา 288 และ มาตรา 295
การกระทำที่กระทบต่อการเสรีภาพในการเคลื่อนไหวร่างกาย	ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพตามมาตรา 309 และมาตรา 310
การกระทำที่กระทบต่อการเสรีภาพทางเพศ	ความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 276 ถึงมาตรา 279

2.4.4 สื่อทางเพศรูปแบบ BDSM กับการเป็นสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง

จากขอบเขตของความรุนแรงของสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่กล่าวมาแล้ว ในส่วนนี้ผู้วิจัยจะขอยกตัวอย่างสื่อทางเพศรูปแบบหนึ่งมาอธิบายว่าสื่อทางเพศที่ปรากฏภาพของการทำร้าย

⁹⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508

การกักขัง การล่วงละเมิดทางเพศ การใช้เครื่องมืออุปกรณ์ที่อาจก่อให้เกิดการบาดเจ็บเหล่านี้ อาจไม่ เป็นสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงอันต้องถูกควบคุมเสมอไป เพื่อจัดประเภทสื่อทางเพศประเภทนี้ว่าจะ อยู่ในขอบเขตที่ต้องควบคุมหรือไม่ จึงต้องทำความเข้าใจกับกิจกรรมทางเพศแบบ BDSM ก่อนว่ามี ความหมายและลักษณะอย่างไร รวมทั้งมีขอบเขตที่กำหนดให้กฎหมายเข้ามาควบคุมในระดับใด

2.4.3.1 ความหมายของกิจกรรมทางเพศแบบ BDSM⁹¹

จากกระแสภาพยนตร์เรื่อง “Fifty Shades of Grey” ได้สร้างความสนใจ จากผู้รับชมทั่วโลกรวมทั้งประเทศไทยเกี่ยวกับกิจกรรมทางเพศรูปแบบไม่ปกติ โดยภาพยนตร์ได้ ถ่ายทอดบทบาทของตัวละครที่มีรสนิยมทางเพศในลักษณะของการใช้ความรุนแรงระหว่างมี เพศสัมพันธ์หรือที่คนทั่วไปเรียกกันว่ากรรมมีเพศสัมพันธ์แบบ “BDSM” ทั้งนี้ในฉากต่างๆ ของ ภาพยนตร์ได้แสดงให้เห็นการที่ฝ่ายชายพยายามหว่านล้อมกึ่งข่มขู่ก่อนจะบังคับให้ฝ่ายหญิงมี เพศสัมพันธ์กับตน ขณะเดียวกันมีการใช้เครื่องมือทรมานและใช้ความรุนแรงระหว่างมีเพศสัมพันธ์ ซึ่งทุกครั้งที่มีฉากเกี่ยวกับการมีเพศสัมพันธ์ในลักษณะนี้ฝ่ายหญิงก็จะมีพึงพอใจ ผลที่ตามมาจาก กระแสภาพยนตร์ “Fifty Shades of Grey” ได้กระตุ้นให้เกิดการเรียนรู้รูปแบบของการมี เพศสัมพันธ์ในลักษณะดังกล่าวมากขึ้น จากข้อมูลการวิจัยของเว็บไซต์ทางเพศอย่าง PornHub ได้ สืบค้นข้อมูลพบว่าภายหลังที่ภาพยนตร์เรื่องดังกล่าวออกฉาย มีการเสิร์ช (Search) เข้าไปยังเว็บไซต์ เพื่อรับชมสื่อทางเพศเพิ่มมากขึ้นถึง 40 เปอร์เซ็นต์⁹² โดยคำที่นิยมใช้เสิร์ช ได้แก่ BDSM, Submission, Dominate, Bondage และ Punish ในอีกด้านหนึ่งภาพยนตร์เรื่อง “Fifty Shades of Grey” ยังได้สร้างมายาคติให้สังคมมองการข่มขืน การลวนลาม และการทารุณกรรมทางเพศเป็น สิ่งปกติธรรมดาและอาจถูกเข้าใจว่าเป็นสื่อทางเพศแบบ BDSM เป็นสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงซึ่ง เป็นความเข้าใจที่คลาดเคลื่อน เพื่อทำความเข้าใจลักษณะของสื่อทางเพศแบบ BDSM จำเป็นต้อง ศึกษาถึงรูปแบบกิจกรรมทางเพศแบบ BDSM

คำว่า “BDSM” เป็น คำย่อมาจาก “Bondage and Discipline, Dominance and Submission, Sadism and Masochism” หมายถึง การพันธนาการและการ ลงโทษ หรือการใช้อำนาจและการอยู่ภายใต้อำนาจ หรือการมีความสุขจากการทรมานผู้อื่นและการมี ความสุขจากการถูกผู้อื่นทรมาน เป็นกิจกรรมทางเพศและความสัมพันธ์เชิงกามารมณ์รูปแบบหนึ่งที่

⁹¹ จอมพล พัทธ์สันตโยธิน, “BDSM : กามารมณ์ภายใต้อำนาจและความเจ็บปวด,” มนุษยศาสตร์สังคมศาสตร์ปริทัศน์ 3, 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2558): 22-25.

⁹² Mashable, [Women want more BDSM porn following 'Fifty Shades' premiere](https://mashable.com/2015/02/19/women-fifty-shades-pornhub/) [online], Accessed: 19 December 2018. Available from: <https://mashable.com/2015/02/19/women-fifty-shades-pornhub/>

ถูกสร้างขึ้นจากจินตนาการเพื่อตอบสนองความพึงพอใจทางเพศอันเป็นเป้าหมายที่สำคัญประการหนึ่ง เช่นเดียวกับกิจกรรมและความสัมพันธ์ทางเพศรูปแบบอื่นๆ BDSM ไม่ใช่สิ่งแปลกใหม่แต่อย่างใด BDSM มีมาตั้งแต่ยุคก่อนคริสตกาล ดังหลักฐานที่ปรากฏบนภาพบนผนังปูนเปียกในสุสานแห่งการเฆี่ยนตี (Tomb of Whipping) ใกล้เมือง Tarquinia ประเทศอิตาลี ซึ่งปรากฏภาพแสดงถึงกิจกรรมทางเพศระหว่างชายหญิงซึ่งมีการใช้กำลังทำร้ายด้วยการใช้มือและแส้เฆี่ยนตีประกอบ

2.4.3.2 ลักษณะของกิจกรรมทางเพศแบบ BDSM

ลักษณะอันเด่นชัดของกิจกรรมทางเพศแบบ BDSM มี 2 ประการ ดังนี้

1) เรื่องของความสัมพันธ์

เป็นความสัมพันธ์แบบ Sado-masochism โดยซาติสม์ (Sadism) หมายถึง การที่ผู้กระทำได้รับความตื่นเต้นและความเพลิดเพลินทางเพศจากใช้ความรุนแรงทางกายภาพหรือทางจิตใจต่อผู้ถูกกระทำหรือมีความสุขเมื่อเห็นผู้ถูกกระทำได้รับความทรมาน ในขณะที่มาโซคิสม์ (Masochism) หมายถึง ความสัมพันธ์ในด้านกลับที่ผู้ถูกกระทำจะเกิดความกระตือรือร้นทางเพศจากการถูกใช้ความรุนแรงรวมไปถึงการยอมตกอยู่ใต้อำนาจของผู้กระทำ

เรื่องราวของกิจกรรมและรสนิยมแบบ Sado-masochism ได้ถูกสะท้อนผ่านนวนิยายของ Marquis de Sade (1740 - 1814) นักประพันธ์ชาวฝรั่งเศส ผู้ให้กำเนิดของคำว่า “ซาติสม์” (sadism) ในเรื่อง 120 Days of Sodom (Les 120 journées de Sodome) มีการนำเสนอภาพความหรรษาทางเพศอันเกิดจากกิจกรรมการใช้ความรุนแรง การทรมาน และการลดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในรูปแบบต่างๆ ทั้งทางร่างกายและจิตใจ โดย “ผู้ถูกกระทำ” จะถูกจัดวางตำแหน่งให้อยู่ในลักษณะของ “เหยื่อ” ของ “ผู้กระทำ” ซึ่งมีสถานะเป็นผู้แสวงหาความตื่นเต้น ความกระตือรือร้น และความหรรษาทางเพศจากการทรมานดังกล่าว กิจกรรมทางเพศที่รุนแรงเหล่านี้กระทำต่อ “เหยื่อ” มีลักษณะเป็นการบังคับ “เหยื่อ” ให้ตกอยู่ในสถานะจำยอมโดยที่ไม่ได้มีความสุขทางเพศใดร่วมจากการกระทำดังกล่าว คงจะมีแต่เพียงความเจ็บปวดทรมานเท่านั้น ส่วนเรื่อง Philosophy in the Bedroom (La philosophie dans le boudoir) ได้นำเสนอเรื่องราวความสัมพันธ์ทางเพศแบบรุนแรงที่ความเพลิดเพลินทางเพศเริ่มต้นจากความไม่รู้และความทรมานก่อนที่จะนำไปสู่การบรรลุถึงความรู้และความหรรษาทางเพศในภายหลัง นวนิยายเรื่องนี้ได้แสดงให้เห็นสัญชาตญาณดิบของมนุษย์ตามที่ Sade เชื่อว่ามนุษย์เป็นสิ่งชีวิตที่กำเนิดมาพร้อมกับความเลวร้ายในระดับสุดขีด (Ultimately Evil) ที่สามารถทำอะไรๆ ก็ได้ตามแต่ที่ตนเองปรารถนาเพียงเพื่อตอบสนองต่อความพึงพอใจของตนเอง โดยไม่คำนึงถึงเหตุผลความถูกต้องหรือศีลธรรมหรือคุณธรรม

ใดๆ แนวคิดนี้ถูกนำเสนอผ่านตัวละครที่เข้าไปพัวพันกับเพศสัมพันธ์ในรูปแบบที่อาจมองได้ว่า “วิปริต” (Perversion) เช่นการเสพสังวาสทางทวารหนัก (Sodomy) การมีเพศสัมพันธ์ในเครือญาติ (Incest) และการทารุณกรรมโดยไม่คำนึงถึงอันตรายใดๆ ที่จะเกิดขึ้นต่อร่างกายและจิตใจของอีกฝ่าย เพื่อตอบสนองความพึงพอใจในเพศรสของผู้กระทำ⁹³

ในด้านมุมมองและค่านิยมของ BDSM มีความเป็นพลวัตตามบริบทของเพศวิถีในสังคม โดย Kathy Session นักวิชาการทางเพศศึกษา ได้นิยาม BDSM ว่าหมายถึง “ความหลากหลายของปฏิสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเชิงกามารมณ์ที่มีความยินยอมของทั้งสองฝ่ายโดยปฏิสัมพันธ์นี้จะเกี่ยวข้องกับการใช้ การรับความเจ็บปวด และ/หรือการสถาปนาอำนาจเหนือและอยู่ภายใต้อำนาจดังกล่าว”⁹⁴ ส่วน Charles Moser และ Peggy Kleinplatz นักวิชาการทางจิตและเพศบำบัด ให้ความหมายของ BDSM ว่าหมายถึง “กลุ่มของพฤติกรรมทางเพศซึ่งมีความแตกต่างของอำนาจไม่ว่าในลักษณะโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายอันเป็นองค์ประกอบที่สำคัญประการหนึ่งของปฏิสัมพันธ์เชิงกามารมณ์”⁹⁵ ในขณะที่ Zaina Mahmoud ได้ให้ค่านิยม BDSM ไว้ว่า “ความชื่นชอบทางเพศที่อยู่นอกเหนือกิจกรรมทางเพศแบบธรรมดา (หรือ ที่เรียกว่า Vanilla Sex) ซึ่งรวมถึงการแลกเปลี่ยนอำนาจในการควบคุมบงการ การสวมบทบาทต่างๆ (Role-Playing) และความยินยอมที่ต้องเกิดขึ้นก่อนและดำเนินไประหว่างกิจกรรม จากค่านิยมต่างๆ เหล่านี้สามารถสรุปได้ว่า BDSM เป็นกิจกรรมและความสัมพันธ์ที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการใช้การกระทำทางกายภาพและการใช้อำนาจหรือตกอยู่ใต้อำนาจในบริบททางเพศภายใต้ความยินยอมพร้อมใจของผู้ที่อยู่ในความสัมพันธ์ทุกฝ่าย เพื่อนำไปสู่ความพึงพอใจทางกามารมณ์⁹⁶

เมื่อเปรียบเทียบแนวคิดและค่านิยมของ BDSM จะพบว่าการมีกิจกรรมทางเพศแบบ BDSM นั้น คู่สัมพันธ์ทั้งสองฝ่ายต่างมีความยินยอมพร้อมใจภายใต้ข้อตกลงอย่างเคร่งครัดในลักษณะของหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า “สัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda) แม้ว่าข้อตกลงหรือกิจกรรมทางเพศนั้นอาจจะนำมาสู่ความเจ็บปวดทางร่างกายบ้างก็ตาม (อย่างไรก็ตามความเจ็บปวดนั้นต้องอยู่ในระดับที่ปลอดภัยแก่ร่างกายและชีวิต) เพื่อนำไปสู่ความหลุดพ้นในทางเพศร่วมกัน แต่ทั้งนี้ไม่ได้หมายความว่ารวมถึงการก้าวข้ามเส้นพรมแดนของการสร้างความพึงพอใจทางเพศไปสู่การใช้ความรุนแรง การทรมานทางร่างกายและจิตใจจนถึงแก่ชีวิตโดยตั้งใจหรือที่

⁹³ จอมพล พัทธ์สันตโยธิน, “BDSM : กามารมณ์ภายใต้อำนาจและความเจ็บปวด,” มนุษยศาสตร์สังคมศาสตร์ปริทัศน์: 22-25.

⁹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 24.

⁹⁵ เรื่องเดียวกัน.

⁹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 25.

เป็นการฆาตกรรมแต่อย่างใดซึ่งแนวคิดการกระทำทางเพศแบบ BDSM ในสมัยปัจจุบันนี้มีความแตกต่างอย่างสิ้นเชิงกับมุมมองที่ Sade ได้นำเสนอกิจกรรมซาดีสมิ์ในนวนิยายว่าเป็นการกระทำรุนแรงใดๆ แม้กระทั่งการฆาตกรรมก็ตามซึ่งหากทำไปด้วยความปรารถนาในการตอบสนองความพึงพอใจของผู้กระทำแล้วการกระทำนั้นก็สมควรถูกถือว่าเป็นอาชญากรรมหรือได้รับการลงโทษ⁹⁷

ในส่วนองค์ประกอบของความสัมพันธ์ของ BDSM สามารถพิจารณาได้ว่าเป็นเรื่องของกิจกรรมหรือการกระทำในแงุ่มที่เป็นความสัมพันธ์ ซึ่ง Martin Weinberg Collin Williams และ Charles Moser ได้ทำการศึกษาและสรุปลักษณะของความสัมพันธ์แบบ BDSM ว่ามีอยู่ 5 ประการ⁹⁸ ได้แก่

1.1) ความสัมพันธ์ที่ปรากฏในลักษณะที่ฝ่ายหนึ่งมีการใช้อำนาจและอีกฝ่ายยอมที่จะตกอยู่ภายใต้อำนาจ (Dominance and Submission) โดยฝ่ายผู้ใช้อำนาจเหนือจะเรียกว่า “S” ซึ่งหมายถึง Sadist, Dominant, Dominator, Dominatrix, Top, Master, Mistress และฝ่ายผู้อยู่ใต้อำนาจจะเรียกว่า “M” ซึ่งหมายถึง Masochist, Submissive, Bottom, Slave

1.2) การแสดงบทบาทสมมุติ (Role Playing) ซึ่งคู่ร่วมกิจกรรมหรือความสัมพันธ์แบบ BDSM จะเลือกกำหนดบทบาทสมมุติร่วมกัน เช่น ฝ่ายหนึ่งเล่นบทเป็นนายทาสและอีกฝ่ายหนึ่งสวมบทเป็น ทาส

1.3) การให้ความยินยอม (Consensuality) กล่าวคือ ผู้เข้าร่วมจะต้องมีการตกลงร่วมกันให้ความยินยอมก่อนและตลอดทั้งกิจกรรมและความสัมพันธ์ว่าให้มีขอบเขตหรือข้อจำกัดที่สามารถจะ “เล่น” ได้เพียงใด

1.4) บริบททางเพศ หมายถึง กิจกรรมและความสัมพันธ์ทั้งหมดที่ทุกฝ่ายมีอยู่ในบริบททางเพศทั้งสิ้น กล่าวคือ การกระทำและความสัมพันธ์ต่างๆ นั้นมีนัยยะทางเพศและมีเป้าหมายเพื่อให้ได้มาซึ่งความพึงพอใจทางกามารมณ์

1.5) การตกลงทำความเข้าใจร่วมกันว่ากิจกรรมและความสัมพันธ์ของทุกฝ่ายเป็นรูปแบบ SM (การใช้อำนาจฝ่ายหนึ่งและการตกอยู่ใต้อำนาจอีกฝ่าย)

⁹⁷ เรื่องเดียวกัน.

⁹⁸ Martin Weinberg, Collin Williams and Charles Moser, “The Social Constituents of Sadoomasochism,” *Social Problem* 31, 4 (1984): 380-381.

ทั้งนี้ “ความยินยอม” เป็นหลักสำคัญของกิจกรรมทางเพศแบบ BDSM หากปราศจากความยินยอมโดยเฉพาะจากฝ่ายผู้อยู่ใต้อำนาจหรือถูกกระทำกิจกรรมแล้ว ย่อมถือเป็นการล่วงละเมิดในลักษณะเดียวกับที่ความยินยอมเป็นตัวแบ่งระหว่าง “การมีเพศสัมพันธ์” กับ “การข่มขืนกระทำชำเรา”⁹⁹ นอกจากนี้ “ความยินยอม” ยังมีเรื่องของ “ข้อจำกัด” ของความยินยอม โดยผู้ใช้อำนาจเหนือจะต้องไม่กระทำการใดๆ ที่มีจำกัดห้ามเอาไว้ เช่น มีข้อห้ามใช้อุปกรณ์เขียนตีที่ทำให้ผิวหนังแตกเกิดบาดแผลลึก หากมีการกระทำที่ละเมิดข้อตกลงย่อมถือว่าเป็นการประพฤติด้อย่างร้ายแรง และเป็นการละเมิดต่อความไว้วางใจกัน¹⁰⁰

จากบริบทของความยินยอม กิจกรรมทางเพศแบบ BDSM สามารถนำมาพิจารณาในแง่มุมมองที่เป็นความสัมพันธ์พิเศษระหว่างคู่สัมพันธ์ กล่าวคือ หากลักษณะของความสัมพันธ์และการแสดงออกซึ่งความรักระหว่างคู่สัมพันธ์ในกระแสหลักซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของความอบอุ่น การให้เกียรติ ความไว้วางใจ และการฝากชีวิตไว้แก่กันและกัน ซึ่งมีลักษณะเป็นนามธรรม ในขณะที่คู่สัมพันธ์แบบ BDSM ก็มีความสัมพันธ์ในลักษณะนั้นเช่นเดียวกันหากแต่เป็นการทำสิ่งซึ่งเป็นนามธรรมเหล่านั้นให้ปรากฏชัดขึ้นในลักษณะที่เป็นรูปธรรมภายใต้สถานการณ์ที่ถูกสร้างขึ้นมา โดยระหว่างมีกิจกรรม ทางเพศแบบ BDSM นั้น ผู้ที่อยู่ใต้อำนาจหรือ Submissive จะต้องเชื่อใจและมั่นใจในตัวผู้ใช้อำนาจเหนือหรือ Dominant อย่างถึงที่สุดว่าจะไม่ล่วงละเมิดต่อข้อสัญญาและความยินยอมที่ตนได้เคยให้ไว้ เปรียบเสมือนกับการยอมฝากชีวิตไว้ให้กับคู่สัมพันธ์ของตนอย่างจับต้องสัมผัสได้ ส่วน Dominant ก็ต้องรักษาสัญญาที่ได้ให้ไว้แก่ Submissive อย่างมั่นคงเช่นเดียวกัน ในแง่นี้ดังกล่าวอาจพิจารณาได้ว่าความสัมพันธ์ทางเพศแบบ BDSM แท้จริงแล้ว ความไว้วางใจ ความไว้วางใจ อาจจะได้รับ การยอมรับและปฏิบัติอย่างเคร่งครัดมากเสียยิ่งกว่าความสัมพันธ์ทางเพศกระแสหลัก เนื่องจากเป็นการวางเดิมพันความไว้วางใจดังกล่าวด้วยร่างกายและชีวิตของคู่สัมพันธ์อีกฝ่ายนั่นเอง¹⁰¹

2) เรื่องของกิจกรรมการกระทำ

Charles Moser และ Peggy Kleinplatz ได้นำเสนอสาระสำคัญของกิจกรรมทางเพศแบบ BDSM ไว้ 2 ประการ¹⁰² คือ การพันธนาการและความเจ็บปวดทางร่างกาย ดังนี้

⁹⁹ จอมพล พัทธ์สันตโยธิน, “BDSM : กามารมณ์ภายใต้อำนาจและความเจ็บปวด,” มนุษยศาสตร์สังคมศาสตร์ปริทัศน์.

26.

¹⁰⁰ เรื่องเดียวกัน.

¹⁰¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 27-28.

¹⁰² เรื่องเดียวกัน, หน้า 27.

2.1) การพันธนาการ

การพันธนาการ เป็นกิจกรรมหรือการกระทำที่แสดงถึงและเป็นตัวแทนของการใช้อำนาจเหนือผู้อยู่ใต้อำนาจ กล่าวคือเป็นการใช้อำนาจเพื่อที่จะควบคุม กำกับ และห้ามไม่ให้อีกฝ่ายสามารถเคลื่อนไหวร่างกายได้ตามใจตน ซึ่งการพันธนาการในลักษณะนี้จะมีการมัดโดยใช้เครื่องมืออย่างเช่น เชือก โซ่ ผ้าพลาสติก เทปกาว กุญแจมือ โดยผู้ถูกมัดจะอยู่ในสภาพเปลือยหรือไม่ก็ได้ และบางครั้งอาจมัดร่างกายเข้ากับวัตถุอื่นๆ ก็ได้ นอกจากการพันธนาการในรูปแบบการมัดแล้ว ยังรวมถึงการกักขังไว้ในพื้นที่แคบๆ เช่น ในกรง หรือการใช้ปลอกคอสวมให้แก่ฝ่ายหนึ่งโดยมีปลายเชือกอยู่ในมือของอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งผู้ถูกกักขังหรือสวมปลอกคอยังพอมีสระในการเคลื่อนไหวได้บ้างแต่ก็อยู่ภายใต้ขอบเขตที่จำกัดอย่างมาก จุดสำคัญที่สุดของการพันธนาการคือความปลอดภัยของผู้ถูกพันธนาการจะต้องได้รับความใส่ใจเป็นพิเศษ การมัดนั้นจะต้องไม่ไปขัดขวางการหายใจ การไหลเวียนของเลือดหรือกระบวนประสาทซึ่งอาจเป็นอันตรายต่อผู้ถูกมัดได้ นอกจากนี้ผู้มัดหรือผู้กักขังจะต้องไม่ปล่อยให้ผู้ถูกมัดหรือผู้ถูกกักขังอยู่ตามลำพัง และต้องเตรียมเครื่องมือพิเศษ เช่น กรรไกร มีด กุญแจสำรอง เครื่องมือสำหรับตัดเหล็กไว้เพื่อเกิดกรณีฉุกเฉินจะได้สามารถปลดปล่อยผู้ถูกมัดหรือผู้ถูกกักขังได้ทันท่วงที¹⁰³

2.2) ความเจ็บปวดทางร่างกาย

ในบริบท BDSM ความเจ็บปวดทางร่างกายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นรูปแบบเฉพาะของความเจ็บปวดที่มุ่งหมายจะให้เกิดการกระตุ้นเร้าหรือความสุขทางเพศ ไม่ใช่การทำให้เกิดความเจ็บปวดแบบสุ่ม (Random Pain) และไม่ใช่ความเจ็บปวดที่ตั้งใจก่อให้เกิดการบาดเจ็บแก่ร่างกายนอกเหนือบริบทความรู้สึกทางกามารมณ์เหมือนอย่างกรณีการทำร้ายร่างกาย สำหรับผู้ปฏิบัติกิจกรรมทางเพศแบบ BDSM บางคนนั้น ความน่าหลงใหลในความเจ็บปวดนั้นไม่ใช่ความเจ็บปวดโดยตัวมันเองแต่เป็นความคิดว่าตนจะได้รับความเจ็บปวดต่างหากที่ก่อให้เกิดความสุขทางเพศ เช่นเดียวกับกรณีของการพันธนาการ การที่ฝ่ายหนึ่งรับรู้ว่าจะได้รับความเจ็บปวดทางร่างกายจากการกระทำของอีกฝ่ายหนึ่งเป็นการรับรู้และยอมรับถึงอำนาจที่ด้อยกว่าในความสัมพันธ์นี้ และในขณะเดียวกันผู้ที่สร้างความเจ็บปวดก็เป็นผู้ใช้อำนาจที่เหนือกว่า¹⁰⁴

การสร้างความเจ็บปวดทางร่างกายมีหลายรูปแบบตั้งแต่ การใช้มือตีไปที่บางส่วนของร่างกาย การใช้แส้ฟาด (ซึ่งแส้ก็มีหลายชนิดและทำจากวัสดุที่หลากหลาย เช่น หนัง วัสดุสังเคราะห์ที่ทำให้เกิดความเจ็บปวดในระดับที่ต่างกัน) การใช้น้ำตาเทียนหยด (ซึ่งในบาง

¹⁰³ เรื่องเดียวกัน.

¹⁰⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 27-28.

กรณีเทียบที่ใช้เป็นเทียบที่มีจุดแหลมแหลมต่ำทำให้น้ำตาเทียบมีอุณหภูมิไม่สูงมากจนเป็นอันตราย) การใช้เข็มหรือตะขอแทงทะลุผิวหนัง การใช้กระแสไฟฟ้าในระดับต่ำๆ ซึ่งสิ่งที่เกิดขึ้นกับร่างกายของผู้ถูกกระทำมีได้หลายระดับ จากแคร์รอยแดงที่หายไปในเวลาไม่กี่นาที ไปจนถึงรอยฟกช้ำหรือรอยแผลที่ปรากฏนานหลายวันแต่ไม่สาหัสสัก จนไปถึงรอยแผลเป็นที่เกิดจากการใช้มีดหรือเครื่องมือแกะสลัก และแผลเผาไหม้จากการถูกละโหลยร้อนตีตรา เช่นเดียวกันกับกรณีของการพันธนาการ ผู้กระทำจะต้องให้ความใส่ใจอย่างยิ่งกับการกระทำตนว่า การสร้างความเจ็บปวดดังกล่าวต้องอยู่ในความควบคุมของตนได้ และต้องไม่ละเมิดข้อตกลงใดๆ ที่เป็นข้อจำกัดที่ได้ตกลงกับอีกฝ่ายไว้ก่อน และจะต้องหยุดการกระทำโดยทันทีเมื่ออีกฝ่ายบอกให้หยุด (ซึ่งจะมีการตกลงคำที่เรียกว่า “Safe Word” เมื่อกล่าวคำนี้หรือแสดงสัญลักษณ์ทางร่างกายออกมาแล้วผู้กระทำจะต้องหยุดทันที) และที่สำคัญจะต้องคำนึงถึงความปลอดภัยสูงสุดของผู้ถูกกระทำ¹⁰⁵

2.4.3.3 ระดับความรุนแรงของกิจกรรมทางเพศแบบ BDSM

ปฏิเสธไม่ได้ว่าลักษณะของกิจกรรมทางเพศแบบ BDSM นั้นมีความรุนแรงแฝงเร้นอยู่ด้วย จึงจำเป็นที่จะต้องทำการศึกษาระดับความรุนแรงของกิจกรรมทางเพศแบบ BDSM เพื่อให้เกิดเส้นแบ่งที่ชัดเจนว่าพฤติกรรมทางเพศแบบ BDSM ลักษณะใดบ้างที่ควรจัดอยู่ในระดับของความรุนแรงที่สังคมยอมรับได้ และลักษณะใดบ้างที่มีความรุนแรงเกินกว่าที่สังคมจะยอมรับจนต้องถูกควบคุมโดยรัฐเพื่อให้เกิดความปลอดภัยต่อตัวคู่สัมพันธ์ในกิจกรรมทางเพศแบบ BDSM เอง โดยความรุนแรงสามารถแบ่งได้ 2 ประการ ดังนี้

1) ความรุนแรงทางกายภาพ (Physical)¹⁰⁶

การแบ่งในลักษณะนี้เป็นการแบ่งโดยอาศัยระดับของความรุนแรงที่ฝ่ายผู้กระทำหรือ dominant ลงมือกระทำเอาแก่นื้อตัวร่างกายของฝ่ายผู้ถูกกระทำหรือ submissive โดยศึกษาเทียบเคียงกับลักษณะการกระทำความผิดต่อชีวิตหรือร่างกาย ตามที่มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา อันได้แก่ การใช้กำลังทำร้ายโดยไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจตามมาตรา 391 การทำร้ายเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจตามมาตรา 295 การทำร้ายร่างกายได้รับอันตรายสาหัสตามมาตรา 297 และ การทำร้ายร่างกายผู้อื่นเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายตามมาตรา 290 ซึ่งการแบ่งในลักษณะดังกล่าวทำให้สามารถพิจารณาถึงระดับของความรุนแรงโดยทั่วไปที่อาจเกิดขึ้นต่อเนื้อตัวร่างกายหรือชีวิตของ submissive อันเกิดจากกิจกรรมทางเพศแบบ BDSM ได้

¹⁰⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 28.

¹⁰⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 29.

นอกจากนี้ยังมีกิจกรรมแบบ BDSM บางอย่างที่ไม่มีการแสดงออกถึงลักษณะของความรุนแรง แต่ยังไม่ถึงขั้นมีการใช้กำลังกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของอีกฝ่าย เช่น การที่ผู้ถูกกระทำอยู่ในชุดหนังซึ่งถูกพันนาการข้อมือด้วยกุญแจมือโพลีไวด์ด้านหลังและมีผ้าปิดตา โดยมีได้มีการแสดงออกถึงลักษณะของการใช้กำลังทำร้ายหรือมีการกระทำโดยใช้แรงกำลังทางกายภาพอื่นใดอีก ซึ่งเฉพาะเพียงแค่การกระทำลักษณะดังกล่าวยังไม่อาจถือได้ว่าเป็นการทำร้ายร่างกายโดยไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 391 อันเป็นการกระทำความผิดลหุโทษได้ แต่ก็อาจถูกพิจารณาได้ว่าเป็นการล่วงละเมิดให้ปราศจากเสรีภาพในการเคลื่อนไหวร่างกายได้ ในกรณีที่ไม่เห็นว่าคุณถูกพันนาการสามารถแสดงความยินยอม

2) ความรุนแรงทางอารมณ์ (Emotional)¹⁰⁷

การแบ่งโดยอาศัยระดับของอารมณ์และความรู้สึกของคู่สัมพันธ์ทั้งทางฝ่ายผู้กระทำและฝ่ายผู้ถูกกระทำเป็นเครื่องมือในการแบ่ง ดังต่อไปนี้

2.1) ระดับความสัมพันธ์โรแมนติก (Romantic level) เป็นระดับอารมณ์ในการพัฒนาความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัมพันธ์ ซึ่งอาจมีการแสดงออกโดยการหยอกเย้า การดูแลเอาใจใส่ซึ่งกันและกัน ซึ่งระดับอารมณ์ในลักษณะดังกล่าวสามารถเกิดขึ้นได้ทั้งในกลุ่มกระแสหลักและในกลุ่ม BDSM ซึ่งแทบจะแยกความแตกต่างของบุคคลผู้มีรสนิยมทาง BDSM ออกจากกลุ่มกระแสหลักไม่ได้

2.2) ระดับกามารมณ์ (Erotic level) เป็นระดับอารมณ์ที่สืบเนื่องมาจากระดับความสัมพันธ์ปกติแต่ยังไม่ถึงขั้นการมีเพศสัมพันธ์ อย่างไรก็ตามระดับกามารมณ์นี้อาจจะนำไปสู่การมีเพศสัมพันธ์ได้ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าในระดับดังกล่าว อาจจะยังไม่ได้มีภาพการกระทำรุนแรงกับเนื้อตัวร่างกายของคู่สัมพันธ์ แต่อาจมีการแสดงออกถึงสัญลักษณ์บางอย่างที่เป็นการกระตุ้นให้เกิดอารมณ์ ความรู้สึก หรือความต้องการทางเพศได้ เช่น การสวมใส่ชุดหนังรัดรูป การสวมหน้ากาก การถือหรือเหยียดอุปกรณ์ต่างๆ เช่น สาย กุญแจมือ เทียนไขไปมา ซึ่งแม้จะยังไม่มีการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของคู่สัมพันธ์ แต่ลักษณะดังกล่าวก็อาจก่อให้เกิดความรู้สึกทางกามารมณ์ซึ่งถือได้ว่าเป็นการแสดงออกถึงพฤติกรรม BDSM แล้ว

2.3) ระดับการมีสัมพันธ์ทางเพศ (Sexual level) เป็นระดับของการแสดงออกถึงการมีความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างคู่สัมพันธ์แบบ BDSM โดยอาจมีเรื่องของความ

¹⁰⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 29-30.

รุนแรงที่กระทำต่อคู่สัมพันธ์อีกฝ่ายอย่างชัดเจน รวมถึงการนำอุปกรณ์ต่างๆ ที่อันตรายเข้ามาเกี่ยวข้องและใช้ประกอบในการมีเพศสัมพันธ์ เช่น เขือก ถุงพลาสติก ตะปู เข็ม มีด เป็นต้น

2.4) ระดับรุนแรง (Violent level) ดังที่ได้กล่าวแล้วว่า BDSM เป็นกิจกรรมทางเพศในรูปแบบหนึ่งที่มีความรุนแรงเป็นองค์ประกอบ ซึ่งในบางครั้งกิจกรรมดังกล่าวจึงอาจนำไปสู่อันตรายร้ายแรงจนถึงแก่ชีวิตหรืออาจได้รับบาดเจ็บสาหัสได้ ไม่ว่าจะอันตรายนั้นจะเกิดขึ้นโดยเจตนาหรือเกิดจากความประมาทของคู่สัมพันธ์เองก็ตาม เช่น การไม่กล่าวหรือแสดงออกซึ่ง safe word หรือการแสดงออกแล้วแต่คู่สัมพันธ์ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมหยุดการกระทำนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากความตายหรืออันตรายสาหัสเกิดขึ้นด้วยความเจตนา ไม่ว่าจะโดยคู่สัมพันธ์ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายก็ตาม ถือได้ว่าเป็นกิจกรรมทางเพศแบบ BDSM ที่เป็นอันตราย อีกทั้งตัวผู้กระทำยังคงต้องรับโทษทางกฎหมายอีกด้วย

เมื่อกิจกรรมทางเพศแบบ BDSM ได้ถูกถ่ายทอดผ่านสื่อย่อมถือเป็นสื่อทางเพศรูปแบบหนึ่ง สื่อทางเพศแบบ BDSM จะเป็นสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงได้ต้องแสดงอยู่ในระดับตั้งแต่กามารมณ์ (กระตุ้นความต้องการทางเพศ) เป็นต้นไป และมีการแสดงการใช้กำลังตามที่ปรากฏในนิยามของสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงในหัวข้อที่ 2.4.3 กล่าวคือ แสดงให้เห็นการกระทำในลักษณะของการใช้ความรุนแรงทางกายภาพที่เป็นอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย จิตใจและเสรีภาพต่อตนเองหรือผู้อื่นเท่านั้น

2.5 เหตุผลในการควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง

ในประเทศที่เปิดเสรีสื่อทางเพศเห็นว่าสื่อทางเพศเป็นการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นรูปแบบหนึ่ง สื่อทางเพศจึงได้รับความคุ้มครองภายใต้หลักสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน แต่กรณีสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงนั้นมีลักษณะแตกต่างไปจากสื่อทางเพศทั่วไป เนื่องจากสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงสร้างปัญหาต่อสังคมอย่างเป็นรูปธรรมเพราะแสดงให้เห็นถึงการกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกาย จิตใจ และเสรีภาพซึ่งเกิดขึ้นแก่บุคคลจริงและยังส่งผลร้ายต่อสังคมมากกว่าสื่อทางเพศทั่วไป จึงมีความพยายามควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงอย่างเข้มงวดกระทบต่อเสรีภาพของบุคคลมากกว่าสื่อทางเพศทั่วไป ในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงเหตุผลที่สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงจะต้องถูกควบคุม ดังนี้

2.5.1 ปัจจัยเสี่ยงต่อการเกิดอาชญากรรม

แนวคิดเสรีนิยมยอมรับว่าหากมีหลักฐานเชิงประจักษ์ที่น่าเชื่อถือได้เพียงพอว่าการบริโภคสื่อทางเพศมีความสัมพันธ์กับอัตราการเกิดอาชญากรรมทางเพศที่รุนแรง รัฐก็มีความชอบธรรมต่อการเข้ามาแทรกแซงเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นด้วยการควบคุมสื่อทางเพศ แต่ก็ยังไม่มี

ผลการศึกษาที่เป็นที่ยอมรับจนนำไปสู่ข้อสรุปได้ว่าสื่อทางเพศเป็นสาเหตุสำคัญต่อการเกิดพฤติกรรมทางเพศที่เบี่ยงเบนของบุคคลไปสู่การใช้ความรุนแรงได้อย่างแน่ชัด ผลการศึกษาถึงความเชื่อมโยงระหว่างการบริโภคสื่อทางเพศกับอาชญากรรมทางเพศก็ไม่ได้เป็นไปในทางเดียวกัน ผู้สนับสนุนแนวคิดเสรีนิยมบางส่วนโต้แย้งว่ามันเป็นความหุนหันพลันแล่นที่ตัดสินใจว่าการบริโภคสื่อทางเพศจะเปลี่ยนคนปกติไปเป็นนักข่มขืนได้ทันที¹⁰⁸ นอกจากนี้ยังมีงานวิจัยอื่นๆ มาสนับสนุนให้สื่อทางเพศสามารถเผยแพร่ได้อย่างถูกกฎหมาย ใน ค.ศ. 1984 John Court ศึกษาพบว่าระหว่าง ค.ศ. 1960-1980 สื่อทางเพศกลายเป็นสิ่งที่ทำได้ง่ายจึงทำให้เกิดคดีล่วงละเมิดทางเพศเพิ่มขึ้นตามมา แต่ในประเทศที่สื่อทางเพศสามารถแพร่หลายได้อย่างถูกกฎหมายกลับไม่เป็นเช่นนั้น ตัวอย่างในประเทศญี่ปุ่นที่สื่อทางเพศเป็นสิ่งถูกกฎหมายกลับมีอัตราการล่วงละเมิดทางเพศต่ำ¹⁰⁹ และประเทศสหรัฐอเมริกากรณีมลรัฐฮาวาย ช่วง ค.ศ. 1960-1974 ซึ่งสื่อทางเพศสามารถเผยแพร่ได้อย่างถูกกฎหมาย จากการสำรวจในช่วงเวลานั้นพบว่าอัตราการล่วงละเมิดทางเพศที่ลดลง แต่เมื่อกฎหมายที่ให้สื่อทางเพศสามารถเผยแพร่ได้ถูกถอนออกไปทำให้สื่อทางเพศกลายเป็นเป็นสิ่งผิดกฎหมาย อัตราการก่ออาชญากรรมทางเพศกลับมาสูงขึ้นอีก¹¹⁰ การศึกษานี้จึงทำให้เห็นได้ว่าสื่อทางเพศอาจไม่ได้เป็นสาเหตุของการก่ออาชญากรรม อย่างไรก็ตามมีการศึกษาถึงผลกระทบของสื่อทางเพศที่มีต่ออาชญากรรมไว้จำนวนมากพบว่าอาชญากรรมเกี่ยวกับคดีล่วงละเมิดทางเพศมีการใช้สื่อทางเพศในปริมาณมากกว่าอาชญากรรมที่ก่อคดีประเภทอื่นๆ แต่ก็ยังไม่สามารถพิสูจน์ได้แน่ชัดว่าสื่อทางเพศเป็นสาเหตุเดียวในการก่ออาชญากรรม เพราะอาจยังมีปัจจัยสำคัญอื่นที่นำไปสู่การกระทำผิดได้ เช่น อาชญากรที่ใช้สื่อทางเพศก็มีความเป็นไปได้ว่าจะมีอาการผิดปกติทางจิตอยู่แล้ว

เมื่อสื่อทางเพศอาจจะไม่ได้เป็นปัจจัยเดียวต่อการเกิดอาชญากรรมทางเพศ เพราะยังมีปัจจัยอื่นที่ซับซ้อนเชื่อมโยงกันนอกเหนือจากการบริโภคสื่อทางเพศ จากรายงานของคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นโดยประธานาธิบดี Lyndon B. Johnson เพื่อศึกษาถึงผลกระทบของสื่อลามกและสื่อทางเพศของประเทศสหรัฐอเมริกา (President's Commission on Obscenity and Pornography) ใน ค.ศ. 1970 และรายงานของคณะกรรมการศึกษาสื่อลามกและการควบคุมภาพยนตร์ของประเทศอังกฤษ (Committee on Obscenity and Film Censorship) ใน ค.ศ. 1979 ได้ทำการสำรวจข้อมูลจากการทดลองพบว่าไม่มีหลักฐานสำคัญมาสนับสนุนว่าสื่อทางเพศมีเป็นสาเหตุของความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสังคม คณะกรรมการใน ค.ศ. 1970 มีข้อเสนอแนะให้ยกเลิกบทบัญญัติกฎหมายที่กำหนดห้ามขาย แสดง หรือแจกจ่ายสื่อทางเพศแก่บุคคลที่ต้องการเข้าถึง อีกทั้ง

¹⁰⁸ Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law: Volume 2: offense to others* (New York: Oxford University Press, 1988), p. 151.

¹⁰⁹ David G. Myers, *Social Psychology*, 4th ed. (New York: McGraw-Hill, 1993), pp. 442-443.

¹¹⁰ Ibid.

ยังเห็นว่าบุคคลที่เป็นผู้ใหญ่ควรมีเสรีภาพในการอ่านหรือรับชมสื่อทางเพศตามที่ตนต้องการ แต่ยังไม่ให้ มีบทบัญญัติปกป้องบุคคลที่ไม่ต้องการเผชิญกับการแสดงสื่อทางเพศในที่สาธารณะหรือการส่ง ข้อความที่ไม่พึงประสงค์ และยังให้บัญญัติกฎหมายห้ามการแจกจ่ายสื่อทางเพศเพื่อการค้าแก่เด็ก เยาวชน¹¹¹

แม้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างสื่อทางเพศกับสาเหตุการเกิดอาชญากรรมทางเพศจะมี ข้อสรุปว่าไม่เกี่ยวข้องกัน แต่การศึกษาวิจัยของคณะกรรมการใน ค.ศ. 1970 ไม่ได้พิจารณา ทบทวนถึงกรณีสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงแต่อย่างใด กระทั่งใน ค.ศ. 1986 มีการตรวจสอบปัญหา ของสื่อทางเพศที่มีต่อสังคมใหม่อีกครั้ง คณะกรรมการที่ตั้งขึ้นโดยอัยการสูงสุดของสหรัฐเพื่อ พิจารณาถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสื่อทางเพศ (The Attorney General's Commission on Pornography) ได้รายงานถึงความเปลี่ยนแปลงของสื่อทางเพศในช่วงเวลาตั้งแต่ ค.ศ. 1970 เป็นต้น มา พบว่าสื่อทางเพศได้เพิ่มระดับความรุนแรงและเสื่อมทรามมากขึ้น รายงานได้ศึกษาแบ่งแยกสื่อ ทางเพศออกเป็น 3 ประเภทได้แก่ สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง (Violent Pornography) สื่อทางเพศ ที่ไม่มีลักษณะรุนแรงแต่เสื่อมทรามลดค่าความเป็นมนุษย์ (Degrading Pornography) และสื่อทาง เพศที่ไม่เข้าลักษณะของสองประเภทแรก (Nonviolent and Nondegrading Pornography) จาก การศึกษามีข้อสรุปอย่างเป็นเอกฉันท์ว่าสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงได้สร้างผลกระทบต่อสังคมด้วย การเพิ่มความก้าวร้าวรุนแรงต่อผู้หญิง โดยมีหลักฐานน่าเชื่อถือสนับสนุนอย่างหนักแน่นในข้อ สันนิษฐานว่าเนื้อหาทางเพศที่แสดงถึงความรุนแรงเป็นสาเหตุสัมพันธ์กับพฤติกรรมต่อต้านสังคม และ อาจส่งผลให้บุคคลบางกลุ่มมีความเป็นไปได้จะก่ออาชญากรรมทางเพศ¹¹² นอกจากนี้สื่อทางเพศที่ใช้ ความรุนแรงได้สร้างทัศนคติของผู้ที่รับชมให้ยอมรับถึงความเชื่อที่ผิดว่าผู้หญิงผลิตเพลินการถูกบีบ บังคับในกิจกรรมทางเพศหรือความเจ็บปวดทางกายภาพระหว่างมีเพศสัมพันธ์ ความเชื่อดังกล่าว ส่งผลให้ผู้ชายใช้ความรุนแรงทางเพศต่อผู้หญิงมากขึ้นเพราะเข้าใจว่าเป็นความต้องการที่แท้จริงของ ผู้หญิง¹¹³

ในส่วนของอิทธิพลของสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงต่อผู้ที่เคยกระทำผิดทางเพศนั้น จากการศึกษาพบว่าประเภทของสื่อทางเพศและความถี่ของการบริโภคสื่อทางเพศมีความสอดคล้อง สัมพันธ์กับปัจจัยเสี่ยงต่อการกระทำผิดซ้ำของผู้ที่เคยกระทำผิดทางเพศ ข้อมูลทางสถิติได้บ่งบอกว่า การบริโภคสื่อทางเพศมากเป็นปัจจัยพื้นฐานที่ส่งผลต่อกลุ่มตัวอย่างผู้กระทำผิดที่ถูกประเมินว่ามี

¹¹¹ Thomas A. Mappes and Jane S. Zembaty, *Social Ethics: Morality and Social Policy*, 6th ed. (New York: McGraw-Hill, 2002), p. 207.

¹¹² Ibid, 220.

¹¹³ Ibid, 221.

ความเสี่ยงจะกระทำผิดทางเพศในระดับสูงให้มีพฤติกรรมก้าวร้าวทางเพศมากกว่ากลุ่มตัวอย่าง ผู้กระทำผิดที่ถูกประเมินว่ามีความเสี่ยงจะกระทำผิดน้อยกว่า และเนื้อหาของสื่อทางเพศก็เป็นปัจจัยเสี่ยงกระตุ้นให้กลุ่มตัวอย่างทั้งสองกระทำผิดซ้ำเช่นเดียวกัน¹¹⁴

ผลการศึกษาสามารถสรุปได้ว่าสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงสร้างผลร้ายต่อสังคมและบุคคลได้ชัดเจนกว่าสื่อทางเพศทั่วไป เมื่อสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงได้เผยแพร่สู่สังคมก็อาจก่อให้เกิดอาชญากรรมเพิ่มขึ้นตามมาเพราะสื่อเหล่านี้ก็มีส่วนช่วยกระตุ้นความต้องการทางเพศต่อผู้ที่ มีรสนิยมทางเพศแบบใช้ความรุนแรง หากบุคคลเหล่านี้ไม่สามารถจัดการกับความต้องการทางเพศ ของตนได้ก็อาจเป็นแรงผลักดันให้ไปก่ออาชญากรรมต่อผู้อื่น ดังตัวอย่างในประเทศอังกฤษซึ่งมีคดีฆาตกรรมหญิงสาวอย่างทารุณจำนวนมากซึ่งผู้ก่อเหตุล้วนเป็นกลุ่มชายที่ชื่นชอบสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง จากการสืบสวนมักพบว่าบรรดาผู้ก่อเหตุมีความเชื่อมโยงกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงทั้งสิ้น¹¹⁵ เช่น มีการสะสมรูปภาพและภาพยนตร์ที่เกี่ยวข้องกับความรุนแรงทางเพศจำนวนมาก บางรายได้ก่อเหตุภายหลังจากรับชมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง อิทธิพลของสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง จึงเป็นสิ่งกระตุ้นให้บุคคลที่มีความเสี่ยงกระทำผิดอยู่แล้วไปก่ออาชญากรรมร้ายแรงได้ ดังตัวอย่างคดีสะเทือนขวัญที่ชายอายุ 23 ปีได้ล่อลวงหญิงสาวอายุ 17 ปี ให้มาถ่ายภาพที่บ้านของเขาและรัดคอหญิงสาวจนขาดอากาศ ระหว่างกระทำผิดยังได้ถ่ายภาพช่วงเวลาของหญิงสาวถูกทารุณกรรมจนสิ้นลมหายใจ ภายหลังจากจับกุมตำรวจพบว่าชายคนดังกล่าวหมกมุ่นกับการใช้ความรุนแรงทางเพศ และได้สะสมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงให้เห็นบุคคลจริงถูกฆ่า¹¹⁶ หรือที่เรียกกันว่า “Snuff Film”

จากปัจจัยเสี่ยงต่อผู้ที่รับชมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงบางกลุ่มที่อาจกระตุ้นให้ก่ออาชญากรรมแล้ว ยังพบว่าทางด้านของการผลิตสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงยังมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำผิดตามด้วยเช่นกัน เนื่องจากผู้ผลิตต้องการตอบสนองต่อความต้องการตลาดที่อยากให้มีระดับความรุนแรงในสื่อทางเพศมากขึ้นหรือใช้วิธีการที่ผิดกฎหมายเพื่อหาบุคคลมาถ่ายทำในสื่อทาง

¹¹⁴ Drew A Kingston, Paul Fedoroff, Philip Firestone, et al., “Pornography Use and Sexual Aggression: The Impact of Frequency and Type of Pornography Use on Recidivism among Sexual Offenders,” *Aggressive Behavior* 34, 4 (2008): 341.

¹¹⁵ The Telegraph, *The Truth about Men Who Watch Violent Porn – and How Dangerous They Are to Women* [online], Accessed 21 January 2019. Available from: <https://www.telegraph.co.uk/women/life/violent-porn-dangers-posed-to-women/>

¹¹⁶ The Guardian, *Man Obsesses with Violent Pornography Admits Murder of Georgia Williams* [online], Accessed 22 January 2019. Available from: <https://www.theguardian.com/uk-news/2013/dec/02/georgia-williams-murder-jamie-reynolds-pleads-guilty>

เพศที่ใช้ความรุนแรงเพื่อตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคด้วยการหลอกลวง ชมชู้ ใช้กำลัง ประทุษร้ายหรือลักพาตัว ดังตัวอย่างที่เกิดขึ้นจริงในประเทศญี่ปุ่นซึ่งผู้บริโภคสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงในลักษณะทรมาน (Torture Pornography) ใช้ช่องทางการสนทนาทางออนไลน์ (Online Forum) มีปฏิสัมพันธ์กับผู้ผลิตโดยตรงผ่านการแสดงความคิดเห็นสนับสนุนให้ผู้ผลิตสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงก่ออาชญากรรมทางเพศจริง นอกจากการที่ผู้ผลิตได้รับฟังความต้องการของผู้บริโภคเพื่อประกอบการตัดสินใจผลิตผลงานใหม่ๆแล้ว ยังอาศัยช่องทางอินเทอร์เน็ตเพื่อโฆษณาข้อมูลภาพยนตร์ที่จะถ่ายทำครั้งต่อไปด้วยการเผยแพร่รายละเอียดเกี่ยวกับการถ่ายทำและอธิบายวิธีการละเมิดผู้หญิงอย่างโหดเหี้ยมซึ่งบางกรณีถึงกับรับสมัครเชิญชวนกลุ่มชายให้เข้ามามีส่วนร่วมในการชมชิ้นใหม่¹¹⁷ ดังนั้นหากปล่อยให้สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเข้าถึงกลุ่มบุคคลที่มีแนวโน้มก่ออาชญากรรมสูงแล้วก็จะนำไปสู่ความเสี่ยงต่อความปลอดภัยของคนในสังคม อีกทั้งยังสร้างความต้องการของผู้บริโภคหน้าใหม่มากขึ้นนำไปสู่การผลิตสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงมาตอบสนองไม่มีที่สิ้นสุด จึงกล่าวได้ว่ายังมีผู้บริโภคนิยมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงมากเท่าใดก็จะยังเป็นการสนับสนุนให้มีการกระทำความผิดจริงมากขึ้นเท่านั้น

2.5.2 ผลกระทบต่อเด็กและเยาวชน

อิทธิพลของสื่อเป็นปัจจัยอย่างหนึ่งให้เด็กและเยาวชนมีพฤติกรรมเบี่ยงเบน เนื่องจากเด็กยังขาดความรู้ผิดชอบ อ่อนประสบการณ์ ยังไม่สามารถปกป้องตนเองจากสื่อที่ไม่เหมาะสมได้ สื่อที่เผยแพร่ข้อมูลหรือสิ่งที่ไม่เหมาะสมอาจกระตุ้นให้เด็กและเยาวชนเกิดความรู้สึกอยากลอกเลียนแบบ จากการรวบรวมงานวิจัยต่างๆที่เกี่ยวกับผลกระทบของสื่อที่แสดงความรุนแรงต่อเด็กได้ข้อสรุปไปในแนวทางเดียวกันว่า พฤติกรรมของเด็กที่ก้าวร้าวเป็นผลจากการได้รับสื่อที่มีความรุนแรง ในการศึกษาผลกระทบของสื่อที่มีความรุนแรงในระยะยาวของ Eron ใน ค.ศ. 1972 โดยเก็บข้อมูลจากเด็กซึ่งมีอายุตั้งแต่ 8-9 ปี และประเมินจากการดูสื่อที่มีความรุนแรงผ่านโทรทัศน์ของเด็กแล้วเฝ้าติดตามต่อไปอีก 10 ปี พบว่าเด็กชายที่ได้ดูสื่อที่มีความรุนแรงจะมีพฤติกรรมที่ก้าวร้าวรุนแรงในช่วงวัยรุ่น¹¹⁸ จึงสรุปได้ว่าการได้รับชมสื่อที่มีความรุนแรงในวัยเด็กย่อมก่อให้เกิดพฤติกรรมก้าวร้าวในวัยผู้ใหญ่ตามมา

ปัจจุบันนี้นอกจากโทรทัศน์หรือภาพยนตร์ที่แสดงถึงภาพความรุนแรงแล้ว วิดีโอเกมก็เป็นสื่อที่แสดงสื่อที่มีความรุนแรงได้เช่นกัน เด็กและเยาวชนจำนวนมากก็ใช้เวลากับการบริโภคสื่อที่

¹¹⁷ Yukino Yamamoto, Caroline Norma and Ruwan Dep Weerasinghe, "Consumer Involvement in Japanese Pornography Production," *Dignity: A Journal on Sexual Exploitation and Violence* 3, 2 (2018).

¹¹⁸ Leonard D. Eron, Rowell Huesmann, Monroe M Lefkowitz, et al., "Does Television Violence Cause Aggression," *American Psychologist* 27, 4 (1972): 253.

มีความรุนแรงมากขึ้นไป มีการศึกษาถึงอิทธิพลของสื่อความรุนแรงที่มีความรุนแรงพบว่าในระยะสั้น การบริโภคสื่อที่มีความรุนแรงมีความเป็นไปได้ที่จะเพิ่มพฤติกรรมก้าวร้าวรุนแรงทางกาย วาจา ความคิดและอารมณ์ต่อเด็กและเยาวชน และในระยะยาวยังส่งผลกระทบต่อกระบวนการเรียนรู้ซึ่ง สนับสนุนพฤติกรรมก้าวร้าวต่อสังคมอีกด้วย¹¹⁹ เมื่อเด็กและเยาวชนสามารถเข้าถึงสื่อทางเพศที่ใช้ ความรุนแรงก็จะก่อให้เกิดการลอกเลียนแบบและสร้างการเรียนรู้ต่อพฤติกรรมทางเพศที่ผิดปกติ โดย จะนำสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงมาเป็นแบบอย่างต่อการกระตุ้นอารมณ์ทางเพศของตนเอง กลายเป็นเกิดกระบวนการเรียนรู้แบบมีเงื่อนไขอันเป็นแรงเสริมให้เด็กและเยาวชนมีพฤติกรรมกระตุ้น ทางเพศเองด้วยการใช้ความรุนแรงอันส่งผลกระทบต่อทั้งในระยะสั้นและระยะยาวต่อการสร้าง พฤติกรรมทางเพศที่ก้าวร้าวรุนแรงซึ่งเป็นอันตรายต่อสังคมในอนาคต

เมื่อพิจารณาถึงสถานการณ์การกระทำผิดทางเพศของเด็กและเยาวชนของประเทศไทยแล้วจะพบว่าสื่อทางเพศได้แพร่กระจายไปสู่สาธารณชนทั่วไปและทวีความรุนแรงมากขึ้น ทาง เจ้าหน้าที่ตำรวจเองก็เห็นว่าสื่อทางเพศส่งผลเสียต่อเด็กและเยาวชนไทยอย่างร้ายแรงและยอมรับว่า ปัญหาการระบาดของสื่อทางเพศนั้นยากต่อการควบคุมและปราบปราม จากข้อมูลสถิติการกระทำผิด ของเด็กและเยาวชน¹²⁰พบว่าการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศ ได้แก่ กระทำอนาจาร ช่มชู้กระทำชำเรา และโหมมหญิงมีแนวโน้มสูงขึ้น รวมทั้งอายุเฉลี่ยของเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดลดลง เด็กและ เยาวชนที่กระทำความผิดเองก็ยอมรับว่าได้เรียนรู้การกระทำทางเพศจากสื่อต่างๆ เช่น สื่อสิ่งพิมพ์ ซีดี และ เว็บไซต์ลามกซึ่งส่งต่อเผยแพร่กันในกลุ่มเพื่อน สอดคล้องกับข้อมูลทางสถิติถึงสาเหตุของการกระทำ ผิดของเด็กที่พบมักเกิดจากการคบเพื่อน ความคึกคะนอง ความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ ปัญหาครอบครัว เนื่องจากพ่อแม่ไม่มีเวลาเพียงพอที่จะดูแลให้ความรักความอบอุ่น ปัญหาพฤติกรรมลอกเลียนแบบ และสังคมแวดล้อมตัวเด็ก เช่น การเลียนแบบจากกลุ่มเพื่อน เลียนแบบสื่อประเภทต่างๆที่ตนได้รับรู้ ข้อมูลมา จากการคบเพื่อน ความคึกคะนอง และความรู้เท่าไม่ถึงการณ์เป็นสาเหตุหลักของการกระทำ ผิดของเด็กและเยาวชนมากที่สุด¹²¹ และจากการสำรวจในกลุ่มเด็กและเยาวชนทั่วประเทศ โดย สำนักวิจัยซูเปอร์โพล (Super Poll) มูลนิธิสถาบันวิจัยความสุขชุมชนและความเป็นผู้นำ ซึ่งมีดร. นพดล กรรณิกา เป็นผู้อำนวยการ ได้ทำการสำรวจกลุ่มเป้าหมายทั้งสิ้น 11,361,800 คน ในหัวข้อ

¹¹⁹ Craig A. Anderson, Leonard Berkowitz, Edward Donnerstein, et al., "The Influence of Media Violence on Youth," *Psychological Science in the Public Interest* 4, 3 (2003): 81.

¹²⁰ ศูนย์เทคโนโลยีสารสนเทศ กรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน, จำนวนคดีเด็กและเยาวชนที่ถูกดำเนินคดีโดยสถาน พินิจทั่วประเทศ จำแนกตามฐานความผิด ตั้งแต่พ.ศ.2554-2558 [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 16 ตุลาคม 2561. แหล่งที่มา: <http://www.djop.go.th/stat/statbetween2008-2011>

¹²¹ นันทน์ภัสร์ สนธิพร, "มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมสื่อลามกและสื่อที่ไม่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชน: ศึกษากรณีร่างพระราชบัญญัติปราบปรามวัตถุช่วยพฤติกรรมอันตราย พ.ศ....," (วิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552), หน้า 50-51.

เรื่อง “สื่อร้ายกับยาบ้าในวัยโจ๋” โดยทำการสุ่มตัวอย่างออกมาทั้งสิ้น 1,325 ตัวอย่าง ดำเนินโครงการระหว่างวันที่ 1-28 กันยายน พ.ศ.2561 พบว่าเด็กและเยาวชนเคยมีประสบการณ์รับชมสื่อทางเพศในโลกโซเชียลส่วนใหญ่หรือร้อยละ 68.3 และวิธีการเข้าถึงสื่อทางเพศในโลกโซเชียลที่ใช้บ่อยที่สุดคือ ระบุค้นหาด้วยตนเอง ร้อยละ 42.3 รับรู้ผ่านการส่งต่อในโลกโซเชียล ร้อยละ 41.8 และเพื่อนแนะนำหรือบอกต่อ ร้อยละ 15.9 ตามลำดับ ซึ่งผลประมาณการทางสถิติจำนวนเด็กและเยาวชนเกี่ยวกับการเสพติดสื่อทางเพศและความรุนแรง พบว่ามีการเสพติดสื่อทางเพศโดยเปิดรับชมเป็นประจำทุกวันหรือเกือบทุกวันต่อสัปดาห์มีจำนวนมากถึง 775,394 คน¹²²

สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงนอกจากจะก่อให้เกิดกลไกเลียนแบบพฤติกรรมจนนำไปก่ออาชญากรรมแล้วยังเป็นสื่อที่กระทบต่อสิทธิของเด็กอีกด้วย ทั้งนี้ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก (Universal Declaration of Children’s Rights) ได้ให้ความสำคัญของเด็กที่จะต้องได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษและจะต้องปฏิบัติต่อเด็กอย่างคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และลักษณะของความเป็นเด็ก เพื่อให้เด็กมีพัฒนาการทางร่างกายและจิตใจที่สมบูรณ์ สามารถอยู่ร่วมกับสังคมอย่างปกติสุขและสามารถเติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่ดีในอนาคต ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กขององค์การสหประชาชาติ ค.ศ. 1989 มาตรา 17(e) ได้วางแนวทางปฏิบัติของรัฐภาคีสมาชิกเพื่อให้ความคุ้มครองเด็ก ทั้งการป้องกันเด็กจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบทุกรูปแบบอันเป็นผลร้ายต่อสวัสดิภาพของเด็กแล้วยังกำหนดให้รัฐภาคีมีหน้าที่ส่งเสริมพัฒนาแนวทางป้องกันเด็กและเยาวชนจากข้อมูลข่าวสารและวัสดุที่เป็นอันตรายต่อความอยู่ดีกินดีของเด็กด้วย¹²³ ดังนั้นเมื่อสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงสร้างการเรียนรู้เด็กและเยาวชนที่บิดเบือนและส่งผลกระทบต่อจิตใจของเด็กและเยาวชน สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงจึงเป็นหนึ่งในสื่อที่เป็นอันตรายต่อเด็กที่รัฐภาคีสมาชิกควรต้องมีมาตรการป้องกันมิให้เด็กสามารถเข้าถึงสื่อเหล่านี้ได้

2.5.3 ความเสียหายต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง

2.5.3.1 ผู้ถูกรุณแรงในสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง

¹²² ไทยโพสต์, โพลวัยโจ๋เสื่อม แท้เสพสื่อลามก ข้ามชั้นกินไอซ์ [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 16 ตุลาคม 2561. แหล่งที่มา: <https://www.thaipost.net/main/detail/18706>

¹²³ Convention on the Rights of the Child 1989 - article 17 (e)

“States Parties recognize the important function performed by the mass media and shall ensure that the child has access to information and material from a diversity of national and international sources, especially those aimed at the promotion of his or her social, spiritual and moral well-being and physical and mental health To this end, States Parties shall: (e) Encourage the development of appropriate guidelines for the protection of the child from information and material injurious to his or her well-being.”

ผู้ถูกกระทำในสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงย่อมผลกระทบต่อชีวิต ร่างกาย จิตใจ หรือเสรีภาพ เช่น ถูกข่มขืนกระทำชำเรา หรือไม่ก็ถูกบังคับให้แสดงในสิ่งที่ฝืนใจตัวเอง ในบางกรณีอาจนำไปสู่อันตรายจากโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์นอกเหนือจากการบาดเจ็บทางกายภาพ นอกจากนี้ยังส่งผลกระทบต่อจิตใจของผู้ถูกกระทำอย่างร้ายแรง ทำให้ผู้แสดงได้รับความอับอาย เสื่อมเสียชื่อเสียง เกียรติยศ ถูกผู้คนในสังคมดูถูกรังเกียจเดียดฉันท์ บางคนอาจได้รับความกระทบกระเทือนอย่างรุนแรงจนถึงขั้นเสียชีวิต

2.5.3.2 ผู้รับชมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง

สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงย่อมสร้างความหวาดกลัวต่อผู้คนที่พบเห็น เพราะทำให้รับรู้ถึงการกระทำโหดร้ายทารุณที่เกิดขึ้นจริงต่อชีวิต ร่างกายและเสรีภาพของบุคคลเพื่อตอบสนองความต้องการทางเพศ บุคคลส่วนใหญ่ย่อมเห็นว่าเนื้อหาที่ปรากฏในสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นพฤติกรรมทางเพศที่เป็นภัยและสิ่งไม่พึงประสงค์ การมีอยู่ของสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงย่อมก่อให้เกิดความรู้สึกไม่ปลอดภัยแก่ผู้คนในสังคมซึ่งกระทบต่อความสงบสุขของประชาชน

นอกจากนี้สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงยังก่อให้เกิดผลกระทบต่อสุขภาพแก่ผู้รับชมได้ เช่นกรณีการเลียนแบบพฤติกรรมที่ปรากฏในสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงประเภท BDSM ที่แสดงกิจกรรมทางเพศแบบ Asphyxiophilia ด้วยการลดปริมาณออกซิเจนนั้น หากได้เลียนแบบวิธีการตามที่ได้รับชมสื่อทางเพศประเภทนี้ด้วยตัวคนเดียวแล้วส่วนมากมักเสียชีวิต เช่น การรัดคอตนเองกับคานหรือแขวนตนเองกับสิ่งใดสิ่งหนึ่งพร้อมกับสำเร็จความใคร่ไปด้วยซึ่งในขณะถึงจุดสุดยอดอาจเสียการควบคุมตนเองจนพลาดหล่นไม้ค้ำหรือเก้าอี้ เมื่อพลาดหล่นหล่นลงมาก็เท่ากับเป็นการแขวนคอตัวเองไปโดยปริยาย¹²⁴ แม้กิจกรรมทางเพศแบบ BDSM เป็นเรื่องจินตนาการทางเพศซึ่งเป็นเรื่องส่วนบุคคล แต่ในทางการแพทย์เห็นว่าผู้ที่มีกิจกรรมทางเพศแบบ BDSM ในระดับขั้นใช้ความรุนแรงนี้ถือว่ามีปัญหาทางจิตอย่างหนัก เพราะมีอารมณ์ไม่คงที่และพร้อมที่จะสร้างโลกเชิงอุดมคติ และก็พร้อมเปลี่ยนไปเป็นอีกชั่วหนึ่ง สภาวะดังกล่าวแก้ไขได้ยากซึ่งปัญหาใหญ่คือการทำร้ายตัวเอง และท้ายสุดจบลงด้วยความตาย การเลียนแบบสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงจึงเต็มไปด้วยความเสี่ยงถึงชีวิตและด้วยความเสี่ยงนี้เป็นที่ปรารถนาสำหรับผู้ที่ยินยอมกระทำในลักษณะนี้

2.5.4 การละเมิดศีลธรรมทางเพศของสังคม

สังคมทั่วไปมีความเห็นว่าสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นสื่อที่ส่งผลกระทบต่อมาตรฐานทางศีลธรรมของสังคมให้เสื่อมทรามลง การใช้ความรุนแรงระหว่างมีการกระทำทางเพศจน

¹²⁴ ธเนศ วงศ์ยานนาวา, เพศ : จากธรรมชาติ สู่วิถีธรรม จนถึงสุนทรียะ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: สมมติ, 2559), หน้า 354-356.

เกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย จิตใจหรือเสรีภาพย่อมถือเป็นการแสวงหาประโยชน์ทางเพศเกินสมควร และเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอย่างร้ายแรงซึ่งสังคมไม่ยอมรับอย่างเด็ดขาด การที่สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงดำรงอยู่ในสังคมโดยปราศจากการควบคุมแสดงให้เห็นว่าสังคมยอมรับว่าพฤติกรรมที่ปรากฏในสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงว่าเป็นสิ่งที่ศีลธรรมและกฎหมายยอมรับ การเมินเฉยและขาดมาตรการควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงย่อมเปิดช่องให้สังคมเชื่อโดยปริยายว่าพฤติกรรมใช้ความรุนแรงทางเพศจะเป็นเรื่องปกติและชี้แนะให้สังคมเชื่อว่าการใช้ความรุนแรงประกอบการกระทำทางเพศเป็นสิ่งเรื่องปกติ¹²⁵

ขณะเดียวกันยังมีงานวิจัยที่สนับสนุนถึงผลต่อทัศนคติทางเพศของบุคคลจากการรับชมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง เช่น การศึกษาของ Malamuth และ Check¹²⁶ ที่ทำการทดลองกับนักศึกษาชาย โดยแบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม กลุ่มแรกให้ชมภาพยนตร์ที่มีเนื้อหารุนแรงทางเพศ ในขณะที่อีกกลุ่มชมภาพยนตร์ที่ไม่มีเนื้อหารุนแรงทางเพศ หลังจากชมภาพยนตร์หลายวัน จึงให้นักศึกษาชายทำแบบประเมินเกี่ยวกับการกระทำความรุนแรงต่อผู้หญิง จากการศึกษาพบว่ากลุ่มที่ชมภาพยนตร์ที่มีความรุนแรงทางเพศยอมรับการกระทำความรุนแรงต่อผู้หญิงได้มากกว่าอีกกลุ่มอย่างมีนัยสำคัญทางสถิติ แสดงให้เห็นได้ว่ายิ่งชมภาพยนตร์ที่มีความรุนแรงทางเพศต่อผู้หญิงมากเท่าไร ก็ยิ่งสร้างทัศนคติยอมรับการกระทำความรุนแรงต่อผู้หญิงมากขึ้น

ในบางประเทศเห็นว่าสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงกระทบต่อความไม่เสมอภาคทางเพศของคนในสังคม¹²⁷ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพศหญิงซึ่งส่วนใหญ่มักปรากฏเป็นฝ่ายถูกกระทำทารุณในสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงโดยมีเพศชายเป็นฝ่ายใช้อำนาจบังคับ นำไปสู่การสร้างมายาคติในลักษณะเหมารวมเป็นการทั่วไปว่าเพศหญิงปรารถนาความเจ็บปวด ความทารุณโหดร้ายระหว่างประกอบกามกิจซึ่งมุมมองเช่นนี้นับว่าถือการสร้างความเสี่ยงต่อศีลธรรมทางเพศของสังคม

2.5.5 การละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ในงานเขียนเรื่อง Groundwork for the Metaphysics of Morals ของ Immanuel Kant ได้วางกรอบแนวคิดทางศีลธรรมว่าไม่ใช่เรื่องของการสร้างความสุขสูงสุดหรือเป้าหมายอื่นใดหากแต่เป็นเรื่องของการเคารพในตัวตนมนุษย์ซึ่งเป็นเป้าหมายในตัวเอง กล่าวคือ มนุษย์ทุกคนควรค่าแก่การเคารพ ไม่ใช่เพราะมนุษย์เป็นเจ้าของตัวเอง แต่เพราะมนุษย์เป็นสิ่งมีชีวิตที่มี

¹²⁵ Amanda Wong, "Broken, Brutal, Bloody: The Harms of Violent Racial Pornography and the Need for Legal Accountability," *Georgetown Journal of Law & Modern Critical Race Perspectives* 8, 1 (2016): 235-236.

¹²⁶ Neil M. Malamuth and James V. P. Check, "The Effects of Mass Media Exposure on Acceptance of Violence against Women: A Field Experiment," *Journal of Research in Personality* 15, 4 (1981): 436.

¹²⁷ โปรดดู หัวข้อ 4.2.1 ขอบเขตของสื่อลามกตามกฎหมายของประเทศแคนาดา

เหตุผลและใช้เหตุผลในการเลือกกระทำการได้อย่างเป็นอิสระ เสรีภาพโดยทั่วไปมักหมายถึง ภาวะปลอดอุปรสรรคของการทำสิ่งที่ปรารถนา แต่เสรีภาพที่แท้จริงตามความคิดของคานท์ คือ “อัตตาณัติ” (การกระทำที่เป็นอิสระ, Autonomously) ซึ่งเป็นการกระทำตามกฎหมายที่ตั้งเอง ไม่ใช่กฎธรรมชาติ ธรรมเนียมสังคมหรือความปรารถนาส่วนตัว หากมนุษย์กระทำตามเหตุปัจจัยอื่นนอกเหนือจากตัวเอง หรือที่เรียกว่า “อัญญาณัติ” (Heteronomy) มนุษย์จะถูกอิทธิพลของปัจจัยที่อยู่นอกเหนือตัวมนุษย์นั้นครอบงำ มนุษย์ในสภาวะดังกล่าวจึงเป็นเครื่องมือของเป้าหมายที่มนุษย์ต้องการ การที่มนุษย์ประพฤติตนอย่างเป็นอิสระตามกฎหมายที่ตั้งเองและกระทำการสิ่งต่างๆ เพราะตัวของมนุษย์เองในฐานะเป้าหมายของตัวเอง มนุษย์จึงไม่ได้เป็นเครื่องมือสำหรับเป้าหมายนอกตัวของมนุษย์อีกต่อไป มีศักยภาพที่จะประพฤติปฏิบัติอย่างเป็นอิสระตามเป้าหมายของตัวเอง¹²⁸

ด้วยหลัก “เหตุผลบริสุทธิ์เชิงปฏิบัติ” (Pure Practical Reason) ดังกล่าว มนุษย์จึงมีศักดิ์ศรี การเคารพในศักดิ์ศรีมนุษย์ (Human Dignity) จึงหมายถึงการ ปฏิบัติต่อผู้อื่นว่าเป็นเป้าหมายในตัวเอง ไม่ได้ปฏิบัติต่อผู้อื่นเป็นเพียงเครื่องมือที่ใช้ได้ตามอำเภอใจ เพราะมนุษย์เป็นสิ่งมีชีวิตที่มีเหตุผลและดำรงอยู่ในฐานะจุดหมายของตนเอง¹²⁹ การที่บุคคลใดตัดสินใจทำร้ายผู้อื่น ไม่ว่าจะกระทำไปเพื่อความเพลิดเพลิน ความโกรธ หรือเหตุผลใดก็ตามย่อมเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ที่ถูกทำร้าย ขณะเดียวกันหากบุคคลใดทำร้ายตัวเองหรือยินยอมให้ผู้อื่นทำร้าย ความยินยอมนี้ย่อมไม่สอดคล้องกับหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เช่นกัน การใช้เสรีภาพที่เกินเลยไร้ขอบเขตจนไปทำร้ายผู้อื่น ทำร้ายตนเองหรือยินยอมให้ผู้อื่นทำร้ายตนเองจึงไม่ใช่เสรีภาพที่แท้จริงเพราะเป็นการปฏิบัติต่อตนเองในฐานะเป็นเครื่องมือเพื่อตอบสนองความต้องการของตนเองแทนที่จะเป็นเป้าหมายในตนเอง

อย่างไรก็ตามไม่ใช่ว่าสื่อทางเพศทั้งหมดละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การแสดงถึงกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความเคารพซึ่งกันและกัน เช่น การใช้กำลังทำร้าย การแสดงให้เห็นถึงอำนาจที่เหนือกว่า การปฏิบัติต่อผู้แสดงเป็นเพียงวัตถุทางเพศซึ่งการแสดงพฤติกรรมเหล่านี้ถือว่าละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ทั้งสิ้น เพราะเป็นการนำเสนอคนเป็นเครื่องมือสำหรับใช้ตอบสนองความต้องการทางเพศของผู้อื่นเท่านั้น¹³⁰ เนื้อหาของสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงจึงเป็นสิ่งที่ขัดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การผลิต การเผยแพร่ หรือแม้แต่ครอบครองไม่ว่าจะมีวัตถุประสงค์ใดก็เป็น

¹²⁸ มิเชล เจ. แชนเดล, ความยุติธรรม = Justice: what's the right thing to do, สฤณี อาชวานันทกุล, ผู้แปล, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: โอเพนเวิร์ลด์ส, 2557), หน้า143-148.

¹²⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 161.

¹³⁰ Tatjana Hörnle and Mordechai Kremnitzer, “Human Dignity as a Protected Interest in Criminal Law,” *Israel Law Review* 44, 1 (2011): 153-155.

การไม่เคารพในตัวมนุษย์ ดังนั้นรัฐนอกจากจะมีหน้าที่เคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลแล้วยังต้องมีหน้าที่ปกป้องไม่ให้บุคคลกระทำการละเมิดศักดิ์ศรีศรีความเป็นมนุษย์ของตนเองหรือระหว่างบุคคลด้วยกัน

2.6 แนวคิดการกำหนดความผิดและการลงโทษทางอาญา

เมื่อได้ทราบถึงปัญหาของสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงแล้ว การจะพิจารณาหาแนวทางการควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงโดยการใช้อกฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือแก้ปัญหา นั้นจะต้องทำความเข้าใจหลักการสำคัญของกฎหมายอาญา กล่าวคือ ในแต่ละสังคมย่อมมีวิธีการควบคุมพฤติกรรมของสมาชิกในสังคมแตกต่างกันออกไปทั้งในด้านวิธีการและวัตถุประสงค์ มาตรการกฎหมายอาญาเป็นวิธีการของรัฐในการควบคุมพฤติกรรมของคนในสังคมวิธีหนึ่งซึ่งช่วยทำให้มนุษย์อยู่ร่วมกันในสังคมได้อย่างปกติสุข เนื่องจากกฎหมายอาญากำหนดให้กระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดเป็นความผิดและมีสภาพบังคับด้วยการลงโทษที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล แต่การที่รัฐจะบัญญัติกฎหมายอาญาให้การกระทำใดเป็นความผิดได้จะมีหลักเกณฑ์ที่ความเหมาะสมต่อการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาเป็นสำคัญ มิฉะนั้นแล้วจะกลายเป็นว่ารัฐจะใช้อำนาจตามอำเภอใจจนกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลเกินสมควร

ในหัวข้อนี้ผู้วิจัยจะนำเสนอแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการกำหนดความผิดทางอาญาต่าง ๆ มาแนะนำซึ่งแต่ละแนวคิดที่เลือกมานี้จะเป็นองค์ประกอบของหลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญาที่จะนำมาใช้วิเคราะห์ถึงการกำหนดมาตรการควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงบทที่ 5 ต่อไป แต่ก่อนที่จะพิจารณาถึงแนวคิดการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาจะต้องศึกษาหน้าที่ หรือ “ภารกิจ” ของกฎหมายอาญาเสียก่อน เพราะกฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือหนึ่งของรัฐในการคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคม เพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อย ภารกิจของกฎหมายอาญาจึงมีลักษณะ 3 ประการดังนี้

1) ภารกิจในการคุ้มครองสังคม

แม้มนุษย์จะมีกฎเกณฑ์อันเป็น “ระเบียบสังคม” มาใช้ควบคุมพฤติกรรมที่มีมาแต่เดิมอยู่เป็นจำนวนมาก แต่การใช้ระเบียบสังคมเป็นเรื่องความสมัครใจของแต่ละบุคคลโดยปราศจากสภาพบังคับจากภายนอก ระเบียบสังคมอย่างเดียวจึงไม่เพียงพอที่จะสร้างความมั่นใจได้ว่าสังคมจะมีความ

สงบเรียบร้อยได้อย่างแท้จริง กฎหมายอาญาจึงต้องเข้าเสริมเพื่อรับประกันความมั่นคงและความปลอดภัยของสังคม¹³¹

2) ภารกิจในการปราบปรามและป้องกันการกระทำความผิด

กฎหมายอาญามีภารกิจในการคุ้มครองสังคมสองทาง คือ ในทางการปราบปรามและในทางป้องกัน เมื่อใดเกิดการกระทำความผิดขึ้นก็จะต้องใช้กฎหมายอาญาในการปราบปรามการกระทำความผิดนั้นและผลของการใช้กฎหมายอาญาปราบปรามการกระทำความผิดช่วยให้เกิดการป้องกันการกระทำความผิดตามมา เพราะการใช้กฎหมายอาญาในการปราบปรามการกระทำความผิดช่วยสร้างความรู้สึกรู้สึกต่อผู้กระทำความผิดและบุคคลทั่วไปว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นสิ่งที่สังคมไม่ยอมรับ และเป็นการเตือนด้วยว่าถ้ามีการกระทำเช่นนั้นอีกจะได้รับการลงโทษเช่นเดียวกัน อันเป็นการ “ป้องกันทั่วไป” และ “การป้องกันโดยอ้อม” นอกจากนี้การใช้กฎหมายอาญาจะต้องบรรลุผลเป็น “การป้องกันโดยตรง” ต่อผู้กระทำความผิดบางคนที่มีลักษณะเป็นอันตรายและเป็นที่น่าหวาดกลัวว่าเขาจะก่อเหตุอันไม่พึงปรารถนานั้นขึ้นซ้ำอีก¹³²

3) ภารกิจในการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายและคุณภาพของการกระทำ

ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมมีอยู่มากมายและหลากหลาย การใช้กฎหมายอาญาจัดการกับทุกปัญหาไม่ใช่สิ่งถูกต้องเสมอไป เพราะบางปัญหาเป็นเรื่องเล็กน้อยไม่สมควรใช้กฎหมายอาญามาแก้ปัญหา กฎหมายจึงจำกัดตัวเองอยู่กับการคุ้มครอง “คุณค่าพื้นฐาน” ของระเบียบสังคมหรือที่เรียกกันว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” เท่านั้น ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายที่กฎหมายยอมรับเข้าไว้อาจเป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” เช่น เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ หรืออาจเป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม” เช่น ความปลอดภัยในการจราจร ความเป็นเอกภาพของดินแดน ความบริสุทธิ์สะอาดแห่งอำนาจรัฐ เป็นต้น¹³³

นอกจากกฎหมายอาญาจะต้องคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายแล้ว ยังคุ้มครองคุณค่าเกี่ยวกับ “คุณภาพของการกระทำ” ของมนุษย์ในขณะเดียวกัน กล่าวคือการกระทำที่ผิดกฎหมายอาญานอกจากจะละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายแล้วยังถือเป็นการกระทำที่ผิดหน้าที่ในขณะเดียวกัน

¹³¹ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 63-64.

¹³² เรื่องเดียวกัน, หน้า 65-66.

¹³³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 66-68.

ซึ่งผลของการกระทำผิดหน้าที่เป็นผลงานที่ไม่มีคุณภาพและเป็นผลงานที่ไม่พึงเกิดขึ้น กฎหมายอาญาจึงต้องคุ้มครองคุณภาพของการกระทำด้วย¹³⁴

2.6.1 แนวคิดในการกำหนดความผิดอาญา

การควบคุมพฤติกรรมของสมาชิกในสังคมโดยใช้กฎหมายอาญาเป็นหนึ่งในหลายๆ มาตรการทางสังคมที่ช่วยควบคุมให้เกิดความสงบเรียบร้อยได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่ในอีกด้านหนึ่งกฎหมายอาญาก็เป็นมาตรการที่ร้ายแรงที่สุด เนื่องจากกฎหมายอาญามีสภาพบังคับที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล หากนำมาตราทางอาญามาใช้ควบคุมพฤติกรรมของคนในสังคมทุกกรณีย่อมเป็นสิ่งที่ไม่เหมาะสม คำถามสำคัญคือรัฐจะมีข้อพิจารณาอย่างไรในอันที่จะกำหนดว่าการกระทำหรือไม่กระทำอย่างใดควรเป็นความผิดและมีโทษ เพื่อตอบคำถามนี้ได้มีนักวิชาการจำนวนมากวางหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดอาญาไว้ ดังนี้

2.6.1.1 หลักขอบเขตของกฎหมายอาญา (Limiting Principles of Criminalization)

Nigel Walker ได้วางหลักขอบเขตกำหนดความผิดอาญาต่อการกระทำของบุคคลในสถานการณ์ใดบ้าง รายละเอียดมีดังนี้¹³⁵

- 1) กฎหมายอาญาไม่ควรมีข้อห้ามที่มีวัตถุประสงค์เพียงว่าหากมีการฝ่าฝืน จะได้รับการลงโทษเชิงแก้แค้นทดแทนเท่านั้น
- 2) กฎหมายอาญาไม่ควรใช้เพื่อลงโทษกับการกระทำที่ไม่ก่อให้เกิดผลร้าย
- 3) กฎหมายอาญาไม่ควรใช้หากมีวิธีการอื่นที่สร้างต้นทุนต่ำกว่าและบรรลุประสิทธิภาพมากกว่าหรือเทียบเท่ากับกฎหมายอาญาเพื่อลดการกระทำดังกล่าว
- 4) กฎหมายอาญาไม่ควรใช้หากผลร้ายจากการลงโทษมีมากกว่าผลร้ายซึ่งเกิดจากการที่ทำที่มุ่งกำจัด

¹³⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 69.

¹³⁵ Nigel Walker, *Punishment, Dangers and Stigma: Morality of Criminal Justice* (Oxford: Basil BlackWell, 1980), pp. 5-8.

5) กฎหมายอาญาไม่ควรใช้เพื่อเป้าหมายบังคับบุคคลให้กระทำการใดที่เป็นผลดีต่อประโยชน์ของตัวเอง

ทั้งนี้ Nigel Walker ยังได้วางหลักขอบเขตของกฎหมายอาญาที่ต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์หลักของกฎหมายอาญาอีก 6 ประการ¹³⁶ ดังต่อไปนี้

1) กฎหมายอาญาต้องคุ้มครองป้องกันซึ่งตัวบุคคลจากภัยอันตราย ทั้งภัยจากการกระทำอันโหดเหี้ยมทารุณ หรือการประกอบกรรมทางเพศด้วยวิธีการอันไม่พึงประสงค์ไม่ว่ากระทำโดยเจตนาหรือไม่ก็ตาม ภัยจากการถูกชักจูงให้หลงผิด คุ้มครองภัยแก่กลุ่มคนที่อาจถูกชักจูงไปในทางที่ผิดได้ง่ายซึ่งได้แก่ผู้เยาว์หรือบุคคลผู้มีจิตใจไม่สมประกอบ

2) กฎหมายอาญาต้องคุ้มครองป้องกันสภาวะจิตใจของสมาชิกในสังคมให้รอดพ้นจากความกระทบกระเทือนจากการกระทำ ซึ่งการกระทำบางเรื่องแม้เป็นเรื่องส่วนตัวแต่อาจกระทบกระเทือนจิตใจบุคคลอื่น เช่น การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างพี่ร่วมร่วมบิดามารดาเดียวกัน รวมทั้งป้องกันพฤติกรรมบางประเภทที่อาจยั่วให้เกิดความไม่สงบขึ้นในหมู่ประชาชน

3) กฎหมายอาญาต้องคุ้มครองป้องกันทรัพย์สินส่วนบุคคล

4) กฎหมายอาญาต้องคุ้มครองป้องกันสาธารณะชนจากความไม่สะดวกสบายต่างๆ เช่น การกีดขวางทางสัญจร ปิดกั้นทางสาธารณะ

5) กฎหมายอาญาต้องป้องกันรักษาไว้ซึ่งสถาบันทางสังคม รวมทั้งบังคับให้เกิดความเมตตากรุณาที่จำเป็น เช่น ความผิดฐานไม่ช่วยเหลือผู้ที่อยู่ในอันตราย

6) กฎหมายอาญาต้องบังคับใช้วิธีการต่างๆ ที่จะทำให้วัตถุประสงค์ทั้งหลายเหล่านี้บรรลุผล เช่น ความผิดฐานขัดคำสั่งเจ้าพนักงาน การให้การเท็จ

นักวิชาการที่มีความเห็นใกล้เคียงอย่าง Herbert Packer ก็ได้ให้หลักเกณฑ์พิจารณาขอบเขตของการใช้มาตรการทางกฎหมายอาญามาควบคุมพฤติกรรมของสมาชิกในสังคมในระดับที่เหมาะสมกับการเคารพสิทธิเสรีภาพของบุคคลซึ่งประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 6 ประการ¹³⁷ ได้แก่

1) การกระทำที่เกิดขึ้นในมุมมองของคนส่วนใหญ่่นั้นเป็นการพฤติกรรมที่คุกคามสังคมและไม่อาจให้อภัยได้

¹³⁶ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, ทฤษฎีอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2556), หน้า 49-50.

¹³⁷ Herbert L. Packer, The Limits of the criminal sanction (California: Stanford University Press, 1968), p. 296.

2) การควบคุมการกระทำดังกล่าวด้วยมาตรการทางอาญาต้องสอดคล้องกับเป้าหมายของการลงโทษ

3) การยับยั้งการกระทำนั้นจะไม่ขัดขวางการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องน้อยลงไป

4) มีการบังคับใช้กฎหมายอาญาอย่างยุติธรรมและไม่เลือกปฏิบัติ

5) การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาจะไม่ก่อให้เกิดภาวะตึงเครียดอย่างรุนแรงต่อการใช้กระบวนการนั้นในเชิงปริมาณหรือคุณภาพ

6) ไม่มีทางเลือกอื่นซึ่งมีเหตุผลนอกจากมาตรการใช้กฎหมายอาญาเพื่อจัดการกับปัญหา

นอกจากนี้ Lon L. Fuller ได้เสนอหลักการการบัญญัติกฎหมายอาญาที่ต้องสอดคล้องกับหลักคุณค่าทางศีลธรรมจากภายใน (Inner Morality of Law) ซึ่งจำเป็นต้องได้รับการปฏิบัติตามไว้ 8 ประการ¹³⁸ ดังนี้

1) กฎหมายอาญาต้องมีลักษณะเป็นการทั่วไป มีการวางเกณฑ์บังคับเพื่อให้เกิดความชัดเจนในสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะควบคุม

2) กฎหมายอาญาต้องไม่มีผลย้อนหลัง

3) กฎหมายอาญาต้องมีการเผยแพร่ให้เป็นที่รับทราบโดยทั่วกัน

4) กฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนเข้าใจได้เพื่อหลีกเลี่ยงการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจโดยมิชอบ

5) กฎหมายอาญาต้องหลีกเลี่ยงความขัดแย้งกันเอง

6) กฎหมายอาญาต้องไม่บังคับสิ่งที่เป็นไปไม่ได้

7) กฎหมายอาญาต้องมีความมั่นคง และไม่เปลี่ยนแปลงบ่อยเพื่อทำให้เกิดความแน่นอน

8) กฎหมายอาญาต้องมีความสอดคล้องระหว่างกฎเกณฑ์และการบังคับใช้

¹³⁸ Austin M. Chinhengo, *Essential Jurisprudence* (London: Cavendish Publishing Limited, 1995), pp. 69-70.

2.6.1.2 หลักคุณธรรมตามกฎหมาย (Legal Interest)

ความผิดอาญารฐานต่างๆ ที่ปรากฏในกฎหมายอาญาล้วนมีสิ่งที่เป็นกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองแฝงอยู่ สิ่งที่เป็นกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองนี้ไม่ใช่สิ่งที่มีรูปร่างแต่เป็นนามธรรม เป็นสภาพที่พึงปรารถนาที่กฎหมายต้องการประกันการล่วงละเมิดหรือเป็นเรื่องของความคิดในระเบียบทางสังคม อันเกี่ยวพันถึงความมั่นคง ความอยู่ดี และเกียรติภูมิของความเป็นอยู่ในสังคม กล่าวคือ เป็นสิ่งที่กฎหมายคุ้มครองเพื่อการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมอย่างปกติสุข ในทางตำราเยอรมันเรียกว่า “Rechtsgut¹³⁹” หรือ “คุณธรรมทางกฎหมาย”

กฎหมายอาญามีหน้าที่สำคัญอย่างหนึ่ง คือ การคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายเกิดจากปทัสสถานของสังคม และในปทัสสถานทั้งหลายนั้นมี “สมบัติ” (Gut) บางอย่างแฝงอยู่เบื้องหลัง กล่าวคือ กฎหมายอาญาช่วยยกระดับของ “สมบัติ” เฉพาะอย่างขึ้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมาย เช่น ปทัสสถานที่ว่า การฆ่าคนเป็นสิ่งที่ไม่สมควร เพราะชีวิตเป็นสิ่งที่พึงหวงแหน ดังนั้นการบัญญัติกฎหมายอาญากำหนดความผิดและโทษฐานฆ่าผู้อื่น จึงทำให้ชีวิตมนุษย์เป็นคุณธรรมทางกฎหมาย นอกจากนี้ยังมีสมบัติอื่นที่ได้รับการยกระดับขึ้นเป็นคุณธรรมในทางกฎหมายอาญา เช่น ความปลอดภัยในร่างกาย เสรีภาพในการกระทำ กรรมสิทธิ์ ความดีงามของสังคม ความบริสุทธิ์แห่งอำนาจรัฐ ความเด็ดขาดของอำนาจรัฐ การคงอยู่ของสถาบันต่างๆ ของรัฐ ความปลอดภัยของการจราจร ฯลฯ ซึ่งสมบัติที่ได้รับการยกระดับขึ้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายในกฎหมายอาญาหรือในกฎหมายอื่น ล้วนเป็นสมบัติที่สำคัญต่อความมั่นคงต่อการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมทั้งสิ้น

การบัญญัติความผิดอาญาแต่ละฐานย่อมมีองค์ประกอบ ประกอบด้วย ผู้กระทำ การกระทำ กรรมของการกระทำ และมีคุณธรรมทางกฎหมายเป็นพื้นฐานในทางความคิด แม้ผู้บัญญัติจะมีได้คำนึงถึงคุณธรรมทางกฎหมายไว้ก่อนบัญญัติความผิดอาญาก็ตาม แต่การบัญญัติได้แสดงให้เห็นถึงการยอมรับเอาคุณธรรมทางกฎหมายเข้าไว้โดยอัตโนมัติ เนื่องจากการบัญญัติความผิดอาญาเป็นการยกระดับปทัสสถาน และปทัสสถานที่ถูกยกระดับจึงกลายมาเป็นคุณธรรมทางกฎหมาย นอกจากนี้การบัญญัติกฎหมายอาญาในความผิดแต่ละฐานอาจคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายสิ่งใดสิ่งหนึ่งหรือหลายสิ่งก็ได้ ในการทำอันตรายหรือก่ออันตรายต่อกรรมของการกระทำที่บทบัญญัติของกฎหมายต้องการจะคุ้มครองให้เกิดความมั่นคงนี้ เท่ากับเป็นการก่อให้เกิดผลที่ไม่พึงปรารถนาหรือผลที่ไม่เป็นธรรม ในทางกฎหมายอาญาจึงมีการพิเคราะห์ถึงคุณค่าบางประการด้วย¹⁴⁰

¹³⁹ คณิต ฒ นคร, พื้นฐานความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอาญา (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2553), หน้า 87-89.

¹⁴⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 90.

การพิเคราะห์คุณค่าทางกฎหมายอาญาไม่ได้เกี่ยวพันเฉพาะเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายเท่านั้น แต่เกี่ยวพันถึงคุณภาพของการกระทำของมนุษย์ที่ทำอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายด้วย กฎหมายอาญามุ่งคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายโดยหาทางระงับยับยั้งเจตจำนงของมนุษย์ผู้อยู่ภายใต้กฎหมาย โดยการเรียกร้องให้ทุกคนประพฤติปฏิบัติทำนองเดียวกัน คือ ไม่ให้ละเมิดกฎหมายอาญา การกระทำความผิดอาญาจึงเป็นทั้งการทำร้ายคุณธรรมทางกฎหมายและเป็นการทำผิดหน้าที่ในขณะเดียวกัน¹⁴¹ การฝ่าฝืนกฎหมายอาญาจึงส่งผลต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม (Public Order) ซึ่งเป็นภาวะความเป็นอยู่ของประชาชนที่อยู่ร่วมกันในสังคม โดยมีความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน และในการดำเนินชีวิตโดยปกติสุขโดยตรง

ในทางตำราของเยอรมันกล่าวว่า คุณธรรมทางกฎหมายเป็นผลผลิตของทฤษฎีกฎหมายอาญาในคริสต์ศักราชที่ 19 ทฤษฎีกฎหมายอาญาในขณะนั้นกล่าวไว้ว่า กฎหมายอาญาควรตั้งอยู่บนหลักการคุ้มครองสิทธิ สมบัติทั้งหลายที่เป็นทรัพย์สินสมบัติ และสมบัติอื่นๆ ของบุคคล เช่น สมบัติในทางความคิด สมบัติเหล่านี้ชอบที่จะได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายอาญา และเห็นว่ากฎหมายอาญาไม่มีหน้าที่อื่นนอกเหนือจากนี้ แม้เป็นที่ถกเถียงกันอยู่ว่าคุณธรรมทางกฎหมายเป็นสมบัติเฉพาะตัวหรือส่วนรวม¹⁴² ซึ่ง Welzel เห็นว่าเป็น “สถานะที่พึงปรารถนาในทางสังคมที่กฎหมายต้องการจะประกันจากการล่วงละเมิด” แต่ Rudophi และ Otto เห็นว่าเป็น “ความสัมพันธ์เฉพาะที่แท้จริงของบุคคลที่มีต่อคุณค่าที่กฎหมายรับรอง”¹⁴³ แม้จะยังหาข้อสรุปไม่ได้ว่าเป็นของส่วนรวมหรือส่วนตัว แต่ก็สามารถหาจุดร่วมกันได้ว่าคุณธรรมทางกฎหมาย คือ “ประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง”

ขอบเขตของประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองนี้มีลักษณะไม่ชัดเจนและเป็นนามธรรมจนกลายเป็นว่าทุกสิ่งทุกอย่างที่สังคมเห็นว่ามิผลกระทบต่อการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ได้ทั้งสิ้น จนอาจนำไปสู่การละเมิดเสรีภาพของบุคคลมากเกินไปจากรัฐ แนวคิดหลักคุณธรรมทางกฎหมายในระยะหลังจึงเริ่มถูกโต้แย้ง Claus Roxin ได้พัฒนาแนวคิดหลักคุณธรรมทางกฎหมายให้ชัดเจนขึ้นด้วยการวางกรอบการพิจารณาขอบเขตของหลักคุณธรรมทางกฎหมายเพื่อใช้เป็นแนวทางกำหนดความผิดอาญาที่เหมาะสม 9 ประการ ดังนี้¹⁴⁴

¹⁴¹ เรื่องเดียวกัน.

¹⁴² เรื่องเดียวกัน, หน้า 92-93.

¹⁴³ เรื่องเดียวกัน.

¹⁴⁴ Carl Constantine Lanterwine, *The Limits of Criminal Law: A Comparative Analysis of Approach to Legal Theorizing* (Aldershot: Ashgate, 2011), pp. 10-16.

- 1) กฎหมายอาญาที่มาโดยพลการ ถูกกระตุ้นจากอุดมการณ์ หรือละเมิดสิทธิพลเมืองไม่เป็นการปกป้องคุณธรรมทางกฎหมาย
- 2) การอธิบายวัตถุประสงค์ของกฎหมายไม่เพียงพอที่จะถือเป็นคุณธรรมทางกฎหมายซึ่งทำให้ความผิดอาญานั้นชอบธรรม
- 3) การผิดศีลธรรม ผิดจริยธรรม หรือความประพฤดิอื่นๆ ที่น่าตำหนิไม่เป็นความเสียหายต่อคุณธรรมทางกฎหมาย
- 4) การละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลหนึ่งหรือของมนุษยชาติไม่เพียงพอที่จะสร้างความชอบธรรมต่อการกำหนดเป็นความผิด
- 5) การปกป้องความรู้สึกสามารถยอมรับเป็นคุณธรรมทางกฎหมายได้ถ้าเป็นความรู้สึกถึงภัยอันตราย
- 6) การทำให้เกิดความเสียหายต่อตนเอง (Harm to Self) ยังไม่ชอบธรรมต่อการกำหนดเป็นความผิด
- 7) กฎหมายอาญาสัญลักษณ์ (Symbolic Criminal Laws) หรือกฎหมายซึ่งรัฐบัญญัติเพื่อแก้ปัญหาเฉพาะหน้าในสังคมโดยไม่ได้คำนึงถึงคุณธรรมทางกฎหมายก่อนการบัญญัติไม่ได้มีพื้นฐานของการปกป้องคุณธรรมทางกฎหมาย
- 8) ข้อห้ามจากขนบธรรมเนียมประเพณี (Taboo) ไม่ใช่คุณธรรมทางกฎหมาย
- 9) วัตถุประสงค์ของการปกป้องซึ่งเป็นนามธรรมเกินไปไม่ใช่คุณธรรมทางกฎหมาย

การกำหนดความผิดอาญาตามหลักคุณธรรมทางกฎหมายจะต้องพิจารณาถึงคุณค่าหรือประโยชน์ของการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในแต่ละสังคมกำหนดไว้ อีกทั้งยังต้องมีขอบเขตที่ไม่กว้างจนเกินไปจนทำให้หลักคุณธรรมทางกฎหมายเป็นสิ่งที่ไม่มั่นคง

2.6.1.3 หลักเกณฑ์ว่าด้วยการจำกัดเสรีภาพ (Liberty-Limiting Principles)

ในสังคมที่ยึดหลักการเสรีนิยมถือว่าเสรีภาพเป็นสิทธิตามธรรมชาติที่ไม่อาจพรากไปจากมนุษย์ แต่การใช้เสรีภาพของบุคคลซึ่งไปละเมิดเสรีภาพผู้อื่นเป็นสิ่งที่สังคมไม่พึงปรารถนา รัฐซึ่งเป็นตัวแทนของสังคมมนุษย์จำเป็นต้องเข้ามาควบคุมการใช้เสรีภาพที่เกินขอบเขต การ

บัญญัติกฎหมายใดๆ มาลิดรอนเสรีภาพของบุคคลจะต้องมีเหตุผลและความชอบธรรม กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีการบังคับโทษซึ่งกระทบกระเทือนถึงเสรีภาพจำเป็นต้องมีข้อจำกัด ดังต่อไปนี้

(1) หลักว่าด้วยความเสียหาย (Harm Principle)

จากอภิปรัชญาเขียนเรื่อง “On Liberty” ของ John Stuart Mill นักปรัชญาสายอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarianism) ได้กล่าวไว้ว่า “เป้าหมายเพียงประการเดียวต่อการใช้อำนาจที่ขัดแย้งกับเจตจำนงของสมาชิกในสังคมอารยะให้เป็นไปอย่างถูกต้องคือ การป้องกันความเสียหายแก่บุคคลอื่น¹⁴⁵” ข้อความดังกล่าวมีหลักการสำคัญ คือ มนุษย์มีอิสรภาพที่จะทำอะไรก็ได้ตามแต่ที่ตนปรารถนาตราบเท่าที่ไม่ทำร้ายผู้อื่น การกระทำที่ส่งผลเสียหายต่อคนอื่นเป็นการกระทำเพียงอย่างเดียวที่ต้องรับผิดชอบต่อสังคม ตราบใดไม่ได้ทำร้ายใครความเป็นอิสระของบุคคลก็เป็นสิทธิสมบูรณ์ ทุกคนมีสิทธิเหนือร่างกายและจิตใจของตัวเอง เหตุผลอันชอบธรรมใดๆ ที่จะแทรกแซงเสรีภาพของบุคคลในการใช้ชีวิตตามที่ตนได้เลือก มีเพียงเฉพาะกรณีที่บุคคลนั้นเสี่ยงที่จะก่ออันตรายแก่ผู้อื่น การบัญญัติกฎหมายมาจำกัดเสรีภาพตามหลักการนี้จะชอบธรรมก็ต่อเมื่อปรากฏว่ามีพฤติกรรมหรือการกระทำใดสร้างความเสียหายหรือมีความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นเท่านั้น

Mill ยืนยันว่าเสรีภาพเป็นสิ่งสำคัญต่อความก้าวหน้าของมนุษย์ เสรีภาพของบุคคลต้องได้รับการปกป้องและเป็นอิสระจากการควบคุมภายนอก การแทรกแซงอิสรภาพของบุคคลชนนอกเหนือจากเพื่อป้องกันความเสียหายแก่ผู้อื่นนั้นเป็นเหตุผลที่ไม่เพียงพอ การอ้างว่า “เพราะมันจะดีต่อเขา” “เพราะมันทำให้เขามีความสุข” หรือ “เพราะในความคิดของคนอื่นมันถูกต้อง”¹⁴⁶ เป็นสิ่งขัดขวางศักยภาพของมนุษย์ที่จะบรรลุเป้าหมายสูงสุดของชีวิตผ่านการรับรู้ การตัดสินใจ การใช้ความคิด และยังสนับสนุนให้เกิดการกดขี่คนกลุ่มน้อยในสังคมจากทฤษฎีเสี่ยงข้างมาก หลักการนี้สะท้อนได้จากถ้อยคำที่ปรากฏในงานเขียนเรื่อง On Liberty ที่กล่าวว่า “การใช้อำนาจ (การแทรกแซงเสรีภาพของบุคคล) เพื่อประโยชน์อันดีต่อตัวบุคคลนั่นเอง ไม่ว่าจะในเชิงกายภาพหรือศีลธรรม ย่อมไม่เพียงพอที่จะถือเป็นเหตุผลอันชอบธรรมได้ การบังคับให้บุคคลกระทำการหรือไม่กระทำการใดๆ ไม่อาจทำได้อย่างถูกต้องเพียงเพราะว่าการกระทำเช่นนั้นจะทำให้ชีวิตของเขาดีขึ้นหรือจะทำให้บุคคลนั้นดีขึ้น เพียงเพราะว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ฉลาดหรือเป็นการกระทำที่ถูกต้องในสายตาของบุคคลอื่น” การออกกฎหมายเพื่อปกป้องใครก็ตามจากความเสียหายต่อตัวเขาเอง หรือความเชื่อของเสียงส่วนมากว่าคนเราควรใช้ชีวิตอย่างไรมาบังคับให้ทุกคนทำตามจึงไม่ใช่สิ่งถูกต้อง

¹⁴⁵ H.L.A. Hart, *Law, liberty and morality* (California: Stanford University Press, 1965), p. 4.

¹⁴⁶ *Ibid*, p. 31.

หลักว่าด้วยความเสียหายยังมีข้อวิจารณ์ถึงขอบเขตของความเสียหายซึ่งตีความไว้แคบจนเกินไปเพราะจำกัดเฉพาะความเสียหายซึ่งกระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองตัวบุคคลโดยตรงเท่านั้น การถือหลักความเสียหายต่อผู้อื่น (Harm to Other) เท่ากับเป็นการปฏิเสธหลักที่ว่า “ความยินยอมไม่ยกเว้นความผิด” เพราะหากผู้ถูกกระทำยินยอมแล้ว การกระทำของผู้กระทำย่อมไม่ได้สร้างความเสียหายต่อผู้ถูกกระทำอีกต่อไป โดยจะถือว่าการกระทำเช่นนั้นไม่เป็นความผิดซึ่งอาจไม่เหมาะสมเสมอไป¹⁴⁷

นอกจากนี้หลักว่าด้วยความเสียหายมุ่งเน้นแต่เพียงการปกป้องเสรีภาพของบุคคลมากเกินไปจนไม่คำนึงถึงความเสียหายเชิงสถาบัน การปฏิเสธคุณค่าหรือชุดความเชื่อของสังคมยอมทำให้หลักการนี้มีปัญหาต่อการควบคุมพฤติกรรมอื่น ๆ ที่เป็นภัยต่อส่วนรวม กระทบต่อภารกิจของกฎหมายอาญาซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม ดังนั้นจึงจำเป็นต้องนำหลักการอื่นมาเสริมสนับสนุนการบัญญัติกฎหมายอาญา

(2) หลักว่าด้วยปีตูลัทธิ (The Principle of Legal Paternalism)

หลักว่าด้วยปีตูลัทธิเป็นหลักการที่ให้ความชอบธรรมแก่รัฐออกกฎหมายจำกัดเสรีภาพเพื่อปกป้องความเสียหายที่จะเกิดต่อตัวผู้กระทำ เปรียบเสมือนรัฐวางตัวเป็นผู้ปกครองหรือบิดาที่คอยสั่งสอนให้ผู้ได้ปกครองเห็นว่าสิ่งใดเป็นสิ่งที่ดีต่อตนเอง หลักว่าด้วยปีตูลัทธิจึงอธิบายการออกกฎหมายห้ามพฤติกรรมหรือการกระทำใดๆ ที่ก่อให้เกิดอันตรายต่อตัวเอง (Harm to Self) โดยอาศัยเหตุผลทางกฎหมายเป็นข้ออ้างต่อการป้องกันพฤติกรรมเสี่ยงภัยเพื่อสร้างความเป็นระเบียบเรียบร้อยทางสังคมซึ่งการแทรกแซงด้วยกฎหมายตามหลักว่าด้วยปีตูลัทธิจะต้องมีจุดประสงค์เพื่อรักษาหรือส่งเสริมสวัสดิภาพของบุคคล (Welfare) แยกออกจากเรื่องทางศีลธรรม (Moral)¹⁴⁸

เมื่อพิจารณากฎหมายตามหลักการนี้มีลักษณะแนวทางการบัญญัติสองประการ¹⁴⁹ ประการแรก คือ หลักปีตูลัทธิเชิงรุก (Active Paternalism) ซึ่งเป็นการบังคับให้ต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพราะเป็นผลดีต่อตัวเอง เช่น กฎหมายบังคับให้ผู้ขับขี่ยานพาหนะต้องคาดเข็มขัดนิรภัยหรือสวมหมวกนิรภัย ประการต่อมาหลักปีตูลัทธิเชิงรับ (Passive Paternalism) ซึ่งบังคับห้ามการกระทำบางอย่างเนื่องจากเป็นผลเสียต่อตัวเอง เช่น บังคับห้ามลงเล่นน้ำในพื้นที่

¹⁴⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป, หน้า 4.

¹⁴⁸ Stanford Encyclopedia of Philosophy, *Paternalism* [online], Accessed 25 June 2018. Available from: <https://plato.stanford.edu/entries/paternalism/>

¹⁴⁹ Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law: Volume 3: Harm to Self* (New York: Oxford University Press, 1986), p. 8.

อันตรายหรือไร้การควบคุมดูแลของเจ้าหน้าที่ หรือกฎหมายที่กำหนดให้การใช้ยาเสพติด การฆ่าตัวตายเป็นสิ่งผิดกฎหมาย เป็นต้น

หลักว่าด้วยปิตุรักษ์จึงบอกเป็นนัยว่ารัฐคือผู้พิทักษ์ผลประโยชน์ และรู้ว่าสิ่งใดเป็นประโยชน์ต่อพลเมืองมากกว่าที่พลเมืองรู้ได้ด้วยตนเอง¹⁵⁰ ซึ่งเป็นหลักการที่ขัดแย้งกับแนวคิดของ Mill ที่ต้องการให้บุคคลใช้เหตุผลตัดสินใจเลือกผลประโยชน์ด้วยตัวเองบนพื้นฐานของเสรีภาพ การบังคับซึ่งนำไปสู่การประพฤติปฏิบัติจึงไม่เคารพเสรีภาพของบุคคล และยังเป็นโอกาสให้รัฐเข้ามาแทรกแซงเสรีภาพอย่างไร้ขอบเขต แต่อย่างไรก็ตามหลักการนี้ยังมีความจำเป็นอยู่สำหรับกรณีผู้กระทำที่ขาดประสบการณ์ความตระหนักรู้ถึงผลประโยชน์ของตนเพียงพอ เช่น เด็กหรือเยาวชน รัฐจึงต้องเข้ามาคุ้มครองผลประโยชน์ของบุคคลที่อ่อนแอเนื่องจากการตัดสินใจของบุคคลเหล่านี้ อาจเกิดขึ้นอย่างมีเหตุผลไม่เพียงพอหรือถูกบิดเบือนจากอิทธิพลความเชื่อของบุคคลอื่น

(3) หลักว่าด้วยความผิด (Offence Principle)

Joel Feinberg ได้พัฒนาหลักว่าด้วยความเสียหายให้ขยายครอบคลุมไปถึงการกระทำที่กระทบต่อความรู้สึกของสังคม การกระทำที่สร้างความไม่พอใจและประสบการณ์อึดอัด เช่น ประหมา รังเกียจ อับอาย รำคาญ โกรธ กลัว อับยศ ความรู้สึกเหล่านี้เป็นสภาวะทางจิตใจของผู้พบเห็น แม้ผู้ที่พบเห็นการกระทำที่กระทบต่อความรู้สึกไม่ได้ถูกละเมิดสิทธิหรือประโยชน์โดยตรง แต่ก็ต้องการให้รัฐออกกฎหมายมาป้องกันการล่วงเกินความรู้สึกด้วยการกำหนดให้เป็นความผิด¹⁵¹ รัฐจึงมีความชอบธรรมต่อการจำกัดเสรีภาพใดๆ เพื่อป้องกันมิให้มีการรบกวนหรือสร้างความเดือดร้อนรำคาญต่อบุคคลอื่นในสังคม ตัวอย่างการกระทำที่เป็นความผิดตามหลักการนี้ เช่น ความผิดเกี่ยวกับการเผยแพร่สื่อลามกหรือกระทำอนาจารในที่สาธารณะ เพื่อป้องกันมิให้ผู้อื่นต้องมาเผชิญสภาวะการณ์เกี่ยวข้องกับเรื่องทางเพศที่ตนไม่ประสงค์จะรับรู้

อย่างไรก็ตามการล่วงเกินความรู้สึกนี้แต่ละคนก็มีขอบเขตแตกต่างกัน การจำกัดเสรีภาพตามหลักการนี้ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า ความรู้สึกที่ถูกล่วงเกินนี้ต้องเป็นมาตรฐานของคนทั่วไปในสังคม และบุคคลในสถานการณ์นั้นไม่อาจหลีกเลี่ยงได้โดยปราศจากความลำบากหรือเกินสมควร¹⁵² ดังนั้นหากบุคคลทั่วไปสามารถหลีกเลี่ยงการกระทำใดที่ก่อให้เกิดความ

¹⁵⁰ Ibid, p. 23.

¹⁵¹ Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law: Volume 2: Offense to Other* (New York: Oxford University Press, 1986), pp. 1-5.

¹⁵² Ibid, p. 6.

รำคาญได้โดยง่ายก็ไม่ควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญา เนื่องจากการกำหนดมาตรการทางอาญาเป็นสิ่งที่กระทบต่อเสรีภาพของบุคคลอย่างร้ายแรง

(4) หลักว่าด้วยศีลธรรม (The Principle of Legal Moralism)

ศีลธรรม (Morality) หมายถึง ความรู้สึกนึกคิดของมนุษย์ว่าการกระทำอย่างไรเป็นการกระทำที่ชอบ การกระทำอย่างไรเป็นการกระทำที่ผิด¹⁵³ ตามความเข้าใจของบุคคลทั่วไปมักนำเรื่องความประพฤติที่ดีที่ชอบตามทำนองคลองธรรมทางศาสนาเกี่ยวกับข้อ ส่วนศีลธรรมในทัศนะของ นิธิ เอียวศรีวงศ์ หมายถึง สำนักของมนุษย์ว่าสิ่งใดผิด สิ่งใดถูกและมีเหตุผลมาประกอบ สำนักเช่นนี้สามารถเปลี่ยนแปลงได้ในแต่ละสังคมแต่ละยุคสมัย ศีลธรรมนี้อาจไม่ได้ผูกติดกับหลักการทางศาสนาก็ได้ แม้ว่าจะยอมรับคุณค่าบางอย่างที่ศาสนาบัญญัติไว้ก็ตาม¹⁵⁴ และโดยพื้นฐานแล้วศีลธรรมเป็นเรื่องธรรมชาติที่มนุษย์มีพื้นฐานสำนักทางศีลธรรมอยู่แล้ว เช่น ความรัก ความเมตตากรุณา และมารยาททางสังคมบางอย่างซึ่งเป็นสัจจธรรมทางศีลธรรมต่อการอยู่ร่วมกันในสังคมเพื่อประโยชน์ร่วมกัน เมื่อมนุษย์มาอยู่ร่วมกันเป็นกลุ่มหรือสังคมที่ใหญ่และซับซ้อนขึ้น สำนักทางศีลธรรมโดยธรรมชาติยังไม่เพียงพอจึงต้องมีสถาบันทางศาสนาเข้ามาเสริมความแข็งแกร่งและสร้างสำนักใหม่ๆ และต่อมาสถาบันรัฐได้เข้ามาบังคับให้ปฏิบัติตามสิ่งที่รัฐเชื่อว่าเป็นสำนักทางศีลธรรมที่ทุกคนต้องมี¹⁵⁵ แหล่งกำเนิดของศีลธรรมจึงไม่ได้ผูกขาดจากสถาบันทั้งสองอีกต่อไป แต่เกิดจากตัวสังคมเองผ่านการเลือกของคนในสังคมว่าในสถานการณ์หนึ่งๆ สำนักหรือพฤติกรรมใดจะถูกหรือผิดต่อตนเอง คนอื่นร่วมสังคม สิ่งแวดล้อม เสรีภาพ สันติภาพหรือสิ่งใดที่สังคมเห็นว่าสำคัญ¹⁵⁶

การบังคับใช้กฎหมายด้วยหลักศีลธรรม จึงหมายถึงความเห็นของคนในสังคมที่มีพื้นฐานและลักษณะทางศีลธรรมร่วมกันที่ต้องการให้รัฐนำศีลธรรมของสังคมมาเป็นเป้าหมายในการบัญญัติกฎหมาย บทบาทของกฎหมายจึงเป็นการบังคับใช้ศีลธรรม การคงอยู่ของสังคมขึ้นอยู่กับการรักษาศีลธรรมของสังคม การกระทำในทางส่วนตัวของบุคคลแม้จะไม่ได้สร้างความเสียหายต่อบุคคลอื่นแต่หากขัดกับศีลธรรมของมหาชนแล้วย่อมมีความชอบธรรมต่อการใช้กฎหมายห้ามปรามหรือกำจัด

¹⁵³ หยุต แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 18 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 39.

¹⁵⁴ มติชนสุดสัปดาห์, ศีลธรรมใหม่: นิธิ เอียวศรีวงศ์ [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 17 เมษายน 2562. แหล่งที่มา: https://www.matichonweekly.com/column/article_52348

¹⁵⁵ เรื่องเดียวกัน.

¹⁵⁶ เรื่องเดียวกัน.

Lord Patrick Devlin นักนิติจริยศาสตร์ (Legal Moralist) ซึ่งได้รับอิทธิพลจากแนวคิดศาสนาคริสต์เชื่อว่ากฎหมายควรเชิดชูคุณค่าทางสังคมในระดับที่ถ้าการกระทำใดทำให้ศีลธรรมเสื่อมทรามลงหรือเล็งเห็นได้ว่าเป็นการบ่อนทำลายศีลธรรมของสังคม กฎหมายก็ควรห้ามปรามการกระทำนั้น โดยยืนยันว่าสังคมไม่อาจอยู่ได้หากปราศจากศีลธรรม ในสังคมมนุษย์ใดๆ จะมีศีลธรรมของมหาชน (Public Morality) อยู่เสมอ และศีลธรรมของมหาชนจะเป็นตัวเชื่อมความผูกพันระหว่างบุคคลเข้าด้วยกัน หากปล่อยให้มีการกระทำอันผิดศีลธรรมเกิดขึ้นในสังคมต่อไปโดยไม่ถือว่าเป็นความผิดก็จะเป็นจุดเริ่มต้นให้สังคมถูกกัดกร่อนและพังทลายลงไปในที่สุด¹⁵⁷ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การควบคุมด้วยการลงโทษพฤติกรรมใดที่ผิดศีลธรรมจึงเป็นไปเพื่อรักษาไว้ซึ่งความอยู่รอดของสังคม

Devlin ได้วิพากษ์แนวคิดของ Mill ว่า แท้จริงแล้วศีลธรรมเป็นโครงสร้างหลักของสังคม สังคมใดๆจะดำรงอยู่ไม่ได้หากผู้คนในสังคมนั้นๆ ส่วนใหญ่มีพฤติกรรมผิดธรรมนองคลองธรรม พฤติกรรมบางอย่างแม้จะชัดเจนว่าไม่ได้สร้างความเสียหายแก่ผู้อื่น เช่น การประกอบอาชีพโสเภณีโดยสมัครใจ การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างคนในครอบครัวหรือแม้แต่การเล่นพนัน และการดื่มสุราจนเมาขาดสติจะเกิดในพื้นที่ส่วนตัวก็ตาม ซึ่งหากปล่อยให้มีการกระทำต่อไปก็เท่ากับเปิดช่องให้เกิดความเสียหายแก่สังคม สังคมในสภาพเช่นนี้ย่อมเป็นสังคมที่ไม่น่าอยู่และไร้อนาคต รัฐจึงควรเข้ามากำหนดขอบเขตของพฤติกรรมที่จะนำไปสู่ความเสียหายของสังคม¹⁵⁸ โดยใช้ศีลธรรมมากำหนดเนื้อหาและโครงสร้างของกฎหมายเพื่อใช้ในสังคมนั้นๆ

อย่างไรก็ตาม Hart ได้โต้แย้งแนวคิดของ Devlin ในทัศนะแบบเคร่งศีลธรรมโดยเฉพาะศีลธรรมที่ยึดโยงกับหลักศาสนาที่มากำหนดว่ามนุษย์ควรดำรงชีวิตแบบใด แต่ก็ยอมรับว่ามีความจำเป็นในการใช้กลไกทางกฎหมายมาบังคับควบคุมศีลธรรมบางอย่างที่สำคัญต่อสังคม การประยุกต์ใช้ระบบศีลธรรมเพื่อกำกับพฤติกรรมของคนในสังคมจำเป็นต้องแยกศีลธรรมออกเป็นสองประเภทออกจากกัน¹⁵⁹ คือ ศีลธรรมซึ่งอิงกับหลักจริยธรรมทางศาสนาที่สอนให้คนเชื่อโดยไม่ต้องการเหตุผลมาอธิบาย (Positive Morality) หรือที่เรียกว่า “ศีลธรรมทางศาสนา” (Religious Morality) กับศีลธรรมซึ่งวางอยู่บนหลักพื้นฐานของการใช้เหตุผลตรวจสอบ (Critical Morality) หรือที่เรียกว่า “ศีลธรรมทางโลกวิสัย” (Secular Morality)

¹⁵⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป, หน้า 3-4.

¹⁵⁸ Patrick Devlin, *The enforcement of moral* (London: Oxford University, 1965), p. 14.

¹⁵⁹ Yves Caron, “The legal enforcement of morals and the so-called Hart-Devlin controversy,” *McGill Law Journal* 15, 1 (1969): 9-10.

การแยกศีลธรรมออกเป็นสองประเภทช่วยให้เห็นว่าศีลธรรมแบบใดควรจะนำมากำหนดไว้เป็นกฎหมาย ซึ่งศีลธรรมแบบศาสนาเป็นความเชื่อส่วนบุคคล เฉพาะกลุ่มคนหรือชุมชนที่ศรัทธาในศาสนาหนึ่งๆ ไม่สมควรมีสภาพบังคับทางกฎหมาย รัฐมีหน้าที่ต้องให้หลักประกันเสรีภาพแก่ประชาชนแต่ละคนที่จะเลือกนับถือหรือปฏิบัติตามความสมัครใจเท่านั้นและไม่ควรต่อต้านหรือปลูกฝังศีลธรรมทางศาสนาใดๆ เป็นการเฉพาะ¹⁶⁰หรือกำหนดไว้เป็นกฎหมายให้บุคคลอื่นในสังคมที่ไม่ได้มีชุดความเชื่อเหมือนกันต้องปฏิบัติตาม เนื่องจากศีลธรรมแบบศาสนาเป็นหลักการให้บุคคลบรรลุเป้าหมายสูงสุดตามคำสอนในแต่ละศาสนา ส่วนศีลธรรมแบบโลกาวินาศเป็นหลักการทั่วไปซึ่งทุกคนเข้าใจและยอมรับได้ในฐานะมนุษย์ทั่วไปที่มีเหตุผล ซึ่งหมายถึงการทำตามหลักการพื้นฐานที่ถูกต้อง เช่น หลักสิทธิ เสรีภาพ ความเสมอภาค ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ประโยชน์สุขของส่วนรวม¹⁶¹ หลักการเหล่านี้เป็นถือว่าเป็น “ประโยชน์สาธารณะ” ที่รัฐต้องให้การรับรองและคุ้มครองเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน อีกทั้งต้องมีสภาพบังคับตามกฎหมายเพื่อให้สังคมเกิดความสงบเรียบร้อย

2.6.1.4 แนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์ (Economic Analysis of Law)

รัฐมีภารกิจสำคัญ คือ การรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือของรัฐในการควบคุมดูแลสังคมให้เป็นระเบียบ การกำหนดความผิดอาญาและการดำเนินคดีอาญาเป็นสภาพบังคับที่รัฐมองว่ามีประสิทธิภาพมากที่สุดเพราะสร้างความหวาดกลัวในโทษทางอาญา การที่รัฐจะกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญาพิจารณาไปที่ความสงบเรียบร้อยของสังคมเป็นหลัก การใช้เกณฑ์ทางกฎหมายที่ให้ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดความผิดอาญารูปแบบใหม่ขึ้นมาโดยอิงกับหลักการกระทำที่เห็นว่าอาจกระทบกระเทือนสังคมแม้จะไม่เกี่ยวข้องกับศีลธรรมก็ตาม ทำให้ความผิดอาญาเทคนิคถูกกำหนดขึ้นมากมาย นำไปสู่สภาวะการล้มล้างกฎหมายอาญาเพื่อ (over-criminalization) ซึ่งสร้างปัญหาต้นทุนค่าใช้จ่ายของรัฐ ความล่าช้าในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และความน่าเชื่อถือของกฎหมายอาญา¹⁶² จากการที่รัฐมุ่งแต่จะใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือควบคุมพฤติกรรมของสมาชิกในสังคมโดยไม่พิจารณาถึงประสิทธิภาพและความสามารถของกลไกของรัฐที่จะบังคับใช้กฎหมายอาญา ทำให้กฎหมายไร้ประโยชน์ ขาดความศักดิ์สิทธิ์ และเปิดโอกาสให้เจ้าพนักงานของรัฐที่ประพฤติมิชอบแสวงหาประโยชน์ส่วนตนจากกฎหมายได้¹⁶³ การยกเลิกความผิด

¹⁶⁰ มติชนออนไลน์, ศีลธรรมแบบศาสนาในโลกสมัยใหม่ โดย: สุรพศ ทวีศักดิ์ [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 17 เมษายน 2562.

แหล่งที่มา: https://www.matichon.co.th/news-monitor/news_662434

¹⁶¹ เรื่องเดียวกัน

¹⁶² ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาระดับสูง, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561), หน้า 35.

¹⁶³ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป, หน้า 7.

อาญาที่ไม่จำเป็น (Decriminalization) จึงเป็นนโยบายหลักของรัฐเพื่อหลีกเลี่ยงการกำหนดความผิดอาญาที่ไม่จำเป็นอันกระทบต่อประสิทธิภาพของกฎหมายอาญา

เมื่อกระแสดังกล่าวกำหนดความผิดอาญาในปัจจุบันต้องยึดหลักการบัญญัติขึ้นเท่าที่จำเป็น แนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์ช่วยให้รัฐสามารถพิจารณากำหนดว่าพฤติกรรมใดควรเป็นความผิดอาญา โดยรัฐต้องคำนึงถึงถึงประโยชน์ของสังคม (Social Benefit) และต้นทุนของสังคม (Social Cost) เป็นสำคัญ กล่าวคือการกระทำใดที่จะก่อให้เกิดต้นทุนของสังคมมากกว่าประโยชน์ของสังคม รัฐควรกำหนดให้การกระทำนั้นเป็นความผิดอาญา ในทางกลับกันถ้าการกระทำใดสร้างประโยชน์ของสังคมมากกว่าต้นทุนของสังคม รัฐไม่ควรกำหนดเป็นความผิดอาญา¹⁶⁴ ตัวอย่างเช่น การทำร้ายร่างกายระหว่างกัน สังคมไม่ได้ประโยชน์ใดๆจากการกระทำดังกล่าว อีกทั้งสังคมยังได้รับความเสียหายเนื่องจากเกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้น การทำร้ายร่างกายจึงควรถูกกำหนดไว้เป็นความผิด

แนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์ยังนำมาใช้พิจารณาปรับปรุงกฎหมายอาญาให้สอดคล้องกับสภาพทางสังคมเพื่อลดการเกิดอาชญากรรม ผ่านมุมมองทางทฤษฎีการก่ออาชญากรรมโดยเลือกอย่างมีเหตุผล (Rational Choice Theory of Crime) ที่มองว่ามนุษย์เป็นสิ่งมีชีวิตที่มีเหตุผลและจะเลือกกระทำในสิ่งที่ตนเองได้ประโยชน์สูงสุด เมื่อใดที่มนุษย์คิดจะกระทำความผิดจะต้องผ่านการคิดอย่างรอบคอบ โดยมีประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ (Expected Benefit) เป็นปัจจัยหลักในการพิจารณา ถ้าผลประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการกระทำความผิดนั้นสูงกว่าต้นทุนที่คาดว่าจะเกิดขึ้น (Expected Cost) ก็จะตัดสินใจกระทำความผิด ผู้ที่ตัดสินใจจะกระทำความผิดจึงใช้ค่าคาดคะเน¹⁶⁵ (Expected Value) สืบเนื่องจากการกระทำความผิดมีความไม่แน่นอนทั้งในด้านความสำเร็จและต้นทุนที่จะเกิดขึ้น ผู้กระทำความผิดจึงต้องคำนวณซึ่งน้ำหนักระหว่างต้นทุนและประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำความผิด เช่น กรณีการลักทรัพย์ ซึ่งมีประโยชน์ที่คาดว่าจะได้คือความน่าจะเป็นที่จะลักทรัพย์สำเร็จคูณกับมูลค่าของทรัพย์นั้น ส่วนต้นทุนที่คาดว่าจะเกิดขึ้น คือความน่าจะเป็นที่ผู้กระทำความผิดจะถูกจับกุมด้วยบทลงโทษ รวมถึงเวลาและค่าใช้จ่ายในการเตรียมการกระทำความผิด ดังนั้นหากเพิ่มต้นทุนที่คาดว่าจะเกิดขึ้นจะช่วยป้องปรามการกระทำความผิดได้ เช่น เพิ่มบทลงโทษให้หนักขึ้นหรือเพิ่มโอกาสในการจับกุมผู้กระทำความผิดให้สูงขึ้น เป็นต้น

อย่างไรก็ตามการตัดสินใจกระทำความผิดของมนุษย์ในบางครั้งอาจไม่ได้เกิดจากการคิดคำนวณผลได้เสียอย่างรอบคอบเสมอไป โดยเฉพาะการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ และ

¹⁶⁴ ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาระดับสูง, หน้า 24.

¹⁶⁵ สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์, รายงานฉบับสมบูรณ์เล่มที่ 1 เรื่อง "นิติศาสตร์ของระบบยุติธรรมทางอาญาของไทย" (กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2554). หน้า 7-8.

กรณีการกระทำความผิดที่ไม่มีผู้เสียหาย (Victimless Crime) ที่มีรัฐเท่านั้นเป็นผู้เสียหาย เช่น ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ความผิดเกี่ยวกับการพนัน ความผิดฐานเผยแพร่สิ่งอันลามก เป็นต้น เมื่อไม่มีผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิด โอกาสในการที่มีผู้แจ้งความร้องทุกข์ดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดจึงมีน้อยมาก ต้นทุนคดีหมายที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับจึงต่ำ ดังนั้นรัฐต้องเพิ่มต้นทุนโดยการเพิ่มบทลงโทษเพื่อทดแทนโอกาสในการถูกจับกุมที่สูญเสียไป¹⁶⁶

2.6.2 แนวคิดในการลงโทษ

การที่มนุษย์จะอยู่รวมกันเป็นสังคมได้ย่อมต้องมีกฎเกณฑ์มาควบคุมดูแลให้สมาชิกอยู่รวมกันอย่างสงบสุข มนุษย์จึงต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์หรือบรรทัดฐานที่สังคมกำหนดไว้ หากผู้ใดกระทำความผิดกฎเกณฑ์ดังกล่าวผู้นั้นย่อมได้รับผลที่ตามมาคือการลงโทษ ส่วนความหนักเบาของการลงโทษขึ้นอยู่กับว่าการกระทำนั้นได้ละเมิดกฎเกณฑ์ของสังคมมากหรือน้อยเพียงใด กฎหมายอาญาเป็นกฎเกณฑ์ที่ร้ายแรงของรัฐในการควบคุมพฤติกรรมของคนในสังคม เพราะมีโทษทางอาญาซึ่งเป็นสภาพบังคับที่กระทบต่อสิทธิของบุคคลในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน และเสรีภาพ เช่นการประหารชีวิต จำคุก ปรับหรือริบทรัพย์สิน

การลงโทษย่อมก่อให้เกิดคำถามว่าสิ่งใดคือจุดมุ่งหมายของการสร้างความทุกข์ทรมานแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใด การตอบคำถามนี้จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องค้นหาหลักความชอบธรรมในการลงโทษเพื่ออธิบายแนวคิดที่จะนำมาใช้ในการลงโทษ โดยสามารถแบ่งออกเป็นสองประเภท ได้แก่ ทฤษฎีลดการเกิดอาชญากรรม และ ทฤษฎีแก้แค้นทดแทน

2.6.2.1 ทฤษฎีลดการเกิดอาชญากรรม (Reductivism)

ทฤษฎีนี้เห็นว่าการลงโทษที่จะสร้างความชอบธรรมต้องเป็นไปเพื่อป้องกันการกระทำความผิดในอนาคตเท่านั้นโดยทฤษฎีนี้มีรูปแบบการให้เหตุผลทางศีลธรรมเชิงอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarianism) มาสนับสนุน กล่าวคือความทุกข์ทรมานที่ผู้กระทำความผิดได้รับจากการลงโทษจะทำให้การก่ออาชญากรรมในอนาคตลดลงและก่อให้เกิดความสุขและความพอใจแก่สมาชิกส่วนใหญ่ในสังคม แต่การลงโทษที่จะช่วยลดอาชญากรรมมิได้หลากหลายทฤษฎี เช่น การแก้ไขฟื้นฟู การยับยั้งการกระทำความผิด และการตัดโอกาสการกระทำความผิดในอนาคต เป็นต้น

1) ทฤษฎีการแก้ไขฟื้นฟู (Rehabilitation)

แนวคิดนี้มีอิทธิพลมากต่อการลงโทษผู้กระทำความผิดในประเทศสหรัฐอเมริกา ในช่วง ค.ศ. 1950-1960 แนวคิดการแก้ไขฟื้นฟูมีความเชื่อว่าการก่ออาชญากรรมเป็นพฤติกรรมหรือ

¹⁶⁶ ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561), หน้า 99.

อาการหนึ่งของภาวะเจ็บป่วยทางจิตซึ่งไม่เหมาะสมที่จะใช้วิธีการลงโทษปกติ การลงโทษเพียงอย่างเดียวไม่อาจทำให้ผู้กระทำผิดกลับตัวเป็นคนดีได้ แต่จะสร้างความหยาบกระด้างยิ่งขึ้น จึงควรใช้วิธีการเยียวยาแทน (Treatment model)¹⁶⁷ ซึ่งการเยียวยารักษาผู้กระทำผิดจะมีการฝึกฝนอาชีพให้เข้ารับการรักษาบำบัดทางแพทย์และจิตแพทย์ และให้การศึกษาควบคู่กับการลงโทษ เพื่อปรับปรุงแก้ไขให้ผู้กระทำผิดกลับตัวเป็นคนดีเคารพกฎหมายและพร้อมที่จะกลับไปใช้ชีวิตในสังคมภายหลังพ้นโทษ แนวคิดนี้สนับสนุนให้นำรูปแบบการปรับปรุงพฤติกรรมหรือบุคลิกของผู้กระทำผิดเฉพาะรายมาปรับใช้กับการลงโทษ เพราะการลงโทษที่เหมาะสมกับผู้กระทำผิดแต่ละรายช่วยทำให้ผู้กระทำผิดมีแนวโน้มที่จะไม่กระทำความผิดซ้ำอีกในอนาคต อันนำไปสู่อาชญากรรมที่ลดลงได้

อย่างไรก็ตามแนวคิดนี้เริ่มเสื่อมความนิยมเพราะมองสาเหตุของอาชญากรรมเป็นเพียงพยาธิสภาพ (ความผิดปกติส่วนบุคคล) กล่าวคือ เน้นตัวผู้กระทำผิดเฉพาะราย โดยไม่ได้พิจารณาสาเหตุของอาชญากรรมว่ามาจากปัจจัยเชิงโครงสร้างหรือปัจจัยทางสังคมอันเป็นการให้ความสำคัญต่อตัวผู้กระทำผิดมากกว่าการกระทำความผิด การลงโทษจึงถูกพิจารณาเฉพาะรายบุคคล ส่งผลให้เกิดความแตกต่างในการพิพากษาลงโทษระหว่างบุคคลที่ได้กระทำผิดในลักษณะเดียวกัน กล่าวคือ ผู้กระทำผิดจะได้รับการพิจารณาถึงลักษณะของตนก่อนได้รับการพิพากษาลงโทษ ทำให้โทษที่ได้รับมีความไม่แน่นอนและอาจพ้นโทษก่อนกำหนด ปัญหาดังกล่าวทำให้ทฤษฎีการลงโทษเชิงแก้แค้นทดแทนมีบทบาทมากยิ่งขึ้นซึ่งสนับสนุนความได้สัดส่วนของความร้ายแรงแห่งความผิดที่ได้กระทำ โดยหลักปรัชญาของทฤษฎีแก้แค้นทดแทนนี้ให้ความสำคัญต่อศุภนิติกระบวนการ (Due process) และการยกเลิกดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรม ทฤษฎีนี้มีอิทธิพลต่อประเทศสหรัฐอเมริการะหว่างทศวรรษที่ 1970 ภายหลังจากที่มีการตีพิมพ์ผลงานหนังสือเรื่อง Doing Justice (1976) โดย Andrew von Hirsch ผู้สนับสนุนให้นำรูปแบบการลงโทษเชิงแก้แค้นทดแทนเข้ามาแทนที่รูปแบบการลงโทษเชิงฟื้นฟู (Treatment or Rehabilitation) อันเป็นหลักที่ใช้อยู่ในช่วงเวลาดังกล่าว¹⁶⁸

2) ทฤษฎียับยั้งการกระทำความผิด (Deterrence)

เป็นแนวคิดการลงโทษหนึ่งของทฤษฎีลดการเกิดอาชญากรรมที่มีพื้นฐานความเชื่อว่าการที่มนุษย์กระทำความผิดหรือฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายจะต้องผ่านการคำนวณถึงผลที่จะตามมาจากการกระทำของตน การลงโทษทางอาญาจึงต้องกระทำไปในลักษณะข่มขู่ป้องปรามให้เพื่อเกิดความกลัวการลงโทษแก่ผู้ที่กระทำความผิด ลักษณะของการกำหนดโทษตามทฤษฎียับยั้ง

¹⁶⁷ Michael Cavadino, *The penal system: an introduction*, 5thed. (London: Sage, 2013), pp. 38-39.

¹⁶⁸ Mary Bosworth, *Encyclopedia of Prison & Correctional Facilities* (London: Sage, 2005), p. 504.

การกระทำความผิดเป็นไปเพื่อให้ผู้ที่คิดจะกระทำความผิดได้คิดซึ่งน้ำหนักถึงผลที่จะตามมาจากการถูกลงโทษ โดยการข่มขู่ป้องปรามมีเป้าหมายสองประการ คือ การยับยั้งตัวบุคคลซึ่งเกิดขึ้นจากการที่ผู้กระทำความผิดได้รับโทษแล้วก็จะเกิดความกลัวไม่ไปกระทำความผิดซ้ำอีก และการยับยั้งแก่ประชาชนทั่วไป เนื่องจากเมื่อมีผู้กระทำความผิดและถูกลงโทษแล้วก็จะสร้างความกลัวแก่บุคคลอื่นไม่ให้กระทำความผิดเพราะกลัวถูกลงโทษ¹⁶⁹

3) ทฤษฎีตัดโอกาสการกระทำความผิดในอนาคต (Incapacitation)

แนวคิดนี้มีเป้าหมายเพื่อคุ้มครองความปลอดภัยของสังคมด้วยการแยกผู้กระทำความผิดออกไปจากสังคม การตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมมีทั้งชั่วคราว เช่น การกักขังหรือการจำคุกมีกำหนดระยะเวลา ส่วนการตัดผู้กระทำความผิดออกไปอย่างถาวร เช่น การประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต เมื่อผู้กระทำความผิดถูกตัดขาดจากสังคมไปแล้ว สังคมก็ปราศจากภัยอันตรายจากตัวผู้กระทำความผิด

2.6.2.2 ทฤษฎีแก้แค้นทดแทน (Retribution)

ทฤษฎีนี้ตรงข้ามกับทฤษฎีลดการเกิดอาชญากรรมเพราะให้ความสนใจเฉพาะการลงโทษอาชญากรรมที่ได้กระทำลงไปแล้วเท่านั้น ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์หรือข้ออ้างแรกในการลงโทษทางอาญาในสมัยประมวลกฎหมายฮัมมูราบี (Hammurabi code) ช่วงก่อนคริสต์ศักราชที่ 1760 ที่ใช้หลักการสนองตอบ (Lex talionis) ดังวลีที่ว่า “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน ชีวิตต่อชีวิต” อันมีทัศนคติต่อการลงโทษว่าผู้กระทำความผิดควรจะได้รับ การตอบสนองอย่างเท่าเทียมกันกับอาชญากรรมที่ตนกระทำลงไป¹⁷⁰ ต่อมาทฤษฎีแก้แค้นทดแทนได้ถูกพัฒนาโดย Immanuel Kant จากงานเขียนที่ตีพิมพ์ในค.ศ. 1785 เรื่อง “Groundwork of the Metaphysics of Moral” โดย Kant ยืนยันว่ามนุษย์นั้นมีอิสระและเหตุผลในตัวเอง มนุษย์จึงพิจารณาได้ตรงต่อและยอมรับถึงผลที่จะตามมาจากการกระทำของตน รูปแบบการลงโทษตามกฎหมายจึงต้องสร้างความทุกข์ทรมานแก่ผู้กระทำความผิดเท่านั้นและต้องไม่เป็นไปเพื่อจุดประสงค์อื่นใด แม้ว่าการลงโทษต่อตัวผู้กระทำความผิดจะช่วยสร้างผลกระทบเชิงบวกด้านอื่นๆ ต่อสังคม เช่น สร้างความหวาดกลัวต่อการลงโทษแก่ผู้ที่กระทำความผิดในอนาคต แต่ทฤษฎีแก้แค้นทดแทนกลับไม่สนใจประโยชน์ใดๆ นอกเหนือจากเหตุผลทางศีลธรรมเพียงประการเดียวกล่าวคือ ผู้กระทำความผิดสมควรได้รับเท่านั้น¹⁷¹

ในเวลาต่อมาทฤษฎีการลงโทษเชิงแก้แค้นทดแทนได้ถูกพัฒนาไปสู่ทฤษฎีการลงโทษเชิงแก้แค้นทดแทนสมัยใหม่ (Modern Retributivism) โดยอ้างความชอบธรรมของรัฐที่มี

¹⁶⁹ Ibid, p. 234.

¹⁷⁰ Meghan J. Ryan, “Proximate Retribution,” *Houston Law Review* 48, no.5 (2012): 1053-1054.

¹⁷¹ Paul Butler, “Retribution, for Liberals,” *UCLA Law Review* 46, no.6 (1999): 1879.

ต่อการลงโทษผู้กระทำผิดด้วยการนำเหตุผลความชอบธรรมทางการเมืองและศีลธรรมมาสนับสนุน ในรัฐประชาธิปไตยไม่มีเหตุผลใดที่จะสร้างความเจ็บปวดอย่างเป็นทางการและน่าพึงพอใจที่สุดได้ไปกว่าการอ้างถึงเจตจำนงร่วมกันของประชาชน จากปรัชญาของสัญญาประชาคมที่พลเมืองทุกคนมีความผูกพันกันในเชิงสิทธิหน้าที่อย่างเท่าเทียมและเป็นธรรมเสมือนเป็นการทำสัญญาหลายฝ่าย บุคคลที่กระทำความผิดจะทำให้ความเท่าเทียมนั้นเสียไปและได้รับประโยชน์ที่ไม่เป็นธรรมเหนือบุคคลอื่น การลงโทษเชิงแก้แค้นทดแทนจึงช่วยฟื้นฟูความไม่สมดุลนี้ หากรัฐไม่สามารถลงโทษผู้กระทำผิดได้ก็จะสร้างความไม่เป็นธรรมกับบุคคลที่ปฏิบัติตามกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามทฤษฎีแก้แค้นทดแทนก็ถูกตั้งคำถามถึงความเป็นธรรมในการลงโทษ เพราะในความเป็นจริงสังคมไม่ได้มีความเท่าเทียมกัน ผู้ที่มีสถานภาพด้อยกว่าในสังคมอาจอยู่ในสถานะที่เสียเปรียบและกลายเป็นว่าการลงโทษมีแนวโน้มที่จะเพิ่มความไม่เท่าเทียมมากกว่าที่จะลดความไม่เท่าเทียมกัน ทฤษฎีแก้แค้นทดแทนสมัยใหม่จึงเน้นการอธิบายสภาพสังคมสมัยใหม่ที่มีปัญหาในการลงโทษ โดยมองว่าการพิพากษาของศาลนั้นขาดความสมเหตุสมผล การใช้ดุลพินิจที่เพิ่มขึ้นของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรม และการจำคุกแบบตัดผู้กระทำผิดออกจากสังคมนั้นไม่ได้ตอบสนองต่อหลักปรัชญาของทฤษฎีแก้แค้นทดแทนที่เน้นย้ำความได้สัดส่วนของการลงโทษซึ่งผู้กระทำผิดสมควรได้รับ¹⁷²

ทฤษฎีการลงโทษเชิงแก้แค้นทดแทนสมัยใหม่ได้ให้ความสำคัญกับความสัมพันธ์ระหว่างการลงโทษและความร้ายแรงของการกระทำ ทฤษฎีนี้จึงต้องมีการวางขอบเขตหรือระดับความร้ายแรงของอาชญากรรมและการลงโทษเพื่อให้มีประสิทธิภาพในการบังคับใช้และมีมาตรฐานที่แน่นอนว่าผู้กระทำผิดจะไม่ถูกลงโทษอย่างรุนแรงมากหรือน้อยเกินไป กล่าวคือรัฐต้องลงโทษผู้กระทำผิดในระดับที่แน่นอนตามที่เขาได้กระทำความผิดนั้น¹⁷³ และการลงโทษต้องได้สัดส่วนโดยพิจารณาจากความร้ายแรงของการกระทำและระดับของโทษที่ควรได้รับ อย่างไรก็ตามทฤษฎีการลงโทษเชิงแก้แค้นทดแทนก็ยังมีจุดอ่อนตรงที่ไม่คำนึงถึงลักษณะของตัวบุคคล กล่าวคือทฤษฎีนี้ให้ความสำคัญในพิจารณาถึงความผิดที่เกิดขึ้นเท่านั้น ไม่พิจารณาว่าผู้กระทำผิดจะเป็นบุคคลที่มีวุฒิภาวะหรือไม่ ทุกคนย่อมต้องได้รับโทษอย่างเท่าเทียมกันตามความร้ายแรงของการกระทำ

ทั้งนี้ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าทุกสังคมล้วนต้องมีการกระทำผิดกฎหมาย อาชญากรรมจึงเป็นปรากฏการณ์หนึ่งของสังคม และการลงโทษคือสิ่งที่สังคมต้องการให้ปฏิบัติต่อผู้ที่มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนไปจากสังคม รัฐไม่ควรนำทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งเฉพาะมาเป็นแนวทางในการลงโทษเพราะแต่ละทฤษฎีต่างก็มีจุดเด่นจุดด้อยแตกต่างกัน การลงโทษด้วยการนำแนวคิดทฤษฎีต่างๆ ผสมผสานกันโดยดึงข้อดีของแต่ละทฤษฎีมาปรับใช้จึงเป็นสิ่งที่สอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบัน เพื่อให้การลงโทษ

¹⁷² Michael Cavadino, *The penal system: an introduction*, p. 43.

¹⁷³ Paul Butler, "Retribution, for Liberals," *UCLA LAW Review*: 1879.

ที่เกิดประสิทธิผลมากที่สุด ซึ่งผู้กระทำผิดสมควรได้รับและได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการกระทำ และเป็นการลงโทษที่เปิดโอกาสให้ผู้กระทำผิดสามารถกลับตัวกลับใจปรับปรุงพฤติกรรมเพื่อกลับเข้าสู่สังคมไม่หวนกลับมากระทำผิดซ้ำ ขณะเดียวกันก็เป็นตัวอย่างไม่ให้ผู้อื่นกระทำผิดตาม

จากการศึกษาภาพรวมถึงแนวคิดและทฤษฎีในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ ความรุนแรงในบทที่ 2 ได้ข้อสรุปว่าสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นภัยต่อสังคมอย่างร้ายแรง จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องนำมาตราทางอาญามาควบคุม แต่กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือที่รัฐนำมาใช้ควบคุมพฤติกรรมของบุคคลที่ร้ายแรงที่สุด จึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดอาญาเพื่อกำหนดขอบเขตการกระทำของบุคคลอย่างเหมาะสม มิฉะนั้นแล้วการกำหนดความผิดอาญาที่ปราศจากการคิดอย่างรอบคอบจะกลับมาสร้างผลเสียต่อสังคมแทน เมื่อพิจารณาถึงแนวคิดในการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาจะพบว่า มีนักวิชาการให้แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายอาญาในแต่ละด้านไว้จำนวนมาก เพื่อนำแนวคิดและทฤษฎีเหล่านี้มาวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมต่อการกำหนดขอบเขตของการกระทำเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงให้เป็นความผิดในบทที่ 5 ต่อไป ผู้วิจัยจึงขอสรุปสาระสำคัญเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดอาญาตามที่ได้ศึกษาถึงแนวคิดทฤษฎีต่างๆ ที่ได้นำมาศึกษาไว้ 4 ประการดังนี้

1) การกระทำนั้นฝ่าฝืนคุณธรรมทางกฎหมาย

การกระทำที่จะถูกควบคุมด้วยกฎหมายอาญาจะต้องกระทบต่อสิ่งที่กฎหมายประสงคฺจะคุ้มครอง ซึ่งสิ่งที่กฎหมายประสงคฺจะคุ้มครองนี้จะต้องมีความสำคัญถึงขนาดจะต้องได้รับการยกสถานะเป็น “คุณธรรมทางกฎหมาย”

2) การกระทำนั้นมีเหตุผลเพียงพอที่จะใช้กฎหมายอาญามาจำกัดเสรีภาพของบุคคล

การกระทำที่จะใช้กฎหมายมาควบคุมนี้จะต้องมีเหตุผลมารองรับ ซึ่งเป็นเหตุผลชอบธรรมและเป็นที่ยอมรับที่ให้กฎหมายเข้ามาควบคุมการกระทำ เช่น การกระทำนั้นสร้างความเสียหายแก่บุคคลอื่น การกระทำนั้นสร้างความเสียหายแก่ตนเอง การกระทำนั้นก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญหรือการกระทำนั้นกระทบต่อศีลธรรมของสังคม

3) การไม่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดอาญาสร้างความเสียหายมากกว่าการมีกฎหมาย

การกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดทางอาญานั้นจะต้องคำนึงด้วยว่าจะก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่า แม้การกระทำใดที่จะกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายและมีเหตุผลเพียงพอที่จะใช้

กฎหมายมาจำกัดเสรีภาพของบุคคล แต่หากการใช้กฎหมายอาญามาจัดการกับการกระทำนั้นแล้ว ก่อให้เกิดปัญหาหรือผลเสียมากกว่าการไม่มีกฎหมายอาญามาจัดการแล้ว ย่อมไม่ควรใช้กฎหมายอาญา

4) การใช้กฎหมายอาญาเป็นตัวเลือกสุดท้ายที่เหมาะสม

แม้การกระทำใดจะกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายและมีเหตุผลเพียงพอที่จะใช้กฎหมายอาญามาควบคุม แต่หากมีวิธีอื่นที่มีประสิทธิภาพมาจัดการกับการกระทำนั้นอยู่แล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องใช้กฎหมายอาญา เพราะกฎหมายอาญาเป็นมาตรการทางสังคมที่รุนแรงที่สุดจึงและควรเป็นตัวเลือกสุดท้ายที่รัฐจะนำมาใช้ และหากไม่มีมาตรการอื่นใดมีประสิทธิภาพเพียงพอจนนำไปสู่การใช้กฎหมายมาจัดการกับปัญหาแล้ว มาตรการทางอาญาจะต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่สังคมคาดหวัง



บทที่ 3

กฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง

จากความจำเป็นที่ต้องควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงดังที่กล่าวไว้ในบทที่ 2 ประเทศต่างๆ ได้ให้ความสำคัญถึงสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงมากกว่าสื่อทางเพศทั่วไป โดยจำเป็นต้องเข้ามาแทรกแซงเสรีภาพของบุคคลมากขึ้นเพราะหากไม่มีมาตรการควบคุมกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงอย่างเข้มงวดแล้วย่อมจะก่อให้เกิดผลร้ายอันกระทบต่อสังคมโดยรวม

บทที่ 3 ว่าด้วยกฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงนี้เป็นการศึกษาถึงตัวบทกฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมสื่อลามกที่มีอยู่ จากการศึกษาพบว่าประเทศไทยยังไม่มีการบัญญัติเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นการเฉพาะ ยังต้องอาศัยบทบัญญัติเกี่ยวกับสื่อลามกทั่วไปมาปรับใช้ โดยผู้วิจัยได้ศึกษาถึงขอบเขตการตีความสื่อลามกตามกฎหมายไทยและสาระสำคัญของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกที่มีอยู่ตั้งแต่บทคุ้มครองและจำกัดเสรีภาพที่เกี่ยวข้องกับการแสดงออกทางเพศตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และองค์ประกอบความผิดของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกของประเทศไทยที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญา พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 พระราชบัญญัติจัดแจ้งการพิมพ์ พ.ศ. 2550 พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 และยังได้ศึกษาร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามสิ่งยั่วยุพฤติกรรมอันตรายที่ประเทศไทยเคยมีความพยายามบัญญัติกฎหมายควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง เพื่อนำมาพิจารณาถึงความเหมาะสมของมาตรการทางกฎหมายว่าเหมาะสมกับการนำมาใช้ควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงมากน้อยเพียงใดอันจะเป็นฐานวิเคราะห์ในการกำหนดมาตรการทางอาญาเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงของประเทศไทยในบทต่อไป

3.1 ขอบเขตการตีความสื่อลามกตามกฎหมายของประเทศไทย

กฎหมายไทยมีการให้ความหมายของ “สื่อลามก” ไว้ในประมวลกฎหมายอาญาในนิยามของ “สื่อลามกอนาจารเด็ก¹” สามารถสรุปได้ว่า “สื่อลามก” หมายถึง วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึง

¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (17)

“สื่อลามกอนาจารเด็ก หมายความว่า วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปี โดยรูป เรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือรูปแบบอื่นใดใน

การกระทำทางเพศ โดยรูป เรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายก็ยังไม่ได้ระบุว่า “สื่อไปในทางลามกอนาจาร” มีรายละเอียดอย่างไร จำเป็นต้องอาศัยการตีความคำว่า “ลามก” ของศาลเป็นหลัก ดังตัวอย่างต่อไปนี้

กรณีศาลฎีกาถือว่าไม่ใช่สื่อลามก

- ภาพแสดงสัดส่วนความสมบูรณ์ของร่างกายที่มีได้มีสิ่งปกปิด โดยเฉพาะส่วนล่างก็พยายามปกปิดหรือทำเป็นเพียงเงาๆ และได้ลบเลือนให้เป็นอวัยวะที่ราบเรียบแล้ว ภาพไม่มีลักษณะน่าเกลียดน่าอายจากบาดสี²

- ภาพหญิงเปลือยกาย คงปรากฏเด่นเฉพาะถันเท่านั้น ส่วนโยนได้ถูกระบายให้ลบเลือนมองไม่เห็น เห็นเพียงฐานเท่านั้น เป็นรูปแสดงถึงสุขอนามัยของการอาบแดดบ้าง เป็นภาพศิลปะ สอนถึงวิธีเขียน แสดงถึงสัดส่วนความงามของร่างกายบ้าง ไม่น่าเกลียด อูจาตบาดสีที่น้อมนำไปสู่ความใคร่ทางกามารมณ์ จึงไม่ใช่ภาพลามก³

- ภาพหญิงเปลือยกายในท่าต่างๆ ที่ไม่เปิดเผยให้เห็นของลับอวัยวะ เป็นแต่แสดงให้เห็นความงามของทรวดทรงอวัยวะภายนอกและแสดงฝีมือในการถ่าย และวาดภาพ ไม่แสดงไปในทางเลวทรามต่ำช้าแล้ว ไม่ใช่สื่อลามก⁴

กรณีศาลฎีกาวางหลักว่าเป็นสื่อลามก

- ภาพที่มีลักษณะเช่น ภาพหญิงเปลือยกายกอดชาย ภาพหญิงสวมแต่กางเกงใน โปรงตา มีผู้ชายนอนกอด มือโอบบริเวณทรวงอก ภาพหญิงเปลือยกายท่อนบนใช้มือกดหูโทรศัพท์กดที่อวัยวะเพศ ภาพหญิงเปลือยกายมีแหคกลมตัว มือข้างหนึ่งกุมนมอีกข้างหนึ่งกุมอวัยวะเพศ ภาพหญิงเปิดเสื้อให้เห็นนมล้วงมือเข้าไปในกระโปรง ภาพหญิงเปลือยสวมกางเกงในมือล้วงไปที่อวัยวะเพศ ภาพหญิงเปลือยกายท่อนบนตลอดร่างซึ่งพอเห็นอวัยวะเพศได้บ้าง ภาพหญิงเปลือยสวมกางเกงขาสั้น มือข้างหนึ่งล้วงไปจับที่อวัยวะเพศ โดยภาพเหล่านี้แม้ไม่เห็นอวัยวะเพศชัดเจนแต่มีลักษณะยั่วยุ กามารมณ์ จะถือได้ว่าเป็นภาพอันลามก ไม่ใช่ภาพศิลปะที่แสดงถึงส่วนสัดส่วนความสมบูรณ์ของร่างกาย⁵

ลักษณะทำนองเดียวกัน และให้หมายความรวมถึงวัตถุหรือสิ่งต่างๆ ข้างต้นที่จัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้”

² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1223/2508

³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 978/2492

⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1856/2492

⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3510/2531

- ภาพหญิงสาวเปิดเผยด้านมอย่างโจ่งแจ้ง ส่วนที่อวัยวะเพศแม้จะมีผ้าอาภรณ์ปกปิดไว้ แต่ก็ปกปิดอย่างหมิ่นเหม่ ซึ่งนอกจากจะอยู่ในอิริยาบถไม่เรียบร้อย ไม่น่าดูแล้ว ยังอยู่ในอิริยาบถที่น่าเกลียดน่าบัดสีอีกด้วย กล่าวคือ มีบางภาพอยู่ในอิริยาบถนอนหงายถ่างขาออกอย่างกว้าง ทำนองเจตนาเพื่ออวดอวัยวะเพศอย่างเด่นชัด ส่วนภาพที่อยู่ในอิริยาบถที่นั่งก็นั่งถ่างขาออก แม้จะมีภาพปกปิดอวัยวะเพศก็เป็นผ้าบางใส ซึ่งแสดงว่าต้องการอวดอวัยวะเพศเช่นเดียวกัน จึงถือเป็นภาพที่มีเจตนาช่วยยั่วยุให้บังเกิดความใคร่ทางกามารมณ์โดยตรง ถือเป็นภาพลามก⁶

- ข้อความที่ได้บรรยายถึงการร่วมประเวณีของชายและหญิงอย่างชัดเจน ละเอียดยลลอบ โดยอารมณ์ของชายและหญิงไปในทางยั่วยุกามารมณ์ แม้จะมีได้ใช้ถ้อยคำหยาบคาย ก็ถือได้ว่าเป็นข้อความอันลามก⁷

จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้น มีข้อพิจารณาสำคัญของการกำหนดให้สิ่งใดมีลักษณะเป็นสื่อลามก คือ

1) มีลักษณะเปิดเผยถึงอวัยวะเพศหรือการกระทำทางเพศ

2) เจตนากระตุ้นอารมณ์ทางเพศ ข้อนี้เป็นหลักสำคัญที่ศาลพิจารณา สื่อใดไม่แสดงให้เห็นอวัยวะเพศชัดเจนแต่ถ้ามีลักษณะยั่วยุให้เกิดอารมณ์ทางเพศก็ถือเป็นสื่อลามก ในทางกลับกันหากสื่อใดได้แสดงให้เห็นอวัยวะเพศหรือการกระทำทางเพศแต่ไม่ได้มีลักษณะยั่วยุทางเพศก็ไม่ถือเป็นสื่อลามก

3) ไม่มีคุณค่าทางศิลปะ ขาดการปรุงแต่งอย่างประณีตโดยแสดงให้เห็นปรากฏออกมาอย่างงดงาม มีความประณีต น่าพิงชม และโน้มน้าวจิตใจให้ผู้พบเห็นเกิดสะท้อนอารมณ์ใจกับงานดังกล่าว⁸ ถือว่าเป็นสื่อลามก

การนิยามสื่อลามกตามกฎหมายของประเทศไทย จึงต้องพิจารณาว่ามีเจตนากระตุ้นอารมณ์ทางเพศแก่ผู้รับชมเป็นหลักหรือไม่ ส่วนการเปิดเผยให้เห็นพฤติกรรมทางเพศและคุณค่าในเชิงศิลปะเป็นเรื่องรอง การแสดงให้เกิดการกระตุ้นความรู้สึกทางเพศจึงต้องแสดงให้เห็นพฤติกรรมทางเพศด้วยการเปิดเผยให้เห็นอวัยวะเพศ และแม้จะไม่เปิดเผยให้เห็นอวัยวะเพศให้เห็นชัดเจน แต่หากมีการแสดงท่าทางที่สื่อไปในทางยั่วยุกามารมณ์ก็จะถือว่ามีเจตนากระตุ้นอารมณ์ทางเพศแก่ผู้รับชม การวินิจฉัยสื่อลามกตามกฎหมายไทยในทัศนะของศาลฎีกาจึงถือตามความรู้สึกของวิญญูชนผู้ไม่ใช่

⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6301/2533

⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3278/2554

⁸ ณรงค์ ใจหาญ, “ความหมายของ ‘สื่อลามก’ ในกฎหมาย,” *วารสารนิติศาสตร์* 16, 2 (2529): 126.

เครื่องครัดต่อจารีตประเพณีโดยไม่ยอมเปลี่ยนแปลงตามสมัยของโลก ถ้าวิญญูชนมีความรู้สึกน่าอูจาด บัดสี โนม่น้าวไปสู่ความต่ำ ความชั่ว หรือความไคร่ทางอารมณ์ ถือว่าเป็นสื่อลามก⁹ สะท้อนได้ว่าสื่อ ลามกตามกฎหมายไทยอิงกับขอบเขตการเปิดเผยร่างกายส่วนใดได้มากน้อยเพียงใด หากสื่อทางเพศ ใดแสดงเกินเลยไปจากกรอบที่กำหนดก็จะถูกตัดสินว่ามีลักษณะยั่วยุกามารมณ์ และภาพที่มีลักษณะ กระตุ้นอารมณ์ทางเพศก็จะถูกตีความว่าเป็นสื่อลามก¹⁰ ซึ่งการพิจารณาสื่อลามกของต่างประเทศส่วนใหญ่แล้วจะอิงกับขอบเขตของการกระทำทางเพศมากกว่าการเปิดเผยร่างกาย

การที่ศาลฎีกาตีความว่าสื่อใดที่มีลักษณะกระตุ้นให้เกิดอารมณ์ทางเพศเป็นสื่อลามกทำให้ “สื่อทางเพศ” เป็น “สื่อลามก” ไปโดยปริยาย ไม่มีการแบ่งแยกสื่อทางเพศออกจากสื่อลามก สะท้อนให้เห็นว่ารัฐไทยมองเรื่องเพศในแง่ลบ มีการนำเอาศีลธรรมทางเพศเข้ามาเกี่ยวข้องโดยมองว่าเรื่อง ทางเพศเป็นสิ่งที่ต้องปกปิด การแสดงออกทางเพศอย่างเปิดเผยเป็นสิ่งไม่ดีและไม่ควรไปกระตุ้นร้่า ความต้องการทางเพศ ดังนั้นสื่อที่กระตุ้นกามารมณ์ในสายตาของรัฐไทยนอกจากมีผลต่อมาตรฐาน ศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้วยังมีผลร้ายต่อระดับคุณธรรมจริยธรรมส่วนบุคคลด้วย¹¹ ขณะเดียวกัน สังคมไทยยังมีความรู้ความเข้าใจในเรื่องของสื่อทางเพศไม่มากนัก ด้วยลักษณะของสังคมไทยที่มี กรอบของวัฒนธรรม ประเพณี ทำให้คนในสังคมไทยเห็นว่าสื่อทางเพศเป็นสื่อต้องห้ามและมักเข้าใจ ถึงขนาดที่ว่าสื่อทางเพศและสื่อลามกเป็นสิ่งเดียวกัน สื่อที่แสดงให้ถึงความไม่สมควรทางเพศหรือ กระตุ้นความต้องการทางเพศกลายเป็นสื่อที่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย ไม่ได้มีการแบ่งแยก ระดับความเหมาะสมของสื่อทางเพศอย่างตรงไปตรงมา¹²

ลักษณะการตีความสื่อลามกตามกฎหมายไทยจึงแตกต่างไปจากประเทศที่เปิดเสรีสื่อทางเพศ ที่ไม่ได้มองเรื่องเพศในทางไม่ดี การแสดงออกทางเพศไม่ว่าจะมีเป้าหมายเพื่อกระตุ้นความต้องการ ทางเพศหรือไม่เป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่รัฐต้องให้ความคุ้มครอง เว้นแต่การแสดงออกทางเพศจะ เกินเลยไปจากขอบเขตมาตรฐานการยอมรับของสังคม เช่น มีการใช้ความรุนแรงมาเกี่ยวข้อง และ ด้วยบริบทของประเทศเปิดเสรีสื่อทางเพศที่การตีความขอบเขตของสื่อลามกไม่ได้คับแคบเหมือน ประเทศไทยที่มองเพียงว่าสื่อลามก หมายถึง ภาพหรือข้อความต่างๆ ที่ได้แสดงหรือบรรยายถึง

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 128

¹⁰ จอมพล พัทธ์สันตโยธิน , “ภาพโป๊: กฎหมายสื่อลามกและศีลธรรม,” วารสารสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยนครสวรรค์: 83.

¹¹ วราภรณ์ แซ่มสนิท, วิถีคิดเรื่องเพศวิถีของรัฐไทย (กรุงเทพฯ: มูลนิธิสร้างความรู้เรื่องสุขภาพผู้หญิง, 2551), หน้า 77.

¹² คณะอนุกรรมการศึกษาแนวทางในการแก้ไขปัญหาสื่อลามกที่มีผลกระทบต่อเด็ก เยาวชน สตรี สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, “ข้อความรู้เกี่ยวกับการจัดการปัญหาสื่อลามกในสังคมไทย,” เอกสารประกอบการประชุมคึกชนาน เรื่องการปราบปรามวัตถุยั่ว ยุติกรรมอันตราย, หน้า 22.

อารมณ์ของบุคคลไปในทางยั่วยุคมารมณืเท่านั้น¹³ ในประเทศที่เปิดเสรีสื่อทางเพศส่วนใหญ่จึงมีการแยกสื่อลามกหรือสื่อทางเพศประเภทที่สังคมยอมรับไม่ได้อย่างเด็ดขาดออกจากสื่อทางเพศทั่วไปซึ่งจะส่งผลต่อระดับการควบคุมแตกต่างกัน สำหรับประเทศไทยแล้ว คำว่า “สื่อทางเพศ” (Pornography) มีความหมายเดียวกันกับ คำว่า “สื่อลามก” (Obscenity) จึงไม่มีแนวคิดการแบ่งแยกเนื้อหาที่ปรากฏในสื่อทางเพศ ทำให้การควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงไม่แตกต่างไปจากการควบคุมสื่อลามกทั่วไปซึ่งห้ามเฉพาะการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะเท่านั้น ดังจะเห็นได้จากกฎหมายควบคุมสื่อลามกของประเทศไทยดังจะกล่าวต่อไป

3.2 กฎหมายควบคุมสื่อลามกของประเทศไทย

ในหัวข้อนี้จะเริ่มต้นกล่าวถึงหลักการคุ้มครองเสรีภาพของประเทศไทยที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ก็ถูกจำกัดขอบเขตด้วยเงื่อนไขบางประการทำให้เสรีภาพในการแสดงออกอาจถูกแทรกแซงจากรัฐได้ ซึ่งการแทรกแซงหมายถึงการบัญญัติกฎหมายควบคุมสื่อลามกดังที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญา พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมสื่อลามก และต่อมาจะนำร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามสิ่งยั่วยุพหุติกรรมอันตราายมาพิจารณา รายละเอียดมีดังต่อไปนี้

3.2.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมีหลักการคุ้มครองเสรีภาพดังต่อไปนี้

1) การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพทั่วไปได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“... โดยถือว่าการมีสิทธิเสรีภาพเป็นหลัก การจำกัดตัดสิทธิเสรีภาพเป็นข้อยกเว้น แต่การใช้สิทธิเสรีภาพดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เพื่อคุ้มครองส่วนรวม ...”

จากถ้อยคำปรารภที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 แสดงถึงการยึดหลักการคุ้มครองเสรีภาพของปวงชนชาวไทยเป็นหลัก การจำกัดเสรีภาพเป็นข้อยกเว้น บุคคลสามารถใช้สิทธิเสรีภาพได้ตราบเท่าที่ไม่กระทบต่อส่วนรวม การที่รัฐออกกฎหมายมาจำกัดเสรีภาพอย่างไร โดยหลักแล้วจะทำได้ เว้นแต่เพื่อประโยชน์แห่งความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือป้องกันมิให้เกิดการละเมิดสิทธิหรือ

¹³ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 40 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561), หน้า 42.

เสรีภาพของบุคคลอื่น¹⁴ และเมื่อรัฐมีความชอบธรรมใดๆที่สามารถออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิเสรีภาพใดของปวงชนแล้ว รัฐจะต้องอยู่ภายใต้หลักนิติธรรม กล่าวคืออำนาจในการตรากฎหมาย กระบวนการตรากฎหมาย และเหตุผลของการตรากฎหมายต้องมีความชอบธรรม และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลไม่ได้ รวมทั้งต้องมีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป ไม่บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง และไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควร¹⁵

2) การคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นทางเพศภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

การแสดงความคิดเห็นทางเพศ ไม่ว่าจะรูปแบบการพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา หรือการสื่อความหมายโดยประการใดๆ ย่อมเป็นเสรีภาพอย่างหนึ่งที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยให้การรับรองคุ้มครองไว้ การที่รัฐจะบัญญัติกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการแสดงออกทางเพศต้องมีเงื่อนไข คือ เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน¹⁶ ดังนั้นการแสดงความคิดเห็นทางเพศที่เกินเลยขอบเขตไปสู่การเป็นสิ่งลามก หากได้กระทำในที่สาธารณะแล้วย่อมไม่ได้รับการคุ้มครอง เนื่องจากไปกระทบต่อความสงบเรียบร้อยศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นพื้นฐานทำให้รัฐก็มีความชอบธรรมในการจำกัดเสรีภาพดังกล่าว

¹⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 25 วรรคแรก บัญญัติไว้ว่า

“สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย นอกจากที่บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญแล้ว การใดที่มีได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายอื่น บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำเช่นนั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ตราบเท่าที่การใช้สิทธิหรือเสรีภาพเช่นนั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น”

¹⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 26 บัญญัติไว้ว่า

“การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าว ต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุดูผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิ และเสรีภาพไว้ด้วย

กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด กรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง”

¹⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 34 วรรคแรก

“บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน”

ส่วนการที่รัฐจะจำกัดเสรีภาพของประชาชนต่อการกระทำในทางส่วนตัว กรณีการแสดงความคิดเห็นทางเพศบางประเภทนั้นจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดในรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ จะต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพเกินสมควร และจะกระทบศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องมีเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิ

3.2.2 ประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญามีบทบัญญัติควบคุมการเผยแพร่ การค้า และการโฆษณา หรือโฆษณาเกี่ยวกับสิ่งอันลามก¹⁷ ดังนี้

1) กำหนดความผิดและโทษทางอาญาแก่ผู้ผลิต มีไว้ นำเข้า ส่งออก พาไปหรือทำให้เผยแพร่ซึ่งวัตถุหรือสิ่งอันลามก

มาตรา 287 (1)

“ผู้ใดเพื่อความประสงค์แห่งการค้า หรือโดยการค้า เพื่อการแจกจ่ายหรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน ทำ ผลิต มีไว้ นำเข้าหรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกไปนอกราชอาณาจักร พาไป หรือยังให้พาไปหรือทำให้แพร่หลายโดยประการใดๆ ซึ่งเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพหรือสิ่งอื่นใดอันลามก

ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
องค์ประกอบของการกระทำความผิด

1) องค์ประกอบภายนอก

1.1) ผู้ใด

1.2) ทำ ผลิต มีไว้ นำเข้ามาในราชอาณาจักร ยังให้นำเข้ามาในราชอาณาจักร ส่งออกไปนอกราชอาณาจักร ยังให้ส่งออกไปนอกราชอาณาจักร พาไป ยังให้พาไป ทำให้แพร่หลายโดยประการใดๆ ซึ่งเป็นเรื่องที่ทำให้มีหรือจัดการอย่างใดอย่างหนึ่งกับสิ่งลามก

¹⁷ คำว่า “สิ่งอันลามก” ตามที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญามีความหมายเดียวกับ “สิ่งลามก” และโปรดดูหัวข้อ 3.1 ในเรื่องขอบเขตการตีความสิ่งลามกตามกฎหมายของประเทศไทยประกอบ

1.3) ซึ่งเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพหรือสิ่งอื่นใดอันลามก โดยกฎหมายไม่ได้จำกัดประเภทหรือชนิดของสิ่งลามกไว้ ทั้งนี้นอกจากที่บทบัญญัติยกตัวอย่างไว้แล้ว ยังรวมถึงสิ่งอันลามกอื่นๆ อีก เช่น ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันมีลักษณะอันลามก

1.4) โดยการค้า หมายถึง หากำไรในทางค้าขายเป็นปกติธุระอย่างไรก็ตามหากไม่ได้กระทำในทางการค้าก็อาจมีความผิดตามมาตรานี้หากมีเจตนาพิเศษตามข้อ 2.2

2) องค์ประกอบภายใน

2.1) เจตนาธรรมดา ผู้กระทำต้องรู้ว่าสิ่งนั้นเป็นสิ่งลามก หากไม่รู้ว่าเป็นสิ่งลามก ย่อมไม่เป็นความผิดเพราะขาดเจตนากระทำผิด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59¹⁸

2.2) เจตนาพิเศษ ผู้กระทำต้องมีเจตนาพิเศษประกอบการกระทำ กล่าวคือ หากผู้กระทำไม่ได้กระทำโดยการค้า แต่มีมูลเหตุชักจูงใจอย่างใดอย่างหนึ่ง ได้แก่

2.2.1) เพื่อความประสงค์แห่งการค้า หมายถึง เพื่อการค้าขาย แม้จะยังไม่ได้ขายเลยก็ตาม

2.2.2) เพื่อการแจกจ่ายแก่ประชาชน หมายถึง เพื่อเผยแพร่ให้แก่ประชาชน ไม่ใช่เพื่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ทั้งนี้ไม่ว่าเป็นการให้เปล่า หรือมุ่งเพื่อได้รับประโยชน์ตอบแทนก็ตาม เช่น ส่งไฟล์ภาพลามกให้ประชาชนเปิดชม

2.2.3) เพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน หมายถึง เพื่อแสดงให้ประชาชนได้รับชม ไม่ใช่แสดงอวดแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลอันจำกัด เช่น เปิดภาพยนตร์ลามกให้คนทั่วไปรับชม

¹⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59

“บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำโดยประมาท ในกรณีที่บัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยประมาท หรือเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ชัดแจ้งให้ต้องรับผิดชอบแม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนา การกระทำโดยเจตนา ได้แก่การกระทำโดยรู้สำนึกในการกระทำและในขณะที่เดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น

ถ้าผู้กระทำไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด จะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นไม่ได้”

2) กำหนดความผิดและโทษทางอาญาแก่ผู้ประกอบการค้า จ่ายแจก แสดงอวดแก่ประชาชนหรือให้เช่าวัตถุหรือสิ่งอันลามก

มาตรา 287 (2)

“ผู้ใดประกอบการค้า หรือมีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้าเกี่ยวกับวัตถุหรือสิ่งลามกดังกล่าวแล้ว แจกจ่ายหรือแสดงอวดแก่ประชาชน หรือให้เช่าวัตถุหรือสิ่งของเช่นว่านั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

องค์ประกอบของการกระทำความผิด

1) องค์ประกอบภายนอก

1.1) ผู้ใด

1.2) ประกอบการค้า หรือมีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้าเกี่ยวกับวัตถุหรือสิ่งใด ๆ อันลามก

1.3) จ่ายแจกหรือแสดงอวดแก่ประชาชน หรือให้เช่าวัตถุหรือสิ่งใด ๆ อันลามก

2) องค์ประกอบภายใน

เจตนาธรรมดา ผู้กระทำต้องรู้ว่าสิ่งนั้นเป็นสิ่งลามก เพราะหากไม่รู้ว่าเป็นสิ่งลามก ย่อมไม่เป็นความผิดเพราะขาดเจตนากระทำความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59

3) กำหนดความผิดและโทษทางอาญาแก่ผู้โฆษณาหรือให้เช่าเกี่ยวกับสิ่งอันลามก

มาตรา 287 (3)

“ผู้ใดเพื่อจะช่วยให้แพร่หลาย หรือการค้าวัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้ว โฆษณาหรือให้เช่าโดยประการใดๆ ว่ามีบุคคลกระทำการอันเป็นความผิดตามมาตรา 287 หรือโฆษณาหรือให้เช่าว่าวัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้วจะหาได้จากบุคคลใด หรือโดยวิธีใด

ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

องค์ประกอบของการกระทำความผิด

1) องค์ประกอบภายนอก

1.1) ผู้ใด

1.2) โฆษณาหรือโฆษณาโดยประการใดๆ ว่ามีบุคคลกระทำการอันเป็นความผิดตามมาตรา 11 หรือโฆษณาหรือโฆษณาว่าวัตถุหรือสิ่งลามกจะหาได้จากบุคคลใด หรือโดยวิธีใด

“การโฆษณาหรือโฆษณา” หมายความว่า กระทำการไม่ว่าโดยวิธีใดๆ ให้ประชาชนเห็นหรือทราบข้อมูลหรือข้อความอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น แจกโดยวาจา ส่งข้อความทางอีเมล โปสที่อยู่ของเว็บไซต์ URL ของภาพยนตร์ลามกลงบน FACEBOOK เป็นต้น ส่วนการบอกผู้อื่นเป็นการส่วนตัวอย่างแท้จริงซึ่งไม่เป็นการโฆษณาหรือโฆษณา ไม่มีความผิดตามมาตรา 11¹⁹

2) องค์ประกอบภายใน

2.1) เจตนาธรรมดา ผู้กระทำต้องรู้ว่าสิ่งนั้นเป็นสิ่งลามก เพราะหากไม่รู้ว่าเป็นสิ่งลามก ย่อมไม่มีความผิดเพราะขาดเจตนากระทำความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59

2.2) เจตนาพิเศษ ผู้กระทำต้องมีเจตนาพิเศษประกอบการกระทำ คือ มีมูลเหตุชักจูงใจอย่างใดอย่างหนึ่ง คือ

2.2.1) เพื่อจะช่วยให้แพร่หลาย หรือ

2.2.2) เพื่อค้าวัตถุหรือสิ่งของอันลามก

3.3.3 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

พระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติเกี่ยวข้องกับการควบคุมสื่อลามก ดังนี้

1) กำหนดความผิดและโทษทางอาญาแก่ผู้นำเข้าสู่ระบบซึ่งคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ ตามมาตรา 14 (4)

มาตรา 14 (4)

¹⁹ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 3: ลักษณะ 1 ถึง ลักษณะ 9 (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2561), หน้า 644-645.

“ผู้ใดกระทำความผิดความผิดที่ระบุไว้ดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(4) นำเข้าสู่ระบบซึ่งคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้”

องค์ประกอบของการกระทำความผิด

1) องค์ประกอบภายนอก

1.1) ผู้ใด

1.2) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามก

“ข้อมูลคอมพิวเตอร์²⁰” หมายความว่า ข้อมูล ข้อความ คำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใด บรรดาที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ในสภาพที่ระบบคอมพิวเตอร์อาจประมวลผลได้ และให้หมายความรวมถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วย²¹

“ระบบคอมพิวเตอร์” หมายความว่า อุปกรณ์หรือชุดอุปกรณ์ของคอมพิวเตอร์ที่เชื่อมการทำงานเข้าด้วยกัน โดยได้มีการกำหนดคำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใด และแนวทางปฏิบัติงานให้อุปกรณ์หรือชุดอุปกรณ์ทำหน้าที่ประมวลผลข้อมูลโดยอัตโนมัติ²²

“การนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์” ในภาษาคอมพิวเตอร์ มีความหมายดังนี้

- การดาวน์โหลด (Download) หมายถึง การถ่ายโอนข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากแหล่งจัดเก็บหนึ่งไปบันทึกหรือลงในระบบคอมพิวเตอร์หรือเครื่องคอมพิวเตอร์ เช่น นำข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในแผ่นซีดี หรือยูเอสบีแฟรชไดร์ฟบันทึกลงในระบบคอมพิวเตอร์หรือเครื่องคอมพิวเตอร์ ซึ่งการดาวน์โหลดเป็นคำที่ใช้ในการถ่าย

²⁰ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 3

²¹ พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ มาตรา 4 ให้นิยาม “ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” ว่าหมายถึง ข้อความที่ได้สร้าง ส่ง รับ เก็บรักษา หรือประมวลผลด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่น วิธีการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ โทรเลข โทรพิมพ์ หรือโทรสาร

²² พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 3

โอนข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์มาไว้ในคอมพิวเตอร์เครือข่าย²³ ตัวอย่างเช่น นาย ก. นำข้อมูลในแผ่นดีวีดี (DVD) เกี่ยวกับคลิปวิดีโอมาบันทึกลงในเครื่องคอมพิวเตอร์ของตน การกระทำดังกล่าวถือเป็นการดาวน์โหลด เพราะเป็นการถ่ายโอนข้อมูลคอมพิวเตอร์จากสื่อบันทึกข้อมูลไปสู่ระบบคอมพิวเตอร์ในเครือข่าย

- การอัปโหลด (Upload) หมายถึงการถ่ายโอนข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากระบบคอมพิวเตอร์หนึ่งหรือคอมพิวเตอร์เครื่องหนึ่งไปยังระบบคอมพิวเตอร์อีกระบบหรือคอมพิวเตอร์อีกเครื่องหนึ่ง ซึ่งการอัปโหลดเป็นการถ่ายโอนข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากคอมพิวเตอร์ในเครือข่ายไปไว้ในแม่ข่าย ซึ่งการนำเข้าระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามมาตรา 14 มักจะเป็นการอัปโหลดข้อมูลคอมพิวเตอร์จากเครื่องคอมพิวเตอร์ขึ้นระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตแล้วหรือส่งหรือเผยแพร่ให้กับบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือประชาชนทั่วไป²⁴ ตัวอย่างเช่น นาย ก. ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไปหา นาย ข. โดยแนบ (Attach) ไฟล์ข้อมูลคลิปวิดีโอ หรือ นาย ก. นำข้อมูลคลิปวิดีโอในเครื่องคอมพิวเตอร์ของตนเองไปโพสต์บนเว็บไซต์ไทยวิดีโอทอคอม การแนบไฟล์และการโพสต์ดังกล่าวถือเป็นการอัปโหลด เพราะเป็นการถ่ายโอนข้อมูลจากเครื่องคอมพิวเตอร์ไปสู่ระบบคอมพิวเตอร์แม่ข่าย

คำว่า “ลามก” เป็นคำสามัญไม่มีการนิยามศัพท์ จึงต้องใช้มาตรฐานเดียวกันกับการตีความของศาลไทยในความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287

1.3) ข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นที่มีลักษณะอันลามกนั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้

การนำเข้าข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะลามกสู่เครื่องคอมพิวเตอร์ของตน โดยไม่มีการทำให้ประชาชนทั่วไปเข้าถึงได้ เช่น การนำแผ่นดีวีดีลามกเปิดดูจากเครื่องคอมพิวเตอร์หรือดาวน์โหลดภาพยนตร์ลามกหรือภาพยนตร์เอวี (Adult Video หรือ AV) จากระบบคอมพิวเตอร์บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตลงในคอมพิวเตอร์ของตน เช่นนี้ย่อมไม่มีความผิด แต่หากเป็นการนำภาพยนตร์ลามกในเครื่องคอมพิวเตอร์ของตนเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ในเว็บไซต์ที่บุคคลทั่วไปเข้าถึงได้บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตย่อมมีความผิด²⁵

²³ สราวุธ ปิตยาศักดิ์, คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2561), หน้า 168.

²⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 169.

²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 178.

ดังนั้นการนำเข้าสู่ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะอันลามกของตน โดยเฉพาะที่ไม่ได้มีประสงค์จะให้ผู้ใดเข้าถึง แต่บังเอิญนำเครื่องคอมพิวเตอร์ไปซ่อม แล้วช่างซ่อมคอมพิวเตอร์ตรวจพบเข้าแล้วนำไปเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์และเผยแพร่ เช่นนี้เฉพาะช่างซ่อมคอมพิวเตอร์เท่านั้นที่มีความผิดตามมาตรา 14 (4)²⁶

ส่วนการโพสต์ข้อความหรือรูปภาพที่มีลักษณะลามกในระบบคอมพิวเตอร์หรืออินเทอร์เน็ตที่มีลักษณะไม่เปิดเผยเป็นการทั่วไปย่อมไม่เป็นความผิดเพราะขาดองค์ประกอบภายนอกของความผิด

2) องค์ประกอบภายใน

เจตนาธรรมดา ผู้กระทำความผิดต้องรู้ว่าสิ่งนั้นเป็นสิ่งลามก เพราะหากไม่รู้ว่าเป็นสิ่งลามก ย่อมไม่เป็นความผิดเพราะขาดเจตนากระทำความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59

2) กำหนดความผิดและโทษทางอาญาแก่ผู้เผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ ตามมาตรา 14 (5)

มาตรา 14 (5)

“ผู้ใดกระทำความผิดความผิดที่ระบุไว้ดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(5) เผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้”

องค์ประกอบของการกระทำความผิด

1) องค์ประกอบภายนอก

1.1) ผู้ใด

1.2) เผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะอันลามก และประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้

²⁶ พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550.

คำว่า “เผยแพร่หรือส่งต่อ” เป็นคำสามัญที่สามารถเข้าใจได้ทั่วไป และตรงกับคำภาษาอังกฤษทางคอมพิวเตอร์ว่า “Upload and Post” ซึ่งคำว่า “อัปโหลด” หมายถึง การนำส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือเพิ่มข้อมูลคอมพิวเตอร์ (Files) เข้าไว้บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ส่วนคำว่า “โพสต์” หมายถึงการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นแสดงบนกระดานสนทนาหรือเว็บบอร์ด (Web Board) หรือบนเว็บไซต์เพื่อให้คนทั่วไปเข้าถึงได้ และคำว่า “ส่งต่อ” ตรงกับคำภาษาอังกฤษทางคอมพิวเตอร์ว่า “Forward” หมายถึง การส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นไปยังบุคคลอื่น ซึ่งโดยทั่วไปจะส่งทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์²⁷

แต่การเผยแพร่หรือส่งต่อตามมาตรา 14 (5) ต้องเป็นการส่งผ่านระบบคอมพิวเตอร์เท่านั้น ไม่ว่าจะ เป็นแบบมีสายหรือไร้สาย ไม่หมายความรวมถึงการเผยแพร่หรือส่งต่อข้อมูลคอมพิวเตอร์ผ่านสื่ออื่นๆ เช่นการบันทึกข้อมูลคอมพิวเตอร์ลงในแผ่นดีวีดี แผ่นซีดี แผ่นดีสเกตต์ ยูเอสบีแฟลชไดรฟ์ หรือฮาร์ดดิสก์แบบพกพา แล้วส่งต่ออุปกรณ์บันทึกข้อมูลนั้นให้แก่กัน หรือการสั่งพิมพ์ข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นเป็นกระดาษ (Printout) แล้วส่งมอบแผ่นพิมพ์นั้น²⁸

2) องค์ประกอบภายใน

เจตนาธรรมดา ผู้ส่งต่อหรือเผยแพร่ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะอันลามก และประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ต้องรู้ว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะลามก เพราะหากไม่รู้ว่าเป็นสิ่งลามก ย่อมไม่เป็นความผิดเพราะขาดเจตนากระทำความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59

3) กำหนดความผิดและโทษทางอาญาผู้ให้บริการที่ให้ความร่วมมือ ยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจให้มีการกระทำความผิดตามมาตรา 14 ในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตน

มาตรา 15

“ผู้ให้บริการผู้ใดให้ความร่วมมือ ยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจให้มีการกระทำความผิดตามมาตรา 14 ในระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งอยู่ในความควบคุมของตน ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดตามมาตรา 14”

องค์ประกอบของการกระทำความผิด

1) องค์ประกอบภายนอก

²⁷ สราวุธ ปิตียาศักดิ์, คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560, หน้า 179.

²⁸ เรื่องเดียวกัน.

1.1) ผู้ให้บริการ

“ผู้ให้บริการ²⁹” หมายความว่า ผู้ให้บริการแก่บุคคลอื่นในการเข้าสู่อินเทอร์เน็ต หรือให้สามารถติดต่อถึงกันโดยประการอื่น โดยผ่านระบบคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นการให้บริการในนามตนเองหรือในนามหรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น

1.2) ให้ความร่วมมือ ยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจ ให้ผู้อื่นนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ตามมาตรา 14 (4) หรือ ให้ผู้อื่นเผยแพร่หรือส่งต่อข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ตาม มาตรา 14 (5)

1.3) การให้ความร่วมมือ ยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจให้ผู้อื่นนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ตามมาตรา 14 (4) หรือ เผยแพร่หรือส่งต่อข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ ตาม มาตรา 14 (5) ต้องอยู่ภายใต้ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งอยู่ในควบคุมของผู้ให้บริการ

2) องค์ประกอบภายใน

2.1) เจตนาธรรมดา

ผู้ให้บริการจะต้องรู้ว่าการให้ความร่วมมือ ยินยอม รู้เห็นเป็นใจของตนนั้นเป็นไปเพื่อให้ผู้อื่นนำเข้า เผยแพร่หรือส่งต่อข้อมูลคอมพิวเตอร์ซึ่งมีลักษณะอันลามกและประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ด้วย หากผู้ให้บริการไม่รู้ย่อมถือว่าไม่มีเจตนากระทำความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59

3.3.4 พระราชบัญญัติอื่นที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมสื่อลามก

3.3.4.1 พระราชบัญญัติจัดแจ้งการพิมพ์ พ.ศ. 2550

พระราชบัญญัติจัดแจ้งการพิมพ์ พ.ศ. 2550 กำหนดความผิดและโทษทางอาญาแก่ผู้ฝ่าฝืนคำสั่งของผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติที่ห้ามส่งเข้าหรือเผยแพร่ในราชอาณาจักรซึ่งสิ่งพิมพ์ใดๆ ที่จะกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 10

²⁹ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 มาตรา 3

มาตรา 10

“ให้ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติมีอำนาจออกคำสั่งโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษาห้ามสิ่งเข้าหรือนำเข้าเพื่อเผยแพร่ในราชอาณาจักร ซึ่งสิ่งพิมพ์ใดๆ ที่เป็นการหมิ่นประมาท ดูหมิ่นหรือแสดงอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์พระราชินีรัชทายาทหรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์หรือจะกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยจะกำหนดเวลาห้ามไว้ในคำสั่งดังกล่าวด้วยก็ได้

การออกคำสั่งตามวรรคหนึ่งห้ามมิให้นำข้อความที่มีลักษณะที่เป็นการหมิ่นประมาท ดูหมิ่นหรือแสดงอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์พระราชินีรัชทายาทหรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์หรือข้อความที่กระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนมาแสดงไว้ด้วย

สิ่งพิมพ์ที่เป็นการฝ่าฝืนวรรคหนึ่ง ให้ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติมีอำนาจริบและทำลาย”

สิ่งพิมพ์ใดๆ ที่จะกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนที่ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติมีคำสั่งห้ามสิ่งเข้าหรือเผยแพร่ในราชอาณาจักรปรากฏในพระราชบัญญัตินี้อาจหมายความรวมถึง สิ่งพิมพ์อันเป็น “สิ่งลามก” ตามประมวลกฎหมายอาญาได้ โดยผู้ใดฝ่าฝืนคำสั่งของผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติที่ห้ามการสิ่งเข้าหรือเผยแพร่ในราชอาณาจักรซึ่งสิ่งพิมพ์ใดๆ ที่จะกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 10 มีโทษดังนี้

มาตรา 27

“ผู้ใดฝ่าฝืนคำสั่งของผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติตามมาตรา 10 มีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

3.3.4.2 พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551

พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 กำหนดให้ผู้ประกอบกิจการภาพยนตร์³⁰ต้องดำเนินการสร้างภาพยนตร์ในลักษณะที่ไม่เป็นการบ่อนทำลาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 23

³⁰ พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 4 ให้นิยาม “ภาพยนตร์” หมายความว่า วัสดุที่มีการบันทึกภาพ หรือภาพและเสียงซึ่งสามารถนำมาฉายให้เห็นเป็นภาพที่เคลื่อนไหวได้อย่างต่อเนื่อง แต่ไม่รวมถึงวีดิทัศน์ โดย “วีดิทัศน์” หมายความว่า วัสดุที่มีการบันทึกภาพ หรือภาพและเสียงซึ่งสามารถนำมาฉายให้เห็นเป็นภาพที่เคลื่อนไหวได้อย่างต่อเนื่องในลักษณะที่

มาตรา 23

“ผู้สร้างภาพยนตร์ต้องดำเนินการสร้างภาพยนตร์ในลักษณะที่ไม่เป็นการบ่อนทำลาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรืออาจกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงและเกียรติภูมิของประเทศไทย

ผู้สร้างภาพยนตร์ผู้ใดสงสัยว่าการสร้างภาพยนตร์ของตนจะเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติตามวรรคหนึ่ง อาจขอให้คณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวิดิทัศน์พิจารณาให้ความเห็นในเรื่องนั้นก่อนดำเนินการสร้างได้ในกรณีนี้คณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวิดิทัศน์จะต้องให้ความเห็นและแจ้งให้ผู้ซึ่งขอความเห็นทราบภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่คณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวิดิทัศน์ได้รับคำขอ ถ้าไม่แจ้งภายในกำหนดระยะเวลาดังกล่าวให้ถือว่าคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวิดิทัศน์ให้ความเห็นชอบแล้ว

การขอความเห็นและคำปฎิบัติการในการให้ความเห็นให้เป็นไปตามระเบียบที่คณะกรรมการกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา คำปฎิบัติการที่ได้รับให้นำส่งคลังเป็นรายได้แผ่นดิน

การใดที่ได้กระทำไปตามความเห็นของคณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวิดิทัศน์มิให้ถือว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติตามวรรคหนึ่ง”

ภาพยนตร์ในลักษณะที่ไม่เป็นการบ่อนทำลาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรืออาจกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงและเกียรติภูมิของประเทศไทยที่ปรากฏในพระราชบัญญัตินี้อาจหมายความรวมถึง “สื่อลามก” ตามประมวลกฎหมายอาญาได้ และหากผู้ใดสร้างภาพยนตร์ที่เป็น “สื่อลามก” ซึ่งอาจถือว่าเป็นภาพยนตร์ในลักษณะบ่อนทำลาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรืออาจกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงและเกียรติภูมิของประเทศไทยตามมาตรา 23 มีโทษดังนี้

มาตรา 77

“ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 23 วรรคหนึ่ง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

แม้พระราชบัญญัติจัดแจ้งการพิมพ์ พ.ศ. 2550 และพระราชบัญญัติวิดิทัศน์ พ.ศ. 2551 จะมีบทบัญญัติที่อาจเกี่ยวข้องกับการควบคุมสื่อลามก แต่ยังไม่มีความชัดเจนเพียงพอ เช่น

เป็นเกมการเล่น คาราโอเกะที่มีภาพประกอบหรือลักษณะอื่นใดตามที่กำหนดในกฎกระทรวง และ “การสร้างภาพยนตร์” หมายความว่า การผลิต ถ่าย อัด บันทึก หรือทำด้วยวิธีการใดๆ เพื่อให้เป็นภาพยนตร์

สิ่งพิมพ์ใดๆ ที่จะกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนที่ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติมีคำสั่งห้ามสั่งเข้าหรือเผยแพร่ในราชอาณาจักรตามพระราชบัญญัติจัดแจ้งการพิมพ์ พ.ศ. 2550 มาตรา 10 และภาพยนตร์ในลักษณะเป็นการบ่อนทำลาย ชัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรืออาจกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงและเกียรติภูมิของประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 มาตรา 23 อาจหมายความรวมถึง “สื่อลามก” ได้ แต่เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวมียังไม่ชัดเจนเพียงพอและเป็นดุลพินิจของผู้มีอำนาจตามพระราชบัญญัตินั้นซึ่งอาจจะตีความไม่สอดคล้องกับขอบเขตการตีความสื่อลามกตามกฎหมายไทย ดังนั้นพระราชบัญญัติอื่นที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมสื่อลามกทั้งสองฉบับจะไม่นำมาพิจารณาวิเคราะห์เปรียบเทียบในบทที่ 5

3.3.5 ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามสิ่งชั่วร้ายพฤติกรรมอันตราย

ร่างกฎหมายฉบับนี้มีความเกี่ยวข้องกับมาตรการควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง โดยผู้ร่างเห็นว่าสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นหนึ่งในสื่อที่เป็นภัยต่อสังคมไทยซึ่งเห็นว่าปัญหาของสื่อที่เป็นภัยต่อสังคมไทยที่พัฒนาขึ้นจากอดีตจากดวงแคบอยู่ในเฉพาะสื่อเก่าอย่างสื่อสิ่งพิมพ์ ต่อมาเมื่อเทคโนโลยีก้าวหน้าทำให้สื่อที่เป็นภัยต่อสังคมไทยสามารถแพร่กระจายได้ง่าย ประกอบกับการเก็บรักษาข้อมูลและนำมาเผยแพร่ต่อเป็นลักษณะทวีคูณยิ่งทำให้ปัญหาที่เกิดขึ้นจากสื่อที่เป็นภัยต่อสังคมไทยทวีความรุนแรงมากขึ้น ซึ่งสื่อที่เป็นภัยต่อสังคมไทยนอกจากจะกระทบต่อความรู้ ความเข้าใจ ความคุ้นชิน และการปฏิบัติจนเห็นว่าเป็นเรื่องปกติในสังคมไทยอันส่งผลให้มาตรฐานทางศีลธรรมของสังคมเบี่ยงเบนไปจากความเป็นจริงในแง่ลบ³¹แล้ว ยังนำไปสู่การกระทำความผิดที่ทวีความรุนแรงมากขึ้น ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามสิ่งชั่วร้ายพฤติกรรมอันตรายจึงมีวัตถุประสงค์หลักมุ่งป้องกันและปราบปรามสื่อที่เป็นภัยต่อสังคมไทย ดังปรากฏในบันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างกฎหมาย ดังนี้

“เนื่องจากกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องกับวัตถุลามกในปัจจุบันไม่สามารถบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งไม่มีกฎหมายกำหนดมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับวัตถุลามก เช่น สื่อที่มีการแสดงกิจกรรมที่วิปริตทางเพศและสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก ซึ่งพิธีสารเลือกรับต่อท้ายอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กกำหนดให้รัฐภาคีต้องบัญญัติให้เป็นความผิดอาญา และมีมาตรการป้องกันและปราบปรามที่เหมาะสมไว้ด้วย และประเทศไทยได้เป็นภาคีของพิธีสารดังกล่าว ประกอบกับยังมีสื่อที่ส่งเสริมหรือชั่วร้ายพฤติกรรมอันตรายอื่นๆ เช่น การใช้ยาเสพติด การฆ่า

³¹ อธิพล ปรีดิประสงค์, “ร่างพระราชบัญญัติปราบปรามวัตถุชั่วร้ายพฤติกรรมอันตราย จำเป็นหรือไม่ อย่างไร,” เอกสารประกอบการประชุมคณาจารย์ เรื่องการปราบปรามวัตถุชั่วร้ายพฤติกรรมอันตราย, หน้า 2.

ตัวตาย หรือการกระทำทารุณกรรมต่อเด็ก ซึ่งต้องปราบปรามไปพร้อมกันด้วย ดังนั้นเพื่อให้การปราบปรามสิ่งชั่วร้ายพฤติกรรมอันตรายมีประสิทธิภาพ สมควรมีกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามสิ่งชั่วร้ายพฤติกรรมอันตรายจึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

แม้ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามสิ่งชั่วร้ายพฤติกรรมอันตรายนี้ทางกระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงมนุษย์ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ริเริ่มเสนอร่างพระราชบัญญัติได้ขอถอนร่างพระราชบัญญัติไปแล้วตั้งแต่วันที่ 8 มกราคม พ.ศ. 2559 ด้วยเหตุที่ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีความซ้ำซ้อนกับกฎหมายหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) และ (ฉบับที่ 23) พ.ศ. 2558 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 แต่ร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวก็มีมาตรการทางกฎหมายที่น่าสนใจเกี่ยวข้องกับการแก้ไขปัญหาสื่อลามกที่มีลักษณะรุนแรงดังต่อไปนี้

1) การกำหนดให้สื่อที่แสดงการกระทำทางเพศในลักษณะใช้ความรุนแรงเป็น “สิ่งชั่วร้ายพฤติกรรมอันตราย”³²

มีการกำหนดว่าสิ่งชั่วร้ายพฤติกรรมอันตรายหมายความถึง “เอกสาร ภาพสิ่งพิมพ์ รูปถ่าย เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ เสียงหรือถ้อยคำ ข้อความ ข้อมูล หรือสิ่งใดๆ” เป็นกรณีที่ผู้ร่างประสงค์ที่จะใช้ถ้อยคำให้มีความหมายครอบคลุมไปยังรูปแบบของสิ่งชั่วร้ายพฤติกรรมอันตรายที่จะสามารถเกิดขึ้นในรูปแบบต่างๆ³³ โดยสิ่งชั่วร้ายพฤติกรรมอันตราย หมายถึง สื่อต่างๆ ที่กระตุ้น ส่งเสริม หรือยั่วให้เกิด “การกระทำวิปริตทางเพศ”³⁴ ซึ่งเป็นสื่อทางเพศในเชิงไม่สร้างสรรค์

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

³² ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามสิ่งชั่วร้ายพฤติกรรมอันตราย มาตรา 3 ให้นิยาม “สิ่งชั่วร้ายพฤติกรรมอันตราย” ไว้หมายความว่า เอกสาร ภาพ สิ่งพิมพ์ รูปถ่าย เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ เสียงหรือถ้อยคำ ข้อความ ข้อมูล หรือสิ่งใดๆ ที่กระตุ้น ส่งเสริม หรือยั่วให้เกิดประการที่น่าจะก่อให้เกิด

- (1) การกระทำวิปริตทางเพศ
- (2) ความสัมพันธ์หรือการกระทำทางเพศกับเด็ก
- (3) การกระทำทารุณกรรมต่อเด็ก
- (4) การฆ่าตัวตายของเด็กหรือเป็นหมุ่คณะ
- (5) การใช้ยาเสพติด
- (6) การกระทำความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์ ฆ่าผู้อื่นหรือทำร้ายร่างกายโดยทรมานหรือโดยกระทำทารุณโหดร้าย

³³ วนิตา แสงสารพันธ์, บทวิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามสิ่งชั่วร้ายพฤติกรรมอันตราย พ.ศ. ... (กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2554), หน้า 12.

³⁴ ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามสิ่งชั่วร้ายพฤติกรรมอันตราย มาตรา 3 ให้นิยาม “การกระทำวิปริตทางเพศ” ไว้หมายความว่า ความสัมพันธ์หรือการกระทำทางเพศในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

- (๑) ระหว่างบุพการีกับผู้สืบสันดาน พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน หรือพี่น้องร่วมแต่บิดาหรือมารดาเดียวกัน

ที่สังคมไทยยอมรับไม่ได้อย่างเด็ดขาด กล่าวคือเป็นสื่อลามกที่ล้ำเขตแดนของมาตรฐานด้านค่านิยม ความเชื่อ วัฒนธรรม และความเป็นอยู่ในสังคมอย่างปกติ³⁵ โดยสื่อที่แสดงถึงการกระทำทางเพศใน ลักษณะใช้ความรุนแรงถึงขนาดที่น่าจะเป็นอันตรายต่อร่างกายหรือชีวิต การบังคับขู่脅หรือข่มขืนใจ ถือเป็นสื่อที่กระตุ้นส่งเสริมหรือยั่วยุให้เกิดการกระทำวิปริตทางเพศ ดังนั้นสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง จึงเป็นสิ่งยั่วยุพฤติกรรมอันตราย

2) การกำหนดความผิดและโทษทางอาญาแก่ผู้ทำ ผลิต หรือมีไว้ในครอบครอง ซึ่ง สิ่งยั่วยุพฤติกรรมอันตราย เพื่อการแจกจ่าย เพื่อการแสดงอวด หรือเพื่อเผยแพร่แก่ประชาชน

มาตรา 18 วรรคแรก

“ผู้ใดทำ ผลิต หรือมีไว้ในครอบครอง ซึ่งสิ่งยั่วยุพฤติกรรมอันตราย เพื่อการ แจกจ่าย เพื่อการแสดงอวด หรือเพื่อเผยแพร่แก่ประชาชน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงห้าปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงห้าแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

องค์ประกอบของการกระทำความผิด

1) องค์ประกอบภายนอก

1.1) ผู้ใด

1.2) ทำ ผลิต มีในครอบครอง ซึ่งสิ่งยั่วยุพฤติกรรมอันตราย

2) องค์ประกอบภายใน

2.1) เจตนาธรรมดา ผู้กระทำต้องรู้ว่าสิ่งนั้นเป็นสิ่งยั่วยุพฤติกรรม อันตราย หากไม่รู้ว่าเป็นสิ่งยั่วยุพฤติกรรมอันตราย ย่อมไม่เป็นความผิดเพราะขาดเจตนากระทำ ความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59

2.2) เจตนาพิเศษ ผู้กระทำต้องมีเจตนาพิเศษประกอบการกระทำ คือ มีมูลเหตุชักจูงใจอย่างใดอย่างหนึ่ง คือ

(๒) โดยใช้ความรุนแรงถึงขนาดที่น่าจะเป็นอันตรายต่อร่างกายหรือโดยใช้อุปกรณ์หรือเครื่องมือที่อาจจะก่อให้เกิดอันตราย ต่อร่างกายหรือชีวิต

(๓) โดยการบังคับขู่脅หรือข่มขืนใจ

(๔) ระหว่างบุคคลตั้งแต่สามคนขึ้นไป และรวมถึงการร่วมประเวณีหมู่ด้วย

(๕) โดยการชำเราสัตว์หรือชำเราศพ

³⁵ อธิพล ปรีดิประสงค์, “ร่างพระราชบัญญัติปราบปรามวัตถุยั่วยุพฤติกรรมอันตราย จำเป็นหรือไม่ อย่างไร,” เอกสาร ประกอบการประชุมคณาจารย์ เรื่องการปราบปรามวัตถุยั่วยุพฤติกรรมอันตราย, หน้า 2.

2.2.1) เพื่อการแจกจ่ายแก่ประชาชน

2.2.2) เพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน

2.2.3) เพื่อเผยแพร่ให้แก่ประชาชน

เหตุเพิ่มโทษ

ถ้าการกระทำผิดตามวรรคแรกมีเด็กซึ่งอายุต่ำกว่าสิบห้าปีหรือมีลักษณะที่ทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นเด็กซึ่งมีอายุต่ำกว่าสิบห้าปี เป็นตัวแสดงปรากฏอยู่ในสิ่งยั่วยุพฤติกรรมอันตราย ในลักษณะที่เป็นผู้กระทำหรือถูกกระทำ ผู้กระทำผิดต้องรับโทษหนักขึ้น ตามมาตรา 18 วรรคสอง

มาตรา 18 วรรคสอง

“ถ้าการกระทำตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำโดยมีเด็กซึ่งมีอายุต่ำกว่าสิบห้าปี หรือมีลักษณะที่ทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นเด็กซึ่งมีอายุต่ำกว่าสิบห้าปี เป็นตัวแสดงปรากฏอยู่ในสิ่งยั่วยุพฤติกรรมอันตรายใน ลักษณะที่เป็นผู้กระทำหรือถูกกระทำตามกรณีต่างๆ ในความหมายของสิ่งยั่วยุพฤติกรรมอันตรายที่กำหนดไว้ในมาตรา 3 ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงเจ็ดปี หรือปรับตั้งแต่สามแสนบาทถึงเจ็ดแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

หากผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสองมีเจตนาพิเศษ ประกอบการกระทำ คือ มีมูลเหตุชักจูงใจเพื่อประสงค์แห่งการค้าหรือโดยการค้า ผู้กระทำผิดต้องรับโทษหนักขึ้น ตามมาตรา 18 วรรคสาม

มาตรา 18 วรรคสาม

“ถ้าการกระทำตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง เป็นการกระทำเพื่อวัตถุประสงค์แห่งการค้า หรือโดยการค้า ซึ่งสิ่งยั่วยุพฤติกรรมอันตราย ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นอีกกึ่งหนึ่ง”

เหตุยกเว้นความผิด

หากผู้กระทำผิดได้กระทำโดยมีเจตนาเพื่อการศึกษา การแพทย์ หรือการวิจัยทางวิทยาศาสตร์ หรือการกระทำที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ของทางราชการย่อมไม่เป็นความผิด ตามมาตรา 18 วรรคสี่

มาตรา 18 วรรคสี่

“ถ้าการกระทำตามมาตรานี้เป็นไปได้เพื่อการศึกษา การแพทย์ หรือการวิจัยทางวิทยาศาสตร์ รวมถึงการกระทำที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ของทางราชการ ไม่ถือว่าเป็นความผิดตามพระราชบัญญัตินี้”

3) การกำหนดความผิดและโทษทางอาญาแก่ผู้แจกจ่าย แสดงอวด หรือเผยแพร่สิ่งยั่วยุพฤติกรรมอันตราย

มาตรา 19 วรรคแรก

“ผู้ใดแจกจ่าย แสดงอวด หรือเผยแพร่สิ่งยั่วยุพฤติกรรมอันตราย ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดตามมาตรา 18 วรรคหนึ่งหรือวรรคสอง แล้วแต่กรณี”

องค์ประกอบของการกระทำความผิด

1) องค์ประกอบภายนอก

1.1) ผู้ใด

1.2) แจกจ่าย แสดงอวด หรือเผยแพร่สิ่งยั่วยุพฤติกรรมอันตราย

2) องค์ประกอบภายใน

ผู้กระทำความผิดต้องรู้ว่าสิ่งนั้นเป็นสิ่งยั่วยุพฤติกรรมอันตราย หากไม่รู้ว่าเป็นสิ่งยั่วยุพฤติกรรมอันตราย ย่อมไม่มีความผิดเพราะขาดเจตนากระทำความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY
เหตุเพิ่มโทษ

ถ้าผู้แจกจ่าย แสดงอวด หรือเผยแพร่สิ่งยั่วยุพฤติกรรมอันตราย มีเจตนาพิเศษประกอบการกระทำ คือ มีมูลเหตุชักจูงใจเพื่อการค้า ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักขึ้น ตามมาตรา 19 วรรคสอง

มาตรา 19 วรรคสอง

“ถ้าการกระทำตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำโดยมีความประสงค์เพื่อการค้า ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดตามมาตรา 18 วรรคสาม”

หากการแจกจ่าย แสดงอวด หรือเผยแพร่สิ่งยั่วยุพฤติกรรมอันตราย เป็นการกระทำ โดยนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ที่ประชาชนทั่วไปเข้าถึงได้ ผู้กระทำผิดต้องได้รับโทษหนักขึ้น ตาม มาตรา 19 วรรคสาม

มาตรา 19 วรรคสาม

“ถ้าการกระทำตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำโดยการนำเข้าสู่ระบบ คอมพิวเตอร์ที่ประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้สำหรับ ความผิดนั้นอีกกึ่งหนึ่ง”

ถ้าการแจกจ่าย แสดงอวด หรือเผยแพร่สิ่งยั่วยุพฤติกรรมอันตราย ไม่ว่าจะ ผู้กระทำจะมีเจตนาพิเศษเพื่อการค้าหรือไม่ก็ตาม และได้กระทำต่อเด็กหรือใช้ให้เด็กกระทำความผิด ผู้กระทำผิดต้องได้รับโทษหนักขึ้น ตามมาตรา 19 วรรคสี่

มาตรา 19 วรรคสี่

“ถ้าการกระทำตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสองเป็นการกระทำต่อเด็กหรือใช้ให้ เด็กเป็นผู้กระทำความผิด ผู้กระทำต้องระวางโทษเป็นสองเท่าของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิด นั้น”

4) การกำหนดความผิดและโทษทางอาญาแก่ผู้สมคบกันตั้งแต่สองคนขึ้นไปเพื่อ กระทำความผิดตามร่างพระราชบัญญัตินี้

ทั้งนี้เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 21 ที่บัญญัติไว้ว่า

“ผู้ใดสมคบกันตั้งแต่สองคนขึ้นไปเพื่อกระทำความผิดตามมาตรา 18 หรือ มาตรา 19 ต้อง ระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินห้าแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าผู้ที่สมคบกันกระทำความผิดคนหนึ่งคนใดได้ลงมือกระทำความผิดตามที่ ได้สมคบกัน ผู้ร่วมสมคบด้วยกันทุกคนต้องระวางโทษตามที่ได้บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้นอีกกระทง หนึ่งด้วย

ในกรณีที่ความผิดได้กระทำถึงขั้นลงมือกระทำความผิด แต่เนื่องจากการ เข้าขัดขวางของผู้สมคบทำให้ การกระทำนั้นกระทำไปไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้วแต่การ กระทำนั้นไม่บรรลุผล ผู้สมคบที่กระทำการขัดขวางนั้นต้องรับโทษตามที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง

ถ้าผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งกลับใจให้ความจริงแห่งการสมคบต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก่อนที่จะมีการกระทำความผิดตามที่ได้มีการสมคบกัน ศาลจะไม่ลงโทษหรือลงโทษผู้นั้นน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

5) การกำหนดความผิดและโทษทางอาญาของผู้ให้บริการตามกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์

หากผู้ให้บริการแก่บุคคลอื่นในการเข้าสู่อินเทอร์เน็ต หรือให้สามารถติดต่อถึงกันโดยประการอื่น โดยผ่านระบบคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นการให้บริการในนามตนเอง หรือในนามหรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น รู้ว่ามีสิ่งยั่วยุพฤติกรรมอันตรายในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตน และมีได้ถอนหรือกำจัดสิ่งยั่วยุพฤติกรรมอันตรายออกจากระบบคอมพิวเตอร์นั้นในทันที ถือว่ามีความผิดตามมาตรา 22 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

“ผู้ให้บริการตามกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ผู้ใดรู้ว่ามีสิ่งยั่วยุพฤติกรรมอันตรายในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตน และมีได้จัดการถอนหรือกำจัดสิ่งยั่วยุพฤติกรรมอันตรายออกจากระบบคอมพิวเตอร์นั้นในทันที ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินห้าแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

6) การกำหนดความผิดและโทษทางอาญาแก่นิติบุคคล กรรมการผู้จัดการ หรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น

ทั้งนี้เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 23 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

“นิติบุคคลใดกระทำความผิดตามมาตรา 18 หรือมาตรา 19 ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท

ถ้าการกระทำความผิดของนิติบุคคลตามวรรคหนึ่งนั้นเกิดจากความรู้เห็นยินยอม การสั่งการหรือไม่สั่งการ การกระทำหรือไม่กระทำการอันเป็นหน้าที่ที่ต้องกระทำของกรรมการผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น บุคคลดังกล่าวต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้นๆ ด้วย”

7) การกำหนดความผิดและโทษทางอาญาแก่ผู้กระทำความผิดตามร่างพระราชบัญญัตินี้ นอกพระราชอาณาจักรต้องรับโทษในราชอาณาจักร

หากปรากฏว่าผู้กระทำความผิดเป็นคนไทยหรือมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย หรือผู้กระทำความผิดเป็นคนต่างด้าวและความผิดเกิดในประเทศไทย หรือเป็นความผิดที่รัฐบาลไทยหรือคนไทย

เป็นผู้เสียหาย หรือผู้กระทำเป็นคนต่างด้าวและการกระทำนั้นเป็นความผิดตามกฎหมายของรัฐที่การกระทำเกิดขึ้นในเขตอำนาจของรัฐนั้น หากผู้กระทำผิดมาปรากฏตัวอยู่ในราชอาณาจักรและมีได้มีการส่งตัวผู้นั้นออกไปตามกฎหมายว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

ทั้งนี้เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 24 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

“ผู้ใดกระทำความผิดตามมาตรา 18 หรือมาตรา 19 แม้จะกระทำนอกราชอาณาจักร ผู้นั้นต้องรับโทษในราชอาณาจักร ถ้าปรากฏว่า

(๑) ผู้กระทำความผิดหรือผู้ร่วมกระทำความผิดคนใดคนหนึ่งเป็นคนไทย หรือมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย

(๒) ผู้กระทำความผิดเป็นคนต่างด้าว และได้กระทำโดยประสงค์ให้ความผิดเกิดขึ้นในราชอาณาจักร หรือเป็นความผิดที่รัฐบาลไทยหรือคนไทยเป็นผู้เสียหาย หรือ

(๓) ผู้กระทำความผิดเป็นคนต่างด้าว และการกระทำนั้นเป็นความผิดตามกฎหมายของรัฐที่การกระทำเกิดขึ้นในเขตอำนาจของรัฐนั้น หากผู้กระทำความผิดนั้นมาปรากฏตัวอยู่ในราชอาณาจักรและมีได้มีการส่งตัวผู้นั้นออกไปตามกฎหมายว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ให้นำ

มาตรา ๑๐ แห่งประมวลกฎหมายอาญา มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

จากสถานการณ์ของกฎหมายควบคุมสื่อลามกของประเทศไทยในปัจจุบันพบว่าหากมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเกิดขึ้นจะต้องนำความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกทั่วไปมาปรับใช้ ซึ่งลักษณะของการควบคุมตามกฎหมายสื่อลามกทั่วไปของประเทศไทยนั้นมีเฉพาะการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะเท่านั้นไม่ได้ห้ามการกระทำในทางส่วนตัว จึงเห็นได้ว่ามาตรการควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงของประเทศไทยยังมีช่องว่างที่ไม่ครอบคลุมถึงการกระทำในทางส่วนตัวซึ่งแตกต่างไปจากประเทศที่เปิดเสรีสื่อทางเพศอย่างเห็นได้ชัดดังจะกล่าวถึงในบทต่อไป

บทที่ 4

มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงของต่างประเทศ

จากการศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงของประเทศไทยในบทที่ 3 พบว่ายังไม่มีข้อกำหนดความผิดเฉพาะเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง และบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกทั่วไปที่สามารถนำมาปรับใช้กับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงยังไม่เพียงพอต่อการควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงอย่างมีประสิทธิภาพ

ในบทนี้จะศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงในต่างประเทศว่ามีรูปแบบแนวทางเช่นใด โดยมีกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา และประเทศอังกฤษ และกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) ได้แก่ ประเทศเยอรมนี ประเทศสวีเดน และประเทศญี่ปุ่น ซึ่งแต่ละประเทศมีลักษณะการควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงแตกต่างกัน โดยจะศึกษาถึงหลักการพื้นฐาน ข้อจำกัดของเสรีภาพในการแสดงออกและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงของแต่ละประเทศเพื่อนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบและประยุกต์ใช้ในการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงของประเทศไทยต่อไป

4.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีเอกลักษณ์ทางกฎหมายซึ่งสะท้อนได้จากประวัติศาสตร์ความเป็นมาของการก่อตั้งประเทศ ตั้งแต่การก่อตั้งอาณานิคมของชาวอาณานิคมจนมีการรวมตัวของชาวอาณานิคมเพื่อต่อต้านประเทศแม่อังกฤษอัน ส่งผลให้ประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับอิทธิพลทางความคิดเกี่ยวกับเสรีภาพมาตั้งแต่เริ่มก่อตั้งประเทศ ภายใต้รัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นนอกจากจะมีการแบ่งแยกอำนาจการปกครองออกเป็น 3 ฝ่าย อันได้แก่ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการแล้ว ยังมีระบอบการปกครองในรูปแบบระบบสหพันธรัฐ (Federalism) ซึ่งเป็นการรวมตัวของมลรัฐต่างๆ โดยที่มลรัฐต่างๆ ที่รวมตัวกันได้ยินยอมสละอำนาจอธิปไตยของตนบางส่วนให้แก่รัฐที่สร้างขึ้นใหม่นี้เพื่อทำหน้าที่แทนตน โดยประเทศสหรัฐอเมริกามีการแบ่งระดับของอำนาจการปกครองออกเป็น 2 ระดับเสมอ เช่น รัฐสภาจะมีทั้งรัฐสภาในระดับสหพันธ์และรัฐสภาในระดับมลรัฐ เช่นเดียวกับรัฐบาลซึ่งมีทั้งรัฐบาลกลางและรัฐบาลมลรัฐ ทั้งนี้รัฐบาลกลางมีอำนาจน้อยเพื่อให้มลรัฐมีอิสระในการกำหนดรูปแบบของแต่ละมลรัฐ

เองเองเพื่อป้องกันการควบคุมรัฐบาลกลาง ส่วนศาลก็ศาลทั้งของสหพันธรัฐและศาลของมลรัฐโดยศาลเป็นทำหน้าที่ปกป้องประชาชนจากอำนาจรัฐ

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี (Common law) ตามระบบกฎหมายอังกฤษ แต่การพัฒนาของประเทศสหรัฐอเมริกาแตกต่างจากแนวคิดของอังกฤษเป็นอย่างมาก อย่างหนึ่งที่ประเทศสหรัฐอเมริกายอมรับนับถือคือ หลักแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers Doctrine) ระบบนี้มีมรดกทางความคิดจากยุโรปที่ฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการ จำกัดบทบาทของตนเองอย่างเคร่งครัดประกอบกับการที่ประเทศสหรัฐอเมริกามีมลรัฐทั้งสิ้น 50 มลรัฐ แต่ละมลรัฐต่างก็มีอิสระในการบัญญัติกฎหมายของตนเอง รัฐบาลกลางจะไม่เข้ามาแทรกแซงในเรื่องของการกำหนดว่าการกระทำใดเป็นความผิดอาญาหรือไม่หรือมีหลักเกณฑ์อย่างไร ในด้านกระบวนการบัญญัติกฎหมายตลอดช่วงศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา รัฐสภายอมให้ฝ่ายบริหารครองบทบาทนำในการออกกฎหมาย ฝ่ายบริหารจะเป็นผู้ร่างรัฐบัญญัติเสนอต่อรัฐสภา เพื่อให้รัฐสภาเห็นชอบ โดยส่วนมากรัฐสภาไม่เพียงแต่เป็นผู้ให้รับรองหรือเป็นตรายางให้กับข้อเสนอนโยบายเท่านั้น แต่รัฐสภาสามารถยอมรับ ปรับปรุง แก้ไขเพิ่มเติม หรือปฏิเสธกฎหมายที่เสนอโดยฝ่ายบริหารได้ และการออกกฎหมายไม่ว่าจะในระดับรัฐบาลกลางหรือมลรัฐ สามารถถูกตรวจสอบจากฝ่ายตุลาการได้เสมอ โดยศาลฎีกา (Supreme Court) มีอำนาจที่จะล้มเลิกกฎหมายใดๆ หรือการปฏิบัติการของฝ่ายบริหารที่ได้วินิจฉัยแล้วว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ ในขณะที่เดียวกันหากฝ่ายบริหารหรือรัฐสภาไม่เห็นด้วยกับฝ่ายตุลาการ ก็สามารถพยายามกลับคำพิพากษาของศาลด้วยการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญได้ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงหลักการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน (check and balance)

4.1.1 ขอบเขตของสื่อลามกตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

โดยปกติแล้วการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลในประเทศสหรัฐอเมริกาไม่สามารถกระทำได้ภายใต้รัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเสรีภาพในการแสดงออกผ่านการพูด การพิมพ์ การเขียน หรือการแสดงออกในรูปแบบต่างๆ เช่น การแสดงความคิดเห็นผ่านหนังสือ หนังสือพิมพ์ โทรทัศน์ หรือสื่อประเภทอื่นๆ ตามความคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 1¹ ที่บัญญัติไว้ว่า

¹ First Amendment to the United States Constitution

“Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.”

“สภาคองเกรสไม่อาจบัญญัติกฎหมายมาตัดทอนเสรีภาพในพูด หรือการพิมพ์...”

เสรีภาพในการแสดงออกทางเพศของบุคคลจึงเป็นสิ่งรัฐธรรมนูญให้การคุ้มครอง แต่ก็ไม่ทำให้การเผยแพร่สิ่งลามกเป็นสิ่งที่ควบคุมไม่ได้ ในคดี *New York v. Feber*² ศาลฎีกาได้กำหนดไว้ว่าการแสดงออกทางเพศที่มีลักษณะลามกย่อมไม่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญและถือเป็นสิ่งผิดกฎหมาย

กรณีการตีความว่าสิ่งใดจะถือว่ามีลักษณะลามกนั้น ก่อน ค. ศ. 1957 การวินิจฉัยตีความสื่อลามกของประเทศสหรัฐอเมริกาเดินตามหลัก *Hicklin test*³ ของประเทศอังกฤษกล่าวคือ สิ่งใดเป็นสื่อลามกหรือไม่จะต้องพิจารณาว่าสิ่งนั้นอาจจะทำให้ผู้อื่นเกิดความความเสื่อมเสียทางศีลธรรมหรือเสื่อมทรามทางจิตใจเป็นหลัก ต่อมาภายหลังศาลได้ปฏิเสธหลักการดังกล่าว เพราะเป็นการนำเอาความรู้สึกอ่อนไหวของบุคคลแต่ละคน (*Susceptible Persons*) มาเป็นเกณฑ์ตัดสิน⁴ ในคดี *Roth v. United States*⁵ ศาลฎีกาได้เปลี่ยนมาพิจารณาบนพื้นฐานของบุคคลธรรมดา (*Average Person*) ด้วยการนำมาตรฐานของสังคมร่วมสมัย (*Contemporary Community Standards*) มาปรับใช้แทน

ต่อมาใน ค.ศ.1973 ในคดี *Miller v. California*⁶ ศาลฎีกาได้กำหนดบรรทัดฐานการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นสื่อลามกใหม่ ด้วยการใช้อัลกอริทึมบนหลักการที่เรียกว่า *Miller Test* โดยมีข้อพิจารณา 3 ประการดังนี้

- 1) การวินิจฉัยตามมาตรฐานสังคมร่วมสมัยนั้นเห็นว่าโดยรวมแล้วสิ่งนั้นก่อให้เกิดอันตรายหรือไม่
- 2) สิ่งนั้นสื่อในทางที่น่ารังเกียจอย่างชัดเจนถึงการกระทำทางเพศตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายมลรัฐหรือไม่
- 3) สิ่งนั้นโดยรวมแล้วไร้ซึ่งคุณค่าทางวรรณกรรม ศิลปกรรม การเมือง หรือวิทยาศาสตร์หรือไม่

² *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982)

³ *Regina v. Hicklin*, L.R. 2 Q.B. 360 (1868)

⁴ Mark B. Rasmuson, “For Prohibiting Possession of Violent Pornography,” *Ave Maria International Law Journal* 3 (2014): 37.

⁵ *Roth v. United States*, 345 U.S. 476 (1957)

⁶ *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973)

ผลจากการยึดมาตรฐานการพิจารณาสิ่งลามกโดยใช้มาตรฐานของสังคมนี้ ทำให้เกิดบรรทัดฐานการตีความสิ่งลามกแตกต่างกันไปในแต่ละมลรัฐ กลายเป็นไม่มีมาตรฐานกลางของทั้งประเทศ สื่อทางเพศหนึ่งอาจถูกพิจารณาว่าเป็นสื่อลามกและถูกดำเนินคดีฟ้องร้องในมลรัฐหนึ่ง แต่ในอีกมลรัฐอื่นอาจไม่ถือว่าเป็นสื่อลามกก็ได้ เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาความแปรปรวนของมาตรฐานนี้ บางมลรัฐได้บัญญัติกำหนดไว้ในกฎหมายว่าสื่อทางเพศใดที่แสดงการกระทำทางเพศตามที่ระบุไว้ให้ถือว่าเป็นสื่อลามก เช่น สื่อทางเพศที่แสดงภาพของการใช้รุนแรงหรืออาชญากรรมทางเพศ เป็นต้น

นอกจากนี้อุตสาหกรรมผลิตสื่อทางเพศก็ต้องระมัดระวังมิให้ภาพยนต์ของตนแสดงเนื้อหาที่สุ่มเสี่ยงจะถูกดำเนินคดีจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ บรรดาทนายความและที่ปรึกษากฎหมายของผู้ผลิตสื่อทางเพศหลายๆ ได้จัดทำแนวทางหรือข้อชี้แนะแก่ผู้ผลิตสื่อทางเพศ หรือที่เรียกกันว่า The Cambria List⁷ เพื่อระมัดระวังมิให้เนื้อหาของสื่อทางเพศละเมิดกฎหมายสื่อลามก⁸ ซึ่งสื่อทางเพศที่มีฉากรูปร่างทำร้าย การสร้างความเจ็บปวด การทำให้อวัยวะเพศเสียหาย หรือการข่มขืน ล้วนเป็นข้อชี้แนะให้ผู้ผลิตสื่อทางเพศควรหลีกเลี่ยง ในทำนองเดียวกันพนักงานอัยการและพนักงานสืบสวนก็ได้มีข้อชี้แนะเพื่อระบุว่าสื่อทางเพศใดมีเนื้อหาที่น่าอาจเข้าข่ายเป็นสื่อลามก⁹ เช่น หน่วยงานฟ้องร้องคดีของ Los Angeles ใช้แนวทางที่เรียกว่า CURBFHP¹⁰ เพื่อประเมินว่าการนำเสนอสื่อทางเพศใดที่มีลักษณะเป็นสื่อลามก เช่น สื่อทางเพศที่มีเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับเด็ก (Children Involved), การใช้ของเสียจากร่างกายในการกระทำทางเพศ (Urination or Defecation in Conjunction with Sex Act), ฉากรูปร่างข่มขืน (rape scenes), การร่วมเพศกับสัตว์ (bestiality), การใช้กำปั้นหรือเท้าสอดใส่ (Fisting or Foot Insertion), การฆาตกรรมหรือตัดชิ้นส่วนร่างกายในระหว่างกิจกรรมทางเพศ (Homicide or Dismemberment in Conjunction with a Sex Act) และการก่อให้เกิดความเจ็บปวดอย่างรุนแรง (Severe Infliction of Pain) หากสื่อทางเพศใดมีการแสดงถึงเนื้อหาเหล่านี้ก็จะถูกดำเนินการฟ้องร้องคดีต่อศาล

จากมุมมองของผู้บังคับใช้กฎหมายจะเห็นได้ว่าสื่อทางเพศที่แสดงถึงการใช้ความรุนแรงจนกระทบต่อชีวิต ร่างกายหรือเสรีภาพย่อมเป็นสื่อลามก ในคดี United States v. Extreme Associates¹¹ ก็เป็นตัวอย่งของการดำเนินคดีเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง ซึ่งจำเลยคดีนี้ได้

⁷ Front line: American Porn, The Cambria List [online], Accessed: 31 October 2018. Available from: <https://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/shows/porn/prosecuting/cambria.html>

⁸ Mark B. Rasmuson, "For Prohibiting Possession of Violent Pornography," Ave Maria International Law Journal 3 (2014): 39.

⁹ Ibid, p. 40.

¹⁰ Front line: American Porn, interview Deborah Sanchez [online].

¹¹ United States v. Extreme Associates, 431 F.3d 150 (3rd Cir. 2005)

ถูกฟ้องร้องดำเนินคดีในข้อหาเผยแพร่สื่อลามก เนื่องจากนำเสนอภาพยนตร์ที่มีฉากการฆาตกรรม และการข่มขืนโดยแสดงให้เห็นถึงการทำร้ายร่างกายของนักแสดงจริง ในท้ายที่สุดจำเลยได้ยอมรับว่า ภาพยนตร์ที่พิพาทเป็นสื่อลามกและถูกศาลตัดสินลงโทษจำคุก

โดยทั่วไปกฎหมายของแต่ละมลรัฐมีการควบคุมสื่อลามกเข้มงวดแตกต่างกันออกไป แต่ก็มีลักษณะร่วมกัน คือ การกำหนดให้การกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะเป็นความผิด ส่วน การกำหนดให้การกระทำในทางส่วนตัวเป็นความผิดนั้นอาจแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับความเข้มงวดของแต่ละมลรัฐ ทั้งนี้การบัญญัติให้การกระทำในทางส่วนตัวกรณีการครอบครองสื่อลามกเป็นความผิด จะต้องมีเจตนาพิเศษเพื่อการค้าหรือแจกจ่ายประกอบด้วยเสมอ ความพยายามใดๆ ที่จะบัญญัติให้การครอบครองสื่อลามกโดยปราศจากเจตนาพิเศษย่อมถูกวินิจฉัยว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น ดังคดี *Stanley v. Georgia*¹² ที่ศาลฎีกาได้ตัดสินว่าบทบัญญัติความผิดฐานครอบครองโดยบริสุทธิ์ซึ่งสื่อลามกของมลรัฐ Georgia ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 1 และ มาตรา 14¹³ ที่ว่า “...มลรัฐใดจะออกกฎหมายหรือบังคับใช้ กฎหมายที่เป็นการตัดทอนเอกสิทธิ์หรือความคุ้มกันที่พลเมืองของสหรัฐจะพึงได้รับไม่ได้ หรือมลรัฐใดจะรอนสิทธิในชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สินของบุคคล โดยไม่ชอบด้วยกระบวนการแห่งกฎหมาย...” นอกจากนี้ยังมีเรื่องของ “สิทธิความเป็นส่วนตัว” (Right to Privacy) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายของสหรัฐเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย กล่าวคือ สิทธิในการรับรู้ข้อมูลหรือการครอบครองทรัพย์สินแม้จะเป็นวัตถุลามกของผู้บรรลุนิติภาวะแล้วก็ย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามสิทธิในความเป็นส่วนตัวนี้ไม่สมบูรณ์เสมอไป ในคดี *Osborne v. Ohio*¹⁴ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่ามลรัฐต่างๆ สามารถกำหนดความผิดอาญาฐานครอบครองสื่อทางเพศเด็กได้โดยไม่ต้องมีเจตนาพิเศษ ดังนั้นเฉพาะการครอบครองสื่อทางเพศเด็กเท่านั้นที่ยินยอมให้บทบัญญัติของแต่ละมลรัฐกำหนดเป็นความผิดได้เท่านั้น ส่วนกรณีที่มีมลรัฐต่างๆ จะบัญญัติให้การครอบครองสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงโดยไม่มีเจตนาพิเศษเพื่อเปิดเผยแก่สาธารณะเป็นความผิดยังไม่สามารถทำได้เพราะขัดต่อรัฐธรรมนูญ

¹² *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969)

¹³ Fourteenth Amendment to the United States Constitution - section 1

“All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”

¹⁴ *Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 103 (1990)

4.1.2 กฎหมายควบคุมสื่อลามกของประเทศสหรัฐอเมริกา

4.1.2.1 ระดับสหพันธรัฐ (Federal Law)

สถาบันกฎหมายอเมริกัน (The American Law Institute) ได้จัดทำต้นแบบประมวลกฎหมายอาญา (Model Penal Code) เพื่อเป็นแบบอย่างให้มลรัฐต่างๆ ใช้เป็นแนวทางบัญญัติกฎหมายของมลรัฐตนเอง โดยกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกมีดังนี้

1) การครอบครองเพื่อขายโดยมีเจตนาเพื่อการค้าซึ่งสื่อลามกในอาณาเขตสหรัฐ¹⁵

บุคคลใดไม่ว่าอยู่ที่ใดในอาณาเขตประเทศสหรัฐอเมริกา ขายหรือครอบครองไว้เพื่อขายสื่อลามก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือทั้งจำทั้งปรับ

2) การนำเข้าหรือขนส่งซึ่งสื่อลามก¹⁶

บุคคลใดนำเข้าหรือขนส่งสื่อลามกไปยังมลรัฐต่างๆ ไม่ว่าโดยวิธีการใดหรือบุคคลใด เอา หรือรับเอาวัตถุหรือสิ่งที้นำเข้ามา บุคคลนั้นมีความผิด ถ้าเป็นการกระทำความผิดครั้งแรกต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือทั้งจำทั้งปรับ

3) การกระจายเสียงด้วยถ้อยคำอันลามก¹⁷

บุคคลใดกล่าวถ้อยคำด้วยภาษาอันลามก โดยทางวิทยุกระจายเสียง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือทั้งจำทั้งปรับ

4) การผลิตและขนส่งวัตถุอันลามกเพื่อขายหรือจำหน่าย¹⁸

บุคคลใดขนส่ง เคลื่อนย้าย หรือด้วยวิธีการอื่นใดเพื่อขาย หรือจำหน่ายสื่อลามก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือทั้งจำทั้งปรับ

¹⁵ 18 U.S. Code section 1460 - Possession with intent to sell, and sale, of obscene matter on Federal property

¹⁶ 18 U.S. Code section - section 1462 - Importation or transportation of obscene matters

¹⁷ 18 U.S. Code section - section 1464 - Broadcasting obscene language

¹⁸ 18 U.S. Code section - section 1465 - Production and transportation of obscene matters for sale or distribution

5) การมีส่วนร่วมในธุรกิจการขายหรือจำหน่ายสื่อลามก¹⁹

บุคคลใดมีส่วนร่วมในธุรกิจการขายหรือจำหน่ายวัสดุลามก รู้ว่าการรับหรือครอบครองโดยเจตนาเพื่อเผยแพร่สื่อลามก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือทั้งจำทั้งปรับ

“การมีส่วนร่วมในธุรกิจ” หมายถึง การขายหรือจำหน่าย หรือเสนอขายในลักษณะของการค้าหรือทางธุรกิจ เพื่อผลกำไรหรือผลประโยชน์ตอบแทน เช่น เงินเดือน

6) การเผยแพร่วัสดุลามกผ่านทางเคเบิลทางโทรทัศน์²⁰

บุคคลใดเผยแพร่ โดยการส่ง การถ่ายทอด การกระจายเสียง หรือการส่งภาพทางระบบเคเบิลและโทรทัศน์หรือโดยวิธีการอื่นใดในทำนองเดียวกันซึ่งสื่อลามก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือทั้งจำทั้งปรับ

7) การส่งมอบสื่อลามกแก่ผู้เยาว์²¹

บุคคลใดใช้ไปรษณีย์ สิ่งอำนวยความสะดวก หรือวิธีการค้าในมลรัฐหรือระหว่างมลรัฐ ส่งมอบสื่อลามกแก่บุคคลอายุไม่เกิน 16 ปี ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือปรับตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือทั้งจำทั้งปรับ

4.1.2.4 ระดับมลรัฐ (State Law)

ในส่วนนี้ผู้วิจัยขอยกตัวอย่างมา 2 มลรัฐ คือ มลรัฐนิวยอร์กและมลรัฐโอริโสดังนี้

(1) มลรัฐนิวยอร์ก

ประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐนิวยอร์ก ได้กำหนดความหมายของ “สื่อลามก²²” คล้ายคลึงกับหลักของ Miller Test แต่มีการเพิ่มรายละเอียดเกี่ยวกับการกระทำ

¹⁹ 18 U.S. Code section - section 1466 - Engaging in the business of selling or transferring obscene matter

²⁰ 18 U.S. Code section - section 1468 - Distributing obscene material by cable or subscription television

²¹ 18 U.S. Code section - section 1470 - Transfer of obscene material to minors

²² New York Consolidated Laws – section 235.00

“1. “Obscene.” Any material or performance is “obscene” if (a) the average person, applying contemporary community standards, would find that considered as a whole, its predominant appeal is to the

ทางเพศให้ชัดเจนขึ้นว่าหมายถึง วัตถุหรือการแสดงใดๆ ถ้า (ก) บุคคลตามมาตรฐานของสังคมร่วมสมัยพบว่าสิ่งนั้นเมื่อพิจารณาโดยรวมแล้วกระตุ้นให้เกิดความต้องการทางเพศ และ (ข) สิ่งนั้นแสดงรูปแบบที่น่ารังเกียจอย่างชัดเจน ไม่ว่าจะเป็นการแสดงจริงหรือการเลียนแบบการมีเพศสัมพันธ์, การกระทำอาชญากรรมทางเพศ, การร่วมเพศกับสัตว์, การสำเร็จความใคร่ด้วยตัวเอง, การมีความสุขทางเพศจากการทำร้ายผู้อื่น (sadism) หรือ ให้ผู้อื่นทำให้ตนเองเจ็บปวด (masochism), การใช้ของเสียจากร่างกาย, การแสดงให้เห็นอวัยวะเพศ และ (ค) โดยรวมแล้วสิ่งนั้นขาดคุณค่าทางวรรณกรรม ศิลปกรรม การเมือง หรือวิทยาศาสตร์ สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงจึงถือว่าเป็นสื่อลามกตามกฎหมาย และถูกควบคุมในระดับเดียวกับสื่อลามก ส่วนการกระทำที่เป็นความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกตามกฎหมายอาญาของมลรัฐนิวยอร์กดังนี้

1) กำหนดความผิดแก่บุคคลใด ส่งเสริม (Promote) หรือ ครอบครองโดยมีเจตนาเพื่อส่งเสริมสื่อลามกใดๆ อีกทั้งการทำ นำเสนอ กำกับการแสดง หรือมีส่วนร่วมในสื่อลามกก็เป็นความผิด²³ โดยมีระวางโทษสูงสุดจำคุกไม่เกิน 1 ปี²⁴ (Class A Misdemeanor)

คำว่า “ส่งเสริม²⁵” มีความหมายครอบคลุมถึง การผลิต แจกจ่าย จำหน่าย ให้ ให้ยืม จัดหา ส่งไปรษณีย์ ส่งมอบ ตีพิมพ์ เผยแพร่ นำเสนอ จัดแสดง โฆษณา เสนอ หรือ ตกลงที่จะทำเช่นเดียวกัน

2) กำหนดความผิดแก่บุคคลใดเมื่อได้รู้เนื้อหาและลักษณะแล้ว ส่งเสริมการขายส่ง (Wholesale Promote) หรือครอบครองเพื่อส่งเสริมการขายส่งซึ่งสื่อลามกใดๆ²⁶ โดยมีความผิดและต้องระวางโทษจำคุกสูงสุดไม่เกิน 7 ปี²⁷ (Class D Felony)

prurient interest in sex, and (b) it depicts or describes in a patently offensive manner, actual or simulated: sexual intercourse, criminal sexual act, sexual bestiality, masturbation, sadism, masochism, excretion or lewd exhibition of the genitals, and (c) considered as a whole, it lacks serious literary, artistic, political, and scientific value.”

²³ New York Consolidated Laws – section 235.05

“person is guilty of obscenity in the third degree when, knowing its content and character, he:

1. Promotes, or possesses with intent to promote, any obscene material; or
2. Produces, presents or directs an obscene performance or participates in a portion thereof

which is obscene or which contributes to its obscenity.

Obscenity in the third degree is a class A misdemeanor.”

²⁴ New York Consolidated Laws – section 70.15

²⁵ New York Consolidated Laws – section 235.00 – 4. “Promote” means to manufacture, issue, sell, give, provide, lend, mail, deliver, transfer, transmute, publish, distribute, circulate, disseminate, present, exhibit or advertise, or to offer or agree to do the same.

²⁶ New York Consolidated Laws – section 235.05

คำว่า “ส่งเสริมการขายส่ง” หมายถึง การผลิต จำหน่าย ขาย จัดหา ส่งไปรษณีย์ จัดส่ง ส่งมอบ เปลี่ยนสภาพ โฆษณา เผยแพร่ แจกจ่าย เสนอ หรือตกลงที่จะทำ เช่นเดียวกัน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการขายส่ง

(2) มลรัฐอริโซนา

ประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐอริโซนามีการควบคุมสื่อลามก เช่นเดียวกับมลรัฐอื่น แม้จะไม่มีกรให้นิยามตามกฎหมายของการกระทำทางเพศที่ถือว่าเป็นสื่อลามก อย่างชัดเจนเหมือนมลรัฐนิวยอร์ก แต่สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงก็อาจถูกพิจารณาว่าเป็นสื่อลามกได้ ซึ่งมาตรการควบคุมสื่อลามกมีดังนี้

1) กำหนดความผิดแก่บุคคลใด พิมพ์ ทำสำเนา ผลิต ขาย ให้เช่า ให้ยืม ขนส่ง หรือส่งต่อไปสื่อลามกใดๆ โดยจุดประสงค์เพื่อขายหรือเผยแพร่ทางพาณิชย์ หรือมีสื่อลามกไว้ในครอบครองโดยมีเจตนาเพื่อขาย ให้เช่า ให้ยืม ขนส่ง หรือแจกจ่ายเชิงพาณิชย์ หรือนำเสนอมีส่วนร่วมในการนำเสนอ จัดแสดง สื่อลามกในที่สาธารณะ²⁸ ทั้งนี้การกระทำความผิดดังกล่าวมี ระยะเวลาโทษสูงสุดจำคุกไม่เกิน 2 ปี²⁹ (Class 5 Felony)

อย่างไรก็ตามกลับพบว่ามีการให้ความหมายของการกระทำทางเพศหลายๆ ลักษณะที่ปรากฏอยู่ในสื่อที่เป็นอันตรายต่อผู้เยาว์แทนซึ่งมีการกระทำทางเพศแบบใช้ ความรุนแรงรวมอยู่ด้วย ซึ่งนิยามของสื่อที่เป็นอันตรายต่อผู้เยาว์ให้หมายความรวมถึงลักษณะของการ

“A person is guilty of obscenity in the first degree when, knowing its content and character, he wholesale promotes or possesses with intent to wholesale promote, any obscene material.

Obscenity in the first degree is a class D felony.”

²⁷ New York Consolidated Laws – section 70.00

²⁸ Arizona Criminal Code – section 13-3502

“A person is guilty of a class 5 felony who, with knowledge of the character of the item involved, knowingly:

1. Prints, copies, manufactures, prepares, produces, or reproduces any obscene item for purposes of sale or commercial distribution.
2. Publishes, sells, rents, lends, transports or transmits in intrastate commerce, imports, sends or causes to be sent into this state for sale or commercial distribution or commercially distributes or exhibits any obscene item, or offers to do any such things.
3. Has in his possession with intent to sell, rent, lend, transport, or commercially distribute any obscene item.
4. Presents or participates in presenting the live, recorded or exhibited performance of any obscene item to the public or an audience for consideration or commercial purpose.”

²⁹ Arizona Criminal Code – section 13-702

แสดงให้เห็นถึงเนื้อหาของการกระทำทางเพศ การกระตุ้นทางเพศ หรือการกระทำชำเราแบบทารุณกรรม³⁰ สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงจึงถือว่าเป็นสิ่งอันตรายต่อผู้เยาว์และมีมาตรการควบคุมที่แตกต่างไปจากสื่อลามก

2) กำหนดความผิดแก่บุคคลที่กระทำในลักษณะของการจัดหา แสดง ให้ ให้ยืม โฆษณา หรือแจกจ่ายสิ่งที่เป็นอันตรายต่อผู้เยาว์แก่ผู้เยาว์โดยตรง³¹ และกำหนดความผิดในลักษณะครอบคลุมถึงการส่งผ่านสื่อที่เป็นอันตรายต่อผู้เยาว์ผ่านกิจกรรมทางอินเทอร์เน็ต ด้วยวิธีการไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ ข้อความส่วนบุคคล หรือวิธีการอื่นใดทางอินเทอร์เน็ต ตามมาตรา³² ซึ่งการกระทำผิดดังกล่าวมีระวางโทษสูงสุดจำคุกไม่เกิน 3 ปี (Class 4 Felony)

4.2 ประเทศแคนาดา

รูปแบบการก่อตั้งระบบสหพันธรัฐหรือการจัดสรรอำนาจทางการเมืองภายใต้โครงสร้างรัฐธรรมนูญของประเทศแคนาดา ก่อน ค.ศ.1982 ถูกกำหนดไว้ใน British North America Act 1867 ที่ออกโดยรัฐสภาของอังกฤษซึ่งกำหนดให้รัฐสภาของประเทศแคนาดามีอำนาจสูงสุดในทางกฎหมายเช่นเดียวกับหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐสภาอังกฤษ รัฐสภาของประเทศแคนาดาจึงมีอำนาจออกกฎหมายมาจำกัดเสรีภาพของบุคคลได้โดยปราศจากข้อจำกัด ศาลไม่มีอำนาจปกป้องสิทธิของบุคคลจากการกระทำใดๆของรัฐสภาเนื่องจากสิทธิของบุคคลถูกบัญญัติและจำกัดโดยกระบวนการทางนิติบัญญัติของรัฐสภาของประเทศแคนาดา ต่อมา ค.ศ. 1982 รัฐสภาของประเทศไทยได้ออกกฎหมาย Canada Act 1982 โดยมี ตอนที่สองของ Canada Act 1982 คือ Constitution Act 1982 ซึ่งได้เปลี่ยนแปลงโครงสร้างทางรัฐธรรมนูญของประเทศแคนาดาอย่างสำคัญ 3 ประการ ได้แก่ ประการแรก อำนาจของรัฐสภาประเทศอังกฤษในการแก้ไขรัฐธรรมนูญของประเทศแคนาดาถูก

³⁰ Arizona Criminal Code – section 13-3501

“Harmful to minors” means that quality of any description or representation, in whatever form, of nudity, sexual activity, sexual conduct, sexual excitement, or sadomasochistic abuse...”

³¹ Arizona Criminal Code – section 13-3506

“It is unlawful for any person, with knowledge of the character of the item involved, to recklessly furnish, present, provide, make available, give, lend, show, advertise or distribute to minors any item that is harmful to minors.”

³² Arizona Criminal Code – section 13-3506.01

“A. It is unlawful for any person, with knowledge of the character of the item involved, to intentionally or knowingly transmit or send to a minor by means of electronic mail, personal messaging or any other direct internet communication an item that is harmful to minors when the person knows or believes at the time of the transmission that a minor in this state will receive the item.”

ยกเลิก การเปลี่ยนแปลงใดๆ ต่อโครงสร้างทางรัฐธรรมนูญของประเทศแคนาดาในอนาคตต้องมาจาก รัฐสภาของประเทศแคนาดาเท่านั้น ประการที่สอง ได้มีการรวบรวมเอกสารทางรัฐธรรมนูญของประเทศแคนาดาที่มีอยู่ก่อนทั้งหมดเข้าไว้ด้วยกันจนเกิดเป็น Constitution Act 1982 และยกระดับสถานะของ Canada Act 1982 เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ประการที่สาม มีการรวบรวม Canadian Charter Rights and Freedoms มาเป็นส่วนหนึ่งในรัฐธรรมนูญของประเทศแคนาดา³³

ความเปลี่ยนแปลงสำคัญนี้ทำให้สิทธิของบุคคลได้ถูกรองรับโดยรัฐธรรมนูญ อำนาจอศาลสูงสุดของรัฐสภาของประเทศแคนาดาถูกยกเลิกไปโดยปริยาย และเมื่อ Canadian Charter มีสถานะทางกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญแล้ว สิทธิของบุคคลย่อมได้รับการปกป้องอย่างเป็นทางการโดยกฎหมาย ผลที่ตามมาคือ ศาลเป็นองค์กรที่มีอำนาจควบคุมยับยั้งการละเมิดสิทธิของบุคคลจากรัฐ เพื่อรับประกันสิทธิของบุคคลภายใต้ Canadian Charter ในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายสูงสุดของประเทศแคนาดา

สิทธิที่สำคัญที่สุดคือ หลักเสรีภาพพื้นฐาน ซึ่งกำหนดไว้ใน มาตรา 2³⁴ ของ Canadian Charter ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

“ทุกคนมีเสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพในความคิด ความเชื่อ ความคิดเห็น หรือการแสดงออก เสรีภาพในการชุมนุมอย่างสันติ และเสรีภาพในการสมาคม”

แต่เสรีภาพขั้นพื้นฐานก็อยู่ภายใต้ข้อจำกัดของ มาตรา 1³⁵ ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

“สิทธิและเสรีภาพที่ถูกกำหนดไว้นั้นขึ้นอยู่กับข้อจำกัดที่เหมาะสมซึ่งกฎหมายกำหนดไว้ว่าเป็นธรรมในสังคมเสรีและประชาธิปไตย”

³³ Jodi Aileen Kleinick, “Supressing Violent and Degrading Pornography to “Prevent Harm” in Canada: Butler v. Her Majesty the Queen,” *Brooklyn Journal of International Law* 19, 2 (1993): 630-635.

³⁴ The Canadian Charter of Rights and Freedoms - section 2

“Everyone has the following fundamental freedoms:

- (a) freedom of conscience and religion;
- (b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;
- (c) freedom of peaceful assembly; and
- (d) freedom of association.”

³⁵ The Canadian Charter of Rights and Freedoms - section 1

“the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.”

ภายใต้ขอบเขตการจำกัดเสรีภาพในมาตรา 1 ศาลเป็นผู้รับผิดชอบต่อการพิจารณาว่า กฎหมายที่มาจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลซึ่งออกโดยรัฐสภานั้นมีความเหมาะสมเป็นธรรมในสังคม เสรีและประชาธิปไตยหรือไม่

4.2.1 ขอบเขตของสื่อลามกตามกฎหมายของประเทศแคนาดา

การควบคุมสื่อลามกแรกเริ่มนั้นศาลของประเทศแคนาดาได้ปรับใช้มาตรฐาน กฎหมายสื่อลามกของประเทศอังกฤษตามแนวทาง Hicklin test โดยพิจารณาว่า สิ่งนั้นอาจจะทำให้ ผู้อื่นเกิดความเสื่อมเสียทางศีลธรรมหรือเสื่อมทรามทางจิตใจหรือไม่ อย่างไรก็ตามหลัก มาตรฐานนี้ในภายหลังได้ถูกเปลี่ยนแปลงไป เมื่อความชัดเจนในมาตรฐานสื่อลามกเริ่มปรากฏขึ้นจาก กระบวนการนิติบัญญัติ ใน ค.ศ. 1957 เมื่อคณะกรรมการวิสามัญได้แก้ปัญหาประเด็นการพิจารณา สื่อลามกและให้คำแนะนำแก่รัฐสภาของอังกฤษจนนำไปสู่การนิยามความหมายของสื่อลามกที่ชัดเจน ในประมวลกฎหมายของประเทศแคนาดาในที่สุด โดยมีการกำหนดนิยามของสื่อลามกกว่าหมายถึง ลักษณะที่แสดงถึงการแสวงหาประโยชน์ทางเพศ หรือการก่ออาชญากรรม ความสยดสยอง ความ โหดร้ายและการใช้ความรุนแรง³⁶ ดังนั้นสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงจึงถือว่าเป็นสื่อลามกตาม กฎหมายของประเทศแคนาดา

ในระยะเวลาอันสั้นภายหลังจากการตรา Canadian Charter Rights and Freedoms ได้มีการตีความทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกซึ่งสะท้อนให้เห็นความรู้สึกรู้สึกอ่อนไหวของ สังคมประเทศแคนาดาที่สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงส่งผลกระทบต่อผู้หญิงและความไม่เท่า เทียมทางเพศ เริ่มแรกในคดี R. v. Doug Rankine Co.³⁷ ศาลชั้นต้น (The Ontario County Court) ได้ลงความเห็นที่สื่อทางเพศที่มีการฉกฉวยแสดงถึงการใช้ความรุนแรงถือว่าเป็นสื่อลามกภายใต้ประมวล กฎหมายอาญา มาตรา 163 และศาลกำหนดว่าสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นสิ่งที่เกินกว่ามาตรฐาน ของสังคมจะยอมรับได้เพราะเป็นการหาประโยชน์จากผู้หญิง ซึ่งเหตุผลจากแนวคำวินิจฉัยของศาลนี้ ไม่ได้ยึดกับหลักการเปิดเผยพฤติกรรมทางเพศในลักษณะใดที่ต้องห้ามหรือไม่ แต่อิงกับหลักความ เสี่ยงภัยในเชิงสิทธิทางสังคมของผู้หญิงจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศเกินสมควรเป็นสำคัญ ต่อมาในคดี R. v. Wagner³⁸ เป็นครั้งแรกที่ศาลชั้นต้น (Alberta Court of Queen's Bench) ได้

³⁶ Canada Criminal Code - section 163 (8)

“For the purposes of this Act, any publication a dominant characteristic of which is the undue exploitation of sex, or of sex and any one or more of the following subjects, namely, crime, horror, cruelty and violence, shall be deemed to be obscene.”

³⁷ C.R.(3d) 154 (Ont.Co.Ct.1983) (Can.).

³⁸ C.R.(3d) 318 (Alta.Q.B.1985) (Can.).

แบ่งแยกระหว่างสื่อที่แสดงสุนทรียะทางเพศออกจากสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง มีการให้ความหมายของสื่อสุนทรียะทางเพศว่าเป็นการนำเสนอปฏิกริยาทางเพศของมนุษย์ในด้านบวก ความรักใคร่ หรือความยินยอมสมัครใจระหว่างบุคคลในการมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศบนพื้นฐานของความเท่าเทียมกันซึ่งสังคมของประเทศแคนาดายอมรับเสมอ ในขณะที่สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงนั้นสังคมประเทศแคนาดาไม่อาจยอมรับเนื้อหาความรุนแรง การคุกคาม การนำเสนอมความเจ็บปวด หรือการปฏิบัติต่อผู้หญิงเสมือนเพียงวัตถุทางเพศได้ สื่อทางเพศเหล่านี้ส่งข้อความที่สร้างความเสียหายต่อสังคมในรูปของการสนับสนุนความกระตือรือร้นต่อผู้หญิงและลดการรับรู้ถึงการเรียกร้องของผู้หญิงเพื่อความเสมอภาคและความเคารพ

หลักการตีความสื่อลามกของศาลชั้นต้นได้รับการรับรองจากศาลอุทธรณ์ ในคดี R. v. Red Hot Video Ltd.³⁹ ซึ่งศาลอุทธรณ์ (The British Columbia court of Appeal) กำหนดว่าสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นสิ่งคุกคามให้เกิดอันตรายอย่างแท้จริงและเป็นรูปธรรมต่อสังคม เพราะสื่อทางเพศลักษณะเหล่านี้สร้างสภาพแวดล้อมกระตุ้นให้ผู้ชายมีความประพฤติกเลือกปฏิบัติต่อผู้หญิง นำไปสู่ความไม่เสมอภาคทางเพศ อีกทั้งยังไม่อาจบรรลุเป้าหมายความเสมอภาคระหว่างเพศที่แท้จริงได้จากการรับชมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง ดังนั้นการควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงและลดคุณค่าภายใต้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 163 จึงมีเหตุผลอันสมควรภายใต้ Canadian Charter Rights and Freedoms และในคดี R. v. Prerira-Vasquen⁴⁰ ศาลอุทธรณ์ได้ทบทวนประเด็นเกี่ยวกับสื่อลามกอีกครั้ง โดยสรุปว่าทั้งหลักการความเสียหายและหลักศีลธรรมมีความเหมาะสมต่อการนำมาวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายต่อการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 163

กระทั่งใน ค.ศ. 1992 แนวคิดความเสียหายเชิงสิทธิทางสังคมได้รับการรับรองจากศาลสูงสุดเป็นครั้งแรก ในคดี Butler v. Her Majesty the Queen⁴¹ ซึ่งศาลสูงสุดได้พิจารณาในสามประเด็นว่า ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 163 ละเมิดเสรีภาพในการแสดงออกภายใต้ มาตรา 2(b) ของ Canadian Charter Rights and Freedoms หรือไม่ แนวคิดใดควรนำมาใช้ในการกำหนดควบคุมสื่อลามกภายใต้ Canadian Charter Rights and Freedoms และประมวลกฎหมายอาญามาตรา 163 มีเหตุผลเพียงพอต่อการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกภายใต้ มาตรา 1 ของ Canadian

³⁹ C.R.(3d) 36 (B.C.C.A.1985) (Can.).

⁴⁰ C.R.(3d) 253 (B.C.C.A.1988) (Can.).

⁴¹ [1992] 1 S.C.R. 452 (Can.).

Charter Rights and Freedoms หรือไม่⁴² โดยศาลสูงสุดในคดีนี้วินิจฉัยประเด็นแรกว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 163 ละเมิดเสรีภาพในการแสดงออกภายใต้ มาตรา 2(b) ของ Canadian Charter Rights and Freedoms ซึ่งบทบัญญัตินี้โดยหลักแล้วมุ่งคุ้มครองการแสดงออกของบุคคลโดยไม่คำนึงถึงเนื้อหา⁴³ ประเด็นต่อมาศาลสูงสุดได้กำหนดให้นำแนวคิดความเสียหายมาเป็นจุดศูนย์กลางวิเคราะห์ร่วมกับมาตรฐานสังคมแล้วสรุปได้ว่าการแสดงพฤติกรรมทางเพศที่รุนแรงเป็นการแสวงหาประโยชน์ทางเพศเกินสมควรก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับสังคม⁴⁴ และประเด็นสุดท้ายศาลสูงสุดถือว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 163 มีเหตุผลชอบธรรมต่อการจำกัดเสรีภาพในการแสดงออก ซึ่งนอกจากเหตุผลด้านมาตรฐานทางศีลธรรมของสังคมประเทศแคนาดาที่ไม่อาจยอมรับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงได้แล้ว ยังมีเหตุผลด้านการหลีกเลี่ยงความเสียหายต่อสังคม กล่าวคือ สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงทำให้เด็กและผู้หญิงตกเป็นเหยื่อของการแสวงหาประโยชน์ทางเพศเกินสมควร อีกทั้งยังส่งเสริมทัศนคติต่อผู้หญิงในรูปแบบของการคุกคามความเสมอภาคทางเพศด้วยการแสดงให้ผู้หญิงเป็นเพียงวัตถุทางเพศซึ่งส่งผลกระทบต่อคุณค่าและการยอมรับในตัวเอง ความเสียหายเหล่านี้กระทบต่อรากฐานคุณค่าทางสังคมของประเทศแคนาดาจึงเป็นเหตุผลเพียงพอต่อการจำกัดการใช้เสรีภาพการแสดงออกทางเพศไม่ให้เกินขอบเขต⁴⁵

4.2.2 กฎหมายควบคุมสื่อลามกของประเทศแคนาดา

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศแคนาดา มาตรา 163 กำหนดให้การกระทำต่อไปนี้เป็นการผิดเกี่ยวกับสื่อลามก ดังนี้

มาตรา 163⁴⁶

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
“(1) บุคคลกระทำความผิดเมื่อ

CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁴² Jodi Aileen Kleinick, “Suppressing Violent and Degrading Pornography to “Prevent Harm” in Canada: Butler v. Her Majesty the Queen,” *Brooklyn Journal of International Law*: 645.

⁴³ Ibid, p. 645.

⁴⁴ Ibid, pp. 646-647.

⁴⁵ Ibid, pp. 647-648.

⁴⁶ Criminal Code of Canada – section 163 (1) and (2)

“(1) Every one commits an offence who

(a) makes, prints, publishes, distributes, circulates, or has in his possession for the purpose of publication, distribution or circulation any obscene written matter, picture, model, phonograph record or other thing whatever; or...

(2) Every one commits an offence who knowingly, without lawful justification or excuse,

(a) sells, exposes to public view or has in his possession for such a purpose any obscene written matter, picture, model, phonograph record or other thing whatever;...”

(a) ทำ พิมพ์ เผยแพร่ แจกจ่าย หรือมีไว้ในครอบครองเพื่อเผยแพร่หรือแจกจ่ายซึ่งรูปถ่าย รูปแบบ สิ่งบันทึกภาพ หรือ สิ่งอื่นใดอันลามก

(2) บุคคลกระทำความผิดเมื่อได้รู้ ปราศจากเหตุผลหรือข้ออ้างโดยชอบด้วยกฎหมาย

(a) จำหน่าย แสดงต่อสาธารณะ หรือมีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย หรือแสดงต่อสาธารณะซึ่งรูปถ่าย รูปแบบ สิ่งบันทึกภาพ หรือ สิ่งอื่นใดอันลามก”

“สื่อลามก” ให้ความหมายรวมถึง สิ่งใดๆ ที่เผยแพร่ในลักษณะของการแสวงหาประโยชน์ทางเพศเกินสมควร หรือมีลักษณะของการกระทำผิด ความโหดร้ายทารุณ หรือการใช้ความรุนแรงถือว่าเป็นสื่อลามก⁴⁷

ดังนั้นสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงย่อมถือว่าเป็นสื่อลามกตามกฎหมาย และบทลงโทษสำหรับการกระทำผิดเกี่ยวกับสื่อลามกของประเทศแคนาดามีระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี⁴⁸

4.3 ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศแม่แบบของระบบกฎหมายจารีตประเพณี คำพิพากษาของศาลคือบ่อเกิดของกฎหมาย แต่ขณะเดียวกันกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ออกโดยรัฐสภาก็เป็นอีกหนึ่งบ่อเกิดของกฎหมายที่สำคัญของประเทศอังกฤษและกฎหมายที่รัฐสภาบัญญัติสามารถจำกัดเสรีภาพของประชาชนได้โดยชอบและไม่มีองค์การใดๆ มาตราตรวจสอบถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังจะเห็นได้ในรายละเอียดของขอบเขตการควบคุมสื่อลามกของราชอาณาจักรที่มีการออกกฎหมายห้ามการครอบครองสื่อลามกที่มีลักษณะรุนแรงซึ่งกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างรุนแรง โดยไม่มีประเด็นถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการบัญญัติกฎหมาย ซึ่งเป็นลักษณะแตกต่างจากประเทศอื่น

⁴⁷ Criminal Code of Canada – section 163 (8)

“(8) For the purposes of this Act, any publication a dominant characteristic of which is the undue exploitation of sex, or of sex and any one or more of the following subjects, namely, crime, horror, cruelty and violence, shall be deemed to be obscene.”

⁴⁸ Criminal Code of Canada – section 169

“Everyone who commits an offence under section 163 is guilty of

(a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years; or
(b) an offence punishable on summary conviction”

รัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษเป็นผลผลิตจากประวัติศาสตร์ของการต่อสู้ระหว่างสภาสามัญชนและสถาบันพระมหากษัตริย์ โครงสร้างทางการเมืองการปกครองของประเทศอังกฤษจึงมีลักษณะเฉพาะ แม้จะมีความเข้าใจกันว่าประเทศอังกฤษไม่มีรัฐธรรมนูญที่มีลายลักษณ์อักษร แต่ความเข้าใจนี้ไม่ถูกต้องเสียทีเดียว เพราะมีส่วนที่เป็นลายลักษณ์อักษรอยู่ เพียงแต่ไม่มีการนำมาเรียงมาตรารวมกันไว้ในเอกสารฉบับเดียว หรือที่เรียกกันว่า “ประมวลกฎหมาย” เหมือนประเทศอื่น ซึ่งองค์ประกอบของรัฐธรรมนูญประเทศอังกฤษมีองค์ประกอบที่หลากหลาย มีแหล่งที่มา 4 ประการ⁴⁹ ได้แก่ ประการแรก กฎหมายที่บัญญัติขึ้น (State Law) ประกอบด้วยพระราชบัญญัติที่บัญญัติขึ้นโดยรัฐสภา และกฎหมายรองที่ตราขึ้นตามที่พระราชบัญญัติมอบให้ ประการที่สอง คือ กฎหมายจารีต (Common Law) หมายถึงกฎเกณฑ์ต่างๆ อันเป็นประเพณีนิยมอันมีมาแต่อดีตกาล ซึ่งศาลตีความให้ความเห็นชอบด้วย จึงเป็นกฎหมายที่มีมาก่อน เช่น เสรีภาพในการแสดงออก ประการที่สาม คือ ธรรมเนียมปฏิบัติ (Conventions) ซึ่งเป็นกรอบการประพฤติปฏิบัติเชิงรัฐธรรมนูญ ซึ่งผูกมัดต่อผู้ซึ่งใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ แต่ไม่ถือเป็นกฎหมายและจะนำมาเป็นหลักฟ้องร้องบังคับตามกฎหมายไม่ได้ เช่น ธรรมเนียมปฏิบัติที่ให้รัฐสภามีสมัยการประชุมอย่างน้อยหนึ่งสมัยต่อปี เป็นต้น ประการสุดท้าย คือ ข้อเขียนที่เชื่อถือได้ (Works of Authority) เป็นข้อเขียนต่างๆ ซึ่งถือกันว่าเชื่อถือได้ ซึ่งเสนอแนวทางในการตีความใจความสำคัญของรัฐธรรมนูญส่วนที่มีความไม่แน่นอนหรือไม่แน่ใจกัน ข้อเขียนเหล่านี้ไม่เป็นที่สุดหากแต่มีลักษณะเพียงโน้มน้าวเท่านั้น เหตุที่นำข้อเขียนเหล่านี้มาใช้เนื่องจากศาลไม่มีอำนาจตีความพระราชบัญญัติที่ออกโดยรัฐสภาขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

หนึ่งในหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ คือ หลักอำนาจอธิปไตยของรัฐสภา (Parliamentary Sovereignty) ซึ่งหมายความว่า รัฐสภาทรงไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตย อำนาจสูงสุดในการปกครองรัฐอยู่ที่รัฐสภา รัฐสภาสามารถออกกฎหมายต่างๆ ได้โดยอิสระ ศาลมีหน้าที่พิพากษาบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น เพราะศาลยอมรับว่าอำนาจของรัฐสภาเป็นอำนาจที่ไม่มีผู้ใดหรือองค์กรใดจะละเมิดได้ ดังนั้นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นจึงมีฐานะเหนือกฎหมายจารีตหรือคำพิพากษาของศาล⁵⁰ นอกจากนี้รัฐสภาสามารถออกกฎหมายเชิงรัฐธรรมนูญด้วยวิธีการที่ไม่ต่างไปจากการออกกฎหมายธรรมดา ในทางทฤษฎีแล้ว อำนาจของรัฐสภาในการออกกฎหมายมีอย่างไร้ข้อจำกัดสามารถออกหรือยกเลิกกฎหมายใดๆ ในเรื่องใดๆ ก็ได้ และสามารถออกกฎหมายย้อนหลังได้เช่นกัน ดังคำกล่าวของ William Blackstone นักนิติศาสตร์สมัยศตวรรษที่ 18 ที่ว่า “รัฐสภามีสิทธิที่จะทำทุกอย่างที่เป็นไปได้ในธรรมชาติ⁵¹” และด้วยเหตุที่ไม่มีกฎหมายใด เช่น กฎหมายรัฐธรรมนูญที่อยู่

⁴⁹ ม.ร.ว. พุทธิสาลม ชุมพล, ประชาธิปไตยแบบรัฐสภาในอังกฤษ (กรุงเทพฯ: ศูนย์ยุโรปศึกษาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 44.

⁵⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 45.

⁵¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 47.

เหนือพระราชบัญญัติที่ออกโดยรัฐสภา เท่ากับว่ารัฐสภาเองมีอำนาจที่จะบอกว่าพระราชบัญญัติของตนนั้นถูกต้องตามรัฐธรรมนูญ รัฐสภาจึงสามารถออกกฎหมายใดๆมากระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ (แต่ก็ย่อมมีขอบเขตอยู่ภายใต้หลักนิติธรรมซึ่งเป็นอีกหนึ่งในหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ) ทั้งนี้ศาลไม่มีอำนาจตีความว่าพระราชบัญญัติขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ มีแต่เพียงตีความว่าพระราชบัญญัติบังคับใช้ได้หรือไม่ในกรณีใด ในขณะที่เดียวกันรัฐสภาก็ไม่อาจห้ามรัฐสภาในอนาคตไม่ให้ยกเลิกหรือแก้ไขพระราชบัญญัติที่ตนออกได้ แต่ในทางปฏิบัติรัฐสภาไม่ได้มีอิสระในการออกกฎหมายเพราะถูกจำกัดการใช้อำนาจโดยเงื่อนไขทางการเมืองทั้งในและต่างประเทศ⁵² ดังนั้นกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาไม่ว่าจะกระทบสิทธิเสรีภาพของบุคคลมากเพียงใดก็จะเป็นการพิจารณาว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ด้วยเหตุผลดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

4.3.1 ขอบเขตของสื่อลามกตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ

ในอดีตประเทศอังกฤษมีบทบัญญัติควบคุมสื่อลามกใน Obscene Publications Act 1857 แต่ไม่มีนิยามสื่อลามกไว้โดยเฉพาะจึงเกิดปัญหาในการตีความว่าสิ่งใดเป็นสื่อลามกหรือไม่ ในคดี Regina v. Hicklin⁵³ ศาลได้วางหลักว่าสิ่งใดเป็นสื่อลามกหรือไม่จะต้องพิจารณาว่าสิ่งนั้นอาจจะทำให้ผู้อื่นเกิดความความเสื่อมเสียทางศีลธรรมหรือเสื่อมทรามทางจิตใจหรือไม่ หลักนี้เรียกว่า Hicklin test ซึ่งมีอิทธิพลต่อบรรทัดฐานสื่อลามกของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา ก่อน ค.ศ. 1957

ภายหลังบรรทัดฐานที่กำหนดว่าสิ่งใดเป็นสื่อลามกตามกฎหมายของประเทศอังกฤษได้นำมาบัญญัติเป็นบทกฎหมายใน Obscene Publication Act 1959 โดยให้พิจารณาสิ่งนั้นโดยรวมทั้งหมดว่าจะส่งผลให้บุคคลซึ่งพิจารณาจากบริบทแวดล้อมที่เกี่ยวข้องทั้งหมด ซึ่งได้อ่าน, ได้เห็น หรือได้ยินเนื้อหาที่บรรจหรือเป็นองค์ประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของสิ่งนั้น มีแนวโน้มจะก่อให้เกิดความเสื่อมเสียทางศีลธรรมหรือเสื่อมทรามทางจิตใจหรือไม่⁵⁴

การพิจารณาสื่อลามกของประเทศอังกฤษจึงมีความซับซ้อนเนื่องจากต้องนำบริบทสภาพแวดล้อมของแต่ละกรณีมาวินิจฉัยประกอบ เช่น หากมีสื่อทางเพศที่แสดงภาพของการร่วมเพศ

⁵² เรื่องเดียวกัน.

⁵³ Regina v. Hicklin, L.R. 2 Q.B. 360 (1868)

⁵⁴ Obscene Publication Act 1959 - section 1(1)

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

ไปปรากฏในร้านหนังสือที่ได้รับอนุญาตให้ผู้ใหญ่เข้าได้เท่านั้น การพิจารณาประการแรกจะต้องจำกัดขอบเขตเฉพาะบริบทสภาพแวดล้อมของกลุ่มลูกค้าผู้ใหญ่ที่เข้ามาใช้บริการในร้านหนังสือเท่านั้น โดยถือว่ากลุ่มลูกค้าผู้ใหญ่ที่ตั้งใจเข้ามาในร้านหนังสือนั้นเป็นผู้ที่น่าจะได้อ่านหรือได้เห็นภาพสื่อทางเพศดังกล่าว ทั้งนี้จะไม่นำบริบทสภาพแวดล้อมของคนทั่วไปที่ไม่ได้เข้ามาใช้บริการในร้านหนังสือมาพิจารณา ประการต่อมาจะพิจารณาต่อไปว่ากลุ่มลูกค้าผู้ใหญ่เหล่านั้นมองว่าภาพการร่วมเพศเป็นอย่างไร หากดูแล้วเห็นว่าภาพการร่วมเพศเป็นเรื่องปกติ ภาพการร่วมเพศนั้นก็ไม่ได้ถือว่าเป็นสื่อลามกเนื่องจากภาพดังกล่าวไม่ได้ทำให้ศีลธรรมหรือจิตใจของลูกค้าผู้ใหญ่ที่ใช้บริการในร้านหนังสือนั้นเสื่อมทรามลงแต่อย่างใด แต่หากภาพการร่วมเพศไปปรากฏบนหนังสือในร้านหนังสือทั่วไปซึ่งเป็นสถานที่ที่บุคคลทั่วไปรวมทั้งเด็กสามารถเข้ามาใช้บริการได้ บริบทในการพิจารณาความเป็นสื่อลามกย่อมเปลี่ยนไป จากเดิมที่จะพิจารณาบริบทสิ่งแวดล้อมของกลุ่มลูกค้าผู้ใหญ่ที่ตั้งใจเข้ามาใช้บริการในร้านหนังสือจะกลายเป็นบริบทสภาพแวดล้อมของเด็กซึ่งน่าจะได้เห็นภาพการร่วมเพศแทน⁵⁵

อย่างไรก็ตามผู้ที่วินิจฉัยว่าสื่อทางเพศใดเป็นสื่อลามกหรือไม่ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษไม่ใช่ผู้พิพากษา แต่กระทำโดยคณะลูกขุน (Juries) โดยปราศจากความช่วยเหลือของผู้เชี่ยวชาญ⁵⁶ ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่ากฎหมายต้องการให้พิจารณาจากมุมมองทางศีลธรรมของบุคคลทั่วไป ทำให้บรรทัดฐานการตีความสื่อลามกมีความเป็นนามธรรมค่อนข้างสูง ยากที่บุคคลทั่วไปจะเข้าใจได้ และเนื่องจากความยากในการหาบรรทัดฐานสื่อลามกนี้สร้างความไม่มั่นใจให้กับผู้ผลิตและจำหน่ายสื่อทางเพศว่าสื่อทางเพศของตนจะเป็นสื่อลามกหรือไม่ Crown Prosecution Service ซึ่งเป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบต่อการฟ้องร้องดำเนินคดีอาญาของประเทศอังกฤษจึงได้มีแนวทางกำหนดลักษณะของสื่อทางเพศใดที่อาจมีความเป็นไปได้สูงที่จะถูกตัดสินว่าเป็นสื่อลามกตาม Obscene Publication Act และจะต้องถูกแจ้งข้อหาดำเนินคดีอาญา ดังต่อไปนี้⁵⁷

- การนำเสนอกิจกรรมทางเพศกับสัตว์ (Bestiality)
- การนำเสนอการข่มขืนกระทำชำเราอย่างสมจริง
- การนำเสนอกิจกรรมทางเพศที่รุนแรง (Sadomasochism) จนอาจเกิดการบาดเจ็บทางร่างกาย

⁵⁵ จอมพล พิทักษ์สันตโยธิน , “ภาพโป๊: กฎหมายสื่อลามกและศีลธรรม,” *วารสารสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา*: 84-85.

⁵⁶ Mark B. Rasmuson, “For Prohibiting Possession of Violent Pornography,” *Ave Maria International Law Journal* 3 (2014): 33.

⁵⁷ Crown Prosecution Service, *Obscene Publication – Legal Guidance, Sexual offence* [online], Accessed: 18 October 2018. Available from: <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/obscene-publications>

- การนำเสนอการทรมานด้วยอุปกรณ์ต่างๆ
- การนำเสนอการมัดร่างกาย (Bondage) โดยเฉพาะการอุดปากซึ่งทำให้ไม่อาจบอกเลิกความยินยอมได้
- การนำเสนอภาพการตัดอวัยวะของร่างกาย
- การนำเสนอกิจกรรมทางเพศวิปริตหรือลดคุณค่าความเป็นมนุษย์ (เช่น การตีมีปัสสาวะ การปัสสาวะหรืออาเจียนบนร่างกาย หรือการขบถ้ำหรือการนำอูจจาระไปใช้)
- การนำเสนอภาพการใช้กำปั้นยัดเข้าไปในช่องคลอดหรือทวาร (Fisting)

นอกจากนี้ Crown Prosecution Service ได้มีรายการกำหนดลักษณะสื่อทางเพศที่จะไม่ถูกดำเนินคดีและไม่ถือว่าเป็นสื่อลามก⁵⁸ ได้แก่

- การนำเสนอการมีเพศสัมพันธ์ทางช่องคลอดหรือทวารหนักด้วยความยินยอม
- การนำเสนอโอษฐ์กาม (Oral Sex)
- การนำเสนอความสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง
- การนำเสนอการมัดร่างกายที่ไม่แน่นจนเกินไป
- การนำเสนอการเลียนแบบการร่วมเพศทางช่องคลอดหรือทวารหนัก
- การนำเสนอกิจกรรมทางเพศกับวัตถุสิ่งของหรือส่วนของร่างกาย (Fetish) ซึ่งไม่ก่อให้เกิดการบาดเจ็บแก่ร่างกาย

จากลักษณะของการกระทำทางเพศที่ปรากฏในสื่อทางเพศเหล่านี้ ในสายตาของผู้บังคับใช้กฎหมายเห็นว่าบริบทสภาพแวดล้อมของผู้ใหญ่ที่ต้องการเสพสื่อทางเพศนั้นไม่ก่อให้เกิดความเสื่อมเสียทางศีลธรรมและจิตใจ จึงสะท้อนให้เห็นว่าบรรทัดฐานสื่อลามกของประเทศอังกฤษยอมรับการเปิดเผยทางเพศในระดับที่สูงมาก⁵⁹ ทั้งนี้สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงย่อมถูกพิจารณาว่าเป็นสื่อลามก ในทัศนะของผู้บังคับใช้กฎหมาย

4.3.2 กฎหมายควบคุมสื่อลามกของประเทศอังกฤษ

Obscene Publication Act 1959

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ ภาพโป๊: กฎหมายสื่อลามกและศีลธรรม,” วารสารสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยนครสวรรค์: 86.

Obscene Publication Act ได้กำหนดความผิดแก่บุคคลใดที่เผยแพร่สื่อลามกหรือมีสื่อลามกไว้เผยแพร่ไม่ว่าจะเพื่อแสวงหาประโยชน์ส่วนตัวหรือผู้อื่นไม่ก็ตาม และมีโทษทางอาญา ในกรณีที่เป็นการผิดเล็กน้อยต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 100 ปอนด์ หรือจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หากเป็นความผิดอุจฉกรรจ์ต้องระวางโทษปรับหรือจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ⁶⁰ ซึ่งการ “เผยแพร่” (Publish) หมายถึง การจำหน่าย ทำให้แพร่หลาย ขาย ให้เช่า ให้ ให้ยืม เสนอ และการกระทำให้สิ่งที่ถูกบรรจุหรือปรากฏข้อความอันเป็นสื่อลามกเพื่อให้พบเห็น หรือเพื่อให้มีการบันทึก แสดง เล่น นำออกฉาย ซึ่งเนื้อหาสื่อลามกที่ถูกเผยแพร่รวมถึงการเผยแพร่ในรูปของข้อมูลที่ถูกรวบรวมเก็บในระบบอิเล็กทรอนิกส์ด้วย⁶¹ เช่น การส่งภาพลามกผ่านทางอีเมลหรือการเผยแพร่ภาพลามกผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์แก่สมาชิกที่มีรหัสพาสเวิร์ด (Password) สามารถเข้าไปดูหรือดาวน์โหลดภาพลามกที่อยู่บนสื่ออิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวได้

4.3.3 กฎหมายควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงของประเทศอังกฤษ

Criminal Justice and Immigration Act 2008

การบัญญัติกฎหมายสื่อทางเพศรุนแรง (Extreme Pornography) ได้ถูกกระตุ้นจากการดำเนินคดีฟ้องร้อง Graham Coutts เป็นจำเลยในคดีฆาตกรรม Jane Longhurst ด้วยการรัดคอเหยื่อขณะมีเพศสัมพันธ์จนเป็นเหตุให้ขาดอากาศจนเสียชีวิต ในเดือนมีนาคม ค.ศ. 2003 โจทก์ได้กล่าวหาว่าจำเลยจงใจฆาตกรรมผู้เสียหายเพื่อสนองความพึงพอใจในจินตนาการทางเพศที่ถึงตายของตน ในขณะที่จำเลยแก้ต่างว่าความตายเป็นผลจากอุบัติเหตุที่เกิดขึ้นโดยความยินยอมในกิจกรรมทางเพศแบบขาดอากาศ (Asphyxiophilia) ซึ่งโจทก์ได้นำข้อเท็จจริงเกี่ยวกับข้อมูลที่บันทึกใน

⁶⁰ Obscene Publication Act 1959 - section 2(1)

“Subject as hereinafter provided, any person who, whether for gain or not, publishes an obscene article or who has an obscene article for publication for gain (whether gain to himself or gain to another) shall be liable—

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

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

⁶¹ Obscene Publication Act 1959 - section 1(3)

“For the purposes of this Act a person publishes an article who—

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

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

คอมพิวเตอร์ซึ่งถูกยึดในบ้านของจำเลยพบว่า ช่วงเวลาการใช้งานอินเทอร์เน็ตของจำเลยเกิดขึ้นในระยะเวลาไม่นานก่อนและหลังผู้เสียหายถึงแก่ความตาย และยังพบว่าจำเลยมีการเข้าถึงเว็บไซต์ประเภทเนื้อหาเกี่ยวกับการข่มขืน การใช้ความรุนแรงทางเพศและความตายจากการรัดคอ แม้จะไม่มีหลักฐานหรืองานวิจัยประกอบเพื่อสนับสนุนถึงสาเหตุเชื่อมโยงระหว่างการใช้อินเทอร์เน็ตของจำเลยและการฆาตกรรมผู้เสียหาย⁶² คณะลูกขุนได้ตัดสินว่าจำเลยพัวพันในข้อหาฆาตกรรม แต่มีความผิดฐานฆ่าคนโดยไม่เจตนาและถูกตัดสินจำคุกตลอดชีวิต อย่างไรก็ตามในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2007 มีการพิจารณาคดีใหม่โดยศาลสูงสุดซึ่งคือสภาขุนนาง (the House of Lord) ได้กลับคำพิพากษาเดิมเป็นว่าจำเลยมีความผิดฐานฆาตกรรมในท้ายที่สุด⁶³ เหตุการณ์นี้จึงเป็นจุดเริ่มต้นของการรณรงค์ให้เกิดกฎหมายควบคุมสื่อทางเพศรุนแรงของประเทศอังกฤษ

กฎหมายฉบับนี้มีลักษณะสำคัญซึ่งกำหนดให้การครอบครองสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นความผิด เหตุผลของการบัญญัติการควบคุมสื่อทางเพศอย่างเข้มงวดนี้ ผู้ร่างมีความปรารถนาสองประการ คือ เพื่อปกป้องผู้ที่มีส่วนร่วมในการสร้างสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงซึ่งอาจตกเป็นเหยื่อของอาชญากรรมในการสร้างสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงไม่ว่าจะให้ความยินยอมโดยสมัครใจหรือไม่ก็ตาม และเพื่อปกป้องสังคมโดยเฉพาะเด็กจากการรับชมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงซึ่งสถานการณ์ของสื่อทางเพศไม่สามารถควบคุมได้อีกต่อไปผ่านกระบวนการทางกฎหมายเดิม และสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงอาจส่งเสริมความสนใจของบุคคลต่อความรุนแรงหรือพฤติกรรมทางเพศที่เบี่ยงเบนจากปกติ ซึ่งปัจจุบันนี้การเข้าถึงรูปภาพลามกโดยเฉพาะอย่างยิ่งในเว็บไซต์ได้ช่วยขับเคลื่อนวงจรอุปสงค์อุปทานของการบริโภคสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงได้ ดังนั้นเพื่อควบคุมเนื้อหาที่ผิดกฎหมายเหล่านี้จึงจำเป็นต้องขยายความรับผิดชอบของบุคคลซึ่งมีต่อสังคมให้มากขึ้นด้วยการกำหนดให้การครอบครองสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นความผิดซึ่งอาจช่วยในการทำลายวงจรนี้ได้⁶⁴

รายละเอียดเกี่ยวกับกฎหมายสื่อทางเพศรุนแรง มีดังต่อไปนี้

- 1) กำหนดให้การมีไว้ในครอบครองซึ่งภาพสื่อทางเพศรุนแรงเป็นความผิด⁶⁵

⁶² Alexandros K. Antoniou and Dimitris Akrivos, *The Rise of Extreme Porn: Legal and Criminological Perspectives on Extreme Pornography in England and Wales* (Cham: Springer International Publishing, 2017), p. 72.

⁶³ Ibid, pp. 73-74.

⁶⁴ Home Office, Consultation: On the Possession of the Extreme Pornographic Material [online], Accessed: 21 October 2018. Available from: http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/30_08_05_porn_doc.pdf

⁶⁵ Criminal Justice and Immigration Act 2008 - section 63 (1)

“(1) It is an offence for a person to be in possession of an extreme pornographic image.”

2) ภาพสื่อทางเพศรุนแรงต้องมืองค์ประกอบ 2 ประการรวมกันกล่าวคือ เป็นทั้ง ภาพสื่อทางเพศและภาพรุนแรง⁶⁶

คำว่า “ภาพสื่อทางเพศ” หมายถึง ภาพที่ต้องสมมุติฐานว่าสร้างขึ้นโดยมี วัตถุประสงค์เพื่อกระตุ้นความกำหนัดทางเพศ

คำว่า “ภาพรุนแรง” ตามมาตรา 63 (5A)⁶⁷ หมายถึง ภาพที่มีลักษณะตามที่กำหนด ไว้ในมาตรา 63 (7) และ มาตรา 63 (7A) และมี “การล่วงละเมิดอย่างออกอาก” “น่ารังเกียจ” หรือ “ลักษณะลามก”

คำว่า “การล่วงละเมิดอย่างออกอาก” หรือ “น่ารังเกียจ” เป็นเพียงตัวอย่างของ “ลักษณะลามก” ซึ่งไม่ได้มีความหมายเชิงเทคนิคแต่อย่างใด เป็นคำถูกนำมาจากพจนานุกรมทั่วไป ของคำว่า “ลามก”⁶⁸

3) “ภาพรุนแรง” หมายถึง ภาพซึ่งแสดงให้เห็นการกระทำในลักษณะชัดเจนและ สมจริง ตามมาตรา 63 (7)⁶⁹ และ มาตรา 63 (7A)⁷⁰ ดังต่อไปนี้

⁶⁶ Criminal Justice and Immigration Act 2008 - section 63 (2)

“(2) An “extreme pornographic image” is an image which is both—
(a) pornographic, and
(b) an extreme image.”

⁶⁷ Criminal Justice and Immigration Act 2008 - section 63 (5A)

“In relation to possession of an image in England and Wales, an “extreme image” is an image which—
(a) falls within subsection (7) or (7A), and
(b) is grossly offensive, disgusting or otherwise of an obscene character.”

⁶⁸ Ministry of Justice, [Circular No. 2009/01: Possession of Extreme Pornographic Images and increase in the maximum sentence for offences under the Obscene Publications Act 1959: Implementation of Sections 63-67 and Section 71 of the Criminal Justice and Immigration Act 2008](#), p. 3.

⁶⁹ Criminal Justice and Immigration Act 2008 - section 63 (7)

“An image falls within this subsection if it portrays, in an explicit and realistic way, any of the following—

(a) an act which threatens a person's life,
(b) an act which results, or is likely to result, in serious injury to a person's anus, breasts or genitals,
(c) an act which involves sexual interference with a human corpse, or
(d) a person performing an act of intercourse or oral sex with an animal (whether dead or alive), and a reasonable person looking at the image would think that any such person or animal was real.”

⁷⁰ Criminal Justice and Immigration Act 2008 - section 63 (7A)

- 3.1) การกระทำที่คุกคามชีวิตของบุคคล ตามมาตรา 63 (7) (a)
- 3.2) การกระทำที่ส่งผลหรืออาจส่งผลให้ได้รับบาดเจ็บสาหัสที่ทวารหนัก หนักหรืออวัยวะเพศ ตามมาตรา 63 (7) (b)
- 3.3) การกระทำที่เกี่ยวกับการมีเพศสัมพันธ์กับศพมนุษย์ ตามมาตรา 63 (7) (c)
- 3.4) บุคคลที่กระทำการมีเพศสัมพันธ์หรือการมีเพศสัมพันธ์ทางปากกับ สัตว์ (ไม่ว่าจะตายหรือมีชีวิตอยู่) และวิญญาณที่มองภาพจะคิดว่าคนหรือสัตว์คนนั้นเป็นของจริง ตาม มาตรา 63 (7) (d)
- 3.5) การข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งหมายถึงการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการ ล้วงล้ำโดยปราศจากความยินยอมโดยการใช้อวัยวะเพศชายของบุคคลหนึ่งกระทำต่อช่องคลอด ทวาร หนักหรือปากของอีกบุคคลหนึ่ง จริง ตามมาตรา 63 (7A) (a) หรือ การกระทำที่เกี่ยวข้องกับการ ล้วงล้ำโดยปราศจากความยินยอมโดยการใช้อวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายของบุคคลหนึ่งหรือสิ่ง อื่นใด กระทำต่อช่องคลอด ทวารหนักหรือปากของอีกบุคคลหนึ่ง และวิญญาณที่มองภาพคิดว่าบุคคล นั้นมีอยู่จริง ตามมาตรา 63 (7A) (b)

(4) คำว่า “ภาพ” หมายถึง ภาพเคลื่อนไหว หรือ ภาพนิ่ง ไม่ว่าจะผลิตด้วยวิธีการ ใดๆ หรือ ข้อมูลไม่ว่าจะจัดเก็บด้วยวิธีการใดซึ่งสามารถนำไปแปลงเป็นภาพเคลื่อนไหวหรือภาพนิ่งได้ ตามมาตรา 63 (8)⁷¹

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

“An image falls within this subsection if it portrays, in an explicit and realistic way, either of the following—

(a) an act which involves the non-consensual penetration of a person's vagina, anus or mouth by another with the other person's penis, or

(b) an act which involves the non-consensual sexual penetration of a person's vagina or anus by another with a part of the other person's body or anything else, and a reasonable person looking at the image would think that the persons were real.”

⁷¹ Criminal Justice and Immigration Act 2008 - section 63 (8)

“In this section “image” means—

(a) a moving or still image (produced by any means); or

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

5) การกำหนดประเด็นข้อต่อสู้ของผู้ถูกกล่าวหาว่าครอบครองสื่อทางเพศรุนแรงตามมาตรา 63 มีกำหนดไว้ในมาตรา 65⁷² ดังต่อไปนี้

5.1) ประเด็นว่ามีเหตุผลอันชอบด้วยกฎหมายในการครอบครองภาพสื่อทางเพศรุนแรง

5.2) ประเด็นว่าไม่เห็นภาพสื่อทางเพศรุนแรงและไม่ทราบและไม่มีเหตุอันควรที่จะสงสัยว่าภาพเป็นภาพสื่อทางเพศรุนแรง

5.3) ประเด็นว่าได้รับภาพสื่อทางเพศรุนแรงโดยไม่มีคำร้องขอล่วงหน้าของบุคคลหรือในนามของบุคคลนั้นและไม่ได้เก็บไว้ในระยะเวลาที่ไม่สมเหตุสมผล

โดยประเด็นทั้งสามข้อนี้ ครอบคลุมถึงกรณีต่างๆ เช่น กรณีเจ้าหน้าที่ตำรวจครอบครองภาพสื่อทางเพศรุนแรงไว้เพื่อดำเนินคดี กรณีบุคคลได้รับสำเนาอิเล็กทรอนิกส์ภาพสื่อทางเพศรุนแรงซึ่งได้บันทึกไว้โดยไม่ได้ดูและไม่มีข้อสงสัยว่าเป็นภาพสื่อทางเพศรุนแรง กรณีบุคคลใดได้รับภาพสื่อทางเพศรุนแรงโดยมิได้ร้องขอไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ และได้ลบหรือกำจัดภาพสื่อทางเพศรุนแรงไปโดยเร็ว⁷³ โดยกฎหมายสนับสนุนมุมมองของสถานการณ์ปกติที่ว่า การลบภาพที่จัดเก็บไว้ในคอมพิวเตอร์ก็เพียงพอแล้วที่จะกำจัดภาพสื่อทางเพศรุนแรงออกจากการครอบครองของตน ยกเว้นกรณีที่บุคคลมีเจตนาจะยังคงควบคุมภาพสื่อทางเพศรุนแรงด้วยการใช้ซอฟต์แวร์หรือความสามารถทางเทคนิคกู้ภาพกลับคืนมาได้แม้ว่าจะลบแล้วก็ตาม จึงถือว่ามี ความผิดฐานครอบครองภาพสื่อทางเพศรุนแรง⁷⁴

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁷² Criminal Justice and Immigration Act 2008 - section 65

“(1) Where a person is charged with an offence under section 63, it is a defence for the person to prove any of the matters mentioned in subsection (2).

(2) The matters are—

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

(b) that the person had not seen the image concerned and did not know, nor had any cause to suspect, it to be an extreme pornographic image;

(c) that the person—

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

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

⁷³ Ministry of Justice, Circular No. 2009/01: Possession of Extreme Pornographic Images and increase in the maximum sentence for offences under the Obscene Publications Act 1959: Implementation of Sections 63-67 and Section 71 of the Criminal Justice and Immigration Act 2008, p. 5.

⁷⁴ Ibid.

นอกจากนี้กฎหมายไม่ได้มุ่งกำหนดความผิดกับกรณีการเข้าถึงภาพสื่อทางเพศผ่านอินเทอร์เน็ตโดยไม่ได้ตั้งใจ เช่น กรณีการเข้าไปในเว็บไซต์ที่มีภาพสื่อทางเพศรุนแรงโดยบังเอิญ การกระทำที่เป็นความผิดตามกฎหมายจะต้องเป็นกรณีที่บุคคลยังมีความสามารถควบคุมและเก็บรักษาภาพสื่อทางเพศรุนแรงได้⁷⁵

6) กำหนดโทษสำหรับการครอบครองสื่อทางเพศรุนแรง ตามมาตรา 67⁷⁶ กล่าวคือ

6.1) กรณีครอบครองภาพที่แสดงถึงการกระทำตามมาตรา 63 (7) (a) หรือ (b) และ มาตรา 63 (7A)

a) มีระวางโทษจำคุกไม่เกิน 12 เดือน (ในอังกฤษและเวลส์) หรือ 6 เดือน (ในไอร์แลนด์เหนือ) หรือปรับไม่เกินจำนวนที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติ หรือทั้งจำคุกและปรับ ในกรณีที่เป็นการผิดเล็กน้อย ซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของ Magistrates Court

b) มีระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ หากเป็นความผิดอุกฉกรรจ์ ซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของ Crown Court

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Criminal Justice and Immigration Act 2008 - section 67 - Penalties etc. for possession of extreme pornographic images

“(1) This section has effect where a person is guilty of an offence under section 63.

(2) If the offence relates to an image that portrays any relevant act (with or without other acts), the offender is liable—

(a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding the relevant period or a fine not exceeding the statutory maximum or both;

(b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 3 years or a fine or both.

(3) If the offence relates to an image that does not portray any relevant act, the offender is liable—

(a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding the relevant period or a fine not exceeding the statutory maximum or both;

(b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 2 years or a fine or both.

(4) In subsection (2)(a) or (3)(a) “the relevant period” means—

(a) in relation to England and Wales, 12 months;

(b) in relation to Northern Ireland, 6 months.

(5) In this section “relevant act” means—

(a) in relation to England and Wales, an act within section 63(7)(a) or (b) or (7A)(a) or (b);

(b) in relation to Northern Ireland, an act within section 63(7)(a) or (b) or (7A)(a) or (b).”

6.2) กรณีครอบครองภาพที่แสดงถึงการกระทำตามมาตรา 63 (7) (c) และ (d)

a) มีระวางโทษจำคุกไม่เกิน 12 เดือน (ในอังกฤษและเวลส์) หรือ 6 เดือน (ในไอร์แลนด์เหนือ) หรือปรับไม่เกินจำนวนที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติ หรือทั้งจำคุกและปรับ ในกรณีที่เป็นการผิดเล็กน้อย ซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของ Magistrates Court

b) มีระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ หากเป็นการผิดต่อจรรยาบรรณ ซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของ Crown Court

4.4 ประเทศญี่ปุ่น

ประเทศญี่ปุ่นเป็นประเทศที่มีการใช้กฎหมายระบบประมวลกฎหมาย หรือระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร เช่นเดียวกับประเทศไทย มีรูปแบบการปกครองเป็นประชาธิปไตยแบบรัฐสภา มีการวางรากฐานระบบกฎหมายโดยใช้ระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) ตามแบบประเทศในแถบยุโรป โดยเฉพาะประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนี ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองประเทศญี่ปุ่นได้รับอิทธิพลทางกฎหมายและวัฒนธรรมมาจากประเทศสหรัฐอเมริกา ดังปรากฏจากรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ถูกนำมาใช้ มีการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยเฉพาะเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็น ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 21⁷⁷ บัญญัติไว้ว่า

“เสรีภาพในการชุมนุม การรวมกลุ่ม รวมทั้งการพูด การพิมพ์ และสิ่งใดที่พึงประสงค์ เป็นการแสดงออกเป็นสิ่งที่ได้รับการคุ้มครอง

การบังคับตรวจแก้ไขจะทำมิได้ ความลับในการสื่อสารจะละเมิดมิได้”

การรับรองเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนี้โดยหลักการ คือ ห้ามมิให้รัฐเข้าแทรกแซงการใช้เสรีภาพของบุคคล แต่ก็มีข้อยกเว้นเฉพาะให้มีการจำกัดเสรีภาพเพื่อประโยชน์สาธารณะ ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 12⁷⁸ บัญญัติไว้ว่า

⁷⁷ The Constitution of Japan – article 21

“Freedom of assembly and association as well as speech, press and all other forms of expression are guaranteed.

No censorship shall be maintained, nor shall the secrecy of any means of communication be violated.”

⁷⁸ The Constitution of Japan – article 12

“เสรีภาพและสิทธิที่รัฐธรรมนูญนี้ให้การคุ้มครองต่อประชาชน ประชาชนต้องพยายามรักษาให้คงไว้อย่างเต็มกำลังโดยสม่ำเสมอ และประชาชนจะใช้ตามอำเภอใจมิได้ หากแต่ต้องมีความรับผิดชอบต่อการใช้เพื่อประโยชน์สุขอันร่วมกันของสาธารณะเสมอ”

4.4.1 ขอบเขตของสื่อลามกตามกฎหมายประเทศญี่ปุ่น

แม้สื่อทางเพศของประเทศญี่ปุ่นจะถือว่าเป็นสิ่งถูกกฎหมาย แต่ก็ยังมีกฎหมายสื่อลามกมาควบคุม โดยคำว่า “สื่อลามก” ตามกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น ยังมีความคลุมเครือ อาจแปรเปลี่ยนไปตามยุคสมัยจากการตีความคำพิพากษาและการบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ ตลอดจนองค์การตรวจสอบควบคุมดูแลตนเองของอุตสาหกรรมผลิตสื่อซึ่งหากพิจารณาถึงสื่อลามกตามกฎหมายในบริบทปัจจุบันย่อหมายถึง สื่อทุกชนิดที่แสดงให้เห็นภาพอวัยวะเพศอย่างชัดเจน ปราศจากการปิดบังใดๆ เท่านั้น ไม่มีการพิจารณาถึงลักษณะการกระทำทางเพศแต่อย่างใด เพื่อทำความเข้าใจเหตุผลของการควบคุมสื่อทางเพศที่มีลักษณะเฉพาะของประเทศญี่ปุ่น จำเป็นต้องศึกษาพัฒนาการตีความสื่อลามกผ่านการตีความคำพิพากษาศาล การบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ และแนวทางปฏิบัติขององค์การตรวจสอบควบคุมดูแลตนเองของอุตสาหกรรมผลิตสื่อประกอบ

ขอบเขตการตีความสื่อลามกตามกฎหมายประเทศญี่ปุ่นคดีแรกเกิดขึ้นในบริบทของงานเขียนใน ค.ศ. 1957 จากการดำเนินคดีในข้อหาความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกกับบรรณาธิการและผู้แปลนวนิยาย เรื่อง *Lady Chatterley's Lover* ของ D.H. Lawrence นักเขียนชาวอังกฤษ ซึ่งปรากฏข้อความบรรยายการกระทำทางเพศอย่างชัดเจนในหลายตอนของงานเขียน⁷⁹ ในคดีนี้ศาลฎีกาวางขอบเขตของการพิจารณาสื่อลามกไว้ว่า จะต้องเป็นสิ่งใดๆ ซึ่งมีแนวโน้มกระตุ้นความกำหนัดทางเพศ และเป็นผลให้เกิดความรู้สึกอับอาย น่ารังเกียจ ทำร้ายความรู้สึกทั่วไปที่เกิดในภาวะจิตใจของบุคคลปกติ หรือกระทบต่อศีลธรรมอันดีในความเหมาะสมทางเพศ⁸⁰

ต่อมาในการดำเนินคดีฟ้องร้องบรรณาธิการและผู้แปลในข้อหาครอบครองและขายสื่อลามก จากงานแปลเรื่อง *L'Histoire de Juliette, ou les Prospérités du vice* ของนักเขียนชาวฝรั่งเศส ชื่อ *Marquis de Sade* ใน ค.ศ. 1962 ศาลชั้นต้นกรุงโตเกียวพิจารณาแล้วว่าข้อความ

“The freedoms and rights guaranteed to the people by this Constitution shall be maintained by the constant endeavor of the people, who shall refrain from any abuse of these freedoms and rights and shall always be responsible for utilizing them for the public welfare.”

⁷⁹ Joaquin De Silva, *Obscenity and Article 175 of the Japanese Penal Code: A Short Introduction to Japanese Censorship* [online]. Accessed 13 November 2018. Available from: <http://eiga9.alt.ervista.org/articulos/obscenity.html>

⁸⁰ *Koyama v. Japan*, 1953 A 1713.

14 ตอน ที่ปรากฏในงานเพียงแค่การละเมิดมารยาทที่ติงามของสังคม ไม่ได้ส่งผลกระทบต่อความกำหนัดทางเพศจึงไม่ถือว่าเป็นสื่อลามก⁸¹ แต่ศาลสูงกลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้นว่าเป็นสื่อลามก และศาลฎีกาได้พิพากษายืนตามศาลสูงว่า ข้อความที่ลามกจำนวน 14 ตอน ทำให้งานทั้งหมดเป็นสื่อลามก โดยให้หลักการเพิ่มเติมนอกเหนือจากคดี Lady Chatterley's Lover ที่ว่าหากส่วนที่ถือว่าเป็นสื่อลามกที่ปรากฏในงานย่อมนำมาซึ่งงานทั้งหมดกลายเป็นสื่อลามก⁸² คดีนี้ได้เริ่มสร้างความเข้าใจแก่บุคคลทั่วไปว่าแนวคิดคุณค่าทางศิลปะอาจช่วยลดส่วนที่กระตุ้นความกำหนัดทางเพศที่อยู่ในงานไปสู่ระดับที่ไม่ผิดกฎหมาย และหากตัดส่วนที่เป็นสื่อลามกออกไปก็ย่อมทำให้งานนั้นไม่เป็นสื่อลามก

ต่อมา ใน ค.ศ. 1962 มีการดำเนินคดีในส่วนของภาพยนตร์เรื่องแรกที่ถูกตั้งข้อกล่าวหาว่าเป็นสื่อลามก ในเรื่อง Nikutai No Ichiba (Market of Flesh) ซึ่งเป็นภาพยนตร์ประเภทสื่อทางเพศทุนต่ำที่เรียกว่า pink-eiga film เรื่องแรกที่กรมตำรวจกรุงโตเกียวสั่งให้ระงับการฉายภาพยนตร์และจับกุมผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับภาพยนตร์ ภายหลังจากผู้กำกับยินยอมแก้ไขตัดฉากการมีเพศสัมพันธ์ออกไปเจ้าหน้าที่จึงได้ระงับคดีการดำเนินคดี โดยในระหว่างการดำเนินคดีภาพยนตร์เรื่องดังกล่าว ได้มีข้อกำหนดของคณะกรรมการบริหารดูแลหลักเกณฑ์ทางจริยธรรมภาพยนตร์ (EIRIN – Eirin Kanri Linkai หรือ Administration Commission of Motion Picture code of Ethics ซึ่งไม่ใช่องค์กรภาครัฐ แต่เป็นคณะกรรมการอิสระที่ได้รับเลือกโดยสมาชิกของอุตสาหกรรมภาพยนตร์ของประเทศญี่ปุ่นเพื่อกำกับดูแลตรวจสอบภาพยนตร์) กำหนดห้ามมิให้สื่อทางเพศทุกชนิดแสดงให้เห็นภาพการรวมเพศอย่างชัดเจนและจะต้องไม่แสดงให้เห็นภาพอวัยวะเพศหรือขนในที่ลับ (Public Hair)

เมื่อมีข้อกำหนดเคร่งครัดห้ามมิให้สื่อทางเพศแสดงให้เห็นภาพอวัยวะเพศหรือขนในที่ลับและการรวมเพศอย่างชัดเจน ทั้งนี้รวมถึงการห้ามการแสดงเลียนแบบการมีเพศสัมพันธ์ด้วยเช่นกัน ดังนั้นเพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้ถูกดำเนินคดี จึงเกิดการทดลองนำการปกปิดหรือทำให้มองเห็นไม่ชัดเจนใดส่วนหนึ่งของภาพหรือที่เรียกว่า “โบคาชิ” (Bokashi) มาใช้เป็นทางออกมิให้ถูกเจ้าหน้าที่ตำรวจตั้งข้อกล่าวหาดำเนินคดี และวิธีนี้ได้ถูกนำมาใช้กับสื่อทางเพศอย่างแพร่หลายเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว จนกลายเป็นแนวปฏิบัติมาตรฐานของการตรวจสอบแก้ไขสื่อทางเพศก่อนนำมาเผยแพร่จนถึงปัจจุบันซึ่งอุตสาหกรรมผลิตสื่อทางเพศได้ปฏิบัติตามมาตรฐานนี้อย่างเคร่งครัด โดยก่อนที่จะเผยแพร่สื่อทางเพศจะต้องปกปิดภาพอวัยวะเพศด้วยการใช้แถบสีดำปกปิดทับหรือใช้เทคนิคการเบลอภาพส่วนที่ต้องห้าม

⁸¹ Joaquin De Silva, *Obscenity and Article 175 of the Japanese Penal Code: A Short Introduction to Japanese Censorship*.

⁸² Ibid.

ใน ค.ศ. 1965 ภาพยนตร์เรื่องแรกที่ถูกฟ้องร้องดำเนินคดีเกี่ยวกับสื่อลามก คือ Kuroi Yuki (Black Snow) กำกับโดย Tetsuji Takechi ซึ่งภาพยนตร์ดังกล่าวจะได้รับการอนุมัติจาก EIRIN ทั้งที่ไม่ได้ตัดฉากที่แสดงให้เห็นหญิงสาววิ่งเปลือยกายออกไปก่อนนำออกฉาย จึงเป็นประเด็นให้เกิดการดำเนินคดีว่าเป็นสื่อลามก⁸³ ท้ายที่สุดศาลได้นำเรื่องแนวคิดคุณค่าทางศิลปะและเสรีภาพในการแสดงออกมาพิจารณาและพิพากษาว่าไม่เป็นสื่อลามก

ต่อมา ค.ศ. 1967 เกิดการตั้งคำถามถึงมาตรฐานขอบเขตการพิจารณาสื่อลามกของประเทศญี่ปุ่นจากเหตุการณ์สำคัญของการดำเนินคดีกับ Nagisa Oshima ผู้กำกับภาพยนตร์เรื่อง In the Realm of Sense ซึ่งภาพยนตร์เรื่องดังกล่าวมีฉากแสดงถึงภาพอวัยวะเพศและฉากการร่วมเพศอย่างชัดเจน รวมถึงมีฉากสำคัญเกี่ยวกับการใช้ความรุนแรงปรากฏอยู่ในตอนท้ายภาพยนตร์ที่ฝ่ายหญิงขึ้นคร่อมร่วมเพศกับฝ่ายชาย ขณะเดียวกันก็รัดคอฝ่ายชายจนถึงแก่ความตายซึ่งฝ่ายชายเต็มใจให้ถูกรัดและมีความสุขไปพร้อมกับการร่วมเพศ⁸⁴ เพื่อหลีกเลี่ยงการถูกดำเนินคดีตามกฎหมายสื่อลามกของประเทศญี่ปุ่น กระบวนการผลิต ตัดต่อและจัดแสดงทั้งหมดได้เกิดขึ้นในประเทศฝรั่งเศส แม้ภาพยนตร์เรื่องดังกล่าวจะไม่ได้นำเข้าฉายในประเทศญี่ปุ่นเพราะความกังวลต่อการถูกดำเนินคดี แต่สิ่งที่ถูกตั้งข้อกล่าวหาว่าเป็นสื่อลามก คือ หนังสือเรียงความและรูปถ่ายแสดงภาพชายหญิงกำลังมีเพศสัมพันธ์จำนวน 12 รูป ที่ Nagisa Oshima ได้นำติดตัวกลับมายังประเทศญี่ปุ่น โดยหนังสือดังกล่าวมีข้อความบรรยายถึงฉากการแสดงท่าทางของชายหญิงขณะมีเพศสัมพันธ์อย่างตรงไปตรงมา ในบทภาพยนตร์ ระหว่างการดำเนินคดีในศาล Nagisa Oshima ต้องการให้ศาลอธิบายถึงมาตรฐานทางปรัชญา การเมือง กฎหมาย ต่อการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นสื่อลามก และยังขอให้ศาลกำหนดให้ชัดเจนถึงการจัดแสดงท่าทางในสื่อทางเพศอย่างไรที่จะไม่ถูกพิจารณาว่าเป็นสื่อลามก กล่าวคือ Nagisa Oshima ต้องการให้ศาลกำหนดให้ชัดเจนว่าการแสดงให้เห็นการกระทำทางเพศหรืออวัยวะส่วนใดที่ถูกกำหนดว่าเป็นสื่อลามกซึ่งหากศาลกำหนดได้ชัดเจนก็จะนำไปสู่การแก้ไขตัดต่อภาพส่วนที่ถูกพิจารณาว่าเป็นสื่อลามกออกไปได้⁸⁵ ภายหลัง ค.ศ. 1982 ศาลฎีกาได้ตัดสินให้ Nagisa Oshima พ้นข้อกล่าวหาโดยไม่ได้พิจารณาคำขอให้ช่วยอธิบายให้ชัดเจนถึงขอบเขตของสื่อลามกแต่อย่างใด

กรณีภาพถ่าย ใน ค.ศ. 1987 Ken Togo บรรณาธิการนิตยสาร The Gay ถูกจับกุมดำเนินคดีโดยศุลกากรที่สนามบินในข้อหานำนิตยสารและวิดีโอซึ่งมีภาพเปลือยให้เห็นอวัยวะเพศชาย

⁸³ Ibid.

⁸⁴ ธเนศ วงศ์ยานนาวา, เพศ : จากธรรมชาติ สู่วัยเจริญพันธุ์ จนถึงสุนทรียะ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: สมมติ, 2559), หน้า 353.

⁸⁵ Joaquin De Silva, *Obscenity and Article 175 of the Japanese Penal Code: A Short Introduction to Japanese Censorship*.

เข้ามาเพื่อแจกจ่าย ศาลชั้นต้นพิพากษาว่านิตยสารและวิดีโอที่ยึดเป็นสื่อลามกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 175 แต่ศาลสูงกลับคำพิพากษาศาลชั้นต้นด้วยเหตุว่ามีเจตนาใช้ส่วนบุคคล คำพิพากษาของศาลสูงชี้ให้เห็นว่าหากนำสื่อลามกเข้ามาเพื่อครอบครองส่วนตัวย่อมเป็นสิ่งที่ยอมรับได้ แต่ท้ายที่สุดศาลฎีกาตัดสินว่ามีความผิดและลงโทษ⁸⁶

ข้อจำกัดของการเปิดเผยอวัยวะเพศในกรณีภาพถ่ายได้รับการผ่อนปรนลงจากมาตรฐานสื่อลามกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 175 ใน ค.ศ. 1991 เมื่อหนังสือภาพเปลือยของหญิงสาว ชื่อ Water Fruit ได้รับการตีพิมพ์เผยแพร่ และเป็นครั้งแรกที่ภาพเปลือยกายของนางแบบหญิงปรากฏให้เห็นชนในที่ลับประกอบกับใน ค.ศ. 1992 มีการฉายภาพยนตร์เรื่อง Ai no Shinseikai (New Love in Tokyo) ซึ่งเป็นภาพยนตร์ประเทศญี่ปุ่นเรื่องแรกที่แสดงฉากเปลือยด้านหน้าของนักแสดงหญิงโดยปราศจากการแก้ไขปกปิดภาพบริเวณชนในที่ลับ ต่อมาจึงมีงานภาพถ่ายและภาพยนตร์เรื่องอื่นๆ ซึ่งมีฉากนักแสดงหญิงเปลือยกายให้เห็นชนในที่ลับได้รับอนุญาตให้ออกเผยแพร่ได้⁸⁷ โดยปราศจากการตั้งข้อหาใดๆ จากเจ้าหน้าที่ตำรวจจึงแสดงให้เห็นถึงมาตรฐานใหม่ของขอบเขตสื่อลามกที่ยอมรับให้เห็นชนในที่ลับได้หากอวัยวะเพศได้รับการปกปิด แต่ความผ่อนคลายนี้อย่างไม่ยอมรับภาพถ่ายหรือภาพยนตร์ที่แสดงให้เห็นอวัยวะเพศชายแต่อย่างใด

ต่อมาในปี 2003 ศาลฎีกาได้ผ่อนคลายนโยบายหลักการเปิดเผยอวัยวะเพศชายในสื่อทางเพศประเภทภาพถ่าย ในคดีที่เจ้าหน้าที่ศุลกากรยึด หนังสือภาพ Mapplethorpe ฉบับภาษาประเทศญี่ปุ่น ของ Takashi Asai เนื่องจากมีภาพเปลือยให้เห็นอวัยวะเพศชายซึ่งถือเป็นสื่อลามก ทั้งๆที่หนังสือภาพ Mapplethorpe ได้ถูกตีพิมพ์และขายในประเทศญี่ปุ่นไปแล้วถึง 937 ฉบับ ตั้งแต่ ค.ศ. 1995-2000 และมีการโฆษณาประกาศขายหนังสือภาพบนหน้าหนังสือพิมพ์ทั่วประเทศ⁸⁸ คดีนี้ศาลฎีกาได้พิจารณาบนพื้นฐานของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการยอมรับของสังคมที่มีต่อการเปิดเผยภาพอวัยวะที่มากขึ้น จึงพิพากษาว่าหนังสือภาพ Mapplethorpe ไม่เป็นสื่อลามก เพราะประกอบไปด้วยมุมมองทางศิลปะที่ไม่ได้มุ่งแสดงฉากของการร่วมเพศโดยตรง ยากที่จะกระตุ้นให้เกิดความกำหนัดทางเพศแก่ผู้พบเห็น⁸⁹ ผลจากคำพิพากษานี้เป็นการยอมรับให้มีการแสดงอวัยวะเพศชายในสื่อทางเพศประเภทรูปภาพได้ และยืนยันว่าสื่อลามกคือการแสดงให้เห็นอวัยวะเพศร่วมกับฉากการกระทำทางเพศ

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Ibid.

องค์กรควบคุมกำกับตนเองของอุตสาหกรรมภาพยนตร์ หรือที่เรียกว่า Viderin (ย่อมาจาก Nippon Video Rinri Kyoukai หรือ Japan Video Morality Association ซึ่งรู้จักกันในชื่อ Nihon Ethic of Video Association – NEVA) ซึ่งก่อตั้งมาตั้งแต่ ค.ศ. 1972 ได้วางมาตรฐานใหม่ในการปกปิดภาพอวัยวะเพศในสื่อทางเพศด้วยการใช้เทคนิคเบลอภาพด้วยโมเสก (digital mosaic) ทำให้ส่วนที่ปกปิดเล็กลงและโปร่งใสมากขึ้น อย่างไรก็ตาม ใน ค.ศ. 2007 เจ้าหน้าที่ตำรวจเมืองโตเกียวได้ดำเนินคดีกับงานสองชิ้นที่ได้รับการปล่อยผ่านการตรวจสอบจาก Viderin เนื่องจากการปกปิดภาพต้องห้ามไม่ได้มาตรฐานเพราะโปร่งใสเกินไปจนสามารถเห็นภาพอวัยวะเพศได้ชัดเจน ทำให้งานดังกล่าวถูกพิจารณาว่าเป็นสื่อลามก ทำให้ Viderin สูญเสียบทบาทจากองค์กรอิสระที่มีอิทธิพลมากที่สุดในการกำกับตรวจสอบสื่อทางเพศของประเทศญี่ปุ่น⁹⁰ จนเกิดองค์กรอิสระอื่นๆ เข้ามาแทนที่และมีการออกกฎหมายการใช้โมเสกปกปิดบริเวณอวัยวะเพศที่ต้องมีให้เห็นภาพอวัยวะเพศชัดเจนไป

สื่อลามกในรูปแบบของภาพการ์ตูนก็อยู่ภายใต้บริบทของการควบคุมของกฎหมายสื่อลามกด้วยเช่นกัน เนื่องจากการ์ตูน หรือ “มังงะ” (Manga) เป็นสื่อที่มีทั้งภาพวาดและตัวอักษรประกอบ ใน ค.ศ. 2002 มังงะเรื่องแรกที่ถูกฟ้องคดีดำเนินคดีสู่ศาลในข้อหาจำหน่ายสื่อลามก คือเรื่อง Misshitsu (Honey Room) ซึ่งมีฉากแสดงให้เห็นอวัยวะเพศและการร่วมเพศอย่างชัดเจนปราศจากการปกปิดใดๆ รวมถึงมีการวาดภาพแสดงการข่มขืนและการมีความสุขทางเพศจากการทรมาน ศาลชั้นต้นกรุงโตเกียวตัดสินลงโทษจำคุก Motonori Kishi บรรณาธิการ เป็นเวลา 1 ปี ฐานแจกจ่ายสื่อลามกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 175 ภายหลังจากศาลสูงโตเกียวลดโทษเป็นปรับ 1,500,000 เยน⁹¹ การดำเนินคดีดังกล่าวทำให้ผู้ผลิตสื่อประเภทการ์ตูนต้องนำมาตรฐานการปกปิดภาพบริเวณต้องห้ามมาใช้กับงานของตนก่อนนำไปเผยแพร่อย่างเสียไม่ได้ และก่อให้เกิดการโต้เถียงอย่างรุนแรงแก่สาธารณชนอย่างกว้างขวาง เพราะยังมีมังงะเรื่องอื่นที่มีเนื้อหาเผยแพร่ภาพความรุนแรงทางเพศที่มีอยู่ทั่วประเทศแบบแต่กลับไม่ถูกดำเนินคดี

เมื่อการควบคุมสื่อทางเพศมุ่งแต่การปกปิดอวัยวะเพศเป็นสำคัญ เนื้อหาที่ปรากฏในสื่อทางเพศกลับปราศจากข้อจำกัดใดๆ สื่อทางเพศในรูปแบบต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นหนังสือการ์ตูน ภาพเคลื่อนไหว ภาพถ่าย หรือภาพยนตร์ในปัจจุบันสามารถแสดงภาพของความโหดร้ายทารุณ การใช้รุนแรงได้อย่างไร้ข้อจำกัด ไม่ว่าจะเป็นการใช้กำลังทำร้าย การฆ่าหรือการข่มขืน ทั้งที่มีสื่อทางเพศจำนวนมากนำเสนอภาพของการใช้ความรุนแรงแต่ความกังวลหลักของการตรวจสอบควบคุมสื่อลามกกลับมุ่งไปที่การปิดบังภาพบริเวณอวัยวะเพศแทน จึงเป็นสิ่งที่ตรงกันข้ามกับการตรวจสอบสื่อทางเพศ

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Ibid.

ในประเทศตะวันตกที่ยอมรับการเปิดเผยภาพทางเพศได้สมบูรณ์ แต่จะไม่ยอมรับสื่อทางเพศที่ปรากฏภาพการใช้ความรุนแรงที่ก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย และละเมิดเสรีภาพของบุคคล⁹²

4.4.2 กฎหมายควบคุมสื่อทางเพศของประเทศญี่ปุ่น

ปัจจุบันมีเพียงประมวลกฎหมายอาญาเป็นบทบัญญัติเดียวที่มาจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นทางเพศเป็นหลัก โดยประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 175 บัญญัติไว้ว่า

“ผู้ใดแจกจ่าย จำหน่าย หรือจัดแสดงในที่สาธารณะ ซึ่งงานเขียน ภาพ หรือสิ่งใดๆ อันลามก ต้องระวางโทษจำคุก ไม่เกิน 2 ปี หรือ ปรับไม่เกิน 2,500,000 เยน ความผิดนี้รวมถึงการที่ผู้ใดครอบครองสิ่งอันลามกไว้เพื่อจำหน่ายด้วย”

จากบทบัญญัตินี้จะเห็นได้ว่าการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกของประเทศญี่ปุ่นมุ่งจำกัดเฉพาะการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะเป็นสำคัญ แต่ในทางปฏิบัติสื่อลามกยังสามารถนำมาเปิดเผยแก่สาธารณะได้อย่างถูกกฎหมายตราบเท่าที่มีการปกปิดอวัยวะเพศ

4.5 ประเทศเยอรมนี

ประเทศเยอรมนีเป็นสหพันธรัฐประกอบด้วย 16 มลรัฐ ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตย ระบบรัฐสภา มีโครงสร้างการปกครองแบ่งออกเป็น 3 ระดับ คือ รัฐบาลสหพันธรัฐ รัฐบาลมลรัฐ และ รัฐบาลท้องถิ่น รัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันหรือที่เรียกว่า กฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) ให้ความสำคัญกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสำคัญ กล่าวคือ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะละเมิดมิได้ เป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งมวลที่จะต้องเคารพและปกป้องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อีกทั้งประชาชนชาวเยอรมันยอมรับว่าสิทธิมนุษยชนจะละเมิดไม่ได้ ทั้งนี้ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และ ฝ่ายตุลาการพึงเคารพสิทธิมนุษยชนทั้งปวง⁹³ ในด้านบทบัญญัติคุ้มครองเสรีภาพของบุคคลทั่วไปตาม

⁹² Simon Scott. *What's really at stake in Japan's revised pornography laws?* [online]. Accessed 12 November 2018. Available from: <https://japantoday.com/category/features/opinions/what%25e2%2580%2599s-really-at-stake-in-japan%25e2%2580%2599s-revised-pornography-laws>

⁹³ Basic Law for the Federal Republic of Germany – article 1 – Human dignity – Human rights – Legally binding force of basic rights

“(1) Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority.

(2) The German people therefore acknowledge inviolable and inalienable human rights as the basis of every community, of peace and of justice in the world.

(3) The following basic rights shall bind the legislature, the executive and the judiciary as directly applicable law.”

รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ว่าบุคคลย่อมมีสิทธิที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองได้โดยเสรี ครอบคลุมที่ไม่เป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลอื่นหรือละเมิดระบอบรัฐธรรมนูญ หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และบุคคลมีสิทธิในชีวิตและสิทธิในร่างกายของตนที่จะละเมิดไม่ได้ การจำกัดสิทธิดังกล่าวจะกระทำได้แต่โดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย⁹⁴ ในส่วนของเสรีภาพในการแสดงออกนั้นรัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ว่าบุคคลมีสิทธิที่จะแสดงออกได้โดยเสรีซึ่งความคิดเห็นของตนผ่านการพูด การเขียน และรูปภาพ และมีสิทธิโดยเสรีที่จะแสวงหาข่าวสารให้แก่ตนเองจากแหล่งข่าวสารสาธารณะ เสรีภาพในการพิมพ์ และเสรีภาพในการพิมพ์ ดังนั้นโดยหลักแล้วสิทธิเสรีภาพของบุคคลจะถูกละเมิดมิได้ แต่อย่างไรก็ตามสิทธิดังกล่าวย่อมถูกจำกัดโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั่วไป โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชน และโดยสิทธิในเกียรติยศส่วนตัวจะละเมิดมิได้ อีกทั้งศิลปะและวิทยาศาสตร์ การวิจัยและการสอนมีความเป็นอิสระ เสรีภาพในการสอนไม่ทำให้บุคคลพ้นจากการเคารพรัฐธรรมนูญ⁹⁵

4.5.1 กฎหมายควบคุมสื่อทางเพศของประเทศเยอรมนี

ประเทศเยอรมนีไม่มีกฎหมายกำหนดให้สื่อทางเพศที่มีลักษณะขัดต่อมาตรฐานการยอมรับของสังคมเป็นสื่อลามกอันต้องควบคุมเหมือนเช่นประเทศอื่น เนื่องจากเหตุผลของการการนำแนวคิดทางศีลธรรมของคนส่วนใหญ่มาเป็นเกณฑ์กำหนดควบคุมสื่อทางเพศไม่เป็นที่ยอมรับอีกต่อไป แต่การควบคุมสื่อทางเพศจะอยู่ภายใต้เหตุผลของการปกป้องเด็กและเยาวชนแทน ดังตัวอย่างในคดี Mutzenbacher⁹⁶ ที่ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนีการวางหลักวินิจฉัยว่านวนิยายเรื่อง Josephine Mutzenbacher ได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นศิลปะแขนงหนึ่งตามรัฐธรรมนูญ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁹⁴ Basic Law for the Federal Republic of Germany – article 2 – Personal freedoms

“(1) Every person shall have the right to free development of his personality insofar as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the moral law.

(2) Every person shall have the right to life and physical integrity. Freedom of the person shall be inviolable. These rights may be interfered with only pursuant to a law.”

⁹⁵ Basic Law for the Federal Republic of Germany – article 5 – Freedom of expression

“(1) Every person shall have the right freely to express and disseminate his opinions in speech, writing and pictures and to inform himself without hindrance from generally accessible sources. Freedom of the press and freedom of reporting by means of broadcasts and films shall be guaranteed. There shall be no censorship.

(2) These rights shall find their limits in the provisions of general laws, in provisions for the protection of young persons and in the right to personal honour.

(3) Arts and sciences, research and teaching shall be free. The freedom of teaching shall not release any person from allegiance to the constitution.”

⁹⁶ BVerfGE 83,130 1 BvR 402/87 (Mutzenbacher decision)

มาตรา 5 (3) กล่าวคือการแสดงออกอาจเป็นได้ทั้งสื่อทางเพศและงานศิลปะ⁹⁷ รัฐไม่มีสิทธิมาตัดสินว่า สิ่งใดไม่ใช่ศิลปะหรือขัดกับศีลธรรมหรือจิตใจสำนึกของคนส่วนใหญ่และเลือกคุ้มครองเฉพาะสิ่งที่รัฐ เห็นว่าเป็นศิลปะเท่านั้น เหตุผลของข้อจำกัดในการควบคุมสิทธิขั้นพื้นฐานของแสดงออกต้องเป็นไป เพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชนตามรัฐธรรมนูญมาตรา 5 (2) เป็นหลัก

4.5.1.1 กรณีสื่อทางเพศทั่วไป

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนีมาตรา 184⁹⁸ ได้กำหนด มาตรการควบคุมสื่อทางเพศทั่วไป โดยกำหนดให้การกระทำในลักษณะดังต่อไปนี้เป็นความผิดและ กำหนดโทษไว้ กล่าวคือ ผู้ซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องกับสื่อทางเพศตามที่ระบุไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 11 (3) ซึ่งหมายถึงสื่อในลักษณะของสื่อที่ใช้การมองเห็น (สื่อโสตทัศน์), หน่วยเก็บความจำ

⁹⁷ The University of Texas at Austin, Foreign Law Translation German Case [online], Accessed: 16 April 2019. Available from: <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=628>

⁹⁸ German Criminal Code – section 184 - Distribution of pornography

“(1) Whosoever with regard to pornographic written materials (section 11(3))

1. offers, gives or makes them accessible to a person under eighteen years of age;
2. displays, presents or otherwise makes them accessible at a place accessible to persons under eighteen years of age, or which can be viewed by them;
3. offers or gives them to another in retail trade outside the business premises, in kiosks or other sales areas which the customer usually does not enter, through a mail-order business or in commercial lending libraries or reading circles;
- 3a. offers or gives them to another by means of commercial rental or comparable commercial supply for use, except for shops which are not accessible to persons under eighteen years of age and which cannot be viewed by them;
4. undertakes to import them by means of a mail-order business;
5. publicly offers, announces, or commends them at a place accessible to persons under eighteen years of age or which can be viewed by them, or through dissemination of written materials outside business transactions through the usual trade outlets;
6. allows another to obtain them without having been requested to do so;
7. shows them at a public film showing for an entry fee intended entirely or predominantly for this showing;
8. produces, obtains, supplies, stocks, or undertakes to import them in order to use them or copies made from them within the meaning of Nos 1 to 7 above or to facilitate such use by another; or
9. undertakes to export them in order to disseminate them or copies made from them abroad in violation of foreign penal provisions or to make them publicly accessible or to facilitate such use, shall be liable to imprisonment not exceeding one year or a fine.

ของสื่อ, การแสดงภาพประกอบและการพรรณานอื่น⁹⁹ จะมีความผิดและต้องระวางโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 1 ปี หรือปรับ เมื่อได้กระทำการดังต่อไปนี้

1) เสนอ ให้ หรือทำให้บุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปี สามารถเข้าถึงสื่อเหล่านั้นได้

2) นำเสนอ หรือ แม้กระทั่งการกระทำใดๆ ที่มีส่วนทำให้บุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 เข้าถึงในสถานที่และพบเห็นสื่อเหล่านั้น

3) เสนอ หรือมอบให้ใช้ในเชิงการค้า ภายนอกแผงขายหรือพื้นที่ขาย ซึ่งโดยปกติผู้มาใช้บริการจะไม่เข้าไป หรือการสั่งซื้อผ่านทางไปรษณีย์ หรือการให้ยืมในเชิงพาณิชย์

3a) เสนอ หรือ ให้ใช้ในวิธีทางเชิงพาณิชย์ ทั้งให้ยืม หรือเก็บไว้ใช้ ยกเว้นร้านค้าที่มีให้บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เข้าถึงและไม่สามารถพบเห็นสื่อเหล่านั้นได้

4) รับผิดชอบการนำเข้าโดยผ่านการสั่งซื้อผ่านทางไปรษณีย์

5) นำเสนอ ประกาศ หรือ แนะนำในที่สาธารณะที่ซึ่งผู้ที่มีอายุต่ำกว่า 18 สามารถพบเห็นได้ หรือผ่านการเผยแพร่ทางเครื่องมือภายนอกการดำเนินธุรกิจ หรือช่องทางการค้าปกติ

6) อนุญาตให้รับสิ่งเหล่านั้นโดยปราศจากการขออนุญาต

7) แสดงในที่สาธารณะเพื่อเก็บค่าเข้าชมทั้งหมด

8) ผลิต รับมา กักตุนไว้ หรือ รับภาระต่อการนำเข้ามาเพื่อที่จะใช้หรือทำสำเนาสื่อดังกล่าว ตามความหมายที่กล่าวไว้ใน ข้อ 1 ถึง 7 หรือเพื่ออำนวยความสะดวกการใช้โดยบุคคลใดบุคคลหนึ่ง

9) รับภาระการส่งออกสื่อดังกล่าว เพื่อเผยแพร่หรือทำสำเนาสื่อดังกล่าวจากต่างประเทศ ซึ่งถือเป็นการละเมิดบทบัญญัติแห่งกฎหมายอาญาของต่างประเทศ หรือทำให้เข้าถึงได้จากการที่เผยแพร่ให้เข้าถึงได้โดยสาธารณะ

⁹⁹ German Criminal Code - section 11(3)

“Audiovisual media, data storage media, illustrations and other depictions shall be equivalent to written material in the provisions which refer to this subsection.”

จากบทบัญญัติควบคุมสื่อทางเพศทั่วไปแสดงให้เห็นได้ว่าการความผิดจะเน้นการป้องกันการกระทำในลักษณะของการรบกวนจิตใจผู้อื่นซึ่งถือเป็นการรบกวนความสงบเรียบร้อยของสังคม¹⁰⁰ การกำหนดความผิดจึงมุ่งเน้นการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะ ขณะเดียวกันยังกำหนดให้การกระทำในทางส่วนตัวเป็นความผิดเฉพาะกรณีที่เป็นการทำบุคคลซึ่งอายุต่ำกว่า 18 ปีเข้าถึงเพื่อปกป้องเด็กและเยาวชนจากการรับชมสื่อทางเพศ

4.5.1.2 กรณีสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง

สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นหนึ่งในสื่อทางเพศที่มีเนื้อหาเฉพาะที่กฎหมายควบคุมไว้เป็นกรณีพิเศษ ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนีมาตรา 184a¹⁰¹ ได้กำหนดให้บุคคลมีความผิดและต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับ เมื่อได้กระทำการดังต่อไปนี้

- 1) เผยแพร่
- 2) แสดง นำเสนอ หรือทำให้เข้าถึงได้ในที่สาธารณะ

3) ผลิต รับมา จัดหา กักเก็บไว้ เสนอ ประกาศ แนะนำ หรือรับผิดชอบต่อการนำเข้าหรือส่งออก เพื่อที่จะใช้หรือทำสำเนาตามความหมายที่กล่าวไว้ในข้อ 1 หรือ 2 ข้างต้น หรืออำนวยความสะดวกในการใช้งานโดยบุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่งสื่อทางเพศในลักษณะที่ระบุไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 11 (3) ที่มีการกระทำที่แสดงออกถึงการใช้ความรุนแรงหรือมีการกระทำทางเพศของบุคคลต่อสัตว์

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹⁰⁰ Tilburg University, *Privacy Crimes in Germany: Criminalization of privacy intrusions by private parties in German substantive criminal law* [online], Accessed: 9 November 2018. Available from: <http://www.privacy-spaces.org/wp-content/uploads/2016/09/German-substantive-report.pdf>

¹⁰¹ German Criminal Code - section 184a - Distribution of pornography depicting violence or sodomy
“Whosoever
1. disseminates;
2. publicly displays, presents, or otherwise makes accessible; or
3. produces, obtains, supplies, stocks, offers, announces, commends, or undertakes to import or export, in order to use them or copies made from them within the meaning of Nos 1 or 2 above or facilitates such use by another, pornographic written materials (section 11(3)) that have as their object acts of violence or sexual acts of persons with animals

shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine. “

จากบทบัญญัติเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนีข้างต้นแสดงให้เห็นว่าการควบคุมมุ่งเน้นต่อการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะเป็นสำคัญ นอกจากนี้ในกฎหมายคุ้มครองเด็กและเยาวชน (Protection of Young Persons Act) ได้จัดให้สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 184a อยู่ในกลุ่มสื่อที่เป็นอันตรายต่อเด็กและเยาวชน¹⁰² (บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี) มีการกำหนดความผิดสำหรับการจัดแสดงหรือเผยแพร่สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงในสถานที่ซึ่งเด็กและเยาวชนสามารถเข้าถึงได้ รวมทั้งการเสนอขาย ให้ ประกาศหรือโฆษณาในที่สาธารณะที่ไม่มีการห้ามเด็กและเยาวชนเข้าถึง หรือการผลิต ซื้อมา จัดหา จัดเก็บ หรือเปิดให้เด็กและเยาวชนเข้าชม¹⁰³ การกระทำเหล่านี้เป็นการกระทำในลักษณะที่ทำให้เด็กและเยาวชนสามารถเข้าถึงสื่อที่เป็นอันตรายต่อเด็กและเยาวชนและโทษจำคุกถึง 1 ปีและปรับ¹⁰⁴

4.6 ประเทศสวิตเซอร์แลนด์

ประเทศสวิตเซอร์แลนด์มีการปกครองแบบประชาธิปไตยระบบรัฐสภาโดยการรวมตัวของพันธรัฐหรือกังตอง (Canton) อยู่ภายใต้รัฐบาลกลางที่เรียกว่า สมาพันธรัฐ (Confederation) การปกครองของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ได้เปลี่ยนมาเป็นแบบสหพันธรัฐ (Federation) ตั้งแต่ ค.ศ. 1848 แต่ละกังตองต่างก็มีรัฐธรรมนูญเป็นของตนเอง มีการกำหนดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนไว้คล้ายคลึงกับที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ แต่จะต้องไม่ขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญของสหพันธ์ ทั้งนี้ กังตองมีการจัดตั้งองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการเป็นของตนเองและมีนโยบายเป็นอิสระจากรัฐบาลส่วนกลาง¹⁰⁵

รัฐธรรมนูญของสหพันธ์ได้ให้ความสำคัญกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ต้องได้รับการเคารพและปกป้อง¹⁰⁶เช่นเดียวกันกับรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มีการกำหนดรับรองถึงเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็น สิทธิในการรับรู้ข้อมูลจากแหล่งที่สามารถเข้าถึงได้โดยทั่วไป และ

¹⁰² Protection of Young Persons Act – section 18

¹⁰³ Protection of Young Persons Act – section 15

¹⁰⁴ Protection of Young Persons Act – section 27

¹⁰⁵ วราภรณ์ จุลปานนท์, การเมืองในยุโรปตะวันตก: Politics in Western Europe, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544), หน้า 57-58.

¹⁰⁶ Federal Constitution of the Swiss Confederation – article 7

“Human dignity must be respected and protected.”

สิทธิในการเผยแพร่ข้อมูล¹⁰⁷ อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล ซึ่งเสรีภาพของสื่อย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกัน การตรวจสอบสื่อโดยรัฐ (Censor) ย่อมถูกห้าม¹⁰⁸ แต่ทั้งนี้เสรีภาพในการแสดงออกย่อมถูกจำกัดด้วยเหตุผลของประโยชน์สาธารณะหรือปกป้องสิทธิของบุคคลอื่น และต้องได้สัดส่วนบนพื้นฐานทางกฎหมายที่บัญญัติโดยสมัชชา¹⁰⁹

ในส่วนของกฎหมายอาญานั้น แม้แต่ละกัต้องมีการจัดตั้งศาลและการบริหารจัดการกระบวนการยุติธรรมทางอาญาทั้งในส่วนของการพิจารณาคดีและการบังคับโทษของตนเอง แต่รัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐได้กำหนดหน้าที่ของรัฐบาลกลางให้เป็นผู้บัญญัติกฎหมายอาญา¹¹⁰และบังคับใช้ทั่วประเทศ

4.6.1 กฎหมายควบคุมสื่อทางเพศของประเทศสวิตเซอร์แลนด์

โดยหลักแล้วสื่อทางเพศเป็นสิ่งถูกกฎหมายในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ บุคคลซึ่งเป็นผู้ใหญ่สามารถเข้าถึง รับชม เผยแพร่ได้อย่างเสรี แต่ก็มีหลักการควบคุมไม่ให้เยาวชนได้รับชมสื่อทางเพศซึ่งเช่นเดียวกับประเทศเยอรมนี โดยจะมุ่งกำหนดความผิดต่อการกระทำที่ทำให้เยาวชนสามารถเข้าถึงสื่อทางเพศเป็นสำคัญ ส่วนสื่อทางเพศเนื้อหาเฉพาะซึ่งกฎหมายได้กำหนดห้ามการกระทำต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกัสื่อทางเพศประเภทนี้ไว้อย่างเข้มงวดกว่าสื่อทางเพศทั่วไป โดยมีการกำหนดความผิด

¹⁰⁷ Federal Constitution of the Swiss Confederation – article 16 - Freedom of expression and of information

“(1) Freedom of expression and of information is guaranteed.

(2) Every person has the right freely to form, express, and impart their opinions.

(3) Every person has the right freely to receive information to gather it from generally accessible sources and to disseminate it.”

¹⁰⁸ Federal Constitution of the Swiss Confederation – Article 17 - Freedom of the media

“(1) Freedom of the press, radio and television and of other forms of dissemination of features and information by means of public telecommunications is guaranteed.

(2) Censorship is prohibited.”

¹⁰⁹ Federal Constitution of the Swiss Confederation – article 36 - Restrictions on fundamental rights

“(1) Restrictions on fundamental rights must have a legal basis. Significant restrictions must have their basis in a federal act. The foregoing does not apply in cases of serious and immediate danger where no other course of action is possible.

(2) Restrictions on fundamental rights must be justified in the public interest or for the protection of the fundamental rights of others.

(3) Any restrictions on fundamental rights must be proportionate.”

¹¹⁰ Federal Constitution of the Swiss Confederation – article 123

“The Confederation is responsible for legislation in the field of criminal law and the law of criminal procedure.”

เกี่ยวกับสื่อทางเพศที่มีเนื้อหาเฉพาะที่เข้มงวดกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลมากกว่าประเทศอื่นๆ ดังที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ มาตรา 197 ที่บัญญัติไว้ดังนี้

4.6.1.1 กรณีสื่อทางเพศทั่วไป

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสวิตเซอร์แลนด์มาตรา 197 ได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศทั่วไป ดังนี้

1) กำหนดให้ผู้เปิดเผย ส่งต่อ หรือทำให้ถึงเข้าแก่บุคคลที่อายุต่ำกว่า 16 ปี ซึ่งสื่อทางเพศในรูปแบบเอกสาร สิ่งบันทึกภาพหรือเสียง หรือสิ่งอื่นใดที่มีลักษณะคล้ายคลึงที่แสดงเกี่ยวกับสื่อทางเพศ หรือการเผยแพร่ทั้งทางวิทยุหรือโทรทัศน์ จะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับ ตามมาตรา 197 วรรคแรก¹¹¹

2) กำหนดให้ผู้แสดงในที่สาธารณะหรือจัดแสดงตามที่ระบุไว้ในไว้ในวรรค 1 หรือเปิดเผย หรือ กระทั่งการแสดงให้เห็น หรือเสนอสิ่งที่ไม่พึงประสงค์เช่นเดียวกันแก่ผู้อื่นต้องระวางโทษปรับ ผู้ใดก็ตามเรียกร้องความสนใจต่อผู้เข้าชม เพื่อเชิญชวนเข้ามาในการแสดงสื่อทางเพศในทางส่วนตัวไม่ถือเป็นความผิด ตามมาตรา 197 วรรคสอง¹¹²

4.6.1.2 กรณีสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสวิตเซอร์แลนด์มาตรา 197 ได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง ดังนี้

1) กำหนดให้ ผู้ผลิต นำเข้า กักเก็บ ขาย โฆษณา จัดแสดง เสนอ เปิดเผย ส่งต่อ หรือทำให้ผู้อื่นเข้าถึงได้ ทั้งได้รับมา จัดหา หรือครอบครองโดยผ่านทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือสื่อตามที่ระบุไว้ในวรรค 1 ซึ่งมีการกระทำทางเพศเกี่ยวข้องกับสัตว์ การใช้ความรุนแรงที่เกี่ยวข้องกับ

¹¹¹ Swiss Criminal Code – section 197 paragraph 1

“Any person who offers, shows, passes on or makes accessible to a person under the age of 16 pornographic documents, sound or visual recordings, depictions or other items of a similar nature or pornographic performances, or broadcasts any of the same on radio or television is liable to a custodial sentence not exceeding three years or to a monetary penalty.”

¹¹² Swiss Criminal Code – section 197 paragraph 2

“Any person who exhibits in public items or performances as described in paragraph 1 above or shows or otherwise offers the same unsolicited to others is liable to a fine. Any person who, in advance, draws the attention of visitors to private exhibitions or performances to their pornographic character does not commit an offence.”

ผู้ใหญ่ หรือการกระทำทางเพศเสมือนจริงกับผู้เยาว์ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับ หากสื่อดังกล่าวมีการกระทำทางเพศจริงกับผู้เยาว์ จะต้องระวางโทษไม่เกิน 5 ปี หรือปรับ ตามมาตรา 197 วรรคสี่¹¹³

2) กำหนดให้ผู้ชี้ หรือ เพื่อใช้ส่วนตัว ผลิต นำเข้า กักเก็บ รับมา จัดหา หรือครอบครองไว้ โดยผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือสื่อตามที่ระบุไว้ในวรรค 1 ซึ่งมีการกระทำทางเพศเกี่ยวข้องกับสัตว์ การใช้ความรุนแรงที่เกี่ยวข้องกับผู้ใหญ่ หรือการกระทำทางเพศเสมือนจริงกับผู้เยาว์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับ หากสื่อดังกล่าวมีการกระทำทางเพศ หรือการกระทำใดๆที่มีการร่วมเพศจริงกับผู้เยาว์ จะต้องระวางโทษไม่เกิน 3 ปี หรือปรับ ตามมาตรา 197 วรรคห้า¹¹⁴



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹¹³ Swiss Criminal Code – section 197 paragraph 4

“Any person who produces, imports, stores, markets, advertises, exhibits, offers, shows, passes on or makes accessible to others, acquires, or procures or possesses via electronic media or otherwise items or performances as described in paragraph 1 above that contain sexual acts involving animals, acts of violence involving adults or nongenuine sexual acts with minors is liable to a custodial sentence not exceeding three years or to a monetary penalty. If the items or performances contain genuine sexual acts with minors, the penalty is a custodial sentence not exceeding five years or a monetary penalty.”

¹¹⁴ Swiss Criminal Code – section 197 paragraph 5

“Any person who consumes or who for his or her own consumption produces, imports, stores, acquires or procures or possesses via electronic media or otherwise items or performances as described in paragraph 1 above that contain sexual acts involving animals, acts of violence involving adults or non-genuine sexual acts with minors is liable to a custodial sentence not exceeding one year or to a monetary penalty. If the items or performances contain genuine sexual acts with minors, the penalty is a custodial sentence not exceeding three years or a monetary penalty.”

บทที่ 5

บทวิเคราะห์แนวทางกำหนดมาตรการทางอาญาเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง

ในบทที่ 5 จะมุ่งพิจารณาว่าการกระทำที่เกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงใดเหมาะสมที่จะถูกกำหนดเป็นความผิด โดยผู้วิจัยจะแบ่งประเด็นการวิเคราะห์เป็น 3 ส่วน ได้แก่ ส่วนแรกเป็นการวิเคราะห์เปรียบเทียบการกระทำที่เกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ฟิลิปปินส์ และมลรัฐออริกอน ประเทศแคนาดา ประเทศอังกฤษ ประเทศญี่ปุ่น ประเทศเยอรมนี ประเทศสวีเดน และแคนาดา เพื่อวิเคราะห์นำมาเป็นตัวอย่างของการควบคุมการกระทำที่เกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง โดยจะพิจารณาว่าการกระทำต่างๆ ที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดไว้นั้นมีลักษณะของการกระทำในลักษณะใดระหว่างการกระทำในทางส่วนตัวหรือการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะ ส่วนต่อมาเป็นการวิเคราะห์การกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดทางอาญาโดยจะนำเอาหลักเกณฑ์กำหนดความผิดอาญาที่ได้สรุปไว้ 4 ประการในตอนท้ายของบทที่ 2 มาวิเคราะห์ และส่วนสุดท้ายเป็นการวิเคราะห์แนวทางกำหนดการกระทำผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่เหมาะสมกับประเทศไทยต่อไป

5.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบการกระทำผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงในแต่ละประเทศ

การวิเคราะห์ในส่วนแรกนี้จะนำข้อมูลการกระทำที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงของประเทศไทยมาพิจารณาว่าแต่ละประเทศกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดและการกระทำที่เป็นความผิดนั้นมีลักษณะใดระหว่างการกระทำในทางส่วนตัวหรือการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะ

5.1.1 เปรียบเทียบการกระทำที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิด

มลรัฐออริกอนกำหนดให้การผลิต แจกจ่าย จำหน่าย ให้ให้ยืม จัดหา ส่งไปรษณีย์ ส่งมอบ ดีวีดี แผ่น DVD แผ่น CD แผ่นเสียง จัดแสดง โฆษณา เสนอหรือตกลงที่จะทำในลักษณะเดียวกัน และการกำกับแสดงหรือมีส่วนร่วมในการทำสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นความผิดตามประมวล

กฎหมายอาญาของมลรัฐนิวยอร์ก¹ ส่วนการครอบครองสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงจะต้องมีเจตนาพิเศษเพื่อส่งเสริมจึงเป็นความผิด

มลรัฐอริโซนากำหนดให้การพิมพ์ ทำสำเนา ผลิต ขาย ให้เช่า ให้ยืม ขนส่ง หรือส่งต่อสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐอริโซนาที่ต่อเมื่อมีเจตนาพิเศษเพื่อขายหรือเผยแพร่ทางพาณิชย์² ส่วนความผิดฐานครอบครองสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงจะต้องมีเจตนาพิเศษเพื่อขาย ให้เช่า ให้ยืม ขนส่ง แจกจ่ายเชิงพาณิชย์ นำเสนอ มีส่วนร่วมในการนำเสนอ จัดแสดงในพื้นที่สาธารณะเท่านั้น ส่วนกรณีการจัดหา แสดง ให้ยืม โฆษณาหรือแจกจ่ายสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงแก่ผู้เยาว์นั้นถือว่าเป็นความผิด³

ประเทศแคนาดากำหนดให้การทำ พิมพ์ เผยแพร่ แจกจ่าย จำหน่าย แสดงต่อสาธารณะและการครอบครองสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงจะต้องมีเจตนาพิเศษเพื่อเผยแพร่ แจกจ่าย จำหน่าย หรือแสดงต่อสาธารณะจึงเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศแคนาดา⁴

ประเทศอังกฤษกำหนดให้การจำหน่าย ทำให้แพร่หลาย ขาย ให้เช่า ให้ ให้ยืม เสนอขาย แสดง เล่น นำออกฉาย⁵สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นความผิดตาม Obscene Publication Act 1959 ส่วนการครอบครองสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงแม้การครอบครองส่วนตัวก็เป็นความผิดตาม Criminal Justice and Immigration Act 2008⁶

ประเทศญี่ปุ่นไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง จึงต้องนำกฎหมายสื่อลามกที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาปรับใช้ซึ่งกำหนดให้การแจกจ่าย จำหน่าย หรือจัดแสดงในที่สาธารณะ และการครอบครองสื่อลามกจะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อมีเจตนาพิเศษเพื่อจำหน่ายเท่านั้น⁷ แต่ในทางปฏิบัติแล้วไม่ว่าสื่อทางเพศทุกรูปแบบหากมีการปกปิดภาพอวัยวะเพศไม่ให้ปรากฏแก่ผู้พบเห็นก็ไม่ถือว่าเป็นสื่อลามก

¹ New York Consolidated Laws – section 235.05

² Arizona Criminal Code – section 13-3502

³ Arizona Criminal Code – section 13-3506

⁴ Criminal Code of Canada – section 163

⁵ Obscene Publication Act 1959 - section 1(3)

⁶ Criminal Justice and Immigration Act 2008 - Section 63 (1)

⁷ Penal Code of Japan section 175

ประเทศเยอรมนีกำหนดให้การเผยแพร่ แสดง นำเสนอ หรือทำให้เข้าถึงได้ในที่สาธารณะซึ่งสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนี ส่วนการผลิต รับมา จัดหา กักเก็บ เสนอ ประกาศ แนะนำ หรือรับผิดชอบต่อการนำเข้าหรือส่งออกสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงจะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อมีเจตนาพิเศษเพื่อเผยแพร่ แสดง นำเสนอ หรือทำให้เข้าถึงได้ในที่สาธารณะ⁸ ส่วนการกระทำใดๆที่ทำให้เด็กและเยาวชนสามารถเข้าถึงสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงไม่ว่าจะเป็นการจัดแสดง เผยแพร่ เสนอขาย ประกาศ หรือโฆษณาย่อมเป็นความผิดตาม Protection of Young Persons Act⁹

ประเทศสวิตเซอร์แลนด์กำหนดให้การผลิต นำเข้า กักเก็บ ขาย โฆษณา จัดแสดง เสนอ เปิดเผย ส่งต่อ หรือทำให้ผู้อื่นเข้าถึงสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นความผิด¹⁰ และการครอบครองหรือใช้สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงส่วนตัวก็เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสวิตเซอร์แลนด์¹¹

ประเทศไทยแม้ไม่มีบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นการเฉพาะ แต่ก็สามารถนำเอาบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกทั่วไปมาปรับใช้ได้ กล่าวคือ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 กำหนดให้การผลิต เผยแพร่ และครอบครองสื่อลามกเป็นความผิดก็ต่อเมื่อมีเจตนาพิเศษเพื่อการค้า เพื่อแจกจ่ายหรือแสดงอวดแก่ประชาชน ส่วนพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 14 (4) และมาตรา 14 (5) กำหนดให้การนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ การเผยแพร่และส่งต่อข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะอันลามกเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ซึ่งประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ความผิด

⁸ German Criminal Code - section 184a

⁹ Protection of Young Persons Act – section 15

¹⁰ Swiss Criminal Code – section 197 paragraph 4

¹¹ Swiss Criminal Code – section 197 paragraph 5

ตารางที่ 2 เปรียบเทียบการกระทำที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง

ประเทศ		การกระทำที่เป็นความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง
ประเทศ สหรัฐอเมริกา	มลรัฐ นิวยอร์ก	- ผลิต แจกจ่าย จำหน่าย ให้ ให้ยืม จัดหา ส่งไปรษณีย์ ส่งมอบ ตีพิมพ์ เผยแพร่ นำเสนอ จัดแสดง โฆษณา - ครอบครองเพื่อส่งเสริม
	มลรัฐ ออริโชน่า	- พิมพ์ ทำสำเนา ผลิต ขาย ให้เช่า ให้ยืม ขนส่ง ส่งต่อ โดยมีเจตนาเพื่อขายหรือเผยแพร่ นำเสนอ มีส่วนร่วมในการนำเสนอหรือจัดแสดงในที่สาธารณะ - ครอบครองเพื่อขาย ให้เช่า ให้ยืม ขนส่ง หรือแจกจ่ายเชิงพาณิชย์ - จัดหา แสดง ให้ยืม โฆษณา แจกจ่าย ส่งผ่านสื่ออินเทอร์เน็ตแก่ผู้เยาว์
ประเทศแคนาดา		- ทำ พิมพ์ เผยแพร่ แจกจ่ายหรือครอบครองเพื่อเผยแพร่ แจกจ่าย จำหน่ายหรือแสดงต่อสาธารณะ - จำหน่าย แสดงต่อสาธารณะ
ประเทศอังกฤษ		- จำหน่าย ทำให้แพร่หลาย ขาย ให้เช่า ให้ ให้ยืม เสนอขาย แสดง นำออกฉาย ฯลฯ - ครอบครอง
ประเทศญี่ปุ่น		- แจกจ่าย จำหน่าย จัดแสดงในที่สาธารณะ - ครอบครองเพื่อจำหน่าย
ประเทศสวีตเซอร์แลนด์		- ผลิต นำเข้า กักเก็บ ขาย โฆษณา จัดแสดง เสนอ เปิดเผย ส่งต่อ ทำให้ผู้อื่นเข้าถึงได้ ครอบครอง ใช้ส่วนตัว
ประเทศเยอรมนี		- เผยแพร่ แสดง นำเสนอ ทำให้เข้าถึงได้ในที่สาธารณะ - ผลิต รับมา จัดหา กักเก็บ เสนอ ประกาศ แนะนำ นำเข้า ส่งออก เพื่อเผยแพร่ แสดง นำเสนอ หรือทำให้เข้าถึงได้ในที่สาธารณะ - กระทำการใดให้เด็กและเยาวชนเข้าถึงได้
ประเทศไทย		- ทำ ผลิต มีไว้ นำเข้า ส่งออก พาไป ทำให้แพร่หลาย เพื่อการค้า โดยการค้า แจกจ่าย หรือแสดง อวดแก่ประชาชน

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

5.1.2 เปรียบเทียบลักษณะของการกระทำที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิด

จากการกำหนดการกระทำอันเป็นความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงตาม
ข้อ 5.1.1 สามารถพิจารณาได้ว่ากฎหมายกำหนดให้การกระทำเป็นความผิดไว้ 2 ประเภท คือ การ
กระทำในทางส่วนตัวและการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะ ในเบื้องต้นผู้วิจัยขออธิบาย
ลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดที่สำคัญเบื้องต้น ได้แก่ ความผิดฐานส่งต่อ ความผิดฐานผลิต
และความผิดฐานครอบครอง โดยการกระทำที่เป็นความผิดทั้ง 3 ประเภทนี้อาจเป็นการกระทำในทาง
ส่วนตัวหรือการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะก็ได้ขึ้นอยู่กับลักษณะของการกระทำและ
เจตนาของผู้กระทำ รายละเอียดมีดังนี้

1) ความผิดฐานส่งต่อ

การส่งต่อ หมายถึง การกระทำของบุคคลซึ่งนำสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงไปยังบุคคลอื่น ดังนั้นการให้ ให้ยืม เผยแพร่ ทำให้แพร่หลาย แจกจ่าย จำหน่าย เปิดเผย นำเสนอ จัดแสดง โฆษณา ฯลฯ การกระทำเหล่านี้ล้วนหมายถึง การทำให้สิ่งใดสิ่งหนึ่งเคลื่อนจากที่หนึ่งไปยังอีกที่หนึ่ง, เพื่อให้ถึงผู้รับ, เป้าหมายด้วยอาการต่างๆ ซึ่งอยู่ในความหมายของ “การส่งต่อ” ทั้งสิ้น

การส่งต่อจะเป็นการกระทำในทางส่วนตัวหรือการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณชนมิได้ถือเอาจำนวนผู้ได้รับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นเกณฑ์ การส่งต่อสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงแก่บุคคลจำนวนมากแต่จำกัดเฉพาะกลุ่มย่อมไม่ถือเป็นการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณชน ในทางกลับกันหากผู้ส่งต่อสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงมีเจตนาเพื่อเปิดเผยแก่สาธารณชนแล้ว แม้ผู้ได้รับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงจะมีเพียงคนเดียวก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำในทางส่วนตัว ดังนั้นการที่ผู้กระทำมีเจตนาส่งต่อสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงในลักษณะระหว่างบุคคลด้วยกันเองซึ่งไม่เป็นการเปิดเผยแก่สาธารณชนและลักษณะของการส่งต่อไม่อาจทำให้บุคคลทั่วไปเข้าถึงได้ย่อมมิใช่การกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณชน เช่น การส่งคลิป์วิดีโอสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงแก่เพื่อน หรือการให้ยืมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงแก่เพื่อนฝูงหรือบุคคลอื่นในลักษณะเจาะจงผู้รับ แม้จะมีผู้รับจำนวนมากแต่ได้จำกัดเฉพาะกลุ่มย่อมถือว่าเป็นการกระทำในทางส่วนตัว ซึ่งต่อไปนี้จะขอเรียกการส่งต่อในลักษณะนี้ว่า “การส่งต่อส่วนตัว”

“การส่งต่อส่วนตัว” โดยทั่วไปแล้วไม่คำนึงถึงอายุหรือสถานะของผู้รับ ไม่ว่าจะส่งต่อส่วนตัวแก่ผู้ใหญ่หรือเด็กก็อยู่ในความหมายของ “ส่งต่อส่วนตัว” แต่กฎหมายอาจกำหนดความผิดสำหรับการส่งต่อส่วนตัวแก่บุคคลบางจำพวกเป็นการเฉพาะ เช่น “การส่งต่อแก่เด็ก” ในขณะที่การส่งต่อซึ่งผู้กระทำมีเจตนาแสดงแก่บุคคลทั่วไปและเป็นกระทำในลักษณะที่บุคคลทั่วไปสามารถรับรู้ได้ ไม่ว่าจะเป็นการเผยแพร่ แจกจ่าย หรือจัดแสดงในสถานที่ซึ่งบุคคลทั่วไปสามารถเข้าถึงได้ เช่น การประกอบการค้าหรือเสนอขายสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงบนเว็บไซต์ที่ประชาชนเข้าถึงได้ การส่งต่อในลักษณะนี้ย่อมเป็นการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณชน ซึ่งต่อไปนี้จะขอเรียกการส่งต่อในลักษณะนี้ว่า “การส่งต่อสาธารณชน”

2) ความผิดฐานครอบครอง

การครอบครอง หมายถึง การยึดถือไว้โดยเจตนาจะยึดถือเพื่อตน มีความหมายเช่นเดียวกับคำว่า “มีไว้”

การครอบครองจะเป็นการกระทำในทางส่วนตัวหรือการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะจะต้องพิจารณาจากเจตนาของผู้กระทำเป็นสำคัญ โดยหลักแล้วการครอบครองย่อมมีลักษณะของการกระทำในทางส่วนตัว แต่หากการครอบครองซึ่งผู้กระทำมีเจตนาพิเศษหรือมุ่งเหตุจูงใจเพื่อส่งต่อสาธารณะย่อมไม่ถือว่าเป็นการกระทำในทางส่วนตัว ดังตัวอย่างกรณีของการครอบครองสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงไว้เพื่อแจกจ่ายถือว่าเป็นการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะ เพราะการครอบครองในตอนแรกนั้นผู้กระทำมีเจตนาเพื่อส่งต่อสาธารณะและเป็นการกระทำในขั้นตอนของการเตรียมการเพื่อแจกจ่ายนั่นเอง การกำหนดความผิดฐานครอบครองสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเพื่อแจกจ่ายเป็นการขยายความผิดให้กว้างขวางมากยิ่งขึ้น กล่าวคือการกระทำความผิดอาญาของบุคคลมีลำดับขั้นตอนเริ่มตั้งแต่ผู้กระทำมีความคิดที่จะกระทำ มีการตกลงใจที่จะกระทำตามที่คิด และได้กระทำไปตามที่ตกลงใจอันสืบเนื่องมาจากความคิด¹² หรือที่เรียกว่าขั้น “ลงมือ” กระทำ ความผิด ซึ่งกฎหมายอาญาจะลงโทษการกระทำในขั้นลงมือเป็นสำคัญ การเตรียมการกระทำ ความผิดโดยหลักแล้วยังไม่ถือว่ามี ความผิดเพราะยังไม่ถึงขั้นลงมือ เว้นแต่กฎหมายจะกำหนดให้การเตรียมการกระทำ ความผิดในบางกรณีไว้เป็นความผิด เช่น การเตรียมการวางเพลิงเผาทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 219 ส่วนการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะโดยหลักแล้วจะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อผู้กระทำได้เริ่มลงมือกระทำการในลักษณะส่งต่อสาธารณะ การพยายามก่อนหน้านั้น เช่นการเตรียมการแจกจ่ายด้วยการเข้าครอบครองในขั้นแรกก่อนนั้นโดยทั่วไปยังไม่ถือว่าเป็นความผิด แต่การบัญญัติให้การครอบครองสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเพื่อแจกจ่ายเป็นความผิด จึงเป็นการขยายการกระทำ ความผิดให้กว้างขวางมากยิ่งขึ้นให้ครอบคลุมถึงขั้นการเตรียมการเพื่อแจกจ่ายให้เป็นความผิดแม้ตัวผู้กระทำผิดจะยังมีพันได้ลงมือแจกจ่ายก็ตาม

3) ความผิดฐานผลิต

การผลิต หมายถึง การทำให้เกิดมีขึ้น มีความหมายเช่นเดียวกับคำว่า “ทำ” ซึ่งหมายถึง กระทำ, ประกอบขึ้น, ผลิตขึ้น

การผลิตสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงจะเป็นการกระทำในทางส่วนตัวหรือการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะจะต้องพิจารณาจากเจตนาของผู้กระทำเป็นสำคัญเช่นเดียวกับกรณีของการครอบครอง ดังนั้นการผลิตสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงโดยมีมูลเหตุจูงใจเพื่อส่งต่อสาธารณะ

¹² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานคร พับลิชชิ่ง, 2557), หน้า 97.

เช่น เพื่อการค้า การแจกจ่าย การแสดงอวดแก่ประชาชนยอมเป็นการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณชน ส่วนการผลิตเพื่อนำมาใช้ส่วนตัวยอมเป็นการกระทำในทางส่วนตัว

กล่าวโดยสรุป การกระทำต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงซึ่งกฎหมายแต่ละประเทศกำหนดให้เป็นความผิดนั้น สามารถแบ่งลักษณะของการกระทำได้ 2 รูปแบบ ดังนี้

1) การกระทำในทางส่วนตัว

หมายถึง การกระทำในลักษณะที่ไม่อาจทำให้บุคคลทั่วไปรับรู้และเป็นการกระทำโดยไม่มีเจตนาเพื่อเปิดเผยแก่สาธารณชน ได้แก่ การส่งต่อส่วนตัว การผลิต การครอบครอง รวมถึงการนำเข้า การส่งออก การใช้ ฯลฯ

2) การกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณชน

หมายถึง การกระทำในลักษณะที่อาจทำให้บุคคลทั่วไปรับรู้หรือเป็นการกระทำโดยมีเจตนาเพื่อเปิดเผยแก่สาธารณชน สามารถแบ่งได้อีก 2 ประเภท คือ

2.1) การเปิดเผยแก่สาธารณชน หรือเรียกได้ว่าการส่งต่อสาธารณะ เช่น การเผยแพร่ แจกจ่าย จำหน่าย จัดแสดงในที่สาธารณะ ล้วนเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดการรับรู้แก่บุคคลทั่วไป

2.2) การกระทำในทางส่วนตัวแต่มีเจตนาเปิดเผยแก่สาธารณชน เช่น การผลิตและการครอบครอง ซึ่งโดยหลักแล้วการผลิตและการครอบครองตามปกติถือว่าเป็นการกระทำในทางส่วนตัวตามข้อ 1) แต่ถ้าการผลิตและการครอบครองมีเจตนาพิเศษเพื่อการส่งต่อสาธารณชน เช่น เพื่อเผยแพร่ แจกจ่าย หรือการค้า ก็จะถือว่าอยู่ในขอบเขตของการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณชน

การควบคุมสื่อทางเพศทั่วไปโดยหลักแล้วจะควบคุมเฉพาะกรณีการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณชน แต่กรณีสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงนั้นแตกต่างกันออกไป บางประเทศอาจกำหนดควบคุมการกระทำในทางส่วนตัวด้วย เมื่อพิจารณาการกระทำผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงตามที่บัญญัติในต่างประเทศและประเทศไทยแล้วพบว่าแต่ละประเทศมีรายละเอียดการควบคุมการกระทำที่เกี่ยวข้องกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงดังนี้

ตารางที่ 3 เปรียบเทียบลักษณะของการกระทำที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงของแต่ละประเทศ

ประเทศ		การกระทำที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิด		
		การกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะ		การกระทำในทางส่วนตัว
		การเปิดเผยแก่สาธารณะ	การกระทำในทางส่วนตัวแต่มีเจตนาเปิดเผยแก่สาธารณะ	
สหรัฐอเมริกา	มลรัฐนิวยอร์ก	✓	✓	✓
	มลรัฐอริโซนา	✓	✓	✓
ประเทศแคนาดา		✓	✓	✓
ประเทศอังกฤษ		✓	-	✓
ประเทศญี่ปุ่น		✓	✓	-
ประเทศเยอรมนี		✓	✓	✓
ประเทศสวีเดน		✓	-	✓
ประเทศไทย		✓	✓	-

จากการศึกษาพบว่าทุกประเทศกำหนดให้การเปิดเผยแก่สาธารณะให้เป็นความผิดทั้งสิ้น กล่าวคือกำหนดให้การส่งต่อสาธารณะซึ่งสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงย่อมเป็นความผิด ส่วนการกระทำในทางส่วนตัวแต่มีเจตนาเปิดเผยแก่สาธารณะและการกระทำในทางส่วนตัวแต่ละประเทศต่างกำหนดรายละเอียดไว้แตกต่างกันออกไป ดังต่อไปนี้

มลรัฐนิวยอร์กกำหนดให้การผลิตและการส่งต่อส่วนตัวซึ่งสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นความผิดแม้จะไม่มีเจตนาเปิดเผยแก่สาธารณะ ส่วนการครอบครองสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงจะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อเป็นการครอบครองโดยเจตนาเพื่อการเปิดเผยแก่สาธารณะ

มลรัฐอริโซนาและประเทศเยอรมนีกำหนดให้การผลิตและการครอบครองสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นความผิดก็ต่อเมื่อมีเจตนาเพื่อการเปิดเผยแก่สาธารณะ ส่วนกรณีการส่งต่อส่วนตัว ถ้าเป็นการกระทำกับบุคคลทั่วไปย่อมไม่เป็นความผิด เว้นแต่การส่งต่อส่วนตัวซึ่งสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงแก่เด็กเท่านั้นซึ่งกฎหมายกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิด

ประเทศแคนาดากำหนดให้การผลิตสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นความผิด ส่วนการส่งต่อส่วนตัวไม่เป็นความผิด สำหรับการครอบครองสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นความผิดก็ต่อเมื่อมีเจตนาเพื่อการเปิดเผยแก่สาธารณะ

ประเทศอังกฤษและประเทศสวีเดนมีกฎหมายกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงในระดับที่เข้มงวด โดยประเทศอังกฤษกำหนดให้การส่งต่อส่วนตัวและการครอบครองสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงแม้ไม่มีเจตนาเพื่อการเปิดเผยแก่สาธารณะก็เป็นความผิด ส่วนประเทศสวีเดนเป็นประเทศที่กำหนดความผิดสำหรับการกระทำในทางส่วนตัวในระดับที่รุนแรงที่สุด กล่าวคือ กำหนดความผิดทั้งการส่งต่อส่วนตัว การผลิต การครอบครอง และการใช้สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงในทางส่วนตัวเป็นความผิดทั้งสิ้น

ประเทศญี่ปุ่นเป็นประเทศที่มีระดับการควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงน้อยที่สุด กล่าวคือไม่มีกฎหมายกำหนดให้การกระทำในทางส่วนตัวเป็นความผิด การผลิต การส่งต่อส่วนตัว และการครอบครองสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงจึงไม่เป็นความผิด เว้นแต่การครอบครองสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงโดยมีเจตนาเพื่อการเปิดเผยแก่สาธารณะเท่านั้นที่เป็นความผิด อย่างไรก็ตามการครอบครองสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงแม้จะมีเจตนาเพื่อการเปิดเผยแก่สาธารณะหากได้ทำการปกปิดภาพอวัยวะเพศไม่ให้ปรากฏแก่ผู้พบเห็นก็ไม่ถือว่าเป็นความผิด

ประเทศไทยไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นการเฉพาะ เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายควบคุมสื่อลามกที่ปรากฏจากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 พบว่าการผลิตและการครอบครองสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นความผิดก็ต่อเมื่อมีเจตนาเพื่อการเปิดเผยแก่สาธารณะเท่านั้น และพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 14 (4) และมาตรา 14 (5) จะกำหนดให้การนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ การเผยแพร่หรือส่งต่อข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามกเป็นความผิด แต่ก็มีเงื่อนไขว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้จึงทำให้เป็นการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะ จากการศึกษากฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง ผู้วิจัยพบว่ามาตรการควบคุมสื่อลามกของประเทศไทยยังจำกัดเฉพาะการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะเท่านั้นไม่ครอบคลุมถึงการกระทำในทางส่วนตัว

ตารางที่ 4 เปรียบเทียบความผิดกรณีการกระทำในทางส่วนตัวเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงของแต่ละประเทศ

ประเทศ	ความผิดกรณีการกระทำในทางส่วนตัวแต่มีเจตนาเปิดเผยแก่สาธารณะ	ความผิดกรณีการกระทำในทางส่วนตัว
สหรัฐอเมริกา	มลรัฐนิวยอร์ก	การครอบครอง
	มลรัฐออริโซนา	การผลิตและการครอบครอง
ประเทศแคนาดา	การครอบครอง	การผลิต
ประเทศอังกฤษ	-	การผลิต การส่งต่อส่วนตัวและการครอบครอง
ประเทศญี่ปุ่น	การครอบครอง	-
ประเทศเยอรมนี	การผลิตและการครอบครอง	การส่งต่อส่วนตัวแก่เด็ก
ประเทศสวิตเซอร์แลนด์	-	การผลิต การส่งต่อส่วนตัว การครอบครองและการใช้
ประเทศไทย	การผลิตและการครอบครอง	-

5.2 วิเคราะห์หลักเกณฑ์การกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง

การวิเคราะห์ในส่วนที่สองนี้จะพิจารณาว่าการกำหนดความผิดกรณีการกระทำต่างๆ ในทางส่วนตัวและในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะซึ่งสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงนั้นมีความสอดคล้องกับหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดและการลงโทษทางอาญาเพียงใด ซึ่งเมื่อทราบว่าการกระทำใดสอดคล้องกับหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดอาญาแล้วก็จะนำมาเป็นหลักในการสนับสนุนให้กำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงของประเทศไทยต่อไป

จากหลักการกำหนดความผิดอาญาที่เหมาะสม คือ เสรีภาพของบุคคลเป็นสิ่งสำคัญ บุคคลจะถูกจำกัดเสรีภาพได้เท่าที่จำเป็น รัฐจะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างเสรีภาพของบุคคลกับการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมมาเป็นข้อพิจารณาถึงการกำหนดขอบเขตของการบัญญัติกฎหมายอาญา เนื่องจากกฎหมายอาญามีสภาพบังคับกระทบต่อเสรีภาพของบุคคลร้ายแรงที่สุด มาตรการทางอาญาจึงเป็นวิธีสุดท้ายที่รัฐจะเลือกมาใช้จัดการกับปัญหา รัฐจึงควรใช้มาตรการทางอาญาเฉพาะพฤติกรรมที่นำไปสู่อาชญากรรมร้ายแรงอันกระทบต่อสังคมเท่านั้น ดังนั้นมีข้อพิจารณาสำหรับเพื่อวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมต่อการกำหนดให้การกระทำเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นความผิดมี 4 ประการดังนี้

5.2.1 การกระทำนั้นฝ่าฝืนคุณธรรมทางกฎหมาย

กฎหมายอาญามีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม ซึ่งเป็นคุณค่าหรือประโยชน์ของการอยู่ร่วมกันของมนุษย์หรือที่เรียกว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” แต่คุณค่าหรือประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองต้องมีความสำคัญถึงขนาดที่ว่าหากไม่ได้รับการคุ้มครองแล้วจะกระทบต่อระเบียบของสังคม คุณธรรมทางกฎหมายย่อมขึ้นอยู่กับสภาพของแต่ละสังคมว่าจะยอมรับการกระทำใดที่สมควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญาเพราะกฎหมายอาญาเป็นสิ่งที่เข้ามาช่วยเสริมมาตรการทางสังคมอื่นๆในกรณีที่มาตรการทางสังคมอื่นไม่อาจบรรลุเป้าหมายหรือไม่เพียงพอที่จะคุ้มครองระเบียบของสังคมได้ แต่เนื่องจากคุณธรรมทางกฎหมายมีขอบเขตไม่แน่นอนและมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์เชิงนามธรรมขึ้นอยู่กับสังคมกำหนดว่าสิ่งใดจะเป็นประโยชน์ของการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ คุณธรรมทางกฎหมายจึงอาจเปลี่ยนแปลงไปตามบริบทของสังคมและเปิดโอกาสให้พัฒนาก้าวหน้าได้ตามประวัติศาสตร์ของแต่ละสังคม¹³ คุณธรรมทางกฎหมายจึงต้องพิจารณาในบริบทของสังคมในขณะนั้นและต้องอยู่ในระดับที่สมควรต้องได้รับการคุ้มครอง มิฉะนั้นแล้วจะเปิดโอกาสให้รัฐอาศัยข้ออ้างเพื่อคุ้มครองระเบียบของสังคมเข้ามาแทรกแซงเสรีภาพของบุคคลเกินสัดส่วน

นอกจากคุณธรรมทางกฎหมายอยู่ในระดับของคุณค่าขั้นพื้นฐานสังคมนั้นๆ แล้วคุณธรรมทางกฎหมายแต่ละเรื่องย่อมมีระดับของความคุ้มครองที่แตกต่างกัน เช่น ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกทั่วไปในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยมาตรา 287 ซึ่งห้ามการเผยแพร่ การค้า และการโฆษณาหรือโฆษณาเกี่ยวกับสื่อลามกนั้น คุณธรรมทางกฎหมายของบทบัญญัติเกี่ยวกับสื่อลามก คือ ความดีงามของสังคมที่เกี่ยวข้องกับความรู้สึกในทางอับอายและในทางศีลธรรมของสังคม¹⁴ แสดงให้เห็นว่าการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะซึ่งสื่อลามกเป็นการกระทบต่อระเบียบของการอยู่ร่วมกันของสังคมไทย ส่วนการกระทำในทางส่วนตัว เช่น การส่งต่อส่วนตัว การผลิต หรือการครอบครองไม่ได้กระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายในเรื่องของความดีงามของสังคมที่เกี่ยวข้องกับความรู้สึกอับอายและในทางศีลธรรมของสังคม การกระทำในทางส่วนตัวเกี่ยวกับสื่อลามกทั่วไปจึงไม่เป็นความผิดเว้นแต่จะมีเจตนาเปิดเผยสู่สาธารณะ ในขณะที่ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยมาตรา 287/1 ซึ่งกำหนดให้การกระทำในทางส่วนตัวเป็นความผิด กล่าวคือห้ามทั้งการครอบครองและส่งต่อสื่อลามกอนาจารเด็ก อีกทั้งมาตรา 287/2 แม้จะ

¹³ Carl Constantine Lanterwine, *The Limits of Criminal Law: A Comparative Analysis of Approach to Legal Theorizing* (Aldershot: Ashgate, 2011), p. 19.

¹⁴ คณิต ณ นคร, *กฎหมายอาญาคความผิด*, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), หน้า 582.

กำหนดความผิดเกี่ยวกับกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะเหมือนกับสื่อลามกทั่วไปตามมาตรา 287 ที่ห้ามการเผยแพร่ การค้า และการโฆษณาหรือโฆษณาซึ่งสื่อลามก แต่มาตรา 287/2 เป็นบทบัญญัติที่ทำให้ผู้กระทำผิดต้องได้รับโทษหนักขึ้นสำหรับการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็ก ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กจึงแสดงให้เห็นว่ามีคุณธรรมทางกฎหมายที่แตกต่างไปจากความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกทั่วไป กล่าวคือ คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก คือ การคุ้มครองและป้องกันการล่วงละเมิดทางเพศเด็ก¹⁵ ซึ่งเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวมที่มุ่งคุ้มครองเด็กทุกคนในสังคมมิใช่เฉพาะเด็กที่ตกเป็นเหยื่อเท่านั้น สืบเนื่องมาจากความตระหนักถึงปัญหาเด็กตกเป็นเหยื่อของการกระทำอันมิชอบทางเพศ (Child Abuse) ซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน ประกอบกับองค์การสหประชาชาติออกพิธีสารเลือกรับว่าด้วยการซื้อขายเด็ก โสเภณี และสื่อลามกอนาจารเด็กขึ้น ซึ่งกำหนดให้รัฐต้องคุ้มครองเด็กโดยห้ามการผลิต การเผยแพร่ การนำเข้า การส่งออก การเสนอ หรือการมีไว้ในครอบครองซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็ก¹⁶ สะท้อนให้เห็นว่าการกระทำผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเมื่อได้กระทำในทางส่วนตัวก็กระทบต่อระเบียบของสังคมทั่วไป

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงอาจหมายถึงการป้องกันมิให้เกิดการก่ออาชญากรรมจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศเกินสมควร แต่ไม่ใช่ว่าการกระทำที่เกี่ยวข้องกับสื่อทางเพศทุกกรณีจะเป็นการละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายเสมอไป จะต้องพิจารณาถึงลักษณะของการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อประโยชน์หรือคุณค่าที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง ประกอบ การคุ้มครองการกระทำที่เกี่ยวข้องกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงสามารถวิเคราะห์ได้ 2 มิติ ดังนี้

มิติคุ้มครองผู้ที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง

มิตินี้จะพิจารณาถึงการกระทำในทางส่วนตัวเป็นสำคัญ กล่าวคือ การใช้ความรุนแรงในระหว่างมีการกระทำทางเพศจนกระทบต่อชีวิต ร่างกายและเสรีภาพ เป็นการละเมิดความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย และเสรีภาพ ซึ่งเป็นสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองแล้ว ขณะเดียวกันยังถือว่ากระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งมนุษย์ทุกคนควรค่าแก่การเคารพ ไม่ควรลดคุณค่าของตัวเองเป็นเพียงเครื่องมือเพื่อตอบสนองความต้องการทางเพศ ในบางประเทศเห็นว่าการกระทำเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 588.

¹⁶ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 3: ลักษณะ 1 ถึง ลักษณะ 9 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561), หน้า 645.

ใช้ความรุนแรงเป็นสิ่งที่ละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ แต่เมื่อพิจารณาในมุมมองของ Roxin แล้ว ยังไม่ถือว่าเป็นการละเมิดคุณธรรมทางกฎหมาย แม้ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะเป็นหนึ่งในคุณธรรมที่สำคัญ แต่ Roxin ไม่ยอมรับว่าการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะเป็นสิ่งตัดสินให้นำมาตรการทางอาญามาใช้ได้ด้วยเหตุผลเดียวกับการละเมิดศีลธรรมเพราะยังไม่ถือว่าความปลอดภัยหรือเสรีภาพของบุคคลได้รับการกระทบกระเทือนแต่อย่างใด¹⁷ ดังนั้นการกระทำที่เกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงจะไม่นำไปประเด็นเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาพิจารณา

การกระทำที่เกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่กระทบต่อหลักคุณธรรมทางกฎหมายจึงต้องพิจารณาถึงสิทธิของบุคคลโดยตรง เช่น ความปลอดภัยในชีวิต ร่างกายหรือเสรีภาพของบุคคลเป็นสำคัญเมื่อพิจารณาหลักคุณธรรมทางกฎหมายตามทัศนะของ Roxin แล้ว การผลิตสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงถึงกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกาย จิตใจและเสรีภาพของผู้อื่นซึ่งไม่ให้ความยินยอมสมควรกำหนดเป็นความผิดอาญาตามหลักคุณธรรมทางกฎหมาย แต่กรณีสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงถึงกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกาย และจิตใจของผู้อื่นซึ่งให้ความยินยอม และกรณีสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงถึงกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกายและจิตใจของตนเอง นั้น Roxin เห็นว่าการกำหนดความผิดอาญาเพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหายต่อตัวเอง (Harm to Self) ยังไม่เพียงพอที่จะถือเป็นคุณธรรมทางกฎหมาย กฎหมายอาญาไม่ควรกำหนดให้การกระทำของบุคคลซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อตนเองเป็นความผิด การป้องกันอันตรายจากการกระทำต่อตัวของบุคคลเองด้วยการลงโทษจึงเป็นสิ่งที่ขัดต่อเจตจำนงของตัวบุคคล การกระทำที่สอดคล้องกับเจตนาของผู้กระทำไม่เป็นการละเมิดคุณธรรมทางกฎหมาย¹⁸ ทัศนะดังกล่าวนี้จึงเป็นการยืนยันว่ารัฐไม่มีความชอบธรรมต่อการกำหนดความผิดอาญาเพียงเพราะการกระทำดังกล่าวสร้างผลร้ายกับตัวผู้กระทำซึ่งตรงข้ามกับแนวทางตามหลักกว่าด้วยปิตุธิปไตยที่ยอมรับให้รัฐกำหนดความผิดเพื่อป้องกันบุคคลที่มีพฤติกรรมก่อให้เกิดอันตรายต่อตนเอง ดังนั้นการกำหนดความผิดฐานผลิตสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงกรณีผู้แสดงยินยอมให้ผู้อื่นใช้ความรุนแรงและกรณีผู้แสดงใช้ความรุนแรงกระทำต่อตนเองยังไม่ถือเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่ต้องได้รับการคุ้มครอง

ส่วนกรณีการส่งต่อส่วนตัวซึ่งสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง หากเป็นการส่งต่อสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงถึงกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกาย จิตใจและเสรีภาพของผู้อื่นซึ่งไม่ให้ความยินยอมย่อมถือได้ว่ากระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายแล้ว เพราะเป็นการละเมิดต่อเกียรติของผู้

¹⁷ Carl Constantine Lanterwine, *The Limits of Criminal Law: A Comparative Analysis of Approach to Legal Theorizing*, pp. 11-12.

¹⁸ *Ibid*, p. 13.

ที่ปรากฏในสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงนั้น ซึ่งเกียรตินี้เป็นคุณธรรมทางกฎหมายอย่างหนึ่งที่รัฐประสงค์ให้ความคุ้มครอง แต่การส่งต่อสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงถึงกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกาย และจิตใจของผู้อื่นซึ่งให้ความยินยอมและกรณีสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงถึงกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกายและจิตใจของตนเองอาจยังไม่ถือว่าเป็นการส่งต่อสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงในเรื่องเกียรติและชื่อเสียง เว้นแต่เป็นการส่งต่อให้แก่เด็กอาจถือว่าเป็นการส่งต่อสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงในแง่ของการคุ้มครองเด็กจากการรับรู้ในเรื่องทางเพศก่อนวัยอันควรและการคุ้มครองเด็กจากสื่อที่ไม่เหมาะสมต่อเด็กได้ ทั้งนี้ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าการส่งต่อให้แก่เด็กซึ่งสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงจะมีลักษณะใดก็ตาม

ส่วนกรณีการครอบครองสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงนั้น ไม่ว่าจะเป็นการครอบครองสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงในลักษณะใดก็ตามยังไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้ที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงหรือสังคมแต่อย่างใด ดังนั้นการกำหนดความผิดฐานครอบครองสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงจึงไม่สมควรกำหนดเป็นความผิด

มิติคุ้มครองสังคม

มิตินี้จะพิจารณาการกระทำที่มีลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะเป็นสำคัญ เมื่อสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงได้แสดงให้เห็นถึงการกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกายและเสรีภาพ การกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะซึ่งสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงนอกจากจะทำให้ศีลธรรมของสังคมเสื่อมทรามลงแล้ว ยังสร้างความรู้สึกรังเกียจ อับอาย ไม่พึงปรารถนาแก่ผู้พบเห็น สังคมไทยเองก็ย่อมเห็นว่าการแสดงพฤติกรรมทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเข้ามาเกี่ยวข้องย่อมเป็นสิ่งที่ไม่อาจยอมรับได้ เช่นเดียวกับหลายประเทศที่เปิดเสรีสื่อทางเพศ แต่การจะกำหนดความผิดอาญาเพื่อปกป้องความรู้สึกของผู้ที่พบเห็นนี้ Roxin เห็นว่าไม่ยังไม่สมควรใช้กฎหมายอาญาเพราะหน้าที่ของกฎหมายอาญาคือการรักษาการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ไม่ใช่อาารมณร่วม¹⁹

อย่างไรก็ตาม Roxin มิได้ยอมรับการกำหนดความผิดอาญาเพื่อปกป้องความรู้สึกทุกกรณี เว้นแต่กรณีการกระทำใดส่งผลกระทบต่อความรู้สึกของคนในสังคมในระดับรุนแรงถึงขั้นคุกคามหรือสร้างความกลัวภัยอันตรายอันกระทบต่อความปลอดภัยก็อาจยอมรับให้เป็นคุณธรรมทางกฎหมายได้ เช่น การข่มขืนแล้วฆ่า ประชาชนย่อมเกิดความรู้สึกถึงความไม่ปลอดภัยในชีวิตร่างกายและสิทธิ

¹⁹ Ibid, p. 12.

ในทางเพศซึ่งเป็นการคุกคามความรู้สึกในระดับที่รุนแรง²⁰ จากเงื่อนไขการกำหนดความผิดอาญาเพื่อคุ้มครองความรู้สึกที่กระทบต่อความปลอดภัยนี้ Roxin ยกตัวอย่างความผิดฐานกระทำการอันควรขายหน้าต่อธารกำนัล (Exhibitionism) ว่าไม่สอดคล้องกับหลักคุณธรรมทางกฎหมายเพราะความรู้สึกของประชาชนมีความอับอายและรังเกียจเท่านั้นมิได้ถูกกระทบรุนแรงถึงขนาดถูกคุกคาม การกระทำอันควรขายหน้าต่อธารกำนัลจึงห่างไกลจากเสรีภาพทางเพศซึ่งกฎหมายป้องกันมิให้ถูกคุกคามและไม่ได้ส่งผลให้เกิดความกลัวถึงความปลอดภัยจากการละเมิดทางเพศ ดังนั้นการกระทำที่ก่อให้เกิดความรู้สึกรังเกียจหรืออับอายควรเป็นความผิดทางปกครองมากกว่าความผิดอาญา²¹ ซึ่งแตกต่างจากหลักว่าด้วยความผิดของ Feinberg ที่สนับสนุนให้กำหนดความผิดอาญาครอบคลุมถึงการกระทำที่กระทบต่อความรู้สึกของสังคมในลักษณะไม่ร้ายแรงเท่ากับหลักคุณธรรมทางกฎหมายในทัศนะของ Roxin

การกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะซึ่งสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงแตกต่างไปจากสื่อทางเพศทั่วไป กล่าวคือ สื่อทางเพศทั่วไปทำให้ผู้พบเห็นเกิดความรู้สึกในระดับที่ไม่ร้ายแรงเพียงแค่ออกให้เกิดความรู้สึกอับอาย อึดอัดหรือรังเกียจต่อบุคคลที่พบเห็น แต่กรณีสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงไม่ว่าจะมีลักษณะใดย่อมทำให้ผู้พบเห็นรู้สึกถึงความไม่ปลอดภัยทางเพศ สร้างความหวาดกลัวต่อภัยอันตรายอันต่อชีวิต ร่างกาย และเสรีภาพ กล่าวคือ กระทบความรู้สึกของคนในสังคมในระดับที่รุนแรงเพียงพอถึงขนาดที่จะใช้กฎหมายอาญาเข้ามาควบคุมตามหลักคุณธรรมทางกฎหมาย สอดคล้องกับแนวทางการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนีที่ห้ามการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่ทางสาธารณะ

²⁰ ทศมัญช์ ใจหาญ, “ความผิดฐานใช้สัตว์ประกอบกามกิจ,” (วิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), หน้า 108.

²¹ Carl Constantine Lanterwine, *The Limits of Criminal Law: A Comparative Analysis of Approach to Legal Theorizing*, p. 12.

ตารางที่ 5 เปรียบเทียบการกระทำเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่สมควรกำหนดเป็นความผิดตามหลักคุณธรรมทางกฎหมาย

หลักคุณธรรมทางกฎหมาย			
สิ่งที่คุ้มครอง	การกระทำที่คุ้มครอง	ลักษณะของสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงสอดคล้องกับหลักคุณธรรมทางกฎหมาย	
ผู้ที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง	การกระทำในทางส่วนตัว	การผลิต	เฉพาะสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงถึงกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกาย จิตใจและเสรีภาพของผู้อื่นซึ่งไม่ให้ความยินยอม
		การส่งต่อส่วนตัว	เฉพาะสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงถึงกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกาย จิตใจและเสรีภาพของผู้อื่นซึ่งไม่ให้ความยินยอม
	การส่งต่อแก่เด็ก	สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงทั้ง 3 ลักษณะ	
	การครอบครอง	-	
สังคม	การกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะ	สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงทั้ง 3 ลักษณะ	

5.2.2 การกระทำนั้นมีเหตุผลเพียงพอที่จะใช้กฎหมายอาญามาจำกัดเสรีภาพของบุคคล

การกำหนดให้การกระทำเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นความผิดอาญาจะต้องมีเหตุผลเพียงพอ ภายใต้เงื่อนไขข้อยกเว้นบทคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 25 ซึ่งต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลไม่ได้ เมื่อสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงก่อให้เกิดผลร้ายแก่สังคมย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้สามารถเทียบเคียงได้กับแนวคำวินิจฉัยในคดี *New York v. Feber* ซึ่งศาลฎีกาของประเทศสหรัฐอเมริกาตัดสินว่าการแสดงออกทางเพศที่มีลักษณะลามกย่อมไม่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 1 ซึ่งเป็นบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเพื่อคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนโดยไม่ถูกแทรกแซงหรือจำกัดโดยรัฐ และเมื่อพิจารณาถึงผลกระทบของสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงดังที่ระบุไว้ในหัวข้อที่ 2.5 อันได้แก่ความเสี่ยงต่อการเกิดอาชญากรรมทางเพศ ความไม่ปลอดภัยในชีวิตร่างกายและเสรีภาพต่อผู้เกี่ยวข้องในสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง การเป็นสิ่งอันตรายต่อเด็กและเยาวชน การละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และการละเมิดศีลธรรมทางเพศแล้ว ก็ไม่ได้หมายความว่ารัฐจะยกเหตุผลเหล่านี้มาจำกัดเสรีภาพของประชาชนต่อการแสดงความคิดเห็นทางเพศที่มีลักษณะรุนแรงได้เสมอไป ยังต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมของการกำหนดขอบเขตของการกระทำที่จะเป็นความผิดอาญามาพิจารณาด้วย

หลักเกณฑ์ว่าด้วยการจำกัดเสรีภาพ (Liberty-Limiting Principles) เป็นหลักการพิจารณาว่าการกระทำใดมีเหตุผลเพียงพอที่จะกำหนดให้เป็นความผิดอาญาเพื่อไม่ให้รัฐอาศัย

กระบวนการนิติบัญญัติมาจำกัดเสรีภาพของบุคคลมากเกินไป หลักเกณฑ์ว่าด้วยการจำกัดเสรีภาพมี 4 หลักการ ได้แก่ หลักว่าด้วยความเสียหาย หลักว่าด้วยปิตุภักษ์ หลักว่าด้วยความผิด และหลักว่าด้วยศีลธรรม ซึ่งแต่ละหลักการได้วางกรอบความชอบธรรมของรัฐต่อการบัญญัติความผิดทางอาญา โดยผู้วิจัยจะอธิบายให้เห็นว่าแต่ละหลักการให้ความชอบธรรมต่อการกำหนดให้การกระทำใดที่เกี่ยวข้องกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นความผิด ดังต่อไปนี้

1) การกระทำที่เกี่ยวข้องกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงกับหลักว่าด้วยความเสียหาย (Harm Principle)

ความเสียหายเป็นหนึ่งในเงื่อนไขพื้นฐานต่อการกำหนดขอบเขตของการบัญญัติกฎหมายอาญา การกระทำใดที่สร้างความเสียหายแก่ผู้อื่น (Harm to Other) ย่อมเป็นภัยต่อสังคมอยู่ในตัว รัฐจึงมีหน้าที่ต้องใช้มาตรการทางอาญาเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำนั้น การพิจารณาถึงความเสียหายนี้จะต้องยึดสิทธิของบุคคลที่ถูกกระทบเป็นสำคัญ หากการกระทำใดที่แม้จะสร้างความเสียหายแก่ผู้อื่น แต่ถ้าได้รับความยินยอมจากผู้ถูกกระทำก็ไม่ถือว่ามี ความเสียหายเกิดขึ้นจริงแม้จะเป็นความยินยอมที่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดีของสังคมก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงหลักว่าด้วยความเสียหายเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง สามารถพิจารณาถึงบุคคลที่กฎหมายควรให้ความคุ้มครองกับบุคคลที่เกี่ยวข้องกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง 2 จำพวก ได้แก่ ผู้ที่ปรากฏในสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง และผู้ที่รับชมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง

ผู้ที่ปรากฏในสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง

กรณีสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกาย จิตใจหรือเสรีภาพของผู้อื่นโดยปราศจากความยินยอมนั้นย่อมแสดงให้เห็นแล้วว่าเกิดความเสียหายขึ้นจริง ดังนั้นการผลิตสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงกรณีนี้ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิต ความเป็นอยู่ของร่างกาย และเสรีภาพของผู้ถูกกระทำในสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง อีกทั้งการส่งต่อสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงกรณีไม่ว่าจะเป็นการส่งต่อในทางส่วนตัวหรือสาธารณะให้บุคคลอื่นรับชมย่อมสร้างความเสียหายต่อเกียรติยศและชื่อเสียงของผู้ถูกกระทำที่ปรากฏในสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง เมื่อพิจารณาถึงหลักว่าด้วยความเสียหายแล้วกฎหมายควรให้ความคุ้มครองผู้ถูกกระทำในสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงกรณีนี้ด้วยการกำหนดให้การกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะและการกระทำในทางส่วนตัว คือ การผลิตและการส่งต่อส่วนตัวเป็นความผิด

แต่กรณีสื่อสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงถึงกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกาย และจิตใจของผู้อื่นซึ่งให้ความยินยอมและสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงถึงกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกายและจิตใจของตนเองนั้น เมื่อพิจารณาถึงหลักว่าด้วยความเสียหายแล้ว ถือว่าบุคคลที่สมัครใจทำร้ายตนเองหรือยินยอมให้ผู้อื่นทำร้ายตนเองนั้น ย่อมไม่มีความเสียหายเกิดขึ้นจริง จึงไม่อาจกำหนดความผิดต่อการกระทำเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงกรณีดังกล่าวได้ เนื่องจากไม่มีบุคคลใดได้รับความเสียหาย

ผู้ที่รับชมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง

สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงทุกประเภทหากไปปรากฏให้บุคคลทั่วไปได้รับรู้ แม้ผู้รับสื่อจะไม่ปรารถนาก็ตามก็ไม่ถือว่าเกิดความเสียหาย เนื่องจากไม่ได้กระทบต่อสิทธิในชีวิต ร่างกายหรือเสรีภาพของผู้รับชม แต่มีข้อยกเว้นกรณีที่มีเด็กเข้ามาเกี่ยวข้องในฐานะผู้รับสื่อ นั้นยอมถือได้ว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นแก่เด็ก เนื่องจากเด็กยังอยู่ในสภาวะที่ยังไม่มีวุฒิภาวะเพียงพอที่จะคิด พิจารณา วิเคราะห์ และตัดสินใจในสิ่งต่างๆ เหมือนผู้ใหญ่ การรับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อความคิด ทศนคติ และการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของเด็ก ซึ่งเด็กจะต้องได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษจากสื่อที่เป็นอันตราย ดังนั้นการกระทำใดๆ ที่ทำให้เด็กสามารถเข้าถึงสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงได้ เช่นการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะและการกระทำในทางส่วนตัวเฉพาะ การส่งต่อส่วนตัวแก่เด็กจึงสมควรกำหนดให้เป็นความผิด

2) การกระทำที่เกี่ยวข้องกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงกับหลักว่าด้วยปิตุธิปไตย (The Principle of Legal Paternalism)

หลักว่าด้วยปิตุธิปไตยให้ความสำคัญกับการคุ้มครองบุคคลที่มีพฤติกรรมที่รัฐเห็นว่าเป็นอันตรายแก่ตัวของบุคคลนั่นเอง (Harm to Self) รัฐจะบัญญัติกฎหมายเพื่อกำหนดให้บุคคลกระทำการใดหรือห้ามกระทำการใดด้วยเหตุผลเพราะว่าจะเป็นภัยต่อตัวของผู้กระทำเอง การจำกัดเสรีภาพของบุคคลนี้ได้รับการวิพากษ์ถึงการไม่เคารพต่อการตัดสินใจเลือกของบุคคลซึ่งการบังคับให้บุคคลกระทำในสิ่งรัฐเห็นว่าเป็นสิ่งถูกต้องกลับเปิดโอกาสให้รัฐเข้ามามีอำนาจแทรกแซงเสรีภาพของบุคคลอย่างไร้ขอบเขตซึ่งเป็นผลร้ายต่อตัวผู้กระทำยิ่งไปกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจากน้ำมือของผู้กระทำเอง จากข้อวิพากษ์ดังกล่าวทำให้หลักว่าด้วยปิตุธิปไตยถูกปฏิเสธที่จะนำมาใช้ในการสนับสนุนข้ออ้างต่อการบัญญัติกฎหมายห้ามมิให้บุคคลกระทำการใดๆ ที่จะส่งผลร้ายต่อตนเอง

แม้แนวคิดที่ว่าด้วยปีตุรักรักษ์จะถูกโต้แย้งว่าไม่ควรนำมาเป็นหลักการของการกำหนดความผิดอาญาก็ตาม แต่การให้บุคคลกระทำการใดๆ ได้อย่างไรขอบเขตจนถึงขั้นละเมิดละเมิดสิทธิในชีวิต ร่างกายหรือตนเองด้วยเหตุผลที่ว่าบุคคลมีเสรีภาพในการตัดสินใจที่จะกำหนดตนเองได้ เช่น การบันทึกภาพทางธุรกรรมทางเพศจากการกระทำของตนเองนั้น หากมีการปล่อยให้เกิดการกระทำเช่นนี้ต่อไปโดยปราศจากการแทรกแซงกิจกรรมที่เป็นภัยต่อตัวเองนี้ย่อมแสดงว่ารัฐล้มเหลวต่อหน้าที่รักษาสวัสดิภาพ (Welfare) ของสมาชิกในสังคม แม้การกระทำของบุคคลจะเป็นการก่อภัยต่อตนเองก็ย่อมส่งผลกระทบต่อบุคคลภายนอกไม่ว่าทางใดก็ทางหนึ่งเสมอ ผลสุดท้ายแล้วผู้อื่นหรือสังคมย่อมได้รับผลโดยอ้อมทั้งสิ้น รัฐซึ่งเป็นตัวแทนของสังคมควรจะเข้ามาควบคุมการกระทำที่ก่อให้เกิดอันตรายแก่ตัวของสมาชิกของสังคมด้วย ดังตัวอย่างของกฎหมายควบคุมการสูบบุหรี่ที่รัฐตระหนักถึงสวัสดิภาพของบุคคลที่เกี่ยวข้องเพราะการสูบบุหรี่หรืออาจทำให้คนข้างเคียงที่ได้รับควันบุหรี่เป็นประจำนอกจากจะได้รับความรำคาญแล้วยังอาจเกิดโรคมะเร็งตามมาด้วย การที่มีกฎหมายห้ามสูบบุหรี่นี้เข้าไปเพื่อลดความเสี่ยงต่ออันตรายแก่ร่างกายของบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องทั้งผู้สูบบุหรี่โดยตรงและผู้รับควันบุหรี่โดยอ้อม อีกทั้งการแก้ไขเยียวยาผู้ที่ได้รับผลกระทบจากควันบุหรือนั้นกระทบต่อเงินค่ารักษาพยาบาลซึ่งอาศัยงบประมาณของสาธารณะอันเป็นเงินของสังคมโดยรวม²² นอกจากนี้ยังมีตัวอย่างของกฎหมายห้ามการกระทำเสี่ยงภัยต่อตนเองที่สำคัญอย่างกฎหมายควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์หรือกฎหมายห้ามดื่มสุราขณะขับขี่ยานพาหนะ ซึ่งนอกจากจะเป็นมาตรการเพื่อเสริมสร้างสุขภาพและความปลอดภัยแก่ตัวผู้ดื่มแล้ว ยังป้องกันความสูญเสียจากอุบัติเหตุที่จะเกิดแก่บุคคลอื่นด้วย เหตุผลนี้แสดงให้เห็นความพยายามของรัฐต้องการหลีกเลี่ยงความเสี่ยงที่จะเกิดแก่สังคมซึ่งเป็นหน้าที่รักษาสวัสดิภาพของคนในสังคม ดังนั้นผู้วิจัยเห็นว่าหลักว่าด้วยปีตุรักรักษ์ยังมีความจำเป็นต่อการนำมาสนับสนุนการบัญญัติกฎหมายห้ามการกระทำที่จะก่อให้เกิดผลร้ายต่อตัวของผู้กระทำเอง

การพิจารณาการกระทำที่เกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่สามารถนำหลักว่าด้วยปีตุรักรักษ์มาวิเคราะห์จึงมีเฉพาะกรณีการผลิตสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงให้เห็นการกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกาย หรือจิตใจของตนเองเท่านั้น โดยการบัญญัติความผิดอาญาต่อการกระทำในทางส่วนตัวกรณีการผลิตสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงให้เห็นการกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกาย หรือจิตใจของตนเองก็เป็นสิ่งสะท้อนถึงความตระหนักของคนในสังคมที่ไม่ต้องการให้มีการ

²² ธรรมนิติย์ สุมันตกุล, “กฎหมายคุณพ่อแสนดี” (Legal Paternalism) [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 26 มิถุนายน 2562.
แหล่งที่มา: <http://web.krisdika.go.th/pdfPage.jsp?type=act&actCode=231>

กระทำในลักษณะนี้เกิดขึ้น ถ้ารัฐมีนโยบายที่ต้องการคุ้มครองสวัสดิภาพในความปลอดภัยแก่ชีวิต และร่างกายของผู้ที่ปรากฏในสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงก็ควรกำหนดให้การผลิตสื่อทางเพศที่แสดงให้เห็นการกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกาย หรือจิตใจของตนเองเป็นความผิด

3) การกระทำที่เกี่ยวข้องกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงกับหลักว่าด้วยความผิด (Offence Principle)

หลักว่าด้วยความผิดเป็นเหตุผลในการอ้างถึงความชอบธรรมต่อการปกป้องผู้อื่นจากพฤติกรรมที่สร้างความรังเกียจ ความขุ่นเคือง หรือประสบการณ์ที่ไม่สบายใจ²³ซึ่งหลักว่าด้วยความผิดมีความคล้ายคลึงกับหลักว่าด้วยความเสียหายที่ให้กฎหมายห้ามการกระทำที่กระทบต่อสิทธิของผู้อื่น แต่สิทธิที่ถูกล่วงเกินนี้เป็นความรู้สึกของผู้อื่นในลักษณะของการได้รับความเดือดร้อนรำคาญ (Nuisance) โดยรัฐจะบัญญัติกฎหมายอาญาโดยอ้างว่าเพื่อป้องกันการล่วงละเมิดความรู้สึกของคนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งไม่ได้แต่จะต้องส่งผลกระทบต่อบุคคลทั่วไป (Offence to Other)

อย่างไรก็ตามการกระทำใดแม้จะเป็นการกระทำที่ขัดต่อความรู้สึกของบุคคลทั่วไป การกระทำนั้นยังไม่อาจถือว่าได้ล่วงละเมิดความรู้สึกตามหลักว่าด้วยความผิด กล่าวคือหลักว่าด้วยความผิดไม่ได้พิจารณาบนฐานทางศีลธรรมของบุคคล ดังแนวคิดของ Hart ที่ได้ยกเปรียบเทียบกรณีการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาซึ่งไม่เป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรม แต่ถ้าได้กระทำโดยเปิดเผยแก่สาธารณชนก็ถือเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Decency) ส่วนกรณีมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเพศเดียวกันซึ่งเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมในสมัยหนึ่งก็ยังไม่เป็นการฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนเว้นแต่จะได้กระทำในที่สาธารณะ²⁴ หลักว่าด้วยความผิดจึงมุ่งพิจารณาถึงการแสดงพฤติกรรมที่สร้างความเดือดร้อนรำคาญภายใต้สถานการณ์ที่บุคคลทั่วไปสามารถรับรู้ได้ กล่าวคือจะต้องเป็นการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณชนเป็นหลัก ดังนั้นภายใต้หลักว่าด้วยความผิดนี้การกระทำเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่จะนำมาวิเคราะห์จึงต้องเป็นการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณชนเท่านั้น

เมื่อพิจารณาถึงการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณชนซึ่งสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงแล้วย่อมส่งผลกระทบต่อความรู้สึกของคนทั่วไป เพราะสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงนอกจากจะ

²³ Joel Feinberg, "Pornography and the Criminal Law," *University of Pittsburgh Law Review* 40, 4 (1979): 567.

²⁴ H.L.A. Hart, *Law, liberty and morality* (California: Stanford University Press, 1965), p. 45.

นำเสนอเรื่องทางเพศอันก่อให้เกิดความรู้สึกไม่สบายใจ อับอาย อึดอัด หรือกระอักกระอ่วนแก่บุคคลทั่วไปที่รับรู้เช่นเดียวกับการกระทำลามกในที่สาธารณะหรือการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะซึ่งสื่อลามกแล้ว ยังได้นำเสนอถึงการกระทำทางเพศที่ก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย หรือเสรีภาพของบุคคลที่ปรากฏในสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง บุคคลทั่วไปที่ได้รับชมย่อมเกิดความรู้สึกหวาดกลัวและส่งผลกระทบต่อสภาวะทางจิตใจซึ่งเป็นการล่วงละเมิดสิทธิอย่างหนึ่ง ดังนั้นการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะซึ่งสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงไม่ว่าจะมีลักษณะใดก็ตามย่อมสามารถกำหนดให้เป็นความผิดอาญาได้ตามหลักกว่าด้วยความผิด

4) การกระทำที่เกี่ยวข้องกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงกับหลักกว่าด้วยศีลธรรม (The Principle of Legal Moralism)

การกำหนดความผิดอาญาตามหลักกว่าด้วยศีลธรรมคำนึงถึงพื้นฐานทางศีลธรรมของสังคมเป็นเกณฑ์ การกระทำใดที่แม้จะไม่ส่งผลกระทบต่อผู้อื่นหรือตัวผู้กระทำเอง แต่หากเป็นการกระทำที่ขัดต่อมาตรฐานศีลธรรมของสังคมแล้วก็ชอบที่จะให้รัฐบัญญัติเป็นความผิดอาญาได้

มาตรฐานศีลธรรมของสังคมอาจอิงกับหลักความเชื่อทางศาสนาหรือสิ่งที่สังคมมีความตระหนักร่วมกันจนกลายเป็นศีลธรรมของสาธารณชน (Public Moral) ก็ได้ ดังตัวอย่างประมวลกฎหมายของประเทศแคนาดามาตรา 163 (8) ได้กำหนดสื่อทางเพศที่มีลักษณะแสดงให้เห็นถึงการก่อกวนอาชญากรรม ความความโหดร้ายรุนแรงถือเป็นสื่อลามก และบทบัญญัติดังกล่าวอยู่ในลักษณะความผิดที่มีแนวโน้มทำให้ศีลธรรมเสื่อมทราม (Offence Tending to Corrupt Morals) การกำหนดรายละเอียดเช่นนี้สะท้อนได้ถึงสังคมของประเทศแคนาดาที่เห็นถึงความไม่เหมาะสมผิดทำนองคลองธรรมในสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง การกำหนดให้สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นสื่อลามกอันต้องควบคุมจึงมีความชอบธรรมเพราะสังคมของประเทศแคนาดาไม่อาจเพิกเฉยต่อสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงได้²⁵ และศาลของประเทศแคนาดาก็ได้รับรองตีความว่าเป็นข้อจำกัดที่เหมาะสมซึ่งกฎหมายกำหนดไว้อย่างเป็นธรรมในสังคมเสรีและประชาธิปไตย²⁶

การนำศีลธรรมมาเป็นตัวกำหนดความผิดอาญาอาจจะสอดคล้องกับความคิดของคนในสังคมทำให้ได้รับการยอมรับจากคนส่วนใหญ่ที่มีความเชื่อไปในทางเดียวกัน แต่ก็มีข้อโต้แย้งว่าศีลธรรมเป็นสิ่งที่ไม่แน่นอน อาจแปรเปลี่ยนไปตามความคิดความเชื่อของสังคมไปตามกาลเวลา ดัง

²⁵ Joel Bakan, "Pornography, Law and Moral Theory," *Ottawa Law Review* 17, 1 (1985): 7.

²⁶ [1992] 1 S.C.R. 452 (Can.).

ตัวอย่างเรื่องของการใช้สัตว์ประกอบกามกิจตามกฎหมายไทยในอดีตถือว่าเป็นความผิดฐานชำเราผิดธรรมเนียมตามนุษย์อย่างหนึ่งซึ่งเป็นนโยบายของรัฐที่นำศีลธรรมมาควบคุมความประพฤติของคนในสังคม แต่หลัง พ.ศ. 2499 ประเทศไทยได้ยกเลิกความผิดนี้ไปเนื่องจากเห็นว่าประเทศต่างๆ ได้ยกเลิกความผิดอาญาเกี่ยวกับการชำเราสัตว์ โดยมองว่าเป็นเพียงรสนิยมทางเพศของมนุษย์ที่ถูกมองว่าเป็นเรื่องผิดแผกไปจากแนวปฏิบัติของคนส่วนมากเท่านั้นและการชำเราสัตว์ไม่มีความชั่วร้ายในการกระทำ²⁷ ต่อมาได้มีพระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมสัตว์และจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ.2557 ที่กำหนดความผิดต่อการกระทำทางเพศต่อสัตว์ให้อยู่ในความหมายของการทารุณกรรมสัตว์ซึ่งมีแนวคิดควบคุมการกระทำของมนุษย์ให้อยู่ในขอบเขตศีลธรรมอันดีอีกครั้ง โดยมองว่าสัตว์มีทั้งสิทธิและเป็นประธานแห่งสิทธิเช่นเดียวกับมนุษย์²⁸ จากตัวอย่างการใช้สัตว์ประกอบกามกิจนี้จะเห็นได้ถึงแนวคิดทางศีลธรรมที่เข้ามาอิทธิพลต่อการตัดสินใจของรัฐว่าจะกำหนดให้เป็นความผิดหรือยกเลิกให้เป็นความผิด²⁹

การบังคับใช้กฎหมายจากพื้นฐานทางศีลธรรมนี้ได้รับการโต้แย้งจาก Mill เนื่องจากกฎหมายไม่ควรควบคุมมาตรฐานทางจิตใจของคนในสังคม แต่ต้องบังคับใช้ในความเป็นจริง การอ้างเหตุผลว่าการกระทำความผิดไม่ถูกต้องในสายตาของคนส่วนใหญ่มาแทรกแซงเสรีภาพของคนส่วนน้อยจึงยังไม่มีเหตุผลเพียงพอ เพราะศีลธรรมเป็นเรื่องของมุมมองความเชื่อส่วนบุคคล การบังคับนำศีลธรรมของคนส่วนมากมาบังคับให้บุคคลที่ไม่ได้มีชุดความเชื่อเหมือนกันจึงเป็นสิ่งที่ไม่พึงปรารถนาของสังคมที่ยึดหลักการเคารพเสรีภาพ ดังปรากฏในกฎหมายอาญาของไทยปัจจุบันที่ปฏิเสธศีลธรรมอย่างสิ้นเชิงในการกระทำบางกรณี เช่น การกระทำชู้ซึ่งตามกฎหมายไทยไม่ถือว่าเป็นความผิดอาญา หรือการที่พระภิกษุร่วมประเวณีกับหญิง แม้จะเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมแต่ไม่มีความผิดฐานเหยียดหยามศาสนาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 206³⁰

เมื่อแนวคิดการนำศีลธรรมมากำหนดเป็นกฎหมายจะถูกวิพากษ์ถึงการละเมิดเสรีภาพของคนส่วนน้อยที่ไม่ได้มีความเชื่อร่วมกันกับคนส่วนใหญ่ แต่สังคมก็ไม่อาจปฏิเสธศีลธรรมได้ โดย Devlin กล่าวไว้ว่า กฎหมายและศีลธรรมสามารถแบ่งแยกจากกันได้ แต่ในความเป็นจริงหากปราศจากศีลธรรมแล้วก็ไม่อาจมีกฎหมาย เพราะกฎหมายและศีลธรรมมีความพึ่งพาซึ่งกันและกันอยู่

²⁷ ทศมัญช์ ใจหาญ, “ความผิดฐานใช้สัตว์ประกอบกามกิจ,” หน้า 92-93.

²⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 93-94.

²⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 94.

³⁰ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินติ้ง, 2551), หน้า 2.

ตลอดเวลา³¹ สังคมไม่อาจดำรงอยู่ได้หากละทิ้งศีลธรรม ดังนั้น Hart ได้เสนอว่าศีลธรรมที่จะนำมา กำหนดเป็นกฎหมายจะต้องไม่ใช่ศีลธรรมประเภทที่อิงกับหลักการทางศาสนาหรือความเชื่อของคน ส่วนมากในสังคม แต่จะต้องเป็นศีลธรรมตามหลักจริยธรรมสากลซึ่งมนุษย์ทั่วไปที่มีเหตุผลยอมรับ อย่างไรก็ตามศีลธรรมที่อิงกับหลักการจริยธรรมสากลอาจสร้างปัญหาในทางปฏิบัติเหมือนกับแนวคิด ในเชิงกฎหมายธรรมชาติซึ่งมีข้อวิจารณ์ถึงความคลุมเครือไม่แน่นอนมีลักษณะเป็นนามธรรมจนเกินไป

การทำให้ศีลธรรมไม่คับแคบจนเกินไปเพียงเพื่อรับใช้ชุดความเชื่อของคนบางกลุ่ม และการทำให้ศีลธรรมไม่เป็นสิ่งเลื่อนลอยจนหาข้อสรุปไม่ได้จำเป็นต้องนำหลักการอื่นมาเสริม เช่น “หลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ” ช่วยทำให้แนวคิดทางศีลธรรมสามารถสอดคล้องกับความคิด ของสมาชิกในสังคมเพราะคุ้มครองการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อบุคคลหรือสังคมอย่างเป็นรูปธรรม โดยประโยชน์สาธารณะที่แต่ละสังคมยึดถือเป็นคุณค่าหรือเป้าหมายนี้อาจเหมือนหรือต่างกันได้และ ยังส่งผลถึงขอบเขตของการควบคุมที่แตกต่างกันไป เช่น กรณีการควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง ในสังคมประชาธิปไตยที่ยึดมั่นในเสรีภาพของบุคคลมากก็จะกำหนดการกระทำให้เป็นความผิดอาญา ไว้อย่างจำกัดเพราะจะไปละเมิดเสรีภาพส่วนบุคคลซึ่งถือเป็นผลกระทบต่อประโยชน์ของส่วนรวม ขณะที่ สังคมที่ให้ความสำคัญกับความปลอดภัยของสาธารณะเป็นประโยชน์สูงสุดก็จะกำหนดความผิดซึ่ง กระทบต่อเสรีภาพของบุคคลมากกว่าโดยอาจขยายถึงการกระทำในทางส่วนตัวจนถึงขั้นห้าม ครอบครองสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง เพราะเห็นว่าจะกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรม อันดีของประชาชน หรือถ้าสังคมเห็นว่าการปกป้องเด็กและเยาวชนจากสื่อที่เป็นอันตรายเป็น ประโยชน์สาธารณะก็จะกำหนดให้การกระทำในทางส่วนตัวเฉพาะการส่งต่อส่วนตัวแก่เด็กเป็น ความผิด

CHULALONGKORN UNIVERSITY

การใช้ความรุนแรงระหว่างมีการกระทำทางเพศจนเกิดอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย จิตใจหรือเสรีภาพนี้ เมื่อใช้มุมมองทางศีลธรรมของบุคคลทั่วไปแล้ว ย่อมเห็นว่าเป็นสิ่งผิดทำนอง คลองธรรม สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงก็ถือว่าเป็นสิ่งผิดศีลธรรมด้วยเช่นเดียวกัน และมุมมองทาง ศีลธรรมเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงมีความแตกต่างไปจากสื่อทางเพศทั่วไป เนื่องจาก มุมมองของสังคมขณะนั้นมองว่าสื่อทางเพศทั่วไปนั้นไม่ใช่สิ่งผิดศีลธรรมเพราะเป็นการแสดงออกทาง เพศรูปแบบหนึ่ง ในอดีตประเทศตะวันตกกำหนดให้การกระทำที่เกี่ยวข้องกับสื่อทางเพศทั้งการ กระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะและการกระทำในทางส่วนตัวเป็นความผิด เมื่อศีลธรรมของ

³¹ ประสิทธิ์ ไชวโกลกุล, ปริมนชลแห่งกฎหมาย (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2554), หน้า 106.

สังคมได้ไปแปรเปลี่ยนไปเชื่อมโยงกับแนวคิดประโยชน์สาธารณะทำให้การควบคุมสื่อทางเพศได้เปลี่ยนแปลงตาม ประเทศตะวันตกส่วนใหญ่ได้เปิดเสรีเกี่ยวกับสื่อทางเพศมากขึ้นเพราะถือว่าเป็นเรื่องธรรมชาติของมนุษย์ที่จะแสดงออกซึ่งความคิดเห็นทางเพศอันเป็นเสรีภาพของบุคคลและไม่มีผลเสียหายต่อตนเองหรือผู้อื่น จึงกำหนดยกเลิกความผิดเกี่ยวกับการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะและการกระทำในทางส่วนตัว แต่ทั้งนี้ก็ได้ปล่อยเสรีถึงขนาดปราศจากการควบคุม มีการวางขอบเขตของการแสดงออกทางเพศที่ไม่เกินเลยจากการยอมรับของสังคมโดยกำหนดเงื่อนไขการเข้าถึงสื่อทางเพศในพื้นที่สาธารณะ หากฝ่าฝืนย่อมเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและนำไปสู่การจำกัดห้ามการกระทำนั้น เช่น การกำหนดความผิดต่อการกระทำที่ทำให้บุคคลที่มีอายุไม่ถึงเกณฑ์เข้าถึงสื่อทางเพศ ดังที่ปรากฏในกฎหมายควบคุมสื่อทางเพศทั่วไปของประเทศเยอรมนีและประเทศสวิตเซอร์แลนด์

กรณีสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงนั้น ในแต่ละประเทศถือว่าเป็นสิ่งผิดศีลธรรมและมีกฎหมายมาควบคุมกำหนดขอบเขตของการกระทำที่เป็นความผิดไว้แตกต่างกัน การจะพิจารณา กำหนดให้การกระทำที่เกี่ยวข้องกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นความผิดควรมีขอบเขตเพียงใดจึงต้องพิจารณาจากคุณค่าหรือประโยชน์ของสาธารณชนที่สังคมยึดถือเป็นสำคัญ ดังตัวอย่างในประเทศอังกฤษที่มองว่าสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงสร้างความเสียหายต่อสังคมอย่างร้ายแรงเนื่องจากอาชญากรรมร้ายแรงที่เกิดขึ้นมีความเชื่อมโยงหรือปรากฏหลักฐานว่ามีสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงมาเกี่ยวข้อง และสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นสิ่งอันตรายต่อเด็กและเยาวชน ประกอบกับมาตรการสกัดกั้นไม่ให้สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเผยแพร่ในอินเทอร์เน็ตในทางปฏิบัติไม่อาจจำกัดให้หมดสิ้นไปได้อย่างแท้จริง จึงมีเหตุผลสมควรต้องจำกัดการกระทำในทางส่วนตัวของประชาชนด้วยการบัญญัติกฎหมายกำหนดให้การครอบครองสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นความผิด³² ในขณะที่ประเทศแคนาดาเห็นว่าสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นสิ่งทำลายความเท่าเทียมทางเพศในสังคมเสรีประชาธิปไตยและเป็นการแสวงหาประโยชน์ทางเพศเกินสมควร³³ แต่ก็ไม่ได้กำหนดควบคุมการกระทำที่เกี่ยวข้องกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเข้มงวดเหมือนประเทศอังกฤษ โดยกำหนดเฉพาะการกระทำในทางส่วนตัวเฉพาะการผลิตและการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะซึ่งสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเท่านั้นเป็นความผิด นอกจากนี้ในประเทศเยอรมนีที่มีหลักการคุ้มครองเด็กและเยาวชน

³² Home Office, Consultation: On the Possession of the Extreme Pornographic Material [online],

Accessed: 21 October 2018. Available from: http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/30_08_05_porn_doc.pdf

³³ [1992] 1 S.C.R. 452 (Can.).

จากสื่อที่เป็นอันตรายก็กำหนดให้การกระทำในทางส่วนตัวเฉพาะการส่งต่อส่วนตัวแก่เด็กซึ่งสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นความผิดเท่านั้น ตัวอย่างกรณีการควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงของแต่ละประเทศที่กล่าวมานี้แสดงให้เห็นแล้วว่าเหตุผลของการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงมีเรื่องของศีลธรรมเชิงประโยชน์สาธารณะเข้ามาเกี่ยวข้องซึ่งแต่ละประเทศก็มีมุมมองเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะที่มีความเหมือนหรือต่างกันในช่วงประเด็นอันส่งผลให้มาตรการควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงแตกต่างกันออกไป

การกำหนดให้การกระทำที่เกี่ยวข้องกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นความผิดตามหลักว่าด้วยศีลธรรมจึงต้องพิจารณาถึงเงื่อนไขของการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะประกอบด้วย ซึ่งแต่ละประเทศก็มีหลักเหตุผลแตกต่างกัน แม้การกระทำใดจะไม่สอดคล้องกับหลักการกำหนดความผิดอาญาตามหลักว่าด้วยความเสียหาย หลักว่าด้วยปิตุธิปไตย หรือหลักว่าด้วยความผิด แต่เมื่อสังคมเห็นว่าการกระทำนั้นกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมของประชาชนก็อาจขยายความให้การกระทำนั้นเป็นความผิดได้

ตารางที่ 6 เปรียบเทียบการกระทำเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่สมควรกำหนดเป็นความผิดตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยการจำกัดเสรีภาพ

หลักเกณฑ์ว่าด้วยการจำกัดเสรีภาพ	มุมมองต่อสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง	คุ้มครอง	ลงโทษ
หลักว่าด้วยความเสียหาย	ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ที่เกี่ยวข้องในสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง	ผู้ที่ปรากฏในสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเฉพาะกรณีการกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกาย จิตใจและเสรีภาพของผู้อื่นโดยปราศจากความยินยอม	การกระทำในทางส่วนตัวเฉพาะการผลิตและการส่งต่อส่วนตัว
		เด็กจากการรับชมสื่อ	การกระทำในทางส่วนตัวเฉพาะการส่งต่อส่วนตัวแก่เด็ก
หลักว่าด้วยปิตุธิปไตย	กระทบต่อความปลอดภัยของบุคคลที่เกี่ยวข้องในสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง	ผู้ที่ปรากฏในสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเฉพาะกรณีการกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกาย จิตใจของตนเอง	การกระทำในทางส่วนตัวเฉพาะการผลิต
หลักว่าด้วยความผิด	กระทบความรู้สึกของบุคคลที่พบเห็น	ความรู้สึกของบุคคลทั่วไป	การกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะ
หลักว่าด้วยศีลธรรม	ขัดต่อศีลธรรม (ประโยชน์สาธารณะ)	ศีลธรรม (ประโยชน์สาธารณะ)	การกระทำซึ่งละเมิดศีลธรรมของสังคม (ประโยชน์สาธารณะ)

5.2.3 การไม่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดอาญาสร้างความเสียหายมากกว่าการมีกฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดอาญา

การบัญญัติความผิดอาญาจะต้องคำนึงถึงผลกระทบที่จะตามมาเพราะกฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือที่รีดลอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างร้ายแรง การนำมาตราการทางอาญามาใช้จัดการกับการกระทำของบุคคลที่ก่อให้เกิดปัญหาจะต้องเกิดประโยชน์มากกว่าโทษ การมีอยู่ของสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงนั้นย่อมก่อให้เกิดปัญหาแก่สังคมและไม่อาจปฏิเสธได้ว่าสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงได้กระตุ้นให้เกิดพฤติกรรมไม่พึงประสงค์ของบุคคลบางกลุ่มที่บริโภคสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงจนนำไปสู่อันตรายต่อตัวผู้ที่ลอกเลียนแบบและยังก่อให้เกิดการก่ออาชญากรรมต่อผู้อื่นได้จากการล่อลวง บังคับขืนใจให้บุคคลเข้าสู่การผลิตสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงหรือกระตุ้นให้บุคคลที่มีความเสี่ยงก่ออาชญากรรมได้ตัดสินใจลงมือกระทำความผิด หากปราศจากมาตรการทางกฎหมายอาญามาควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงแล้วย่อมก่อให้เกิดวงจรการผลิต เผยแพร่ และบริโภคสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเพื่อตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคอย่างไม่สิ้นสุดและเพิ่มปริมาณมากขึ้น ประกอบกับสังคมไม่ได้รับประโยชน์ใดๆจากสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง การดำรงอยู่ของสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงทำให้สังคมรับรู้ถึงการมีอยู่ของการละเมิดชีวิต ร่างกาย และเสรีภาพอย่างร้ายแรง ซึ่งถือได้ว่าคุกคามความรู้สึกของสังคมถึงความปลอดภัยกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม

การบัญญัติกฎหมายอาญาเพื่อปราบปรามการกระทำผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงย่อมทำให้ผู้กระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะและผู้กระทำในทางส่วนตัวเกิดความกังวลว่าจะถูกดำเนินคดีทางกฎหมาย ขณะเดียวกันผู้ที่ต้องการบริโภคสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเกรงกลัวจะถูกดำเนินคดีหากมีสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงไว้ในครอบครองจึงต้องทำลายสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงในครอบครองของตน ทำให้การบริโภคสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเข้าถึงได้ยากขึ้นและมีค่าใช้จ่ายสูง เนื่องจากผู้ผลิตหรือผู้ให้บริการในธุรกิจสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงอาจต้องเพิ่มเงื่อนไขตรวจสอบผู้บริโภคมากขึ้นเพื่อป้องกันการแฝงตัวของเจ้าหน้าที่รัฐมาหาพยานหลักฐานดำเนินคดี จึงต้องบวกค่าความเสี่ยงเข้าไปในสินค้าหรือบริการเพิ่มขึ้นมากจนอาจเกินกว่ากำลังทรัพย์ของผู้ต้องการบริโภค ส่งผลให้การวงจรการผลิต เผยแพร่และบริโภคสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงได้รับผลกระทบที่ผู้ต้องการใช้สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงประสบความยากลำบากในการแสวงหาสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง อีกทั้งเป็นการลดผู้บริโภคหน้าใหม่โดยปริยาย ในทางกลับกันเมื่อมีการปราบปรามสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงย่อมทำให้ธุรกิจเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงมีต้นทุนที่

สูงขึ้น เพราะผู้ผลิตและเผยแพร่เป็นผู้กระทำความผิดตามกฎหมายซึ่งเสี่ยงว่าจะถูกดำเนินคดีจึงต้องเพิ่มราคาสินค้าหรือบริการสูงขึ้น กลายเป็นว่าวงจรการผลิต เผยแพร่และบริโภคสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงไม่อาจหายไปจากสังคมได้เพราะยังสร้างผลกำไรตอบแทนจากความเสี่ยง กล่าวคือ กระทำผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงยังมีอยู่ต่อไป

แม้การใช้มาตรการทางอาญาเพื่อควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงจะไม่สามารถทำลายวงจรการผลิต เผยแพร่และบริโภคสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงให้หมดไปจากสังคมได้ และยังเป็นการสร้างภาระหน้าที่ให้แก่เจ้าหน้าที่รัฐและใช้ทรัพยากรของประเทศเพื่อดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญามากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นส่วนต้นในชั้นสืบสวนหรือสอบสวนของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ต้นทุนในชั้นพนักงานอัยการ ต้นทุนในชั้นศาล และต้นทุนในชั้นตอนของราชทัณฑ์และคุมประพฤติ จากการศึกษาถึงต้นทุนของรัฐที่ใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาปัจจุบันมีต้นทุนขั้นต่ำที่รัฐต้องสูญเสียโดยเฉลี่ยแล้วเป็นจำนวนเงินสูงถึง 76,612 บาทต่อหนึ่งคดีซึ่งยังไม่รวมต้นทุนของคู่กรณี โดยเฉพาะต้นทุนในด้านการจ้างทนายความ ต้นทุนค่าเสียโอกาส (Opportunity Cost) จากเวลาที่สูญเสียไปในระหว่างพิจารณาคดี ต้นทุนค่าเสียโอกาสในการทำงานของผู้ถูกจำคุกหรือกักขัง ตลอดจนต้นทุนที่ยากต่อการประมาณการเนื่องจากมีลักษณะอัตวิสัยสูง เช่น ต้นทุนทางจิตใจจากการสูญเสียต่างๆ เช่น การที่จำเลยไม่ได้เลื่อนตำแหน่งหน้าที่การงานในระบบราชการระหว่างรอการพิจารณาคดีที่ยังไม่เสร็จสิ้น การสูญเสียชื่อเสียงจากการถูกดำเนินคดี³⁴ เป็นต้น อย่างไรก็ตามแม้รัฐและผู้ถูกดำเนินคดีจะมีต้นทุนเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาจำนวนมาก ประกอบกับแนวทางการบริหารกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่ต้องการลดต้นทุนค่าใช้จ่ายและเพิ่มประสิทธิภาพของกฎหมายอาญาด้วยการยกเลิกบทบัญญัติความผิดอาญาที่ไม่จำเป็นจะเป็นแนวนโยบายที่เป็นหลักในปัจจุบัน แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าฝ่ายนิติบัญญัติไม่ควรบัญญัติความผิดอาญาขึ้นใหม่เสมอไป การที่รัฐใช้กฎหมายอาญาเพื่อควบคุมความประพฤติของสมาชิกในสังคมยังคงมีความจำเป็นอยู่ แต่การเลือกใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือแก้ปัญหาจะต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมและรัดกุมมากขึ้น เมื่อไม่อาจปฏิเสธได้ว่าการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงจะสร้างภาระหน้าที่และต้นทุนแก่รัฐมากขึ้น แต่ก็ยังมีความจำเป็นที่จะนำมาตรการทางอาญามาใช้จัดการกับปัญหาและเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องดำเนินการปราบปรามการกระทำที่สังคมไม่พึงประสงค์ เพราะหากปล่อยให้สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงมีอยู่ในสังคมต่อไปโดยไม่มีกฎหมายมาควบคุมย่อมส่งผลกระทบต่อสังคมอย่างร้ายแรง เมื่อ

³⁴ สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์, รายงานฉบับสมบูรณ์เล่มที่ 1 เรื่อง "นิติศาสตร์ของระบบยุติธรรมทางอาญาของไทย" (กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2554). หน้า 66.

พิจารณาถึงผลกระทบต่อสังคมที่อาจเกิดขึ้นจากการบัญญัติกฎหมายเพื่อปราบปรามสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเทียบกับกรณีไม่มีการบัญญัติกฎหมายเพื่อปราบปรามสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงแล้ว การออกกฎหมายเพื่อปราบปรามสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงย่อมก็ให้เกิดผลร้ายต่อสังคมน้อยกว่าปล่อยให้สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงต่อไป

5.2.4 การใช้กฎหมายอาญาเป็นตัวเลือกสุดท้ายที่เหมาะสม

สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นเรื่องที่ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเฉพาะมาควบคุม และเมื่อพิจารณากฎหมายควบคุมสื่อลามกทั่วไปและมาตรการอื่นที่ไม่ใช่กฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามสื่อลามกของไทยแล้ว พบว่านอกจากกฎหมายควบคุมสื่อลามกจะเป็นเครื่องมือหลักในการป้องกันการแพร่ระบาดของสื่อลามกในสังคมแล้วยังมีมาตรการทางปกครองเข้ามาช่วยปราบปราม โดยหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องทำงานเชิงรุกด้วยวิธีเข้าตรวจค้นและยึดสื่อลามกในสถานที่ที่เป็นแหล่งจำหน่ายและมีการเฝ้าติดตามเว็บไซต์ที่มีเนื้อหาไม่เหมาะสมจนทำให้สามารถควบคุมสื่อลามกได้ในระดับหนึ่ง แต่ก็ยังไม่สามารถยับยั้งสื่อลามกได้อย่างแท้จริง ปรากฏว่าประชาชนทั่วไปยังสามารถเข้าถึงสื่อลามกได้อย่างเสรี โดยเฉพาะอย่างยิ่งสื่อลามกที่ปรากฏอยู่ในโลกอินเทอร์เน็ตกลายเป็นแหล่งที่สามารถเข้าถึงได้กระแสหลักในปัจจุบัน สอดคล้องกับเทคโนโลยีสื่อที่พัฒนามากขึ้นจากสื่อลามกในรูปของสิ่งพิมพ์หรือสื่อภาพยนตร์ซึ่งเผยแพร่ในวงจำกัดได้ก้าวไปสู่สื่อลามกมัลติมีเดียที่สามารถเผยแพร่ในวงกว้างด้วยอินเทอร์เน็ต ปัญหาดังกล่าวข้างต้นเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นทั่วโลกไม่เฉพาะในประเทศไทย เนื่องจากอินเทอร์เน็ตนั้นไม่มีพรมแดน (borderless) และไม่มีขอบเขตหรืออาณาเขต (Territory)

แม้สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติและกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคมจะเป็นหน่วยงานหลักของรัฐซึ่งมีอำนาจใช้มาตรการทางปกครองในการปิดหรือบล็อกเว็บไซต์ที่มีเนื้อหาไม่เหมาะสมเป็นเครื่องมือเพื่อให้ประชาชนเข้าถึงก็ยังคงประสบปัญหาการป้องกันและปราบปรามการเผยแพร่สื่อลามกในอินเทอร์เน็ต เนื่องจากปัญหาที่เกิดจากกรณีผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) หรือกรณีเครื่องคอมพิวเตอร์เซิร์ฟเวอร์ให้บริการอยู่ในต่างประเทศทำให้หน่วยงานรัฐไม่อาจดำเนินการบังคับใช้มาตรการทางปกครองได้อย่างมีประสิทธิภาพ ในทางปฏิบัติหน่วยงานรัฐจะใช้มาตรการทางเทคนิค (Lex Electronica) โดยออกคำสั่งไปยังผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต เจ้าของเว็บไซต์ (Website Owner) ผู้ให้บริการเชื่อมต่อเครื่องคอมพิวเตอร์เซิร์ฟเวอร์ (Hosting Service Provider) ผู้ให้บริการเกตเวย์ (Gateway Service Provider) ให้ปิดหรือบล็อกเว็บไซต์พร้อมกับชี้แจงว่าเนื้อหาที่ปรากฏอยู่นั้นมีผลกระทบต่อคนไทย

หรือผิดกฎหมายของประเทศไทยอย่างไร บางกรณีผู้ให้บริการต่างๆ อาจไม่ตอบรับความร่วมมือหรือให้ความร่วมมือแล้วยังประสบกับปัญหาอื่นตามมา เนื่องจากทันทีที่มีการปิดหรือบล็อกเว็บไซต์ดังกล่าว เจ้าของเว็บไซต์ก็จะย้ายเว็บไซต์นั้นไปเชื่อมต่อกับประเทศอื่นทันที รวมถึงการแก้ไขเปลี่ยนแปลงชื่อเว็บไซต์ (Domain Name) และที่อยู่บนอินเทอร์เน็ต (IP Address) ซึ่งสามารถทำได้ในระยะเวลาเพียงไม่กี่นาที ด้วยเหตุนี้ทำให้นโยบายในการปิดหรือบล็อกเว็บไซต์เป็นการแก้ปัญหาที่ปลายเหตุและกลับทำให้เกิดเว็บไซต์ผิดกฎหมายเพิ่มมากขึ้น อีกทั้งการปิดหรือบล็อกเว็บไซต์เป็นมาตรการที่ประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปไม่นิยมใช้ เพราะนอกจากขัดต่อหลักสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญแล้วยังไม่ช่วยแก้ปัญหาและเป็นการใช้งบประมาณของรัฐไปในทางที่ไม่เกิดประโยชน์ เนื่องจากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตสามารถเช่าที่อยู่บนอินเทอร์เน็ตที่เปลี่ยนแปลงได้ (Dynamic IP Address) หรืออาจใช้เทคโนโลยีที่ไม่สามารถตรวจสอบที่อยู่บนอินเทอร์เน็ตของผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ต (Anonymous User) ได้ จึงเป็นการยากที่จะป้องกันและตรวจสอบที่อยู่บนอินเทอร์เน็ตของผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ต³⁵ เมื่อมาตรการทางปกครองไม่สามารถยับยั้งการเผยแพร่สื่อลามกในอินเทอร์เน็ตได้อย่างมีประสิทธิภาพ บุคคลทั่วไปก็สามารถเข้าถึงสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงได้อย่างเสรีเช่นเดียวกัน มาตรการทางอาญาจึงเป็นเครื่องมือสำคัญสำหรับป้องกันและปราบปรามมิให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกกระทำการเผยแพร่ต่อไป ดังจะเห็นตัวอย่างได้จากกรณีในประเทศต่างๆ กำหนดให้การกระทำเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นสิ่งผิดกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการกระทำในทางส่วนตัวก็เป็นความผิดทำให้การเข้าถึงและเผยแพร่สื่อลามกอนาจารเด็กในอินเทอร์เน็ตลดลง

ปัจจุบันไม่อาจปฏิเสธได้ว่ามาตรการควบคุมสื่อลามกทั่วไปของประเทศไทยที่กำลังจัดเฉพาะการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะล้วนล้มเหลว ปรากฏว่ายังมีการเปิดเผยสื่อลามกแก่สาธารณะโดยเฉพาะในอินเทอร์เน็ต ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าถึงสื่อทางเพศหรือสื่อลามกได้อย่างเสรี แม้การผลิต ส่งต่อ หรือครอบครองสื่อลามกเพื่อประโยชน์ส่วนตัวโดยมิได้ประสงค์จะเปิดเผยแก่สาธารณะจะไม่เป็นความผิดตามกฎหมายไทยของ แต่สภาพของสังคมที่เทคโนโลยีถูกใช้เป็นเครื่องมือกระทำผิดเกี่ยวกับสื่อลามกนั้นก็อาจมีบุคคลอื่นที่สามารถเข้าถึงสื่อลามกดังกล่าวและนำไปเปิดเผยแก่สาธารณะได้ การที่สื่อลามกถูกผลิต ส่งต่อและครอบครองในทางส่วนตัวและไม่เปิดเผยแก่สาธารณะ

³⁵ ไพบุลย์ อมรภิญโญเกียรติ, มาตรการปิดบล็อกเว็บไซต์ของกระทรวงไอซีที: แนวทางการแก้ปัญหาหรือเพิ่มปัญหาให้กับโลกออนไลน์? [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 2 กุมภาพันธ์ 2562. แหล่งที่มา: <http://www.paiboon.biz/uploads/7/5/8/0/7580433/blockweb.pdf>

จึงเป็นไปได้ยาก³⁶ อีกทั้งสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงส่วนใหญ่มักไม่ได้ปรากฏอยู่ในเว็บไซต์ปกติที่จะสามารถถูกค้นหาได้จากเครื่องมือค้นหามาตรฐานทั่วไป (Search Engine) เช่น Google หรือ Yahoo กล่าวคือ จำเป็นต้องใช้วิธีหรือเครื่องมือพิเศษในการเข้าถึง หรือที่เรียกกันว่า “เว็บมืด” (Dark Web) โดยจะเป็นเว็บไซต์ที่จำเป็นต้องมีที่อยู่ของเว็บไซต์ (URL) เฉพาะซึ่งไม่เป็นที่รับรู้ของบุคคลทั่วไปและมีการปกปิดเส้นทางข้อมูลทำให้ไม่สามารถระบุตัวตนได้ เพราะโครงสร้างของเว็บมืดคือการปกปิดตัวตนของผู้ใช้อย่างแน่นหนา ผ่านเครือข่ายพิเศษที่ทำให้ข้อมูลของผู้ใช้งานไม่สามารถถูกสอดส่องได้ จนเกิดเป็นสภาวะไร้ตัวตนบนอินเทอร์เน็ต³⁷ “เว็บมืด” จึงถือว่าเป็นพื้นที่ที่กฎหมายไม่สามารถเข้าถึงได้ และมักเป็นพื้นที่ที่สามารถแสดงออกได้อย่างเสรี จึงมีการรวมกลุ่มแลกเปลี่ยนในเรื่องที่ไม่สามารถทำได้ในที่สาธารณะ สิ่งที่ปรากฏใน “เว็บมืด” เหล่านี้มักมีกิจกรรมผิดกฎหมายต่างๆ เช่น การซื้อขายบัญชีธนาคารหรือบัตรเครดิต (Stolen Account and Credits) บริการซื้อขายหนังสือเดินทาง วีซ่าและปลอมแปลงตัวตน (Fake ID and Citizenship) ตลาดยาเสพติดและสารเคมีผิดกฎหมาย (Drug Markets) อีเมลล์ลวง (Phishing e-Mail) บริการฟอกเงินและบิตคอยน์ (Money Laundry and Service) ตลาดอาวุธ (Weapon Markets) การค้ามนุษย์ (Human Trafficking) การบริการทำร้ายร่างกายหรือฆาตกรรม (Hit man and Assassination)³⁸ สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงก็เป็นสิ่งที่สามารถผลิต เผยแพร่และบริโภคได้ในเว็บมืด ดังนั้นมาตรการต่างๆ ของรัฐที่จะควบคุมสกัดกั้นไม่ให้สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงสามารถเข้าถึงได้จึงเป็นไปได้ยาก

การปรากฏขึ้นของสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงซึ่งสร้างผลเสียหายต่อสังคมมากกว่าสื่อลามกทั่วไปและมาตรการทางอาญาที่มีอยู่ยังไม่เพียงพอต่อการควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงซึ่งจำกัดเฉพาะการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะเท่านั้น การใช้มาตรการทางอาญาจัดการกับการกระทำในทางส่วนตัวจึงจำเป็นอย่างยิ่งต่อการควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงและยังเป็นมาตรการสุดท้ายที่เหมาะสม เนื่องจากมาตรการอื่นที่มีใช้กฎหมายอาญาไม่สามารถจัดการกับปัญหาเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้นการกำหนดความผิดอาญาและการลงโทษทางอาญาสำหรับการกระทำเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงนอกจากจะแสดงให้เห็นว่าสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงไม่เป็นที่ยอมรับของสังคมแล้วยังเป็นการส่งสัญญาณเตือนไปยังบุคคลที่คิดจะ

³⁶ ธัญทิพ เสนอชัย, “แนวทางในการพัฒนาความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก,” (วิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโทบัณฑิตศึกษาคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2560), หน้า 225.

³⁷ การันยณาส กุ้ยงยุทธิ์, ‘ส่องไฟในเว็บมืด’ มีอะไรในมหาสมุทร Dark Web [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 22 พฤษภาคม 2562. แหล่งที่มา: <https://www.tcijthai.com/news/2017/16/scoop/7164>

³⁸ เรื่องเดียวกัน.

กระทำความผิดให้ไม่คิดลงมือกระทำความผิดได้ สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษตามทฤษฎี ยับยั้งการกระทำความผิดด้วยการยับยั้งผู้กระทำความผิดมิให้กระทำความผิดซ้ำอีกและยับยั้งบุคคล ทั่วไปไม่ให้กระทำตามเพราะความกลัวถูกลงโทษ

จากการวิเคราะห์หลักการกำหนดความผิดอาญาที่เกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงในข้อ 5.2 ได้ข้อสรุปพื้นฐานเกี่ยวกับการกระทำที่สมควรกำหนดเป็นความผิดอาญา³⁹ ดังนี้

1) ความผิดเกี่ยวกับการกระทำในทางส่วนตัว

1.1) ความผิดฐานผลิต

การกำหนดความผิดฐานผลิตสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงถึงกระทำที่กระทบ ต่อชีวิต ร่างกาย จิตใจและเสรีภาพของผู้อื่นซึ่งไม่ให้ความยินยอมสอดคล้องกับหลักคุณธรรมทาง กฎหมายและหลักกว่าด้วยความเสียหาย จึงสมควรกำหนดเป็นความผิด

การกำหนดความผิดฐานผลิตสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงถึงกระทำที่กระทบ ต่อชีวิต ร่างกาย และจิตใจของผู้อื่นซึ่งให้ความยินยอมไม่สอดคล้องกับหลักคุณธรรมทางกฎหมายจึง ไม่สมควรกำหนดเป็นความผิด

การกำหนดความผิดฐานผลิตสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงถึงกระทำที่กระทบ ต่อชีวิต ร่างกายและจิตใจของตนเอง แม้จะสอดคล้องกับหลักกว่าด้วยปิตุรภัยแต่ไม่สอดคล้องกับหลัก คุณธรรมทางกฎหมาย จึงไม่สมควรกำหนดเป็นความผิด

1.2) การส่งต่อส่วนตัว

การกำหนดความผิดฐานส่งต่อส่วนตัวซึ่งสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงถึง กระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกาย จิตใจและเสรีภาพของผู้อื่นซึ่งไม่ให้ความยินยอมสอดคล้องกับหลัก คุณธรรมทางกฎหมายและหลักกว่าด้วยความเสียหาย จึงสมควรกำหนดเป็นความผิด

การกำหนดความผิดฐานส่งต่อส่วนตัวซึ่งสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงถึง กระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกาย และจิตใจของผู้อื่นซึ่งให้ความยินยอมและสื่อทางเพศที่ใช้ความ

³⁹ ข้อสรุปพื้นฐานต่อการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงมีเงื่อนไขที่จะต้องสอดคล้องกับหลักคุณธรรม ทางกฎหมายและหลักเกณฑ์ว่าด้วยการจำกัดเสรีภาพ (Liberty-Limiting Principles) ซึ่งจะยังไม่นำหลักกว่าด้วยศีลธรรมมาวิเคราะห์ เพราะแต่ละสังคมก็ยึดถือสิ่งใดเป็นประโยชน์สาธารณะแตกต่างกัน ดังนั้นจะต้องพิจารณาถึงประโยชน์สาธารณะของสังคมนั้นๆเป็นที่ตั้ง ก่อนซึ่งอาจส่งผลให้ได้แนวทางการกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่เหมาะสมกับแต่ละสังคมแตกต่างกันไปจาก ข้อสรุปเบื้องต้น ดังนั้นหลักกว่าด้วยศีลธรรมจะนำมาใช้วิเคราะห์กับแนวทางกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่เหมาะสมกับประเทศไทยต่อไป

รุนแรงที่แสดงถึงกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกายและจิตใจของตนเองไม่สอดคล้องกับหลักคุณธรรมทางกฎหมายจึงไม่ควรกำหนดเป็นความผิด

1.3) การส่งต่อแก่เด็ก

การกำหนดความผิดฐานส่งต่อส่วนตัวแก่เด็กซึ่งสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงถึงกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกาย จิตใจและเสรีภาพของผู้อื่นทั้งที่ให้ความยินยอมและไม่ให้ความยินยอม และสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงถึงกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกายและจิตใจของตนเองสอดคล้องกับหลักคุณธรรมทางกฎหมายและหลักว่าด้วยความเสียหาย

1.4) การครอบครอง

การกำหนดความผิดฐานครอบครองสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงไม่ว่าจะมีลักษณะใดไม่สอดคล้องกับหลักคุณธรรมทางกฎหมาย

2) การกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะ

ความผิดเกี่ยวกับการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะซึ่งสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงถึงกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกาย จิตใจและเสรีภาพของผู้อื่นทั้งที่ให้ความยินยอมและไม่ให้ความยินยอม และสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงถึงกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกายและจิตใจของตนเอง สอดคล้องกับหลักคุณธรรมทางกฎหมายและหลักว่าด้วยความผิด

ตารางที่ 7 สรุปกระทำที่เกี่ยวข้องกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดอาญาเบื้องต้น

ลักษณะของสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง	การกระทำที่เกี่ยวข้องกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง		ความสอดคล้องกับหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดอาญา	
			หลักคุณธรรมทางกฎหมาย	หลักเกณฑ์ว่าด้วยการจำกัดเสรีภาพ ⁴⁰
1. สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงถึงกระทำที่กระทบต่อชีวิตร่างกาย จิตใจและเสรีภาพของผู้อื่นซึ่งไม่ให้ความยินยอม	การกระทำในทางส่วนตัว	การผลิต	√	√
		การส่งต่อส่วนตัว	√	√
		การส่งต่อแก่เด็ก	√	√
		การครอบครอง	-	-
	การกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะ	√	√	
2. สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงถึงกระทำที่กระทบต่อชีวิตร่างกาย และจิตใจของผู้อื่นซึ่งให้ความยินยอม	การกระทำในทางส่วนตัว	การผลิต	-	-
		การส่งต่อส่วนตัว	-	-
		การส่งต่อแก่เด็ก	√	√
		การครอบครอง	-	-
	การกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะ	√	√	
3. สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงถึงกระทำที่กระทบต่อชีวิตร่างกายและจิตใจของตนเอง	การกระทำในทางส่วนตัว	การผลิต	-	√
		การส่งต่อส่วนตัว	-	-
		การส่งต่อแก่เด็ก	√	√
		การครอบครอง	-	-
	การกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะ	√	√	

5.3 วิเคราะห์แนวทางกำหนดการกระทำผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่เหมาะสมกับประเทศไทย

จากการศึกษาวิเคราะห์มาตรการทางอาญาเพื่อควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงของต่างประเทศและหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดอาญาที่เกี่ยวข้องกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเบื้องต้นแล้ว ผู้วิจัยเห็นว่าการจะให้ประเทศไทยดำเนินการควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงตามตัวอย่างประเทศใดประเทศหนึ่งหรือนำเอาข้อสรุปการกำหนดควบคุมการกระทำที่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์กำหนดความผิดทางอาญาเบื้องต้นมาใช้ อาจยังไม่เพียงพอต่อการควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง เพราะยังต้องพิจารณาประเด็นเกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะมาพิจารณาประกอบด้วยซึ่งอาจทำให้แนวทางกำหนดมาตรการทางอาญาเพื่อควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงของประเทศไทยมีผลแตกต่างจากที่ปรากฏในข้อ 5.2 ดังนั้นในข้อ 5.3 นี้ ผู้วิจัยจะวิเคราะห์ถึงประเด็นเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะซึ่งส่งผลต่อการบัญญัติความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้

⁴⁰ หลักว่าด้วยศีลธรรมไม่ได้นำมาพิจารณาถึงความสอดคล้องในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงในเบื้องต้น แต่จะนำมาพิจารณาในหัวข้อ 5.3 ต่อไป

ความรุนแรงของประเทศไทย ทั้งด้านการกำหนดลักษณะของสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่ต้องควบคุมและขอบเขตของการกระทำที่สมควรกำหนดให้เป็นความผิด ดังนี้

5.3.1 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ

ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้สรุปพื้นฐานของ “ประโยชน์สาธารณะ” ว่าเป็นวัตถุประสงค์ของรัฐในการดำเนินการเพื่อตอบสนองความต้องการหมู่ในสังคม⁴¹ สิ่งใดจะเป็นประโยชน์สาธารณะได้จะต้องมาจากความต้องการของบุคคลแต่ละคนที่เห็นตรงกันเป็นจำนวนมากซึ่งความต้องการนั้นถูกยกระดับให้เป็นประโยชน์สาธารณะและกิจกรรมต่างๆของรัฐจะต้องดำเนินไปเพื่อประโยชน์สาธารณะทั้งสิ้น นอกจากการให้บริการตอบสนองความต้องการด้านต่างๆของคนในสังคมแล้ว รัฐยังต้องใช้อำนาจควบคุมการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลชนเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม⁴² ซึ่งการใช้อำนาจของรัฐมาควบคุมการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลนี้มีลักษณะเป็นการจับกุมและดำเนินคดีอาญากับผู้ที่กระทำการฝ่าฝืนกฎหมาย โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อป้องกันมิให้เกิดการกระทำที่จะกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมและยับยั้งการกระทำดังกล่าวเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อย⁴³

เมื่อพิจารณาถึง “ประโยชน์สาธารณะ” แล้วย่อมเกี่ยวข้องกับหลัก “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” เสมอ เพราะเป้าหมายพื้นฐานของการอยู่ร่วมกันในสังคมของมนุษย์เป็นไปเพื่อสร้างความมั่นคงโดยทั่วไป เช่น ปลอดภัยในการดำรงชีวิต สาธารณสุขและอนามัย ความสงบเรียบร้อยและความเป็นระเบียบเรียบร้อย หรือศีลธรรมโดยทั่วไป เหล่านี้ล้วนเป็นประโยชน์ทั่วไปของสังคม กฎหมายไทยให้ความสำคัญกับหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนดังเห็นได้จากการรับรองไว้ชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายต่างๆ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 บัญญัติไว้ว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัยหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ” ในประมวลกฎหมายอาญาก็มีบัญญัติถึงความสงบเรียบร้อยตามมาตรา 372 ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดทะเลาะกันอย่างอื้ออึงในทางสาธารณะ หรือสาธารณสถาน หรือกระทำโดยประการอื่นใดให้เสียความสงบเรียบร้อยในทางสาธารณ หรือสาธารณสถาน ต้องระวางโทษ...” หรือในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 20 บัญญัติว่า “ในกรณีที่การกระทำ ความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็นการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อาจกระทบกระเทือน

⁴¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538), หน้า 298.

⁴² เรื่องเดียวกันหน้า, 301-302.

⁴³ ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 27 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561), หน้า 66-67.

ต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร... หรือที่มีลักษณะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน...”

“ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” จึงมีลักษณะเป็นหลักกฎหมายที่อยู่เหนือหลักกฎหมายอื่นๆ และสามารถลบล้างหลักกฎหมายอื่นๆ ได้ และหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนก็แปรเปลี่ยนไปได้ตามกาลเวลาและสภาพสังคม⁴⁴ เรื่องที่สังคมในช่วงเวลาหนึ่งเห็นว่าเป็นเรื่องที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย แต่เมื่อเวลาผ่านไปเรื่องเดียวกันนี้อาจขัดต่อความสงบเรียบร้อยในสายตาของอีกสังคมหนึ่งก็ได้ เมื่อไม่มีกฎหมายฉบับใดกำหนดนิยามของ “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” ไว้ จึงเป็นหน้าที่ของศาลที่จะวินิจฉัยว่าสิ่งใดเป็นเรื่องที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่การตีความของศาลเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ไม่มีกำหนดหลักเกณฑ์หรือความหมายที่แน่นอนตายตัว⁴⁵ ทำให้อาจมีการตีความแตกต่างกันตามยุคสมัย เช่น กรณีสัญญาฮั่วประมวล ในอดีตศาลฎีกาถือว่าเป็นการดำเนินพาณิชย์นโยบายที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน สามารถบังคับกันได้เพราะเป็นเสรีภาพในการทำสัญญาระหว่างคู่สัญญา⁴⁶ แต่ภายหลังศาลฎีกาเห็นว่าการฮั่วประมวลในสัญญากับรัฐเป็นเรื่องที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะ และปัจจุบันนี้การฮั่วประมวลกลายเป็นความผิดอาญาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542

เมื่อคำว่า “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” เป็นเรื่องยากที่จะหาคำจำกัดความ แต่หากพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของคำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” แล้ว จะพบว่ามีความมุ่งหมายที่จะอธิบายถึงสภาพของการอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างปลอดภัยในชีวิตประจำวัน และนำมาใช้อธิบายถึงกรณีทีผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคมขัดกับผลประโยชน์ส่วนตัวซึ่งผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคมย่อมมีความสำคัญมากกว่าผลประโยชน์ส่วนตัว การกระทำที่อาจส่งผลกระทบต่อประโยชน์ของสังคมอย่างรุนแรงก็อาจนำไปสู่การบัญญัติกฎหมายอาญามาควบคุม ส่วน คำว่า “ศีลธรรม” หมายถึง ความประพฤติที่ดีที่ชอบ “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” จึงหมายถึง หลักการทั่วไปซึ่งทุกคนเข้าใจและยอมรับได้ในฐานะมนุษย์ทั่วไปที่มีเหตุผล และเป็นความประพฤติที่ดีที่ชอบของประชาชนซึ่งมีที่มาจากธรรมเนียมประเพณีอันเป็นที่ยอมรับทั่วไปในสังคมนั้นๆ ศีลธรรมอันดีของประชาชนอาจสอดคล้องหลักศีลธรรมทางศาสนาก็ได้ ในทางกลับกันการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมทางศาสนาอาจจะไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ได้ และการกระทำบางอย่างที่ไม่

⁴⁴ ธานินทร์ กรัยวิเชียร, “ความสำคัญของการตีความในวิชาชีพกฎหมาย,” *ตุลพาห* 55, 2 (2551): 14.

⁴⁵ เรื่องเดียวกัน.

⁴⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 297/2501

ขัดต่อศีลธรรมทางศาสนา แต่ถ้าความรู้สึกของสังคมเห็นว่าเป็นการขัดต่อธรรมเนียมประเพณีอันเป็นที่ยอมรับของสังคมนั้นๆ ก็อาจถือเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนได้เช่นกัน ศีลธรรมจึงเป็นความรู้สึกนึกคิดของมนุษย์ว่าการกระทำเช่นไรเป็นสิ่งที่ถูกต้องและสัมพันธ์กับกฎหมายในลักษณะเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย จึงไม่อาจแบ่งแยกศีลธรรมกับกฎหมายให้ขาดจากกันได้เด็ดขาด อีกทั้งศีลธรรมยังเสริมสร้างและเสริมความสมบูรณ์ของกฎหมายด้วยการสนับสนุนกฎหมายให้ประชาชนเคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย⁴⁷ ประชาชนจะยอมรับว่ากฎหมายใดเป็นกฎหมายที่ยุติธรรมต่อเมื่อกฎหมายนั้นสอดคล้องกับความรู้สึกทางศีลธรรมของตน หลักศีลธรรมอันดีโดยทั่วไปมีความใกล้เคียงกับหลักความสงบเรียบร้อยมากจนอาจกล่าวได้ว่าเรื่องใดที่ขัดต่อศีลธรรมของประชาชนมักจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วย อย่างไรก็ตามไม่ใช่ว่าการกระทำใดที่ขัดต่อศีลธรรมจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนเสมอไป ศีลธรรมอันดีของประชาชนที่สอดคล้องกับการใช้กฎหมายอาญามาคุ้มครองจะต้องสอดคล้องกับหลักการดำรงชีวิตอย่างปกติสุขของสังคม มิใช่เพียงความเชื่อ ความรู้สึกหรืออารมณ์ของบุคคลส่วนใหญ่ในสังคม เช่น หลักสิทธิ เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ ความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน ดังนั้น “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” จึงหมายถึงภาวะความเป็นอยู่ของประชาชนที่อยู่ร่วมกันในสังคมอย่างเท่าเทียมและปกติสุข มีความปลอดภัยต่อชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สินหรือสิทธิอื่นๆซึ่งรัฐให้ความคุ้มครองในฐานะที่เป็นประโยชน์สาธารณะ การที่รัฐจะใช้อำนาจจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลจะต้องเป็นไปเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน พฤติกรรมใดก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยหรือละเมิดศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งสังคมเห็นพ้องกันว่าเป็นการกระทำที่กระทบต่อประโยชน์สาธารณะก็จะนำไปสู่ความชอบธรรมต่อการใช้กฎหมายอาญามาแทรกแซงเสรีภาพของประชาชน

เมื่อพิจารณาหลักคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในการแสดงออกระดับสากลตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ (UN Universal Declaration of Human Rights)⁴⁸ และหลักการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกตามรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศแล้วพบว่ามิชชั่นอันให้รัฐสามารถเข้ามาแทรกแซงได้ โดยรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศที่นำมาศึกษาได้ระบุถึงเงื่อนไขของ “ประโยชน์สาธารณะ” เป็นสำคัญซึ่งแต่ละประเทศต่างเห็นว่าสื่อทางเทศที่ใช้ความรุนแรงกระทบต่อ “ประโยชน์สาธารณะ” ในเรื่องใดแตกต่างกันไป กรณีของประเทศที่มีกฎหมายสื่อลามก ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศแคนาดา ถือว่าสื่อทางเทศที่ใช้ความรุนแรงเป็นสิ่งที่ขัดต่อศีลธรรมทางเทศจึงกำหนดให้สื่อทางเทศที่ใช้ความรุนแรงเป็นสื่อลามกที่ไม่ได้รับการคุ้มครองด้วยการห้ามการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะ ในกรณีนี้ศีลธรรมทาง

⁴⁷ ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล, *ปริมนทลแห่งกฎหมาย* (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2554), หน้า 122.

⁴⁸ UN Universal Declaration of Human Rights – article 19

เพศจึงเป็น “ประโยชน์สาธารณะ” ในบางประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกากรณีรัฐออริโซน่า ประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมนี เห็นว่าสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นสิ่งที่กระทบต่อสวัสดิภาพของเด็กและเยาวชน จึงกำหนดให้สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นสื่ออันตรายต่อเด็กและเยาวชนและห้ามการกระทำในทางส่วนตัวเฉพาะกรณีการส่งต่อแก่เด็ก ในกรณีนี้การคุ้มครองเด็กและเยาวชนจึงเป็น “ประโยชน์สาธารณะ” นอกจากนี้ประเทศอังกฤษยังเห็นว่าสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นสาเหตุหนึ่งของการก่ออาชญากรรมรุนแรงทางเพศจึงควบคุมจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนถึงระดับที่ห้ามการครอบครองสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง ในกรณีนี้การป้องกันอาชญากรรมก็ถือเป็น “ประโยชน์สาธารณะ” เช่นเดียวกัน

5.3.2 ข้อพิจารณาขอบเขตของการควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่สอดคล้องกับประโยชน์สาธารณะของประเทศไทย

สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงมีลักษณะแตกต่างไปจากสื่อลามกทั่วไปจึงสมควรต้องถูกควบคุมอย่างเข้มงวดมากกว่าสื่อลามกทั่วไปเพราะสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงในตัวเองเป็นผลผลิตจากการกระทำที่สังคมไม่พึงประสงค์เพราะการแสดงถึงการกระทำที่ก่อให้เกิดหรืออาจจะก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย หรือเสรีภาพต่อตนเองหรือผู้อื่นซึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เนื้อหาที่สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงถ่ายทอดออกมานั้นเป็นสื่อที่สังคมไทยยอมรับไม่ได้อย่างเด็ดขาด เพราะนอกจากสร้างความวิตกกังวลแก่สังคมถึงความไม่ปลอดภัยซึ่งเป็นสิ่งที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนแล้ว ยังขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งไม่อาจยอมรับการแสวงหาประโยชน์ทางเพศเกินสมควรจนถึงขั้นละเมิดต่อชีวิต ร่างกายหรือเสรีภาพ จึงกล่าวได้ว่าสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงกระทบต่อภาวะความเป็นอยู่ของประชาชนอย่างปกติสุข รัฐซึ่งมีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงต้องเข้ามาควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง

เมื่อสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงสามารถแบ่งประเภทของการแสดงให้เห็นถึงการใช้ความรุนแรงได้ 3 ลักษณะ ได้แก่ สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงถึงกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกาย จิตใจและเสรีภาพของผู้อื่นซึ่งไม่ให้ความยินยอม สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงถึงกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกาย และจิตใจของผู้อื่นซึ่งให้ความยินยอม และสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงถึงกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกายและจิตใจของตนเอง แม้การแบ่งประเภทของสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงนี้ช่วยให้สามารถกำหนดการใช้มาตรการทางอาญาที่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดอาญาเบื้องต้นแตกต่างกันตามประเภทของสื่อทางเพศ แต่ผู้วิจัยเห็นว่าสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงถึงกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกาย และจิตใจของผู้อื่นซึ่งให้ความยินยอมและ

สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงถึงกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกายและจิตใจของตนเองก็กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนไม่ต่างไปจากสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงถึงกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกาย จิตใจและเสรีภาพของผู้อื่นซึ่งไม่ให้ความยินยอม ดังนั้นสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงทั้งสามลักษณะควรที่จะต้องถูกควบคุมเหมือนกันทั้งการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะและการกระทำในทางส่วนตัวถึงการผลิตและการส่งต่อส่วนตัวด้วย กล่าวคือ นอกเหนือจากการควบคุมเฉพาะการส่งต่อแก่เด็กซึ่งสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงถึงกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกาย จิตใจและเสรีภาพของผู้อื่นซึ่งไม่ให้ความยินยอมและสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงถึงกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกาย และจิตใจของผู้อื่นซึ่งไม่ให้ความยินยอม ควรจะต้องกำหนดให้การผลิตและส่งต่อส่วนตัวแก่บุคคลทั่วไปซึ่งสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงทั้งสองประเภทนี้เป็นความผิด เช่นเดียวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงถึงกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกาย จิตใจและเสรีภาพของผู้อื่นซึ่งไม่ให้ความยินยอม แม้จะไม่สอดคล้องกับหลักคุณธรรมทางกฎหมาย แต่ก็ถือว่าเป็นสิ่งที่มีเหตุผลเพียงพอและสอดคล้องกับหลักว่าด้วยศีลธรรมที่คุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ดังนั้นจึงต้องกำหนดความผิดต่อการกระทำในทางส่วนตัวได้แก่ การผลิต การส่งต่อส่วนตัวซึ่งสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงทั้ง 3 ลักษณะให้เหมือนกัน

ส่วนการควบคุมการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะซึ่งสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงนี้ แม้จะสามารถปรับใช้กับบทบัญญัติการควบคุมสื่อลามกทั่วไปได้ก็ตาม แต่จะต้องมีความผิดและโทษที่มากกว่าที่กำหนดไว้ในความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287 อีกทั้งต้องมีโทษหนักกว่าตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 14 ด้วยเช่นเดียวกันเพราะการเปิดเผยแก่สาธารณะซึ่งสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงมีความร้ายแรงมากกว่าสื่อลามกทั่วไป เหตุผลนี้อาจเทียบเคียงได้กับกรณีการเปิดเผยแก่สาธารณะซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/2 มีโทษหนักกว่ากรณีการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะซึ่งสื่อลามกทั่วไปตามมาตรา 287 เนื่องจากสื่อลามกอนาจารเด็กสร้างผลร้ายต่อสังคมมากกว่าสื่อลามกทั่วไป ดังนั้นความผิดเกี่ยวกับการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะซึ่งสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงจึงเป็น “บทฉกรรจ์” หรือเหตุที่ทำให้ผู้กระทำได้รับโทษหนักขึ้นกว่าการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะซึ่งสื่อลามกทั่วไปซึ่งเป็น “บทธรรมดา”

เมื่อพิจารณาถึงเหตุผลและความจำเป็นในการควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงในข้อ 2.5 แล้ว ผู้วิจัยเห็นว่าความพยายามควบคุมสื่อลามกของประเทศไทยนอกจากเหตุผลเรื่องศีลธรรมของสังคมแล้วยังเกี่ยวข้องกับการป้องกันอาชญากรรมด้วย เพราะในสายตาของผู้บังคับใช้

กฎหมายเห็นว่าสื่อลามกเป็นต้นเหตุให้เกิดการกระทำผิดทางเพศอันเป็นภัยต่อสังคมและความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่แสดงทัศนะว่าสื่อลามกเป็นบ่อเกิดของการกระทำผิดทางเพศและเป็นภัยต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีงามของประชาชน ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาดังนี้

“การแพร่ภาพลามกแก่ประชาชนดังกล่าวเป็นการกระทำผิดต่อศีลธรรม อาจเป็นบ่อเกิดของการกระทำผิดทางเพศอันเป็นภัยต่อสังคมและความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองได้⁴⁹”

“จำเลยที่ 1 เป็นเจ้าของกิจการ จำเลยที่ 2 เป็นผู้จัดถ่ายวิดีโอเทปลามกซึ่งเป็นสิ่งที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีงาม และส่งเสริมให้มีการประกอบอาชญากรรมทางเพศ⁵⁰”

เมื่อพิจารณาถึงประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287 ที่กำหนดห้ามการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะซึ่งสื่อลามกย่อมสอดคล้องกับหลักการป้องกันมิให้เกิดอาชญากรรมซึ่งเป็นประโยชน์สาธารณะอย่างหนึ่ง เนื่องจากการกระทำเกี่ยวกับสื่อลามกเป็นการส่งเสริมหรือกระตุ้นให้เกิดการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศโดยอ้อม⁵¹ ดังนั้นสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงซึ่งถือเป็นสื่อลามกประเภทหนึ่งย่อมเป็นปัจจัยก่อให้เกิดการกระทำผิดทางเพศได้และยังเป็นตัวกระตุ้นให้บุคคลที่มีความเสี่ยงก่ออาชญากรรมได้กระทำตามที่สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงถ่ายทอดออกมา ดังตัวอย่างที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษเกิดปัญหาอาชญากรรมที่ผู้กระทำผิดทางเพศในระดับร้ายแรงส่วนใหญ่มักจะเรียนรู้วิธีการที่ปรากฏอยู่ในสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง เช่น กรณีสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเกี่ยวกับการรัดคอจนขาดอากาศหายใจ ซึ่งปัญหาอาชญากรรมโดยมีอิทธิพลของสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเข้ามาเกี่ยวข้องนี้ก่อให้เกิดแรงผลักดันในการบัญญัติกฎหมายมาควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงในระดับเข้มงวดถึงขนาดที่ห้ามการครอบครองสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเด็ดขาด

ประเทศไทยเองมีความเป็นไปได้ที่ในอนาคตอาจเกิดเหตุการณ์กรณีที่มีบุคคลได้รับการกระตุ้นจากสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงจนไปก่ออาชญากรรมเลียนแบบการกระทำที่ปรากฏในสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง ประกอบกับมีงานวิจัยเกี่ยวกับอิทธิพลของสื่อทางเพศที่มีผลต่อการกระทำ ความผิดปรากฏอยู่บ้าง เช่น การศึกษาของ ธนะชัย ผดุงธิตี ซึ่งได้ทำการศึกษาผู้ต้องขังคดีความผิดทางเพศในเรือนจำบางขวางและเรือนจำพิเศษกรุงเทพมหานคร พบว่าผู้ต้องขังเรียนรู้พฤติกรรมทางเพศจากสื่อทางเพศ โดยสื่อทางเพศที่รับชมนั้นมีทั้งสื่อทางเพศตามมาตรฐานทั่วไปที่แสดงภาพเปลือย

⁴⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2875/2531

⁵⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2787/2541

⁵¹ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 3: ลักษณะ 1 ถึง ลักษณะ 9 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561), หน้า 556.

หรือภาพการร่วมเพศระหว่างบุคคลแล้ว ยังมีสื่อทางเพศที่แสดงการกระทำทางเพศด้วยความรุนแรง มาเกี่ยวข้อง บางส่วนยอมรับว่าเมื่อถูกปลุกเร้าจากสื่อทางเพศแล้วก็จะไปหาเหยื่อเพื่อระบายความต้องการทางเพศของตน งานวิจัยนี้ได้ข้อสรุปว่าสื่อทางเพศเป็นปัจจัยหนึ่งที่มีผลต่อการก่ออาชญากรรม⁵² ดังนั้นสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงย่อมเป็นปัจจัยหนึ่งที่กระตุ้นให้บุคคลที่มีความเสี่ยงจะก่ออาชญากรรมได้ลงมือกระทำความผิดได้ เพื่อป้องกันความเสี่ยงต่อการเกิดอาชญากรรมอันกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ ผู้วิจัยเห็นว่าประเทศไทยควรกำหนดให้สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นสิ่งผิดกฎหมายและจะต้องได้รับการควบคุมอย่างเข้มงวดมากกว่ามาตรการควบคุมสื่อลามกทั่วไปที่มีอยู่ โดยนอกจากจะต้องควบคุมการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะแล้วยังต้องควบคุมถึงการกระทำในทางส่วนตัวด้วย

ทั้งนี้การกระทำในทางส่วนตัวที่ประเทศไทยต้องควบคุมนอกเหนือจากการผลิตและการส่งต่อส่วนตัวซึ่งสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงดังที่กล่าวไว้ข้างต้นแล้ว ผู้วิจัยเห็นว่าประเทศไทยยังควรควบคุมการกระทำในทางส่วนตัวด้วยการห้ามการครอบครองด้วย เพราะการห้ามการครอบครองย่อมเป็นการทำลายวงจรการมีอยู่ของสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงในสังคมและเป็นวิธีปราบปรามสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่มีประสิทธิภาพมากที่สุด การกำหนดให้การครอบครองสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นความผิดทำให้บุคคลที่มีสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงไว้ในครอบครองเกิดความเกรงกลัวถึงผลกระทบที่ตามมาจากการบังคับใช้กฎหมายควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง เพื่อหลีกเลี่ยงความเสี่ยงจะถูกดำเนินคดีผู้ที่มีสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงอาจต้องเก็บสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงอย่างมิดชิดยากที่จะเล็ดลอดสู่การรับรู้ของบุคคลอื่นหรืออาจถึงขั้นนำสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงไปทำลายและไม่คิดจะแสวงหาสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงอีกต่อไป ผลที่จะตามมาจากการใช้มาตรการทางอาญาที่เข้มงวดนี้ช่วยทำลายวงจรการผลิต เผยแพร่และบริโภคสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงให้ลดลงอันเป็นการช่วยลดความเสี่ยงต่อการเกิดอาชญากรรมได้อีกทางหนึ่ง

ผลกระทบต่อการกำหนดให้การครอบครองสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นความผิดย่อมถูกโต้แย้งอย่างรุนแรงในประเด็นของการละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเกินความจำเป็น ประกอบกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงอาจไม่ใช่สิ่งกระตุ้นให้บุคคลส่วนใหญ่ที่มีไว้ในครอบครองไปก่ออาชญากรรมเสมอไป เพื่อสนับสนุนแนวทางกำหนดให้การครอบครองสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นความผิด ผู้วิจัยขอยกกรณีตัวอย่างเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กมาเทียบเคียง โดยประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287/1⁵³ ได้บัญญัติห้ามการกระทำในทางส่วนตัวถึงขั้นการครอบครองซึ่งสื่อทางเพศที่มี

⁵² ธนะชัย ผดุงจิตติ, “สื่อลามกกับผู้กระทำความผิดทางเพศ,” (วิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโทบัณฑิต คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), หน้า 103-104.

⁵³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287/1

เด็กปรากฏอยู่ไว้เป็นความผิด ด้วยเหตุผลที่สื่อลามกอนาจารเด็กเป็นปัจจัยก่อให้เกิดการล่วงละเมิดทางเพศเด็กได้ เนื่องจากผู้ใหญ่ที่รับชมสื่อลามกอนาจารเด็กอาจต้องการล่วงละเมิดทางเพศกับเด็กจริงๆ และรายงานวิจัยต่างๆ พบว่าผู้กระทำผิดทางเพศต่อเด็กมักจะมีสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในครอบครองในสัดส่วนถึงร้อยละ 40 ทำให้เห็นว่าอาจมีความสัมพันธ์กันระหว่างการมีไว้ในครอบครองและการกระทำผิดทางเพศต่อเด็ก การบัญญัติให้การครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นความผิดจึงเป็นส่วนช่วยป้องกันการล่วงละเมิดทางเพศแก่เด็กและหยุดยั้งอุตสาหกรรมการผลิตสื่อลามกอนาจารเด็กได้⁵⁴ แม้การบัญญัติห้ามการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กจะกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลในระดับรุนแรง แต่ก็ได้รับสนับสนุนจากประชาคมโลกที่ต้องการส่งเสริมสิทธิของเด็กให้ได้รับการคุ้มครองจากการตกเป็นเหยื่อจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศ ทั้งนี้การมีเด็กเข้ามาปรากฏในสื่อทางเพศย่อมเป็นการละเมิดศีลธรรมทางเพศของคนในสังคม หากรัฐต่างๆ ไม่แก้ไขปัญหามือถือลามกอนาจารเด็กก็จะเป็นการส่งเสริมให้ประชาชนมองว่าสื่อลามกอนาจารเด็กไม่ใช่อาชญากรรมที่ร้ายแรงและสร้างทัศนคติต่อสังคมคลาดเคลื่อนไปว่าการล่วงละเมิดทางเพศกับเด็กไม่ใช่สิ่งที่ผิด ทั้งที่จริงแล้วเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้องและทำร้ายเด็ก⁵⁵ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อตัวเด็กและสังคม การกระทำในทางส่วนตัวเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก แม้การครอบครองถือได้ว่าเป็นสิ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อยและผิดศีลธรรมอย่างร้ายแรง รัฐจำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กโดยกำหนดให้การกระทำใดๆ เกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กไม่ว่าจะเป็นการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะและการกระทำในทางส่วนตัวเป็นความผิดอาญาทั้งสิ้น⁵⁶

อย่างไรก็ตามการยกระดับมาตรการควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงให้เทียบเท่ากรณีมาตรการควบคุมสื่อลามกอนาจารเด็กอาจถูกวิพากษ์ว่าหลักการเบื้องหลังของการควบคุมสื่อลามกอนาจารเด็กกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงนั้นมีความแตกต่างกันและสื่อลามกอนาจารเด็กมีความสำคัญในระดับที่เหนือกว่าไม่สมควรนำมาเปรียบเทียบความเหมือนกันในเหตุผลเพื่อยกระดับของการควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง เพราะการควบคุมสื่อลามกอนาจารเด็กมีหลักสิทธิของเด็กเข้ามาเกี่ยวข้องและยังมีหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กมาสนับสนุน (The Best Interests of the Child) กล่าวคือ ผลประโยชน์สูงสุดเป็นสภาวะแวดล้อมทั้งหมดโดยที่ผลประโยชน์ของเด็กนั้น

“ผู้ใดครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁵⁴ ศูนย์นานาชาติเพื่อการป้องกันและดูแลเด็กหายและเด็กที่ถูกแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบ, สื่อลามกอนาจารเด็ก: กฎหมายแม่แบบและการทบทวนบทกฎหมายของแต่ละประเทศทั่วโลก, หน้า 3.

⁵⁵ มูลนิธิยุติการแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็ก, รู้เท่าทันการแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็ก, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: มูลนิธิยุติการแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็ก, 2556), หน้า 4.

⁵⁶ ธัญทิพ เสนชัย, “แนวทางในการพัฒนาความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก,” หน้า 37.

จะต้องเป็นสิ่งที่มาก่อนผลประโยชน์อื่น และประโยชน์สูงสุดของเด็กมีความหมายถึงสิทธิต่างๆ ของเด็กที่จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่เด็กทั้งทางร่างกาย จิตใจ อารมณ์ และสถานะทางสังคม และทั้งความผาสุกแก่เด็กในการใช้ชีวิตในสังคมและสวัสดิภาพของเด็ก โดยหากจะมีการพิจารณาควบคู่กับผลประโยชน์ของบุคคลกลุ่มอื่นแล้ว ผลประโยชน์ของเด็กจะต้องได้รับการพิจารณาเป็นลำดับแรก⁵⁷ ดังนั้นสิทธิของเด็กจึงได้รับการยกระดับเป็นพิเศษในระดับสากลซึ่งทุกประเทศให้การยอมรับตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่ให้ความสำคัญกับสิทธิของเด็กในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง (Rights to Protection) จากภัยอันตรายต่อเด็กในทุกรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองจากการถูกทำร้ายทั้งทางร่างกาย จิตใจและเพศ รวมทั้งการแสวงหาผลประโยชน์ต่างๆ จากเด็ก ซึ่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้ระบุไว้ว่ารัฐจะต้องคุ้มครองเด็กให้ปลอดภัยจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศและการกระทำทางเพศที่มีขอบทุกรูปแบบด้วยมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวง⁵⁸ รัฐจึงมีพันธกรณีจะต้องมีมาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันและคุ้มครองเด็กจากสื่อลามกอนาจารเด็ก การที่รัฐบัญญัติความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กจึงเป็นมีเหตุผลของหลักการคุ้มครองสิทธิของเด็กมารองรับ แต่ผู้วิจัยกลับเห็นว่าสวัสดิภาพของบุคคลที่จะได้รับการคุ้มครองจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศเกินสมควรก็ควรที่จะได้รับการยกระดับความสำคัญให้คล้ายกับสวัสดิภาพของเด็กด้วยเช่นกัน แม้จะไม่ได้ถูกยกระดับความสำคัญในเทียบเท่ากับสิทธิของเด็กก็ตาม นอกจากนี้สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงก็มีความเกี่ยวข้องกับประเด็นการคุ้มครองสิทธิของเด็กด้วยในอีกทางหนึ่ง กล่าวคือ สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงถือเป็นสิ่งที่เป็อันตรายต่อสวัสดิภาพของเด็ก⁵⁹ ดังนั้นการที่รัฐจะมีมาตรการทางกฎหมายเพื่อจัดการกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงให้หมดสิ้นไปจากสังคมด้วยมาตรการทางกฎหมายที่เข้มงวดก็มีความชอบธรรมในฐานะของเครื่องมือส่งเสริมสวัสดิภาพของเด็กด้วยเช่นเดียวกันกับการจัดการปัญหากรณีสื่อลามกอนาจารเด็ก

เมื่อสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงแสดงให้เห็นการละเมิดชีวิต ร่างกายหรือเสรีภาพของบุคคลซึ่งเป็นสิ่งที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว ยังเป็นสิ่งกระตุ้นให้เกิดอาชญากรรมตามมา อีกทั้งยังเกี่ยวข้องกับหลักการคุ้มครองสิทธิของเด็กในรูปแบบหนึ่ง ประเทศไทยจึงควรควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงอย่างเข้มงวดเพราะนอกจากจะช่วยยับยั้งป้องกันมิให้เกิดการกระทำผิดแล้ว ยังแสดงให้เห็นว่าประเทศให้ความสำคัญต่อสิทธิของเด็กในรูปแบบการปกป้องสิ่งที่เป็อันตรายต่อเด็กและยังแสดงให้เห็นด้วยว่าสังคมมีความตระหนักถึงภัยอันตรายที่คุกคามต่อสวัสดิภาพและความปลอดภัยของบุคคลด้วยการไม่ยอมรับจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศเกิน

⁵⁷ จีราวัฒน์ แซ่มชัยพร, “การคุ้มครองสิทธิเด็กโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3 (1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989,” (วิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 25-28.

⁵⁸ Convention on the Rights of the Child – article 34

⁵⁹ Convention on the Rights of the Child 1989 - article 17 (e)

สมควร อีกทั้งยังเป็นการทำลายวงจรการผลิตสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงให้หมดสิ้นไป การบัญญัติกฎหมายควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นการเฉพาะแยกจากสื่อลามกทั่วไป โดยกำหนดให้การกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะและการกระทำในทางส่วนตัว ได้แก่ การผลิต การส่งต่อ ส่วนตัว และการครอบครองจึงเป็นสิ่งที่เหมาะสมกับประเทศไทย



บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากสมมติฐานของวิทยานิพนธ์นี้ที่กล่าวว่า “การใช้มาตรการทางอาญาเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลในระดับรุนแรงที่สุด รัฐพึงใช้มาตรการทางอาญาเป็นวิธีสุดท้ายและต้องคำนึงถึงความได้สัดส่วนระหว่างสิทธิเสรีภาพของบุคคลกับการคุ้มครองประโยชน์ของส่วนรวมเป็นสำคัญ โดยหลักแล้ว การควบคุมสื่อทางเพศรัฐจะห้ามเฉพาะการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะ แต่กรณีสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงซึ่งถือว่าเป็นสื่อลามกประเภทหนึ่งที่เป็นข้อยกเว้นให้รัฐสามารถเข้ามาแทรกแซงการกระทำในทางส่วนตัวของบุคคลได้ เนื่องจากสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงสร้างผลกระทบต่อสังคมอย่างร้ายแรง อีกทั้งสถานการณ์ปัจจุบันของประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นการเฉพาะและมาตรการควบคุมสื่อลามกทั่วไปที่นำมาปรับใช้กับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงยังไม่ครอบคลุมถึงการกระทำในทางส่วนตัว จึงจำเป็นต้องบัญญัติฐานความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเฉพาะแยกจากความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกทั่วไปด้วยการห้ามการกระทำในทางส่วนตัวให้ครอบคลุมทั้งการผลิต การส่งต่อและการครอบครอง และกำหนดให้การกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะจะต้องได้รับโทษหนักขึ้น” นั้น จากการศึกษาและวิจัยในประเด็นปัญหาตามสมมติฐานแล้วพบว่า สมมติดังกล่าวเป็นสิ่งที่ถูกต้อง และได้ข้อสรุปว่าประเทศไทยควรมีกฎหมายเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงแยกออกจากกฎหมายควบคุมสื่อลามกทั่วไปและควรกำหนดความผิดสำหรับการกระทำในทางส่วนตัว ในบทนี้จะสรุปและเสนอแนวทางการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่สอดคล้องกับประเทศไทยในลำดับต่อไป

6.1 บทสรุป

สื่อทางเพศเป็นการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นอย่างหนึ่งซึ่งเป็นสิทธิที่ได้รับการยอมรับและรับรองในระดับสากลและเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐให้ความคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญ สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นสื่อทางเพศประเภทหนึ่งที่ไม่ได้รับการคุ้มครองเพราะเห็นได้ชัดเจนแล้วว่าก่อให้เกิดปัญหาต่างๆ เช่น การกระตุ้นให้เกิดอาชญากรรม การเป็นสื่อที่เป็นอันตรายต่อเด็กและเยาวชน การสร้างผลกระทบด้านลบต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องทั้งผู้ถูกรับกระทำรุนแรงในสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงและผู้รับชม การละเมิดศีลธรรมทางเพศของสังคม และการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การใช้มาตรการควบคุมสื่อลามกทั่วไปของประเทศไทยซึ่งจำกัดเฉพาะการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะมา

บังคับกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงยังไม่เพียงพอ จึงมีความจำเป็นจะต้องควบคุมถึงการกระทำในทางส่วนตัว

จากการศึกษากฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงแล้วพบว่าทุกประเทศที่นำมาศึกษาได้กำหนดให้การกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะเป็นความผิด แต่การกำหนดให้การกระทำในทางส่วนตัวเป็นความผิดมีความแตกต่างกัน ตั้งแต่การควบคุมการกระทำในทางส่วนตัวในระดับเข้มงวดกรณีประเทศอังกฤษและประเทศสวีเดนแลนด์ที่กำหนดให้การผลิต การส่งต่อส่วนตัวและการครอบครองเป็นความผิด กรณีประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐนิวยอร์ก กำหนดให้การผลิตและส่งต่อส่วนตัวเป็นความผิด กรณีประเทศแคนาดา กำหนดเฉพาะการผลิตเป็นความผิด กรณีประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐอริโซนาและประเทศเยอรมนีกำหนดให้การส่งต่อส่วนตัวแก่เด็กเท่านั้นเป็นความผิด ส่วนกรณีประเทศญี่ปุ่นไม่มีการควบคุมการกระทำในทางส่วนตัว อีกทั้งในทางปฏิบัติแล้วหากมีการปกปิดภาพอวัยวะเพศที่ปรากฏในสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงแล้วก็สามารถเปิดเผยแก่สาธารณะได้ หรือบุคคลทั่วไป ห้ามการครอบครอง จนกระทั่งห้ามการใช้ ซึ่งแต่ละประเทศที่นำมาศึกษานี้เป็นตัวอย่งการควบคุมการกระทำในทางส่วนตัวแตกต่างกันอันเป็นแนวทางที่จะนำมาปรับใช้กับประเทศไทยได้

ส่วนการจะบัญญัติความผิดทางอาญาเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงจะต้องพิจารณาถึงหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดอาญามาวิเคราะห์ซึ่งสามารถสรุปแนวทางพิจารณาได้ดังนี้

1) การกระทำนั้นฝ่าฝืนคุณธรรมทางกฎหมาย สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงกระทบต่อหลักคุณธรรมทางกฎหมายในเรื่องการป้องกันมิให้เกิดการก่ออาชญากรรมจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศเกินสมควร ซึ่งมุ่งคุ้มครองบุคคลที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงและสังคม

2) การกระทำนั้นมีเหตุผลเพียงพอที่จะใช้กฎหมายอาญามาจำกัดเสรีภาพของบุคคล การกระทำต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่จะกำหนดให้เป็นความผิดจะต้องมีเหตุผลเพียงพอ กล่าวคือ จะต้องเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่นตามหลักกว่าด้วยความเสียหาย เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดอันตรายแก่ตนเองตามหลักกว่าด้วยปิตุธิกษัตริย์ เป็นการกระทำที่ล่วงเกินความรู้สึกของบุคคลทั่วไปหลักกว่าด้วยความผิด และเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมของส่วนรวมตามหลักกว่าด้วยศีลธรรม

3) การไม่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดอาญาสร้างความเสียหายมากกว่าการมีกฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดอาญา การกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงย่อมกระทบต่อ

เสรีภาพของบุคคล ก่อให้เกิดภาระค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีแก่รัฐมากขึ้น แต่เมื่อเปรียบเทียบกับ การปล่อยให้สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงดำรงอยู่ในสังคมต่อไปก็จะกระทบต่อสวัสดิภาพของบุคคลและสังคมโดยรวม ดังนั้นการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงย่อมก่อให้เกิดผลเสียหายน้อยกว่าการไม่มีกฎหมายกำหนดให้สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นความผิด

4) การใช้กฎหมายอาญาเป็นตัวเลือกสุดท้ายที่เหมาะสม สภาพสังคมปัจจุบันที่เทคโนโลยีถูกใช้เป็นเครื่องมือหลักในการกระทำผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง มาตรการอื่นที่ไม่ใช่กฎหมาย เช่น มาตรการทางปกครองต่อการปิดหรือบล็อกเว็บไซต์ก็ไม่สามารถยับยั้งการเผยแพร่สื่อลามกในอินเทอร์เน็ตได้อย่างมีประสิทธิภาพ การใช้มาตรการทางอาญาจึงทางเลือกสุดท้ายที่จะมาจัดการกับปัญหาเพื่อยับยั้งและข่มขู่มิให้บุคคลเกี่ยวข้องกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์กำหนดความผิดทางอาญาดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว มีข้อสรุปว่าทั้ง การกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะและการกระทำในทางส่วนตัวซึ่งสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงสามารถกำหนดให้เป็นความผิดได้ แต่การกำหนดให้กระทำในทางส่วนตัวเป็นความผิดจะมีขอบเขตการควบคุมแตกต่างกันไปตามลักษณะของสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรง โดยกรณีสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงถึงกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกาย จิตใจและเสรีภาพของผู้อื่นซึ่งไม่ให้ความยินยอมควรกำหนดให้การผลิตและการส่งต่อส่วนตัวเป็นความผิด ส่วนกรณีสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงถึงกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกาย และจิตใจของผู้อื่นซึ่งให้ความยินยอมและกรณีสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงถึงกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกายและจิตใจของตนเองนั้น ควรกำหนดให้การส่งต่อแก่เด็กเป็นความผิด

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงการกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่เหมาะสมกับประเทศไทยแล้ว พบว่าสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงไม่ว่าจะมีลักษณะใดก็ล้วนเป็นสื่อที่สังคมไทยยอมรับไม่ได้อย่างเด็ดขาด เพราะกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และยังเป็นปัจจัยก่อให้เกิดอาชญากรรมตามมา สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงจึงเป็นสิ่งที่กระทบต่อประโยชน์สาธารณะและสร้างผลร้ายต่อสังคมมากกว่าสื่อลามกทั่วไป จึงสมควรกำหนดให้สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงทุกประเภทต้องได้รับการควบคุมเหมือนกัน กล่าวคือ ควรกำหนดให้การกระทำในทางส่วนตัวได้แก่ การผลิตและการส่งต่อส่วนตัวเป็นความผิด นอกจากนี้ควรกำหนดให้การครอบครองเป็นความผิดด้วยเช่นกัน เพื่อเป็นการป้องกันซึ่งช่วยให้ประเทศไทยจัดการปัญหาเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงได้อย่างมีประสิทธิภาพ เหมาะสมและสอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบัน

6.2 ข้อเสนอแนะ

ภายหลังจากการศึกษาและวิเคราะห์แนวทางกำหนดมาตรการทางอาญาเพื่อควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่เหมาะสมกับประเทศไทย ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะแนวทางการบัญญัติความผิดอาญารฐานการกระทำเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงดังต่อไปนี้

1) ประเทศไทยควรบัญญัติความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นบทความผิดเฉพาะไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยแยกออกจากความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกทั่วไปไปตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287 และพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

2) ประเทศไทยต้องกำหนดนิยามของสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงให้ชัดเจนครอบคลุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงทั้งสามลักษณะ ได้แก่ สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงถึงกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกาย จิตใจและเสรีภาพของผู้อื่นซึ่งไม่ให้ความยินยอม สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงถึงกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกาย และจิตใจของผู้อื่นซึ่งให้ความยินยอมและสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่แสดงถึงกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกายและจิตใจของตนเอง โดยอาจนำรูปแบบการบัญญัตินิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1 (17) มาเทียบเคียงได้ ซึ่งสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงจำกัดขอบเขตเฉพาะการกระทำทางเพศที่ประกอบด้วยการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาใน 3 ลักษณะ ได้แก่ การกระทำที่กระทบต่อชีวิต ร่างกายหรือจิตใจต่อตนเองหรือผู้อื่น การกระทำที่กระทบต่อเสรีภาพในการเคลื่อนไหวและการกระทำที่กระทบต่อเสรีภาพทางเพศของผู้อื่น แต่เนื่องจากประเทศไทยถือว่าสื่อทางเพศและสื่อลามกเป็นสิ่งเดียวกัน ผู้วิจัยเสนอว่าการกำหนดนิยามของสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงควรใช้คำว่า “สื่อลามกที่ใช้ความรุนแรง” แทน และควรเพิ่มบทนิยามไว้ในประมวลกฎหมายอาญาภาคบทบัญญัติทั่วไป ลักษณะบทบัญญัติที่ใช้แก่ความผิดทั่วไป ในส่วนของบทนิยาม ดังนี้

“มาตรา 1 ในประมวลกฎหมายนี้

(19) “สื่อลามกที่ใช้ความรุนแรง” หมายความว่า วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้รู้หรือเห็นการกระทำทางเพศของบุคคลในลักษณะก่อให้เกิดหรืออาจจะก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย หรือจิตใจต่อตนเองหรือผู้อื่น หรือโดยบังคับขู่เข็ญหรือข่มขืนใจ หรือกระทำอนาจารหรือข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น โดยรูป เรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย

ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือรูปแบบอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน และให้หมายความรวมถึงวัตถุหรือสิ่งต่าง ๆ ข้างต้นที่จัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้”

3) การกำหนดความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงต้องครอบคลุมทั้งการกระทำในทางส่วนตัวและการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะ

3.1) ผู้วิจัยเสนอว่าควรบัญญัติให้การกระทำในทางส่วนตัวได้แก่ การผลิต การส่งต่อ และการครอบครองสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงเป็นความผิด โดยระวางโทษอาจเทียบเคียงจากบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/1 ดังนี้

“มาตรา 287/3 ผู้ใดทำ ผลิต หรือส่งต่อซึ่งสื่อลามกที่ใช้ความรุนแรงแก่ผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” และ

“มาตรา 287/4 ผู้ใดครอบครองสื่อลามกที่ใช้ความรุนแรง เพื่อแสวงหาประโยชน์ทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

3.2) ผู้วิจัยเสนอว่าควรบัญญัติความผิดสำหรับการกระทำในลักษณะเปิดเผยแก่สาธารณะซึ่งสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงให้เป็นความผิดบทกึ่งที่มีโทษหนักกว่ากฎหมายควบคุมสื่อลามกทั่วไปตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287 ซึ่งมีระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 14 ซึ่งมีระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ โดยอาจเทียบเคียงรูปแบบการกำหนดความผิดและระวางโทษจากบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287/2 ดังนี้

“มาตรา 287/5 ผู้ใด

(1) เพื่อความประสงค์แห่งการค้า หรือโดยการค้า เพื่อการแจกจ่ายหรือเพื่อการแสดงออกแก่ประชาชน ทำ ผลิต มีไว้ นำเข้าหรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกไปนอกราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไปหรือทำให้แพร่หลายโดยประการใด ๆ ซึ่งสื่อลามกที่ใช้ความรุนแรง

(2) ประกอบการค้า หรือมีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้าเกี่ยวกับวัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้ว จำเลยแจกหรือแสดงอวดแก่ประชาชน หรือให้เข้าสื่อลามกที่ใช้ความรุนแรง

(3) เพื่อจะช่วยให้แพร่หลาย หรือการค้าวัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้ว โฆษณาหรือโฆษณาโดยประการใด ๆ ว่ามีบุคคลกระทำการอันเป็นความผิดตามมาตรานี้ หรือโฆษณาหรือโฆษณาว่าสื่อลามกที่ใช้ความรุนแรงดังกล่าวแล้วจะหาได้จากบุคคลใด หรือโดยวิธีใด

ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีถึงสิบปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

จากการศึกษาแนวทางกำหนดมาตรการทางอาญาเพื่อควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงจนนำไปสู่ข้อเสนอนโยบายบัญญัติความผิดอาญาฐานการกระทำเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงข้างต้น ผู้วิจัยเห็นว่าการบัญญัติความผิดดังกล่าวมีความเหมาะสมและสอดคล้องกับหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดอาญา อีกทั้งยังช่วยป้องกันและลดปัญหาที่จะเกิดขึ้นจากสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงได้อย่างมีประสิทธิภาพ

สุดท้ายนี้ผู้วิจัยยังมีประเด็นข้อคิดที่อาจนำไปพัฒนาความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงได้ต่อไป เนื่องจากปัจจุบันมีสื่อทางเพศที่ไม่ปรากฏภาพของบุคคลจริงซึ่งถูกดัดแปลงหรือสร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์กราฟิกทำให้สื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงที่ไม่ปรากฏภาพของบุคคลจริงไม่อยู่ในนิยามของสื่อลามกที่ใช้ความรุนแรง นอกจากนี้ยังมีข้อพิจารณาถึงสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงประเภทที่ไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย จิตใจหรือเสรีภาพของตนเองหรือผู้อื่นเกิดขึ้นจริงแต่เป็นการแสดงการกระทำทางเพศที่ใช้ความรุนแรงในลักษณะเสมือนจริง ดังนั้นมาตรการควบคุมสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงอาจมีความจำเป็นจะต้องขยายถึงสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงประเภทที่ไม่ปรากฏภาพของบุคคลจริงหรือเป็นการแสดงเสมือนจริง ทั้งนี้หากมีการศึกษาเพิ่มเติมในประเด็นดังกล่าวก็อาจจะนำไปสู่การพัฒนาบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับสื่อทางเพศที่ใช้ความรุนแรงได้ต่อไป

บรรณานุกรม



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

รายการอ้างอิง

- Anderson, C. A., Berkowitz, L., Donnerstein, E., and et al. The Influence of Media Violence on Youth. Psychological Science in the Public Interest 4, 3 (2003): 81-110.
- Antoniou, A. K., and Akrivos, D. The Rise of Extreme Porn: Legal and Criminological Perspectives on Extreme Pornography in England and Wales. Cham: Springer International Publishing, 2017.
- Bakan, J. Pornography, Law and Moral Theory. Ottawa Law Review 17, 1 (1985): 1-32.
- Black, J., and Green, A. God, Demon and Symbols of Ancient Mesopotamia: An Illustrated Dictionary. London: British Museum press, 1992.
- Bosworth, M. Encyclopedia of Prison & Correctional Facilities. London: Sage, 2005.
- Butler, P. Retribution, for Liberals. UCLA LAW Review 46, 6 (1999): 1873-1894.
- Caron, Y. The Legal Enforcement of Morals and the So-Called Hart-Devlin Controversy. McGill Law Journal 15, 1 (1969): 9-47.
- Cavadino, M. The Penal System: An Introduction. 5th ed. London: Sage, 2013.
- Chinhengo, A. M. Essential Jurisprudence. London: Cavendish Publishing Limited, 1995.
- Cowen, N. Millian Liberalism and Extreme Pornography. American Journal of Political Science 60, 2 (2016): 509-520.
- Crown Prosecution Service. Obscene Publication – Legal Guidance, Sexual Offence [Online]. Available from: <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/obscene-publications> [18 October 2018]
- Devlin, P. The Enforcement of Moral. London: Oxford University, 1965.
- Dyzenhaus, D. John Stuart Mill and the Harm of Pornography. Ethics 102, 3 (April 1992): 534-551.
- Eron, L. D., Huesmann, R., Lefkowitz, M. M., and et al. Does Television Violence Cause Aggression. American Psychologist 27, 4 (1972): 253-263.

- Feinberg, J. The Moral Limits of the Criminal Law: Volume 2: Offense to Others. New York: Oxford University Press, 1988.
- . The Moral Limits of the Criminal Law: Volume 3: Harm to Self. New York: Oxford University Press, 1986.
- . Pornography and the Criminal Law. University of Pittsburgh Law Review 40, 4 (1976): 567-604.
- Front line: American Porn. The Cambria List [Online]. Available from: <https://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/shows/porn/prosecuting/cambria.html> [31 October 2018]
- Hart, H. L. A. Law, Liberty and Morality. California: Stanford University Press, 1965.
- Henslin, J. M. Social Problems. 4th ed. Upper Saddle River, N.J.: Prentice Hall, 1996.
- Home Office. Consultation: On the Possession of the Extreme Pornographic Material [Online]. Available from: http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/30_08_05_porn_doc.pdf [21 October 2018]
- Hörnle, T., and Kremnitzer, M. Human Dignity as a Protected Interest in Criminal Law. Israel Law Review 44, 1-2 (2011): 143-167.
- Hyde, H. M. A History of Pornography. London: Heinemann, 1964.
- International Society for Sexual Medicine. What Are Paraphilias? [Online]. Available from: <https://www.issm.info/sexual-health-qa/what-are-paraphilias/> [20 October 2018]
- Kingston, D. A., Fedoroff, P., Firestone, P., and et al. Pornography Use and Sexual Aggression: The Impact of Frequency and Type of Pornography Use on Recidivism among Sexual Offenders. Aggressive Behavior 34, 4 (2008): 341-351.
- Kleinick, J. A. Suppressing Violent and Degrading Pornography to "Prevent Harm" in Canada: Butler V. Her Majesty the Queen. Brooklyn Journal of International Law 19, 2 (1993): 627-675.
- Lanterwine, C. C. The Limits of Criminal Law: A Comparative Analysis of Approach to Legal Theorizing. Aldershot: Ashgate, 2011.
- Mackinnon, C. Not a Moral Issue. Yale Law & Policy Review 2, 2 (1984): 321-345.

- Malamuth, N. M., and Check, J. V. P. The Effects of Mass Media Exposure on Acceptance of Violence against Women: A Field Experiment. Journal of Research in Personality 15, 4 (1981): 436-446.
- Mappes, T. A., and Zembaty, J. S. Social Ethics: Morality and Social Policy. 6th ed. New York: McGraw-Hill, 2002.
- Mashable. Women Want More BdsM Porn Following 'Fifty Shades' Premiere [Online]. Available from: <https://mashable.com/2015/02/19/women-fifty-shades-pornhub/> [19 December 2018]
- McGlynn, C., and Rackley, E. Criminalising Extreme Pornography: A Lost Opportunity. Criminal Law Review, 4 (2009): 245-260.
- McGlynn, C., and Ward, I. Would John Stuart Mill Have Regulated Pornography? Journal of Law and Society 41, 4 (2014): 500-522.
- Ministry of Justice. Circular No. 2009/01: Possession of Extreme Pornographic Images and Increase in the Maximum Sentence for Offences under the Obscene Publications Act 1959: Implementation of Sections 63-67 and Section 71 of the Criminal Justice and Immigration Act 2008.
- Myers, D. G. Social Psychology. 4th ed. New York: McGraw-Hill, 1993.
- Packer, H. L. The Limits of the Criminal Sanction. California: Stanford University Press, 1968.
- Person, C., Hurka, S., and Knill, C. Opposite Trends in the Regulation of Pornography? Policy Differentiation and Policy Convergence across 26 Countries between 1960 and 2010. The Journal of Sex Research 53, 7 (December 2015): 860-872.
- Pollard, D. Regulating Violent Pornography. Vanderbilt Law Review 43, 1 (January 1990): 125-159.
- Posner, R. A. Sex and Reason. Cambridge Massachusetts: Harvard University, 1994.
- Rasmuson, M. B. For Prohibiting Possession of Violent Pornography. Ave Maria International Law Journal 3 (2014): 29-54.
- Ryan, M. J. Proximate Retribution. Houston Law Review 48, 5 (2012): 1049-1160.
- Scott, S. What's Really at Stake in Japan's Revised Pornography Laws? [Online]. Available from:

<https://japantoday.com/category/features/opinions/what%25e2%2580%2599s-really-at-stake-in-japan%25e2%2580%2599s-revised-pornography-laws> [12 November 2018]

Silva, J. D. Obscenity and Article 175 of the Japanese Penal Code: A Short Introduction to Japanese Censorship [Online]. Available from: <http://eiga9.altervista.org/articulos/obscenity.html> [13 November 2018]

Stanford Encyclopedia of Philosophy. Paternalism [Online]. Available from: <https://plato.stanford.edu/entries/paternalism/> [25 June 2019]

———. Pornography and Censorship [Online]. Available from: <https://plato.stanford.edu/entries/pornography-censorship/> [19 September 2018]

The Guardian. Man Obsesses with Violent Pornography Admits Murder of Georgia Williams [Online]. Available from: <https://www.theguardian.com/uk-news/2013/dec/02/georgia-williams-murder-jamie-reynolds-pleads-guilty> [22 January 2019]

The Telegraph. The Truth About Men Who Watch Violent Porn – and How Dangerous They Are to Women [Online]. Available from: <https://www.telegraph.co.uk/women/life/violent-porn-dangers-posed-to-women/> [22 January 2019]

The University of Texas at Austin. Foreign Law Translation German Case [Online]. Available from: <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translationsgerman/case.php?id=628> [16 April 2019]

Tilburg University. Privacy Crimes in Germany: Criminalization of Privacy Intrusions by Private Parties in German Substantive Criminal Law [Online]. Available from: <http://www.privacyspaces.org/wp-content/uploads/2016/09/German-substantive-report.pdf> [9 November 2018]

Walker, N. Punishment, Dangers and Stigma: Morality of Criminal Justice. Oxford: Basil BlackWell, 1980.

Warburton, N. Free Speech: A Very Short Introduction. New York: Oxford University Press, 2009.

Weinberg, M., Williams, C., and Moser, C. The Social Constituents of Sadomasochism. Social Problem 31, 4 (April 1984): 379-389.

Yamamoto, Y., Norma, C., and Weerasinghe, R. D. Consumer Involvement in Japanese Pornography Production. Dignity: A Journal on Sexual Exploitation and Violence 3, 2 (2018).

กรมพัฒนาสังคมและสวัสดิการ กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์. คู่มือการปฏิบัติงานของหน่วยงานในการช่วยเหลือคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

<http://www.oic.go.th/FILEWEB/CABINFOCENTER18/DRAWER003/GENERAL/DATA/0000/00000061.PDF> [เข้าถึงเมื่อ 9 กรกฎาคม 2562]

การ์ณยภาส ภู่งยุทธ์. 'ส่องไฟในที่มืด' มีอะไรในมหาสมุทร Dark Web [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://www.tcijthai.com/news/2017/16/scoop/7164> [เข้าถึงเมื่อ 22 พฤษภาคม 2562]

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานคร, 2557.

———. กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 4. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานคร, 2557.

———. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพฯ: พลสยามพริ้นติ้ง, 2551.

คณพล จันทน์หอม. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 3: ลักษณะ 1 ถึง ลักษณะ 9. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561.

คณะอนุกรรมการศึกษาแนวทางในการแก้ไขปัญหาสื่อลามกที่มีผลกระทบต่อเด็ก เยาวชน สตรี สภานิติบัญญัติแห่งชาติ. ข้อความรู้เกี่ยวกับการจัดการปัญหาสื่อลามกในสังคมไทย. ใน เอกสารประกอบการประชุมคู่ขนาน เรื่องการปราบปรามวัตถุช่วยพฤติกรรมอันตราย.

คณิต ฒ นคร. กฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559.

———. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560.

———. พื้นฐานความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอาญา. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2553.

จอมพล พิทักษ์สันตโยธิน. BdsM: กามารมณ์ภายใต้อำนาจและความเจ็บปวด. มนุษยศาสตร์สังคมศาสตร์ปริทัศน์ 3, 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2558): 18-39.

———. ภาพโป๊: กฎหมายสื่อลามกและศีลธรรม. วารสารสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร 12, 1 (2559): 77-100.

———. สื่อโป๊: การแสดงความคิดเห็นต้องห้ามและประชาติปไตย. วารสารนิติสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ 7, 1 (2557): 197-216.

จิราวัฒน์ แซ่มชัยพร. การคุ้มครองสิทธิเด็กโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3 (1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989. วิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2551.

ชาญชัย แสวงศักดิ์. คำอธิบายกฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 27. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561.

ชูชีพ ปิณฑะสิริ. การละเมิดสิทธิส่วนตัว. วิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2525.

ณรงค์ ใจหาญ. ความหมายของ ‘สิ่งลามก’ ในกฎหมาย. วารสารนิติศาสตร์ 16, 2 (2529): 125-131.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ. พิมพ์ครั้งที่ 15. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561.


———. ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง. พิมพ์ครั้งที่ 40. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561.

ทัตม์ณัฐ ใจหาญ. ความผิดฐานใช้สัตว์ประกอบกามกิจ. วิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2559.

ไทโพสท์. โพลวัยโจ๋เสื่อม แท้เสพสื่อลามก ข้ามชั้นกินไอซ์ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

<https://www.thaipost.net/main/detail/18706> [เข้าถึงเมื่อ 16 ตุลาคม 2561]

ชนะชัย ผดุงจิตติ. สื่อลามกกับผู้กระทำความผิดทางเพศ. วิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545.

ธเนศ วงศ์ยานนาวา. เพศ: จากธรรมชาติ สู่วิษยธรรม จนถึงสุนทรีย. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: สมมติ, 2559. 

ธรรมนิติย์ สุ่มันตกุล. “กฎหมายคุณพ่อแสนดี” (Legal Paternalism) [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://web.krisdika.go.th/pdfPage.jsp?type=act&actCode=231> [เข้าถึงเมื่อ 26 มิถุนายน 2562]

ธัญทิพ เสนชัย. แนวทางในการพัฒนาความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก. วิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2560.

ธานินทร์ กรัยวิเชียร. ความสำคัญของการตีความในวิชาชีพกฎหมาย. ตุลพาท 55, 2 (2551): 1-21.

นันทน์ภัสร์ สนธิพร. มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมสื่อลามกและสื่อที่ไม่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชน: ศึกษากรณีร่างพระราชบัญญัติปราบปรามวัตถุช่วยพฤติกรรมอันตราย พ.ศ. ... วิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552.

นิติดา แสงสิงแก้ว. สื่อ สาร และผู้คน ในสังคมที่เปลี่ยนแปลง. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561.

บรรศักดิ์ อูวรรณโณ. กฎหมายมหาชน เล่ม 3. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538.

ปิปีซี นาวิกเชน. หนังเอวี: ผู้กำกับหญิงผลักดันหนังผู้ใหญ่ส่งเสริมสิทธิสตรี หวังต่อสู้สื่อลามกเหยียด

หญิงเคลื่อนไหวโลกออนไลน์ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

<https://www.bbc.com/thai/thailand-46733419> [เข้าถึงเมื่อ 17 มกราคม 2562]

ปกป้อง ศรีสนธิ. กฎหมายอาญาขั้นสูง. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561.

ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล. ปริมนทลแห่งกฎหมาย. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2554.

พรเพชร วิชิตชลชัย. คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550.

พรรณรายรัตน์ ศรีไชยรัตน์. ความเหมาะสมในการบัญญัติความผิดลหุโทษไว้ในประมวลกฎหมาย
อาญา. วิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโท สาขานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,
2536.

ไพฑูรย์ มะณู. สื่อดิจิทัล (Digital Media) [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

<http://paitoon.esdc.go.th/sux-dicithal> [เข้าถึงเมื่อ 24 ธันวาคม 2561]

ไพบูลย์ อมรภิญโญเกียรติ. มาตรการปิดบล็อกเว็บไซต์ของกระทรวงไอซีที: แนวทางการแก้ปัญหา
หรือเพิ่มปัญหาให้กับโลกออนไลน์? [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

<http://www.paiboon.biz/uploads/7/5/8/0/7580433/blockweb.pdf> [เข้าถึงเมื่อ 2
กุมภาพันธ์ 2562]

ม.ร.ว. พงศพิศาน ชุมพล. ประชาธิปไตยแบบรัฐสภาในอังกฤษ. กรุงเทพฯ: ศูนย์ยุโรปศึกษาแห่ง
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544.

มติชนสุดสัปดาห์. ศีลธรรมใหม่: นิธิ เอียวศรีวงศ์ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

https://www.matichonweekly.com/column/article_52348 [เข้าถึงเมื่อ 17 เมษายน
2562]

มติชนออนไลน์. ศีลธรรมแบบศาสนาในโลกสมัยใหม่: สุรพศ ทวีศักดิ์ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

https://www.matichon.co.th/news-monitor/news_662434 [เข้าถึงเมื่อ 17 เมษายน
2562]

มิเชล เจ. แซนเดล. ความยุติธรรม = Justice: What's the Right Thing to Do. แปลโดย สฤณี อา
ชวานันท์กุล. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: โอเพ่นเวิลด์ส, 2557.

มูลนิธิยุติธรรมแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็ก. รู้เท่าทันการแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็ก.

พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: มูลนิธิยุติธรรมแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็ก, 2556.

- วนิดา แสงสารพันธ์. บทวิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามสิ่งยั่วยุพฤติกรรมอันตราย พ.ศ.... กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2554.
- วราภรณ์ จุลปานนท์. การเมืองในยุโรปตะวันตก: Politics in Western Europe. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544.
- วิมนา ธรรมปรีชา. การคุกคามทางเพศ. วิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโท มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิถียุทธศาสตร์. 2533.
- ศูนย์เทคโนโลยีสารสนเทศ กรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.djop.go.th/stat/statbetween2008-2011> [เข้าถึงเมื่อ 16 ตุลาคม 2561]
- ศูนย์นานาชาติเพื่อการป้องกันและดูแลเด็กหายและเด็กที่ถูกแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบ. สื่อลามกอนาจารเด็ก: กฎหมายแม่แบบและการทบทวนบทกฎหมายของแต่ละประเทศทั่วโลก.
- สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์. รายงานฉบับสมบูรณ์เล่มที่ 1 เรื่อง "นิติศาสตร์ของระบบยุติธรรมทางอาญาของไทย". กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2554.
- สรารุช ปิตยาศักดิ์. คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2561.
- สุวทนา อารีพรกร. เรียนรู้เรื่องเพศกับคุณหมอ. กรุงเทพฯ: บ.บุญศิริ, 2550.
- โสมนัส เจือศรีกุล. มาตรการควบคุมต่อต้านสื่อลามกเด็ก. วิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโท มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิถียุทธศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545.
- หยุด แสงอุทัย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 18. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. ทฤษฎีอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2556.
- อิทธิพล ปรีดีประสงค์. ร่างพระราชบัญญัติปราบปรามวัตถุยั่วยุพฤติกรรมอันตราย จำเป็นหรือไม่อย่างไร. ใน เอกสารประกอบการประชุมคณาจารย์ เรื่องการปราบปรามวัตถุยั่วยุพฤติกรรมอันตราย.
- แอนดรูว์ แคลปแฮม. สิทธิมนุษยชน: ความรู้ฉบับพกพา = Human Right : A Very Short Introduction. แปลโดย จูดีรัตน์ ทิพย์สัมฤทธิ์กุล และ สุนีย์ สกาวรัตน์. กรุงเทพฯ: โอเพ่นเวิร์ลด์ส, 2559.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล	นิธิศ ตีระรัตนกุล
วัน เดือน ปี เกิด	18 เมษายน 2533
สถานที่เกิด	กรุงเทพมหานคร
วุฒิการศึกษา	รัฐศาสตรบัณฑิต จุฬาฯ ปีการศึกษา 2556 นิติศาสตรบัณฑิต (ภาคบัณฑิต) จุฬาฯ ปีการศึกษา 2559 เนติบัณฑิต สมัยที่ 69 ปีการศึกษา 2560



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY