

มาตรการทางอาญาในการป้องกันเด็กและเยาวชนจากการถูกล่อลวงในทางเพศโดยอาศัย
อินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ



นางสาวสุพัตรา สถิตย์จันทร์กุล

ศูนย์วิทยพัทยากร

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต


สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2552

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CRIMINAL MEASURES TO PREVENT CHILDREN AND JUVENILE FROM SEXUAL
GROOMING THROUGH THE INTERNET OR OTHER ELECTRONICS
COMMUNICATIONS



Miss Supattra Stitchantrakul

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws
Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2009

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

มาตรการทางอาญาในการป้องกันเด็กและเยาวชนจากการ
ถูกล่อลวงในทางเพศโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสาร
ทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ

โดย

นางสาวสุพัตรา สถิตยจันทร์ภากุล

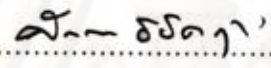
สาขาวิชา

นิติศาสตร์

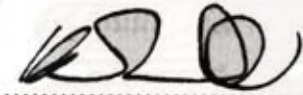
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์

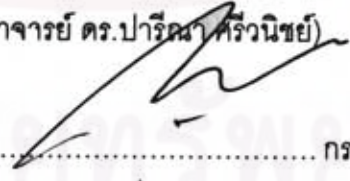
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้บัณฑิตวิทยาลัยรับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทนิติศาสตร์


..... คณบดีคณะนิติศาสตร์
(รองศาสตราจารย์ ดร.ศักดิ์ รัตนกุล)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์


..... ประธานกรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร.อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ)


..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)


..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(พันตำรวจเอก ญาณพล ยั่งยืน)

ศูนย์วิจัยและพัฒนาการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

สุพัตรา สถิตยจันทรากุล : มาตรการทางอาญาในการป้องกันเด็กและเยาวชนจากการถูกล่อลวงในทางเพศโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ. (CRIMINAL MEASURES TO PREVENT CHILDREN AND JUVENILE FROM SEXUAL GROOMING THROUGH THE INTERNET OR OTHER ELECTRONICS COMMUNICATIONS) อ. ที่ปริกษาวิทยานิพนธ์หลัก :

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวนิชย์, 212 หน้า.

การล่อลวงเด็กและเยาวชนในทางเพศโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ เป็นอาชญากรรมทางอินเทอร์เน็ตที่เกี่ยวกับความรุนแรงต่อเด็ก ซึ่งกำลังเกิดขึ้นอย่างแพร่หลายในปัจจุบัน ก่อให้เกิดความเสียหายต่อตัวเด็ก ค่านิยม แนวคิด และพัฒนาการของเด็ก และรวมถึงสภาพสังคม แต่บทบัญญัติของกฎหมายไทยมีข้อจำกัดหลายประการในการนำกฎหมายมาบังคับใช้กับกรณีดังกล่าว อีกทั้งยังมีผลทำให้เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายไม่มีเครื่องมือในการป้องกันเด็กและเยาวชนจากการถูกละเมิดทางเพศได้

จากการศึกษาพบว่าความผิดฐานสำคัญที่สามารถนำมาปรับใช้กับการกระทำผิดกรณีล่อลวงทางเพศโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ คือ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐานกระทำอนาจาร ซึ่งล้วนแล้วแต่ต้องมีการกระทำที่เป็นความผิดสำเร็จทั้งสิ้น จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นฐานความผิดไว้โดยเฉพาะ และเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการป้องกันเด็กและเยาวชนจากการถูกล่อลวงในทางเพศดังกล่าวจึงมีความจำเป็นที่จะต้องนำมาตรการอื่นมาใช้ประกอบกันด้วย ไม่ว่าจะเป็นการส่งเสริมให้เกิดความร่วมมือในระหว่างประเทศ หรือการตั้งหน่วยงานที่ดูแลและตรวจสอบการใช้อินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ที่นำไปสู่การละเมิดทางเพศต่อเด็กและเยาวชนไว้โดยเฉพาะ ทั้งนี้ผู้เขียนได้สรุปผลการวิจัยเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวข้างต้น พร้อมทั้งเสนอแนะแนวทางที่ควรจะเป็นในการแก้ปัญหาการล่อลวงในทางเพศดังกล่าวไว้ด้วย

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์..... ลายมือชื่อนิติศ..... *อรุณ อภิธรรม*
ปีการศึกษา.....2552..... ลายมือชื่อ.ที่ปริกษาวิทยานิพนธ์หลัก..... *อรุณ*

5086043634 : MAJOR LAWS

KEYWORDS : SEXUAL GROOMING / INTERNET / ELECTRONICS COMMUNICATIONS

SUPATTRA STITCHANTRAKUL : CRIMINAL MEASURES TO PREVENT CHILDREN AND JUVENILE FROM SEXUAL GROOMING THROUGH THE INTERNET OR OTHER ELECTRONICS COMMUNICATIONS. THESIS
ADVISOR : ASST. PROF. PAREENA SRIVANIT, PH.D., 212 pp.

At present, children and juvenile sexual grooming through the internet or other electronics communication, internet crime which is violence against children, is worsening and this affects the child who is victimized both bodily and mentally and our society. As for Thailand, applicable provisions have many restrictions which cause enforcement obstacles. Moreover, because of that restrictions caused law enforcement authority have no tools to prevent children and juvenile from sexual abuse either.

From the research, the considerable counts which could applied to sexual grooming through the internet or other electronics communication offence are offences of rape and offences of committing indecent act. However, both offences, substantive offence is needed. Consequently, in Thailand enactment of a specific law regulating against sexual grooming through the internet or other electronics communications is needed. Besides, to prevent children and juvenile from being sexual groomed more effective, other measures should be considered as well, such as encouraging international collaboration, or even establishing any authority to control and examine internet usage or electronics communication that would lead to sexual grooming. However, author summarized outcome of law issues as mentioned and also suggested the solution in order to resolve sexual grooming problems in this research.

Field of Study : Laws

Student's Signature *Supattra Stitchantrakul*

Academic Year : 2009

Advisor's Signature *Pareena Srivanit*

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยความกรุณาอย่างยิ่งของผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์ ที่ได้สละเวลาอันมีค่ารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ โดยตลอดระยะเวลาในการทำวิทยานิพนธ์ ท่านได้ให้คำปรึกษาและคำแนะนำอันเป็นประโยชน์ยิ่งในการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ รวมทั้งกรุณาช่วยตรวจทาน แก้ไข เนื้อหาวิทยานิพนธ์ ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณท่านเป็นอย่างสูงไว้ ณ โอกาสนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ดร.อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ ประธานกรรมการวิทยานิพนธ์ และอาจารย์ผู้เป็นที่เคารพอย่างยิ่งของผู้เขียน ขอกราบขอบพระคุณ พันตำรวจเอก ญาณพล ยั่งยืน ที่ได้สละเวลาอันมีค่าของท่านรับเป็นกรรมการวิทยานิพนธ์ ซึ่งทุกท่านได้กรุณาให้คำแนะนำ รวมทั้งได้ชี้แนะประเด็นอันเป็นประโยชน์ยิ่งต่อการทำวิทยานิพนธ์ ตลอดจนให้คำแนะนำแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงเนื้อหาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นอย่างดีตลอดมา

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ คุณพ่อ คุณแม่ พี่ของผู้เขียน สำหรับความรักความห่วงใยที่มีให้ผู้เขียนเสมอมา รวมทั้งช่วยเป็นกำลังใจ ให้ทุนทรัพย์ และเคียงเคียง จนกระทั่งผู้เขียนสามารถทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ผู้บังคับบัญชาของผู้เขียนที่สำนักงานพระพุทธศาสนาแห่งชาติ ซึ่งอนุญาตให้ผู้เขียนลาศึกษาต่อได้ จนกระทั่งสำเร็จการศึกษา และเพื่อนๆ พี่ๆ น้องๆ ที่ให้ความช่วยเหลือและคำแนะนำต่างๆ ในการทำวิทยานิพนธ์ ทุกท่านที่ไม่สามารถเอ่ยนามได้ครบถ้วนในที่นี้ที่คอยถามไถ่ความคืบหน้าในการทำวิทยานิพนธ์ และคอยเป็นกำลังใจในการทำวิทยานิพนธ์แก่ผู้เขียนเสมอมา

ท้ายนี้ หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณค่าและประโยชน์ประการใดแล้ว ผู้เขียนขอกราบเป็นกตเวทิตูคุณ แก่บิดามารดา คณาจารย์ และผู้มีพระคุณทุกท่าน ที่ได้มีส่วนเกื้อกูลเสริมสร้างรากฐานที่สำคัญที่สุดสำหรับผู้เขียน แต่หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความบกพร่องประการใดแล้ว ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

สารบัญ

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช

บทที่ 1 บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 สมมติฐานของการวิจัย.....	5
1.3 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	5
1.4 ขอบเขตของการวิจัย.....	6
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	6
1.6 วิธีดำเนินการวิจัย.....	7

บทที่ 2 แนวคิดและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการล่อลวงทางเพศโดยอินเทอร์เน็ต

2.1 การล่อลวงเด็กและเยาวชนทางเพศโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ.....	8
2.1.1 ความหมายของการล่อลวงทางอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์.....	8
2.1.2 ลักษณะและประเภทของการล่อลวงทางอินเทอร์เน็ต.....	17
2.1.2.1 วิธีการล่อลวงทางอินเทอร์เน็ต.....	25
2.1.2.2 ตัวอย่างคดีการล่อลวงทางอินเทอร์เน็ต.....	26
2.1.2.3 สถิติเกี่ยวกับการล่อลวงทางอินเทอร์เน็ต.....	29
2.2 แนวคิดในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกล่อลวงทางอินเทอร์เน็ต.....	34
2.2.1 อนุสัญญาสิทธิเด็ก (United Nation Convention on the Rights of the Child 1989).....	34
2.2.2 Convention on the Protection of children against sexual exploitation and sexual abuse.....	36
2.2.3 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550.....	38

สารบัญ (ต่อ)

2.3 กฎหมายไทยที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดฐานล่อลวงเด็กและเยาวชนโดยอาศัย อินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ.....	39
2.3.1 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546.....	40
2.3.2 ประมวลกฎหมายอาญา	
2.3.2.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา.....	41
2.3.2.2 ความผิดฐานกระทำอนาจาร.....	42
2.3.2.3 ความผิดฐานพรากผู้เยาว์.....	44
2.3.3 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550	
2.3.3.1 ความผิดของผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสาร ทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยกระทำการอันเป็นการนำเข้า สู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามก.....	45
2.3.3.2 ความผิดของผู้ให้บริการการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ ที่จงใจสนับสนุนหรือยินยอมให้มีการกระทำความผิด ในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตน.....	47
2.4 กฎหมายประเทศอังกฤษที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดฐานล่อลวงเด็กและเยาวชน โดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ.....	51
2.4.1 The Children Act 1989.....	51
2.4.2 The Protection of Children Act 1999.....	52
2.4.3 The Sex Offender Act 1997.....	52
2.4.3.1 ความผิดฐานพยายามกระทำความผิดทางเพศ (Attempt to commit a sex crime).....	55
2.4.3.2 ความผิดฐานพรากเด็ก (child abduction).....	59
2.4.3.3 การให้เด็กดูการกระทำทางเพศ และรวมถึง การให้เด็กดูภาพหรือภาพที่แสดงถึงการเลียนแบบ การมีกิจกรรมทางเพศ.....	60
2.4.4 มาตรการอื่นๆ ที่ใช้ในการป้องกันและปราบปรามการล่อลวงเด็กและ เยาวชนจากการล่อลวงทางเพศโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทาง อิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ.....	63

สารบัญ (ต่อ)

2.4.4.1 Pro Activity.....	63
2.4.4.2 Risk of sexual harm orders (RSHO).....	65
2.5 กฎหมายประเทศออสเตรเลียที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดฐานล่อลวงเด็กและ เยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ.....	67
2.5.1 Crimes Act 1900 (ACT).....	70
2.5.2 Criminal Code Act 1899 (Qld).....	71
2.5.3 Commonwealth Criminal Code.....	75
2.5.4 South Australian Criminal Law Consolidation Act	81
2.5.5 Tasmanian Criminal Code Act 1924.....	84
2.5.6 Western Australian Criminal Code.....	87
2.5.7 Victorian Criminal Act 1958.....	89
2.5.8 Northern Territory Criminal Code Act.....	90
2.6 ประเทศสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดฐานล่อลวงเด็กและเยาวชน โดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ.....	91
2.6.1 Communication Decency Act.....	92
2.6.2 Child Online Protection Act.....	92
2.6.3 Children's Internet Protection Act.....	93
2.6.4 Deleting Online Predator Act.....	94
2.6.5 Adam Walsh Child Protection and Safety Act of 2006.....	94
2.6.6 Stop the Online Exploitation of Our Children Act of 2006.....	95
2.6.7 Keeping the Internet Devoid of Sexual Predators Act of 2007 (KIDS Act).....	95
2.6.8 United States Code.....	95
บทที่ 3 วิเคราะห์เปรียบเทียบสภาพปัญหาและประเด็นกฎหมายในส่วนกฎหมายสารบัญญัติ เกี่ยวกับการล่อลวงเด็กและเยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทาง อิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ	
3.1 ขอบเขตของการคุ้มครองเด็กและเยาวชนบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต.....	100

สารบัญ (ต่อ)

3.1.1 ขอบเขตการคุ้มครองตามประมวลกฎหมายอาญา.....	100
3.1.2 ขอบเขตการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิด เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550.....	101
3.1.3 ขอบเขตการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546.....	102
3.2 ความรับผิดของผู้กระทำความผิดโดยตรง.....	108
3.3 ความรับผิดของผู้ให้บริการ.....	122
3.4 การนำความรับผิดฐานสมคบมาปรับใช้กับกรณีล่อลวงทางเพศต่อเด็กและเยาวชน โดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ.....	128

บทที่ 4 วิเคราะห์เปรียบเทียบสภาพปัญหาและประเด็นกฎหมายในส่วนกฎหมาย วิธีสบัญญัติเกี่ยวกับการล่อลวงเด็กและเยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ต หรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ

4.1 เขตอำนาจศาล.....	137
4.1.1 สถานที่ที่การกระทำเกิด (Location of acts).....	138
4.1.2 สถานที่ที่ตั้งคอมพิวเตอร์ (Location of computers).....	139
4.1.3 สถานที่ที่บุคคลอยู่ (Location of persons).....	139
4.1.4 สถานที่ที่เกิดผลกระทบ (Location of effect).....	141
4.1.5 สถานที่ที่เกี่ยวข้องกับสิ่งใดๆ ก็ตาม (Location of anything).....	141
4.2 การแสวงหาข้อมูลหรือพยานหลักฐานในการกระทำความผิด.....	146
4.2.1 Entrapment.....	149
4.2.2 Outrageous government conduct.....	151
4.2.3 Wiretapping.....	152
4.3 การรับฟังพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์.....	158
4.4 ปัญหาการรับฟังสื่อบันทึกเสียง และภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวที่บันทึกไว้ใน คอมพิวเตอร์หรือสิ่งอื่นใดที่มีลักษณะเช่นเดียวกัน.....	176
4.5 ปัญหาเกี่ยวกับองค์การที่บังคับใช้กฎหมาย.....	179

บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป.....	184
-----------------	-----

สารบัญ (ต่อ)

5.2 ข้อเสนอแนะ.....	198
รายการอ้างอิง.....	205
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	212



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

“อาชญากรรมทางอินเทอร์เน็ต” หรือ Cybercrime หมายถึง การกระทำความผิดใดๆ ก็ตามที่เป็นการใช้ หรือทำต่อ เทคโนโลยีดิจิทัล โดยอาศัยคอมพิวเตอร์ เครือข่าย และฮาร์ดแวร์ เพื่อความสะดวกในการก่ออาชญากรรม¹ และอาชญากรรมที่เกิดขึ้นนั้นเป็นอาชญากรรมดั้งเดิม เช่น การโจรกรรม การแสดงภาพลามกอนาจาร เพียงแต่มีรูปแบบการกระทำความผิดแบบใหม่ คือ เทคโนโลยีอินเทอร์เน็ต²

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในปัจจุบันมีอาชญากรรมทางอินเทอร์เน็ตที่เป็นความรุนแรง ต่อเด็กเกิดขึ้นอย่างมากมาย ซึ่งสามารถจำแนกออกได้เป็น 4 ประเภท³ ดังนี้

1) การผลิต การแพร่หลาย และการใช้เนื้อหาหรือสาระที่แสดงถึงการทารุณทางเพศต่อเด็ก

รูปแบบของการแสดงถึงการทารุณทางเพศต่อเด็กที่พบเห็นโดยทั่วไป คือ ภาพลามกอนาจารของเด็ก โดยเป็นการให้เด็กแสดงท่าทางในลักษณะกระตุ้นอารมณ์ทางเพศ และรวมถึงการนำเสนอภาพอวัยวะของเด็กที่มีวัตถุประสงค์ในทางเพศด้วย⁴

2) การชักนำหรือล่อลวงเด็กไปสู่สภาวะที่อาจเป็นอันตรายต่อเด็ก

¹ Sarah Gordon Richard Ford, “On the definition and classification of cybercrime”, *Journal in Computer Virology*, 2, no.1(August 2006) : 13-20.

² Russell g. smith Peter Grabosky Gregor Urbas, *Cyber criminal on trial* (Cambridge: Cambridge University Press, 2004).

³ ECPAT International, *Violence against children in cyberspace*, September 2005.

⁴ Heimbach. M.J., Internet Child Pornography, Prepare Statement Congressional Testimony Before the Subcommittee on Crime, Terrorism, and Homeland Security, Committee on the Judiciary, United States House of Representative, [online], May 1, 2002. Retrieved from <http://www.fbi.gov/congress/congress02/heimbach050102.htm>

ช่องทางอินเทอร์เน็ต เช่น ห้อง chat room, Social Network ไม่ว่าจะเป็น Hi5, Facebook หรือโปรแกรมสนทนาต่างๆ ถูกนำมาใช้ในการติดต่อและสร้างความสนิทสนมกับเด็กจนเป็นสาเหตุให้เกิดการล่อลวงทางเพศขึ้น⁵

3) การให้เด็กดูเห็นหรือรับรู้เนื้อหาสาระที่อาจเป็นอันตรายต่อจิตใจ หรือนำไปสู่การเป็นอันตรายอย่างใดๆ ต่อเด็ก

วัตถุหรือเนื้อหาที่เป็นอันตรายต่อเด็กนอกจากสื่อลามกอนาจารที่พบเห็นได้ทั่วไปแล้ว สื่อที่แสดงถึงความรุนแรง เช่น ภาพยนตร์ เพลง หรือเกมส์ ก็เป็นสิ่งที่อันตรายต่อจิตใจและนำไปสู่การเป็นผู้ก่ออาชญากรรมหรือตกเป็นเหยื่อในอาชญากรรมเสียเอง⁶

4) การก่อกวนและการคุกคาม

การข่มขู่หรือการแพร่หลายภาพอันเป็นการทำให้เหยื่อเกิดความกลัว อับอายหรือเป็นที่รังเกียจ ก็เป็นรูปแบบหนึ่งของการก่อกวนและคุกคามที่พบเห็นเป็นประจำ ซึ่งอาจนำไปสู่การฆ่าตัวตายหรือการก่ออาชญากรรมขึ้น⁷

ดังนั้น การล่อลวงเด็กและเยาวชนทางเพศโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ จึงจัดได้ว่าเป็นอาชญากรรมทางอินเทอร์เน็ตที่เกี่ยวกับความรุนแรงต่อเด็ก⁸ ซึ่งเป็นอาชญากรรมที่กำลังเกิดขึ้นอย่างแพร่หลายในปัจจุบัน อันจะเห็นได้จากรายงานทางสถิติที่เกี่ยวข้องกับการใช้อินเทอร์เน็ตได้ชี้ถึงตัวเลขพฤติกรรมการใช้อินเทอร์เน็ตของเด็กและเยาวชนพบว่า มีเด็กเคยคุยกับคนแปลกหน้าบนอินเทอร์เน็ตถึงร้อยละ 80 และในจำนวนนี้ ร้อยละ 30 นำไปสู่การนัดเจอกัน และเด็กทุก 1 ใน 10 คน ยอมรับว่าเคยมีเพศสัมพันธ์

⁵ Ibid.

⁶ Research Advisory Board (RAB) for the Internet Safety Technical Task Force (ISTTF), *Online Threats to Youth : Solicitation, Harassment, and Problematic Content* [online], November 14, 2008, Retrieved from: <http://cyber.law.harvard.edu/research/isttf/RAB>

⁷ Ibid.

⁸ ECPAT International, *Violence against children in cyberspace*, September 2005.

กับคนที่รู้จักกันทางอินเทอร์เน็ต⁹ โดยเป็นไปอย่างเต็มใจร้อยละ 37.6 ไม่เต็มใจร้อยละ 24.8 ไม่แน่ใจร้อยละ 37.6 ดังนั้น เด็กที่ตอบว่าไม่เต็มใจและไม่แน่ใจที่รวมกันแล้วมีถึงร้อยละ 75.2 อาจถูกข่มขืน หรือถูกล่อลวง¹⁰

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่ามีกลุ่มบุคคลที่อาศัยเทคโนโลยีสารสนเทศเป็นเครื่องมือในการกระทำผิด ซึ่งมีหลายช่องทาง เช่น เกมออนไลน์ แชนทูน เว็บแคม ภาพลามก อนาจาร เป็นต้น และรวมถึงการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่น โทรศัพท์มือถือ skype ด้วย ซึ่งทำให้เกิดผลในทางลบหลายๆ ประการ ที่เห็นได้ชัดก็คือ ปัญหาการล่อลวงทางเพศ ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากภัยเหล่านี้ มักเป็นกลุ่มเด็กและเยาวชน ซึ่งขาดความรู้ ความเข้าใจ และความระมัดระวังตัวในการออนไลน์หรือการใช้อินเทอร์เน็ต วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนมุ่งศึกษา และนำเสนอถึงการล่อลวงเด็กและเยาวชนในทางเพศโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์อิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ ซึ่งเป็นอาชญากรรมที่กำลังเกิดขึ้นอย่างแพร่หลาย ในปัจจุบัน เช่น กรณีของเด็กอายุ 14 ปี ที่ถูกหนุ่มใหญ่อายุ 42 ปี ล่อลวงผ่านโปรแกรมสนทนาหรือแชททางอินเทอร์เน็ตจากจังหวัดตรังไปบังคับข่มขืน และนำไปกักขังที่จังหวัดพิษณุโลก¹¹ กรณีของณัฏฐ์ แคมฟอกซ์ เจ้าของห้องแชทเอกซ์ ซีดีส์ เอกซ์ และบิวตี้ฟูลคลับ วัน ล่อลวงเด็กสาววัย 16 ปี จำนวนสอง คนทางอินเทอร์เน็ต ผ่านห้องแชทดังกล่าวมากระทำชำเราหลายสิบครั้ง และยังบังคับให้เด็กสาวทั้งสองคนเดินโชว์ผ่านเว็บแคมอีกด้วย¹² หรือกรณี น.ส.แห่มม (นามสมมุติ) วัย 21 ปี ถูกหนุ่มอ้างตัวเป็นนักแข่งรถ ค่ายรถชื่อดัง ล่อลวงไปข่มขืนกระทำชำเราโดยรู้จักกันทางเอ็มเอสเอ็ม¹³ เป็นต้น

เนื่องด้วยอาชญากรรมการล่อลวงเด็กและเยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ มักก่อให้เกิดความเสียหายต่อตัวเด็ก ค่านิยม แนวคิด และพัฒนาการของเด็ก และรวมถึงสภาพสังคม จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่ประเทศต่างๆ จะต้องศึกษาหามาตรการทางด้านกฎหมายและด้านอื่นๆ เพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ เช่น ประเทศ

⁹ ศูนย์ข้อมูลสุขภาพจิตเด็ก วัยรุ่น และครอบครัว, ภัยออนไลน์ระดับหนัก โจทย์ไทยรับ-เล่นเน็ตหาเซ็กส์, ห้องสมุดสถาบันสุขภาพจิตเด็กและวัยรุ่นราชนครินทร์.

¹⁰ ศูนย์ข้อมูลสุขภาพจิตเด็ก วัยรุ่น และครอบครัว, นร.ติดเซ็กส์ออนไลน์ท่องเที่ยวปีเกินครึ่ง, ห้องสมุดสถาบันสุขภาพจิตเด็กและวัยรุ่นราชนครินทร์.

¹¹ หนังสือพิมพ์คม ชัด ลึก ฉบับวันที่ 3 กุมภาพันธ์ 2550.

¹² หนังสือพิมพ์คม ชัด ลึก ฉบับวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2550.

¹³ หนังสือพิมพ์เดลินิวส์ ฉบับที่ 21576 วันที่ 8 พฤศจิกายน 2551.

อังกฤษและออสเตรเลียได้มีการแก้ไขกฎหมายกำหนดให้การล่อลวงโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือเป็นการกระทำผิด และมีการกำหนดมาตรการอื่นๆ เพื่อให้การปราบปรามการล่อลวงโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

แต่สำหรับประเทศไทย เมื่อผู้เขียนได้ศึกษากฎหมายอาญาของประเทศไทย พบว่ามีข้อจำกัดหลายประการในการนำกฎหมายดังกล่าวมาบังคับใช้กับการล่อลวงทางอินเทอร์เน็ต ไม่ว่าจะเป็นเรื่องแนวคิดพื้นฐานของกฎหมายอาญาที่มุ่งลงโทษผู้กระทำผิดเมื่อมีการกระทำผิดแล้วเพียงอย่างเดียว โดยมีได้มุ่งเน้นที่จะป้องกันมิให้มีการกระทำผิดเกิดขึ้น ดังจะเห็นได้จากความผิดฐานสำคัญที่สามารถนำมาปรับใช้กับการกระทำผิดกรณีล่อลวงทางเพศ โดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ คือ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐานกระทำอนาจาร ซึ่งเป็นฐานความผิดที่สามารถนำมาปรับใช้ได้ เมื่อมีการกระทำอาชญากรรมสำเร็จไปแล้ว ซึ่งเป็นการยากที่จะแก้ไขเยียวยา และเมื่อไม่มีการบัญญัติให้การกระทำล่อลวงเด็กและเยาวชนทางเพศโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตและการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือเป็นความผิดไว้โดยเฉพาะ แม้จะพบการกระทำดังกล่าวก่อนที่จะมีการละเมิดต่อเด็กหรือเยาวชนที่เป็นเหยื่อ ก็ไม่อาจเอาผิดบุคคลที่กระทำการดังกล่าวได้ เพราะตามหลักความรับผิดทางอาญา กล่าวคือ หลัก“ไม่มีกฎหมาย ไม่มีโทษ” (Nulla poena, sine lege : no punishment without law)

อีกทั้ง สืบเนื่องจากในระบบพยานหลักฐานของไทย ตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งนำไปใช้ในวิธีพิจารณาความอาญาด้วยนั้น จะเป็นระบบของพยานบุคคล พยานเอกสาร พยานวัตถุ และพยานผู้เชี่ยวชาญหรือผู้ชำนาญการพิเศษ ซึ่งมีได้ออกแบบไว้สำหรับพยานหลักฐานทางคอมพิวเตอร์หรืออิเล็กทรอนิกส์ ประเทศไทยจึงยังไม่มีบทบัญญัติกำหนดเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ ดังนั้นการที่จะนำมาใช้จึงยังไม่ค่อยเหมาะสมแก่กรณี ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องพยานหลักฐานที่น่าสืบในชั้นศาลด้วย เช่น พยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานที่ศาลจะสามารถรับฟังเพื่อประกอบการพิจารณาลงโทษจำเลยได้หรือไม่ ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานนี้จึงอาจเป็นกระบวนการที่ขัดขวางวัตถุประสงค์ในการป้องกันเด็กหรือเยาวชนจากการถูกละเมิดทางเพศ เนื่องจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 บัญญัติว่า จะลงโทษจำเลยได้ต้องมีการพิสูจน์ว่าจำเลยได้กระทำความผิดจนสิ้นสงสัย หากไม่สามารถพิสูจน์ความผิดของจำเลยจนสิ้นสงสัยได้

จะไม่สามารถลงโทษจำเลยได้ ดังนั้น กฎหมายที่มีอยู่จึงไม่สามารถป้องกันมิให้เกิดการละเมิดทางเพศต่อเด็กและเยาวชนได้

จากสภาพปัญหาดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าหากกระบวนการยุติธรรมของประเทศไทยไม่สามารถนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษได้ ในอนาคตอันใกล้ปัญหาและแนวโน้มอาชญากรรมทางอินเทอร์เน็ตในสังคมจะทวีความรุนแรงและเพิ่มขึ้นอย่างแน่นอน จึงมีความจำเป็นเร่งด่วนในการที่รัฐจะต้องบัญญัติกฎหมายขึ้น เพื่อกำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับการล่วงทางเพศโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือไว้ โดยเฉพาะ ซึ่งถือว่าเป็นมาตรการหนึ่งที่สำคัญในการนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษ โดยวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาถึงความจำเป็นในการบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่ ปัญหา และอุปสรรคต่างๆ ในการป้องกันและปราบปรามการล่วงทางเพศโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ ทั้งนี้ผู้เขียนจะศึกษามาตรการทางด้านกฎหมายและมาตรการอื่นๆ ของประเทศอังกฤษ ออสเตรเลีย และสหรัฐอเมริกา เนื่องจากเป็นประเทศที่ได้มีการกำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับการล่วงทางเพศโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือโดยเฉพาะ เพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายของประเทศไทย ตลอดจนกำหนดมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการล่วงทางเพศโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตให้มีประสิทธิภาพต่อไป

1.2 สมมติฐานการวิจัย

ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่ปกป้องและคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกละเมิดทางเพศในกรณีการล่วงทางเพศต่อเด็กโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการบัญญัติกฎหมาย (Anti-grooming Law) ขึ้น ดังเช่นในประเทศออสเตรเลีย อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา

1.3 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1.3.1 เพื่อศึกษาถึงรูปแบบลักษณะและวิธีการต่างๆ ในการล่วงทางเด็กและเยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน

1.3.2 เพื่อศึกษาถึงเหตุผลและแนวความคิด หลักเกณฑ์ของกฎหมาย นโยบาย มาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย

1.3.3 เพื่อศึกษาปัญหา อุปสรรค และข้อจำกัดในการบังคับใช้กฎหมายไทย พร้อมแนวทางในการป้องกันและปราบปรามการล่อลวงเด็กและเยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ต หรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ

1.3.4 เพื่อให้หน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐ และประชาชนทั่วไปได้ตระหนักถึง ภัยอันตรายที่เกิดจากอินเทอร์เน็ต และเพื่อให้รัฐเกิดความตื่นตัวในการเร่งดำเนินการหามาตรการ ต่างๆ เพื่อป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมที่เกิดจากอินเทอร์เน็ตโดยเฉพาะต่อไป

1.4 ขอบเขตของการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาถึงอาชญากรรมทางอินเทอร์เน็ตโดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการล่อลวงเด็กและเยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ ซึ่งในปัจจุบันนี้เกิดกรณีล่อลวงเด็กและเยาวชนเพื่อหาประโยชน์ในทางเพศอย่างมากมาย อันจะเห็นได้จากพาดหัวข่าวต่างๆ และสภาพปัญหาอันเกิดจากการนำเอากฎหมายอาญาที่มีอยู่ในปัจจุบันของประเทศไทยไปบังคับใช้กับการล่อลวงโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ รวมทั้งศึกษาเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายและมาตรการอื่นๆ ในการป้องกันและปราบปรามการล่อลวงโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ ให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.5.1 ทำให้ทราบถึงลักษณะ รูปแบบ และวิธีการต่างๆ ของการล่อลวงโดยอาศัย อินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ที่เกิดขึ้น ตลอดจนความเสียหายที่เกิดขึ้นจาก อาชญากรรมดังกล่าว

1.5.2 ทำให้ทราบถึงเหตุผลและแนวความคิด หลักเกณฑ์ของกฎหมาย นโยบาย

มาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย เพื่อประโยชน์ในการป้องกันและปราบปรามการล่อลวงเด็กและเยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือของประเทศไทย

1.5.3 ทำให้ทราบถึงปัญหา อุปสรรค และข้อจำกัดของกฎหมายประเทศไทยในการบังคับใช้กับความคิดในรูปแบบของการล่อลวงโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ ว่ามีประสิทธิภาพเพียงพอหรือไม่ แนวทางในการแก้ไขปัญหา ตลอดจนองค์ประกอบในกระบวนการยุติธรรมที่จะเข้าไปดำเนินการกับอาชญากรรมดังกล่าวว่าควรจะมีการพัฒนาศักยภาพความรู้ ความสามารถด้านเทคโนโลยีสารสนเทศเพียงใด

1.5.4 เพื่อเป็นส่วนหนึ่งในการทำให้หน่วยงานภาครัฐและบุคคลที่เกี่ยวข้องทราบถึงความเสียหายที่เกิดจากการล่อลวงเด็กและเยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ และเล็งเห็นถึงความสำคัญในการหามาตรการทางกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางอินเทอร์เน็ต

1.6 วิธีดำเนินการวิจัย

การวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยการค้นคว้าจากเอกสารภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ตำรา หนังสือ วารสาร ตั๋วบทกฎหมาย และบทความที่เกี่ยวข้องเพื่อประมวลเป็นข้อเสนอแนะต่อไป

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 2

แนวคิดและกฎหมายที่เกี่ยวกับการล่อลวงทางเพศโดยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ

2.1 การล่อลวงเด็กและเยาวชนทางเพศโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ

2.1.1 ความหมายของการล่อลวงทางอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์

ความหมายของอินเทอร์เน็ต

เครือข่ายคอมพิวเตอร์ขนาดใหญ่ ซึ่งประกอบด้วยเครือข่ายขนาดย่อมจำนวนมากนับไม่ถ้วน คล้ายใยแมงมุมที่เชื่อมโยงถึงกันทั่วโลก โดยเครื่องคอมพิวเตอร์ทั่วโลกสามารถติดต่อสื่อสารถึงกันได้ตลอดเวลา เพราะใช้มาตรฐานในการรับ-ส่งข้อมูล ที่เป็นมาตรฐานเดียวกัน หรือเรียกว่า "โพรโทคอล" (Protocol) ทำให้ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตทั่วโลกสามารถติดต่อสื่อสารกันได้ อย่างไรก็ตาม การสื่อสารผ่านระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต สามารถสื่อสารหรือรับ-ส่งข้อมูลได้หลายลักษณะ เช่น ข้อความ ภาพ เสียง หรือภาพเคลื่อนไหว เป็นต้น โดยสามารถติดต่อแลกเปลี่ยน เผยแพร่ข้อมูล ข่าวสาร ได้ทั่วถึงกันทุกมุมโลกภายในเวลาที่รวดเร็ว¹ นอกจากนี้แล้วระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ยังมีเครื่องมือหรือบริการสำหรับช่วยในการค้นหาข้อมูลจากที่ต่างๆ ได้อย่างสะดวกและรวดเร็วโดยอาศัยเครือข่ายโทรคมนาคมเป็นสื่อกลาง อีกด้วย เช่น อี-เมลล์ หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ ใช้รับ-ส่งข้อความใดๆ ผ่านอินเทอร์เน็ต แชท (chat) คือ การส่งข้อความสั้นๆ ระหว่างบุคคลที่อยู่หน้าเครื่องคอมพิวเตอร์ในเวลาเดียวกัน และสามารถเขียนโต้ตอบกันไปมาคล้ายกับการคุย Internet phone คือ การพูดโทรศัพท์ผ่านทางเครื่องคอมพิวเตอร์ที่ต่อกับอินเทอร์เน็ต โดยปลายทางอาจจะเป็นคอมพิวเตอร์ หรือโทรศัพท์บ้าน หรือโทรศัพท์เคลื่อนที่

¹ ดร.พิรุมา พันธุ์ทวี, ศรีดา ตันทะอธิพานิช และ สุจินดา สุขุม, ทำอย่างไรได้บ้างกับปัญหา...ภาพลามกและการล่อลวงบนอินเทอร์เน็ต, ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ

World Wide Web หรือ WWW คือ เครือข่ายบริการข้อมูลที่ใช้ระบบไฮเปอร์เท็กซ์ ที่ช่วยให้เราอ่านข้อความ รูปภาพ ฟังและชมภาพเคลื่อนไหวได้โดยสะดวก²

ตัวอย่างเทคโนโลยีการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์

- Blog

บล็อก (หรือ Web log) เป็นเว็บเพจบนอินเทอร์เน็ตที่ผู้ใช้สามารถโพสต์ข้อมูลข่าวสารในบล็อกของตนได้ บล็อกจึงจัดได้ว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของวารสารส่วนตัวที่ผู้ใช้สร้างขึ้นเอง บล็อกส่วนมากจะประกอบด้วยข้อความและภาพ และยังสามารถเชื่อมโยง (link) ไปสู่เว็บเพจหน้าอื่นๆ ได้จากในบล็อกโดยตรง ผู้ที่สนใจเข้าชมบล็อกของผู้อื่นก็สามารถเข้าไปดูได้ แต่อย่างไรก็ตามเจ้าของบล็อกดังกล่าวก็สามารถจำกัดให้เฉพาะเพื่อนที่อยู่ในบัญชีเท่านั้นที่เข้าดูได้ นอกจากนี้ผู้เข้าชมบล็อกยังสามารถโพสต์ความเห็นของตนบนบล็อกได้อีกด้วย

ในบางกรณีเด็กอาจไม่รู้ว่่าสิ่งที่ตนโพสต์ขึ้นอินเทอร์เน็ตแล้ว สิ่งนั้นจะอยู่ถาวรตลอดไป และอินเทอร์เน็ตก็เป็นเวทีสาธารณะ สิ่งที่เขียนหรือใส่เข้าไปจะถูกค้นพบโดยง่ายด้วยโปรแกรมสืบค้น (Search Engine) ซึ่งการใส่ข้อมูลส่วนตัวมากเกินไป และการไม่จำกัดกลุ่มผู้อ่านและผู้ที่จะเข้ามาเขียน blog ของตน ย่อมก่อให้เกิดอันตรายต่อเจ้าของ Blog ดังที่เคยมีเด็กถูกลักพาตัวจากบ้านเพราะใส่ชื่อ ที่อยู่ และรูปถ่ายไว้ใน blog³

- Chat room

แชทรูมเป็นพื้นที่บนอินเทอร์เน็ตที่ผู้ใช้สามารถติดต่อซึ่งกันและกันได้แบบเรียลไทม์ โดยการพิมพ์ข้อความ ซึ่งข้อความดังกล่าวจะปรากฏในทันทีต่อผู้ที่อยู่ในห้องแชทรูม ในขณะนั้น ทุกคนที่ห้องอินเทอร์เน็ตสามารถเข้าถึงห้องแชทรูมได้โดยไม่มีข้อจำกัดและในการเข้าร่วมในห้องแชทรูมนั้น ไม่จำเป็นต้องมีการยืนยันตัวตนที่แท้จริงของตนเอง แชทรูมแต่ละแห่งจะบ่งบอกลักษณะเฉพาะของตนทั้งโดยการตั้งชื่อห้องโดยใช้หัวข้อสนทนา เช่น ภาพยนตร์ เพลง

² กรมพัฒนาชุมชน, แหล่งที่มา: <http://www.cdd.moi.go.th>

³ มูลนิธิอินเทอร์เน็ตร่วมพัฒนาไทย, เขียนบล็อกปลอดภัย [ออนไลน์], แหล่งที่มา:<http://www.thaisafenet.org/safety.php?act=blog>

กีฬา เป็นต้น และตั้งชื่อห้องโดยใช้กลุ่มอายุเป็นเกณฑ์ เช่น ห้อง teens ห้อง adults เป็นต้น โดยแชทรวมหลายแห่งมีฟังก์ชันที่ทำให้ผู้ใช้สองคนสามารถออกจากห้องแชทรวมและสามารถส่งข้อความส่วนตัว (private message) ถึงกันโดยผู้อื่นไม่สามารถรับรู้ได้ แต่อย่างไรก็ตามมีห้องแชทรวมเพียงบางแห่งเท่านั้นที่มีการตรวจสอบความเหมาะสมของบทสนทนา

- Instant messaging

โปรแกรม Instant message ทำให้คนหลายๆ คนที่ใช้โปรแกรมเดียวกันสามารถพูดคุยและสื่อสารซึ่งกันและกันได้แบบเรียลไทม์ โดยการพิมพ์ข้อความ ซึ่งข้อความดังกล่าวจะปรากฏแก่ผู้รับในทันที ผู้รับและผู้ส่งจึงสามารถตอบโต้กันได้เช่นเดียวกับการคุยทางโทรศัพท์ แต่อย่างไรก็ตาม Instant messenger แตกต่างกับ Chatroom เนื่องจากโปรแกรม Instant messenger มีรูปแบบของความเป็นส่วนตัวมากกว่า เพราะผู้ใช้สามารถกำหนดบัญชีรายชื่อของผู้ที่ต้องการจะติดต่อด้วยได้และจะส่งสัญญาณเตือนทันทีเมื่อบุคคลที่อยู่ในบัญชีรายชื่อดังกล่าวออนไลน์ แต่อย่างไรก็ตาม โปรแกรม Instant messenger บางโปรแกรมผู้ใช้ทุกคนสามารถดูข้อมูลส่วนตัวของผู้ใช้คนอื่นได้และสามารถติดต่อกับผู้ใช้คนอื่นได้โดยตรง (แต่ผู้ใช้อาจตั้งค่าไม่ยอมรับข้อความจากบุคคลที่ไม่ได้ขึ้นบัญชีได้) อีกทั้งเนื่องจากโปรแกรม Instant messenger เป็นโปรแกรมที่สร้างขึ้นเพื่อพูดคุยหรือแชทกันเป็นสำคัญ ผู้ใช้จึงสามารถส่งไฟล์หรือภาพถ่ายเพื่อแบ่งปันให้ผู้ใช้คนอื่นได้ด้วย

ในปัจจุบัน ผู้ใช้มักจะใช้โปรแกรม Instant messenger ประกอบกับเว็บแคม เพื่อถ่ายวิดีโอออนไลน์แบบเรียลไทม์ โปรแกรม Instant messenger ที่ได้รับความนิยมเป็นอย่างมาก เช่น ICQ, Windows Live Messenger (MSN Messenger), Yahoo! Messenger หรือ Google Talk เป็นต้น

- Skype

Skype เป็นโปรแกรมที่ใช้อินเทอร์เน็ตเชื่อมต่อกับโทรศัพท์เพื่อโทรหาผู้ใช้คนอื่นได้ทั่วโลก โดยสามารถใช้เว็บแคม หรือ VDO call ควบคู่ไปด้วยได้ นอกจากนี้โปรแกรม Skype ยังให้บริการที่มีลักษณะเช่นเดียวกับโปรแกรม Instant messenger และ chat room อีกด้วย กล่าวคือ

ผู้ใช้สามารถพิมพ์ข้อความโต้ตอบกันได้แบบเรียลไทม์ อีกทั้งผู้ใช้อย่างยังสามารถสร้างโปรไฟล์ส่วนตัวขึ้นได้ ซึ่งผู้ใช้สามารถดูโปรไฟล์ของบุคคลอื่นได้และยังสามารถติดต่อพูดคุยกับผู้อื่น ไม่ว่าจะโดยทางเสียง (voice call) หรือทางภาพ (video call) หรือทาง Instant message เว้นแต่เจ้าของล็อกอินดังกล่าวจะจำกัดการเข้าถึงโปรไฟล์หรือการติดต่อของผู้อื่น

- Social networking websites

Social networking websites ที่ได้รับความนิยมมาก คือ MySpace, Hi5 และ Facebook ซึ่งสร้างขึ้นเพื่อให้สมาชิกติดต่อออนไลน์กับเพื่อนและหาเพื่อนใหม่ โดยสมาชิกสามารถสร้างโปรไฟล์ออนไลน์ และอัปโหลดภาพถ่ายและวิดีโอ รวมถึงสร้างบล็อกส่วนตัวได้ นอกจากนี้สมาชิกยังสามารถเข้าไปดูคอนเทนต์และสามารถติดต่อสื่อสารกับสมาชิกอื่นได้ เว้นแต่เจ้าของเว็บเพจจะตั้งค่าจำกัดการเข้าถึงของสมาชิกอื่นที่ไม่ได้อยู่ในบัญชีรายชื่อที่กำหนดไว้ สำหรับในประเทศไทย มีผู้เป็นสมาชิก Facebook 632,520 คน⁴ ส่วน MySpace มีผู้เป็นสมาชิกมากกว่า 175 ล้านคนทั่วโลก และ Hi5 มีจำนวนสมาชิกลงทะเบียนใช้งานอยู่กว่า 65 ล้านราย ทั่วโลก⁵

ในปัจจุบันโทรศัพท์มือถือพัฒนาเป็นระบบ 3G ซึ่งทำให้ผู้ใช้สามารถเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ตได้อย่างสะดวกและง่ายดาย ดังนั้นเด็กที่มีโทรศัพท์ระบบนี้จึงสามารถเข้าถึงการติดต่อสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตได้ในหลายรูปแบบจากโทรศัพท์มือถือของตนเองได้โดยตรง

- Online games

ทั้งวิดีโอเกมและเกมที่มีการโต้ตอบกันสามารถหาเล่นบนอินเทอร์เน็ตได้ โดยมีทั้งการเล่นและการแข่งขันกันระหว่างคนที่ไม่เคยรู้จักกันมาก่อนจากทั่วโลก โดยเกมออนไลน์ส่วนใหญ่จะมีฟังก์ชันที่ทำให้ผู้เล่นสามารถพูดคุยหรือแชทกันได้โดยการส่ง Instant message

⁴ Check facebook [online] June 21, 2009, Available from: www.CheckFacebook.com

⁵ ณกมล บุญชเขตต์ทิกุล, Hi5-MySpace [ออนไลน์] 2552, แหล่งที่มา:

<http://www.bangkokbiznews.com/home/details/politics/opinion/drkamon/20090421/35378/Hi5-MySpace.html>

ทั้ง chat room, Instant messaging, Skype, Social Network หรือ Online games มีลักษณะการใช้งานที่คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ เป็นการสนทนาที่ไม่จำเป็นต้องมีการยืนยันตัวตนที่แท้จริงของตนเองและสามารถสร้างภาพลักษณ์ให้ตนเองดูดีได้ง่าย ทำให้เกิดความสนิทสนมและเชื่อใจกันได้ง่าย แต่อาจจะมีอุปกรณ์เสริมที่แตกต่างกัน เช่น เว็บแคม ไมโครโฟน หรือแม้แต่การต่อโทรศัพท์ที่ได้โดยตรงผ่านทาง Skype เป็นต้น อันจะมีผลทำให้การโน้มน้าวหรือล่อลวงเกิดได้ง่ายยิ่งขึ้น และอาจนำไปสู่การล่วงละเมิดทางเพศได้ในที่สุด

- E-mail

อี-เมลเป็นเครื่องมือที่ทำให้บุคคลสามารถส่งข้อความทางอินเทอร์เน็ตไปยังกล่องไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ของผู้รับได้ โดยในการส่งอี-เมล ผู้ส่งต้องรู้ที่อยู่อี-เมล (e-mail address) ของผู้รับ

การสนทนาโต้ตอบกันอาจเกิดขึ้นผ่านทางอี-เมล ได้เช่นกัน พวกล่อลวงจึงใช้อี-เมลเป็นอีกหนึ่งช่องทางร่วมกับการแชทไม่ว่าจะทาง chat room, Instant messaging, Skype, Social Network หรือ Online games ก็ตาม เมื่อมีการพูดคุยสนิทสนมและเชื่อใจกันมากขึ้น อาจทำให้เกิดความรู้สึกอยากพบหน้าคู่สนทนา ซึ่งนำไปสู่การนัดพบกันและเกิดการล่อลวงทางเพศในที่สุด

ความหมายของการล่อลวง (Grooming)

คำว่า “Grooming” นั้น แต่เดิมนักจิตวิทยาใช้เพื่ออธิบายถึงรูปแบบการเบี่ยงเบนของพฤติกรรมทางเพศประเภทหนึ่ง คำๆ นี้จึงมิใช่คำที่เพิ่งบัญญัติขึ้น แต่มีการใช้การอย่างแพร่หลายในวงการจิตวิทยา

ในบริบททั่วไป “Grooming” หมายถึง การเตรียมการเพื่อรองรับสถานการณ์หรือวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะ หรือการเตรียมการเพื่อแสดงบทบาทหรือกระทำหน้าที่อย่างใดอย่างหนึ่งอันจะเกิดขึ้นในอนาคต

แต่อย่างไรก็ตาม ในบริบทของการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กนั้นยังไม่ปรากฏ

คำจำกัดความ คำว่า “Grooming” ที่เป็นที่ยอมรับว่าถูกต้องหรือเหมาะสมที่สุด เนื่องจากกระบวนการ Grooming นั้นเป็นกระบวนการที่มีลักษณะเป็นนามธรรม ซึ่งยากที่จะจับต้องและชี้ชัดถึงการเริ่มต้นและสิ้นสุดของกระบวนการ⁶

Anna Salter ใช้คำว่า “Grooming” อ้างถึงกระบวนการที่พวกละเมิดทางเพศ (abuser) มีความเชี่ยวชาญในการควบคุมเด็กไปสู่สภาวะการณที่เด็กพร้อมจะถูกละเมิดทางเพศ และในขณะเดียวกันก็เป็นกระบวนการที่ทำให้เด็กไม่ยอมเปิดเผยถึงการกระทำดังกล่าวด้วย

นอกจากนี้ Salter ใช้คำว่า “emotional seduction” ในบริบทนี้เช่นกัน กล่าวคือการใช้ความรักและความเชื่อใจเป็นตัวกลางในการเชื่อมความสัมพันธ์ระหว่างเด็กกับพวกละเมิดทางเพศ (แต่ในท้ายที่สุดกลับทรยศหักหลัง)⁷

โดยส่วนใหญ่ผู้กระทำความผิดมักจะใช้วิธีการในกระบวนการ Grooming ที่เหมือนหรือคล้ายคลึงกัน เพราะเห็นได้ชัดว่า การใช้อารมณ์ความรู้สึกเป็นเครื่องมือนั้นเป็นช่องทางที่เกิดผลสัมฤทธิ์ได้ง่าย อันทำให้สามารถควบคุมและบงการเด็กให้กระทำตามสิ่งที่ตนต้องการได้

Rachel O’ Connell ให้คำจำกัดความแก่ Sexual Grooming⁸ ว่า

“วิธีการกระทำที่กระทำโดย paedophile ซึ่งการกระทำดังกล่าวทำให้วิญญูชนเกิดความวิตกว่า การพบกันระหว่างเด็กกับ paedophile ซึ่งเกิดจากการกระทำนั้นๆ จะมีวัตถุประสงค์ที่มีขอบด้วยกฎหมาย”

Dennis Howitt ให้คำจำกัดความแก่ Sexual Grooming⁹ ว่า

⁶ Alisdair A. Gillespie, ““Grooming” : Definitions and the Law”, *New Law Journal*, 154, no.7124 (2004): 586-587.

⁷ Anna Salter, *Transforming Trauma : A Guide to Understanding and Treating Adult Survivors of Child Sexual Abuse*, (Newbury Park, CA : SAGE Publications).

⁸ O’Connell, R., “From fixed to mobile Internet: The morphing of criminal activity on-line”. In M. C. Calder (Ed.), *Child sexual abuse and the Internet: tackling the new frontier*, (Lyme Regis, U.K.: Russell House): 37-56.

⁹ Howitt, D., *Paedophiles and Sexual Offences Against Children*, (Oxford UK : John Wiley and Sons).

“Grooming เป็นกระบวนการที่กระทำโดย paedophile เพื่อหลอกล่อให้เหยื่อติดกับ และด้วยวิธีการบางประการก็เป็นการกระทำในทำนองเดียวกับการจับหรือเกี่ยวพาราชีของผู้ใหญ่”

จากการให้คำจำกัดความทั้งของ O'Connell และ Howitt จะเห็นได้ว่าการอ้างว่าเป็นการกระทำของ paedophile เท่านั้น แต่ในความเป็นจริงผู้กระทำความผิดทางเพศอื่นๆ ที่มีเป้าหมายเป็นเด็ก ก็ใช้กระบวนการ Sexual Grooming เช่นกัน ไม่ใช่เฉพาะแต่ paedophile เท่านั้น

การทำให้พฤติกรรม Grooming เชื่อมโยงกับเฉพาะ Paedophile อาจมีผลทำให้เกิดการมองข้ามพฤติกรรม Grooming ที่ผู้กระทำความผิดอื่นๆ เป็นผู้กระทำไป

คำว่า “Paedophile” เป็นคำที่ใช้อธิบายอาการเฉพาะกลุ่มในทางการแพทย์ ซึ่งหมายความว่า มิใช่ผู้กระทำความผิดทางเพศทุกคนจะอยู่ในกลุ่มอาการ Paedophile

“Paedophile” หมายถึง ผู้ใหญ่ไม่ว่าจะเป็นพวกที่มีรสนิยมชอบเพศตรงข้ามหรือเป็นพวกรักร่วมเพศ ซึ่งมีความชื่นชอบหรือหลงใหลเด็กที่อยู่ในช่วงอายุที่จำกัดและจำเพาะ ไม่ว่าจะเด็กผู้ชายหรือเด็กผู้หญิงก็ตาม¹⁰

Paedophile อาจแบ่งออกได้เป็น 2 จำพวก คือ

(1) dabbler คือ พวกที่ไม่จริงจัง เพียงแต่ชอบเสาะหาและดูภาพลามกอนาจาร หรือเป็นพวกที่อยากรู้อยากเห็นเกี่ยวกับภาพลามกอนาจาร หรือเป็นพวกที่มีผลประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งเป็นแรงจูงใจในการก่ออาชญากรรม

(2) preferential คือ พวกที่มีความสนใจในเรื่องเกี่ยวกับเพศที่เบี่ยงเบน ทำให้ขาดการไตร่ตรองหรือการพิจารณาความเหมาะสมในทางเพศ หรือเป็นพวกหลงใหลการมีความสัมพันธ์กับเด็กอย่างแท้จริง

¹⁰ Robert B. Fried, The Internet: A Breeding Ground for Online Pedophiles, An In Depth Analysis of Crimes Against Children via the Internet.

นอกจากนี้ การอ้างถึงเฉพาะ Paedophile อาจมีผลทำให้คนที่รู้จักเป็นการส่วนตัวกับผู้กระทำความผิดไม่รู้สึกรู้ถึงพฤติกรรม Grooming เพราะพวกเขาไม่เห็นว่าเป็นบุคคลที่ตนรู้จักเป็นคนประเภท Paedophile ซึ่งโดยทั่วไปสังคมมักจะเข้าใจและนึกภาพของ Paedophile ว่าเป็นพวก Dirty old man หรือคนแปลกหน้า เท่านั้น ซึ่งความเข้าใจเช่นนี้อาจนำไปสู่การตัดสินใจที่บิดเบือนว่าพฤติกรรมเช่นไรที่เป็นพฤติกรรม Grooming หรือพฤติกรรมใดๆ ที่ตนเห็นนั้นเป็นการ Grooming หรือไม่

การให้คำจำกัดความจึงเป็นสิ่งที่สำคัญมาก ซึ่งการให้คำจำกัดความดังกล่าวจะต้องมีความชัดเจนจนสามารถระบุหรือชี้ชัดได้ถึงพฤติกรรม Grooming และไม่เป็นการขัดขวางมาตรการการป้องกันที่ตามมา

Alisdair Gillespie ให้คำจำกัดความแก่ Sexual Grooming¹¹ ว่า

“กระบวนการที่พวกละเมิดทางเพศ (abuser) ทำตัวเป็นเพื่อนกับเด็กและพยายามที่จะทำให้เด็กเกิดความเชื่อมั่นและความไว้วางใจ และทำให้เด็กยอมรับการกระทำที่เป็นการละเมิดทางเพศโดยไม่มีข้อโต้แย้ง โดยในเบื้องต้นพวกละเมิดทางเพศจะต้องเข้าถึงตัวเด็กให้ได้”

Gillespie หลีกเลี่ยงการอ้างถึง Paedophile และให้ความชัดเจนในเรื่องวัตถุประสงค์ของพฤติกรรม Sexual Grooming และระบุถึงขั้นตอนของพฤติกรรมที่เกี่ยวข้อง คำจำกัดความดังนี้จึงถือได้ว่ามีความเหมาะสมที่สุดในปัจจุบัน

David Shannon ให้คำจำกัดความแก่ Sexual Grooming¹² ว่า

“กระบวนการที่ทำให้ผู้กระทำความผิดสามารถสร้างโอกาสที่จะละเมิดทางเพศหรือแสวงหาประโยชน์ที่มีขอบด้วยกฎหมายจากเด็ก โดยการเอาชนะใจเด็กและทำให้เด็กเชื่อใจ ซึ่งกระบวนการ Sexual Grooming นี้ ทำให้บุคคลดังกล่าวมีอำนาจควบคุมเด็ก โดยพฤติกรรม

¹¹ Alisdair A. Gillespie, “Child protection on the internet—challenges for criminal law”, *Child and Family Law Quarterly*, (2002): 411-425.

¹² David Shannon, “Online Sexual Grooming in Sweden—Online and Offline Sex Offences against Children as Described in Swedish Police Data”, *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, 9, no.2 (2008): 160-180.

Grooming อาจมีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ใดๆ เช่น ทำลายแรงต่อต้านของเหยื่อในการเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศ หรือทำให้เกิดสภาวะการณ์ที่การละเมิดทางเพศอาจเกิดขึ้นได้ และในขณะเดียวกันก็เป็น การทำให้เหยื่อไม่ยอมเปิดเผยเรื่องการละเมิดดังกล่าวให้ผู้อื่นรู้”

จากคำจำกัดความ “Sexual Grooming” ข้างต้น จะเห็นได้ว่าไม่มีการสะท้อนให้เห็น ถึงความซับซ้อนของพฤติกรรม Grooming เลย ทั้งนี้ เนื่องจาก Sexual Grooming สามารถแยกออกได้ เป็น 3 ประเภท คือ Personal Grooming, Familial Grooming และ Institution Grooming Samantha Craven, Sarah Brown และ Elizabeth Gilchrist จึงเห็นว่ามีคามจำเป็นที่จะต้องกำหนดคำจำกัด ความขึ้นมาใหม่เพื่อให้ครอบคลุมถึงพฤติกรรม Sexual Grooming ทุกประเภท¹³ ดังนี้

“กระบวนการที่บุคคลหนึ่งๆ เตรียมเด็ก พ่อแม่หรือผู้ปกครอง และสิ่งแวดล้อม เพื่อที่จะละเมิดทางเพศต่อเด็ก โดยมีวัตถุประสงค์หลัก คือ การเข้าถึงตัวเด็ก การทำให้เด็กเชื่อฟัง และการทำให้เด็กเก็บเรื่องนี้ไว้เป็นความลับ กระบวนการนี้จะเป็นปัจจัยที่ช่วยสนับสนุนรูปแบบ การละเมิดทางเพศ แต่ในขณะเดียวกันบุคคลดังกล่าวก็อาจอ้างพฤติกรรมเช่นนี้เพื่อแสดงว่าตน ไม่ได้ทำผิดหรือเพื่อปฏิเสธการกระทำของตน”

พฤติกรรม Grooming อาจเกิดขึ้นได้ทั้งในโลกออฟไลน์และโลกออนไลน์ ซึ่งพฤติกรรม Grooming ก็เหมือนกันทั้งในแบบออฟไลน์และแบบออนไลน์ เพียงแต่ในโลก ออนไลน์นั้นมีการใช้เทคโนโลยีดิจิทัล เช่น อินเทอร์เน็ต และโทรศัพท์มือถือ เป็นเครื่องมือในการ กระทำความผิด โดย Online groomer ใช้เทคโนโลยีดิจิทัลเพื่อหาและเลือกเหยื่อทางออนไลน์ หรือ ทำให้เด็กจากโลกออฟไลน์เข้าสู่โลกออนไลน์ (เช่น ขอ อี-เมลล์ จากเด็ก และเริ่มกระบวนการ Grooming ทางออนไลน์)

Online grooming หมายถึง การติดต่อสื่อสารกันทางออนไลน์ที่บุคคลหนึ่งบน อินเทอร์เน็ตหลอกลวงหรือใช้เล่ห์เพทุบายเพื่อทำให้เด็กพุดคุยเกี่ยวกับเซ็กส์, ให้เด็กทำสิ่งใดๆ

¹³ Samantha Craven, Sarah Brown and Elizabeth Gilchrist, “Sexual grooming of children : Review Of literature and theoretical considerations”, *Journal of Sexual Aggression*, 12, no. 3 (November 2006): 287-299.

อันเกี่ยวกับทางเพศ หรือใช้ความสัมพันธ์ออนไลน์เป็นสะพานนำไปสู่เรื่องความสนใจในทางเพศ และข่มขู่บังคับให้เด็กเข้ามามีส่วนร่วมเกี่ยวกับทางเพศทั้งในแบบออฟไลน์และ/หรือออนไลน์¹⁴

ดังนั้น แม้ในปัจจุบันจะยังไม่มีคำจำกัดความของ คำว่า “Grooming” ที่เป็นที่ยอมรับและเป็นที่สุด แต่จากคำจำกัดความของนักวิชาการที่กล่าวมาข้างต้นทั้งหมด จะเห็นได้ว่า แก่นความหมายของ Grooming คือ

“การกระทำเพื่อให้สามารถเข้าถึงตัวเด็กได้และเตรียมเด็กเพื่อกระทำละเมิดทางเพศต่อเด็กในอนาคต และดึงให้เด็กเข้ามาสู่พฤติกรรมการละเมิดทางเพศ โดยใช้อารมณ์ความรู้สึกเป็นเครื่องมือในการควบคุมเด็ก”

2.1.2 ลักษณะและประเภทของการล่อลวงทางอินเทอร์เน็ต

ในการกระทำความผิดทางเพศแทบทุกประเทศจะมีกระบวนการที่เหมือนกัน ซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็นวงจรของการกระทำความผิดทางเพศ (Cycle of abuse) โดยในการกระทำ ความผิด ทั้งผู้กระทำความผิดและเหยื่อจะต้องเข้าสู่วงจรดังกล่าวอันจะก่อให้เกิดผล คือ การกระทำความผิด การล่อลวง (grooming) เป็นส่วนสำคัญในวงจร เพราะผู้กระทำความผิดทางเพศกับเด็กส่วนมากจะไม่ใช้วิธีการบังคับเด็ก โดยที่เด็กไม่ให้ความยินยอมหรือสมัครใจ แต่จะกระทำกับเด็กที่ยินยอมที่จะมีความสัมพันธ์ในทางเพศกับตนมากกว่า เนื่องจากผู้กระทำความผิดไม่ต้องการถูกจับและรับโทษในความผิดที่ตนได้ก่อขึ้น¹⁵

‘Grooming’ คือ การเตรียมเด็กเพื่อกระทำละเมิดทางเพศต่อเด็กในอนาคต ซึ่งเป็นกระบวนการที่กระทำอย่างต่อเนื่อง โดยที่บุคคลจะทำตัวเป็นเพื่อนกับเด็กเพื่อให้ได้มาซึ่งความเชื่อใจของเด็ก และเพื่อให้เกิดสภาวะที่จะทำให้เด็กยินยอมที่จะมีความสัมพันธ์กับผู้กระทำ ความผิดไปในทางเพศ (sexual contact) โดยที่เด็กจะไม่บอกให้คนอื่นรู้ถึงความสัมพันธ์ดังกล่าว

¹⁴ Andrew Schrock and Danah Boyd, *Online Treaths to Youth: Solicitation, Harassment, and Problematic Content* [online], Literature Review by the Research Advisory Board of the Internet Safety Technical Task Force, Available from: <http://cyber.law.harvard.edu/research/isttf/RAB>

¹⁵ Alisdair A. Gillespie, “Internet Grooming : the new law”, *childRIGHT Article*, cR 204: 10-11.

ดังนั้น 'Grooming' จึงเป็นขั้นตอนที่สำคัญในการที่จะทำให้เกิดการกระทำความผิดทางเพศแทบทุกประเภท และการล่อลวงทางอินเทอร์เน็ตหรือโดยการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ (online grooming) ที่กำลังเป็นปัญหาอยู่ในปัจจุบัน อินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์จะยิ่งเป็นตัวเร่งให้วงจรการกระทำความผิดทางเพศเกิดเร็วยิ่งขึ้น เพราะในโลกออนไลน์นั้นไม่สามารถรู้ได้ว่าใครเป็นใคร และลักษณะเฉพาะตัว เช่น อายุ เพศ ก็สามารถสร้างขึ้นมาใหม่ได้ อินเทอร์เน็ตจึงเป็นช่องทางการสื่อสารที่เราสามารถโกหกผู้อื่นได้อย่างง่ายดายในโลกแห่งความจริงเราสามารถใส่สายตาและสัญชาตญาณในการวินิจฉัยวิเคราะห์คู่สนทนาได้ซึ่งทำให้เราสามารถรับรู้และเข้าใจเจตนาหรือความคิดที่คู่สนทนาสื่อออกมาแบบง่ายๆ ได้ด้วยสัญชาตญาณของตนเอง แต่ในโลกออนไลน์นั้น เราสามารถวินิจฉัยวิเคราะห์คู่สนทนาโดยใช้สายตาได้ในบางกรณีเท่านั้น เช่น ในกรณีที่มีการใช้เว็บแคม เป็นต้น แต่ผลที่ได้อาจไม่ชัดเจนเนื่องจากคุณภาพของภาพหรือเสียงไม่ดีพอ อีกทั้งยังติดขัดเนื่องจากความเร็วในการเชื่อมต่ออาจไม่เพียงพอ ในกรณีที่เป็นการติดต่อสื่อสารผ่านทางห้องแชทรวม โปรแกรม ICQ หรือ อี-เมล ซึ่งเป็นการติดต่อสื่อสารโดยผ่านตัวกลาง ซึ่งก็คือ คอมพิวเตอร์ อีกทีหนึ่ง ทำให้เราไม่มีโอกาสได้วินิจฉัยวิเคราะห์คู่สนทนาจากลักษณะท่าทางได้เลย ดังนั้น อินเทอร์เน็ตจึงกลายเป็นสิ่งที่ปิดบังตัวตนที่แท้จริงของคนที่อยู่ในโลกออนไลน์ได้

Judith S. Donath กล่าวว่า คนที่อยู่ในโลกเสมือนมีแนวโน้มที่จะปิดบังซ่อนเร้นตัวตนที่แท้จริงไว้ และจะสร้างตัวตนใหม่ขึ้นมา โดยแปลงเป็นบุคคลในแบบที่เขาอยากเป็นหรือแบบที่เขาเห็นว่าผู้อื่นน่าจะชอบในสิ่งที่เขาคิดจะเป็น¹⁶

ในโลกออนไลน์ใช้การสื่อสารผ่านตัวกลาง คือ คอมพิวเตอร์ ทำให้ไม่มีโอกาสที่จะเห็นการแสดงออกทางสีหน้า แววตา และท่าทางอื่นๆ รวมถึงบุคลิกท่าทางของคู่สนทนาอีกด้วย ดังนั้นการติดต่อสื่อสารในโลกออนไลน์จึงทำให้การใช้ความรู้สึกทางประสาทสัมผัสลดลง แม้ว่าในปัจจุบันจะมีเว็บแคม ทำให้คู่สนทนาได้เห็นหน้าและได้ยินเสียงผ่านทางกล้องวิดีโอขณะสนทนา แต่ก็ยังมีข้อจำกัดทางเทคโนโลยีบางประการที่ทำให้ภาพและเสียงไม่ชัดเจน ทำให้สามารถ

¹⁶ Judith S. Donath, "Identity and deception in the virtual community", In Kollock, P. and Smith, M. (eds). *Communities in Cyberspace* (London: Routledge 1998), อ้างในดารินทร์ สวัสดิ์เสวี, "การแปลงตัวตนในห้องสนทนาบนอินเทอร์เน็ต", (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิเทศศาสตร์ศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2545).

บิดเบือนความหมายหรืออารมณ์ที่ต้องการสื่อสารได้ จึงเห็นได้ว่าโลกออนไลน์ยังเอื้ออำนวยต่อการสร้างตัวตนขึ้นหลายแบบ

นอกจากนี้ ลักษณะเฉพาะของโลกออนไลน์ คือ การปิดบังตัวตน (Anonymity) การมองไม่เห็นคู่สนทนา (Invisibility) การไม่ต้องได้ตอบคู่สนทนาแบบทันทีทันใด (Asynchronicity) และการที่สังคมออนไลน์ไม่มีการแบ่งแยกชนชั้น วรรณะ ไม่มีลำดับชั้น ทำให้การมีปฏิสัมพันธ์ในโลกออนไลน์นั้นเกิดขึ้นได้โดยไม่มีเงื่อนไขหรือข้อจำกัดในเรื่องเวลาและสถานที่ อีกทั้งตัวตนที่ปรากฏต่อคู่สนทนาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นตัวตนที่คู่สนทนาอีกฝ่ายจินตนาการขึ้นเอง คู่สนทนาจึงใช้ประโยชน์จากการรับรู้ของคู่สนทนาอีกฝ่ายให้จินตนาการในสิ่งที่ตนอยากให้รับรู้เท่านั้น ซึ่งอาจเป็นสิ่งที่บิดเบือนไปจากความเป็นจริง

ด้วยบริบทของโลกออนไลน์ซึ่งมีลักษณะเฉพาะตัวนี้เอง มีผลทำให้การสร้างความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดกับเด็กจนสามารถเป็นเพื่อนสนิทกันนั้นสามารถทำได้ง่ายและรวดเร็ว ความเชื่อใจจึงเกิดขึ้นเร็วตามไปด้วย เนื่องจากเด็กมักจะคิดว่าตนเองคุยอยู่กับเพื่อนวัยเดียวกัน¹⁷

ในการล่อลวงเด็กเพื่อกระทำละเมิดทางเพศนั้น กระบวนการล่อลวงอาจดำเนินไปโดยอาศัยระยะเวลาสั้นๆ หรืออาศัยระยะเวลานาน (เป็นส่วนมาก) อันจะทำให้เด็กรู้สึกไว้วางใจบุคคลนั้นๆ การล่อลวงเด็กนั้นอาจจะมีการล่อลวงเด็กหลายๆ คนในเวลาเดียวกัน ดังนั้นแม้ว่าเด็กคนหนึ่งจะรู้สึกไม่สบายใจและตัดความสัมพันธ์ดังกล่าว แต่ก็ยังมีเด็กคนอื่นๆ ที่ตกเป็นเหยื่อเตรียมไว้อยู่แล้ว¹⁸

โดยการที่จะทำให้เด็กเกิดความรู้สึกไว้วางใจนั้น มีกระบวนการและขั้นตอนที่มีหลายช่วงระยะเวลา การล่อลวงนั้นจึงอาจแบ่งออกได้เป็น 5 ระยะ¹⁹ ดังนี้

ระยะที่ 1 ระยะสร้างความสัมพันธ์แบบเพื่อน

¹⁷Rachel O'Connell, "A Typology of Child Cyberexploitation and Online Grooming Practices", Cyberspace Research Unit University of Central Lancashire.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

พวกที่ล่องลอยเด็กก็จะเริ่มทำความรู้จักกับเด็ก ระยะเวลาที่ใช้ในระยะนี้ จะแตกต่างกันไปในแต่ละคน การทำความรู้จักกับเด็กจะเข้มข้นมากน้อยเพียงใดขึ้นอยู่กับระดับความสัมพันธ์ที่พวกนี้ต้องการให้เป็นไป โดยในระยะนี้อาจมีการถามเด็กว่ามีรูปถ่ายของตัวเองหรือไม่ หากคำตอบของเด็กคือ มี พวกนี้ก็จะขอให้เด็กส่งรูปดังกล่าวมาให้ตน ซึ่งการขอรูปก็เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบว่าคนที่ตนเองกำลังคุยด้วยนั้นเป็นเด็กจริงๆ และลักษณะของเด็กตรงตามความต้องการหรือความชอบของตนเอง นอกจากนี้ในกรณีที่เลือกเด็กที่อยู่ในละแวกใกล้เคียงเป็นเหยื่อ การขอรูปก็จะเป็นประโยชน์ในการระบุหรือหาตัวเด็กจริงๆ ได้ โดยปกติการขอรูปถ่ายของเด็กในระยะนี้จะเป็นการขอรูปถ่ายธรรมดา โดยรูปถ่ายดังกล่าวไม่มีลักษณะในทางเพศเข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น

ผู้ใหญ่ : ‘เธอหน้าตาเป็นงัย?’

ผู้ใหญ่ : ‘มีรูปป่าว?’

ระยะที่ 2 ระยะสร้างความสัมพันธ์ใกล้ชิด

ระยะนี้เป็นระยะที่เกินระยะสร้างความสัมพันธ์แบบเพื่อนขึ้นมา ในระยะนี้อาจมีการพูดคุยกันในเรื่อง เช่น โรงเรียน ชีวิตในครอบครัว เป็นต้น โดยปกติเมื่อพวกนี้ต้องการคุยหรือติดต่อกับเด็กต่อไป พวกนี้ก็มักจะพยายามสร้างภาพให้เด็กเห็นว่าตนเองเป็นเพื่อนสนิทของเด็ก แต่ไม่ใช่ว่าพวกที่ล่องลอยเด็กทุกคนจะขยับความสัมพันธ์ขึ้นมาในระดับนี้ เมื่อเริ่มเข้าสู่ระยะสร้างความสัมพันธ์ใกล้ชิดแล้ว พวกนี้ก็จะดำเนินระยะนี้ต่อไปเรื่อยๆ ต่อมาจึงจะเริ่มเข้าสู่บทสนทนาซึ่งนำไปสู่ระยะต่อไป นั่นคือ ระยะเสี้ยง

ระยะที่ 3 ระยะเสี้ยง

การเข้าสู่ระยะเสี้ยงนั้นอาจเห็นได้จากในบางส่วนของบทสนทนาที่พวกนี้ถามเด็กเกี่ยวกับ เช่น ที่ตั้งของคอมพิวเตอร์ที่เด็กใช้อยู่ บุคคลอื่นที่ใช้คอมพิวเตอร์เครื่องเดียวกับเด็กมีใครบ้าง เป็นต้น เมื่อมีการถามคำถามในลักษณะนี้ก็อาจคาดเดาได้ว่า พวกนี้กำลังประเมินความเป็นไปได้ที่การกระทำของตนเองจะถูกจับได้โดยบุคคล เช่น พ่อแม่ ผู้ปกครอง หรือพี่ของเด็ก เป็นต้น

ระยะที่ 4 ระยะกันเด็กให้ออกจากผู้อื่น

ระยะนี้จะเป็นระยะที่เกินกว่าระยะเสียงขึ้นมา โดยลักษณะของการสนทนาจะเปลี่ยนแปลงไป พวกนี้จะนำความคิดและความรู้สึกเรื่อง 'เพื่อนที่ดีที่สุด' หรือ 'ฉันเข้าใจดีว่าเธอกำลังทำอะไร และเธอก็สามารถพูดกับฉันได้ทุกเรื่อง' เข้าสู่บทสนทนา โดยในระยะนี้จะเห็นได้อย่างชัดเจนถึงลักษณะของการปฏิสัมพันธ์ที่มีลักษณะเป็นการร่วมซึ่งกันและกัน กล่าวคือ การเปิดเผยความลับและการรักษาความลับซึ่งกันและกันไม่ให้ผู้อื่นล่วงรู้ ซึ่งเป็นการแสดงถึงความเชื่อใจหรือไว้ใจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเด็กแสดงให้พวกนี้เห็นถึงความเชื่อใจแล้ว ก็จะนำไปสู่การสนทนาในระยะต่อไปที่จะมุ่งไปที่ประเด็นที่เป็นเรื่องส่วนตัวและไปในทางเพศมากขึ้น

ระยะที่ 5 ระยะเข้าสู่ทางเพศ

การเข้าสู่ระยะนี้อาจเริ่มด้วยคำถาม เช่น 'เธอเคยจูบมาก่อนรึป่าว?' หรือ 'เธอเคยสัมผัสเนื้อตัวของเธอรึป่าว?' เป็นต้น สำหรับเด็กแล้วการเข้าสู่ระยะนี้อาจดูไม่มีอันตราย เพราะโดยปกติพวกนี้จะพูดคุยในลักษณะที่ทำให้เกิดความรู้สึกว่ากำลังแบ่งปันความไว้เนื้อเชื่อใจซึ่งกันและกัน ซึ่งโดยธรรมชาติบทสนทนาเหล่านี้มักจะมีลักษณะรุนแรงและเร้าร้อน ก็อาจทำให้เด็กรู้สึกอึดอัด เนื่องจากเรื่องในลักษณะดังกล่าวไม่ใช่เรื่องที่ปกติสำหรับเด็กและเป็นบทสนทนาที่เด็กไม่คุ้นเคย ในกรณีที่เด็กเคยถูกละเมิดทางเพศมาก่อน ซึ่งการเล่นห้องแซทรูมนั้นก็อาจสันนิษฐานได้ว่าอย่างน้อยต้องมีเด็กที่เคยถูกละเมิดทางเพศมาก่อน พวกนี้ก็จะเข้าหาเด็กด้วยวิธีการที่แตกต่างออกไป คือ เข้าหาโดยวิธีการกระทำให้ตนเองมีอำนาจเหนือเด็ก

ในการรักษาความสัมพันธ์กับเด็กหรือจำเป็นที่ต้องทำให้เด็กเข้าใจว่าเกิดความไว้ใจและความรักขึ้นระหว่างเด็กและพวกนี้ ระยะที่ 5 นี้จะเป็นไปอย่างนุ่มนวลและพวกนี้จะทำให้เด็กรู้สึกว่าตนเป็นที่ปรึกษาที่ฉลาดและไว้ใจได้หรืออาจกลายเป็นคนรักในอนาคต แม้เด็กจะมีความรู้สึกร่วมซึ่งกันและกันกับพวกนี้ก็ตาม แต่ไม่ว่าอย่างไรก็ตามเด็กก็ยังคงมีกำแพงกันอยู่ แต่ก็ยังเป็นเพียงกำแพงบางๆ เท่านั้น เมื่อเด็กรู้สึกไม่สบายใจเนื่องจากรู้สึกถึงความเสี่ยงที่อาจเกิดจากการเข้าสู่ความสัมพันธ์ที่เร็วเกินไปอันเกิดจากการเร้าที่มากเกินไป พวกนี้ก็จะแสดงความเสียใจอย่างสุดซึ้ง ทำให้เด็กให้อภัยในทันที ซึ่งนำไปสู่การสร้างความรู้สึกร่วมซึ่งกันและกันอีกครั้ง และในครั้งนี้จะยิ่งลึกซึ้งมากกว่าเดิม การสนทนาที่เป็นไปในลักษณะทางเพศ จะเริ่มจากไม่รุนแรงไปจนถึงบ่งลักษณะทางเพศอย่างชัดเจน เช่น ออรัลเซ็กซ์ วิธีการช่วยตัวเอง เทคนิคที่จะช่วยให้ถึงจุดสุดยอด เป็นต้น ซึ่งการให้เด็กเข้ามามีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศอาจทำโดยโน้มน้ำหนักเด็กว่า

หากกระทำเด็กจะเป็นคู่รักที่ยอดเยี่ยมในอนาคต ความสัมพันธ์ในรูปแบบนี้อาจนำไปสู่การนัดพบกันระหว่างเด็กกับพวกล่อลวง

นอกจากนี้ในระยะเข้าสู่ทางเพศ อาจมีการขอให้ทำ แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายสิ่งลามกอนาจารหรือสิ่งกระตุ้นทางเพศที่เกี่ยวกับเด็ก โดยพวกนี้จะส่งภาพเด็กลามกอนาจารให้แก่เด็ก เพื่อให้เด็กเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศและเป็นการลดแรงต่อต้านของเด็ก

ประเภทของการล่อลวงทางอินเทอร์เน็ต²⁰

การล่อลวงทางเพศอาจเกิดขึ้นได้หลายรูปแบบ โดยอาศัยความไว้วางใจของบุคคลต่างๆ เป็นเครื่องมือ การล่อลวงที่เกิดขึ้นไม่จำเป็นต้องเริ่มที่ตัวเด็กโดยตรงเท่านั้น แต่อาจจะเริ่มมาจากผู้ปกครอง บุคคลในครอบครัวของเด็ก หรือแม้แต่การอาศัยประโยชน์จากตำแหน่งหน้าที่ของตนเอง ดังนี้จึงสามารถแบ่งการล่อลวงออกเป็น 3 ประเภท คือ

1. Personal grooming

กระบวนการการล่อลวงเด็กจะเริ่มด้วยการที่บุคคลจะเข้าถึงตัวเด็กโดยตรง โดยการคบหาเป็นเพื่อนกับเด็กหรือคอยช่วยเหลือเด็กในฐานะเพื่อน มีการบอกความลับแก่เด็กเพื่อแสดงความเชื่อใจ ซึ่งเป็นเทคนิคที่ทำให้เด็กเกิดความไว้วางใจและเชื่อใจบุคคลนั้นๆ

พวกที่ล่อลวงเด็กจะค่อยๆ สร้างความสัมพันธ์ให้แนบแน่นมากยิ่งขึ้น (special friendship) โดยการให้สิ่งจูงใจมากมาย เช่น เงิน การ์ตูน ขนม ความสัมพันธ์ในลักษณะนี้จะทำให้เด็กอยู่ห่างจากการคุ้มครองป้องกัน โดยพ่อแม่และผู้ปกครองและไม่อาจทราบถึงความสัมพันธ์ดังกล่าวได้ อีกทั้งยังทำให้พวกนี้สามารถควบคุมเด็กได้ โดยอาศัยเงื่อนไขการให้หรือไม่ให้รางวัลหรือของกำนัลแก่เด็ก ในบางกรณีอาจรุนแรงมากขึ้นถึงขนาดใช้การข่มขู่หรือใช้อำนาจบังคับเด็กให้เก็บเรื่องนี้เป็นความลับหรือปฏิบัติตามคำสั่งของตน

²⁰ Anne-Marie Mcalinden, "Setting'Em Up: Personel, Familial and Institutional Grooming in the Sexual Abuse of Children", *Social Legal Studies*, (2006): 339-362.

พวกนี้มักจะใช้วิธีการต่างๆ เช่น การใช้คำหยาบ เล่าเรื่องตลกกลมก หรือให้ดูภาพเด็กกลมกอนาจาร เพื่อนำไปสู่การสนทนาทางเพศ และเพื่อทำให้เด็กเกิดความรู้สึกละอาย และรู้สึกผิด ซึ่งพวกนี้จะใช้ประโยชน์จากความรู้สึกผิดทำให้เด็กเชื่อว่า ตัวเด็กได้กระทำผิดหรือทำสิ่งที่ไม่ดี ทำให้เด็กไม่อยากจะบอกใครเกี่ยวกับเรื่องนี้ อีกทั้งพวกนี้ยังใช้ประโยชน์จากความไร้เดียงสา และความเชื่อใจของเด็กในการเพิ่มความสัมพันธ์ทางกายภาพให้ใกล้ชิดกันมากยิ่งขึ้น เช่น การเล่นเกมอดรัดพิดเหยี่ยงกัน การกอดกัน เป็นต้น โดยการใช้การสัมผัสดังกล่าวมีความสำคัญเพราะเป็นการหยั่งดูว่าเด็กจะยอมรับหรือไม่และยังเป็นการลดความรู้สึกต่อต้านของเด็กด้วย ในขั้นต่อมาพวกนี้จะเพิ่มระดับการละเมิดต่อเนื้อตัวเด็กมากขึ้นจนที่สุดเด็กยอมรับโดยไม่มีข้อโต้แย้งที่จะทำกิจกรรมทางเพศกับบุคคลที่ล่อลวงเด็ก

โดยมากพวกนี้มักมีความสามารถในการปฏิบัติตัวให้เป็นที่โปรดปรานแก่เด็ก และแฝงตัวเข้าไปในครอบครัว ชุมชน หรือองค์กร โดยไม่เป็นที่สงสัยและจะต้องแสดงท่าทางว่าเป็นคนดี น่าคบ และรักเด็ก

ในความเป็นจริงการที่ผู้กระทำความผิดทางเพศจะพบปะพูดคุยกับเด็ก และมีอำนาจเหนือเด็กได้โดยชอบและไม่เป็นที่สงสัย พวกนี้จะไม่ล่อลวงเฉพาะเด็กเท่านั้น แต่จะรวมถึงครอบครัวและชุมชนของเด็กด้วย เพื่อประโยชน์ในการเข้าถึงตัวเด็กได้ง่าย

2. Familial grooming

พวกที่ล่อลวงเด็กอาจจะเข้าถึงตัวเด็ก โดยใช้วิธีสร้างความสัมพันธ์อันดีกับพ่อแม่ หรือผู้ดูแลของเด็ก ในกรณีนี้พ่อแม่หรือผู้ดูแลจะตกเป็นเหยื่อและถูกปฏิบัติหรือถูกควบคุมเช่นเดียวกับเด็ก (Personal grooming)

การล่อลวงเด็กโดยการสร้างสัมพันธ์กับครอบครัวหรือชุมชนอันเป็นที่อยู่ของเด็กนั้น กระทำเพื่อวัตถุประสงค์ 2 ประการด้วยกัน คือ

- 1) เพื่อให้ได้มาซึ่งความเชื่อใจและความไว้วางใจ และมีโอกาสที่จะสามารถเข้าถึงตัวเด็กได้มากขึ้น

2) เพื่อให้ครอบครัวหรือชุมชนเกิดความรู้สึกยอมรับพวกนี้ อันมีผลทำให้ไม่มีผู้ใดสงสัยในการกระทำบุคคลพวกนี้

การที่จะได้เด็กที่ตกเป็นเหยื่อนั้น สิ่งที่สำคัญคือ ต้องทำให้พ่อแม่หรือผู้ดูแลเด็ก รู้สึกวางใจในตัวบุคคลพวกนี้ ซึ่งทำให้พ่อแม่หรือผู้ดูแลระดับในการดูแลปกป้องเด็กลง และการเข้าถึงตัวเด็กสามารถทำได้ง่าย

นอกจากครอบครัวแล้ว ชุมชนที่อยู่อาศัยของเด็กก็อาจตกเป็นเหยื่อที่ถูกรับปฏิบัติ และควบคุมโดยกระบวนการการล่อลวงได้ บุคคลพวกนี้ส่วนมากมักจะปฏิบัติตัวให้สังคมเห็นว่าเป็นคนดี มีความรับผิดชอบต่อสังคม และชอบดูแลเอาใจใส่ผู้อื่น เพื่อสร้างชื่อเสียงในทางที่ดีแก่ตนเองและเพื่อให้เป็นที่ยอมรับในฐานะที่เป็นสมาชิกของสังคมที่มีความโดดเด่นว่าเป็นคนดี และชอบช่วยเหลือผู้อื่น

3. Institutional grooming

วิธีการเข้าถึงตัวเด็กนอกจากการเข้าถึงตัวเด็กโดยตรงและการเข้าทางครอบครัวหรือชุมชนของเด็กแล้ว ยังรวมถึงการเลือกทำอาชีพหรือเป็นอาสาสมัครที่ทำงานเกี่ยวข้องกับหรือใกล้ชิดกับเด็กด้วย เพราะในการประกอบอาชีพบางอย่างเป็นการทำงานที่ต้องเข้าถึงตัวเด็ก ในขณะที่อาชีพอื่นไม่สามารถทำได้

อาชีพเช่นนี้มีมากมาย ตั้งแต่การงานเกี่ยวกับศาสนาไปจนถึงการรับจ้างหรือเป็นอาสาสมัครทำงานในโรงเรียน บ้านพักอาศัย และศูนย์ดูแลเด็กของชุมชน เช่น ศูนย์รับเลี้ยงเด็ก โรงเรียนเตรียมอนุบาล และในทุกอาชีพหรือองค์กรที่ต้องเกี่ยวข้องกับเด็ก ทั้งในการดูแล การให้การศึกษา หรือในการประกอบกิจกรรมของสังคมหรือกิจกรรมยามว่างของเด็กนั้น มีช่องทางที่จะให้ผู้กระทำผิดแฝงตัวเข้าไปอยู่ได้

ตำแหน่งหน้าที่การงานดังกล่าวอาจเป็นการเปิดโอกาสให้ใช้อำนาจเหนือเด็ก และกระทำโดยมิชอบต่อเด็ก ในขณะที่บุคคลภายนอกยังมองว่าบุคคลพวกนี้เป็นคนดีและไม่มีใครล่วงรู้ถึงการกระทำดังกล่าว

แต่อย่างไรก็ตาม การล่อลวงทางอินเทอร์เน็ตนั้นมักจะเป็นการล่อลวงโดยการเข้าถึงตัวเด็กโดยตรง โดยการแฝงตัวอยู่ตามห้องแชททูลม Instant Messenger หรือเกมออนไลน์ เป็นต้น เพื่อหาเหยื่อที่เป็นเด็ก

2.1.2.1 วิธีการล่อลวงทางอินเทอร์เน็ต

พวกล่อลวงเด็กจะแฝงตัวอยู่ในห้องแชททูลม IM หรือเกมออนไลน์ เป็นต้น นอกจากนี้ในปัจจุบันยังมี Peer2Peer network ที่กำลังเป็นที่นิยมในหมู่เด็กวัยรุ่นสำหรับใช้แลกเปลี่ยนข้อมูล ซึ่งเครือข่ายนี้ไม่จำเป็นต้องมีเซิร์ฟเวอร์หลัก การตรวจสอบหรือควบคุมการจราจรของข้อมูลก็สามารถทำได้ยาก เนื่องจากในอินเทอร์เน็ตนั้นไม่สามารถรู้ได้ว่าใครเป็นใครและยากที่จะสืบรู้ได้ โดยบุคคลพวกนี้จะสร้างประวัติ (profile) ของตนเองให้มีความน่าสนใจและ มีความสนใจเหมือนกับเหยื่อ โดยอาจปลอมตัวเป็นเด็กหรืออย่างอื่นที่จะดึงดูดความสนใจให้เหยื่อพูดคุยด้วย

หลังจากที่เริ่มรู้จักกันทางอินเทอร์เน็ต พวกนี้จะพยายามชักจูงให้เด็กที่หมายตาเอาไว้ออกจากห้องแชทสาธารณะ มาเข้าห้องแชทส่วนตัว (private chat room) หรือใช้ IM (instant messenger) แทน หากเด็กยังคงติดต่อพูดคุยกันต่อไป พวกนี้ก็จะดำเนินการในขั้นตอนการล่อลวงที่เข้มข้นมากขึ้น โดยการสร้างความเชื่อใจให้กับเด็กเพื่อลดระดับแรงต่อต้านในตัวเด็กลง และนำไปสู่บทสนทนาและการกระทำที่เกี่ยวกับเรื่องส่วนตัว ครอบครัว โรงเรียนทางอินเทอร์เน็ต โดยพวกนี้จะทำให้เด็กรู้สึกว่าเป็นคนพิเศษของบุคคลนั้น และปฏิบัติต่อเด็กฉันคู่สาว มีการบอกเล่าเกี่ยวกับเรื่องเซ็กส์และความสัมพันธ์ในเชิงคู่สาวของตนให้เด็กฟัง ต่อมาอาจมีการติดต่อพูดคุยกันในลักษณะที่เป็นส่วนตัวมากขึ้น เช่น พูดคุยกันทางโทรศัพท์มือถือหรือ อี-เมล เป็นต้น และ/หรืออาจนำไปสู่การนัดพบการในชีวิตจริง และในขั้นตอนนี้ อาจมีการเสนอที่จะให้ของขวัญ ของกำนัล หรือเงินแก่เด็กเพื่อความระมัดระวังความสัมพันธ์ให้แนบแน่นยิ่งขึ้น²¹ ในขั้นตอนนี้เด็กบางคนอาจปฏิเสธหรือไม่ยอมรับการสร้างความสัมพันธ์ที่มีการประชิดตัวมากขึ้นดังกล่าว แต่เด็กบางคนกลับยอมรับความสัมพันธ์ดังกล่าวซึ่งจะนำไปสู่การล่อลวงในที่สุด จะเห็นได้ว่าการสร้างความสัมพันธ์ทางอินเทอร์เน็ตนั้นมีลักษณะพิเศษ คือ ความรวดเร็ว ซึ่งทำให้การติดต่อพูดคุยกันนั้นเกิดความไว้วางใจและสนิทสนมกันได้รวดเร็วขึ้นเช่นกัน อันมีผลทำให้การล่อลวงนั้นทำได้ง่ายขึ้นตามไปด้วย

²¹ ChildLine, "Children talking to ChildLine about the Internet", Briefing paper UK ChildLine, June, 2005.

ความต้องการที่จะใช้เด็กในการก่อให้เกิดความพอใจทางเพศ เป็นปัจจัยที่กระตุ้นให้เกิดการล่วงละเมิดเด็กขึ้น โดยอาศัยการสร้างความสัมพันธ์ทางอินเทอร์เน็ต เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว การชักจูงให้เด็กเข้าสู่อินเทอร์เน็ตในเรื่องเกี่ยวกับส่วนตัวของเด็กจึงเป็นกระบวนการที่สำคัญ กระบวนการอย่างหนึ่งที่จะทำให้เด็กลดระดับการต่อต้านหรือความสำนึกผิดชอบเกี่ยวกับเรื่องทางเพศนั้น ก็คือ การให้เด็กได้รับรู้หรือได้เห็นเกี่ยวกับวัตถุหรือเนื้อหาในทางเพศ และเนื่องจากความสัมพันธ์ที่ได้สร้างขึ้นอาจมีผลทำให้เด็กยอมรับในวัตถุหรือเนื้อหาดังกล่าวที่บุคคลพวกนี้หยิบยื่นให้โดยง่าย

การเข้าถึงภาพลามกอนาจารทางอินเทอร์เน็ตได้อย่างง่ายดาย การแพร่หลายของกล้องดิจิทัล เว็บแคม และกล้องในโทรศัพท์มือถือ และการแพร่หลายภาพทางอินเทอร์เน็ตสามารถทำได้อย่างง่ายดาย ที่กล่าวมานี้ล้วนแล้วแต่ทำให้มีการนำภาพลามกอนาจารมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในขั้นตอนของการล่วงละเมิดทางอินเทอร์เน็ต

นอกจากนี้ เด็กที่เป็นเป้าหมายในการล่วงละเมิดอาจถูกชักจูงให้แสดงภาพลามกอนาจารของตัวเองโดยการส่งภาพถ่าย ใช้เว็บแคม หรือเข้าร่วมการสนทนาในทางเพศ ซึ่งการกระทำเช่นนี้เป็นการทำให้บุคคลพวกนี้สามารถใช้ภาพลามกอนาจารของเด็กในการควบคุมเด็กให้อยู่ภายใต้อำนาจได้ โดยการชูว่าจะเผยแพร่ภาพดังกล่าวทางอินเทอร์เน็ต

หากมีการนัดพบกันเกิดขึ้น เด็กอาจถูกประทุษร้ายหรือถูกกระทำกราดๆ อันจะทำให้เด็กเกิดความกลัว ในบางกรณีที่มีการล่วงละเมิดบรรลุผล ซึ่งอาจเป็นไปได้เพราะการให้ของกำนัลหรือของขวัญ บุคคลพวกนี้อาจสามารถแสดงหรือใช้อำนาจเหนือเด็กเพื่อนำไปสู่การความสัมพันธ์ทางเพศกับเด็ก โดยไม่มีการใช้กำลังบังคับได้ การล่วงละเมิดนี้อาจกินระยะเวลาเป็นอาทิตย์หรือเป็นเดือน กว่าที่เด็กจะยอมรับโดยไม่มีเงื่อนไขในการออกมาพบกัน

2.1.2.2 ตัวอย่างคดีการล่วงละเมิดทางอินเทอร์เน็ต

*Julie Doe III*²²

²² Joe Garafoli, "Families of Sexually Abused Girls Sue Myspace", *S.F.Chron.* (Jan 19, 2007): A1.

ใน Houston Julie Doe III วัย 15 ปี สร้างโปรไฟล์ใน Myspace ทำให้ชายวัย 25 ปี ซึ่งเล่น Myspace เช่นกัน เริ่มพูดคุยและติดต่อกับเธอ ต่อมาชายคนดังกล่าวล่อลวงให้เธอออกมาพบกัน ซึ่งชายคนดังกล่าวก็ได้วางยาเธอ และข่มขืนเธออย่างทารุณ เมื่อตำรวจ Houston Police Department และ FBI เข้าช่วยเหลือก็พบว่า Julie เมายาอย่างหนักและที่กระดูกเชิงกรานของเธอถูกกรีดเป็นรูปตัว X ด้วยใบมีด ซึ่งสันนิษฐานว่ากระทำโดยชายคนดังกล่าว Julie ต้องเข้ารับการรักษาตัวที่โรงพยาบาลเป็นเวลา 7 วัน และต้องเข้ารับการรักษาจากจิตแพทย์ ในภายหลังชายคนดังกล่าวยอมรับสารภาพและถูกจำคุก 10 ปี ในเรือนจำรัฐ Texas

เด็กหญิงชาวแคนาดา²³

ชายชาว Washington 2 คน คือ Adam Ingram อายุ 20 ปี และ Kevin Woods อายุ 19 ปี ลักพาตัวเด็กหญิงชาวแคนาดา 2 คน อายุ 13 และ 14 ปี จาก Vancouver หลังจากรู้จักกันทางออนไลน์และนัดเจอกัน Ingram และ Woods ข่มขืนเด็กหญิงทั้งคู่ก่อนที่จะบังคับเด็กหญิงให้มีเพศสัมพันธ์กับคนอื่น ทั้งคู่มีแผนที่จะให้เด็กหญิงไปทำงานใน San Diego, California เป็นโสเภณี ซึ่งเป็นธุรกิจของญาติ Ingram

Alicia Kozakiewicz²⁴

Alicia ในวัย 13 ปี รู้จักเพื่อนทางอินเทอร์เน็ต Scott Tyree เมื่อวันขึ้นปีใหม่ปี 2002 และนัดพบกัน โดย Tyree (Mac) โน้มน้าวให้ Alicia ขึ้นรถ ซึ่งต่อมา Tyree ก็ลักพาตัวเธอไปกักขังที่บ้านและขังไว้ในกรง ในห้องใต้ดิน Alicia ถูกเปลี่ยนผ้า ทรมาน ทบตี ถูกใส่ปลอกคอและล่ามโซ่ไว้เพื่อไม่ให้เธอหลบหนี ในภายหลัง Scott Tyree ถูกลงโทษจำคุก 20 ปี

Christina Long²⁵

²³ Lori Culbert, Vancouver Sun, Thursday, (Oct 8, 1998): B7

²⁴ http://www.katiesplace.org/alicia/alicias_story.html

²⁵ Mary Jayne McKay, "Secret Lives: The Perils of Cyberspace", CBS News, June 25, 2003.

Christina Long วัย 13 ปี นักเรียนเรียนดี เซียร์ลีดเดอร์ และดาวของโรงเรียน St.Peter's Catholic ใน Danbury, Connecticut แต่ Christina กลับต้องเสียชีวิตด้วยวัยเพียง 13 ปี จากน้ำมือขอชายที่เธอรู้จักทางอินเทอร์เน็ต คดีของ Christina เป็นคดีแรกที่อินเทอร์เน็ตนำไปสู่ความตาย

Christina อาศัยอยู่กับป้า Shelly Riling การหย่าของพ่อแม่และการที่แม่ของเธอทิ้งไป ทำให้เธอรู้สึกหม่นซึม ป้าของเธอพยายามเลี้ยงหลานให้มีชีวิตเหมือนเด็กทั่วไป และให้สิ่งที่เด็กวัยรุ่นต้องมี ซึ่งรวมถึงคอมพิวเตอร์ด้วย ป้ามักจะดูแลอยู่เสมอว่าหลานใช้คอมพิวเตอร์ทำอะไรบ้าง และก็เห็นว่าหลานคุยกับเพื่อนนักเรียนที่เธอรู้จัก แต่ในตอนค่ำวันศุกร์ที่ 17 พฤษภาคม Christina ไปห้างกับเพื่อน Riling ไปรับหลานแต่กลับไม่พบ Christina

เมื่อพนักงานสอบสวนตรวจสอบคอมพิวเตอร์เพื่อหาเบาะแส ก็ได้พบว่าเธอแอบเปลี่ยนพาสเวิร์ดอี-เมลล์ เจ้าหน้าที่จึงต้องประสานงานกับ American Online เมื่อเปิดอี-เมลล์ได้ Riling ก็ต้องตกใจเมื่อพบว่าหลานของเธอคุยกับคนแปลกหน้าที่ไม่ใช่เด็กจากโรงเรียน

อี-เมลล์ “ผมขอโทษ ผมดีใจที่เธอมีประจำเดือน ดีใจที่เธอไม่ได้ท้อง คราวหน้าผมจะใส่ถุงยางอนามัย”

อีกทั้งยังพบว่า Christina มีความสัมพันธ์ทางเพศกับชายคนอื่น ๆ เมื่อสืบดาห์ก่อน ซึ่งใช้ชื่อว่า “Hot es300” และพบว่า Christina มีแผนที่จะไปพบกับชายคนดังกล่าวอีกในวันที่ 17 พฤษภาคม ซึ่งเป็นวันที่หายตัวไปนั่นเอง

พนักงานสอบสวนแกะรอย Hot es300 ไปจนพบกับ Saul Dos Reis ชายเชื้อชาติ Brazil วัย 24 ปี ซึ่งทำงานในร้านอาหารของครอบครัวและอาศัยอยู่กับภรรยาใน Greenwich, Connecticut

ในตอนแรก Dos Reis ให้การว่า เขาพบกับ Christina ในคืนนั้นและพาเธอไปส่งที่ Danbury Mall แต่หลังจากถูกสอบปากคำอย่างหนัก Dos Reis ก็กลับคำให้การและพาตำรวจไปที่ลำธารเล็กๆ ใกล้บ้านพักของเขา ซึ่งเป็นสถานที่ที่เขาเอาศพของ Christina มาทิ้ง และพบว่าเธอถูกรัดคอตายในขณะที่กำลังมีเพศสัมพันธ์กัน

Dos Reis ถูกตั้งข้อหาใช้อินเทอร์เน็ตเพื่อล่อลวงเด็ก โดยมีเจตนาเพื่อกระทำในทางเพศ (Federal Charge) ฆาตกรรม และ sexual assault (State Charge) ซึ่งมีโทษจำคุกสูงสุด 130 ปี

2.1.2.3 สถิติเกี่ยวกับการล่อลวงทางอินเทอร์เน็ต

จากการสำรวจโดยสุ่มตัวอย่างจากเจ้าหน้าที่ทั้งในระดับท้องถิ่น รัฐ และ ส่วนกลางซึ่งเป็นกลุ่มตัวอย่าง 2574 ตัวอย่าง โดยการสัมภาษณ์ทางโทรศัพท์ ซึ่งพบว่าลักษณะของเหยื่อและผู้กระทำความผิดในกรณีอาชญากรรมทางเพศที่มีจุดเริ่มต้นมาจากอินเทอร์เน็ตมีลักษณะดังนี้²⁶

Characteristics	Internet Initiated	Characteristics	Internet Initiated
เหยื่อ		ผู้กระทำความผิด	
อายุ		อายุ	
12	1%	ต่ำกว่า 18	1%
13	26%	18 ถึง 25	23%
14	22%	26 ถึง 39	41%
15	8%	40 หรือมากกว่า	35%
16	14%		
17	8%		
เพศ		เพศ	
หญิง	75%	หญิง	1%
ชาย	25%	ชาย	99%
สถานที่เริ่มต้นความสัมพันธ์		ระยะเวลาในการติดต่อออนไลน์ระหว่าง	
ห้องแชทรวม	76%	ผู้กระทำความผิดกับเหยื่อ	
Instant Messenger	10%	1 เดือน หรือน้อยกว่า	27%

²⁶ Janis Wolak, David Finkelhor, and Kimberly Mitchell, "Internet-initiated Sex Crimes against Minors : Implications for Prevention Based on Findings from a National Study", *Journal of Adolescent Health* (2004, 35): 424.e11 – 424.e20.

Characteristics	Internet Initiated	Characteristics	Internet Initiated
อี-เมลล์	5%	มากกว่า 1 หรือ 6 เดือน	48%
อื่นๆ	5%	มากกว่า 6 เดือน	16%
<u>ผู้กระทำความผิดหลอกเหยื่อโดย</u>		<u>ผู้กระทำความผิดใช้อินเทอร์เน็ตเพื่อ</u>	
บอกว่าอายุต่ำกว่า 18 ปี	5%	นำมาซึ่งหัวข้อสนทนาในทางเพศ	80%
บอกอายุต่ำกว่าความเป็น	25%	กับเหยื่อ	
จริงเล็กน้อย		ไซเบอร์เซ็กส์กับเหยื่อ	20%
โกหกเกี่ยวกับลักษณะทาง	26%	ส่งภาพที่แสดงถึงลักษณะทางเพศ	18%
กายภาพหรือสิ่งบ่งชี้ตัวบุคคล		ให้เหยื่อ	
โกหกเกี่ยวกับแรงจูงใจทางเพศ	21%	ส่งภาพผู้ใหญ่ลามกอนาจาร	10%
โกหกเรื่องอื่นๆ	52%	ให้แก่เหยื่อ	
เหยื่อโกหกกว่าอายุ 18 ปี หรือมากกว่า	9%	ส่งภาพเด็กลามกอนาจารให้แก่เหยื่อ	9%
		นัดพบกัน	74%
<u>ความรู้สึกของเหยื่อต่อผู้กระทำความผิด</u>		<u>เกิดการกระทำความผิดทางเพศ</u>	93%
รักและผูกพันใกล้ชิด	50%	เมื่อมีการพบกันระหว่างผู้กระทำ	
		<u>ความผิดกับเหยื่อ</u>	
<u>ช่องทางการติดต่อระหว่างผู้กระทำความผิดกับ</u>		<u>สถานที่ที่พบกันครั้งแรก</u>	
<u>เหยื่อ</u>		สถานที่สาธารณะ	46%
หลายช่องทางผสมกัน	77%	โรงแรมหรือโมเต็ล	13%
ทางโทรศัพท์	79%	บ้านของผู้กระทำความผิด	19%
ทางจดหมาย	19%	บ้านของเหยื่อ	20%
ส่งรูปให้เหยื่อ	48%	อื่นๆ	2%
ให้หรือเสนอเงินหรือของขวัญ	47%	เหยื่อไปที่ใดที่หนึ่งกับผู้กระทำ	83%
แก่เหยื่อ		<u>ความผิด</u>	
		เหยื่อค้างคืนกับผู้กระทำความผิด	41%
		ผู้กระทำความผิดและเหยื่อพบกัน	73%
		มากกว่าหนึ่งครั้ง	

Characteristics	Internet Initiated	Characteristics	Internet Initiated
<u>ลักษณะการกระทำความผิดทางเพศ</u>		<u>เหยื่อถูก</u>	
Noncontact	1%	พาตัวไป (พาไปเป็นระยะทางมากกว่า 50 ฟุต) โดยไม่สมัครใจ	3%
กอดจูบ	3%	กักขังโดยมิชอบด้วยกฎหมาย	8%
ออร์รัลเซ็กส์	18%	ทำร้าย	2%
ร่วมประเวณี	71%		
ใช้ความรุนแรงหรือขู่ว่าจะใช้ความรุนแรง	5%		
ข่มขู่บังคับ	16%		
<u>พฤติการณ์อื่นๆของผู้กระทำความผิด</u>		<u>การแจ้งต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจว่าเหยื่อ</u>	
เสนอหรือให้ยาเสพติดหรือเครื่องดื่มแอลกอฮอล์	40%	หายตัวไป	29%
ให้ดูภาพผู้ใหญ่ลามกอนาจาร	23%	เหยื่อหนีไปกับผู้กระทำความผิด	24%
ให้ดูภาพเด็กลามกอนาจาร	15%		
ถ่ายภาพเหยื่อโดยให้เหยื่อแสดงท่าลามกอนาจาร	21%		

จากตาราง จะเห็นได้ว่าเด็กที่ตกเป้าหมายของอาชญากรรมประเภทนี้เป็นอันดับแรกจะเป็นเด็กหญิงอายุ 13 – 15 ปี (75%) โดยรู้จักกับผู้กระทำความผิดที่เป็นผู้ใหญ่ (76% อายุมากกว่า 25 ปี) ผ่านทางห้องอินเทอร์เน็ตเซทวุม ผู้กระทำความผิดส่วนใหญ่จะไม่ปิดบังเรื่องที่ตนเองมีอายุมากกว่าและสนใจที่จะมีความสัมพันธ์ในลักษณะทางเพศกับเหยื่อ และเหยื่อส่วนใหญ่พบและมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลดังกล่าวมากกว่าหนึ่งครั้ง โดยมีเหยื่อถึง 50% ที่ระบุว่า รักหรือมีความรู้สึกผูกพันใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิด ในกรณีที่เหยื่อเป็นเพศชาย พบว่าผู้กระทำความผิดก็มักเป็นเพศชายเช่นเดียวกัน นอกจากนี้ยังพบว่ามีการใช้ความรุนแรงถึง 5%

สถิติการแจ้งถึงการกระทำที่ไม่เหมาะสมทางอินเทอร์เน็ตโดยเฉพาะอย่างยิ่งการล่อลวงไม่ว่าในรูปแบบที่ก่อให้เกิดความวิตกกังวลหวาดกลัวหรือรูปแบบที่มีลักษณะรุนแรงก้าวร้าว

โดยพยายามติดต่อหรือมีการติดต่อกับเหยื่อทางออนไลน์ เช่น ทางจดหมาย โทรศัพท์ หรืออินเทอร์เน็ต²⁷

ลักษณะการล่วงละเมิด	ปี 2000	ปี 2005
การล่วงละเมิดทุกรูปแบบ		
อายุ		
10 – 12 ปี	10%	5%
13 – 15 ปี	21%	15%
16 – 17 ปี	23%	17%
เพศ		
หญิง	27%	18%
ชาย	12%	8%
การล่วงละเมิดที่ทำให้เหยื่อเกิดความกลัว (Distressing sexual solicitation)		
อายุ		
10 – 12 ปี	5%	3%
13 – 15 ปี	4%	5%
16 – 17 ปี	5%	6%
เพศ		
หญิง	8%	7%
ชาย	2%	2%
การล่วงละเมิดที่มีลักษณะรุนแรง (Aggressive sexual solicitation)		
อายุ		
10 – 12 ปี	1%	1%
13 – 15 ปี	3%	5%
16 – 17 ปี	4%	5%

²⁷ Kimberly J. Mitchell, Janis Wolak, and David Finkelhor, "Trends in Youth Reports of Sexual Solicitations, Harassment and Unwanted Exposure to Pornography on the Internet", *Journal of Adolescent Health* (40, 2007): 116–126.

ลักษณะการล่อลวง	ปี 2000	ปี 2005
เพศ		
หญิง	4%	7%
ชาย	2%	2%

สำหรับประเทศไทย ตัวเลขสถิติคนหายตั้งแต่ต้นปีจนถึงหลังสงกรานต์ เพิ่มขึ้นจากปี 2007 สถานการณ์ปัญหาเป็นห่วงโดยเฉพาะในกลุ่มเด็กและเยาวชนอายุต่ำกว่า 18 ปี ที่ถูกล่อลวงทางเพศ สาเหตุหลักมาจากภัยทางเทคโนโลยี จากการติดเกม ติดเน็ตทางโทรศัพท์และอินเทอร์เน็ต

ตัวเลขสถิติคนหายในช่วงไตรมาสแรกของปี 2551 จนถึงปัจจุบันหลังสงกรานต์ (ณ วันที่ 17 เมษายน 2551) ว่า ได้รับแจ้ง 1,004 ราย แยกเป็นเพศชาย 339 กรณี หญิง 665 กรณี โดยมีสัดส่วนเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี ถึง 71 กรณี เมื่อเปรียบเทียบกับช่วงเวลาเดียวกันของปีที่แล้ว ซึ่งมีจำนวนคนหาย 63 กรณี พบว่ามีการหายตัวไปเพิ่มขึ้นร้อยละ 1

ข้อมูลที่น่าสนใจ คือการหายตัวไปของเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี เพิ่มมากขึ้นถึงร้อยละ 1 หรือเท่ากับ 8 คน โดยในจำนวนนี้ ทางมูลนิธิตามกลับมาได้แล้ว 37 ราย แยกเป็นชาย 4 กรณี หญิง 33 กรณี ทั้งนี้ สาเหตุของการหายตัวไปส่วนใหญ่เกิดจากการถูกล่อลวงทางเพศ²⁸

สิ่งที่น่าเป็นห่วงมากที่สุด คือปัญหาการหายตัวออกจากบ้านของเด็กนับวันจะทวีความรุนแรงมากยิ่งขึ้น ทั้งในเชิงสถิติที่เพิ่มสูงขึ้นและผลกระทบที่ตามมาระหว่างที่เด็กหายตัวออกจากบ้านไป

สาเหตุหลักของการหายตัวไปของเด็กนั้น พบว่า เกิดจากการโดนล่อลวงทางเพศ อันเนื่องมาจากการสนทนาผ่านอินเทอร์เน็ต ที่มีการแลกเปลี่ยนข้อมูล เบอร์โทรศัพท์ อี-เมลล์ จนนำไปสู่การหลอกลวงชิงทรัพย์และมีเพศสัมพันธ์ 274 ราย ตามด้วยการหนีออกจากบ้าน 190 ราย และขาดการติดต่อ 174 ราย สาเหตุของการหายออกจากบ้าน พบว่าเด็กที่หายออกจากบ้านในกรณีที่เชื่อมโยงกับเรื่องอาชญากรรม มักถูกกระทำร้าย ถูกเอารัดเอาเปรียบ ถูกแสวงหา

²⁸ สำนักงานสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ [ออนไลน์], แหล่งที่มา: http://www.nhrc.or.th/news.php?news_id=3541

ผลประโยชน์ และถูกละเมิดสิทธิเสมอ หรือแม้กระทั่งปัญหาความรุนแรงในครอบครัวที่ทำให้เด็กต้องหนีออกจากบ้าน เด็กจำนวนหนึ่งที่ตัดสินใจหนีออกจากบ้านมักก้าวเข้าสู่วังวนแห่งอบายมุข หรือถูกล่อลวงนำไปแสวงหาผลประโยชน์เสมอ อาจกล่าวได้ว่า "เด็ก" ตกเป็นเหยื่อของสังคมทั้งทางตรงและทางอ้อม

นอกจากนี้ ในการเรียนวิชาคอมพิวเตอร์ตามโรงเรียนต่างๆ เด็กนักเรียนมักจะแอบเล่นแชทกันระหว่างที่เรียนวิชาคอมพิวเตอร์ โดยที่ครูผู้สอนควบคุมดูแลไม่ทั่วถึงอีกด้วย

ด้าน นายเอกลักษณ์ หลุ่มชุมแข หัวหน้าศูนย์ข้อมูลคนหายมูลนิธิกระจกเงาได้ลองปลอมเป็นเด็กหญิงอายุ 13 ปี เข้าไปเล่นแชททางอินเทอร์เน็ต ในห้องที่เด็กวัยรุ่นชอบเล่นแชทกัน เพื่อต้องการหาเพื่อนคุย ปรากฏว่า จากการแชท 5 ชั่วโมง มีผู้ชายเข้ามาคุยด้วยถึง 100 คน ส่วนใหญ่พยายามขอเบอร์โทรศัพท์ติดต่อ ขอนัดคุย ขอเจอกันนอกสถานที่ ซึ่งหากเป็นเด็กเยาวชนที่ไม่มีภูมิคุ้มกันทางสภาพจิตใจ อาจจะถูกล่อลวงไปทำเรื่องที่ไม่ดีร้ายอย่างแน่นอน²⁹

2.2 แนวคิดในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกล่อลวงทางอินเทอร์เน็ต

2.2.1 อนุสัญญาสิทธิเด็ก (United Nation Convention on the Rights of the Child 1989)

อนุสัญญาสิทธิเด็กเป็นสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ได้รับความนิยมเห็นชอบมากที่สุดในโลก โดยทุกประเทศในโลกได้ให้สัตยาบัน ยกเว้นประเทศโซมาเลียและสหรัฐอเมริกา โดยประเทศไทยได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับนี้ในปี พ.ศ. 2535 อนุสัญญาฉบับนี้ได้ระบุรายละเอียดของสิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ ไว้ว่าทุกประเทศต้องรับประกันเด็กในประเทศของตน³⁰ ได้แก่

- สิทธิที่จะมีชีวิตรอด – ได้รับการดูแลสุขภาพขั้นพื้นฐาน มีสันติภาพ และความปลอดภัย

²⁹ มูลนิธิกระจกเงา, พม.ตื่นจับมือเจ้าของเว็บ สกัด"เด็กแชท"ถูกล่อลวง [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

http://www.mirror.or.th/autopagev4/show_page.php?group_id=1&auto_id=48&topic_id=156&topic_no=6

³⁰ Unicef, อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (CRC) [online]. Available from:http://www.unicef.org/thailand/tha/overview_5954.html

- สิทธิที่จะได้รับการพัฒนา – มีครอบครัวที่อบอุ่น ได้รับการศึกษาที่ดี และภาวะโภชนาการที่เหมาะสม

- สิทธิที่จะได้รับความคุ้มครอง – ให้รอดพ้นจากการทำร้าย การล่วงละเมิด การละเลย การนำไปขาย การใช้แรงงานเด็ก และการแสวงประโยชน์โดยมิชอบในรูปแบบอื่นๆ

- สิทธิที่ในการมีส่วนร่วม – ในการแสดงความคิดเห็น แสดงออก การมีผู้รับฟัง และมีส่วนร่วมในการตัดสินใจในเรื่องที่มีผลกระทบต่อตนเอง

โดยอนุสัญญาฉบับนี้ได้บัญญัติถึงการคุ้มครองและปกป้องเด็กจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบและการละเมิดทางเพศไว้โดยเฉพาะ ในข้อที่ 34³¹

“รัฐภาคีต้องดำเนินการในการปกป้องและคุ้มครองเด็กจากการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบและการละเมิดทางเพศต่อเด็กในทุกรูปแบบ เพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์ รัฐภาคีต้องกำหนดมาตรการที่เหมาะสมทั้งในระดับชาติ ทวิภาคี และพหุภาคี เพื่อป้องกัน

(a) การชักจูงหรือขู่บังคับให้เด็กมีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำกิจกรรมทางเพศที่มิชอบด้วยกฎหมาย

(b) การใช้เด็กเพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบด้วยกฎหมายในการค้าประเวณี หรือการปฏิบัติในทางเพศที่มิชอบด้วยกฎหมายในรูปแบบอื่นต่อเด็ก

(c) การใช้เด็กเพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบด้วยกฎหมายในการแสดงหรือวัตถุเนื้อหาลามกอนาจารเกี่ยวกับเด็ก

³¹ Article 34

States Parties undertake to protect the child from all forms of sexual exploitation and sexual abuse. For these purposes, States Parties shall in particular take all appropriate national, bilateral and multilateral measures to prevent:

(a) The inducement or coercion of a child to engage in any unlawful sexual activity;
 (b) The exploitative use of children in prostitution or other unlawful sexual practices;
 (c) The exploitative use of children in pornographic performances and materials.

โดยรัฐต้องเคารพและประกันให้เด็กทุกคนได้รับสิทธิ และดำเนินมาตรการทั้งปวง เพื่อให้การปฏิบัติเป็นไปตามสิทธิที่ระบุไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก รวมทั้งการแก้ไขนโยบาย กฎหมาย ระเบียบต่างๆ ให้เด็กได้เข้าถึงสิทธิที่เด็กควรได้รับตามบริการของรัฐ สิ่งที่สำคัญคือ ตัวเด็กเองก็ควรที่จะได้รับรู้สิทธิของพวกเขา และสร้างให้เกิดความร่วมมือของทุกภาคส่วนที่จะทำให้เรื่องสิทธินี้เกิดขึ้นและปฏิบัติได้จริง และรักษาสีตินี้ให้คงอยู่เพื่อเป็นมาตรฐานที่ดีในการ ดำรงชีวิตของเด็กด้วย

จะเห็นได้ว่า แม้ว่าประเทศไทยจะได้เป็นภาคีในอนุสัญญาสิทธิเด็กแล้วก็ตาม แต่ดำเนินการให้เป็นไปตามข้อบัญญัติอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเป็นเพียงหน้าที่ในภาพรวมของ รัฐภาคีเท่านั้น คือ แก้ไขนโยบาย กฎหมาย ระเบียบต่างๆ เพื่อให้เด็กได้เข้าถึงสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองและปกป้องจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศโดยมิชอบและการละเมิดทางเพศ แต่มาตรการบังคับใช้ยังคงเป็นปัญหา และการคุ้มครองและปกป้องที่แท้จริงยังไม่เกิดขึ้น

2.2.2 Convention on the Protection of children against sexual exploitation and sexual abuse³²

อนุสัญญาของ Council of Europe ฉบับนี้เป็นสัญญาที่ตีพิมพ์ถึงพันธกิจ ของรัฐบาลในภูมิภาคยุโรปที่ร่วมมือกันรับมือกับปัญหาการละเมิดทางเพศต่อเด็ก ซึ่งอนุสัญญานี้ เป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศฉบับแรกที่มุ่งเข้าไปที่ประเด็นการละเมิดทางเพศต่อเด็กโดยเฉพาะ

วัตถุประสงค์ของ Convention on the Protection of children against sexual exploitation and sexual abuse คือ

³² Article 23 – Solicitation of children for sexual purposes

Each Party shall take the necessary legislative or other measures to criminalise the intentional proposal, through information and communication technologies, of an adult to meet a child who has not reached the age set in application of Article 18, paragraph 2, for the purpose of committing any of the offences established in accordance with Article 18, paragraph 1a, or Article 20, paragraph 1a, against him or her, where this proposal has been followed by material acts leading to such a meeting.

(1) ป้องกันและต่อต้านการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบโดยการกฎหมายในทางเพศ และการละเมิดทางเพศต่อเด็ก

(2) ปกป้องสิทธิของเด็กที่ตกเป็นเหยื่อในการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบด้วยกฎหมายในทางเพศและการละเมิดทางเพศต่อเด็ก

(3) ส่งเสริมให้เกิดความร่วมมือทั้งในระดับประเทศและระหว่างประเทศที่รวดเร็ว และบรรลุเป้าหมายของอนุสัญญา

อีกทั้งอนุสัญญานี้ได้กำหนดให้การล่วงละเมิดเด็กโดยอาศัยเทคโนโลยีสารสนเทศ เป็นเครื่องมือ เพื่อวัตถุประสงค์ในทางเพศ เป็นความผิดอาญาด้วย ดังที่บัญญัติใน Article 23

Article 23 การชักจูงเด็กโดยมีวัตถุประสงค์ในทางเพศ

“รัฐภาคีต้องบัญญัติกฎหมายหรือมาตรการอื่นเพื่อทำให้เป็นความผิดทางอาญา ซึ่งการกระทำโดยเจตนาที่อาศัยเทคโนโลยีการติดต่อสื่อสารและข้อมูลข่าวสาร ทำให้ผู้ใหญ่ได้พบกับเด็กที่มีอายุไม่ถึงตามที่กำหนดไว้ใน Article 18 วรรคสอง โดยการพบกันดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อการกระทำความผิดต่อเด็กตามที่บัญญัติไว้ใน Article 18 วรรค 1a หรือ Article 20 วรรค 1a โดยในการกระทำนั้นต้องมีการกระทำที่มีนัยสำคัญซึ่งจะนำไปสู่การพบกันดังกล่าว”

โดยการกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดในกรณีการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบด้วยกฎหมายต่อเด็กตามอนุสัญญา เช่น

- การขู่บังคับให้เด็กค้าประเวณีหรือได้ประโยชน์จากการค้าประเวณีดังกล่าว หรือแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบด้วยกฎหมายต่อเด็กโดยวิธีการอื่นในทำนองเดียวกัน

- การขู่บังคับ, การใช้กำลัง, หรือการข่มขู่, การให้เงินหรือรางวัลในรูปแบบอื่น เพื่อให้เด็กเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศ หรือการให้สิ่งตอบแทนเพื่อเป็นการแลกเปลี่ยนให้เด็กเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศ

- การใช้ความไว้วางใจ, อำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย, หรืออำนาจชักจูง เป็นเครื่องมือในการละเมิดทางเพศต่อเด็ก

กลุ่มประเทศในภูมิภาคยุโรปให้ความสำคัญกับการปกป้องและคุ้มครองสิทธิเด็ก ซึ่งเห็นได้จากการดำเนินโครงการ 'Building a Europe for and with Children' ของ Council of Europe ซึ่งเป็นผลจากการความร่วมมือของผู้นำรัฐบาลในแต่ละประเทศเพื่อยกระดับการปกป้องและคุ้มครองสิทธิเด็กในภูมิภาคยุโรป โดยหนึ่งในเป้าหมายของโครงการนี้ คือ ความพยายามที่จะต่อสู้และกำจัดความรุนแรงต่อเด็กในทุกรูปแบบ ทั้งที่บ้าน, โรงเรียน, สิ่งแวดล้อมภายในครอบครัว, พื้นที่ที่อยู่อาศัย, ชุมชน, สื่อสารมวลชน และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในไซเบอร์สเปซ การแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบด้วยกฎหมายและการละเมิดทางเพศต่อเด็กก็เป็นความรุนแรงต่อเด็กรูปแบบหนึ่ง ซึ่งจากโครงการนี้เองทำให้เกิดผลผลิต คือ Convention on the Protection of children against sexual exploitation and sexual abuse อันเป็นเครื่องมือในการต่อสู้และกำจัดความรุนแรงในทางเพศต่อเด็กที่อยู่ในภูมิภาคยุโรป

อนุสัญญาฉบับนี้แตกต่างจากอนุสัญญาสิทธิเด็กอย่างเห็นได้ชัด เนื่องจากอนุสัญญาฉบับนี้ได้บัญญัติถึงการละเมิดทางเพศต่อเด็ก โดยมีการบัญญัติให้การล่วงละเมิดโดยอาศัยเทคโนโลยีการติดต่อสื่อสาร ไม่ว่าจะโดยเทคโนโลยีทางอินเทอร์เน็ต หรือแม้แต่โทรศัพท์มือถือก็ตามเป็นความผิดอาญาไว้โดยเฉพาะ ซึ่งรัฐภาคีมีหน้าที่ต้องบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดตามกฎหมาย ในขณะที่อนุสัญญาสิทธิเด็กเป็นเพียงกรอบที่กำหนดหน้าที่ในการคุ้มครองเด็กในภาพรวมเท่านั้น คือ เป็นเพียงการแก้ปัญหาในเชิงนโยบายเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามอนุสัญญาฉบับนี้มีผลใช้บังคับเฉพาะกับรัฐภาคีที่เป็นสมาชิกใน Council of Europe เท่านั้น

2.2.3 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

รัฐธรรมนูญได้กำหนดสิทธิในการได้รับบริการสาธารณสุขและสวัสดิการจากรัฐของประชาชนตามมาตรา 53 วรรคหนึ่ง ดังนี้

“เด็ก เยาวชน และบุคคลในครอบครัวมีสิทธิได้รับความคุ้มครองโดยรัฐจากการใช้ความรุนแรงและการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม”

อีกทั้งยังได้กำหนดแนวนโยบายพื้นฐานของรัฐที่ต้องคุ้มครองเด็กและเยาวชนไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ตามมาตรา 80 ดังนี้

“รัฐต้องคุ้มครองและพัฒนาเด็กและเยาวชน ส่งเสริมความเสมอภาคของหญิงและชาย เสริมสร้างและพัฒนาความเป็นปึกแผ่นของครอบครัวและความเข้มแข็งของชุมชน”

รัฐจึงมีหน้าที่ในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนตามแนวนโยบายพื้นฐานของรัฐจาก ความรุนแรงไม่ว่าในรูปแบบใดก็ตาม โดยเฉพาะอย่างยิ่งความรุนแรงในทางเพศ และตามอนุสัญญาสิทธิเด็กที่ประเทศไทยได้ลงนามเป็นสมาชิก ประเทศไทยจึงมีหน้าที่ที่จะต้อง ดำเนินการในการปกป้องและคุ้มครองเด็กจากการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบและการละเมิด ทางเพศต่อเด็กในทุกรูปแบบตามอนุสัญญา ซึ่งในปัจจุบันมีการใช้อินเทอร์เน็ตและการสื่อสาร ทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นช่องทางในการล่อลวงเด็กและเยาวชน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการกระทำ หรือละเมิดในทางเพศอย่างแพร่หลาย รัฐจึงจำเป็นต้องหามาตรการในการปกป้องและคุ้มครอง เด็กมิให้เกิดอันตรายและความเสียหายต่อเด็กและเยาวชน แต่ในปัจจุบันไม่ปรากฏว่ามีมาตรการ ใดที่เป็นการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกล่อลวงทางเพศ โดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือ การสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือแต่อย่างใด

2.3 กฎหมายไทยที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดฐานล่อลวงเด็กและเยาวชนโดยอาศัย อินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ

รัฐมีหน้าที่ในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนตามแนวนโยบายพื้นฐานของรัฐจาก ความรุนแรงไม่ว่าในรูปแบบใดก็ตาม โดยเฉพาะอย่างยิ่งความรุนแรงในทางเพศ ซึ่งในปัจจุบัน มีการใช้อินเทอร์เน็ตและการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นช่องทางในการล่อลวงเด็กและเยาวชน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการกระทำหรือละเมิดในทางเพศ แต่กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในประเทศไทย นั้นกลับไม่มีบทบัญญัติใดที่สามารถคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการกระทำความผิดดังกล่าวได้ เนื่องจาก กฎหมายที่สามารถนำมาปรับใช้กับกรณีการล่อลวงเด็กและเยาวชนในทางเพศโดยอาศัย อินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือนั้นมีเพียงกฎหมายอาญา ซึ่งในการ ปรับใช้กฎหมายนั้นจะต้องมีการละเมิดทางเพศต่อเด็กและเยาวชนเสียก่อน จึงจะเป็นความผิด ซึ่งไม่เป็นไปตามแนวนโยบายและสิทธิที่เด็กและเยาวชนต้องได้รับความคุ้มครองจากรัฐที่

รัฐธรรมนูญรับรอง เพราะการต้องให้เกิดความเสียหายเกิดขึ้นแก่เด็กเสียก่อนย่อมมิใช่การให้ความคุ้มครองเด็กและเยาวชนแน่นอน เพราะการคุ้มครองเด็กและเยาวชนที่แท้จริงนั้นจะต้องเป็นการคุ้มครองโดยยับยั้งหรือป้องกันมิให้การกระทำดังกล่าวเกิดขึ้นแก่เด็กและเยาวชน

กฎหมายไทยที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดฐานล่อลวงเด็กและเยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ สามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

2.3.1 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ห้ามมิให้กระทำการใดๆ อันเป็นการบังคับ ชูเชิญ ใช้อัด ชักจูง ยุยง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กแสดงหรือกระทำการอันมีลักษณะลามกอนาจาร ไม่ว่าจะนำไปเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าตอบแทนหรือเพื่อการใดก็ตาม ตามมาตรา 26

ไม่ว่าจะเป็นการบังคับ ชูเชิญ ใช้อัด ชักจูง ยุยง ส่งเสริม ก็ตาม เป็นการที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจเหนือจิตใจของเด็กจนสามารถโน้มน้าวให้เด็กกระทำการอันมีลักษณะลามกอนาจารได้ ซึ่งการกระทำดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการล่อลวงให้เด็กกระทำการนั่นเอง จะเห็นได้ว่าความผิดฐานนี้สามารถเอาผิดกับผู้กระทำการในลักษณะดังกล่าวได้แม้ว่าการกระทำลามกอนาจารจะยังไม่เกิดขึ้นก็ตาม กล่าวคือ เพียงแค่มีการชักจูงโดยเจตนา เพื่อให้เด็กกระทำการอันมีลักษณะลามกอนาจารก็เป็นความผิดตามมาตรานี้แล้ว

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัตินี้ก็ยังมีข้อจำกัดอยู่ที่ว่า การกระทำอันมีลักษณะลามกอนาจารนั้น มีขอบเขตกว้างมากน้อยเพียงใด

คำว่า “ลามก” นั้นไม่มีการให้คำจำกัดความหมาย แต่เมื่อเทียบกับมาตรา 287 ความผิดฐานเผยแพร่วัตถุอันลามก อาจกล่าวได้ว่าสิ่งลามกคือ สิ่งที่น่าอัปยศในทางเพศต่อหูตา น่าอูจาตบัตลี

ส่วน “การกระทำอนาจาร” หมายถึง การกระทำใดๆ ที่ล่วงเกินบุคคลอื่นในทางประเวณีหรือความใคร่ ซึ่งการกระทำนั้นยังไม่ถึงขั้นกระทำชำเรา การกระทำอนาจารจึงเป็นการกระทำต่อเนื้อตัว ร่างกาย ของผู้อื่น อันมีลักษณะทำให้เกิดความอับอายในทางเพศ

ดังนั้นในกรณีที่มีการกระทำอันเป็นการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เด็กร่วมกิจกรรมทางเพศ เช่น การร่วมประเวณี ซึ่งเกินกว่า “การกระทำอันมีลักษณะลามกอนาจาร” เสียแล้ว ความผิดที่จะลงแก่ผู้กระทำการดังกล่าวตามมาตรา ๒๖๖ ย่อมไม่เหมาะสมเนื่องจากโทษที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดตามมาตรา ๒๖๖ นี้เบาเกินไป คือ จำคุกไม่เกิน 3 เดือน หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

นอกจากนี้ บทบัญญัติตามมาตรา 26 ไม่ได้จำกัดว่าเป็นการชักจูงในบริบทใด จึงน่าจะหมายถึงการกระทำทั้งในโลกออฟไลน์และโลกออนไลน์ แต่ตามมาตรา 26 ไม่ได้ให้ความหมายหรือลักษณะการกระทำที่ถือได้ว่าเป็นการชักจูงที่ชัดเจน ซึ่งในกรณีที่เป็นการกระทำในโลกออนไลน์นั้น ย่อมมีความซับซ้อนมากกว่าในโลกออฟไลน์ อาจมีผลทำให้การที่จะถือว่าการกระทำอันใดมีลักษณะเข้าข่ายเป็นการชักจูงนั้นมีปัญหาในการดำเนินคดีได้

2.3.2 ประมวลกฎหมายหมายอาญา

หลักกฎหมายในประมวลกฎหมายอาญาซึ่งสามารถนำมาปรับใช้เพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกล่วงละเมิดโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ นั้น สามารถแบ่งออกเป็นกลุ่มฐานความผิดได้ดังนี้

- (1) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา
- (2) ความผิดฐานกระทำอนาจาร
- (3) ความผิดฐานพรากผู้เยาว์

2.3.2.1 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เป็นความผิดที่เกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำที่ล่วงเลยมาถึงขั้นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศของผู้อื่น

ในขณะที่การล่อลวงเด็กในทางเพศสามารถเกิดขึ้นได้ แม้จะยังไม่มีการกระทำที่ถึงขั้นสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศของผู้อื่น เช่นนี้ผู้ที่กระทำการอันเป็นการล่อลวงเด็ก โดยมีเจตนาที่จะละเมิดทางเพศในอนาคตย่อมไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เนื่องจากยังไม่มีการกระทำใดที่ใกล้ชิดกับการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศของผู้อื่น

แม้ว่าในปัจจุบันจะได้มีการแก้ไขบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราให้กว้างมากยิ่งขึ้น โดยบัญญัติให้การใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราด้วยก็ตาม แต่การแก้ไขดังกล่าวก็ยังไม่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงใดๆ ในการคุ้มครองเด็กจากการถูกล่อลวงในทางเพศ เนื่องจากต้องมีการกระทำที่ใกล้ชิดกับการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น จึงจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ดังนั้น ในกรณีที่สืบทราบหรือพบเห็นการกระทำที่เป็นการล่อลวงเด็กในทางเพศ ก่อนที่จะมีการละเมิดทางเพศต่อเด็กเกิดขึ้น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราดังกล่าวย่อมไม่สามารถนำมาปรับใช้กับพวกล่อลวงเด็กได้เลย

2.3.2.2 ความผิดฐานกระทำอนาจาร

สามารถแยกออกได้เป็น 2 กรณี กล่าวคือ

1) กรณีที่มีการกระทำอนาจารเกิดขึ้นแล้ว

2) กรณีที่มีการพาไป โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกระทำอนาจาร แต่การกระทำดังกล่าวยังมิได้เกิดขึ้น

กรณีที่มีการกระทำอนาจารเกิดขึ้นแล้ว

มีการกระทำใดๆ ที่ล่วงเกินบุคคลอื่นในทางประเวณีหรือความใคร่ ซึ่งการกระทำนั้นยังไม่ถึงขั้นกระทำชำเรา การกระทำอนาจารจึงเป็นเพียงการกระทำต่อเนื้อตัว ร่างกาย ของผู้อื่น อันมีลักษณะทำให้เกิดความอับอายในทางเพศเท่านั้น

แต่อย่างไรก็ตาม การล่อลวงเด็กในทางเพศโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ นั้น เป็นการสื่อสารผ่านตัวกลาง คือ คอมพิวเตอร์ หรือแม้แต่อุปกรณ์สื่อสารอื่นๆ ดังนั้นการที่จะเกิดการกระทำต่อเนื้อตัว ร่างกาย ของเด็กในทางเพศ อันมีลักษณะทำให้เกิดความอับอายในทางเพศนั้นย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ การที่จะใช้ความผิดฐานกระทำอนาจารเอาผิดกับพวกล่อลวงเด็กจำเป็นต้องมีการกระทำที่ใกล้ชิดกับการกระทำต่อเนื้อตัว ร่างกายของเด็ก อันมีลักษณะทำให้เกิดความอับอายในทางเพศ แต่หากปล่อยเวลาให้ล่วงเลยไปถึงขั้นนั้น การคุ้มครองเด็กจากการถูกละเมิดทางเพศย่อมไม่ก่อให้เกิดผลอันใด

ดังนั้น ในกรณีที่สืบทราบหรือพบเห็นการกระทำที่เป็นการล่อลวงเด็กในทางเพศ ก่อนที่จะมีการละเมิดทางเพศต่อเด็กเกิดขึ้น ความผิดฐานกระทำอนาจารดังกล่าวย่อมไม่สามารถนำมาปรับใช้กับพวกล่อลวงเด็กได้เลย

กรณีที่มีการพาไป โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกระทำอนาจาร แต่การกระทำดังกล่าวยังมิได้เกิดขึ้น

การกระทำที่เป็นความผิดในกรณีนี้ต้องมีการกระทำคือ การพาไป โดยมีมูลเหตุชักจูงใจเพื่อการอนาจาร แม้ผู้ถูกพาไปจะยินยอม ก็เป็นความผิด

นอกจากนี้ยังมีกรณีที่ถูกล่อลวงโดยไม่ยินยอม โดยใช้อุบายหลอกลวง ชูเชิญ ใช้กำลังประทุษร้ายใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือใช้วิธี ช่มชู้ใจด้วยประการอื่นใด อีกด้วย

กรณีนี้จะแตกต่างจากกรณีที่มีการกระทำจนอาจเกิดขึ้นแล้ว กล่าวคือ ในกรณีนี้จะมีชั้นการกระทำความผิดที่น้อยกว่า โดยไม่จำเป็นต้องมีการกระทำที่ใกล้ชิดกับการกระทำต่อเนื้อตัว ร่างกายของเด็ก อันมีลักษณะทำให้เกิดความอับอายในทางเพศ เพียงแต่มีการพาไปซึ่งตัวเด็ก โดยมีมูลเหตุจูงใจเพื่อกระทำอนาจารต่อเด็กก็เป็นความผิดแล้ว

โดยปกติการล่อลวงเด็กโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ เมื่อเด็กเกิดความเชื่อใจและไว้ใจพวกล่อลวงเด็กแล้ว สิ่งที่จะตามมาคือการนัดพบกันและพาไปเพื่อกระทำละเมิดทางเพศ ดังนั้น ในกรณีเช่นนี้หากมีการสืบทราบหรือพบเห็นการกระทำที่เป็นการล่อลวงเด็กในทางเพศ และมีการกระทำที่ถึงขั้นพาเด็กไปเพื่อกระทำอนาจาร ความผิดฐานนี้ย่อมสามารถนำมาปรับใช้ได้

แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพวกล่อลวงเด็กและเด็กนัดพบและเจอกันแล้ว การที่จะแยกแยะว่าเป็นการพบกันโดยมีมูลเหตุจูงใจเพื่อกระทำอนาจารหรือไม่ ย่อมเป็นไปได้ยาก เพราะเมื่อพวกล่อลวงเด็กและเด็กอยู่ในพื้นที่เดียวกันแล้ว สิ่งที่จะบ่งชี้ถึงเจตนาย่อมจะหาได้ยาก ดังนั้นการนำฐานความผิดนี้มาปรับใช้จึงมีปัญหาว่าจะสามารถนำมาปรับใช้ได้มากน้อยเพียงใด เนื่องจากข้อจำกัดในเรื่องความชัดเจนของมูลเหตุจูงใจนั่นเอง

2.3.2.3 ความผิดฐานพรากผู้เยาว์

การที่จะเป็นความผิดฐานนี้จะต้องมีการกระทำที่เป็นการเอาไปหรือพาไปหรือแยกเด็กออกจากความชอบธรรมของผู้อื่นที่ปกครองดูแลเด็กนั้น การชักชวนและเด็กไปโดยสมัครใจก็เป็นพรากอย่างหนึ่งเช่นกัน

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า การล่อลวงเด็กโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ เมื่อเด็กเกิดความเชื่อใจและไว้ใจพวกล่อลวงเด็กแล้ว สิ่งที่จะตามมาคือ การนัดพบกันและพาไปเพื่อกระทำละเมิดทางเพศ การที่เด็กออกมาเพื่อพบกับพวกล่อลวงเด็กน่าจะถือได้ว่าเป็นแยกเด็กออกจากความชอบธรรมของผู้อื่นที่ปกครองดูแลเด็กนั้นแล้ว ไม่ว่าจะ มีมูลเหตุจูงใจเพื่อกระทำอนาจารหรือละเมิดทางเพศหรือไม่ก็ตาม ความผิดฐานนี้จึงสามารถนำมาปรับใช้กับการกระทำของพวกล่อลวงเด็กได้

แต่อย่างไรก็ตามการนำความผิดฐานนี้มาปรับใช้ การกระทำที่ถือว่าเป็นความผิด คือ การพาไปหรือแยกเด็กจากอำนาจปกครองเท่านั้น ทั้งที่พวกล่อลวงเด็กมีเจตนาที่แท้จริงคือ การล่อลวงละเมิดทางเพศต่อเด็กซึ่งร้ายแรงยิ่งกว่า ความผิดฐานนี้จึงเป็นเพียงความผิดโดยทั่วไปเท่านั้น ซึ่งไม่สามารถใช้เป็นมาตรการในการป้องกันเด็กจากการถูกล่อลวงละเมิดทางเพศได้

2.3.3 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ที่ตราขึ้นไม่สามารถนำมาปรับใช้กับกรณีการล่อลวงเด็กและเยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือ การสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือได้โดยตรง แต่การกระทำบางอย่างในการล่อลวงเด็ก และเยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นสื่ออันอาจเป็นความผิด ตามพระราชบัญญัตินี้ได้ ซึ่งสามารถแยกฐานความผิดได้ ดังนี้

2.3.3.1 ความผิดของผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยกระทำการอันเป็นการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะ อันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ รวมถึงเผยแพร่หรือส่งต่อ ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะอันลามกและ ข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ ตามมาตรา 14

ความผิดฐานนี้เป็นการนำเอาข้อมูล ข้อความทุกอย่างที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ รวมทั้งคำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใดด้วยหากอยู่ในระบบคอมพิวเตอร์และอยู่ในสภาพที่ระบบ คอมพิวเตอร์อาจประมวลผลได้ และมีลักษณะอันลามกเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ ซึ่งก็มีปัญหาว่า ขอบเขตของลักษณะอันลามกนั้นกว้างมากน้อยเพียงใด

แต่เนื่องจาก คำว่า “ลามก” เป็นคำสามัญที่ไม่มีกรณนิยามศัพท์ แต่เป็นคำที่ใช้ เป็นองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 ซึ่งเป็นความผิดฐานเผยแพร่ วัตถุอันลามก³³ ซึ่งศาสตราจารย์จิตติ อธิบายถึงวัตถุการกระทำอันเป็นสิ่งลามกคือ เป็นสิ่งที่ น่าอัปอายในทางเพศต่อหูดตา น่าอูจาดบัดสี ตรงกันข้ามกับสิ่งที่เป็นศิลปะอันแสดงถึงความงาม

³³ พจนานุกรมศัพท์, คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550, (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลยุติธรรม 2550).

และฝีมือของศิลปิน ศิลปะหรือลามกพิจารณาตามความรู้สึกของวิญญูชนผู้มีใจเคร่งครัดต่อจารีตประเพณี โดยไม่ยอมเปลี่ยนแปลงไปตามสมัยของโลก

ข้อความต่างๆ ที่ได้บรรยายถึงการร่วมประเวณีของชายและหญิงอย่างชัดเจนละเอียดลออ โดยบรรยายถึงอารมณ์ของชายและหญิงในทางยั่วยุกามารมณ์ แม้จะมีได้ใช้ถ้อยคำหยาบคายก็ถือได้ว่าเป็นข้อความอันลามก

ดังนั้นข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดจะเข้าองค์ประกอบความผิด “ลามก” หรือไม่ จึงใช้มาตรฐานเดียวกันกับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287 ดังกล่าว³⁴

นอกจากข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นมีลักษณะอันลามกแล้ว ยังต้องเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้อีกด้วย ดังนั้นหากเป็นการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ของตนโดยเฉพาะที่ไม่ได้ประสงค์จะให้ผู้ใดเข้าถึง ก็ย่อมไม่เป็นความผิดตามมาตรานี้ แต่หากนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์และเผยแพร่ไปสู่บุคคลภายนอก เช่นนี้การกระทำดังกล่าวย่อมเป็นความผิดตามมาตรา 14 (4)

ในกรณีที่มีการเผยแพร่หรือส่งต่อในระบบคอมพิวเตอร์ โดยรู้อยู่แล้วว่าข้อมูลดังกล่าวที่เผยแพร่ นั้นเป็นข้อมูลที่มีลักษณะลามก ซึ่งความผิดฐานนี้หากเป็นการส่งต่อทางกายภาพ เช่น การส่งดีสเก็ตต์ หรือสิ่งพิมพ์ออก (printout) จะไม่เป็นความผิด

การล่อลวงเด็กและเยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตและการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ นั้น อาจมีการใช้วิธีการให้เด็กดูภาพลามกอนาจารที่โพสต์ไว้หรืออ่านข้อความเกี่ยวกับเรื่องเพศ เช่น การร่วมประเวณีกันระหว่างชายหญิง เป็นต้น ในเว็บเพจของตนหรือส่งภาพหรือข้อความดังกล่าวแก่เด็ก การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการนำเข้า

³⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 3510/2531 ภาพหญิงยืนเปลือยกายกอดชาย ภาพหญิงสวมแต่กางเกงในโปรงตา มีผู้ชายนอนกอดมือโอบบริเวณทรวงอก ภาพหญิงยืนเปลือยกายท่อนบนใช้มือจับหูโทรศัพท์ที่อวัยวะเพศ ภาพหญิงเปลือยกายมีแผลลุมตัว มือข้างหนึ่งกุมทรวงอกอีกข้างหนึ่งกุมอวัยวะเพศ ภาพหญิงเปิดเสื้อให้เห็นนม ล้วงมือเข้าไปในกระโปรง ภาพหญิงเปลือยอกสวมกางเกงในมือล้วงไปที่อวัยวะเพศ และภาพหญิงเปลือยอกสวมกางเกงขาสั้น มือหนึ่งล้วงไปที่อวัยวะเพศ ภาพดังกล่าวแม้ไม่เห็นอวัยวะเพศชัดเจน แต่มีลักษณะสื่อไปในด้านยั่วยุกามารมณ์ และภาพหญิงเปลือยตลอดร่าง ซึ่งพอเห็นอวัยวะเพศได้บ้างถือได้ว่าเป็นภาพลามก มิใช่ภาพศิลปะที่แสดงถึงส่วนสัดความสมบูรณ์ของร่างกาย

ข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามกสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้น ประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ หรือเผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็น ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะอันลามก ซึ่งเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติฉบับนี้

2.3.3.2 ความผิดของผู้ให้บริการการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ ที่ตั้งใจสนับสนุน หรือยินยอมให้มีการกระทำความผิดตามมาตรา 14 ในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตน ตามมาตรา 15

คำว่า “ ผู้ให้บริการ ” หมายถึงผู้ให้บริการแก่บุคคลอื่นในการเข้าสู่อินเทอร์เน็ต หรือให้สามารถติดต่อถึงกันโดยประการอื่นโดยผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ (service provider) ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นการให้บริการในนามของตนเองหรือในนามหรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น และ ยังหมายความรวมถึงผู้ให้บริการเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น ดังนี้ ผู้ให้บริการย่อมหมายถึงบุคคลประเภทต่างๆ ต่อไปนี้³⁵ คือ

(1) ผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมไม่ว่าโดยระบบโทรศัพท์ ระบบดาวเทียม ระบบ วงจรเช่า หรือบริการสื่อสารไร้สาย

(2) ผู้ให้บริการการเข้าถึงการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์คอมพิวเตอร์ไม่ว่าโดย อินเทอร์เน็ต ทั้งผ่านสายและไร้สาย หรือในการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์คอมพิวเตอร์ภายในที่ เรียกว่าอินเทอร์เน็ตที่จัดตั้งขึ้นในเฉพาะองค์กรหรือหน่วยงาน

(3) ผู้ให้บริการเช่าระบบคอมพิวเตอร์ หรือให้เช่าบริการโปรแกรมประยุกต์

ส่วนผู้ให้บริการเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อประโยชน์แก่บุคคลอื่นตาม (2) นั้น ย่อมหมายถึงผู้ให้บริการข้อมูลคอมพิวเตอร์ผ่าน application ต่างๆ ที่เรียกว่า content provider เช่น ผู้ให้บริการ web board หรือ web service เป็นต้น

³⁵ อ้างแล้ว

ผู้ให้บริการที่จะมีความผิดฐานนี้ ต้องรู้ว่ามีกรกระทำผิดตามมาตรา 14 เช่น มีการเตือนหรือแจ้งให้ทราบแล้วว่า ข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นเป็นความผิดต่อกฎหมาย ตามบทบัญญัติมาตรา 14 เมื่อผู้ให้บริการยังปล่อยให้มีการเผยแพร่ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็น ความผิดในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตน ก็จะได้ถือว่าเป็นการจงใจสนับสนุน หรือยินยอมให้มีการกระทำผิด

อย่างไรก็ตาม ผู้ให้บริการหรือผู้ใดก็ตามหากมีการกระทำอันเป็นการสนับสนุน หรือยินยอมให้มีการกระทำผิดตามมาตรา 14 ไม่ว่าจะในระบบคอมพิวเตอร์ของตนหรือของ ผู้ใดก็ตามก็ต้องรับผิดชอบหลักเรื่องตัวการ หรือผู้สนับสนุนตามหลักในประมวลกฎหมายอาญาได้

ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ผู้ให้บริการการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ มีหน้าที่เก็บรักษาข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ไว้ไม่น้อย กว่าเก้าสิบวันนับแต่วันที่ข้อมูลนั้นเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ แต่ในกรณีจำเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่จะ สั่งให้ผู้ให้บริการเก็บรักษาข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ไว้เกินเก้าสิบวันแต่ไม่เกินหนึ่งปีเป็นกรณี พิเศษเฉพาะรายและเฉพาะคราวก็ได้

ผู้ให้บริการต้องเก็บข้อมูลที่แสดงรายการให้เห็นถึงการติดต่อสื่อสารผ่านระบบ คอมพิวเตอร์ซึ่งจะแสดงถึงแหล่งกำเนิด เช่น IP address ชื่อที่อยู่ของผู้ใช้ ข้อมูลของผู้ให้บริการ (service provider) วันเวลาของการส่งข้อมูล และข้อมูลทุกประเภทที่เกิดจากการสื่อสารผ่านระบบ

นอกจากนี้ ต้องเก็บรักษาข้อมูลของผู้ใช้บริการเท่าที่จำเป็นเพื่อให้สามารถระบุตัว ผู้ใช้บริการนับตั้งแต่เริ่มใช้บริการและต้องเก็บรักษาไว้เป็นเวลาไม่น้อยกว่าเก้าสิบวันนับตั้งแต่ การใช้บริการสิ้นสุดลง ซึ่งเป็นข้อมูลที่บันทึกถึงตัวตนของบุคคลในการเข้าใช้บริการทางเครือข่าย ของผู้ให้บริการ ไม่ว่าจะเป็นชื่อ สกุล รหัส เลขประจำตัว user name หรือ pin code ใดๆ ด้วย

การที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 กำหนดให้การนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้น ประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ เข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ และเผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ ทั้งที่รู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลอันมีลักษณะดังกล่าว ซึ่งในพระราชบัญญัตินี้ก็ได้กำหนดวิธีพิจารณา

ความอาญาบางประการเป็นพิเศษซึ่งแตกต่างจากจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ดังนี้ เมื่อมีการกระทำซึ่งเป็นส่วนหนึ่งในการล่อลวงเด็กและเยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือ การสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นสื่ออันเป็นการกระทำที่เป็นความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ จึงต้องนำวิธีการที่กำหนดไว้มาบังคับใช้กับคดีนั้นๆ

จากพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 จะเห็นได้ว่า มีกฎหมายในส่วนวิธีสบัญญัติซึ่งกำหนดไว้เพิ่มเติมจากกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องและ สามารถนำมาปรับกับคดีล่อลวงเด็กและเยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสาร ทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ โดยให้อำนาจแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ เพื่อประโยชน์ในการสืบสวน สอบสวนอย่างหนึ่งอย่างใดรวม 8 ประการ นอกเหนือจากอำนาจตามประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 รูปแบบ กล่าวคือ

1) การใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่ต้องขออนุญาตศาล

- มีหนังสือสอบถามหรือเรียกบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดตาม พระราชบัญญัตินี้มาเพื่อให้ถ้อยคำ ส่งคำชี้แจงเป็นหนังสือ หรือส่งเอกสาร ข้อมูล หรือหลักฐานอื่น ใดที่อยู่ในรูปแบบที่สามารถเข้าใจได้

- เรียกข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์จากผู้ให้บริการเกี่ยวกับการติดต่อสื่อสารผ่าน ระบบคอมพิวเตอร์หรือจากบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้อง

- สั่งให้ผู้ให้บริการส่งมอบข้อมูลเกี่ยวกับผู้ใช้บริการที่ต้องเก็บตามมาตรา 26 หรือ ที่อยู่ในความครอบครองหรือควบคุมของผู้ให้บริการให้แก่พนักงานเจ้าหน้าที่

2) การใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งต้องขออนุญาตศาล

- การทำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ จากระบบ คอมพิวเตอร์ที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ ในกรณีที่ระบบ คอมพิวเตอร์นั้นยังมิได้อยู่ในความครอบครองของพนักงานเจ้าหน้าที่

- ส่งให้บุคคลซึ่งครอบครองหรือควบคุมข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรืออุปกรณ์ที่ใช้เก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์ ส่งมอบข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรืออุปกรณ์ดังกล่าวให้แก่พนักงานเจ้าหน้าที่

- ตรวจสอบหรือเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์หรืออุปกรณ์ที่ใช้เก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์ของบุคคลใด อันเป็นหลักฐานหรืออาจใช้เป็นหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำความผิด หรือเพื่อสืบสวนหาตัวผู้กระทำความผิดและสั่งให้บุคคลนั้นส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ ที่เกี่ยวข้องเท่าที่จำเป็นให้ด้วยก็ได้

- ถอดรหัสลับของข้อมูลคอมพิวเตอร์ของบุคคลใด หรือสั่งให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการเข้ารหัสลับของข้อมูลคอมพิวเตอร์ ทำการถอดรหัสลับ หรือให้ความร่วมมือกับพนักงานเจ้าหน้าที่ในการถอดรหัสลับดังกล่าว

- ยึดหรืออายัดระบบคอมพิวเตอร์เท่าที่จำเป็นเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการทราบรายละเอียดแห่งความผิดและผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้

หากเป็นความผิดตามพระราชบัญญัตินี้แล้ว ในการรับฟังพยานหลักฐานมาตรา 25 ได้กำหนดให้ข้อมูล ข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ที่พนักงานเจ้าหน้าที่ได้มาตามพระราชบัญญัตินี้เป็นพยานหลักฐานที่อ้างและรับฟังได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหรือกฎหมายอื่นอันว่าด้วยการสืบพยาน ทั้งนี้เพื่อขจัดปัญหาว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์เป็นพยานหลักฐานประเภทใด

ส่วนอำนาจของพนักงานสอบสวนในการสืบสวนสอบสวนและค้นหาพยานหลักฐานในกรณีที่เกิดหรือเยาวชนถูกล่อลวงโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นสื่อ นั้น เนื่องจากฐานความผิดที่นำมาปรับใช้กับกรณีนี้มักจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หรือ อนาจาร เป็นต้น ซึ่งเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา โดยความผิดดังกล่าวมิได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ไว้เป็นพิเศษ การพิจารณาอำนาจหน้าที่ในการสืบสวนสอบสวนและค้นหาพยานหลักฐานของเจ้าหน้าที่จึงเป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาบัญญัติไว้

2.4 กฎหมายประเทศอังกฤษที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดฐานล่วงละเมิดและเยาวชน โดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ

ประเทศอังกฤษได้ดำเนินการออกกฎหมายหลายฉบับโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องเด็กจากภาวะเสี่ยงที่เกิดจากการกระทำของผู้ใหญ่ จึงมีการบัญญัติความผิดฐานใหม่ที่สามารถจับและหยุดยั้งการกระทำที่เป็นอันตรายต่อเด็กได้ก่อนที่เด็กจะเป็นอันตราย ดังนี้

2.4.1 *The Children Act 1989*

ประเทศอังกฤษได้คุ้มครองสิทธิของเด็กในการได้รับการปกป้องสวัสดิภาพของเด็กไว้ใน *The Children Act 1989* โดยกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่และศาลในการปกป้องความผาสุกหรือสวัสดิภาพของเด็ก โดยกำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีหน้าที่ต้องสืบสวนสอบสวนหากมีเหตุอันควรเชื่อว่า เด็กที่อาศัยหรือพบบอยู่ในเขตอำนาจของตนกำลังตกอยู่ในอันตรายอย่างร้ายแรงหรือน่าจะตกอยู่ในอันตรายอย่างร้ายแรง (significant harm)³⁶

โดย *The Children Act 1989*³⁷ ได้ให้ความหมายคำว่า “อันตราย (harm)” คือ การปฏิบัติไม่ดีต่อเด็ก โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้ความรุนแรงหรือการไม่ดูแลเอาใจใส่ต่อเด็ก (ill-treatment) และยังรวมถึงการทารุณทางเพศต่อเด็กและการกระทำที่ไม่เหมาะสมอันส่งผลกระทบต่อจิตใจ ความรู้สึก หรืออารมณ์ของเด็กด้วย

³⁶ Children Act 1989

47 Local authority's duty to investigate

(1) Where a local authority—

(a) are informed that a child who lives, or is found, in their area—

(i) is the subject of an emergency protection order; or

(ii) is in police protection; or

(b) have reasonable cause to suspect that a child who lives, or is found, in their area is suffering, or is likely to suffer, significant harm,

the authority shall make, or cause to be made, such enquiries as they consider necessary to enable them to decide whether they should take any action to safeguard or promote the child's welfare.

³⁷ NSPCC, *Child protection fact sheet: An introduction to child protection legislation in the UK* [online], May 2007.

Available from: <http://www.nspcc.org.uk/inform>

นอกจากนี้ “อันตราย (harm)” ยังหมายถึงการที่เด็กอยู่ในภาวะสุขภาพอ่อนแอ (ร่างกายหรือจิตใจ) และภาวะพัฒนาการของเด็กอ่อนแอ (ร่างกาย, สติปัญญา, อารมณ์, สังคม หรือ พฤติกรรม) ด้วย

ส่วนคำว่า “อย่างร้ายแรง (significant)” นั้น ไม่ได้มีการให้ความหมายไว้ในกฎหมายฉบับนี้ จึงเป็นหน้าที่ของศาลที่จะตัดสินว่าพฤติกรรมอย่างไรที่เป็นอันตรายอย่างร้ายแรง โดยพิจารณาจากสุขภาพและพัฒนาการของเด็กเมื่อเทียบกับเด็กที่อยู่ในภาวะปกติทั่วไป

2.4.2 *The Protection of Children Act 1999*³⁸

กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดลักษณะของบุคคลที่ไม่เหมาะสมที่จะทำงานกับเด็ก ซึ่งสอดคล้องกับ Consultancy Index List ของ Department of Health และ List 99 ของ Department of Education และมีประวัติอาชญากร ซึ่งกฎหมายบังคับให้นายจ้างต้องตรวจสอบลักษณะตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก่อน เมื่อจะจ้างคนที่จะมาทำหน้าที่ดูแลเด็ก และถือว่านายจ้างมีความผิดหากจ้างคนที่ลักษณะต้องห้ามตามที่กฎหมายกำหนดไว้

2.4.3 *The Sex Offender Act 1997*³⁹

กฎหมายฉบับนี้กำหนดให้ผู้กระทำความผิดทางเพศที่ถูกตัดสินว่ามีความผิดหรือถูกตัดสินตั้งแต่วันที่ 1 กันยายน ค.ศ.1997 เป็นต้นไป มีหน้าที่ต้องแจ้งชื่อและที่อยู่ รวมทั้งการเปลี่ยนแปลงใดๆ ในภายหลังแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจ

ต่อมาได้มีการบัญญัติ *The Sex Offender Act 2003* ขึ้น ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ได้มีการแก้ฐานความผิดที่เกี่ยวข้องกับการกระทำต่อเด็ก โดยมีการแก้เพิ่มฐานความผิดจากที่บัญญัติไว้ใน *The Sexual Act 1997* ฐานความผิดที่เพิ่มขึ้น คือ grooming, abuse of position of trust, trafficking และครอบคลุมความผิดที่กระทำโดยคนสัญชาติอังกฤษขณะที่อยู่ในต่างประเทศ การแก้ *The Sexual Act 1997* นั้นเพื่อให้ทันสมัยและทันต่อการกระทำผิดในรูปแบบใหม่ๆ

³⁸ Protection of Children Act 1999: chapter 14. Available from: <http://www.hmsso.gov.uk/acts/acts1999/19990014.htm>

³⁹ Sex Offenders Act 1997: chapter 51. Available from: <http://www.hmsso.gov.uk/acts/acts1997/1997051.htm>

และเพื่อเพิ่มความเข้มข้นในการตรวจสอบหรือควบคุมผู้กระทำความผิดที่ลงทะเบียนไว้ในบัญชีผู้กระทำความผิดทางเพศด้วย

The Sexual Offences Act 2003 (SOA 2003) ได้มีการบัญญัติฐานความผิด ให้กว้างขึ้น มีการบัญญัติความผิดทางเพศโดยเฉพาะเจาะจงเพิ่มขึ้นหลายฐานความผิดใน Part 1 คือ

- ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต่อเด็ก (rape or sexual assault of a child)
- การประกอบกิจกรรมทางเพศกับเด็ก (sexual activity with a child)
- การใช้ความไว้วางใจของเด็กในทางมิชอบเพื่อนำไปสู่การกระทำผิดทางเพศต่อเด็ก (abuse of position of trust)
- การล่อลวงเด็ก (meeting a child following sexual grooming)
- การกระทำกิจกรรมทางเพศต่อเด็กโดยบุคคลในครอบครัว (sexual activity with child family member)⁴⁰
- ส่วนความผิดฐานอื่นๆ เช่น ความผิดที่เกี่ยวกับการยุงหรือจัดเตรียมหรือทำให้เด็กค้าประเวณีหรือเป็นแบบถ่ายภาพลามกอนาจาร

โดยบางฐานความผิดเป็นฐานที่เพิ่งบัญญัติขึ้นใหม่ ในขณะที่บางฐานได้รับการแก้ไขใหม่เพื่อแทนที่ฐานความผิดเก่า เช่น ความผิดที่บัญญัติไว้ใน The Indecency with Children Act 1960 ซึ่งถูกยกเลิกทั้งฉบับ

ประเทศอังกฤษได้กำหนดให้การกระทำความผิดฐานล่อลวงเด็ก (meeting a child following sexual grooming) เป็นความผิดไว้โดยเฉพาะ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้เกิดมีการกระทำความผิดทางเพศในอนาคต ความผิดฐานนี้เกิดจากการเสนอโดย Internet Task Force

⁴⁰ The Sexual Offences Bill (HL), Bill 128 2002-03, Research Paper 10 July 2003, House of Commons Library

ที่ตั้งขึ้นโดยรัฐบาลอังกฤษ โดยมีได้จำกัดเฉพาะการล่อลวงโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นสื่อเท่านั้น แต่ยังคงรวมถึงการล่อลวงทางออฟไลน์ด้วย

จากการบัญญัติให้มีการให้การกระทำความผิดฐานล่อลวงเด็ก (meeting a child following sexual grooming) เป็นความผิดไว้โดยเฉพาะ ได้มีการให้ความเห็นว่า การกระทำในลักษณะที่เป็นการยุงส่งเสริมให้การกระทำความผิดทางเพศ ตามที่บัญญัติไว้ใน the Indecency with Children Act 1960⁴¹ นั้น ครอบคลุมกรณีล่อลวงเด็กโดยมีเจตนาที่จะกระทำทางเพศอยู่แล้ว แต่อย่างไรก็ตามบทบัญญัตินี้มีอุปสรรคในการดำเนินคดีกับผู้กระทำผิด เนื่องจากในการพิสูจน์จะต้องแสดงให้เห็นว่ามี การกระทำลามกอนาจารอันเกิดจากการที่เด็กถูกยุงหรือส่งเสริมให้ยินยอมหรือเข้าร่วมในการกระทำดังกล่าว⁴²

ดังนั้น ในการฟ้องร้องคดีจะต้องมีการพิสูจน์เจตนาในการกระทำและการยุงหรือส่งเสริมให้กระทำหรือมีส่วนในการกระทำลามกอนาจารโดยเฉพาะเจาะจง ดังนั้น การที่จะเป็นการยุงหรือส่งเสริมให้กระทำลามกอนาจารคือ เมื่อมีพยานหลักฐานสามารถพิสูจน์ได้ว่าผู้กระทำ ความผิดเชิญชวนให้เด็กสัมผัสอวัยวะเพศชายหรือยินยอมให้มีเพศสัมพันธ์

แต่ถ้าพยานหลักฐานเพียงแสดงได้ว่าผู้กระทำผิดมีเพียงเจตนาทั่วไปที่จะโน้มน้าวให้เด็กมีความสัมพันธ์ในทางเพศอย่างใดอย่างหนึ่งกับผู้กระทำผิด โดยไม่มีพยานหลักฐานที่เฉพาะเจาะจงให้เห็นถึงการยุงส่งเสริมให้กระทำอันเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายโดยเฉพาะ ดังนั้นย่อมไม่สามารถเอาผิดกับบุคคลดังกล่าวได้

การที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างแคบ ทำให้เกิดปัญหาทางจริยธรรม เนื่องจากหาก

⁴¹ Indecency with Children Act 1960

1 Indecent conduct towards young child

(1) Any person who commits an act of gross indecency with or towards a child under the age of [sixteen], or who incites a child under that age to such an act with him or another, shall be liable on conviction on indictment to imprisonment for a term not exceeding [ten years], or on summary conviction to imprisonment for a term not exceeding six months, to a fine not exceeding [£400], or to both.

⁴² Online grooming and UK law, A submission by Childnet International to the Home Office

ตำรวจจะเอาผิดกับผู้กระทำความผิดด้วยข้อหานี้ การที่จะได้มาซึ่งพยานหลักฐานที่จะพิสูจน์ถึงการยุยงให้กระทำความผิดจนอาจจำเป็นต้องให้มีการพบกันระหว่างผู้กระทำความผิดกับเด็กตามลำพัง ซึ่งในการกระทำดังกล่าวอาจก่อให้เกิดภาวะเสี่ยงที่จะเกิดการละเมิดทางเพศต่อเด็ก ตำรวจจึงไม่อาจจะกระทำการดังกล่าวได้ จึงมีผลทำให้ไม่สามารถเอาผิดผู้กระทำความผิดได้

คดีของ Patrick Green⁴³ และคดีของเด็กหญิงใน Cumbria⁴⁴ ก็เป็นตัวอย่างที่แสดงถึงความล้มเหลวของกฎหมายนี้ เช่นเดียวกับกรณีของ Milton Keynes⁴⁵ และกรณีใน Crewe⁴⁶ ที่เด็กถูกล่อลวงเพื่อให้ออกไปพบกับข้างนอก แต่ตำรวจทำได้เพียงปล่อยผู้กระทำความผิดโดยไม่มีการตั้งข้อหาใดๆ

ความล้มเหลวของ Sexual Offences Act 1997 ดังกล่าว เกิดจากการไม่สามารถปรับใช้ฐานความผิดทั่วไปกับการกระทำที่เป็นการล่อลวงเด็กทางเพศได้ ดังนี้

2.4.3.1 ความผิดฐานพยายามกระทำความผิดทางเพศ (Attempt to commit a sex crime)

ความผิดฐานพยายามกระทำความผิดทางเพศ (Attempt to commit a sex crime) ใน Criminal Attempts Act 1981 จะใช้เฉพาะกับการกระทำที่เป็น substantive behavior

⁴³ BBC News Online, 15 March 2001

เด็กหญิงอายุ 12 ปี พุดคุยกับ Patrick Green อายุ 31 ปี ในห้องแชทรวม จนเกิดความสนิทสนมและติดต่อกันโดยส่ง อี-เมลถึงกันทุกวันเป็นเวลา 2 เดือน และคุยกันทางโทรศัพท์มือถือ ต่อมา Green ขอให้เด็กหญิงออกมาพบเขา แม้ในตอนแรกเด็กหญิงจะปฏิเสธก็ตาม แต่สุดท้ายก็ยอมออกมาพบกับเขา Green ได้ขั้บรพพาเด็กหญิงแพลตฟอร์มของเขา และทำการละเมิดทางเพศต่อเด็กหญิง

⁴⁴ หลังจากกรณีของเด็กหญิง วัย 12 ปี แล้ว ต่อมา Green ใช้คอมพิวเตอร์ที่ทำงานติดต่อกับเด็กหญิงคนอื่นโดยใช้เทคนิคอย่างเดียวกัน Green จึงถูกจับอีกครั้งใน Cumbria โดยถูกจับกุมตั้งแต่เด็กหญิงก้าวขึ้นรถ แต่ไม่ถูกตั้งข้อหา แม้ว่าจะมีการพบหญิงงามอนามัยในโรงแรมที่จะพาเด็กหญิงไปก็ตาม

⁴⁵ เด็กหญิง อายุ 13 ปี พบ เด็กชาย อายุ 15 ปี ในห้องแชทรวม ความสัมพันธ์ออนไลน์พัฒนาไปเรื่อยๆ จนเด็กหญิงนัดพบเด็กชายดังกล่าว แต่แทนที่จะเป็นเด็กชาย อายุ 15 ปี กลับเป็นชาย อายุ 47 ปี เดินทางจากนิวคาสเซิล เพื่อไปพบกับเด็กหญิง ชายคนดังกล่าวถูกจับกุม แต่ถูกปล่อยตัวในภายหลัง โดยไม่มีการตั้งข้อหาใดๆ

⁴⁶ เด็กหญิง อายุ 13 ปี ได้รู้จักเด็กชาย อายุ 15 ปี ในห้องแชทรวม ซึ่งทั้งสองคนได้พูดคุยกันจนสนิทสนมถึงขั้นส่งข้อความสั้นถึงกัน และพูดคุยกันทางโทรศัพท์มือถือ ลทั้งคู่ก็ได้วางแผนที่จะไปพบกัน แต่พ่อแม่ของเด็กหญิงทราบแผนดังกล่าวเสียก่อน จึงแจ้งเจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งเจ้าหน้าที่ก็ได้ดำเนินการติดต่อกับชายคนดังกล่าวต่อไปจนถึงวันที่นัดพบกัน เมื่อชายคนดังกล่าวปรากฏตัวกลับเป็นชายอายุ 38 ปี และในคอมพิวเตอร์ขนาดฝ่ามือของเขาก็พบข้อมูลของเด็กอายุระหว่าง 6 ถึง 16 ปี พร้อมกับข้อมูลการติดต่อ นอกจากนี้ยังพบรายชื่อเว็บไซต์เกี่ยวกับ child sex อีกด้วย แต่ชายคนดังกล่าวได้รับการปล่อยตัวไปโดยไม่มีการตั้งข้อหาใดๆ

ซึ่งในกรณีนี้ การพบกันอาจเกิดขึ้นที่ได้ในโลกก็ได้ แต่เมื่อการพบกันนั้นจะเป็นการกระทำความผิด ต่อเมื่อกระทำในอาณาเขตประเทศอังกฤษ, เวลส์ และไอร์แลนด์เหนือ ตามหลักว่าด้วยเขตอำนาจ ที่ใช้ในประเทศอังกฤษและเวลส์ ดังนั้นผู้กระทำความผิดอาจพยายามที่จะให้เด็กออกไปพบกัน นอกอาณาเขตประเทศอังกฤษ, เวลส์ และไอร์แลนด์เหนือ เช่น

A อายุ 30 ปี พุดคุยและรู้จักกับ B อายุ 14 ปี ทางอินเทอร์เน็ต A และ B หวังที่จะ ได้พบกัน ต่อมา B บอก A ว่า B จะต้องไปแคมป์ปิ้งกับโรงเรียนที่ประเทศฝรั่งเศสสัปดาห์หน้า A และ B ตกลงกันว่าให้ A ไปรออยู่ที่ฝรั่งเศส และ B จะหาโอกาสมาพบและมีเซ็กซ์กับ A ที่โรงแรม

ดังนั้นหากไม่มีการบัญญัติ “ผู้กระทำความผิดต้องพบหรือเดินทางโดยมีเจตนาเพื่อที่จะ ไปพบเด็ก” ไว้ในกฎหมาย ก็จะทำให้ A ไม่มีความผิดตามกฎหมาย แต่เมื่อมีการบัญญัติกฎหมาย ว่าการกระทำความผิดนั้นสามารถทำได้โดยการเดินทางโดยมีเจตนาเพื่อไปพบกับเด็ก ไม่ว่าที่ใด ในโลก หากมีหลักฐานเพียงพอ จึงมีผลทำให้ A สามารถถูกจับได้ก่อนที่จะขึ้นเรือเฟอร์รี่ไปประเทศ ฝรั่งเศสและมีความผิดตาม section 15 นี้⁴⁷

ดังนั้น การกระทำของผู้กระทำความผิดที่เป็นเพียงการเดินทางโดยมีเจตนาเพื่อที่จะ ไปพบเด็กนั้น แม้จะไม่ใช่การกระทำที่มีลักษณะเป็น substantive behavior ก็ตาม ก็เป็นความผิด ตาม section 15 ได้ โดยไม่จำเป็นต้องปรับใช้ความผิดฐานพยายามกระทำความผิดทางเพศ

นอกจากนี้การที่ไม่สามารถปรับใช้ความผิดฐานล่อลวงเด็กโดยมีเจตนากระทำ ความผิดทางเพศตาม section 15 กับความผิดฐานพยายามกระทำความผิดทางเพศ เนื่องจาก ความผิดฐานพยายามต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าผู้กระทำความผิดนั้นกระทำถึงขั้นที่เกินไปกว่า ขั้นการเตรียมการกระทำความผิดที่ตั้งบัญญัติไว้ใน the Criminal Attempts Act 1981 ตาม section 1(1)⁴⁸ เช่น ในกรณีที่บุคคลพุดคุยติดต่อกับเด็กในเรื่องที่เกี่ยวกับการกระทำทางเพศ โดยมีเจตนาที่จะทำให้เด็กเข้ามามีส่วนร่วมในการกระทำทางเพศดังกล่าวด้วย หากเกิดเหตุการณ์

⁴⁷ Alisdair A. Gillespie, “Internet Grooming : the new law”, *childRIGHT Article* (cR 204): 10-11.

⁴⁸ Criminal Attempts Act 1981

1 Attempting to commit an offence

(1) If, with intent to commit an offence to which this section applies, a person does an act which is more than merely preparatory to the commission of the offence, he is guilty of attempting to commit the offence.

เช่นนี้ก่อนมีการแก้ไข SOA 2003 ข้อหาที่ตำรวจจับกุมบุคคลนี้ได้ คือ ความผิดฐานพยายามยุงส่งเสริมให้เด็กกระทำการอันเป็นการลามกอนาจารตาม the Criminal Attempts Act 1981 ซึ่งตามบรรทัดฐานคำพิพากษานั้นจะต้องมีการกระทำที่เป็นการเสนอหรือยุงส่งเสริมให้เด็กกระทำการลามกอนาจารที่ชัดแจ้ง จึงจะถือว่าอยู่ในชั้นพยายามกระทำความผิด⁴⁹ ดังเช่น

ในคดี R v Rowley [1991] 4 A11 ER 649 Court of Appeal ตัดสินว่าการกระทำของจำเลยที่ประกาศไว้ในที่สาธารณะว่า ต้องการให้เด็กผู้ชายติดต่อเขา ซึ่งในข้อความดังกล่าวไม่มีข้อความที่เป็นการเสนอหรือยุงส่งเสริมให้เด็กติดต่อเขาเลย จึงเป็นการกระทำในชั้นเตรียมการกระทำความผิดเท่านั้น ถึงแม้ว่าในข้อความดังกล่าวแสดงอย่างชัดเจนว่าเป็นเรื่องในทางเพศและมีพยานหลักฐานชัดเจนว่าจำเลยมีเจตนาที่จะกระทำการลามกอนาจารกับเด็กชายก็ตาม

ในคดี R v Geddes [1996] Crime.L.R.895 ได้แสดงถึงการกระทำของจำเลยที่เกินขั้นเตรียมการกระทำความผิดแล้ว โดยคดีนี้จำเลยเจตนาที่จะเอาตัวเด็กไปเรียกค่าไถ่ ซึ่งเจตนาดังกล่าวเห็นได้อย่างชัดเจนจากการพบตัวจำเลยในห้องน้ำของโรงเรียนและพบใบของจำเลยซึ่งมีทั้งมีดทำครัวเล่มใหญ่, เข็ม และเทปกาว แต่อย่างไรก็ตาม Court of Appeal ตัดสินว่าพยานหลักฐานดังกล่าวไม่เพียงพอที่จะพิสูจน์ว่าจำเลยมีความผิดฐานพยายามกระทำความผิดฐานกักขังหน่วงเหนี่ยวผู้อื่น

ดังนั้น การพิสูจน์การกระทำความผิดฐานล่อลวงเด็กโดยมีเจตนาที่จะกระทำทางเพศ ตาม section 15 เพื่อให้เข้าองค์ประกอบความผิดฐานพยายาม (Attempt to commit a sex crime) นั้นทำได้ยาก เนื่องจากลักษณะของการกระทำความผิดนั้นยังอยู่ในขั้นเตรียมการกระทำความผิด และในกรณีที่เป็นการล่อลวงเด็กโดยใช้อินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ นั้น การกระทำดังกล่าวอาจดูเหมือนมีความร้ายแรงน้อยกว่า ในคดี Geddes และ Rowley การพิสูจน์เพื่อให้เห็นว่าเป็นความผิดฐานพยายามนั้นจะยิ่งยากขึ้นไปอีก

⁴⁹ Ost, Suzanne, "Getting to Grips with Sexual Grooming? The New Offence under the Sexual Offences Act 2003", *Journal of Social Welfare and Family Law* (26:2, 2004): 147-159.

นอกจากนี้ กรณีล่อลวงเด็กโดยมีเจตนาจะกระทำทางเพศ หากปรับใช้กับความผิดฐานพยายาม ก็อาจก่อให้เกิดปัญหาในการปรับใช้จากการปฏิบัติหน้าที่ของตำรวจ กล่าวคือ ในกรณีที่ตำรวจพบเห็นว่าผู้ต้องสงสัยพยายามที่จะติดต่อกับเด็ก จึงปลอมตัวเป็นเด็กพูดคุยติดต่อออนไลน์กับบุคคลดังกล่าว ซึ่งในกรณีนี้จะไม่เด็กจริงๆ เข้ามาเกี่ยวข้องเลย เมื่อผู้ต้องสงสัยพยายามที่จะล่อลวงให้เด็กออกมาพบกันข้างนอก และแม้ว่าบุคคลดังกล่าวจะยังไม่เคยพบเด็กจริงๆ แต่ก็เห็นได้ชัดว่าผู้ต้องสงสัยมีเจตนาเช่นนั้น ตำรวจจึงทำการนัดพบกับบุคคลดังกล่าวและทำการจับกุมบุคคลดังกล่าวที่ที่นัดพบ ซึ่งกรณีเช่นนี้เกิดขึ้นในคดี Kenneth Lockley⁵⁰ ในประเทศอังกฤษ เมื่อเดือนพฤษภาคม ปี 2000 จากการเตือนโดย California Police ที่บอกว่า Lockley ที่กำลังหาเหยื่อที่เป็นเด็กอายุ 6 ปี เพื่อจะมีเพศสัมพันธ์ด้วย Scotland Yard จึงปฏิบัติการจับโดยจัดให้มีการพบกันที่โรงแรมในลอนดอน Lockley คิดว่าเขาจะได้พบกับเด็กหญิงอายุ 9 ปี แต่กลับกลายเป็นตำรวจแทน จากการค้นตัวของ Lockley พบถุงยางอนามัย 4 อัน แต่อย่างไรก็ตามข้อหาพยายามมีเพศสัมพันธ์โดยมิชอบกับเด็กอายุ 16 ปี ตกไป เนื่องจากไม่มีการกระทำที่เข้าชั้นพยายามมีเพศสัมพันธ์เกิดขึ้น และก็ไม่เด็กจริงๆ เข้ามาเกี่ยวข้องในคดี

ในคดีนี้ เจตนาที่จะกระทำความผิดนั้นเห็นได้อย่างชัดเจนและเจตนาดังกล่าวก็เกิดจากตัวของ Lockley เอง มิได้เกิดจากการถูกจูงใจหรือล่อใจให้กระทำโดยตำรวจ ซึ่งผู้พิพากษาในคดีนี้ Justice Peter Fingret เห็นว่า การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำที่ชั่วร้ายและทำคำแถลงเกี่ยวกับคดีนี้ว่า

“กฎหมายไม่สามารถจัดการกับการกระทำในลักษณะนี้ ซึ่งกระทำโดยจำเลยได้ อันตรายใหญ่หลวงที่เกิดจากเว็บไซต์ที่มีเป็นจำนวนมากได้เกิดขึ้นอย่างเห็นได้ชัด จึงถึงเวลาแล้วที่รัฐสภาควรต้องพิจารณาช่องว่างในกฎหมายนี้”

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าความผิดฐานพยายามกระทำผิดทางเพศ (Attempt to commit a sex crime) นั้น ไม่เหมาะที่จะนำมาปรับใช้กับกรณีล่อลวงเด็กโดยมีเจตนากระทำทางเพศ เนื่องจากในการพิสูจน์ความผิดฐานพยายามกระทำผิดทางเพศนั้นจำเป็นต้องมีการกระทำที่เกินขั้นตอนตระเตรียมการกระทำผิดแล้ว และการกระทำดังกล่าวต้องมีลักษณะเป็น substantive behavior และต้องมีเด็กจริงๆ เป็นผู้เสียหายในคดีด้วย ในขณะที่ความผิดฐาน

⁵⁰ Online grooming and UK law, A submission by Childnet International to the Home Office.

ล่อลวงเด็กโดยมีเจตนากระทำทางเพศนั้นแม้จะอยู่ในขั้นการเตรียมการกระทำผิดก็ตาม และแม้ไม่มีการกระทำในลักษณะ substantive behavior ถือว่าความผิดสำเร็จแล้ว ดังจะเห็นได้จากองค์ประกอบความผิดใน SOA 2003 section 15 คือ ผู้กระทำความผิดเดินทางโดยมีเจตนาเพื่อที่จะไปพบเด็ก อีกทั้งตาม section 15 นี้ ไม่จำเป็นต้องมีผู้เสียหายเป็นเด็กจริงๆ ก็ได้

2.4.3.2 ความผิดฐานพรากเด็ก (child abduction)

ความผิดฐานอื่นที่อาจนำมาปรับใช้กับความผิดฐานล่อลวงเด็กโดยมีเจตนาที่จะกระทำทางเพศตาม section 15 ได้คือ ความผิดฐานพรากเด็ก (child abduction) ซึ่งกำหนดโทษจำคุกสูงสุด 7 ปี ซึ่งน้อยกว่า โทษจำคุกสูงสุด 10 ปี ในความผิดฐานล่อลวงเด็กโดยมีเจตนาที่จะกระทำทางเพศตาม section 15⁵¹

Child Abduction⁵² คือ บุคคลนอกจากพ่อแม่หรือผู้ปกครอง (loco parentis) พาไปหรือกักขังหน่วงเหนี่ยวเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี โดยทำให้เด็กนั้นพ้นไปจากอำนาจปกครองของบุคคลที่มีอำนาจปกครอง โดยไม่มีอำนาจตามกฎหมายหรือเหตุอันสมควร

⁵¹ Ost, Suzanne, "Getting to Grips with Sexual Grooming? The New Offence under the Sexual Offences Act 2003", *Journal of Social Welfare and Family Law* (26:2, 2004): 147-159.

⁵² Child Abduction Act 1984

2 Offence of abduction of child by other persons

(1) Subject to subsection (3) below, a person, other than one mentioned in subsection (2) below,] commits an offence if, without lawful authority or reasonable excuse, he takes or detains a child under the age of sixteen—

- (a) so as to remove him from the lawful control of any person having lawful control of the child; or
- (b) so as to keep him out of the lawful control of any person entitled to lawful control of the child.

(2) The persons are—

- (a) where the father and mother of the child in question were married to each other at the time of his birth, the child's father and mother;
- (b) where the father and mother of the child in question were not married to each other at the time of his birth, the child's mother; and
- (c) any other person mentioned in section 1(2)(c) to (e) above.

(3) In proceedings against any person for an offence under this section, it shall be a defence for that person to prove—

- (a) where the father and mother of the child in question were not married to each other at the time of his birth—

Child Abduction มีขอบเขตที่กว้างกว่า SOA 2003 section 15 และการพิสูจน์เจตนาที่ทำได้ง่ายกว่า แต่ความผิดฐานนี้ไม่ได้บัญญัติให้เจตนาในการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็กเป็นองค์ประกอบความผิด ความผิดฐาน Child Abduction จึงเหมาะที่จะปรับใช้ในคดี เช่น ผู้หญิงลักเด็กไป ความผิดฐาน Child Abduction เนื่องจากตนเองไม่สามารถมีบุตรเองได้และหมดหวังที่จะมีบุตรแล้ว เป็นต้น ดังนี้ จะเห็นได้ว่าการปรับใช้ความผิดฐาน Child Abduction แตกต่างจากการปรับใช้ความผิดตาม SOA 2003 section 15 ความผิดฐาน Child Abduction จึงเหมาะที่จะปรับใช้ในกรณีที่มีการล่อลวงเด็กโดยมีเจตนาที่จะกระทำทางเพศแต่ไม่สามารถพิสูจน์เจตนาตาม SOA 2003 section 15 ให้ศาลเห็นได้

บทบัญญัติอื่นใน SOA 2003 ที่อาจปรับใช้กับกรณีการล่อลวงเด็กโดยมีเจตนาที่จะกระทำทางเพศ คือ section 12⁵³ การให้เด็กดูการกระทำทางเพศ และรวมถึงการให้เด็กดูภาพหรือภาพที่แสดงถึงการเลียนแบบการมีกิจกรรมทางเพศ แต่ความผิดตาม section 12 จะเป็นการผิดเมื่อพิสูจน์ได้ว่าการกระทำนั้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการสำเร็จความใคร่

2.4.3.3 การให้เด็กดูการกระทำทางเพศ และรวมถึงการให้เด็กดูภาพหรือภาพที่แสดงถึงการเลียนแบบการมีกิจกรรมทางเพศ

(i) that he is the child's father; or

(ii) that, at the time of the alleged offence, he believed, on reasonable grounds, that he was the child's father; or

(b) that, at the time of the alleged offence, he believed that the child had attained the age of sixteen.]

⁵³ Sexual Offences Act 2003

12 Causing a child to watch a sexual act

(1) A person aged 18 or over (A) commits an offence if—

(a) for the purpose of obtaining sexual gratification, he intentionally causes another person (B) to watch a third person engaging in an activity, or to look at an image of any person engaging in an activity,

(b) the activity is sexual, and

(c) either—

(i) B is under 16 and A does not reasonably believe that B is 16 or over, or

(ii) B is under 13.

รูปแบบในการล่อลวงเด็กโดยมีเจตนาเพื่อกระทำทางเพศ ก็อาจใช้ภาพลามกอนาจารในการโน้มน้าวให้เด็กเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศ โดยทำให้เด็กเชื่อว่าการกระทำดังกล่าวเป็นเรื่องธรรมดาที่ทุกคนต้องทำ แต่อย่างไรก็ตามถ้าการให้เด็กดูภาพถ่ายกระทำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อล่อลวงเด็กโดยมีเจตนาที่จะกระทำทางเพศมากกว่าเพื่อสำเร็จความใคร่ การกระทำผิดดังกล่าวก็จะเป็นความผิดตาม section 12 อีกทั้งยังไม่เป็นความผิดตาม section 15 เช่นกัน เนื่องจากไม่มีการนัดพบเด็กและมีหลักฐานไม่เพียงพอในการจับกุมฐานพยายาม

ดังนั้น จึงควรแก้ไขบทบัญญัติ section 12 ให้การให้เด็กดูการกระทำทางเพศทั้งเพื่อการล่อลวงเด็กโดยมีเจตนาที่จะกระทำทางเพศและเพื่อสำเร็จความใคร่เป็นความผิด

จากข้อบกพร่องของบทบัญญัติกฎหมายข้างต้น จึงจำเป็นที่จะต้องมีการบัญญัติให้การกระทำผิดฐานล่อลวงเด็ก (meeting a child following sexual grooming) เป็นความผิดไว้โดยเฉพาะ

องค์ประกอบของ Section 15⁵⁴ คือ

⁵⁴ Section 15 Meeting a child following sexual grooming etc.

(1) A person aged 18 or over (A) commits an offence if—

(a) having met or communicated with another person (B) on at least two earlier occasions, he—

(i) intentionally meets B, or

(ii) travels with the intention of meeting B in any part of the world,

(b) at the time, he intends to do anything to or in respect of B, during or after the meeting and in any part of the world, which if done will involve the commission by A of a relevant offence,

(c) B is under 16, and

(d) A does not reasonably believe that B is 16 or over.

(2) In subsection (1)—

(a) the reference to A having met or communicated with B is a reference to A having met B in any part of the world or having communicated with B by any means from, to or in any part of the world;

(b) “relevant offence” means—

(i) an offence under this Part,

(ii) an offence within any of paragraphs 61 to 92 of Schedule 3, or

(iii) anything done outside England and Wales and Northern Ireland which is not an offence within sub-paragraph (i) or (ii) but would be an offence within sub-paragraph (i) if done in England and Wales.

- 1) ผู้กระทำความผิดต้องพบหรือติดต่อกับเด็กมาก่อนอย่างน้อยสองครั้ง
- หรือ 2) ผู้กระทำความผิดต้องพบหรือเดินทางโดยมีเจตนาเพื่อที่จะไปพบเด็ก
- และ 3) ในขณะนั้นผู้กระทำความผิดมีเจตนาที่จะกระทำความผิดทางเพศที่กำหนดไว้

หลังจากที่มีการเริ่มติดต่อกันแล้ว จะต้องมีการกระทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้น คือ ผู้กระทำความผิดพบกับเด็ก หรือ ผู้กระทำความผิดเดินทางโดยมีเจตนาเพื่อไปพบกับเด็ก จึงจะเป็นความผิด

Mens Rea

ในเวลาไม่ว่าขณะพบหรือขณะเดินทางโดยมีเจตนาเพื่อที่จะไปพบกับเด็ก ผู้กระทำความผิดมีเจตนาที่จะกระทำความผิดทางเพศที่กำหนดไว้ใน section 15(2)(b) ซึ่งบัญญัติว่าความผิดที่กำหนดไว้ นั้น คือ (i) ความผิดที่บัญญัติว่าเป็นความผิดตาม Part 1, (ii) ความผิดที่บัญญัติไว้ในย่อหน้าที่ 61 ถึง 92 ใน Schedule 3 หรือ (iii) การกระทำใดๆ ก็ตามนอกจากการกระทำที่เป็นความผิดตามที่บัญญัติไว้ใน (i) หรือ (ii) ซึ่งกระทำนอกอังกฤษ, เวลส์ และไอร์แลนด์เหนือ แต่การกระทำความผิดที่บัญญัติไว้ใน Part 1 จะเป็นความผิดเมื่อกระทำในอังกฤษและเวลส์

ความผิดที่บัญญัติไว้ใน Schedule 3 นั้นครอบคลุมความผิดเกือบทุกประเภทที่บัญญัติไว้ใน Part 1 ของ SOA 2003 ซึ่ง SOA 2003 ได้รวมและแก้ไขความผิดทางเพศที่เกี่ยวข้อง เด็กจำนวนมากให้ทันสมัยมากขึ้น และความผิดใน Schedule 3 ยังรวมถึงความผิดที่เทียบเท่ากับ

(3) In this section as it applies to Northern Ireland—

- (a) subsection (1) has effect with the substitution of “17” for “16” in both places;
- (b) subsection (2)(b)(iii) has effect with the substitution of “sub-paragraph (ii) if done in Northern Ireland” for “sub-paragraph (i) if done in England and Wales”.

(4) A person guilty of an offence under this section is liable—

- (a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 6 months or a fine not exceeding the statutory maximum or both;
- (b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 10 years.

ความผิดฐานการมีเพศสัมพันธ์โดยมิชอบด้วยกฎหมาย (offence of unlawful sexual intercourse) และความผิดฐานกระทำอนาจารโดยใช้กำลัง (indecent assault) ด้วย ซึ่งเป็น การกระทำที่มักจะเกิดขึ้นในคดีล่วงละเมิด

ในการพิสูจน์เจตนาในการกระทำความผิด นอกจากการสารภาพแล้ว พยานหลักฐานที่มีประโยชน์สามารถพิสูจน์ความผิดของผู้กระทำความผิดได้ เช่น บันทึกคำพุดคุย ในห้องแชทรูม, อี-เมลล์ และข้อความที่ส่งออกระหว่างผู้กระทำความผิดกับเหยื่อ ในคดีล่วงละเมิดที่เกิดขึ้นหลายคดีมักจะมีการเก็บอี-เมลล์โดยเหยื่อหรือผู้กระทำความผิด (ลักษณะเดียวกับการเก็บจดหมายรักของคู่รัก) ซึ่งจะเป็นพยานหลักฐานที่มีประโยชน์ นอกจากนี้อี-เมลล์ที่ส่งให้บุคคลอื่นก็ อาจเป็นประโยชน์เช่นกัน เช่น ผู้กระทำความผิดอี-เมลล์บอกเล่าความคืบหน้าในการล่วงละเมิดของตนแก่เพื่อน เป็นต้น หรือเมื่อผู้กระทำความผิดถูกจับกุม มีการค้นเจอถุงยางอนามัย, สารหล่อลื่น, เครื่องดื่มแอลกอฮอล์ หรือ อาวุธ เป็นต้น ซึ่งพยานหลักฐานเหล่านี้สามารถนำมาเสนอต่อ คณะลูกขุน เพื่อให้คณะลูกขุนพิจารณาตัดสินเจตนาของผู้กระทำความผิด⁵⁵

2.4.4 มาตรการอื่นๆ ที่ใช้ในการป้องกันและปราบปรามการล่วงละเมิดและเยาวชน จากการล่วงละเมิดทางเพศโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ

2.4.4.1 Pro Activity

Home Secretary's Task Force on Child Protection เสนอให้บัญญัติความผิด ฐานล่วงละเมิดเด็ก (grooming) เป็นความผิดฐานใหม่ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เจ้าหน้าที่บังคับใช้ กฎหมายและทำงานได้รวดเร็วมากขึ้น อีกทั้งยังให้อำนาจเจ้าหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่ในเชิงรุกได้ (pro-active operation) คือ การปลอมตัวเป็นเด็กเพื่อสืบสวนการกระทำความผิด ซึ่งรัฐบาลก็สนับสนุน และสนองรับแนวนโยบายดังกล่าว ซึ่งเห็นได้จากถ้อยคำใน section 15(1)(a)(ii) ที่บัญญัติให้การ กระทำที่ผู้กระทำมีเจตนาเพื่อที่จะไปพบกับเด็ก (the intention to meet a child) เป็นหนึ่งใน องค์ประกอบความผิด โดยไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าผู้กระทำความผิดจะต้องได้พบกับเด็กจริงๆ

⁵⁵ Alisdair A. Gillespie, "Internet Grooming : the new law", *childRIGHT Article* (cR 204): 10-11.

การกระทำความผิดที่พบโดยการใช้การปฏิบัติหน้าที่ในเชิงรุก (pro-active operation) เป็นการกระทำความผิดฐานพยายามที่ไม่อาจเกิดขึ้นได้ เนื่องจากไม่มีเด็กที่เป็นเหยื่อจริงๆ แต่เป็นตำรวจที่ปลอมตัวเป็นเด็ก ซึ่ง the Criminal Attempts Act 1981 ได้บัญญัติไว้ชัดเจนถึงกรณีความผิดฐานพยายามที่ไม่อาจเป็นไปได้ใน section 1(2) และ(3)⁵⁶ ดังนั้น section 15 จึงสามารถปรับใช้กับกรณีที่เหยื่อไม่ใช่เด็กที่อายุต่ำกว่า 16 ปี จริงๆ แต่เป็นตำรวจที่ปลอมตัวเป็นเด็กได้ บุคคลที่กระทำการอันเป็นความผิดตามที่บัญญัติไว้ใน section 15 ต่อตำรวจที่ปลอมตัวเป็นเด็กจึงมีผิดฐานพยายามกระทำความผิดที่ไม่อาจเป็นไปได้

โดยโครงสร้างของความผิดฐานล่อลวงเด็ก (section 15) นี้ การแทรกแซงเพื่อมิให้มีการกระทำความผิดดังกล่าวเกิดขึ้นสามารถทำได้ตั้งแต่วะยะแรกๆ เช่น เมื่อสามารถพิสูจน์ได้ว่าผู้กระทำความผิดกำลังจัดการเพื่อที่จะพบกับเด็กและสามารถหาพยานหลักฐานที่สามารถพิสูจน์การกระทำความผิดดังกล่าวได้ ดังเช่น การจองโรงแรม ซึ่งทำให้ผู้กระทำความผิดถูกจับกุมก่อนที่จะออกเดินทางไปพบเด็กในความผิดฐานพยายามเดินทางเพื่อไปพบกับเด็กโดยมีเจตนาเพื่อไปพบกับเด็ก แต่อย่างไรก็ดี ก็อาจมีการโต้แย้งถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำความผิดและผลของการกระทำว่าอาจไกลเกินควร⁵⁷

ความผิดฐานนี้ถือได้ว่าเป็นความผิดฐานแรกที่บัญญัติขึ้นในลักษณะป้องกันเสียก่อนที่จะเกิดความเสียหายขึ้น ซึ่งต่างจากความผิดฐานอื่นๆ ที่บัญญัติในลักษณะตอบโต้เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นแล้ว กล่าวคือ หากผู้กระทำความผิดถูกจับกุมตั้งแต่ในขั้นที่พบการกระทำอันเป็นการล่อลวงเด็ก ความเสียหายที่เกิดจากการถูกละเมิดทางเพศก็จะไม่เกิดขึ้น

⁵⁶ Criminal Attempts Act 1981

1 Attempting to commit an offence

(2) A person may be guilty of attempting to commit an offence to which this section applies even though the facts are such that the commission of the offence is impossible.

(3) In any case where—

(a) apart from this subsection a person's intention would not be regarded as having amounted to an intent to commit an offence; but

(b) if the facts of the case had been as he believed them to be, his intention would be so regarded, then, for the purposes of subsection (1) above, he shall be regarded as having had an intent to commit that offence.

⁵⁷ Alisdair A. Gillespie, "Internet Grooming : the new law", *childRIGHT Article* (cR 204): 10-11.

Sexual Offences Act 2003 นั้น นอกจากจะมีการบัญญัติให้การล่วงละเมิดโดยมีเจตนากระทำทางเพศต่อเด็กเป็นความผิดโดยเฉพาะแล้ว ยังมีการบัญญัติให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจในการยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อออกคำสั่งคุ้มครองห้ามมิให้บุคคลกระทำการใดๆ อันอาจเป็นอันตรายต่อเด็ก ซึ่งเป็นมาตรการในการป้องกันมิให้เกิดอันตรายต่อเด็กในอนาคต

2.4.4.2 Risk of sexual harm orders (RSHO)⁵⁸

⁵⁸ Section 123 Risk of sexual harm orders: applications, grounds and effect

(1) A chief officer of police may by complaint to a magistrates' court apply for an order under this section (a "risk of sexual harm order") in respect of a person aged 18 or over ("the defendant") who resides in his police area or who the chief officer believes is in, or is intending to come to, his police area if it appears to the chief officer that—

- (a) the defendant has on at least two occasions, whether before or after the commencement of this Part, done an act within subsection (3), and
- (b) as a result of those acts, there is reasonable cause to believe that it is necessary for such an order to be made.

(2) An application under subsection (1) may be made to any magistrates' court whose commission area includes—

- (a) any part of the applicant's police area, or
- (b) any place where it is alleged that the defendant acted in a way mentioned in subsection (1)(a).

(3) The acts are—

- (a) engaging in sexual activity involving a child or in the presence of a child;
- (b) causing or inciting a child to watch a person engaging in sexual activity or to look at a moving or still image that is sexual;
- (c) giving a child anything that relates to sexual activity or contains a reference to such activity;
- (d) communicating with a child, where any part of the communication is sexual.

(4) On the application, the court may make a risk of sexual harm order if it is satisfied that—

- (a) the defendant has on at least two occasions, whether before or after the commencement of this section, done an act within subsection (3); and
- (b) it is necessary to make such an order, for the purpose of protecting children generally or any child from harm from the defendant.

(5) Such an order—

- (a) prohibits the defendant from doing anything described in the order;
- (b) has effect for a fixed period (not less than 2 years) specified in the order or until further order.

(6) The only prohibitions that may be imposed are those necessary for the purpose of protecting children generally or any child from harm from the defendant.

(7) Where a court makes a risk of sexual harm order in relation to a person already subject to such an order (whether made by that court or another), the earlier order ceases to have effect.

RSHO เป็นคำสั่งคุ้มครองทางแพ่ง (civil order) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้เกิดอันตรายเกิดขึ้นแก่เด็ก (preventative order) ซึ่งตำรวจสามารถยื่นคำร้องต่อ Magistrates Court ในกรณีที่บุคคลอายุเกินกว่า 18 ปี ติดต่อกับหรือกระทำการใดๆ อันมีลักษณะเกี่ยวกับการกระทำทางเพศอย่างชัดแจ้งต่อหรือกำลังจะกระทำต่อเด็กมาแล้วไม่น้อยกว่าสองครั้ง และมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าจำเป็นที่จะต้องออกคำสั่งดังกล่าวเพื่อปกป้องเด็กจากอันตรายที่อาจเกิดขึ้นโดยบุคคลดังกล่าวในอนาคต

ลักษณะของพฤติกรรมที่แสดงถึงภาวะเสี่ยงนั้นได้มีการบัญญัติไว้ตาม section 123(3)(a) และ (b) อาจเป็นการกระทำที่เป็นความผิด เช่น การกระทำที่บัญญัติไว้เป็นความผิดไว้ใน section 10 ถึง 13 แต่อย่างไรก็ตามพฤติกรรมดังกล่าวไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดก็ได้ นอกจากนี้ section 123(3)(c) ที่บัญญัติให้การให้สิ่งของใดๆ ก็ตามที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจกรรมทางเพศหรือมีลักษณะไปในทางเพศนั้น หมายความว่ารวมถึงกรณีที่บุคคลให้ถุงยางหรือเช็กส์ทอยแก่เด็กด้วย และ section 123(3)(d) การติดต่อบุคคลกับเด็กโดยมีเรื่องทางเพศเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยนั้นรวมถึงการที่บุคคลส่งรูปลามกอนาจารให้แก่เด็กทางอินเทอร์เน็ตหรือบรรยายถึงการกระทำทางเพศที่ตนต้องการกระทำต่อเด็กด้วย

ในการใช้คำสั่งคุ้มครองกับบุคคลใดๆ ที่มีความเสี่ยงว่าจะก่อให้เกิดอันตรายต่อเด็ก บุคคลดังกล่าวอาจเคยถูกตัดสินว่ามีความผิดทางเพศหรือมีความผิดฐานอื่นมาแล้วหรือไม่ก็ได้ และเด็กที่จะได้รับการป้องกันต้องมีอายุต่ำกว่า 16 ปี⁵⁹ แต่หากเป็นการใช้ในไอร์แลนด์เหนือ เด็กที่จะได้รับการป้องกันต้องมีอายุต่ำกว่า 17 ปี⁶⁰

ดังนั้น คำสั่งดังกล่าวจะเป็นการห้ามบุคคลดังกล่าวโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันเด็กทั่วไปหรือป้องกันเด็กที่จะได้รับอันตรายจากจำเลย โดยอันตรายดังกล่าวอาจเป็นอันตรายทางกายหรือจิตใจ โดยหากบุคคลดังกล่าวฝ่าฝืนคำสั่งที่ออกโดยศาล จะถือว่ามี ความผิด เช่น หากศาลมีคำสั่งห้ามมิให้บุคคลที่ส่งอี-เมลล์ที่เกี่ยวข้องกับทางเพศแก่เด็กติดต่อกับเด็กอีกต่อไป

⁵⁹ Section 124 Section 123: interpretation

(3) "Child" means a person under 16.

⁶⁰ Section 124 Section 123: interpretation

(8) In this section, as it applies to Northern Ireland, subsection (3) has effect with the substitution of "17" for "16".

แต่บุคคลดังกล่าวฝ่าฝืนคำสั่งโดยติดต่อกับเด็กภายหลังจากที่มีการออกคำสั่งคุ้มครองแล้ว การติดต่อกับเด็กนั้นถือว่าเป็นความผิด

คำสั่งคุ้มครองจึงสามารถใช้กับการกระทำใดๆ ที่เป็นการล่อลวงเด็กโดยมีเจตนาที่จะกระทำทางเพศ แต่จะใช้คำสั่งดังกล่าวได้เมื่อบุคคลได้มีการกระทำอันเป็นการคุกคามเด็กแล้ว

2.5 กฎหมายประเทศออสเตรเลียที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดฐานล่อลวงเด็กและเยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ

ประเทศออสเตรเลียได้บัญญัติรับรองการคุ้มครองเด็กไว้ใน Family Law Act 1975 ซึ่งเป็นกฎหมายในระดับเครือรัฐออสเตรเลีย (Commonwealth of Australia)⁶¹ และยังมี การบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายในระดับรัฐด้วย

โดยประเทศออสเตรเลียได้เล็งเห็นถึงความสำคัญของการกระทำความผิดที่ เกี่ยวกับการแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบจากเด็กโดยอาศัยเทคโนโลยีสารสนเทศ ซึ่งการแสวงหาผลประโยชน์ดังกล่าวรวมถึงการการกระทำที่เป็นการผลิต การครอบครองและ การเผยแพร่ภาพลามกอนาจารเด็ก, การล่อลวงเด็กโดยมีวัตถุประสงค์ในทางเพศ และการถ่ายทอดสดซึ่งการทารุณทางเพศต่อเด็ก ซึ่งมีผลทำให้ในหลายปีที่ผ่านมา ประเทศออสเตรเลีย ได้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเพื่อต่อสู้กับการล่อลวงเด็กโดยมีวัตถุประสงค์ไปในทางเพศ โดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ โดยทุกรัฐในออสเตรเลียได้ บัญญัติให้การกระทำที่เป็นการล่อลวงเด็กโดยมีวัตถุประสงค์ไปในทางเพศโดยอาศัยอินเทอร์เน็ต หรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือเป็นความผิดทางอาญา

การบัญญัติให้การกระทำที่เป็นการล่อลวงเด็กโดยมีวัตถุประสงค์ไปในทางเพศ โดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือเป็นความผิดทางอาญา

⁶¹ 60B Objects of Part and principles underlying it

(1) The objects of this Part are to ensure that the best interests of children are met by:

(b) protecting children from physical or psychological harm from being subjected to, or exposed to, abuse, neglect or family violence; and

มีสองลักษณะ กล่าวคือ การบัญญัติให้การล่อลวงเด็กโดยอาศัยระบบการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์โดยเฉพาะเป็นความผิด ดังเช่น ใน Queensland, Commonwealth และ Western Australia อีกลักษณะหนึ่ง ก็คือ การบัญญัติให้การล่อลวงเด็กโดยไม่ว่าจะใช้วิธีการหรือรูปแบบใดก็ตามเป็นความผิด ดังเช่น ใน South Australia และ Tasmania

กฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อจัดการกับนักล่าเหยื่อทางเพศออนไลน์ของออสเตรเลีย โดยหลักมักจะบัญญัติให้การกระทำเหล่านี้บางส่วนหรือทั้งหมดเป็นองค์ประกอบความผิด ดังนี้

- ใช้อินเทอร์เน็ต (หรือการติดต่อสื่อสารในรูปแบบอื่นๆ) โดยมีเจตนาที่จัดหา และทำให้เด็กเข้ามามีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศ (Commonwealth, Queensland, South Australia, Tasmania และ Western Australia)
- ล่อลวงเด็กโดยการส่งวัตถุหรือเนื้อหาที่มีลักษณะลามกอนาจารให้แก่เด็กหรือพูดคุยติดต่อกันโดยแสดงถึงความสนใจไปในทางเพศกับเด็ก โดยมีเจตนาเพื่อความสะดวกซึ่งการทำให้เด็กเข้ามามีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศ (Commonwealth และ South Australia)
- แสดงเพื่อให้เด็กดูหรือรับรู้ซึ่งภาพโป๊เปลือยหรือสิ่งลามกอนาจาร (Queensland, Tasmania, Western Australia, Australian Capital Territory และ Northern Territory)

นอกจากนี้รัฐบาลออสเตรเลียก็ได้บัญญัติความผิดฐานล่อลวงเด็กและเยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตเครื่องมือ (Anti-grooming Law) ไว้ใน the Crimes Legislation Amendment (Telecommunications Offences and Other Measures) Act (No. 2) 2004 (Cwlth)⁶² ซึ่งมีผลบังคับใช้วันที่ 1 มีนาคม 2005

⁶² Crimes Legislation Amendment (Telecommunications Offences and Other Measures) Act (No. 2) 2004 (Cwlth)

474.14 Using a telecommunications network with intention to commit a serious offence

(2) A person is guilty of an offence if:

(a) the person uses equipment connected to a telecommunications network in the commission of, or to facilitate the commission of, an offence (whether by that person or another person); and

(b) the offence is:

(i) a serious offence against a law of the Commonwealth, a State or a Territory; or

ความผิดฐานล่อลวงเด็กโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ เป็นสื่อที่รัฐต่างๆ ได้บัญญัติไว้ นั้น สามารถดูได้จากตาราง ดังนี้

ความผิดฐานล่อลวงเด็กโดยมีวัตถุประสงค์ไปในทางเพศโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นสื่อ			
	พระราชบัญญัติ	อัตราโทษสูงสุด	อายุเด็ก
Australian Capital Territory	Crimes Act 1900 s 66	s 66(1): จำคุก 10 ปี (จำคุก 5 ปี ในกรณีที่กระทำความผิด เป็นครั้งแรก)	ต่ำกว่า 16 ปี
		s 66(3): ปรับ 100 penalty units หรือจำคุก 5 ปี ทั้งจำทั้งปรับ	ต่ำกว่า 16 ปี
Commonwealth	Criminal Code Act 1995 s 474.26	จำคุก 15 ปี	ต่ำกว่า 16 ปี
	Criminal Code Act 1995 s 474.27	จำคุก 12 ปี (จำคุก 15 ปี หาก เป็นความผิดตาม s 474.26(3))	ต่ำกว่า 16 ปี
Queensland	Criminal Code Act 1899 s 218A	s 218A(1): จำคุก 5 ปี	ต่ำกว่า 16 ปี
		s 218A(2): จำคุก 10 ปี	ต่ำกว่า 12 ปี
Northern Territory	Criminal Code Act s 131	s 131(1): จำคุก 3 ปี	ต่ำกว่า 16 ปี
		s 131(2): จำคุก 5 ปี	ต่ำกว่า 16 ปี
	Criminal Code Act s 132	s 132(2): จำคุก 10 ปี	ต่ำกว่า 16 ปี
		s 132(4): จำคุก 14 ปี	ต่ำกว่า 10 ปี
New South Wales	Crimes Act 1900 (แก้ไขโดย Crimes Amendment (Sexual Procurement or Grooming of Children) Bill 2007)	s 66EB(2)(a): จำคุก 15 ปี จำคุก 12 ปี	ต่ำกว่า 14 ปี ต่ำกว่า 16 ปี
		s 66EB(2)(b): จำคุก 12 ปี จำคุก 10 ปี	ต่ำกว่า 14 ปี ต่ำกว่า 16 ปี

	พระราชบัญญัติ	อัตราโทษสูงสุด	อายุเด็ก
South Australia	Criminal Law Consolidation Act 1935 s 63B	ss 63B(1)(a) และ : จำคุก 10 ปี ss 63B(3)(a)	ต่ำกว่า 16 ปี
		ss 63B(1)(b) และ : จำคุก 12 ปี ss 63B(3)(b)	ต่ำกว่า 12 ปี
Tasmania	Criminal Code Act 1924 s 125D	ดุลพินิจของศาล: จำคุกสูงสุด 21 ปี (House of Assembly Hansard 2005)	ต่ำกว่า 17 ปี
Western Australia	Criminal Code s 204B	s 204B(2): จำคุก 5 ปี	ต่ำกว่า 16 ปี
		s 204B(3): จำคุก 10 ปี	ต่ำกว่า 13 ปี
Victoria	Crimes Act 1985 S 58	S 58(1): จำคุก 10 ปี	ต่ำกว่า 16 ปี

2.5.1 Crimes Act 1900 (ACT)

ในปี 2001 Australian Capital Territory ออกกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อต่อสู้กับการล่วงละเมิดเด็กโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตโดยเฉพาะ ซึ่งถือเป็นเขตแรกที่ออกกฎหมายในลักษณะนี้ โดยบัญญัติให้การผู้ใหญ่ใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์เพื่อเสนอหรือยุยงให้เด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี กระทำหรือเข้ามีส่วนร่วมใน (หรือดูบุคคลอื่นกระทำหรือเข้ามีส่วนร่วมใน) การกระทำทางเพศ (act of sexual nature) ซึ่งการร่วมประเวณีหรือการกระทำอันมีลักษณะลามกอนาจารนั้น ถือเป็น การกระทำทางเพศ (act of sexual nature) ด้วย

นอกจากนี้ การส่งหรือการทำให้สามารถเข้าถึงสิ่งลามกอนาจารที่เข้าข่ายหรือ ถูกจัดอยู่ในเรท RC, X18+ หรือ R18+ แก่เด็ก ก็เป็นความผิดเช่นกัน ตาม section 66⁶³ ใน Crimes Act 1900 (ACT)

⁶³ Crimes Act 1900 (ACT)

66 Using the Internet etc to deprave young people

(1) A person must not, using electronic means, suggest to a young person that the young person commit or take part in, or watch someone else committing or taking part in, an act of a sexual nature.

Maximum penalty:

2.5.2 Criminal Code Act 1899 (Qld)

Queensland เป็นรัฐแรกที่ผ่านกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการต่อสู้กับการใช้อินเทอร์เน็ตล่อลวงเด็กโดยมีวัตถุประสงค์ไปในทางเพศโดยเฉพาะและเป็นกฎหมายฉบับแรกที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ในทางลับเพื่อตามจับบุคคลที่ใช้อินเทอร์เน็ตเพื่อการล่อลวงเด็กในลักษณะดังกล่าว จึงได้มีการบัญญัติ section 218A เพิ่มเติมใน Criminal Code Act 1899 (Qld) ในปี 2003 โดยบทบัญญัตินี้ได้บัญญัติบนพื้นฐานของ Criminal Code of Canada section 172.1⁶⁴

-
- (a) for a 1st offence—imprisonment for 5 years; or
 - (b) for a 2nd or subsequent offence—imprisonment for 10 years.
- (2) A person must not, using electronic means, send or make available pornographic material to a young person.
Maximum penalty: 100 penalty units, imprisonment for 5 years or both.
- (3) It is a defence to a prosecution for an offence against subsection (2) if the defendant—
- (a) is an Internet service provider; and
 - (b) had no knowledge that the defendant's facilities were used to commit the offence.
- (4) It is not a defence to a prosecution for an offence against this section that the young person had consented to—
- (a) the suggestion being made; or
 - (b) the material being sent or made available.
- (5) However, it is a defence to a prosecution for an offence against this section if the defendant proves that the defendant believed on reasonable grounds that the young person to whom the suggestion was made, or the material was sent or made available, was at least 16 years old.
- (6) In this section:
- act of a sexual nature* means sexual intercourse or an act of indecency.
 - classified*—see the *Classification (Publications, Films and Computer Games) (Enforcement) Act 1995*, dictionary.
 - pornographic material* means material that has been, or is likely to be, classified RC, X or R.
 - using electronic means* means using email, Internet chat rooms, SMS messages and real time audio/video.
 - young person* means a person under 16 years old.

⁶⁴Criminal Code of Canada

Luring a child

- 172.1 (1) Every person commits an offence who, by means of a computer system within the meaning of subsection 342.1(2), communicates with
- (a) a person who is, or who the accused believes is, under the age of eighteen years, for the purpose of facilitating the commission of an offence under subsection 153(1), section 155 or 163.1, subsection 212(1) or (4) or section 271, 272 or 273 with respect to that person;
 - (b) a person who is, or who the accused believes is, under the age of sixteen years, for the purpose of

จาก section 218A(1)(a) อาจแยกฐานความผิดออกได้ 2 กรณี กล่าวคือ

- กรณีที่ผู้ใหญ่ใช้วิธีการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยมีเจตนาที่จะล่อลวง และทำให้เด็กที่อายุต่ำกว่า 16 ปี ให้เข้ามามีส่วนร่วมในการกระทำทางเพศ
- กรณีที่ผู้ใหญ่ใช้วิธีการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยมีเจตนาที่จะล่อลวง และทำให้เด็กที่บุคคลดังกล่าวเชื่อว่าอายุ 16 ขึ้นไป แต่ในความเป็นจริงเด็กนั้นมีอายุต่ำกว่า 16 ปี ให้เข้ามามีส่วนร่วมในการกระทำทางเพศ

จะเห็นได้ว่าการกระทำตามบทบัญญัตินี้จะเป็นความผิดเมื่อมีการใช้การสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ของบุคคล โดยมีเจตนาล่อลวงเด็กให้มีส่วนหรือเกี่ยวข้องในการกระทำอันเกี่ยวกับในทางเพศ กรณีการกระตุ้นหรือทำให้เด็กสำเร็จความใคร่ด้วยตนเองออนไลน์ก็เป็นความผิดตามบทบัญญัตินี้ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าการกระทำที่เป็นความผิดตาม section 218A นั้น ไม่จำเป็นต้องมีการวางแผนที่จะนัดเด็กออกไปพบกันข้างนอกก็ได้ นอกจากนี้ในการพิสูจน์เจตนาของผู้ใหญ่ในการล่อลวงเด็กเพื่อให้เด็กเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำทางเพศดังกล่าว ซึ่งการกระทำทางเพศ (sexual act) นั้น ไม่ได้จำกัดเฉพาะการร่วมประเวณีหรือการกระทำใดๆ ที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายเท่านั้น และไม่จำเป็นต้องพิสูจน์การกระทำทางเพศดังกล่าวเป็นการกระทำในลักษณะใดลักษณะหนึ่งโดยเฉพาะ ดังนั้นความผิดสำเร็จ ไม่จำเป็นต้องมีการกระทำทางเพศเกิดขึ้นก็ได้ แต่สิ่งที่จำเป็นต้องมี คือ เจตนาที่จะล่อลวงเด็กเพื่อให้เด็กกระทำทางเพศ ทั้งนี้ไม่ว่าจะโดยวิธีการออนไลน์หรือการนัดพบกันข้างนอกแบบออฟไลน์ก็ตาม หลักฐานที่ใช้ในการพิสูจน์เจตนาอันอาจได้มาจากบทสนทนา หรืออี-เมลระหว่างผู้กระทำความผิดและเด็กทางอินเทอร์เน็ตที่มีการบันทึกไว้ เป็นต้น และเนื่องจากเป็นการกระทำความผิดโดยใช้อินเทอร์เน็ตจึงทำให้สามารถบันทึกการติดต่อสื่อสารระหว่างผู้กระทำความผิดกับเด็กแบบเรียลไทม์ได้ ซึ่งเป็นข้อดีในการนำสืบต่อศาล⁶⁵ ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติ section 218A

facilitating the commission of an offence under section 280 with respect to that person; or
(c) a person who is, or who the accused believes is, under the age of fourteen years, for the purpose of facilitating the commission of an offence under section 151 or 152, subsection 160(3) or 173(2) or section 281 with respect to that person

⁶⁵ Queensland Parliamentary Library, "Catching 'Cyber Predators': the Sexual Offences (Protection of Children) Amendment Bill 2002", Research Brief No 2002/35.

section 218A บัญญัติให้การใช้อินเทอร์เน็ตโดยมีเจตนาเพื่อหาและล่อลวงเด็กไปในทางเพศเป็นความผิดทางอาญา โดยใน Queensland Criminal Code Act 1899 กำหนดความผิดฐานใหม่อันเกี่ยวกับการล่อลวงเด็กและเยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นสื่อดังนี้

บุคคลใดก็ตามที่ใช้การสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่น อี-เมลล์ แชทรูม ข้อความ SMS วิดีโอหรือออডিโอแบบเรียลไทม์ หรือการสื่อสารอื่นๆ ในลักษณะเดียวกัน โดยมีเจตนาเพื่อ

(a) ล่อลวงไม่ว่าในรัฐ Queensland หรือที่ใดๆ ก็ตาม ซึ่งบุคคลอายุต่ำกว่า 16 ปี หรือบุคคลใดๆ โดยเชื่อว่าบุคคลนั้นมีอายุไม่ถึง 16 ปี ให้กระทำการใดๆ อันเกี่ยวกับในทางเพศ

(b) เอาการแสดงไม่ว่าในรัฐ Queensland หรือที่ใดๆ ก็ตาม ซึ่งวัตถุประสงค์เพื่อหาลักษณะลามกอนาจารแก่บุคคลอายุต่ำกว่า 16 ปี หรือบุคคลใดๆ โดยเชื่อว่าบุคคลนั้นมีอายุไม่ถึง 16 ปี

ผู้กระทำความผิดตามบทบัญญัตินี้ต้องได้รับโทษจำคุกสูงสุด 5 ปี (หรือ 10 ปี ในกรณีที่เด็กหรือผู้กระทำความผิดเชื่อว่าเด็กนั้นอายุไม่ถึง 12 ปี)⁶⁶

⁶⁶ Criminal Code Act 1899 (Qld)

218A Using internet etc. to procure children under 16

(1) Any adult who uses electronic communication with intent to—

(a) procure a person under the age of 16 years, or a person the adult believes is under the age of 16 years, to engage in a sexual act, either in Queensland or elsewhere; or

(b) expose, without legitimate reason, a person under the age of 16 years, or a person the adult believes is under the age of 16 years, to any indecent matter,⁴ either in Queensland or elsewhere; commits a crime.

Maximum penalty—5 years imprisonment.

(2) The adult is liable to 10 years imprisonment if the person is—

(a) a person under 12 years; or

(b) a person the adult believes is under 12 years.

(3) For subsection (1)(a), a person engages in a sexual act if the person—

(a) allows a sexual act to be done to the person's body; or

(b) does a sexual act to the person's own body or the body of another person; or

(c) otherwise engages in an act of an indecent nature.

(4) Subsection (3) is not limited to sexual intercourse or acts involving physical contact.

section 218A(1)(b) บัญญัติให้การติดต่อสื่อสารโดยมีเจตนาแสดงซึ่งวัตถุหรือเนื้อหาที่มีลักษณะลามกอนาจารแก่เด็กที่อายุต่ำกว่า 16 ปี (หรือเด็กที่บุคคลดังกล่าวเชื่อว่าอายุ 16 ขึ้นไป แต่ในความเป็นจริงเด็กนั้นมีอายุต่ำกว่า 16 ปี) โดยไม่มีเหตุอันสมควร ความผิดตาม section 218A(1)(b) นี้แตกต่างกับความผิดตาม section 474.27 ใน Commonwealth Criminal Code ซึ่งตาม section 474.27 เป็นความผิดที่ไม่เกี่ยวข้องกับ การล่อลวงเด็กโดยมีวัตถุประสงค์ในทางเพศ

คำว่า เนื้อหาหรือวัตถุลามกอนาจาร (indecent matter) หมายรวมถึง ไฟล์ ที่บันทึก เนื้อหาหรือวัตถุลามกอนาจาร วิดีโอเทป ออดิโอเทป รูปภาพ ภาพถ่าย หรืองานพิมพ์หรืองานเขียน

ภาพยนตร์ลามกอนาจาร คือ ภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาจัดอยู่ในชั้นเรท X หรือ RC⁶⁷ เช่นเดียวกับเกมคอมพิวเตอร์และสื่อสิ่งพิมพ์

เนื่องจากการกระทำความผิดบางประเภทการเอาผิดนั้นทำได้ยาก การใช้มาตรการเชิงรุก (proactive approach) จึงเป็นทางเดียวที่จะสามารถแสวงหา

(5) For subsection (1)(a), it is not necessary to prove that the adult intended to procure the person to engage in any particular sexual act.

(6) Also, for subsection (1)(a), it does not matter that, by reason of circumstances not known to the adult, it is impossible in fact for the person to engage in the sexual act.

(7) For subsection (1), it does not matter that the person is a fictitious person represented to the adult as a real person.

(8) Evidence that the person was represented to the adult as being under the age of 16 years, or 12 years, as the case may be, is, in the absence of evidence to the contrary, proof that the adult believed the person was under that age.

(9) It is a defence to a charge under this section to prove the adult believed on reasonable grounds that the person was at least 16 years, or 12 years, as the case may be.

(10) In this section—

electronic communication means email, Internet chat rooms, SMS messages, real time audio/video or other similar communication.

procure means knowingly entice or recruit for the purposes of sexual exploitation.

⁶⁷ Queensland Classification of Films Act

64 Certain classified films not indecent or obscene

(1) A classified film is not an indecent or obscene publication for the purposes of the Criminal Code.

(2) This section does not apply to a film classified X 18+ or RC.

พยานหลักฐานในการที่จะเอาผิดผู้กระทำความผิดได้ เช่น ตำรวจแฝงตัวเข้าไปเป็นเอเยนต์ ค้ายาเสพติด เพื่อรวบรวมพยานหลักฐานมาสนับสนุนข้อกล่าวหา ค้ายาเสพติด เป็นต้น ซึ่งการบัญญัติให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจในการใช้การปฏิบัติการลับนี้ ได้บัญญัติไว้ใน Crime Amendment (Controlled Operations) Act 1996 ซึ่งเกิดขึ้นเนื่องจาก คดี *Ridgeway v The Queen* (1995)⁶⁸ ซึ่งเป็นคดีการค้ายาเสพติดโดยศาลสูงเห็นว่า ในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจในบางกรณีจำเป็นต้องมีการอำพรางหรือปลอมตัว เพื่อให้การปฏิบัติการลับในการสืบสวนสอบสวนบรรลุผล⁶⁹

ในประเทศออสเตรเลีย การละเมิดทางเพศต่อเด็กเป็นการกระทำความผิดที่มีการแจ้งเจ้าหน้าที่ในปริมาณที่ไม่มาก โดยมีเหตุผลมาจากการที่สังคมไม่มั่นใจในคำพูดของเด็ก และการยับยั้งป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดจนถึงขั้นละเมิดเด็กและเยาวชนโดยพวกที่ล่องทางอินเทอร์เน็ตนั้นเป็นเรื่องยากเช่นเดียวกับกรณีความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด บทบัญญัติ section 281A(7) จึงอนุญาตให้เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถใช้มาตรการในเชิงรุกได้ ซึ่งจะทำให้หยุดยั้งพวกล่องทางเด็กได้ก่อนที่จะมีการละเมิดเกิดขึ้น โดยบทบัญญัตินี้ใช้บังคับในกรณีที่เหยื่อเป็นบุคคลที่อำพรางตัวโดยแสดงตัวว่าเป็นเด็ก การปฏิบัติการในทางลับของตำรวจโดยการปลอมตัวเป็นเด็กเพื่อเปิดโปงพวกล่องทางเด็กทางอินเทอร์เน็ตนั้นจึงสามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

บทบัญญัตินี้ยังเป็นการขยายเขตอำนาจของรัฐในความผิดที่เกี่ยวข้องกับรัฐ Queensland กล่าวคือ บทบัญญัตินี้จะครอบคลุมการกระทำความผิดโดยล่องทางเด็กที่อยู่ใน Queensland ไม่ว่าผู้กระทำความผิดจะอยู่ที่ใดก็ตาม และการที่ผู้กระทำความผิดใช้อินเทอร์เน็ตกระทำความผิดใน Queensland ไม่ว่าเหยื่อจะอยู่ที่ใดก็ตาม

2.5.3 Commonwealth Criminal Code

ในปี 2004 Commonwealth Criminal Code ได้มีการเพิ่มเติม section 474.26 ถึง 474.29 ขึ้น โดย section 474.26 ถึง 474.29 เป็นบทบัญญัติที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดการกับ

⁶⁸ 184 CLR 19

⁶⁹ Queensland Parliamentary Library, "Catching 'Cyber Predators': the Sexual Offences (Protection of Children) Amendment Bill 2002", Research Brief No 2002/35.

ผู้กระทำผิดที่เป็นผู้ใหญ่ (adult) ซึ่งใช้ประโยชน์จากการไม่ปรากฏตัวตนของการให้บริการระบบสื่อสารโทรคมนาคม (เช่น อินเทอร์เน็ต) โดยมีขอบ ในการใช้ประโยชน์ดังกล่าวก็เพื่อที่จะได้ ความไว้วางใจจากเด็กในระยะแรกก่อน และนำไปสู่การละเมิดทางเพศต่อเด็กในอนาคต ซึ่งการกระทำในลักษณะนี้ก็คือ การล่อลวงเด็กโดยอาศัยอินเทอร์เน็ต นั่นเอง

ความผิดที่บัญญัติใน section 474.26 ถึง 474.28 แม้จะเป็นบทบัญญัติที่รับ แนวความคิดของ Queensland มา จึงบัญญัติในลักษณะใกล้เคียงกับ section 218A ใน Queensland Criminal Code แต่อย่างไรก็ตาม Commonwealth ได้บัญญัติบางส่วนของ section 474.26 ถึง 474.28 แตกต่างออกไป กล่าวคือ Commonwealth จะแยกฐานความผิดใน กรณีที่ใช้สิ่งลามกอนาจารเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการล่อลวงเด็กต่างหาก

เนื่องจากในการที่ผู้กระทำความผิดและเด็กจะนัดไปพบกันในชีวิตจริงและมีการละเมิด ทางเพศเกิดขึ้นนั้น ผู้กระทำความผิดจะสร้างความสัมพันธ์กับเด็กซึ่งมักจะแบ่งออกเป็น 2 ระยะ คือ

1) ในการที่ผู้ใหญ่จะเอาชนะใจและได้รับความไว้วางใจจากเด็กได้นั้นอาจต้อง อาศัยระยะเวลาช่วงหนึ่ง โดยบุคคลดังกล่าวอาจใช้ห้องแชทหรือทางอินเทอร์เน็ตเป็นเครื่องมือ ซึ่งผู้ใหญ่อาจจะแสดงตัวว่าเป็นเด็กวัยเดียวกันหรืออาจสร้างภาพลักษณ์ของตนให้ดูเป็นผู้ใหญ่ได้ มีความเข้าใจในตัวเด็กก็ได้ ในการดำเนินกระบวนการล่อลวงมักจะมีการใช้ภาพโป๊เปลือยลามก อนาจารเป็นเครื่องมือ โดยทำให้เด็กสามารถดูหรือเข้าถึงสิ่งดังกล่าวได้โดยง่าย จึงมีการเสนอให้ การใช้สิ่งลามกอนาจารเป็นส่วนหนึ่งในกระบวนการล่อลวงเด็กเป็นความผิดอาญาโดยเฉพาะ การบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดโดยเฉพาะจะทำให้หมดข้อสงสัยว่าความผิดฐาน ล่อลวงเด็กโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตเป็นเครื่องมือ ซึ่งเป็นความผิดที่ยังมิได้มีการละเมิดต่อเด็กเกิดขึ้น เป็นเพียงการกระทำที่อยู่เพียงในขั้นเตรียมหรือไม่ หรือเป็นเพียงการพยายามกระทำละเมิด ทางเพศต่อเด็กหรือไม่

2) เมื่อสามารถเอาชนะใจเด็กและได้รับความไว้วางใจจากเด็กได้แล้ว ผู้ใหญ่ก็มักจะ ใช้ระบบสื่อสารโทรคมนาคมเป็นเครื่องมือในการจัดให้มีการนัดพบกับเด็ก แม้ว่าในระยะนี้ดูเหมือน จะเข้าข่ายการพยายามกระทำละเมิดทางเพศต่อเด็กมากกว่า 1) แต่อย่างไรก็ตาม เพื่อให้

เจ้าหน้าที่ตำรวจมีเหตุอันสมควรในการดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดก่อนที่จะมีการละเมิดทางเพศต่อเด็กเกิดขึ้น จึงจำเป็นที่จะต้องบัญญัติความผิดฐานล่อลวงเด็กไว้โดยเฉพาะ⁷⁰

การกระทำความผิดตามบทบัญญัตินี้ ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาที่จะล่อลวงเด็กเพื่อให้เข้าร่วมหรือยินยอมกระทำความผิดทางเพศ ซึ่งกิจกรรมทางเพศ (sexual activity)⁷¹ นี้หมายถึง การร่วมประเวณี การกระทำความลามกอนาจาร หรือการกระทำใดๆ ที่มีลักษณะไปในทางเพศหรือลามกอนาจารต่อร่างกาย หรือเกี่ยวกับการกระทำหรือหน้าที่ของร่างกาย จะเห็นได้ว่าความหมายมีลักษณะเช่นเดียวกับที่บัญญัติไว้ใน Queensland Criminal Code กล่าวคือมีความหมายกว้างและไม่จำกัดเฉพาะการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายเท่านั้น

โดยการทำกิจกรรมทางเพศอาจมีการวางแผนออนไลน์ไม่ว่าจะกับผู้ส่งหรือบุคคลอื่นใดก็ตาม แต่อย่างไรก็ตาม การที่จะเป็นความผิดตาม section 474.26 นั้น ไม่จำเป็นต้องมีการพบกันหรือการวางแผนนัดพบกันระหว่างผู้กระทำความผิดกับเด็ก แต่ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนากระทำตามที่บัญญัติไว้ใน section 474.26 ดังนี้

การใช้บริการสื่อสารโทรคมนาคมไม่ว่าจะโดยใช้การนำหรือไม่ใช้การนำของพลังงานคลื่นแม่เหล็กไฟฟ้าก็ตาม (carriage service)⁷² เพื่อล่อลวง (procure) เด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี อาจเป็นความผิดฐานใดฐานหนึ่งได้ กล่าวคือ เมื่อผู้ใหญ่ (adult) ใช้บริการสื่อสารโทรคมนาคมดังกล่าวส่งการติดต่อกับเด็กโดยมีเจตนาที่จะล่อลวง (procure) บุคคลใดก็ตามที่อายุต่ำกว่า 16 ปี หรือเชื่อว่าอายุต่ำกว่า 16 ปี เพื่อ

- 1) ให้เข้าร่วม หรือ ยินยอม กระทำความผิดทางเพศกับผู้ส่ง หรือ

⁷⁰ Explanatory Memorandum, Crimes Legislation Amendment (Telecommunications Offences and Other Measures) Bill (No 2) [online], 2004. Available from: <http://parlinfoweb.aph.gov.au/piweb/viewdocument.aspx?ID=1860&TABLE=OLDEMS>

⁷¹ *sexual activity* means:

- (a) sexual intercourse as defined in section 50AC of the *Crimes Act 1914*; or
- (b) an act of indecency as defined in section 50AB of that Act; or
- (c) any other activity of a sexual or indecent nature that involves the human body, or bodily actions or functions.

The activity referred to in paragraph (c) need not involve physical contact between people.

⁷² *Telecommunications Act 1997*

carriage service means a service for carrying communications by means of guided and/or unguided electromagnetic energy.

2) ให้เข้าร่วม หรือ ยินยอม กระทำกิจกรรมทางเพศกับผู้อื่นซึ่งอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปี หรือซึ่งผู้ส่งเชื่อว่าอายุ ไม่ต่ำกว่า 18 ปี หรือ

3) ให้เข้าร่วม หรือ ยินยอม กระทำกิจกรรมทางเพศกับบุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปี ต่อหน้าผู้ส่งหรือบุคคลอื่นซึ่งอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปี หรือซึ่งผู้ส่งเชื่อว่าอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปี อาจกล่าวได้ว่า ผู้กระทำความผิดจะต้องจัดหาเด็กสองคน เพื่อให้เข้าร่วมกิจกรรมทางเพศต่อหน้าผู้กระทำความผิดหรือบุคคลอื่น

ในขณะที่ section 474.27⁷³ แยกฐานความผิดในกรณีที่ใช้สิ่งลามกอนาจารเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการล่อลวงเด็กต่างหาก

⁷³ Criminal Code Act 1995

474.27 Using a carriage service to “groom” persons under 16 years of age

(1) A person (the **sender**) commits an offence if:

- (a) the sender uses a carriage service to transmit a communication to another person (the **recipient**); and
- (b) the communication includes material that is indecent; and
- (c) the sender does this with the intention of making it easier to procure the recipient to engage in, or submit to, sexual activity with the sender; and
- (d) the recipient is someone who is, or who the sender believes to be, under 16 years of age; and
- (e) the sender is at least 18 years of age.

Penalty: Imprisonment for 12 years.

(2) A person (the **sender**) commits an offence if:

- (a) the sender uses a carriage service to transmit a communication to another person (the **recipient**); and
- (b) the communication includes material that is indecent; and
- (c) the sender does this with the intention of making it easier to procure the recipient to engage in, or submit to, sexual activity with another person; and
- (d) the recipient is someone who is, or who the sender believes to be, under 16 years of age; and
- (e) the other person referred to in paragraph (c) is someone who is, or who the sender believes to be, at least 18 years of age.

Penalty: Imprisonment for 12 years.

(3) A person (the **sender**) commits an offence if:

- (a) the sender uses a carriage service to transmit a communication to another person (the **recipient**); and
- (b) the communication includes material that is indecent; and
- (c) the sender does this with the intention of making it easier to procure the recipient to engage in, or submit to, sexual activity with another person; and
- (d) the recipient is someone who is, or who the sender believes to be, under 16 years of age; and

ตาม section 474.27 มีโครงสร้างฐานความผิดเช่นเดียวกับ section 474.26 แต่อย่างไรก็ตาม section 474.27 มีองค์ประกอบความผิดเพิ่มขึ้น คือ การส่งวัตถุหรือเนื้อหาลามกอนาจารอันเป็นงานหรือสิ่งที่แสดงถึงความลามกอนาจาร ไม่ว่าจะแสดงในรูปแบบของภาพหรือไม่ใช่ภาพ หรือเป็นการผสมผสานกันทั้งสองรูปแบบแก่เด็ก โดยสิ่งใดจะมีลักษณะลามกอนาจารหรือไม่นั้นเป็นหน้าที่ของศาลและ/หรือคณะลูกขุนเป็นผู้พิจารณา โดยเปรียบเทียบจากบรรทัดฐานความรู้สึกละอายของวิญญูชน

จาก section 474.27 อาจเป็นความผิดฐานใดฐานหนึ่งได้ เมื่อผู้ใหญ่ (adult) ใช้การสื่อสารโทรคมนาคมดังกล่าวส่งวัตถุหรือเนื้อหาที่มีลักษณะลามกอนาจารแก่เด็ก โดยมีเจตนาที่จะล่อลวงงายิ่งขึ้นซึ่งบุคคลใดก็ตามที่อายุต่ำกว่า 16 ปี หรือเชื่อว่าอายุต่ำกว่า 16 ปี เพื่อ

- 1) ให้เข้าร่วม หรือ ยินยอม กระทำกิจกรรมทางเพศกับผู้ส่ง หรือ
- 2) ให้เข้าร่วม หรือ ยินยอม กระทำกิจกรรมทางเพศกับผู้อื่นซึ่งอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปี หรือซึ่งผู้ส่งเชื่อว่าอายุ ไม่ต่ำกว่า 18 ปี หรือ
- 3) ให้เข้าร่วม หรือ ยินยอม กระทำกิจกรรมทางเพศกับบุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปี

(e) the other person referred to in paragraph (c) is someone who is, or who the sender believes to be, under 18 years of age; and

(f) the sender intends that the sexual activity referred to in paragraph (c) will take place in the presence of:

(i) the sender; or

(ii) another person who is, or who the sender believes to be, at least 18 years of age.

Penalty: Imprisonment for 15 years.

(4) In a prosecution for an offence against subsection (1), (2) or (3), whether material is indecent is a matter for the trier of fact.

(5) In this section:

indecent means indecent according to the standards of ordinary people.

ต่อหน้าผู้ส่งหรือบุคคลอื่นซึ่งอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปี หรือซึ่งผู้ส่งเชื่อว่าอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปี อาจกล่าวได้ว่า ผู้กระทำความผิดจะต้องล่อลวงหรือจัดหาเด็กสองคน เพื่อให้เข้าร่วมกิจกรรมทางเพศต่อหน้าผู้กระทำความผิดหรือบุคคลอื่น

section 474.28⁷⁴

⁷⁴ Criminal Code Act 1995

474.28 Provisions relating to offences against sections 474.26 and 474.27

Age-related issues

- (1) For the purposes of an offence against section 474.26 or 474.27, absolute liability applies to the physical element of circumstance of the offence that the recipient is someone who is under 16 years of age.

Note 1: For *absolute liability*, see section 6.2.

Note 2: For a defence based on belief about age, see section 474.29.

- (2) For the purposes of an offence against subsection 474.26(2) or (3) or 474.27(2) or (3), absolute liability applies to the physical elements of circumstance of the offence that the other person referred to in paragraph 474.26(2)(b) or (3)(e) or 474.27(2)(c) or (3)(f) is at least 18 years of age.

Note 1: For *absolute liability*, see section 6.2.

Note 2: For a defence based on belief about age, see section 474.29.

- (3) For the purposes of sections 474.26 and 474.27, evidence that the recipient was represented to the sender as being under or of a particular age is, in the absence of evidence to the contrary, proof that the sender believed the recipient to be under or of that age.

- (4) For the purposes of sections 474.26 and 474.27, evidence that the other person referred to in paragraph 474.26(2)(b) or (3)(e) or 474.27(2)(c) or (3)(f) was represented to the sender as being:

- (a) at least 18 years of age; or
- (b) over or of a particular age;

is, in the absence of evidence to the contrary, proof that the sender believed the other person to be at least 18 years of age or over or of that age.

- (5) In determining for the purposes of sections 474.26 and 474.27 how old a person is or was at a particular time, a jury or court may treat any of the following as admissible evidence:

- (a) the person's appearance;
- (b) medical or other scientific opinion;
- (c) a document that is or appears to be an official or medical record from a country outside Australia;
- (d) a document that is or appears to be a copy of such a record.

- (6) Subsection (5) does not make any other kind of evidence inadmissible, and does not affect a prosecutor's duty to do all he or she can to adduce the best possible evidence for determining the question.

- (7) If, on a trial for an offence against sections 474.26 and 474.27, evidence may be treated as admissible because of subsection (5), the court must warn the jury that it must be satisfied beyond reasonable doubt in determining the question.

บทบัญญัติตาม section นี้ บัญญัติขึ้นโดยยึดตามรูปแบบของ Queensland มีวัตถุประสงค์เพื่อให้การฟ้องคดีอาญาในฐานความผิดตาม section 474.26 และ 474.27 ง่ายยิ่งขึ้น กล่าวคือ การกระทำที่จะเป็นความผิดตาม section 474.26 และ 474.27 นั้น แม้ผู้รับปลายทางจะเป็นบุคคลที่สมมติขึ้น (fictitious person) หรือกิจกรรมทางเพศมีอาจเกิดขึ้นได้โดยแน่แท้ก็ตาม เช่นนี้ก็ยังเป็นความผิดตาม section 474.26 และ 474.27

อีกทั้ง section 474.28 (1) และ (2) บัญญัติให้นำหลักความรับผิดชอบเด็ดขาด (absolute liability) มาปรับใช้กับทั้งกรณีที่ไม่ว่าผู้รับปลายทางจะมีอายุต่ำกว่า 16 หรือไม่ก็ตาม และในกรณีล่วงละเมิดเพื่อบุคคลอื่น ไม่ว่าบุคคลอื่นนั้นจะมีอายุเกินกว่า 18 ปีหรือไม่ก็ตาม ซึ่งมีผลทำให้ในการฟ้องคดีอาญาไม่จำเป็นต้องพิสูจน์เจตนา(intention), ความรู้สำนึก(knowledge), ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง(recklessness) หรือ ความประมาทเลินเล่อ(negligence)

2.5.4 South Australian Criminal Law Consolidation Act

Impossibility of sexual activity taking place

- (8) A person may be found guilty of an offence against section 474.26 or 474.27 even if it is impossible for the sexual activity referred to in that section to take place.

Fictitious recipient

- (9) For the purposes of sections 474.26 and 474.27, it does not matter that the recipient to whom the sender believes the sender is transmitting the communication is a fictitious person represented to the sender as a real person.

Attempt not offence

- (10) It is not an offence to attempt to commit an offence against section 474.26 or 474.27.

Definitions

- (11) In sections 474.26 and 474.27 and this section:

procure a person to engage in sexual activity includes:

- (a) encourage, entice or recruit the person to engage in that activity; or
- (b) induce the person (whether by threats, promises or otherwise) to engage in that activity.

sexual activity means:

- (a) sexual intercourse as defined in section 50AC of the *Crimes Act 1914*; or
- (b) an act of indecency as defined in section 50AB of that Act; or
- (c) any other activity of a sexual or indecent nature that involves the human body, or bodily actions or functions.

The activity referred to in paragraph (c) need not involve physical contact between people.

South Australian Criminal Law Consolidation Act 1935 บรรจุ section 63B(3)⁷⁵ ในปี 2004 บทบัญญัตินี้ไม่ได้กล่าวไว้โดยตรงถึงการล่อลวงออนไลน์หรืออินเทอร์เน็ต แต่จากการยืนยันใน Second Reading speech ว่าถึงแม้จะไม่ได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะเจาะจงแต่ก็สามารถนำมาปรับใช้กับการล่อลวงออนไลน์หรืออินเทอร์เน็ตได้ เนื่องจากในการร่าง section 63B(3) นั้นเป็นไปในลักษณะทั่วไปและไม่ได้จำกัดเฉพาะการใช้อินเทอร์เน็ตเท่านั้น⁷⁶

จาก section 63B(3) จึงอาจแบ่งลักษณะความผิดออกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ

- 1) section 63B(3)(a) เป็นความผิดในลักษณะ procuring offence
- 2) section 63B(3)(b) เป็นความผิดในลักษณะ grooming offence ซึ่งเป็นกรล่อลวงในลักษณะที่มีการเตรียมเด็กเพื่อกระทำละเมิดทางเพศต่อเด็กในอนาคต

ใน Second Reading speech ให้ความเห็นว่า การบัญญัติความผิดฐานล่อลวงออกเป็นสองลักษณะนั้นมีความเหมาะสม ซึ่งมีผลทำให้ความผิดฐานล่อลวงในลักษณะ grooming offence เป็นความผิดในขั้นเตรียมการ ในขณะที่ความผิดฐานล่อลวงในลักษณะ procuring offence เป็นความผิดที่เกินกว่าขั้นเตรียมการมาแล้ว⁷⁷

ดังนั้น องค์ประกอบของความผิดฐานล่อลวงในลักษณะ procuring offence คือ

⁷⁵ Criminal Law Consolidation Act 1935

63B—Procuring child to commit indecent act etc

(3) A person who—

(a) procures a child or makes a communication with the intention of procuring a child to engage in, or submit to, a sexual activity; or

(b) makes a communication for a prurient purpose and with the intention of making a child amenable to a sexual activity,
is guilty of an offence.

Maximum penalty:

(a) for a basic offence—imprisonment for 10 years;

(b) for an aggravated offence—imprisonment for 12 years.

⁷⁶ South Australian Parliamentary, *South Australian Parliamentary Debates: SAPD (House of Assembly)*, (26 October 2004): 562.

⁷⁷ South Australian Parliamentary, *South Australian Parliamentary Debates: SAPD (House of Assembly)*, (26 October 2004): 562.

- 1) ล่อลวงเด็กให้เข้าร่วมหรือยินยอมกระทำการกิจกรรมทางเพศ หรือ
- 2) ติดต่อบริการสัมพันธ์โดยมีเจตนาเพื่อล่อลวงเด็กให้เข้าร่วมหรือยินยอมกระทำการกิจกรรมทางเพศ

องค์ประกอบของความผิดฐานล่อลวงในลักษณะ grooming offence คือ

ติดต่อบริการสัมพันธ์ในทางกระตุ้นความรู้สึกทางเพศหรือสำเร็จความใคร่ของตนเองหรือผู้อื่น (prurient purpose) และมีเจตนาที่จะทำให้เด็กยอมทำตามในการประกอบกิจกรรมทางเพศ

เมื่อเปรียบเทียบความผิดฐานล่อลวงในลักษณะ grooming offence กับ Commonwealth Criminal Code section 474.27 จะเห็นได้ว่ามีความแตกต่างกัน เนื่องจากบทบัญญัติของ South Australia section 63B(3)(b) การติดต่อบริการสัมพันธ์จะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อกระตุ้นความรู้สึกทางเพศหรือสำเร็จความใคร่ของตนเองหรือผู้อื่น (prurient purpose) ในขณะที่บทบัญญัติของ Commonwealth การฟ้องคดีอาญาจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า วัตถุประสงค์หรือเนื้อหาที่ส่งให้เด็กนั้นเป็นสิ่งลามกอนาจาร ซึ่งเป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่ต้องพิสูจน์ กล่าวคือ แม้ว่าเนื้อหาสาระที่ติดต่อบริการสัมพันธ์กันนั้นจะสามารถบ่งชี้ได้ถึงเจตนา แต่อย่างไรก็ตามก็ไม่อาจชี้เฉพาะหรือชี้ขาดได้ว่ามีเจตนาเช่นไร เช่น ในกรณีที่ผู้ใหญ่ไร้ความรับผิดชอบส่งข้อความลามกอนาจารแก่เด็กโดยมีเจตนาล้อเล่นเท่านั้น ดังจะเห็นได้จาก section 63B(3)

section 63B(3)

ผู้ใด

- (a) ล่อลวงเด็ก⁷⁸ หรือ ติดต่อบริการสัมพันธ์โดยมีเจตนาที่จะล่อลวงเด็ก ให้เข้าร่วมหรือยินยอมกระทำการกิจกรรมทางเพศ หรือ

⁷⁸ section 62 คำว่า “เด็ก” หมายถึง บุคคลใดที่อายุต่ำกว่า 16 ปี

(b) ติดต่อมีปฏิสัมพันธ์ในทางกระตุ้นความรู้สึกทางเพศหรือสำเร็จความใคร่ของตนเองหรือผู้อื่น (prurient purpose)⁷⁹ และมีเจตนาที่จะทำให้เกิดยอมทำตามในการประกอบกิจกรรมทางเพศ

มีความผิดตามบทบัญญัตินี้

Section 63B(3)(b) ก็แตกต่างกับ Queensland Criminal Code section 218A(1)(b) เนื่องจากภายใต้บทบัญญัติ section 63B(3)(b) เพียงแค่แสดงซึ่งวัตถุหรือเนื้อหาลามกอนาจารนั้นไม่ถือเป็นความผิด แต่หากเป็น Queensland Criminal Code section 218A(1)(b) การแสดงซึ่งวัตถุหรือเนื้อหาลามกอนาจารโดยไม่มีเหตุอันสมควรแก่ผู้ใดที่อายุต่ำกว่า 16 ปี หรือเชื่อว่าอายุต่ำกว่า 16 ปี เป็นความผิดตาม section นี้

นอกจากนี้ ภายใต้บทบัญญัติของ South Australia ประเด็นเกี่ยวกับพยานหลักฐานไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจน ซึ่งรวมถึงการยอมรับฟังการติดต่อระหว่างบุคคลที่สมมติขึ้นกับผู้กระทำความผิด (fictitious person) เป็นพยานหลักฐานได้ ดังนั้น บทบัญญัติของ South Australia จึงไม่ยอมรับการปฏิบัติหน้าที่ในทางลับของเจ้าหน้าที่ตำรวจโดยการแฝงตัวเป็นเด็กเพื่อติดต่อและหาพยานหลักฐานจากผู้กระทำความผิด

2.5.5 Tasmanian Criminal Code Act 1924

ในปี 2005 มีการแก้ไขปรับปรุง Tasmanian Criminal Code Act 1924 โดยได้เพิ่ม section 125C⁸⁰ ล่อลวงบุคคลอายุต่ำกว่า 17 ปี เพื่อร่วมประเวณีโดยมิชอบด้วย

⁷⁹ section 62

prurient purpose—a person acts for a prurient purpose if the person acts with the intention of satisfying his or her own desire for sexual arousal or gratification or of providing sexual arousal or gratification for someone else.

ผู้ใดกระทำโดยมีเจตนาเพื่อสนองความต้องการกระตุ้นความรู้สึกทางเพศหรือสำเร็จความใคร่ของตนเองหรือกระตุ้นความรู้สึกทางเพศหรือสำเร็จความใคร่ของผู้อื่น

⁸⁰ Tasmanian Criminal Code Act 1924

125C. Procuring unlawful sexual intercourse with person under 17 years, &etc.

(1) In this section –

"young person" means a person under the age of 17 years.

กฎหมาย และ section 125D⁸¹ ติดต่อกับปฏิบัติสัมพันธ์โดยมีเจตนาเพื่อล่อลวงบุคคลอายุต่ำกว่า

(2) A person who procures –

(a) a young person to have unlawful sexual intercourse with another person, either in this State or elsewhere;

or

(b) another person to have unlawful sexual intercourse with a young person, either in this State or elsewhere –
is guilty of a crime.

Charge:

Procuring unlawful sexual intercourse with young person.

(3) A person who procures –

(a) a young person to commit an indecent act, either in this State or elsewhere; or

(b) another person to do an indecent act with, or directed at, a young person, either in this State or elsewhere –
is guilty of a crime.

Charge:

Procuring indecent act by, or with, young person.

(4) In any case in which it is provided that the consent of a person to the act charged is a defence to a charge under [section 124](#) or [125B](#), the like consent to an act which is the subject of the alleged procurement given under the like conditions as to the age of the parties is a defence to a charge under this section.

(5) It is also a defence to a charge under this section to prove that the accused person believed on reasonable grounds that the young person was of or above the age of 17 years.

⁸¹ 125D. Communications with intent to procure person under 17 years,

(1) A person (the "accused person") who makes a communication by any means with the intention of procuring a person under the age of 17 years, or a person the accused person believes is under the age of 17 years, to engage in an unlawful sexual act, either in this State or elsewhere, is guilty of a crime.

Charge:

Communicating with intent to procure a person under the age of 17 years to engage in an unlawful sexual act.

(2) For the purposes of [subsection \(1\)](#) –

"unlawful sexual act" means an act that would, if committed in relation to a person under the age of 17 years, constitute an offence under [section 124](#), [125B](#), [126](#), [127](#), [127A](#), [133](#) or [185](#).

(3) A person (the "accused person") who makes a communication by any means with the intention of exposing, without legitimate reason, a person under the age of 17 years, or a person the accused person believes is under the age of 17 years, to any indecent material, either in this State or elsewhere, is guilty of a crime.

Charge:

Making a communication with the intention of exposing a person under the age of 17 years to indecent material.

(4) For the purposes of [subsection \(3\)](#) –

"indecent material" means any indecent film, printed matter, electronic data and any other thing of any kind (including any computer image or depiction).

(5) It is a defence to a charge under this section to prove that –

17 ปี จาก Second Reading speech กล่าวว่า วัตถุประสงค์อันดับแรกของ section 125D คือจัดการกับผู้ใดก็ตามที่หาเด็กผ่านทางห้องแชทหรืออี-เมลเพื่อล่อลวง (groom and procure) โดยมีวัตถุประสงค์ในทางเพศ แต่อย่างไรก็ตามบทบัญญัติภายใต้ section 125D ก็บัญญัติไว้อย่างกว้าง จึงสามารถรวมถึงการติดต่อมีปฏิสัมพันธ์ที่กระทำโดยวิธีการอื่นด้วย เช่น จดหมายและการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์อื่นๆ เช่น ข้อความสั้น (SMS messages)⁸² อีกทั้งภายใต้บทบัญญัตินี้ยังยอมรับการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจปฏิบัติหน้าที่ในทางลับด้วย

section 125D บัญญัติโดยยึดรูปแบบของ Queensland มาเป็นต้นแบบ โดย section 125D(1) บัญญัติให้การที่ผู้ใด⁸³ติดต่อมีปฏิสัมพันธ์โดยมีเจตนาเพื่อล่อลวงเด็กอายุต่ำกว่า 17 ปี หรือเชื่อว่าอายุต่ำกว่า 17 ปี ให้เข้าร่วมการกระทำในทางเพศที่มีขอบด้วยกฎหมาย (unlawful sexual act) เป็นความผิด

section 125D(6) บัญญัติให้สามารถปรับใช้กฎหมายกับกรณีที่เจ้าหน้าที่ตำรวจปฏิบัติหน้าที่ในทางลับโดยแฝงตัวเป็นเด็ก ดังนี้ Tasmania จึงยอมรับการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจในการติดต่อและแสวงหาพยานหลักฐานกับผู้กระทำความผิดโดยการแฝงตัวเป็นเด็ก

(a) the person who received the communication, or to whom the communication was directed, was of or above the age of

15 years and the accused person was not more than 5 years older than that person; or

(b) the person who received the communication, or to whom the communication was directed, was of or above the age of 12 years and the accused person was not more than 3 years older than that person; or

(c) the accused person believed on reasonable grounds that the other person was of or above the age of 17 years.

(6) Subsections (1) and (3) apply notwithstanding that the person who received the communication, or to whom the communication was directed, was a person of or above the age of 17 years who was represented to the accused person as a person under the age of 17 years with a fictitious identity.

(7) Evidence that the person who received the communication, or to whom the communication was directed, was represented to the accused person as being under the age of 17 years is, in the absence of evidence to the contrary, proof that the accused person believed the person was under that age.

⁸² Tasmanian Parliamentary , Tasmanian Parliamentary Debates [online], 14 June 2005. Available from: <http://www.hansard.parliament.tas.gov.au/isysquery/irl25d5/1/doc>

⁸³ Tasmanian Criminal Code Act 1924 ใช้คำว่า “ผู้ใด” (person) แทนคำว่า “ผู้ใหญ่” (adult) เช่นเดียวกับ South Australia และ Australian Capital Territory

นอกจากนี้ section 125D(5)(a) และ (b) บัญญัติข้ออ้างที่แตกต่างและไปไกลกว่ารัฐอื่น คือ ในกรณีที่เด็กติดต่อกับปฏิสัมพันธ์กันเองจะไม่ฟ้องร้องภายใต้บทบัญญัตินี้ ดังนี้

- 1) ผู้รับปลายทางอายุไม่ต่ำกว่า 15 ปี และจำเลยอายุมากกว่า ไม่เกิน 5 ปี
- 2) ผู้รับปลายทางอายุไม่ต่ำกว่า 12 ปี และจำเลยอายุมากกว่า ไม่เกิน 3 ปี

section 125D(3) บัญญัติให้การกระทำที่เป็นการติดต่อกับปฏิสัมพันธ์โดยมีเจตนาแสดงซึ่งวัตถุหรือเนื้อหาลามกอนาจารโดยไม่มีเหตุอันสมควรแก่เด็กที่อายุต่ำกว่า 17 ปี เป็นความผิด ซึ่งเป็นบัญญัติโดยยึดตามแนวความคิดของ Queensland Criminal Code section 218A

2.5.6 Western Australian Criminal Code

ในปี 2006 Western Australian Criminal Code ได้เพิ่มเติม section 204B การใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ล่อลวงหรือแสดงซึ่งสิ่งลามกอนาจารแก่เด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี เข้าไป โดยการบัญญัติ section 204B ก็ยึดรูปแบบของ Queensland Criminal Code section 218A เช่นเดียวกัน section 204B⁸⁴ บัญญัติฐานความผิดสองลักษณะ คือ

⁸⁴ Western Australia Criminal Code

204B. Using electronic communication to procure, or expose to indecent matter, children under 16

(1) In this section —

computer generated image means electronically recorded data capable, by way of an electronic device, of being produced on a computer monitor, television screen, liquid crystal display or similar medium as an image, whether or not the image is in the form of text;

electronic communication has the meaning given to that term in section 5 of the *Electronic Transactions Act 2003*;

indecent matter includes an indecent film, videotape, audiotape, picture, photograph, or printed or written matter;

picture includes an image, whether or not it is a computer generated image;

victim means a person whom an adult, contrary to subsection (2) or (3), intends to —

(a) procure to engage in sexual activity; or

(b) expose to any indecent matter.

(2) An adult who uses electronic communication —

(a) with intent to —

- (i) procure a person under the age of 16 years to engage in sexual activity; or
- (ii) expose a person under the age of 16 years to any indecent matter, either in Western Australia or elsewhere; or

(b) with intent to —

- (i) procure a person the offender believes is under the age of 16 years to engage in sexual activity; or
- (ii) expose a person the offender believes is under the age of 16 years to any indecent matter, either in Western Australia or elsewhere,

is guilty of a crime and is liable to imprisonment for 5 years.

(3) An adult who uses electronic communication —

(a) with intent to —

- (i) procure a person under the age of 13 years to engage in sexual activity; or
- (ii) expose a person under the age of 13 years to any indecent matter, either in Western Australia or elsewhere; or

(b) with intent to —

- (i) procure a person the offender believes is under the age of 13 years to engage in sexual activity; or
- (ii) expose a person the offender believes is under the age of 13 years to any indecent matter, either in Western Australia or elsewhere,

is guilty of a crime and is liable to imprisonment for 10 years.

Alternative offence: subsection (2).

(4) For the purpose of subsection (2)(a)(i) or (b)(i) or (3)(a)(i) or (b)(i), a person engages in sexual activity if the person —

- (a) allows a sexual act to be done to the person's body;
- (b) does a sexual act to the person's own body or the body of another person; or
- (c) otherwise engages in an act of an indecent nature.

(5) The acts referred to in subsection (4) are not limited to penetration or acts involving physical contact.

(6) For the purpose of subsection (2)(a)(i) or (b)(i) or (3)(a)(i) or (b)(i), it is not necessary to prove that the accused person intended to procure the victim to engage in any particular sexual activity.

(7) If, despite subsection (6), an intention to procure the victim to engage in any particular sexual activity is alleged, it does not matter that, because of circumstances not known to the accused person, it is impossible in fact for the victim to engage in the sexual activity.

(8) For the purposes of subsection (2) or (3), it does not matter that the victim is a fictitious person represented to the accused person as a real person.

(9) Evidence that the victim was represented to the accused person as being under the age of 16 years, or 13 years, as the case may be, is, in the absence of evidence to the contrary, proof that the accused person believed the victim was under that age.

(10) It is a defence to a charge under subsection (2)(a) to prove the accused person believed on reasonable grounds that the victim was of or over the age of 16 years.

1) ผู้ใหญ่ (adult) ใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์โดยมีเจตนาเพื่อบุคคลที่อายุต่ำกว่า 16 ปี (หรือ 13 ปี) ให้เข้าร่วมในการกระทำกิจกรรมทางเพศ

2) ผู้ใหญ่ (adult) ใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์โดยมีเจตนาเพื่อบุคคลที่ผู้กระทำความผิดเชื่อว่าอายุต่ำกว่า 16 ปี (หรือ 13 ปี) ให้เข้าร่วมในการกระทำกิจกรรมทางเพศ

section 204B(8) อนุญาตให้เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถปฏิบัติหน้าที่ในทางลับได้

นอกจากนี้ section 204B ยังบัญญัติให้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เพื่อแสดงซึ่งสิ่งลามกอนาจารแก่บุคคลอายุต่ำกว่า 16 ปี (หรือ 13 ปี) หรือบุคคลที่ผู้กระทำความผิดเชื่อว่าอายุต่ำกว่า 16 ปี (หรือ 13 ปี) ซึ่งเป็นการบัญญัติตาม Queensland Criminal Code section 218A

2.5.7 Victorian Criminal Act 1958

Victorian Criminal Act 1958 section 58(1)⁸⁵ เป็นความผิดในกรณีที่ผู้ใหญ่ชักชวนหรือล่อลวงให้บุคคลอายุต่ำกว่า 16 ปี ให้เข้ามีส่วนร่วมในการกระทำทางเพศหรือการกระทำลามกอนาจารนอกสมรส ไม่ว่าจะกระทำกับตนเองหรือผู้อื่นก็ตาม ต่อมาในปี 2006 การปรับใช้บทบัญญัติ section 58(1) มีการขยายขอบเขตกว้างขึ้น กล่าวคือ การกระทำความผิดฐานล่อลวงนั้นรวมถึงการใช้วิธีออนไลน์ด้วย แต่ไม่มีการบัญญัติเป็นองค์ประกอบความผิดเพิ่มเติมเนื่องจาก Victorian Law Reform Commission⁸⁶ ไม่เห็นด้วยกับการบัญญัติฐานความผิดล่อลวง

(11) It is a defence to a charge under subsection (3)(a) to prove the accused person believed on reasonable grounds that the victim was of or over the age of 13 years, but that does not prevent the person from being convicted of an offence under subsection (2).

⁸⁵ Victorian Crimes Act 1958

58 Procuring sexual penetration of a child

(1) A person aged 18 years or more must not solicit or procure a child under the age of 16 years to take part in an act of sexual penetration, or an indecent act (within the meaning of Subdivision (8D)), outside marriage with him or her or another person.

Penalty: Level 5 imprisonment (10 years maximum).

⁸⁶ Victorian Law Reform Commission, *Sexual offences: Interim Report* (2003): 388.

โดยอาศัยอินเทอร์เน็ตเป็นเครื่องมือไว้โดยเฉพาะ โดยเห็นว่ากรกระทำคามผิดทางอาญานั้น ไม่ควรยึดติดอยู่กับวิธีการของผู้กระทำคามผิดโดยการใช้สื่อเป็นเครื่องมือในการเตรียมเด็ก เพื่อกระทำกิจกรรมทางเพศในอนาคต

ใน Interim report ของ Victorian Law Reform Commission เห็นว่า เมื่อมีการเสนอแก่เด็กให้เข้าร่วมกิจกรรมทางเพศ หรือมีการยุงหรือโน้มน้าวโดยผู้ใหญ่ให้เด็กเข้ามีส่วนร่วมในการกระทำทางเพศ เพียงเท่านี้ก็น่าจะเป็นพอที่จะถือว่าเป็นการกระทำคามผิดแล้ว แต่อย่างไรก็ตาม การที่จะเป็นคามผิดตามบทบัญญัตินั้นจำเลยจะต้องกระทำมากกว่าเพียงการสนทนาที่เกี่ยวกับเรื่องทางเพศอย่างชัดแจ้งกับเด็ก ดังนี้ จึงเห็นว่าบุคคลจะมีความผิดทางอาญาเมื่อเขาหรือเธอมีเจตนาที่จะกระทำการใดที่กฎหมายบัญญัติเป็นคามผิดเท่านั้น

section 58(1) ได้เพิ่มคำว่า “soliciting” (ชักชวน) เป็นองค์ประกอบคามผิดที่เพิ่มขึ้นมานอกจาก “procuring” เด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี ให้เข้ามีส่วนร่วมในการกระทำลามกอนาจาร ซึ่งการเพิ่มคำว่า “soliciting” (ชักชวน) จะมีผลทำให้การปรับใช้บทบัญญัติ section 58(1) มีขอบเขตที่กว้างขึ้น โดยคำว่า “soliciting” (ชักชวน) จะเป็นในลักษณะที่มีการเสนอหรือร้องขอให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะ ในขณะที่คำว่า “procuring” แสดงให้เห็นถึงกระบวนการวางแผนที่มีความละเอียดรอบคอบมากกว่าโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดผลอย่างใดอย่างหนึ่ง⁸⁷

2.5.8 Northern Territory Criminal Code Act

แม้จะไม่มีกรบัญญัติกฎหมายล่อลวงเด็กออนไลน์ไว้โดยเฉพาะ แต่ก็มีกรนำกฎหมายมาปรับใช้ในบริบทของการล่อลวงคือ Northern Territory Criminal Code Act section 131⁸⁸ ซึ่งเป็นบทบัญญัติคามผิดฐานพยายาม การกระทำที่เป็นคามผิดตาม section นี้

⁸⁷ Victorian Law Reform Commission, *Sexual Offences: Final Report* (2004): 451.

⁸⁸ Northern Territory Criminal Code Act

131. Attempts to procure child under 16 years

(1) Any person who attempts to procure a child who is under the age of 16 years to:

(a) have sexual intercourse either in the Territory or elsewhere; or
(b) commit, perform or engage in any act of gross indecency,

คือ ผู้ใดพยายามล่อลวงเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี ให้ร่วมประเวณี หรือให้กระทำ, แสดง หรือมีส่วนร่วมในการกระทำลามกอนาจาร จะเห็นได้ว่า section 131 นี้ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดการกับการกระทำออนไลน์โดยเฉพาะ แต่อย่างไรก็ตามบทบัญญัตินี้นำมาปรับใช้กับกรณีกระทำการออนไลน์ด้วย

นอกจากนี้ section 132(2)(e)⁸⁹ บัญญัติให้การกระทำที่ผู้ใดโดยปราศจากเหตุอันสมควรแสดงโดยเจตนาซึ่งสิ่งลามกอนาจารหรือภาพยนตร์, เทปบันทึกภาพ, เทปบันทึกเสียง ภาพถ่าย หรือหนังสือที่มีลักษณะลามกอนาจาร แก่เด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี ซึ่งบทบัญญัตินี้ก็นำมาปรับใช้กับกรณีกระทำการออนไลน์ด้วยเช่นเดียวกัน

2.6 กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดฐานล่อลวงเด็กและเยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ

ในคดี New York v. Ferber⁹⁰ Supreme Court ให้เหตุผลว่า รัฐบาลมีหน้าที่รักษาผลประโยชน์และให้ความสำคัญในเรื่องการปกป้องเด็กและเยาวชน รัฐสภาจึงบัญญัติกฎหมายหลายฉบับเพื่อปกป้องเด็กและเยาวชนจากวัตถุหรือเนื้อหาที่เป็นอันตรายบนอินเทอร์เน็ต ซึ่งเด็ก

is guilty of a crime and is liable to imprisonment for 3 years.

(2) If the offender is an adult he is liable to imprisonment for 5 years.

(3) It is a defence to a charge of a crime defined by this section to prove:

(a) the child was of or above the age of 14 years; and

(b) the accused person believed on reasonable grounds that the child was of or above the age of 16 years.

⁸⁹ Northern Territory Criminal Code Act

132. Indecent dealing with child under 16 years

(2) Any person who:

(e) without legitimate reason, intentionally exposes a child under the age of 16 years to an indecent object or indecent film, video tape, audio tape, photograph or book; or is guilty of a crime and is liable to imprisonment for 10 years.

⁹⁰ Paul Ferber และ Tim Quinn เจ้าของร้านหนังสือสำหรับผู้ใหญ่ในแมนฮัตตัน Ferber ถูกจับกุมเนื่องจากขายภาพยนตร์เกี่ยวกับการสำเร็จความใคร่ด้วยตนเองโดยเด็กชาย ในข้อหาละเมิดกฎหมาย New York ที่ห้ามขายการแสดงเกี่ยวกับการกระทำทางเพศของเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี The New York Court of Appeal ตัดสินว่า การกระทำของ Ferber ได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญ the First Amendment Ferber จึงไม่มีความผิด ต่อมา Supreme Court ตัดสินว่าสิทธิเสรีภาพในการพูดที่รับรองโดยรัฐธรรมนูญ The first Amendment ไม่ห้ามรัฐในการห้ามขายวัตถุหรือเนื้อหาเกี่ยวกับกิจกรรมทางเพศซึ่งมีเด็กเกี่ยวข้องด้วย

และเยาวชนสามารถเข้าถึงได้ กฎหมายเหล่านี้มีความสำคัญมากเนื่องจากบ่อยครั้งข้อมูลข่าวสารบนอินเทอร์เน็ตเหล่านี้ถูกนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการล่อลวงเด็กในทางเพศ แต่กฎหมายหลายฉบับมักไม่ผ่านการตรวจสอบของรัฐธรรมนูญ the First Amendment เพราะกฎหมายที่ไม่ขัดรัฐธรรมนูญนั้น จะต้องสามารถปกป้องผลประโยชน์ โดยใช้มาตรการในการควบคุมจัดการ ในระดับน้อยที่สุด แต่รัฐสภาไม่สามารถบัญญัติกฎหมายที่จะไม่ละเมิดสิทธิเสรีภาพในการพูดของผู้ใหญ่ได้ แม้ว่าการปกป้องเด็กและเยาวชนจะเป็นผลประโยชน์ที่ต้องรัฐบาลมีหน้าที่ต้องรักษาไว้ก็ตาม

รัฐสภายุติบัญญัติกฎหมายหลายฉบับขึ้นเพื่อป้องกันเด็กที่อยู่บนอินเทอร์เน็ต กฎหมายเหล่านี้มีเป้าหมายตั้งแต่บัญญัติฐานความผิดขึ้นใหม่ไปจนถึงขยายขอบเขตฐานความผิดที่มีอยู่แล้ว เช่น ความผิดฐานล่อลวงทางเพศต่อเด็ก เป็นต้น ดังนี้

2.6.1 Communication Decency Act

ในปี 1996 รัฐสภาผ่านกฎหมาย Communication Decency Act (CDA) วางระเบียบเกี่ยวกับการพูดลามกอนาจารบนอินเทอร์เน็ต เนื้อหาบางส่วน of CDA ถูกคัดค้านโดย American Civil Liberties Union (ACLU) ว่าละเมิดรัฐธรรมนูญ the First Amendment โดยเฉพาะอย่างยิ่งคัดค้านมาตราที่บัญญัติให้การให้หรือมอบวัตถุหรือเนื้อหาลามกอนาจารแก่ผู้เยาว์และส่งหรือแสดงโดยเจตนาซึ่งข้อความอันมีลักษณะเป็นการล่วงละเมิดอย่างชัดแจ้งซึ่งบุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปี สามารถเข้าถึงได้ เป็นความผิดทางอาญา Supreme Court เห็นว่ากฎหมายฉบับนี้มีขอบเขตที่กว้างเกินไปและไม่ชัดเจน เพราะแม้ว่า CDA จะคุ้มครองเด็กและเยาวชน แต่ในขณะเดียวกันก็จำกัดสิทธิเสรีภาพในการพูดที่รับรองโดยรัฐธรรมนูญ the First Amendment ของผู้ใหญ่ อีกทั้ง CDA ไม่มีการกำหนดแนวทางที่ชัดเจนแก่ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตในการใช้อินเทอร์เน็ตเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งยังสามารถแสดงออกซึ่งการพูดที่ได้รับการรับรองจากรัฐธรรมนูญได้ โดย Supreme Court เชื่อว่า ความไม่ชัดเจนจะเป็นเหตุให้เกิดความไม่แน่นอนแก่การพูดบนอินเทอร์เน็ตและทำให้รัฐธรรมนูญไร้ผล

2.6.2 Child Online Protection Act

ในปี 1998 ด้วยความพยายามที่จะปกป้องเด็กและเยาวชนให้พ้นจากวัตถุหรือเนื้อหาที่เป็นอันตรายบนอินเทอร์เน็ต รัฐสภาจึงบัญญัติ Child Online Protection Act (COPA) เพื่อแก้ปัญหาความไม่ชัดเจนที่พบใน CDA และจำกัดขอบเขตความหมายของวัตถุหรือเนื้อหาเพื่อมิให้กฎหมายกว้างเกินไป โดย COPA บัญญัติให้ผู้จำหน่ายเพื่อการค้าซึ่งวัตถุหรือเนื้อหาที่เป็นอันตรายต่อผู้เยาว์ควบคุม site ของตนมิให้ผู้เยาว์สามารถเข้าถึงได้ อีกทั้งยังจำกัดการพูดในเชิงการค้า (commercial speech) ซึ่งเป็นการขัดขวางสิทธิเสรีภาพในการพูดระหว่างผู้ใหญ่ด้วยกัน Federal Court จึงตัดสินว่า COPA ละเมิดสิทธิเสรีภาพในการพูดซึ่งรับรองโดยรัฐธรรมนูญ กฎหมายฉบับนี้จึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ the First Amendment

2.6.3 Children's Internet Protection Act

เมื่อห้องสมุดให้บริการอินเทอร์เน็ต การเข้าถึงวัตถุหรือเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับทางเพศอย่างชัดแจ้งและภาพลามกอนาจารบนอินเทอร์เน็ตผ่านบริการของห้องสมุดเพิ่มมากขึ้น มีการค้นหาและแสดงแก่ผู้อื่นซึ่งภาพลามกอนาจารโดยผู้ใช้บริการในทุกช่วงอายุ ทั้งด้วยการแสดงไว้บนหน้าจอคอมพิวเตอร์หรือการพิมพ์ภาพดังกล่าวโดยใช้เครื่องพิมพ์ของห้องสมุด รัฐสภาจึงบัญญัติ Children's Internet Protection Act (CIPA) ขึ้นโดยวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันเด็กและเยาวชนจากวัตถุหรือเนื้อหาที่เป็นอันตรายบนอินเทอร์เน็ต CIPA กำหนดให้ห้องสมุดชุมชนที่ได้รับงบประมาณจากรัฐมีหน้าที่กำหนดนโยบายอินเทอร์เน็ตปลอดภัยเพื่อป้องกันผู้เยาว์จากสิ่งลามกออนไลน์, ภาพเด็กลามกอนาจาร และวัตถุหรือเนื้อหาอื่นที่เป็นอันตรายต่อผู้เยาว์ โดยนโยบายดังกล่าวจะต้องมีการใช้เทคโนโลยีในการควบคุมหรือคัดกรองสิ่งลามกหรือเนื้อหาที่ไม่เหมาะสม และเพื่อมิให้ CIPA ละเมิดสิทธิเสรีภาพในการพูดซึ่งรับรองโดยรัฐธรรมนูญ the First Amendment CIPA ได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ ในกรณีที่ผู้ใหญ่ต้องการเข้าถึง site ที่โดนบล็อกไว้ ต้องได้รับความยินยอมจากผู้บริหารหรือผู้ควบคุมดูแลของห้องสมุดดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตามการเข้าถึง site ดังกล่าวจะต้องเป็นไปเพื่อการค้นคว้าโดยสุจริตหรือเพื่อวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายประการอื่นๆ เท่านั้น

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ในคดี United States v. American Library Association⁹¹ Supreme Court ตัดสินว่า CIPA ไม่ละเมิดสิทธิเสรีภาพในการพูด และเน้นย้ำว่าภารกิจของห้องสมุดคือ การจัดหาและให้วัสดุหรือเนื้อหาที่เป็นประโยชน์และน่าสนใจแก่ชุมชน

2.6.4 Deleting Online Predator Act

เนื่องจากความกังวลเกี่ยวกับการล่อลวงทางเพศต่อเด็กบน social network เช่น Myspace Hi5 Facebook เป็นต้น รัฐสภาจึงบัญญัติ Deleting Online Predator Act (DOPA) ขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดให้โรงเรียนและห้องสมุดที่ได้รับเงินงบประมาณจากรัฐบาลใช้ filtering และ blocking software เพื่อควบคุมและจำกัดการเข้าถึงห้อง chat room และ social network กฎหมายฉบับนี้จึงเป็นการขยายข้อกำหนดที่บัญญัติไว้ใน Children's Internet Protection Act

2.6.5 Adam Walsh Child Protection and Safety Act of 2006

กฎหมายฉบับนี้บัญญัติขึ้นเพื่อสนับสนุนการขึ้นทะเบียนผู้กระทำความผิดทางเพศ (National Sex Offender Registry) โดยกำหนดให้รวมข้อมูลทางทะเบียนของผู้กระทำความผิดทางเพศจากทุกมลรัฐไว้ในฐานข้อมูลเดียวกัน และกำหนดโทษร้ายแรงแก่ผู้กระทำความผิดทางเพศที่ไม่ยอมขึ้นทะเบียน ซึ่งการรวมข้อมูลของข้อกระทำความผิดทางเพศไว้ในฐานข้อมูลเดียวกันดังกล่าวมีผลทำให้ social network site สามารถใช้ข้อมูลดังกล่าวเพื่อลบโปรไฟล์ของผู้กระทำความผิดทางเพศที่ขึ้นทะเบียนไว้จากระบบได้

นอกจากนี้ Adam Walsh Act ยังขยายฐานหน่วยกำลังเฉพาะกิจ เพื่อเสริมประสิทธิภาพในการป้องกันมิให้พวกล่อลวงทางอินเทอร์เน็ตเข้าถึงตัวเด็กได้และพัฒนาให้การฝึกอบรมเจ้าพนักงานในหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายให้ครอบคลุมทั้งระดับรัฐบาลกลาง มลรัฐ และท้องถิ่น เพื่อการตอบสนองต่อเหตุการณ์การล่อลวงทางอินเทอร์เน็ตที่มีประสิทธิภาพ

⁹¹ Supreme Court ตัดสินว่า รัฐสภามีอำนาจที่จะกำหนดให้โรงเรียนหรือห้องสมุดชุมชนปฏิบัติตามเงื่อนไข คือ ติดตั้ง web filtering software ในการรับเงินงบประมาณจากรัฐ และด้วยคะแนนเสียง 6-3 ตัดสินว่า การใช้ filtering software ของห้องสมุดชุมชนไม่เป็นการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ the First Amendment ของผู้ใช้บริการ และ CIPA ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

อีกทั้งยังให้อำนาจแก่อัยการสูงสุด (Attorney General) เพื่อปรึกษาและขอความเห็นจาก National Center for Missing and Exploited Children (NCMEC) ในการดำเนินการตามนโยบายการเฝ้าระวัง โดยการให้ความรู้แก่เด็ก พ่อแม่ และผู้นำชุมชน เกี่ยวกับมาตรการการป้องกันเด็กจากการถูกล่อลวงทางอินเทอร์เน็ตอีกด้วย

2.6.6 Stop the Online Exploitation of Our Children Act of 2006

กฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ เพื่อยกระดับกระบวนการการรายงานการพบการแสวงหาประโยชน์อันมิชอบด้วยกฎหมายต่อเด็ก โดยบริษัทที่ให้บริการการออนไลน์ และเพื่อกำหนดให้ผู้กระทำความผิดทางเพศลงทะเบียนข้อมูลเกี่ยวกับกิจกรรมบนโลกออนไลน์ของตน รวมถึงอี-เมลล์แอดเดรส ชื่อที่ใช้ในการใช้บริการ instant messenger และ chat room เป็นต้น นอกจากนี้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตต้องรายงานการกระทำที่เป็นการละเมิดต่อ CyberTipline ของ NCMEC ซึ่งจะส่งเรื่องต่อไปยังหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายของรัฐบาลกลางหรือมลรัฐ เพื่อดำเนินการสืบสวนสอบสวนต่อไป

2.6.7 Keeping the Internet Devoid of Sexual Predators Act of 2007 (KIDS Act)

กฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกับ Stop the Online Exploitation of Our Children Act of 2006 คือ การกั้นผู้กระทำความผิดทางเพศออกจากห้อง chat room และ social network site โดยผู้กระทำความผิดทางเพศที่ขึ้นทะเบียนไว้ต้องบอกล่วงแก่อนุญาตหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับ อี-เมลล์ หรือ ข้อมูลอื่นๆที่สามารถระบุตัวตนทางอินเทอร์เน็ตเพื่อบันทึกไว้ใน National Sex Offender Registry ซึ่ง social network site สามารถใช้บัญชีข้อมูลดังกล่าวเพื่อห้ามมิให้ผู้กระทำความผิดทางเพศเข้าถึงระบบได้ ในปัจจุบัน Myspace และ Facebook เป็น site ที่เห็นด้วยและปฏิบัติตาม KIDS Act อย่างเป็นทางการ

2.6.8 United States Code

สถานิติบัญญัติของทั้งรัฐบาลกลางและมลรัฐต่างก็ได้บัญญัติกฎหมายอาญาขึ้นเพื่อลงโทษผู้ที่ให้บริการอินเทอร์เน็ตเป็นเครื่องมือในการทำร้ายผู้เยาว์ และมีการขยายขอบเขต

ฐานความผิดที่ได้บัญญัติไว้ก่อนแล้ว คือ ความผิดฐานล่อลวงเด็ก⁹² เพื่อปรับใช้กับกรณีที่บุคคลใด ๆ ใช้อินเทอร์เน็ตเป็นเครื่องมือในการอำนวยความสะดวกในการก่ออาชญากรรม

โดยในปี 1996 ได้มีการเพิ่มเติม United States Code § 2422 (b) โดย Telecommunications Act ซึ่งเป็นการขยายขอบเขตกฎหมายที่มีอยู่เดิมเกี่ยวกับการล่อลวงทางเพศต่อผู้เยาว์ ดังนี้

“บุคคลใดที่ใช้จดหมายหรือสิ่งอำนวยความสะดวกใดๆ หรือการขนส่งระหว่างมลรัฐหรือต่างประเทศหรือในเขตอำนาจทางทะเลหรือในเขตอำนาจเหนืออาณาเขตของสหรัฐอเมริกา ใมน้ำว ชักจูง ล่อลวง หรือขู่บังคับบุคคลใดที่อายุต่ำกว่า 18 ปี ให้ค้าประเวณี หรือกระทำกิจกรรมทางเพศโดยรู้สำนึก บุคคลดังกล่าวมีความผิดทางอาญาหรือมีความผิดฐานพยายามกระทำการดังกล่าว ต้องได้รับโทษปรับและจำคุกไม่น้อยกว่า 10 ปี หรือตลอดชีวิต”⁹³

ในประเทศสหรัฐอเมริกา การกระทำไม่ว่าทางออฟไลน์ เช่น จดหมาย หรือออนไลน์ ก็ตาม เพื่อใมน้ำว ชักจูง ล่อลวง หรือขู่บังคับบุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปี ให้กระทำกิจกรรมทางเพศ ล้วนถือว่าเป็นการกระทำความผิดทั้งสิ้น ดังจะเห็นได้จาก

§ 2422 (b) ไม่เฉพาะแต่กรณีที่ผู้กระทำความผิดติดต่อพูดคุยกับเด็กจริงๆ เท่านั้นที่เป็นความผิด กรณีที่ไม่มีเด็กจริงๆ แต่เป็นการติดต่อพูดคุยกับเจ้าพนักงานที่ปลอมตัวเป็นเด็กในการปฏิบัติหน้าที่ในทางลับก็อาจเป็นความผิดฐานพยายามได้ ซึ่งเห็นได้จากการที่กฎหมายบัญญัติว่า “บุคคลใด....โดยรู้สำนึกใมน้ำว ชักจูง ล่อลวง หรือขู่บังคับให้ผู้เยาว์กระทำกิจกรรม

⁹² § 2422. Coercion and enticement

(a) Whoever knowingly persuades, induces, entices, or coerces any individual to travel in interstate or foreign commerce, or in any Territory or Possession of the United States, to engage in prostitution, or in any sexual activity for which any person can be charged with a criminal offense, or attempts to do so, shall be fined under this title or imprisoned not more than 20 years, or both.

⁹³ (b) Whoever, using the mail or any facility or means of interstate or foreign commerce, or within the special maritime and territorial jurisdiction of the United States knowingly persuades, induces, entices, or coerces any individual who has not attained the age of 18 years, to engage in prostitution or any sexual activity for which any person can be charged with a criminal offense, or attempts to do so, shall be fined under this title and imprisoned not less than 10 years or for life.

ทางเพศ บุคคลดังกล่าวมีความผิดทางอาญา หรือพยายามกระทำการดังกล่าว บุคคลนั้นมีความผิดฐานพยายามกระทำการดังกล่าวตามมาตรา⁹⁴

โทษของ 18 U.S.C § 2422 (b) มีการเปลี่ยนแปลงอย่างมากตั้งแต่มีการบัญญัติขึ้นในปี 1996 โดยในปี 1998 เนื่องจากการเพิ่มขึ้นอย่างมากของคดีล่วงทางเพศต่อเด็ก ซึ่งนำไปสู่การลักพาตัวและข่มขืน รัฐสภาจึงผ่าน Protection of Children from Sexual Predator Act เพื่อตอบสนองต่อการเรียกร้องจากพ่อแม่ของเหยื่อและหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมาย กฎหมายฉบับนี้พยายามที่จะป้องกันเด็กจากการถูกละเมิดและแสวงประโยชน์อันมิชอบในทางเพศ จึงบัญญัติให้เพิ่มเติมโทษจากโทษจำคุกสูงสุด 10 ปี เป็น 15 ปี ต่อมาในปี 2003 Protect Act บัญญัติให้เพิ่มเติมโทษเป็นโทษจำคุกสูงสุด 30 ปี และบัญญัติโทษจำคุกขั้นต่ำ 5 ปี ในปี 2006 รัฐสภาผ่าน Adam Walsh Child Protection and Safety Act เพื่อยกระดับความปลอดภัยในการใช้อินเทอร์เน็ต โดยกฎหมายฉบับนี้ได้เพิ่มโทษจำคุกขั้นต่ำเป็น 10 ปี และเพิ่มโทษจำคุกสูงสุดเป็นจำคุกตลอดชีวิต

นอกจากในระดับรัฐบาลกลางแล้ว มลรัฐหลายมลรัฐก็มีการบัญญัติกฎหมายที่ห้ามการกระทำอันเป็นการล่วงหรือชักจูงผู้เยาว์ทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยใช้คอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือ เพื่อให้ผู้เยาว์เข้ามาร่วมในการกระทำทางเพศที่มีขอบด้วยกฎหมายไว้โดยเฉพาะเช่นกัน เช่น

Missouri

“บุคคลอายุตั้งแต่ยี่สิบเอ็ดปีขึ้นไปกระทำความผิดฐานล่วงทางเพศเด็ก หากบุคคลดังกล่าวโน้มน้าว ชักจูง เกี้ยยกล่อม ล่อลวง หรือล่อ ไม่ว่าจะโดยคำพูด การกระทำ หรือการติดต่อพูดคุยทางอินเทอร์เน็ต หรือการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในรูปแบบใดๆ กับบุคคลที่อายุต่ำกว่าสิบห้าปี โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกระทำทางเพศต่อเด็ก”⁹⁵

⁹⁴ “[w]hoever...knowingly persuades, induces, entices, or coerces any [minor] to engage in...any sexual activity for which any person can be charged with a criminal offense, or attempts to do so, shall be [convicted under the statute.]”

⁹⁵ Mo. Rev. Stat. § 566.151 (2005)

A person at least twenty-one years of age or older commits the crime of enticement of a child if that person persuades, solicits, coaxes, entices, or lures whether by words, actions or through communication via the Internet or

Kentucky

Kentucky Revised Statute 510.155 – Unlawful use of electronic means to induce a minor to engage in sexual or other prohibited activities

“ผู้ใดโดยรู้สำนึกใช้ระบบการติดต่อสื่อสาร ซึ่งรวมถึงคอมพิวเตอร์ การสื่อสารทางคอมพิวเตอร์ กระดานข่าว โทรศัพท์เคลื่อนที่ หรือวิธีทางอิเล็กทรอนิกส์อื่นๆ เพื่อล่อลวงหรือใช้เด็กหรือเจ้าพนักงานที่ปลอมตัวเป็นเด็กเมื่อบุคคลดังกล่าวเชื่อว่าเจ้าพนักงานเป็นเด็ก ให้กระทำการใดๆ ที่ละเมิดต่อ KRS 510.040 (rape in the first degree), 510.050 (rape in the second degree), 510.060 (rape in the third degree), 510.070 (sodomy in the first degree), 510.080 (sodomy in the second degree), 510.090 (sodomy in the third degree), 529.030 (promoting prostitution), 530.064(1)(a), or Chapter 531.”⁹⁶

Florida

“ผู้ใดโดยรู้สำนึกใช้ประโยชน์จากบริการออนไลน์ บริการอินเทอร์เน็ต กระดานข่าว ในการชักจูง ล่อลวง หรือล่อ หรือพยายามชักจูง ล่อลวง หรือล่อเด็กหรือผู้อื่นที่บุคคลดังกล่าวเชื่อว่าเป็นเด็ก เพื่อให้กระทำการอันมิชอบด้วยกฎหมายที่บัญญัติไว้ใน chapter 794 sexual battery, chapter 800 lewdness and indecent exposure หรือ 827 child abuse บุคคลดังกล่าวมีความผิดประเภท felony of the third degree”⁹⁷

any electronic communication, any person who is less than fifteen years of age for the purpose of engaging in sexual conduct with a child.

⁹⁶ Ky. Rev. Stat. § 510.155 (2006) It shall be unlawful for any person to knowingly use a communications system, including computers, computer networks, computer bulletin boards, *cellular telephones*, or any other electronic means, for the purpose of procuring or promoting the use of a minor, or a peace officer posing as a minor if the person believes that the peace officer is a minor or is wanton or reckless in that belief, for any activity in violation of KRS 510.040, 510.050, 510.060, 510.070, 510.080, 510.090, 529.030, 530.064(1)(a), or Chapter 531.

⁹⁷ Fla. Stat. Ann. § 847.0135 (2005)

(3) *CERTAIN USES OF COMPUTER SERVICES PROHIBITED.* --Any person who knowingly utilizes a computer on-line service, Internet service, or local bulletin board service to seduce, solicit, lure, or entice, or attempt to seduce, solicit, lure, or entice, a child or another person believed by the person to be a child, to commit any illegal act described in

Connecticut

“ผู้ใดใช้บริการคอมพิวเตอร์แบบ interactive เพื่อโน้มน้าว ชักจูง ล่อลวง หรือ ชูบงคับโดยรู้สำนึกแก่ผู้ที่อายุต่ำกว่าสิบหกปีให้ค้าประเวณีหรือกระทำความผิดทางเพศ ผู้นั้น มี ความผิดทางอาญา”⁹⁸



chapter 794, relating to sexual battery; chapter 800, relating to lewdness and indecent exposure; or chapter 827, relating to child abuse, commits a felony of the third degree, punishable as provided in s. 775.082, s. 775.083, or s. 775.084.

⁹⁸ Conn. Gen. Stat. Ann. § 53a-90a (2004) (a) A person is guilty of enticing a minor when such person uses an interactive computer service to knowingly persuade, induce, entice or coerce any person under sixteen years of age to engage in prostitution or sexual activity

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 3

วิเคราะห์เปรียบเทียบสภาพปัญหาและประเด็นกฎหมายในส่วนกฎหมายสารบัญญัติ เกี่ยวกับการล่อลวงเด็กและเยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทาง อิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ

3.1 ขอบเขตของการคุ้มครองเด็กและเยาวชนบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วถึงลักษณะและกระบวนการของการล่อลวงเด็กและเยาวชน โดยใช้อินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ ซึ่งเป็นการสร้างความเชื่อใจให้เกิดขึ้นแก่เด็กและเยาวชนที่ตกเป็นเหยื่อ เพื่อชักจูงให้เด็กและเยาวชนทำตามที่ตนต้องการ โดยเฉพาะการละเมิดทางเพศอันก่อให้เกิดความเสียหายทั้งทางร่างกายและจิตใจต่อเด็กและเยาวชน ในขณะที่ทั้งประมวลกฎหมายอาญา พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ไม่มีการให้ความคุ้มครองแก่เด็กและเยาวชนในขั้นก่อนที่จะมีการละเมิดเกิดขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายอาญามุ่งแต่แก้ไขเยียวยาผู้เสียหายเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้วเท่านั้น

3.1.1 ขอบเขตการคุ้มครองตามประมวลกฎหมายอาญา

ในกรณีการล่อลวงเด็กไปข่มขืนกระทำชำเรา การเอาผิดผู้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาจะต้องครบองค์ประกอบความผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งต้องมีการกระทำชำเราเกิดขึ้นไม่ว่าจะบรรลุผลหรือไม่ก็ตาม ซึ่งหากมีการพบว่ามีกรกระทำอันเป็นการล่อลวงเด็ก เพื่อออกไปพบกันข้างนอกโดยมีวัตถุประสงค์ในทางเพศก่อนที่จะการพบกันระหว่างเด็กและพวกล่อลวง ย่อมไม่สามารถเอาผิดกับพวกล่อลวงเด็กได้

ในกรณีความผิดฐานพาผู้อื่นไปเพื่อการอนาจาร โดยใช้อุบายหลอกลวง ชูเชิญ ใช้กำลังประทุษร้ายใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรมหรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด จะต้องมีกรกระทำ คือ พาไป เกิดขึ้น

แต่ในกรณีของการล่อลวงเด็กโดยมีวัตถุประสงค์ในทางเพศนั้น จะเห็นได้ว่า เมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติให้การกระทำที่เป็นการล่อลวงเด็กในทางเพศเป็นความผิด เจ้าหน้าที่จึงขาดเครื่องมือที่จะเข้าไปแทรกแซงมิให้เกิดการข่มขืนกระทำชำเราเกิดขึ้น

ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ ออสเตรเลีย และสหรัฐอเมริกา เพียงแค่ผู้กระทำความผิดไปที่จุดนัดหมายก็เป็นความผิดแล้ว ไม่จำเป็นต้องมีการพาไปแต่อย่างใด เนื่องจากหากปล่อยให้เหตุการณ์ล่องเลยไปถึงการพากันไปแล้ว อาจไม่สามารถป้องกันเด็กได้อย่างทันท่วงที และในความผิดฐานนี้ใช้อุบายหลอกลวงเด็ก ซึ่งต่างจากการล่อลวงเด็ก เพราะคำว่า “หลอกลวง” หมายถึง การแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงที่ควรบอกให้แจ้ง เพื่อให้บุคคลอื่นเข้าใจผิด เช่น นาย A หลอก ด.ญ. B ว่าแม่ถูกรถชน ให้รีบขึ้นรถจักรยานยนต์ จะได้พาไปที่โรงพยาบาล ด้วยความตกใจ ด.ญ. B จึงขึ้นรถไปด้วย ทั้งที่ความจริงแม่ของ ด.ญ. B มิได้ถูกรถชนแต่อย่างใด และไม่ได้อยู่ที่โรงพยาบาล นาย A เพียงแค่ต้องการหลอกให้ ด.ญ. B ขึ้นรถไปกับตนโดยมีเจตนาเพื่อพา ด.ญ. B ไปข่มขืนกระทำชำเรา เป็นต้น

ส่วนคำว่า “ล่อลวง” หมายถึง การใช้อุบายทุจริตให้หลงเชื่อในสิ่งที่เป็นเท็จ เช่น ล่อลวงเด็กไปขาย เป็นต้น จะเห็นได้ว่า “หลอกลวง” และ “ล่อลวง” แตกต่างกัน เพราะการล่อลวงมีลักษณะที่ลุ่มลึกและซับซ้อนมากกว่าการหลอกลวง โดยใช้อารมณ์ความรู้สึกหรือจิตวิทยาในการให้เด็กยอมกระทำในสิ่งที่พวกตนต้องการ อีกทั้งความผิดฐานนี้ยังจำกัดเพียงแค่การพาไปเพื่อกระทำอนาจารเท่านั้น ซึ่งเป็นการกระทำที่ยังไม่ถึงขั้นกระทำชำเรา เป็นเพียงการลวงเกินบุคคลอื่นในทางประเวณีหรือความใคร่เท่านั้น

ดังนั้น ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาจึงไม่มีการคุ้มครองเด็กและเยาวชนที่ครอบครัวไม่ถึงขั้นก่อนที่การละเมิดต่อเด็กและเยาวชนจะเกิดขึ้น ซึ่งทำให้เด็กและเยาวชนไม่ได้รับการคุ้มครองและป้องกันจากอันตรายและความรุนแรงอย่างเต็มที่

3.1.2 ขอบเขตการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

สำหรับพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 เอง ก็ไม่ได้ให้การคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์โดยมีวัตถุประสงค์ไปในทางเพศซึ่งเป็นการหาประโยชน์จากเด็กและเยาวชน โดยมีขอบด้วยกฎหมายไว้โดยตรง แต่มีบางกรณีที่สามารถนำมาปรับใช้ได้ เนื่องจากอาจมีการกระทำบางอย่างในขั้นตอนการล่อลวงเด็กเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ กรณีการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามกเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ และการเผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะอันลามกเท่านั้น

3.1.3 ขอบเขตการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 ได้บัญญัติให้คุ้มครองเด็กจากการถูกบังคับ ชู่เชื้อ ใช้ ชักจูง ยุยง ส่งเสริม หรือยินยอมให้แสดงหรือการกระทำอันมีลักษณะลามกอนาจาร โดยการบังคับ ชักจูง หรือยุยง ย่อมรวมถึงการกระทำโดยใช้อินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือด้วย เพราะตามบทบัญญัติมิได้มีการจำกัดว่าจะต้องเป็นการกระทำแบบออฟไลน์เท่านั้น พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 จึงเป็นกฎหมายฉบับเดียวที่มีการให้ความคุ้มครองเด็กจากการถูกชักจูงหรือยุยงโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ

แต่อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 นี้ ให้การคุ้มครองเพียงแค่มิให้เด็กกระทำการอันเป็นการแสดงหรือการกระทำอันมีลักษณะลามกอนาจารเท่านั้น ซึ่งได้กล่าวมาแล้วว่าเป็นการกระทำที่ยังไม่ถึงขั้นกระทำชำเรา เป็นเพียงการล่วงเกินบุคคลอื่นในทางประเวณีหรือความใคร่หรือเป็นเพียงการกระทำที่น่าอับอายในทางเพศเท่านั้น ความคุ้มครองจึงไม่ครอบคลุมถึงการชักจูงหรือยุยงให้เด็กกระทำการอันเป็นการร่วมประเวณีแต่อย่างใด

เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย และประเทศสหรัฐอเมริกา จะพบว่าประเทศออสเตรเลียนั้นมีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์โดยมีวัตถุประสงค์ไปในทางเพศไว้

โดยตรง ในขณะที่ประเทศอังกฤษไม่ได้จำกัดความคุ้มครองเพียงการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น แต่ยังรวมถึงการติดต่อสื่อสารแบบออฟไลน์ด้วย เช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกาที่บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์โดยมีวัตถุประสงค์ไปในทางเพศไว้เช่นกัน ซึ่งเป็นมาตรการในการแทรกแซงเพื่อป้องกันมิให้เด็กและเยาวชนถูกละเมิดเสียก่อน ทำให้การให้ความคุ้มครองแก่เด็กและเยาวชนของทั้งสามประเทศมีความครอบคลุมกว่ากฎหมายของประเทศไทย

โดยทั้งประเทศอังกฤษ ออสเตรเลีย และสหรัฐอเมริกาจะบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการถูกล่อลวงทางเพศโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือโดยมุ่งเน้นไปที่เจตนาของผู้กระทำความผิดมากกว่าว่ามีความตั้งใจที่จะล่อลวงเด็กให้กระทำการใดๆ ซึ่งมีลักษณะไปในทางเพศตามที่ตนต้องการโดยอาศัยความเชื่อใจหรืออารมณ์ความรู้สึกของเด็ก เช่น นัดเจอกันเพื่อที่จะมีเพศสัมพันธ์กัน เป็นต้น ทำให้การบังคับใช้กฎหมายในคดีความผิดทางเพศของทั้งสามประเทศไม่ได้ถูกจำกัดว่า จะต้องมีการกระทำความผิดทางเพศเกิดขึ้นแล้วเท่านั้น แต่สามารถใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการแทรกแซงก่อนที่การกระทำความผิดทางเพศจะเกิดขึ้น เช่น

ประเทศอังกฤษ Sexual Offences Act บัญญัติว่า หากผู้กระทำความผิดพบหรือติดต่อกับเด็กมาก่อนอย่างน้อยสองครั้ง หรือผู้กระทำความผิดพบหรือเดินทางโดยมีเจตนาเพื่อที่จะไปพบเด็ก โดยในขณะนั้นผู้กระทำความผิดมีเจตนาที่จะกระทำความผิดทางเพศที่กำหนดไว้เป็นความผิด

ประเทศออสเตรเลีย Criminal Code Act (Qld) บัญญัติว่า การใช้การสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่น อี-เมลล์ แชทรูม ข้อความ SMS วิดีโอหรือออডিโอแบบเรียลไทม์ หรือการสื่อสารอื่นๆ ในลักษณะเดียวกัน โดยมีเจตนาเพื่อล่อลวงไม่ว่าในรัฐ Queensland หรือที่ใดก็ตาม ซึ่งบุคคลอายุต่ำกว่า 16 ปี เป็นความผิด

ประเทศสหรัฐอเมริกา United States Code บัญญัติว่า การใช้จดหมายหรือสิ่งอำนวยความสะดวกใดๆ หรือการขนส่งระหว่างมลรัฐหรือต่างประเทศหรือในเขตอำนาจ

ทางทะเลหรือในเขตอำนาจเหนืออาณาเขตของสหรัฐอเมริกา ไน่ม่นาว ชักจูง ล่อลวง หรือขู่บังคับ บุคคลใดที่อายุต่ำกว่า 18 ปี ให้กระทำการกิจกรรมทางเพศโดยผู้สำนึก เป็นความผิด

ดังนั้น เมื่อมีการกระทำที่เป็นการล่อลวงทางเพศต่อเด็กโดยอาศัยอินเทอร์เน็ต หรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือเกิดขึ้น ทั้งสามประเทศจึงสามารถเข้าแทรกแซง ก่อนที่กระทำละเมิดทางเพศต่อเด็กจะเกิดขึ้นและสามารถเอาผิดกับพวกล่อลวงซึ่งเป็นภัยสังคมได้ อีกทั้งยังเป็นการป้องกันเด็กคนอื่นๆ ในสังคมจากการถูกล่อลวงได้อีกด้วย

เพื่อประสิทธิภาพในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการจากการถูกละเมิดทางเพศโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรจะมีการเพิ่มความผิดฐานล่อลวงเด็กและเยาวชนทางเพศโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ เพื่อเป็นการป้องกันการละเมิดทางเพศต่อเด็กและเยาวชนตั้งแต่ขั้นเตรียมการ โดยในการบัญญัติฐานความผิดดังกล่าวต้องมุ่งเน้นไปที่เจตนาของผู้กระทำความผิด มากกว่าที่จะมุ่งเน้นไปที่ลักษณะของการกระทำที่ต้องถึงขั้นเข้าถึงตัวเด็กและเยาวชน เพื่อป้องกันมิให้เกิดปัญหาความล่าช้าหรือไม่สามารถช่วยเหลือเด็กและเยาวชนได้อย่างทันท่วงที แต่การในเพิ่มฐานความผิดดังกล่าว ยังคงมีปัญหาว່ว่าผู้ที่ได้รับความคุ้มครองควรอยู่ในช่วงอายุเท่าใด

หากพิจารณาจากกฎหมายอาญา จะเห็นได้ว่า ในฐานความผิดทางเพศได้ กำหนดระดับอายุเด็กที่ได้รับความคุ้มครองไว้ ดังนี้

มาตรา 277 การกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี แม้เด็กจะยินยอมก็ตาม ผู้กระทำการดังกล่าวย่อมมีความผิด

มาตรา 279 การกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี แม้เด็กจะยินยอมก็ตาม ผู้กระทำการดังกล่าวย่อมมีความผิด

มาตรา 282 และ 283 เพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น โดยเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไป เพื่อการอนาจารซึ่งชายหรือหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปี หรืออายุเกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบ

แปดปี ไม่ว่าจะใช้อุบายหลอกลวง ชูชีพญ ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใดหรือไม่ก็ตาม หรือรับตัวบุคคลบุคคลดังกล่าว แม้ผู้นั้น จะยินยอม ผู้กระทำการดังกล่าวย่อมมีความผิด

มาตรา 283 ทวิ การพาเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี หรืออายุเกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี ไปเพื่อการอนาจาร หรือซ่อนเร้นบุคคลดังกล่าว แม้เด็กจะยินยอมก็ตาม ผู้กระทำการ ดังกล่าวย่อมมีความผิด

จะเห็นได้ว่า ตามกฎหมายอาญา ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารให้ความคุ้มครองแก่เด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ทำให้เกิดช่องว่างแก่ผู้ที่อยู่ในช่วงอายุเกิน 15 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี ที่จะไม่ได้รับความคุ้มครอง ในขณะที่ความผิดฐานเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจารและพาไปเพื่อการอนาจารกลับให้ความคุ้มครองเด็กจนถึงช่วงอายุไม่เกิน 18 ปี แนวทางในการกำหนดเกณฑ์อายุของเด็กที่ควรจะได้รับคุ้มครองตามกฎหมายอาญาจึงไม่มีขอบเขตที่ชัดเจน

นอกจากนี้มีพระราชบัญญัติอื่นๆ เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อดูแล ปกป้อง คุ้มครองเด็ก เพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก โดยมีเด็กที่เป็นกลุ่มเป้าหมาย คือ บุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์ แต่ไม่รวมถึงผู้ที่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส ซึ่งหากพิจารณาจากพระราชบัญญัตินี้จะเห็นได้ว่า ผู้ที่มีอายุอยู่ในช่วงไม่เกิน 18 ปี ล้วนแล้วแต่ควรได้รับการปกป้องและดูแลทั้งสิ้น

หากพิจารณาจากกฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดเกณฑ์อายุเด็กที่ควรได้รับการคุ้มครอง เช่น

อนุสัญญาสิทธิเด็ก กำหนดให้ ผู้ที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี เป็นบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญานี้ เนื่องจากเด็กในระดับอายุนี้เป็นวัยที่ยังไม่เติบโตเต็มที่ทั้งทางร่างกาย

และจิตใจ จึงต้องการการพิทักษ์และดูแลเป็นพิเศษ รวมถึงต้องการความคุ้มครองทางกฎหมายที่เหมาะสมด้วย¹

อนุสัญญาว่าด้วยอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ ก็ได้ถือเกณฑ์อายุไม่เกิน 18 ปี เช่นเดียวกัน แต่รัฐภาคีสามารถกำหนดระดับอายุให้เป็นอย่างอื่นได้ แต่ไม่ต่ำกว่า 16 ปี เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายภายในรัฐของตนเอง

Convention on the Protection of children against sexual exploitation and sexual abuse อนุสัญญาของ Council of Europe ฉบับนี้ ถือเกณฑ์อายุไม่เกิน 18 ปี เช่นเดียวกัน

ดังนั้น เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับมาตรฐานอายุเด็กที่สมควรได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งให้อายุไม่เกิน 18 ปี เป็นเกณฑ์มาตรฐานนั้น จะเห็นได้ว่าตามกฎหมายไทยจะมีกลุ่มบุคคลที่อายุระหว่างไม่ต่ำกว่า 15 ปี และไม่เกิน 18 ปี ไม่ได้รับความคุ้มครอง ซึ่งผู้กระทำความผิดอาจใช้การแสดงความยินยอมในการเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศเป็นข้ออ้างเพื่อให้ตนพ้นผิด

นอกจากนี้ จากรายงานการวิจัยด้านประสาทวิทยาศาสตร์ พบว่า สมองส่วน Cerebral cortex ซึ่งเป็นสมองส่วนหน้าที่ทำหน้าที่คิดเป็นเหตุเป็นผล มีความสามารถในการวิเคราะห์ เกิดปัญญา มีจินตนาการ ซึ่งสมองส่วนนี้สามารถพัฒนาได้จนถึงอายุ 20-25 ปี ดังนั้นจึงเป็นสาเหตุที่ทำให้วัยรุ่นถูกชักจูงได้ง่าย เพราะสมองส่วน Cerebral cortex ยังพัฒนาไม่เต็มที่นั่นเอง ในขณะที่สมองบริเวณ Limbic ซึ่งเป็นส่วนที่เกี่ยวข้องกับอารมณ์ความรู้สึกนั้น จะมีการพัฒนาและเติบโตเต็มที่ในช่วงวัยรุ่น โดยประมาณ 13 ปี การตัดสินใจของวัยรุ่นจึงอยู่บนพื้นฐานของอารมณ์ทั้งสิ้น²

¹ อารัมภบทแห่งอนุสัญญาสิทธิเด็ก บัญญัติว่า “...เด็กโดยเหตุที่ยังไม่เติบโตเต็มที่ทั้งทางร่างกายและจิต จึงต้องการการพิทักษ์และการดูแลเป็นพิเศษ รวมถึงต้องการการคุ้มครองทางกฎหมายที่เหมาะสม ทั้งก่อนและหลังการเกิด”

² ประภาพรพรณ จูเจริญ, กระบวนทัศน์ใหม่เพื่อพัฒนาศักยภาพเด็กไทยในทศวรรษหน้า, สถาบันแห่งชาติเพื่อการพัฒนาเด็กและครอบครัว, มหาวิทยาลัยมหิดล, 2550.

จากรายงานการวิจัยข้างต้น จะเห็นได้ว่า เป็นการยืนยันว่าเด็กและกลุ่มบุคคลที่อยู่ในช่วงอายุไม่ต่ำกว่า 15 ปี แต่ไม่เกิน 18 ปี อยู่ในกลุ่มเสี่ยงที่จะถูกล่อลวงหรือชักจูงได้ง่าย เนื่องจากสมองส่วนที่ใช้วิเคราะห์และใช้เหตุผลยังไม่เจริญเต็มที่ ในขณะที่สมองส่วนอารมณ์กลับเจริญเติบโตเต็มที่ในช่วงนี้ ทำให้การล่อลวงไปในทางเพศโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ ซึ่งอาศัยอารมณ์ความรู้สึกของเหยื่อในการชักจูงหรือให้เหยื่อเข้าร่วมในการกระทำทางเพศ จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องกำหนดความผิดฐานล่อลวงเด็กและเยาวชนทางเพศโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ โดยกำหนดเกณฑ์อายุของบุคคลที่ควรได้รับความคุ้มครองไว้สูงสุดที่อายุไม่เกิน 18 ปี ดังนี้

“มาตรา... ผู้ใด

(1) ใช้จดหมาย วิธีการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือการขนส่งภายในประเทศ หรือต่างประเทศ ติดต่อกับเด็กหรือบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี โดยมีเจตนาเพื่อเสนอ ชักจูง ยุยง หรือล่อลวง ให้กระทำหรือเข้ามีส่วนร่วมในการกระทำทางเพศ หรือดูผู้อื่นกระทำหรือเข้ามีส่วนร่วมในการกระทำทางเพศ ต้องระวางโทษจำคุก...

(2) เขาออกแสดงซึ่งวัตถุหรือเนื้อหาที่มีลักษณะลามกอนาจาร โดยไม่มีเหตุอันชอบด้วยกฎหมาย แก่เด็กหรือบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เพื่อความสะดวกในการกระทำความผิดตาม (1) ต้องระวางโทษจำคุก...”

โดยการกระทำความผิดทางเพศตามบทบัญญัติข้างต้น หมายรวมถึงการร่วมประเวณี การกระทำอันมีลักษณะลามกอนาจาร หรือการกระทำใดๆ ที่มีลักษณะไปในทางเพศ หรือการกระทำใดๆ ที่มีลักษณะลามกอนาจารต่อร่างกาย เช่น การใช้อวัยวะเพศ หน้าอก บั้นท้าย หรืออวัยวะใดๆ ที่มีลักษณะลามกอนาจาร การสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง เป็นต้น

สำหรับวัตถุหรือเนื้อหาที่มีลักษณะลามกอนาจาร ย่อมหมายความรวมถึงไฟล์ที่บันทึกวัตถุเนื้อหาลามกอนาจาร วิดีโอเทป ออดิโอเทป รูปภาพ ภาพถ่าย งานพิมพ์ หรืองานเขียนด้วย

เนื่องด้วยลักษณะอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่น การส่งข้อความ sms หรือ mms เป็นต้น ทำให้การเริ่มต้นพูดคุยกับคนแปลกหน้าอย่างสนิทสนมนั้น ทำได้ง่ายและไม่ใช่ว่าเรื่องแปลก ซึ่งต่างกับในโลกแห่งความจริงที่ไม่สามารถทำได้และคงถูกมองแปลกๆ เนื่องจากเด็กมักจะถูกสอนว่าอย่าไว้ใจคนแปลกหน้า แต่นั่นมักจะหมายถึงเฉพาะในบริบทของโลกแห่งความจริงเท่านั้น ช่องทางอินเทอร์เน็ตจึงเป็นช่องทางการสื่อสารที่เปิดโอกาสให้พวกหลอกลวงโกหกหรือทำให้ผู้อื่นเชื่อใจ ยอมทำตามในสิ่งที่ตนต้องการได้อย่างง่ายๆ ซึ่งเมื่อพิจารณาลักษณะของการกระทำที่เกิดขึ้นจะพบว่าการสร้างความเชื่อใจและไว้ใจแก่เด็กและเยาวชน และนำเข้าสู่การกระทำที่ไม่เหมาะสมทางเพศนั้นเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีอย่างร้ายแรง ซึ่งผลที่เกิดขึ้นย่อมก่อให้เกิดความเสียหายทั้งต่อร่างกายและจิตใจของผู้ที่ตกเป็นเหยื่อไปตลอดชีวิต แต่กลับไม่มีการบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิด ซึ่งทำให้เกิดช่องว่างของกฎหมายในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนในปัจจุบัน

3.2 ความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิดโดยตรง

โดยลักษณะของการหลอกลวงทางเพศต่อเด็กทางอินเทอร์เน็ตสามารถระบุได้ว่า ณ จุดใดที่เจ้าหน้าที่จะสามารถเข้าไปแทรกแซงได้ เช่น เมื่อผู้กระทำความผิดเดินทางเพื่อไปพบกับเด็ก เป็นต้น ซึ่งแตกต่างกับการหลอกลวงแบบออฟไลน์ที่ขาดความชัดเจนว่า ณ จุดใด ที่เจ้าหน้าที่จะสามารถเข้าไปแทรกแซงได้ เพราะเมื่อทั้งเหยื่อและผู้กระทำความผิดอยู่ในที่ที่เดียวกันแล้ว ก็จะเป็นการยากที่จะแยกแยะได้ระหว่างพฤติกรรมที่มีมูลเหตุจูงใจในทางเพศกับพฤติกรรมที่ไม่มีมูลเหตุจูงใจในทางเพศ เพราะลักษณะของพฤติกรรมที่แสดงออกอาจไม่แตกต่างกัน แต่เนื่องจากการให้คำจำกัดความแก่ คำว่า “Grooming” ยังไม่เป็นที่ยุติ แต่อย่างไรก็ตามแก่นความหมายของ Grooming ซึ่งเป็นที่ยอมรับในปัจจุบัน คือ

“การกระทำเพื่อให้สามารถเข้าถึงตัวเด็กได้และเตรียมเด็กเพื่อกระทำละเมิดทางเพศต่อเด็กในอนาคต และดึงให้เด็กเข้ามาสู่พฤติกรรมการละเมิดทางเพศ โดยใช้อารมณ์ความรู้สึกเป็นเครื่องมือในการควบคุมเด็ก”

เพื่อประสิทธิภาพและประโยชน์สูงสุดในการบังคับใช้กฎหมาย จึงจำเป็นต้องกำหนดขอบเขตของการกระทำอันเป็นการหลอกลวงเด็กว่าพฤติกรรมเช่นใดที่จะถือว่าเป็นการกระทำ

อันเป็นการล่อลวงเด็กไปในทางเพศ การกำหนดขอบเขตที่ชัดเจนมีความสำคัญอย่างมาก เนื่องจากหากยังมีความคลุมเครือ องค์กรที่บังคับใช้กฎหมายเพื่อเอาผิดกับการกระทำดังกล่าวจะไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพราะหากพ่อแม่ ผู้ปกครอง ญาติของเหยื่อ หรือประชาชนซึ่งอาจเป็นผู้พบเห็นและแจ้งเจ้าหน้าที่หากพบพฤติกรรมที่น่าสงสัย หรือแม้แต่ว่าตัวเจ้าหน้าที่ตำรวจเองไม่สามารถรู้หรือระบุได้ว่า พฤติกรรมอันน่าสงสัยที่พบเห็นนั้นเข้าข่ายว่าเป็นการล่อลวงทางเพศต่อเด็กหรือไม่ หรืออาจมีความรู้สึกหรือมีความคิดเกี่ยวกับพฤติกรรมที่เป็น การล่อลวงเด็กแคบเกินไป ก็ย่อมจะส่งผลให้กฎหมายไม่สามารถใช้ได้อย่างครอบคลุมหรือกว้างขวาง

จากความไม่ชัดเจนของขอบเขตของการล่อลวงทางเพศต่อเด็กนี้เอง ทำให้การบัญญัติกฎหมายฐานล่อลวงเด็กและเยาวชนทางเพศโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือในแต่ละประเทศจึงมีขอบเขตในการปกป้องและคุ้มครองเด็กที่แตกต่างกัน ดังนี้

ประเทศอังกฤษ บัญญัติให้การพบกับเด็กซึ่งเกิดขึ้นเนื่องจากกระบวนการล่อลวงเด็กให้เกิดความไว้วางใจและเชื่อใจเป็นความผิดทางอาญา แต่ไม่ได้บัญญัติให้พฤติกรรมการล่อลวงให้เด็กเกิดความไว้วางใจหรือเชื่อใจเป็นความผิดในตัวของมันเอง จุดสำคัญของความผิดฐาน meeting a child following sexual grooming ตาม section 15 คือ ผู้กระทำผิดถูกจับกุมได้เมื่อกำลังอยู่ในระหว่างการเดินทางเพื่อไปพบกับเด็ก ซึ่งการพบกันจริงๆ จึงไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้น

โดย section 15 นี้ เน้นที่การนัดพบกันและผู้กระทำความผิดมีเจตนาจะกระทำการใดอันเป็นความผิดตามที่กำหนดไว้ กล่าวคือ

(1) ความผิดที่บัญญัติใน Part 1 ของ Sexual Offences Act 2003 เช่น ช่มชู้นกระทำชำเรา เข้าร่วมกิจกรรมทางเพศซึ่งกระทำต่อหน้าเด็ก ให้เด็กดูการกระทำทางเพศ เป็นต้น

(2) ความผิดในลำดับที่ 61-92 ใน Schedule 3 ของ Sexual Offences Act 2003

- (3) การกระทำใดๆ ซึ่งไม่เป็นความผิดตาม (1) และ (2) เมื่อกระทำนอกประเทศอังกฤษและเวลส์ และไอร์แลนด์เหนือ แต่อาจเป็นความผิดตาม (1) หากกระทำในประเทศอังกฤษและเวลส์

ดังนั้น หากไม่มีการนัดพบกันระหว่างพวกล่อลวงกับเหยื่อ แม้ว่าจะมีการพูดคุยกันในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเพศอย่างชัดเจนหรือการที่เด็กยอมเปลื้องผ้าหรือแสดงอวัยวะทางเพศก็ตาม การกระทำดังกล่าวย่อมไม่เป็นความผิดตาม section 15 นี้

ประเทศออสเตรเลีย บัญญัติให้การล่อลวงเด็กโดยใช้การสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่น อี-เมลล์ แชททูล์ม ข้อความ SMS วิดีโอหรือออডিโอแบบเรียลไทม์ หรือการสื่อสารอื่นๆ ในลักษณะเดียวกัน โดยมีเจตนาเพื่อให้เข้าร่วมหรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำทางเพศเป็นความผิดทางอาญา ซึ่งจะถือว่าเป็นการเข้าร่วมหรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำทางเพศเมื่อมีการยินยอมให้มีการกระทำทางเพศกระทำลงบนร่างกายของบุคคล หรือมีการกระทำทางเพศบนเนื้อตัวร่างกายของตนหรือของผู้อื่น หรือการมีส่วนร่วมหรือเกี่ยวข้องในการกระทำอันมีลักษณะอนาจารอื่นๆ และการเข้าร่วมหรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำทางเพศนี้ไม่ได้จำกัดเฉพาะแค่การร่วมประเวณีหรือการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการสัมผัสทางกายภาพเท่านั้น

ดังนั้น เพียงแค่การพยายามทำให้เด็กแสดงอวัยวะในทางเพศผ่านทางเว็บแคม เช่น หน้าจอ อวัยวะเพศ หรือพยายามให้เด็กแสดงความสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง ร่วมประเวณีกับบุคคลอื่น หรือพยายามให้เด็กถ่ายภาพเปลื้องผ้าของตัวเองแล้วส่งให้ผู้กระทำความผิดดู ก็เป็นความผิดแล้ว ไม่จำเป็นต้องมีการนัดเจอกันระหว่างผู้กระทำความผิดกับเหยื่อแต่อย่างใด จึงเห็นได้ว่าประเทศออสเตรเลียบัญญัติความผิดฐานล่อลวงทางเพศต่อเด็กในลักษณะที่กว้างขวางกว่าประเทศอังกฤษ

นอกจากนี้ โดยเฉพาะรัฐ New South Wales Crimes Act 1900 section 66EB บัญญัติให้การพบกับเด็กอันสืบเนื่องมาจากการกระบวนกรล่อลวงให้เกิดความเชื่อใจและไว้ใจ ซึ่งผู้กระทำความผิดไปพบเด็กโดยเจตนาหรือเดินทางโดยเจตนาเพื่อไปพบกับเด็กและมีเจตนาเพื่อให้เด็กกระทำกิจกรรมทางเพศที่มีขอบด้วยกฎหมายกับผู้กระทำความผิดเองหรือกับผู้อื่นเป็นความผิดทางอาญา โดยถือว่าการกระบวนกรในการล่อลวงเด็กเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศเกิดขึ้น

เมื่อผู้กระทำความผิดติดต่อสื่อสารกับเหยื่อไม่ว่าแบบตัวต่อตัว, ทางโทรศัพท์, อินเทอร์เน็ต หรือวิธีการอื่นใด หรือโดยการจัดหาให้ซึ่งภาพ, วิดีโอ หรือสิ่งตีพิมพ์ ซึ่งเป็นการแสดงหรือเปิดเผยวัตถุ หรือเนื้อหาที่มีลักษณะลามกอนาจารแก่เด็ก แม้จะได้กระทำเพียงโอกาสเดียวก็ตามก็ถือว่าเป็นกระบวนการการล่อลวงเกิดขึ้นแล้ว และยังบัญญัติให้การกระทำอันเป็นการล่อลวงเด็ก โดยการแสดงหรือเปิดเผยวัตถุหรือเนื้อหาที่มีลักษณะลามกอนาจารแก่เด็กหรือจัดหาให้เด็ก ซึ่งสิ่งมีนเมา เช่น เครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ยาเสพติด หรือสิ่งอื่นใดที่ส่งผลกระทบต่อจิตประสาท เป็นต้น และการกระทำดังกล่าวมีเจตนาเพื่อความสะดวกในการทำให้เด็กกระทำกิจกรรมทางเพศที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่ากับผู้กระทำความผิดเองหรือผู้อื่นก็ตาม เป็นความผิดไว้โดยเฉพาะแยกออกมาต่างหาก

จะเห็นได้ว่า 66EB บัญญัติในลักษณะเดียวกับ Sexual Offences Act 2003 section 15 ในประเทศอังกฤษ กล่าวคือ ต้องมีการนัดพบกันระหว่างผู้กระทำความผิดกับเหยื่อ หรือมีการเดินทางไปพบกับเหยื่อ โดยมีเจตนากระทำกิจกรรมทางเพศกับเหยื่อ แต่อย่างไรก็ตาม New South Wales ได้บัญญัติให้ครอบคลุมไปถึงกรณีที่ล่อลวงทางเพศต่อเด็กเพื่อให้เด็กกระทำกิจกรรมทางเพศกับผู้อื่นด้วย ซึ่งประเทศอังกฤษไม่ได้บัญญัติถึงกรณีล่อลวงทางเพศต่อเด็กเพื่อผู้อื่นด้วย ทำให้เกิดปัญหาว่าหากเกิดกรณีดังกล่าวขึ้นจะนำกฎหมายมาบังคับใช้กับกรณีนี้ได้อย่างไร

อีกทั้ง New South Wales ยังบัญญัติให้การกระทำอันเป็นกระบวนการล่อลวงเป็นความผิดโดยตัวของมันเองอีกด้วย ซึ่งต่างจากประเทศอังกฤษที่หากมีการกระทำอันเป็นกระบวนการล่อลวงแต่เพียงอย่างเดียว แต่ไม่มีการนัดพบกันระหว่างผู้กระทำความผิดกับเหยื่อก็จะไม่เป็นความผิดตาม section 15 การกระทำอันเป็นกระบวนการล่อลวงเด็กจึงไม่ใช่ความผิดโดยตัวของมันเอง จึงเป็นการบัญญัติกฎหมายที่กว้างขวางอย่างมาก

ประเทศสหรัฐอเมริกา United States Code § 2422 (b) บัญญัติให้การใช้จดหมายหรือสิ่งอำนวยความสะดวกใดๆ หรือการขนส่งระหว่างมลรัฐ หรือต่างประเทศ หรือในเขตอำนาจทางทะเล หรือในเขตอำนาจเหนืออาณาเขตของสหรัฐอเมริกา ไน้มน้ำว ชักจูง ล่อลวง หรือขู่บังคับบุคคลใดที่อายุต่ำกว่า 18 ปี ให้กระทำกิจกรรมทางเพศโดยผู้รู้สำนึก เป็นความผิดทางอาญา จะเห็นได้ว่าความผิดฐานล่อลวงเด็กให้กระทำกิจกรรมทางเพศนี้ บัญญัติไว้ในลักษณะเดียวกับ

การบัญญัติกฎหมายในประเทศออสเตรเลีย กล่าวคือ ไม่จำเป็นต้องมีการนัดพบกันระหว่างผู้กระทำความผิดกับเหยื่อ เพียงแค่การพยายามทำให้เด็กกระทำกิจกรรมทางเพศ เช่น แสดงหน้าอก หรืออวัยวะเพศ หรือพยายามให้เด็กถ่ายภาพโป๊เปลือยของตนเองแล้วส่งให้ผู้กระทำความผิด ก็เป็นความผิดแล้ว

โดยลักษณะความผิดฐานล่วงละเมิดเด็กและเยาวชนในทางเพศโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ นั้น เป็นความผิดที่ยังไม่บรรลุผลหรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นการกระทำในขั้นเตรียมการเพื่อที่จะละเมิดทางเพศต่อเด็กในอนาคต ซึ่งคำว่า “เตรียมการ” มีการให้ความหมายไว้โดยผู้ทรงวุฒิหลายท่าน ดังนี้

“การเตรียม” หมายถึง การกระทำเพื่อให้การกระทำความผิดอย่างอื่นสำเร็จ ล่วงโดยปราศจากการขัดขวาง³

“การเตรียม” หมายถึง การกระทำเพื่อให้พร้อมที่จะลงมือพยายามกระทำความผิดอย่างอื่นได้⁴

“การเตรียม” หมายถึง บรรดาการกระทำต่างๆ ซึ่งจะทำให้การกระทำความผิดสะดวกหรือสามารถเกิดขึ้น แต่ไม่ถึงขั้นลงมือกระทำความผิด⁵

จากที่กล่าวมาจึงอาจสรุปได้ว่า การเตรียมการเพื่อกระทำความผิด หมายถึง การกระทำซึ่งทำให้การกระทำความผิดสามารถเป็นไปได้หรือทำให้เกิดความสะดวกในการกระทำความผิดมากขึ้น แต่ยังไม่ถึงขั้นลงมือกระทำความผิด

แต่อย่างไรก็ตาม การกระทำขั้นเตรียมการสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ขั้นตอน⁶ คือ

³ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535). หน้า 54.

⁴ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา, หัวข้อ 1010.

⁵ หยุต แสงอุทัย, คำสอนชั้นปริญญาตรีกฎหมายอาญา ภาค 2-3 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523. หน้า 20.

⁶ ณรงค์ สิงห์ประเสริฐ, กฎหมายกับการแพทย์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยมหิดล, 2527). หน้า 148.

การเตรียมการขั้นแรก เมื่อปรากฏว่ามีการกระทำในลักษณะที่จะนำไปสู่การละเมิดต่อกฎหมาย บางครั้งจำเป็นต้องมีเครื่องมือประกอบหรือมีส่วนประกอบในการกระทำ ความผิด เช่น การทำร้ายด้วยการตีก็จะต้องมีไม้หรือท่อนเหล็ก การทำร้ายด้วยการแทงก็จะต้องมีมีด เป็นต้น

การเตรียมการขั้นที่สอง เป็นการเตรียมในขั้นถัดจากการเตรียมการขั้นแรกและเป็นขั้นตอนสุดท้ายที่ใกล้ชิดต่อการลงมือ ซึ่งการเตรียมการขั้นแรกนั้นยังไม่พร้อมที่จะกระทำความผิดได้ ดังนั้นจึงต้องมีการเตรียมการขั้นสุดท้าย ซึ่งเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อการลงมือ แต่ก็ยังไม่ถือว่าได้ลงมือกระทำความผิดฐานพยายาม เช่น ในกรณีของการล่อลวงเด็ก การนัดหมายเพื่อเจอกันระหว่างพวกล่อลวงกับเด็ก เมื่อพวกล่อลวงเด็กไปที่จุดนัดพบ แม้ว่าเด็กจะไม่ไปที่จุดนัดพบก็น่าจะถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อการลงมือแล้ว เนื่องจากในขั้นตอนหลังจากที่พวกล่อลวงไปกับเด็กแล้วย่อมเป็นการยากที่บุคคลภายนอกจะแยกแยะได้ว่าเป็นการกระทำโดยมีแรงจูงใจในทางเพศหรือไม่และเด็กยอมตกอยู่ในสภาวะการณ์ที่เป็นอันตรายต่อสวัสดิภาพของเด็กเรียบร้อยแล้ว

การกระทำอย่างไรจึงจะถือว่าผ่านพ้นการแสดงเจตนามาถึงขั้นเตรียมการแล้ว อาจยากแก่การวินิจฉัยทำนองเดียวกับปัญหาว่าการกระทำอย่างไรถือว่าผ่านพ้นขั้นเตรียมการถึงขั้นพยายาม การกระทำก่อนถึงขั้นพยายามนั้นพิจารณาดูกว้างๆ ก็น่าจะถือได้ว่าอยู่ในขั้นเตรียมการเพื่อที่จะกระทำความผิดต่อไปทั้งสิ้น⁷ แต่อย่างไรก็ตามการบัญญัติให้การกระทำที่อยู่ในขั้นตอนการเตรียมการเป็นความผิดนั้นน่าจะต้องเป็นการเตรียมการขั้นสุดท้าย ซึ่งเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อการลงมือ เนื่องจากเจตนาของผู้กระทำการเตรียมการนั้นจะสามารถเห็นได้ชัดก็จากการกระทำหรือพฤติกรรมของผู้กระทำการเตรียมการนั่นเอง ซึ่งหากไม่เป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อการลงมือ อาจไม่สามารถพิสูจน์เจตนาจากการกระทำของผู้กระทำการเตรียมการนั้นได้ เนื่องจากขาดความชัดเจน

ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงขอบเขตของการกระทำขั้นสูงสุดของการล่อลวงทางเพศต่อเด็กก่อนที่การกระทำนั้นจะถึงขั้นลงมือที่จะเป็นขั้นพยายาม ซึ่งการกระทำขั้นสูงสุดของการเตรียมการนั้นจะต้องใกล้ชิดต่อการลงมือ

⁷ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา, หน้า 258.

ในความผิดฐานละเมิดทางเพศต่อเด็กและเยาวชน เช่น ช่มชู้กระทำความชำเรา ขอบเขตความรับผิดทางอาญาจะอยู่ในระดับใดก็ต้องพิจารณาจากหลักความรับผิดในทางอาญา ซึ่งประกอบด้วย 4 ประการด้วยกัน⁸ คือ

(1) ต้องมีการกระทำ

(2) ในกรณีที่กฎหมายกำหนดว่า การกระทำจะเป็นความผิดสำเร็จต้องเกิดผลจากการกระทำนั้นๆ ก็ต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

(3) การกระทำเท่าที่แสดงออกมามีลักษณะภายนอกมีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด

(4) ผู้กระทำได้กระทำโดยเจตนาหรือประมาท

ขอบเขตความรับผิดทางอาญานั้นขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ของผู้กระทำความผิด ซึ่งจำเป็นต้องพิจารณาจากการกระทำและเจตนา เนื่องจากกรรมเป็นเครื่องชี้เจตนาตนเอง หากมีเจตนาแต่ไม่มีการกระทำย่อมไม่เป็นความผิด เช่น นาย A มีเจตนาช่มชู้กระทำความชำเรา ด.ญ. B หลังจากเข้าห้องเซ็กซี่และได้รู้จักและพูดคุยกับ ด.ญ. B แล้ว แต่นาย A ก็เพียงแค่อัดต่อกับ ด.ญ. B เท่านั้น จะเห็นได้ว่ายังไม่มีมีการกระทำใดที่เป็นการแสดงเจตนาว่าจะช่มชู้ ด.ญ. B แต่เมื่อ นาย A พูดคุยกับ ด.ญ. B ในเรื่องทางเพศและนัดหมายให้ ด.ญ. B มาพบกัน ย่อมแสดงให้เห็นถึงเจตนาของนาย A แล้ว ส่วนการที่นาย A เดินทางไปที่ที่นัดหมาย แม้จะไม่ถึงขั้นการลงมือช่มชู้ แต่จากการกระทำก็แสดงให้เห็นถึงเจตนาชั่วร้ายอันเป็นภัยอันตรายต่อสังคม กฎหมายจึงสมควรลงโทษโดยพิจารณาจากจิตใจของผู้กระทำเป็นสำคัญโดยไม่ควรยึดถือเอาผลเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำเป็นหลักในการลงโทษ นอกจากนี้การพิจารณาความผิดที่ต้องการผลจำเป็นจะต้องพิจารณาว่าผลที่เกิดขึ้นนั้นเกิดจากการกระทำนั้นหรือไม่ เพียงใด หรือต้องรับผิดจากการมีเจตนาร้ายของตนหรือไม่ เพียงใด ดังนี้ในการบัญญัติให้การล่อลวงทางเพศต่อเด็กและเยาวชน ซึ่งเป็นอยู่ในขั้นเตรียมการเป็นความผิดจึงต้องพิจารณาถึงหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล นั่นคือ การกระทำที่ไม่ไกลเกินกว่าเหตุตนเอง โดยวิเคราะห์จากคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศ ดังนี้

⁸ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544). หน้า 47.

จำเลยพูดคุยในห้องแชททรมกับเด็กหญิงวัย 14 ปี ซึ่งแท้ที่จริงเป็นเจ้าของหน้าที่ตำรวจ North Little Rock จำเลยวางแผนกับเด็กหญิงเพื่อนัดพบกันและมีเพศสัมพันธ์กันที่ North Little Rock จำเลยถูกจับกุมที่โรงเรียน Rivercrest ใน Mississippi ซึ่งจำเลยเป็นทั้งครู ได้ช และเป็นผู้สอนผู้สอนโรงเรียน เมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจค้นบ้านจำเลยและสอบสวนจำเลย ก็พบภาพลามกอนาจารเด็กในฮาร์ดดิสก์คอมพิวเตอร์ที่ยึดมาจากบ้านจำเลย จำเลยถูกตัดสินว่ามีความผิดฐานใช้อินเทอร์เน็ตล่อลวงเด็กหรือบุคคลที่เชื่อว่าเป็นเด็กให้เข้าร่วมกระทำความผิดที่แสดงออกในทางเพศอย่างชัดแจ้ง⁹

จำเลยคุยกับเด็กหญิงวัย 14 ปี ซึ่งแท้ที่จริงเป็นเจ้าของหน้าที่ตำรวจในห้องแชททรม โดยก่อนเริ่มสนทนาเด็กหญิงได้บอกกับจำเลยก่อนว่าตนอายุ 14 ปี ในระหว่างการสนทนาจำเลยได้บรรยายว่าเขาจะทำอะไรกับเด็กหญิงบ้าง โดยบรรยายให้เห็นถึงการกระทำทางเพศอย่างชัดเจน จำเลยยังถามเด็กหญิงเกี่ยวกับประสบการณ์ทางเพศในอดีตและเสนอที่จะไปบ้านของเธอในวันนั้นเพื่อเป็น sex slave ของเธอด้วย แต่เด็กหญิงบอกว่าไม่สะดวก เพราะแม่ของเธออยู่ที่บ้านด้วย ต่อมาจำเลยติดต่อกับมหาเด็กหญิงเพื่อนัดพบกัน จึงมีการนัดแนะสถานที่และตกลงที่จะไปพบกันและจำเลยบอกแก่เด็กหญิงว่า จะเตรียมถุงยางอนามัยไปให้เต็มกล่อง¹⁰

โจทก์ ใช้ชื่อว่า Kristin15IL พุดคุยกับจำเลยผ่านทาง Instant Messenger จำเลยเริ่มบทสนทนาโดยถามโจทก์ว่าชอบชายที่อายุมากกว่าหรือไม่ โจทก์จึงบอกจำเลยว่าโจทก์อายุ 15 ปี และจำเลยก็อ้างว่าตนอายุ 28 ปี ในช่วงที่ติดต่อกันจำเลยมักจะถามโจทก์เป็นประจำว่าโจทก์ชอบทำอะไรกับผู้ชายบ้างและโจทก์เคยใช้ยาคุมกำเนิดหรือถุงยางอนามัยหรือไม่

นอกจากนี้โจทก์ยังใช้ชื่อว่า GirlinIL เข้าห้องแชททรม Places Chicago และพูดคุยกับจำเลยผ่านทาง Instant Messenger โดยจำเลยถามโจทก์ว่าโจทก์ชอบชายที่อายุมากกว่าหรือไม่ จำเลยอ้างว่าตนเองอายุ 34 ปี โจทก์จึงบอกว่าโจทก์อายุ 15 ปี จำเลยถามโจทก์ว่าโจทก์รูปร่างหน้าตาเป็นอย่างไรและชอบทำอะไรในทางเพศกับชายที่อายุมากกว่าบ้างและยังถามโจทก์ถึงประสบการณ์เรื่องเพศในอดีตของโจทก์และถามว่าโจทก์ใช้ยาคุมกำเนิดหรือไม่ จำเลยยังถามว่าโจทก์ต้องการให้เขาหลังข้างนอกหรือไม่ และบอกให้โจทก์ทำออร์รัลเซ็กส์ให้จำเลยด้วย ต่อมา

⁹ State v. Brooks, S.W.3d, 2005 WL 256478 (Ark. 2005).

¹⁰ State v. Glass, 87 P.3d 302 (Idaho Ct. App. 2003).

จำเลยและโจทก์วางแผนที่จะพบกันที่ห้าง จำเลยบอกกับโจทก์ว่าเขาต้องการร่วมเพศกับโจทก์อย่างเร็วร้อนและไปอยู่โมเต็ลด้วยกัน เมื่อจำเลยไปที่นัดหมายเขาก็ถูกจับกุม¹¹

เด็กหญิงอายุ 15 ปี ซึ่งแท้ที่จริงเป็น Casper Police Department เข้าห้องแชททรมใน Yahoo! Messenger และได้พูดคุยกับจำเลย โดยจำเลยถามอายุของเด็กหญิงและเด็กหญิงก็ตอบว่า อายุ 15 ปี ต่อมาจำเลยเริ่มถามคำถามที่ส่อไปในทางเพศมากขึ้น อีกทั้งยังถามถึงรูปร่างสัดส่วนและประสบการณ์ทางเพศของเด็กหญิงด้วย จำเลยยังชวนให้เด็กหญิงมาหาจำเลยที่บ้าน และบรรยายว่าจำเลยจะทำอะไรกับเด็กหญิงบ้าง เด็กหญิงบอกแก่จำเลยว่ากลัวจะเกิดการตั้งครรภ์ขึ้น จำเลยจึงยืนยันกับเด็กหญิงว่าไม่จำเป็นต้องกังวล เพราะจำเลยจะสวมถุงยางอนามัย

ในการพูดคุยกันในคราวต่อมาได้มีการวางแผนนัดพบกันระหว่างจำเลยกับเด็กหญิงที่ McDonald และจำเลยก็ยังคงพูดคุยเกี่ยวกับเรื่องทางเพศ ในการสนทนากันจำเลยยอมรับว่าจำเลยอาจต้องมีปัญหาเพราะอายุของโจทก์และให้โจทก์เก็บเรื่องการนัดพบกันไว้เป็นความลับ เมื่อถึงวันนัดพบและจำเลยไปถึงจุดที่นัดหมาย เจ้าหน้าที่ตำรวจจึงเข้าจับกุม¹²

จำเลยเข้าห้องแชททรมและพูดคุยกับเด็กหญิงอายุ 14 ปี ซึ่งแท้ที่จริงเป็นเจ้าหน้าที่จำเลยแสดงออกถึงความสนใจที่จะมีเพศสัมพันธ์กับเด็กหญิงอย่างชัดแจ้งและจัดการนัดหมายกับเธอในเย็นวันนั้น เมื่อจำเลยไปถึงที่หมายจึงถูกเจ้าหน้าที่ตำรวจจับกุม¹³

จำเลยพูดคุยกับเด็กหญิง อายุ 12 ปี ซึ่งแท้ที่จริงเป็นเจ้าหน้าที่ทาง Instant Messenger ในการพูดคุยกันครั้งแรก จำเลยอ้างว่าตนอายุ 24 ปี และถามเด็กหญิงว่าเคยจูบกับชายที่อายุมากกว่าหรือไม่และส่งภาพถ่ายของตัวเองซึ่งมีอวัยวะเพศของจำเลยปรากฏอยู่ด้วย จำเลยถามเด็กหญิงว่าอยากเห็นและสัมผัสของจริงหรือไม่ เด็กหญิงถามจำเลยว่าคุณจะทำอะไรหนู จำเลยตอบว่า ทุกอย่างที่คุณต้องการให้ฉันทำ แล้วเธอก็อยากหลั่งน้ำของเธอใส่ปากของฉันไหม และจำเลยยังบรรยายอีกว่า จำเลยจะเสียดึงเด็กหญิง “เธอก็รู้ว่าตรงไหน” และ

¹¹ People v. Arndt, 814 N.E.2d 980 (Ill. App. Ct. 2004).

¹² Adams v. State, 117 P.3d 1210 (Wyo. 2005).

¹³ Office of Lawyer Regulation v. Joseph Engl.

“ทุกส่วนบนตัวเธอ” จำเลยชวนให้เด็กหญิงมาหาจำเลยที่บ้านและยังให้เบอร์โทรศัพท์บ้านแก่เด็กหญิงด้วย

ในการพูดคุยในคราวต่อมาจำเลยบอกเด็กหญิงว่าอย่าบอกพ่อแม่ถึงเรื่องที่จำเลยและเด็กหญิงพูดคุยกัน จำเลยถามเด็กหญิงว่าอยากเห็นจำเลยและอยากให้จำเลยถอดกางเกงหรือไม่ จำเลยจึงเปิดเว็บแคมและถอดกางเกงเพื่อถ่ายภาพของตนให้โจทก์ดูว่าจำเลยกำลังทำอะไร ซึ่งเป็นการแสดงอวัยวะเพศของจำเลยให้เด็กหญิงดูอย่างชัดเจน จำเลยกล่าวว่าอยากให้เด็กหญิงมาอยู่ที่นี่ด้วย เราจะได้ร่วมเพศกันและจำเลยจะนุ่มนวลและเป็นคนสอนเธอเอง

ในคราวต่อมา จำเลยก็เปิดเว็บแคมและถอดเสื้อผ้า จำเลยถามเด็กหญิงว่าอยากดูจำเลยช่วยตัวเองหรือไม่ ซึ่งจำเลยก็ได้ช่วยตัวเองจนสำเร็จความใคร่ให้เด็กหญิงดูผ่านเว็บแคม เด็กหญิงกล่าวกับจำเลยว่าเธออาจจะเด็กเกินไปสำหรับเรื่องนี้ จำเลยจึงพูดว่าเธอไม่ได้เด็กเกินไป แต่เราต้องระวังมากๆ โดยต้องไม่ให้ใครรู้เกี่ยวกับเรื่องนี้ และยังถามเด็กหญิงว่าเธอจะยอมเสียพรหมจรรย์ให้ฉันหรือไม่ จำเลยยังเสนอที่จะไปรับเด็กหญิงด้วย¹⁴

จำเลยทำงานเป็นพนักงานรักษาความปลอดภัยในพื้นที่ก่อสร้าง และเคยพบและพูดคุยกับเด็กนักเรียนหญิง อายุ 13 ปี ที่มาที่พื้นที่ก่อสร้าง ซึ่งเด็กหญิงมีปัญหาการเรียนรู้นอกห้องและมีปัญหาพฤติกรรมการแสดงออก จำเลยและเด็กหญิงแลกเปลี่ยนเบอร์โทรศัพท์กัน และจำเลยยังให้เบอร์โทรศัพท์มือถือแก่เด็กหญิงอีกด้วย จำเลยและเด็กหญิงได้ติดต่อกันผ่านทางโทรศัพท์หลายครั้งซึ่งมีเนื้อหาในทางอนาจารและทางเพศหลายครั้ง ต่อมาเด็กหญิงโทรศัพท์ให้จำเลยมารับ จำเลยจึงขับรถมารับเด็กหญิง แต่พ่อแม่อุปถัมภ์ของเด็กหญิงเห็นเด็กหญิงโทรศัพท์จึงแจ้งเจ้าหน้าที่ตำรวจ จำเลยอ้างว่าเด็กหญิงให้ตนมารับ เพราะไม่พอใจที่พ่อแม่บังคับให้เธอกินอาหารที่เธอไม่ชอบ จำเลยจึงจะพาเด็กหญิงไปกินพิซแอนด์ชิพ แต่จำเลยกลับขับรถพาเธอมุ่งหน้ากลับบ้านจำเลย ซึ่งระหว่างทางก็ผ่านร้านพิซแอนด์ชิพหลายร้านแต่ไม่มีการพาเธอไปกินแต่อย่างใด¹⁵

¹⁴ Brooker v. Commonwealth, 587 S.E.2d 732 (Va. Ct. App. 2003).

¹⁵ R. v. Mohammed Raza, [2007] 1 Cr. App.R.(S.) 16).

จำเลย อายุ 42 ปี ติดต่อกับและพูดคุยกับเด็กหญิงอายุ 13 ปี ผ่านทางแชททูลม, อี-เมลล์, โทรศัพท์มือถือ และ SMS จำเลยเริ่มติดต่อกับเด็กหญิงทางห้องแชททูลม โดยจำเลยอ้างว่า ตนอายุ 17 ปี เด็กหญิงเองก็อ้างว่าตนอายุ 15 ย่าง 16 ปี ต่อมาแม่ของเด็กหญิงได้พบข้อความที่เกี่ยวกับเรื่องทางเพศอย่างชัดแจ้งในโทรศัพท์มือถือของเด็กหญิง เธอจึงโทรไปหาจำเลย ซึ่งจำเลยก็สามารถหลอกเธอให้เชื่อว่าเป็นเด็กหนุ่มอายุ 17 ปีได้ แม่ของเด็กหญิงบอกจำเลยถึงอายุที่แท้จริงของเด็กหญิงและบอกให้จำเลยเลิกยุ่งกับเธอ แต่แทนที่จำเลยจะเลิกติดต่อกับเด็กหญิง จำเลยกลับบอกอายุที่แท้จริงของตนและตกลงกันว่าจะนัดเจอกัน ซึ่งในระหว่างนั้น จำเลยและเด็กหญิงได้ส่ง SMS ถึงกัน ซึ่งข้อความดังกล่าวมีลักษณะไปในทางเพศอย่างชัดแจ้ง¹⁶

โจทก์พูดคุยกับจำเลยทาง MSN Messenger จำเลยส่งข้อความเสนอจะจ่ายให้โจทก์ 10\$ เพื่อเล่นกับอวัยวะเพศของจำเลย โจทก์รู้สึกกลัวจึงบอกแม่ แม่ของโจทก์จึงปลอมตัวเป็นโจทก์และติดต่อกับจำเลย โดยในการสนทนาจำเลยถามว่า เธอยังจำที่ชั้นเคยถามได้หรือไม่ แล้วเธอได้บอกใครเกี่ยวกับเรื่องนี้หรือไม่ เธอคิดอย่างไรกับเรื่องนี้ จำเลยยังพยายามขอเบอร์โทรศัพท์ของโจทก์อยู่ตลอด แม่ของโจทก์จึงให้เบอร์โทรศัพท์พร้อมกับภาพถ่ายของโจทก์แก่จำเลย ต่อมาจำเลยโทรมาหาโจทก์และพูดว่าเธอยังสนใจจะเล่นไ้จ๊อนของชั้นอยู่หรือไม่ ต่อมาจำเลยก็โทรมาหาโจทก์และถามว่าเธออยากจะทำหรือไม่ว่าฉันจะตะต๋องสัมผัสตัวเธออย่างไร ในภายหลังเจ้าหน้าที่ตำรวจจึงปลอมตัวเป็นโจทก์พูดคุยกับจำเลยทางอินเทอร์เน็ต ซึ่งในระหว่างพูดคุยจำเลยก็ขอนัดพบกับโจทก์¹⁷

จำเลยอายุ 26 ปี ติดต่อกับและพูดคุยกับเด็กชาย อายุ 14 ปี ทางอินเทอร์เน็ต การพูดคุยมักจะเป็นเรื่องในทางเพศ จำเลยถ่ายทอดภาพอวัยวะเพศของตนผ่านทางเว็บแคม ต่อมาจำเลยจัดการนัดเด็กชายให้มาพบกันที่ London เด็กชายไปพบกับจำเลยที่ London โดยที่แม่ของเขาไม่รู้ จำเลยพาเด็กชายไปที่บ้านของจำเลยซึ่งมีกิจกรรมทางเพศหลากหลายรูปแบบเกิดขึ้นรวมถึงออร์รัลเซ็กส์และการร่วมเพศทางทวารหนักด้วย ในภายหลังจำเลยเขียนจดหมายที่เต็มไปด้วย sexual language อย่างชัดแจ้งและแนบภาพเปลือยของเด็กชายไปด้วย จำเลยพยายามชักชวนให้เด็กชายมาหาจำเลยอีกครั้ง¹⁸

¹⁶ R. v. John Mansfield, [2005] EWCA Crim 927.

¹⁷ Tector v The Queen, [2008] NSWCCA 151.

¹⁸ [2008] 2 Cr. App. R. (S.) 8.

จำเลยคุยกับเด็กหญิง อายุ 12 ปี ซึ่งแท้ที่จริงเป็นนักร้องสีโป๊ปลอมตัวเป็นเด็กเพื่อสืบถึงการใช้ห้องเซท룸เป็นที่หาเหยื่อในห้องเซท룸 โดยจำเลยอ้างว่าตนอายุ 17 ปี สัมพันธภาพระหว่างจำเลยกับเด็กหญิงพัฒนาไปเรื่อยๆ จำเลยถามเธอว่าชอบชายที่อายุมากกว่าหรือไม่ จำเลยพยายามสร้างความเชื่อใจและไว้ใจแก่เด็กหญิง จำเลยบอกกับเธอว่าเขาอยากจะทำเธอมากและเธออยากจะทำเขาบ้างหรือไม่ และยังถามว่าเธอชุกชนมากแค่ไหน เมื่อเธอตอบว่า เธอไม่เคยทำอะไรอย่างนั้นมาก่อน จำเลยจึงกล่าวว่าต้องการให้เขาช่วยไหม เขาจะแสดงให้เธอดูเอง จำเลยจึงนัดเด็กหญิงให้มาพบกันและตั้งต้นที่จะพบกันให้ได้ บทสนทนาในภายหลังก็ยังคงเป็นเรื่องในทางเพศตลอด¹⁹

จากแนวคำพิพากษาดังที่กล่าวมา จะเห็นได้ว่าพฤติการณ์ที่ศาลของทั้งประเทศ อังกฤษ ออสเตรเลีย และสหรัฐอเมริกาตัดสินว่าการกระทำที่เป็นความผิดฐานล่อลวงหรือพยายามล่อลวงเด็กและเยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ นั้น มักจะต้องมีการนัดพบกันระหว่างผู้กระทำความผิดกับเหยื่อ แม้ว่ากฎหมายทั้งของออสเตรเลีย และสหรัฐอเมริกาจะบัญญัติว่าไม่จำเป็นต้องมีการนัดพบกันระหว่างผู้กระทำความผิดกับเหยื่อ เพียงแต่มีการทำให้เหยื่อกระทำกิจกรรมทางเพศ เช่น บอกให้ช่วยตัวเองผ่านทางเว็บแคม เป็นต้น ก็เป็นความผิดฐานล่อลวงทางเพศต่อเด็กแล้วก็ตาม ดั่งนี้ย่อมแสดงให้เห็นว่าศาลเห็นว่าการนัดพบกันระหว่างผู้กระทำความผิดกับเหยื่อเป็นขั้นสูงสุดของการกระทำที่มีลักษณะเป็นการเตรียมการละเมิดทางเพศต่อเด็ก เนื่องจากมีความใกล้ชิดกับผลที่จะเกิดขึ้นในอนาคต แต่อย่างไรก็ตาม มีกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศออสเตรเลียซึ่งบัญญัติกฎหมายในแนวทางเดียวกัน คดี State v. Brooks และ คดี Tector v The Queen มีการวางแผนที่จะพบกัน แต่ผู้กระทำความผิดถูกจับกุมเสียก่อนที่จะไปที่จุดนัดหมาย ส่วนคดี Brooker v. Commonwealth นั้นยังไม่มี การวางแผนที่จะพบกัน มีเพียงการกระทำในทางเพศของผู้กระทำความผิดและการเสนอว่าจะไปรับเหยื่อเท่านั้น แสดงให้เห็นว่า เพียงมีการกระทำในทางเพศเกิดขึ้นระหว่างผู้กระทำความผิดกับเหยื่อ ไม่ว่าจะโดยผู้กระทำความผิดเองหรือโดยเหยื่อก็ตามก็อาจถือได้ว่าเป็นเกณฑ์ขั้นต่ำของการกระทำที่มีลักษณะเป็นการเตรียมการละเมิดทางเพศต่อเด็กที่สามารถพิสูจน์เจตนาของผู้กระทำความผิดได้แล้ว

¹⁹ Regina v. Graham Barnett, [2007] EWCA Crim 1625.

แต่อย่างไรก็ตาม ผู้กระทำความผิดอาจยกข้อต่อสู้ขึ้นต่อสู้ได้ คือ ข้อต่อสู้ว่าเป็นเพียงการสวมบทบาทตัวละครอย่างหนึ่งเท่านั้น (fantasy/role playing) ซึ่งเป็นข้อต่อสู้ที่เกิดขึ้นจากวัฒนธรรมอินเทอร์เน็ต กล่าวคือ อินเทอร์เน็ตเป็นเครื่องมือที่เอื้อประโยชน์ในการก่อให้เกิดโลกเสมือนจริงที่ยอมรับการแสดงออกซึ่งจินตนาการทางเพศของบุคคลที่เป็นเสมือนคนแปลกหน้าโดยสิ้นเชิงในโลกเสมือนจริง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในห้องแชทรูมออนไลน์ โดยบุคคลเหล่านี้จะแสดงบทบาทตามที่อยากจะเป็นในจินตนาการทางเพศของตน เช่น การรับบทบาทเป็นผู้ถูกข่มเหง (submission), เป็นผู้ข่มเหงเสียเอง (dominance), เป็นผู้ที่ชื่นชอบการร่วมประเวณีในหมู่เครือญาติ (incest) อาทิเช่น พ่อกับลูกสาว, พี่กับน้อง, แม่กับลูกชาย, ผู้ที่มีความต้องการทางเพศและจะต้องใช้วัตถุสิ่งของบางอย่าง หรือมีพิธีกรรมที่ไม่ใช่หรือไม่เกี่ยวกับเพศสัมพันธ์โดยตรง เช่น รองเท้า กางเกงใน ถุงน่อง หรืออวัยวะเช่น เท้า มือ และพิธีกรรมเช่น การดูที่งูกินหนูเป็นๆ เป็นต้น ซึ่งเมื่อได้เฝ้าดู สูดดม สัมผัสสลับได้ วัตถุสิ่งของหรือพิธีกรรมดังกล่าวแล้ว ก็จะทำให้มีความรู้สึกสำเร็จความใคร่ได้ (fetishes) หรือเป็นพวกรักร่วมเพศ (homosexual) เป็นต้น

การยกข้อต่อสู้ขึ้นขึ้นเป็นการอ้างว่า ผู้กระทำความผิดไม่เคยเชื่อว่าตนกำลังพูดคุยกับเด็กหรือผู้เยาว์เลย แต่กลับเชื่อว่าตนกำลังพูดคุยกับคู่สนทนาที่เป็นผู้ใหญ่และกำลังสวมบทบาทในจินตนาการร่วมกัน การยกข้อต่อสู้ดังกล่าวขึ้นอ้างเกิดจากการที่ผู้กระทำความผิดเข้าห้องแชทรูมที่จัดไว้โดยเฉพาะสำหรับผู้ใหญ่ ซึ่งอาจคาดหมายได้ว่าบทสนทนาที่เกิดขึ้นในห้องแชทรูมดังกล่าวเป็นการพูดคุยกับคู่สนทนาที่เป็นผู้ใหญ่ ไม่ใช่เด็ก แม้ว่าการยกข้อต่อสู้ขึ้นขึ้นเพื่อให้ตนพ้นผิดจะเป็นไปได้ยาก แต่มีกรณีที่การยกข้อต่อสู้จะเป็นผลสำเร็จได้ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดใช้ชื่อในการแชทที่แสดงให้เห็นว่าเป็นเพียงการแสดงบทบาทอย่างหนึ่งเท่านั้น หรือมีการจำกัดว่าต้องการคุยกับผู้ใหญ่เท่านั้น ซึ่งเห็นได้จากคดีของ Patrick Naughton ที่ถูกจับกุมเนื่องจากใช้อินเทอร์เน็ตในการพยายามที่จะมีเพศสัมพันธ์กับเด็ก Naughton ถูกกล่าวหาว่าล่อลวงเด็กในห้องแชทรูมสำหรับผู้ใหญ่โดยเฉพาะ ชื่อ “dad&daughtersex” โดย Naughton ยกข้อต่อสู้ว่า การกระทำของตนเป็นเพียงการแสดงบทบาทในจินตนาการเท่านั้นและต่อสู้ว่าเขาเข้าใจว่าจะได้พบกับผู้หญิงที่เป็นผู้ใหญ่ที่แสดงบทบาทเป็นลูกสาวของเขาในห้องแชทรูม ซึ่งลูกขุนเจ็ดคนตัดสินว่า Naughton มีความผิดฐานข่มขืนโดยมีเจตนาที่จะร่วมประเวณีกับผู้เยาว์ ในขณะที่ลูกขุนห้าคนตัดสินว่าเขาไม่มีความผิด และลูกขุนหกคนตัดสินว่า Naughton มีความผิดฐานใช้อินเทอร์เน็ตล่อลวงผู้เยาว์เพื่อร่วมประเวณี ในขณะที่ลูกขุนห้าคนตัดสินว่าเขาไม่มีความผิดในคดีดังกล่าวจึงถูกยกฟ้อง (mistrial)

สำหรับการบัญญัติให้การกระทำอันเป็นการล่อลวงทางเพศต่อเด็กและเยาวชน โดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ เมื่อพิจารณาถึงเกณฑ์ การกระทำขั้นต่ำที่จะเป็นความผิดจำเป็นต้องพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและ ผลของการกระทำว่าจะเป็นการไกลเกินกว่าเหตุหรือไม่

เพื่อให้การบัญญัติความผิดฐานล่อลวงเด็กและเยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ต หรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือมีความชัดเจนและสามารถบังคับใช้ได้อย่างมี ประสิทธิภาพ จึงควรกำหนดคำนิยามของคำว่า Sexual grooming ให้เป็นรูปธรรม ดังนี้

“การกระทำที่เป็นการบ่มเพาะหรือปลุกเร้าเหยื่อ โดยอาศัยวัตถุหรือเนื้อหาที่ ลามกอนาจาร เช่น ภาพหรือภาพยนตร์ลามกอนาจาร การกระทำลามกอนาจารต่อเนื้อตัวร่างกาย เป็นต้น หรือไม่ว่าโดยวิธีการใดๆ ก็ตามที่วิญญูชนพึงรู้ว่ามีผลเป็นการบ่มเพาะหรือปลุกเร้า เพื่อให้ เหยื่อเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศหรือถูกละเมิดทางเพศในอนาคต”

ผู้เขียนเห็นว่าเพียงมีการกระทำอันมีลักษณะเป็นการชักจูง ใ้มน้าว ให้กระทำ การในทางเพศเกิดขึ้นก็น่าจะเป็นความผิดแล้ว เนื่องจากการกระทำอันมีลักษณะไปในทางเพศนั้น ไม่ได้หมายความว่าเฉพาะการร่วมประเวณีการกระทำที่เกี่ยวกับการสัมผัสทางกายภาพเท่านั้น แต่ยัง รวมถึงการกระทำทางเพศต่อเนื้อตัวของตนเองหรือผู้อื่นและการกระทำลามกอนาจารด้วย ดังนั้น ในกรณีที่พวกล่อลวงเด็กกระทำการอันมีผลทำให้เหยื่อยอมที่จะเปลื้องผ้าหรือช่วยตัวเองให้พวก ล่อลวงเด็กดูจึงควรเป็นความผิด เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่าเป็นการใกล้ชิดต่อผลแล้ว เพราะถึงยังไม่มี การกระทำละเมิดต่อเนื้อตัวของเหยื่อที่เป็นรูปธรรม แต่ภยันตรายก็ใกล้ชิดที่จะก่อให้เกิดผลแล้ว ซึ่งเห็นได้ว่ามีเจตนาร้ายเกิดขึ้นแล้ว อีกทั้งตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 บัญญัติ ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการบังคับ ชูเชิญ ใช้ ชักจูง ยุยง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กแสดงหรือกระทำ การอันมีลักษณะลามกอนาจาร ไม่ว่าจะนำไปเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าตอบแทนหรือเพื่อการใดไม่ว่าเด็ก จะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ตามมาตรา 26 ซึ่งอาจถือได้อยู่ในขั้นเตรียมการเพื่อกระทำความผิด ฐานอนาจาร แสดงให้เห็นถึงเกณฑ์ขั้นต่ำของ การเตรียมการเพื่อกระทำความผิดฐาน อนาจา ที่เพียงแค่มิมีการบังคับ ชูเชิญ ใช้ ชักจูง ยุยง ส่งเสริม หรือยินยอมก็เป็นความผิดแล้ว แม้จะยังไม่มี การกระทำการอันมีลักษณะลามกอนาจารเกิดขึ้นก็ตาม แต่อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติคุ้มครอง เด็ก พ.ศ.2546 การคุ้มครองไม่ครอบคลุมไปถึงการร่วมประเวณี การกระทำที่เกี่ยวกับการสัมผัส

ทางกายภาพและการกระทำทางเพศต่อเนื้อตัวของตนเองหรือผู้อื่นซึ่งมีความร้ายแรงกว่าการกระทำลามกอนาจาร

3.3 ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการ

ผู้ให้บริการ หมายถึง ผู้ให้บริการแก่บุคคลอื่นในการเข้าสู่อินเทอร์เน็ตหรือให้สามารถติดต่อถึงกันโดยประการอื่นโดยผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ (service provider) ดังนั้นผู้ประกอบการโทรคมนาคมไม่ว่าโดยระบบโทรศัพท์ หรือบริการสื่อสารไร้สาย และผู้ให้บริการการเข้าถึงการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์คอมพิวเตอร์ไม่ว่าโดยอินเทอร์เน็ต ทั้งผ่านสายและไร้สาย จึงจัดได้ว่าเป็นผู้ให้บริการ

โดยทั่วไป ความผิดแต่ละฐานในประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นการกระทำโดยทั่วไปที่ไม่มีความยุ่งยากซับซ้อน ผู้กระทำความผิด คือ ผู้ที่กระทำความผิดโดยตรง แต่สำหรับความผิดที่มีอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เข้ามาเกี่ยวข้อง ผู้ที่ถูกละเมิดว่ามีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิดมีหลายฝ่าย จึงมีความจำเป็นต้องพิจารณาว่าบุคคลผู้เกี่ยวข้องดังกล่าวถือว่าเป็นผู้กระทำความผิดหรือไม่ เช่น กรณีที่ผู้กระทำความผิดอยู่ในต่างประเทศ และได้ดำเนินการเข้าห้องเซิร์ฟเวอร์เพื่อหาเหยื่อ โดยมีเซิร์ฟเวอร์อยู่ในต่างประเทศ ซึ่งการเปิดเว็บไซต์ดังกล่าวจะต้องกระทำผ่านผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) กรณีนี้จะถือว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีความรับผิดชอบหรือไม่ เนื่องจากเป็นผู้ที่นำเข้าสู่ซึ่งข้อความอันมีลักษณะเป็นการล่อลวงทางเพศต่อเด็กหรือเยาวชน ซึ่งสามารถพิเคราะห์จากแนวคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกา ดังนี้

คดีระหว่าง Cubby, Inc. และ CompuServe, Inc. โดย บริษัท CompuServe จำกัด เป็นบริษัทให้บริการคอมพิวเตอร์ออนไลน์ที่ใหญ่ที่สุดแห่งในโลก โดยให้บริการห้องสมุดอิเล็กทรอนิกส์ และเว็ทออนไลน์ เช่น เว็ทการหนังสือพิมพ์ แก่สมาชิก จำกัดทำสัญญาให้ Cameron Communications, Inc. จัดการตรวจสอบ สร้าง ตัด เรียบเรียง และควบคุมเนื้อหาของเว็ทการหนังสือพิมพ์ตามมาตรฐานงานบรรณาธิการ มาตรฐานทางเทคนิค และรูปแบบที่จำกัด กำหนด ซึ่งในคดีนี้มีผู้ส่งข้อความหมิ่นประมาท Cubby เข้าไปยังเว็ทการหนังสือพิมพ์

ศาลตัดสินว่า จำเลยไม่มีโอกาสตรวจสอบเนื้อหาของงานพิมพ์ ก่อนที่จะมีการส่ง (upload) ข้อความนั้นไปยังหน่วยความจำในคอมพิวเตอร์ ธุรกิจของจำเลยคือ ห้องสมุดอิเล็กทรอนิกส์เพื่อหากำไร และมีงานพิมพ์จำนวนมากอยู่ในห้องสมุด ซึ่งจำเลยมิได้ใช้หรือแทบมิได้ใช้อำนาจควบคุมเช่นบรรณาธิการ ในเนื้อหาของงานพิมพ์ดังกล่าว ศาลเห็นว่า จำเลยเป็นผู้กระจายข่าวอิเล็กทรอนิกส์จึงมีมาตรฐานความรับผิดชอบเช่นเดียวกับห้องสมุดสาธารณะ ร้านขายหนังสือ และแผงขายหนังสือพิมพ์ กล่าวคือต้องรับผิดชอบเมื่อได้รู้หรือมีเหตุผลที่จะรู้ถึงข้อความหมิ่นประมาทในงานพิมพ์ ดังนั้น จำเลยจึงไม่ต้องรับผิดชอบในงานพิมพ์ในคดี โดยศาลให้เหตุผลว่า จำเลยและบริษัทในทำนองเดียวกันอยู่ในแนวหน้าของการปฏิวัติอุตสาหกรรมข้อมูลข่าวสารเทคโนโลยีขั้นสูงทำให้ความรวดเร็วในการรวบรวมและประมวลผลข้อมูลเพิ่มมากขึ้น บุคคลธรรมดาทั่วไปสามารถเข้าถึงข่าวสารนับพันทั่วสหรัฐอเมริกาและทั่วโลกในทันทีทันใด เมื่อจำเลยตัดสินใจที่จะเป็นสื่อในการเผยแพร่งานพิมพ์ใด จำเลยไม่มีหรือแทบไม่มีอำนาจควบคุมเช่นบรรณาธิการในเนื้อหาของงานพิมพ์นั้น จำเลยไม่มีอำนาจควบคุมดังกล่าวมากไปกว่าห้องสมุดสาธารณะ ร้านขายหนังสือ แผงขายหนังสือพิมพ์และความเป็นไปได้ของจำเลยที่จะตรวจสอบงานพิมพ์ที่ตนเผยแพร่ว่ามีข้อความหมิ่นประมาทหรือไม่ มิได้มีมากไปกว่าผู้จัดจำหน่ายทั่วไป มาตรฐานความรับผิดชอบที่จะนำมาปรับใช้กับจำเลยคือ จำเลยรู้หรือมีเหตุผลที่จะรู้ถึงข้อความหมิ่นประมาทหรือไม่

ดังนั้น จำเลยจึงไม่ต้องรับผิดชอบและในคดีนี้ศาลมิได้พิพากษาความรับผิดชอบของ Cameron Communications, Inc. ซึ่งเป็นผู้ควบคุมเวทีการหนังสือพิมพ์ให้จำเลย

คดีระหว่าง Stratton Oakmont, Inc. และ Prodigy Services Co. บริษัท Prodigy จำเลย เป็นบริษัทให้บริการคอมพิวเตอร์ออนไลน์แก่สมาชิกประมาณ 2 ล้านคน สมาชิกดังกล่าวสามารถสื่อสารระหว่างกันได้และมีการใช้กระดานข่าวของจำเลย ซึ่งกระดานข่าวที่ได้รับความนิยมมากคือ Money Talk ซึ่งสมาชิกสามารถส่งข้อความเกี่ยวกับหุ้น การลงทุน และเรื่องราวทางการเงินอื่นๆ เข้าไปติดไว้ได้ จำเลยจ้างหัวหน้ากระดานข่าวต่างๆ รวมทั้ง Money Talk ให้เข้าร่วมในการสนทนา และส่งเสริมการใช้และเพิ่มจำนวนผู้ใช้กระดานข่าว

ในเดือนตุลาคม 1994 บุคคลไม่ระบุชื่อได้ส่งข้อความเข้าไปติดไว้ในกระดานข่าวเป็นการหมิ่นประมาท Stratton Oakmont, Inc. และประธานของ Stratton Oakmont, Inc. ต่อมา

โจทก์ฟ้องจำเลยและบุคคลไม่ระบุชื่อดังกล่าว ซึ่งศาลพิจารณาว่า จำเลยใช้โปรแกรมตรวจสอบ และมีแนวทาง รวมทั้งการจ้างผู้ดำเนินการหรือหัวหน้ากระดานข่าว จำเลยจึงเป็นผู้พิมพ์ผู้โฆษณา ซึ่งมีความรับผิดเช่นเดียวกับหนังสือพิมพ์

ศาลอธิบายความแตกต่างกับคดี *Cubby, Inc. v. CompuServe, Inc.* ว่า “จำเลย แสดงให้สาธารณชนและสมาชิกเห็นว่าตนควบคุมเนื้อหาในกระดานข่าว และจำเลยดำเนินการ ควบคุมโดยใช้โปรแกรมตรวจสอบอัตโนมัติ และมีแนวทางให้หัวหน้ากระดานข่าวปฏิบัติตามใน การตัดข้อความที่ผิดกฎหมายและไร้รสนิยม การควบคุมดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจควบคุมเช่น บรรณาธิการ ศาลจึงพิพากษาให้จำเลยต้องรับผิดชอบต่อโจทก์เนื่องจากการเป็น ผู้พิมพ์ผู้โฆษณาไม่ใช่ เป็นเพียงผู้จัดจำหน่ายหรือผู้ส่ง และจำเลยได้ใช้อำนาจควบคุม เช่นบรรณาธิการเหนือข้อความ หมิ่นประมาท นอกจากนั้น ศาลเห็นว่า หัวหน้ากระดานข่าวเป็นตัวแทนของจำเลยในการ หมิ่นประมาท เนื่องจากในสัญญาจ้างหัวหน้ากระดานข่าวกำหนดงานที่หัวหน้ากระดานข่าวต้อง กระทำ เช่น การกำหนดจำนวนชั้นต่ำของข่าวซึ่งจะติดบนกระดาน การรายงานต่อจำเลย การปฏิบัติตามวิธีการเพิ่มเติมที่จำเลยกำหนด และต้องได้รับอนุมัติจากจำเลยก่อนทำการส่งเสริม การใช้กระดานข่าว

จากตัวอย่างคดีดังกล่าวอาจพิจารณาได้ว่า ความรับผิดของผู้ให้บริการ อินเทอร์เน็ตตามหลักกฎหมายของสหรัฐอเมริกาอยู่ที่ฐานะของผู้ให้บริการว่าเป็นผู้พิมพ์ ผู้โฆษณา ชั้นต้น เช่นเดียวกับผู้พิมพ์ผู้โฆษณาหนังสือพิมพ์หรือสถานีวิทยุโทรทัศน์กระจายเสียง หรือผู้พิมพ์ ผู้โฆษณาชั้นสอง เช่นเดียวกับร้านขายหนังสือ หรือแผงขายหนังสือพิมพ์ โดยในคดีแรก CompuServe ไม่มีอำนาจหรือไม่มีโอกาสควบคุมเนื้อหาทางพิมพ์ จึงเป็นเพียงผู้พิมพ์ผู้โฆษณา ชั้นสอง ซึ่งจะต้องรับผิดชอบต่อผู้รู้หรือควรได้รู้ข้อความหมิ่นประมาท ส่วนในคดีหลัง Prodigy มีอำนาจควบคุมเช่นบรรณาธิการในข้อความบนกระดานข่าว จึงเป็นผู้พิมพ์ผู้โฆษณาชั้นต้น มีความรับผิดเช่นเดียวกับผู้พิมพ์ผู้โฆษณาของหนังสือพิมพ์²⁰

เมื่อเทียบเคียงระหว่างสื่ออินเทอร์เน็ตกับสื่อข้อมูลแบบดั้งเดิม โดยเฉพาะ อย่ายิ่งโทรคมนาคมและไปรษณีย์ จะเห็นได้ว่ามีลักษณะที่แทบจะไม่แตกต่างกันเลย ดังนั้น

²⁰ คีระ บุญภินนท์, “ความรับผิดทางอาญาของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในการกระทำผิดทางอาญาของผู้ให้บริการ: ตัวอย่างจาก สหรัฐอเมริกาและสหพันธสาธารณรัฐเยอรมัน”, *บทบัญญัติ*, 55 ตอน 1 (มีนาคม 2542): 73-75.

คำพิพากษาหรือความเห็นทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดของผู้ให้บริการสื่อข้อมูลแบบดั้งเดิม จึงสามารถนำมาปรับใช้กับการพิจารณาความรับผิดของผู้ให้บริการได้เช่นเดียวกัน ในกรณี การล่อลวงทางเพศต่อเด็กและเยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ เป็นเครื่องมือ ไม่ว่าจะโดยใช้ช่องทางห้องแชททูลม โปรแกรม Instant Messenger หรือ Skype ก็ตาม ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจึงถือได้ว่าเป็นผู้ให้บริการสนับสนุนด้านเทคนิคในการเผยแพร่ข้อมูล ของบุคคลที่สาม ซึ่งผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตให้บริการเก็บข้อมูลนั้น โดยเฉพาะการดำเนินการ mail - server และเป็นผู้ให้บริการส่งผ่านหรือขนส่งข้อมูลที่เก็บไว้ ซึ่งเป็นการใช้ในกรณีเพื่อ การสื่อสารทางไกล กับ proxy - cache - servers ซึ่งเมื่อเทียบกับความรับผิดของผู้ให้บริการ สื่อข้อมูลแบบดั้งเดิม การให้บริการของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตอาจถือได้ว่าเป็นการสนับสนุน ด้านเทคนิคโดยตรงในการเผยแพร่ข้อความของบุคคลอื่น และการสนับสนุนด้านเทคนิคทางอ้อม โดยการขนส่งหรือส่งผ่านข้อความของบุคคลอื่น

กรณีความรับผิดของผู้ให้บริการสื่อข้อมูลแบบดั้งเดิม หากเป็นการสนับสนุน ด้านเทคนิคโดยตรงในการเผยแพร่ข้อความของบุคคลอื่น เช่น ผู้เรียงพิมพ์ หรือการสนับสนุน ด้านเทคนิคทางอ้อม โดยการขนส่งหรือส่งผ่านข้อความของบุคคลอื่น เช่น ไปรษณีย์บริการขนส่ง ผู้ให้บริการจะไม่มี ความรับผิดใดๆ เนื่องจากยังสื่อข้อมูลอยู่ห่างไกลจากผู้ประพันธ์เท่าไร ความรับผิด ยิ่งลดลง หรืออาจกล่าวได้ว่าไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำ จึงมีผลทำให้ผู้สนับสนุนด้านเทคนิคหรือส่งผ่านข้อมูลไม่มีความรับผิดในข้อความที่ตนสนับสนุน หรือส่งผ่าน ดังนี้ ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตที่ทำหน้าที่สนับสนุนด้านเทคนิคในการส่งผ่านหรือ ขนส่งข้อมูล กล่าวคือ เป็นผู้ให้บริการเข้าถึงบริการต่างๆในอินเทอร์เน็ต เช่น ให้บริการ mail-server, proxy-cache-server หรือบริการ Internet Relay Chat (IRC) จึงไม่มีความรับผิด ในการสนับสนุนข้อมูลดังกล่าว

ในกรณีของการล่อลวงเด็กและเยาวชนในทางเพศโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือ การสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ นั้น มักจะใช้ช่องทางห้องแชททูลม โปรแกรม Instant messenger เช่น Window Live Messenger Yahoo! Messenger Skype เป็นต้น โซเชียลเน็ตเวิร์ค เช่น Hi5 Facebook เป็นต้น ในการล่อลวง ซึ่งถือได้ว่าเป็นผู้ให้บริการการเข้าถึง การสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์คอมพิวเตอร์โดยอินเทอร์เน็ตหรือ Chatroom service provider

ซึ่งห้องแชททูลมนั้นมีทั้งที่เป็นห้องแชททูลมทั่วไป และที่เป็นห้องสำหรับคุยเรื่องในทางเพศหรือลามกอนาจารโดยเฉพาะ การพิจารณาความรับผิดของผู้ให้บริการจึงต้องแยกออกเป็น 2 กรณี

การพิจารณาความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ต้องพิจารณาจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 โดยผู้ให้บริการการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์จะมีความผิด หากจงใจสนับสนุนหรือยินยอมให้มีการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ รวมถึงเผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตน ตามมาตรา 15

ในกรณีที่ห้องแชททูลมโดยทั่วไป โปรแกรม Instant messenger หรือโซเชียลเน็ตเวิร์ค ผู้เขียนเห็นว่า ผู้ให้บริการที่จะมีความผิดฐานนี้ ต้องรู้ว่ามี การนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามก หรือเผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะอันลามก แต่เพราะผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตมีเป็นจำนวนมหาศาล ข้อมูลที่เข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์จึงมากมายมหาศาล และโดยลักษณะของห้องแชททูลม หรือโปรแกรม Instant messenger นั้นไม่ได้มีลักษณะส่อไปในทางลามกอนาจาร ผู้ให้บริการจึงไม่สามารถตรวจสอบและรู้ได้ว่ามีการนำวัตถุหรือเนื้อหาที่ลามกอนาจารเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ ดังนั้นผู้ให้บริการจึงไม่มีความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 15

ในปัจจุบันสำหรับประเทศไทย ยังไม่มีคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานในเรื่องความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต และเมื่อไม่เป็นความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 การพิจารณาความรับผิดของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต จึงต้องพิจารณาจากหลักกฎหมายทั่วไป คือ ผู้สนับสนุนให้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 86

“ผู้ใดกระทำความผิดด้วยประการใด ๆ อันเป็นการช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวกในการที่ผู้อื่นกระทำความผิด ก่อนหรือขณะกระทำความผิด แม้ผู้กระทำความผิดจะมีได้รู้ถึง

การช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกนั้นก็ตาม ผู้นั้นเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิด ต้องระวางโทษ...”

หลักของความผิดฐานช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกในการกระทำความผิดแก่ผู้อื่น คือ ต้องมีการกระทำหรืองดเว้นไม่กระทำอันเป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกแก่ผู้อื่นในการกระทำความผิด ซึ่งในความเป็นจริงในปัจจุบันอำนาจหน้าที่ดังกล่าวของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในประเทศไทยยังคงไม่มีความชัดเจนใดๆ เลย จึงจำเป็นต้องพิจารณาว่าผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีหน้าที่ในการป้องกันมิให้ความผิดเกิดหรือไม่

ในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมิได้อยู่ในความดูแลของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมิได้มีหน้าที่ในการคุ้มครองผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตผู้ใดเป็นพิเศษเพื่อมิให้ผู้นั้นถูกล่อลวงไปในทางเพศ เนื่องจากในความเป็นจริงผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีเป็นจำนวนมาก ข้อมูลที่เข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์จึงมากมายมหาศาล ดังนั้นการที่จะให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีหน้าที่ป้องกันมิให้การกระทำความผิดเกิดย่อมไม่อาจเป็นไปได้ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจึงมีหน้าที่เพียงดูแลเป็นการทั่วไปเท่านั้น ฉะนั้นเพียงแต่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตพบเห็นหรือสงสัยว่าอาจจะมีการล่อลวงทางเพศต่อเด็กแล้วไม่จัดการพากล่อลวงเด็ก ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตก็ย่อมไม่มีความผิดฐานล่อลวงเด็ก ดังนี้ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจึงไม่มีความผิดฐานสนับสนุนการกระทำความผิดแต่อย่างใด

แต่หากเป็นกรณีที่เป็นห้องแชทที่มีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในทางเพศหรือลามกอนาจารโดยเฉพาะ ผู้ให้บริการย่อมรู้ว่าจะต้องมีการติดต่อพูดคุยในลักษณะลามกอนาจาร และอาจมีการชักจูงหรือล่อลวงให้มีการเข้าร่วมการกระทำทางเพศเกิดขึ้น และหากมีการนำวัตถุหรือเนื้อหาลามกอนาจารเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ ผู้ให้บริการย่อมไม่สามารถอ้างได้ว่า ไม่สามารถรู้ได้ว่ามีการนำวัตถุหรือเนื้อหาที่ลามกอนาจารเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ เนื่องจากวัตถุประสงค์ที่เปิดห้องแชทดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงการยินยอมและสนับสนุนให้มีการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งวัตถุหรือเนื้อหาลามกอนาจารอยู่แล้ว ดังนี้ ผู้ให้บริการในกรณีนี้จึงมีความรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 15

3.4 การนำความรับผิดฐานสมคบมาปรับใช้กับกรณีล่อลวงทางเพศต่อเด็กและเยาวชน โดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ

หลักกฎหมายระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) กำหนดให้ความรับผิดฐานสมคบเป็นหลักความรับผิดทางอาญาของบุคคลซึ่งเป็นหลักทั่วไป เช่นเดียวกับหลักผู้กระทำความผิดหลายคน เช่น ตัวการ ผู้ใช้ ผู้สนับสนุน หรือการพยายามกระทำความผิด แต่หลักกฎหมายระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) กำหนดให้ความรับผิดฐานสมคบเป็นข้อยกเว้นใช้บังคับสำหรับความผิดฐานใดฐานหนึ่งเท่านั้น ไม่ใช่ความรับผิดในทางอาญาของบุคคลโดยทั่วไป

ในปัจจุบันระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มิได้นำหลักความรับผิดฐานสมคบไปใช้เฉพาะแต่ความผิดทางอาญาของที่มีลักษณะเป็นองค์กรอาชญากรรมเท่านั้น แต่ยังเป็นบทบัญญัติความรับผิดในทางอาญาของบุคคลในลักษณะทั่วไปด้วย โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษบุคคลที่ตกลงกันกระทำความผิด ซึ่งเป็นการป้องกันและลดความเสี่ยงมิให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ดังนั้นจึงสามารถนำหลักความรับผิดฐานสมคบไปใช้กับการกระทำความผิดทางอาญาของบุคคลทั่วไปในลักษณะความผิดฐานอื่นๆ ได้อย่างกว้างขวาง

ลักษณะความผิดฐานสมคบกันนั้นจะเป็นความผิดต่อเมื่อได้มีการตกลงกัน ซึ่งการตกลงกันนี้อาจเป็นการห่างไกลต่อผลสำเร็จของการกระทำก็ได้ ไม่จำเป็นต้องมีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลแต่อย่างใด เนื่องจากเจตนารมณ์ของกฎหมายในเรื่องสมคบคือ การยับยั้งมิให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น โดยการเข้าแทรกแซงตั้งแต่ในขั้นเริ่มแรกเลยทีเดียว นั่นคือ การห้ามมิให้บุคคลตกลงกันกระทำความผิด

ในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกายังกำหนดให้ความรับผิดฐานสมคบอยู่ในประเภทของความผิดทางอาญาที่ไม่ร้ายแรง (Misdemeanor) ไม่ว่าตัวความผิดหลัก (Substantive Offences) ที่ผู้สมคบกันตกลงกระทำความผิดนั้นจะเป็นความผิดอาญาร้ายแรง (Felony) หรือจะเป็นความผิดอาญาเล็กน้อย (Summary Offences) อีกทั้งความผิดฐานสมคบถือเป็นความผิดสำเร็จทันทีที่มีการตกลงกันในตัวเองอยู่แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องมีการกระทำความผิดหลักเสียก่อน และความรับผิดฐานสมคบยังถือเป็นความรับผิดประเภทที่ยังไม่เป็นความผิดสำเร็จ

ความรับผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดของประเทศอังกฤษ

Criminal Law Act 1977 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Criminal Attempts Act 1981 โดยใน section 1(1) บัญญัติว่า

“ผู้ใดตกลงกับบุคคลหนึ่งบุคคลใดหรือหลายคน ถ้าการตกลงกันเกิดขึ้นด้วยความตั้งใจของบุคคลที่ทำความตกลงกันนั้น ให้การกระทำที่เกิดขึ้นตามที่ตกลงกัน โดย

(1) การกระทำนั้นเป็นการจำเป็นอันจะทำให้การกระทำความผิดเกิดขึ้น หรือเป็นเงื่อนไขของการกระทำความผิด โดยการกระทำของผู้ที่ร่วมตกลงบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือ

(2) จะกระทำการตามที่ตกลงกัน เว้นแต่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าความผิดอันจะเกิดจากการกระทำตามที่ตกลงกันนั้นไม่อาจเป็นไปได้

ผู้นั้นมีความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดตามที่ตกลงกัน”²¹

ดังนี้จึงเห็นได้ว่า สำหรับประเทศอังกฤษ เมื่อมีการตกลงกันเกิดขึ้นถือว่าความผิดสำเร็จเกิดขึ้นแล้ว และในการตกลงกันนั้นจะต้องมีเจตนาที่จะกระทำความผิดอาญาตามที่ได้ตกลงกันด้วย โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าจะมีการกระทำตามที่ได้ตกลงกันเกิดขึ้นหรือไม่ ซึ่งความตกลงนี้สามารถกระทำได้หลายรูปแบบ เช่น วาจา ลายลักษณ์อักษร หรือแม้แต่การเข้าใจกันโดยปริยายก็ตาม สาระสำคัญของความผิดฐานสมคบกันนี้จึงอยู่ที่การร่วมกันวางแผนหรือตกลงของ

²¹ Criminal Law Act 1977

1 The offence of conspiracy

if a person agrees with any other person or persons that a course of conduct shall be pursued which, if the agreement is carried out in accordance with their intentions, either—

(a) will necessarily amount to or involve the commission of any offence or offences by one or more of the parties to the agreement, or

(b) would do so but for the existence of facts which render the commission of the offence or any of the offences impossible,

he is guilty of conspiracy to commit the offence or offences in question.

ผู้ที่เกี่ยวข้องและการกระทำที่ปรากฏขึ้นสามารถแสดงได้ว่าการกระทำร่วมกันโดยได้รับความยินยอมพร้อมใจในวัตถุประสงค์อย่างเดียวกัน อีกทั้งการตกลงกันจะต้องมีผู้ร่วมตกลงกันกระทำความผิดตั้งแต่สองคนขึ้นไป โดยที่ผู้ร่วมสมคบกันนั้นไม่จำเป็นต้องรู้ว่าใครบ้างที่เข้าร่วมด้วย เพียงแต่ทราบว่าผู้ร่วมด้วยมีจำนวนตั้งแต่สองคนขึ้นไปก็เพียงพอแล้ว

ความรับผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดของประเทศสหรัฐอเมริกา

การสมคบกันกระทำความผิดใน Model Penal Code § 5.03 บัญญัติว่า

“การกระทำความผิดฐานสมคบ

(1) ความหมายของการกระทำความผิดฐานสมคบ บุคคลจะต้องรับผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดกับบุคคลอื่นตั้งแต่สองคนขึ้นไป เมื่อผู้นั้นมีเจตจำนงที่จะส่งเสริมหรืออำนวยความสะดวกในการกระทำผิดโดย

(a) ทำการตกลงกับบุคคลเหล่านั้นว่า คนหนึ่งคนใดหรือหลายคนที่ทำการตกลงกันนั้นจะกระทำการใด ๆ ที่เป็นการก่อให้เกิดความผิดขึ้น หรือพยายามหรือยุยงให้มีการกระทำความผิดเช่นนั้นเกิดขึ้น หรือ

(b) ตกลงกับบุคคลเหล่านั้นว่าจะให้ความช่วยเหลือในการวางแผนการกระทำความผิด การพยายาม หรือการยุยงให้มีการกระทำความผิดเช่นนั้น”²²

การสมคบกันกระทำความผิดใน United States Code Title 18 Chapter 19

²² Model Penal Code

§ 5.03. Criminal Conspiracy.

(1) Definition of Conspiracy. A person is guilty of conspiracy with another person or persons to commit a crime if with the purpose of promoting or facilitating its commission he:

(a) agrees with such other person or persons that they or one or more of them will engage in conduct that constitutes such crime or an attempt or solicitation to commit such crime; or

(b) agrees to aid such other person or persons in the planning or commission of such crime or of an attempt or solicitation to commit such crime.

โดย § 371 บัญญัติว่า

“บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปสมคบกันกระทำความผิดอาญาต่อสหรัฐอเมริกาหรือหน่วยงานใดๆ ของสหรัฐอเมริกา โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกระทำการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการสมคบกันกับบุคคลนั้น ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นเหรียญสหรัฐหรือจำคุกไม่เกินห้าปี หรือทั้งจำทั้งปรับ

หากการกระทำความผิดซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ของการสมคบกันนั้นเป็นเพียงความผิดลหุโทษ โทษที่ได้รับจากการสมคบกันย่อมไม่เกินกว่าโทษในอัตราสูงสุดที่ได้กำหนดไว้ในความผิดลหุโทษนั้น”²³

เนื่องจากความรับผิดชอบเป็นการลงโทษการตกลงกัน ซึ่งนักวิชาการเห็นว่าขอบเขตของการลงโทษนั้นไม่มีความชัดเจน ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงได้กำหนดหลักการกระทำซึ่งปรากฏภายนอก (Overt Act) ขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีลักษณะที่เป็นการกระทำชัดเจนขึ้น ซึ่งหลักการกระทำซึ่งปรากฏภายนอกนี้ได้รับการสนับสนุนจาก Model Penal Code โดยบัญญัติไว้ว่า

“ห้ามมิให้ลงโทษผู้กระทำความผิดฐานสมคบ เว้นแต่จะได้มีการกล่าวอ้างและพิสูจน์ถึงการกระทำซึ่งปรากฏภายนอกของผู้นั้นหรือผู้ที่สมคบกับผู้นั้นที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการสมคบดังกล่าว เว้นแต่ว่าจะเป็นสมคบกันเพื่อกระทำความผิดอาญาชั้นร้ายแรง”

²³ 18 U.S.Code.

§ 371. Conspiracy to commit offense or to defraud United States

If two or more persons conspire either to commit any offense against the United States, or to defraud the United States, or any agency thereof in any manner or for any purpose, and one or more of such persons do any act to effect the object of the conspiracy, each shall be fined under this title or imprisoned not more than five years, or both.

If, however, the offense, the commission of which is the object of the conspiracy, is a misdemeanor only, the punishment for such conspiracy shall not exceed the maximum punishment provided for such misdemeanor.

แต่อย่างไรก็ตาม หากมิได้มีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนว่าต้องการการกระทำ ซึ่งปรากฏภายนอกด้วย ก็ต้องถือว่าการตกลงกันอย่างเดียวก็เพียงพอที่จะลงโทษแล้ว

นอกจากนี้ United States Code ใน § 371 วางหลักไว้ว่า

“การพิสูจนถึงความรับผิดฐานสมคบ รัฐจะต้องพิสูจน์ว่าได้มีการตกลงกันกระทำ ความผิดและผู้สมคบคนหนึ่งคนใดมีการกระทำซึ่งปรากฏภายนอก เพื่อจะกระทำการตามที่ได้ตกลงกันนั้น”

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า หลักการกระทำซึ่งปรากฏภายนอก (Overt Act) มีขึ้น เพื่อประโยชน์ในการกำหนดขอบเขตให้มีลักษณะที่เป็นการกระทำชัดเจนขึ้น การกระทำซึ่งปรากฏ ภายนอกจึงมิใช่องค์ประกอบของความผิดฐานสมคบ เนื่องจากความรับผิดฐานสมคบนั้น โดยทั่วไปเมื่อมีเจตนาหรือองค์ประกอบภายในใจที่จะสมคบกันกระทำความผิดแล้ว พฤติการณ์ ซึ่งแสดงออกถึงเจตนาอันนั้นไม่ว่าจะเป็นโดยการกระทำใดๆ หรือโดยคำพูดก็ตาม ย่อมถือได้ว่าเป็นองค์ประกอบด้านการกระทำแล้ว โดยไม่จำเป็นต้องมีการกระทำที่ตกลงไว้เกิดขึ้นแต่อย่างใด แต่ปัญหาที่สำคัญของความรับผิดฐานสมคบคือ การพิสูจน์ว่าผู้สมคบได้มีการตกลงกันหรือไม่ เพราะการสมคบหรือตกลงกันกระทำความผิดย่อมเกิดขึ้นอย่างลับๆ หลักการกระทำซึ่งปรากฏ ภายนอกจึงเป็นเกณฑ์ขั้นต่ำเพื่อใช้พิสูจน์ให้เห็นถึงเจตนาให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้นเพื่อลงโทษ ผู้ที่สมคบกันกระทำความผิด ดังนี้ หลักการกระทำซึ่งปรากฏภายนอกจึงเป็นเพียงพยานหลักฐาน ส่วนหนึ่งในการพิสูจน์การกระทำความผิดเท่านั้น ไม่ใช่องค์ประกอบความผิดแต่อย่างใด

จากความผิดฐานสมคบทั้งในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา จะเห็นได้ว่า มีลักษณะที่เหมือนกัน กล่าวคือ การสมคบจะต้องมีบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงร่วมกัน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกระทำการอันมิชอบด้วยกฎหมาย และการสมคบกันจะเป็นความผิดสำเร็จ ทันทีเมื่อการตกลงร่วมกันสำเร็จแล้ว โดยไม่จำเป็นต้องมีการกระทำความผิดตามที่ตกลงกันเกิดขึ้น แต่อย่างใด แต่สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา มีหลักการกระทำซึ่งปรากฏภายนอกเพิ่มเติมขึ้นมา นั่นคือ ในการสมคบกันกระทำความผิดในบางลักษณะจะต้องมีการกระทำซึ่งปรากฏภายนอกด้วย เพื่อประโยชน์ในการพิสูจน์ความรับผิดของผู้สมคบ

ดังที่ประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกากำหนดให้ความผิดฐานสมคบเป็นหลักทั่วไปซึ่งสามารถนำมาใช้กับความผิดทั่วไปได้ เช่นนี้ย่อมแสดงให้เห็นว่าไม่ว่าความผิดฐานใด เช่น ฆ่า ลักทรัพย์ ข่มขืนกระทำชำเรา เป็นต้น หากพบเห็นหรือมีพฤติการณ์ที่เป็นการสมคบกัน กระทำความผิดดังกล่าว เจ้าหน้าที่ตำรวจจึงสามารถเข้าไปแทรกแซงเพื่อมิให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นเสียตั้งแต่ในขั้นเริ่มแรกได้ เช่นเดียวกันหากเป็นกรณีของการล่อลวงทางเพศต่อเด็ก และเยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือก็ย่อมสามารถนำหลักความรับผิดฐานสมคบมาใช้ได้เช่นเดียวกัน เช่น ในกรณีที่ A ตกพบกับ B เพื่อกระทำการอันเป็นการล่อลวงทางเพศต่อเด็กในห้องเซท룸 โดยให้ B เป็นคนติดต่อพูดคุยกับเด็ก เนื่องจากเป็นคนมีวาทีศิลป์ดี มีความสามารถในการโน้มน้าวใจผู้อื่น เพื่อล่อลวงให้เด็กออกมาพบและให้ A พาเด็กไปข่มขืนกระทำชำเราต่อไป ดังนั้นเมื่อ A ตกพบกับ B เพื่อกระทำการอันมิชอบด้วยกฎหมายและมีเจตนาเพื่อกระทำการดังกล่าว ทั้ง A และ B ก็ย่อมมีความผิดฐานสมคบแล้ว

แต่อย่างไรก็ตามสำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา แม้ว่าความผิดฐานสมคบจะเป็นความผิดสำเร็จแล้วก็ตาม แต่การที่จะให้ศาลลงโทษ A และ B นั้น จะต้องอ้างและพิสูจน์ถึงการกระทำซึ่งปรากฏภายนอกของผู้นั้นด้วย เว้นแต่ว่าจะเป็นกรณีของการสมคบกันเพื่อกระทำความผิดอาญาชั้นร้ายแรง (Felony) ความผิดฐานล่อลวงทางเพศต่อเด็กและเยาวชนตาม § 2422 (b) Coercion and enticement

“บุคคลใดโดยใช้เจตนาหรือสิ่งอำนวยความสะดวกใดๆ หรือการขนส่งระหว่างมลรัฐหรือต่างประเทศหรือในเขตอำนาจทางทะเลหรือในเขตอำนาจเหนืออาณาเขตของสหรัฐอเมริกา โน้มน้าว ชักจูง ล่อลวง หรือขู่บังคับบุคคลใดที่อายุต่ำกว่า 18 ปี ให้กระทำการทางเพศโดยรู้สำนึก บุคคลดังกล่าวมีความผิดทางอาญาหรือมีความผิดฐานพยายามกระทำการดังกล่าว ต้องได้รับโทษปรับและจำคุกไม่น้อยกว่า 10 ปี หรือตลอดชีวิต”

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ความผิดฐานนี้มีโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 10 ปี หรือตลอดชีวิต จึงจัดอยู่ในความผิดอาญาชั้นร้ายแรง (Felony)²⁴ ดังนั้นการสมคบกันเพื่อกระทำความผิดตาม § 2422 (b) จึงไม่ต้องอ้างและพิสูจน์ถึงการกระทำซึ่งปรากฏภายนอกของผู้นั้นด้วย เนื่องจากการสมคบกันเพื่อกระทำความผิดอาญาชั้นร้ายแรง (Felony)

ความรับผิดฐานสมคบในประเทศไทย

ในกรณีของหลักความรับผิดฐานสมคบตามกฎหมายไทยจะเห็นได้ว่า มิได้เป็นบทบัญญัติที่ใช้บังคับสำหรับการกระทำความผิดทั่วไป แต่เป็นการบัญญัติไว้ใช้บังคับกับบางกรณีเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามหลักความรับผิดฐานสมคบก็เป็นไปในแนวเดียวกับของหลักความรับผิดฐานสมคบทั้งในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ ต้องประกอบไปด้วยบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงร่วมกันเพื่อที่จะกระทำการอันมิชอบด้วยกฎหมาย และผู้สมคบมีเจตนาที่จะกระทำการอันมิชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว แต่มีกรณียกเว้นในมาตรา 210 การสมคบกันเป็นช่องโหว่ที่กำหนดให้การสมคบกันต้องประกอบด้วยบุคคลจำนวนตั้งแต่ห้าคนขึ้นไป

จากบทบัญญัติกฎหมายที่มีการนำหลักความรับผิดฐานสมคบไปใช้จะเห็นได้ว่าการสมคบตามกฎหมายไทย มิได้มีการให้คำจำกัดความ คำว่า “การตกลงกัน” ไว้แต่อย่างใด อีกทั้งยังคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องกับการตกลงกันนั้นมักจะเป็นการสมคบที่ไม่ยุ่งยากซับซ้อน ซึ่งหากเกิดกรณีการสมคบที่ยุ่งยากซับซ้อนขึ้น เช่น พฤติการณ์การตกลงกันไม่ชัดเจน เป็นต้น

²⁴ 18 U.S.Code.

§ 3559. Sentencing classification of offenses

(a) **Classification.**— An offense that is not specifically classified by a letter grade in the section defining it, is classified if the maximum term of imprisonment authorized is—

- (1) life imprisonment, or if the maximum penalty is death, as a Class A felony;
- (2) twenty-five years or more, as a Class B felony;
- (3) less than twenty-five years but ten or more years, as a Class C felony;
- (4) less than ten years but five or more years, as a Class D felony;
- (5) less than five years but more than one year, as a Class E felony;
- (6) one year or less but more than six months, as a Class A misdemeanor;
- (7) six months or less but more than thirty days, as a Class B misdemeanor;
- (8) thirty days or less but more than five days, as a Class C misdemeanor; or
- (9) five days or less, or if no imprisonment is authorized, as an infraction.

ยอมก่อให้เกิดปัญหาในการตีความ เนื่องจากไม่มีคำพิพากษากฎีกาที่เป็นบรรทัดฐานเกี่ยวกับการตกลงกันดังเช่นในประเทศสหรัฐอเมริกา²⁵

ตามหลักความรับผิดฐานสมคบของกฎหมายไทยไม่ได้กำหนดว่าจะต้องมีการกระทำซึ่งปรากฏภายนอก (Overt Act) จึงจะสามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้ดังเช่นที่ปรากฏในประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนั้น เพียงแค่มีการตกลงร่วมกันก็ถือเป็นความผิดสำเร็จแล้ว หากประเทศไทยมีการนำหลักการกระทำซึ่งปรากฏภายนอกมาใช้ยอมก่อให้เกิดความชัดเจนและขอบเขตของการกระทำความผิดที่แน่นอน กล่าวคือ การตกลงกันนั้นมีลักษณะเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นภายในใจหรืออัตตวิสัย อีกทั้งในการตกลงร่วมกันมักจะเกิดขึ้นอย่างลับๆ และมีการปกปิดการพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงการตกลงกันยอมเป็นไปได้อย่างยาก แต่หลักการกระทำซึ่งปรากฏภายนอกจะช่วยให้การพิสูจน์ให้เห็นถึงการตกลงกันได้ชัดเจนขึ้น เนื่องจากมีการกระทำบางส่วนปรากฏให้เห็น ซึ่งการกระทำดังกล่าวยอมชี้ให้เห็นถึงเจตนาของผู้กระทำ

นอกจากนี้ การกระทำซึ่งปรากฏภายนอกมีโทษองค์ประกอบความผิด การกระทำที่ปรากฏจึงไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล การกระทำใดๆ ที่แสดงออกมา แม้จะไม่ชัดเจนว่าเป็นการเตรียมการเพื่อกระทำความผิดก็น่าจะเพียงพอแล้ว เช่น การสมคบกันฆ่าผู้อื่น การไปดู่เพื่อระบุเป้าหมาย ก็น่าจะเป็นการเพียงพอแล้ว ซึ่งใน Model Penal Code ก็ได้มีการนำหลักทฤษฎีการกระทำขั้นตอนสำคัญ (Substantial Step Test) เพื่อนำมาปรับใช้กับหลักการกระทำซึ่งปรากฏภายนอก กล่าวคือ มองว่าการกระทำที่ผ่านๆ มานั้นถือว่าเป็นการกระทำขั้นตอนสำคัญหรือไม่ โดยเป็นการดูการกระทำย้อนหลัง ซึ่งเป็นการทำงานที่มองต่อไปในภายหน้าว่าการกระทำนั้นใกล้ชิดต่อผลหรือไม่

การนำหลักการกระทำซึ่งปรากฏภายนอกมาใช้เหมาะสม ย่อมจะส่งผลให้เกิดการยอมรับการนำหลักความรับผิดฐานสมคบมาใช้ในประเทศไทยมากขึ้น

²⁵ เมื่อพิจารณาตามคำพิพากษากฎีกาในเรื่องของโจร

คำพิพากษากฎีกาที่ 1103-1104/2496 คบคิดเป็นช่องโจรปล้นทรัพย์แต่ไปปล้นไม่สำเร็จเสียก่อนลงมือปล้น ต่อมาจึงสมคบกันไปปล้นใหม่ ผู้ที่สมคบกันในคราวแรกแต่ไม่ได้สมคบกันในคราวหลังมีความผิดฐานช่องโจร แต่ไม่ต้องรับผิดในการปล้นด้วย

จะเห็นได้ว่า ศาลพิจารณานำเป็นการช่องโจรเพื่อปล้นทรัพย์เป็นการเฉพาะราย แยกพิจารณาแต่ละกรรมแต่ละวาระไป ซึ่งมีผลทำให้มีข้อจำกัดในการตีความขยายขอบเขตของการตกลงกันให้มีความกว้างขวางเพื่อที่จะเอาผิดกับผู้ที่เกี่ยวข้องได้ทุกคน

แต่อย่างไรก็ตาม สำหรับประเทศไทยการตกลงร่วมกันระหว่างบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปเพื่อกระทำการอันมิชอบด้วยกฎหมายจะเป็นความผิดฐานสมคบเฉพาะในกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดเท่านั้น ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าหลักความรับผิดฐานสมคบในประเทศไทยมิใช่หลักทั่วไปดังเช่นที่ปรากฏในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา หากพบเห็นหรือมีพฤติการณ์ว่ามีการสมคบกันกระทำความผิดอาญา เช่น ฆ่า ลักทรัพย์ ข่มขืน กระทำซ้ำเรา เป็นต้น ความรับผิดฐานสมคบย่อมไม่เกิดขึ้น เนื่องจากความผิดในฐานดังกล่าวกฎหมายมิได้บัญญัติให้การสมคบกันเพื่อกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิดแต่อย่างใด ซึ่งเป็นไปตามหลักความรับผิดทางอาญา กล่าวคือ หลัก“ไม่มีกฎหมาย ไม่มีโทษ” (Nulla poena, sine lege : no punishment without law) จึงมีผลทำให้ในปัจจุบันการนำหลักความรับผิดฐานสมคบมาบังคับใช้ไม่มีความแพร่หลาย เนื่องจากมีลักษณะเป็นการกระทำความผิดอาญาฐานใดฐานหนึ่งเป็นการเฉพาะกรณีๆ ไป ดังนั้นหากมีการบัญญัติให้การล่อลวงทางเพศเด็กและเยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือเป็นความผิดอาญาในกรณีที่เป็นการสมคบกันเพื่อล่อลวงเด็กและเยาวชนอย่างเป็นทางการ ผู้สมคบย่อมไม่มีความผิดฐานสมคบ เนื่องจากหลักความรับผิดฐานสมคบมิได้มีการบัญญัติให้นำมาใช้ในกรณีความผิดทั่วไป จึงจำเป็นต้องใช้หลักทั่วไปในการลงโทษผู้สมคบ นั่นคือ หลักตัวการ ผู้ใช้ ผู้สนับสนุน แต่อย่างไรก็ตามการสมคบกันกระทำความผิดมักจะเป็นการกระทำที่มีลักษณะซับซ้อน ปกปิดวิธีการ มีบุคคลหลายคนเข้าร่วมกระทำความผิด อีกทั้งการล่อลวงเด็กและเยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ ซึ่งโดยลักษณะเฉพาะตัวของอินเทอร์เน็ตที่สามารถปกปิดตัวตนที่แท้จริงได้และเป็นมอมมืดที่ไม่สามารถมองเห็นได้ ย่อมจะทำให้การสมคบกันมีลักษณะซับซ้อน สามารถปกปิดการกระทำได้อย่างง่ายดายมากยิ่งขึ้น และก็เป็นที่ยากยิ่งขึ้นที่จะโยงไปถึงตัวบุคคลที่สมคบด้วย การที่จะนำเรื่องของตัวการ ผู้ใช้ ผู้สนับสนุน ตามประมวลกฎหมายอาญาตามมาตรา 83 84 และ 86 มาปรับใช้จึงเป็นเรื่องที่ยากลำบาก เนื่องจากในการแสวงหาพยานหลักฐานนั้นเป็นไปได้ยาก การพิสูจน์ความรับผิดของผู้สมคบย่อมยากตามไปด้วย

บทที่ 4

วิเคราะห์เปรียบเทียบสภาพปัญหาและประเด็นกฎหมายในส่วนกฎหมายวิธีสบัญญัติ เกี่ยวกับการล่อลวงเด็กและเยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสาร ทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ

4.1 เขตอำนาจศาล

เนื่องจากอาชญากรรมที่เกิดโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือนั้นเป็นอาชญากรรมที่มีลักษณะไร้พรมแดนซึ่งอาจเกี่ยวพันหลายประเทศ ผู้กระทำความผิด ผู้เสียหาย หรือสถานที่เกิดเหตุไม่จำเป็นต้องอยู่ในประเทศเดียวกัน ทำให้เกิดปัญหาว่าความผิดนั้นเกิดขึ้นในประเทศใด ประเทศใดมีอำนาจในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด ศาลของประเทศใดที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี

ในปัจจุบันบุคคลในประเทศ A อาจก่ออาชญากรรมต่อเหยื่อซึ่งอยู่ในประเทศ B โดยที่ผู้กระทำความผิดไม่ต้องออกจากประเทศ A เลย ซึ่งนี่เองทำให้การใช้เพียงหลักดินแดนในการกำหนดเขตอำนาจศาลนั้นไม่เพียงพอและมีปัญหา อันจะเห็นได้จากกรณีของไวรัส 'Love Bug' ซึ่งในการดำเนินคดีกับ Onel de Guzman ผู้สร้างไวรัสซึ่งเป็นคนฟิลิปปินส์นั้นมีปัญหา เนื่องจากในขณะนั้นประเทศฟิลิปปินส์ไม่ได้บัญญัติให้การแพร่กระจายไวรัสเป็นความผิดอาญา จึงไม่สามารถฟ้องร้อง de Guzman ได้ จะเห็นได้ว่ากรณีนี้ใช้หลักดินแดน (Territorial Principle) ซึ่งหากคนที่ถือสัญชาติรัฐ A ถูกดำเนินคดีโดยรัฐ B เนื่องจากการกระทำที่ได้กระทำลงในรัฐ A แต่การกระทำดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายของรัฐ A แต่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐ B ย่อมเป็นการละเมิดเขตอำนาจอธิปไตยของรัฐ A

การพิจารณาเขตอำนาจศาลในคดีอาชญากรรมทางอินเทอร์เน็ตที่มักจะนำมาปรับใช้ คือ หลักดินแดน (Territorial Principle) และหลักบุคคล (Nationality Principle)

หลักดินแดน (Territorial Principle)

จุดเกาะเกี่ยวที่นำมาใช้พิจารณาในการใช้หลักดินแดน มีดังนี้

4.1.1 สถานที่ที่เกิดการกระทำ (Location of acts)

Cybercrime Convention ใช้สถานที่ที่เกิดการกระทำความผิดเป็นอันดับแรกในการก่อตั้งเขตอำนาจรัฐ โดยบัญญัติว่ารัฐภาคีต้องก่อตั้งเขตอำนาจรัฐหากมีการกระทำความผิดตามที่บัญญัติไว้ใน Article 2 ถึง 11 เมื่อความผิดดังกล่าวได้กระทำลงในดินแดนของรัฐ

ปัจจุบันแต่ละรัฐมีแนวทางที่แตกต่างกันในการกำหนดว่า เมื่อใดที่การกระทำความผิดได้เกิดขึ้นในเขตดินแดนของตน เช่น สหรัฐอเมริกา ใน Computer Crime Legislation ของ Arkansas บัญญัติว่า “บุคคลต้องถูกดำเนินคดี เมื่อการกระทำที่เป็นความผิดได้กระทำลงไม่ว่าการเผยแพร่จะเริ่มต้นขึ้นในรัฐนี้หรือได้รับการเผยแพร่ในรัฐนี้ก็ตาม”¹ เช่นเดียวกัน North Carolina ก็บัญญัติใน Computer Crime Legislation ว่า “การกระทำความผิดโดยใช้ การสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ถือ่าที่เริ่มต้นส่งหรือได้รับเป็นที่แรกเป็นที่ที่เกิดการกระทำความผิดเกิด”² หรือใน Connecticut Criminal Crimes Code บัญญัติว่า “การกระทำใดที่กฎหมาย ฉบับนี้บัญญัติไว้เป็นความผิดได้กระทำลงในประเทศ หรือหากระบบคอมพิวเตอร์หรือมีบางส่วนของ การกระทำที่เป็นการละเมิดกฎหมายฉบับนี้อยู่ในประเทศรัฐถือว่าการกระทำความผิดเกิดขึ้นในรัฐ”³

รัฐที่บัญญัติเขตอำนาจศาลกว้างที่สุดในสหรัฐอเมริกา คือ West Virginia โดย Computer Crimes and Abuse Act บัญญัติขยายไปถึงการกระทำความผิดต่อเครือข่ายคอมพิวเตอร์ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ ซอฟต์แวร์ หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เพียงแค่ใช้รัฐเป็นทางผ่านในการส่งถ่ายข้อมูล ถือว่าเป็นการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นภายในรัฐแล้ว⁴

จะเห็นได้ว่า เมื่อเป็นอาชญากรรมทางอินเทอร์เน็ต การระบุหรือชี้ชัดว่าการกระทำความผิดเกิดขึ้นที่ใดนั้นสามารถทำได้ยาก ซึ่งเห็นได้จากการสร้างเว็บไซต์ซึ่งมีเนื้อหาสาระที่เป็นการละเมิดต่อกฎหมาย เช่น ภาพเด็กลามกอนาจาร อาจถือได้ว่าการกระทำผิดเกิดขึ้นที่มีการอัปโหลดข้อมูล แต่อย่างไรก็ตามการอัปโหลดดังกล่าวก็อาจครอบคลุมพื้นที่

¹ Ark. Code Ann. § 5-27-606 (2003).

² N.C. Gen. Stat. § 14-453.2 (2002).

³ Conn. Gen. Stat. Ann. § 53a-261 (2004).

⁴ W. Va. Code Ann. § 61-3C-20 (2004).

หลายประเทศ เช่น อัฟโหลดในประเทศ A ในขณะที่เซิร์ฟเวอร์ที่เก็บข้อมูลอยู่ในประเทศ B ดังนั้นการกระทำจึงเริ่มต้นที่ประเทศ A และ สิ้นสุดที่ประเทศ B แต่ก็อาจถือได้ว่าประเทศที่เป็นทางผ่านของข้อมูลเป็นที่ที่การกระทำเกิดขึ้นได้เช่นกัน

นอกจากนี้ยังมีการโต้แย้งกันว่าควรจะต้องถือว่าทุกที่ที่สามารถดูหรือรับเนื้อหาสาระดังกล่าวได้เป็นที่ที่การกระทำมีความผิดเกิดขึ้น ทั้งๆ ที่การอ้างเช่นนี้น่าจะเป็นการอ้างในกรณีที่ใช้ปัจจัยสถานที่ที่เกิดผลกระทบในการพิจารณามากกว่า แต่อย่างไรก็ตาม ประเทศที่ไม่ได้ใช้สถานที่ที่เกิดผลกระทบในการกำหนดเขตอำนาจศาล ก็อาจอ้างได้ว่าการกระทำซึ่งเป็นการแพร่หลายภาพเด็กลามกอนาจารเกิดขึ้นในประเทศ เมื่อมีการรับภาพดังกล่าวในประเทศในการกำหนดเขตอำนาจศาล

4.1.2 สถานที่ตั้งคอมพิวเตอร์ (Location of computers)

จากที่กล่าวมาข้างต้น รัฐ Connecticut อ้างเขตอำนาจศาลจากสถานที่ที่ตั้งคอมพิวเตอร์ที่กระทำความผิด เช่นเดียวกับประเทศสิงคโปร์และมาเลเซียที่อ้างเขตอำนาจศาลเหนืออาชญากรรมทางอินเทอร์เน็ตเมื่อคอมพิวเตอร์ โปรแกรม หรือข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดอยู่ในประเทศสิงคโปร์⁵ หรือมาเลเซีย⁶ ในขณะที่การกระทำความผิดเกิดขึ้น แต่ประเทศมาเลเซียมีขอบเขตที่กว้างกว่าสิงคโปร์

นอกจากนี้ ในกรณีที่มีการใช้ดาวเทียมเพื่อกระทำความผิดอาญาเกี่ยวกับการติดต่อสื่อสาร บางรัฐมีใช้สถานที่ตั้งสถานีภาคพื้นดินในการก่อตั้งเขตอำนาจศาล โดยเมื่อดาวเทียมโคจรรอบโลก สถานที่ที่ถือว่าเป็นที่ตั้งของดาวเทียมคือ สถานีภาคพื้นดิน ซึ่งถือได้ว่าภาคพื้นดินนี้เป็นคอมพิวเตอร์ชนิดหนึ่ง นอกจากสถานที่ตั้งแล้ว สัญชาติของดาวเทียมก็เป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่รัฐใช้ในการก่อตั้งเขตอำนาจศาลเช่นกัน

4.1.3 สถานที่ที่บุคคลอยู่ (Location of persons)

⁵ Art. 11(3) Singapore Computer Misuse Act (1993)

⁶ Art. 9(2) Malaysia Computer Crimes Act (1997)

สถานที่ที่เหยื่ออยู่

ในบางกรณีสถานที่ที่บุคคลอยู่ก็นำมาใช้ในการก่อตั้งเขตอำนาจศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เหยื่ออยู่ในอาณาเขต แต่เดิมสถานที่ที่เหยื่ออยู่นั้นถูกมองว่าเป็นอย่างเดียวกับสถานที่ที่การกระทำเกิด เนื่องจากอาชญากรรมต่อร่างกายนั้น อาชญากรรมจะเกิดขึ้นในที่เดียวกับที่เหยื่ออยู่ แต่เมื่อเป็นอาชญากรรมทางอินเทอร์เน็ต การกระทำและเหยื่ออาจอยู่คนละที่กัน

การใช้สถานที่ที่บุคคลอยู่ก่อตั้งเขตอำนาจศาลอาจก่อให้เกิดปัญหา โดยเฉพาะอย่างยิ่งอาชญากรรมเกี่ยวกับเนื้อหาสาระ เช่น ข้อความที่โจมตีและก่อให้เกิดความเกลียดชังต่อชาวยิว ชาวยิวทุกคนย่อมมีสถานะเป็นเหยื่อ ซึ่งหมายความว่าทุกประเทศที่มีชาวยิวอาศัยอยู่ย่อมมีเขตอำนาจศาลในคดีนี้ ซึ่งก่อให้เกิดข้อโต้แย้งว่ามีความเหมาะสมหรือไม่ หรือในกรณีภาพเสมือนเด็กกลามกอนาจาร ซึ่งเกิดจากการใช้เทคโนโลยีในการสร้างขึ้น โดยไม่มีเด็กจริงๆ ตกเป็นเหยื่อ ภาพเสมือนเด็กกลามกอนาจารถูกบัญญัติให้เป็นความผิดทางอาญาเนื่องจากมีผลเป็นการกระตุ้นความต้องการทางเพศของผู้กระทำความผิด มีผลทำให้เด็กทุกคนย่อมมีสถานะเป็นเหยื่อ ซึ่งหมายความว่าประเทศ A ที่บัญญัติให้ภาพเสมือนเด็กกลามกอนาจารเป็นความผิดทางอาญา สามารถอ้างเขตอำนาจศาลเหนือการกระทำที่เป็นการผลิตภาพลามกอนาจารเด็กซึ่งอยู่ในประเทศ B ได้ โดยอ้างว่าภาพเสมือนเด็กกลามกอนาจารดังกล่าวกระตุ้นให้มีการละเมิดต่อเด็กในประเทศ A ซึ่งก่อให้เกิดข้อโต้แย้งว่ามีความเหมาะสมหรือไม่เช่นกัน ในกรณีนี้หากประเทศ A สามารถแสดงพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ได้ว่าภาพเสมือนเด็กกลามกอนาจารที่ผลิตในประเทศ B เป็นสาเหตุที่ก่อให้เกิดอาชญากรรมต่อพลเมืองในประเทศและเกิดในอาณาเขตประเทศ A ก็ย่อมทำให้ประเทศ A มีเหตุที่จะอ้างเขตอำนาจศาลเหนือการกระทำดังกล่าวได้ แต่หากประเทศ A ไม่สามารถแสดงให้เห็นได้ ก็ย่อมไม่มีเหตุที่จะอ้างเขตอำนาจศาลเหนือการกระทำดังกล่าวได้

สถานที่ที่ผู้กระทำความผิดอยู่

ในบางคดี มีการใช้สถานที่ที่ผู้กระทำความผิดอยู่อ้างเขตอำนาจศาล กล่าวคือ เมื่อผู้กระทำความผิดกระทำความผิดในประเทศ B และหนีมาอยู่ประเทศ A แต่ผู้กระทำความผิดดังกล่าวไม่ได้มีสัญชาติ A และประเทศ A ไม่ส่งตัวผู้กระทำความผิดให้แก่ประเทศ B ด้วยเหตุผล

บางประการ เช่นต่อต้านโทษประหารชีวิตที่ผู้กระทำความผิดอาจได้รับที่ประเทศ B สถานที่ที่ผู้กระทำความผิดอยู่นี้เป็นปัจจัยที่เพิ่มเติมขึ้นมาใน Cybercrime Convention⁷ และเป็นหลักพื้นฐานในประเทศ Germany⁸

อีกทั้งในคดีภาพเด็กลามกอนาจาร หลายประเทศอ้างเขตอำนาจศาลเหนือชาวต่างชาติที่กระทำความผิดนอกอาณาเขตรัฐ หากบุคคลดังกล่าวอาศัยอยู่ในประเทศดังกล่าว แม้ว่าบุคคลนั้นจะเข้ามาอาศัยอยู่หลังจากที่กระทำความผิดแล้วก็ตาม

4.1.4 สถานที่ที่เกิดผลกระทบ (Location of effect)

หลายประเทศใช้สถานที่ที่เกิดผลกระทบในการอ้างเขตอำนาจศาลเหนือการกระทำที่อยู่นอกเหนือเขตอำนาจของรัฐ แต่การกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบที่เป็นอันตรายภายในเขตอำนาจรัฐจนเป็นเรื่องธรรมดา เช่น Michigan บัญญัติให้รัฐสามารถดำเนินคดีกับบุคคลใดๆ ที่กระทำความผิดนอกอาณาเขตรัฐ ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบที่เป็นอันตรายอย่างมีนัยสำคัญภายในรัฐ นอกจากนี้ Federal Computer Crimes Provision ยังอนุญาตให้รัฐบาลอ้างเขตอำนาจศาลเหนือการกระทำที่มีความผิดที่มีผลกระทบกระเทือนต่อการค้าและการติดต่อสื่อสารทั้งภายในและภายนอกสหรัฐอเมริกา⁹ เช่นเดียวกับ Tasmania ที่รัฐสามารถอ้างเขตอำนาจศาลเหนืออาชญากรรมทางอินเทอร์เน็ตได้หากอาชญากรรมดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบที่เป็นอันตรายอย่างมีนัยสำคัญใน Tasmania ไม่ว่าจะกระทำนั้นจะได้ทำนอกอาณาเขต Tasmania ทั้งหมดหรือมีการกระทำบางส่วนภายใน Tasmania ก็ตาม¹⁰

4.1.5 สถานที่ที่เกี่ยวข้องกับสิ่งใดๆ ก็ตาม (Location of anything)

⁷ รัฐภาคีต้องใช้มาตรการเท่าที่จำเป็นเพื่อต่อต้านเขตอำนาจเหนือความผิดที่บัญญัติใน Article 24 ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดปรากฏตัวในอาณาเขตรัฐและไม่มีคำสั่งส่งบุคคลดังกล่าวแก่ประเทศที่บุคคลดังกล่าวถือสัญชาติ หลังจากที่มีการร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนแล้ว (Art. 22(3) Convention on Cybercrime)

⁸ เมื่อมีการกระทำความผิดในต่างประเทศโดยชาวต่างชาติซึ่งอยู่ในประเทศ Germany หากไม่มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดน (แต่เป็นคดีที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้) โดยประเทศที่เกิดการกระทำสามารถลงโทษการกระทำดังกล่าวได้หรือความผิดดังกล่าวไม่อยู่ในเขตอำนาจของรัฐที่เกิดการกระทำความผิดเกิด (§ 7(2)(2) Strafgesetzbuch(German CC))

⁹ 18 U.S. Code § 1030

¹⁰ Art. 257F(2)(b) Tasmania Criminal Code Act 1924

นอกจากสถานที่ที่เกิดการกระทำผิด ที่ตั้งคอมพิวเตอร์ ที่บุคคลอยู่ หรือที่เกิดผลกระทบแล้ว ยังมีจุดเกาะเกี่ยวอื่นที่รัฐใช้ในการอ้างเขตอำนาจศาลเหนือการกระทำผิด เช่น การที่รัฐเป็นทางผ่านของข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิด การที่คอมพิวเตอร์ในรัฐสามารถเชื่อมต่อกับข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิดได้ เป็นต้น ดังนี้

West Virginia ได้บัญญัติเขตอำนาจศาลไว้อย่างกว้างขวางใน Computer Crimes Code ซึ่งบัญญัติว่ารัฐสามารถอ้างเขตอำนาจศาลเหนือบุคคลที่ละเมิดบทบัญญัติ Computer Crimes Code หรือการกระทำผิดต่อเครือข่ายคอมพิวเตอร์ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ ซอฟต์แวร์ หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีการส่งถ่ายข้อมูลโดยใช้รัฐเป็นเส้นทางผ่าน

ประเทศสิงคโปร์และมาเลเซียก็กำหนดเขตอำนาจศาลในอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ไว้อย่างกว้างขวางเช่นเดียวกัน กล่าวคือ สำหรับประเทศสิงคโปร์ เพียงแค่ผู้กระทำความผิด คอมพิวเตอร์ โปรแกรม หรือข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำความผิดอยู่ในประเทศสิงคโปร์ในเวลาที่มีการกระทำความผิด ประเทศสิงคโปร์ก็มีเขตอำนาจศาลเหนือความผิดดังกล่าวแล้ว ซึ่งจากกรณีที่ข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำความผิดอยู่ในประเทศสิงคโปร์ในเวลาที่มีการกระทำความผิดสามารถเทียบได้กับที่บัญญัติไว้ใน West Virginia ในกรณีที่มีการส่งถ่ายข้อมูลโดยใช้รัฐเป็นเส้นทางผ่าน¹¹

สำหรับประเทศมาเลเซีย การที่โปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดสามารถถูกนำมาใช้ได้โดยคอมพิวเตอร์ในมาเลเซียหรือคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในระบบเครือข่ายทั่วโลก ประเทศมาเลเซียก็สามารถอ้างเขตอำนาจศาลเหนือการกระทำความผิดนั้นได้ ซึ่งโดยปกติอาชญากรรมทางอินเทอร์เน็ตแทบทุกประเภทสามารถเชื่อมโยงผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ตของมาเลเซียแทบทั้งสิ้นไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อมก็ตาม¹² การบัญญัติในลักษณะนี้มีผลทำให้มาเลเซียมีขอบเขตอำนาจศาลที่กว้างขวางอย่างมาก

หลักบุคคล (Nationality Principle)

¹¹ Art. 11 Singapore Computer Misuse Act

¹² Art. 9 Malaysia Computer Crimes Act

หลักบุคคล (Nationality Principle) คือ รัฐมีเขตอำนาจรัฐเหนือบุคคลที่มีสัญชาติของรัฐนั้น แม้อยู่นอกดินแดนของรัฐ ตามหลักการนี้ คนสัญชาติของรัฐใดๆ ไม่ว่าจะไปอยู่ ณ ที่ใด ย่อมยังอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐที่ตนมีสัญชาติ ดังนั้นรัฐนั้นย่อมมีเขตอำนาจศาลเหนือบุคคลนั้นด้วย กล่าวคือมีอำนาจในการบังคับการตามกฎหมาย รวมทั้งการให้ความคุ้มครองด้วย

กรณีอำนาจในการบังคับกับคนของรัฐนั้น กฎหมายอาญาของรัฐโดยอ้อมใช้บังคับกับบุคคลที่ถือสัญชาติของรัฐที่กระทำความผิดทั้งในและนอกราชอาณาจักรของรัฐนั้นๆ ไม่ว่าจะผู้เสียหายจะเป็นคนสัญชาติใดก็ตาม กรณีนี้ถือสัญชาติของผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญ

กรณีการให้ความคุ้มครองคนของรัฐนั้น กฎหมายอาญาของรัฐโดยอ้อมใช้คุ้มครองบุคคลที่ถือสัญชาติของรัฐนั้นที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิด ไม่ว่าจะในหรือนอกอาณาเขตของรัฐนั้น ไม่ว่าจะผู้กระทำความผิดจะเป็นบุคคลสัญชาติใดก็ตาม หลักนี้ถือสัญชาติของผู้เสียหายเป็นสำคัญ ผู้กระทำความผิดจะถูกดำเนินคดีโดยกฎหมายแห่งรัฐที่ผู้เสียหายมีสัญชาติ

สำหรับประเทศไทย หลักดินแดน (Territorial Principle) ได้มีการบัญญัติไว้ใน มาตรา 4 และมาตรา 5 ดังนี้

มาตรา 4 ผู้ใดกระทำความผิดในราชอาณาจักร ต้องรับโทษตามกฎหมาย

การกระทำความผิดในเรือไทยหรืออากาศยานไทย ไม่ว่าจะอยู่ ณ ที่ใด ให้ถือว่ากระทำความผิดในราชอาณาจักร

มาตรา 5 ความผิดใดที่การกระทำ แม้แต่ส่วนหนึ่งส่วนใดได้กระทำในราชอาณาจักรก็ดี ผลแห่งการกระทำเกิดในราชอาณาจักรโดยผู้กระทำประสงค์ให้ผลนั้นเกิดในราชอาณาจักร หรือโดยลักษณะแห่งการกระทำ ผลที่เกิดขึ้นควรเกิดในราชอาณาจักรหรือย่อมจะสังเกตเห็นได้ว่า ผลนั้นจะเกิดในราชอาณาจักรก็ดี ให้ถือว่าความผิดนั้นได้กระทำในราชอาณาจักร

ในกรณีการเตรียมการ หรือพยายามกระทำการใดซึ่งกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด แม้การกระทำนั้นจะได้กระทำนอกราชอาณาจักร ถ้าหากการกระทำนั้นจะได้

กระทำตลอดไปจนถึงขั้นความผิดสำเร็จ ผลจะเกิดขึ้นในราชอาณาจักร ให้ถือว่า การเตรียมการหรือพยายามกระทำผิดนั้นได้กระทำในราชอาณาจักร

ในกรณีที่เป็นอาชญากรรมทางอินเทอร์เน็ตโดยทั้งผู้กระทำความผิดและเหยื่ออยู่ในประเทศไทยด้วยกันทั้งคู่ย่อมไม่มีปัญหาในเรื่องเขตอำนาจศาล ซึ่งก็เป็นไปตามมาตรา 4 แต่สำหรับอาชญากรรมทางอินเทอร์เน็ตที่ได้กล่าวมาแล้วว่า เป็นอาชญากรรมไร้พรมแดนซึ่งอาจเกี่ยวพันหลายประเทศ เนื่องจากผู้กระทำความผิด ผู้เสียหาย สถานที่ที่เกิดการกระทำความผิด และสถานที่ที่เกิดผลไม่จำเป็นต้องเป็นที่เดียวกัน ทำให้เกิดปัญหาว่าศาลใดจะมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าสำหรับกรณีการล่อลวงเด็กโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ นั้นไม่ว่าจะเป็นการล่อลวงผ่านทางห้องแชท อี-เมลล์ หรือโทรศัพท์เคลื่อนที่ โดยผู้กระทำความผิดอยู่ต่างประเทศและใช้เซิร์ฟเวอร์จากต่างประเทศ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าเหยื่อได้รับข้อความในประเทศไทย และเหยื่อยอมกระทำตามที่ผู้กระทำความผิดร้องขอ ไม่ว่าจะเป็นการยอมที่นัดพบกัน เปิดเผยของสงวน เช่น หน้าอก อวัยวะเพศ เป็นต้น หรือยอมสำเร็จความใคร่ผ่านเว็บแคมให้ผู้กระทำความผิดดู กรณีดังกล่าวนี้ น่าจะถือได้ว่ามี การกระทำความผิดซึ่งผลแห่งการกระทำเกิดขึ้นในราชอาณาจักร หรือโดยลักษณะแห่งการกระทำผลที่เกิดขึ้นนั้นควรเกิดในราชอาณาจักร หรือยอมจะสังเกตเห็นได้ว่าผลนั้นจะเกิดในราชอาณาจักร ซึ่งตามมาตรา 5 ให้ถือว่า การกระทำความผิดนั้นได้เกิดขึ้นในราชอาณาจักร ที่ศาลไทยมีอำนาจลงโทษพวกล่อลวงเด็กเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศโดยมิชอบได้ ดังเช่นตามแนวคำพิพากษาของศาลต่างประเทศได้วินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐาน ดังนี้¹³

ในคดี Telco Communications v An Apple a Day (Civ. Act. No. 97 – 552 – A (E.D.Va.1997)) ศาลมลรัฐ Virginia วินิจฉัยว่า การที่จำเลยลงประกาศโฆษณาทางอินเทอร์เน็ตจนทำให้ราคาหุ้นของโจทก์ตกลงได้รับความเสียหาย แม้ว่าตัวจำเลยจะอยู่นอกมลรัฐ Virginia แต่จำเลยก็รู้ว่าข้อความที่ตนเองประกาศโฆษณานั้นจะสามารถทำให้โจทก์ผู้อาศัยอยู่ในมลรัฐ Virginia ได้รับความเสียหายได้ ด้วยเหตุดังกล่าวก็เป็นการเพียงพอแล้วที่ศาลมลรัฐ Virginia จะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาเอาจำเลยในคดีนี้ และการใช้บริการอินเทอร์เน็ตสามารถทำได้ 24 ชั่วโมงต่อวัน 7 วันต่อสัปดาห์ เป็นการกระทำที่เป็นปกติธุระเพียงพอที่จะก่อความเสียหายแก่โจทก์ได้ และนอกจากนี้ศาลยังกล่าวเพิ่มเติมอีกว่า หากไม่มีผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต

¹³ ผาสุก เกียรติเจริญ, “เขตอำนาจศาลเหนือข้อพิพาททางอินเทอร์เน็ต”, บทบัณฑิตย, 58 (มิถุนายน 2545): 30-31.

(Internet Provider) และไม่มีผู้ใช้บริการในอินเทอร์เน็ต (users) ใน Virginia ก็ไม่มีทางที่จะกล่าวอ้างได้ว่าการกระทำละเมิดเกิดขึ้นในมลรัฐ Virginia จึงทำให้เห็นได้ว่าการที่จำเลยประกาศข้อความลงในอินเทอร์เน็ต และมีผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตในมลรัฐ Virginia เปิดดูข้อความดังกล่าวได้ตลอดเวลา อีกทั้งจำเลยรู้ดีว่าข้อความที่ตนประกาศจะต้องมีผู้อยู่ในมลรัฐ Virginia รู้ข้อความและจะทำให้เกิดความเสียหายต่อหุ้นของโจทก์ในมลรัฐ Virginia ได้ จึงเป็นการเพียงพอว่าเหตุอันเกิดในมลรัฐ Virginia และจำเลยเองก็พยายามพาตัวเองเข้าไปอยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลมลรัฐ Virginia ศาลมลรัฐ Virginia จึงมีอำนาจพิจารณาพิพากษาเอากับจำเลยได้

ในคดี LG Berlin , 970193/96 (Nov. 20, 1996), affd, KG, 5U659/97 (March 25, 1997) ศาลของประเทศ Germany ตัดสินว่า จำเลยที่มีภูมิลำเนาอยู่ที่เมืองแคนซัส อาจถูกดำเนินคดีในศาลเยอรมันได้ เพราะ domain name ของจำเลยสามารถปรากฏที่ภูมิลำเนาของโจทก์ในประเทศ Germany

ในคดี Macquaries Bank v Berg (1991) NSW SC 526 เป็นเรื่องเกี่ยวกับจำเลยเคยทำงานกับธนาคารโจทก์ในประเทศ Australia และต่อมาถูกเลิกจ้าง จำเลยได้ย้ายภูมิลำเนาไปพำนักอยู่ในสหรัฐอเมริกา แต่ลงข้อความหมิ่นประมาทโจทก์ทางอินเทอร์เน็ต ซึ่งศาลในประเทศ Australia ตัดสินว่า ศาลสามารถห้ามการกระทำของจำเลยที่จะเกิดขึ้นในราชอาณาจักร หรือคาดหมายว่าจะเกิดขึ้นในราชอาณาจักรได้ อย่างไรก็ตาม หมายศาลที่สั่งห้ามมิให้กระทำการนี้จะมีผลต่อเมื่อจำเลยได้เข้ามายังประเทศออสเตรเลีย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในมลรัฐนิวเซาท์เวลส์แล้วเท่านั้น

ในคดี Gutnick v Dow Jones ซึ่งเป็นคดีหมิ่นประมาททางอินเทอร์เน็ต โดยนาย Gutnick เป็นโจทก์ที่ฟ้องบริษัท Dow Jones ซึ่งอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวหาว่าเมื่อวันที่ 28 ตุลาคม 2543 ได้ตีพิมพ์ข้อความหมิ่นประมาทตนผ่านทางอินเทอร์เน็ต ในคดีนี้มีประเด็นเรื่องเขตอำนาจศาลโดยนาย Gutnick เลือกที่จะฟ้องยังศาลในประเทศออสเตรเลีย และศาลสูงได้มีคำตัดสินยอมรับว่าโจทก์ถูกหมิ่นประมาทในประเทศออสเตรเลีย โดยไม่คำนึงว่าตัวจำเลยจะอยู่ที่ใด

จากตัวอย่างคดีและหลักการของศาลในต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นประเทศเยอรมนี สหรัฐอเมริกา และออสเตรเลียดังกล่าว จะเห็นได้ว่าในกรณีที่มีข้อพิพาทหรือการกระทำความผิดบนอินเทอร์เน็ตศาลจะใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีตามหลักดินแดน (Territorial Principle) โดยถือสถานที่ที่เกิดการกระทำความผิดเป็นสำคัญ หากมีการกระทำความผิดส่วนหนึ่งส่วนใดเกิดขึ้นในรัฐนั้น ไม่ว่าจะผู้กระทำความผิดหรือผู้เสียหายจะมีสัญชาติใด ศาลก็ใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีตัดสินคดีได้

4.2 การแสวงหาข้อมูลหรือพยานหลักฐานในการกระทำความผิด

เมื่อมีการกระทำความผิดอันเป็นอาชญากรรมทางอินเทอร์เน็ตเกิดขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการล่อลวงทางเพศเด็กและเยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือระบบการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือมักจะเป็นการกระทำอย่างลับๆ และมีการปกปิดการที่จะเริ่มต้นกระบวนการดำเนินคดีอาญาจึงเป็นไปได้ยาก เนื่องจากเหยื่อมักจะไม่บอกบุคคลอื่นเกี่ยวกับเรื่องที่เกิดขึ้น เนื่องจากกลัว อับอายหรือถูกคุกคามจากคู่สนทนาที่มีเจตนาจะล่อลวงทางเพศ แต่อย่างไรก็ตาม พ่อแม่หรือผู้ปกครองที่พบเห็นการกระทำอันเป็นการล่อลวงทางเพศต่อเด็ก หรือแม้แต่ตัวเด็กเองที่รู้สึกว่าคุณสนทนามีการกระทำที่สื่อให้เห็นว่ามีเจตนาล่อลวงตนไปในทางเพศ ก็อาจเป็นผู้ร้องทุกข์ต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจได้

อุปสรรคความยากในการเริ่มต้นคดีอาญาในเรื่องดังกล่าว ในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาแก้ปัญหาโดยการติดตั้งปุ่มขอความช่วยเหลือในห้องแชทหรือในโปรแกรม Instant Messenger เช่น MSN Messenger ให้แก่ผู้เข้ารับบริการ หากผู้ใช้รายใดพบเห็นสถานการณ์ที่สื่อว่าจะเป็นอันตรายต่อตนเองหรือผู้อื่น ซึ่งรวมถึงการกระทำอันเป็นการล่อลวงเด็กและเยาวชนไปในทางเพศด้วย ในกรณีที่มีการรายงานเหตุการณ์ดังกล่าวก็จะทำให้ผู้ให้บริการทราบถึงชื่อและประวัติของบุคคลดังกล่าว และผู้ได้รับการรายงานก็จะส่งเรื่องต่อไปยังเจ้าหน้าที่ตำรวจ เพื่อดำเนินคดีกับบุคคลดังกล่าวต่อไป ซึ่งมีผลทำให้การเริ่มต้นคดีเป็นไปอย่างทันท่วงทีสามารถสืบหาตัวผู้กระทำความผิดและสถานที่ที่บุคคลดังกล่าวอยู่ได้ทันที การดำเนินคดีจึงเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งต่างจากในประเทศไทยที่ไม่มีการช่วยเหลือเหยื่อในเบื้องต้น ทำให้การเริ่มต้นคดีเป็นไปได้ยาก

ในการติดต่อสื่อสารเพื่อล่อลวงเหยื่อไปในทางเพศ เหล่าอาชญากรมักจะทำอาศัยช่องทางสนทนาแบบเรียลไทม์หรือโปรแกรมสนทนา เช่น MSN Messenger หรือ Yahoo! Messenger เป็นต้น เพื่อหลีกเลี่ยงการถูกดักฟังหรือการถูกดักการสื่อสาร ดังนั้นในการสืบสวนจึงต้องอาศัยเจ้าหน้าที่ที่มีความรู้ความเข้าใจในเรื่องนี้เป็นอย่างดี มีความอดทน และมีความมุ่งมั่นในการสืบสวน

สำหรับในประเทศอังกฤษ ออสเตรเลีย และสหรัฐอเมริกา มักใช้การสืบสวนในทางลับ (Sting Operation หรือ Covert Investigation) โดยหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายจะมอบหมายให้เจ้าหน้าที่เข้าร่วมในห้องสนทนาเพื่อหากลุ่มเป้าหมายแล้วจึงทำการเข้าตรวจสอบและวิเคราะห์การสนทนานั้น และนำไปสู่การจับกุมและขยายผลต่อไป บางครั้งในการสืบสวนยังใช้วิธีการล่อให้คนเข้ามาติดต่อแล้วทำการจับกุม ซึ่งเจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติงานจะต้องมีความอดทนเป็นอย่างมาก นอกจากนี้การล่อลวงมักจะกระทำผ่านทางอี-เมล เนื่องจากผู้กระทำความผิดมีความเชื่อว่าเจ้าหน้าที่จะตรวจจับได้ยาก เพราะยากแก่การตรวจสอบ เนื่องจากโดยลักษณะของอี-เมลที่มีลักษณะเช่นเดียวกับการส่งข้อความทางไปรษณีย์ ซึ่งถือเป็นเรื่องส่วนตัวของเจ้าของอี-เมล แอดเดรส

สำหรับประเทศไทยควรมีการตั้งหน่วยงาน และมีเจ้าหน้าที่ทำหน้าที่ดูแลและตรวจสอบความปลอดภัยในห้องแชททรม โปรแกรม Instant messaging หรือโซเชียลเน็ตเวิร์ค โดยเฉพาะ โดยให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ดังกล่าวในการลาดตระเวนในห้องแชททรม และปลอมตัวเป็นเด็ก เพื่อตรวจสอบว่ามีบุคคลที่มีแนวโน้มที่จะพุดคุยไปในทางเพศกับเจ้าหน้าที่ที่ปลอมตัวเป็นเด็กหรือไม่ หรือมีการพุดคุยที่ล่อไปในทางล่อลวงเด็กไปในทางเพศหรือไม่ และมีพฤติกรรมที่ล่อไปในทางเป็นอันตรายต่อสังคมหรือไม่ ซึ่งหากมีการตรวจสอบและวิเคราะห์ห้บทสนทนาแล้วพบว่ามีความเสี่ยงที่จะกระทำการอันมีลักษณะยุยง ชักจูง ปลุกเร้า หรือบ่มเพาะให้เด็กมีการกระทำทางเพศ หรือนัดออกไปพบกัน ผู้ที่กระทำการดังกล่าวย่อมมีความผิดแล้ว แม้ว่าการกระทำทางเพศหรือการออกไปพบกันจะยังมิได้เกิดขึ้นก็ตาม แต่บุคคลนั้นมีความเสี่ยงที่จะกระทำการอันเป็นการยุยง ชักจูง ปลุกเร้า หรือบ่มเพาะให้เด็กมีการกระทำทางเพศ หรือนัดออกไปพบกัน ก็ถือว่าเป็นการกระทำความผิดได้สำเร็จแล้ว และหากมีการกระทำทางเพศหรือมีการนัดพบกันเกิดขึ้น ก็จะเป็นความผิดหลายกรรมและผิดกฎหมายหลายบท

การให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจปลอมตัวเป็นเด็กติดต่อบุคคลผู้กระทำความผิดเพื่อสืบสวนและแสวงหาพยานหลักฐานจากผู้กระทำความผิดนั้นเป็นการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจให้ปฏิบัติหน้าที่ในเชิงรุก ซึ่งก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการป้องกันมิให้เกิดการละเมิดทางเพศต่อเด็กเกิดขึ้นเช่นเดียวกับในกรณีคดียาเสพติดที่ให้เจ้าหน้าที่ตำรวจล่อซื้อยาเสพติดแต่อย่างไรก็ตามการจับกุมในข้อหาพยายามล่อลวงเด็กไปในทางเพศอาจไม่ประสบความสำเร็จเนื่องจากหลักกฎหมายว่าด้วยความผิดที่ไม่อาจเป็นไปได้ เพราะใน Sting Operation จะไม่มีเด็กที่เป็นผู้เสียหายจากการถูกล่อลวงไปในทางเพศ โดยมีขอบด้วยกฎหมายจริงๆ ดังนั้นในความเป็นจริงจำเลยจึงไม่สามารถก่ออาชญากรรมได้อย่างแท้จริง

การกระทำความผิดที่ไม่อาจเป็นไปได้ คือ มีข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่เป็นการขัดขวางการกระทำความผิด โดยการกระทำความผิดที่ไม่อาจเป็นไปได้สามารถแยกออกได้เป็น 2 ประเภท กล่าวคือ

- (1) การกระทำความผิดที่ไม่อาจเป็นไปได้โดยข้อเท็จจริง (Factual impossibility)
- (2) การกระทำความผิดที่ไม่อาจเป็นไปได้โดยข้อกฎหมาย (Legal impossibility)

การกระทำความผิดที่ไม่อาจเป็นไปได้โดยข้อเท็จจริง (Factual impossibility) นั้นมีการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้นแล้ว แต่มีข้อเท็จจริงบางประการที่ทำให้การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวไม่อาจสำเร็จได้ แต่ผู้กระทำการดังกล่าวจะไม่สามารถอ้างหลักการกระทำความผิดที่ไม่อาจเป็นไปได้ขึ้นเป็นข้อแก้ตัวได้ หากบุคคลดังกล่าวมีการกระทำต่างๆ ขึ้นเพื่อกระทำความผิด โดยเชื่อว่าการณ์ต่างๆ ที่เกิดขึ้นนั้นเป็นความจริงตามที่ตนเชื่อ

ส่วนการกระทำความผิดที่ไม่อาจเป็นไปได้โดยข้อกฎหมาย (Legal impossibility) นั้น มีการกระทำใดๆ เกิดขึ้น แต่การกระทำดังกล่าวนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ผิดกฎหมาย เนื่องจากการกระทำดังกล่าวไม่ครบองค์ประกอบความผิด แม้ว่าผู้กระทำจะเชื่อว่าสิ่งที่ตนกระทำลงนั้นเป็นการกระทำความผิดก็ตาม

ในกรณีที่จำเลยติดต่อพูดคุยกับเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ปลอมตัวเป็นเด็กในห้องประชุม ข้อต่อสู้การกระทำความผิดที่ไม่อาจเป็นไปได้ (Impossibility) จะเป็นการกระทำ ความผิดที่ไม่อาจเป็นไปได้โดยข้อเท็จจริง (Factual impossibility) เนื่องจากจำเลยเจตนาที่จะ เข้าร่วมการกระทำทางเพศที่มีขอบด้วยกฎหมาย แต่การกระทำดังกล่าวไม่อาจสำเร็จได้ เนื่องจาก มีข้อเท็จจริงที่จำเลยไม่รู้ คือ จำเลยติดต่อกับเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ปลอมตัวเป็นเด็ก การกระทำ ความผิดจึงไม่สำเร็จ การปฏิบัติหน้าที่ในทางลับ Sting operation เปรียบได้กับการที่จำเลย พยายามควานหาเงินในกระเป๋าที่ว่างเปล่า ดังนั้น การกระทำความผิดที่ไม่อาจเป็นไปได้ โดยข้อกฎหมายจึงไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้ เพราะแม้ว่าจำเลยจะไม่อาจกระทำในทางเพศกับ เด็กได้ แต่จำเลยก็มีเจตนาที่จะมีส่วนร่วมเกี่ยวข้องในการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

จำเลยอาจอ้างการที่เจ้าหน้าที่ตำรวจปลอมตัวเป็นเด็กติดต่อพูดคุยกับจำเลย เพื่อสืบสวนและแสวงหาพยานหลักฐานจากจำเลยนั้น เป็นการวางกับดักจำเลยหรือ Entrapment เป็นข้อต่อสู้ นอกจาก Entrapment แล้ว จำเลยอาจอ้างข้อต่อสู้ว่า เจ้าหน้าที่ตำรวจกระทำการ อันเป็นการละเมิดศุภนิติกระบวนการ (Due process) หรือ Outrageous government conduct หรือ ดักฟังโดยละเมิดกฎหมาย Wiretapping เป็นข้อต่อสู้

4.2.1 Entrapment

Entrapment คือ การที่เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายจงใจผู้ใดผู้หนึ่งให้กระทำ ความผิดทางอาญา ไม่ว่าจะโดยการหลอกลวง การโน้มน้าว เพื่อหาเหตุที่จะตั้งข้อหาแก่บุคคล ดังกล่าว โดยวัตถุประสงค์ของหลัก Entrapment คือ เพื่อป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ตำรวจบังคับให้ ผู้หนึ่งผู้ใดกระทำการใดที่เป็นอันมิชอบด้วยกฎหมายโดยไม่สมควรใจ

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า Legal impossibility นั้นแตกต่างกับ Entrapment กล่าวคือ Legal impossibility จะเน้นไปที่การกระทำของจำเลยไม่ครบองค์ประกอบความผิด การกระทำ ดังกล่าวจึงไม่เป็นความผิด ในขณะที่ Entrapment เป็นการต่อสู้ว่าจำเลยไม่มีแนวโน้มที่จะกระทำ ความผิดตั้งแต่แรก

การยก Entrapment ขึ้นอ้าง จำเลยจะต้องพิสูจน์องค์ประกอบ 2 ประการ คือ

- (1) เจ้าหน้าที่ชักจูงให้กระทำความผิดอาญา
- (2) จำเลยไม่มีแนวโน้มที่จะเกี่ยวข้องกับการกระทำที่เป็นความผิดตั้งแต่แรก

จำเลยจะต้องพิสูจน์ให้ศาลเชื่อว่ามีเจ้าหน้าที่กระทำการอันทำให้เชื่อว่าจะมีความเสี่ยงอันตรายอย่างมีนัยสำคัญเกิดขึ้น ซึ่งมีผลทำให้จำเลยต้องกระทำความผิด โดยจำเลยต้องแสดงให้เห็นว่าจำเลยกระทำความผิดเพราะถูกหลอกลวงหรือโน้มน้าวโดยทุจริตและเจ้าหน้าที่จูงใจให้จำเลยเดินทางเข้าสู่เส้นทางแห่งความชั่วร้าย ซึ่งการจูงใจอาจอยู่ในรูปแบบการโน้มน้าว คุกคาม หลอกลวง ช่มชู้ ให้สัญญา หรือร้องขอ

หลักฐานที่แสดงว่าเจ้าหน้าที่ชักชวนหรือร้องขอให้จำเลยมีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิดเพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอที่จะอ้างว่าเจ้าหน้าที่กระทำการอันเป็นการชักจูงให้จำเลยกระทำความผิด เนื่องจากเพียงแค่ชักชวนหรือการสร้างโอกาสในการกระทำความผิดไม่เพียงพอที่จะพิสูจน์ข้ออ้าง Entrapment ได้ เพราะเป็นการยากที่จำเลยจะอ้างเพื่อยืนยันว่าตนถูกโน้มน้าวให้กระทำในสิ่งที่ผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่จำเลยแสดงให้เห็นถึงแนวโน้มในการกระทำความผิดของตน โดยการสานต่อบทสนทนาหลังจากที่ได้ทราบอายุของเด็กแล้ว ถึงแม้ว่าจำเลยจะสามารถพิสูจน์ได้ว่าตนถูกโน้มน้าวให้สนทนาโดยเจ้าหน้าที่ แต่ก็เป็นการยากที่จะปฏิเสธว่าผู้กระทำความผิดมีโอกาที่จะถอยจากบทสนทนาดังกล่าวได้ตลอดเวลา โดยการไม่ดำเนินการขั้นต่อไป ซึ่งเป็นขั้นที่มีนัยสำคัญโดยการเดินทางไปยังบ้านของเด็กเพื่อร่วมประเวณี

ในกรณีที่จำเลยสามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า เจ้าหน้าที่ตำรวจชักจูงให้กระทำความผิดได้แล้ว จำเลยก็ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นด้วยว่าจำเลยไม่มีจิตใจที่โน้มเอียงในการก่ออาชญากรรม (predisposition) ซึ่งเป็นองค์ประกอบหลักของข้ออ้าง Entrapment โดยแนวโน้มในการกระทำความผิดอาจดูได้จากประวัติการกระทำความผิดในอดีตของจำเลยควบคู่ไปกับปฏิกิริยาของจำเลยเมื่อได้รับการเสนอให้กระทำความผิด ซึ่งโดยมากจำเลยก็ไม่สามารถพิสูจน์ให้ศาลเชื่อจนพอใจได้ แม้ว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ปฏิบัติหน้าที่ใน Sting operation จะเป็นฝ่ายเริ่มเรื่องเพศในบทสนทนานอกก็ตาม แต่ในคดีที่เกิดขึ้นส่วนมากจำเลยทราบอายุของเหยื่อ ก็ยังคงสานต่อบทสนทนาในเรื่องเพศกับเหยื่อต่อไป ซึ่งการกระทำ

ดังกล่าวเป็นการแสดงให้เห็นถึงแนวโน้มใน การกระทำคามผิดของจำเลย ซึ่งการที่จำเลยรู้อายุของเหยื่อก็เป็นการเผยให้เห็นว่าจำเลยมีเจตนาที่จะกระทำกิจกรรมทางเพศกับเด็กแน่นอน และเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ปฏิบัติหน้าที่ใน Sting operation เพียงแต่สร้างโอกาสในการกระทำคามผิดให้พวกล่อลวงเด็กทำตามความต้องการของตนเองเท่านั้น

ในกรณีของผู้กระทำความผิดทางเพศซ้ำซากหรือในกรณีที่พบภาพลามกอนาจารเด็กในคอมพิวเตอร์ของจำเลย แนวโน้มในการกระทำคามผิดของจำเลยอาจพิจารณาจากประวัติความเบี่ยงเบนในทางเพศของจำเลยควบคู่ไปกับการตอบสนองต่อการซักจูงของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าจำเลยพร้อมและปรารถนาที่จะกระทำคามผิด และด้วยเหตุนี้เองการกระทำของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวจึงไม่เป็นการวางกับดักจำเลย

เจ้าหน้าที่ตำรวจต้องพยายามพิสูจน์จนปราศจากข้อสงสัยว่าการกระทำของตนไม่เป็นการยุยงหรือกระตุ้นให้จำเลยกระทำความผิด หากเจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ กระบวนการต่างๆ ก็จะจบลง เพราะเมื่อไม่มีการซักจูงโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจ การวางกับดัก (Entrapment) ก็ย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ แต่หากเจ้าหน้าที่ตำรวจไม่สามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ องค์ประกอบในเรื่องความโน้มเอียงในการกระทำคามผิดของจำเลยก็จะเป็นตัวแปรสำคัญ โดยเจ้าหน้าที่ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า การยุยงหรือการกระตุ้นดังกล่าวเป็นเพียงการให้ความสะดวกแก่จำเลยซึ่งพร้อมจะกระทำคามผิดอยู่แล้ว กระทำความผิดได้ง่ายขึ้น

4.2.2 *Outrageous government conduct*

Outrageous government conduct มีลักษณะเช่นเดียวกับ Entrapment แต่สิ่งที่แตกต่างกัน คือ Entrapment เน้นที่ความโน้มเอียงในการกระทำคามผิดของจำเลย ในขณะที่ Outrageous government conduct เน้นที่การกระทำของเจ้าหน้าที่เป็นหลัก

ในการพิจารณาข้อต่อสู้ Outrageous government conduct ศาลจะพิจารณาจาก 2 ปัจจัย คือ

- (1) เจ้าหน้าที่เป็นผู้ที่ทำให้อาชญากรรมเกิดขึ้น

(2) การชู้บังคับอย่างมีนัยสำคัญ

คดี *Marreel v State* จำเลยโต้แย้งว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจสายลับวางกับดักจำเลย โดยการปลอมตัวเป็นเด็กหญิงอายุ 15 ปี จำเลยอ้างว่าเด็กหญิงเป็นฝ่ายเริ่มการสนทนาและเป็นฝ่ายกระตุ้นให้เกิดสัมพันธ์ภาพให้เข้าไปในทางเพศและชักจูงให้จำเลยพูดคุยเกี่ยวกับการกระทำในทางเพศระหว่างจำเลยและเด็กหญิง ซึ่งศาลฎีกาตัดสินได้แย้งดังกล่าวเนื่องจากจำเลยเริ่มพูดคุยกับสายลับแม้ว่าสายลับจะบอกแก่จำเลยว่าเธออายุเพียง 15 ปี และจำเลยเลือกที่จะสานต่อความคิดที่จะนำเด็กหญิงเข้ามาเพื่อสร้างความสัมพันธ์ในทางเพศ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความโน้มเอียงของจำเลยในการกระทำความผิด (predisposition) และในการกระทำของจำเลยเจ้าหน้าที่ตำรวจเพียงแต่พยายามหาโอกาสเพื่อจับกุมจำเลยเท่านั้น ซึ่งในที่สุดศาลตัดสินว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจเป็นเพียงการสร้างโอกาสแก่จำเลยในการพยายามล่อลวงเด็กให้เข้าร่วมกระทำกิจกรรมทางเพศ โดยไม่มีการชู้บังคับโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจแต่อย่างใด

ในคดีที่เจ้าหน้าที่ตำรวจปลอมตัวเป็นเด็กหญิง Missy วัย 14 ปี ในห้องประชุม จำเลยอ้างว่าสายลับกระทำการอันเป็นการละเมิดสิทธิกระบวนการ (Due process) หรือ Outrageous government conduct ศาลตัดสินโดยเทียบเคียงกับคดีที่จำเลยชักชวนให้สายลับที่ปลอมตัวเป็นโสเภณีขายบริการที่ริมถนนร่วมประเวณี ซึ่งศาลตัดสินว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจไม่ได้กระทำการอันเป็นการก่อให้เกิดอาชญากรรม โดยในคดีนี้เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่ได้เป็นฝ่ายเริ่มส่งข้อความที่มีลักษณะไปในทางเพศอย่างชัดแจ้ง เพียงแต่ได้ตอบกับจำเลยโดยการตอบคำถามหรือแสดงความคิดเห็นที่จำเลยเป็นฝ่ายเริ่ม ดังนั้นศาลจึงตัดสินว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจไม่ได้กระทำการอันเป็นการละเมิดสิทธิกระบวนการ (Due process) หรือการชู้บังคับแต่อย่างใด

4.2.3 Wiretapping

สำหรับข้อต่อสู้ว่าถูกดักฟัง (Wiretapping) เป็นข้ออ้างที่ใช้ต่อสู้ในคดีล่อลวงทางเพศต่อเด็กทางอินเทอร์เน็ตโดยเฉพาะและเป็นการต่อสู้ในการรับฟังบทสนทนาออนไลน์เป็นพยานหลักฐาน โดยจำเลยจะต่อสู้ว่าบทสนทนาดังกล่าวถูกบันทึกโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เพราะมิได้รับความยินยอมจากจำเลย ซึ่งเป็นการละเมิดกฎหมาย

ในคดี New Hampshire v Lott¹⁴ ศาลเห็นว่า ประเด็นปัญหาสำหรับ Wiretap นี้ คือ การกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจถือได้ว่าเป็นการดักฟังการสนทนาของจำเลยหรือไม่ และหากการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการดักฟัง การดักฟังนั้นได้เกิดขึ้น โดยได้รับความยินยอมจากจำเลยหรือไม่ ซึ่งศาลตัดสินว่าเป็นการดักฟัง แต่อย่างไรก็ตาม โดยธรรมชาติของ IM (Instant Messaging) ถือว่าจำเลยยินยอมให้เจ้าหน้าที่ตำรวจบันทึกบทสนทนาของตนโดยปริยาย

จากการเทียบเคียงกับกรณีคดี State v Lamontagne¹⁵ ซึ่งเป็นคดีที่เจ้าหน้าที่ตำรวจกำลังค้นบ้านของผู้ต้องหาตามหมายค้น โดยในระหว่างการค้น เจ้าหน้าที่ตำรวจจับโทรศัพท์ของผู้ต้องหาโดยไม่ได้แสดงตัวว่าไม่ใช่เจ้าของบ้าน แม้ว่าผู้ที่โทรมาจะขอพูดคุยกับ Reuben ก็ตาม แต่เจ้าหน้าที่ตำรวจกลับรับสมอ้างว่าเป็น Reuben และนัดให้ผู้โทรมาที่บ้านเพื่อทำการซื้อขายกัญชา ซึ่งในกรณีนี้ศาลเห็นว่าการกระทำดังกล่าวไม่เป็นการดักฟัง เนื่องจากผู้โทรยินยอมที่จะให้คู่สนทนาซึ่งเป็นตำรวจได้ยินและรับรู้การสนทนา

จุดที่สำคัญ คือ เจ้าหน้าที่ตำรวจได้ยินที่ผู้โทรพูด เพราะทั้งเจ้าหน้าที่ตำรวจและผู้โทรเป็นคู่สนทนาด้วยกัน และผู้โทรยังหมุนเบอร์โทรศัพท์มาที่เบอร์นี้โดยเฉพาะเจาะจง อีกทั้งยังได้ยินการยกโทรศัพท์ขึ้นเพื่อรับสายของปลายสายและต้องการให้ปลายสายได้ยินสิ่งที่ตนพูดออกไปและพูดคุยกับปลายสายซึ่งแท้จริงแล้วเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจ จะเห็นได้ว่ามีลักษณะเช่นเดียวกับการแชททางอินเทอร์เน็ตที่เจ้าหน้าที่ตำรวจปลอมตัวเป็นเด็กสาว โดยทั้งจำเลยและเจ้าหน้าที่ตำรวจต่างก็เป็นคู่สนทนาด้วยกัน และจำเลยเลือกที่จะติดต่อพูดคุยกับเจ้าหน้าที่ตำรวจ จำเลยเห็นได้ว่าคู่สนทนาอีกฝ่ายได้รับข้อความ และมีความต้องการที่จะให้คู่สนทนาอีกฝ่ายสามารถอ่านข้อความได้ และจำเลยก็พูดคุยกับคู่สนทนาอย่างต่อเนื่อง

ผลการพิจารณาคดี New Hampshire v Lott และ State v Lamontagne จะแตกต่างกัน เนื่องจากการพูดคุยทางโทรศัพท์จะไม่สามารถรู้ได้ว่าการบันทึกเสียงเอาไว้ เว้นแต่ว่าอีกฝ่ายจะบอกว่าการบันทึกเสียงอยู่ แต่หากเป็นกรณีการแชททางอินเทอร์เน็ต ผู้ที่ใช้โปรแกรม Instant message ต้องรู้อยู่แล้วว่าบทสนทนาของตนต้องถูกบันทึก เนื่องจากการติดต่อสื่อสาร

¹⁴ The STATE of New Hampshire v Christopher LOTT, 152 N.H. 436, 879 A.2d 1167.

¹⁵ State v Lamontagne, 136 N.H. 575, 618 A.2d 849 (1992).

รูปแบบนี้จะต้องมีฟังก์ชันบันทึกบทสนทนาอยู่แล้ว เพื่อประโยชน์ในการทำให้ปรากฏซึ่งข้อความ และการทำให้ข้อความดังกล่าวยังคงอยู่บนหน้าจอคอมพิวเตอร์ จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าจำเลย ย่อมรู้อยู่แล้วว่าบทสนทนาของตนจะต้องถูกบันทึกไว้โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจ เพราะเมื่อบุคคลหนึ่ง ส่งข้อความ (instant message) ถึงบุคคลอีกคนหนึ่งแบบออนไลน์ ข้อความดังกล่าวจะถูกส่งไปยัง ผู้รับโดยทันที โดยจะมีการเปิดหน้าต่างสนทนาที่คู่สนทนาสามารถเห็นข้อความและได้ตอบได้ อย่างทันทีทันใด ซึ่งในหน้าต่างสนทนานั้นจะมีข้อความที่รับและส่งถึงกันทุกประโยค (history) ที่เกิดขึ้นในระหว่างสนทนา ดังนั้นการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจจึงไม่เป็นการละเมิดต่อกฎหมาย (wiretap statute) แต่อย่างไร

นอกจากนี้ *New Hampshire v Lott* อาจเทียบได้กับ *State v Townsend*¹⁶ ซึ่งเป็นกรณีของการติดต่อสื่อสารทางอี-เมลล์ โดยเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ตำรวจปลอมตัวเป็นเด็กหญิง อายุ 13 ปี และจำเลยส่งอี-เมลล์ถึงเด็กหญิง เพื่อเสนอให้เด็กหญิงออกมาพบกับจำเลยและบอกว่า เขาต้องการที่จะทำอะไรสนุกๆ กับเธอ ซึ่งอี-เมลล์นี้จะถูกเก็บและบันทึกไว้ในคอมพิวเตอร์ของ เจ้าหน้าที่ตำรวจโดยอัตโนมัติ มีผลทำให้สามารถนำอี-เมลล์ออกมาอ่านได้ไม่ว่าเวลาใดๆ และยังสามารถพิมพ์อี-เมลล์ในภายหลังเพื่อนำมาเป็นพยานหลักฐานได้อีกด้วย ซึ่งศาลเห็นว่า แม้ว่าการติดต่อสื่อสารในรูปแบบอี-เมลล์จะได้รับความคุ้มครองจาก Privacy Act ก็ตาม แต่การบันทึก อี-เมลล์ไม่ถือว่าเป็นการละเมิด Washington Privacy Act เพราะถือว่ามีจำเลยได้ให้ความยินยอม โดยปริยายแล้ว เนื่องจากการที่บุคคลหนึ่งส่งอี-เมลล์ ย่อมมีความคาดหวังว่าผู้รับจะเปิดอี-เมลล์ ดังกล่าวอ่านและอาจถูกพิมพ์ออกมา เพื่อให้สามารถเปิดอ่านหรือพิมพ์อี-เมลล์ได้จำเป็นที่จะต้องมีการบันทึกข้อความนั้นไว้ในหน่วยความจำของคอมพิวเตอร์เครื่องอื่นด้วย เช่นเดียวกับ การทิ้งข้อความไว้ในเครื่องตอบรับโทรศัพท์อัตโนมัติ (Telephone answering machine) การที่บุคคลส่งข้อความทางอี-เมลล์ย่อมสามารถคาดหมายได้ว่าข้อความของตนจะต้องถูกบันทึก ดังนั้น จึงเป็นการที่บุคคลดังกล่าวให้ความยินยอมโดยปริยายที่จะให้บันทึกข้อความของตน ในคอมพิวเตอร์ของผู้รับข้อความ

จะเห็นได้ว่าการส่งข้อความทางอี-เมลล์หรือแชททรมมีลักษณะเช่นเดียวกับการทิ้ง ข้อความไว้ในเครื่องตอบรับโทรศัพท์อัตโนมัติ เมื่อข้อความ Instant message ถูกบันทึกลงใน หน่วยความจำของคอมพิวเตอร์และแสดงบนหน้าจอคอมพิวเตอร์แล้ว ย่อมสามารถบันทึกลงใน

¹⁶ *State v Townsend*, 147 Wash.2d 666, 57 P.3d 255, 260 n. 2 (2002).

บนฮาร์ดไดรฟ์ (Hard drive) ได้ สามารถคัดลอกและนำมาวางบนเอกสารทางอิเล็กทรอนิกส์ได้ และสามารถพิมพ์จากโปรแกรม Instant messaging หรือจากหน้าจอคอมพิวเตอร์โดยตรงได้เช่นกัน ผู้ที่ส่งข้อความย่อมรู้ว่าการส่งข้อความหรือการติดต่อสื่อสารนอกจากจะสามารถบันทึกแล้ว ยังสามารถดาวน์โหลด พิมพ์ หรือเซฟเอาไว้ได้ ความสามารถดังกล่าวได้มีการบรรจุไว้ในโปรแกรม Instant messaging อยู่แล้วและในคอมพิวเตอร์ทั่วไปก็เช่นเดียวกัน จึงเป็นเรื่องที่สามารถคาดหมายได้ว่าข้อความที่ปรากฏบนหน้าต่างสนทนาบนหน้าจอคอมพิวเตอร์ของเจ้าหน้าที่ตำรวจอาจจะถูกเซฟและพิมพ์ออกมา ดังนั้นการเก็บรักษาบทสนทนา เพื่อนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดจึงเป็นสิ่งที่ไม่ยุ่งยากหรือสลับซับซ้อนแต่อย่างใด เมื่อมีสิ่งที่สามารถนำมาเป็นพยานหลักฐานได้ว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ย่อมไม่มีเหตุผลใดที่จะไม่นำสิ่งนั้นมาเป็นเครื่องมือในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด

นอกจากการบันทึกข้อความ Instant message ลงบนฮาร์ดไดรฟ์ (Hard drive) หรือสามารถคัดลอกและนำมาวางบนเอกสารทางอิเล็กทรอนิกส์แล้ว ในโปรแกรม Instant messaging โดยตัวเอง เช่น Yahoo! IM, Window Live Messenger เป็นต้น ก็มีรูปแบบของโปรแกรมซึ่งสามารถบันทึกบทสนทนาทั้งหมดที่เกิดขึ้นโดยอัตโนมัติได้ สิ่งนี้จึงเป็นสิ่งที่ยืนยันว่าการนำบันทึกบทสนทนาที่เกิดขึ้นมาเป็นพยานหลักฐานไม่เป็นการกระทำที่เกิดขึ้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

การยกข้อต่อสู้ว่าถูกล่อให้กระทำความผิด (entrapment) แม้ว่าจะมีมาเป็นเวลานานก่อนที่จะมีการใช้การปฏิบัติการในทางลับทางอินเทอร์เน็ต (Internet sting operation) แต่ยังคงมีปัญหาในเรื่องความไม่แน่นอนในการค้นหาเจตนาที่แท้จริงของผู้กระทำความผิด เนื่องจากการจับกุมผู้กระทำความผิดมิได้เกิดขึ้นในขณะที่กำลังกระทำการ ซึ่งแตกต่างกับการปฏิบัติการในทางลับในการสืบสวนคดีค้ายาเสพติด ซึ่งผู้กระทำความผิดจะถูกจับกุมในขณะที่กำลังกระทำความผิด ไม่ว่าจะโดยการซื้อหรือขายสิ่งเสพติดจากเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ปลอมตัวเป็นผู้ล่อซื้อหรือขายสิ่งเสพติด ดังนั้น ในการปฏิบัติการลับในอินเทอร์เน็ตทั้งเจ้าหน้าที่ตำรวจและพนักงานอัยการจึงมีภาระหน้าที่อย่างหนักที่จะต้องพิสูจน์และแสดงให้เห็นว่าผู้กระทำความผิดพยายามที่จะล่อลวงเด็กไปในทางเพศจริง แต่อย่างไรก็ตามในการปฏิบัติการลับในอินเทอร์เน็ต เจตนาหรือความแน่วแน่มในการกระทำความผิดเป็นสิ่งที่มีความสำคัญยิ่ง เพราะถ้อยคำที่

เกิดขึ้นในการสนทนาออนไลน์อาจไม่ใช่สิ่งที่สามารถชี้ชัดถึงเจตนาที่แท้จริงของผู้กระทำความผิดได้ทั้งหมด เนื่องจากเขาอาจกำลังแค่แสดงบทบาทสมมติเท่านั้น

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาให้ความยอมรับการใช้การปฏิบัติหน้าที่ในทางลับในอินเทอร์เน็ตของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการจับกุมพวกล่อลวงเด็กและปฏิเสธข้อต่อสู้ข้ออ้างให้กระทำความผิด (entrapment)

ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกายอมรับบันทึกบทสนทนาเป็นพยานหลักฐาน และในคดีส่วนใหญ่บันทึกบทสนทนาเป็นหลักฐานสำคัญที่เป็นปฏิปักษ์ต่อผู้กระทำความผิด นอกจากนี้ศาลยังเห็นว่าอาชญากรรมการล่อลวงเด็กไปในทางเพศโดยใช้อินเทอร์เน็ตเป็นเครื่องมือ นั้น เป็นอาชญากรรมที่ยากต่อการจัดการและจับกุมผู้กระทำความผิด ดังนั้นปฏิบัติการในทางลับออนไลน์จึงเป็นหนทางในการแก้ปัญหาในทางปฏิบัติ แต่อย่างไรก็ตามก็มีปัญหาควบคุมมาด้วยเช่นกัน

สำหรับประเทศไทย พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้บัญญัติมาตรา 8 ขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวในการติดต่อสื่อสาร (the right of privacy of data communication) ทำนองเดียวกับการให้ความคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวในการติดต่อสื่อสารรูปแบบที่ห้ามดักฟังหรือแอบบันทึกการสนทนาทางโทรศัพท์

มาตรา 8 ผู้ใดกระทำความผิดด้วยประการใดโดยมิชอบด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์เพื่อดักจับไว้ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นที่อยู่ระหว่างการส่งในระบบคอมพิวเตอร์และข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นมีได้มีไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อให้บุคคลทั่วไปใช้ประโยชน์ได้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

การดักจับข้อมูลตามมาตรานี้ อาจเป็นการดักจับโดยวิธีการทางเทคนิค (technical means) เพื่อลักลอบดักฟัง (listen) ตรวจสอบ (monitoring) หรือติดตามเนื้อหาสาระของข่าวสาร (surveillance) ที่สื่อสารถึงกันระหว่างบุคคล หรือเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งเนื้อหาของข้อมูลโดยตรงหรือโดยการเข้าถึงและใช้ระบบคอมพิวเตอร์ หรือการทำให้ได้มา

ซึ่งเนื้อหาของข้อมูลโดยทางอ้อมด้วยการแอบบันทึกข้อมูลสื่อสารถึงกันด้วยอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ โดยไม่คำนึงว่าอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้บันทึกข้อมูลดังกล่าวจะต้องเชื่อมต่อเข้ากับสายสัญญาณสำหรับส่งผ่านข้อมูลหรือไม่เพราะบางกรณีอาจใช้อุปกรณ์เช่นว่านั้นเพื่อบันทึกการสื่อสารข้อมูลที่ได้ส่งผ่านด้วยวิธีการแบบไร้สายก็ได้ เช่น การติดต่อผ่านทางโทรศัพท์เคลื่อนที่ การติดต่อโดยใช้เทคโนโลยีไร้สายประเภท wireless LAN เป็นต้น ซึ่งนอกจากการใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์เพื่อบันทึกข้อมูลที่มีการส่งผ่านกันแล้ว ยังรวมถึงกรณีการใช้ซอฟต์แวร์ หรือรหัสผ่านต่างๆ เพื่อทำการแอบบันทึกข้อมูลที่ส่งผ่านถึงกันด้วย โดยข้อมูลที่ถูกดักจับต้องเป็นข้อมูลที่อยู่ในระหว่างการส่งในระบบคอมพิวเตอร์ ดังนั้นจึงไม่หมายความรวมถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่จัดเก็บในรูปแบบซีดี หรือดีสเกตต์

นอกจากนี้ข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นต้องมีได้มีไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือเพื่อให้บุคคลทั่วไปใช้ประโยชน์ จึงต้องพิจารณาว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ได้มีไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือเพื่อให้บุคคลทั่วไปใช้ประโยชน์ได้หรือไม่ โดยต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงว่าลักษณะการส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวนั้นผู้ส่งต้องการให้เป็นเรื่องเฉพาะตน ไม่ได้ต้องการให้เปิดเผยข้อมูลนั้นแก่ผู้ใดหรือไม่ หรือมีการเข้ารหัสการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวหรือไม่ เพียงใด

ดังนั้นจึงไม่ใช่เรื่องที่จะพิจารณาจากเนื้อหาของข้อมูลว่าเป็นความลับหรือไม่ เช่น เนื้อหาของข้อมูลอาจเป็นเรื่องความลับทางการค้า แต่หากผู้ส่งใช้วิธีการส่งที่ไม่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงข้อมูลนั้น ผู้ที่ดักจับย่อมไม่มีความผิด¹⁷

จะเห็นได้ว่า หากมีการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจให้ปฏิบัติหน้าที่ในเชิงรุกในกรณีการล่อลวงเด็ก เพื่อประสิทธิภาพในการป้องกันมิให้เกิดการละเมิดทางเพศต่อเด็กเกิดขึ้น เช่นเดียวกับในกรณีคดียาเสพติดที่ให้เจ้าหน้าที่ตำรวจล่อซื้อยาเสพติด โดยการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจปลอมตัวเป็นเด็กติดต่อพูดคุยกับผู้กระทำความผิดทางอินเทอร์เน็ตเพื่อสืบสวนและแสวงหาพยานหลักฐานจากผู้กระทำความผิดดังเช่นในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และออสเตรเลีย มาตรา 8 ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ย่อมจะเป็นอุปสรรคสำคัญในการสืบสวนและแสวงหาพยานหลักฐาน เนื่องจาก

¹⁷ พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 (กรุงเทพฯ: สำนักงานยุติธรรม, 2550).

บทสนทนาที่เกิดขึ้นระหว่างเจ้าหน้าที่ตำรวจและผู้กระทำความผิดเป็นการส่งที่ผู้ส่งต้องการให้เป็นเรื่องเฉพาะตน ไม่ได้ต้องการให้เปิดเผยข้อมูลนั้นแก่ผู้ใด ข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวจึงมิได้มีไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อให้บุคคลทั่วไปใช้ประโยชน์ การที่เจ้าหน้าที่ตำรวจพูดคุยกับผู้กระทำความผิดและบันทึกบทสนทนาดังกล่าวไว้เพื่อเป็นพยานหลักฐานจึงอาจเห็นว่าเป็นการดักจับข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่สื่อสารถึงกันระหว่างบุคคล ซึ่งเป็นการละเมิดมาตรา 8

ผู้เขียนเห็นว่าการที่เจ้าหน้าที่ตำรวจปลอมตัวเป็นเด็กและพูดคุยกับพวกล่อลวงเด็กไม่เป็นการดักจับข้อมูลคอมพิวเตอร์ เนื่องจากเจ้าหน้าที่ตำรวจเป็นคู่สนทนาเองโดยตรง และการดักจับ ไม่ว่าจะเพื่อลักลอบดักฟัง ตรวจสอบ หรือติดตามเนื้อหาสาระของข่าวสารก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการที่มีบุคคลที่สามเข้ามาลักลอบดักฟัง ตรวจสอบ หรือติดตามเนื้อหาสาระของข่าวสารของคู่สนทนา ดังนั้นหากเป็นกรณีที่คู่สนทนาเป็นฝ่ายดักฟัง ตรวจสอบ หรือติดตามเนื้อหาสาระเสียเอง ย่อมไม่เป็นการละเมิดต่อมาตรา 8 แต่อย่างใด อีกทั้งโดยลักษณะของการพูดคุยผ่านทางอินเทอร์เน็ต ไม่ว่าจะโดยช่องทาง โปรแกรม IM หรือแชททูลม ก็ตาม คู่สนทนาย่อมไม่รู้ว่าผู้ที่ตนสนทนาด้วยเป็นใคร การยอมพูดคุยกับคนที่ตนไม่รู้จักย่อมต้องอาศัยวิจารณญาณในการเลือกว่าจะพูดคุยกับใคร หรือไม่ อย่างไร เช่นนี้ย่อมเห็นได้ว่าเป็นการยินยอมโดยปริยายให้คู่สนทนาอีกฝ่ายรับรู้และบันทึกข้อมูลที่พูดคุยกันดังที่ปรากฏในคดี *New Hampshire v Lott* ในประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้เขียนจึงเห็นว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจน่าจะใช้การปฏิบัติหน้าที่ในทางลับ (Sting operation) ในการป้องกันเพื่อมิให้เกิดการละเมิดทางเพศต่อเด็กและเยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือในประเทศไทยได้ เช่นเดียวกับในประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ และออสเตรเลีย

4.3 การรับฟังพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์

พยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ คือ สารสนเทศ (Information) หรือ ข้อมูล (Data) ที่อาจมีหรือเป็นประโยชน์ต่อการสืบสวนสอบสวน ซึ่งสารสนเทศและข้อมูลจะถูกเก็บบันทึกไว้ในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ ได้แก่ อุปกรณ์คอมพิวเตอร์ โทรศัพท์มือถือ เป็นต้น หรือถูกส่งไปยังแห่งอื่นโดยอุปกรณ์ดังกล่าวเช่นเดียวกัน พยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์สามารถส่งข้ามไปยัง

ประเทศอื่นทั่วโลกได้โดยง่ายและรวดเร็วผ่านระบบเครือข่าย อีกทั้งยังมีสภาพอบบางสามารถแก้ไข เปลี่ยนแปลง ทำลาย หรือทำให้เสียหายได้ง่ายกว่าพยานหลักฐานประเภทอื่นๆ¹⁸

โดยทั่วไปคอมพิวเตอร์สามารถก่อให้เกิดพยานหลักฐานได้ 3 รูปแบบ¹⁹ กล่าวคือ

1. พยานชั้นต้น (real evidence) เกิดจากการทำงานของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โดยลำพัง โดยได้รับข้อมูลจากเครื่องมืออื่น เช่น การส่งข้อมูลระยะไกล หรือการตั้งเวลาทำงานอัตโนมัติจากภายในของตัวเครื่อง

2. พยานบอกเล่า (hearsay) เป็นพยานเอกสารหรือบันทึกอื่นใดที่ประมวลผลมาจากคอมพิวเตอร์จากข้อมูลที่ป้อนให้กับคอมพิวเตอร์โดยมนุษย์

3. พยานผสม (derive evidence) เป็นพยานชั้นต้นรวมกับพยานบอกเล่า

ส่วนใหญ่พยานหลักฐานที่ก่อให้เกิดปัญหาในการรับฟังพยานหลักฐาน คือ พยานบอกเล่าและพยานผสม เนื่องจากมีการกระทำของมนุษย์เข้ามาเกี่ยวข้อง ซึ่งอาจเกิดความผิดพลาดได้ง่าย

เมื่อพิจารณาในแง่ของการบันทึกและการประมวลผลข้อมูลที่เกิดจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์ สามารถแยกข้อมูลออกได้เป็น 3 ประเภท²⁰ กล่าวคือ

1. ข้อมูลที่เป็นผลผลิตในลักษณะพิมพ์ดีด

มีการใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ในลักษณะพิมพ์ดีดแล้ว พิมพ์ออกมา print out ที่ได้นี้ ศาลอังกฤษวินิจฉัยว่า ไม่ใช่ข้อมูลที่ได้จากเครื่องคอมพิวเตอร์ แต่ถือเป็นเอกสารพิมพ์ดีด สำหรับ

¹⁸ ผศ.ดร.ประเสริฐ คันธมานนท์ และนายมชัย จันทรมัสการ, “พยานหลักฐานดิจิทัล”, บทบัณฑิตย, 62 ตอนที่ 1 (2549): 43-84.

¹⁹ เด่นฟ้า เรืองฤทธิ์เดช, “ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการรับฟังเอกสารอิเล็กทรอนิกส์”, อุลพาน, 3 ปีที่ 53 (กันยายน-ธันวาคม 2549): 71-147.

²⁰ พรเพชร วิชิตชลชัย, “การรับฟังข้อมูลจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐาน : ปัญหาและข้อเสนอแนะ”, อุลพาน, 4 ปีที่ 42 (ตุลาคม-ธันวาคม 2538): 85-103.

ประเทศไทย ยังคงเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ โดยฝ่ายหนึ่งเห็นว่าเป็นพิมพ์ดีด เพราะโดยลักษณะของการบันทึกเป็นแบบเดียวกับพิมพ์ดีด อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าเครื่องคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะพิมพ์ดีดนั้นไม่มีตัวพิมพ์เป็นภาษาอังกฤษ ต้องมีการแปลงข้อมูลเป็นตัวอักษรไทย เมื่อมีการแปลงข้อมูลย่อมถือเป็นข้อมูลจากคอมพิวเตอร์

2. ข้อมูลที่บันทึกโดยภาษามนุษย์หรือโดยรหัสอื่นใดแล้วมีการแปลงสภาพข้อมูลซึ่งสามารถอ่านได้เป็นภาษามนุษย์

เป็นการบันทึกข้อความหรือข่าวสารตามปกติ เช่น นาย ก. บันทึกคำสั่งเสนอซื้อหุ้นของบริษัทหนึ่ง ณ ราคาหนึ่ง ไปยังตลาดหลักทรัพย์ นาย ข. บันทึกคำสั่งเสนอขายหุ้นของบริษัทเดียวกันนั้น ในราคาและรายที่ตรงกัน เครื่องคอมพิวเตอร์จะทำงาน โดยทำให้เกิดสัญญาซื้อขายขึ้น ข้อมูลนี้มีการบันทึกไว้ สามารถค้นหาอ่านและพิมพ์ออกมาได้

3. ข้อมูลที่บันทึกเข้าไปแล้วมีการประมวลผลด้วยระบบสมองกล

เป็นการบันทึกเข้าไปในเครื่องคอมพิวเตอร์หรือสื่ออื่นๆ แล้วมีการประมวลผล ทำให้ข้อมูลที่บันทึกเข้าไป (input) และข้อมูลที่ได้อีกหลังจากการประมวลผล (output) แตกต่างกัน

ประเทศไทยมีหลักเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐาน โดยยึดตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ คือ หลักพยานหลักฐานที่ดีที่สุด (Best Evidence Rule) และหลักพยานบอกเล่า (Hearsay Rule) ดังนั้นการนำข้อมูลจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์มาเป็นพยานหลักฐานในศาลเพื่อช่วยศาลวินิจฉัยข้อเท็จจริงต่างๆ ในคดีได้ถูกต้องและแม่นยำมากขึ้น ก่อให้เกิดปัญหาว่า การนำสืบพยานหลักฐานนั้นควรจะนำสืบสิ่งใด เช่น ตัวเครื่อง โปรแกรม ดิสก์ เอกสารจากเครื่องพิมพ์ หรือบุคคลที่บันทึกข้อมูลหรือพิมพ์ print out หรือนำสืบสิ่งเหล่านี้ประกอบกัน เป็นต้น และจะต้องนำสืบสิ่งใดก่อนหรือหลัง เพื่อให้เป็นไปตามหลักพยานหลักฐานที่ดีที่สุด ที่บังคับให้นำต้นฉบับเอกสารมาสืบก่อน

ข้อมูลที่ได้จากสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของ disk หรือ printout ก็ตาม เมื่อพิจารณาจากลักษณะของข้อมูลแล้ว จะเห็นได้ว่ามีลักษณะใกล้เคียงกับพยานเอกสาร

แต่ในปัจจุบันก็ยังคงเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ว่า ข้อมูลจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์นั้นเป็นพยานวัตถุหรือพยานเอกสาร

ด้วยเหตุนี้เอง สหรัฐอเมริกา จึงได้ปรับปรุงแก้ไขกฎหมายลักษณะพยานเพื่อรับฟังข้อมูลที่บันทึกด้วยคอมพิวเตอร์หรือประมวลผลโดยคอมพิวเตอร์ใน Federal Rule of Evidence (FRE) ข้อ 1001²¹ ดังนี้

(1) ข้อเขียนหรือบันทึก หมายถึง อักษร ข้อความ ตัวเลขหรือสิ่งเทียบเท่าอย่างอื่น ซึ่งถูกทำขึ้นโดยการเขียน พิมพ์ดีด เครื่องพิมพ์ การถ่ายสำเนา การถ่ายรูป แรเงากระดาษแม่เหล็กไฟฟ้า เครื่องจักรกลอิเล็กทรอนิกส์ หรือการประมวลผลข้อมูล

(2) ภาพถ่าย รวมถึง ภาพนิ่ง फिल्मเอกซเรย์ วิดิทัศน์ และภาพยนตร์

(3) ต้นฉบับ ต้นฉบับของข้อเขียนหรือบันทึก คือตัวข้อเขียนหรือบันทึกนั้นเอง หรือฉบับใด ๆ ซึ่งผู้ทำหรือผู้ออกให้มีเจตนาจะให้ผลเช่นเดียวกัน ต้นฉบับของรูปถ่าย รวมตลอดถึงฟิล์มหรือรูปที่อัดได้จากฟิล์มนั้น ถ้ามีข้อมูลถูกเก็บบันทึกไว้ในคอมพิวเตอร์หรือเครื่องมืออื่น ๆ ที่มีลักษณะอย่างเดียวกัน เอกสารจากคอมพิวเตอร์หรือผลลัพธ์ที่สามารถอ่านได้ด้วยสายตา ซึ่งแสดงไว้เพื่อให้ปรากฏรายละเอียดของข้อมูลที่ถูกต้องนับว่าเป็นต้นฉบับด้วย

²¹ Rule 1001. Definitions.

For purposes of this article the following definitions are applicable:

(1) *Writings and Recordings.* "Writings" and "recordings" consist of letters, words, or numbers, or their equivalent, set down by handwriting, typewriting, printing, photostating, photographing, magnetic impulse, mechanical or electronic recording, or other form of data compilation.

(2) *Photographs.* "Photographs" include still photographs, X-ray films, video tapes, and motion pictures.

(3) *Original.* An "original" of a writing or recording is the writing or recording itself or any counterpart intended to have the same effect by a person executing or issuing it. An "original" of a photograph includes the negative or any print therefrom. If data are stored in a computer or similar device, any printout or other output readable by sight, shown to reflect the data accurately, is an "original."

(4) *Duplicate.* A "duplicate" is a copy produced by the same impression as the original, or from the same matrix, or by means of photography, including enlargements and miniatures, or by mechanical or electronic re-recording, or by chemical reproduction, or by other equivalent techniques which accurately reproduces the original.

(4) คู่ฉบับ หมายถึง คู่ฉบับที่ถูกผลิตขึ้นโดยให้มีผลเช่นเดียวกับต้นฉบับจากแม่พิมพ์ ภาพถ่าย (รวมตลอดถึงภาพอัด ภาพขยาย) หรือถูกผลิตขึ้นจากการประมวลผลซ้ำของเครื่องจักรกล หรือเครื่องบันทึกอิเล็กทรอนิกส์ หรือกระบวนการผลิตทางเคมี หรือผลิตขึ้นโดยทางเทคนิคอย่างอื่น โดยให้มีผลที่ถูกต้องเช่นเดียวกับต้นฉบับ

จากบทบัญญัติ ข้อ 1001 ของ FRE จะเห็นได้ว่า ข้อ 1001(1) ยอมรับว่าข้อมูลที่เกิดจากแรงกระตุ้นของแม่เหล็กไฟฟ้า เครื่องจักรกลอิเล็กทรอนิกส์ หรือการประมวลผลข้อมูลเป็นบันทึกหรือข้อเขียน หรืออาจกล่าวได้ว่า ข้อมูลดังกล่าวจัดเป็นพยานเอกสารอย่างหนึ่ง

เมื่อมีการนำ print out มาสืบ ย่อมก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการรับฟังพยานเอกสาร เนื่องจากมีปัญหาของพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ยังเป็นที่ถกเถียงกันว่า printout นั้น จะถือว่าเป็นต้นฉบับหรือสำเนา อันเป็นผลสืบเนื่องมาจากหลักกฎหมายคอมมอนลอว์เรื่อง Best Evidence Rule ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ว่าด้วยการส่งต้นฉบับเอกสาร

คำตอบว่า printout เป็นต้นฉบับหรือสำเนานั้น คงเป็นเรื่องยากที่จะให้คำตอบอย่างชัดเจน เนื่องจากข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นสามารถทำซ้ำได้ตลอดเวลา จึงไม่สามารถระบุได้ว่า printout ที่ออกมาแผ่นใดเป็นต้นฉบับ

อย่างไรก็ตาม ภายใต้หลักเกณฑ์ของ FRE ข้อ 1001 (3) บัญญัติว่า “ต้นฉบับเอกสาร หมายถึง ตัวเอกสารหรือบันทึก และรวมไปถึงคู่ฉบับใดๆ ที่ทำพร้อมกันโดยผู้ทำ หรือผู้ออกเอกสารหรือบันทึกนั้นประสงค์จะให้ผลอย่างเดียวกัน ต้นฉบับของภาพถ่ายให้รวมถึงฟิล์มหรือรูปภาพที่อัดออกมา หากข้อมูลถูกจัดเก็บในคอมพิวเตอร์หรือเครื่องมือในลักษณะเดียวกัน สิ่งพิมพ์ใดๆ ที่พิมพ์ออกมา หรือผลผลิตใดๆ ที่สามารถอ่านได้ด้วยสายตาซึ่งแสดงให้ปรากฏข้อมูลที่บันทึกไว้อย่างถูกต้อง ถือว่าเป็นต้นฉบับด้วย”

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า เอกสาร บันทึก หรือภาพถ่ายใดๆ จะถือเป็นต้นฉบับหรือสำเนานั้นขึ้นอยู่กับเจตนาของผู้จัดทำเอกสาร สิ่งทีเพียงแต่เหมือนกันกับเอกสาร บันทึก หรือภาพถ่ายใดๆ ไม่ทำให้สิ่งที่เหมือนนั้นกลายเป็นต้นฉบับ แต่ถ้าผู้จัดทำมีเจตนาให้เอกสาร บันทึก หรือภาพถ่ายใดๆ มีผลเช่นเดียวกับต้นฉบับไม่ว่าจะจัดทำเป็นจำนวนเท่าใดและมีรูปแบบ

ที่เหมือนกันหรือไม่ ก็ถือเป็นต้นฉบับทั้งหมด และ ในกรณีที่เป็นข้อมูลที่ถูกจัดเก็บไว้ในคอมพิวเตอร์ หรือเครื่องมืออื่นๆ ในลักษณะเดียวกัน ไม่ว่าจะ disk หรือ printout หรือสิ่งพิมพ์ ออกมาจากคอมพิวเตอร์หรือเครื่องมือในลักษณะเดียวกันที่อ่านได้ด้วยสายตาซึ่งแสดงให้ปรากฏ ข้อมูลที่บันทึกไว้อย่างถูกต้องถือเป็นต้นฉบับ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ printout หรือสิ่งอื่นที่อ่านได้ หากสะท้อนให้เห็นถึงข้อมูลที่บันทึกไว้อย่างถูกต้องถือเป็นต้นฉบับ แต่อย่างไรก็ตาม ต้องเป็น disk หรือ printout ที่ได้จากคอมพิวเตอร์โดยตรง ไม่ใช่สำเนาภาพถ่ายหรือ disk ที่เกิดจากการอัดสำเนา ดังนี้ จึงไม่มีกรณีที่ต้องพิจารณาภายใต้หลักเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานที่ดีที่สุดว่าจะสามารถรับฟังเอกสารดังกล่าวหรือไม่ และจะเห็นได้ว่าการกำหนดไว้ใน ข้อ 1001 แห่ง FRE จึงเป็นการยอมรับการอ้างส่ง printout เป็นพยานหลักฐานต่อศาลเพื่อพิสูจน์เนื้อหาของข้อมูลที่บันทึกไว้

ในปัจจุบันหลัก Best Evidence Rule ได้ถูกผ่อนคลายลง โดยไม่นำมาใช้ อย่างเคร่งครัดในการรับฟังพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ พยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยส่วนใหญ่จึงไม่ต้องห้ามมิให้รับฟัง แม้พยานหลักฐานดังกล่าวจะมีใช้ต้นฉบับก็ตาม ดังเช่น ในคดีเกี่ยวกับการกระทำที่ไม่เหมาะสมทางเพศต่อเด็ก คดี Broderick v. State²² ศาลอนุญาตให้มีการรับฟังสำเนาข้อมูลจากฮาร์ดไดรฟ์ (hard drive) ของเครื่องคอมพิวเตอร์ของจำเลยแทนที่ ต้นฉบับข้อมูลในฮาร์ดไดรฟ์ โดยวินิจฉัยว่าหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ดีที่สุดไม่ได้ห้ามมิให้รับฟังสำเนาจากฮาร์ดไดรฟ์ที่มีคำรับรองโดยผู้เชี่ยวชาญด้านคอมพิวเตอร์ว่าสำเนาดังกล่าวตรงกับ ข้อมูลต้นฉบับในฮาร์ดไดรฟ์

คดี Hill v. Commonwealth²³ ศาลพิจารณาว่าหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ดีที่สุด ไม่ได้ห้ามมิให้มีการรับฟังคำฟ้องหรือข้อกล่าวหาในรูปแบบของ computer printout ที่มีการรับรองความถูกต้องโดยเสมียนศาล เพื่อพิสูจน์ถึงการกระทำผิดของจำเลยในคดีก่อน แม้ คำฟ้องหรือข้อกล่าวหาต้นฉบับในคดีก่อนจะถูกทำลายและถูกจัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์แทนแล้ว

ประเทศอังกฤษใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เช่นเดียวกัน จึงประสบปัญหา เรื่องหลักพยานหลักฐานที่ดีที่สุด และหลักพยานบอกเล่า จึงได้บัญญัติกฎหมายเพื่อรับฟัง พยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ไว้เช่นเดียวกัน คือ The Police and Criminal Evidence Rule

²² 35 S.W.3d 67, Tex.App.-Texarkana, 2000., October 26, 2000.

²³ 779 S.W.2d 230, Ky.App., 1989., September 22, 1989.

Act 1984 ซึ่งกำหนดให้ข้อมูลจากเครื่องคอมพิวเตอร์สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ตาม section 69 โดยไม่นำหลักพยานหลักฐานที่ดีที่สุดมาใช้ และถือว่าเป็นข้อยกเว้นของพยานบอกเล่า²⁴

Section 69²⁵ บัญญัติว่า ในกระบวนการพิจารณาคดีใดๆ ข้อความในเอกสารที่สร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์จะต้องห้ามมิให้รับฟังในฐานะพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์เนื้อหาของข้อความในเอกสารนั้น เว้นเสียแต่จะแสดงให้เห็นว่า

(a) ไม่มีเหตุอันอันควรเชื่อได้ว่าข้อความไม่ถูกต้อง อันเนื่องมาจากการใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ไม่ถูกวิธี และ

(b) ตลอดเวลาที่คอมพิวเตอร์ทำงาน คอมพิวเตอร์ได้ปฏิบัติการอย่างถูกต้องและแม้หากมีกรณีการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์ขัดข้องเกิดขึ้น ความขัดข้องดังกล่าวจะต้องไม่มีผลกระทบต่อความถูกต้องของข้อมูลนั้น

ดังนั้น สิ่งสำคัญที่คู่ความฝ่ายที่อ้างพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์จะต้องพิสูจน์ให้ได้ คือ เครื่องคอมพิวเตอร์นั้นเชื่อถือได้ หรือหากพยานหลักฐานนั้นเกิดจากเครื่องคอมพิวเตอร์หลายเครื่อง จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าคอมพิวเตอร์แต่ละเครื่องนั้นเชื่อถือได้ การพิสูจน์สามารถทำได้โดยการยื่นคำรับรองความถูกต้อง (written certificate) หรือโดยการสืบพยานบุคคล ในการอ้างข้อมูลจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานนั้น จะใช้ประโยชน์จากข้อสันนิษฐานว่าการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์เป็นไปอย่างถูกต้องแม่นยำไม่ได้ อีกทั้งจะต้องนำบันทึกการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์ (computer record) มาแสดงต่อศาลด้วย

²⁴ เลิศลักษณ์ ปานเลิศ, “การใช้เอกสารจากคอมพิวเตอร์เป็นพยานในศาล” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิตคณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531): 101.

²⁵ 69. — (1) In any proceedings, a statement in a document produced by a computer shall not be admissible as evidence of any fact stated therein unless it is shown—

(a) that there are no reasonable grounds for believing that the statement is inaccurate because of improper use of the computer;

(b) that at all material times the computer was operating properly, or if not, that any respect in which it was not operating properly or was out of operation was not such as to affect the production of the document or the accuracy of its contents; ...

จาก section 69 จะเห็นได้ว่ามีปัญหาหลายประการ กล่าวคือ ไม่มีการระบุถึงสาเหตุหลักๆ ที่ทำให้พยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ไม่มีความถูกต้องหรือคลาดเคลื่อน ใดๆ ที่ความผิดพลาดหรือคลาดเคลื่อนดังกล่าวสามารถเกิดขึ้นได้ทั้งจากตัวเครื่องคอมพิวเตอร์เองหรือเกิดจากการป้อนข้อมูลที่ผิดพลาดเข้าสู่เครื่องคอมพิวเตอร์ และความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีของคอมพิวเตอร์ ทำให้การทำตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ใน section 69 เป็นไปได้ยากขึ้น เนื่องจากการตรวจสอบและการรับรองความถูกต้องแม่นยำของการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์จะยุ่งยากซับซ้อนมากยิ่งขึ้น ในกรณีฝ่ายที่อ้างเอกสาร จากเครื่องคอมพิวเตอร์เป็นพยานหลักฐานมิใช่ผู้ทำเอกสาร อาจไม่สามารถพิสูจน์ให้ศาลพอใจได้ในเรื่องการทำงานที่ถูกต้องแม่นยำของเครื่องคอมพิวเตอร์ ในขณะที่อีกฝ่ายอาจอยู่ในฐานะที่สามารถพิสูจน์ได้ดีกว่า อีกทั้ง section 69 บังคับใช้กับเอกสารที่ยื่นเข้ามาในฐานะพยานหลักฐาน แต่ไม่นำไปใช้กับกรณีที่ผู้เชี่ยวชาญนำเอกสารคอมพิวเตอร์มาใช้ในการให้การต่อศาล และไม่ใช้กับกรณีที่พยานบุคคลใช้เอกสารคอมพิวเตอร์ประกอบเพื่อทบทวนความทรงจำ ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่สมเหตุผล เนื่องจากหากเห็นว่าการคัดลอกที่จะยอมรับผลผลิตของเครื่องคอมพิวเตอร์เป็นพยานหลักฐาน เหตุใดโดยตัวของผลผลิตของเครื่องคอมพิวเตอร์เองจึงไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ด้วยตัวของมันเอง และในกรณีที่เครื่องคอมพิวเตอร์ทำงานบกพร่อง แม้ว่าความบกพร่องดังกล่าวจะไม่ได้มีผลต่อความถูกต้องของเนื้อหาก็ตาม พยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวจะต้องห้ามมิให้รับฟัง ดังเช่น ในคดี *McKeown v. DPP*²⁶ พยานหลักฐานจากเครื่องคอมพิวเตอร์ไม่สามารถเชื่อถือได้ เพราะนาฬิกาซึ่งเป็นส่วนหนึ่งในเครื่องวัดปริมาณแอลกอฮอล์ทำงานบกพร่อง แม้ว่าจะไม่กระทบต่อความถูกต้องแม่นยำในส่วนที่วัดปริมาณแอลกอฮอล์ก็ตาม ซึ่งในชั้นอุทธรณ์ House of Lords ไม่ยอมรับการตีความในลักษณะดังกล่าว โดยตีความว่าเฉพาะความบกพร่องที่มีผลต่อการทำงานของคอมพิวเตอร์ เก็บหรือเรียกซึ่งข้อมูลที่เป็นพยานหลักฐานเท่านั้นที่จะต้องห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานตาม section 69

เนื่องจากปัญหาที่เกิดขึ้นจาก section 69 ดังกล่าว จึงได้มีการยกเลิก section 69 โดย Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999²⁷ ดังนั้นเมื่อการอ้างข้อมูลจาก

²⁶ [1995] Crim LR 69.

²⁷ 60 Removal of restriction on use of evidence from computer records

Section 69 of the [1984 c.60] Police and Criminal Evidence Act 1980 (evidence from computer records inadmissible unless conditions relating to proper use and operation of computer shown to be satisfied) shall cease to have effect

สื่ออิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐาน จึงต้องใช้ข้อสันนิษฐานเบื้องต้นของกฎหมายคอมมอนลอว์ ดังนี้

“ในกรณีที่ไม่มีพยานหลักฐานโต้แย้ง ศาลสันนิษฐานว่าอุปกรณ์เครื่องจักรกลทำงานอย่างถูกต้องแม่นยำในเวลานั้น”²⁸

จากข้อสันนิษฐานดังกล่าว ทำให้คู่ความได้รับประโยชน์ จึงไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าเครื่องคอมพิวเตอร์ทำงานอย่างถูกต้องแม่นยำ เว้นแต่จะมีพยานหลักฐานแสดงให้เห็นว่า เครื่องคอมพิวเตอร์ทำงานบกพร่อง โดยหลักฐานนำมาใช้กับเครื่องมือ เช่น มาตราวัดอัตราความเร็ว สัญญาณไฟจราจร เป็นต้น ซึ่งเห็นได้ว่าไม่มีเหตุผลใดที่จะไม่นำมาใช้กับเครื่องคอมพิวเตอร์ด้วย

แม้จะนำข้อสันนิษฐานดังกล่าวมาใช้ก็ตาม แต่หากมีพยานหลักฐานแสดงว่าเครื่องคอมพิวเตอร์ทำงานบกพร่อง ข้อสันนิษฐานดังกล่าวย่อมไม่เป็นประโยชน์ต่อผู้ที่อ้างพยานหลักฐานทางคอมพิวเตอร์ แต่ลักษณะของพยานหลักฐานที่หักล้างข้อสันนิษฐานและการได้มาซึ่งพยานหลักฐานดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดปัญหา เนื่องจากผู้หักล้างอาจไม่อยู่ในสถานะที่จะหาพยานหลักฐานมาหักล้างข้อสันนิษฐานได้และไม่มีความรู้ในเรื่องการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์ แต่อย่างไรก็ตามแนวคิดการผลักภาระการพิสูจน์สามารถยืดหยุ่นได้ กล่าวคือ คู่ความฝ่ายที่ต้องหักล้างข้อสันนิษฐานไม่อยู่ในสถานะที่จะแสวงหาพยานหลักฐานมาหักล้างได้ เพราะโดยลักษณะของตัวพยานหลักฐานเองที่ยากต่อการแสวงหา ทำให้การหักล้างข้อสันนิษฐานเป็นไปได้ยาก ดังจะเห็นได้จาก คดี Cracknell v. Willis²⁹ โดย House of Lords เห็นว่า ควรจะให้สิทธิแก่คู่ความฝ่ายที่ต้องหักล้างข้อสันนิษฐานโต้แย้งว่าเครื่องวัดปริมาณแอลกอฮอล์ทำงานบกพร่อง แม้ว่าจะไม่มีสิ่งที่บ่งชี้ว่าเครื่องดังกล่าวทำงานบกพร่องโดยตัวของมันเอง โดยใช้พยานบุคคลเป็นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ถึงปริมาณแอลกอฮอล์ที่เข้าสู่ร่างกาย

²⁸ “In the absence of evidence to the contrary, the court will presume that mechanical instruments were in order at the material time ”

²⁹ [1988] AC 450.

การนำข้อสันนิษฐานว่าเครื่องคอมพิวเตอร์ทำงานอย่างถูกต้องเหมาะสม และ ผลักภาระการพิสูจน์ให้ฝ่ายตรงข้ามมาใช้นั้นมีความเหมาะสมและก่อให้เกิดประโยชน์ แต่อย่างไรก็ดี การตีความในเรื่องภาระการพิสูจน์ดังกล่าวจะต้องตีความไปในทางที่ไม่มีผลให้ฝ่ายที่ต้องหักล้าง ข้อสันนิษฐานต้องมีความผิด เพียงเพราะไม่สามารถแสวงหาพยานหลักฐานมาหักล้าง ข้อสันนิษฐานได้เท่านั้น

แม้พยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์จะมีหลักพยานบอกเล่า (Hearsay Rule) เป็นอุปสรรคในการรับฟังพยานหลักฐาน เนื่องจากโดยส่วนใหญ่พยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ มักจะอยู่ในรูปของพยานบอกเล่า แต่ก็มีพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถรับฟังเป็น พยานหลักฐานได้โดยตรง เพราะเกิดจากการทำงานของคอมพิวเตอร์โดยตรงและข้อมูลนั้นเกิด จากการประมวลผล โดยไม่มีการทำงานของมนุษย์เข้ามาเกี่ยวข้อง พยานหลักฐานประเภทนี้ จึงจัดได้ว่าเป็นพยานหลักฐานชั้นต้น (Real Evidence) และไม่อยู่ภายใต้ section 69 เช่นกัน ดังเช่นในคดี *Castle v. Cross*³⁰ และ *R v. Spiby*³¹ โดยศาลอังกฤษยอมรับว่าระบบโทรศัพท์ อัตโนมติที่บันทึกไว้ในคอมพิวเตอร์ (Logging computer) เป็นการทำงานโดยไม่มีการทำงานของ มนุษย์ จึงรับฟังได้ในฐานะพยานหลักฐานโดยตรง ข้อมูลที่บันทึกไว้โดยคอมพิวเตอร์หรือ สื่ออิเล็กทรอนิกส์โดยอัตโนมัติสามารถใช้เป็นพยานหลักฐานต่อศาลได้ โดยไม่ติดขัดบทตัดพยาน Hearsay Rule

ในทางปฏิบัติพยานหลักฐานประเภทนี้จะมีการนำสืบพยานผู้เชี่ยวชาญประกอบ คดีเสมอ การนำสืบพยานหลักฐานชนิดนี้จึงต้องใช้พยานบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกับเครื่องคอมพิวเตอร์ หรือพยานผู้เชี่ยวชาญนำสืบอธิบายถึงการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์

สำหรับประเทศไทย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 บัญญัติให้สิ่งที่น่าสนใจในการพิสูจน์ความผิดหรือความบริสุทธิ์ของจำเลยไว้ คือ พยานวัตถุ

³⁰ *Castle v Cross* [1984] 1 W.L.R. 1372 DC จำเลยถูกจับกุม เนื่องจากไม่ยอมให้ตัวอย่างลมหายใจในปริมาณที่เพียงพอในการ เป่าเครื่องวัดปริมาณแอลกอฮอล์ ทำให้เครื่องไม่สามารถวิเคราะห์ปริมาณแอลกอฮอล์ได้ ในคดีนี้ศาลยอมรับฟังทั้ง printout ผลการ ทดสอบที่ได้จากเครื่องวัดปริมาณแอลกอฮอล์ และบันทึกของผู้ควบคุมเครื่องวัดปริมาณแอลกอฮอล์เป็นพยานหลักฐาน

³¹ *R v. Spiby* (1990) 91 Cr. App. R. 186 จำเลยถูกจับกุมในข้อหาลักลอบส่งยาเสพติด ในคดีนี้มีการเสนอบันทึกการใช้โทรศัพท์ ของจำเลยในโรงแรมในรูปของ computer printout ซึ่งเกิดจากการบันทึกโดยอัตโนมัติ ซึ่งศาลรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวใน ฐานะพยานหลักฐานชั้นต้น (Real Evidence)

พยานเอกสาร และพยานบุคคล โดยพยานหลักฐานดังกล่าวต้องเป็นพยานชนิดที่มีได้เกิดขึ้นจากการจูงใจ มีค้ำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง หรือโดยมิชอบประการอื่น ดังนั้นจึงสามารถจำแนกพยานหลักฐานออกได้ 3 ประเภท ดังนี้

1. พยานบุคคล หมายถึง บุคคลที่มาให้การด้วยปากต่อหน้าศาล กล่าวคือ เป็นตัวคนที่รู้เห็นเหตุการณ์อันเป็นข้อเท็จจริงในคดี และได้มาเบิกความต่อหน้าศาลในฐานะพยาน แต่มีนักกฎหมายบางท่านให้คำนิยามพยานบุคคลว่า หมายถึง ถ้อยคำของบุคคลที่มาให้การต่อหน้าศาลและศาลได้จดบันทึกข้อความไว้ในสำนวนความ โดยมุ่งหมายถึงถ้อยคำที่ศาลจดลงในสำนวนความเป็นหลัก

2. พยานเอกสาร หมายถึง ข้อความใดๆ ในเอกสารที่มีการอ้างอิงเป็นพยาน โดยอาศัยการสื่อความหมายของข้อความนั้นพิสูจน์ความจริง

3. พยานวัตถุ คือ ข้อความใดๆ ให้ศาลตรวจดูเพื่อประโยชน์แก่คดีของตน เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับพยานเอกสารแล้วจะเห็นได้ว่า เอกสารฉบับหนึ่งอาจเป็นพยานเอกสารหรือพยานวัตถุก็ได้สุดแต่วัตถุประสงค์ของการอ้าง ถ้าเป็นการอ้างให้ศาลดูข้อความในเอกสารก็เป็นพยานเอกสาร แต่ถ้าเป็นการอ้างเพื่อให้ศาลดูรูปลักษณะของเอกสารก็เป็นพยานวัตถุ

สำหรับ พยานเอกสาร หากพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(7) บัญญัติว่า

"เอกสาร" หมายความว่า กระดาษหรือวัตถุอื่นใด ซึ่งได้ทำให้ปรากฏความหมายด้วยตัวอักษร ตัวเลข ผัง หรือแผนแบบอย่างอื่นจะเป็นโดย วิธีพิมพ์ ถ่ายภาพ หรือวิธีอื่นอันเป็นหลักฐานแห่งความหมายนั้น

จะเห็นได้ว่า พยานหลักฐานที่สามารถรับรู้โดยการเห็นหรือโดยประสาทตา และทำให้ปรากฏเพื่อสื่อความหมายอันเป็นหลักฐานแห่งความหมายนั้น พยานหลักฐานดังกล่าวจะถือเป็นพยานเอกสาร ซึ่งพยานหลักฐานที่อยู่ในรูปสื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือบันทึกอยู่ในสื่อทำนอง

เดียวกัน สามารถสื่อความหมายอันเป็นหลักฐานแห่งความหมายนั้นได้เช่นกัน ย่อมถือเป็น พยานเอกสารได้ ดังจะเห็นได้จาก

มาตรา 1(7) ให้คำนิยามคำว่า “เอกสาร” ไว้อย่างกว้าง ซึ่งเห็นได้จากคำว่า “กระดาษหรือวัตถุอื่นใด” และ “จะเป็นโดยวิธีพิมพ์ ถ่ายภาพ หรือวิธีอื่นอันเป็นหลักฐาน แห่งความหมายนั้น” เพื่อให้สามารถปรับใช้กับสิ่งอื่นนอกจากกระดาษและวิธีการสื่อความหมาย อื่น นอกจากการพิมพ์ หรือถ่ายภาพ ดังเช่น คำพิพากษาฎีกา 2090/2536³² หมายเลขเครื่องยนต์ และแผ่นป้ายทะเบียนรถยนต์จึงเป็นเอกสาร แต่วัตถุอื่นใดนั้นจะต้องทำให้ปรากฏความหมาย ด้วยตัวอักษร ตัวเลข ผัง หรือแผนแบบอย่างอื่น ไม่ว่าจะโดยวิธีพิมพ์ ถ่ายภาพ หรือวิธีอื่นอันเป็น หลักฐานแห่งความหมายนั้น และ “วิธีอื่นอันเป็นหลักฐานแห่งความหมายนั้น” น่าจะต้องเป็นวิธี ที่ทำให้วัตถุอื่นใดนั้นอยู่ในรูปแบบที่คงทนในระดับหนึ่ง ซึ่งพยานหลักฐานที่อยู่ในรูป สื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือบันทึกอยู่ในสื่อทำนองเดียวกัน เช่น disk harddrive เป็นต้น ก็มีคุณสมบัติ ความคงทนเช่นเดียวกัน

ส่วนในกรณีที่ไม่มีการบันทึกข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ลงสื่อ แต่เป็นการแลกเปลี่ยน ข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือการส่งอี-เมลระหว่างผู้ส่งและผู้รับ โดยผู้ส่งหรือผู้รับสามารถเรียกดู ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวได้จากระบบกลางหรือเซิร์ฟเวอร์ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต³³ กรณีดังกล่าวน่าจะเป็นการเพียงพอที่จะถือว่าข้อมูลอยู่ในรูปแบบที่คงทนหรือเป็นวิธีอื่นอันเป็น หลักฐานแห่งความหมายนั้น อันจะถือเป็นวัตถุอื่นใดซึ่งได้ทำให้ปรากฏความหมายด้วยตัวอักษร ตัวเลข ผัง หรือแผนแบบอย่างอื่นแล้ว เนื่องจากข้อมูลที่แลกเปลี่ยนกันหรือส่งถึงกันจะยังคงอยู่ใน เซิร์ฟเวอร์ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต เว้นแต่ผู้รับและผู้ส่งจะลบข้อมูลดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตาม

³² เมื่อจำเลยนำรถยนต์ที่มีหมายเลขเครื่องยนต์และแผ่นป้ายทะเบียนดังกล่าวไปยื่นคำขอต่อเจ้าพนักงานตำรวจเพื่อขอออกใบแทน ใบคู่มือการจดทะเบียนรถยนต์ที่จำเลยไปแจ้งเจ้าพนักงานว่าหายทั้งที่รู้ว่าเป็นความเท็จ การกระทำของจำเลยย่อมเป็นความผิด ฐานใช้หมายเลขเครื่องยนต์และแผ่นป้ายทะเบียนรถยนต์ซึ่งเป็นเอกสารราชการปลอม กับมีความผิดฐานแจ้งความเท็จต่อเจ้า พนักงาน ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(7) ได้ให้คำนิยามของคำว่า “เอกสาร” ไว้ว่าหมายความว่า กระดาษหรือวัตถุอื่นใด ซึ่งได้ ทำให้ปรากฏความหมายด้วยตัวอักษร ตัวเลข ผังหรือแบบแผนอย่างอื่น จะเป็นโดยวิธีพิมพ์ ถ่ายภาพหรือวิธีอื่นอันเป็นหลักฐานแห่ง ความหมายนั้นจากบทนิยามดังกล่าวหมายเลขเครื่องยนต์และแผ่นป้ายทะเบียนรถยนต์จึงเป็นเอกสาร

³³ เด่นฟ้า เรื่องอุทธรณ์คดี, “ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการรับฟังเอกสารอิเล็กทรอนิกส์”, อุทธรณ์ 3 ปีที่ 53, (กันยายน-ธันวาคม 2549): 121.

หากผู้รับหรือผู้ส่งลบข้อมูลดังกล่าวเพียงฝ่ายเดียว แต่ผู้ส่งหรือผู้รับอีกฝ่ายมิได้ลบข้อมูลแต่อย่างใด ข้อมูลดังกล่าวก็ยังคงอยู่ในระบบต่อไปเช่นกัน

แต่หากมีการ print เอกสารดังกล่าวจากคอมพิวเตอร์ แม้จะไม่มีเก็บข้อมูลไว้ printout ดังกล่าวถือว่าเป็นสื่อที่คงทนในระดับหนึ่งจึงถือเป็นเอกสาร และกรณีที่มีการลบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไปแล้ว แต่มีการอ้างข้อมูลดังกล่าวใน back up ไฟล์ ซึ่งหากมีการทำให้ปรากฏความหมายด้วยตัวอักษร ตัวเลข ผัง หรือแผนแบบอย่างอื่นลงบนสื่อที่คงทน ข้อมูลดังกล่าวน่าจะถือเป็นเอกสารเช่นกัน³⁴

ปัญหาที่สำคัญในการนำพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์มาสืบตามกฎหมายลักษณะพยานของไทยอีกประการหนึ่งคือ ในกรณีที่มีการแปลงข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ให้อยู่ในรูปแบบที่ปรากฏความหมายด้วยตัวอักษร ตัวเลข ผัง หรือแผนแบบอย่างอื่น เช่น printout นั้นจะถือว่าเป็นต้นฉบับหรือสำเนา

ในปัจจุบันยังไม่มีบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ไว้โดยเฉพาะ อีกทั้งคำพิพากษาศาลฎีกาก็ไม่มีแนวที่ชัดเจนเช่นกัน การพิจารณาจึงต้องอาศัยเทียบเคียงจากพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน กล่าวคือ

“ต้นฉบับ” หมายถึง ฉบับจริงของเรื่องที่ประพันธ์ไว้เดิม ฉบับที่เขียนหรือตีพิมพ์ไว้เดิมก่อนตีพิมพ์ ต้นสำเนา³⁵

“สำเนา” หมายถึง ข้อความหรือภาพ เป็นต้น ที่ผลิตซ้ำจากต้นแบบหรือต้นฉบับ; ลักษณะนามเรียกจำนวนแผ่นหรือชุดที่ผลิตซ้ำจากต้นแบบหรือต้นฉบับ; คัดหรือถ่ายข้อความหรือภาพเป็นต้นจากต้นแบบหรือต้นฉบับ เช่น ก่อนส่งใบเสร็จรับเงินไปให้ลูกค้า ควรสำเนาไว้ก่อน³⁶

³⁴ อ้างแล้ว

³⁵ พจนานุกรมไทยฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://rirs3.royin.go.th/dictionary.asp>

³⁶ พจนานุกรมไทยฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://rirs3.royin.go.th/dictionary.asp>

ดังนั้น printout ที่พิมพ์ออกมาจากต้นฉบับในฮาร์ดไดรฟ์หรือดิสก์ น่าจะถือว่าเป็นสำเนา ส่วนในกรณีที่มีการลบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไปแล้ว หากมีการอ้างข้อมูลดังกล่าวใน back up ไฟล์ ข้อมูลดังกล่าวก็น่าจะถือเป็นสำเนาเช่นกัน เพราะ back up ไฟล์ เป็นไฟล์สำรองที่คอมพิวเตอร์บันทึกไว้ในระบบโดยมีข้อมูลตรงกันกับต้นฉบับไฟล์ แต่ในกรณีที่ print เอกสารจากคอมพิวเตอร์โดยไม่มีการเก็บข้อมูลไว้ printout ที่ได้ น่าจะถือได้ว่าเป็นต้นฉบับ เนื่องจากทำพร้อมกันโดยผู้ทำหรือผู้ออกเอกสารหรือบันทึกนั้นประสงค์จะให้ผลอย่างเดียวกันกับต้นฉบับ³⁷

แม้ว่ายังไม่มีแนวทางที่ชัดเจนว่า การแปลงข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ให้อยู่ในรูปแบบที่ปรากฏความหมายด้วยตัวอักษร ตัวเลข ผัง หรือแผนแบบอย่างอื่น เช่น printout จะเป็นต้นฉบับหรือสำเนาก็ตาม แต่ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 238 บัญญัติว่า

“ต้นฉบับเอกสารเท่านั้นที่อ้างเป็นพยานได้ ถ้าหาต้นฉบับไม่ได้ สำเนาที่รับรองว่าถูกต้องหรือพยานบุคคลที่รู้ข้อความก็อ้างเป็นพยานได้...”

ดังนั้น ไม่ว่าจะข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ที่นำมาอ้างเป็นพยานหลักฐานจะอยู่ในสถานะต้นฉบับหรือสำเนาก็ตาม ย่อมไม่ก่อให้เกิดปัญหาในการนำมาอ้างเป็นพยานต่อศาล เพราะตามมาตรา 238 บัญญัติให้ต้นฉบับเท่านั้นที่อ้างเป็นพยานได้ แต่หากหาต้นฉบับไม่ได้ สำเนาที่รับรองว่าถูกต้องก็อ้างเป็นพยานได้ แม้จะหาต้นฉบับไม่ได้ ก็สามารถนำสำเนามาอ้างเป็นพยานได้เช่นกัน หรือกล่าวได้ว่า ข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ไม่ว่าจะเป็นต้นฉบับหรือสำเนา ไม่ต้องห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานในคดีอาญา แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายลักษณะพยานในคดีอาญาของไทย การรับฟังพยานหลักฐานก็ยังคงยึดหลัก Best Evidence Rule เมื่อไม่สามารถนำต้นฉบับมาแสดงต่อศาลได้ ก็สามารถนำสำเนามาอ้างต่อศาลได้ แต่ศาลย่อมให้น้ำหนักแก่พยานหลักฐานนี้น้อยเช่นกัน ตามมาตรา 227 บัญญัติให้ศาลใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวง เนื่องจากข้อมูลจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์ส่วนใหญ่จะเป็นในรูปแบบของเอกสาร เช่น printout จึงอาจทำให้เกิดปัญหาในเรื่องการตีความว่าเป็นพยานเอกสารและจะต้องส่งต้นฉบับ จึงสมควรแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 238 เพื่อให้มีการยอมรับข้อมูลจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์ได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงเรื่องการส่งต้นฉบับ

³⁷ เต๋นฟ้า เรื่องอุทธรณ์คดี, “ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการรับฟังเอกสารอิเล็กทรอนิกส์”, อุทธรณ์, 3 ปีที่ 53, (กันยายน-ธันวาคม 2549): 123.

โดยปกติพยานหลักฐานที่จะอ้างส่งต่อศาลนั้น ต้องมีคุณสมบัติเบื้องต้นในเรื่อง ความถูกต้องแท้จริงเสียก่อนตามหลัก Authentication เป็นหลักในเรื่องการรับรองความถูกต้องแท้จริงของพยานหลักฐานที่เป็นเอกสารหรือวัตถุพยาน โดยเป็นการยืนยันว่าเนื้อหาหรือข้อมูลที่อ้างเป็นพยานหลักฐานไม่มีการเปลี่ยนแปลงและข้อมูลดังกล่าวเกิดขึ้นจากแหล่งต้นตอจริงๆ ไม่ว่าจะ เป็นมนุษย์หรือเครื่องจักรกลก็ตาม และเป็นการยืนยันว่ารายละเอียดอื่นๆ ที่ไม่เกี่ยวข้อง เช่น วันที่ทำการบันทึก เป็นต้น มีความถูกต้องเช่นกัน หลัก Authentication นี้เป็นหลักกฎหมาย คอมมอนลอว์อันเก่าแก่ และมีอิทธิพลต่อกฎหมายไทยด้วย

ข้อมูลจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์จะเริ่มต้นจากภาษามนุษย์แล้วเปลี่ยนเป็นภาษา อิเล็กทรอนิกส์ แล้วจึงแปลงกลับไปเป็นภาษามนุษย์อีก ต่างจากเอกสารทั่วไปที่เป็นการบันทึกด้วยการเขียนหรือพิมพ์ดีด ซึ่งไม่มีการเปลี่ยนแปลงในการบันทึกข้อมูล ดังนั้นการรับรองความถูกต้องแท้จริงในเอกสารทั่วไปจึงทำได้โดยง่าย เนื่องจากเพียงแต่รับรองว่าเอกสารนั้นเป็นของจริงเท่านั้น ก็เพียงพอ แต่การรับรอง printout จากเครื่องคอมพิวเตอร์นั้น มิใช่เป็นการรับรองว่า printout นั้น ได้พิมพ์ออกมาจากเครื่องคอมพิวเตอร์ แต่เป็นการรับรองความถูกต้องแท้จริงแห่งเนื้อหาการบันทึก ข้อมูลโดยเครื่องคอมพิวเตอร์

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา Federal Rules of Evidence ข้อ 901³⁸ เอกสาร ทั่วไปจะต้องมีการรับรองความถูกต้องของพยานหลักฐานนั้นๆ อย่างเพียงพอว่า ข้อเท็จจริง เป็นไปตามที่ผู้อ้างพยานหลักฐานกล่าวอ้างเช่นเดียวกับการรับฟังพยานหลักฐานโดยทั่วไป เช่นเดียวกันพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ก็ย่อมต้องมีการรับรองความถูกต้องของ พยานหลักฐานด้วย จึงได้มีการบัญญัติไว้ใน FRE ข้อ 901(b)(9) ว่า ผู้อ้างพยานหลักฐานดังกล่าว จะต้องนำเสนอพยานหลักฐาน ที่อธิบายถึงกระบวนการหรือระบบที่สามารถก่อให้เกิดผลที่ถูกต้อง

³⁸ Rule 901. Requirement of Authentication or Identification

(a) General provision.

The requirement of authentication or identification as a condition precedent to admissibility is satisfied by evidence sufficient to support a finding that the matter in question is what its proponent claims.

(b) Illustrations.

By way of illustration only, and not by way of limitation, the following are examples of authentication or identification conforming with the requirements of this rule:

(9) *Process or system.* Evidence describing a process or system used to produce a result and showing that the process or system produces an accurate result.

ก่อนที่จะสามารถรับฟังพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวได้ ซึ่งอาจเป็นการนำผู้จัดทำข้อมูล มาเบิกความรับรองความถูกต้องของข้อมูลดังกล่าว หรือนำผู้ได้รับข้อมูลมายืนยันถึงการรับข้อมูล ดังกล่าวก็เพียงพอแล้ว³⁹

แต่อย่างไรก็ดี จาก FRE ข้อ 901 จะเห็นได้ว่า วิธีการรับรองข้อมูลจาก สื่ออิเล็กทรอนิกส์นั้น ไม่ได้กำหนดรายละเอียดไว้ชัดเจน เพียงแต่บัญญัติไว้เป็นหลักกว้างๆ เท่านั้น โดยให้เป็นดุลพินิจของคู่ความที่จะนำผู้ที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลนั้นๆ มาสืบ เพื่อให้ศาลเชื่อ และ ผู้ที่อ้างข้อมูลเป็นพยานหลักฐานจะต้องรับรองความถูกต้องแท้จริงของข้อมูลที่อ้างเป็น พยานหลักฐานเพื่อให้ศาลเห็นว่า

1. สามารถกล่าวบรรยายความละเอียดเกี่ยวกับระบบคอมพิวเตอร์ที่ใช้ทำการ ประมวลผลจนได้พยานหลักฐานนั้นออกมาว่ามีการทำงานอย่างไร
2. สามารถแสดงได้ว่า ผลลัพธ์ที่เครื่องคอมพิวเตอร์ประมวลผลออกมานั้น มีความถูกต้องแม่นยำ

ในปัจจุบันเนื่องจากความแพร่หลายและการให้ความยอมรับคอมพิวเตอร์ ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกามีแนวโน้มที่จะถือว่าพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์สามารถรับฟัง ได้โดยไม่ต้องมีการรับรองความถูกต้องแท้จริง ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นการผลักภาระการพิสูจน์ว่า การทำงานของคอมพิวเตอร์มีความบกพร่องไปยังคู่ความฝ่ายที่ต้องการคัดค้านความถูกต้อง แท้จริงของพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ ดังจะเห็นได้จาก

คดี *Kearley v. State*⁴⁰ จำเลยถูกกล่าวหาว่าประทุษร้ายทางเพศต่อผู้เสียหาย และจำเลยอุทธรณ์ว่าพยานหลักฐานคือ อี-เมลที่จำเลยส่งถึงผู้เสียหายต้องห้ามมิให้รับฟัง เนื่องจากไม่มีการรับรองความถูกต้องแท้จริงของอี-เมลดังกล่าว ในคดีนี้ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่าการที่ผู้เสียหายให้การว่าจำเลยส่งอี-เมลให้เธอ ซึ่งเธอได้รับผ่านทางเครื่องคอมพิวเตอร์ของเธอ

³⁹ เด่นฟ้า เรืองฤทธิ์เดช, “ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการรับฟังเอกสารอิเล็กทรอนิกส์”, *ตุลพาน*, 3 ปีที่ 53, (กันยายน-ธันวาคม 2549): 95-96.

⁴⁰ 2002 WL 31372319 (Miss.App.,2002, October 22, 2002).

และ printout ของอี-เมลล์นั้น ผู้เสียหายให้การรับรองความถูกต้อง อีกทั้งการที่จำเลยให้การกับเจ้าหน้าที่ตำรวจยอมรับว่าได้ส่งอี-เมลล์นั้นให้แก่ผู้เสียหายจริง ก็เป็นการเพียงพอที่ศาลถือว่ามีการรับรองความถูกต้องของพยานหลักฐานและสามารถรับฟังพยานหลักฐานดังกล่าวได้แล้ว

คดี People v. markowitz⁴¹ ศาลวินิจฉัยว่า คอมพิวเตอร์ดาต้าเบสซึ่งมีค่าเบิกความรับรองของลูกจ้างผู้จัดทำดาต้าเบสก็เพียงพอแล้วที่จะรับฟังดาต้าเบสดังกล่าวที่บรรจุข้อมูลจำนวนเงินที่ถูกจัดเก็บโดยจำเลยในคดีลักทรัพย์

สำหรับประเทศอังกฤษ ถือว่าพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์โดยทั่วไปมีความน่าเชื่อถือ โดยอยู่ภายใต้ข้อสันนิษฐานเบื้องต้นว่า เครื่องคอมพิวเตอร์ทำงานไม่บกพร่องเช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนั้นภาระการพิสูจน์ว่าการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์มีความบกพร่องจึงตกเป็นภาระของคุณความฝ่ายที่ต้องการคัดค้านความถูกต้องแท้จริงของพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ ดังนั้นประเทศอังกฤษจึงยอมรับให้มีการรับรองความถูกต้องแท้จริงของ printout จากเครื่องคอมพิวเตอร์ เพียงแค่คำรับรองของผู้ที่เกี่ยวข้องก็เพียงพอแล้ว และผู้ที่เกี่ยวข้องนั้นไม่จำเป็นต้องให้คำรับรองยืนยันความถูกต้องของระบบการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์ไว้อีก เนื่องจากได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานเบื้องต้นว่าในกรณีที่ไม่มีพยานหลักฐานโต้แย้ง ศาลสันนิษฐานว่าอุปกรณ์เครื่องจักรกลทำงานอย่างถูกต้องแม่นยำในเวลาอื่นๆ จะเห็นได้ว่าเป็นการโยนภาระการพิสูจน์ไปให้คุณความอีกฝ่ายหนึ่งมีหน้าที่หักล้าง

สำหรับประเทศไทย แม้จะได้รับอิทธิพลจากกฎหมายคอมมอนลอว์ แต่กฎหมายลักษณะพยานของไทยกลับไม่มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนถึงการรับรองความถูกต้องแท้จริงของเอกสาร ในทางปฏิบัติการนำเอกสารเข้าสู่การพิจารณาของศาลจะต้องมีการนำบุคคลมายืนยันความมีอยู่ ลักษณะ ที่มา และความเกี่ยวข้องเช่นเดียวกัน ไม่ว่าบุคคลดังกล่าวจะอยู่ในฐานะผู้จัดทำเอกสารหรือเพียงแต่มีความเกี่ยวข้องกัเอกสารนั้นๆ เว้นแต่คุณความอีกฝ่ายจะรับรองความถูกต้องแท้จริงของเอกสารดังกล่าวเสียเอง เห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 1795/2538 พยานบุคคลของโจทก์ได้เบิกความรับรองพยานเอกสารว่ามีอยู่จริงและถูกต้อง แม้พยานโจทก์ที่เบิกความมาจะมีได้รู้เห็นขณะทำพยานเอกสาร แต่พยานเหล่านั้นเป็นผู้มีหน้าที่เกี่ยวข้องกัพยานเอกสาร และเมื่อได้ตรวจสอบเอกสารต่างๆ แล้ว ก็สามารถรับรองความถูกต้องแท้จริงได้ การที่ศาล

⁴¹ 189 N.Y. 562, 82 N.E. 1130, N.Y. 1907 October 29, 1907.

ชั้นต้นและศาลอุทธรณ์รับฟังพยานบุคคลของโจทก์ดังกล่าวจึงไม่ต้องห้ามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95(2)

ดังนั้น แม้จะไม่มีบทบัญญัติให้รับรองความถูกต้องแท้จริงของเอกสาร แต่ในทางปฏิบัติต้องมีการรับรองความถูกต้องแท้จริง พยานหลักฐานจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์จึงต้องมีการนำบุคคลมายืนยันความมีอยู่ ลักษณะ ที่มา และความเกี่ยวข้องด้วยเช่นเดียวกัน โดยเพียงแต่ผู้ที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับพยานหลักฐานดังกล่าวและได้ตรวจสอบพยานหลักฐานนั้นแล้วรับรองความถูกต้องแท้จริง ก็เป็นอันเพียงพอแล้ว

ด้วยหลักเกณฑ์ของพยานบอกเล่า แม้พยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ที่นำเสนอต่อศาลจะถือว่าเป็นต้นฉบับก็ตาม แต่หากพยานหลักฐานดังกล่าวเป็นพยานบอกเล่า ก็จะต้องห้ามมิให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานเช่นกัน

พยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์โดยส่วนใหญ่จะมีลักษณะเป็นพยานบอกเล่า กล่าวคือ มีการบันทึกข้อมูลเก็บไว้ แล้วนำข้อมูลนั้นมาแสดงใหม่ แต่ก็ไม่จำเป็นต้องไปที่พยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานบอกเล่า เนื่องจากมีข้อมูลจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์บางประเภทที่เกิดจากเครื่องคอมพิวเตอร์เอง เช่น ข้อมูลบันทึกธุรกรรมต่างๆ อันเป็นนิติกรรมสัญญา ดังนั้นบทสนทนาที่โปรแกรมสนทนายบันทึกไว้โดยอัตโนมัติ จึงน่าจะถือได้ว่าไม่ใช่พยานบอกเล่า

แต่ในปัจจุบันทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษได้ผ่อนคลายหลักเกณฑ์การรับฟังพยานบอกเล่า ไม่เคร่งครัดเหมือนในอดีต เนื่องจากความเจริญก้าวหน้าและความแพร่หลายทางเทคโนโลยี และมีคุณค่าควรแก่การรับฟัง

สำหรับประเทศไทย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226/3 บัญญัติห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานบอกเล่า กล่าวคือ ข้อความซึ่งเป็นการบอกเล่าที่พยานบุคคลได้นำมาเบิกความต่อศาล หรือที่บันทึกไว้ในเอกสารหรือวัตถุอื่นใด ซึ่งอ้างเป็นพยานหลักฐานต่อศาล โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อพิสูจน์ความจริงแห่งข้อความนั้น จะเห็นได้ว่าประเทศไทยมีบทบัญญัติห้ามมิให้รับฟังพยานบอกเล่าไว้อย่างชัดเจน แต่อย่างไรก็ตามกฎหมาย

ก็บัญญัติข้อยกเว้นไว้สองกรณีด้วยกัน คือ (1) ตามสภาพ ลักษณะ แหล่งที่มา และข้อเท็จจริง แวดล้อมของพยานบอกเล่าที่น่าเชื่อว่าจะพิสูจน์ความจริงได้ หรือ (2) มีเหตุจำเป็น เนื่องจากไม่สามารถนำบุคคลซึ่งเป็นผู้ที่ได้เห็น ได้ยิน หรือทราบข้อความเกี่ยวในเรื่องที่จะให้การเป็นพยาน นั้นด้วยตนเองโดยตรงมาเป็นพยานได้ และมีเหตุผลสมควรเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมที่จะ รับฟังพยานบอกเล่า นั้น ข้อยกเว้นดังกล่าวบัญญัติไว้อย่างกว้างขวาง ดังนั้นหากเป็น พยานหลักฐานที่ถูกต้องแท้จริงและมีคุณค่าในการพิสูจน์ความจริงแล้ว พยานหลักฐานดังกล่าว ศาลย่อมรับฟังได้ ยิ่งไปกว่านั้นกรณีที่คอมพิวเตอร์เป็นระบบอินเทอร์เน็ต ซึ่งข้อมูลจาก คอมพิวเตอร์เครื่องหนึ่งจะถูกบันทึกลงในคอมพิวเตอร์เครื่องอื่นด้วย การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูล โดยไม่พบร่องรอยจะไม่สามารถทำได้โดยง่าย เนื่องจากเป็นไปไม่ได้ที่จะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลง ข้อมูลในเครื่องคอมพิวเตอร์ทุกเครื่องในระบบ ข้อมูลดังกล่าวจึงมีความน่าเชื่อถือและสามารถ รับฟังได้เช่นกัน⁴²

แต่อย่างไรก็ตาม เพื่อป้องกันมิให้เกิดปัญหาได้เถียงกันในอนาคตว่า ข้อมูล จากสื่ออิเล็กทรอนิกส์อาจจะอยู่ในข่ายห้ามรับฟังเพราะเป็นพยานบอกเล่า จึงสมควรแก้ไข ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226/3 ให้รับฟังข้อมูลจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์ได้ โดยไม่ถือว่าเป็นพยานบอกเล่า

ในปัจจุบันวิธีการนำเสนอและนำสืบพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ยังไม่มีการ กำหนดวิธีการที่ชัดเจน โดยอาจทำในรูปแบบของข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาโดยอาศัย บทบัญญัติของ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 103/3

4.4 ปัญหาการรับฟังสื่อบันทึกเสียง และภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหว ที่บันทึกไว้ใน คอมพิวเตอร์หรือสิ่งอื่นใดที่มีลักษณะเช่นเดียวกัน

ในการล่อลวงเด็กและเยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทาง อิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ นั้น อาจมีการใช้กลวิธีทั้งทางวาจาและภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหว

⁴² เต๋นฟ้า เรื่องฤทธิเดช, “ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการรับฟังเอกสารอิเล็กทรอนิกส์”, *ตุลพาน*, 3 ปีที่ 53, (กันยายน-ธันวาคม 2549): 111.

ในการโน้มน้าวจิตใจของเหยื่อให้คล้อยตาม ดังนั้นการบันทึกเสียงสนทนาระหว่างผู้กระทำผิดกับเหยื่อ หรือภาพลามกอนาจารที่ผู้กระทำความผิดส่งให้เหยื่อ ย่อมนำมาเป็นพยานหลักฐานเพื่อนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้ แต่อย่างไรก็ตามการนำพยานหลักฐานดังกล่าวเข้าสู่การรับฟังของศาล ก่อให้เกิดปัญหาว่าศาลจะรับฟังได้หรือไม่

ประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น สื่อบันทึกเสียง ถูกจัดอยู่ในรูปแบบของ “Recording” ตาม Federal Rules of Evidence ข้อ 1001 จึงเห็นได้ว่าพยานหลักฐานที่เป็นสื่อบันทึกเสียงเป็นพยานหลักฐานประเภทพยานเอกสาร การรับฟังของศาลจึงต้องเป็นไปตามหลักทั่วไป กล่าวคือ ต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์ของหลัก Best Evidence Rule คือ เป็นต้นฉบับ และหลัก Authentication คือ มีการรับรองความถูกต้องแท้จริง แต่อย่างไรก็ดีหากนำสืบสื่อบันทึกเสียงในรูปแบบของพยานวัตถุ ศาลย่อมสามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงหลัก Best Evidence Rule และหลัก Authentication แต่อย่างใด

สำหรับภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหว อยู่ในบังคับของ FRE ข้อ 1001(2) คือ “Photographs” หมายถึง ภาพถ่าย รวมถึง ภาพนิ่ง ฟิล์มเอกซเรย์ วิดิทัศน์ และภาพยนตร์ พยานหลักฐานที่เป็นภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวถูกจัดให้เป็นพยานหลักฐานประเภทพยานเอกสารเช่นเดียวกับสื่อบันทึกเสียง ดังนั้น การนำสืบพยานหลักฐานที่เป็นภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวก็ย่อมต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของหลัก Best Evidence Rule คือ เป็นต้นฉบับ และหลัก Authentication คือ มีการรับรองความถูกต้องแท้จริงเช่นเดียวกัน

สำหรับประเทศไทย สื่อบันทึกเสียง ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้ในฐานะที่เป็นพยานวัตถุ ดังจะเห็นได้จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7155/2539 แถบบันทึกเสียงเป็นพยานวัตถุที่จำเลยทำขึ้น แต่เพียงฝ่ายเดียว การที่จะให้ศาลรับฟังเป็นพยานหลักฐานตามที่จำเลยนำสืบก็นำจะได้นำเข้าถามค้านพยานโจทก์โดยเปิดเสียงเพื่อให้พยานโจทก์ที่จำเลยอ้างว่าได้บันทึกเสียงไว้ รับรองหรือปฏิเสธเสียงหรือข้อความนั้น เมื่อพยานโจทก์นั้นไม่ได้ฟังข้อความในแถบบันทึกเสียงและไม่ได้ยอมรับคำถอดข้อความที่จำเลยอ้าง แม้แถบบันทึกเสียงจะมีข้อความดังกล่าวแต่ข้อความก็ไม่ได้ไม่พอฟังเป็นยุติตามนั้นได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1828/2534 แถบบันทึกเสียงเป็นพยานวัตถุ แต่เสียงใน แถบบันทึกเสียงที่จำเลยอ้างว่าเป็นเสียงโจทก์นั้น จำเลยมีตัวจำเลยเพียงปากเดียวเบิกความว่า เป็นเสียงของโจทก์ที่พูดได้ตอบกับจำเลยโดยจำเลยไม่มีพยานหลักฐานอื่นมาสนับสนุนให้นำเชื่อ ว่าเป็นเสียงของโจทก์ก็โจทก์ปฏิเสธว่าเสียงในแถบบันทึกเสียงไม่มีเสียงของโจทก์และโจทก์ไม่ได้พูด ได้ตอบกับจำเลยดังที่ปรากฏในเอกสารที่จำเลยอ้างว่าถอดจาก แถบบันทึกเสียง จึงฟังไม่ได้ว่า โจทก์เคยพูดได้ตอบกับจำเลยตามเสียง ที่บันทึก ไว้ในแถบบันทึกเสียง

ส่วนภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหว ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเป็นพยานวัตถุเช่นกัน ดังจะ เห็นได้จากแนวคำพิพากษาฎีกา

คำพิพากษาฎีกาที่ 840/2499 ในกรณีที่โจทก์อ้างภาพถ่ายห้องพิพาทเป็นพยาน ถือว่าเป็นภาพจำลองไม่ใช่พยานเอกสารอันจะต้องส่งสำเนาให้แก่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งก่อน วันสืบพยานดังบังคับไว้ใน ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 90 ดังนั้นโจทก์ผู้อ้าง จึงไม่ต้องส่งสำเนาให้แก่จำเลยก่อนวันสืบพยาน

คำพิพากษาฎีกาที่ 2235/2515 ภาพถ่ายที่เป็นภาพจำลองวัตถุ ไม่ใช่พยานเอกสารอันจะต้องส่งสำเนาให้แก่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งก่อนวันสืบพยานดังบังคับไว้ใน มาตรา 90 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

คำพิพากษาฎีกาที่ 3892/2540 ภาพถ่ายบริเวณที่เกิดเหตุเป็นพยานวัตถุไม่อยู่ในบังคับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 90

คำพิพากษาฎีกาที่ 2572/2540 แม้โพลสลากกินรวบเป็นภาพถ่ายจากเครื่องถ่าย เอกสารไม่ใช่ต้นฉบับ แต่ภาพถ่ายเอกสารดังกล่าวเป็นบันทึกความจำเป็นกับการเล่นการพนัน สลากกินรวบมีจำนวนถึง 656 แผ่นและมีลักษณะเหมือนเป็นโพลสลากกินรวบที่คนเดินโพลหรือ เจ้ามือเป็นผู้ทำเพื่อส่งต่อให้เจ้ามือเหนือขึ้นไปอีกทอดหนึ่งจึงต้องถ่ายสำเนาเก็บไว้เป็นหลักฐาน แม้จะรับฟังเป็นพยานเอกสารไม่ได้ แต่ก็ฟังได้ว่าเป็นพยานวัตถุเกี่ยวแก่การเล่นการพนัน

การนำสื่อบันทึกเสียง หรือภาพ ไม่ว่าจะภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหว เข้าสู่ การพิจารณาของศาล ย่อมต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 241 บัญญัติให้นำสิ่งที่เป็นพยานวัตถุมาศาล ซึ่งมาตรา 241 นี้ เป็นเพียงบทบัญญัติสำหรับวิธีการ สืบพยานวัตถุเท่านั้น หาใช่บทบังคับให้สืบพยานวัตถุเสมอไปไม่ หากศาลเห็นว่าไม่จำเป็นต้อง ตรวจสอบพยานวัตถุก็อาจใช้ดุลพินิจไม่ตรวจสอบเสียได้ แต่เนื่องจากพยานวัตถุที่เป็นสื่อบันทึกเสียง กล่าวคือ เป็นการบันทึกเสียงอันเป็นการสื่อความหมายด้วยคำพูด ซึ่งเป็นการรับรู้ทางประสาทหู ดังนั้นในการรับฟังพยานหลักฐานประเภทนี้จึงจำเป็นต้องมีพยานหลักฐานอื่นๆ มาสนับสนุน เพื่อยืนยันตัวบุคคลที่อยู่ในสื่อบันทึกเสียงนั้น เช่น การตรวจพิสูจน์เสียงโดยวิธีการทาง วิทยาศาสตร์ เป็นต้น ซึ่งจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1828/2534 แถบบันทึกเสียงเป็นพยาน วัตถุ แต่เสียงในแถบบันทึกเสียงที่จำเลยอ้างว่าเป็นเสียงโจทก์นั้น จำเลยมีตัวจำเลยเพียงปากเดียว เบิกความว่าเป็นเสียงของโจทก์ที่พูดได้ตรงกับจำเลย โดยจำเลยไม่มีพยานหลักฐานอื่นมา สนับสนุนให้นำเชื่อว่าเป็นเสียงของโจทก์ โจทก์ปฏิเสธว่าเสียงในแถบบันทึกเสียงไม่มีเสียงของ โจทก์ และโจทก์ไม่ได้พูดได้ตรงกับจำเลยดังที่ปรากฏในเอกสารที่จำเลยอ้างว่าถอดจากแถบ บันทึกเสียง จึงฟังไม่ได้ว่าโจทก์เคยพูดได้ตรงกับจำเลยตามเสียงที่บันทึกไว้ในแถบบันทึกเสียง

ในขณะที่พยานวัตถุที่เป็นภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหว ซึ่งเป็นการสื่อความหมาย ด้วยภาพอันสามารถรับรู้ได้โดยประสาทตา ศาลจึงสามารถใช้ดุลพินิจในการพิจารณาและ ชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานดังกล่าวได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีพยานหลักฐานอื่นๆ มาประกอบ เว้นแต่ คู่ความฝ่ายตรงข้ามคัดค้านว่าภาพดังกล่าวไม่ใช่ภาพของตน ภาระการพิสูจน์ย่อมตกอยู่แก่ฝ่ายที่ อ้างภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวนั้นเป็นพยานหลักฐาน

แม้ว่าในปัจจุบันยังไม่มีแนวคำพิพากษาเกี่ยวกับการรับฟังสื่อบันทึกเสียง หรือ ภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวที่บันทึกไว้ในคอมพิวเตอร์หรือสื่ออิเล็กทรอนิกส์อื่นที่มีลักษณะ เช่นเดียวกันก็ตาม แต่จากแนวทางของคำพิพากษาดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น จะเห็นได้ว่าหากนำมา เทียบเคียงแล้ว สื่อบันทึกเสียง หรือภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวที่บันทึกไว้ในคอมพิวเตอร์หรือ สื่ออิเล็กทรอนิกส์อื่นที่มีลักษณะเช่นเดียวกันก็น่าจะมีสถานะและสามารถรับฟังเป็นพยานวัตถุได้ เช่นเดียวกับสื่อบันทึกเสียง หรือภาพ ไม่ว่าจะภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหว

4.5 ปัญหาเกี่ยวกับองค์การที่บังคับใช้กฎหมาย

การล่อลวงเด็กและเยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือเป็นรูปแบบหนึ่งของอาชญากรรมทางอินเทอร์เน็ต ซึ่งยากต่อการสืบหาตัวผู้กระทำความผิด เนื่องจากการกระทำความผิดจะไม่ทิ้งร่องรอยพยานหลักฐานให้ปรากฏ อีกทั้งอาชญากรรมทางอินเทอร์เน็ตเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ ตามจำนวนผู้เชื่อมต่อเครือข่ายทางอินเทอร์เน็ต แนวโน้มคดีอาชญากรรมทางอินเทอร์เน็ตจึงเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง มีคดีเกิดขึ้นทุกวัน ผสมผสานกันไปหลายรูปแบบ ทั้งการขโมยโดเมนเนม ขโมยข้อมูลองค์กร ข้อมูลข่มขู่ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการล่อลวงเด็ก การล่อลวงอาชญากรรมไซเบอร์อย่างสัมฤทธิ์ผลจำเป็นต้องใช้ทุกมาตรการร่วมกัน ไม่ว่าจะเป็นทางปกครอง สังคม การบังคับใช้กฎหมายอย่างจริงจัง อาทิ หน่วยงานที่เกี่ยวข้องอย่างกระทรวง ไอซีที, กทช. ต้องมีการปรับปรุงกฎหมายให้ทันกับเทคโนโลยีอยู่เสมอ หรือให้ความสำคัญในการประชาสัมพันธ์ถึงการเอาจริงในการบังคับใช้กฎหมายก็เป็นผลทางจิตวิทยากับอาชญากร รวมถึงการป้องกันไม่ให้เกิดอาชญากรรม โดยสร้างภูมิคุ้มกันให้ผู้ใช้ และองค์กร เพราะกฎหมายเป็นการแก้ปัญหาที่ปลายเหตุ

จากการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 ในราชกิจจานุเบกษาเมื่อ 18 มิถุนายน 2550 ดูเหมือนว่าที่ผ่านมารัฐและ ความเข้าใจเกี่ยวกับกฎหมายฉบับนี้ยังอยู่ในวงจำกัด และการบังคับใช้กฎหมายก็ยังมีปัญหา ในทางปฏิบัติอยู่ค่อนข้างมาก ซึ่งเห็นได้ชัดเมื่อจับกุมผู้กระทำความผิดได้ ก็ลงโทษเอาผิดไม่ได้ ตัวเจ้าหน้าที่ก็ขาดอำนาจเข้าแสวงหาพยานหลักฐานทางคอมพิวเตอร์ อี-เมลล์ หรือข้อมูล การสื่อสารรูปแบบใหม่ๆ เช่น การสื่อสารเสียงผ่านอินเทอร์เน็ต อีกทั้งตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 บัญญัติให้แต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ ให้รัฐมนตรีแต่งตั้งจากผู้มีความรู้และความชำนาญเกี่ยวกับระบบคอมพิวเตอร์ แต่ในความเป็นจริงกลับแต่งตั้งปลัดกระทรวง พนักงานอัยการ หรือนิติกร เป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งไม่มีความรู้และความชำนาญเกี่ยวกับระบบคอมพิวเตอร์แต่อย่างใด ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในการ บังคับใช้กฎหมาย

นอกจากนี้ยังมีปัญหาในส่วนของความตีความกฎหมายอีกในหลายๆ ประเด็น เนื่องจากเป็นกฎหมายใหม่ และเกี่ยวข้องกับเทคโนโลยี ทำให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งของกระทรวงไอซีที กรมสอบสวนคดีพิเศษ (ดีเอสไอ) สำนักงานตำรวจแห่งชาติ กลับมีความเห็นไม่ตรงกัน ทำให้มีปัญหาในทางปฏิบัติค่อนข้างมาก โดยปัญหาที่เกิดขึ้นมีทั้งที่เป็นคดี

อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ ให้ข้อมูลเท็จ ทำให้ผู้อื่นเสียหาย จนถึงปัญหาสังคม เช่น กรณีของ hi5 อาจไม่ได้เป็นคดีปัญหาทางกฎหมาย แต่เป็นปัญหาด้านสังคม ซึ่งปัญหาเหล่านี้มีผู้เกี่ยวข้องตั้งแต่ กระทรวง ไอซีที กระทรวงพัฒนาสังคม กระทรวงวัฒนธรรม มหาตไทย กลาโหม ตำรวจ ดีเอสไอ⁴³

เมื่อกฎหมายที่มีอยู่ไม่เอื้อต่อการจัดการ อีกทั้งถูกจำกัดด้านปริมาณและ ความสามารถของบุคลากรที่รับผิดชอบ กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง เช่น ตำรวจ อัยการ ศาล ขาดความชำนาญในการดำเนินคดีอาชญากรรมทางอินเทอร์เน็ต และเนื่องจากอาชญากรรมทาง อินเทอร์เน็ตมีลักษณะยากที่จะชี้ชัดได้ว่าการกระทำทำความผิดเกิดขึ้นที่ใด พยานหลักฐานไม่เป็น รูปธรรม ผู้กระทำความผิดหาตัวยากเป็นเหตุให้อาชญากรรมประเภทนี้ถูกมองข้ามไป วิธีการที่ถูก จัดทำโดยภาครัฐจึงยังไม่มีประสิทธิภาพที่เพียงพอ

หน่วยงานของรัฐที่ทำหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายจึงจำเป็นต้องมีมาตรการทั้ง ในทางการบริหารและทางกฎหมาย⁴⁴

มาตรการทางการบริหาร กล่าวคือ หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายต้องปฏิบัติ หน้าที่อย่างจริงจัง รวมทั้งต้องมีบุคลากรที่เหมาะสม และเพียงพอต่อการปฏิบัติงาน และในขณะนี้ ทางภาครัฐได้มีการดำเนินนโยบายขยายการใช้อินเทอร์เน็ตไปสู่ สังคมระดับรากหญ้า หากไม่มี การระมัดระวังและเตรียมการที่ดีก็อาจเป็นการเผยแพร่วัฒนธรรมและกิจกรรมที่ไม่เหมาะสมบน อินเทอร์เน็ตไปสู่รากหญ้าและเยาวชนในชนบท แต่หากมีการเตรียมการที่ดี ตำบลอาจใช้ อินเทอร์เน็ตเป็นสื่อในการกระจายความเจริญทางเทคโนโลยีและกระจายองค์ความรู้ใหม่ๆ ไปสู่ สังคมได้ ดังนั้นหน่วยงานดังกล่าวจะต้องมีการวางมาตรการที่เด็ดขาดในการควบคุมดูแล พื้นที่ ไชเบอร์ มีนโยบายที่ชัดเจน มีประสิทธิภาพ

มาตรการทางกฎหมาย กล่าวคือ หน่วยงานที่ทำหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมาย ต้องมีบุคลากรอย่างเพียงพอ เช่น สำนักงานตำรวจแห่งชาติ นอกจากกำหนดให้การกระทำอัน

⁴³ พ.ต.อ.ญาณพล ยั่งยืน, “มือปราบไซเบอร์ ‘ดีเอสไอ’ ชำแหละปัญหาการบังคับใช้ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับ คอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550”, ประชาชาติธุรกิจ (11 มิถุนายน 2551).

⁴⁴ ภัทรชมน รัด, ปัญหาคุณธรรมและจริยธรรมบนพื้นที่ไซเบอร์ [ออนไลน์], 2552. แหล่งที่มา:

<http://202.28.120.99:81/moodledata/262/chap-5-Problem.doc>

มิชอบทั้งหลายบนอินเทอร์เน็ต เป็นความผิดที่ไม่ต่างจากการกระทำในโลกจริงแล้วยังพยายามแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย เพิ่มอำนาจการสืบสวนสอบสวน เพื่อแสวงหาพยานหลักฐานให้กับเจ้าพนักงานของรัฐรวมทั้งกำหนดให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลการใช้อินเทอร์เน็ตทั้งหลายมีหน้าที่ตามกฎหมายต้องจัดเก็บส่งมอบหรือให้ความร่วมมือกับเจ้าพนักงานเพื่อช่วยกันนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ

นอกจากนี้การส่งเสริมให้มีการพัฒนาศักยภาพของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการปราบปรามอาชญากรรมไซเบอร์ โดยอาศัยความร่วมมือในการฝึกอบรมในระดับระหว่างประเทศว่าด้วยการดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งการเข้าฝึกอบรมเพื่อพัฒนาศักยภาพดังกล่าว นอกจากจะได้อัปเดตความรู้ให้ทันเทคโนโลยีแล้ว ยังสร้างเครือข่ายความร่วมมือของตำรวจระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นประโยชน์ในการปราบปรามคดีไฮเทคที่ไร้พรมแดน⁴⁵ กล่าวคือ เมื่อมีเบาะแส หรือคดีที่เกิดขึ้นและทราบว่าผู้ต้องสงสัยอยู่ประเทศอื่นก็สามารถใช้-เมล์ขอความร่วมมือได้ทันที ขั้นตอนสืบสวนสอบสวนมีความกระชับมากขึ้น เนื่องจากแต่เดิมต้องทำหนังสือประสานไปยังตำรวจสากล อัยการสูงสุด และกระทรวงต่างประเทศ กว่าจะได้รับข้อมูลต้องใช้เวลาถึง 3 เดือน

นอกจากหน่วยงานของรัฐแล้ว องค์กรเอกชนโดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรที่ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการให้บริการทางอินเทอร์เน็ตที่จะมีส่วนสำคัญในการพัฒนาศักยภาพของหน่วยงานของรัฐในการบังคับใช้กฎหมาย โดยการสนับสนุนไม่ว่าทางด้านงบประมาณหรือด้านเทคโนโลยี เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพ เช่น บริษัทไมโครซอฟท์ จำกัด ได้จัดตั้งทีมงานเฉพาะกิจ "Internet Safty Team" ประกอบด้วยอดีตเจ้าหน้าที่เอฟบีไอ อัยการ ตำรวจสืบสวนสอบสวน ประสานงานกับเจ้าหน้าที่ทั่วโลกให้ความร่วมมือตรวจสอบคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ที่เกี่ยวข้องและใช้งานเทคโนโลยีของไมโครซอฟท์ นอกจากนี้ยังได้พัฒนาระบบติดตามค้นหาเด็ก Child Exploitation Tracking System:CETS เป็นซอฟต์แวร์ที่ให้ผู้บังคับใช้กฎหมายค้นหา และแบ่งปันการใช้ข้อมูลและจัดเก็บข้อมูลเด็กที่สูญหาย⁴⁶ โดยเริ่มใช้แล้วแห่งแรกในแคนาดา และ

⁴⁵ พ.ต.ต.ดร.กฤษณะ พัฒนเจริญ สรรวัตร ประจำสำนักงาน ผบ.ตร. ปฏิบัติราชการ ศูนย์ปราบปรามอาชญากรรมไฮเทค สำนักงานตำรวจแห่งชาติ.

⁴⁶ กรุงเทพธุรกิจออนไลน์, ไมโครซอฟท์ผนึกตำรวจปราบอาชญากรรมไซเบอร์ [ออนไลน์], ตุลาคม 2549. แหล่งที่มา:

http://www.bangkokbiznews.com/2006/10/22/1002_138977.php?news_id=138977

ขยายฐานไปสหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย และอินโดนีเซีย เป็นการประสานความร่วมมือกับรัฐและพันธมิตรในแต่ละประเทศ ซึ่งเป็นอีกรูปแบบหนึ่งของการสร้างเครือข่ายความร่วมมือในโลกไซเบอร์

อย่างไรก็ตาม การปราบปรามอาชญากรรมไฮเทค ต้องอาศัยความร่วมมือทั้งระบบ ตั้งแต่กฎหมายที่มารองรับโดยตรง การบังคับใช้กฎหมาย และการให้ความรู้ ทั้งเจ้าหน้าที่ตำรวจ อัยการ ศาล จึงจำเป็นที่จะต้องสนับสนุนให้มีการจัดตั้งหน่วยตำรวจเชี่ยวชาญพิเศษที่ทำงานต่อต้านอาชญากรรมในอินเทอร์เน็ต หน่วยตำรวจเหล่านี้ควรได้รับการอบรมมาอย่างดี และมีอุปกรณ์คอมพิวเตอร์ที่มีประสิทธิภาพสูง ส่งเสริมให้มีการแลกเปลี่ยนผู้เชี่ยวชาญทางเทคนิค และการอบรม “ตำรวจเน็ต (cyber-cops)” สนับสนุนหน่วยตำรวจให้มีเครือข่ายกับองค์กรในต่างประเทศเพื่อเรียนรู้เทคนิคเฉพาะด้านจากองค์กรอื่นๆ และวิธีค้นหาผู้ละเมิดทางเพศกับเด็ก

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

อาชญากรรมที่กำลังเกิดขึ้นอย่างแพร่หลายในปัจจุบัน คือ การล่อลวงเด็กและเยาวชนทางเพศโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ ซึ่งจัดได้ว่าเป็นอาชญากรรมทางอินเทอร์เน็ตที่เกี่ยวกับความรุนแรงต่อเด็ก โดยมีกลุ่มบุคคลที่อาศัยเทคโนโลยีสารสนเทศเป็นเครื่องมือในการกระทำผิด ซึ่งมีหลายช่องทาง เช่น เกมออนไลน์ แชนทรีม เว็บแคม ภาพลามกอนาจาร เป็นต้น และรวมถึงการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์อิเล็กทรอนิกส์ เช่น โทรศัพท์มือถือ ด้วย

กฎหมายอาญาของประเทศไทย มีข้อจำกัดหลายประการในการนำมาบังคับใช้กับการล่อลวงทางอินเทอร์เน็ต ไม่ว่าจะเป็นเรื่องแนวคิดพื้นฐานของกฎหมายอาญาที่มุ่งลงโทษผู้กระทำผิดเมื่อมีการกระทำผิดแล้วเพียงอย่างเดียว โดยมีได้มุ่งเน้นที่จะป้องกันมิให้มีการกระทำผิดความผิดเกิดขึ้น ดังจะเห็นได้จาก ความผิดฐานสำคัญที่สามารถนำมาปรับใช้กับการกระทำผิดกรณีล่อลวงทางเพศโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ คือ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐานกระทำอนาจาร ซึ่งเป็นฐานความผิดที่สามารถนำมาปรับใช้ได้เมื่อมีการกระทำอาชญากรรมสำเร็จไปแล้ว ซึ่งเป็นการยากที่จะแก้ไขเยียวยา และเมื่อไม่มีการบัญญัติให้การกระทำล่อลวงเด็กและเยาวชนทางเพศโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตและการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือเป็นความผิดไว้โดยเฉพาะ แม้จะพบการกระทำดังกล่าวก่อนที่จะมีการละเมิดต่อเด็กหรือเยาวชนที่เป็นเหยื่อ ก็ไม่อาจเอาผิดบุคคลที่กระทำการดังกล่าวได้

ในขณะที่ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และออสเตรเลีย ได้มีการแก้ไขกฎหมายกำหนดให้การล่อลวงโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือเป็นการกระทำผิด และมีกำหนดมาตรการอื่นๆ เพื่อให้การปราบปรามการล่อลวงโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

หากกระบวนการยุติธรรมของประเทศไทยยังคงไม่สามารถนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษได้ ในอนาคตอันใกล้ปัญหาและแนวโน้มอาชญากรรมทางอินเทอร์เน็ตในสังคม จะทวีความรุนแรงและ

เพิ่มขึ้นอย่างแน่นอน จึงมีความจำเป็นเร่งด่วนในการที่รัฐจะต้องบัญญัติกฎหมายขึ้น เพื่อกำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับการล่อลวงทางเพศโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือไว้โดยเฉพาะ ซึ่งถือว่าเป็นมาตรการหนึ่งที่สำคัญในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ

ประเทศอังกฤษได้กำหนดให้การกระทำความผิดฐานล่อลวงเด็ก (meeting a child following sexual grooming) เป็นความผิดไว้โดยเฉพาะ ใน The Sexual Offences Act 2003 (SOA 2003) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้เกิดมีการกระทำความผิดทางเพศในอนาคต โดยมีได้จำกัดเฉพาะการล่อลวงโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการล่อลวงทางออฟไลน์ด้วย ซึ่งในกรณีนี้ การพบกันอาจเกิดขึ้นที่ใดในโลกก็ได้ แต่เมื่อการพบกันนั้นจะเป็นการกระทำความผิดต่อเมื่อกระทำในอาณาเขตประเทศอังกฤษ, เวลส์ และไอร์แลนด์เหนือ ตามหลักว่าด้วยเขตอำนาจที่ใช้ในประเทศอังกฤษและเวลส์ ดังนั้นผู้กระทำความผิดอาจพยายามที่จะให้เด็กออกไปพบกันนอกอาณาเขตประเทศอังกฤษ, เวลส์ และไอร์แลนด์เหนือ

ในประเทศออสเตรเลีย บัญญัติให้การกระทำที่เป็น การล่อลวงเด็ก โดยมีวัตถุประสงค์ไปในทางเพศโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือเป็นความผิดทางอาญามีสองลักษณะ กล่าวคือ การบัญญัติให้การล่อลวงเด็กโดยอาศัยระบบการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์โดยเฉพาะเป็นความผิด ดังเช่น ใน Queensland, Commonwealth และ Western Australia อีกลักษณะหนึ่ง ก็คือ การบัญญัติให้การล่อลวงเด็กโดยไม่ว่าจะใช้วิธีการหรือรูปแบบใดก็ตามเป็นความผิด ดังเช่น ใน South Australia และ Tasmania

กฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อจัดการกับนักล่าเหยื่อทางเพศออนไลน์ของออสเตรเลีย โดยหลักมักจะบัญญัติให้การใช้อินเทอร์เน็ต (หรือการติดต่อสื่อสารในรูปแบบอื่นๆ) โดยมีเจตนาที่จัดหาและทำให้เด็กเข้ามามีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศ, ล่อลวงเด็กโดยการส่งวัตถุหรือเนื้อหาที่มีลักษณะลามกอนาจารให้แก่เด็กหรือพูดคุยติดต่อกันโดยแสดงถึงความสนใจไปในทางเพศกับเด็ก โดยมีเจตนาเพื่อความสะดวกซึ่งการทำให้เด็กเข้ามามีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศ หรือแสดงเพื่อให้เด็กดูหรือรับรู้ซึ่งภาพโป๊เปลือยหรือสิ่งลามกอนาจาร เป็นความผิด

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ทั้งรัฐบาลกลางและมลรัฐต่างก็ได้บัญญัติกฎหมายอาญาขึ้นเพื่อลงโทษผู้ที่ให้บริการอินเทอร์เน็ตเป็นเครื่องมือในการทำร้ายผู้เยาว์ และมีการขยายขอบเขตฐานความผิดที่ได้บัญญัติไว้อยู่แล้ว คือ ความผิดฐานล่อลวงเด็ก เพื่อปรับใช้กับกรณีบุคคลใดๆ ใช้อินเทอร์เน็ตเป็นเครื่องมือในการอำนวยความสะดวกในการก่ออาชญากรรมโดยการกระทำไม่ว่าทางออฟไลน์ เช่น จดหมาย หรือออนไลน์ ก็ตาม เพื่อโน้มน้าว ชักจูง ล่อลวง หรือขู่บังคับบุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปี ให้กระทำกิจกรรมทางเพศ ล้วนถือว่าเป็นการกระทำ ความผิดทั้งสิ้น และไม่เฉพาะแต่กรณีที่ผู้กระทำความผิดติดต่อพูดคุยกับเด็กจริงๆ เท่านั้น ที่เป็นความผิด กรณีที่ไม่มีเด็กจริงๆ แต่เป็นการติดต่อพูดคุยกับเจ้าพนักงานที่ปลอมตัวเป็นเด็กในการปฏิบัติหน้าที่ในทางลับก็อาจเป็นความผิดฐานพยายามได้ เช่นกัน

จากการศึกษาและวิเคราะห์ข้อจำกัดของกฎหมายไทยในการนำมาปรับใช้กับการล่อลวงเด็กและเยาวชนในทางเพศ โดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ เปรียบเทียบกับการบังคับใช้กฎหมายในต่างประเทศ อาจสรุปได้ดังนี้

5.1.1 ขอบเขตของการคุ้มครองเด็กและเยาวชนบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตในประเทศไทย ไม่ว่าจะตามประมวลกฎหมายอาญา พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 หรือพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ก็ตาม ยังคงมีข้อจำกัดและไม่สามารถให้ความคุ้มครองเด็กและเยาวชนได้

เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย และประเทศสหรัฐอเมริกา จะพบว่าประเทศออสเตรเลียนั้นมีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์โดยมีวัตถุประสงค์ไปในทางเพศไว้โดยตรง ในขณะที่ประเทศอังกฤษไม่ได้จำกัดความคุ้มครองเพียงการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น แต่ยังรวมถึงการติดต่อสื่อสารแบบออฟไลน์ด้วย เช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกาที่บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์โดยมีวัตถุประสงค์ไปในทางเพศไว้เช่นกัน ซึ่งเป็นมาตรการในการแทรกแซงเพื่อป้องกันมิให้เด็กและเยาวชนถูกละเมิดเสียก่อน ทำให้การให้ความคุ้มครองแก่เด็กและเยาวชนของทั้งสามประเทศมีความครอบคลุมกว่ากฎหมายของประเทศไทย

5.1.2 สำหรับความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิดโดยตรง โดยลักษณะความผิดฐานล่อลวงเด็กและเยาวชนในทางเพศโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ นั้น เป็นความผิดที่ยังไม่บรรลุผลหรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นการกระทำในขั้นเตรียมการเพื่อที่จะละเมิดทางเพศต่อเด็กในอนาคต

แต่อย่างไรก็ตามการบัญญัติให้การกระทำที่อยู่ในขั้นตอนการเตรียมการเป็นความผิดนั้นน่าจะต้องเป็นการเตรียมการขั้นสุดท้าย ซึ่งเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อการลงมือ จึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงขอบเขตของการกระทำขั้นสูงสุดของการล่อลวงทางเพศต่อเด็กก่อนที่การกระทำนั้นจะถึงขั้นลงมือที่จะเป็นขั้นพยายาม ซึ่งการกระทำขั้นสูงสุดของการเตรียมการนั้นจะต้องใกล้ชิดต่อการลงมือ

ขอบเขตความรับผิดทางอาญานั้นขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ของผู้กระทำความผิดซึ่งจำเป็นต้องพิจารณาจากการกระทำและเจตนา หากการกระทำก็แสดงให้เห็นถึงเจตนาชั่วร้ายอันเป็นภัยอันตรายต่อสังคม กฎหมายจึงสมควรลงโทษโดยพิจารณาจากจิตใจของผู้กระทำเป็นสำคัญโดยไม่ควรรีดยึดเอาผลเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำเป็นหลักในการลงโทษ และต้องพิจารณาถึงหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลด้วย

ทั้งประเทศอังกฤษ ออสเตรเลีย และสหรัฐอเมริกา แนวบรรทัดฐานที่ศาลตัดสินว่าการกระทำที่เป็นความผิดฐานล่อลวงหรือพยายามล่อลวงเด็กและเยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ นั้นมักจะต้องมีการนัดพบกันระหว่างผู้กระทำความผิดกับเหยื่อ แม้ว่ากฎหมายทั้งของออสเตรเลียและสหรัฐอเมริกาจะบัญญัติว่าไม่จำเป็นต้องมีการนัดพบกันระหว่างผู้กระทำความผิดกับเหยื่อ เพียงแต่มีการทำให้เหยื่อกระทำกิจกรรมทางเพศ ศาลเห็นว่า การนัดพบกันระหว่างผู้กระทำความผิดกับเหยื่อเป็นขั้นสูงสุดของการกระทำที่มีลักษณะเป็นการเตรียมการละเมิดทางเพศต่อเด็ก เนื่องจากมีความใกล้ชิดกับผลที่จะเกิดขึ้นในอนาคต แต่อย่างไรก็ตามมีกรณีที่ยังไม่มีการวางแผนที่จะพบกัน มีเพียงการกระทำในทางเพศของผู้กระทำความผิดและมีการเสนอว่าจะไปรับเหยื่อเท่านั้น แสดงให้เห็นว่า เพียงมีการกระทำในทางเพศเกิดขึ้นระหว่างผู้กระทำความผิดกับเหยื่อ ไม่ว่าจะโดยผู้กระทำความผิดเองหรือโดยเหยื่อก็ตามก็อาจถือได้ว่าเป็นเกณฑ์ขั้นต่ำของการกระทำที่มีลักษณะเป็นการเตรียมการละเมิดทางเพศต่อเด็กที่สามารถพิสูจน์เจตนาของผู้กระทำความผิดได้แล้ว

สำหรับการบัญญัติให้การกระทำอันเป็นการล่อลวงทางเพศต่อเด็กและเยาวชน โดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ เพียงมีการกระทำอันมีลักษณะเป็นการชักจูง โน้มน้าว ให้กระทำการในทางเพศเกิดขึ้นก็น่าจะเป็นความผิดแล้ว เนื่องจากการกระทำอันมีลักษณะไปในทางเพศนั้นไม่ได้หมายความว่าเฉพาะการร่วมประเวณีการกระทำที่เกี่ยวกับการสัมผัสทางกายภาพเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการกระทำทางเพศต่อเนื้อตัวของตนเองหรือผู้อื่นและการกระทำลามกอนาจารด้วย อีกทั้งยังเป็นการใกล้ชิดต่อผลแล้ว เพราะถึงยังไม่มี การกระทำละเมิดต่อเนื้อตัวของเหยื่อที่เป็นรูปธรรม แต่ภัยอันตรายก็ใกล้ชิดที่จะก่อให้เกิดผลแล้ว ซึ่งเห็นได้ว่ามีเจตนาร้ายเกิดขึ้นแล้ว

5.1.3 สำหรับความรับผิดของผู้ให้บริการระบบ ความรับผิดของผู้ให้บริการ อินเทอร์เน็ตตามหลักกฎหมายของสหรัฐอเมริกาอยู่ที่ฐานะของผู้ให้บริการว่าเป็นผู้พิมพ์ผู้โฆษณา ชั้นต้น เช่นเดียวกับผู้พิมพ์ผู้โฆษณาหนังสือพิมพ์หรือสถานีวิทยุโทรทัศน์กระจายเสียง หรือผู้พิมพ์ผู้โฆษณาชั้นสอง เช่นเดียวกับร้านขายหนังสือ หรือแผงขายหนังสือพิมพ์

ในกรณีการล่อลวงทางเพศต่อเด็กและเยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือ การสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ ไม่ว่าจะโดยใช่ช่องทางห้องแชททูลม โปรแกรม Instant Messenger หรือ Skype ก็ตาม ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตถือได้ว่าเป็นผู้ให้บริการสนับสนุน ด้านเทคนิคในการเผยแพร่ข้อมูลของบุคคลที่สาม ซึ่งผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตให้บริการเก็บข้อมูล นั้น โดยเฉพาะการดำเนินการ mail – server และเป็นผู้ให้บริการส่งผ่านหรือขนส่งข้อมูลที่เก็บไว้ ซึ่งเป็นการใช้ในกรณีเพื่อการสื่อสารทางไกล กับ proxy – cache – servers ซึ่งเมื่อเทียบกับ ความรับผิดของผู้ให้บริการสื่อข้อมูลแบบดั้งเดิม การให้บริการของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต อาจถือได้ว่าเป็นการสนับสนุนด้านเทคนิคโดยตรงในการเผยแพร่ข้อความของบุคคลอื่น และการสนับสนุนด้านเทคนิคทางอ้อมโดยการขนส่งหรือส่งผ่านข้อความของบุคคลอื่น

กรณีความรับผิดของผู้ให้บริการสื่อข้อมูลแบบดั้งเดิม หากเป็นการสนับสนุน ด้านเทคนิคโดยตรงในการเผยแพร่ข้อความของบุคคลอื่น เช่น ผู้เรียงพิมพ์ หรือการสนับสนุน ด้านเทคนิคทางอ้อม โดยการขนส่งหรือส่งผ่านข้อความของบุคคลอื่น จะเห็นได้ว่าไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำ จึงมีผลทำให้ผู้สนับสนุนด้านเทคนิคหรือ ส่งผ่านข้อมูลไม่มีความรับผิดในข้อความที่ตนสนับสนุนหรือส่งผ่าน

ในปัจจุบันสำหรับประเทศไทย ยังไม่มีคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานในเรื่องความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต การพิจารณาความรับผิดชอบของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต จึงต้องพิจารณาจากหลักกฎหมายทั่วไป คือ ผู้สนับสนุนให้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 86

แต่ในความเป็นจริงในปัจจุบันอำนาจหน้าที่ดังกล่าวของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในประเทศไทยยังคงไม่มีความชัดเจนใด ๆ เลย ผู้เขียนเห็นว่า ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมิได้อยู่ในความดูแลของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมิได้มีหน้าที่ในการคุ้มครองผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตผู้ใดเป็นพิเศษเพื่อมิให้ผู้นั้นถูกล่อลวงไปในทางเพศและในความเป็นจริง ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเป็นจำนวนมากศาลการที่จะให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตมีหน้าที่ป้องกันมิให้การกระทำความผิดเกิดขึ้นหรือไม่อาจเป็นไปได้ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจึงมีหน้าที่เพียงดูแลเป็นการทั่วไปเท่านั้น ฉะนั้นเพียงแต่ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตพบเห็นหรือสงสัยว่าอาจจะมีการล่อลวงทางเพศต่อเด็กแล้วไม่จัดการพวกล่อลวงเด็ก ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตก็ย่อมไม่มีความผิดฐานล่อลวงเด็ก ดังนี้ ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจึงไม่มีความผิดฐานสนับสนุนการกระทำความผิดแต่อย่างใด

5.1.4 การนำความรับผิดชอบฐานสมคบมาปรับใช้กับกรณีล่อลวงทางเพศต่อเด็กและเยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ ในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกากำหนดให้ความผิดฐานสมคบเป็นหลักทั่วไป ซึ่งสามารถนำมาใช้กับความผิดทั่วไปได้ หากเป็นกรณีของการล่อลวงทางเพศต่อเด็กและเยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือก็ย่อมสามารถนำหลักความรับผิดชอบฐานสมคบมาใช้ได้เช่นเดียวกัน

แต่อย่างไรก็ตามสำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา แม้ว่าความผิดฐานสมคบจะเป็นความผิดสำเร็จแล้วก็ตาม แต่การที่จะให้ศาลลงโทษจะต้องอ้างและพิสูจน์ถึงการกระทำซึ่งปรากฏภายนอกของผู้นั้นด้วย เว้นแต่ว่าจะเป็นการสมคบกันเพื่อกระทำความผิดอาญาชั้นร้ายแรง (Felony) ความผิดฐานล่อลวงทางเพศต่อเด็กและเยาวชนตาม § 2422 (b) Coercion and enticement จัดอยู่ในความผิดอาญาชั้นร้ายแรง (Felony) ดังนั้นการสมคบกันเพื่อกระทำความผิดตาม § 2422 (b) จึงไม่ต้องอ้างและพิสูจน์ถึงการกระทำซึ่งปรากฏภายนอกของผู้นั้นด้วย

หลักความรับผิดชอบฐานสมคบตามกฎหมายไทย มิได้เป็นบทบัญญัติที่ใช้บังคับสำหรับการกระทำความผิดทั่วไป แต่เป็นการบัญญัติไว้ใช้บังคับกับบางกรณีเท่านั้น ซึ่งหากมี

การบัญญัติให้การล่อลวงทางเพศเด็กและเยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือเป็นความผิดอาญา ในกรณีที่เป็นการสมคบกันเพื่อล่อลวงเด็กและเยาวชนอย่างเป็นทางการ ผู้สมคบยอมไม่มีความผิดฐานสมคบ จึงจำเป็นต้องใช้หลักทั่วไปในการลงโทษผู้สมคบ นั่นคือ หลักตัวการ ผู้ใช้ ผู้สนับสนุน

อีกทั้งการสมคบตามกฎหมายไทย มิได้มีการให้คำจำกัดความ คำว่า “การตกลงกัน” ไว้แต่อย่างใด แม้จะมีคำพิพากษาฎีกาที่เกี่ยวกับการตกลงกัน แต่ก็มักจะเป็นการสมคบที่ไม่ยุ่งยากซับซ้อน ซึ่งหากเกิดกรณีการสมคบที่ยุ่งยากซับซ้อนขึ้น ย่อมก่อให้เกิดปัญหาในการตีความ เนื่องจากไม่มีคำพิพากษาฎีกาที่เป็นบรรทัดฐานเกี่ยวกับการตกลงกันดังเช่นในประเทศสหรัฐอเมริกา

หลักความรับผิดฐานสมคบของกฎหมายไทยไม่ได้กำหนดว่าจะต้องมีการกระทำซึ่งปรากฏภายนอก (Overt Act) จึงจะสามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้ดังเช่นที่ปรากฏในประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนั้น เพียงแค่มีการตกลงร่วมกันก็ถือเป็นความผิดสำเร็จแล้ว แต่หากประเทศไทยมีการนำหลักการกระทำซึ่งปรากฏภายนอกมาใช้ย่อมก่อให้เกิดความชัดเจนและขอบเขตของการกระทำความผิดที่แน่นอน ซึ่งหากมีการนำหลักการกระทำซึ่งปรากฏภายนอกมาใช้ อย่างเหมาะสม ย่อมจะส่งผลให้เกิดการนำหลักความรับผิดฐานสมคบมาใช้ในประเทศไทยมากขึ้น

5.1.5 สำหรับเขตอำนาจศาล เนื่องจากอาชญากรรมที่เกิดโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ นั้นเป็นอาชญากรรมที่มีลักษณะไร้พรมแดน ซึ่งอาจเกี่ยวพันหลายประเทศ ผู้กระทำความผิด ผู้เสียหาย หรือสถานที่เกิดเหตุไม่จำเป็นต้องอยู่ในประเทศเดียวกัน ทำให้เกิดปัญหาว่าความผิดนั้นเกิดขึ้นในประเทศใด ประเทศใดมีอำนาจในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด ศาลของประเทศใดที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี

การพิจารณาเขตอำนาจศาลในคดีอาชญากรรมทางอินเทอร์เน็ตที่มักจะนำมาปรับใช้ คือ หลักดินแดน (Territorial Principle) และหลักบุคคล (Nationality Principle) ซึ่งยังคงเป็นปัญหาว่าจะยึดสถานที่ใดเป็นหลักในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด ซึ่งในแต่ละประเทศก็มีแนวทางในการก่อตั้งเขตอำนาจรัฐที่แตกต่างกันไป

ในประเทศสหรัฐอเมริกา หลายรัฐยึดสถานที่ที่การกระทำเกิดก่อตั้งเขตอำนาจรัฐ โดยถือว่าที่ที่เริ่มต้นส่งหรือได้รับเป็นที่แรกในการกระทำ ความผิดโดยใช้การสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ เป็นที่ที่การกระทำ ความผิดเกิด และยังอ้างเขตอำนาจศาลจากสถานที่ที่ตั้งคอมพิวเตอร์ โดยหากระบบคอมพิวเตอร์หรือมีบางส่วนของ การกระทำที่เป็นการละเมิดกฎหมายฉบับนี้อยู่ในเขตรัฐถือว่าการกระทำ ความผิดเกิดขึ้นในรัฐ และรัฐสามารถดำเนินคดีกับบุคคลใดๆ ที่กระทำความผิดนอกอาณาเขตรัฐ ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบที่เป็นอันตรายอย่างมีนัยสำคัญภายในรัฐ เช่นเดียวกับ Tasmania ที่รัฐสามารถอ้างเขตอำนาจศาลเหนืออาชญากรรมทางอินเทอร์เน็ตได้ หากอาชญากรรมดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบที่เป็นอันตรายอย่างมีนัยสำคัญใน Tasmania ไม่ว่าจะการกระทำนั้นจะได้ทำนอกอาณาเขต Tasmania ทั้งหมดหรือมีการกระทำบางส่วนภายใน Tasmania ก็ตาม นอกจากนี้ ยังมีจุดเกาะเกี่ยวอื่นที่รัฐใช้ในการอ้างเขตอำนาจศาลเหนือการกระทำ ความผิด เช่น การที่รัฐเป็นทางผ่านของข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำ ความผิด การที่คอมพิวเตอร์ในรัฐสามารถเชื่อมต่อกับข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำ ความผิดได้อีกด้วย

ประเทศสิงคโปร์และมาเลเซียที่อ้างเขตอำนาจศาลเหนืออาชญากรรมทางอินเทอร์เน็ตเมื่อคอมพิวเตอร์ โปรแกรม หรือข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำ ความผิดอยู่ในประเทศ สิงคโปร์หรือมาเลเซียในขณะที่การกระทำ ความผิดเกิดขึ้นเช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา

ในขณะที่ประเทศเยอรมนี ใช้สถานที่ที่ผู้กระทำความผิดอยู่อ้างเขตอำนาจศาลเป็นหลักพื้นฐาน กล่าวคือ เมื่อผู้กระทำความผิดกระทำความผิดในประเทศ A และหนีมาอยู่ประเทศ B แต่ผู้กระทำความผิดดังกล่าวไม่ได้มีสัญชาติ A และประเทศ A ไม่ส่งตัวผู้กระทำความผิดให้แก่ประเทศ B ด้วยเหตุผลบางประการ เช่น ต่อต้านโทษประหารชีวิตที่ผู้กระทำความผิดอาจได้รับที่ประเทศ B ซึ่งสถานที่ที่ผู้กระทำความผิดอยู่นี้เป็นปัจจัยที่เพิ่มเติมขึ้นมาใน Cybercrime Convention

สำหรับกรณีการล่อลวงเด็กโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ นั้น ไม่ว่าจะเป็นการล่อลวงผ่านทางห้องแชท룸 อี-เมลล์ หรือโทรศัพท์เคลื่อนที่ โดยผู้กระทำความผิดอยู่ต่างประเทศและใช้เซิร์ฟเวอร์จากต่างประเทศ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าเหยื่อได้รับข้อความในประเทศไทย และเหยื่อยอมกระทำตามที่ผู้กระทำความผิดร้องขอ ไม่ว่าจะเป็นการยอมที่นัดพบกัน เปิดเผยของสงวน เช่น หน้าอก อวัยวะเพศ

เป็นต้น หรือยอมสำเร็จความใคร่ผ่านเว็บแคมให้ผู้กระทำความผิดดู กรณีดังกล่าวนี้ น่าจะถือได้ว่า มีการกระทำความผิดซึ่งผลแห่งการกระทำเกิดขึ้นในราชอาณาจักร หรือโดยลักษณะ แห่งการกระทำผลที่เกิดขึ้นนั้นควรเกิดในราชอาณาจักร หรือยอมจะสังเกตเห็นได้ว่าผลนั้นจะเกิดใน ราชอาณาจักร ซึ่งตามมาตรา 5 ให้ถือว่าการกระทำความผิดนั้นได้เกิดขึ้นในราชอาณาจักร ที่ศาลไทยมีอำนาจลงโทษพวกล่อลวงเด็กเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศโดยมิชอบได้

5.1.6 ในการติดต่อสื่อสารเพื่อล่อลวงเหยื่อไปในทางเพศ เหล่าอาชญากรมักจะ อาศัยช่องทางการสนทนาแบบเรียลไทม์หรือโปรแกรมสนทนา ทำให้เกิดปัญหาในการแสวงหา ข้อมูลหรือพยานหลักฐานในการกระทำความผิด ซึ่งในประเทศอังกฤษ ออสเตรเลีย และ สหรัฐอเมริกา มักใช้การสืบสวนในทางลับ (Sting Operation หรือ Covert Investigation) โดยหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายจะมอบหมายให้เจ้าหน้าที่เข้าร่วมในห้องสนทนาเพื่อหา กลุ่มเป้าหมายแล้วจึงทำการเข้าตรวจสอบและวิเคราะห์การสนทนานั้น และนำไปสู่การจับกุมและ ขยายผลต่อไป ซึ่งจำเลยอาจอ้างว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการวางกับดักจำเลยหรือ Entrapment เป็นข้อต่อสู้ว่าเจ้าหน้าที่เป็นผู้ชักจูงให้กระทำความผิด ในขณะที่ตนไม่มีแนวโน้มที่จะเกี่ยวข้องกับ การกระทำที่เป็นความผิดตั้งแต่แรก หรืออ้าง Outrageous government conduct เป็นข้อต่อสู้ว่า เจ้าหน้าที่เป็นผู้ที่ทำให้อาชญากรรมเกิดขึ้น และมีการขู่บังคับอย่างมีนัยสำคัญ หรืออ้าง Wiretapping เป็นข้อต่อสู้ว่าบทสนทนาที่เกิดขึ้นถูกบันทึกโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เพราะมิได้รับ ความยินยอมจากจำเลย ซึ่งเป็นการละเมิดกฎหมาย

แต่อย่างไรก็ตามโดยธรรมชาติของ IM (Instant Messaging) ถือว่าจำเลย ยินยอมให้เจ้าหน้าที่ตำรวจบันทึกบทสนทนาของตนโดยปริยาย เพราะผู้ใช้โปรแกรม Instant message ต้องรู้อยู่แล้วว่าบทสนทนาของตนต้องถูกบันทึก เนื่องจากการติดต่อสื่อสาร รูปแบบนี้จะต้องมีฟังก์ชันบันทึกบทสนทนาอยู่แล้ว เพื่อประโยชน์ในการทำให้ปรากฏซึ่งข้อความ และการทำให้ข้อความดังกล่าวยังคงอยู่บนหน้าจอคอมพิวเตอร์ จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าจำเลย ย่อมรู้อยู่แล้วว่าบทสนทนาของตนจะต้องถูกบันทึกไว้โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจ ดังนั้นการกระทำของ เจ้าหน้าที่ตำรวจจึงไม่เป็นการละเมิดต่อกฎหมาย (wiretap statue) แต่อย่างใด

หากมีการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจให้ปฏิบัติหน้าที่ในเชิงรุกในกรณีการล่อลวง เด็ก เพื่อประสิทธิภาพในการป้องกันมิให้เกิดการละเมิดทางเพศต่อเด็กเกิดขึ้น มาตรา 8

ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ย่อมจะเป็นอุปสรรคสำคัญในการสืบสวนและแสวงหาพยานหลักฐาน เนื่องจากบทสนทนาที่เกิดขึ้นระหว่างเจ้าหน้าที่ตำรวจและผู้กระทำความผิดเป็นการส่งที่ผู้ส่งต้องการให้เป็นเรื่องเฉพาะตน ไม่ได้ต้องการให้เปิดเผยข้อมูลนั้นแก่ผู้ใด ข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวจึงมิได้มีไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อให้บุคคลทั่วไปใช้ประโยชน์ การที่เจ้าหน้าที่ตำรวจพูดคุยกับผู้กระทำความผิดและบันทึกบทสนทนาดังกล่าวไว้เพื่อเป็นพยานหลักฐานจึงอาจเห็นว่าเป็นการดักจับข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่สื่อสารถึงกันระหว่างบุคคล ซึ่งเป็นการละเมิดมาตรา 8

ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการที่มีบุคคลที่สามเข้ามาลักลอบดักฟัง ตรวจสอบ หรือติดตามเนื้อหาสาระของข่าวสารของคู่สนทนา ดังนั้นหากเป็นกรณีที่คู่สนทนาเป็นฝ่ายดักฟัง ตรวจสอบ หรือติดตามเนื้อหาสาระเสียเอง ย่อมไม่เป็นการละเมิดต่อมาตรา 8 แต่อย่างใด อีกทั้งโดยลักษณะของการพูดคุยผ่านทางอินเทอร์เน็ต ไม่ว่าจะโดยช่องทาง โปรแกรม IM หรือแชททูล ก็ตาม คู่สนทนาย่อมไม่รู้ว่าผู้ที่สนทนาด้วยเป็นใคร การยอมพูดคุยกับคนที่ตนไม่รู้จักย่อมต้องอาศัยพิจารณาญาณในการเลือกว่าจะพูดคุยกับใคร หรือไม่ อย่างไร เจ้าหน้าที่ตำรวจน่าจะใช้การปฏิบัติหน้าที่ในทางลับ (Sting operation) ในการป้องกันเพื่อมิให้เกิดการละเมิดทางเพศต่อเด็กและเยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือในประเทศไทยได้ เช่นเดียวกับในประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ และออสเตรเลีย

5.1.7 ประเทศไทยมีหลักเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐาน โดยยึดตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ คือ หลักพยานหลักฐานที่ดีที่สุด (Best Evidence Rule) และหลักพยานบอกเล่า (Hearsay Rule) ก่อให้เกิดปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ว่า ควรจะนำสืบสิ่งใด เช่น ตัวเครื่อง โปรแกรม ดิสก์ เอกสารจากเครื่องพิมพ์ หรือบุคคลที่บันทึกข้อมูลหรือพิมพ์ print out หรือนำสืบสิ่งเหล่านี้ประกอบกัน

การนำสืบต้นฉบับ

ในประเทศสหรัฐอเมริกายอมรับว่าข้อมูลที่เกิดจากแรงกระตุ้นของแม่เหล็กไฟฟ้า เครื่องจักรกลอิเล็กทรอนิกส์ หรือการประมวลผลข้อมูล เป็นบันทึกหรือข้อเขียน หรืออาจกล่าวได้ว่าข้อมูลดังกล่าวจัดเป็นพยานเอกสารอย่างหนึ่ง และถือว่าเอกสาร บันทึก หรือภาพถ่ายใดๆ จะถือ

เป็นต้นฉบับหรือสำเนานั้นขึ้นอยู่กับเจตนาของผู้จัดทำเอกสาร ในกรณีที่เป็นข้อมูลที่ถูกจัดเก็บไว้ในคอมพิวเตอร์ หรือเครื่องมืออื่นๆ ในลักษณะเดียวกัน ไม่ว่าจะ disk หรือ printout หากสะท้อนให้เห็นถึงข้อมูลที่บันทึกไว้ย่อมถือเป็นต้นฉบับ แต่อย่างไรก็ตาม ต้องเป็น disk หรือ printout ที่ได้จากคอมพิวเตอร์โดยตรง ไม่ใช่สำเนาภาพถ่ายหรือ disk ที่เกิดจากการอัดสำเนา

ในปัจจุบันหลัก Best Evidence Rule ได้ถูกผ่อนคลายลง โดยไม่นำมาใช้อย่างเคร่งครัดในการรับฟังพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ พยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์โดยส่วนใหญ่จึงไม่ต้องห้ามมิให้รับฟัง แม้พยานหลักฐานดังกล่าวจะมีใช้ต้นฉบับก็ตาม

ในประเทศอังกฤษใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เช่นเดียวกัน จึงได้บัญญัติกฎหมายเพื่อรับฟังพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ไว้เช่นเดียวกัน คือ The Police and Criminal Evidence Rule Act 1984 ซึ่งกำหนดให้ข้อมูลจากเครื่องคอมพิวเตอร์สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ ตาม section 69 โดยไม่นำพยานหลักฐานที่ดีที่สุดมาใช้ และถือว่าเป็นข้อยกเว้นของพยานบอกเล่า

ต่อมาได้มีการยกเลิก section 69 เนื่องจากมีปัญหาหลายประการดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 4 โดย Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999 ดังนั้นเมื่อการอ้างข้อมูลจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐาน จึงต้องใช้ข้อสันนิษฐานเบื้องต้นของกฎหมายคอมมอนลอว์ ทำให้คู่ความได้รับประโยชน์ จึงไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าเครื่องคอมพิวเตอร์ทำงานอย่างถูกต้องแม่นยำ เว้นแต่จะมีพยานหลักฐานแสดงให้เห็นว่า เครื่องคอมพิวเตอร์ทำงานบกพร่อง

สำหรับประเทศไทย พยานหลักฐานที่สามารถรับรู้โดยการเห็นหรือโดยประสาทตา และทำให้ปรากฏเพื่อสื่อความหมายอันเป็นหลักฐานแห่งความหมายนั้น พยานหลักฐานดังกล่าวจะถือเป็นพยานเอกสาร ซึ่งพยานหลักฐานที่อยู่ในรูปสื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือบันทึกอยู่ในสื่อทำนองเดียวกัน สามารถสื่อความหมายอันเป็นหลักฐานแห่งความหมายนั้นได้เช่นกัน ย่อมถือเป็นพยานเอกสารได้

ในกรณีที่ไม่มีกรบันทึกข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ลงสื่อ แต่เป็นการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือการส่งอี-เมลระหว่างผู้ส่งและผู้รับ โดยผู้ส่งหรือผู้รับสามารถเรียกดูข้อมูล

อิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวได้จากระบบกลางหรือเซิร์ฟเวอร์ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต กรณีดังกล่าว น่าจะเป็นการเพียงพอที่จะถือว่าข้อมูลอยู่ในรูปแบบที่คงทนหรือเป็นวิธีอื่นอันเป็นหลักฐานแห่งความหมายนั้น อันจะถือเป็นวัตถุอื่นใดซึ่งได้ทำให้ปรากฏความหมายด้วยตัวอักษร ตัวเลข ผัง หรือแผนแบบอย่างอื่นแล้ว เนื่องจากข้อมูลที่แลกเปลี่ยนกันหรือส่งถึงกันจะยังคงอยู่ในเซิร์ฟเวอร์ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต เว้นแต่ผู้รับและผู้ส่งจะลบข้อมูลดังกล่าว

ในกรณีที่มีการแปลงข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ให้อยู่ในรูปแบบที่ปรากฏความหมายด้วยตัวอักษร ตัวเลข ผัง หรือแผนแบบอย่างอื่น เช่น printout นั้น จะถือว่าเป็นต้นฉบับหรือสำเนาในปัจจุบันยังไม่มีบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ไว้โดยเฉพาะ อีกทั้งคำพิพากษากฎีกาก็ไม่มีแนวที่ชัดเจน แต่เมื่อเทียบเคียงจากพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน printout ที่พิมพ์ออกมาจากต้นฉบับในฮาร์ดไดรฟ์หรือดิสก์ น่าจะถือว่าเป็นสำเนา แต่ในกรณีที่ print เอกสารจากคอมพิวเตอร์โดยไม่มีการเก็บข้อมูลไว้ printout ที่ได้ น่าจะถือได้ว่าเป็นต้นฉบับ เนื่องจากทำพร้อมกันโดยผู้ทำหรือผู้ออกเอกสารหรือบันทึกนั้นประสงค์จะให้ มีผลอย่างเดียวกันกับต้นฉบับ

แต่อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 238 บัญญัติให้ต้นฉบับเท่านั้นที่อ้างเป็นพยานได้ แต่หากหาต้นฉบับไม่ได้ สำเนาที่รับรองว่าถูกต้องก็อ้างเป็นพยานได้ ดังนั้นไม่ว่าข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ที่นำมาอ้างเป็นพยานหลักฐานจะอยู่ในสถานะต้นฉบับหรือสำเนาก็ตาม ย่อมไม่ก่อให้เกิดปัญหาในการนำมาอ้างเป็นพยานต่อศาล

การรับรองความถูกต้อง

ในประเทศสหรัฐอเมริกา เอกสารทั่วไปจะต้องมีการรับรองความถูกต้องของพยานหลักฐานนั้นๆ อย่างเพียงพอว่าข้อเท็จจริงเป็นไปตามที่ผู้อ้างพยานหลักฐานกล่าวอ้าง เช่นเดียวกับการรับฟังพยานหลักฐานโดยทั่วไป เช่นเดียวกันพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ก็ย่อมต้องมีการรับรองความถูกต้องของพยานหลักฐานด้วย

ในปัจจุบันเนื่องจากความแพร่หลายและการให้ความยอมรับคอมพิวเตอร์ ศาลใน

ประเทศสหรัฐอเมริกา มีแนวโน้มที่จะถือว่าพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์สามารถรับฟังได้โดยไม่ต้องมีการรับรองความถูกต้องแท้จริง

ประเทศอังกฤษ ถือว่าพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์โดยทั่วไปมีความน่าเชื่อถือ โดยอยู่ภายใต้ข้อสันนิษฐานเบื้องต้นว่า เครื่องคอมพิวเตอร์ทำงานไม่บกพร่องเช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนั้นภาระการพิสูจน์ว่าการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์มีความบกพร่อง จึงตกเป็นภาระของคู่ความฝ่ายที่ต้องการคัดค้านความถูกต้องแท้จริงของพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ ดังนั้นประเทศอังกฤษจึงยอมรับให้มีการรับรองความถูกต้องแท้จริงของ printout จากเครื่องคอมพิวเตอร์ เพียงแค่คำรับรองของผู้ที่เกี่ยวข้องก็เพียงพอแล้ว

สำหรับประเทศไทย แม้จะได้รับอิทธิพลจากกฎหมายคอมมอนลอว์ แต่กฎหมายลักษณะพยานของไทยกลับไม่มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนถึงการรับรองความถูกต้องแท้จริงของเอกสาร แต่ในทางปฏิบัติต้องมีการรับรองความถูกต้องแท้จริง พยานหลักฐานจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์จึงต้องมีการนำบุคคลมายืนยันความมีอยู่ ลักษณะ ที่มา และความเกี่ยวข้องด้วย เช่นเดียวกัน โดยเพียงแต่ผู้ที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับพยานหลักฐานดังกล่าวและได้ตรวจสอบพยานหลักฐานนั้นแล้วรับรองความถูกต้องแท้จริง ก็เป็นอันเพียงพอแล้ว

แต่ในปัจจุบันทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษได้ผ่อนคลายนัยหลักเกณฑ์การรับฟังพยานบอกเล่า ไม่เคร่งครัดเหมือนในอดีต เนื่องจากความเจริญก้าวหน้าและความแพร่หลายทางเทคโนโลยี และมีคุณค่าควรแก่การรับฟัง

พยานบอกเล่า

สำหรับประเทศไทย มีบทบัญญัติห้ามมิให้รับฟังพยานบอกเล่าไว้อย่างชัดเจน แต่หากเป็นพยานหลักฐานที่ถูกต้องแท้จริงและมีคุณค่าในการพิสูจน์ความจริงแล้ว พยานหลักฐานดังกล่าวศาลย่อมรับฟังได้ ยิ่งไปกว่านั้นกรณีที่คอมพิวเตอร์เป็นระบบอินเทอร์เน็ต ซึ่งข้อมูลจากคอมพิวเตอร์เครื่องหนึ่งจะถูกบันทึกลงในคอมพิวเตอร์เครื่องอื่นด้วย การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลโดยไม่พบร่องรอยจะไม่สามารถทำได้โดยง่าย เนื่องจากเป็นไปไม่ได้ที่จะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลในเครื่องคอมพิวเตอร์ทุกเครื่องในระบบ ข้อมูลดังกล่าวจึงมีความน่าเชื่อถือและสามารถรับฟังได้เช่นกัน

แต่อย่างไรก็ตาม เพื่อป้องกันมิให้เกิดปัญหาโต้เถียงกันในอนาคตว่า ข้อมูลจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์อาจจะอยู่ในข่ายห้ามรับฟังเพราะเป็นพยานบอกเล่า จึงสมควรแก้ไข ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226/3 ให้รับฟังข้อมูลจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์ได้ โดยไม่ถือว่าเป็นพยานบอกเล่า

5.1.8 สำหรับการรับฟังสื่อบันทึกเสียง และภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหว ที่บันทึกไว้ในคอมพิวเตอร์หรือสิ่งอื่นใดที่มีลักษณะเช่นเดียวกัน ในประเทศสหรัฐอเมริกา สื่อบันทึกเสียง ถูกจัดอยู่ในรูปแบบของ “Recording” ส่วนภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหว ถูกจัดอยู่ในรูปแบบของ “Photographs” จึงเป็นพยานหลักฐานประเภทพยานเอกสาร การรับฟังของศาลจึงต้องเป็นไปตามหลักทั่วไป กล่าวคือ ต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์ของหลัก Best Evidence Rule คือ เป็นต้นฉบับ และหลัก Authentication คือ มีการรับรองความถูกต้องแท้จริง

สำหรับประเทศไทย สื่อบันทึกเสียง ภาพนิ่ง หรือภาพเคลื่อนไหว ตามแนวคำพิพากษาฎีกาวินิจฉัยว่าเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้ในฐานะที่เป็นพยานวัตถุ ซึ่งหากศาลเห็นว่าไม่จำเป็นต้องตรวจดูพยานวัตถุก็อาจใช้ดุลพินิจไม่ตรวจดูเสียได้ แต่พยานวัตถุที่เป็นสื่อบันทึกเสียง เป็นการสื่อความหมายด้วยคำพูด ซึ่งเป็นการรับรู้ทางประสาทหู ดังนั้นในการรับฟังพยานหลักฐานประเภทนี้จึงจำเป็นต้องมีพยานหลักฐานอื่นๆ มาสนับสนุน เพื่อยืนยันตัวบุคคลที่อยู่ในสื่อบันทึกเสียงนั้น

ในขณะที่พยานวัตถุที่เป็นภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหว ซึ่งเป็นการสื่อความหมายด้วยภาพอันสามารถรับรู้ได้โดยประสาทตา ศาลจึงสามารถใช้ดุลพินิจในการพิจารณาและชี้แนะนักพยานหลักฐานดังกล่าวได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีพยานหลักฐานอื่นๆ มาประกอบ เว้นแต่คู่ความฝ่ายตรงข้ามคัดค้านว่าภาพดังกล่าวไม่ใช่ภาพของตน ภาวะการพิสูจน์ย่อมตกอยู่แก่ฝ่ายที่อ้างภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวนั้นเป็นพยานหลักฐาน

แม้ว่าในปัจจุบันยังไม่มีแนวคำพิพากษาเกี่ยวกับการรับฟังสื่อบันทึกเสียง หรือภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวที่บันทึกไว้ในคอมพิวเตอร์หรือสื่ออิเล็กทรอนิกส์อื่นที่มีลักษณะเช่นเดียวกันก็ตาม แต่จากแนวทางของคำพิพากษาดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 4 หากนำมาเทียบเคียงแล้ว สื่อบันทึกเสียง หรือภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวที่บันทึกไว้ในคอมพิวเตอร์หรือสื่อ

อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่มีลักษณะเช่นเดียวกันก็น่าจะมีสถานะและสามารถรับฟังเป็นพยานวัตถุได้ เช่นเดียวกับสื่อบันทึกเสียง หรือภาพ ไม่ว่าจะภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหว

5.1.9 องค์การที่บังคับใช้กฎหมายถูกจำกัดด้านปริมาณและความสามารถของบุคลากรที่รับผิดชอบ กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง เช่น ตำรวจ อัยการ ศาล ขาดความชำนาญในการดำเนินคดีอาชญากรรมทางอินเทอร์เน็ต และเนื่องจากอาชญากรรมทางอินเทอร์เน็ตมีลักษณะยากที่จะชี้ชัดได้ว่าการกระทำความผิดเกิดขึ้นที่ใด พยานหลักฐานไม่เป็นรูปธรรม ผู้กระทำความผิดหาตัวยากเป็นเหตุให้อาชญากรรมประเภทนี้ถูกมองข้ามไป วิธีการที่ถูกจัดทำโดยภาครัฐจึงยังไม่มีประสิทธิภาพที่เพียงพอ อีกทั้งกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันไม่เอื้อต่อการจัดการปัญหาการล่อลวงเด็กและเยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ

หน่วยงานของรัฐที่ทำหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายจึงจำเป็นต้องมีมาตรการทั้งในทางการบริหารและทางกฎหมาย โดยหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างจริงจัง รวมทั้งต้องมีบุคลากรที่เหมาะสม และเพียงพอต่อการปฏิบัติงาน และหน่วยงานที่ทำหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายต้องมีบุคลากรอย่างเพียงพอ นอกจากกำหนดให้การกระทำอันมิชอบทั้งหลายบนอินเทอร์เน็ต เป็นความผิดที่ไม่ต่างจากการกระทำในโลกจริงแล้วยังพยายามแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย เพิ่มอำนาจการสืบสวนสอบสวน เพื่อแสวงหาพยานหลักฐานให้กับเจ้าพนักงานของรัฐ รวมทั้งกำหนดให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลการใช้อินเทอร์เน็ตทั้งหลายมีหน้าที่ตามกฎหมายต้องจัดเก็บส่งมอบหรือให้ความร่วมมือกับเจ้าพนักงานเพื่อช่วยกันนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ

อย่างไรก็ตาม การปราบปรามอาชญากรรมไฮเทค ต้องอาศัยความร่วมมือทั้งระบบ ตั้งแต่กฎหมายที่มารองรับโดยตรง การบังคับใช้กฎหมาย และการให้ความรู้ ทั้งเจ้าหน้าที่ ตำรวจ อัยการ ศาล จึงจำเป็นที่จะต้องสนับสนุนให้มีการจัดตั้งหน่วยตำรวจเชี่ยวชาญพิเศษที่ทำงานต่อต้านอาชญากรรมในอินเทอร์เน็ต สนับสนุนหน่วยตำรวจให้มีเครือข่ายกับองค์กรในต่างประเทศเพื่อเรียนรู้เทคนิคเฉพาะด้านจากองค์กรอื่นๆ และวิธีค้นหาผู้ละเมิดทางเพศกับเด็ก

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาเปรียบเทียบมาตรการทางอาญาในการป้องกันเด็กและเยาวชนจากการถูกล่อลวงทางเพศโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตและการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือของต่างประเทศกับประเทศไทย ผู้เขียนขอเสนอแนะแนวทางในการใช้มาตรการทางอาญาเพื่อป้องกันเด็กและเยาวชนจากการถูกล่อลวงทางเพศโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตและการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือในประเทศไทย ดังนี้

1. เพื่อประสิทธิภาพในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากการจากการถูกละเมิดทางเพศโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ ประเทศไทยควรมีการเพิ่มความผิดฐานล่อลวงเด็กและเยาวชนทางเพศโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ เพื่อเป็นการป้องกันการละเมิดทางเพศต่อเด็กและเยาวชนตั้งแต่วัยเตรียมการ โดยในการบัญญัติฐานความผิดดังกล่าวต้องมุ่งเน้นไปที่เจตนาของผู้กระทำความผิด มากกว่าที่จะมุ่งเน้นไปที่ลักษณะของการกระทำที่ต้องถึงขั้นเข้าถึงตัวเด็กและเยาวชน เพื่อป้องกันมิให้เกิดปัญหาความล่าช้าหรือไม่สามารถช่วยเหลือเด็กและเยาวชน ดังนี้

“มาตรา... ผู้ใด

(1) ใช้จดหมาย วิธีการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือการขนส่งภายในประเทศ หรือต่างประเทศ ติดต่อกับเด็กหรือบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี โดยมีเจตนาเพื่อเสนอ ชักจูง ยุยง หรือล่อลวง ให้กระทำหรือเข้ามีส่วนร่วมในการกระทำทางเพศ หรือดูผู้อื่นกระทำหรือเข้ามีส่วนร่วมในการกระทำทางเพศ ต้องระวางโทษจำคุก...

(2) เอาออกแสดงซึ่งวัตถุหรือเนื้อหาที่มีลักษณะลามกอนาจาร โดยไม่มีเหตุอันชอบด้วยกฎหมาย แก่เด็กหรือบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เพื่อความสะดวกในการกระทำความผิดตาม (1) ต้องระวางโทษจำคุก...”

โดยการบัญญัติให้การกระทำอันเป็นการล่อลวงทางเพศต่อเด็กและเยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ ต้องกำหนดเกณฑ์การกระทำขั้นต่ำที่จะเป็นความผิด ผู้เขียนเห็นว่าเพียงมีการกระทำอันมีลักษณะเป็นการชักจูง โน้มน้าวให้กระทำการในทางเพศเกิดขึ้นก็น่าจะเป็นความผิดแล้ว เนื่องจากกระกระทำอันมีลักษณะไปในทาง

เพศนั้นไม่ได้หมายความว่าเฉพาะการร่วมประเวณีการกระทำที่เกี่ยวกับการสัมผัสทางกายภาพเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการกระทำทางเพศต่อเนื้อตัวของตนเองหรือผู้อื่นและการกระทำลามกอนาจารด้วย

2. ในกรณีที่เป็นการล่อลวงเด็กและเยาวชนไปเพื่อการแสวงหาประโยชน์ โดยมีขอบในทางเพศ เช่น ให้ถ่ายภาพลามกอนาจารเพื่อหำกำไร หรือดำเนินธุรกิจจัดหาเด็ก แก่ผู้อื่นเพื่อหำกำไร เป็นต้น ทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดดังกล่าว จึงควรมีมาตรการ รับทรัพย์สินที่ได้มาโดยได้กระทำความผิดเพิ่มเติม นอกเหนือจากโทษตามความรับผิดฐานล่อลวงเด็ก และเยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือ

นอกจากนี้ประเทศไทยยังไม่มีกรแยกประเภทภาพลามกอนาจารออกเป็น ภาพเด็กลามกอนาจาร และภาพผู้ใหญ่ลามกอนาจารอย่างในต่างประเทศ ความรับผิดจึงเป็น เช่นเดียวกัน ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้วผู้ที่ผลิต เผยแพร่ หรือครอบครองภาพเด็กลามกอนาจาร ควรจะต้องได้รับโทษมากกว่า เนื่องจากเด็กเป็นบุคคลที่ได้รับกรคุ้มครองและปกป้องตาม กฎหมาย ดังนั้นจึงควรมีกรแยกฐานความผิดระหว่ำกรผลิต เผยแพร่ หรือครอบครองภาพเด็ก ลามกอนาจาร และผลิต เผยแพร่ หรือครอบครองภาพผู้ใหญ่ลามกอนาจาร เพื่อให้เกิดความ เหมาะสมในการลงโทษผู้กระทำผิด โดยเพิ่มโทษเกี่ยวกับภาพเด็กลามกอนาจารให้มากขึ้น

3. หลักความรับผิดฐานสมคบควรบัญญัติให้นำมาใช้ในกรณีความผิดทั่วไป มิฉะนั้นหากมีการบัญญัติให้การล่อลวงทางเพศเด็กและเยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือ การสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือเป็นความผิดอาญา ในกรณีที่เป็นกรสมคบกันเพื่อ ล่อลวงเด็กและเยาวชนอย่างเป็นขบวนการ ผู้สมคบยอมไม่มีความผิดฐานสมคบ และควรกำหนด ว่าจะต้องมีการกระทำ ซึ่งปรากฏภายนอก (Overt Act) จึงจะสามารถลงโทษผู้กระทำผิดได้ ดังเช่นที่ปรากฏในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งหากประเทศไทยมีการนำหลักกรกระทำซึ่งปรากฏ ภายนอกมาใช้ย่อมก่อให้เกิดความชัดเจนและขอบเขตของกรกระทำผิดที่แน่นอน ซึ่งหากมี กรนำหลักกรกระทำซึ่งปรากฏภายนอกมาใช้ที่เหมาะสม ย่อมจะส่งผลให้เกิดกรยอมรับ กรนำหลักความรับผิดฐานสมคบมาใช้ในประเทศไทยมากขึ้น

4. ในกรณีที่ผู้กระทำผิดกระทำความผิดในต่างประเทศ การร่วมมือระหว่ำ ประเทศเพื่อให้ได้ตัวผู้กระทำผิดที่อยู่นอกเขตอำนาจอธิปไตยของรัฐที่ต้องดำเนินคดีจึงมี

ความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง แต่อย่างไรก็ดี หลักเกณฑ์ในทางปฏิบัติระหว่างประเทศในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในแต่ละประเทศนั้นยังมีความแตกต่างกัน ดังเช่นในกรณีเขตอำนาจศาล สนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนบางฉบับ ระบุว่า ความผิดที่มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ต้องอยู่ในเขตอำนาจศาลของประเทศผู้ร้องขอด้วย ซึ่งทำให้เกิดปัญหาในการพิจารณาในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน เนื่องจากในแต่ละประเทศมีหลักการแตกต่างกันในการกำหนดเขตอำนาจศาล จึงควรส่งเสริมความร่วมมือระหว่างประเทศในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนกับนานาชาติให้มากยิ่งขึ้นในรูปของการทำสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนกับประเทศต่างๆ เพื่อประโยชน์ในการร่วมมือกันป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมข้ามพรมแดน และควรสนับสนุนให้ความช่วยเหลือทางวิชาการระหว่างประเทศสมาชิก เพื่อแลกเปลี่ยนข้อมูลและก่อให้เกิดความเข้าใจในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนมากยิ่งขึ้น

5. ประเทศไทยควรมีการตั้งหน่วยงานที่ดูแลและตรวจสอบการใช้อินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ที่นำไปสู่การละเมิดทางเพศต่อเด็กและเยาวชนไว้โดยเฉพาะ และให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ในเชิงรุกในกรณีการล่วงละเมิดเด็กได้ เพื่อประสิทธิภาพในการป้องกันมิให้เกิดการละเมิดทางเพศต่อเด็กเกิดขึ้นเช่นเดียวกับในกรณีคดียาเสพติดที่ให้เจ้าหน้าที่ตำรวจล้อมซื้อยาเสพติด โดยการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจปลอมตัวเป็นเด็กติดต่อพูดคุยกับผู้กระทำความผิดทางอินเทอร์เน็ตเพื่อสืบสวนและแสวงหาพยานหลักฐานจากผู้กระทำความผิดดังเช่นในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และออสเตรเลีย

6. ควรจะต้องมีบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ไว้ โดยเฉพาะ เพื่อมิให้เกิดปัญหาในการตีความว่าพยานหลักฐานเป็นต้นฉบับหรือสำเนา และสมควรแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 238 เพื่อให้มีการยอมรับข้อมูลจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์ได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงเรื่องการส่งต้นฉบับ และสมควรแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226/3 ให้รับฟังข้อมูลจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์ได้ โดยไม่ถือว่าเป็นพยานบอกเล่า เพื่อป้องกันมิให้เกิดปัญหาได้เถียงกันในอนาคตว่า ข้อมูลจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์จะอยู่ในข่ายห้ามรับฟังเพราะเป็นพยานบอกเล่า เนื่องจากในระบบอินเทอร์เน็ต ข้อมูลจากคอมพิวเตอร์เครื่องหนึ่งจะถูกบันทึกลงในคอมพิวเตอร์เครื่องอื่นด้วย การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลโดยไม่พบร่องรอยจะไม่สามารถทำได้โดยง่าย เนื่องจากเป็นไปได้ที่จะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลในคอมพิวเตอร์ทุกเครื่องในระบบ ข้อมูลดังกล่าวจึงมีความน่าเชื่อถือและสามารถรับฟังได้เช่นกัน

7. สนับสนุนหน่วยตำรวจให้มีเครือข่ายกับองค์กรในต่างประเทศ หรือ Contact Point เพื่อเรียนรู้เทคนิคเฉพาะด้านจากองค์กรอื่นๆ ในต่างประเทศ และเพื่อความร่วมมือในการค้นหาผู้ละเมิดทางเพศกับเด็ก เนื่องจากเป็นอาชญากรรมข้ามพรมแดน และควรมีบันทึกข้อตกลงความร่วมมือ (MOU) กับประเทศต่างๆ เพื่อให้การป้องกันและปราบปรามการล่วงละเมิดเด็ก และเยาวชนโดยอาศัยอินเทอร์เน็ตหรือการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเครื่องมือเกิดประสิทธิภาพสูงสุด

8. รัฐบาลควรมีมาตรการให้องค์กรเอกชนหรือผู้ให้บริการ (Service provider) โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่ให้บริการในลักษณะลามกอนาจาร เช่น ห้องแชทที่มีวัตถุประสงค์ในทางเพศ หรือเผยแพร่ภาพลามกอนาจาร เป็นต้น มีส่วนร่วมในการเยียวยาสังคม โดยอาศัยแรงจูงใจทางเศรษฐศาสตร์ ซึ่งเป็นแนวคิดทางด้านเศรษฐศาสตร์อันเป็นทางเลือกในการจัดการความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เด็กและเยาวชนในสังคมเข้ามาจัดการแทนรัฐ โดยมุ่งเน้นให้องค์กรเอกชนและผู้ให้บริการเข้ามามีส่วนร่วมในการแก้ไขปัญหาสังคมที่เกิดขึ้นจากสื่อลามกอนาจารที่ตนมีส่วนทำให้เกิดขึ้น เช่นเดียวกับมาตรการของภาคอุตสาหกรรมในการลดปัญหาสิ่งแวดล้อม โดยใช้ “หลักการผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย (Polluter Pay Principle | PPP)”¹⁸³ ซึ่งทำได้โดยการกำหนดค่าธรรมเนียมในส่วนของผู้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคม โดยเน้นว่า “ผู้มีส่วนก่อให้เกิดอาชญากรรมทางเพศต่อเด็กและเยาวชนต้องเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการแก้ไขเยียวยาเหยื่อ” วิธีการกำหนดค่าธรรมเนียมจะยึดหลักความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยคำนวณว่าผู้ให้บริการจะต้องจ่ายค่าเสียหายที่เกิดขึ้นเท่าไรสำหรับความเสียหายที่มีต่อสังคมในระดับหนึ่งๆ หรือผู้ให้บริการต้องจ่ายเท่าไรในการแก้ไขเยียวยาเพื่อคืนสภาพเดิมให้กับสังคม เพื่อให้องค์กรเอกชนหรือผู้ให้บริการตระหนักถึงผลกระทบที่เกิดจากการประกอบกิจการของตนเอง

9. แนวทางในการป้องกันและแก้ปัญหา ควรได้รับความร่วมมือด้วยกันทุกฝ่าย โดยเฉพาะผู้ปกครองควรสอดส่องดูแลการใช้อินเทอร์เน็ตของเยาวชนอย่างใกล้ชิด และให้คำแนะนำในการใช้อินเทอร์เน็ตอย่างถูกต้องและเหมาะสม อย่างไรก็ตาม ปัญหาที่เกิดขึ้นกับกลุ่มผู้ปกครองก็คือ ความแตกต่างระหว่างความรู้ความเข้าใจเทคโนโลยีระหว่างเด็กและผู้ปกครอง ซึ่งจัดว่าเป็น Digital Divide อีกประเภทหนึ่งที่ต้องพิจารณาและทำให้ผู้ปกครองต้องหันมากระตุ้น

¹⁸³ กระทรวงอุตสาหกรรม, “นโยบายและมาตรการสำคัญในการจัดการสิ่งแวดล้อม”, วารสารกรมส่งเสริมอุตสาหกรรม (พฤษภาคม-มิถุนายน 2545).

เตือนตนเองให้เร่งหันมาศึกษาและทำความเข้าใจในเรื่องเทคโนโลยีให้มากขึ้น โดยเฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องกับภาวะความเสี่ยงจากภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นกับเยาวชนหรือลูกหลาน¹⁸⁴

ในส่วนของผู้ปกครองสามารถทำได้ คือ

- ไม่ควรปล่อยให้เยาวชนหรือบุตรหลานเล่นอินเทอร์เน็ตตามลำพัง โดยควรวางคอมพิวเตอร์ที่เด็กใช้ไว้ในที่เปิดเผย เช่น ห้องนั่งเล่น มากกว่าที่จะวางไว้ในห้องนอน หรือห้องส่วนตัว

- ทำความเข้าใจกับเด็กเกี่ยวกับการใช้อินเทอร์เน็ต เพื่อป้องกันเด็กจากเว็บไซต์ที่ไม่เหมาะสม

- กระตุ้นให้เด็กเล่าเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสิ่งที่พบเห็นในอินเทอร์เน็ตให้กับผู้ปกครองได้รับทราบ และให้ร้องขอความช่วยเหลือหรือขอคำปรึกษาเมื่อพบกับปัญหา

- แนะนำเด็กในการใช้อี-เมลล์ และให้ตรวจสอบหรือสอบถามเกี่ยวกับการส่งอี-เมลล์ที่ส่งมาให้เด็กอยู่เสมอ

- แนะนำเด็กในการใช้แชทรูม หรือห้องสนทนาเกี่ยวกับข้อมูลที่เด็กไม่ควรบอกให้ผู้อื่นทราบ เช่น นามสกุล ที่อยู่ หรือรหัสผ่านที่เป็นความลับกับผู้ที่ไม่เคยรู้จักหรือเริ่มรู้จักกันทางอินเทอร์เน็ต

สำหรับสิ่งที่กลุ่มเด็กและเยาวชนควรทำในการเล่นอินเทอร์เน็ต คือ

- ไม่บอกข้อมูลส่วนตัว เช่น ชื่อ นามสกุล ที่อยู่ เบอร์โทรศัพท์ ชื่อโรงเรียน ที่ทำงาน หรือเบอร์ที่ทำงาน ของผู้ปกครองให้แก่บุคคลอื่น ที่รู้จักทางอินเทอร์เน็ต และแจ้งให้ผู้ปกครองทราบโดยทันทีที่พบข้อมูล หรือรูปภาพใดๆ บนอินเทอร์เน็ตที่หยาบคายไม่เหมาะสม

¹⁸⁴ ศูนย์วิจัยกสิกรไทย, อินเทอร์เน็ต : แหล่งความรู้ - แหล่งอันตราย. ของเด็กไทยวันนี้ [ออนไลน์], 10 มกราคม 2003. แหล่งที่มา:

<http://www.kasikomresearch.com/TH/K-Econ%20Analysis/Pages/ViewSummary.aspx?docid=3501>

- ไม่ไปพบบุคคลใดก็ตามที่รู้จักทางอินเทอร์เน็ตโดยไม่ขออนุญาตจากผู้ปกครองก่อน

นอกจากหน่วยงานของรัฐแล้ว องค์กรเอกชนโดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรที่ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการให้บริการทางอินเทอร์เน็ตที่จะมีส่วนสำคัญในการพัฒนาศักยภาพของหน่วยงานของรัฐในการบังคับใช้กฎหมาย โดยการสนับสนุนไม่ว่าทางด้านงบประมาณหรือด้านเทคโนโลยี เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพ รวมทั้งในเชิงพาณิชย์ เช่น กระตุ้นให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตประจำท้องถิ่น (Local Internet Service Provider) ดำเนินนโยบายคุ้มครองเด็กจากรายออนไลน์



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

ไกรฤกษ์ เกษมสันต์. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ถึง มาตรา 366. พิมพ์ครั้งที่ 2.

กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2550.

คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 4 กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535.

จิตติ ติงศภัทย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา.

ฐานวรรณ นิตยธรรมวิสูตร. อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ : ศึกษาเฉพาะกรณีการเผยแพร่ภาพและสื่อ

ลามกผ่านทางอินเทอร์เน็ตที่มีคนไทยเป็นผู้เสียหาย. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544.

ณรงค์ สิงห์ประเสริฐ. กฎหมายกับการแพทย์. พิมพ์ครั้งที่ 1 กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์

มหาวิทยาลัยมหิดล, 2527.

ดารินทร์ สวัสดิ์เสวี. การแปลงตัวตนในห้องสนทนาบนอินเทอร์เน็ต. วิทยานิพนธ์ปริญญา

มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545.

เด่นฟ้า เรื่องฤทธิ์เดช. ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการรับฟังเอกสารอิเล็กทรอนิกส์. ดุลพาห

ปีที่ 53 เล่มที่ 3 (กันยายน-ธันวาคม 2549) : 111

ประเสริฐ คันธมานนท์ และนายมชัย จันทร์ัสการ. พยานหลักฐานดิจิทัล. บทบัณฑิตย เล่มที่ 62

ตอนที่ 1 (2549) : 43-84

ผาสุก เกียรติเจริญ. เขตอำนาจศาลเหนือข้อพิพาททางอินเทอร์เน็ต. บทบัณฑิตย เล่มที่ 58

(มิถุนายน 2545): 30-31

พจนานุกรมไทยฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542

พรเพชร วิชิตชลชัย. การรับฟังข้อมูลจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐาน : ปัญหาและ

ข้อเสนอแนะ. ดุลพาห ปีที่ 42 เล่มที่ 4 (เดือนตุลาคม-ธันวาคม 2538) : 85-103

พรเพชร วิชิตชลชัย. คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์

พ.ศ. 2550. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลยุติธรรม, 2550.

พิฑูมา พันธุ์ทวี, ศรีดา ตันทะอชิพานิช และ สุจินดา สุขุม. ทำอย่างไรได้บ้างกับปัญหา...ภาพลามก

และการล่อลวงบนอินเทอร์เน็ต. พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพฯ: บริษัท ธนาเพลส แอนด์

กราฟฟิค จำกัด, 2544

- มัทยา จิตติรัตน์. เอกสารคำสอนกฎหมายอาญา 2. กรุงเทพฯ : โครงการตำราและสื่อการสอน คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546.
- เลิศลักษณ์ ปานเลิศ. การใช้เอกสารจากคอมพิวเตอร์เป็นพยานในศาล. วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531
- วีระวัฒน์ ปวราจารย์. กฎหมายอาญา มาตรา 209-287 รวมคำบรรยายเนติบัณฑิตยสภา ภาคหนึ่ง สมัยที่ 59 ปีการศึกษา 2549 เล่มที่ 15. กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมาย แห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2549.
- ศิริระ บุญภินนท์. ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตในการกระทำผิดทางอาญาของผู้ให้บริการ: ตัวอย่างจากสหรัฐอเมริกาและสหพันธสาธารณรัฐเยอรมัน. บพบัณฑิตย เล่มที่ 55 ตอน 1 (มีนาคม 2542) : หน้า 73-75
- สุปรียา อภิวัฒนาการ. อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ : ศึกษากรณีการหลอกลวงทางอินเทอร์เน็ต. วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545.
- สุรพันธ์ มั่นคงดี. พยานหลักฐานในคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์. วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541.
- หนังสือพิมพ์ประชาชาติธุรกิจ. 11 มิถุนายน 2551. มือปราบไซเบอร์ "ดีเอสไอ" ชำแหละ ปัญหา การบังคับใช้ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550. สัมภาษณ์พิเศษ พ.ต.อ.ญาณพล ยั่งยืน ผู้บัญชาการสำนักคดีเทคโนโลยีและสารสนเทศ กรมสอบสวนคดีพิเศษ
- หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 18. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544.

ภาษาอังกฤษ

Alisdair A. Gillespie. "Grooming" : Definitions and the Law. *New Law Journal*. vol.154 no.7124 (2004) : 586-587

Anna Salter. Transforming Trauma : A Guide to Understanding and Treating Adult Survivors of Child Sexual Abuse. Newbury Park, CA : SAGE Publications

Briefing paper UK ChildLine. Children talking to ChildLine about the Internet. June, 2005.

- Christine Sgarlata Chung and David J. Byer. The Electronic Paper Trail: Evidentiary Obstacles to Discovery and Admission of Electronic Evidence. Boston University Journal of Science & Technology Law. September 22, 1998.
- Craven, Samantha, Brown, Sarah and Gilchrist, Elizabeth. Sexual grooming of children : Review of literature and theoretical considerations. Journal of Sexual Aggression. 12(3) : 287 – 299 : November 2006.
- Craven, Samantha, Brown, Sarah and Gilchrist, Elizabeth. Current Responses to Sexual Grooming : Implication for Prevention. The Howard Journal. 46(1) : 60 -71 : February 2007.
- Gillespie, Alisdair A. Internet Grooming : the new law. childRIGHT Article. cR 204: 10 – 11.
- Gordon, Sarah and Ford, Richard. On the definition and classification of cybercrime. Journal in Computer Virology. 2(1) : 13 – 20 : August 2006.
- Kierkegaard, Sylvia. Cybering, online grooming and ageplay. Computer Law & Security Report. 24(1) : 41 – 55 : 2008.
- Howitt, D. Paedophiles and Sexual Offences Against Children. Oxford UK : John Wiley and Sons.
- Judith S. Donath. Identity and deception in the virtual community. In Kollock, P. and Smith, M. (eds). *Communities in Cyberspac*. London: Routledge1998.
- Mcalinden, Anne-Marie. 'Setting 'Em up' : Personal, Familial and Institutional Grooming in the Sexual Abuse of Children. Social & Legal Studies. 15(3) : 339-362 : 2006.
- Mitchell, Kimberly J., Wolak, Janis, and Finkelhor, David. Trends in Youth Reports of Sexual Solicitations, Harassment and Unwanted Exposure to Pornography on the Internet. Journal of Adolescent Health. 40 : 116–126 : 2007.
- O'Connell, R. From fixed to mobile Internet: The morphing of criminal activity on-line. In M. C. Calder (Ed.), *Child sexual abuse and the Internet: tackling the new frontier*. Lyme Regis, U.K.: Russell House
- Ost, Suzanne. Getting to Grips with Sexual Grooming ? The New Offences under the Sexual Offences Act 2003. Journal of Social Welfare and Family Law. 26(2): 147 – 159 : 2004.

- Research Brief No 2002/35. Catching 'Cyber Predators': the Sexual Offences (Protection of Children) Amendment Bill 2002. Queensland Parliamentary Library.
- Research Paper 10 July 2003. The Sexual Offences Bill (HL), Bill 128 2002-03. House of Commons Library.
- Robert B. Fried. The Internet: A Breeding Ground for Online Pedophiles, An In Depth Analysis of Crimes Against Children via the Internet
- Smith, Russell G., Grabosky, Peter N. and Urbas, Gregor F.. Cyber Criminal on Trial. Cambridge : Cambridge University Press, 2004.
- Solomon E. Salako. Computer Printout as Admissible Evidence A Critical Legal Study of Section 24 of The Criminal Justice Act 1988. 5th BILETA Conference British and Irish Legal Technology Association
- South Australian Parliamentary Debates: SAPD (House of Assembly). 26 October 2004.
- Tania Correia. LEGAL ADMISSIBILITY OF DOCUMENTARY EVIDENCE IN CIVIL AND CRIMINAL PROCEEDINGS. WHITE PAPER.
- Taylor Max and Quayle Ethel. Child Pornography : an internet crime. Hove : Brunner-Routledge, 2003.
- U.S. Department of Justice. Internet Crimes Against Children. OVC Bulletin. December, 2001.
- Victorian Law Reform Commissio. Sexual offences: Interim Report. 2003.
- Victorian Law Reform Commission. Sexual Offences: Final Report. 2004.
- Whitty Monica T. and Carr N. Adrian. Cyberspace romance : The psychology of online relationship. Basingstoke : Palgrave Macmillan, 2006.
- Wolak, J., Mitchell, K. J., & Finkelhor, D. Internet sex crimes against minors: The response of law enforcement. Alexandria : VA : National Center for Missing&Exploited Children. 2003.
- Wolak, J., Finkelhor, D., & Mitchell, K. J. Internet-initiated sex crimes against minors: Implications for prevention based on findings from a national study Journal of Adolescent Health. 35(5) : 424.e11–424.e20.:2004

ฐานข้อมูลออนไลน์

กรุงเทพธุรกิจออนไลน์. ไมโครซอฟท์ผนึกตำรวจปราบอาชญากรรมไซเบอร์. [ออนไลน์]. 2549.

แหล่งที่มา:

http://www.bangkokbiznews.com/2006/10/22/002_138977.php?news_id=138977

ณกมล ปู่ชเชตต์ทิกุล. Hi5-MySpace. [ออนไลน์]. 2552. แหล่งที่มา:

<http://www.bangkokbiznews.com/home/details/politics/opinion/drkamon/20090421/35378/Hi5-MySpace.html>

ภัทรชมน รัต. ปัญหาคุณธรรมและจริยธรรมบนพื้นที่ไซเบอร์. [ออนไลน์]. 2552. แหล่งที่มา:

<http://www.oknation.net/blog/phatrsa/2009/05/18/entry-1>

มูลนิธิอินเทอร์เน็ตร่วมพัฒนาไทย. เขียนบล็อกปลอดภัย. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

<http://www.thaisafenet.org/safety.php?act=blog>

มูลนิธิกระจกเงา. พม.เตือนจับมือเจ้าของเว็บ สกัด"เด็กเซท"ถูกล่อลวง. แหล่งที่มา:

http://www.mirror.or.th/autopagev4/show_page.php?group_id=1&auto_id=48&topic_id=156&topic_no=6

สำนักงานสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. แหล่งที่มา:

http://www.nhrc.or.th/news.php?news_id=3541

Australian Institute of Criminology. Online child grooming laws. [Online]. Available from:

<http://www.aic.gov.au/publications/htcb/htcb017.html>.

Childnet International. Online Grooming and UK Law. [Online]. Available from:

<http://www.childnet-int.org/downloads/online-grooming.pdf>.

Dixon, Nicolee. Catching 'Cyber Predators': the Sexual Offences (Protection of

Children) Amendment Bill 2002 (Qld). [Online]. Available from:

http://www.parliament.qld.gov.au/Parlib/Publications_pdfs/books/2002035.pdf.

ECPAT international. Violence Against Children in Cyberspace. [Online]. Available from:

<http://www.ecpat.net/EI/book.asp?id=42>.

Griffith, Gareth and Roth, Lenny. Protecting Children from Online Sexual

Predators. [Online]. Available from:

[http://www.parliament.nsw.gov.au/prod/parlment/publications.nsf/0/3043E49AB3F4ABF9CA2573530006F989/\\$File/Dealing%20with%20Online%20PredatorsFINAL&INDEX.pdf](http://www.parliament.nsw.gov.au/prod/parlment/publications.nsf/0/3043E49AB3F4ABF9CA2573530006F989/$File/Dealing%20with%20Online%20PredatorsFINAL&INDEX.pdf)

House of Commons. The Sexual Offences [HL] Bill 128 2002 – 03. [Online]. Available from: www.parliament.uk/commons/lib/research/rp2003/rp03-062.pdf.

NSPCC. Child protection fact sheet : An introduction to child protection legislation in the UK. [Online]. Available from: <http://www.nspcc.org.uk/inform>

Parliament of Australia. Explanatory Memorandum, Crimes Legislation Amendment (Telecommunications Offences and Other Measures) Bill (No 2) 2004. [Online]. Available from:

<http://parlinfoweb.aph.gov.au/piweb/viewdocument.aspx?ID=1860&TABLE=OLDEMS>

O'Connell, Rachel. A Typology of Child Cybersexploitation and Online Grooming Practices. [Online]. Available from: http://safer-internet.net/downloads/UCLAN_report_release.pdf.

O'Connell, Rachel. Fixed to mobile internet industry : the morphing of criminal activity on-line. [Online]. Available from: http://www.netsafe.org.nz/Doc_Library/netsafepapers_racheloconnell_mobile.pdf.

Parliament of Tasmania. Tasmanian Parliamentary Debates. [Online]. 2005. Available from: <http://www.hansard.parliament.tas.gov.au/isysquery/irl25d5/1/doc>

Queensland. Sexual Offences (Protection of Children) Amendment Bill 2002: Explanatory notes. [Online]. Available from: http://www.legislation.qld.gov.au/Bills/50PDF/2002/SxIOfns_PC_AB02Exp.pdf.

Research Advisory Board of the Internet Safety Technical Task Force. Online Threats to Youth : Solicitation, Harassment, and Problematic Content. [Online]. Available from: <http://cyber.law.harvard.edu/research/isttf/RAB>.

Unicef. อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (CRC). [Online]. Available from: http://www.unicef.org/thailand/tha/overview_5954.html

United Nations Criminal Justice Information Network. International review of criminal policy – United Nations Manual on the prevention and Control of computer-related crime. [Online]. Available from:

<http://www.uncjin.org/Documents/EighthCongress.html>.

Will Gardner. The Sexual Offences Bill : Progress and the Future. [Online]. Available from: www.childnet.com/downloads/online-grooming2.pdf.



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวสุพัตรา สถิตย์จันทร์กุล เกิดวันที่ 6 เมษายน 2527 ที่กรุงเทพมหานคร จบการศึกษาจากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อปีการศึกษา 2549 สอบได้ ได้ความรู้ชั้นเนติบัณฑิต ตามหลักสูตรของสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา สมัยที่ 61 ปีการศึกษา 2551 ปัจจุบันรับราชการในตำแหน่งนิติกร สำนักงานพระพุทธศาสนาแห่งชาติ



ศูนย์วิทยุทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย