

## ข้อคิดเห็นบางประการต่อแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ในส่วนที่เกี่ยวกับความผิดฐานมีสื่อลามกเด็ก (Child Pornography) ไว้ในกรอบรอง

จอมพล พัทธ์สันตโยธิน\*

### เกริ่นนำ

ในประเทศไทย ความพยายามของภาครัฐที่จะบัญญัติให้การกระทำใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกเด็ก<sup>1</sup> (เช่น การผลิต จำหน่าย เผยแพร่ หรือ มีไว้ในครอบครอง) เป็นฐานความผิดอาญาเฉพาะและมีโทษสูงกว่าการกระทำที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกผู้ใหญ่<sup>2</sup> ไม่ใช่เรื่องใหม่แต่อย่างใด ดังจะเห็นได้จากการที่รัฐบาลได้เคยเสนอกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกเด็กไว้ใน ร่าง พ.ร.บ. อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ ซึ่งเป็นร่างกฎหมายฉบับแรกสุดที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ในปี 2546 (ร่าง พ.ร.บ. คอมฯ 2546) โดยมาตรา 14 วรรค 2 ของ ร่าง พ.ร.บ. นี้ ได้กำหนดให้การผลิต การส่งผ่าน หรือเผยแพร่ ข้อมูลลามกของบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เป็นความผิดอาญาแยกต่างหากและมีบทลงโทษที่หนักกว่ากรณีของสื่อลามกผู้ใหญ่<sup>3</sup>

อย่างไรก็ตามในการพิจารณาของคณะกรรมการสิทธิการสภาผู้แทนราษฎร<sup>4</sup> ได้มีการแก้ไขถ้อยคำในมาตรานี้ โดยตัดข้อความในส่วน “บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี” ออก เป็นผลให้ มาตรา 14 (4) และ (5) ของพ.ร.บ.ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 (พ.ร.บ. คอมฯ 2550) ซึ่งมีผลใช้บังคับในปัจจุบัน บัญญัติให้การนำเข้า ส่งผ่าน หรือเผยแพร่ สื่อลามกผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งประชาชนทั่วไปเข้าถึงได้เป็นความผิดอาญาสถานเดียว<sup>4</sup> โดยไม่แยกสื่อลามกเด็กออกจากสื่อลามกผู้ใหญ่ มีข้อสังเกตว่าในช่วงเวลาใกล้เคียงกัน (ช่วงปี 2549) กระทรวงการพัฒนาศักยภาพและความมั่นคงของมนุษย์ได้เสนอร่างกฎหมายอีกฉบับ คือ ร่างพ.ร.บ.ปราบปรามวัตถุช่วยพฤติกรรมอันตราย (ภายหลังชื่อของร่างกฎหมายนี้ ถูกแก้ไขเป็น ร่างพ.ร.บ.ป้องกันและปราบปรามสิ่งช่วยพฤติกรรมอันตราย) ซึ่ง มาตรา 3 และ มาตรา 18 ของ

\* อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย

<sup>1</sup> สื่อลามกที่มีเด็กเป็นผู้แสดง (Child Pornography)

<sup>2</sup> สื่อลามกที่มีผู้ใหญ่เป็นผู้แสดง (Adult Pornography)

<sup>3</sup> มาตรา 14 ร่าง พ.ร.บ. คอมฯ 2546 “ผู้ใดกระทำความผิดด้วยประการใดๆ โดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อให้ปรากฏแก่ ประชาชนด้วยการผลิต ส่งผ่าน จัดให้ได้มา หรือทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เป็นสื่อลามกอนาจารโดยใช้ระบบคอมพิวเตอร์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ถ้าสื่อลามกอนาจารตามวรรคหนึ่งเกี่ยวกับบุคคลอายุไม่เกินสิบแปดปี ไม่ว่าผู้กระทำความผิดหรือไม่ว่าก็ตาม ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” โปรดดู

[http://vclass.mgt.psu.ac.th/~465-521/2005-2/Assignment-02/MPA\\_07\\_04/e-commerce/law-3.htm](http://vclass.mgt.psu.ac.th/~465-521/2005-2/Assignment-02/MPA_07_04/e-commerce/law-3.htm), [2 พฤษภาคม 2556]

<sup>4</sup> มาตรา 14 (4) และ (5) พ.ร.บ. คอมฯ 2550 “ผู้ใดกระทำความผิดที่ระบุไว้ดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือ ปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ... (๔) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ ... (๕) เผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ตาม ... (๔)”

ร่างพ.ร.บ. นี้เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับสื่อลามกเด็ก ซึ่งกำหนดให้การผลิต เผยแพร่ หรือครอบครองเพื่อการแจกจ่าย แสดง อด หรือเผยแพร่แก่ประชาชนซึ่งสื่อที่มีการนำเสนอความสัมพันธ์หรือการกระทำทางเพศของบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปี เป็นความผิดอาญา<sup>5</sup> (การครอบครองเพื่อชมส่วนตัวไม่เป็นความผิดตามร่างพ.ร.บ.นี้) ซึ่งบทบัญญัตินี้ดังกล่าวครอบคลุมการ กระทำความคิดเกี่ยวกับสื่อลามกเด็กบนอินเทอร์เน็ตด้วย จึงอาจกล่าวได้ว่า ถึงแม้พ.ร.บ. คอมฯ 2550 จะไม่มีบทบัญญัติ เกี่ยวกับสื่อลามกเด็กโดยเฉพาะ แต่รัฐบาลก็เตรียมการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกเด็กไว้ในร่างกฎหมายอีก ฉบับอยู่แล้ว ตามความคืบหน้าล่าสุด (4 มกราคม 2556) ร่าง พ.ร.บ. ป้องกันและปราบปรามสิ่งชั่วร้ายพฤติกรรมอันตรายยัง อยู่ระหว่างการรอเสนอเพื่อรับการพิจารณาจากสภาผู้แทนราษฎร<sup>6</sup> ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มี กฎหมายที่เกี่ยวกับสื่อลามกเด็กโดยเฉพาะ

อย่างไรก็ตาม ในปี 2554 กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร (กระทรวงไอซีที) นำแนวคิดที่จะบัญญัติ เกี่ยวกับสื่อลามกเด็กไว้ในกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์อีกครั้ง โดยมอบหมายให้สำนักงาน พัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (สพธอ.) เป็นจัดทำแนวทางการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับ คอมพิวเตอร์<sup>7</sup> ซึ่งผลที่ได้คือร่างพ.ร.บ. คอมฯ 2554 โดยในมาตรา 25 ได้บัญญัติให้การครอบครองสื่อลามกเด็ก (และ เยาวชน) เป็นความผิดอาญาเฉพาะดังมีข้อความดังนี้ :

“ผู้ใดครอบครองข้อมูลคอมพิวเตอร์ซึ่งมีลักษณะอันลามกที่เกี่ยวข้องกับเด็กหรือเยาวชน ต้องระวางโทษจำคุกไม่ เกินหกปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”<sup>8</sup>

ความพยายามของกระทรวงไอซีทีให้มีกฎหมายลงโทษทางอาญากับผู้ครอบครองสื่อลามกเด็กดังปรากฏในร่างพ.ร.บ. คอมฯ 2554 นี้ มีประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายประเด็นที่ต้องถูกตั้งคำถาม และจำเป็นอย่างยิ่งที่ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับกฎหมายดังกล่าว อันได้แก่ ผู้ร่างกฎหมาย เจ้าหน้าที่ตำรวจ พนักงานอัยการ และศาล จะต้องพิจารณาให้รอบคอบ และหา แนวทางการรับมือกับประเด็นทางกฎหมายและคดีความที่เกี่ยวกับการครอบครองสื่อลามกเด็กที่จะเข้าสู่กระบวนการ ยุติธรรมทางอาญา นอกจากนี้ประเด็นกฎหมายดังกล่าวยังมีความสำคัญต่อประชาชนทั่วไปโดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ใช้ อินเทอร์เน็ตเพื่อจะได้เข้าใจประเด็นที่เกี่ยวข้องและสามารถหลีกเลี่ยงการกระทำที่ผิดต่อกฎหมายได้

<sup>5</sup> โปรดดู มาตรา 3 (2) และ มาตรา 18 ร่าง พ.ร.บ. ป้องกันและปราบปรามสิ่งชั่วร้ายพฤติกรรมอันตราย; สำหรับบทวิเคราะห์ โปรดดู วนิดา แสงสานพันธ์, *บทวิเคราะห์ร่าง พ.ร.บ. ป้องกันและปราบปรามสิ่งชั่วร้ายพฤติกรรมอันตราย . พ....ศ.,*

[http://www.kpi.ac.th/kpith/index.php?option=com\\_content&task=view&id=1680&Itemid=246](http://www.kpi.ac.th/kpith/index.php?option=com_content&task=view&id=1680&Itemid=246) , [2 พฤษภาคม 2556]

<sup>6</sup> <http://www.thairath.co.th/content/edu/317714> , [3 พฤษภาคม 2556]

<sup>7</sup> สำหรับข่าว โปรดดู [http://www.matichon.co.th/news\\_detail.php?newsid=1302176066&gpid=01&catid=02](http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1302176066&gpid=01&catid=02) (เข้าเมื่อวันที่ 2 พฤษภาคม 2556); และสำหรับบทวิเคราะห์ ทวีปโรดดู สาวตรี สุขศรี, *บทวิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิด เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. ... (ฉบับเผยแพร่วันที่ 24 มิถุนายน 2554)*, <http://mycomputerlaw.in.th/wp-content/uploads/2011/09/new-cca-analysis-sawatree-201109.pdf>, [2 พฤษภาคม 2556]

<sup>8</sup> <http://webmaster.or.th/files/-พรบ.ตัวใหม่.pdf>, [2 พฤษภาคม 2556]

เอกสารบันทึกความเห็นชั้นนี้มุ่งนำเสนอประเด็นปัญหากฎหมายบางประการที่อาจเกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎหมายสื่อลามกเด็กตามที่เสนอใน ร่าง พ.ร.บ. คอมฯ 2554 เท่านั้น แต่จะไม่ก้าวล่วงลงไปวิเคราะห์ตัวร่างกฎหมาย และ แนวทางในการพิจารณาคดีในรายละเอียด ซึ่งต้องให้เป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการร่างและบังคับใช้กฎหมาย

เอกสารชั้นนี้แบ่งเนื้อหาออกเป็น 2 ส่วนหลักๆ คือ 1. เหตุผลที่ต้องมีกฎหมายสื่อลามกเด็กแยกต่างหากจากสื่อลามกผู้ใหญ่ และ 2. ประเด็นปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานมีสื่อลามกเด็กไว้ในครอบครอง

## 1. เหตุผลที่ต้องมีกฎหมายสื่อลามกเด็กเป็นการเฉพาะ

ข้อมูลของ International Centre for Missing and Exploited Children ที่เผยแพร่ในปี 2555 จากการสำรวจกฎหมายของประเทศต่างๆ 196 ประเทศทั่วโลก มีประเทศซึ่งไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกเด็กเลยจำนวน 53 ประเทศ ในขณะที่มีประเทศซึ่งมีกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกเด็กโดยเฉพาะจำนวน 143 ประเทศ ซึ่งในจำนวนนี้ 69 ประเทศที่ถือว่ามีกฎหมายสื่อลามกเด็กเต็มรูปแบบ และ 74 ประเทศที่ถึงแม้จะมีกฎหมายสื่อลามกเด็กโดยเฉพาะแต่ก็ไม่ได้เต็มรูปแบบ กล่าวคือ 60 ประเทศไม่ได้มีการบัญญัติคำนิยามความหมายของสื่อลามกเด็กไว้ 21 ประเทศไม่มีกฎหมายที่จะลงโทษอาญากับการกระทำที่เกี่ยวกับสื่อลามกเด็กโดยใช้คอมพิวเตอร์ และ 47 ประเทศไม่ได้บัญญัติให้การมีสื่อลามกเด็กไว้ในครอบครองเป็นความผิด<sup>9</sup> (ในกรณีหลังนี้หมายความว่ากฎหมายสื่อลามกเด็กในประเทศเหล่านั้นจะลงโทษทางอาญาเฉพาะกรณีการผลิต จำหน่าย หรือเผยแพร่สื่อลามกเด็กเท่านั้น แต่ไม่ลงโทษการมีสื่อลามกเด็กไว้ในครอบครองเพื่อไว้ดูส่วนตัว หรือครอบครองไว้เท่านั้นแต่ยังไม่มีการเผยแพร่)

เหตุผลที่ประเทศต่างๆมีกฎหมายสื่อลามกเด็กโดยเฉพาะแยกต่างหากจากกฎหมายสื่อลามกผู้ใหญ่ นั้น เนื่องจากฐานแนวคิดในการควบคุมสื่อลามกทั้งสองประเภทต่างกัน ในหลายประเทศเหตุผลหลักในการกำหนดโทษอาญากับการกระทำที่เกี่ยวกับสื่อลามกผู้ใหญ่ส่วนใหญ่จะตั้งอยู่บนแนวคิดเรื่องการปกป้องศีลธรรมโดยรวมของสังคม<sup>10</sup> กล่าวคือ ภาครัฐเชื่อว่าการปล่อยให้มีการผลิต จำหน่าย หรือ เผยแพร่สื่อลามกผู้ใหญ่อย่างเสรีอาจก่อให้เกิดความเสื่อมทรามต่อศีลธรรมทางเพศของคนในสังคมได้ ตัวอย่างแนวคิดนี้ ปรากฏอยู่ในกฎหมายสื่อลามกหรือแนวทางการพิพากษาคดีของหลายประเทศ เช่น กฎหมาย Obscene Publication Act 1959/1964 ของอังกฤษและเวลส์ซึ่งใช้บรรทัดฐานพิจารณาว่าสื่อเปิดเผยทางเพศ (sexually explicit material) มีผลทำให้ผู้อ่านหรือผู้ชมเกิดความเสื่อมทรามทางศีลธรรมหรือไม่ ถ้ามีผลเช่นว่านั้นก็ถือว่าเป็นสื่อลามก (obscene) ในประเทศสหรัฐอเมริกา บรรทัดฐานในการตัดสินสื่อลามกข้อหนึ่งของ Miller

<sup>9</sup> International Centre for Missing and Exploited Children, *Child Pornography : Model Legislation and Global Review* (7<sup>th</sup> ed), (2012), [http://www.icmec.org/en\\_X1/pdf/Child\\_Pornography\\_Model\\_Law\\_English\\_7th\\_Edition\\_2012.pdf](http://www.icmec.org/en_X1/pdf/Child_Pornography_Model_Law_English_7th_Edition_2012.pdf), [3 พฤษภาคม 2556]

<sup>10</sup> อย่างไรก็ตาม มีนักวิชาการบางสำนักเสนอแนวคิดที่ว่าเหตุผลที่สำคัญในการควบคุมและปราบปรามสื่อลามกผู้ใหญ่ นั้น เนื่องจากว่าสื่อลามกดังกล่าวอาจก่อให้เกิดอาชญากรรมทางเพศ (โดยเฉพาะการข่มขืนกระทำชำเรา) หรือ ก่อให้เกิดความผิดคดีทางเพศต่อเพศหญิง นักวิชาการที่มีชื่อเสนอดังกล่าว ได้แก่ Catherine MacKinnon, Andrea Dworkin, Diana Russell และ Catherine Itzin

Tes<sup>11</sup> คือให้พิจารณาว่าสื่อเปิดเผยทางเพศนั้นขัดกับมาตรฐานของศีลธรรมทางเพศร่วมสมัยของชุมชนนั้นๆ (contemporary community standard) หรือไม่ ในประเทศญี่ปุ่น ศาลสูงสุดของญี่ปุ่น (最高裁判所 Saikō-Saibansho) เคยวางแนวทางเรื่องนี้ไว้ในคดี Lady Chatterley's Lover (1957) ว่าการพิจารณาสื่อลามกจะต้องพิจารณาว่าสื่อที่ขัดต่อศีลธรรมในเรื่องทางเพศของสังคมหรือไม่<sup>12</sup> เช่นเดียวกัน ศาลสูงสุดของเกาหลีใต้ (대법원 Dae-beob-won) ได้วางหลักกฎหมายไว้ในคดี The Nude Maja (1971) ว่าองค์ประกอบที่สำคัญประการหนึ่งของการตัดสินว่าเป็นสื่อลามกหรือไม่ให้พิจารณาว่าสื่อดังกล่าวเป็นอันตรายต่อศีลธรรมทางเพศที่เหมาะสมของคนในสังคมหรือไม่<sup>13</sup> และในประเทศไทยเองศาลฎีกาได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนในคำพิพากษาฎีกาที่ 2875/2531, 7416/2537 และ 2787/2541 ว่าเหตุผลหลักในการควบคุมและปราบปรามสื่อลามก (ตามมาตรา 287 ประมวลกฎหมายอาญา) เพื่อปกป้องศีลธรรม ทั้งนี้เพราะสื่อลามกเหล่านี้ขัดต่อศีลธรรมอันดีงามของไทย

อย่างไรก็ตาม การบัญญัติกฎหมายอาญาเพื่อควบคุมและปราบปรามสื่อลามกเด็กนั้นมิมีเหตุผลพื้นฐานที่ต่างออกไป กล่าวคือ ในขณะที่กฎหมายสื่อลามกผู้ใหญ่มีเป้าหมายที่จะปกป้องศีลธรรมอันดีโดยส่วนรวมของสังคม กฎหมายสื่อลามกเด็กถูกบัญญัติขึ้นเพื่อเป็นเครื่องมือในการปกป้องคุ้มครองเด็กเป็นพิเศษจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศ ทั้งนี้เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าการผลิตสื่อลามกเด็ก (โดยเฉพาะที่มีการใช้เด็กจริงๆแสดง) เป็นรูปแบบหนึ่งของการล่วงละเมิดและแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็ก<sup>14</sup> ซึ่งการล่วงละเมิดดังกล่าวก่อให้เกิดอันตรายต่อทั้งร่างกายและจิตใจของเด็ก กล่าวคือในด้านร่างกายผู้ที่อยู่ในวัยเด็กมีร่างกายยังไม่เจริญเติบโตเต็มที่และอาจยังไม่พร้อมสำหรับกิจกรรมทางเพศใดๆ การทำให้เด็กมีกิจกรรมทางเพศกับผู้ใหญ่ซึ่งมีร่างกายและอวัยวะที่ใหญ่โตกว่าหรือแม้กระทั่งเด็กด้วยกันเองย่อมก่อให้เกิดการบาดเจ็บต่อร่างกายของเด็ก เช่น บาดแผลหรือการฉีกขาดของอวัยวะเพศหรือรูทวารได้ ส่วนในด้านจิตใจเนื่องจากภาวะทางความคิด ทางอารมณ์ ความสามารถในการเรียนรู้ของเด็กยังไม่พัฒนาเพียงพอที่จะเข้าใจในเรื่องความเหมาะสมของเรื่องทางเพศ การบังคับหรือล่อลวงให้เด็กมีกิจกรรมทางเพศหรือการถ่ายภาพขั้วทางเพศต่างๆแม้จะไม่มีกิจกรรมทางเพศถือได้ว่าเป็นการทำร้ายจิตใจเด็ก<sup>15</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเด็กพบว่าสิ่งที่ตนกระทำไปเป็นเรื่องไม่เหมาะสมสำหรับวัยตนก็อาจเกิดความอับอายกลายเป็นบาดแผลทางจิตใจซึ่งอาจจะฝังลึกในใจเด็กไปตลอดชีวิต และในบางรายเด็กที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศอาจกลายเป็นผู้กระทำการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กคนอื่นๆเสียเอง และกรณีที่ทำร้ายแรงไปกว่านั้นเด็กที่มีส่วนร่วม

<sup>11</sup> *Miller v. California*, 413 US 15 [1973]

<sup>12</sup> มาตรา 175 ของประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น กำหนดให้จำหน่าย ขาย เผยแพร่ จัดแสดงวัตถุลามกเป็นความผิดอาญา <http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/PC.pdf>, [3 พฤษภาคม 2556]; สำหรับข้อมูลทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายสื่อลามกในญี่ปุ่น โปรดดู <http://redsiglo21.com/eiga9/articulos/obscenity.html>, [3 พฤษภาคม 2556]

<sup>13</sup> มาตรา 243 และ มาตรา 244 ของประมวลกฎหมายอาญาเกาหลีใต้บัญญัติให้การจำหน่าย เผยแพร่ ยืม หรือแสดงอย่างเปิดเผย สื่อลามกเป็นความผิดอาญา, <http://www.oecd.org/site/adboecdanti-corruptioninitiative/46816472.pdf>, [3 พฤษภาคม 2556]; สำหรับข้อมูลทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายสื่อลามกในเกาหลีใต้ โปรดดู Moon, J., *Obscenity Laws in a Paternalistic Country : The Korean Experience*, [http://law.wustl.edu/wugslr/issues/Volume2\\_2/p353Moon.pdf](http://law.wustl.edu/wugslr/issues/Volume2_2/p353Moon.pdf), [3 พฤษภาคม 2556]

<sup>14</sup> Taylor, M., and Quayle, E., *Child Pornography : An Internet Crime*, (Brunner-Routledge, Hove, 2003) หน้า 4

<sup>15</sup> Gillespie, A., *Child Pornography : Law and Policy*, (Routledge, Oxon, 2011) หน้า 31

ในกิจกรรมทางเพศที่ไม่ปกติ (unconventional sex) เช่น กิจกรรมทางเพศที่ใช้ความรุนแรง (sadomasochism) หรือ มีกิจกรรมทางเพศกับสัตว์ (bestiality) อาจมีพัฒนาความรู้สึกทางเพศ (sexuality) ที่เบี่ยงเบนหรือผิดเพี้ยนอย่างร้ายแรงเมื่อเติบโตเป็นผู้ใหญ่ นอกจากนี้ในหลายๆกรณีการที่เด็กเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศนั้นไม่ได้เกิดจากความสมัครใจหรือความยินยอมที่แท้จริงของเด็กเอง แต่เกิดจากการล่อลวง บังคับข่มขู่ หรือความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ ซึ่งกรณีเช่นนี้กล่าวได้ว่าเป็นการที่ผู้ใหญ่แสวงหาประโยชน์อันมิชอบจากความเยาว์วัยของเด็กที่ยังไม่มีความรู้ หรือ ความสามารถในการตัดสินใจเพียงพอเกี่ยวกับความเหมาะสมของการมีเพศสัมพันธ์

ในกรณีของสื่อลามกเด็กบนอินเทอร์เน็ตนั้น ผลกระทบร้ายแรงต่อตัวเด็กที่ปรากฏอยู่ในสื่อลามกเองและต่อสวัสดิภาพของเด็กโดยทั่วไปอาจมีความร้ายแรงและขยายเป็นวงกว้างกว่า กล่าวคือ เมื่อมีการอัปโหลด (upload) และ เผยแพร่สื่อลามกเด็กบนอินเทอร์เน็ต ภาพหรือคลิปวิดีโอบันทึกการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กดังกล่าวจะถูกส่งผ่านต่อกันไปและหมุนเวียนอยู่ในโลกไซเบอร์ (Cyberspace) ไม่มีวันสิ้นสุด ยกต่อการที่จะรู้และติดตามว่าผู้ใช้อินเทอร์เน็ตรายใดได้บันทึก (save) ภาพหรือคลิปวิดีโอดังกล่าวเก็บไว้ ซึ่งการบันทึกดังกล่าวทำให้สามารถนำกลับมาเผยแพร่เมื่อใดก็ได้ จึงเท่ากับว่าในทางปฏิบัติการติดตามลบภาพหรือคลิปดังกล่าวแทบจะเป็นไปไม่ได้เลย<sup>16</sup> สิ่งนี้ยิ่งสร้างบาดแผลทางใจให้กับเด็กผู้ปรากฏในสื่อลามกอย่างไร้ทางเยียวยาหรือลบเลือนออกไปได้

นอกจากนี้ผู้มีรสนิยมทางเพศชื่นชอบเด็ก (paedophile) อาจจะนำสื่อลามกเด็กที่อยู่บนอินเทอร์เน็ต (หรืออยู่ในสื่อรูปแบบอื่นๆ) ส่งทางอีเมลล์หรือช่องทางสื่อสารอื่นๆ ไปให้เด็กที่เป็นเป้าหมายของการล่วงละเมิดทางเพศของตนดูเพื่อโน้มน้าวชักจูงล่อลวงให้เด็กผู้นั้นเข้าใจผิดว่าพฤติกรรมล่วงละเมิดเพศที่ปรากฏอยู่ในสื่อลามกเด็กเป็นกิจกรรมทั่วไปที่เด็กปกติทำกัน การชักจูงโน้มน้าวเช่นนี้มีศัพท์เฉพาะเรียกว่า grooming ซึ่งถือเป็นขั้นตอนแรกๆที่ผู้มีรสนิยมทางเพศชื่นชอบเด็กมักใช้เป็นการเบี่ยงทางเพื่อนัดเจอเด็กผู้เป็นเหยื่ออันจะนำไปสู่การล่วงละเมิดทางเพศต่อในท้ายที่สุด<sup>17</sup> และการล่วงละเมิดทางเพศดังกล่าวอาจถูกบันทึกไว้เป็นสื่อลามกเด็กเพื่อใช้ข่มขู่เด็ก จำหน่าย หรือเผยแพร่ต่อไปได้อีก

ประการต่อมาผู้มีรสนิยมทางเพศชื่นชอบเด็กจำนวนมากไม่น้อยที่นิยมสะสมและแลกเปลี่ยนภาพหรือคลิปวิดีโอลามกเด็กผ่านทางอินเทอร์เน็ต (ซึ่งทำได้อย่างสะดวกและง่ายดาย) สร้างเป็นเครือข่ายระหว่างผู้สะสมภาพด้วยกัน<sup>18</sup> และยังใช้เป็นแหล่งข้อมูลสำหรับการหลบเลี่ยงกฎหมายอีกด้วย ที่สำคัญเครือข่ายเหล่านี้เป็นแหล่งอุปสงค์ที่สร้างรายได้ให้แก่ผู้ผลิตสื่อลามกเด็กจำนวนมาก วงจรอุปสงค์อุปทานนี้อาจนำไปสู่การเพิ่มจำนวนของเด็กที่ถูกล่อลวงเพื่อนำมาผลิตสื่อลามก

<sup>16</sup> จอมพล พิทักษ์สันตโยธิน, 'ความผิดฐานครอบครองสื่อลามกเด็กในระบบคอมพิวเตอร์ตามกฎหมายอังกฤษ', *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนครสวรรค์ ปีที่ 2 ฉบับที่ 1 2551-2552*, หน้า 14-15

<sup>17</sup> เรื่องเดียวกัน หน้า 15-16

<sup>18</sup> เรื่องเดียวกัน หน้า 15

เด็กป้อนตลาดอันเป็นภัยร้ายแรงต่อเด็กคนอื่น ด้วยเหตุนี้หลายประเทศจึงบัญญัติกฎหมายสื่อลามกเด็กไว้เฉพาะ ซึ่งบางประเทศกำหนดโทษทางอาญาแก่การผลิต จำหน่าย หรือเผยแพร่เท่านั้น และในบางประเทศบัญญัติกฎหมายเพิ่มเติม คือ กำหนดให้การมีสื่อลามกเด็กไว้ในครอบครองแม้เพื่อการส่วนตัวก็ตาม (คือไม่ได้มีเจตนาเผยแพร่) เป็นความผิดทั้งนี้ก็เพื่อคุ้มครองเด็กให้มากยิ่งขึ้นไปอีก เป็นการลดอุปสงค์ของสื่อลามกเด็กลงและป้องกันไม่ให้มีการก่อตัวของเครือข่ายของผู้นิยมสื่อลามกเด็กบนอินเทอร์เน็ต

## 2. ประเด็นปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายสื่อลามกเด็ก

อย่างที่กล่าวไว้ในตอนต้นว่า มาตรา 25 ของ ร่าง พ.ร.บ. คอมฯ 2554 บัญญัติให้การมีไว้ในครอบครองซึ่งสื่อลามกเด็ก เป็นความผิดอาญาเฉพาะ ซึ่งน่าสังเกตว่า มาตรา 25 นี้พยายามที่จะขยายขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายให้ครอบคลุมเข้มงวดกว่าความผิดตาม มาตรา 14 ของ ร่าง พ.ร.บ. คอมฯ 2546 ซึ่งครอบคลุมเฉพาะผู้เผยแพร่สื่อลามกเด็กทางอินเทอร์เน็ตเท่านั้น แต่จะไม่รวมถึงผู้ผลิต หรือผู้ครอบครอง สื่อลามกเด็ก (เช่น เก็บเป็นไฟล์ไว้ในเครื่องคอมพิวเตอร์) เพื่อการชมส่วนตัว หรือเพื่อเตรียมการเผยแพร่แต่ยังไม่ได้มีการเผยแพร่ ช่องว่างของกฎหมายตรงนี้อาจทำให้มีผู้ฉวยโอกาสล่วงละเมิดหรือแสวงหาประโยชน์ทางเพศต่อเด็กต่อไปโดยไม่ต้องเกรงกลัวกฎหมายตราบาใดที่ยังไม่มีการเผยแพร่สื่อลามกเด็กสู่สาธารณะ ดังนั้นการบัญญัติให้การครอบครองสื่อลามกเด็กในทุกกรณีเป็นความผิดจึงมีขอบเขตกว้างครอบคลุมทั้งกรณีการผลิต (เพราะเมื่อผลิตสื่อลามกเด็กเสร็จผู้ผลิตย่อมต้องเก็บสื่อที่บันทึกการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กนั้นอยู่แล้วโดยธรรมชาติ) การเผยแพร่ (ผู้เผยแพร่ต้องมีสื่อลามกเด็กในครอบครองอยู่แล้วจึงจะสามารถเผยแพร่สื่อลามกเด็กได้) และการครอบครองไม่ว่ากรณีใด (เพราะเป็นการยากที่จะรู้ว่าผู้ครอบครองจะเผยแพร่สื่อลามกเด็กเมื่อใด และถึงแม้จะเก็บไว้ชมส่วนตัวก็ไม่อาจแน่ใจได้ว่าผู้นั้นจะไม่ใช้สื่อลามกเด็กเป็นเครื่องมือในการชักจูงเด็กเพื่อการล่วงละเมิดทางเพศ และการที่ปล่อยให้ผู้ครอบครองได้เท่ากับว่ายังคงมีอุปสงค์ในสื่อลามกเด็กอยู่ ซึ่งหมายความว่ายังมีผู้ผลิตสื่อลามกเด็กเพื่อป้อนตลาดอยู่ต่อไป)

ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าความพยายามในการบัญญัติให้การมีสื่อลามกเด็กไว้ในครอบครองเป็นความผิดเป็นแนวทางที่น่าชื่นชมและสนับสนุน ทั้งนี้ถือได้ว่าภาครัฐของไทยเลือกที่จะให้การปกป้องคุ้มครองสูงสุดแก่เด็กอันเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับหลายประเทศที่มีความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีและมีผู้ใช้อินเทอร์เน็ตจำนวนมาก ดังเช่น อังกฤษ เยอรมัน ฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกา แคนาดา ออสเตรเลีย และ เกาหลีใต้ นอกจากนี้ยังเป็น การดำเนินการทางนิติบัญญัติที่สอดคล้องกับหลักการในการวางแนวทางเพื่อการจัดการกับปัญหาสื่อลามกเด็กบนอินเทอร์เน็ตในกรอบความร่วมมือระหว่างประเทศ ข้อ 9 ของ Convention on Cybercrime<sup>19</sup> ซึ่งจัดทำขึ้นโดย Council of Europe<sup>20</sup> (ซึ่งประเทศไทยก็ถือเอา Convention on Cybercrime เป็นส่วนหนึ่งของต้นแบบในการร่างกฎหมายเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ของตนเอง) อีกด้วย

<sup>19</sup> ข้อ 9 ของ Convention on Cybercrime กำหนดให้ประเทศสมาชิกของสนธิสัญญาทุกประเทศต้องบัญญัติกฎหมายภายในเพื่อ กำหนดให้ การผลิตเพื่อการเผยแพร่ การเสนอหรือทำให้มีขึ้น การเผยแพร่สื่อลามกเด็กทางอินเทอร์เน็ตเป็นความผิดอาญา อย่างไรก็ตาม

อย่างไรก็ตามการบัญญัติกฎหมายฐานความผิดมีสื่อลามกเด็กไว้ในครอบครองมีประเด็นกฎหมายที่มีรายละเอียดและซับซ้อนในตัวเอง จำเป็นอย่างยิ่งที่ผู้ร่างกฎหมายต้องทำความเข้าใจประเด็นต่างๆให้ถ่องแท้ คิดให้รอบคอบ และผู้บังคับใช้กฎหมายต้องเตรียมแนวทางที่ชัดเจนสำหรับการตีความในประเด็นกฎหมายต่างๆเหล่านี้ ซึ่งเมื่อดูข้อความสั้นๆที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 25 ของ ร่าง พ.ร.บ. คอมฯ 2554 อาจกล่าวได้ว่ามาตรานี้ยังขาดความชัดเจนเพียงพอในฐานะที่เป็นบทบัญญัติที่มีโทษอาญา สะท้อนให้เห็นว่าผู้ร่างกฎหมายอาจขาดความเข้าใจที่แท้จริงเกี่ยวกับประเด็นเรื่องความผิดฐานการมีสื่อลามกเด็กไว้ในครอบครองโดยเฉพาะอย่างยิ่งในบริบทของอินเทอร์เน็ตและคอมพิวเตอร์ และยังคงมองข้ามประเด็นกฎหมายสำคัญของความผิดฐานนี้ไปอย่างน่าวิตก

ประเด็นแรก คือ ถ้อยคำ “ข้อมูลคอมพิวเตอร์ซึ่งมีลักษณะอันลามกที่เกี่ยวข้องกับเด็กหรือเยาวชน” คำว่า “ข้อมูลคอมพิวเตอร์” อาจไม่เป็นปัญหาเท่าไรเพราะมีบทนิยามไว้ใน มาตรา 3 พ.ร.บ.คอมฯ 2550 แต่ปัญหาหลักจะอยู่ที่ตัวบทบัญญัติเองไม่ได้กำหนดคำนิยามของคำว่า “ลักษณะลามก” และ “เด็กและเยาวชน” ทำให้เกิดปัญหาว่าอย่างไรจึงจะถือว่ามามีลักษณะลามก จะให้ถือตามแนวคำพิพากษาฎีกาในเรื่องสื่อลามกตาม มาตรา 287 ประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่ (คือ เป็นภาพเปลือยการ มีลักษณะอุจาดตา หรือ ช่วยให้เกิดอารมณ์ทางเพศ และไม่มีคุณค่าทางศิลปะ)<sup>21</sup> หรือ “ลักษณะลามก” ในกรณีของสื่อลามกเด็กจะมีการตีความที่แตกต่างออกไป ภาพเปลือยของเด็กอาจมองเป็นภาพที่น่ารัก น่าเอ็นดู ไม่เข้าข่ายภาพอุจาดหรือก่อให้เกิดอารมณ์ทางเพศใดๆ ก็ได้ ภาพถ่ายเด็กเล็กแก้ผ้าอาบน้ำที่ถ่ายโดยพ่อแม่ ภาพโฆษณาเด็กใส่ชุดว่ายน้ำหรือชุดชั้นใน หรือภาพเด็กที่ใส่ชุดปกติแต่มีการทำท่าทางขยุ้มทางเพศถือว่าลามกด้วยหรือไม่ เพราะสำหรับผู้มีรสนิยมทางเพศเช่นชอบเด็กแม้ภาพเด็กที่ไม่เปลือยหมดก็อาจก่อให้เกิดอารมณ์ทางเพศได้ หรือ คำว่า “ลักษณะลามก” จะหมายถึงภาพเด็กที่มีกิจกรรมทางเพศเพียงอย่างเดียว

นอกจากนี้คำว่า “เด็กและเยาวชน” ในมาตรา 14 ร่าง พ.ร.บ. คอมฯ 2546 บัญญัติไว้ชัดเจนว่า ห้ามเผยแพร่ภาพลามกของบุคคลที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี แต่ มาตรา 25 ร่าง พ.ร.บ. คอมฯ 2554 ไม่ได้มีการกำหนดช่วงอายุของ “เด็กและเยาวชน” ไว้ คำถามคือ “เด็กและเยาวชน” ในที่นี้จะหมายถึงบุคคลที่มีช่วงอายุเท่าใดถึงเท่าใด จะถือเอาตามช่วงอายุที่บัญญัติไว้ในกฎหมายอื่น เช่น มาตรา 4 ของพ.ร.บ.ศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว 2553 ที่กำหนดว่า “เด็ก” คือ ผู้ที่อายุยังไม่ถึง 15 ปี และ “เยาวชน” คือ ผู้ที่อายุเกิน 15 ปี แต่ยังไม่ถึง 18 ปี หรือ มาตรา 4 ของ พ.ร.บ.คุ้มครองเด็กที่บัญญัติว่า “เด็ก” หมายถึง บุคคลซึ่งอายุต่ำกว่า 18 ปี แต่ไม่รวมถึงผู้บรรลุนิติภาวะโดยการสมรส (เช่นนี้จะ

---

Convention on Cybercrime อนุญาตให้ประเทศสมาชิกเลือกที่จะบัญญัติกฎหมายกำหนดให้การมีสื่อลามกเด็กไว้ในครอบครองเป็นความผิดหรือไม่ก็ได้

<sup>20</sup> Council of Europe (CoE) ซึ่งเป็นองค์กรระหว่างประเทศองค์กรหนึ่งแยกต่างหากจาก European Union (EU) มีเอกสารบางฉบับกล่าวว่า European Convention on Cybercrime เป็นของ EU ซึ่งเป็นความเข้าใจที่ไม่ถูกต้อง

<sup>21</sup> โปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 3510/2531, 6301/2533, 3213/2528, 642/2529, 2136/2531, 2128/2533, 7416/2537, 4578/2539, 1744/2544, 1552/2546, 2540/2551, 2641/2531, 978/2492 และ 1223/2508

ทำให้มีแต่กรณีสื่อลามกเด็ก แต่ไม่มีสื่อลามกเยาวชน) หรือกฎหมายอื่นใด ประเด็นเหล่านี้ผู้ร่างกฎหมายต้องพิจารณาให้รอบคอบและบัญญัติให้ชัดเจน

ประเด็นที่สอง หากจะให้อธิบายว่า “เด็กและเยาวชน” หมายถึงผู้มีอายุไม่เกิน 18 ปี ปัญหายังอาจเกิดขึ้นอีกในกรณีของกลุ่มสมรสรั้นเยาว์ กล่าวคือ มาตรา 20 และ 1448 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อนุญาตให้ผู้มีอายุต่ำกว่า 18 ปีทำการสมรสได้ และเมื่อสมรสแล้วให้อธิบายเป็นผู้บรรลุนิติภาวะ แต่หากเด็กชายหญิงคนหนึ่งอายุ 15 ปีทำการสมรสกันโดยอาศัยอำนาจมาตรา 1448 (มีเหตุอันควรและศาลอนุญาต) ผลทางกฎหมายคือ เด็กชายหญิงผู้นี้กลายเป็นผู้บรรลุนิติภาวะ คือไม่มีสถานะความเป็นเด็กในทางกฎหมายแล้ว แต่อายุตามความเป็นจริงยังคง 15 ปี ถ้าชายหญิงผู้นี้ถ่ายภาพหรือคลิปวิดีโอที่ตนเองเปลือยขั้วอวัยวะทางเพศ หรือ กิจกรรมทางเพศของตนเก็บไว้ ภาพหรือคลิปวิดีโอดังกล่าวจะถือเป็น “สื่อลามกเด็ก (หรือ เยาวชน)” หรือไม่ และ หากกลุ่มสมรสรั้นเยาว์ต้องมีความผิดตามกฎหมายนี้ จะถูกต้องตามเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมาย ที่มุ่งคุ้มครองไม่ให้มีการล่วงละเมิดทางเพศเกิดขึ้นกับเด็ก นอกจากนี้จะถือว่าเป็นการที่รัฐเข้าไปแทรกแซงกิจกรรมหรือความสัมพันธ์ทางเพศที่ชอบด้วยกฎหมายของกลุ่มสมรสเกินความจำเป็นหรือไม่

ประเด็นที่สาม ในปัจจุบันเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ก้าวหน้าไปมาก ทำให้อาจมีผู้สร้างภาพลามกเด็กที่เป็นคอมพิวเตอร์กราฟฟิคล้วนๆ (computer-generated photograph) หรือ ใช้โปรแกรมดังกล่าวตัดต่อตกแต่งเอาภาพใบหน้าเด็กมาแปะลงบนภาพร่างเปลือยของผู้ใหญ่ที่มีกิจกรรมทางเพศอยู่ (morphing) หรือภาพการ์ตูนลามกเด็ก กรณีเหล่านี้เป็นเพียงสิ่งเสมือนภาพถ่าย (pseudo-photograph) หรือ สื่อลามกเด็กเสมือนจริง (virtual child pornography) หรือการ์ตูนไม่ใช่ภาพที่ได้จากการล่วงละเมิดทางเพศเด็กจริงๆ จึงไม่มีความเสียหายหรืออันตรายเกิดขึ้นกับเด็ก<sup>22</sup> คำถามคือ มาตรา 25 ร่าง พ.ร.บ. คอมฯ 2554 จะถือว่าภาพเสมือนจริงเหล่านี้เป็นสื่อลามกเด็กด้วยหรือไม่ และถ้าถือว่าเป็นสื่อลามกเด็ก ประเด็นที่น่าคิดต่อมาเนื่องจากการสร้างภาพเหล่านี้ไม่ทำให้เด็กจริงๆ ได้รับความเสียหาย มาตรา 25 ร่าง พ.ร.บ. คอมฯ 2554 ก็อาจขาดเหตุผลพื้นฐานในการห้ามภาพเสมือนจริงเหล่านี้<sup>23</sup>

นอกจากนี้ กรณีที่ผู้มีอายุเกิน 18 ปีแล้วแต่หน้าตาอ่อนวัยและแต่งตัวจนคนดูเข้าใจผิดว่าอายุน้อยกว่า 18 ปี สื่อลามกที่มีนักแสดงหน้าอ่อนวัยนี้จะถือว่าเป็นสื่อลามกเด็กด้วยหรือไม่ หากถือว่าเป็นภาพลามกเด็ก ก็จะเกิดคำถามว่าการบังคับกฎหมายสื่อลามกเด็กไม่ได้เป็นไปเพื่อคุ้มครองเด็กแต่อย่างใด

<sup>22</sup> ยกเว้นกรณีตัดต่อภาพ อาจก่อให้เกิดความเสียหายทางจิตใจกับเด็กที่ดูตัดต่อภาพได้

<sup>23</sup> อย่างไรก็ตาม มีแนวคิดที่ว่าถึงแม้จะเป็นภาพเสมือนจริง และไม่มีเด็กจริงๆ เสียหาย แต่ภาพเหล่านี้สามารถนำมาใช้เพื่อการล่อลวงเด็กไปล่วงละเมิดทางเพศได้ ดังนั้นรัฐจึงควรกำหนดให้ภาพเสมือนจริงเหล่านี้ผิดกฎหมายด้วย โปรดดู Akdeniz, Y., *Internet Child Pornography and the Law : National and International Responses*, (Ashgate Publishing, Aldershot, 2008), หน้า 21-24



ประเด็นที่สี่ เกี่ยวกับการปัญหาทางกฎหมายเรื่องการ “ครอบครอง” ในบริบทของอินเทอร์เน็ตและคอมพิวเตอร์ การครอบครองจะหมายความว่าอย่างไร จะหมายถึงเฉพาะการมีไฟล์สื่อลามกเด็กเก็บไว้ในฮาร์ดดิสก์ (Harddisk) ของเครื่องคอมพิวเตอร์ หรือรวมถึงไฟล์ที่เก็บไว้ในหน่วยความจำเคลื่อนที่ได้ (portable storage devices) เช่น แผ่น CD/DVD แสตนดี้ไดรฟ์ (Handydrive) เครื่องเล่น MP3 หรือ โทรศัพท์เคลื่อนที่ที่เก็บข้อมูลได้ หรืออย่างไร นอกจากนี้ยังมีประเด็นกฎหมายในเรื่องของ แคชไฟล์ (cache file) กล่าวคือเมื่อมีการใช้ เบราเซอร์ (Browser) เพื่อเข้าชมเว็บไซต์ (Website) ต่างๆ ในอินเทอร์เน็ต เบราเซอร์ก็จะสร้างไฟล์เล็กๆที่เรียกว่า “แคช” เก็บไว้โดยอัตโนมัติ ซึ่งหากผู้ใช้อินเทอร์เน็ตเข้าชมเว็บไซต์ลามกเด็กแม้ไม่ได้มีการเซฟภาพเหล่านั้นลงในฮาร์ดดิสก์ เบราเซอร์ก็จะมีกระบวนการบันทึกภาพลามกเด็กในรูปแบบของแคชไฟล์ ปัญหาคือการที่มีแคชไฟล์สื่อลามกเด็กในเครื่องคอมพิวเตอร์จะถือเป็นการครอบครองด้วยหรือไม่ หากผู้ใช้อินเทอร์เน็ตนั้นไม่ทราบว่าเบราเซอร์ของตนมีการเก็บแคชไฟล์ผลทางกฎหมายจะเป็นอย่างไร ในทางตรงกันข้ามถ้าผู้ใช้อินเทอร์เน็ตทราบว่ามีการเก็บแคชไฟล์ไว้ในเครื่องจะถือว่ามีครอบครองหรือไม่

ประเด็นที่น่าสนใจต่อมา คือ กรณีที่ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตดาวน์โหลด (download) ภาพลามกเด็กมาไว้ในเครื่องคอมพิวเตอร์ของตนแต่เก็บไว้ไม่นานก็ลบไฟล์ภาพลามกเด็กดังกล่าวทิ้งไปหมด ต่อมาคอมพิวเตอร์เสียจึงนำไปซ่อม ในการซ่อมช่างคอมพิวเตอร์ต้องใช้โปรแกรมในการดึงข้อมูลกลับมา ปรากฏว่าเมื่อดึงข้อมูลกลับมาช่างพบว่าคอมพิวเตอร์เครื่องนี้มีภาพลามกเด็กอยู่จึงได้แจ้งตำรวจ ในกรณีไฟล์สื่อลามกเด็กที่ถูกลบไปแล้วแต่มีการกู้กลับคืนมาจะถือว่าผู้ลบไฟล์ไปแล้วมีการครอบครองอยู่หรือไม่ และประเด็นที่น่าคิดท้ายสุด คือ กรณีผู้ใช้อินเทอร์เน็ตไม่ได้ตั้งใจเข้าไปดูเว็บไซต์สื่อลามกเด็ก แต่บังเอิญเข้าเว็บไซต์ที่ตนไม่รู้มาก่อนว่ามีภาพสื่อลามกเด็ก หรือ เข้าเว็บไซต์อื่นๆแต่มีโฆษณา pop-up ที่มีภาพลามกเด็กขึ้นมาเอง เช่นนี้จะถือว่าผู้ใช้อินเทอร์เน็ตรายนี้ครอบครองหรือไม่

ประเด็นสุดท้าย เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความซ้ำซ้อนของกฎหมาย หากร่างพ.ร.บ. คอมฯ 2554 ผ่านการพิจารณาจากสภาผู้แทนราษฎรประกาศใช้เป็นกฎหมาย และ ร่างพ.ร.บ.ป้องกันและปราบปรามสิ่งชั่วร้ายผิดกฎหมายซึ่งมีบทบัญญัติห้ามการครอบครองสื่อลามกเด็ก ผ่านการพิจารณากลายเป็นกฎหมายเช่นกัน ก็อาจเกิดปัญหาการซ้ำซ้อนกันของกฎหมายสองฉบับในประเด็นเดียวกัน กล่าวคือ มาตรา 25 ของร่าง พ.ร.บ. คอมฯ 2554 บัญญัติให้การมีไว้ในครอบครองสื่อลามกเด็ก (ผู้มีอายุต่ำกว่า 18 ปี) ไม่ว่าจะเพื่อการใด (รวมถึง เพื่อการจ่ายแจก แสดงอวด หรือ เผยแพร่) เป็นความผิด ในขณะที่มาตรา 18 ของ ร่าง พ.ร.บ.ป้องกันและปราบปรามสิ่งชั่วร้ายผิดกฎหมายก็กำหนดให้การมีไว้ในครอบครองเพื่อการจ่ายแจกจ่าย แสดงอวด หรือเผยแพร่ซึ่งสื่อลามกเด็ก (ที่ผู้แสดงอายุต่ำกว่า 15 ปี) เป็นความผิดเช่นกัน

การมีสื่อลามกเด็กที่ผู้แสดงอายุต่ำกว่า 15 ปีไว้ในครอบครองเพื่อการจ่ายแจก แสดงอวด หรือ เผยแพร่ย่อมเป็นความผิดทั้งตาม มาตรา 25 ของร่าง พ.ร.บ. คอมฯ 2554 และตามมาตรา 18 ของ ร่าง พ.ร.บ.ป้องกันและปราบปรามสิ่งชั่วร้ายผิดกฎหมาย

อันตราย จริงอยู่ในทางปฏิบัติศาลอาจลงโทษจำเลยด้วยบทลงโทษที่หนักที่สุด<sup>24</sup> คือ ตามมาตรา 18 ของ ร่าง พ.ร.บ. ป้องกันและปราบปรามสิ่งชั่วพหุพฤติกรรมอันตรายที่กำหนดโทษจำคุกไว้ 3 ถึง 7 ปี ปรับ 300,000 ถึง 700,000 บาท (ในขณะที่ มาตรา 25 ของร่าง พ.ร.บ. คอมฯ 2554 กำหนดโทษจำคุกไว้ไม่เกิน 6 ปี ปรับไม่เกิน 200,000 บาท) แต่คำถามคือ ประเทศไทยมีความจำเป็นหรือไม่ที่จะต้องให้มีกฎหมายซ้ำซ้อนในประเด็นเดียวกันเช่นนี้ คำถามต่อมาคือหากเราต้องการให้มีกฎหมายในเรื่องนี้เพียงฉบับเดียว ควรจะพิจารณาตัด มาตรา 25 ของร่าง พ.ร.บ. คอมฯ 2554 หรือ มาตรา 18 ของ ร่าง พ.ร.บ.ป้องกันและปราบปรามสิ่งชั่วพหุพฤติกรรมอันตราย ออก ซึ่งเป็นเรื่องที่ผู้ร่างกฎหมายต้องขบคิดพิจารณาให้ ถัดวันต่อไป

---

<sup>24</sup> มาตรา 90 ประมวลกฎหมายอาญา