

การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับภาพส่วนบุคคล



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ ไม่สังกัดภาควิชา/เทียบเท่า

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2563

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CRIMINALISATION OF PRIVATE IMAGES



Mr. Chinnawat Boonsongsuwan

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws in Laws
Common Course
FACULTY OF LAW
Chulalongkorn University
Academic Year 2020
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับภาพส่วนบุคคล
โดย	นายชินวัตร บุญส่งสุวรรณ
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	รองศาสตราจารย์ ดร.ชัชพล ไชยพร

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)

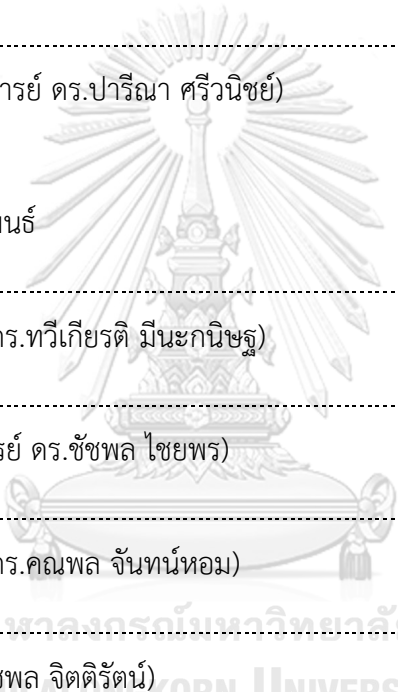
คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(รองศาสตราจารย์ ดร.ชัชพล ไชยพร)

..... กรรมการ
(ศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทน์หอม)

..... กรรมการ
(อาจารย์ ดร.ณัชพล จิตติรัตน์)



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ชินวัตร บุญส่งสุวรรณ : การกำหนดความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับภาพส่วนบุคคล. (CRIMINALISATION OF PRIVATE IMAGES) อ.ที่ปรึกษาหลัก : รศ. ดร.ชัชพล ไชยพร

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาความเป็นไปได้และความเหมาะสมในการ กำหนดความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลของผู้อื่น ได้แก่ การแอบ บันทึกรูปภาพ การติดตั้งอุปกรณ์บันทึกภาพ การครอบครองภาพ การเผยแพร่ภาพ และการข่มขู่ว่าจะ เผยแพร่ภาพ โดยได้ทำการศึกษาความหมายของภาพส่วนบุคคล จากนั้นจึงศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับ สิทธิส่วนบุคคล และทฤษฎีในการกำหนดความรับผิดและโทษทางอาญา รวมทั้งสำรวจบทบัญญัติ แห่งกฎหมายไทยและต่างประเทศที่เกี่ยวข้องเพื่อวิเคราะห์แสวงหาแนวทางที่เหมาะสมในการ พัฒนากฎหมายไทยให้ตอบสนองต่อปัญหาดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพ

จากการศึกษาพบว่า ราชอาณาจักรไทยยังไม่มีบทบัญญัติใดที่กำหนดความรับผิดทาง อาญาเกี่ยวกับภาพส่วนบุคคลไว้ในลักษณะที่กล่าวแล้วโดยตรง จึงต้องนำฐานความผิดที่มีอยู่ใน ประมวลกฎหมายอาญาและพระราชบัญญัติอื่นมาปรับใช้เพื่อคุ้มครองเหยื่อ ซึ่งไม่ครอบคลุมในทุก ลักษณะของการกระทำ ทั้งอัตราโทษไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด ในขณะที่กฎหมายของ สหรัฐอเมริกา มลรัฐนิวยอร์ก มลรัฐอิลลินอยส์ อังกฤษ แคนาดา และสาธารณรัฐสิงคโปร์ ได้มีฐาน ความผิดที่ได้กระทำต่อภาพส่วนบุคคล ซึ่งครอบคลุมในทุกลักษณะของการกระทำที่เกี่ยวข้อง

ด้วยเหตุที่กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนจึงเสนอให้คุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของเหยื่อด้วยการ กำหนดให้การกระทำต่อภาพส่วนบุคคลเป็นความผิดอาญา โดยนำประเด็นที่กฎหมายต่างประเทศ ได้กำหนดไว้มาเป็นแนวทางในการปรับใช้ให้เหมาะสมกับบริบทของสังคมไทย อันจะเกิดประโยชน์ ในการพัฒนากฎหมายและเป็นการป้องปรามการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นอย่างเหมาะสม

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2563

ลายมือชื่อนิสิต

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

5985966534 : MAJOR LAWS

KEYWORD: PRIVATE IMAGES

Chinnawat Boonsongsuwan : CRIMINALISATION OF PRIVATE IMAGES.

Advisor: Assoc. Prof. CHACHAPON JAYAPHORN, Ph.D.

The aim of this thesis is to study the feasibility of criminalising acts related to private image of another person. Such acts range from secretly photographing another person, installing recording devices, to possessing, distributing, or threatening to distribute private images of another person. This thesis defines ‘private image’ and lays out a theoretical background on privacy rights, criminalisation, and punishment. It then conducts a comparative analysis of the relevant Thai and foreign laws to determine an appropriate approach in developing Thai law.

The study indicates that Thailand lacks a provision directly criminalising the acts under study. Thailand relies instead on the application of existing offences in the Criminal and other statutes. A problem which arises in so doing is that, unlike foreign laws, not all aspects of the acts are covered comprehensively. Moreover, the applicable punishment is not proportionate to the crime.

The author therefore proposes that the issues contemplated under foreign law be adopted to Thai law in a context-appropriate manner so as to develop Thai law to adequately protect the privacy rights of an individual for what concerns acts relevant to private images.

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2020

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

ผู้เขียนขอขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ดร.ชัชพล ไชยพร ที่กรุณาสละเวลาอันมีค่าเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ให้แก่ผู้เขียน โดยท่านให้คำแนะนำและชี้แนะแนวทางในการทำวิทยานิพนธ์ตั้งแต่เริ่มจนจบ ตลอดจนตรวจสอบแก้ไขข้อบกพร่อง และเติมเต็มประเด็นต่าง ๆ ให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น ทั้งชี้แนะแนวทางการแก้ไขปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และให้ความเมตตาแก่ผู้เขียนในหลายโอกาส

ผู้เขียนขอขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ที่กรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทน์หอม และอาจารย์ ดร.ณัชพล จิตติรัตน์ ที่กรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งทั้งสามท่านได้ให้คำแนะนำและแนวทางที่เป็นประโยชน์ในการเพิ่มเติมเนื้อหาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้เป็นระบบและสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอขอบพระคุณบิดา มารดา และพี่สาว ผู้เป็นบุคคลที่สำคัญที่สุดในชีวิตที่สนับสนุนและเป็นกำลังใจให้แก่ผู้เขียนตลอดระยะเวลาการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ทำให้ผู้เขียนมุ่งมั่นเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จในที่สุด

ผู้เขียนขอขอบคุณ นายโปลิต สุขสว่าง ที่ช่วยผู้เขียนในการรับฟังปัญหาของการเขียนวิทยานิพนธ์ และได้จุดประกายความคิดใหม่ในประเด็นต่าง ๆ และเป็นกำลังใจให้ผู้เขียนในช่วงสุดท้ายของการสอบ นอกจากนี้ผู้เขียนขอขอบคุณ นายชลัฏ्ฐ์ ฟองกษิร หรือพี่แทน ที่ช่วยเหลือในการแนะนำระเบียบขั้นตอนในการส่งวิทยานิพนธ์เป็นอย่างดี ทั้งเป็นกำลังใจและอำนวยความสะดวกในวันสุดท้ายของการสอบทำให้ทุกอย่างดำเนินไปโดยเรียบร้อย

ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะเป็นประโยชน์แก่สังคมและวงการกฎหมาย หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณประโยชน์ประการใด ผู้เขียนขอมอบความดีนั้นให้แก่บุคคลทุกท่านที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ แต่หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนต้องขออภัย มา ณ ที่นี้ และขอน้อมรับเอาไว้แต่เพียงผู้เดียว

ชินวัตร บุญส่งสุวรรณ

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ค
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ง
กิตติกรรมประกาศ.....	จ
สารบัญ.....	ฉ
สารบัญตาราง.....	ฐ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	8
1.3 สมมติฐาน.....	9
1.4 ขอบเขตของการวิจัย.....	9
1.5 วิธีการศึกษาวิจัย.....	9
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	10
บทที่ 2 แนวคิด หลักการและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับภาพส่วนบุคคล.....	11
2.1 ความทั่วไปเกี่ยวกับภาพส่วนบุคคล.....	12
2.1.1 ความหมายของภาพส่วนบุคคล.....	12
2.1.2 ประเภทของภาพส่วนบุคคล.....	12
2.1.2.1 ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทั่วไป.....	12
2.1.2.2 ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ.....	13
2.1.3 ประเภทของการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ.....	18
2.1.3.1 การบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศโดยไม่ได้รับความยินยอม.....	18

2.1.3.1.1	กรณีที่ได้กระทำลงในสถานที่สาธารณะ.....	20
2.1.3.1.2	กรณีที่ได้กระทำลงในสถานที่ส่วนตัว.....	22
2.1.3.2	การติดตั้งอุปกรณ์บันทึกภาพเพื่อการดูหรือบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะ อับอายทางเพศ.....	23
2.1.3.3	การครอบครองภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ.....	24
2.1.3.4	การเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศโดยไม่ได้รับความ ยินยอม.....	25
2.1.3.4.1	ลักษณะของการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ	26
2.1.3.4.2	วิธีการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ.....	27
2.1.3.5	การข่มขู่ว่าจะเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ.....	29
2.1.4	ความยินยอมของผู้เสียหายในกฎหมายอาญา.....	29
2.2	แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิส่วนบุคคล.....	33
2.2.1	แนวคิดของสิทธิส่วนบุคคลในบริบทของสำนักความคิดกฎหมายธรรมชาติ.....	33
2.2.2	แนวคิดของสิทธิส่วนบุคคลในบริบทของสำนักความคิดกฎหมายบ้านเมือง.....	35
2.2.3	แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิส่วนบุคคลในบริบททางกฎหมาย.....	37
2.3	ผลกระทบจากการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ.....	45
2.3.1	ผลกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคล.....	45
2.3.2	ผลกระทบต่อจิตใจ.....	45
2.3.3	ผลกระทบต่อร่างกายและชีวิต.....	46
2.3.4	ผลกระทบต่อสังคม.....	46
2.4	แนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความผิดอาญา.....	47
2.4.1	ทฤษฎีการกำหนดความผิดอาญา.....	47
2.4.2	ทฤษฎีการลงโทษตามกฎหมายอาญา.....	49
2.4.3	หลักความได้สัดส่วน.....	53

2.4.3.1	หลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล.....	53
2.4.3.2	หลักแห่งความจำเป็น	53
2.4.3.3	หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ	54
บทที่ 3	มาตรการทางกฎหมายไทยเกี่ยวกับภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ.....	56
3.1	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560	56
3.1.1	การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน	57
3.1.2	การรับรองและคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว	59
3.2	ประมวลกฎหมายอาญา	65
3.2.1	ความผิดฐานกระทำให้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ.....	65
3.2.2	ความผิดฐานกระทำอนาจาร.....	70
3.2.3	ความผิดฐานบันทึกภาพหรือเสียงและเผยแพร่หรือส่งต่อภาพหรือเสียงของการกระทำ ข้ำเรา หรือการกระทำอนาจาร.....	75
3.2.4	ความผิดฐานแพร่วัตถุหรือสิ่งอันลามก	78
3.2.5	ความผิดฐานข่มขืนใจผู้อื่น	81
3.2.6	ความผิดฐานหมิ่นประมาท.....	84
3.2.7	ความผิดฐานกรรโชกทรัพย์	89
3.2.8	ความผิดฐานริดเอาทรัพย์	93
3.3	พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537	95
3.3.1	ความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชน	98
3.4	พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550.....	100
3.4.1	ความผิดฐานนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามก และข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้.....	102
3.4.2	ความผิดฐานเผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ นั้นลามกและประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้	104
3.5	พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562	106

3.5.1 ความผิดฐานใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยไม่ได้รับความยินยอม	107
บทที่ 4 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศในต่างประเทศ112	
4.1 สหรัฐอเมริกา	113
4.1.1 ความเป็นมาของกฎหมายที่เกี่ยวกับการบันทึกและเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะ อับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม.....	113
4.1.2 กฎหมายที่เกี่ยวกับการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดย ไม่ได้รับความยินยอม.....	115
4.1.2.1 กฎหมายระดับสหรัฐ	115
4.1.2.2 กฎหมายระดับมลรัฐ	117
4.1.3 กฎหมายที่เกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดย ไม่ได้รับความยินยอม.....	127
4.1.3.1 กฎหมายระดับมลรัฐ	127
4.2 อังกฤษ.....	137
4.2.1 ความเป็นมาของกฎหมายที่เกี่ยวกับการบันทึกและเปิดเผยภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะ อับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม.....	137
4.2.2 กฎหมายที่เกี่ยวกับการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดย ไม่ได้รับความยินยอม.....	141
4.2.3 กฎหมายที่เกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดย ไม่ได้รับความยินยอม.....	146
4.3 แคนาดา.....	153
4.3.1 ความเป็นมาของกฎหมายที่เกี่ยวกับการบันทึกและเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะ อับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม.....	153
4.3.2 กฎหมายที่เกี่ยวกับการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดย ไม่ได้รับความยินยอม.....	155
4.3.3 กฎหมายที่เกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดย ไม่ได้รับความยินยอม.....	159

4.4 สาธารณรัฐสิงคโปร์	162
4.4.1 ความเป็นมาของกฎหมายที่เกี่ยวกับการบันทึกและเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะ อับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม.....	162
4.4.2 กฎหมายที่เกี่ยวกับการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดย ไม่ได้รับความยินยอม.....	163
4.4.3 กฎหมายที่เกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดย ไม่ได้รับความยินยอม.....	171
บทที่ 5 วิเคราะห์แนวทางการกำหนดให้การกระทำต่อภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศเป็น ความผิดอาญา.....	177
5.1 ความจำเป็นในการกำหนดให้การบันทึกและเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทาง เพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมเป็นความรับผิดทางอาญา.....	177
5.1.1 การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ประชาชนส่วนใหญ่เห็นว่าน่าตำหนิ และขัดต่อความสงบ เรียบร้อยของประชาชน.....	178
5.1.2 การกระทำที่กำหนดเป็นความรับผิดทางอาญาต้องไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการ ลงโทษ.....	178
5.1.3 การปราบปรามการกระทำที่เป็นความผิดทางอาญานั้น จะไม่ก่อให้เกิดผลร้ายต่อสังคม มากกว่าผลร้ายจากการกระทำนั้นเอง.....	179
5.1.4 หากการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาแล้ว จะมีการใช้บังคับกฎหมายนั้นอย่างเสมอภาค เท่าเทียมกัน	180
5.1.5 การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้ กระบวนการยุติธรรมทางอาญานั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งในด้านคุณภาพและ ปริมาณ	180
5.1.6 ไม่มีมาตรการอื่นที่เหมาะสมกว่าการกำหนดความรับผิดทางอาญาแล้ว.....	180
5.2 แนวทางในการบัญญัติให้การบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดย ไม่ได้รับความยินยอมเป็นความรับผิดทางอาญา.....	181
5.2.1 รูปแบบในการบัญญัติกฎหมาย	182

5.2.2	ฐานความผิดเกี่ยวกับการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดย ไม่ได้รับความยินยอม.....	185
5.2.2.1	ความผิดฐานบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดย ไม่ได้รับความยินยอม	185
5.2.2.2	ความผิดฐานติดตั้งอุปกรณ์ เพื่อการดู หรือบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะ อับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม หรือดัดแปลงสิ่งปลูกสร้าง เพื่อกระทำการดังกล่าว.....	186
5.2.2.3	ความผิดฐานครอบครองภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่น จากการบันทึกโดยไม่ได้รับความยินยอม	186
5.2.3	ขอบเขตของภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง	190
5.2.3.1	ลักษณะทางเพศของภาพ	190
5.2.3.2	ลักษณะความเป็นส่วนตัวของภาพ.....	192
5.2.4	เจตนาของผู้กระทำความผิด	194
5.2.5	ข้อสันนิษฐานเบื้องต้นของการกระทำความผิด.....	195
5.2.6	ความเหมาะสมของโทษ.....	196
5.2.7	ข้อยกเว้นหรือข้อแก้ตัวของการกระทำความผิด	200
5.3	แนวทางในการบัญญัติให้การเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดย ไม่ได้รับความยินยอมเป็นความรับผิดทางอาญา.....	202
5.3.1	รูปแบบในการบัญญัติกฎหมาย	203
5.3.2	ฐานความผิดเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่น โดยไม่ได้รับความยินยอม	206
5.3.2.1	ความผิดฐานเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศที่ได้รับมาจาก การบันทึกโดยไม่ได้รับความยินยอม.....	206
5.3.2.2	ความผิดฐานเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดย ไม่ได้รับความยินยอม	207

5.3.2.3 ความผิดฐานข่มขู่ว่าจะเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของ ผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม.....	208
5.3.3 ขอบเขตของภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง	209
5.3.3.1 ลักษณะทางเพศของภาพ	209
5.3.3.2 ลักษณะความเป็นส่วนตัวของภาพ.....	212
5.3.3.3 ขอบเขตในการเผยแพร่	214
5.3.4 เจตนาของผู้กระทำความผิด	215
5.3.5 ความเหมาะสมของโทษ.....	217
5.3.6 ข้อยกเว้นหรือข้อแก้ตัวของการกระทำความผิด	220
5.3.7 มาตรการอื่นที่ใช้กับกรณีการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของ ผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม	222
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	224
6.1 บทสรุป	224
6.2 ข้อเสนอแนะ	234
บรรณานุกรม.....	248
ภาคผนวก.....	257
ประวัติผู้เขียน.....	288

สารบัญตาราง

หน้า

ตาราง 1 การเปรียบเทียบรูปแบบกฎหมายและประเภทความผิดของฐานความผิดที่เกี่ยวกับการ บันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม	184
ตาราง 2 การเปรียบเทียบฐานความผิดตามกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวกับการบันทึกภาพส่วนบุคคล ที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม	189
ตาราง 3 การเปรียบเทียบขอบเขตของภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศที่กฎหมายให้ความ คุ้มครองในการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม	192
ตาราง 4 การเปรียบเทียบอัตราโทษในความผิดฐานการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทาง เพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม.....	198
ตาราง 5 การเปรียบเทียบรูปแบบกฎหมายและประเภทความผิดของฐานความผิดที่เกี่ยวกับการ เผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม.....	205
ตาราง 6 การเปรียบเทียบขอบเขตของภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศที่กฎหมายให้ความ คุ้มครองในการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม	211
ตาราง 7 การเปรียบเทียบอัตราโทษในความผิดฐานการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอาย ทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม	219

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

แนวโน้มการใช้โทรศัพท์มือถือ คอมพิวเตอร์ และอินเทอร์เน็ตของประชากรอายุ 6 ปีขึ้นไป ในช่วงระยะเวลา 5 ปี ระหว่างปี 2554-2558 พบว่า ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตเพิ่มขึ้นจากร้อยละ 23.7 (จำนวน 14.8 ล้านคน) เป็นร้อยละ 39.3 (จำนวน 24.6 ล้านคน) ผู้ใช้โทรศัพท์มือถือเพิ่มขึ้นจากร้อยละ 66.4 (จำนวน 41.4 ล้านคน) เป็นร้อยละ 79.3 (จำนวน 49.6 ล้านคน)¹ จากสถิติดังกล่าวสะท้อนให้เห็นว่าการพัฒนาทางเทคโนโลยีเกี่ยวกับการติดต่อสื่อสารที่จากเดิมต้องกระทำผ่านทางจดหมาย โทรศัพท์ หรือการพบปะพูดคุยกันต่อหน้า กลายเป็นคอมพิวเตอร์หรือสมาร์ทโฟน (Smart Phone) ที่สามารถเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ตจนกลายเป็นสังคมออนไลน์ได้เข้ามามีบทบาทและทำให้มีการติดต่อสื่อสารกันได้ง่าย กว้างขวาง สะดวกและมีความรวดเร็วมากขึ้น ก้าวเข้าสู่สังคมไร้พรมแดน ประกอบกับอุปกรณ์ที่ใช้บันทึกภาพได้รับการพัฒนาให้มีขนาดเล็กและราคาถูกลง อีกทั้งยังประกอบด้วยฟังก์ชันการสื่อสารชนิดอื่น ๆ เช่น โทรศัพท์มือถือ ทำให้การบันทึกภาพเกิดขึ้นได้แทบจะทุกที่และทุกเวลา นอกจากนี้ยังสามารถเชื่อมโยงข้อมูลที่เป็นภาพถ่ายเข้าไปยังระบบการสื่อสารสารสนเทศได้อย่างง่ายดาย ส่งผลต่อความนิยมในการบันทึกภาพที่ขยายตัวออกไปทั้งปริมาณและมูลค่า ในอีกแง่หนึ่งของการพัฒนาทางเทคโนโลยีดังกล่าว อุปกรณ์บันทึกภาพหลายชนิดก็ถูกนำมาใช้ล้วงล้ำเข้าไปในอาณาเขตของความเป็นส่วนตัวของปัจเจกบุคคลด้วยการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายในทางเพศโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ที่ถูกเป็นเหยื่อมากยิ่งขึ้นเช่นกัน

ตามที่ปรากฏเป็นข่าวในหลายกรณีพบว่า การบันทึกภาพผู้อื่นในขณะกระทำกิจส่วนตัวมักเกิดขึ้นตามห้องสุขาสาธารณะ โดยการแอบติดตั้งกล้องไว้ เช่น เหตุการณ์การแอบถ่ายสาวในห้องน้ำห้างดังเชียงใหม่² หรือเป็นการใช้กล้องจากโทรศัพท์มือถือบันทึกภาพได้กระโปรงสตรี³ ภาพบันทึกโดยไม่ได้รับความยินยอมในลักษณะนี้ มักปรากฏใบหน้า และบริเวณของร่างกายอันพึง

¹ สำนักงานสถิติแห่งชาติ, "สรุปผลที่สำคัญ สสำรวจการมี การใช้เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารในครัวเรือน พ.ศ. 2558" [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 22 ธันวาคม 2561. แหล่งที่มา:

<http://service.nso.go.th/nso/nsopublish/themes/files/icthh58.pdf>

² ไทยรัฐออนไลน์, "จับอดีตนักโบราณคดี แอบถ่ายสาวในห้องน้ำห้างดังเชียงใหม่ ส่งตร.ดำเนินคดี" [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 22 ธันวาคม 2561. แหล่งที่มา: <https://www.thairath.co.th/content/714713>

³ เดลินิวส์, "รวบหนุ่มหื่นแอบถ่ายได้กระโปรงสาวควาหน่วยเลือกตั้ง" [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 22 ธันวาคม 2561. แหล่งที่มา: <https://www.dailynews.co.th/regional/700335>

สงวน รวมทั้งปรากฏให้เห็นภาพอวัยวะเพศหรือสิ่งปกคลุมอย่างชัดเจน ซึ่งหลายครั้งผู้ที่ตกเป็นเหยื่อไม่รู้ตัวและไม่สามารถสืบหาผู้กระทำความผิดได้โดยง่าย

ในอีกกรณีหนึ่งภาพบันทึกผู้อื่นในขณะที่กำลังกระทำการทางเพศ ไม่ว่าจะภาพนั้นจะเกิดขึ้นโดยความยินยอมหรือไม่ก็ตาม ได้ถูกนำมาใช้ในเชิงข่มขู่บังคับเพื่อให้เหยื่อกระทำการบางอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งหากเหยื่อไม่ยินยอมแล้ว ก็จะถูกนำเอาภาพบันทึกดังกล่าวมาเผยแพร่ต่อบุคคลที่สาม หรือต่อสาธารณชน เช่น กรณีของครูสาวคนหนึ่งในจังหวัดพิษณุโลก กับอดีตคนรัก⁴ โดยครูสาวคนดังกล่าวยอมให้คนรักของตนบันทึกภาพในลักษณะเปลือย และในขณะที่กระทำการทางเพศไว้ เมื่อสิ้นสุดความสัมพันธ์ลง อดีตคนรักได้ขโมยคืนดีหลายครั้ง แต่ครูสาวคนดังกล่าวไม่ยอม อดีตคนรักจึงได้นำภาพที่บันทึกนั้นไปเผยแพร่ในสื่อสังคมออนไลน์ อีกทั้งนำข้อมูลส่วนบุคคลไม่ว่าจะเป็นชื่อ หรือข้อมูลติดต่อทางสื่อสังคมออนไลน์ส่งไปยังเพื่อนร่วมงานของเหยื่อ หรือ กรณีของนักเคลื่อนไหวทางการเมืองหญิงคนหนึ่งได้ถูกบุคคลที่สามเฝ้าติดตามและแอบบันทึกภาพในอิริยาบถต่าง ๆ และมีการเผยแพร่ภาพในขณะที่กำลังกระทำการทางเพศกับคนรักจากกล้องที่ซ่อนและบันทึกไว้ในห้องของโรงแรมแห่งหนึ่ง⁵ ในสื่อสังคมออนไลน์เช่นเดียวกัน กรณีหลังนี้ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อไม่ได้รับรู้และไม่ได้ให้ความยินยอมทั้งในการบันทึกภาพและเผยแพร่ภาพของตนแต่อย่างใด โดยการกระทำในลักษณะนี้เป็นการกระทำในเชิงข่มขู่ให้ผู้ตกเป็นเหยื่อต้องหยุดการกระทำบางอย่าง ตรงข้ามกับกรณีแรกที่มีการบันทึกภาพเกิดขึ้นโดยความยินยอมของผู้ที่ตกเป็นเหยื่อ แต่การเผยแพร่ภาพได้กระทำโดยไม่ได้รับความยินยอม เพื่อเป็นการประจานเหยื่อให้ได้รับความอับอาย

การกระทำในลักษณะข้างต้น นอกจากจะส่งผลกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลของผู้ถูกระทำในการควบคุมการเปิดเผยร่างกายและพฤติกรรมบางอย่างของตนต่อผู้อื่นแล้ว ยังส่งผลกระทบต่อสังคมอย่างกว้างขวาง ด้วยการทำลายความผาสุก บั่นทอนความรู้สึกรับประกันความปลอดภัย สร้างความหวาดระแวงและความกังวลใจต่อการถูกคุกคามต่อสิทธิส่วนบุคคล อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญของสิทธิมนุษยชนที่ได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการและเป็นสากลและได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเป็นลำดับต้น ซึ่งสะท้อนผ่านการที่สื่อมวลชนหลายสำนักได้ให้ความสำคัญต่อปัญหานี้ทั้งการนำเสนอลักษณะปัญหาที่เกิดขึ้นดังที่ได้ยกตัวอย่างไปแล้วข้างต้น ตลอดจนการนำเสนอวิธีการระมัดระวังป้องกันตนเอง⁶

⁴ ชาวสด, "ครูสาวถึงช็อก!! เจอแฟนเก่าโพสดีภาพโป๊เปลือยประจาน โธ่แจ้งตร.จับ" [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 20 ธันวาคม 2561. แหล่งที่มา: https://www.khaosod.co.th/view_newsonline.php?newsid=TVRRreU1EVTBNVE0xTUE9PQ==

⁵ ชาวสด, "แฉที่มา! คลิปหลุด 'โบว์' อยากเลือกตั้ง' โดนตามแอบถ่าย ใช้แต่วิธีสกปรก" [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 25 ธันวาคม 2561. แหล่งที่มา: https://www.khaosod.co.th/special-stories/news_1987363

⁶ สยามรัฐ, "รายงานพิเศษ : วิธีเอาตัวให้รอดจาก "Revenge Porn"" [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 21 ธันวาคม 2561. แหล่งที่มา: <https://siamrath.co.th/n/20017>

พฤติกรรมดังกล่าวยังก่อภัยร้ายแรงอย่างกว้างขวางต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ให้ต้องถูกลดทอนจากการที่ผู้อื่นได้เห็นภาพดังกล่าว อันเป็นการซ้ำเติมและทำให้ผู้ถูกระงับได้รับความเสียหายมากยิ่งขึ้น ทำให้ผู้ถูกระงับต้องทนทุกข์ทรมานถึงขนาดไม่อาจดำรงชีวิตได้ตามปกติสุข ในกรณีร้ายแรงก็ทำให้ผู้ถูกระงับเกิดความเศร้าโศกเสียใจจนถึงขั้นฆ่าตัวตาย⁷ นอกจากนี้หากภาพนั้นมีลักษณะอันลามก ทั้งยังแพร่หลายเป็นข่าวดังในระบบอินเทอร์เน็ตก็จะทำให้ประชาชนให้ความสนใจมากยิ่งขึ้นย่อมส่งผลให้เป็นการกระตุ้นกระแสนิยมสื่อลามกในสังคมมากยิ่งขึ้นโดยปริยาย อันเป็นการกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของสังคมในอีกทางหนึ่ง เพราะสิ่งอันลามกย่อมเป็นสาเหตุหนึ่งของการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ⁸

ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อและความเสียหายที่เกิดต่อสังคมจากพฤติกรรมดังกล่าวในราชอาณาจักรไทยมีแนวโน้มเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ ทำให้เห็นว่าตามที่ปรากฏให้เห็นเป็นข่าวซึ่งมีผู้เสียหายมากมายหลายอาชีพนั้นคงเป็นเพียงส่วนหนึ่งของปัญหาทั้งหมดเท่านั้น เหล่านี้ย่อมสะท้อนถึงความจำเป็นที่จะต้องมีการแก้ไขและบรรเทาความรุนแรงของปัญหาที่เกิดขึ้นอย่างเร่งด่วน

เมื่อราชอาณาจักรไทยเป็นรัฐภาคีตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) ตั้งแต่วันที่ 29 ตุลาคม พ.ศ. 2539 ซึ่งมีบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองต่อสิทธิส่วนบุคคลไว้ในข้อ 17 มีใจความว่า

- “1. บุคคลจะถูกแทรกสอดความเป็นส่วนตัว ครอบครัว เคหสถาน หรือการติดต่อสื่อสารโดยพลการหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายมิได้ และจะถูกกลบหลู่เกียรติและชื่อเสียงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายมิได้
2. บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายมิให้ถูกแทรกสอดหรือกลบหลู่เช่นว่านั้น”

ด้วยเหตุนี้ ราชอาณาจักรไทยจึงต้องรับเอากติกาข้อนี้มาปฏิบัติภายในประเทศด้วย ประกอบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ให้ความคุ้มครองในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวเช่นเดียวกัน เพราะฉะนั้นการกระทำใด ๆ อันเป็นการละเมิดต่อคุณค่าที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองจะกระทำมิได้ ดังนั้น การกระทำที่เป็นการละเมิดต่อสิทธิส่วนบุคคลของผู้ถูกระงับ ทั้งยังลดทอนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลให้เป็นเพียงเครื่องสร้างความบันเทิงทางเพศแก่ผู้อื่น ทั้งยังเป็นอันตรายต่อสังคมส่วนรวม จึงควรได้รับการดำเนินและลงโทษอย่างเหมาะสมเพื่อตัดโอกาสในการกระทำความผิดเสียตั้งแต่ต้น

⁷ Miriam Berger, "Brazilian 17 Year Old Commits Suicide after Revenge Porn Posted Online," [Online], Accessed: 19 November 2017. Available from: <http://www.buzzfeed.com/miriamberger/brazilian-17-year-old-commitssuicide-after-revenge-porn-pos#.ag6yvyV5Z>

⁸ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและภาคโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 15 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2561), หน้า 132.

เมื่อพิจารณารูปแบบการกระทำความผิดประกอบกับการให้ความคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลในประมวลกฎหมายอาญาพบว่า มีบทบัญญัติที่สามารถนำมาปรับใช้แก่กรณีความผิดที่เกิดขึ้นได้ กล่าวคือ สำหรับการกระทำในขั้นตอนการบันทึกโดยไม่ได้รับความยินยอมนั้นมีตัวอย่างที่ศาลฎีกาปรับใช้กฎหมาย ดังนี้

“การที่จำเลยแอบติดตั้งกล้องบันทึกภาพไว้ที่โต๊ะทำงานของโจทก์ร่วม และบันทึกภาพสรีระร่างกายของโจทก์ร่วมตั้งแต่ช่วงลิ้นปี่จนถึงอวัยวะช่วงขามองเห็นกระโปรงที่โจทก์ร่วมสวมใส่ ขาท่อนล่างและขาท่อนบนของโจทก์ร่วม โดยที่กล้องบันทึกภาพมีแสงไฟสำหรับเพิ่มความสว่างเพื่อให้มองเห็นภาพบริเวณใต้กระโปรงของโจทก์ร่วมให้ชัดเจนยิ่งขึ้น การกระทำของจำเลยสื่อแสดงให้เห็นถึงความใคร่และกามารมณ์ โดยที่โจทก์ร่วมมิได้รู้เห็นหรือยินยอม อันเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศต่อโจทก์ร่วม โดยโจทก์ร่วมตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ แม้จำเลยจะมีได้สัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของโจทก์ร่วมโดยตรง แต่การที่จำเลยใช้กล้องบันทึกภาพใต้กระโปรงโจทก์ร่วมในระยะใกล้ชิด โดยโจทก์ร่วมไม่รู้ตัวย่อมรับฟังได้ว่า จำเลยได้กระทำโดยประสงค์ต่อผลอันไม่สมควรในทางเพศต่อโจทก์ร่วม โดยใช้กำลังประทุษร้ายตามมาตรา 1 (6) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งการใช้กำลังประทุษร้ายอันเป็นองค์ประกอบความผิดตาม ป.อ. มาตรา 278 นอกจากหมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายแล้ว ยังหมายความว่าทำการประทุษร้ายแก่จิตใจด้วย ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ การกระทำของจำเลยดังกล่าว ทำให้โจทก์ร่วมต้องรู้สึกสะเทือนใจอับอายขายหน้า จึงถือว่าเป็นการประทุษร้ายแก่จิตใจของโจทก์ร่วมแล้ว การกระทำของจำเลยจึงเป็นการกระทำอนาจารโจทก์ร่วม ครอบคลุมองค์ประกอบความผิดตาม ป.อ. มาตรา 278

ห้องตรวจคนไข้ที่เกิดเหตุ เป็นส่วนหนึ่งของโรงพยาบาลเนินสง่า อันเป็นสถานที่ราชการซึ่งเป็นสาธารณสถาน แม้ประชาชนทั่วไปใช้บริการในห้องตรวจคนไข้ที่เกิดเหตุจะต้องได้รับอนุญาต และผ่านการคัดกรองจากพยาบาลหน้าห้องตรวจก่อน แต่ก็เพียงระเบียบขั้นตอนและวิธีปฏิบัติในการใช้บริการของโรงพยาบาลเท่านั้น หากทำให้ห้องตรวจคนไข้ดังกล่าวซึ่งเป็นสาธารณสถานที่มีประชาชนมีความชอบธรรมจะเข้าไปได้ ต้องกลับกลายเป็นที่รโหฐานแต่อย่างใดไม่ ห้องตรวจคนไข้ที่เกิดเหตุจึงยังคงเป็นสาธารณสถาน ดังนั้น การกระทำของจำเลยจึงครอบคลุมองค์ประกอบความผิดฐานกระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการรังแก หรือข่มเหงผู้อื่น หรือกระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอาย หรือเดือดร้อนรำคาญในที่สาธารณสถานตาม ป.อ. มาตรา 397”⁹

สำหรับกรณีและผู้เสียหายถูกผู้กระทำความผิดเผยแพร่ภาพในลักษณะเปลือยเข้าสู่ระบบอินเทอร์เน็ต หลังถูกบอกเลิก ในเรื่องดังกล่าว ศาลอาญาพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดตามประมวล

⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558

กฎหมายอาญามาตรา 326, 287 (1) วรรคสอง และพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 14 (4) (5) โดยมีความผิดฐานหมิ่นประมาทและพิพาทษาให้ลงโทษจำคุกสามเดือน และมีความผิดฐานเพื่อการจ่ายแจก หรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน ทำให้แพร่หลายโดยประการใด ๆ ซึ่งภาพอันลามก นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะอันลามกซึ่งประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ เป็นกรรมเดียวผิดต่อกฎหมายหลายบทพิพาทษาให้ลงโทษตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 14 (4) (5) โดยกำหนดให้ลงโทษจำคุกเป็นเวลาหกเดือน รวมจำคุกจำเลยเป็นเวลาเก้าเดือนและกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายสองแสนบาท¹⁰

จากตัวอย่างการปรับใช้กฎหมายของศาลทำให้พบว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับการบันทึกและเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมในราชอาณาจักรไทย คือ

1. ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 ความผิดฐานกระทำอนาจาร
2. ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 (1) ความผิดฐานเพื่อการแจกจ่าย หรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชนทำให้แพร่หลายโดยประการใด ๆ ซึ่งเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพหรือสิ่งอื่นใดอันลามก
3. ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326 ความผิดฐานหมิ่นประมาท
4. ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 328 ความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยการโฆษณา
5. ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 ความผิดฐานกระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ
6. พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 มาตรา 14 (4) (5) ความผิดฐานนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามกและประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ หรือเผยแพร่หรือส่งต่อโดยรู้ว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะอันลามก

บทบัญญัติที่ศาลนำมาปรับใช้ไม่ใช่บทบัญญัติเฉพาะที่นำมาใช้แก้กรณีปัญหาที่เกิดการกระทำความผิดขึ้นโดยตรง ดังตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 ศาลได้นำความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 278 มาปรับใช้แก้กรณีการติดตั้งและแอบถ่ายใต้กระโปรงโดยไม่มีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหาย เป็นการแตกต่างจากการวินิจฉัยของศาลฎีกา

¹⁰ คำพิพากษาศาลอาญา คดีหมายเลขดำที่ อ.2097/2551

ในอดีตที่มีหลักในเรื่องการกระทำอนาจารจะต้องมีการ “สัมผัส” เนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายเป็นสำคัญ¹¹ นอกจากนี้ยังได้ตีความว่าการที่ผู้เสียหายรู้สึกสะเทือนใจอับอายขายหน้า จึงถือว่าเป็นการประทุษร้ายแก่จิตใจ ซึ่งเดิมที่ถือว่าการประทุษร้ายต่อจิตใจจะต้องเป็นการกระทำต่อ “การสั่งการของสมอง” เช่น หมดสติ หรือจิตพิการ การตีความขยายความไปถึง “อารมณ์” และ “ความรู้สึก” เป็นเรื่องอัตวิสัยอย่างมาก ทั้งยังยากต่อการพิสูจน์ในการพิจารณาพิพากษาคดีอีกด้วย การที่ศาลวินิจฉัยไว้เช่นนี้อาจเป็นเพราะบทบัญญัติในความผิดฐานกระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัลตามมาตรา 397 นั้นเป็นเพียงความผิดลหุโทษ ไม่อาจข่มขู่ยับยั้งให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวต่อกฎหมาย จึงเลือกใช้บทลงโทษที่มีความรุนแรงกว่าเพื่อให้เป็นเยี่ยงอย่างไม่ให้ผู้ใดกระทำแบบเดียวกันอีก¹²

การที่กฎหมายอาญาของราชอาณาจักรไทยยังไม่มีบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลซึ่งสอดคล้องกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นเป็นรูปธรรม ทั้งที่ปัญหานี้สร้างความหวาดวิตกให้แก่ผู้เสียหายและสังคมเป็นอย่างมาก สิ่งนี้สะท้อนให้เห็นถึงการมองปัญหาดังกล่าวเป็นเรื่องเล็กน้อย อาจเป็นเพราะลักษณะของการกระทำที่มีได้กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของเหยื่อโดยตรง จึงไม่เห็นถึงความเสียหายอย่างเด่นชัดเท่าใด แต่แท้จริงแล้วเมื่อพิจารณาผลกระทบของการกระทำโดยละเอียดจะพบว่า นอกจากการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดต่อสิทธิส่วนบุคคลแล้ว ยังก่อให้เกิดผลกระทบต่อสภาพจิตใจอารมณ์ความรู้สึกของเหยื่ออย่างร้ายแรงอีกด้วย

สหรัฐอเมริกามีการบันทึกผลกระทบที่เกิดขึ้นกับเหยื่อโดยองค์กร Cyber Civil Rights Initiative สํารวจสถิติข้อมูลจากผู้ตอบแบบสอบถามจำนวน 1,606 คน พบว่าผู้ที่ตกเป็นเหยื่อร้อยละ 93 ตกอยู่ในภาวะเครียดทางอารมณ์ ในขณะที่ร้อยละ 82 รายงานว่าตกอยู่ในภาวะทุกข์ทรมานกับการเสื่อมเสียชื่อเสียงทางสังคม หน้าที่การงาน หรือสิ่งอื่นที่มีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนกว่ากัน และกว่าร้อยละ 51 รายงานว่าตกอยู่ในภาวะของการคิดฆ่าตัวตาย ขณะที่ร้อยละ 39 กล่าวว่าอาชญากรรมนี้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อการดำเนินชีวิตตามปกติสุขของตน¹³ ดังปรากฏให้เห็นเป็นคดีต่าง ๆ มากมาย เช่น กรณีที่เพื่อนของนายไทเลอร์ เคลเมนติ ได้ทำการบันทึกและเผยแพร่ภาพการมีเพศสัมพันธ์ของนายไทเลอร์กับผู้ชายผ่านทางเว็บแคมจนทำให้เขาเกิดความเครียดจนในที่สุดก็ได้ฆ่าตัวตายโดยการ

¹¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12665/2556

¹² คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึงลักษณะ 9, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2561), หน้า 603.

¹³ Sameer Hinduja, "Revenge Porn Research, Laws, and Help for Victims," [Online], Accessed: 24 November 2017. Available from: <https://cyberbullying.org/revenge-porn-research-laws-help-victims>

กระโดดจากสะพานจอร์จวอชิงตัน¹⁴ ในอีกคดีหนึ่งเกิดขึ้นในค.ศ. 2007 โดยผู้กระทำได้ทำการบันทึกภาพในขณะที่กระทำการกิจกรรมทางเพศของผู้เสียหายซึ่งเป็นคนรักเก่าลงไว้ในวีดีโอจากนั้นเมื่อเลิกกันผู้กระทำโกรธ จึงได้แจกจ่ายวีดีโอเหล่านั้นแบบสุ่มโดยวางไว้ที่กระถางรถยนต์ของผู้อื่นพร้อมทั้งระบุชื่อ ที่อยู่และเบอร์โทรศัพท์ของผู้เสียหายไว้ด้วย ผู้เสียหายซึ่งไม่เคยทราบมาก่อนว่าจะถูกบันทึกกิจกรรมทางเพศของตนระหว่างคนรักเก่าเอาไว้ด้วย ก็เริ่มได้รับโทรศัพท์จากชายที่ไม่เคยรู้จักมาก่อนจากการดูภาพของผู้เสียหายเหล่านั้น เพื่อขอร่วมเพศกับผู้เสียหาย¹⁵

จากความเป็นมาและความสำคัญของปัญหาข้างต้น หลายประเทศได้มีการแสวงหาวิธีการแก้ปัญหาดังกล่าวขึ้น โดยอังกฤษได้มีการบัญญัติกฎหมายให้การกระทำต่อภาพส่วนบุคคล อันได้แก่การบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมเป็นความผิดที่มีโทษทางอาญาที่มีโทษถึงขั้นจำคุก เพื่อป้องปรามและลงโทษต่อการกระทำดังกล่าวอย่างเหมาะสมไว้ในพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 (The Sexual Offences Act 2003) โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวครั้งล่าสุด ค.ศ. 2019 และบัญญัติให้การเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมไว้ในพระราชบัญญัติกระบวนกรยุติธรรมทางอาญาและศาล ค.ศ. 2015 (Criminal Justice and Courts Act 2015) ส่วนสหรัฐอเมริกาได้มีการออกกฎหมายพระราชบัญญัติวีดิทัศน์การลักมอง ค.ศ. 2004 (Video Voyeurism Act of 2004) ระดับสหรัฐเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายสหรัฐ (United States Code) ให้ครอบคลุมถึงการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม โดยการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมยังไม่มีกฎหมายระดับสหรัฐ แต่มีรัฐต่าง ๆ ในสหรัฐอเมริกาต่างก็มีบทบัญญัติสำหรับเรื่องดังกล่าวเป็นการเฉพาะทั้งสิ้น 46 มลรัฐ¹⁶ ส่วนแคนาดาออกรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา เพิ่มความผิดเกี่ยวกับการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมใน ค.ศ. 2005 และได้เพิ่มบทบัญญัติในขั้นตอนการเผยแพร่ใน ค.ศ. 2015 และสาธารณรัฐสิงคโปร์ได้ออกพระราชบัญญัติปฏิรูปกฎหมายอาญา ค.ศ. 2019 (Criminal Law Reform Act 2019) เป็นครั้งแรกใน ค.ศ. 2019 เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในหลายลักษณะ

¹⁴ Megan DeMarco, "Live Coverage: Dharun Ravi Found Guilty on Most Counts in Webcam Spying Trial Verdict," [Online], Accessed: 24 November 2017. Available from: http://www.nj.com/news/index.ssf/2012/03/ravi_webcam_trial_verdict.html

¹⁵ Chesterfield Observer, "Former Boyfriend Pleads No Contest over Sex Dvds," [Online], Accessed: 24 November 2017. Available from: <https://www.chesterfieldobserver.com/articles/news-briefs-33/>

¹⁶ Cyber Civil Rights Initiative, "46 States + Dc + One Territory Now Have Revenge Porn Laws," [Online], Accessed: 13 October 2020. Available from: <https://www.cybercivilrights.org/revenge-porn-laws/>

และได้เพิ่มบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการบันทึกและเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นในคราวเดียวกันด้วย ซึ่งมีผลบังคับใช้วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2020

เมื่อพิจารณาการจัดการกับปัญหาที่เกิดขึ้นในต่างประเทศพบว่าใช้วิธีการออกกฎหมายบัญญัติฐานความผิดขึ้นเป็นการเฉพาะ ตรงกันข้ามกับราชอาณาจักรไทยที่ปรับใช้และตีความกฎหมายจากบทบัญญัติที่มีอยู่ ดังนั้นเมื่อกฎหมายไทยยังไม่มีกฎหมายบัญญัติกฎหมายอันเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลจากการกระทำต่อภาพส่วนบุคคล เมื่อเกิดการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลขึ้นจึงต้องปรับใช้ประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องแล้วแต่กรณี องค์ประกอบความผิด โทษ การเยียวยาก็ต้องเป็นไปตามกฎหมายนั้น ๆ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งเน้นศึกษาและพิจารณาว่าการที่ราชอาณาจักรไทยไม่มีกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลจากการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ การปรับใช้ประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องจะสามารถคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลในเรื่องดังกล่าวได้มีประสิทธิภาพ ครอบคลุมกับกรณีปัญหาที่เกิดขึ้นมากน้อยเพียงใด เมื่อเทียบกับการกำหนดฐานความผิดทางอาญาขึ้นใหม่ดังเช่นที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ เมื่อได้ข้อสรุปแล้วก็จะได้เสนอแนะแนวทางการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา เพื่อป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมรวมทั้งคุ้มครองเหยื่อซึ่งจะมีผลให้กฎหมายมีบทบัญญัติที่เหมาะสมกับผลร้ายจากการกระทำและตอบสนองต่อสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นได้อย่างตรงจุด ซึ่งการศึกษาวิจัยในเรื่องนี้จะก่อให้เกิดประโยชน์และช่วยส่งเสริมให้ประมวลกฎหมายอาญาของราชอาณาจักรไทยเป็นไปโดยสมบูรณ์ยิ่งขึ้นต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1.2.1 เพื่อแสวงหาแนวความคิดและทฤษฎีเรื่องการกำหนดความผิดเกี่ยวกับการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลและความจำเป็นที่ราชอาณาจักรไทยจะต้องบัญญัติความผิดอาญาดังกล่าวโดยเฉพาะ

1.2.2 เพื่อศึกษาถึงการบัญญัติฐานความผิดที่เกี่ยวข้องกับการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลของสหรัฐอเมริกา มลรัฐนิวยอร์ก มลรัฐอิลลินอยส์ อังกฤษ แคนาดา และสาธารณรัฐสิงคโปร์

1.2.3 เพื่อวิเคราะห์ถึงปัญหาการบังคับใช้กฎหมายและมาตรการทางกฎหมายของราชอาณาจักรไทยที่เกี่ยวข้องกับการกระทำต่อภาพส่วนบุคคล

1.2.4 เพื่อเสนอแนะแนวทางการบัญญัติความผิดอาญาที่เกี่ยวข้องกับการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลในราชอาณาจักรไทย

1.3 สมมติฐาน

เนื่องจากยังไม่มีกฎหมายบัญญัติให้การกระทำต่อภาพส่วนบุคคลเป็นความผิดอาญาไว้โดยตรง จึงต้องนำความผิดฐานอื่นที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา และพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 รวมทั้งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาปรับใช้แก่การกระทำที่เกิดขึ้น ซึ่งยังมีปัญหาเกี่ยวกับองค์ประกอบความผิดที่บัญญัติไว้ไม่ครอบคลุมในทุกลักษณะของการกระทำต่อภาพส่วนบุคคล นอกจากนี้บทลงโทษในบางฐานความผิดก็ไม่รุนแรงพอที่จะข่มขู่ยับยั้งการกระทำความผิดได้ ดังนั้น หากมีการบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นฐานความผิดเฉพาะในประมวลกฎหมายอาญา ย่อมทำให้คุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของผู้เสียหายได้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

1.4 ขอบเขตของการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาถึงแนวความคิด และวิเคราะห์กฎหมายที่เกี่ยวกับการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลของผู้อื่น โดยมุ่งเน้นศึกษาเฉพาะภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายในทางเพศในการศึกษาจะทำการพิจารณาถึงความหมาย ลักษณะและรูปแบบของการกระทำ รวมทั้งมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลในลักษณะดังกล่าว และโทษที่ผู้กระทำจะได้รับ โดยกฎหมายไทยจะศึกษาเฉพาะในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประมวลกฎหมายอาญา พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 และกฎหมายต่างประเทศจะศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของสหรัฐอเมริกา มลรัฐนิวยอร์ก และมลรัฐอิลลินอยส์ กฎหมายของอังกฤษ กฎหมายของแคนาดา และกฎหมายของสาธารณรัฐสิงคโปร์ เพื่อนำมาวิเคราะห์หาแนวทางที่จะนำมาบังคับใช้กับการกำหนดฐานความผิดสำหรับการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศในราชอาณาจักรไทยต่อไป

1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

วิทยานิพนธ์เรื่องนี้เป็นการศึกษาวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) โดยอาศัยการค้นคว้า และรวบรวมข้อมูลทางเอกสารทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ตัวอย่างเช่น ตั๋วบทกฎหมาย คำพิพากษาศาลฎีกา ซึ่งเป็นเอกสารปฐมภูมิ (Primary Source) และบทความ หนังสือ ตำรา ตลอดจนข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตที่เกี่ยวข้อง ซึ่งเป็นเอกสารชั้นทุติยภูมิ (Secondary Source) เพื่อใช้เป็นข้อมูลที่จะนำมาประมวลเป็นข้อเสนอแนะต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทำให้ทราบถึงบทบัญญัติของกฎหมายไทยที่นำมาปรับใช้กับการกระทำต่อภาพส่วนบุคคล

1.6.2 ทำให้สามารถเปรียบเทียบถึงความแตกต่างของบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลระหว่างกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ

1.6.3 ทำให้ทราบแนวคิดเรื่องการกำหนดความผิดเกี่ยวกับการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลและความจำเป็นที่ราชอาณาจักรไทยจะต้องบัญญัติความผิดอาญารูปแบบใหม่ดังกล่าว

1.6.4 ได้กำหนดแนวทางในการปรับปรุง แก้ไข หรือเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา เพื่อจะกำหนดฐานความผิดและระวางโทษที่เหมาะสมสำหรับการกระทำต่อภาพส่วนบุคคล



บทที่ 2

แนวคิด หลักการและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับภาพส่วนบุคคล

เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในสังคมไทย เป็นที่ยอมรับว่าการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลของผู้คนนั้นนอกจากจะเป็นการล่วงละเมิดต่อความเป็นอยู่ส่วนตัวของเหยื่อแล้วยังมีความเป็นไปได้ว่าการล่วงละเมิดนั้นจะส่งผลกระทบต่อความเป็นอันตรายข้างเคียงอย่างอื่นจากการกระทำดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นอันตราย ต่อชีวิต ร่างกาย จิตใจหรือเสรีภาพ หรือการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศอีกด้วย หากพฤติกรรมดังกล่าวยังคงเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องโดยไม่มีการแก้ไขอย่างเหมาะสมกับสภาพปัญหาแล้ว ย่อมส่งผลให้เกิดความเสียหายที่ยากจะแก้ไขได้

อย่างไรก็ตาม การสร้างความเข้าใจในเรื่องการกระทำต่อภาพส่วนบุคคล ตลอดจนเห็นความสำคัญของปัญหานี้จะทำให้บุคคลทั้งหลายตระหนักรู้ ซึ่งเป็นกระบวนการขั้นต้นในการแก้ปัญหาเรื่องดังกล่าว เพราะการจะแก้ไขปัญหาใดได้ก็จำเป็นที่จะต้องทราบถึงสาเหตุแห่งปัญหานั้นอย่างแท้จริง เพื่อที่จะสามารถหาวิธีการแก้ปัญหานั้นได้อย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพจนทำให้ปัญหานั้น บรรเทาลงและหมดไปในที่สุด จึงต้องศึกษาถึงขอบเขตว่าภาพส่วนบุคคลมีความหมายครอบคลุมเพียงใด ภาพส่วนบุคคลมีกี่ประเภท ลักษณะของการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลมีกรณีใดบ้าง มีผลกระทบอย่างไร

ในบทนี้จึงเป็นข้อมูลพื้นฐานที่สำคัญที่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งจะศึกษาและหาคำตอบ อันจะเป็นการแก้ไขปัญหาที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพให้แก่ปัญหาการกระทำต่อภาพส่วนบุคคล โดยส่วนแรกจะกล่าวถึงความทั่วไปเกี่ยวกับภาพส่วนบุคคล ไม่ว่าจะเป็นเรื่องความหมาย ลักษณะการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้อง วิธีการในการกระทำ ตลอดจนผลกระทบในด้านต่าง ๆ ของปัญหาข้างต้น รวมทั้งแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิส่วนบุคคลซึ่งเป็นคุณค่าที่ได้รับการกระเทือนจากการกระทำต่อภาพส่วนบุคคล สุดท้ายจะได้นำเสนอแนวความคิดและทฤษฎีที่เป็นหลักพื้นฐานในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาเพื่อที่จะนำมาใช้ศึกษาถึงความเหมาะสมในการกำหนดให้การกระทำต่อภาพส่วนบุคคลเป็นการกระทำที่เป็นความผิดและมีโทษทางอาญาต่อไป

2.1 ความทั่วไปเกี่ยวกับภาพส่วนบุคคล

ก่อนที่จะได้ศึกษาเกี่ยวกับแนวคิด หลักการและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับภาพส่วนบุคคล เพื่อให้เกิดความเข้าใจภาพรวมของปัญหา ในหัวข้อนี้จะได้นำเสนอเกี่ยวกับความหมายของภาพส่วนบุคคล เสียก่อนเพื่อให้เข้าใจเบื้องต้นว่าหมายถึงภาพที่แสดงให้เห็นสิ่งใดบ้าง จากนั้นจะได้ชี้ให้เห็นประเภทของการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลว่ามีกรกระทำที่เกี่ยวข้องอย่างไรบ้าง และชี้ให้เห็นถึงลักษณะและวิธีการของการกระทำดังกล่าว ตลอดจนแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิส่วนบุคคลให้เข้าใจเบื้องต้นว่ามีอยู่อย่างไรบ้าง แล้วจึงกล่าวถึงผลกระทบของการกระทำ ท้ายที่สุดจะได้อธิบายถึงทฤษฎีในการกำหนดความรับผิดทางอาญา ทฤษฎีการลงโทษ รวมทั้งหลักความได้สัดส่วน เพื่อใช้ในการวิเคราะห์ถึงแนวทางการกำหนดความรับผิดทางอาญาและการกำหนดอัตราโทษให้ได้สัดส่วนต่อไป โดยนำเสนอตามลำดับดังต่อไปนี้

2.1.1 ความหมายของภาพส่วนบุคคล

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ไม่มีการให้ความหมายของคำว่า “ภาพส่วนบุคคล” ไว้ จึงต้องพิจารณาแยกความหมายไปที่ละคำ ดังนี้

คำว่า “ภาพ” หมายถึง รูปที่ปรากฏเห็นหรือนึกเห็น เช่น ภาพทิวทัศน์ ภาพในฝัน สิ่งที่วาดขึ้นเป็นรูปหรือสิ่งที่ถ่ายแบบไว้ เช่น ภาพสีน้ำมัน ภาพถ่าย

คำว่า “ส่วนบุคคล” พจนานุกรมไม่มีคำนี้โดยตรง แต่ใช้คำว่า “ส่วนตัว” ซึ่งหมายถึง เฉพาะตัว เฉพาะบุคคล เช่น เรื่องส่วนตัว ของใช้ส่วนตัว

เมื่อนำคำทั้งหลายมาพิจารณาเพื่อหาความหมายจะได้ความหมายของคำว่า “ภาพส่วนบุคคล” ว่าหมายถึง ภาพที่แสดงให้เห็นเรื่องส่วนตัวของบุคคล

2.1.2 ประเภทของภาพส่วนบุคคล

ภาพส่วนบุคคลนั้นมีขอบเขตที่กว้างว่าภาพชนิดใดบ้างถึงจะแสดงให้เห็นว่าเป็นภาพที่มีลักษณะของเรื่องส่วนตัว จึงต้องพิจารณาแยกภาพออกเป็นสองประเภทเพื่อให้สามารถทราบถึงขอบเขตที่แน่ชัดได้ ดังต่อไปนี้

2.1.2.1 ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทั่วไป

คำว่า “ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทั่วไป” พิจารณาความหมายตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ไปทีละคำ ดังนี้

คำว่า “อับอาย” หมายถึง อายไม่กล้าสู้หน้า

คำว่า “ทั่วไป” หมายถึง ธรรมดา ๆ

เมื่อนำคำทั้งหลายมาพิจารณาให้ความหมายรวมกัน ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทั่วไป จึงหมายถึง ภาพที่แสดงให้เห็นลักษณะของเรื่องส่วนตัวธรรมดา ๆ อันทำให้ผู้ที่ปรากฏในภาพอายไม่กล้าสู้หน้า เช่น ภาพบุคคลนอนน้ำลายไหล ภาพบุคคลขณะแคะขี้มูก เป็นต้น ซึ่งภาพเหล่านี้เป็นภาพทั่วไปที่ไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องทางเพศ

2.1.2.2 ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ

คำว่า “ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ” พิจารณาความหมายตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ไปทีละคำ ดังนี้

คำว่า “อับอาย” หมายถึง อายไม่กล้าสู้หน้า

คำว่า “ทางเพศ” พจนานุกรมไม่ได้ให้ความหมายไว้ แต่สามารถพิจารณาความหมายได้จากตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้วินิจฉัยไว้ ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 978/2492 รูปหญิงเปลือยกายเห็นเด่นชัดเฉพาะถัน ส่วนโยนึฏกระบายให้ลบเลือนเห็นเพียงฐาน เป็นรูปแสดงสุขภาพอนามัยของการอาบแดด **สอนวิธีเขียนส่วนสัดส่วนความงามของร่างกาย** ไม่น่าเกลียด อุดจาดบาดสีที่น้อมนำไปสู่ความใคร่ทางกามารมณ์ จึงไม่ใช่ภาพลามกอนาจาร

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1223/2508 ภาพพิมพ์ของกลางเป็นเพียงภาพที่แสดงถึงส่วนสัดส่วนความสมบูรณ์ของร่างกายที่มีได้มีสิ่งปกปิด โดยเฉพาะส่วนล่างก็พยายามปกปิดหรือทำเป็นเพียงเงา ๆ และได้ลบเลือนให้เป็นอวัยวะที่ราบเรียบแล้ว ภาพไม่มีลักษณะน่าเกลียดน่าอูดจาดบาดสีแล้ว ดังนี้ไม่ถือว่าเป็น**ภาพลามก**ตามความหมายที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3510/2531 ภาพหญิงยืนเปลือยกาย กอดชาย ภาพหญิงสวมแต่กางเกงในโปรงตา มีผู้ชายนอนกอดมือโอบบริเวณทรวงอก ภาพหญิงเปลือยกายท่อนบน ใช้มือจับหูโทรศัพท์กอดที่อวัยวะเพศ ภาพหญิงเปิดเสื้อให้เห็นนมล้วงมือเข้าไปในกระโปรง ภาพหญิงเปลือยอก สวมกางเกงใน มือล้วงไปที่อวัยวะเพศ และภาพหญิงเปลือยอกสวมกางเกงขาสั้น มือข้างหนึ่งประคองนมอีกข้างหนึ่งล้วงไปจับที่อวัยวะเพศ แม้ภาพดังกล่าวในหนังสือแต่ละเล่ม จะไม่เห็นอวัยวะเพศชัดเจน แต่ก็มี**ลักษณะส่อไปในด้านยั่วกามารมณ์** และยังมีภาพหญิงเปลือยตลอดร่างอีกหลายภาพ ซึ่งบางภาพก็เห็นอวัยวะเพศได้ ถือเป็น**ภาพลามก**

เมื่อพิจารณาถึงคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้น เห็นได้ว่าเรื่องทางเพศจะต้องมีลักษณะลามกอนาจาร ซึ่งหมายถึง สิ่งที่ผู้พบเห็นมีความรู้สึกอูจาด บัดสี หยาบข่า น้อมนำไปสู่ความชั่วหรือความใคร่ทางกามารมณ์ ส่วนใหญ่จะเป็นไปในรูปของภาพเปลือยมนุษย์ หรือภาพอวัยวะเพศ ทั้งของหญิงหรือชาย ภาพการร่วมเพศ หรือการบรรยายให้เกิดจินตนาการดังกล่าวเพื่อยั่วให้เกิดความใคร่ทางกามารมณ์¹

สิ่งอันลามก แบ่งลักษณะได้ 2 ลักษณะคือ pornography หมายถึง การแสดงพฤติกรรมทางเพศไม่ว่าจะเป็นการเขียนหรือภาพที่นำไปสู่การตื่นเต้นทางเพศหรือยั่วกามารมณ์หรือทำให้เกิดกำหนัด อีกลักษณะคือ obscenity หมายถึง สิ่งที่ทำให้เกิดความรู้สึกอันน่ารังเกียจ เช่น แสดงถ้อยคำหรือวัตถุสิ่งของทางเพศในลักษณะที่หยาบข่า²

การพิจารณาว่าสิ่งใดลามกหรือไม่ เป็นเรื่องที่ยาก ด้วยเหตุนี้การพิจารณาว่าสิ่งใดลามกหรือไม่ต้องพิจารณาจากมาตรฐานของสังคมว่ายอมรับสิ่งนั้นได้มากน้อยเพียงใด ทั้งยังต้องพิจารณาว่าสิ่งนั้นมีคุณค่าทางสังคมนอกเหนือจากการเป็นสิ่งที่น่ารังเกียจหรือไม่ด้วย เช่น วรรณคดีที่กล่าวถึงบทอัศจรรย์อาจมีคุณค่าเชิงวรรณศิลป์มากกว่าเรื่องราวลามกที่กล่าวถึงการร่วมประเวณีทั่วไป รูปปั้นเปลือยกายของชายหรือหญิงที่แสดงให้เห็นคุณค่าทางประติมากรรมมากกว่าจะเป็นเครื่องยั่วหรือสิ่งปลุกเร้ากามารมณ์³

การแสดงให้เห็นถึงการร่วมเพศโดยโจ่งแจ้ง⁴ การเผยแพร่ภาพของสงวนอย่างชัดเจน เช่น อวัยวะเพศ หัวนมหรือเต้านมหญิง หรือแม้ไม่เปิดเผยชัดเจนแต่มีพฤติกรรมอย่างอื่นประกอบให้เห็นว่ามีกรยั่วทางกามารมณ์ ศาลไทยมักจะวินิจฉัยว่าเป็นสิ่งลามก แต่ถ้าปกปิดของสงวนและไม่จงใจให้เห็นว่ามีกรยั่วทางกามารมณ์ ไม่เป็นสิ่งอันลามก⁵

คำว่า “อนาจาร” หมายถึง การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศต่อร่างกายของผู้อื่น⁶ ไม่ได้หมายความเฉพาะการประเวณี หรือความใคร่เท่านั้น แต่รวมถึงกระทำให้อับอายขาย

¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3150/2531

² ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและภาคโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 15 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2561), หน้า 132.

³ คนพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึงลักษณะ 9, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2561), หน้า 642.

⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2128/2533

⁵ เรื่องเดียวกัน.

⁶ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 11, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 188.

หน้าในทางเพศด้วย⁷และเป็นการแสดงถึงความใคร่ในทางเพศที่ต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคลโดยตรง⁸

เมื่อพิจารณาจากคำว่า “ลามก” กับ “อนาจาร” จะเห็นได้ว่าภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศอาจเป็น “ภาพลามก” ซึ่งมีลักษณะยั่วยุกามารมณ์ หรือทำให้เกิดกำหนด โดยอาจปรากฏในรูปแบบของภาพเปลือยให้เห็นอวัยวะเพศ ภาพที่แสดงให้เห็นหน้าอกของหญิง บั้นท้าย ทวารหนัก หรือภาพแสดงการกระทำทางเพศ หรืออาจเป็น “ภาพอนาจาร” ซึ่งไม่ถึงขนาดเป็นภาพลามกก็ได้ เช่น ภาพชายกำลังอาบน้ำเห็นเพียงร่างกายท่อนบน หรือภาพที่แสดงให้เห็นชุดชั้นในหญิงเพียงอย่างเดียว ซึ่งภาพในลักษณะนี้มีลักษณะความไม่สมควรทางเพศ แต่ไม่ถึงขั้นเป็นภาพลามก เพราะผู้พบเห็นไม่มีความรู้สึกอูจาด บัดสี หยาบขำ น้อมนำไปสู่ความชู้หรือความใคร่ทางกามารมณ์ต่อภาพดังกล่าวแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตามกฎหมายของต่างประเทศได้ให้ความหมายของคำว่า “ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ” ดังนี้

(1) สหรัฐอเมริกา มลรัฐนิวยอร์ก และมลรัฐอิลลินอยส์ไม่ได้ให้ความหมายของภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศไว้โดยตรง แต่ภาพใดจะเป็นภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศหรือไม่ ทั้งสองมลรัฐมีหลักเกณฑ์ที่เหมือนกัน คือจะต้องเข้าองค์ประกอบสองประการ ดังนี้

ประการแรก ภาพนั้นจะเป็นภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวก็ได้

ประการที่สอง ภาพนั้นจะต้องเป็นภาพที่แสดงให้เห็นอวัยวะส่วนบุคคลทางเพศ หรือการกระทำทางเพศ

มลรัฐนิวยอร์ก ได้ให้ความหมายของคำว่า “อวัยวะส่วนบุคคลทางเพศ” ว่า หมายถึง อวัยวะเพศ บริเวณหัวเหน่า ทวารหนัก หรือหน้าอกหญิงซึ่งเปลือยเปล่า⁹

ส่วนมลรัฐอิลลินอยส์ ได้ให้ความหมายของคำว่า “อวัยวะส่วนบุคคลทางเพศ” ว่าหมายถึง ส่วนของร่างกายไม่ว่าจะเปลือยหมดหรือเปลือยเพียงบางส่วน หรือสวมเครื่องแต่ง

⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2547

⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1627/2539

⁹ N.Y. Penal Law § 245.15

กายที่โปร่งตาจนเห็นอวัยวะเพศ เห็นบริเวณหัวหน่าว เห็นบริเวณทวารหนัก หรือถ้าผู้นั้นเป็นหญิง ก็รวมถึงเห็นหน้าอกทั้งหมดหรือเพียงแต่บางส่วน¹⁰

มลรัฐนิวเจอร์ซีย์ ได้ให้ความหมายของคำว่า “การกระทำทางเพศ” ว่า หมายถึง การมีเพศสัมพันธ์ การร่วมเพศทางช่องปาก การร่วมเพศทางทวาร หรือการสัมผัสทางเพศ¹¹

ส่วนมลรัฐอิลลินอยส์ ได้ให้ความหมายของคำว่า “การกระทำทางเพศ” ว่า หมายถึง การสอดใส่ทางเพศ การสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง หรือการแตะหรือลูบไล้อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือเต้านม ของผู้ที่ตกเป็นเหยื่อ หรือบุคคลอื่น รวมทั้งสัตว์ ไม่ว่าจะโดยตรงหรือผ่านเสื้อผ้า หรือการถ่ายน้ำเชื้อไปยังร่างกายของเหยื่อไม่ว่าจะเป็นส่วนที่มีเสื้อผ้าหรือไม่มีเสื้อผ้าคลุม หรือการปัสสาวะที่เป็นไปในทางเพศ หรือการทำให้เป็นทาส การผูกมัดหรือล่ามโซ่ หรือกระทำการวิปริตทางเพศ¹²

(2) อังกฤษ มิได้ให้ความหมายของภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอวัยวะทางเพศไว้โดยตรง แต่ภาพใดจะเป็นภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอวัยวะทางเพศหรือไม่ จะต้องเข้าองค์ประกอบสองประการ ดังนี้

ประการแรก ภาพนั้นจะเป็นภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวก็ได้

ประการที่สอง ภาพนั้นจะต้องมีความเป็นส่วนบุคคล ซึ่งภาพใดจะมีความเป็นส่วนบุคคลหรือไม่ ต้องพิจารณาว่าภาพนั้นไม่พึงปรากฏในที่สาธารณะ¹³

ประการที่สาม ภาพนั้นจะต้องมีลักษณะทางเพศ กล่าวคือ ภาพนั้นแสดงให้เห็นทั้งหมดหรือบางส่วนซึ่งอวัยวะเพศของบุคคลหรือบริเวณหัวหน่าว หรือแสดงให้เห็นบางสิ่งว่าวิญญูชนอาจพิจารณาว่ามีความเป็นทางเพศโดยลักษณะของภาพนั่นเอง หรือเนื้อหาทั้งหมด วิญญูชนอาจพิจารณาว่ามีความเป็นทางเพศ¹⁴

เมื่อพิจารณาจากการให้ความหมายของอังกฤษจะแบ่งแยกความเป็นส่วนตัวออกจากเรื่องทางเพศอย่างชัดเจน และขอบเขตในการพิจารณาภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอวัยวะทางเพศ มิได้มีการให้ความหมายว่าจะต้องมีการกระทำทางเพศแบบมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ หรือมลรัฐอิลลินอยส์ แต่อย่างไรก็ตาม ใช้หลักเกณฑ์ว่าถ้าภาพนั้นแสดงให้เห็นอวัยวะเพศหรือบริเวณหัวหน่าวไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ภาพเหล่านี้เป็นที่ชัดเจนว่าเกี่ยวกับเรื่องทางเพศจึงได้บัญญัติไว้ แต่การกระทำ

¹⁰ 720 ILCS 5/11-23.5.

¹¹ N.Y. Penal Law § 130.00

¹² 720 ILCS 5/11-23.5.

¹³ Criminal Justice and Courts Act 2015 Section 35

¹⁴ Criminal Justice and Courts Act 2015 Section 35

อื่นใดที่แตกต่างไปจากนี้ มิได้บัญญัติตีกรอบไว้เพื่อให้ศาลใช้หลักเกณฑ์วิญญูชนในการพิจารณาว่า ภาพใดจะเป็นภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศหรือไม่ ในการให้ความคุ้มครองเหยื่อต่อการกระทำที่หลากหลายสถานการณ์ ซึ่งหากตีกรอบแคบอย่างมลรัฐนิวยอร์ก และอิลลินอยส์ก็จะทำให้ไม่อาจปรับใช้กฎหมายได้ในบางกรณี

(3) แคนาดา ได้ให้ความหมายของคำว่า “ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ” ไว้ว่าหมายถึงการบันทึกภาพของบุคคล โดยการถ่ายรูป ถ่ายภาพยนตร์ หรือ บันทึกด้วยวิดีโอในขณะที่ผู้นั้นเปลือยกาย หรือ เผยอวัยวะเพศ หรือ บริเวณทวาร หรือบริเวณหน้าอกของหญิง หรือขณะที่มีการกระทำทางเพศ¹⁵

จากการให้ความหมายเช่นนี้จะเห็นได้ว่ามีองค์ประกอบที่เหมือนกับมลรัฐนิวยอร์ก และมลรัฐอิลลินอยส์ทุกประการ กล่าวคือ

ประการแรก ภาพนั้นจะเป็นภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวก็ได้

ประการที่สอง ภาพนั้นจะต้องเป็นภาพที่แสดงให้เห็นอวัยวะส่วนบุคคลทางเพศ หรือการกระทำทางเพศ

(4) สาธารณรัฐสิงคโปร์ ได้ให้ความหมายของคำว่า “ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ” ไว้ว่าหมายถึง ภาพหรือบันทึกที่แสดงให้เห็นอวัยวะเพศ หน้าอกหญิง หรือ บริเวณทวารหนัก หรือบันทึกของผู้อื่น ไม่ว่าจะเปลือยหรือปกคลุมด้วยชุดชั้นในหรือไม่ก็ตาม หรือแสดงให้เห็นการกำลังกระทำกิจส่วนตัว (Private act) ของผู้อื่น อันได้แก่การที่ผู้นั้นกำลังใช้ห้องน้ำ อาบน้ำฝักบัว หรืออาบน้ำในอ่าง หรือกำลังมีการกระทำทางเพศ รวมทั้งภาพหรือบันทึก ในทุกรูปแบบ ที่ได้มีการดัดแปลงให้ปรากฏ หรือแสดงสิ่งใด ๆ ตามที่กล่าวแล้ว แต่ไม่รวมถึงภาพที่ดัดแปลงจนวิญญูชนไม่เชื่อว่าภาพนั้นแสดงว่าเป็นผู้อื่น¹⁶ พิจารณาองค์ประกอบได้ดังนี้

ประการแรก ภาพนั้นจะเป็นภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวก็ได้

ประการที่สอง ภาพนั้นจะต้องเป็นภาพที่แสดงให้เห็นอวัยวะส่วนบุคคลทางเพศ หรือการกระทำกิจส่วนตัว หรือภาพการดัดแปลงที่ทำให้มีผู้หลงเชื่อว่าเป็นของผู้อื่น

การพิจารณาการให้ความหมายของทั้งสี่ประเทศพบว่ามีารให้ความหมายที่มีขอบเขตแตกต่างกันออกไปในรายละเอียด เช่น กฎหมายอังกฤษที่ให้ขอบเขตของภาพกว้างกว่าประเทศอื่น ๆ เพราะเปิดโอกาสให้ศาลนำมาตราฐานวิญญูชนเข้ามาพิจารณาว่าภาพที่เป็นวัตถุแห่งคดีมีลักษณะทางเพศหรือไม่ในขณะที่ประเทศอื่นตีกรอบชัดเจนว่าภาพนั้นจะต้องแสดงให้เห็นสิ่งใดบ้าง

¹⁵ Criminal Code Section 162.1

¹⁶ Penal Code Section 377C

โดยสิ่งที่เหมือนกันก็คือภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศจะต้องแสดงให้เห็นอวัยวะเพศ บริเวณทวาร บั้นท้าย หรือหน้าอกหญิง แตกต่างกันในรายละเอียดว่าบางประเทศก็ต้องเปลือยเปล่าสถานเดียว บางประเทศคุ้มครองแม้จะสวมชุดชั้นในอยู่ด้วยก็ตาม และสิ่งที่เหมือนกันอีกประการก็คือภาพนั้นจะต้องแสดงให้เห็นการกระทำทางเพศ โดยส่วนที่แตกต่างคือสาธารณรัฐสิงคโปร์ที่จะมีการขยายขอบเขตคุ้มครองภาพที่แสดงให้เห็นผู้อื่นในขณะที่กำลังใช้ห้องน้ำ อาบน้ำฝักบัว หรืออาบน้ำในอ่างด้วย ซึ่งประเทศอื่น ๆ ไม่ได้มีการบัญญัติไว้เช่นนี้ แต่อย่างไรก็ตามแม้กฎหมายอังกฤษจะไม่ได้มีการบัญญัติไว้เช่นเดียวกับสาธารณรัฐสิงคโปร์ในประเด็นดังกล่าว ศาลก็ยังใช้หลักการพิจารณาเรื่องวิญญูชนในการวินิจฉัยว่าเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องทางเพศได้

การศึกษาความหมายของคำว่า “ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ” ตามบทบัญญัติกฎหมายไทย และต่างประเทศแล้วพบว่ามีจุดเกาะเกี่ยวที่ร่วมกันคือ ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศตามความหมายเหล่านั้นอาจอยู่ในความหมายของ “สิ่งลามก” ตามที่อธิบายไว้แล้ว เช่น ภาพที่แสดงให้เห็นอวัยวะเพศของบุคคล หน้าอกหญิง ทวารหนัก บั้นท้าย หรือภาพที่แสดงให้เห็นการกระทำทางเพศในรูปแบบต่าง ๆ ในอีกแง่มุมหนึ่งก็อาจไม่ถึงขนาดลามก เพียงเป็นภาพอนาจารที่แสดงให้เห็นลักษณะที่ไม่สมควรในทางเพศ เช่น ภาพที่ไม่ปรากฏให้เห็นถึงสิ่งที่ได้กล่าวแล้ว แต่ยังคงมีความไม่สมควรทางเพศอยู่

2.1.3 ประเภทของการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ

เมื่อได้ทราบความหมายและประเภทของภาพส่วนบุคคลแล้ว หัวข้อนี้จะได้ศึกษาถึงประเภทของการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ ซึ่งเป็นขอบเขตของการวิจัยที่ผู้เขียนมุ่งศึกษาเป็นหลักว่าการกระทำทั้งหลายที่เกี่ยวข้องมีการกระทำใดบ้าง เพื่อเป็นฐานในการพิจารณาว่ากฎหมายไทยมีปัญหาในการบังคับใช้กับการกระทำต่าง ๆ ที่ได้ทำการศึกษาหรือไม่ โดยพิจารณาเป็นลำดับ ดังนี้

2.1.3.1 การบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศโดยไม่ได้รับความยินยอม

การบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศโดยไม่ได้รับความยินยอมมิได้มีคำจำกัดความหรือความหมายทางภาษาเป็นการเฉพาะ แต่มักเรียกกันตามที่ปรากฏในรายงานข่าวว่า “แอบถ่าย”¹⁷

การแอบถ่ายนั้นมีพัฒนาการมาจากพฤติกรรมที่เรียกว่า “ถ้ำมอม” ซึ่งมีสองความหมาย หากใช้เป็นคำนามจะมีความหมายว่า ตู้หรือหีบที่มีช่องเล็ก ๆ ซึ่งมีแว่นขยายสำหรับดู

¹⁷ ไทยรัฐ ออนไลน์, "แอบถ่าย" [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 1 มกราคม 2562. แหล่งที่มา: <https://tinyurl.com/yxltxekt>

ภาพยนตร์สั้น ๆ หรือรูปต่าง ๆ ให้คนดูได้ที่ละคน¹⁸ โดยหากย้อนถึงความเป็นมาของ “ถ้ำมอง” ในความหมายของผู้สำหรับดูภาพยนตร์นั้นพบว่าเป็นสิ่งประดิษฐ์ที่โทมัส แอลวา เอดิสันได้ประดิษฐ์ขึ้นเมื่อวันที่ 31 สิงหาคม ค.ศ. 1897 เรียกชื่อในภาษาอังกฤษว่า “Kinetoscope” ซึ่งเป็นผู้สำหรับดูภาพยนตร์ มีลักษณะเป็นทั้งเครื่องฉายและที่สำหรับดูภาพยนตร์พร้อมกันไปในตัวโดยดูได้ที่ละคนผ่านช่องเล็ก ๆ ถือเป็นต้นแบบของการฉายภาพยนตร์ในยุคปัจจุบัน¹⁹ ในขณะที่หากใช้คำดังกล่าวเป็นคำกริยาจะมีความหมายว่า แอบดูตามรูหรือตามช่อง เพื่อดูผู้หญิงทำกิจส่วนตัว เรียกผู้ที่มีพฤติกรรมเช่นนั้น ว่า พวกถ้ำมอง²⁰ เป็นที่น่าสังเกตว่า คำว่า “ถ้ำมอง” ซึ่งใช้กันในความหมายของการแอบดูนั้นได้แฝงนัยความหมายของลักษณะการดูผ่านช่องเล็ก ๆ ของสิ่งประดิษฐ์ดังกล่าวไว้จนถึงปัจจุบัน ทั้งนี้การแอบดูในแบบถ้ำมองนั้น มิใช่เพียงแค่การลอบมองหรือชำเลื่องมองเพียงชั่วครู่ แต่พบว่าโดยทั่วไปมักใช้คำดังกล่าว ในบริบทของการแอบดูผู้อื่นกระทำอิริยาบถส่วนตัว โดยแฝงนัยของการกระทำทางเพศไว้ด้วย

ภาษาอังกฤษ เรียกพฤติกรรมถ้ำมองในความหมายของการแอบดูว่า “peep” มีความหมายว่า เพื่อดูบางสิ่งอย่างลับ ๆ ในเวลาไม่นานผ่านทะลุ²¹ และเรียกผู้กระทำว่า “Peeping Tom” ซึ่งมีความหมายว่า ผู้ชายที่มองผู้หญิงในเวลาที่ไม่ใส่เสื้อผ้าอย่างลับ ๆ²² คำดังกล่าวมีที่มาสืบเนื่องจากตำนานเรื่องหนึ่ง ในคริสต์ศตวรรษที่ 11 ที่เล่าถึงสตรีที่ชื่อ Lady Godiva ซึ่งอาศัยอยู่กับ Lord Leofric สามีของเธอในหมู่บ้านแห่งหนึ่งในอังกฤษ เมือง Coventry โดย Lady Godiva มีความเห็นใจต่อการเก็บภาษีจากชาวเมืองผู้ยากจนอย่างหนักโดยสามีของเธอ เธอจึงได้ขอให้สามีลดภาษีลง ด้วยเหตุนี้ Lord Leofric จึงได้กำหนดเงื่อนไขไว้ว่าหาก Lady Godiva สามารถเปลือยกายขี่ม้าวิ่งไปกลางเมืองได้ก็จะยอมลดภาษีลง เมื่อชาวเมืองทราบถึงข้อตกลงดังกล่าวจึงตกลงกันว่าจะไม่ดูร่างกายที่เปลือยเปล่าของเธอ วันถัดมา Lady Godiva จึงได้เปลือยผ้าขี่ม้าวิ่งเข้าสู่กลางเมือง มีเพียงผมยาวของเธอที่ปกคลุมร่างกายเท่านั้น ในขณะที่ขี่ม้าอยู่นั้นปรากฏว่านาย Tom ช่างตัดเสื้อไม่

¹⁸ เรื่องเดียวกัน.

¹⁹ The Library of Congress, "Thomas Edison Patented the Kinetoscope August 31, 1897," [Online], Accessed: 1 January 2018. Available from: http://www.americaslibrary.gov/jb/gilded/jb_gilded_kinetscp_1.html

²⁰ ราชบัณฑิตยสถาน, "พจนานุกรม ราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554" [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 1 มกราคม 2561. แหล่งที่มา: <http://www.royin.go.th/dictionary/>

²¹ Cambridge Dictionary, [Online], Accessed: 1 January 2561. Available from: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/>

²² Ibid.

ปฏิบัติตามข้อตกลงและลอบแอบดู Lady Godiva ผ่านทางช่องบนบานหน้าต่างที่ได้เจาะเตรียมไว้ ต่อมาจึงนิยมเรียกผู้ที่ลอบแอบดูผู้อื่นว่า “Peeping Tom” นั่นเอง²³ นอกจากนี้ยังมีการใช้คำว่า “Voyeur” สำหรับเรียกผู้ที่เฝ้าดูบางสิ่งโดยปราศจากการเข้าไปมีส่วนร่วม โดยเฉพาะผู้ที่ได้รับความพึงพอใจจากการเฝ้าดูอวัยวะเพศของผู้อื่น หรือเฝ้าดูผู้อื่นกระทำการกิจกรรมทางเพศอย่างลับ ๆ²⁴ และใช้คำว่า “Voyeurism” ในความหมายของพฤติกรรมการแอบดูแบบถ้ำมอง²⁵

เมื่อเทคโนโลยีมีความก้าวหน้ามากยิ่งขึ้นทำให้อุปกรณ์บันทึกภาพนิ่งและภาพเคลื่อนไหวมีขนาดเล็กและราคาถูกลง การเปลี่ยนแปลงนี้ทำให้พฤติกรรมถ้ำมองในความหมายของการแอบดูแบบเดิมเปลี่ยนเป็นพฤติกรรมการแอบถ่าย²⁶ โดยคำว่า “แอบ” มีความหมายว่า ทำโดยไม่ให้ผู้อื่นรู้เห็นโดยอาการต่าง ๆ เช่น แอบทำ²⁷ เมื่อรวมกับคำว่า “ถ่ายรูป” ซึ่งมีความหมายว่า บันทึกภาพโดยวิธีให้แสงจากสิ่งที่จะถ่ายไปลงบนแผ่นวัสดุใสเช่นฟิล์ม กระจกถ่ายรูป โบราณว่า ชักรูปทำให้²⁸ ดังนั้น การแอบถ่ายจึงมีความหมายว่า การบันทึกภาพซึ่งทำโดยไม่ให้ผู้อื่นรู้เห็นและไม่ได้ให้ความยินยอม โดยอาศัยเทคโนโลยีเกี่ยวกับการถ่ายภาพและการบันทึกภาพเข้ามาเป็นส่วนประกอบของการกระทำ ซึ่งในภาษาอังกฤษพบว่ามีกรเรียกพฤติกรรมการแอบบันทึกภาพรวมไว้ในความหมายของคำว่า “Voyeurism” หรืออาจจะใช้คำว่า “Video Voyeurism” หรือ “Visual Recording” หรือ “Covert Filming” เป็นต้น

2.1.3.1.1 กรณีที่ได้กระทำลงในสถานที่สาธารณะ

สถานที่สาธารณะ คือ สถานที่ซึ่งบุคคลย่อมคาดหวังความเป็นส่วนตัวได้น้อยเมื่อเทียบกับสถานที่ส่วนตัว โดยต้องเป็นสถานที่ใด ๆ ซึ่งประชาชนมีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้ อันเป็นความหมายเดียวกันกับคำว่า “สาธารณสถาน” ตามประมวลกฎหมายอาญา

²³ Stuart P. Green, "To See and Be Seen: Reconstructing the Law of Voyeurism and Exhibitionism," *Criminal Law Review* 55 (2018): 203-204.

²⁴ Bryan A. Garner, "Black's Law Dictionary," [Online], Accessed: 1 January 2018. Available from: [https://www.westlaw.com/Document/I044fc5f3808511e4b391a0bc737b01f9/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&VR=3.0&RS=cblt1.0](https://www.westlaw.com/Document/I044fc5f3808511e4b391a0bc737b01f9/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&VR=3.0&RS=cblt1.0)

²⁵ Ibid.

²⁶ Wesley McCann, "Upskirting: A Statutory Analysis of Legislative Responses to Video Voyeurism 10 Years Down the Road," *Criminal Justice Review* 43(4) (2018): 399.

²⁷ ราชบัณฑิตยสถาน, "พจนานุกรม ราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554" [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 1 มกราคม 2561. แหล่งที่มา: <http://www.royin.go.th/dictionary/>

²⁸ เรื่องเดียวกัน.

มาตรา 1 (3)²⁹ โดยสถานที่ใดจะเป็นสาธารณสถานหรือไม่ ไม่ต้องคำนึงว่าสถานที่นั้นจะเป็นสถานที่ ผิดกฎหมาย เช่นสถานการค้าประเวณีหรือไม่เพียงแต่พิจารณาว่าสถานที่นั้นประชาชนมีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้หรือไม่และต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นราย ๆ ไป ถ้าประชาชนมีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้ สถานที่นั้นก็จะเป็นสาธารณสถานไม่ใช่ที่รโหฐาน³⁰

การบันทึกภาพที่มีลักษณะอับอายทางเพศโดยไม่ได้รับความยินยอมในสถานที่สาธารณะพบว่าส่วนมากผู้กระทำจะต้องอาศัยโอกาสในการเข้าประชิดเหยื่อให้มากที่สุด โดยอาศัยอุปกรณ์สอดแนมขนาดเล็ก เช่น กล้องกระดุม กล้องแว่นตา กล้องในโทรศัพท์ ซึ่งต้องทำด้วยความแนบเนียนมากที่สุด เพื่อไม่ให้เหยื่อเกิดไหวตัวได้ทัน เมื่อสบโอกาสจึงใช้อุปกรณ์เหล่านี้บันทึกภาพเหยื่อในมุมมองที่ไม่พียงเห็นร่างกายเหยื่อได้ ดังปรากฏรายงานข่าวต่อไปนี้

“รวบหนุ่มโรคจิตแอบถ่ายใต้กระโปรงสาวในห้างกลางเมืองสงขลา”³¹

การแอบบันทึกภาพในลักษณะนี้ เป็นการผสมผสานลักษณะการกระทำของแอบดูด้วยตาเปล่าเข้ากับเทคโนโลยีกล้องถ่ายรูป โดยผู้กระทำมักมีการเลือกเหยื่อ แต่กระบวนการเลือกอาจมิได้ซับซ้อน ผู้ที่มีรูปลักษณ์ภายนอกดีและใส่กระโปรงก็มักจะตกเป็นเหยื่อโดยง่าย ผลจากการพัฒนานี้ส่งผลให้การกระทำลักษณะดังกล่าวมีปริมาณการกระทำมากยิ่งขึ้น ซึ่งกรณีที่มีเกิดขึ้นในที่สาธารณะ และเหยื่อเป็นผู้หญิง คือ การแอบบันทึกภาพใต้กระโปรง การกระทำลักษณะนี้เกิดกรณีปัญหาทางกฎหมายขึ้นในต่างประเทศในช่วงต้นก่อนการบัญญัติกฎหมายให้เป็นความผิดเฉพาะ เนื่องจากบุคคลลอบอ้อมมีอาจคาดหมายความเป็นส่วนตัวในการที่จะอยู่คนเดียวในที่สาธารณะได้อย่างเต็มที่ อย่างไรก็ตามการกระทำเช่นนั้นก็ส่งผลกระทบต่อความเป็นอิสระในทางเพศ (Sexual Autonomy) ของตนในการที่จะพิจารณาเลือกที่จะเปิดเผยร่างกายของตนต่อผู้อื่นอย่างไรก็ได้ตามใจปรารถนา ซึ่งเป็นสิทธิส่วนบุคคลประการหนึ่ง ภายหลังการกระทำในลักษณะนี้หลายประเทศให้ความสำคัญจนกระทั่งนำไปบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาต่อไป เพื่อคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลและป้องกันความเสียหายอันอาจเกิดจากการนำภาพบันทึกนั้นออกเผยแพร่

²⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (3) บัญญัติว่า

“สาธารณสถาน” หมายความว่า สถานที่ใด ๆ ซึ่งประชาชนมีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้

³⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 883/2520

³¹ ช่องสาม, "รวบหนุ่มโรคจิตแอบถ่ายใต้กระโปรงสาวในห้างกลางเมืองสงขลา" [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 1 มกราคม 2562. แหล่งที่มา: <http://news.ch3thailand.com/local/94278>

2.1.3.1.2 กรณีที่ได้กระทำลงในสถานที่ส่วนตัว

สถานที่ส่วนตัว คือสถานที่ซึ่งบุคคลย่อมคาดหมายความเป็นส่วนตัวที่จะอยู่ลำพังจากสถานที่เช่นนั้นได้อย่างเต็มที่โดยปราศจากความรู้เห็นของผู้อื่น ซึ่งต้องเป็นสถานที่ซึ่งประชาชนไม่มีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้อันเป็นความหมายเดียวกันกับ “ที่รโหฐาน” ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 (13)³² แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ดังนั้น แม้สถานที่บางแห่งจะเป็นที่สาธารณะสถาน แต่ได้มีบางส่วนของสถานที่นั้นเป็นที่รโหฐาน ก็ถือเป็นสถานที่ส่วนตัวอันบุคคลย่อมคาดหมายถึงความความเป็นส่วนตัวได้ เช่น ห้องนอนในโรงแรม ห้องลองเสื้อผ้าในห้างสรรพสินค้า ห้องน้ำสาธารณะ หรือ ห้องอาบน้ำและนวดตัวในสถานบริการอาบ อบ นวด เป็นต้น สถานที่เหล่านี้มักจะเป็นสถานที่ซึ่งผู้กระทำเลือกที่จะก่อเหตุ เพราะทราบดีว่าเป็นสถานที่ซึ่งบุคคลย่อมประกอบกิจการส่วนตัวในสถานที่ส่วนตัวนั่นเอง อันจะทำให้ได้มาซึ่งภาพบันทึกความเป็นส่วนตัวในลักษณะต่าง ๆ ซึ่งมักจะมุ่งเน้นเพื่อให้ได้มาซึ่งภาพที่มีลักษณะอับอายทางเพศ โดยกรณีตัวอย่างปรากฏในรายข่าว ดังนี้

“นศ.ภาคพิเศษ ม.ราชภัฏอุบลฯ กรีด ถูกแอบถ่ายในห้องน้ำขณะทำธุระส่วนตัว รีบตามออกมาทันเห็นหนุ่มหื่น ร้องให้คนช่วยจับตัวไว้ได้ เป็นนายช่างโยธา อบต. อ้างทำไปเพราะความสนุกสนาน”³³

“ผิวเมีย ผวา คนในหอพักแอบถ่ายตอนอาบน้ำ หัวนโดนปล่อยรูปชายในตลาดมืด”³⁴

อย่างไรก็ตาม การบันทึกภาพที่มีลักษณะอับอายทางเพศโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมในสถานที่ส่วนตัวนั้น ผู้กระทำจะมีลักษณะของการนำกล้องเข้ามาติดตั้งภายในบริเวณโรงเรือน หรือสิ่งปลูกสร้าง โดยซ่อนกล้องไว้ไม่ให้มีผู้ใดเห็น และใช้การควบคุมจากระยะไกลแบบไร้สาย หรือเปิดให้กล้องทำการบันทึกทิ้งไว้โดยใส่หน่วยความจำที่มีความจุมาก ๆ เอาไว้ พอถึงเวลาก็ค่อยมาเอาหน่วยความจำออกมาดูภาพที่แอบบันทึกนั้น ซึ่งการกระทำแบบนี้ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องอยู่ในที่ก่อเหตุเลยแม้แต่น้อย ซึ่งโดยมากผู้กระทำมักจะใช้อุปกรณ์ที่ตนเป็นเจ้าของสถานที่ในการแอบติดตั้งอุปกรณ์ เช่น เจ้าของโรงแรมติดตั้งในห้องนอนของลูกค้า หรือเจ้าของห้องเช่าติดตั้งในห้องที่ให้เช่า หรือในห้องน้ำ ดังปรากฏรายงานข่าวต่อไปนี้

³² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 1 (13) บัญญัติว่า

“ที่รโหฐาน” หมายความว่าถึงที่ต่าง ๆ ซึ่งมีใช้ที่สาธารณะสถานดังบัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะอาญา

³³ ไทยรัฐ ออนไลน์, “แอบถ่าย” [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 1 มกราคม 2562. แหล่งที่มา: <https://tinyurl.com/yxltxekt>

³⁴ ข่าวสด, “ผิวเมีย ผวา คนในหอพักแอบถ่ายตอนอาบน้ำ หัวนโดนปล่อยรูปชายในตลาดมืด” [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 1 มกราคม 2562. แหล่งที่มา: https://www.khaosod.co.th/breaking-news/news_2437940

“รู้แล้วใครทำ! ‘วัฒนา’ จ่อฟ้องโรงแรม ปมแอบถ่ายคลิป ชัดเผด็จการสกปรก!”³⁵

“นศ.สาว ม.ดังเชียงใหม่ แจ้งความอาจารย์เห็นตั้งกล้องแอบถ่ายใต้กระโปรง”³⁶

“จวกยับ ช่างภาพเห็น ทำเลื่อมวงการ จัดทริป ซ่อนกล้อง แอบถ่ายนางแบบเปลี่ยนเสื้อ”³⁷

การแอบบันทึกภาพในลักษณะการซ่อนกล้องนี้ เสมือนเป็นการวางกับดักรอแอบบันทึกภาพเหยื่อ โดยผู้กระทำไม่จำเป็นต้องเข้าไปใกล้เหยื่อในขณะที่ก่อเหตุ ซึ่งเหตุมักเกิดขึ้นในสถานที่ที่เหยื่อมักเชื่อโดยสนิทใจว่าตนเองจะได้รับความเป็นส่วนตัว ปลอดภัยจากการรู้เห็นของบุคคลอื่น เช่น ภายในห้องนอน หรือห้องน้ำ หรือในกรณีได้โตะทำงานดังที่กล่าวข้างต้น ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อจึงแทบจะไม่มีโอกาสรู้ตัวว่ากำลังถูกแอบบันทึกภาพ

สำหรับการแอบบันทึกภาพในอีกกรณีหนึ่งพบว่า ผู้กระทำอาจรู้จักกับเหยื่อในฐานะเป็นคนรักและเลือกที่จะแอบบันทึกภาพเหยื่ออย่างเจาะจง โดยถูกแอบบันทึกภาพไว้ขณะมีเพศสัมพันธ์ ต่อมาเมื่อจะมีการตัดสัมพันธ์ มักจะถูกนำภาพบันทึกเหล่านี้ออกมาข่มขู่ เช่นที่ปรากฏตามรายงานข่าวดังนี้

“ตำรวจรวบหนุ่มโพสต์คลิปขณะมีเซ็กส์ประจานกิ๊กเก่า”³⁸

2.1.3.2 การติดตั้งอุปกรณ์บันทึกภาพเพื่อการดูหรือบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ

การติดตั้งอุปกรณ์บันทึกภาพเพื่อการดูหรือบันทึกภาพที่มีลักษณะอับอายทางเพศ เป็นขั้นตอนก่อนการลงมือบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ ซึ่งการลักลอบติดตั้งอุปกรณ์บันทึกภาพเหล่านี้มักเกิดขึ้นในที่สาธารณะต่าง ๆ โดยเฉพาะห้องน้ำสาธารณะ หรือห้องล็อกเสื้อผ้าที่มักจะมีคนจำนวนมากเข้าใช้ เมื่อได้ทำการติดตั้งแล้วก็จะทำการควบคุมอุปกรณ์เช่นว่านั้นจากระยะไกล แล้วทำการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นต่อไป หรือ

³⁵ ข่าวสด, "รู้แล้วใครทำ! 'วัฒนา' จ่อฟ้องโรงแรม ปมแอบถ่ายคลิป ชัดเผด็จการสกปรก!" [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 10 เมษายน 2562. แหล่งที่มา: https://www.khaosod.co.th/breaking-news/news_1996794

³⁶ ช่องสาม, "รวบหนุ่มโรคจิตแอบถ่ายใต้กระโปรงสาวในห้างกลางเมืองสงขลา" [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 1 มกราคม 2562. แหล่งที่มา: <http://news.ch3thailand.com/local/94278>

³⁷ ข่าวสด, "รู้แล้วใครทำ! 'วัฒนา' จ่อฟ้องโรงแรม ปมแอบถ่ายคลิป ชัดเผด็จการสกปรก!" [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 10 เมษายน 2562. แหล่งที่มา: https://www.khaosod.co.th/breaking-news/news_1996794

³⁸ MThai, "ตำรวจรวบหนุ่มโพสต์คลิปขณะมีเซ็กส์ประจานกิ๊กเก่า" [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 1 มกราคม 2562. แหล่งที่มา: <https://news.mthai.com/general-news/371806.html>

ติดตั้งแล้วปล่อยให้อุปกรณ์ทำการบันทึกภาพ เมื่อถึงเวลาที่เก็บอุปกรณ์นั้นกลับ แล้วนำหน่วยความจำออกมาดูภาพที่ทำการบันทึกไว้อีกที สะท้อนให้เห็นว่าการติดตั้งอุปกรณ์บันทึกภาพนั้นเป็นไปเพื่อให้ผู้กระทำสะดวกในการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นมากขึ้นโดยที่ตนเองไม่ต้องเสี่ยงจากการถูกจับได้เพราะไม่ได้เข้าไปใกล้เหยื่อเลยแม้แต่น้อย ซึ่งการกระทำนี้เป็นภัยร้ายแรงต่อความเป็นส่วนตัวของเหยื่อไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าการบันทึก ทั้งมีลักษณะของการกระทำที่แยบยล ยากที่จะสืบสาวหาตัวผู้กระทำความผิดได้โดยง่าย ผู้กระทำความผิดจึงเลือกที่จะใช้วิธีการติดตั้งอุปกรณ์แล้วทำการบันทึกภาพไว้ เพื่อให้ตนรอดพ้นจากการถูกจับกุม ปรากฏรายงานข่าว ดังนี้

“ผะ! ผอ.รร.สายหิน ตั้งกล้องแอบถ่ายในห้องน้ำฝับ สพป.เขต 2 ตั้งกรรมการสืบสวนพร้อมลงโทษ”³⁹

“รวบหนุ่มตั้งกล้องแอบถ่ายในห้องน้ำหญิงแพร่กลุ่มไลน์”⁴⁰

2.1.3.3 การครอบครองภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ

เนื่องจากราชอาณาจักรไทยมีกฎหมายควบคุมสื่อลามกอนาจารเด็ก โดยเฉพาะแยกต่างหากจากสื่อลามกผู้ใหญ่ที่บรรลุนิติภาวะแล้ว ซึ่งแนวคิดในการควบคุมสื่อลามกทั้งสองประเภทนี้มีเหตุผลที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ในการกำหนดโทษอาญากับการกระทำที่เกี่ยวกับสื่อลามกเด็กนั้นเป็นเพราะเด็กอาจยังมีวุฒิภาวะไม่เพียงพอและตกเป็นเหยื่อของการล่อลวงละเมิดทางเพศ ในกระบวนการผลิตสื่อลามกได้ จึงทำให้หลายฝ่ายเห็นว่า กฎหมายควรจะควบคุมสื่อลามกอนาจารเด็กตั้งแต่ขั้นตอนการผลิตและการครอบครองด้วย เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของเด็ก⁴¹ ส่วนเหตุผลหลักในการกำหนดโทษอาญากับการกระทำที่เกี่ยวกับสื่อลามกผู้ใหญ่ที่บรรลุนิติภาวะแล้ว หากปล่อยให้มีการผลิต จำหน่าย หรือเผยแพร่สื่อลามกผู้ใหญ่ออกไปอย่างเสรีย่อมเป็นการเชากระ่อน บ่อนทำลายศีลธรรมอันดีของประชาชนให้ต้องเสื่อมลง อย่างไรก็ตามการครอบครองสื่อลามกผู้ใหญ่ในไว้

³⁹ ช่อสาม, "ผะ! ผอ.รร.สายหิน ตั้งกล้องแอบถ่ายในห้องน้ำฝับ สพป.เขต 2 ตั้งกรรมการสืบสวนพร้อมลงโทษ" [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 13 ธันวาคม 2563. แหล่งที่มา: <https://ch3thailandnews.bectero.com/news/205454>

⁴⁰ PPTV Online, "รวบหนุ่มตั้งกล้องแอบถ่ายในห้องน้ำหญิงแพร่กลุ่มไลน์" [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 13 ธันวาคม 2563. แหล่งที่มา: <https://tinyurl.com/y2u2z52t>

⁴¹ โสมนัส เจือศรีสกุล, "มาตรการควบคุมต่อต้านสื่อลามกเด็ก," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารศึกษาศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 15.

ส่วนตัวไม่เผยแพร่ออกไปเป็นวงกว้างก็ยังไม่เป็นความผิดอาญา⁴² เนื่องจากรัฐยังมีภาระที่จะต้องคำนึงถึงเสรีภาพของประชาชนเช่นเดียวกัน การจำกัดเสรีภาพเกินสมควรจึงไม่อาจกระทำได้

การครอบครองภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ ไม่มีการแยกออกจากประเภทของสื่อลามกอนาจารผู้ใหญ่ซึ่งบรรลุนิติภาวะ โดยการดังกล่าวเป็นรูปแบบหนึ่งของการล่วงละเมิดทางเพศในด้านการละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวโดยผู้ที่ปรากฏในภาพยังไม่อาจรับรู้และยินยอม เนื่องจากเหยื่อไม่มีโอกาสได้ชัดเจนในการล่วงละเมิดดังกล่าว และเมื่อภาพเหล่านั้นถูกส่งต่อเผยแพร่ออกไปแล้วย่อมเป็นการยากที่จะติดตามไปยับยั้งทำลายได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากได้มีการเผยแพร่ในระบบอินเทอร์เน็ต ยิ่งจะทำให้เพิ่มความเสี่ยงที่ผู้ใช้งานจะทำการดาวน์โหลดภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศเข้ามาในระบบคอมพิวเตอร์ได้โดยไม่รู้ตัว และจะถูกส่งผ่านต่อไปทีละทอด อันเป็นการซ้ำเติมเหยื่อที่ปรากฏในภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศให้ต้องเกิดความเสียหายมากยิ่งขึ้น ดังนั้น การกระทำต่อภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศด้วยการครอบครอง จึงเป็นสิ่งที่รัฐควรพิจารณาให้ความคุ้มครองอย่างเหมาะสมต่อไป

2.1.3.4 การเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศโดยไม่ได้รับความยินยอม

การเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศโดยไม่ได้รับความยินยอมไม่ได้มีการให้ความหมายที่แน่ชัดโดยนักกฎหมายไทยหรือมีการให้คำจำกัดความในพจนานุกรม แต่ในสหรัฐอเมริกาและอีกหลายประเทศมีการเรียกการกระทำในลักษณะดังกล่าวว่า “Revenge porn” โดย Oxford Dictionary ได้ให้ความหมายของคำดังกล่าวอย่างแคบว่าหมายถึงการเผยแพร่ภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวทางเพศของบุคคลซึ่งถูกอดีตคนรักโพสต์ในระบบอินเทอร์เน็ตโดยปราศจากความยินยอมของผู้ที่ถูกเผยแพร่เพื่อก่อให้ผู้นั้นเกิดความกังวลใจ หรือความอับอาย⁴³ ตรงกันข้ามกับศาสตราจารย์ Danielle Keats Citron ได้อธิบายความหมายของการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศโดยไม่ได้รับความยินยอมอย่างกว้างว่า หมายรวมรวมทั้งภาพที่ได้รับความยินยอมให้บันทึกซึ่งโดยปกติมักจะเกิดขึ้นในความสัมพันธ์ส่วนบุคคลระหว่างคนรัก และในภายหลังจากสิ้นสุดความสัมพันธ์ บุคคลใดบุคคลหนึ่งได้เผยแพร่ภาพที่ได้รับมานั้นโดยไม่ได้รับความยินยอมจากอีกฝ่าย นอกจากนี้ภาพที่ได้รับมาโดยไม่ได้รับความยินยอม เช่น การแอบบันทึกภาพก็

⁴² ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและภาคลหุโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 15 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2561), หน้า 212.

⁴³ Oxford University Press, "Oxford English Dictionary," [Online], Accessed: 1 January 2018. Available from: <https://en.oxforddictionaries.com/>

รวมอยู่ในความหมายนี้ด้วยเช่นกัน โดยไม่จำกัดว่าการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นจะต้องกระทำลงในระบบคอมพิวเตอร์แต่เพียงอย่างเดียว⁴⁴

คำว่า “เผยแพร่” พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้ให้ความหมายว่า โฆษณาให้แพร่หลาย เช่น เผยแพร่ความรู้⁴⁵ ซึ่งตรงกับภาษาอังกฤษว่า “Distribute” โดย Black’s Law Dictionary ให้ความหมายว่า เพื่อนำมาส่ง เพื่อกระจายออกไป⁴⁶ จากความหมายดังกล่าวทำให้พิจารณาได้ว่าการเผยแพร่นั้นไม่จำกัดวิธีการ เพียงมีสาระสำคัญว่าการกระทำใดเป็นการทำให้มนุษย์ผู้อื่นล่วงรู้ความลับในความเป็นอยู่ส่วนตัวที่ผู้อื่นไม่ต้องการเปิดเผยร่างกายหรือพฤติกรรมบางอย่างของตนก็เป็นการเผยแพร่ทั้งสิ้น

ผู้เขียนมีความคิดเห็นเช่นเดียวกับการให้ความหมายอย่างกว้างโดยไม่จำกัดวิธีการในการเผยแพร่ว่าจะต้องกระทำผ่านทางระบบอินเทอร์เน็ตและไม่จำกัดว่าภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศนั้นจะมีที่มาจากกระทำความที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม

2.1.3.4.1 ลักษณะของการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ

หัวข้อนี้จะได้อธิบายถึงลักษณะของการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ ซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายต่างประเทศที่ได้ทำการศึกษได้แบ่งแยกลักษณะของการเผยแพร่ออกเป็น 2 ลักษณะ ได้แก่

(1) ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศที่กระทำขึ้นจากการบันทึกโดยไม่ได้รับความยินยอม

ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศที่กระทำขึ้นจากการบันทึกโดยไม่ได้รับความยินยอม เป็นกรณีที่ผู้กระทำได้บันทึกภาพของผู้อื่นในลักษณะต่าง ๆ เช่น การแอบบันทึกผู้อื่นขณะที่ผู้นั้นเปลือยเปล่า หรือการบันทึกภาพใต้กระโปรง หรือการแอบบันทึกภาพที่ผู้อื่นกำลังกระทำการทางเพศ ภาพอวัยวะเพศ บั้นท้าย บริเวณทวาร เป็นต้น จากนั้นเมื่อได้ภาพจากการที่ตนบันทึกแล้ว หรือผู้ที่ล่วงรู้ว่าภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศนั้นได้มาจากการบันทึกโดยไม่ได้รับความยินยอมได้นำภาพนั้นออกเผยแพร่

⁴⁴ Danielle Keats Citron and Mary Anne Franks, "Criminalizing Revenge Porn," *Wake Forest Law Review* 49 (2014): 346.

⁴⁵ ราชบัณฑิตยสถาน, "พจนานุกรม ราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554" [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 1 มกราคม 2561. แหล่งที่มา: <http://www.royin.go.th/dictionary/>

⁴⁶ Bryan A. Garner, *Black’s Law Dictionary*, 10 ed. (St.Paul, MN: Thomson West, 2014), p. 551.

(2) ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอัปอายทางเพศที่ไม่เกี่ยวข้องกับการบันทึกโดยไม่ได้รับความยินยอม

ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอัปอายทางเพศที่ไม่เกี่ยวข้องกับการบันทึกโดยไม่ได้รับความยินยอม อาจเกิดขึ้นได้ในสองกรณี

กรณีที่หนึ่ง เกิดจากการกระทำผิดอื่น ๆ ทำให้ได้มาซึ่งภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอัปอายทางเพศแล้วนำออกเผยแพร่

ตัวอย่างที่หนึ่ง

นายดำเจาะเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ของนางแดงเพื่อคัดลอกภาพเปลือยของนางแดงที่นางแดงบันทึกไว้ในคอมพิวเตอร์ของนางแดงเองนำออกเผยแพร่

ตัวอย่างที่สอง

นางแดงนำโทรศัพท์มือถือไปซ่อมซึ่งในโทรศัพท์มือถือนั้นมีภาพนางแดงเปลือยอยู่ด้วย นายดำช่างซ่อมโทรศัพท์จึงได้คัดลอกภาพของนางแดงไปเผยแพร่ในสื่อสังคมออนไลน์

ทั้งสองตัวอย่างข้างต้นจะเห็นว่าการได้มาซึ่งภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอัปอายทางเพศของนางแดง ไม่ได้เกี่ยวข้องใด ๆ กับการบันทึกโดยไม่ได้รับความยินยอมแต่อย่างใด แต่เป็นการได้มาซึ่งภาพจากการกระทำผิดอื่น ๆ

กรณีที่สอง เกิดจากความยินยอมให้บันทึกของเหยื่อ หรือเกิดจากการที่เหยื่อบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอัปอายทางเพศของตนเองแล้วส่งไปให้ผู้อื่น เมื่อผู้อื่นได้มาซึ่งภาพนั้นก็ได้นำออกเผยแพร่โดยไม่ได้รับความยินยอม กรณีที่สองนี้มักจะเกิดขึ้นในความสัมพันธ์ระหว่างคนรัก ที่ในระหว่างดำรงความสัมพันธ์ก็มีความไว้วางใจที่จะส่งภาพดังกล่าวให้แก่กัน แต่เมื่อยุติความสัมพันธ์อีกฝ่ายได้นำออกเผยแพร่เพื่อเป็นการแก้แค้น

2.1.3.4.2 วิธีการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอัปอายทางเพศ

การเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอัปอายทางเพศเป็นการกระทำที่ก่อผลร้ายให้กับเหยื่อได้อย่างร้ายแรงและไม่จบสิ้น ทั้งเป็นการกระทำที่สร้างความหวาดวิตกของผู้ที่ตกเป็นเหยื่อต่อการแพร่หลายของภาพบันทึกความเป็นส่วนตัวให้แก่สังคม ดังนั้นการเผยแพร่

ภาพบันทึกความเป็นส่วนตัวจึงเป็นการละเมิดต่อผู้อื่นอันควรตำหนิได้ไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าการกระทำในขั้นตอนการบันทึกเช่นกัน โดยถือเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อเสรีภาพในการควบคุมทั้งการแสดงออกถึงความเป็นตัวตนและการเปิดเผยร่างกายของผู้อื่น ตลอดจนเสรีภาพในการควบคุมการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับตนเองของผู้อื่นไปอย่างถาวร โดยการเผยแพร่นี้สามารถแบ่งออกได้เป็นสองวิธีการ ดังนี้

(1) การเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมรูปแบบเก่า

การเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศรูปแบบเก่า คือการที่ผู้กระทำมิได้อาศัยเทคโนโลยีระดับสูงในการเผยแพร่ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากสถานที่ในการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศรูปแบบเก่าจะกระทำผ่านพื้นที่ตามความเป็นจริง เช่น การที่ผู้กระทำพิมพ์ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของเหยื่อแล้วนำภาพที่ได้ไปเผยแพร่โดยการแปะไว้ในลิฟต์ของที่พักอาศัย หรือผู้กระทำบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศลงในแผ่นดีวีดี ประกอบกับบรรจุข้อมูลส่วนตัวของเหยื่อแล้วนำไปแจกจ่ายให้ผู้อื่น⁴⁷ เป็นต้น

(2) การเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศรูปแบบใหม่

การเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศรูปแบบใหม่ โดยมากมักจะอาศัยเทคโนโลยีในการเผยแพร่ โดยพื้นที่ในการเผยแพร่เป็นพื้นที่เสมือนจริงในระบบคอมพิวเตอร์ โดยใช้อินเทอร์เน็ตเป็นเครื่องมือสำคัญในการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม ปราบกฏรายงานข่าว ดังนี้

“สาววัยรุ่น แจ้งจับแฟนเก่าที่รู้จักผ่านแอปฯ ประจານรูปตอนมีเซ็กส์ ฉุนจ้อไม่คืนดี”⁴⁸

การที่ผู้เผยแพร่มักจะเลือกวิธีการเช่นนี้ในการลงมือกระทำความผิด เพราะสามารถกระทำความผิดได้ง่าย โดยยากต่อการตรวจสอบหาตัวผู้กระทำความผิด ซึ่งวิธีการกระทำนี้ก่อให้เกิดผลเสียอย่างร้ายแรงต่อเหยื่อมากกว่าการกระทำในวิธีการแรก ทั้งนี้เพราะภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของเหยื่อที่ปรากฏในระบบคอมพิวเตอร์ไปแล้ว ย่อมมีผู้ใช้งานคอมพิวเตอร์อีกมากมายที่สามารถบันทึกข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นไว้ได้ทัน แม้จะสามารถลบ

⁴⁷ Observer, C., "Former Boyfriend Pleads No Contest over Sex Dvds," [Online], Accessed: 24 November 2017. Available from: <https://www.chesterfieldobserver.com/articles/news-briefs-33/>

⁴⁸ kapook, "สาววัยรุ่น แจ้งจับแฟนเก่าที่รู้จักผ่านแอปฯ ประจານรูปตอนมีเซ็กส์ ฉุนจ้อไม่คืนดี" [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 14 ธันวาคม 2563. แหล่งที่มา: <https://hilight.kapook.com/view/201472>

ภาพดังกล่าวออกไปได้ แต่ก็มีความเสี่ยงสูงที่การกระทำผิดอาจเกิดขึ้นซ้ำอีกโดยบุคคลอื่นที่บันทึกภาพของเหยื่อไว้

2.1.3.5 การข่มขู่ว่าจะเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ

การข่มขู่ว่าจะเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศนั้นเป็นการกระทำก่อนการเผยแพร่ โดยผู้กระทำมักจะมุ่งหวังผลประโยชน์จากการข่มขู่หลายลักษณะ ไม่ว่าจะเป็นการเรียกร้องให้เหยื่อกลับมาคืนดี⁴⁹ หรือการเรียกประโยชน์ในทางทรัพย์สิน⁵⁰ หรือการเรียกผลประโยชน์ในทางเพศ⁵¹ โดยข้อเรียกร้องเหล่านี้จะมาพร้อมกับการข่มขู่ผู้เสียหายว่าหากไม่ปฏิบัติตามผู้กระทำจะเผยแพร่ข้อมูล หรือภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของเหยื่อ หรือนำข้อมูลหรือภาพนั้นส่งให้ครอบครัว ญาติพี่น้อง เพื่อน หรือที่ทำงานของเหยื่อเพื่อให้เหยื่อยอมตามข้อเรียกร้องตามที่ข่มขู่

วิธีให้ได้มาซึ่งข้อมูล ภาพ หรือสิ่งอื่นใดที่จะใช้เป็นวัตถุแห่งการข่มขู่ทางเพศได้นั้นนอกจากจะได้มาจากการที่ตนเคยดำรงความสัมพันธ์กับเหยื่อในฐานะคนรักแล้วก็อาจได้มาจากการหลอกลวงเหยื่อทางระบบอินเทอร์เน็ตให้ส่งภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศให้แก่ผู้กระทำ หรือมิเช่นนั้นผู้กระทำก็เข้าถึงหรือเจาะระบบคอมพิวเตอร์ของเหยื่อเพื่อโจรกรรมข้อมูลที่ต้องการออกมาใช้ข่มขู่ต่อไป⁵²

2.1.4 ความยินยอมของผู้เสียหายในกฎหมายอาญา

ข้อสำคัญในการพิจารณาการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศว่าเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของผู้อื่นหรือไม่นั้นคือการพิจารณาเรื่องความยินยอม เพราะความยินยอมนั้นอาจมีผลต่อการวินิจฉัยความรับผิดทั้งในทางแพ่งและทางอาญาของผู้กระทำในลักษณะเป็นข้อกล่าวอ้างเพื่อยกเว้นความรับผิดของตน

การกำหนดความผิดและโทษทางอาญาต้องกระทำโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ไม่อาจนำจารีตประเพณีเพี้ยนหรือหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการลงโทษบุคคลได้ เพราะบุคคล

⁴⁹ ข่าว 8, "สาวร้องถูกแฟนเก่าส่งรูปโป๊แบบลึกลับให้กลับไปคืนดี" [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 14 ธันวาคม 2563. แหล่งที่มา: https://www.thaich8.com/news_detail/88122

⁵⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1188/2561

⁵¹ ไทยรัฐ ออนไลน์, "เพจดังแฉ ดร.ชู้อดีตแฟนสาว บังคับให้มานอนด้วย 'ไม่จั้นรูปโป๊หลุดแน่'" [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 14 ธันวาคม 2563. แหล่งที่มา: <https://www.thairath.co.th/news/society/1399180>

⁵² สวตริ สุขศรี, "อาชญากรรมความรุนแรงบนอินเทอร์เน็ต," *วารสารนิติศาสตร์*, ปีที่ 47 (มิถุนายน 2561): 277.

ต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ ตามหลัก “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย (Nullum crimen, nulla poena, sine lege)” การได้รับยกเว้นความผิดจึงต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ เช่น การกระทำโดยป้องกัน ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68 แต่หลักดังกล่าวมิได้ห้ามการนำจารีตประเพณีและหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในกรณีเป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิด ดังนั้น ศาลจึงอาจนำจารีตประเพณีและหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้พิจารณายกเว้นความผิด ยกเว้นโทษ หรือลดโทษให้แก่จำเลยได้ แม้จะไม่มี การบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็ตาม⁵³

ตามหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า “ความยินยอมไม่เป็นละเมิด” (Volenti no fit injuria) ซึ่งเป็นหลักที่ปรากฏในกฎหมายแพ่ง เนื่องจากกฎหมายแพ่งเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิเฉพาะตัวของบุคคล ดังนั้นหากผู้เสียหายยินยอมให้ผู้อื่นกระทำการใดที่กระทบสิทธิส่วนบุคคลของตน การกระทำดังกล่าวนั้นย่อมไม่มีความผิดแต่อย่างใด ในทางตรงข้ามกับกฎหมายอาญาหากจะอาศัยความยินยอมเป็นข้อกล่าวอ้างเพื่อยกเว้นความรับผิด เนื่องจากกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการมุ่งคุ้มครองประชาชน และเพิ่มความมั่นคงให้กับสังคมทำให้ความยินยอมของผู้เสียหายไม่สามารถนำมาเป็นเหตุยกเว้นความผิดได้⁵⁴

อย่างไรก็ตาม ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ได้อธิบายว่า “ความยินยอมเป็นส่วนหนึ่งในการก่อให้เกิดความผิดขึ้น กล่าวคือ ความผิดฐานนั้น ๆ ถ้าเกิดขึ้นเพราะความไม่ยินยอมแล้วจึงเป็นความผิด แต่โดยทั่วไปแล้วความยินยอมไม่มีผลที่จะยกเลิกความผิด ส่วนความยินยอมที่จะมีผลทำให้การกระทำนั้น ๆ ไม่เป็นความผิดได้จะต้องประกอบด้วยหลักดังที่กำหนด”⁵⁵

ตามคำอธิบายนี้ส่งผลให้ในบางกรณีความยินยอมได้ถูกนำมาใช้กับกฎหมายอาญาซึ่งจะทำให้การกระทำไม่มีความผิดได้ ภายใต้หลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(1) ผู้เสียหายต้องให้ความยินยอมโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ในกรณีความยินยอมโดยปริยายนั้นต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่ว่า ภายใต้สถานการณ์ที่เกิดขึ้น ผู้กระทำไม่สามารถที่จะขอรับความยินยอมจากผู้เสียหายได้และเป็นสถานการณ์ที่พึงสันนิษฐานได้ว่าผู้เสียหายจะต้องให้ความ

⁵³ ปุณยวีร์ ประจวบลาภ, "การอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมกับความรับผิดทางอาญา," (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555), หน้า 32-33.

⁵⁴ ประภิน ปรัชญาภรณ์, "ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำความผิดอาญา," (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522), หน้า 1-10.

⁵⁵ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายอาญามาตราทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 17 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559), หน้า 165.

ยินยอม อีกทั้งผู้กระทำต้องกระทำภายใต้ขอบเขตของความประสงค์ของผู้เสียหายและ ต้องทำให้สมประโยชน์ของผู้เสียหายตามที่พึงจะสันนิษฐานได้จากสถานการณ์นั้น ๆ นอกจากนี้ ผู้กระทำต้องรู้ถึงความฉุฉุนของสถานการณ์นั้นอีกด้วย⁵⁶

(2) ผู้เสียหายต้องมีความสามารถในการให้ความยินยอม ความสามารถนี้มีได้พิจารณาจากอายุของผู้เสียหาย แต่พิจารณาจากความสามารถในการรับรู้ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นและความสามารถในการตัดสินใจของผู้เสียหายตามความเป็นจริง กล่าวคือ เพียงแค่ผู้เสียหายมีความรู้ความเข้าใจในความหมายและผลได้ผลเสียของเรื่องที่จะให้ความยินยอมก็เพียงพอแล้ว แม้ผู้นั้นจะยังเป็นผู้เยาว์ก็สามารถให้ความยินยอมได้⁵⁷

(3) ผู้กระทำมีอำนาจกระทำการได้ภายใต้ขอบเขตของความยินยอมที่ผู้เสียหายให้ไว้ หากเป็นการกระทำที่เกินขอบเขตย่อมถือไม่ได้ว่าเป็นการให้ความยินยอม⁵⁸

(4) ผู้กระทำต้องกระทำโดยรู้ถึงการมีอยู่ของความยินยอมของผู้เสียหาย เว้นแต่ในกรณีการให้ความยินยอมโดยปริยายซึ่งผู้กระทำสามารถสันนิษฐานได้ว่าผู้เสียหายได้ให้ความยินยอม⁵⁹

(5) ความยินยอมดังกล่าวต้องเป็นความยินยอมอันบริสุทธิ์⁶⁰ กล่าวคือ ความยินยอมต้องชอบด้วยกฎหมาย ผู้กระทำต้องได้รับความยินยอมมาโดยปราศจากการข่มขู่ หรือหลอกลวง ในขณะที่ผู้เสียหายก็ต้องให้ความยินยอมโดยสมัครใจ ปราศจากการสำคัญผิด⁶¹

(6) ความยินยอมนั้นจะต้องมีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด⁶² กล่าวคือ ต้องมีความยินยอมของผู้เสียหายอยู่ตลอดการกระทำนั้น มิได้มีการบอกเลิกความยินยอมก่อนการกระทำ ความผิดสิ้นสุดลง หากผู้เสียหายบอกเลิกความยินยอม แล้วผู้กระทำยังขึ้นกระทำความผิดนั้นต่อไปย่อมไม่สามารถยกเอาความยินยอมของผู้เสียหายมาอ้างเป็นข้อยกเว้นความรับผิดได้⁶³

⁵⁶ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556), หน้า 63.

⁵⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 270.

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน.

⁵⁹ เรื่องเดียวกัน.

⁶⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508

⁶¹ ประภิน ประญาณภรณ์, "ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำความผิดอาญา," หน้า 35.

⁶² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508

⁶³ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: พลสยาม พรินดี, 2551), หน้า 432.

(7) ความยินยอมต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน⁶⁴

การวินิจฉัยว่าความยินยอมดังกล่าวขัดต่อสัณนิษฐานในศีลธรรมอันดีและความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่นั้นต้องพิจารณาจากความรู้สึกของบุคคลทั่วไปในท้องที่และเวลาที่เกิดการกระทำนั้น รวมทั้งต้องพิจารณาถึง “คุณธรรมทางกฎหมาย” หรือ “ประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง” ด้วย คุณธรรมทางกฎหมายนี้เป็นพื้นฐานในการบัญญัติความผิดฐานต่าง ๆ ในขณะเดียวกันภารกิจที่สำคัญประการหนึ่งของกฎหมายอาญาก็คือการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย ซึ่งแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล (Individualrechtsgut) เช่น ชีวิต ความปลอดภัยของร่างกาย ทรัพย์สิน และคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นของส่วนรวม (Universalrechtsgut) เช่น ความปลอดภัยในการจราจร ความคงอยู่ของดินแดน หรือความเป็นเอกภาพของดินแดน⁶⁵ ทั้งนี้ บุคคลไม่มีอำนาจที่จะสละคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นของส่วนรวมเพราะคุณธรรมทางกฎหมายประเภทนี้มุ่งคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของสังคม บุคคลจึงไม่ใช่เจ้าของคุณธรรมทางกฎหมายประเภทนี้⁶⁶ ดังนั้น ความยินยอมของผู้เสียหายในกฎหมายอาญาจึงเป็นการสละคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลเท่านั้น การพิจารณาว่าความยินยอมขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่จึงต้องพิจารณาว่าความยินยอมดังกล่าวเป็นการสละคุณธรรมทางกฎหมายประเภทใด หากเป็นการสละคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลย่อมไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใด⁶⁷ เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 มีคุณธรรมทางกฎหมาย คือ เสรีภาพในทางเพศซึ่งเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล⁶⁸ ดังนั้น การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงต้องเป็นการกระทำโดยขู่เข็ญ ใช้กำลัง ประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น กล่าวคือ เป็นการกระทำชำเราโดยบุคคลนั้นไม่ยินยอมเท่านั้น หากเป็นกรณีที่คุณธรรมทางกฎหมายเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแต่อย่างใด

จากคำอธิบายประกอบหลักเกณฑ์ข้างต้นจึงสามารถอธิบายได้ว่า ความยินยอมของผู้เสียหายในกฎหมายอาญา หมายถึง การที่ผู้เสียหายแสดงเจตจำนงโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย สละคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลซึ่งไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดีและมีอยู่ตลอดเวลาจนถึง

⁶⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508

⁶⁵ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 155-156.

⁶⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 266.

⁶⁷ เรื่องเดียวกัน.

⁶⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 522.

ขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด อันส่งผลให้การกระทำที่บุคคลใด ๆ กระทำต่อตน นั้นไม่เป็นความผิดตามกฎหมาย

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิส่วนบุคคล

หัวข้อนี้จะได้พิจารณาว่าสิทธิส่วนบุคคลมีสถานะเป็นสิทธิอย่างไร ซึ่งเริ่มจากแนวคิดในบริบททางปรัชญาของสำนักความคิดกฎหมายธรรมชาติและสำนักความคิดกฎหมายบ้านเมือง จากนั้นจะได้อธิบายต่อไปว่าสิทธิส่วนบุคคล (Right to privacy) เป็นสิทธิที่จะสามารถอธิบายได้ว่าการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอัปยศทางเพศนั้นควรได้รับความคุ้มครองอย่างไร

2.2.1 แนวคิดของสิทธิส่วนบุคคลในบริบทของสำนักความคิดกฎหมายธรรมชาติ

สำนักความคิดกฎหมายธรรมชาติ (School of Natural law) มีแนวคิดที่สำคัญคือกฎหมายนั้นเกิดและมีอยู่แล้วตามธรรมชาติ กล่าวคือมีอยู่โดยที่ไม่มีใครบัญญัติหรือออกคำสั่ง และมีความเป็นสากลเป็นเหตุผลที่ครอบคลุมทั่วไป

นักคิดที่มีแนวคิดนี้ เช่น

อริสโตเติล (Aristotle) แบ่งกฎหมายออกเป็น 2 ชนิดคือ 1) กฎหมายธรรมชาติ เป็น กฎเกณฑ์ที่กำหนดแนวปฏิบัติของมนุษย์ อันมีอยู่แล้วตามธรรมชาติ ไม่ได้เกิดจากเจตจำนงของผู้ใด กฎหมายนี้จึงเหมือนกันในทุก ๆ แห่ง เช่น กฎเกณฑ์ที่ไม่ให้มนุษย์ทำร้ายผู้อื่น 2) กฎหมายที่บัญญัติขึ้น คือกฎเกณฑ์ที่กำหนดแนวปฏิบัติของมนุษย์ ซึ่งผู้ปกครองกำหนดขึ้น เพื่อแก้ไขปัญหาเฉพาะอย่าง เช่นกฎจรรยา โดยกฎหมายธรรมชาติและกฎหมายที่บัญญัติขึ้นอริสโตเติลมองว่าสามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามกาลเวลา⁶⁹

ซีเซโร (Cicero) อธิบายว่า กฎหมายธรรมชาติเป็นกฎหมายแห่งเหตุผล จากคำกล่าวที่ว่า “กฎหมายแท้จริงคือเหตุผลที่ถูกต้อง กลมกลืนสอดคล้องกับธรรมชาติ แม้ซ่านในทุกสิ่งทุกอย่างสม่ำเสมอเป็นนิรันดร์”⁷⁰ ดังนั้นกฎหมายธรรมชาติคือกฎหมายแท้จริง กฎหมายธรรมชาติจึงเป็นเกณฑ์ตรวจวัดกฎหมายบ้านเมืองหรือกฎหมายของมนุษย์ หลักคือเมื่อมนุษย์เขียนกฎหมายขึ้นมา ก็จะต้องตรากฎหมายขึ้นเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามกฎหมายแห่งเหตุผลหรือกฎหมาย

⁶⁹ ปรีดี เกษมทรัพย์ และ กิตติศักดิ์ ปรัตติ, นิติปรัชญา (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), หน้า 142.

⁷⁰ True law is right reason harmonious with nature diffuses among all, constant, eternal.

ธรรมชาติ เพราะฉะนั้นกฎหมายธรรมชาติจึงมุ่งตรงไปยังผู้บัญญัติกฎหมาย ใช้เป็นมาตรวัดคุณค่าของกฎหมายบ้านเมือง ซึ่งหมายความว่า กฎหมายบ้านเมืองที่ได้รับการตราขึ้นที่ขัดกับกฎหมายธรรมชาติย่อมเป็นกฎหมายที่ไม่ดี แต่หากกฎหมายบ้านเมืองนั้นไม่ได้ออกโดยพระราช แม้จะเป็นกฎหมายที่ไม่ดี แต่ก็ยังคงต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่ไม่ดีนั้นต่อไป⁷¹

กฎหมายธรรมชาติในทัศนะของซีเซโร มีลักษณะต่อไปนี้

ประการแรก กฎหมายธรรมชาตินั้นถือเป็นกฎหมายที่แท้จริง (True law) ซึ่งมีแก่นสารหรือสารัตถะอยู่ที่เหตุผล (Ratio) ซึ่งถือว่าเป็นแก่นของกฎหมายที่แท้จริง ดังนั้น เนื้อแท้ของกฎหมายที่เป็นเหตุผลก็จะเป็นกฎหมายที่ก่อให้เกิดหน้าที่ที่ต้องกระทำสิ่งที่ดีหรือสอดคล้องกับความยุติธรรม และถูกกำหนดห้ามไม่ให้กระทำความชั่วหรือความอยุติธรรม

ประการที่สอง มนุษย์ไม่มีอำนาจในการตรากฎหมายบ้านเมืองหรือกฎหมายมนุษย์ให้ไปขัดกับกฎหมายธรรมชาติได้

ประการที่สาม เมื่อได้มีการศึกษาถึงระดับหนึ่ง มนุษย์แต่ละคนนั้นสามารถที่จะเข้าใจกฎหมายธรรมชาติหรือกฎหมายแห่งเหตุผลได้ด้วยตัวเอง ตรรกตรองด้วยเหตุผลแล้วก็จะรู้ได้เองว่า อะไรคือเนื้อหาของกฎหมายธรรมชาติ อะไรเป็นสิ่งที่ดี อะไรเป็นสิ่งที่ไม่ดี อะไรควรกระทำหรือไม่ควรกระทำ

ประการที่สี่ จากคำกล่าวของซีเซโรที่ว่า “กฎหมายนี้ไม่เป็นอย่างหนึ่งที่กรุงโรมหรือเป็นอีกอย่างหนึ่งที่เอเธนส์ ไม่เป็นอย่างหนึ่งในขณะนี้หรืออีกอย่างหนึ่งในเวลาต่อมา แต่เป็นกฎหมายประการเดียวที่เป็นนิรันดร ไม่เปลี่ยนแปลง และมีผลผูกพันทุกชาติทุกภาษาตลอดกาล”⁷² แสดงให้เห็นว่า กฎหมายธรรมชาตินั้นเป็นกฎหมายที่สถิตนิ่งอยู่ไม่เปลี่ยนแปลง พ้นไปจากกาลเวลาหรือสถานที่ มีความเป็นสากลไม่ขึ้นอยู่กับขอบเขตของรัฐ มีความเป็นนิรันดรคือเป็นเหตุผลที่ถูกต้องอยู่ตลอดไป กฎหมายนี้มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปคือมีความเป็นสากลไม่จำกัดอยู่เฉพาะรัฐใดรัฐหนึ่ง⁷³

⁷¹ ปรีดี เกษมทรัพย์ และ กิตติศักดิ์ ปรกติ, *นิติปรัชญา*, หน้า 146.

⁷² Nor is it one law at Rome and another at Athens; one now and another at a later time; but one eternal and unchangeable law binding all nations through all time.

⁷³ ปรีดี เกษมทรัพย์ และ กิตติศักดิ์ ปรกติ, *นิติปรัชญา*, หน้า 146.

นอกจากนี้สำนักความคิดสโตอิก (Stoicism) เชื่อว่ามนุษย์ทุกคนที่เกิดมาในโลกนี้ได้รับประกายแห่งเหตุผลจากเหตุผลสากลเหมือนกัน และด้วยเหตุนี้มนุษย์ทุกคนจึงมีความสามารถในการที่จะใช้เหตุผลเข้าถึงเหตุผลสากลได้เหมือนกัน กล่าวคือ รู้ผิดชอบชั่วดีได้เหมือนกัน มีคุณภาพในทางชีวิตเหมือนกัน โดยความเป็นเหตุผลของมนุษย์ย่อมไม่ถูกจำกัดด้วยเชื้อชาติหรือเผ่าพันธุ์ จึงก่อให้เกิดระบบที่เป็นสากลอันเป็นพื้นฐานของกฎหมายธรรมชาติและความยุติธรรม ดังนั้น ปัจเจกชนจึงมีสิทธิตามธรรมชาติ (Natural rights) ในฐานะที่เกิดเป็นมนุษย์⁷⁴

เมื่อนำแนวคิดของสำนักความคิดกฎหมายธรรมชาติมาอธิบายต่อสิทธิส่วนบุคคลจะอธิบายได้ว่า สิทธิส่วนบุคคลเป็นสิทธิที่มีอยู่ตามธรรมชาติของมนุษย์ไม่มีผู้ใดกำหนดหรือสร้างขึ้นมา และยังเป็นความเป็นสากลเป็นเหตุผลที่ถูกต้องอีกด้วย เหตุที่สิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิตามธรรมชาติ ทำให้แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายบัญญัติรับรองไว้ บุคคลก็ย่อมมีสิทธิดังกล่าวเสมอกันตั้งแต่กำเนิด

2.2.2 แนวคิดของสิทธิส่วนบุคคลในบริบทของสำนักความคิดกฎหมายบ้านเมือง

สำนักความคิดนี้ให้ความสำคัญแก่กฎหมายที่ออกโดยรัฐอธิปไตย (Sovereign) หรือผู้ปกครองรัฐ โดยเห็นว่า กฎหมายที่บัญญัติโดยเจตนาของรัฐบาลอธิปไตยนั้นคือกฎหมาย (Positive law) โดยบุคคลไม่อาจโต้แย้งถึงความถูกต้อง ความยุติธรรมของกฎหมายที่ออกโดยรัฐบาลอธิปไตยได้ว่าสอดคล้องกับเหตุผลตามธรรมชาติหรือไม่ นักคิดในสำนักความคิดนี้ เช่น

นิโคโล มาเคียเวลลี (Niccolo Machiavelli) มีแนวความคิดที่ถือความมั่นคงของรัฐเป็นใหญ่เป็นคุณค่าสูงสุดในตัวเอง (Raison d'état) โดยอธิบายว่าการจะได้มาซึ่งอำนาจในทางการเมือง ผู้ประสพจะได้อำนาจทางการเมือง ต้องไม่ผูกพันตนเองไว้กับหลักในทางศีลธรรมใด ๆ ทั้งสิ้น หรือจะต้องไม่ผูกพันตนเองไว้กับคุณค่าอื่นใด เช่น กฎหมายธรรมชาติ เพราะหลักธรรม หรือกฎหมายธรรมชาตินจะเป็นอุปสรรคขัดขวางการต่อสู้ทำให้ไม่สามารถได้รับชัยชนะและได้มาซึ่งอำนาจในทางการเมือง เพราะฉะนั้นผู้ที่ได้มาซึ่งอำนาจย่อมไม่ผูกพันกับหลักธรรมใดและสามารถใช้วิธีการใดก็ได้ ในการทำให้ตนได้มาซึ่งอำนาจ แม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะถูกตำหนิประณามว่าชั่วร้ายเลวทราม

⁷⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: อานกฎหมาย, 2561), หน้า 103-106.

แต่ผลของการกระทำเป็นไปเพื่อความเป็นปึกแผ่นของบ้านเมืองจึงเป็นข้อแก้ตัวให้กับผู้ที่ได้อำนาจในทางการเมืองผู้นั้น⁷⁵

ฌอง โบแดง (Jean Bodin) เป็นผู้เสนอความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) และมีส่วนในการผลักดันให้เกิดรัฐสมัยใหม่ขึ้นโดยใช้แนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตย โดยอธิบายว่ารัฐจะเป็นปึกแผ่นและดำเนินไปได้จะต้องมีอำนาจสูงสุดในตัวเอง อำนาจนี้คืออำนาจอธิปไตย ซึ่งหมายถึงอำนาจที่ดำรงอยู่อย่างต่อเนื่องยาวนานในชุมชนใดชุมชนหนึ่ง และเป็นอำนาจที่ไม่มีข้อจำกัดใด ๆ โดยชุมชนทางการเมืองอื่นใดนั่นเอง ผลความคิดนี้ทำให้รัฐมีอำนาจอธิปไตยตามกฎหมายได้ ทฤษฎีเรื่องนี้เป็นเป็นทฤษฎีที่ช่วยทำให้รัฐที่เป็นรัฐฆราวาสเกิดขึ้นแล้วหลุดพ้นไปจากความครอบงำจากฝ่ายศาสนจักรอย่างสิ้นเชิง เพราะว่าถ้ารัฐนั้นเป็นรัฐสมัยใหม่ที่มีอำนาจสูงสุดในตัวเอง ศาสนจักรก็จะมีอำนาจเหนือรัฐอีกต่อไป⁷⁶

โทมัส ฮอบส์ (Thomas Hobbes) อธิบายว่าเหตุที่กฎหมายและการปกครองเป็นสิ่งจำเป็นนั้นจะต้องเข้าใจถึงความชอบธรรมจากธรรมชาติของมนุษย์ เมื่อย้อนสังคมมนุษย์ไปสู่สภาวะดั้งเดิมก่อนที่จะมีการจัดระเบียบการปกครอง (State Of Nature) คือสภาวะต่างคนต่างอยู่ ก็จะพบว่าโดยธรรมชาติของมนุษย์นั้นมีธรรมชาติที่เลว หมายความว่า ในสภาวะที่ไม่มีมีการปกครองก็ดำรงอยู่คล้าย สัตว์เดรัจฉานในแง่ที่ว่าต่างดิ้นรนเพื่อให้ตัวเองอยู่รอด ดังนั้นมนุษย์จึงเห็นแก่ตัวและโหดร้าย โดยสภาวะดังกล่าวนี้เรียกได้ว่าเป็นสภาวะของการทำสงคราม (Bellum omnium contra omnes) สภาวะแบบนี้ไม่มีกฎหมาย ไม่มีศีลธรรม ไม่มีถูกผิด คนทุกคนเป็นผู้พิพากษาในตัวเองในสภาวะของสงคราม แม้ว่ามนุษย์จะมีธรรมชาติเช่นนี้ แต่ก็รู้ว่าถ้าปล่อยให้เป็นอย่างนี้ ในสภาวะที่ไม่มีกฎหมายก็อาจเกิดอะไรขึ้นก็ได้ ด้วยเหตุนี้มนุษย์จึงตกลงกัน โอนสิทธิทั้งปวงตามธรรมชาติของตน ได้แก่ สิทธิในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สินต่าง ๆ ไปให้กับผู้ปกครอง โดยตกลงกันทำสัญญากับผู้ที่อยู่ใต้การปกครองด้วยตนเอง เรียกว่า “สัญญาสวามิภักดิ์” เพื่อให้ผู้ปกครองคุ้มครองรักษาให้แต่ละคนมีชีวิตอยู่รอด จึงยอมให้กฎหมายเป็นไปตามอำเภอใจของรัฐอธิปัตย์ หรือกฎหมายคือคำสั่งของรัฐอธิปัตย์นั่นเอง⁷⁷

⁷⁵ Michael B. Foster, *Masters of Political Thought: V.1 Plato to Machiavelli* (Massachusetts: The Riverside Press Cambridge, 1941), p. 275.

⁷⁶ สมยศ เชื้อไทย, *นิติปรัชญา* (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559), หน้า 141.

⁷⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 142.

หากพิจารณาตามแนวความคิดสำนักกฎหมายบ้านเมืองแล้ว จะพบว่ากรณีที่สิทธิส่วนบุคคลจะได้รับความคุ้มครองนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับว่ามีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิดังกล่าวนี้แล้วหรือไม่ เพราะบุคคลจะมีสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น ด้วยเหตุนี้จึงมีความจำเป็นที่กฎหมายจะต้องบัญญัติคุ้มครองเหยื่อจากการกระทำอันส่งผลกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลนี้ด้วย

2.2.3 แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิส่วนบุคคลในบริบททางกฎหมาย

ในสมัยโรมันผู้เป็นบิดาหรือสามีย่อมมีอำนาจของหัวหน้าครอบครัว (Patria Potestas) ในอันที่จะดำเนินการใด ๆ ที่เหมาะสมต่อภรรยาหรือบุตรของตน โดยเป็นอำนาจที่มีขอบเขตกว้างขวางครอบคลุมถึงชีวิตของผู้ที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจดังกล่าวนี้⁷⁸ ด้วยเหตุนี้สิทธิในระยะแรกนั้นจึงหมายถึง อำนาจอันชอบธรรม ซึ่งผู้ที่จะมีอำนาจเช่นนี้ได้จะต้องมีตำแหน่งพิเศษ (Special position) หรือสถานภาพ (Status) ของตนในสังคม ผู้ดำรงตำแหน่งใดหรือมีสถานภาพใด ก็จะมีอำนาจอันชอบธรรม ที่เกิดจากตำแหน่งหรือสถานภาพนั้น โดยตำแหน่งหรือสถานภาพอาจเกิดขึ้นจากจารีตประเพณี หรือกฎหมายก็ได้ เช่น พระมหากษัตริย์ พระสันตะปาปา เป็นต้น การที่สิทธิมีการยึดโยงกับตำแหน่งหรือสถานภาพของบุคคลนี้เองส่งผลให้ผู้ที่มิได้ตำแหน่งหรือสถานภาพต่ำกว่าก็จะมีอำนาจอันชอบธรรมที่น้อยลงไป ซึ่งต่อมาได้มีแนวความคิดที่ได้รับอิทธิพลมาจากฐานความคิดของศาสตร์หลายแขนงประกอบกันในการอธิบายขยายความหมายของ สิทธิ ให้แยกออกจากสถานภาพโดยอาศัยหลักคิดที่ว่า สิทธิ ควรจะเป็นของมนุษย์ทุกคน มิใช่เฉพาะตำแหน่งหรือสถานะ

เมื่อพิจารณาความหมายในมุมมองกฎหมายไทย สิทธิ มีลักษณะความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างบุคคล และต้องอาศัยความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายเพื่อให้สามารถบังคับได้ตามอำนาจของสิทธิ แม้แต่เดิมสิทธิจะมีแนวคิดในทางปรัชญามาผสมอยู่บ้าง แต่ในที่นี้สิทธิถือได้ว่าเป็นแนวคิดทางกฎหมายโดยแท้⁷⁹ โดยมีความหมายว่า อำนาจที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิจึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นด้วย⁸⁰ โดยแบ่งออกได้เป็นสองประเภท ดังนี้

1. บุคคลสิทธิ (Jus in Personam) หรือสิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับหนี้ เป็นสิทธิที่บุคคลหนึ่งมีสิทธิเรียกร้องให้บุคคลอีกคนหนึ่งกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เป็นสิทธิที่บังคับเอากับตัวบุคคล มิใช่ต่อทรัพย์สินโดยตรง แต่แม้ว่าสิทธินี้มีได้บังคับกับทรัพย์สิน

⁷⁸ ประชุม โฉมฉาย, ทรัพย์สินเฉพาะตัวของทหาร: ปัญหาบางประการในกฎหมายโรมัน (กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน, 2538), หน้า 394.

⁷⁹ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป (กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน, 2560), หน้า 143.

⁸⁰ วรพจน์ วิศวพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน, 2538), หน้า 21-22.

โดยตรง แต่จุดหมายสุดท้ายของบุคคลสิทธิก็คือการให้ผู้อื่นทำประโยชน์ในทางทรัพย์สินให้แก่ตน จึงจัดเป็นสิทธิในทางทรัพย์สินด้วย มีวัตถุประสงค์แห่งสิทธิเป็นการกระทำหรืองดเว้นกระทำการ เช่น ผู้ซื้อมีสิทธิบังคับให้ผู้ขายส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อขาย บุคคลสิทธิอาจเกิดจากนิติกรรม เช่น การทำสัญญาซื้อขาย หรือนิติเหตุ เช่น ละเมิดบุคคลสิทธิก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลโดยเฉพาะเจาะจง เช่น กับคู่สัญญา ใช้นั้นกับบุคคลทั่วไปไม่ได้

2. ทรัพย์สิน (Jus in Rem) เป็นสิทธิที่กฎหมายรับรองให้บุคคลมีสิทธิเหนือทรัพย์สินของตน บุคคลอื่นจะมีหน้าที่งดเว้นไม่ทำการใด ๆ เป็นการละเมิดหรือรบกวนการใช้สิทธิ เช่น กรรมสิทธิ์ สิทธิครอบครองทรัพย์สิน มีลักษณะสำคัญคือ มีวัตถุประสงค์แห่งสิทธิเป็นทรัพย์สินโดยตรง เกิดขึ้นได้แต่โดยอำนาจกฎหมาย ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลทั่วไป ทรัพย์สินใช้นั้นกับบุคคลได้ทั่วไปที่จะต้องงดเว้นไม่ขัดขวางการใช้ทรัพย์สินของเจ้าของทรัพย์สินนั้น⁸¹

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรมสัญญาและละเมิดจะพบว่าการบันทึกและเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมมีความเกี่ยวข้องกับบุคคลสิทธิในแง่สิทธิของผู้ถูกถ่ายภาพในการที่จะไม่ถูกถ่ายและเผยแพร่โดยไม่ได้ได้รับความยินยอม นอกจากนี้ยังเกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน เพราะภาพของผู้ถูกถ่ายถือเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่ง ทำให้เกิดทรัพย์สินแก่ผู้ถูกถ่ายภาพที่จะหวงกันทรัพย์สินของตนมิให้ผู้อื่นนำไปใช้โดยมิชอบ

หากกล่าวถึง “สิทธิ” ในแง่ของการเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญซึ่งถือว่าเป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชน จะหมายถึง อำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้การรับรองคุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด การให้อำนาจแก่ปัจเจกบุคคลนี้ได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงในสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน โดยเฉพาะเรียกร้องต่อองค์กรของรัฐไม่ให้แทรกแซงในขอบเขตสิทธิของตน สิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงมีความเกี่ยวพันกันระหว่างรัฐและปัจเจกชน และยังเป็นสิทธิที่ผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายที่จะต้องเคารพ ปกป้อง และคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญนี้เพื่อให้มีผลในทางปฏิบัติ⁸² หรืออาจกล่าวได้ว่า “สิทธิ” เป็นสิ่งที่ไม่รูปร่างซึ่งมีอยู่ในตัวมนุษย์มาตั้งแต่เกิดหรือกำหนดขึ้น โดยกฎหมายให้ได้รับประโยชน์และมนุษย์เป็นผู้เลือกใช้สิ่งนั้นเองโดยไม่มีผู้ใดมาบังคับได้ เช่น สิทธิในการกิน อยู่ หลับนอนเป็นสิ่งที่มิมาตั้งแต่เกิด สิทธิบางอย่างกฎหมายกำหนดให้มีขึ้น เช่น สิทธิในการร้องทุกข์ เป็นต้น ไม่ว่าจะเป็สิทธิประเภทใดไม่มีการบังคับว่าต้องใช้สิทธินั้นเสมอไป จะใช้หรือไม่ใช้สิทธิที่ตนเองมีอยู่

⁸¹ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 157.

⁸² บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2558), หน้า 51.

ยอมเป็นไปตามความสมัครใจของผู้มีสิทธิดังกล่าวและไม่ถือว่าเป็นการผิดกฎหมายหรือได้รับโทษแต่ประการใด⁸³

องค์ประกอบของสิทธิ แบ่งออกเป็น 5 ประการ ดังนี้

1. เจ้าของสิทธิ หรือผู้ถือสิทธิ หรือผู้ทรงสิทธิ จะต้องเป็นบุคคลเสมอ อาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้
2. สิทธิก่อให้เกิดหน้าที่ ได้แก่ บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งต้องรับผิดชอบการใช้สิทธิของบุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง เพราะสิทธิและหน้าที่เป็นของคู่กัน
3. เนื้อหาแห่งสิทธิ ได้แก่ การกระทำหรืองดเว้นการกระทำ ซึ่งบุคคลเจ้าของสิทธิสามารถเรียกร้องได้จากบุคคลผู้มีหน้าที่ กล่าวคือ สิทธิยอมเป็นเหตุให้บุคคลมีหน้าที่กระทำหรืองดเว้นการกระทำใด ๆ เพื่อประโยชน์ของเจ้าของสิทธิ
4. วัตถุประสงค์แห่งสิทธิ ได้แก่ บางสิ่งบางอย่างซึ่งการกระทำหรืองดเว้นตามเนื้อหาแห่งสิทธิเข้ามาเกี่ยวข้อง วัตถุประสงค์แห่งสิทธิอาจเป็นทรัพย์สิน หรือบุคคล
5. เหตุให้เกิดสิทธิ ได้แก่ ข้อเท็จจริงที่ทำให้เกิดสิทธิ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ข้อเท็จจริง ซึ่งผลของข้อเท็จจริงเป็นเหตุให้เจ้าของสิทธิได้รับสิทธินั้น⁸⁴

เมื่อนำองค์ประกอบของสิทธิมาอธิบายการบันทึกและเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้ความยินยอมจะพบว่า บุคคลผู้ถูกถ่ายภาพยอมเป็นเจ้าของสิทธิในภาพถ่ายนั้นจึงทำให้บุคคลอื่นเกิดหน้าที่ โดยมีเนื้อหาแห่งสิทธิ คือ การงดเว้นต่อการนำภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของเจ้าของสิทธิไปเผยแพร่ต่อผู้อื่น กล่าวคือ การเคารพซึ่งสิทธิส่วนบุคคลอันเป็นวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งของเจ้าของสิทธิที่พึงปราศจากการรบกวนจากบุคคลใดบุคคลหนึ่งนั่นเอง

เมื่อได้ทราบว่าสิทธิคืออะไร ในประเด็นถัดมาจะเป็นการพิจารณาถึงความ เป็นอยู่ส่วนตัว (Privacy) โดยความหมายทั่วไปทางกฎหมายของความเป็นอยู่ส่วนตัว (Privacy) อาจพิจารณาได้จาก Black's Law Dictionary⁸⁵ ดังนี้

ความเป็นอยู่ส่วนตัว (Privacy) คือ สภาพหรือสภาวะที่ปราศจากการสนใจ การล่วงล้ำหรือการแทรกแซงจากสาธารณะในการกระทำหรือการตัดสินใจ⁸⁶

⁸³ วิชัย ศรีรัตน์, สิทธิมนุษยชนและสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทย, พิมพ์ครั้งที่ 1 (หนังสือลำดับที่ 5 โครงการเผยแพร่กฎหมาย สิทธิมนุษยชนสู่ประชาชน, 2543), หน้า 25.

⁸⁴ หยุต แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (กรุงเทพมหานคร: ประกายพริ้ง, 2538), หน้า 62.

⁸⁵ Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, 10 ed. (St. Paul, MN: Thomson West, 2014). p. 1358.

⁸⁶ The quality, state, or condition of being free from public attention to intrusion into or interference with one's acts or decisions.

Black's Law Dictionary ได้แบ่งประเภทของสิทธิส่วนบุคคลสามชนิด
ได้แก่

“Autonomy privacy” สิทธิของปัจเจกชนในการควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล
ของตนหรือการตัดสินใจเกี่ยวกับเรื่องส่วนตัวของตนโดยปราศจากการแทรกแซง การสังเกต หรือการ
ล่วงล้ำจากภายนอก⁸⁷

“Informational privacy” สิทธิของปัจเจกชนในการเลือกที่จะตัดสินใจว่า
ข้อมูลเกี่ยวกับตนโดยเฉพาะข้อมูลละเอียดอ่อนและข้อมูลลับ จะถูกสื่อสารไปยังบุคคลอื่น หรือไม่
อย่างไร และในระดับใด⁸⁸

“Personal privacy” ประโยชน์ของปัจเจกชนในการไม่ถูกเปิดเผย หรือ
เลือกที่จะเปิดเผยความลับหรือข้อมูลส่วนบุคคล หรือสิ่งที่เกี่ยวข้องกับเขาหรือเธอตนเอง⁸⁹

นอกจากนี้ยังให้ความหมายของการรุกรานความเป็นส่วนตัว (Invasion of
privacy) ไว้ว่าเป็นการถือเอาหรือแสวงหาผลประโยชน์ในความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เผยแพร่
เรื่องส่วนตัวของบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย หรือการก้าวล่วงในกิจกรรมส่วนตัวของบุคคลอื่นใน
ลักษณะที่จะก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานทางจิตใจ หรือเกิดความอับอายหรือลดเกียรติตามความรู้สึก
ของวิญญูชน⁹⁰

การให้ความหมายข้างต้นพิจารณาได้ว่าความเป็นส่วนตัวมีความเชื่อมโยง
อย่างใกล้ชิดกับศักดิ์ศรีที่มีมาแต่กำเนิดของบุคคล จึงมีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกับเสรีภาพ อิศรภาพ
และสิทธิที่จะเลือกตัดสินใจ ทั้งยังเป็นเป็นสภาวะที่จำเป็นต่อการเติบโตและพัฒนาความเป็นตัวตน
และเป็นพื้นที่ให้แสดงออกถึงเสรีภาพ ซึ่งรวมทั้งเสรีภาพที่จะเลือกแสดงออกในบางแง่มุมของ
บุคลิกภาพต่อผู้อื่นในต่างสถานการณ์ นอกจากนี้ ความเป็นส่วนตัวสามารถทำให้บุคคลมีภาวะที่จะ
สร้างและพัฒนาความสัมพันธ์กับบุคคลอื่น อันเป็นปัจจัยอันจำเป็นต่อการเติบโตทางบุคลิกภาพ และ

⁸⁷ An individual's right to control his or her personal activities or intimate personal decisions without outside interference, observation, or intrusion.

⁸⁸ A private person's right to choose to determine whether, how, and to what extent information about oneself is communicated to others, esp. sensitive and confidential information.

⁸⁹ A person's interest in nondisclosure or selective disclosure of confidential or private information or matters relating to his or her person.

⁹⁰ Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary with Pronunciations*, 5 ed. (1979), pp. 1075-1076.

เป็นหนึ่งในหลายคุณค่าที่ช่วยให้บุคคลไม่ถูกลดค่ากลายเป็นเพียงสิ่งของหรือวัตถุ⁹¹ ความเป็นส่วนตัวจึงมีคุณค่าอันสำคัญยิ่งต่อความเป็นมนุษย์

Samuel D. Warren และ Louise D. Brandeis เป็นผู้ให้ความสำคัญเกี่ยวกับความเป็นส่วนตัวอย่างมาก ในค.ศ.1890 ทั้งสองคนจึงได้ร่วมกันเขียนและตีพิมพ์บทความชื่อ “สิทธิส่วนบุคคล” (The right to privacy) ซึ่งได้ชี้ให้เห็นว่าบุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิและเป็นอิสระจากการที่จะไม่ถูกก้าวร้าวโดยไม่สมควร ซึ่งสอดคล้องกับหลักการ “สภาวะบุคคลอันล่วงละเมิดมิได้” (Inviolate personality) ที่เป็นเงื่อนไขในการรับรองสถานะของความเป็นคนว่าจะต้องได้รับความเคารพผู้อื่นอย่างเท่าเทียม ซึ่งเป็นสิ่งที่ยึดโยงกับศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ และทั้งสองยังกล่าวถึงความ เป็นส่วนตัวว่าหมายถึง “สิทธิที่จะอยู่ลำพัง” (The right to be let alone) ซึ่งต่อมาแนวคิดเช่นนี้เป็นกรอบในการวางหลักกฎหมายทั่วไปในการให้ความคุ้มครองสิทธิส่วนตัวในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของสหรัฐอเมริกา จนได้นำหลักคิดเช่นนี้ไปบัญญัติอยู่ในรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่หนึ่ง⁹²

สิทธิส่วนบุคคลเป็นสิทธิที่มีความสำคัญประเภทหนึ่งและเป็นสิทธิที่ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่กำเนิด ความหมายแต่ดั้งเดิมของสิทธิส่วนบุคคลนั้นมุ่งคุ้มครองด้านพฤติกรรมของมนุษย์ในที่สาธารณะ กล่าวคือ มนุษย์มีอิสระจากการถูกล่วงล้ำจากบุคคลภายนอกในเรื่องส่วนตัว เช่น การป้องกันไม่ให้ผู้อื่นรู้ถึงการดำเนินชีวิตส่วนตัวภายในบ้านเรือน ต่อมาความหมายของสิทธิส่วนบุคคลได้ขยายไปถึงการห้ามมิให้เผยแพร่ข้อเท็จจริงในเรื่องส่วนตัวหรือการห้ามมิให้หน่วยงานของรัฐนำข้อมูลของประชาชนไปใช้นอกเหนือวัตถุประสงค์ที่ให้ไว้ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของการเก็บความลับส่วนบุคคลของมนุษย์ต่อมาศตวรรษที่ 21 ประชาชนได้ตระหนักและยอมรับความคิดสิทธิส่วนบุคคลมากยิ่งขึ้น เป็นการจำกัดการเข้าถึงของบุคคลโดยบุคคลอื่นซึ่งมีสาระสำคัญ 3 ประการ ได้แก่

1. การรักษาความลับ อันเป็นการจำกัดมิให้บุคคลอื่นทราบข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับตน
2. การปิดบังไม่เปิดเผยตัว คือ การป้องกันไม่ให้ผู้อื่นทราบว่าตนเป็นใคร

⁹¹ Law Reform Commission (Ireland), Report on Privacy: Surveillance and the Interception of Communication [Online] , Accessed: 24 December 2017. Available From: www.lawreform.ie/_fileupload/Reports/rPrivacy.htm

⁹² อธิป จิตตฤกษ์ และ ปวรรัตน์ ผลาสินธุ์, ความเป็นส่วนตัว ความรู้ฉบับพกพา, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: โอเพ่นเวิลด์ส, 2556), หน้า 111.

3. การอยู่ตามลำพัง เป็นการกีดกัน หวงห้ามไม่ให้ผู้อื่นมาอยู่อาศัยใกล้ชิด ตน⁹³

การให้ความหมายของคำว่าสิทธิส่วนบุคคลจะเห็นได้ว่าขอบเขตของ บุคคล และการเคารพซึ่งสิทธิส่วนบุคคลคือการดำรงชีวิตอย่างอิสระ แสวงหาความสุขในชีวิตตามความปรารถนาของตนเองได้ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและ ศีลธรรมอันดีของประชาชนอีกทั้งไม่ไปล่วงละเมิดสิทธิของผู้อื่นด้วย⁹⁴ หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นสิทธิที่แต่ละคนมีอิสระที่จะปฏิเสธไม่ให้คนอื่นมาล่วงรู้เรื่องของตนได้ เลือกที่จะใช้ชีวิตอย่างสงบปราศจากการรบกวนจากบุคคลอื่น และยังรวมไปถึงการเคารพในการแสดงออกซึ่งบุคลิกลักษณะของบุคคล ความลับส่วนบุคคล ข้อมูลส่วนบุคคลในเรื่องการติดต่อสื่อสาร⁹⁵

การกระทำต่อภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ หากเป็นการกระทำในขณะที่เหยื่ออยู่ในสถานการณ์อันควรได้รับความเป็นส่วนตัว และไม่ควรถูกเห็นโดยบุคคลอื่น ย่อมถือเป็นการละเมิดสิทธิที่จะอยู่ลำพังโดยปราศจากการถูกแทรกแซงในความเป็นส่วนตัวโดยไม่มีเหตุผลอันควร⁹⁶ ซึ่งเป็นการกระทำที่มีลักษณะที่รุกรานเพื่อให้ผู้อื่นล่วงรู้ในกิจกรรมอันเป็นส่วนตัว โดยเฉพาะในที่เกี่ยวข้องกับการเปิดเผยเนื้อตัวร่างกายของเหยื่อซึ่งถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อสิทธิส่วนบุคคล ในส่วนที่มีนัยสำคัญอันเกี่ยวพันกับสิทธิในชีวิตร่างกายอีกด้วย เพราะการกระทำดังกล่าว ไม่เพียงแต่พรากไปซึ่งเสรีภาพที่จะเลือกแสดงออกถึงความเป็นตัวตนต่อผู้อื่นเท่านั้น แต่เป็นการกระทำที่ละเมิดต่อความต้องการพื้นฐานของมนุษย์ในด้านที่เกี่ยวกับความสามารถที่จะควบคุมการเปิดเผยร่างกาย หรือการจำกัดมิให้บุคคลอื่นจ้องมองร่างกายในขณะที่เปลือยหรือกระทำกิจส่วนตัวโดยไม่ได้รับความยินยอม ซึ่งการเพิกเฉยต่อความยินยอมที่จะเปิดเผยร่างกายมักเกิดขึ้นในช่วงของสงคราม ในระหว่างการถูกจำคุก หรือในการข่มขืน⁹⁷ หากแต่โดยทั่วไปบุคคลจะใช้ความระมัดระวังอย่างสม่ำเสมอ เพื่อป้องกันมิให้การแสดงออกทางร่างกายบางอย่างหรือบางส่วนของร่างกายเปิดเผยต่อสาธารณะ⁹⁸ ในบางกรณีผู้เสียหายยินยอมให้ผู้อื่นบันทึกภาพก็เกิดจากความไว้นื้อ

⁹³ Richard A. Spinello, *CyberEthics: Morality and law in Cyberspace*, (Massachusetts: Jones and Bartlett Publishers, 2003), p.142.

⁹⁴ วีระพงษ์ บึงไกร, "การเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของทางราชการ" (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), หน้า 34.

⁹⁵ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ*, (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2547). หน้า 28-29.

⁹⁶ Clay Calvert and Justin Brown, " *Video Voyeurism, Privacy, and the Internet: Exposing Peeping Toms in Cyberspace* ", (Cardozo Arts and Entertainment Law Journal, 2000), p. 516.

⁹⁷ Lance E. Rothenberg, "Re-Thinking Privacy: The Failure of Criminal Law to Recognize a Reasonable Expectation of Privacy in the Public Space," *American University Law Review* 49, 5 (1999): 1126.

⁹⁸ Ibid.

เชื่อใจ (Breach of trust) แต่ในภายหลังเมื่อความสัมพันธ์สิ้นสุดลงก็เกิดเป็นความทรยศต่อความไว้วางใจนั้น และหมกมุ่นความเคารพต่อความเป็นส่วนตัวดังกล่าว ผู้กระทำความผิดจึงได้ใช้ประโยชน์จากเทคโนโลยีตอบสนองต่อความปรารถนาอันมิชอบของตนเอง ในการเผยแพร่ภาพความเป็นส่วนตัวของผู้เสียหายต่อผู้อื่นหรือต่อสาธารณะ โดยมีได้รับความยินยอม อันเป็นการกระทำที่ละเมิดทั้งต่อความเป็นส่วนตัวและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้อื่น

การถูกละเมิดความเป็นส่วนตัวทำให้สูญเสียความสามารถในการควบคุมการเปิดเผยร่างกายของตนต่อผู้อื่น เช่น หญิงที่ถูกบันทึกภาพในระหว่างที่มีเพศสัมพันธ์กับชายคนหนึ่งไว้ ถือว่าถูกละเมิดความเป็นส่วนตัวในขั้นตอนของการแอบบันทึกไปแล้วหนึ่งขั้น ภาพที่ถูกบันทึกนั้น หญิงคนดังกล่าวย่อมไม่ประสงค์จะให้มีการเผยแพร่สู่ผู้ใดเพื่อให้ผู้อื่นล่วงรู้รูปร่างกาย หรือพฤติกรรมที่ได้กระทำลงของเธอ⁹⁹ หากมีการเผยแพร่ภาพออกไปย่อมเท่ากับว่าจะสร้างความเสียหายอย่างไรที่สิ้นสุด โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากได้เผยแพร่ลงในระบบอินเทอร์เน็ตที่มีการกระจายตัวอย่างรวดเร็วและมีลักษณะเป็นการถาวร ทั้งยังเปิดโอกาสให้ผู้รับชมสามารถมีเวลาในการพิจารณาคุณภาพนั้นได้ทุกแง่มุม และสามารถขยายภาพเพื่อให้เห็นรายละเอียดที่ชัดเจนขึ้นได้อีกด้วย ซึ่งหากเป็นการดูด้วยตาเปล่าก็จะไม่สามารถทำเช่นนั้นได้¹⁰⁰ ลักษณะเช่นนี้ย่อมส่งผลกระทบต่อความสามารถในการเปิดเผยร่างกายของตนเองต่อผู้อื่นหรือต่อสาธารณะอย่างร้ายแรง

ในทางกฎหมาย สิทธิส่วนบุคคลถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีความสำคัญต่อความเป็นมนุษย์โดยนานาอารยประเทศต่างก็ได้ให้การบัญญัติรับรองสิทธิส่วนบุคคลไว้ตามกฎหมายภายในของตนอย่างเป็นสากล และสำหรับกฎหมายระหว่างประเทศ สิทธิส่วนบุคคลได้มีบัญญัติรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ขององค์การสหประชาชาติ (Universal Declaration of Human Rights 1948) ข้อ 12 ว่า “บุคคลใด ๆ จะถูกแทรกสอดโดยพลการในความเป็นอยู่ส่วนตัว ในครอบครัว ในเคหสถาน หรือ ในการสื่อสาร หรือจะถูกกลบหลูในเกียรติยศและชื่อเสียงไม่ได้ ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองของกฎหมายต่อการแทรกสอดหรือการกลบหลูดังกล่าวนั้น” นอกจากนี้ ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Right) ซึ่งมีผลบังคับใน ค.ศ. 1976 ก็ได้กำหนดให้รัฐภาคีมีพันธะผูกพันในการให้ความเคารพต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัวอีกด้วย

⁹⁹ Clay Calvert and Justin Brown, “*Video Voyeurism, Privacy, and the Internet: Exposing Peeping Toms in Cyberspace*”, (Cardozo Arts and Entertainment Law Journal, 2000), pp. 516-523.

¹⁰⁰ Nancy Danforth Zeronda, "Street Shootings: Covert Photography and Public Privacy," *Vanderbilt Law Review* (2010): 1131.

เมื่อราชอาณาจักรไทยเป็นรัฐภาคีตามกติกาตั้งแต่วันที่ 29 ตุลาคม พ.ศ.2539 ซึ่งมีบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองต่อสิทธิส่วนบุคคลไว้ในข้อ 17 มีใจความว่า

“1. บุคคลจะถูกแทรกสอดความเป็นส่วนตัว ครอบครัว เศรษฐกิจ หรือการติดต่อสื่อสารโดย พลังหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายมิได้ และจะถูกลบลู่เกียรติและชื่อเสียงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายมิได้

2. บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายมิให้ถูกแทรกสอดหรือลบลู่เช่นว่านั้น”

ด้วยเหตุนี้ ราชอาณาจักรไทยจึงต้องรับเอากติกาข้อนี้มาปฏิบัติภายในประเทศด้วย ประกอบกับสิทธิส่วนบุคคลเป็นสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายรัฐธรรมนูญมาเป็นเวลากว่า 20 ปีแล้ว โดยบัญญัติรับรองไว้ครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 44 ว่า “สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ หรือชื่อเสียง และความเป็นอยู่ส่วนตัว ย่อมได้รับความคุ้มครอง” ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 นำข้อความดังกล่าวมาบัญญัติรับรองไว้ใน มาตรา 34 วรรคแรก และได้ขยายความให้กว้างขวางออกไปในวรรคสองว่า “การกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความหรือภาพไม่ว่าด้วยวิธีใดไปยังสาธารณชน อันเป็นการละเมิดหรือกระทบถึงสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัว จะกระทำมิได้ เว้นแต่กรณีที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณชน” จนเป็นที่เรียกกันทั่วไปว่า สิทธิที่จะไม่เป็นข่าว¹⁰¹ ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 35 ได้นำหลักดังกล่าวมาบัญญัติไว้ลักษณะเดียวกัน โดยเพิ่มเติมข้อความในวรรคสามว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองจากการแสวงประโยชน์โดยมิชอบจากข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวกับตน ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ” และในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติรับรองสิทธิส่วนบุคคลเสียใหม่ให้เหลือเพียงสองวรรค โดยให้เรียงลำดับความสำคัญโดยยกให้สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวขึ้นเป็นลำดับแรกในมาตรา 32 วรรคแรก และในวรรคสองได้ยกเลิกสิทธิที่จะไม่เป็นข่าวดังที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และบัญญัติคุ้มครองสิทธิตามวรรคแรกแบบกว้างไม่เจาะจงเฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่งเท่านั้น เพราะฉะนั้นการกระทำใด ๆ อันเป็นการละเมิดต่อคุณค่าที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองจะกระทำมิได้ ดังนั้น การกระทำที่เป็นการละเมิดต่อสิทธิส่วนบุคคลของผู้ถูกระทำ ทั้งยังลดทอนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลให้เป็นเพียงเครื่องสร้างความบันเทิงทางเพศแก่ผู้อื่น ทั้งยังเป็นอันตรายต่อสังคมส่วนรวม จึงควรได้รับการดำเนินและลงโทษอย่างเหมาะสมเพื่อตัดโอกาสในการกระทำผิดเสียตั้งแต่ต้น

¹⁰¹ คณิน บุญสุวรรณ, สิทธิเสรีภาพของคนไทย ศักดิ์ศรีความเป็นคน (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2542), หน้า 17.

2.3 ผลกระทบจากการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ

หัวข้อนี้จะพิจารณาถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศเพื่อแสดงให้เห็นถึงความจำเป็นที่ปัญหาดังกล่าวสมควรจะได้รับการแก้ไขและได้รับการตระหนักจากสังคมในการป้องกันมิให้มีการกระทำผิดในรูปแบบนี้ขึ้น โดยแยกผลกระทบได้ดังนี้

2.3.1 ผลกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคล

การกระทำต่อภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อความต้องการพื้นฐานของมนุษย์ในด้านที่เกี่ยวกับความสามารถที่จะควบคุมการเปิดเผยร่างกาย หรือการจำกัดมิให้บุคคลอื่นจ้องมองร่างกายในขณะที่เปลือยหรือกระทำกิจส่วนตัวโดยไม่ได้รับความยินยอม เป็นการกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลที่ยังก่อให้เกิดความรำคาญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในขั้นตอนการเผยแพร่ หากได้มีการใช้ระบบอินเทอร์เน็ตเข้ามาเป็นส่วนประกอบของการกระทำด้วยแล้ว เรียกว่าเป็นการใช้มาตรการ “สร้างความอับอายต่อสาธารณะ” (Public Humiliation)¹⁰² ให้แก่ผู้อื่น กล่าวคือ เมื่อมีการเผยแพร่ภาพซึ่งเหยื่อไม่ประสงค์จะให้เปิดเผยต่อสาธารณะ แต่เมื่อมีการเผยแพร่ออกไปแล้ว บุคคลอื่น ๆ ก็สามารถแสดงความคิดเห็นหรือแชร์ ส่งต่อซ้ำต่อไปอีกได้ นอกจากนี้ หลายคนพยายามสืบหาบุคคลที่ตกเป็นเหยื่อไม่ว่าจะเป็นคนที่รู้จักหรือไม่ก็ตาม เมื่อพบข้อมูลบางอย่างของเหยื่อก็นำมาโพสต์แสดงความคิดเห็นต่อ ๆ ไป เช่น ที่อยู่ สถานที่ทำงาน การศึกษา ครอบครัว เป็นต้น การกระทำเช่นนี้จึงกล่าวได้ว่าเป็นการเพิ่มระดับของความรุนแรงให้มากขึ้นเป็นเท่าทวี ยิ่งกว่าการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศประเภทอื่น

2.3.2 ผลกระทบต่อจิตใจ

การกระทำต่อภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศก่อให้เกิดผลเสียหายต่อผู้เสียหายที่ตกเป็นเหยื่อ โดยเฉพาะขั้นตอนของการเผยแพร่ ซึ่งทำให้เหยื่อเกิดความเสียหายต่อจิตใจ กล่าวคือ เหยื่อมักจะเผชิญกับความเครียดจากการกระทำดังกล่าว และทุกข์ทรมานจากภาวะหวาดผวา เกิดความเศร้า รวมทั้งขาดความมั่นใจที่จะใช้ชีวิตอยู่ในสังคมตามปกติ สิ่งทั้งหลายเหล่านี้ก่อให้เกิดโรควิตกกังวลในที่สุด¹⁰³ และโดยลักษณะของการกระทำผิดที่มักจะมีการเผยแพร่ข้อมูลส่วนบุคคลของผู้เสียหายไปพร้อมกับภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ¹⁰⁴ ไม่ว่าจะเป็น ชื่อ ที่อยู่ เบอร์โทรศัพท์ จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น ทำให้อาจเกิดอาชญากรรมอื่น ๆ ต่อผู้เสียหายได้

¹⁰² ธเนศ รัตนกุล, "Cyber Bully เมื่ออินเทอร์เน็ตเปลี่ยนการกลั่นแกล้งให้เจ็บกว่า" [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 16 ตุลาคม 2561. แหล่งที่มา: <https://thematter.co/byte/cyber-bully-and-public-humiliation/8225>

¹⁰³ Matt R. Nobles, "Protection against Pursuit: A Conceptual and Empirical Comparison of Cyberstalking and Stalking Victimization among a National Sample," *Justice Quarterly* 31, 6 (2014): 22-23.

¹⁰⁴ Observer, C., "Former Boyfriend Pleads No Contest over Sex Dvds," [Online], Accessed: 24 November 2017. Available from: <https://www.chesterfieldobserver.com/articles/news-briefs-33/>

เช่น การถูกคุกคามทางเพศ หรือการถูกเฝ้าติดตามอย่างต่อเนื่อง และการกระทำเหล่านี้เป็นการสร้างความหวาดผวาและจำกัดเสรีภาพของเหยื่อไปด้วยในตัว เนื่องจากเหยื่อเกิดความเกรงกลัวอันตรายที่อาจเกิดขึ้นต่อตนจึงไม่กล้าออกไปนอกบ้าน¹⁰⁵

2.3.3 ผลกระทบต่อร่างกายและชีวิต

สาเหตุจากโรคทางจิตที่เกิดขึ้นกับตัวผู้เสียหายอาจนำไปสู่อันตรายต่อร่างกายและชีวิต เพราะผู้เสียหายที่ได้รับความอับอายจนไม่อาจเผชิญกับความเป็นจริงที่เกิดขึ้นและใช้ชีวิตตามปกติได้ มักจะเลือกการฆ่าตัวตายเป็นทางออกของปัญหาที่เกิดขึ้น ซึ่งในราชอาณาจักรไทยก็เคยปรากฏให้เห็นว่านักแสดงที่ถูกเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศโดยไม่ได้รับความยินยอมนั้น เผชิญกับโรคทางจิตต่าง ๆ จนกระทั่งเคยคิดจะฆ่าตัวตาย¹⁰⁶ และในต่างประเทศก็มีผู้เสียหายที่ฆ่าตัวตายอีกหลายคดีด้วยกัน¹⁰⁷

2.3.4 ผลกระทบต่อสังคม

ความเป็นส่วนตัวมีคุณค่าอันเป็นสากลต่อมนุษย์ในทุกสังคมและเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับความคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญในประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตย ดังนั้น ผู้ที่กระทำการใดอันเป็นการละเมิดต่อสิทธิส่วนบุคคลของผู้อื่นที่เกี่ยวกับภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ ไม่ว่าจะกระทำด้วยการบันทึกและเผยแพร่ภาพเช่นนั้นโดยไม่ได้รับความยินยอม ย่อมส่งผลให้คนในสังคมนั้นเกิดความหวาดกลัวว่าการกระทำความผิดเหล่านั้นจะส่งผลกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลของตนด้วยหรือไม่ ซึ่งในที่สุดก็จะทำให้สังคมเกิดความหวาดระแวงต่อกันมากขึ้น และโดยเหตุที่การกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดทั้งสิทธิส่วนบุคคลและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังนั้นจึงเป็นการฝ่าฝืนต่อบรรทัดฐานทางศีลธรรมของสังคมนั้นรวมและควรถูกตำหนิได้ในทางศีลธรรม ฉะนั้นการปล่อยให้เกิดการกระทำผิดเช่นนี้ขึ้นโดยปราศจากบทลงโทษทางกฎหมายอย่างเหมาะสมต่อไป ย่อมเป็นเหตุให้คุณค่าในสิทธิส่วนบุคคลและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สามารถถูกละเมิดได้อย่างไม่มีข้อจำกัด อันจะก่อผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และจะเป็นเหตุให้สังคมเกิดความสั่นคลอน ทั้งยังสะท้อนให้เห็นถึงมาตรฐานของการรับมือกับปัญหาดังกล่าวของเจ้าหน้าที่รัฐและความด้อยประสิทธิภาพของกฎหมาย เพราะหากยังปรากฏการกระทำผิดขึ้นอย่างต่อเนื่อง

¹⁰⁵ Caille Millner, "Public Humiliation over Private Photos," [Online], Accessed: 12 November 2020. Available from: <http://www.sfgate.com/opinion/article/Public-humiliation-over-private-photos-4264155.php#photo-4161587>

¹⁰⁶ ไทยนิวส์360, 9 อันดับ คนดัง โดนมือดีแฉ "คลิปหลุด" ชื่อเสียงดับวูบ [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 19 พฤศจิกายน 2560. แหล่งที่มา: <http://bit.ly/2AW7x9X>

¹⁰⁷ Berger, M., "Brazilian 17 Year Old Commits Suicide after Revenge Porn Posted Online," [Online], Accessed: 19 November 2017. Available from: <http://www.buzzfeed.com/miriamberger/brazilian-17-year-old-commits-suicide-after-revenge-porn-pos#.ag6yvyV5Z>

ย่อมแสดงให้เห็นว่าประเทศยังขาดมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพในการรับมือกับปัญหาดังกล่าว ทำให้ภาครัฐอาจถูกมองว่าไม่มีประสิทธิภาพในการบริหาร ขาดนโยบายและมาตรการที่มีประสิทธิภาพในการจัดการกับปัญหาที่เกิดขึ้น

2.4 แนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความผิดอาญา

กฎหมายอาญา หมายถึง กฎหมายที่บัญญัติถึงความผิดและโทษ ซึ่งประกอบไปด้วยส่วนที่บัญญัติถึงความผิดที่กำหนดว่าการกระทำอย่างใดจะเป็นการกระทำความผิด และส่วนที่บัญญัติเกี่ยวกับโทษซึ่งจะเป็นผลร้ายแก่ผู้ที่ฝ่าฝืนกระทำความผิดที่ถูกบัญญัติว่าเป็นความผิด โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อมิให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สินของผู้อื่น หรือเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ การปกครอง หรือความสงบเรียบร้อยของชุมชน โดยรัฐเป็นผู้บังคับโทษและลงโทษตามกระบวนการที่รัฐจัดให้มีขึ้น¹⁰⁸ ทำให้การจะพิจารณาว่าสิ่งใดควรจะถูกบัญญัติเป็นกฎหมายอาญาหรือไม่นั้นจำเป็นจะต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมทั้งในส่วนการกำหนดการกระทำว่าสิ่งใดควรเป็นความผิดและในส่วนของการกำหนดโทษว่าเป็นไปตามวัตถุประสงค์หรือไม่ โดยจะต้องพิจารณาไปตามหลักเกณฑ์ ซึ่งมีรายละเอียดเป็นดังต่อไปนี้

2.4.1 ทฤษฎีการกำหนดความผิดอาญา

การใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลนั้นก็จะต้องกระทำเท่าที่จำเป็นในฐานะที่เป็นเครื่องมือสุดท้ายเมื่อไม่มีเครื่องมืออื่นจะสามารถสร้างความสงบให้กับสังคมได้อีก เพราะกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองประชาชน และเพิ่มความมั่นคงให้กับสังคม ขณะเดียวกันกฎหมายอาญาก็พรากเสรีภาพไปจากประชาชน จำกัดอำนาจในการเลือกหรือกำหนดชีวิตของประชาชนเช่นเดียวกัน ดังนั้น การแก้ปัญหาคriminalization และเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยได้รับความยินยอมนั้น มีข้อพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวสมควรอยู่ในขอบเขตของกฎหมายอาญาและจะมีความรับผิดชอบด้วยหรือไม่นั้นต้องพิจารณาจากความชั่วร้ายของบุคคลผู้กระทำความผิดและต้องได้รับโทษสำหรับการกระทำชั่วนั้น ซึ่งเป็นไปตามหลักที่ว่า “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีความผิด โดยไม่มีโทษ” (Nullum crimen, nulla poenasine lege) และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดย่อมต้องมีความเสมอภาคเท่าเทียมกันแก่การกระทำความผิดอย่างเดียวกัน บุคคลจะมีความผิดหรือมีโทษนอกเหนือไปจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ไม่ได้¹⁰⁹ โดยกฎหมายอาญาต้อง

¹⁰⁸ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, หน้า 15.

¹⁰⁹ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2555), หน้า 840-848.

บัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน¹¹⁰ อันเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญาที่มีขึ้นเพื่อจำกัดการใช้อำนาจรัฐไม่ให้กระทบ ต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากเกินไปจนสมควรนั่นเอง¹¹¹

ลักษณะทั่วไปของสิ่งที่จะเป็นความผิดอาญาจะเป็นการกระทำที่ขัดแย้งต่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม¹¹² และสังคมเห็นว่าการกระทำหรือพฤติกรรมเช่นว่ากระทบต่อการอยู่ร่วมกันในสังคมถึงขนาดที่สมควรให้ใช้โทษอาญาเป็นมาตรการในการลงโทษต่อผู้กระทำการนั้น¹¹³ การพิจารณาว่าการกระทำใดจะกระทบการอยู่ร่วมกันของสังคมในระดับที่ควรบัญญัติเป็นความผิดอาญาหรือไม่ อาจทำได้โดยใช้เกณฑ์ทางสังคมที่พิจารณาความรู้สึกร่วมกันของสังคมว่าได้รับความเสียหายหรือไม่อย่างไร แต่ความเห็นเช่นนี้ก็ถูกโต้แย้งเพราะแม้ว่าการกระทำความผิดอาญามักจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคม แต่การก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคมทุกกรณีไม่จำเป็นที่จะต้องถูกบัญญัติให้เป็นความผิดตามกฎหมายอาญาเสมอไป¹¹⁴

เซอร์เบิร์ต เลสลีย์ แพ็กเกอร์ (Herbert Leslie Packer) ได้เสนอแนวความคิดในการพิจารณาว่าการกระทำใดควรจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ โดยได้วางหลักพิจารณาสำคัญไว้ 6 ประการ และได้อธิบายว่าการจะกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญา การกระทำนั้นจะต้องมีลักษณะเป็นไปตามหลักสำคัญทั้ง 6 ประการนี้ต่อไปนี้ครบทุกข้อ ดังนี้

1. การกระทำนั้นประชาชนส่วนใหญ่ เห็นได้อย่างชัดเจนว่า เป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคมและประชาชนส่วนมากไม่อาจยอมรับหรือให้อภัยได้ต่อการกระทำนั้น
2. หากการกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญาแล้วจะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษต่าง ๆ
3. การปราบปรามการกระทำที่เป็นความผิดทางอาญานั้น จะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป

¹¹⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 39 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2561), หน้า 44.

¹¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 85-86.

¹¹² ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, หน้า 16.

¹¹³ คณิต ณ นคร, ประมวลกฎหมายอาญา : หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559), หน้า 292.

¹¹⁴ ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาขั้นสูง (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559), หน้า 21.

4. หากการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาแล้ว จะมีการใช้บังคับกฎหมายนั้นอย่างเสมอภาค เท่าเทียมกัน

5. การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญานั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งในด้านคุณภาพและปริมาณ

6. ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่น ๆ แล้ว นอกจากการใช้กฎหมายกับการกระทำที่เกิดขึ้น¹¹⁵

การที่รัฐมุ่งแต่จะใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมเพียงอย่างเดียว ไม่พิเคราะห์ถึงความจำเป็นในการบัญญัติกฎหมาย รวมทั้งการใช้เครื่องมืออื่น ๆ ในการแก้ไขปัญหา โดยไม่คำนึงถึงประสิทธิภาพและความสามารถของกลไกของรัฐจะทำให้เกิดเป็นปัญหาการกำหนดความรับผิดทางอาญาเกินความจำเป็น (Overcriminalization) ทำให้กฎหมายที่ออกโดยรัฐจะขาดความศักดิ์สิทธิ์และเป็นการเผยแพร่โอกาสให้เจ้าพนักงานที่ประพฤติมิชอบมีโอกาสในการแสวงหาผลประโยชน์และหากมีการบังคับใช้กฎหมายซึ่งมิได้มีการใช้มาเป็นเวลานาน ผู้ถูกใช้บังคับจะเกิดปฏิกิริยาต่อต้าน¹¹⁶ จึงได้กระทำความผิดกฎหมายเพราะถือว่าตนถูกเลือกปฏิบัติซึ่งขัดต่อหลักพื้นฐานของกฎหมายอาญาที่ต้องใช้กฎหมายอาญาอย่างเท่าเทียมกัน โดยเสมอภาค ด้วยเหตุนี้ทฤษฎีการกำหนดความรับผิดทางอาญาของแพ็กเกอร์ที่กล่าวมาแล้วจึงเป็นหลักเกณฑ์ที่จะช่วยให้ฝ่ายนิติบัญญัติทราบถึงขอบเขตของกฎหมายอาญาและเป็นการแก้ปัญหาการกำหนดความรับผิดทางอาญาเกินความจำเป็นอีกด้วย

2.4.2 ทฤษฎีการลงโทษตามกฎหมายอาญา

การลงโทษมีความมุ่งหมายในการคุ้มครองผู้กระทำความผิด หรือผู้ต้องสงสัยว่ากระทำความผิดมิให้ถูกแก้แค้นอย่างไม่เป็นทางการ หรือได้รับความทุกข์ทรมานเกินความจำเป็น ทั้งยังยับยั้งให้บุคคลกระทำความผิดกฎหมายน้อยลง ในส่วนของระบบการลงโทษควรก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานแก่ผู้กระทำความผิด หรือบุคคลอื่นน้อยที่สุด แต่บรรลุเป้าหมาย นอกจากนี้ระบบการลงโทษควรกำหนดให้ผู้กระทำความผิดได้กลับตนเป็นคนดี โดยได้รับผลจากการกระทำของตน เพื่อแสดงว่าสังคมรังเกียจความประพฤตินั้น¹¹⁷ การพิจารณาเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษจึงมี

¹¹⁵ Herbert L. Packer, *The Limits of Criminal Sanction* (Redwood City, California: Stanford University Press, 1968), p. 196.

¹¹⁶ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1*, หน้า 7.

¹¹⁷ Nigel Walker, *Evidence before the Royal Commission on Penal System* (New York: Basic Books, 1971), pp. 48-65.

ความสำคัญอย่างยิ่งต่อการนำมาแก้ปัญหาการบันทึกและเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม เพราะจะทำให้ทราบจุดมุ่งหมายของการกำหนดให้เรื่องดังกล่าวเป็นความผิดทางอาญามีวัตถุประสงค์อย่างไรต่อบุคคลผู้กระทำความผิด ซึ่งทฤษฎีเกี่ยวกับวัตถุประสงค์แห่งการลงโทษที่สำคัญ มีดังต่อไปนี้

1. เพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน (Retribution)

วัตถุประสงค์ของการลงโทษเช่นนี้อยู่บนหลักการที่ว่าผู้กระทำความผิดต้องได้รับผลตอบแทนจากการกระทำของตนเองอย่างสอดคล้องกับความเดือดร้อนที่ตนเองก่อให้เกิดขึ้นกับผู้เสียหายและสอดคล้องกับผลกระทบที่เกิดขึ้นกับสังคมจากการกระทำความผิดเพื่อเป็นการแสดงให้เห็นถึงการไม่ยอมรับ โดยการลงโทษเช่นนี้จะมีลักษณะเป็นการทำให้เกิดสถานะความเท่าเทียมระหว่างความพึงพอใจที่ผู้กระทำความผิดได้รับจากการกระทำความผิดกับความพึงพอใจของผู้เสียหายและสังคมจากการที่ผู้กระทำความผิดได้รับโทษจากการกระทำความผิดนั้น ทำให้การลงโทษตามวัตถุประสงค์นี้มักใช้เกณฑ์ความพึงพอใจของผู้เสียหายเป็นเกณฑ์ในการกำหนดการลงโทษ ส่งผลให้การลงโทษที่เกิดขึ้นมักจะมีลักษณะทารุณโหดร้ายและรุนแรงเกินขอบเขต อย่างไรก็ตาม แนวความคิดอาชญาวิทยาสมัยใหม่เกี่ยวกับการลงโทษภายใต้สิทธิมนุษยชนทำให้การลงโทษอย่างทารุณโหดร้ายนั้นไม่ได้รับการยอมรับอีกต่อไป ขณะที่การจะลงโทษผู้กระทำความผิดก็ได้รับการยอมรับว่าจะต้องพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ ประกอบการลงโทษที่มากกว่าการพิจารณาเพียงความพึงพอใจของสังคมหรือผู้เสียหายที่เกิดขึ้นเท่านั้น ทำให้การลงโทษตามวัตถุประสงค์นี้เสื่อมความนิยมลง และไม่ได้รับการยอมรับให้เป็นวัตถุประสงค์หลักของการลงโทษอีกต่อไป¹¹⁸

2. เพื่อเป็นการยับยั้งการกระทำความผิด (Deterrence)

วัตถุประสงค์ของการลงโทษเช่นนี้อยู่บนแนวความคิดที่เห็นว่าบุคคลจะฝ่าฝืนกระทำการตามที่ถูกห้ามไว้หากไม่มีการยับยั้งด้วยความเกรงกลัวบางประการ โดยการยับยั้งการกระทำความผิดอาจแบ่งออกเป็นการยับยั้งการกระทำความผิดเฉพาะตัวบุคคล (Specific Deterrence) ซึ่งเป็นไปเพื่อไปยังผู้กระทำความผิดไม่ให้กระทำความผิดต่อไป และการยับยั้งการกระทำความผิดอย่างทั่วไป (General Deterrence) ที่มุ่งข่มขู่ยับยั้งไม่ให้บุคคลอื่นกระทำความผิดดังเช่นที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำ ด้วยเหตุนี้ วัตถุประสงค์ในข้อนี้จะเห็นด้วยกับการลงโทษที่รุนแรงและแน่นอนที่จะก่อให้เกิดการยับยั้งการกระทำความผิดที่ได้ผลมากขึ้น แต่ก็มีที่ยอมรับว่าการลงโทษเช่นว่าจะไม่

¹¹⁸ Rob White, *The Routledge Companion to Criminological Theory and Concepts* (London: Routledge: Taylor & Francis Group, 2017), pp. 485-489.

ก่อให้เกิดผลเช่นนั้นเสมอไป เพราะหากการกระทำที่ถูกบัญญัตินั้นได้รับการยอมรับโดยผู้กระทำความผิดหรือสังคมว่าการฝ่าฝืนกระทำการที่ห้ามตามกฎหมายนั้นเป็นสิ่งทั่วไปที่ยอมรับได้ หรือหากการกระทำความผิดเชื่อว่าขาดการบังคับใช้กฎหมายที่ได้ผลอย่างเสมอภาคแน่นอน การยับยั้งการกระทำความผิดก็ย่อมไม่เกิดขึ้นจากความพยายามในการลงโทษแต่อย่างใด¹¹⁹

3. เพื่อเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม (Incapacitation)

วัตถุประสงค์ของการลงโทษเช่นนี้ เป็นการห้ามมิให้ผู้กระทำความผิดกลับมากระทำความผิดอีกผ่านมาตรการป้องกันที่กระทำทางกายภาพต่อผู้กระทำความผิด โดยมาตรการดังกล่าวมีตั้งแต่การห้ามกระทำการบางประการ หรือการกักขังและการจำคุกไปจนถึงการลงโทษเอากับเนื้อตัวร่างกายของผู้กระทำความผิดเช่นการตัดอวัยวะหรือการประหารชีวิต เพื่อมิให้ผู้กระทำความผิดสามารถกลับมากระทำความผิดได้อีกครั้ง มาตรการเหล่านี้อยู่บนความคิดที่เห็นว่าการป้องกันการกลับมากระทำความผิดที่ดีที่สุดคือการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม อย่างไรก็ตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษในข้อนี้ถูกโต้แย้งอย่างมากเนื่องจากมิได้พิจารณาเหตุผลของการกระทำความผิดประกอบกับการลงโทษ ทำให้เกิดปัญหาของความเหมาะสมที่ผู้กระทำความผิดจะต้องถูกตัดออกจากสังคมบ่อยครั้ง ประกอบกับการจำคุกผู้กระทำความผิดตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษในข้อนี้มักก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับนักโทษล้นเรือนจำ ทำให้เกิดแนวความคิดว่าการลงโทษโดยวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมนี้ ควรถูกใช้เฉพาะกับการกระทำความผิด ที่ผู้กระทำความผิดเป็นผู้กระทำความผิดซ้ำหรือเป็นการกระทำความผิดที่มีลักษณะอันตรายร้ายแรงที่จะกระทบกระเทือนต่อสังคมเท่านั้น¹²⁰

4. เพื่อเป็นการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (Rehabilitation)

วัตถุประสงค์การลงโทษเช่นนี้ แรกเริ่มอยู่บนแนวความคิดที่เห็นว่าการลงโทษทางอาญาอย่างเดียวไม่ช่วยให้ผู้กระทำความผิดเลิกกระทำความผิด จึงควรให้มีมาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดระหว่างที่ต้องรับโทษทางอาญาด้วย โดยมาตรการแก้ไขฟื้นฟูเหล่านี้จะเป็นมาตรการที่หลากหลายและใช้บังคับแตกต่างกันเพื่อให้เกิดความเหมาะสมในแต่ละบุคคล การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดนี้ ได้รับการยอมรับว่าเป็นเป้าหมายหลักของการลงโทษมาอย่างยาวนาน เพียงแต่จะมีรูปแบบที่แตกต่างกันไปในแต่ละยุคสมัย โดยมาตรการแก้ไขฟื้นฟูสมัยใหม่จะเป็นการพิจารณาถึงสาเหตุต่าง ๆ ในการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิด และกำหนดมาตรการเพื่อเปลี่ยนแปลง

¹¹⁹ Ibid., pp. 83-84.

¹²⁰ Ibid., pp. 455-457.

สาเหตุต่าง ๆ เหล่านี้ เพื่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดโดยจะไม่จำเป็นจะต้องให้ผู้กระทำความผิดรับโทษทางอาญาที่เป็นการจำคุกแต่อย่างใด¹²¹

5. เพื่อเป็นการป้องกันอาชญากรรม (Crime Prevention or Community Safety)

วัตถุประสงค์ของการลงโทษเช่นนี้เกิดขึ้นจากการพัฒนาแนวความคิดในการป้องกันไม่ให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นด้วยมาตรการต่อตัวบุคคลดังเช่นวัตถุประสงค์ของการลงโทษต่าง ๆ ที่ได้กล่าวมาให้กลายเป็นการป้องกันไม่ให้มีการกระทำความผิดผ่านการพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องในสังคม โดยการลงโทษตามวัตถุประสงค์นี้จะพิจารณาความต้องการและความรู้สึกร่วมกันของสมาชิกในสังคมเพื่อเป็นเครื่องมือในการกำหนดบทลงโทษต่าง ๆ ซึ่งมีได้จำกัดเพียงแค่ว่าโทษทางอาญาต่อผู้กระทำความผิด แต่รวมไปถึงมาตรการเสริมอื่น ๆ ที่กำหนดต่อสมาชิกในสังคมที่สังคมเห็นร่วมกันว่าจำเป็นในการช่วยห้ามปรามมิให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นด้วย การลงโทษตามวัตถุประสงค์เช่นนี้จะมีใช้การกระทำเพียงครั้งคราวต่อผู้กระทำความผิด แต่จะเป็นการลงโทษในลักษณะที่เป็นระบบเพื่อป้องกันการกระทำความผิดที่จะเกิดขึ้นในครั้งต่อไป¹²²

แม้การลงโทษทางอาญาตามวัตถุประสงค์ต่าง ๆ ที่กล่าวมาอาจมีโอกาสช่วยให้ผู้กระทำความผิดเกิดการเรียนรู้เกี่ยวกับศีลธรรม สร้างจิตสำนึกที่ดี สร้างความเกรงกลัวต่อกฎหมาย ก่อให้เกิดการยับยั้งการกระทำความผิด หรือทำให้ผู้กระทำความผิดไร้ความสามารถที่จะกระทำความผิดซ้ำ อันเป็นการป้องกันอาชญากรรมและเป็นการยืนยันความถูกต้องและรักษาไว้ซึ่งบรรทัดฐานทางสังคม แต่การลงโทษอาญาแก่บุคคลนั้นย่อมส่งผลให้บุคคลนั้นมีมลทินติดตัว (Stigmatization) ซึ่งอาจส่งผลให้บุคคลนั้นถูกสังคมประณามโดยการตีตราความเป็นอาชญากรบนตัวบุคคลนั้นซึ่งก่อให้เกิดผลร้ายต่าง ๆ ต่อผู้กระทำความผิด ดังนั้นการกำหนดโทษทางอาญาจึงเป็นสิ่งที่ต้องกระทำด้วยความระมัดระวังเพื่อให้เกิดความเหมาะสมและเกิดความได้ผลของการลงโทษให้มากที่สุด ซึ่งในการพิจารณาความเหมาะสมของการลงโทษเช่นนี้มักกำหนดให้เป็นหน้าที่ของศาลแต่ฝ่ายเดียว อย่างไรก็ตามในการลงโทษผู้กระทำความผิดก็ควรต้องพิจารณาถึงมุมมองของสังคมต่อการลงโทษด้วย เนื่องจากการกระทำบางอย่าง แม้ว่าจะเป็นการกระทำความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ แต่ในแง่ความรู้สึกของสังคมแล้ว การกระทำเช่นว่ากลับไม่สมควรต้องรับโทษทางอาญาเลย ความรู้สึก

¹²¹ Ibid., pp. 554-555.

¹²² Ibid., pp. 510-511.

ของสังคมเช่นนี้จะก่อให้เกิดความสงสัยต่อประโยชน์ของการลงโทษทางอาญาอื่น ๆ¹²³ ดังนั้นในการบัญญัติความผิดอาญานั้นจะต้องพิจารณาถึงความสมควรต้องรับโทษของบุคคลเสมอเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือของกระบวนการยุติธรรมในภาพรวม

2.4.3 หลักความได้สัดส่วน

การจำกัดเสรีภาพของปัจเจกชนจะต้องชอบด้วยหลักความได้สัดส่วน อันหมายถึงการใช้อำนาจอย่างใด ๆ ของผู้ปกครองจะต้องอยู่ในขอบเขตที่เหมาะสมและพอประมาณ เพื่อให้กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด ประเด็นสำคัญที่ฝ่ายนิติบัญญัติ ต้องพิจารณาในการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดแต่ละฐาน คือ ความผิดแต่ละฐานควรระวางโทษสถานใด โดยหลักทั่วไปในกฎหมายอาญาที่จะนำมาใช้ในการกำหนดระวางโทษของความผิดแต่ละฐาน ได้แก่ หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) ซึ่งมีหลักว่าโทษทางอาญาจะต้องได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิด (Severity of Crime)¹²⁴ หลักความได้สัดส่วนประกอบด้วยหลักการย่อย 3 ประการ ดังนี้

2.4.3.1 หลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล

หลักความสัมฤทธิ์ผลกำหนดว่าในการออกมาตรการทางกฎหมายมาบังคับใช้กับประชาชน รัฐจะต้องเลือกมาตรการที่สามารถทำให้เจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนั้น ๆ สำเร็จลุล่วง มาตรการใดที่รัฐออกมาบังคับใช้กับประชาชนแล้วไม่สามารถก่อให้เกิดผลตามเจตนารมณ์ของกฎหมายได้อย่างแน่แท้ หรือมาตรการที่ก่อให้เกิดผลตรงข้ามกับเจตนารมณ์ของกฎหมายย่อมเป็นมาตรการที่ขัดกับหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผลและย่อมเป็นมาตรการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹²⁵

2.4.3.2 หลักแห่งความจำเป็น

หลักแห่งความจำเป็นกำหนดว่ากรณีที่มาตรการหลายมาตรการล้วนสามารถทำให้เจตนารมณ์ของกฎหมายบรรลุผลได้ รัฐต้องเลือกใช้มาตรการที่มีความรุนแรงน้อยที่สุด กล่าวคือ มาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด โดยรากฐานของหลักการนี้มาจากแนวความคิดที่ว่า “ในระหว่างสิ่งที่เลวร้ายสองสิ่งที่จำต้องเลือก บุคคลควรเลือกสิ่งที

¹²³ Martin Kett, *International Handbook of Penology and Criminal Justice* (New York: CRC Press, 2007), pp. 578-580.

¹²⁴ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, "หลักสัดส่วนในการกำหนดโทษ" [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 10 มกราคม 2561. แหล่งที่มา: <http://web.krisdika.go.th/data/outsidedata/article77/file/13-10-60.pdf>

¹²⁵ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, *หลักแห่งความได้สัดส่วน* (กรุงเทพมหานคร: สำนักวิจัยและวิชาการ, 2548), หน้า 32-34.

เลวร้ายน้อยที่สุด” เช่น กรณีมีกฎหมายป้องกันและปราบปรามการจลาจลให้อำนาจตำรวจปราบปรามจลาจลโดยใช้ปืน M16 ยิงเข้าไปในฝูงชนหรือใช้รถดับเพลิงฉีดน้ำใส่ฝูงชน ทั้งสองมาตรการต่างทำให้เจตนารมณ์ของกฎหมายลุล่วงตามหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล แต่มีระดับความรุนแรงต่างกัน กรณีนี้ตำรวจต้องเลือกใช้มาตรการที่สองคือการใช้รถดับเพลิงฉีดน้ำใส่ฝูงชนซึ่งเป็นมาตรการที่รุนแรงน้อยที่สุด¹²⁶

2.4.3.3 หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

มาตรการทางกฎหมายที่รัฐออกมาบังคับใช้กับประชาชนแม้จะสอดคล้องกับหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผลและหลักแห่งความจำเป็น แต่มาตรการดังกล่าวก็อาจก่อให้เกิดโทษต่อบุคคลบางกลุ่มเนื่องจากการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลกลุ่มนั้น อีกทั้งยังอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะด้านอื่นที่ไม่อยู่ในเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจ เช่น การสร้างเขื่อนก่อให้เกิดประโยชน์คือป้องกันน้ำท่วมและสามารถนำพลังงานน้ำไปใช้ในการผลิตกระแสไฟฟ้าได้ แต่ในขณะเดียวกันก็ก่อให้เกิดโทษคือเป็นการทำลายป่าและน้ำเหนือเขื่อนจะท่วมไร่นาของประชาชน ดังนั้นการกำหนดมาตรการทางกฎหมายจึงต้องพิจารณาถึงหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบด้วย หลักนี้กำหนดว่า มาตรการที่ฝ่ายปกครองออกมาบังคับใช้กับประชาชนนอกจากต้องเป็นมาตรการที่สอดคล้องกับหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผลและหลักแห่งความจำเป็นแล้วยังต้องเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่าโทษ ถ้ามาตรการดังกล่าวก่อให้เกิด ประโยชน์น้อยกว่าโทษย่อมขัดต่อหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ¹²⁷

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการกำหนดโทษเช่นกันโดยเป็นการกำหนดตามที่เห็นสมควรให้ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดฐานนั้น เพื่อให้ผู้กระทำความผิดเกรงกลัวและไม่กล้าที่จะกระทำความผิด¹²⁸ กล่าวคือนำทฤษฎีเจตจำนงเสรี (Free Will) มาใช้เป็นตัวชี้วัดว่าโทษที่กำหนดสำหรับความผิดแต่ละฐานนั้นได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดหรือไม่ เนื่องจากมนุษย์มีเจตจำนงอิสระที่จะกระทำการใด ๆ มนุษย์จึงเลือกทำในสิ่งที่ตนเองจะได้รับประโยชน์ แต่ไม่เลือกทำในสิ่งที่จะทำให้เกิดผลร้ายกับตน หากมนุษย์เห็นว่าโทษที่ได้จากการกระทำความผิดมากกว่าประโยชน์ที่จะได้รับ มนุษย์ย่อมหลีกเลี่ยงที่จะกระทำความผิดดังกล่าว กรณีนี้

¹²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 35-36.

¹²⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 37.

¹²⁸ ณรงค์ ใจหาญ, "รายงานสรุปโครงการวิจัย เรื่อง ศึกษาความเป็นไปได้ในการกำหนดชั้นโทษและการนำไปปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา," ตุลาคม 53, 2 (2549): 1-59.

ถือว่าโทษที่กำหนดนั้นได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด ซึ่งเป็นหลักการที่สอดคล้องกับทฤษฎีการลงโทษเพื่อยับยั้งการกระทำความผิด

บทต่อไปจะได้ศึกษาว่ามาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศที่มีการบังคับใช้อยู่ในราชอาณาจักรไทยมีความครอบคลุมต่อทุกประเภทของการกระทำที่เกี่ยวข้องและมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้เพียงพอแล้วหรือไม่ และในบทถัดไปจะได้หยิบยกกฎหมายต่างประเทศขึ้นพิจารณาว่าในแต่ละประเทศที่ทำการศึกษานั้นมีการบัญญัติกฎหมายในเรื่องดังกล่าวนี้ไว้อย่างไร เพื่อนำมาใช้พิจารณาปรับปรุงกฎหมายไทยต่อไป



บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายไทยเกี่ยวกับภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ

บทนี้จะทำการศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศในราชอาณาจักรไทย กล่าวคือ เริ่มต้นศึกษารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดก่อนว่ามีบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองต่อสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวหรือไม่ จากนั้นจะได้ศึกษาฐานความผิดทางอาญาในกฎหมายลำดับรอง อันได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญา พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ที่แม้ว่าจะไม่ได้มีบทบัญญัติคุ้มครองการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศเป็นการเฉพาะ แต่จะได้ศึกษาว่าจากบทบัญญัติเท่าที่มีอยู่สามารถนำมาปรับใช้ต่อการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศในขั้นตอนต่าง ๆ ได้หรือไม่ เพียงใด เพื่อวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมของมาตรการทางกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ว่าเหมาะสมกับการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นมากน้อยเพียงใด อันจะนำไปเป็นแนวทางในการพัฒนามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศที่เกี่ยวข้องให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นต่อไป

3.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่ใช้ในการปกครองประเทศและเป็นแม่บทกฎหมายทั้งปวงของประเทศนั้น ๆ ราชอาณาจักรไทยมีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร บทบัญญัติต่าง ๆ ได้ถูกรวบรวมไว้ในเอกสารที่เป็นลายลักษณ์อักษร รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่วางโครงสร้างหรือกำหนดแบบแผนการบริหารประเทศรวมทั้งมีการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมายหรือข้อบังคับ หรือการกระทำใดจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้¹ เพราะฉะนั้นสิทธิเสรีภาพใดของประชาชนหากได้รับการรับรองและคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแล้ว ข้อบังคับหรือบทกฎหมายใดก็ไม่อาจนำมาใช้เพื่อลดทอนสิทธิเสรีภาพตามที่ได้รับคุ้มครองนี้ได้ แต่อย่างไรก็ตามสิทธิเสรีภาพที่ได้รับการรับรองนั้นอาจไม่ใช่

¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 5

การรับรองและคุ้มครองอย่างเด็ดขาด รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้สามารถจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ในบางกรณีเช่นเดียวกัน

3.1.1 การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้มีบทบัญญัติ “การรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของชาวไทย” ไว้ในหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยในมาตรา 25 ซึ่งบัญญัติว่า

“สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย นอกจากที่บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญแล้ว การใดที่มีได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายอื่น บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำการนั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ตราบเท่าที่การใช้สิทธิหรือเสรีภาพเช่นว่านั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น

สิทธิหรือเสรีภาพใดที่รัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ แม้ยังไม่มีกฎหมายนั้นขึ้นใช้บังคับ บุคคลหรือชุมชนย่อมสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพนั้นได้ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้

บุคคลซึ่งได้รับความเสียหายจากการถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพหรือจากการกระทำความผิดอาญาของบุคคลอื่น ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาหรือช่วยเหลือจากรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ”

จากหลักความผูกพันโดยตรงของสิทธิและเสรีภาพต่อองค์กรรัฐข้างต้นแสดงให้เห็นว่า “สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว” จัดอยู่ในสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยชัดแจ้งเพราะมีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรง โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้มีการบัญญัติรับรอง “สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว” ไว้อย่างชัดแจ้งเช่นกันในหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทย ส่วนที่ 3 สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล มาตรา 32 ซึ่งบัญญัติว่า

“บุคคลย่อมมีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เกียรติยศ ชื่อเสียง และครอบครัว

การกระทำอันเป็นการละเมิดหรือกระทบต่อสิทธิของบุคคลตามวรรคหนึ่ง หรือการนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้ประโยชน์ไม่ว่าในทางใด ๆ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ”

จากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะเห็นได้ว่าสิทธิหรือเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำกรานั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ครอบคลุมที่ไม่มีกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น แต่ทั้งนี้การกระทำนั้นต้องไม่กระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยของสังคมและไม่ละเมิดสิทธิของผู้อื่น หากบุคคลใดถูกละเมิดสิทธิ เสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ก็สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้รับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพไว้หลายประการแต่การรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพนี้สามารถแบ่งระดับของการคุ้มครองได้เป็น 2 ประเภท คือ

1. สิทธิและเสรีภาพที่สมบูรณ์ คือเป็นสิทธิและเสรีภาพที่รัฐไม่สามารถจำกัดหรือตัดทอนได้ เช่น สิทธิเสรีภาพในการนับถือศาสนา เป็นต้น

2. สิทธิและเสรีภาพที่รัฐสามารถจำกัดขอบเขตได้ แต่การจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นจะต้องกระทำโดยกฎหมายและเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ให้สามารถกระทำได้เท่านั้น²

สิทธิและเสรีภาพที่รัฐสามารถจำกัดขอบเขตได้ต้องกระทำโดยกฎหมายและเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ซึ่งกรณีนี้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้มีบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิเสรีภาพได้ ในมาตรา 26 บัญญัติว่า

“การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

² รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 22/2550 วันจันทร์ที่ 11 มิถุนายน พุทธศักราช 2550 หน้า 160. อ้างถึงใน กาญจนารัตน์ สิริโรจน์, "สิทธิและเสรีภาพของประชาชน : ความคุ้มครองที่อาจถูกจำกัดโดยกฎหมายและกฎ," *รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 12 "ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนภายใต้รัฐธรรมนูญ"*: 4-5.

กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง”

จากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 26 นี้ จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญได้เปิดช่องให้มีการตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลได้ แต่ทั้งนี้จะต้องตรากฎหมายโดยเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ หากเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญนั้นไม่ได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายที่มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้นจะต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม และจะต้องไม่เป็นการเพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ อีกทั้งจะต้องไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล และจะต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย อันแสดงให้เห็นว่ากฎหมายที่ออกมาเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไม่สามารถตราออกมาได้ตามอำเภอใจ จะต้องมีความชอบของกฎหมายรองรับบทบัญญัตินั้น ๆ เสมอ รวมทั้งกฎหมายนั้นจะต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไป ไม่เฉพาะเจาะจงแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใด

3.1.2 การรับรองและคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว

ในปัจจุบันที่เป็นยุคแห่งการสื่อสารไร้พรมแดน สะดวกและรวดเร็ว การส่งผ่านข้อมูลต่าง ๆ สามารถทำได้โดยง่าย ไม่จำกัดเวลาและสถานที่ ซึ่งมีทั้งประโยชน์และโทษตามมา ความเป็นอยู่ส่วนตัวเป็นอีกสิ่งหนึ่งที่ถูกละเมิดได้โดยง่ายในสังคมที่การติดต่อสื่อสารไม่จำเป็นต้องเห็นหน้าและไม่อาจรู้ได้เลยว่าคนที่ติดต่อด้วยนั้นเป็นใคร คิดอย่างไรและจะทำอะไรต่อไป เมื่อเป็นเช่นนี้รัฐจึงต้องเข้ามามีบทบาทในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว ซึ่งอาจบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรงและตราเป็นกฎหมายลำดับรองต่าง ๆ

สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวถูกรับรองครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 44 บัญญัติว่า

“สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียงหรือความเป็นอยู่ส่วนตัว ย่อมได้รับความคุ้มครอง”

ทั้งยังคงบัญญัติรับรองในรัฐธรรมนูญฉบับต่อ ๆ มาคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 พุทธศักราช 2550 และพุทธศักราช 2560 แต่อาจมีการเปลี่ยนแปลงถ้อยคำบางส่วน

รัฐธรรมนูญก่อนหน้าฉบับพ.ศ. 2534 นั้นแม้จะมีการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนชาวไทยในด้านต่าง ๆ ก็ตามแต่ก็ยังไม่มีการรับรองถึงสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัว จนกระทั่งมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 มาตรา 43 ได้ปรากฏว่าเริ่มมีการรับรองถึงสิทธิของบุคคลในครอบครัวไว้ในรัฐธรรมนูญแต่ก็ยังไม่มีการรับรองสิทธิในชื่อเสียง เกียรติยศและความเป็นอยู่ส่วนตัวเช่นเดิม

เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 44 จึงได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัว แต่อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติก็ยังไม่เกิดผลการรับรองสิทธิได้อย่างสมบูรณ์ เพราะการรับรองดังกล่าวยังเป็นเพียงการรับรองในหลักการถึงสิทธิของบุคคลในความเป็นอยู่ส่วนตัวว่ามีอยู่และได้รับการรับรองแต่ยังขาดในส่วนรายละเอียด ขอบเขต และมาตรการต่าง ๆ เพื่อให้เกิดความคุ้มครองที่แท้จริง ซึ่งก่อนหน้าที่จะมีการคุ้มครองสิทธินี้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ประชาชนอาจได้รับการคุ้มครองสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวโดยทั่วไปจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับละเมิดหรือหมิ่นประมาท หรือประมวลกฎหมายอาญาในเรื่องดูหมิ่น หมิ่นประมาทหรือการเปิดเผยความลับ เป็นต้น³

ในพ.ศ. 2540 ได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ขึ้นมา ซึ่งยังคงมีหลักการในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวเช่นเดิมแต่ได้มีการขยายขอบเขตการคุ้มครอง โดยบัญญัติเพิ่มเติมว่า การกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความหรือภาพไม่ว่าด้วยวิธีใดไปยังสาธารณชน อันเป็นการละเมิดหรือกระทบถึงสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวจะกระทำมิได้ เว้นแต่กรณีที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณชน⁴ นอกจากนี้ในมาตรา 39 วรรคสอง ยังได้กล่าวถึงเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นการพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณาและการสื่อความหมายโดยวิธีอื่นนั้นอาจถูกจำกัดได้หากกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียงสิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น

³ อภัสรา เทพจันทร์, "พัฒนาการรัฐธรรมนูญไทยกับการคุ้มครองสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว (Privacy Rights): อดีต-ปัจจุบัน-อนาคต," บทบัญญัติ 63 (2550): 165-166.

⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 34 บัญญัติว่า
 “สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัว ย่อมได้รับความคุ้มครอง การกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความ หรือภาพไม่ว่าด้วยวิธีใดไปยังสาธารณชน อันเป็นการกระทบถึงสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ หรือชื่อเสียงและความเป็นอยู่ส่วนตัว จะกระทำมิได้เว้นแต่กรณีที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณชน”

ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ยังคงยึดหลักการในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวตามรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2540 เดิมแต่ได้เพิ่มเติมในส่วนของการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อไม่ให้มีผู้นำไปเผยแพร่หรือนำไปใช้โดยมิชอบและจะทำให้เกิดความเสียหาย โดยมาตรา 35 บัญญัติว่า

“สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง ตลอดจนความเป็นอยู่ส่วนตัว ย่อมได้รับความคุ้มครอง

การกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความหรือภาพไม่ว่าด้วยวิธีใดไปยังสาธารณชน อันเป็นการละเมิดหรือกระทบถึงสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัว จะกระทำได้ เว้นแต่กรณีที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ

บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองจากการแสวงประโยชน์โดยมิชอบจากข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับตน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

รวมทั้งมีข้อจำกัดในการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นการพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น หากกระทบกับสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น⁵ เช่นเดียวกับหลักการในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันยังคงให้ความคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว แต่มีการปรับให้มีความกระชับยิ่งขึ้น ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 32 ว่า

“บุคคลย่อมมีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เกียรติยศ ชื่อเสียง และครอบครัว

⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 45 บัญญัติว่า

“บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน”

การกระทำอันเป็นการละเมิดหรือกระทบต่อสิทธิของบุคคลตามวรรคหนึ่ง หรือการนำข้อมูล ส่วนบุคคลไปใช้ประโยชน์ไม่ว่าในทางใด ๆ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่ง กฎหมายที่ตราขึ้นเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ”

อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้บัญญัติไว้อย่างกว้าง ๆ ว่าเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่นไม่อาจถูกจำกัดได้ เว้นแต่จะกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น⁶ โดยไม่ได้ระบุลงอย่างชัดเจนอย่างในรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และพุทธศักราช 2550 ว่า “เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น”

การคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวในระดับรัฐธรรมนูญนั้นจะเห็นได้ว่าราชอาณาจักร ไทยได้มีการรับรองและคุ้มครองสิทธินี้มาตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 และยังคงคุ้มครองเรื่อยมาในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 พุทธศักราช 2550 และในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งเป็นฉบับปัจจุบัน

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแล้วพบว่า การคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว ของผู้ถูกบันทึกหรือเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศจะมีมิติที่เชื่อมโยงกันระหว่าง การใช้เสรีภาพในการแสดงออกของบุคคลผู้ทำการบันทึกและเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับ อายทางเพศโดยฝ่าฝืนความยินยอมของผู้อื่นประการหนึ่ง กับสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของอีก บุคคลหนึ่ง ในกรณีของเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคลก็ได้ถูกรับรองและได้รับการคุ้มครอง ภายใต้อำนาจรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เช่นเดียวกับกับสิทธิในความเป็นอยู่ ส่วนตัว ซึ่งได้บัญญัติไว้ในมาตรา 34 ว่า

“บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิหรือ เสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกัน สุขภาพของประชาชน

⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 34 วรรคหนึ่ง

เสรีภาพทางวิชาการย่อมได้รับความคุ้มครอง แต่การใช้เสรีภาพนั้นต้องไม่ขัดต่อหน้าที่ของ
ปวงชนชาวไทยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และต้องเคารพและไม่ปิดกั้นความเห็นต่างของบุคคล
อื่น”

กรณีข้างต้นจะเห็นได้ว่าแม้รัฐธรรมนูญฯ จะรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกแต่
ก็ได้มีบทจำกัดเสรีภาพนี้ไว้ในมาตราเดียวกันเช่นเดียวกับบทบัญญัติที่รับรองและคุ้มครองสิทธิในความ
เป็นอยู่ส่วนตัว

เมื่อสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวและเสรีภาพในการแสดงออกมีความเชื่อมโยงกัน ขอบเขต
ของการใช้สิทธิและเสรีภาพจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายกำหนดเพื่อให้แต่ละบุคคลใช้สิทธิและเสรีภาพ
ของตนได้อย่างเหมาะสมและไม่ไปกระทบกับสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นหรือตามเงื่อนไขที่
กฎหมายกำหนดให้สามารถจำกัดสิทธิและเสรีภาพในบางประการได้ หากพิจารณาจากบทบัญญัติใน
มาตรา 32 ที่คุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวและมาตรา 34 ที่คุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออก
สามารถอธิบายถึงขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพ ได้ดังนี้⁷

1. การใช้สิทธิเสรีภาพจะต้องไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายแก่ความมั่นคงของรัฐ

ความมั่นคงของรัฐนั้นเกี่ยวข้องโดยตรงกับการดำรงอยู่ของรัฐ ซึ่งการแสดงออกหรือการใช้
อำนาจอธิปไตยของรัฐขึ้นอยู่กับความมีอยู่และความมั่นคงของรัฐ หากปราศจากความมั่นคงของรัฐ
แล้วการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนย่อมไม่อาจมีขึ้นได้ เพราะฉะนั้นในบางกรณีจึง
จำเป็นต้องยอมให้มีการลิดรอนหรือจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพเพื่อให้รัฐมีความมั่นคงและดำรงอยู่ได้
อย่างปลอดภัย เช่นในมาตรา 34 วรรคหนึ่งตอนท้าย ที่บัญญัติให้เสรีภาพในการแสดงออกสามารถถูก
จำกัดได้หากเป็นไปเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ

2. การใช้สิทธิเสรีภาพจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่ได้ขึ้นอยู่กับความรู้สึกของกลุ่มบุคคลใดกลุ่มบุคคลหนึ่งแต่
ขึ้นอยู่กับความรู้สึกของประชาชนในสังคมนั้น ๆ ว่ามีวัฒนธรรมในสังคมอย่างไร การกระทำแบบใด
เป็นการละเมิดต่อศีลธรรมอันดี ขอบเขตข้อจำกัดที่ใช้พิจารณาประกอบกับเรื่องศีลธรรมอันดีของ
ประชาชนคือการใช้สิทธิและเสรีภาพนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นหรือ
ส่วนรวมหรือไม่

⁷ วนิตา แสงสารพันธ์, หลักกฎหมายสื่อสารมวลชน (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), หน้า 27-29.

3. การใช้สิทธิเสรีภาพจะต้องไม่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น

การให้ความคุ้มครองแก่สิทธิเสรีภาพของบุคคลทุกคนนั้น ย่อมส่งผลให้การใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลจะต้องไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ในส่วนนี้รัฐจึงต้องเข้ามาให้ความคุ้มครอง โดยการจำกัดสิทธิและเสรีภาพบางประการของบุคคล ดังนั้นจะเห็นได้ว่าแม้บุคคลจะมีเสรีภาพในการแสดงออก แสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ต่าง ๆ แต่ถ้าการใช้เสรีภาพเหล่านั้นได้กระทบกับสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่นก็อาจถูกจำกัดได้ภายใต้บังคับของกฎหมาย

สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวได้ถูกรับรองและคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งการคุ้มครองสิทธินี้สอดคล้องกับที่ราชอาณาจักรไทยได้เข้าเป็นภาคีของสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนที่ให้การคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว คือ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ในข้อ 17⁸ ที่บุคคลจะถูกแทรกแซงความเป็นอยู่ส่วนตัวและถูกลบหลู่เกียรติ ชื่อเสียงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ ซึ่งบุคคลจะต้องได้รับการคุ้มครอง

การคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ถูกบันทึกหรือเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศโดยไม่ได้รับความยินยอมในราชอาณาจักรไทยนั้นยังไม่ได้มีกฎหมายเพื่อใช้ในการคุ้มครองไว้โดยเฉพาะ จึงต้องพิจารณาตามกฎหมายเท่าที่มีอยู่ว่าจะสามารถนำมาปรับใช้ในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวได้หรือไม่และได้รับการคุ้มครองมากน้อยเพียงใด

การถูกบันทึกหรือเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศโดยปราศจากความยินยอมนั้นเป็นการละเมิดต่อสิทธิที่จะอยู่ลำพัง และอิสระในการเปิดเผยร่างกายของตนต่อผู้อื่น อันเป็นการก้าวล่วงต่อความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้อื่นที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ การกระทำใดเป็นการทำอันตรายต่อความเป็นส่วนตัวของผู้อื่น รัฐจึงควรตรากฎหมายเพื่อบังคับกับการกระทำดังกล่าวโดยเฉพาะเพื่อคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มิให้การรับรองทางรัฐธรรมนูญเป็นแต่เพียงหลักการที่บัญญัติไว้ แต่ใช้ไม่ได้จริงในทางปฏิบัติ

⁸ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ข้อ 17

1.บุคคลจะถูกแทรกแซงความเป็นส่วนตัว ครอบครัว เคหสถาน หรือการติดต่อสื่อสารโดยพลการหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายมิได้และจะถูกลบหลู่เกียรติและชื่อเสียงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายมิได้

2.บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายมิให้ถูกแทรกแซงหรือลบหลู่เช่นว่านั้น

อย่างไรก็ตาม ราชอาณาจักรไทยยังไม่ได้มีกฎหมายเพื่อใช้ในการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวต่อการถูกบันทึกหรือเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศไว้โดยเฉพาะ จึงต้องพิจารณาตามกฎหมายเท่าที่มีอยู่ว่าจะสามารถนำมาปรับใช้ในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวได้หรือไม่ และได้รับการคุ้มครองมากน้อยเพียงใด ซึ่งจะได้พิจารณาในหัวข้อถัดไปเป็นลำดับ

3.2 ประมวลกฎหมายอาญา

ในหัวข้อนี้จะได้พิจารณาว่าประมวลกฎหมายอาญานั้นจะคุ้มครองเหยื่อจากการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศด้วยการบันทึกและเผยแพร่ภาพโดยไม่ได้รับความยินยอม โดยการนำฐานความผิดเท่าที่มีอยู่มาปรับใช้แก่ลักษณะการกระทำดังกล่าวได้เพียงใด โดยพิจารณาเป็นลำดับได้ดังต่อไปนี้

3.2.1 ความผิดฐานกระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 397 บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำด้วยประการใด ๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัลหรือเป็นการกระทำอันมีลักษณะล่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสองเป็นการกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจเหนือผู้ถูกกระทำอันเนื่องจากความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือผู้มีอำนาจเหนือประการอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน และปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท”

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้คือ ความไม่สะดวกใจของบุคคล⁹ โดยแบ่งการกระทำได้ 3 ลักษณะ คือ

1. กระทำด้วยประการใด ๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือกระทำให้ได้รับความอับอาย หรือเดือดร้อนรำคาญ เช่น การเผยแพร่วิหุเสียงดังรบกวนคนข้างบ้าน การแอบดูผู้อื่นอาบน้ำ (ถ้ามอง) แม้อยู่ในที่ส่วนตัวก็ตามเพราะเขาต้องการปกปิดเป็นการทำให้เขาอับอายเดือดร้อนรำคาญ เป็นความผิดได้ แต่หากเขาเปิดเผยตัวเองเดินอยู่ในบ้านหรือสนามหน้าบ้านที่เห็นได้โดยง่าย แล้วผู้กระทำแอบดูหรือส่องกล้องทางไกลดู ไม่ผิดมาตรานี้

⁹ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559), หน้า 195.

2. การกระทำตามลักษณะตามข้อ 1. ซึ่งกระทำในที่สาธารณะสถาน หรือต่อหน้าธารกำนัลเช่น การยื้อหรืออุกกระโปรงหญิงที่เดินผ่านไปมา การแอบดูคนที่เข้าห้องน้ำสาธารณะ หรือมีการคุกคาม ติดตาม ตะโกน เดินวนไปวนมาที่หน้าประตูบ้านคนอื่นรวมทั้งการกระทำอันส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ไม่ว่าจะเป็นการใช้คำพูดกิริยาท่าทาง หรือวิจารณ์ในเชิงดูหมิ่นล่วงเกินโดยใช้เหตุแห่งเพศ

คำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” หมายความว่า การเปิดเผยต่อหน้าประชาชนหรือคนทั่วไป¹⁰ แต่ไม่ได้หมายความเฉพาะแต่กระทำโดยประการที่ทำให้บุคคลอื่นได้เห็นโดยแท้จริงเท่านั้น เพียงแต่กระทำในลักษณะที่เปิดเผยให้บุคคลอื่นสามารถเห็นได้ แม้จะไม่มีผู้ใดเห็นก็อาจเป็นต่อหน้าธารกำนัลได้¹¹

ส่วนคำว่า “สาธารณะสถาน” อาจมีการตีความได้สองแนวทางคือ **แนวทางแรก** ตีความตามนิยามในมาตรา 1 (3) ของประมวลกฎหมายอาญาว่า “สถานที่ใด ๆ ซึ่งประชาชนมีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้” ให้หมายถึงสถานที่ทางกายภาพเท่านั้น ส่วน**แนวทางที่สอง** ตีความว่า สาธารณสถานรวมถึงพื้นที่บนอินเทอร์เน็ต โดยพิจารณาสถานะของการสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตในกรณีนั้นว่าประชาชนทั่วไปเข้าถึงได้หรือไม่ เช่น การส่งข้อมูลทางเว็บไซต์เครือข่ายสังคมซึ่งประชาชนทั่วไปเข้าถึงได้ โดยไม่มีการตั้งค่าความเป็นส่วนตัว (Privacy setting) หรือข้อจำกัดทางเทคนิคใด ๆ เนื่องจากในปัจจุบันบุคคลมีพฤติกรรมเปลี่ยนแปลงไปโดยมีการติดต่อสื่อสารระหว่างกันทางออนไลน์มากขึ้น ทำให้รูปแบบการกระทำได้เปลี่ยนบริบทไปจากการกระทำเฉพาะทางกายภาพต่อกันมาเป็นการกระทำทางออนไลน์¹²

3. เป็นการล่วงเกินทางเพศตามข้อ 2. โดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชา นายจ้างหรือผู้มีอำนาจเหนือ

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 440.

¹¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2547

¹² คณาธิป ทองรวีวงศ์, "มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิบุคคลจากการกลั่นแกล้งรังแกออนไลน์ซึ่งนำไปสู่การฆ่าตัวตาย : ศึกษากรณีกฎหมายความปลอดภัยไซเบอร์," เอกสารหลังการประชุมวิชาการระดับชาติ (E-Proceedings) ARTS-LC (2558): 14-15.

ประการอื่น เช่น นายจ้างลวนลามลูกจ้าง ถ้าลูกจ้างไม่ยอมก็จะไล่ออกไม่ขึ้นเงินเดือนให้ แม้ยังไม่ถึงขั้นอนาจารก็เป็นความผิดในฐานนี้ได้¹³

ก่อน พ.ศ. 2558 ความผิดฐานทำให้ผู้อื่นอับอายเดือดร้อนรำคาญ กฎหมายบัญญัติให้แต่เพียงการกระทำการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือกระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายเดือดร้อนรำคาญในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัลเท่านั้นที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 397 แต่เมื่อมีการแก้ไขกฎหมายใน พ.ศ. 2558 โดยพระราชบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาฉบับที่ 22 พ.ศ. 2558 ได้มีการแก้ไขความผิดฐานนี้ กล่าวคือได้แก้ไขว่า แม้กระทำได้ด้วยประการใด ๆ ต่อผู้อื่นอันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือกระทำให้ได้รับความอับอายเดือดร้อนรำคาญ แม้มิใช่ในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัลก็เป็นความผิดตามมาตรา 397 วรรคหนึ่ง แต่หากกระทำในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัลผู้กระทำต้องระวางโทษหนักขึ้นตามมาตรา 397 วรรคสอง¹⁴

เมื่อพิจารณาความผิดฐานนี้ในลักษณะตามข้อ 1. จะเห็นได้ว่าการบันทึกและเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมเป็นการกระทำที่ทำให้ผู้อื่นเกิดความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญจึงสามารถนำมาตรา 397 วรรคหนึ่งมาใช้เพื่อคุ้มครองผู้ถูกรังแกได้ ซึ่งต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท เช่น ผู้กระทำเข้าไปในบริเวณห้องน้ำและใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่บันทึกภาพผู้เสียหายขณะที่ผู้เสียหายเปลือยกาย อาบน้ำ¹⁵

นอกจากนี้หากการบันทึกหรือการเผยแพร่ได้กระทำลงในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัลผู้ต้องหาต้องระวางโทษหนักขึ้นตามมาตรา 397 วรรคสอง คือ จำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เช่น ผู้กระทำติดตั้งกล้องบันทึกภาพใต้กระโปรงสตรีในห้องตรวจคนไข้¹⁶ แต่สำหรับขั้นตอนการเผยแพร่นั้นหากตีความคำว่า “สาธารณะสถาน” ให้ความหมายเฉพาะพื้นที่ทางกายภาพจะไม่สามารถนำมาปรับใช้แก่กรณีที่มีการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศผ่านระบบอินเทอร์เน็ตที่ประชาชนทั่วไปเข้าถึงได้ แต่หากตีความให้หมายความรวมถึงพื้นที่บนอินเทอร์เน็ตก็จะนำบทบัญญัติมาปรับใช้แก่กรณีนี้ได้ อย่างไรก็ตามการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศในระบบอินเทอร์เน็ตซึ่งประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึง

¹³ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและภาคโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 15 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2561), หน้า 434-435.

¹⁴ นันทิช กิจรานันท์, "ธารกำนัลในประมวลกฎหมายอาญา," ที่ระลึก 60 ปี พิธีใหญ่ ใจหาญ (มิถุนายน 2561): 209-210.

¹⁵ คำพิพากษาศาลจังหวัดรัตนบุรี คดีหมายเลขดำที่ อ.942/2561

¹⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558

ได้นั้นย่อมอยู่ในความหมายของคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” จึงสามารถนำมาตรา 397 วรรคสองมาปรับใช้แก่กรณีที่เกิดขึ้นได้

ในบางกรณีการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมที่ได้กระทำผ่านระบบคอมพิวเตอร์นั้นไม่ได้มีการกระทำในลักษณะที่ประชาชนชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ในความหมายของ “สาธารณสถาน” หรือ “ต่อหน้าธารกำนัล” ดังที่ได้ตีความข้างต้น เช่น นายดำส่งภาพเปลือยของนางแดงให้แก่ชายชาวผ่านทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งนายขาวเท่านั้นที่มีรหัสเข้าสู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์และได้เห็นภาพที่นายดำส่งมา ดังนั้นแม้การกระทำนั้นจะทำให้เหยื่อได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญก็ตาม แต่เมื่อไม่ได้กระทำในที่สาธารณสถานหรือต่อหน้าธารกำนัลจึงไม่ครบองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 397 วรรคสอง คงผิดเพียงมาตรา 397 วรรคหนึ่ง ซึ่งมีเพียงโทษปรับสถานเดียวเท่านั้น

เมื่อพิจารณาความผิดฐานกระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญนั้นสามารถนำมาปรับใช้กับการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ ในขั้นตอนการบันทึกและเผยแพร่ได้ ด้วยมีความประสงค์ของกฎหมายที่ต้องการคุ้มครองความไม่สะดวกใจของบุคคล¹⁷ จึงมีองค์ประกอบความผิดที่ค่อนข้างกว้าง ครอบคลุมลักษณะของการกระทำความผิดได้ แต่แม้จะเป็นเช่นนั้นก็ยังพบว่าความผิดฐานนี้ยังมีข้อจำกัดในการใช้คุ้มครองเหยื่อที่ถูกกระทำจากการบันทึกและเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ โดยไม่ได้รับความยินยอมอยู่มาก กล่าวคือ อัตราโทษของความผิดฐานนี้ต่ำ คือ ตามมาตรา 397 วรรคแรก ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท หรือหากเป็นกรณีที่เข้าองค์ประกอบตามวรรคสอง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งเป็นความผิดลหุโทษที่พนักงานสอบสวนมีอำนาจเปรียบเทียบปรับได้ เมื่อผู้กระทำความผิดชำระค่าปรับแล้วคดีอาญาเลิกกัน ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 37 (2) เหตุที่สามารถจบคดีด้วยการชำระค่าปรับเพียงอย่างเดียว ส่งผลให้ผู้ที่จะก่อเหตุกระทำความผิดขึ้นจึงไม่เกรงกลัวกฎหมาย เพราะต้นทุนในการที่แลกมาจากการทำความผิดนั้นต่ำ ทำให้ไม่อาจใช้ความผิดฐานนี้ในการข่มขู่ยับยั้งต่อการกระทำที่เกิดขึ้นได้

นอกจากนี้ ความผิดฐานกระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญเป็นความผิดลหุโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 105 ซึ่งบัญญัติให้ผู้ที่ยพยายามกระทำความผิดลหุโทษ ไม่ต้องรับโทษตามความผิดฐานที่ได้พยายามนั้น ส่งผลให้บทบัญญัติของกฎหมายไม่อาจใช้ในการคุ้มครองผู้ที่ตกเป็นเหยื่อจากการกระทำในชั้นพยายามได้เลย

¹⁷ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559), หน้า 195.

ตัวอย่างที่หนึ่ง

นายดำใช้กล้องจากโทรศัพท์มือถือชะเง้องขึ้นไปส่องผู้อื่นขณะที่ผู้นั้นกำลังกระทำกิจส่วนตัวอยู่ในห้องน้ำข้างห้องที่นายดำเข้าอยู่ เพื่อต้องการบันทึกภาพแต่บังเอิญว่าขณะที่นายดำยื่นโทรศัพท์ไปนั้นได้สะดุดล้มลงจนโทรศัพท์ไม่สามารถใช้การได้อีก เช่นนี้เมื่อการกระทำยังไม่เกิดผลสำเร็จขึ้น การกระทำของนายดำจึงเป็นเพียงการพยายามกระทำความผิด จึงไม่ต้องรับโทษ

ตัวอย่างที่สอง

นายดำกำลังจะนำภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอวัยวะทางเพศของนางแดงมาเผยแพร่ในสื่อสังคมออนไลน์ ขณะที่กำลังอัปโหลดภาพของนางแดงอยู่นั้นเองไฟเกิดดับขึ้นมาเสียก่อนทำให้การอัปโหลดไม่เป็นผลสำเร็จ เช่นนี้เมื่อการกระทำยังไม่เกิดผลสำเร็จขึ้น การกระทำของนายดำจึงเป็นเพียงการพยายามกระทำความผิด จึงไม่ต้องรับโทษเช่นกัน

เมื่อตัวการที่พยายามกระทำความผิดไม่ต้องรับโทษฉันใด ผู้สนับสนุนการกระทำความผิดลหุโทษก็ไม่ต้องรับโทษฉันนั้น ซึ่งเป็นไปตามผลของประมวลกฎหมายอาญามาตรา 106 เช่น นายดำพนักงานโรงแรมทราบว่าจะมีนักแสดงชื่อดังมาพักที่โรงแรม จึงมีความคิดที่จะแอบบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอวัยวะทางเพศของนักแสดงนั้น นายขาวทราบถึงเจตนาของนายดำ จึงนำกล้องให้นายดำไปดำเนินการแอบบันทึกตามความประสงค์ของนายดำ เช่นนี้นายขาวได้ช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกต่อนายดำก่อนหรือขณะที่นายดำกระทำความผิด จึงเป็นผู้สนับสนุนตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 86 แต่ก็ไม่ต้องรับโทษตามมาตรา 106

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ผู้กระทำการดังกล่าวจำคุกและได้กระทำความผิดอีกภายในสามปีนับแต่วันพ้นโทษ แต่ก็ไม่อยู่ในอนุมาตราใดอนุมาตราหนึ่งในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 93 ที่จะเป็นเหตุให้ศาลเพิ่มโทษผู้กระทำความผิดอีก ในกรณีนี้ได้และถ้ามิได้ฟ้องและได้ตัวผู้กระทำความผิดมายังศาลภายในกำหนดหนึ่งปี นับแต่วันกระทำความผิด คดีจะขาดอายุความตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 95 (5) อันเป็นข้อจำกัดในสองแง่มุม

แง่มุมที่หนึ่ง ข้อจำกัดจากตัวผู้เสียหายที่ตกเป็นเหยื่อ กว่าที่จะรู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิดเพื่อไปสู่การยื่นคำร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวน ก็อาจใช้เวลานานหลายเดือน

แง่มุมที่สอง ข้อจำกัดในชั้นพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการ กล่าวคือ ในการรวบรวมพยานหลักฐานของพนักงานสอบสวน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในขั้นตอนการเผยแพร่ภาพ ส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ ผู้กระทำความผิดสามารถกระทำได้ว่าราชอาณาจักร จึงต้องใช้ เวลาในการพิสูจน์ทราบบุคคลที่กระทำความผิดพอสมควร และเมื่อพิสูจน์ทราบได้แล้วก็ต้อง ดำเนินการออกหมายเรียกผู้ต้องหา หรือจับกุมซึ่งกระบวนการนี้ผู้กระทำความผิดก็อาจใช้วิธีการขอ เลื่อนไปเท่าที่จะทำได้ ซึ่งกว่าที่จะทำสำนวนคดีเสร็จสิ้นเพื่อส่งตัวผู้ต้องหาให้พนักงานอัยการก็อาจใช้ เวลาเพิ่มอีกหลายเดือน จนกระทั่งสำนวนคดีพร้อมผู้ต้องหาส่งมายังพนักงานอัยการแล้ว พนักงาน อัยการก็มีอำนาจในการสั่งให้ส่งผู้ต้องหาพร้อมด้วยสำนวนกลับไปยังพนักงานสอบสวนให้พยายาม เปรียบเทียบคดีนั้น หรือถ้าเห็นสมควรจะสั่งให้พนักงานสอบสวนอื่นที่มีอำนาจจัดการเปรียบเทียบให้ก็ได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 144 (2) ซึ่งกระบวนการนี้ก็จะเสียเวลาอีก หากส่งให้พนักงานสอบสวนพยายามเปรียบเทียบใหม่อีกครั้งแต่ผู้ต้องหาปฏิเสธ และในชั้นพนักงาน อัยการก็มีกระบวนการร้องขอความเป็นธรรมที่จะเปิดโอกาสให้ผู้ต้องหาใช้เป็นช่องทางในการประวิง คดีจนขาดอายุความได้ และด้วยอายุความที่สั้นเพียงหนึ่งปีนั้น โอกาสสำเร็จจึงมีอยู่มาก ดังปรากฏ เรื่องราวในข่าวสำนักต่าง ๆ ของผู้ที่ประสบความสำเร็จจากการกระทำเช่นนั้น¹⁸

3.2.2 ความผิดฐานกระทำอนาจาร

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปีโดยขู่เชือดด้วยประการใด ๆ โดยใช้ กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่า ตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้คือ เสรีภาพในทางเพศ

พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 ได้ให้ความหมายของคำว่า “อนาจาร” ว่าหมายถึง ความประพฤติชั่วหรือความประพฤติน่าอับอาย แต่ในทางกฎหมายเจาะจงลง ไปถึงการกระทำที่เกี่ยวกับเพศ¹⁹

¹⁸ บีบีซี นิวส์ ไทย, "บอส อยู่วิทยา : ย้อนรอย 8 ปี คดีทนายทกระทิงแดง ผู้ต้องหาหนีคดีขับรถชน ตร.เสียชีวิต" [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 10 พฤศจิกายน 2563. แหล่งที่มา: <https://www.bbc.com/thai/thailand-53522988>

¹⁹ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2553), หน้า 756.

แม้ว่าประมวลกฎหมายอาญามีได้นิยามว่า “กระทำอนาจาร” หมายความว่าอย่างไร แต่นักนิติศาสตร์และศาลส่วนใหญ่มีความเห็นตรงกันว่า เป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ²⁰ ยกตัวอย่างเช่น Black's Law Dictionary นิยามความหมายของ “การอนาจาร” (Indecency) เอาไว้ว่า เป็นภาวะที่น่ารังเกียจอย่างยิ่ง โดยเฉพาะในทางหยาบคายหรือทางเพศ²¹ และ “การกระทำอนาจาร” (Indecent Assault) ว่าเป็นการทำร้ายร่างกายอย่างหนึ่งด้วยการสัมผัสร่างกายในทางเพศ โดยปราศจากความสมัครใจ²²

การพิจารณาว่าการกระทำอย่างไรเป็นอนาจารหรือไม่ ให้พิเคราะห์จากความ รู้สึกนึกคิดของคนในสังคมว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศหรือไม่ ถ้าหากคนทั่วไปเห็นว่าไม่เป็นการอนาจาร การกระทำย่อมไม่เป็นความผิด เช่น อาบน้ำให้เด็กเล็ก หอมแก้มลูกหลานด้วยความรักและเอ็นดู หรือสามีจับข้อมือภริยาอุกให้กลับบ้าน²³ กระทบมือเพื่อจะทำร้าย²⁴ หรือแม้กระทั่งการถูกเนื้อต้องตัวกันขณะเดินในที่ที่มีคนพลุกพล่าน หรือขณะโดยสารรถขนส่งสาธารณะ เนื่องจากเป็นเรื่องปกติที่จะเกิดเหตุการณ์เช่นนั้นขึ้น²⁵

อย่างไรก็ตาม ยังมีประเด็นปัญหาว่า การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศซึ่งเป็นการกระทำอนาจารนั้นกินความกว้างขวางเพียงไร ซึ่งมีข้อพิจารณาดังต่อไปนี้

(1) การกระทำอนาจารเป็นการกระทำไม่ถึงขั้นกระทำชำเรา

การกระทำอนาจารต้องไม่ถึงขั้นที่เรียกว่าการ “สอดใส่” อวัยวะเพศเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือปากของผู้อื่น หรือสิ่งอื่นเข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น เพราะถ้าถึงขั้นสอดใส่เข้าไปแล้วย่อมเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราซึ่งเคลื่อนกลืนความผิดความผิดฐานกระทำอนาจาร กรณีที่มีการถูไถโดยยังไม่ถึงขั้นสอดใส่เข้าไปนั้น ต้องพิจารณาเจตนาของผู้กระทำเป็นสำคัญว่าเจตนาจะสอดใส่หรือไม่ ถ้ามีเจตนาสอดใส่เข้าไป ผู้กระทำย่อมมีความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา แต่ถ้าไม่เจตนาสอดใส่ ผู้กระทำมีความผิดฐานกระทำอนาจาร

(2) การกระทำอนาจารต้องมีการสัมผัส (Touching/Contact)

²⁰ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2561), หน้า 361.

²¹ Black's Law Dictionary, 8th ed. (St. Paul, MN : West, 2004), p.783.

²² Ibid., p. 123.

²³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 173/2469

²⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1931/2494

²⁵ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึงลักษณะ 9, หน้า 603.

การกระทำอนาจารเป็นการที่กระทำต่อบุคคลอื่นโดยไม่สมควรทางเพศ ดังนั้น จะเป็นการกระทำอนาจารได้ต้องมี “บุคคลอื่น” เป็นวัตถุแห่งการกระทำ²⁶

นักนิติศาสตร์ส่วนมากถือกันว่าการกระทำอนาจารต้องกระทำด้วยแรงทางกายภาพ ต่อเนื้อตัวร่างกายโดยตรง (Skin-to-Skin Contact) หรือจะกระทำต่อร่างกายโดยผ่านสิ่งปกปิดร่างกาย เช่น เสื้อผ้า ก็ได้ เช่น กอดจูบลูบลำ กอดปล้ำ หอมแก้ม จับหน้าอก²⁷ ดูดหัวนมและจูบอวัยวะเพศ²⁸ ฎไถ่ด้านนอกอวัยวะเพศ²⁹ บังคับให้จับอวัยวะเพศชาย³⁰ กอดคอและจับแขนลากเข้าห้องพักโรงแรม³¹ การกระทำผ่านเสื้อผ้าก็ถือว่าเป็นการสัมผัสจับต้องโดยตรงเช่นเดียวกัน เช่น ถอดเสื้อผ้า³² ถ้าหากยังไม่ถึงขั้นสัมผัสจับต้อง ไม่เป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร เช่น การเปิดเผยของลับต่อสาธารณะ (Lewdness) ใช้วาจาสื่อไปในทางล่วงเกินทางเพศ (Sexual Harassment) ยังไม่ได้กระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย³³

อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาในคำพิพากษาฎีกาที่ 12983/2558 ได้ขยายขอบเขตการกระทำอนาจารแต่เดิมออกไปให้หมายความถึงการไม่สัมผัสเนื้อตัวร่างกายผู้เสียหายโดยตรงด้วย ในคดีนี้ศาลวินิจฉัยว่า การแอบติดตั้งกล้องบันทึกภาพไว้ใต้โต๊ะทำงานของผู้อื่นเพื่อบันทึกสรีระร่างกายของผู้นั้น เป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ แม้จะไม่สัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายโดยตรง ก็เป็นความผิดฐานทำการอนาจาร ตามมาตรา 278 ซึ่งเป็นการแตกต่างจากแนวทางการวินิจฉัยของศาลฎีกาแต่เดิมา กล่าวคือ

(1) เดิมถือกันว่าการกระทำอนาจารต้องมีการ “สัมผัส” เนื้อตัวร่างกาย แต่ตามคำพิพากษาฎีกาฉบับนี้ จำเลยเพียงแต่แอบถ่ายโดยไม่ได้ใช้แรงทางกายภาพอันใดสัมผัสตัวผู้เสียหายเลย

(2) เดิมถือว่าการประทุษร้ายต่อจิตใจจะต้องเป็นการกระทำต่อ “การสั่งการ ของสมอง” เช่น หมดสติ หรือจิตพิการ แต่ตามคำพิพากษาฎีกาฉบับนี้ การที่ผู้เสียหาย “รู้สึกสะเทือนใจ อับอายขายหน้า” เป็นการประทุษร้ายแก่จิตใจของผู้เสียหายแล้ว ทั้ง ๆ ที่ไม่ได้กระทำการสั่งการของสมอง และความรู้สึกดังกล่าวเกิดขึ้นภายหลังจากที่ผู้เสียหายได้รู้ถึงการกระทำนั้น³⁴

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 598.

²⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2245/2537

²⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1313/2558

²⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5724/2554

³⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2693-2695/2516

³¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3953/2539

³² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12665/2556

³³ คมพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึงลักษณะ 9, หน้า 599.

³⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 602.

เหตุที่ศาลต้องตีความแตกต่างไปจากเดิมอาจเป็นเพราะบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศยังไม่เพียงพอต่อลักษณะของความผิดที่เกิดขึ้นในสังคมปัจจุบัน ทำให้ศาลต้องชี้แจงน้ำหนักกว่าควรลงโทษจำเลยที่แอบถ่ายผู้อื่นนั้นอย่างไรจึงจะเหมาะสมครั้งจะลงโทษฐานความผิดตามมาตรา 388 หรือมาตรา 397 ก็เป็นความผิดลหุโทษซึ่งมีระวางโทษเบากว่าลักษณะความผิดที่จำเลยได้กระทำลง และอาจเป็นเพราะด้วยเหตุนี้ ศาลจึงเลือกที่จะลงโทษจำเลยในความผิดฐานกระทำอนาจาร ตามมาตรา 278 ซึ่งมีระวางโทษที่รุนแรงกว่า³⁵

ในเรื่องดังกล่าวนี้ ศาสตราจารย์ ดร.คนพล จันทน์หอม เห็นว่า เกณฑ์ในการพิจารณาว่ามีการกระทำอนาจารหรือไม่ ควรใช้เกณฑ์เรื่องการสัมผัสจับต้องเช่นเดิม ทั้งนี้เพราะ การถือเอาการสัมผัสจับต้องจะช่วยกำหนดขอบเขตของการกระทำอนาจารได้อย่างเป็นรูปธรรม เช่นเดียวกับการใช้การสอดใส่เป็นเกณฑ์พิจารณาการข่มขืนกระทำชำเรา ยิ่งกว่านั้นฐานความคิดในเรื่องการแอบถ่ายแม้จะมีประเด็นเสรีภาพทางเพศปะปนอยู่ก็ตาม แต่ก็ยังมีเรื่องของสิทธิในความเป็นส่วนตัว (The Right to Privacy) รวมอยู่ด้วย และน่าจะเป็นสิ่งที่ควรได้รับการคุ้มครองยิ่งกว่า ดังนั้นจึงไม่ควรใช้ฐานความผิดที่ต้องกระทำในทางเพศโดยตรงมาเป็นเหตุในการลงโทษผู้กระทำการแอบถ่าย³⁶

นอกจากนี้ควรใช้เกณฑ์ในการพิจารณาว่าผู้กระทำถูกประทุษร้ายต่อจิตใจต่อเมื่อการกระทำนั้นกระทบกระเทือนต่อการสั่งการของสมองเช่นเดิม เพราะมิฉะนั้นอาจมีการตีความขยายความไปถึง “อารมณ์” และ “ความรู้สึก” ซึ่งในทางกฎหมายไม่ควรนับว่าเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายได้เนื่องจากความรู้สึกและอารมณ์ของบุคคลเป็นเรื่องอัตวิสัยอย่างมาก ยากต่อการพิสูจน์ในการพิจารณาพิพากษาคดีอีกด้วย แต่อย่างไรก็ตาม เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้เกิดกรณีเช่นเดียวกับคำพิพากษากฎีกานี้ก็อีก จึงควรกำหนดความผิดและระวางโทษสำหรับความผิดประเภทที่ไม่มีการสัมผัสร่างกายเสียใหม่ โดยเฉพาะกระทำโดยแอบถ่าย ทั้งนี้เพื่อให้ระวางโทษเหมาะสมกับความผิดต่อไป³⁷

วัตถุประสงค์การกระทำในความผิดฐานนี้ไม่จำกัดเพศ แต่ต้องมีอายุกว่า 15 ปีขึ้นไป เช่นหญิงจับนมหญิง ชายจับอวัยวะเพศชาย หญิงใช้อวัยวะเพศถูโลกับอวัยวะเพศหญิง ถ้าหากอายุไม่เกิน 15 ปี ผู้กระทำอาจมีความผิดตามมาตรา 279

วิธีการที่เป็นการกระทำอนาจาร แบ่งได้ 4 วิธี ดังนี้

³⁵ เรื่องเดียวกัน.

³⁶ เรื่องเดียวกัน.

³⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 603.

(1) “โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ” หมายความว่า ทำให้กลัวว่าจะได้รับอันตรายในอนาคต โดยไม่จำเป็นต้องเกิดกับตัวบุคคลนั่นเองแต่รวมถึงบุคคลที่เกี่ยวข้องด้วย³⁸ และอาจเป็นกรณีของอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สิน สิทธิ ฐานะในสังคม หรือฐานะทางเศรษฐกิจก็ได้³⁹ เช่น ขู่ฆ่าบิดาเพื่อทำอนาจารหญิง

(2) “โดยใช้กำลังประทุษร้าย” ซึ่งมาตรา 1 (6) ได้ให้ความหมายว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้ความหมายรวมถึงการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยใช้ยาทำให้มึนเมา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน เช่น กอดและจับมือ⁴⁰ จับนมหญิงบนรถประจำทาง⁴¹ โอบไหล่ผู้อื่นทั้ง ๆ ที่ไม่รู้จักกันมาก่อน⁴²

(3) “โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้” เป็นการที่หญิงจำยอมโดยมิได้ใจสมัคร โดยจะเป็นพฤติการณ์ที่มีอยู่เดิม เช่น หญิงป่วยเป็นโรคอ่อนเพลีย หมดสติ ไม่รู้สึกตัว หลับ หรือ เป็นพฤติการณ์ที่ผู้กระทำเป็นฝ่ายทำให้เกิดก็ได้ เช่น วางยาสลบลงในเครื่องดื่ม โดยมีความหมายกว้างกว่า “ให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้” ในการใช้กำลังประทุษร้าย ซึ่งจำกัดเฉพาะผู้กระทำเป็นผู้ก่อให้เกิดขึ้นและโดยผู้กระทำใช้ยาทำให้มึนเมา สะกดจิต หรือวิธีการอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน⁴³

(4) “โดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น” จำกัดเพียงการทำให้สำคัญผิดในตัวบุคคล โดยทำให้เข้าใจผิดว่าเป็นบุคคลอื่น⁴⁴ เช่น ปิดไฟเข้าไปจับเต้านมและอวัยวะเพศของหญิงโดยหญิงเข้าใจว่าเป็นคู่รักของตน⁴⁵

เมื่อพิจารณาความผิดฐานนี้ตามคำอธิบายที่ว่า การกระทำอนาจารจะต้องมีการกระทำด้วยแรงทางกายภาพต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายโดยตรง หรือจะกระทำต่อร่างกายโดยผ่านสิ่งปกปิดร่างกาย ก็จะไม่สามารถนำบทบัญญัตินี้มาปรับใช้แก่การกระทำต่อภาพส่วนบุคคลที่มี

³⁸ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 185.

³⁹ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2548), หน้า 739.

⁴⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 501/2503

⁴¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1279/2506

⁴² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5694/2541

⁴³ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 140-141.

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 742.

⁴⁵ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึงลักษณะ 9, หน้า 604.

ลักษณะอับอายทางเพศด้วยการบันทึกและเผยแพร่โดยไม่ได้รับความยินยอมได้ เพราะลักษณะของการกระทำความผิดไม่มีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายของเหยื่อเลย

กรณีที่ใช้ความผิดฐานนี้ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 12983/2558 ซึ่งถือว่าการกระทำอนาจารนั้นไม่จำเป็นต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายผู้เสียหายโดยตรง ก็จะทำให้การบันทึกและเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ สามารถนำความผิดฐานกระทำการอนาจารตามมาตรา 278 มาปรับใช้ได้ แต่ก็มีข้อจำกัด คือความผิดฐานกระทำอนาจารข้างต้น ครอบคลุมขั้นตอนการบันทึกได้ แต่ไม่สามารถปรับใช้กับการติดตั้งอุปกรณ์บันทึกภาพในสถานที่ใดสถานที่หนึ่งได้โดยที่ยังไม่มีการบันทึก เพราะถือว่ายังไม่มี “บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี” อันเป็นวัตถุประสงค์ของการกระทำความผิดฐานดังกล่าว ส่งผลให้การกระทำการติดตั้งเพื่อการแอบดูหรือแอบบันทึกภาพ ยังไม่มีความผิดฐานนี้

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับการนำฐานความผิดนี้มาปรับใช้โดยการตีความแบบเทียบเคียง เพราะขัดกับหลักการพื้นฐานของกฎหมายอาญาที่ว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” และถ้าจะพิจารณาถึงบทบัญญัติฐานดังกล่าวในส่วนที่บัญญัติว่า “โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้” การที่ถูกผู้อื่นถ่ายภาพได้กระโปรง ผู้ที่ถูกถ่ายในขณะนั้นไม่รับรู้ถึงการแอบถ่ายนั้นเลย หากรู้ก็สามารถที่จะขัดขืนได้อย่างแน่นอน ถ้อยบัญญัติดังกล่าวนี้บุคคลที่เป็นวัตถุประสงค์ของการกระทำอนาจารต้องรู้ถึงการอนาจาร แต่ถูกใช้กำลังประทุษร้ายจนตนเองไม่สามารถขัดขืนได้ กรณีของการแอบถ่ายแตกต่างกันตรงที่ผู้ถูกแอบถ่ายไม่มีความรับรู้ของการแอบถ่าย จึงมิได้ทำการขัดขืนแต่อย่างใด ไม่ใช่ว่าผู้นั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้

3.2.3 ความผิดฐานบันทึกภาพหรือเสียงและเผยแพร่หรือส่งต่อภาพหรือเสียงของการกระทำชำเรา หรือการกระทำอนาจาร

มาตรา 280/1 บัญญัติว่า

“ถ้าผู้กระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 278 หรือมาตรา 279 ได้บันทึกภาพหรือเสียงการกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจารนั้นไว้ เพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ หนึ่งในสาม

ถ้าผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งภาพหรือเสียงการกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจารที่บันทึกไว้ ต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ กึ่งหนึ่ง”

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 ซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 27 พฤษภาคม 2562 ได้แก้ไขเพิ่มเติมความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยมาตรา 10 ของพระราชบัญญัติดังกล่าวได้เพิ่มความผิดฐานใหม่ในประมวลกฎหมายอาญาเป็น “ฐานบันทึกภาพหรือเสียงการกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจาร” ตามมาตรา 280/1 วรรคหนึ่ง

และต้องระวางโทษหนักขึ้นหากเผยแพร่หรือส่งต่อภาพหรือเสียงดังกล่าวตามมาตรา 280/1 วรรคสอง ทั้งนี้เนื่องจากการกระทำที่เป็นการบันทึกภาพหรือเสียงการข่มขืนกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจารเป็นการกระทำที่มีลักษณะร้ายแรงและหากมีการนำภาพหรือเสียงที่บันทึกไว้ออกเผยแพร่จะยิ่งเป็นการซ้ำเติมและทำให้ผู้ถูกระทำเสียหายมากยิ่งขึ้น

ผู้กระทำคือ “ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 278 หรือ มาตรา 279” รวมถึงตัวการในการกระทำความผิดนั้น ๆ ด้วย เช่น นายแดงและนายดำร่วมกันข่มขืนกระทำชำเรานางสาวสวย ขณะนายแดงกระทำเรา นายดำก็เป็นคนบันทึก ขณะที่นายดำกระทำชำเรา นายแดงก็เปลี่ยนมาบันทึกแทน ทั้งนายแดงและนายดำผิดมาตรานี้ ในทางกลับกัน ถ้าผู้ที่บันทึกภาพหรือเสียงมิใช่ผู้กระทำความผิดตามมาตราต่าง ๆ ข้างต้น ก็ไม่เป็นความผิดตามมาตรานี้ เช่น นายแดงเดินผ่านมาเห็นเหตุการณ์ข่มขืนกระทำชำเราพอดี นายแดงจึงแอบถ่ายเก็บไว้ นายแดงไม่ผิดมาตรานี้ นอกจากนั้น ถ้าการกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจารนั้นไม่เป็นความผิด แม้ผู้กระทำชำเราหรือผู้กระทำอนาจารจะเป็นผู้บันทึกภาพหรือเสียง การกระทำนั้นก็ไม่เป็นความผิดตามมาตรานี้ เช่น นายแดงกระทำชำเรานางสาวขาวซึ่งมีอายุ 16 ปี โดยนางสาวขาวยินยอม แม้นายแดงจะบันทึกภาพและเสียงในขณะกระทำชำเรา ก็ไม่เป็นความผิดตามมาตรานี้ ส่วนการกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี แม้เด็กจะยินยอมก็เป็นความผิดตามมาตรา 277 ถ้าบันทึกภาพขณะกระทำชำเราเด็ก ก็ผิดมาตรานี้ทันที ส่วนผู้ที่กระทำความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278, 279 ถ้าบันทึกภาพขณะตนเองกระทำอนาจาร ก็เป็นความผิดตามมาตรานี้เช่นกัน⁴⁶

กระทำการ คือ “บันทึกภาพหรือเสียงกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจารนั้นไว้...” อาจบันทึกภาพและเสียงพร้อมกัน หรือบันทึกภาพอย่างเดียวหรือบันทึกเสียงอย่างเดียวก็ได้ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากคำว่า “บันทึก” ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 หมายถึง ถ่ายทำไว้เพื่อเป็นหลักฐาน ฉะนั้น ถ้าถ่ายทอดสด (Live) ออกไปโดยไม่มีกรบันทึกเก็บไว้ ก็ไม่น่าจะถือว่าเป็นการบันทึกภาพหรือเสียงตามมาตรา⁴⁷

องค์ประกอบภายใน คือ เจตนาตามมาตรา 59 วรรคสอง ฉะนั้น ในระหว่างข่มขืนกระทำชำเรา ถ้ามือเผลอไปกดโทรศัพท์ทำให้ภาพและเสียงถูกบันทึกไว้โดยไม่ได้ตั้งใจ ก็ถือว่าไม่มีเจตนากระทำความผิด นอกจากนั้น จะเป็นความผิดได้ต้องมีเจตนาพิเศษด้วย คือ “เพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบสำหรับตนเองหรือผู้อื่น” อาจจะเป็นประโยชน์ในการสนองความใคร่ ประโยชน์ในทางการค้า หรือประโยชน์ในทางอื่น ๆ เช่น ถ่ายภาพไว้เพื่อนำไปแบล็กเมลในภายหลัง⁴⁸

⁴⁶ สหรัฐ กิติ ศุภการ, หลักและคำพิพากษา : กฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2562), หน้า 417-418.

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน.

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน.

เหตุการณ์

“ถ้าผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งภาพหรือเสียงการกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจารที่บันทึกไว้...” อาจเป็นการเผยแพร่ให้คนทั่วไปทราบหรือส่งต่อให้ผู้อื่นแค่เพียงคนเดียว ก็ต้องรับโทษหนักขึ้นตามวรรคนี้แล้ว เช่น นายแดงกระทำชำเราเด็กอายุ 14 ปี แล้วถ่ายคลิปเก็บไว้ จากนั้นก็ส่งต่อคลิปให้นายดำ นายดำบันทึกเก็บไว้แล้วยังส่งต่อให้เพื่อนอีกหลายคน ดังนี้ นายแดงผิดมาตรา 277 วรรคหนึ่ง และมาตรา 280/1 วรรคหนึ่ง และเมื่อได้ส่งต่อให้แก่ผู้อื่นก็ต้องระวางโทษหนักขึ้นตามมาตรา 280/1 วรรคสอง และนายแดงยังผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/1 วรรคหนึ่ง และเมื่อส่งสื่อลามกอนาจารเด็กให้แก่ผู้อื่น นายแดงต้องระวางโทษหนักขึ้นตามมาตรา 287/1 วรรคสอง ส่วนการที่นายดำส่งต่อให้เพื่อน ๆ อีกหลายคน การกระทำนั้นไม่ผิดมาตรา 280/1 วรรคสอง เนื่องจากไม่ใช่ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 280/1 วรรคหนึ่ง แต่การที่นายดำเก็บบันทึกดังกล่าวไว้ การกระทำของนายดำผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กตามมาตรา 287/1 วรรคหนึ่ง และเมื่อนายดำส่งต่อให้เพื่อน นายดำต้องระวางโทษหนักขึ้นตามมาตรา 287/1 วรรคสอง⁴⁹

เมื่อพิจารณาความผิดฐานนี้ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการกระทำอนาจารแล้วจะพบว่า หากพิจารณาการกระทำอนาจารตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 ที่วินิจฉัยว่า การแอบถ่ายเป็นการกระทำอนาจารอย่างหนึ่งจะทำให้การบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมเป็นการกระทำอนาจาร และถือเป็นการกระทำความผิดตามมาตรา 280/1 วรรคหนึ่งไปด้วยในตัว เช่น นายดำใช้กล้องถ่ายภาพได้กระโปรงของนางสาว นายดำมีความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 และโดยเหตุที่นายดำเป็นผู้กระทำความผิดตามมาตรา 278 ได้บันทึกภาพการกระทำอนาจารนั้นไว้ เพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบสำหรับตนเองจึงผิดมาตรา 280/1 วรรคหนึ่งไปพร้อมกัน และหากนายดำนำภาพดังกล่าวส่งต่อไปให้แก่ผู้อื่น นายดำก็จะได้รับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 280/1 วรรคสองอีกด้วย

อย่างไรก็ตามกรณีตามมาตรา 280/1 วรรคสอง ผู้กระทำจะได้รับโทษหนักขึ้นจะต้องเป็นผู้ที่กระทำความผิดตามมาตรา 276 ถึง มาตรา 279 และได้มีการบันทึกภาพหรือเสียงเอาไว้ตามมาตรา 280/1 วรรคหนึ่ง หากเป็นกรณีที่ถูกเผยแพร่หรือส่งต่อภาพหรือเสียงการกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจารที่บันทึกไว้ ไม่ได้เป็นผู้บันทึกภาพดังกล่าวขึ้น แต่ได้รับภาพดังกล่าวขึ้นมาอีกทอดหนึ่ง ไม่สามารถปรับมาตรา 280/1 วรรคสองแก่ผู้นั้นได้ เช่น นายดำบันทึกภาพเคลื่อนไหวของนายเขียวขณะกำลังยื่นปัสสาวะที่ห้องน้ำสาธารณะ จากนั้นนายดำได้ส่งต่อภาพเคลื่อนไหวดังกล่าวไปให้นายม่วง และนายม่วงส่งต่อให้นายเขียว กรณีนี้ นายดำผิดมาตรา 278 และมาตรา

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน.

280/1 วรรคหนึ่งและวรรคสอง แต่ไม่อาจนำมาตรา 280/1 วรรคสองมาปรับใช้แก่นายม่วงที่มีการส่งต่อภาพให้แก่นายเขียวได้ เพราะนายม่วงไม่ใช่ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 276 ถึงมาตรา 279 และไม่ใช่ผู้บันทึกภาพหรือเสียงของการกระทำความผิดขึ้นด้วยตนเองตามความหมายของมาตรา 280/1 วรรคหนึ่ง

3.2.4 ความผิดฐานแพร่วัตถุหรือสิ่งอันลามก

มาตรา 287 บัญญัติไว้ว่า

“ผู้ใด

(1) เพื่อประสงค์แห่งการค้า หรือโดยการค้า เพื่อการแจกจ่ายหรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน ทำ ผลิต มีไว้ นำเข้าหรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกไปนอกราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไป หรือทำให้แพร่หลายโดยประการใด ๆ ซึ่งเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่ายภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือสิ่งอื่นใดอันลามก...

ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ความผิดตาม (1) เป็นเรื่องที่ทำให้มีหรือจัดการอย่างใดอย่างหนึ่งกับสิ่งลามกอนาจารโดยการค้าหรือเพื่อเผยแพร่ด้วยประการใด ๆ

เนื่องจากสิ่งลามกอนาจารเป็นสาเหตุให้เกิดการกระทำผิดทางเพศได้ กฎหมายจึงต้องควบคุมและห้ามอย่างเด็ดขาด เพื่อธำรงไว้ซึ่งความดีงามของสังคม กล่าวคือ ความรู้สึกในทางอัปอายและในทางศีลธรรมของสังคม⁵⁰ อันเป็นสิ่งที่เป็นคุณธรรมทางกฎหมายของมาตรานี้ ดังนั้นเสรีภาพทางเพศซึ่งเป็นเรื่องส่วนตัวโดยแท้ก็จะถูกจำกัดลง แต่ด้วยหลักการ “adult and alone” ทำให้บุคคลที่มีวุฒิภาวะและมีสิ่งลามกไว้เป็นส่วนตัว โดยไม่นำไปเผยแพร่ ไซขาว ย่อมไม่มีความผิด⁵¹ แยกองค์ประกอบได้ดังนี้

การกระทำตามอนุมาตรา 1 ประกอบด้วย

(1) ทำหรือผลิต หมายถึง สร้างขึ้น เช่น ถ่ายภาพเคลื่อนไหวการร่วมประเวณี หรือการสำเร็จความใคร่ของตนเองหรือผู้อื่น

⁵⁰ คณิศ ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 464-468.

⁵¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและสนุโทษ, หน้า 212.

(2) มีไว้ หมายถึง อยู่ในความยึดถือหรือครอบครอง อาจซื้อมา มีผู้นำมา ให้ยืม หรือ เก็บได้หรือเก็บไว้ เช่น เก็บภาพลามกที่ดาวน์โหลดจากอินเทอร์เน็ตไว้ในโทรศัพท์มือถือ

(3) นำเข้าหรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร หมายถึง ทำให้หรือจัดการให้เข้ามาอยู่ ราชอาณาจักร เช่น ส่งโดยทางไปรษณีย์ให้ส่งรูปถ่ายลามกเข้ามา

(4) ส่งออกหรือยังให้ส่งออกไปนอกราชอาณาจักร หมายถึง ทำให้หรือจัดการให้ ออกไปนอกราชอาณาจักร

(5) พาไปหรือยังให้พาไป หมายถึง นำไปหรือจัดการให้นำไป ณ สถานที่หนึ่งที่ได้ เช่น รับจ้างนำแผ่นวีซีดีลามกไปส่งที่บริเวณคลองถม⁵²

(6) ทำให้แพร่หลายโดยประการใด ๆ หมายถึง ทำให้ผู้อื่นทราบเป็นวงกว้าง เช่น ส่ง ไฟล์ภาพอวัยวะเพศต่อไปยังบุคคลอื่นหลายคน

(7) โดยการค้า หมายถึง การกระทำตาม (1) – (6) เป็นการหากำไรในทางค้าขาย เป็นปกติธุระ อย่างไรก็ตามแม้มิได้กระทำ “โดยการค้า” แต่ก็อาจมีความผิดตามมาตรานี้ได้ หากมี เจตนาพิเศษอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในอนุมาตรานี้

วัตถุประสงค์ของการกระทำตามอนุมาตรา 1 ได้แก่ เอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพ ระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณาเครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือสิ่งอื่นใดอันลามก

คำว่า “สิ่งอันลามก” หมายถึง สิ่งที่ผู้พบเห็นมีความรู้สึกอึดอัด บัดสี หยาบช้า นุ่ม นำไปสู่ความชั่วหรือความใคร่ทางกามารมณ์ส่วนใหญ่จะเป็นไปในรูปของภาพเปลือยมนุษย์ หรือภาพ อวัยวะเพศทั้งของหญิงหรือชาย ภาพการร่วมเพศ หรือการบรรยายให้เกิดจินตนาการดังกล่าวเพื่อยั่ว ยุให้เกิดความใคร่ทางกามารมณ์⁵³ แบ่งลักษณะของสิ่งอันลามกได้ 2 ลักษณะคือ pornography หมายถึง การแสดงพฤติกรรมทางเพศไม่ว่าจะเป็นการเขียนหรือภาพที่นำไปสู่การตื่นเต้นทางเพศหรือ ยั่วยุกามารมณ์หรือทำให้เกิดกำหนัด อีกลักษณะคือ obscenity หมายถึง สิ่งที่ทำให้เกิดความรู้สึกอัน น่ารังเกียจ เช่น แสดงถ้อยคำหรือวัตถุสิ่งของทางเพศในลักษณะที่หยาบช้า⁵⁴

⁵² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 13516/2553

⁵³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3150/2531

⁵⁴ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและสนุโทษ, หน้า 212.

การพิจารณาว่าสิ่งใดลามกหรือไม่ เป็นเรื่องที่ยากด้วยเหตุนี้ การพิจารณาว่าสิ่งใดลามกหรือไม่ต้องพิจารณาจากมาตรฐานของสังคมว่ายอมรับสิ่งนั้นได้มากน้อยเพียงใด ทั้งยังต้องพิจารณาว่าสิ่งนั้นมีคุณค่าทางสังคมนอกเหนือจากการเป็นสิ่งที่น่ารังเกียจหรือไม่ด้วย เช่น วรรณคดีที่กล่าวถึงบทอัศจรรย์อาจมีคุณค่าเชิงวรรณศิลป์มากกว่าเรื่องราวลามกที่กล่าวถึงการร่วมประเวณีทั่วไป รูปปั้นเปลือยกายของชายหรือหญิงที่แสดงให้เห็นคุณค่าทางประติมากรรมมากกว่าจะเป็นเครื่องยั่วยุหรือสิ่งปลุกเร้ากามารมณ์⁵⁵

การแสดงให้เห็นถึงการร่วมเพศโดยโจ่งแจ้ง⁵⁶ การเปิดเผยของสงวนอย่างชัดเจน เช่น อวัยวะเพศ หัวนมหรือเต้านมหญิง หรือแม้ไม่เปิดเผยชัดเจนแต่มีพฤติกรรมอื่นประกอบให้เห็นว่ามีการยั่วยุทางกามารมณ์ ศาลไทยมักจะวินิจฉัยว่าเป็นสิ่งลามก แต่ถ้าปกปิดของสงวนและไม่ตั้งใจให้เห็นว่ามีการยั่วยุทางกามารมณ์ การกระทำไม่เป็นความผิดตามมาตรานี้⁵⁷

ความผิดฐานนี้ผู้กระทำได้กระทำโดยมีเจตนา กล่าวคือ ผู้กระทำได้รู้ว่าสิ่งนั้นเป็นสิ่งอันลามก และผู้กระทำได้ต้องการกระทำดังกล่าวนั้น⁵⁸ แต่ถ้าผู้กระทำได้กระทำโดยการค้า นอกจากเจตนาแล้วผู้กระทำได้ต้องได้กระทำโดยมีเจตนาพิเศษอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ คือ

(1) เพื่อความประสงค์แห่งการค้า กล่าวคือ เพื่อที่จะค้าขายหรือหากำไรเป็นปกติ⁵⁹ แม้จะยังไม่ได้ขายเลยก็ตาม

(2) เพื่อการแจกจ่ายแก่ประชาชน กล่าวคือ การเผยแพร่ไปสู่ประชาชน ไม่ใช่เพียงบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นการให้เปล่า หรือมุ่งเพื่อได้รับประโยชน์ตอบแทนก็ตาม⁶⁰ เช่น ส่งไฟล์ภาพลามกให้ประชาชนเปิดชม⁶¹

(3) เพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน กล่าวคือ การแสดงให้ประชาชนอื่นได้ฟังหรือได้ดู ไม่ใช่แสดงอวดให้แก่คนเดียวหรือกลุ่มคนอันจำกัด เช่น เปิดภาพยนตร์ลามกให้คนทั่วไปชม โดยเก็บเงินค่าชม⁶²

⁵⁵ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึงลักษณะ 9, หน้า 642.

⁵⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2128/2533

⁵⁷ เรื่องเดียวกัน.

⁵⁸ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 583.

⁵⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 584.

⁶⁰ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, หน้า 178 – 202.

⁶¹ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึงลักษณะ 9, หน้า 644.

การกระทำต่อภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศด้วยการบันทึกโดยไม่ได้รับความยินยอมเป็นการกระทำที่ประสงค์จะบันทึกภาพเพื่อให้เห็นบางส่วนของร่างกายที่ผู้อื่นพึงจะปกปิด เช่น อวัยวะเพศ บั้นท้ายหรือหน้าอกหญิง ดังนั้น ภาพในลักษณะเช่นนี้จึงเข้าองค์ประกอบของความเป็นสิ่งลามกได้ แต่ผู้กระทำการบันทึกจะต้องกระทำโดยการค้า หรือโดยมีเจตนาพิเศษทั้งสามประการตามที่กล่าวข้างต้นด้วยจึงสามารถนำมาตรานี้มาปรับใช้ได้ หากเพียงแอบบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นไว้เพื่อดูส่วนตัว ไม่ผิดมาตรานี้ เช่นเดียวกับการเผยแพร่จะผิดก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยมีเจตนาพิเศษ ถ้าการเผยแพร่ไม่ได้มีเจตนาพิเศษเพื่อการแจกจ่ายหรือการแสดงอวดแก่ประชาชน เพียงแต่เผยแพร่ไปให้กลุ่มคนอันจำกัด ก็ยังไม่อาจปรับใช้มาตรานี้ได้เช่นกัน และหากเป็นการครอบครองภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่น ก็จะเข้าองค์ประกอบในส่วนที่บัญญัติว่า “มีไว้” แต่ทั้งนี้การครอบครองเช่นนั้นก็ยังมีเจตนาพิเศษตามที่กล่าวแล้วเช่นกัน การครอบครองโดยไม่มีเจตนาพิเศษ ไม่เป็นความผิดตามมาตรานี้

นอกจากนี้การจะผิดฐานนี้ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศจะต้องเข้าลักษณะลามก ดังนั้นหากภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศที่ไม่มีลักษณะลามกก็จะเป็นการขาดองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ เช่น ภาพผู้ชายขณะกำลังอาบน้ำเปลือยท่อนบน หรือผู้หญิงกำลังเปลี่ยนเสื้อผ้าเห็นเพียงแต่ชุดชั้นใน เป็นต้น

3.2.5 ความผิดฐานข่มขืนใจผู้อื่น

มาตรา 309 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า

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

คำว่า “ข่มขืนใจ” หมายถึง บังคับจิตใจหรือฝืนใจบุคคลอื่น ซึ่งเกิดจากการกระทำโดยไม่สมัครใจ⁶²

การบังคับจิตใจดังกล่าวต้องทำให้ผู้ถูกข่มขืนใจนั้น

⁶² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2875/2531

⁶³ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2562), หน้า 163.

(1) “กระทำการใด” หมายถึง บังคับใจผู้อื่นให้เคลื่อนไหวร่างกายโดย ไม่สมัครใจ เช่น บังคับให้ว่ายน้ำข้ามแม่น้ำ บังคับให้ขับรถด้วยความเร็วสูง

(2) “ไม่กระทำการใด” หมายถึง บังคับใจผู้อื่นให้ไม่เคลื่อนไหวร่างกาย โดยไม่สมัครใจ เช่น บังคับให้หยุดรถ บังคับให้นั่งอยู่นิ่งๆ ไม่ให้ลุกออกจากที่นั่ง

(3) “จำยอมต่อสิ่งใด” หมายถึง บังคับใจผู้อื่นไม่ให้ขัดขืนต่อการกระทำของตนหรือบุคคลที่สาม เช่น บังคับให้ยอมให้ถอนฟัน บังคับให้ยอมให้ลูกเล่นเกม บังคับให้ยอม ให้นำรถยนต์ไปใช้⁶⁴

วิธีการในการข่มขืนใจที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 337 มี 2 วิธี ได้แก่ (1) การทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตราย และ (2) การใช้กำลังประทุษร้าย

การทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายตามมาตรา 337 มีหลายประการ ได้แก่

- (1) อันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เช่น ใช้ปืนขู่เพื่อไล่ให้ออกจากที่ใดที่หนึ่ง
- (2) อันตรายต่อเสรีภาพ เช่น ขู่ว่าจะไม่ร้องเพลงให้ฟัง จะจับตัวไปขัง
- (3) อันตรายต่อชื่อเสียง เช่น ขู่ว่าจะไม่เลิกยุ่งกับคูรักรักของตน จะเปิดเผยความลับให้ผู้ถูกกระทำเสียชื่อเสียง หรือ

(4) อันตรายต่อทรัพย์สิน เช่น ขู่ว่าจะไปแจ้งตำรวจจะเผาบ้านของบิดาของผู้ถูกข่มขืนใจ กรณีนี้ผู้กระทำอาจมีความผิดฐานกรรโชกตามมาตรา 337 อีกบทหนึ่งด้วย⁶⁵

การขู่ตามมาตรา 337 อาจขู่ว่าจะทำอันตรายต่อผู้ถูกข่มขืนใจเองหรือผู้อื่นก็ได้ ไม่ว่าจะ เป็นใครก็ตาม เช่น ขู่ว่าจะไม่ลงนามในพินัยกรรมก็จะฆ่าคูรักรักของผู้ถูกข่มขืนใจเสีย⁶⁶

การใช้กำลังประทุษร้ายซึ่งเป็นอีกวิธีหนึ่งในการข่มขืนใจ มาตรา 1 (6) ได้ให้ความหมายว่า “ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยใช้อำนาจทำให้มีเมมา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน” ดังนั้น การข่มขืนใจโดยใช้กำลังประทุษร้ายจึงอาจเกิดขึ้นจากการใช้แรงกายภาพหรือวิธีการใด ๆ อันทำให้ผู้ถูกข่มขืนใจไม่สามารถขัดขืนได้ เช่น เสียดบศีระสังข์ให้หยุดร้องเพลง สิ่งซึ่งหยุดร้องเพลง เป็นกรณีใช้แรงกายภาพประทุษร้ายสังข์ เสียดจึงมีความผิดตามมาตรา 309 เป็นต้น⁶⁷

⁶⁴ เรื่องเดียวกัน.

⁶⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 164.

⁶⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 165.

⁶⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 165-166.

ถ้อยบัญญัติที่ว่า “จนผู้ถูกข่มขืนใจต้องกระทำการนั้น ไม่กระทำการนั้น หรือจำยอมต่อสิ่งนั้น” หมายความว่า การทำให้กลัวหรือการใช้กำลังประทุษร้ายนั้น ทำให้ผู้ถูกข่มขืนใจ กระทำ ไม่กระทำการ หรือจำยอมตามที่ผู้ข่มขืนใจบังคับ⁶⁸

กรณีความผิดที่ได้กระทำจะสำเร็จเมื่อใดนั้น แยกพิจารณาได้ดังนี้⁶⁹

(1) กรณีทำให้กลัว ความผิดสำเร็จเมื่อ

(1.1) มีการทำให้กลัว

(1.2) ผู้ถูกกระทำเกิดความกลัว

(1.3) ผู้ถูกกระทำได้กระทำการ ไม่กระทำการ หรือจำยอมต่อสิ่งนั้น

หากไม่ครบองค์ประกอบทั้งสามประการ ผู้กระทำมีเพียงความผิดฐานพยายามข่มขืนใจตามมาตรา 309 ประกอบกับมาตรา 80 หรือมาตรา 81 แล้วแต่กรณี

(2) กรณีข่มขืนใจโดยใช้กำลังประทุษร้าย ความผิดสำเร็จเมื่อได้มีการใช้กำลังประทุษร้าย และเกิดการกระทำการ ไม่กระทำการ หรือจำยอมต่อสิ่งนั้นแล้ว โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงว่า ผู้ถูกกระทำจะเกิดอาการกลัวหรือไม่

ความผิดตามมาตรานี้อาศัยเพียงเจตนาธรรมดา ตามมาตรา 59 โดยผู้กระทำจะต้องประสงค์ต่อผล หรือย่อมนឹងเห็นผลของการกระทำนั้น และต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิด ตามมาตรา 59 วรรคสาม ดังนั้น หากการกระทำนั้นไม่มีเจตนาข่มขืนใจผู้อื่น ก็ย่อมไม่มีความผิด

ความผิดฐานนี้มุ่งคุ้มครองเสรีภาพของบุคคลมิให้ถูกทำลายอิสระในการคิดที่จะกระทำหรือไม่กระทำการอย่างใดตามใจปรารถนา⁷⁰ โดยเป็นการกระทำก่อนการลงมือกระทำความผิดต่อภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ กล่าวคือ หากผู้กระทำข่มขู่ผู้อื่นว่าจะบันทึกหรือเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ ถ้าไม่ยอมให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น การกระทำดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการข่มขืนใจผู้อื่น โดยทำให้ผู้อื่นนั้นกลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อเสรีภาพหรือชื่อเสียง จนผู้ถูกข่มขืนใจต้องยอมกระทำการ ไม่กระทำการ หรือจำยอมต่อการข่มขู่ของผู้ข่มขืนใจนั้น การกระทำก็เป็นความผิดสำเร็จตามมาตราแล้ว โดยไม่ต้องพิเคราะห์ว่าผู้ข่มขืนใจจะได้กระทำจริงตามที่ได้ข่มขู่ไว้แล้วหรือไม่ แต่ถ้าผู้ถูกข่มขืนใจไม่กลัว หรือกลัวแต่ยังไม่ยอมทำตามที่ถูกข่มขืนใจ ก็เป็นการพยายามกระทำความผิดฐานข่มขืนใจผู้อื่น ดังนั้น ความผิดฐานนี้จึงนำมาปรับใช้ในการคุ้มครองเหยื่อในกรณีที่ถูกข่มขู่ว่าจะทำการบันทึกหรือเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศได้

⁶⁸ เรื่องเดียวกัน.

⁶⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 167-168.

⁷⁰ คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 141.

3.2.6 ความผิดฐานหมิ่นประมาท

มาตรา 326 บัญญัติว่า

“ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

คำว่า “ใส่ความ” หมายความว่า กล่าวหาหรือแสดงข้อความให้ร้ายผู้อื่น ซึ่งถ้าหากเป็นความจริงก็อาจทำให้ผู้อื่นนั้นได้รับความเสียหายต่อชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของผู้ถูก กระทำนั้น⁷¹

การใส่ความซึ่งเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาท ตามมาตรา 326 จะต้องเป็นการบอกเล่าหรือยืนยันข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเรื่องราว เหตุการณ์ หรือพฤติกรรมของบุคคลอย่างชัดเจนว่า ผู้เสียหายหรือผู้ถูกกระทำนั้นได้กระทำการใดซึ่งเป็นที่ยอมรับของสังคมหรือเป็นสิ่งที่สังคมไม่อาจยอมรับได้ และข้อเท็จจริงนั้นมีโอกาสเป็นอย่างที่ใส่ความได้ไม่ว่าโอกาสที่จะเป็นไปตามที่ใส่ความจะมีมากหรือน้อยก็ตาม โดยสามารถจำแนกพิจารณาเป็นรายประเด็นดังต่อไปนี้⁷²

(1) การใส่ความต้องเป็นการยืนยันอย่างชัดเจนว่าผู้กระทำความผิดกล่าวถึงผู้ถูกกระทำ และยืนยันว่ามีพฤติกรรมที่กระทบต่อชื่อเสียงเกียรติคุณของผู้ถูกกระทำ

(1.1) ข้อความนั้นต้องเป็นการ “ยืนยัน” ข้อเท็จจริง หมายความว่า จะต้องแสดงเป็นประโยคบอกเล่าถึงข้อเท็จจริงซึ่งอาจเกิดขึ้นแล้วในอดีตหรือกำลังดำเนินอยู่ในขณะที่ใส่ความ ไม่ว่าข้อความนั้นจะเป็นจริงหรือเท็จก็ตาม ผู้กระทำก็ยังคงมีความผิดฐานหมิ่นประมาท ดังสำนวนที่ว่า ยิ่งจริง ยิ่งหมิ่นประมาท

(1.2) ข้อความที่ใส่ความต้องชัดเจนเพียงพอที่จะทราบได้ว่าผู้ถูกใส่ความ เป็นใคร แม้จะมีได้ระบุชื่อเฉพาะเจาะจง แต่บุคคลที่สามทราบได้ทันทีว่าหมายถึงใคร ก็ถือว่าเป็นข้อความที่ชัดเจนเพียงพอแล้ว⁷³

(1.3) ข้อความต้องชัดเจนเพียงพอให้ทราบว่า การกระทำที่ถูกใส่ความนั้น หมายความว่าอย่างไร และต้องเป็นพฤติกรรมที่สังคมไม่ยอมรับหรือน่ารังเกียจ

(2) ข้อเท็จจริงที่ใส่ความนั้นมีโอกาสเป็นจริงได้

ข้อนี้หมายความว่า ข้อความที่กล่าวหาว่านั้นมีโอกาสเกิดขึ้นจริงได้ กล่าวคือ เป็นสิ่งที่มนุษย์สามารถกระทำหรือแสดงพฤติกรรมอย่างที่กล่าวหาได้ แต่ถ้าข้อความที่แสดงนั้นเป็นสิ่งที่ไม่มี

⁷¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3252/2543

⁷² คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1, หน้า 276-281.

⁷³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9627/2555

ทางเป็นไปได้เลย หรือเป็นแต่เพียงคำไม่สุภาพ หยาดคาย ข้อความนั้นก็ไม่ใช่การใส่ความ เพราะบุคคลทั่วไป ย่อมทราบดีว่าถึงอย่างไรก็ไม่มีทางเป็นจริงขึ้นมาได้

(3) การใส่ความไม่จำกัดวิธี

ผู้กระทำจะใช้วิธีการใดในการใส่ความก็ได้ เพื่อให้ข้อเท็จจริงที่ยืนยันนั้น ปรากฏแก่บุคคลที่สาม แต่โดยทั่วไปมีอยู่ 2 วิธี คือ

(3.1) ใส่ความด้วยวาจา เช่น ใส่ความทางโทรศัพท์ หรือเล่าเหตุการณ์หรือเล่าเรื่องที่ได้ยินมาให้บุคคลที่สามฟังอีกทอดหนึ่ง

(3.2) ใส่ความเป็นลายลักษณ์อักษร เช่น เขียนหรือนำจดหมายที่ใส่ความหมิ่นประมาทไปให้ผู้อื่นอ่าน⁷⁴ วาดภาพ ทำกิริยาท่าทาง ใช้ภาษาใบ้ ส่งรูปภาพหรือภาพเคลื่อนไหว⁷⁵

นอกจากผู้กระทำ (ผู้ใส่ความ) และผู้ถูกกระทำ (ผู้ถูกใส่ความ) แล้วการกระทำจะเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทได้จะต้องมีบุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง ได้แก่ “บุคคลที่สาม” ซึ่งเป็นผู้รับสารหรือข้อความที่ใส่ความจากผู้กระทำ จึงจะเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทได้ บุคคลที่สามนี้จะเป็ใครก็ได้ที่มีใช้ผู้ถูกใส่ความ แต่ต้องมีความสามารถในการเข้าใจข้อความที่ใส่ความนั้น ความผิดจึงจะสำเร็จ เพราะการที่เข้าใจข้อความจะทำให้บุคคลที่สามสามารถประเมินได้ว่าบุคคลที่ถูกใส่ความนั้นน่าจะกระทำหรือมีพฤติกรรมดังที่ถูกใส่ความนั้นหรือไม่ ซึ่งถ้าหากบุคคลที่สามเชื่อข้อความที่ถูกใส่ความ จะทำให้บุคคลผู้ถูกใส่ความเสียชื่อเสียงได้ ดังนั้น การที่ผู้กระทำได้ใส่ความต่อชาวต่างประเทศที่ไม่รู้ภาษาในข้อความที่กำลังใส่ความ การใส่ความต่อเด็กทารกซึ่งยังไม่รู้เดียงสา⁷⁶ หรือคนที่มีความบกพร่องทางการรับรู้ข้อความ เช่น หูหนวก ไม่สามารถได้ยินข้อความที่ใส่ความที่เป็นคำพูดได้ หรือตาบอดทำให้ไม่สามารถอ่านข้อความที่ใส่ความได้ เหล่านี้เป็นการพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 80 หรือมาตรา 81 แล้วแต่กรณี⁷⁷

ถ้อยบัญญัติที่ว่า “โดยประการที่น่านจะทำให้ผู้อื่นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น ถูกเกลียดชัง” องค์ประกอบข้อนี้เป็นพฤติการณ์ประกอบการกระทำ หมายความว่า การใส่ความ ดังกล่าวอาจทำให้ผู้ถูกใส่ความเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชังจากบุคคลที่สามที่ทราบข้อความที่ใส่ความได้ ซึ่งเป็นการพิจารณาในเชิงภววิสัย (Objective) ว่า หากบุคคลที่สามเชื่อข้อความที่ใส่ความดังกล่าว ผู้ถูกใส่ความย่อมจะเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ซึ่งเป็นการพิจารณาจากความรู้สึกนึกคิดของคนทั่วไปที่มีศีลธรรมอยู่ในระดับกลาง ๆ⁷⁸ ดังนั้น แม้ในความเป็นจริงบุคคลที่สาม ผู้รับสารจะไม่

⁷⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2822/2515

⁷⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1188/2561

⁷⁶ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, หน้า 267.

⁷⁷ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1, หน้า 283.

⁷⁸ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, หน้า 268.

เชื่อข้อความที่ใส่ความเลย แต่ตามความรู้สึกนึกคิดของคนทั่วไปเป็นการทำให้เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ผู้กระทำยังต้องรับผิดชอบหมิ่นประมาท ในทางกลับกัน แม้ว่าผู้ถูกกระทำจะเห็นว่าตนเองได้รับความเสียหายจากข้อความที่ผู้กระทำได้ใส่ความ แต่หากบุคคลทั่วไปเห็นว่าไม่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูก เกลียดชัง ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดชอบหมิ่นประมาท⁷⁹

ความผิดฐานหมิ่นประมาทด้วยการโฆษณา

มาตรา 328 บัญญัติว่า

“ถ้าความผิดฐานหมิ่นประมาทได้กระทำโดยการโฆษณาด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพหรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏไม่ว่าด้วยวิธีใด ๆ แผ่นเสียง หรือสิ่งบันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกอักษร กระทำโดยการกระจายเสียง หรือการกระจายภาพ หรือโดยกระทำการป่าวประกาศด้วยวิธีอื่น ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท”

ความผิดตามมาตรานี้เป็นบทเฉพาะที่เอาผิดกับบุคคลที่ใช้การโฆษณาซึ่งเป็นวิธีการอันทำให้ข้อความที่หมิ่นประมาทเผยแพร่ไปอย่างกว้างขวาง ซึ่งอาจจะทำให้ผู้ถูกใส่ความเกิดความเสียหายต่อชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชังมากกว่าวิธีการใส่ความแก่บุคคลที่สามโดยเฉพาะเจาะจง เข้าทำนองแพร่กระจายมากก็เสียหายมาก มาตรา 328 จึงกำหนดความผิดและโทษ ให้หนักขึ้นกว่าความผิดฐานหมิ่นประมาทตามมาตรา 326⁸⁰

การกระทำที่จะเป็นความผิดตามมาตรานี้จะต้องครบองค์ประกอบความผิดฐานหมิ่นประมาทตามมาตรา 326 เสียก่อน หากการกระทำไม่เป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทตามมาตรา 326 ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาทด้วยการโฆษณาตามมาตรา 328 ได้ ซึ่งความผิดจะสำเร็จเมื่อบุคคลที่สามรู้และเข้าใจข้อความที่ใส่ความตามองค์ประกอบความผิดที่กำหนดไว้ในมาตรา 326⁸¹ และเมื่อการกระทำเป็นความผิดตามมาตรา 328 แล้วก็ไม่ต้องปรับบทลงโทษตามมาตรา 326 อีก⁸²

วิธีการหมิ่นประมาทจะต้องกระทำด้วยวิธีการอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้⁸³

(1) โดยการโฆษณาด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพ หรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏไม่ว่าด้วยวิธีใด ๆ แผ่นเสียงหรือสิ่งบันทึกเสียง บันทึกภาพหรือ บันทึกอักษร

คำว่า “โฆษณา” หมายถึง เผยแพร่ข้อความไปสู่สาธารณชนหรือ ประชาชนทั่วไป กล่าวคือ ไม่ได้มุ่งเจาะจงเฉพาะบุคคลหรือกลุ่มบุคคล แต่ได้กระจายให้รู้กันอย่าง กว้างขวาง⁸⁴ ดังนั้น

⁷⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 619/2517

⁸⁰ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1, หน้า 288.

⁸¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 289.

⁸² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1517/2536

⁸³ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1, หน้า 289-291.

⁸⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 223/2524

ผู้กระทำตามมาตรานี้จึงไม่ได้กระทำต่อบุคคลที่สามเป็นการเฉพาะ แต่จะเป็นใครก็ได้ที่ได้รับทราบข้อความนั้น

(2) โดยการกระจายเสียง กระจายภาพ

คำว่า “กระจายเสียง” หมายถึง ส่งเสียงแพร่ออกไปไกล ๆ เช่น วิทยุกระจายเสียง

คำว่า “กระจายภาพ” หมายถึง ส่งกระแสภาพออกไปไกล ๆ เช่น ส่งสัญญาณโทรทัศน์ และหมายรวมถึงการส่งภาพหรือวีดิทัศน์ทางเครือข่ายสังคมออนไลน์ เช่น Facebook หรือ LINE ด้วย

(3) โดยกระทำการป่าวประกาศด้วยวิธีอื่น

คำว่า “ป่าวประกาศ” หมายถึง ประกาศให้รู้กัน เช่น แสดงละคร ร้องเพลง เป็นต้น

ความผิดฐานหมิ่นประมาทตามมาตรา 326 และความผิดฐานหมิ่นประมาทด้วยการโฆษณาตามมาตรา 328 เป็นความผิดต่อส่วนตัวซึ่งยอมความได้ตามมาตรา 333 วรรคแรก

การจะมีความผิดฐานหมิ่นประมาทข้อสำคัญคือจะต้องมีการใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สามเสียก่อน นอกจากนี้การใส่ความดังกล่าวจะต้องทำให้ผู้ถูกใส่ความนั้นน่าจะเสื่อมเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชังอีกด้วย ซึ่งเป็นพฤติการณ์ประกอบการกระทำ โดยพิจารณาจากความรู้สึกนึกคิดของคนทั่วไปที่มีศีลธรรมอยู่ในระดับกลาง ๆ⁸⁵ แม้ว่าผู้ถูกกระทำจะเห็นว่า ตนเองได้รับความเสียหายจากข้อความที่ผู้กระทำได้ใส่ความ แต่หากบุคคลทั่วไปเห็นว่าไม่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูก เกลียดชัง ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดฐานหมิ่นประมาท⁸⁶

ด้วยเหตุนี้ความผิดฐานหมิ่นประมาท หรือหมิ่นประมาทโดยการโฆษณาจึงไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้ในทุกกรณีของการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลในลักษณะอับอายทางเพศด้วยการบันทึกโดยไม่ได้รับความยินยอมได้ เพราะการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศเป็นการกระทำระหว่างผู้กระทำกับผู้ถูกกระทำเพียงสองฝ่าย จึงไม่มีบุคคลที่สามมารู้ข้อความหมิ่นประมาทนั้น ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดเพราะขาดองค์ประกอบภายนอก แต่ถ้าได้บันทึกภาพมาแล้ว นำไปเผยแพร่ให้ผู้อื่นดูอีกที กรณีเช่นนี้จะสามารถนำความผิดฐานหมิ่นประมาทมาปรับใช้ได้ ในกรณีที่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศนั้นเข้าพฤติการณ์ประกอบการกระทำที่ว่า “โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น ถูกเกลียดชัง” หากภาพนั้นมีลักษณะที่ทำให้เหยื่อได้รับความอับอาย แต่สังคมส่วนรวมเห็นว่าแม้ภาพลักษณะนั้นน่าอับอาย แต่ไม่ถึงขนาดทำให้เหยื่อเสื่อมเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง การเผยแพร่เช่นนั้นก็ไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาท

⁸⁵ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 11, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 268.

⁸⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 619/2517

เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะความผิดฐานนี้คุ้มครองชื่อเสียงของบุคคล⁸⁷ จึงต้องดูว่าการกระทำนั้น ๆ ทำให้บุคคลเสื่อมเสียชื่อเสียงหรือไม่ ซึ่งเป็นคนละกรณีกับกฎหมายต่างประเทศที่บัญญัติฐานความผิดเฉพาะขึ้นมาเกี่ยวกับการดักฟังเพื่อคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล องค์ประกอบความผิดจึงไม่ได้พิจารณาว่าการกระทำเช่นนั้นจะทำให้เหยื่อเสื่อมเสียชื่อเสียงหรือไม่ แต่พิจารณาว่าเหยื่อถูกรบกวนต่อสิทธิส่วนบุคคลหรือไม่

ด้วยความที่เจตนารมณ์ของกฎหมาย มีความประสงค์จะคุ้มครองแตกต่างกัน ทำให้ลักษณะของการกระทำการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ จึงไม่อาจปรับได้กับความผิดฐานหมิ่นประมาทได้ในทุกกรณี จะปรับได้เฉพาะกรณีที่สังคมเห็นภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศนั้นน่าจะทำให้เหยื่อเสื่อมเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชังเท่านั้น ซึ่งสะท้อนให้เห็นได้ชัดว่าแม้ชื่อเสียงกับสิทธิส่วนบุคคลจะผูกโยงกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามที่รัฐธรรมนูญรับรองเหมือนกัน แต่ก็เป็นคนละเรื่อง ดังจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 32 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เกียรติยศ ชื่อเสียง และครอบครัว” อันเป็นการแบ่งแยกสิทธิส่วนบุคคลและชื่อเสียงออกจากกันอย่างชัดเจน

ตัวอย่างที่หนึ่ง

นายดำแอบบันทึกภาพนายแดงกำลังอาบน้ำ เห็นร่างกายของนายแดงแต่เพียงท่อนบนเท่านั้น จากนั้นนายดำนำภาพที่ได้ไปเผยแพร่ในสื่อสังคมออนไลน์ กรณีเช่นนี้แม้นายแดงจะได้รับความอับอายจากภาพที่ปรากฏขึ้น แต่ก็ไม่ถึงขนาดที่จะทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชังแต่ประการใด การกระทำของนายดำจึงยังไม่ผิดฐานหมิ่นประมาทโดยการโฆษณา แต่อาจผิดฐานกระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 397

ตัวอย่างที่สอง

นายดำใช้กล้องกำลังขยายสูงส่องเข้าไปภายในบ้านที่อยู่อีกฝั่งหนึ่ง บันทึกภาพนายแดงและนางเขียวกำลังกระทำกิจกรรมทางเพศ จากนั้นจึงได้นำวีดิทัศน์ที่บันทึกมานั้นส่งต่อให้แก่นายขาวดู กรณีเช่นนี้เห็นได้ว่าภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศที่มีการกระทำกิจกรรมทางเพศนั้นมีลักษณะของความลามกอนาจารเข้ามาเกี่ยวข้อง และถึงขนาดที่บุคคลทั่วไปพิจารณาได้ว่าเป็นเหตุให้ผู้ถูกเผยแพร่เสื่อมเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ดังนั้นการกระทำเช่นนี้จึงเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาท

⁸⁷ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 197.

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ผู้กระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทจำคุก และหากผู้นั้นได้กระทำความผิดอีกภายในสามปีนับแต่วันพ้นโทษ แต่ก็ไม่อยู่ในอนุมาตราใด อนุมาตราหนึ่งในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 93 ที่จะเป็เหตุให้ศาลเพิ่มโทษผู้กระทำความผิดอีกในกรณีนี้ได้

3.2.7 ความผิดฐานกรรโชกทรัพย์

มาตรา 337 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า

“ผู้ใดข่มขืนใจผู้อื่นให้ยอมให้หรือยอมจะให้ตนหรือผู้อื่นได้ประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สิน โดยใช้กำลังประทุษร้าย หรือโดยขู่เข็ญว่าจะทำอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียงหรือทรัพย์สินของผู้ถูกขู่เข็ญหรือของบุคคลที่สาม จนผู้ถูกข่มขืนใจยอมเช่นนั้น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานกรรโชก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี และปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท”

คำว่า “ข่มขืนใจ” หมายถึง บังคับจิตใจให้กระทำการหรือไม่กระทำการบางอย่าง โดยไม่สมัครใจ โดยผู้ถูกข่มขืนใจจำต้องฝืนกระทำ เพราะถ้าหากไม่กระทำก็อาจเกิดอันตราย ซึ่งอำนาจในการตัดสินใจว่าจะยอมกระทำตามที่ผู้กระทำบังคับหรือไม่นั้นยังคงอยู่ที่ผู้ถูกข่มขืนใจ⁸⁸

การข่มขืนใจตามมาตรา 337 กับมาตรา 309 มีความคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ เป็นการบังคับจิตใจของผู้อื่นเช่นเดียวกัน เพียงแต่ว่าการข่มขืนใจตามมาตรา 337 ระบุแต่เพียงการให้ยอมให้หรือยอมจะให้ประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สิน ขณะที่การข่มขืนใจตามมาตรา 309 ผู้กระทำได้ข่มขืนใจให้ผู้ถูกข่มขืนใจกระทำ ไม่กระทำหรือจำยอมต่อสิ่งใด ซึ่งหมายถึงการข่มขืนใจเรื่องใดก็ได้ ไม่จำกัดเฉพาะการยอมให้หรือยอมจะให้ประโยชน์ ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ กรณีที่มีการข่มขืนใจให้กระทำ ไม่กระทำ หรือจำยอมต่อสิ่งใดสิ่งหนึ่งตามมาตรา 309 โดยผู้กระทำไม่ได้มีเจตนาจะกรรโชกมาตั้งแต่ต้น แต่ผู้เสียหายที่ถูกข่มขืนใจคิดว่าหากได้ให้ประโยชน์ซึ่งมีลักษณะเป็นทรัพย์สินแก่ผู้ข่มขืนใจแล้ว ก็จะไม่ถูกข่มขืนใจอีก จึงได้ยอมให้หรือยอมจะให้ประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินโดยความสมัครใจของตนเอง เช่นนี้ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิดฐานกรรโชก แต่ก็ยังคงมีความผิดฐานข่มขืนใจ ตามมาตรา 309⁸⁹

การจะมีความผิดฐานกรรโชกได้จะต้องเป็นการข่มขืนใจโดยวิธีการตามที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ เป็นการข่มขืนใจซึ่งจะต้องเกิดจาก (1) การใช้กำลังประทุษร้าย หรือ (2) การขู่เข็ญว่าจะทำอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สินของผู้ถูกขู่เข็ญหรือของบุคคลที่สามเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ หากผู้กระทำไม่ได้ข่มขืนใจหรือข่มขืนใจแต่ไม่ได้ใช้วิธีการอย่างหนึ่งอย่างใดในสอง

⁸⁸ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2562), หน้า 208.

⁸⁹ เรื่องเดียวกัน.

วิธีดังกล่าวข้างต้น ก็ไม่มีความผิดฐานกรรโชก เช่น ขอทรัพย์สินโดยไม่มีทำที่ว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย หรือขู่เชิญว่าจะทำอันตราย การขู่เชิญโดยอ้างอำนาจเหนือธรรมชาติ หรือการเจรจาต่อรอง เป็นต้น⁹⁰

คำว่า “ผู้อื่น” ในที่นี้คือ ผู้ถูกรรโชก หรือผู้ถูกข่มขืนใจ ซึ่งอาจอยู่ในฐานะเป็นผู้ถูกประทุษร้ายสำหรับกรณีที่ผู้กรรโชกได้ใช้กำลังประทุษร้าย หรือในฐานะผู้ถูกขู่เชิญ กรณีที่ผู้กรรโชกขู่เชิญว่าจะทำอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สินของผู้ถูกขู่เชิญนั้นเองหรือของบุคคลที่สามก็ได้⁹¹

คำว่า “ให้ยอมให้” หมายถึง บังคับให้ตกลงใจให้ประโยชน์ซึ่งมีลักษณะที่เป็นทรัพย์สิน ณ ขณะที่ถูกประทุษร้ายหรือถูกขู่เชิญ ส่วนคำว่า “ให้ยอมจะให้” หมายถึง บังคับให้ตกลงใจว่าจะให้ประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินในอนาคต โดยยังไม่ได้ให้ประโยชน์ดังกล่าว ณ เวลาที่ตกลงใจนั้น⁹²

การตกลงใจให้หรือจะให้ประโยชน์นั้นอาจพิจารณาจากการที่ผู้ถูกประทุษร้าย หรือถูกขู่เชิญกระทำการบางอย่างให้เห็นว่ายอมให้หรือยอมจะให้ประโยชน์ซึ่งมีลักษณะเป็นทรัพย์สิน เช่น หยิบยื่นทรัพย์สินให้ก็ได้ หรือจากการที่ผู้ถูกขู่เชิญนิ่งเฉยไม่กล้าขัดขวางก็ได้⁹³

คำว่า “ตน” หมายถึง ผู้ที่ใช้กำลังประทุษร้ายหรือผู้ขู่เชิญซึ่งเป็นผู้กระทำ คำว่า “ผู้อื่น” ในที่นี้ หมายถึง บุคคลอื่นนอกเหนือจากผู้กระทำความผิดและผู้ที่ถูก “ตน” และ “ผู้อื่น” เป็นผู้รับประโยชน์จากการกรรโชก⁹⁴

คำว่า “ประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สิน” หมายถึง ทรัพย์หรือทรัพย์สิน เช่น แก้วแหวนเงินทอง ลิขสิทธิ์ พลังงานไฟฟ้า หรือประโยชน์อื่นใดที่คิดเป็นตัวเงินได้ เช่น บัตรชมละครเวที บัตรเติมเงินสำหรับโดยสารรถไฟใต้ดิน⁹⁵

การข่มขืนใจที่จะเป็นความผิดฐานกรรโชกกระทำได้ 2 วิธี ได้แก่⁹⁶

(1) ใช้กำลังประทุษร้ายผู้ถูกข่มขืนใจหรือบุคคลที่สาม

กรณีนี้จะเป็นไปตามมาตรา 1 (6) ซึ่งนิยามคำว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย” ไว้ว่า “ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้

⁹⁰ เรื่องเดียวกัน.

⁹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 210.

⁹² เรื่องเดียวกัน.

⁹³ เรื่องเดียวกัน.

⁹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 211.

⁹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 212.

⁹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 214.

หมายความถึงการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืน ไม่ว่าจะโดยใช้อำนาจทำให้มีนเมา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน”

(2) โดยผู้เสียหายจะทำอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สินของผู้ถูกผู้เสียหายหรือของบุคคลที่สาม

คำว่า “ผู้เสียหาย” หมายความว่า ทำให้เกิดความกลัวว่าจะเกิดภัยบางอย่างหนึ่งขึ้น แม้ว่าตามข้อเท็จจริงผู้ถูกผู้เสียหายจะไม่กลัวก็ตาม ก็ยังคงอยู่ในขอบเขตของการผู้เสียหาย ดังนั้น การกระทำใด ๆ ที่เป็นการทำให้เกิดความกลัวว่าจะเกิดภัยขึ้นย่อมเป็นการผู้เสียหายทั้งสิ้น และไม่จำกัดว่าผู้กระทำจะใช้วิธีการใด ทั้งที่ปรากฏตัวและไม่ปรากฏตัวต่อหน้าผู้เสียหาย เช่น โดยวาจา โดยกิริยาอาการ⁹⁷ ทางโทรศัพท์ ทางจดหมาย ทางอีเมล หรือทางข้อความอิเล็กทรอนิกส์ และจะแสดงการผู้เสียหายโดยตรงหรือโดยปริยายก็ได้⁹⁸ เช่น การยิงปืนขึ้นฟ้า การแต่งเครื่องแบบตำรวจ⁹⁹ ยิ่งกว่านั้น ผู้กระทำจะผู้เสียหายว่าจะทำอันตรายในทันใดนั้น หรือจะทำอันตรายในภายหลังก็ได้¹⁰⁰

การผู้เสียหายนั้นจะต้องแสดงออกให้ผู้ถูกผู้เสียหายรู้ว่าจะเกิดภัย ไม่ว่าจะเป็นการแสดงออกมาด้วยคำพูด ลายลักษณ์อักษร หรือการกระทำ หากไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีการผู้เสียหาย ย่อมไม่มีความผิดฐานกรรโชก

การผู้เสียหายนั้นมีขอบเขตอยู่เพียงว่าจะต้องเป็นการผู้เสียหายเพื่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สิน เท่านั้น¹⁰¹

(ก) อันตรายต่อชีวิต

การผู้เสียหายจะทำอันตรายต่อชีวิต เป็นการกระทำให้ผู้ถูกผู้เสียหายหวาดกลัวว่าตนหรือบุคคลที่สามจะถูกกระทำให้ถึงแก่ความตายถ้าหากไม่ยอมให้หรือยอมจะประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินแก่ผู้เสียหาย

(ข) อันตรายต่อร่างกาย

กรณีนี้ผู้เสียหายทำให้ผู้ถูกผู้เสียหายเกิดความกลัวว่าตนเองหรือบุคคลที่สามจะถูกทำร้าย

(ค) อันตรายต่อเสรีภาพ

ผู้เสียหายทำให้ผู้ถูกผู้เสียหายเกิดความกลัวว่าตนเองหรือบุคคลที่สามจะไร้อิสระในการจะกระทำการ หรือไม่กระทำการอันใด การไร้เสรีภาพอาจเกิดขึ้นจากการกระทำของผู้เสียหายเอง เช่น ผู้

⁹⁷ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, หน้า 308.

⁹⁸ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, หน้า 723.

⁹⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 81/2498

¹⁰⁰ เกียรติชจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 4, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: พลสยาม พรินติ้ง, 2557), หน้า 271.

¹⁰¹ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2, หน้า 218-219.

ว่าจะนำตัวไปกักขังไว้ในบ้านร้าง ชูว่าจะจะไม่เปิดรั้วกันให้ออกมา หรืออาจจะเป็นผู้อื่นทำให้ไร้เสรีภาพ ซึ่งเกิดจากที่ผู้ชู้เชิญเริ่มต้นก็ได้ เช่น ชูว่าจะจะแจ้งให้ตำรวจจับกุมผู้เสียหาย

(ง) อันตรายต่อชื่อเสียง

กรณีเป็นอันตรายต่อชื่อเสียงนั้น ผู้ชู้เชิญได้กระทำให้ผู้ถูกชู้เชิญเกิดความกลัวว่าถ้าไม่ยอมให้หรือยอมจะให้ประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินแล้ว ตนเองหรือบุคคลที่สามจะเสื่อมเสียชื่อเสียงเกียรติคุณ เช่น ชูว่าจะนำเรื่องไปบอกนักข่าวหนังสือพิมพ์หรือไปบอกคนอื่นให้รู้เป็นวงกว้าง ถ้าไม่ยอมให้หรือยอมจะให้ทรัพย์สินเป็นการตอบแทน

(จ) อันตรายต่อทรัพย์สิน

การชู้เชิญว่าจะทำอันตรายต่อทรัพย์สินนั้น หมายความว่า ผู้กระทำได้ชู้เชิญว่าจะทำให้ทรัพย์สินสูญหาย ถูกทำลาย เสียหายไม่ว่ามากหรือน้อย ทำให้ไร้ค่า ทำให้เสื่อมค่า คือทำให้ไม่สามารถใช้สอยทรัพย์สินนั้นได้

ขณะที่ชู้เชิญนั้น ผู้กระทำได้แสดงต่อผู้ถูกชู้เชิญว่าถ้าไม่ยอมให้ หรือยอมจะให้ประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สิน ผู้จะได้รับผลร้ายอาจจะเป็นผู้ถูกชู้เชิญ หรือบุคคลที่สามก็ได้¹⁰²

ผู้ถูกชู้เชิญ หมายถึง บุคคลที่ผู้ชู้เชิญได้กระทำการอันเป็นการชู้เชิญโดยตรง ซึ่งจะมีการทำอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สินของผู้ถูกชู้เชิญนั่นเอง¹⁰³

บุคคลที่สาม หมายถึง บุคคลอื่นนอกจากผู้ถูกชู้เชิญ ซึ่งไม่ได้ถูกชู้เชิญโดยตรง แต่ผู้ชู้เชิญจะทำอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สิน ของบุคคลที่สามนั้น¹⁰⁴

เนื่องจากความผิดฐานกรรโชกถือเอาอำนาจการตัดสินใจของผู้ถูกกระทำเป็นสำคัญ ดังนั้น ความผิดจึงจะสำเร็จเมื่อผู้ถูกประทุษร้ายหรือผู้ถูกชู้เชิญยอมให้ประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินในขณะที่ถูกประทุษร้ายหรือถูกชู้เชิญนั้น หรือเมื่อยอมจะให้ประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินในภายหลัง แม้ว่าจะยังไม่ได้ประโยชน์นั้นเลยก็ตาม ความผิดก็สำเร็จเช่นกัน ทั้งนี้การให้หรือยอมจะให้เกิดกลัวจะต้องเกิดจากความกลัวซึ่งเป็นผลของการประทุษร้าย หรือการชู้เชิญ กล่าวคือ เพราะเหตุที่ผู้เสียหายถูกประทุษร้ายหรือชู้เชิญว่าจะเกิดอันตรายจนทำให้เกิดความกลัวขึ้นจึงยอมจะให้ประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สิน¹⁰⁵

กรณีที่ผู้ถูกกระทำเกิดความกลัวซึ่งเป็นผลสืบเนื่องมาจากการใช้กำลังประทุษร้ายหรือชู้เชิญว่าจะทำอันตรายนั้น แต่ยังไม่ทันได้ตัดสินใจยอมให้หรือยอมจะให้ประโยชน์ในลักษณะที่

¹⁰² เรื่องเดียวกัน, หน้า 220.

¹⁰³ เรื่องเดียวกัน.

¹⁰⁴ เรื่องเดียวกัน.

¹⁰⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 221.

เป็นทรัพย์สิน แสดงว่าการกระทำนั้นยังไม่สำเร็จลงเพราะยังไม่ครบองค์ประกอบข้อที่ว่า “จนผู้ถูกข่มขืนใจยอมเช่นนั้น” ผู้กระทำก็จะมีคามผิดเพียงฐานพยายามกระโจก¹⁰⁶

เมื่อพิจารณาจากองค์ประกอบความผิดฐานกรโจกทรัพย์สินเห็นว่าสามารถปรับใช้กับการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศด้วยการบันทึกและเผยแพร่โดยไม่ได้รับความยินยอมได้ กล่าวคือ กรณีที่จะปรับใช้ได้นั้นผู้กระทำไม่ว่าจะเป็นการบันทึกหรือเผยแพร่จะต้องมีการขู่เชิญให้ผู้อื่นยอมให้หรือยอมจะให้ประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สิน โดยทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชื่อเสียง เช่น ผู้กระทำขู่เชิญว่าให้ส่งมอบเงินมาให้ มิเช่นนั้นจะทำการบันทึกภาพได้กระโปรงของผู้ถูกขู่เชิญ หรือ ผู้กระทำขู่เชิญว่าให้ส่งมอบเงินมาให้ มิเช่นนั้นจะทำการนำภาพเปลือยของผู้ถูกขู่เชิญที่เคยบันทึกไว้มาออกเผยแพร่ผ่านสื่อสังคมออนไลน์ เป็นต้น แต่หากผู้ถูกขู่เชิญไม่กลัวตามที่ขู่เชิญจึงไม่ยอมทำตาม การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดฐานพยายามกรโจก

3.2.8 ความผิดฐานริดเอาทรัพย์สิน

มาตรา 338 บัญญัติว่า

“ผู้ใดข่มขืนใจผู้อื่น ให้ออมให้ หรือยอมจะให้ตนหรือผู้อื่นได้ประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สิน โดยขู่เชิญว่าจะเปิดเผยความลับซึ่งการเปิดเผยนั้นจะทำให้ผู้ถูกขู่เชิญหรือบุคคลที่สามเสียหาย จนผู้ถูกข่มขืนใจยอมเช่นนั้น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานริดเอาทรัพย์สิน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท”

ความผิดฐานนี้มีองค์ประกอบที่มีลักษณะเช่นเดียวกับที่ได้อธิบายไปแล้วในความผิดฐานกรโจก จึงขออธิบายส่วนที่แตกต่างกัน คือส่วนที่บัญญัติว่า “โดยขู่เชิญว่าจะเปิดเผยความลับ” และ “ซึ่งการเปิดเผยนั้นจะทำให้ผู้ถูกขู่เชิญหรือบุคคลที่สามเสียหาย”

วิธีในการข่มขืนใจในความผิดฐานริดเอาทรัพย์สิน คือ การขู่เชิญว่าจะเปิดเผยความลับ การขู่เชิญ หมายถึง การทำให้ผู้ถูกข่มขืนใจเกิดความกลัว ซึ่งตามมาตรานี้ผู้กระทำขู่ผู้ถูกกระทำให้เกิดความกลัวว่าความลับจะถูกเผยออกให้บุคคลอื่นรู้ ผู้กระทำจะใช้การสื่อสารแก่บุคคลอื่นนั้นด้วยวิธีการใดก็ได้ เช่น เปิดเผยทางวาจา (เล่าต่อหน้า โทรศัพท์) ลายลักษณ์อักษร (จดหมาย สื่ออิเล็กทรอนิกส์) รูปภาพ หรือสิ่งอื่นใด ที่สามารถถูกเปิดเผยออกได้¹⁰⁷

ความลับ หมายถึง สิ่งที่บุคคลผู้มีส่วนได้เสียประสงค์จะปกปิดมิให้ผู้อื่นล่วงรู้ หรือถ้าหากยอมให้รู้ ก็จะอยู่ในวงจำกัดเท่านั้น ไม่ว่าจะปกปิดด้วยวัตถุประสงค์ใดก็ตาม เช่น ความลับส่วนตัว ความลับของอุตสาหกรรม และไม่จำเป็นว่าความลับนั้นจะต้องเป็นเรื่องที่ชอบด้วยกฎหมายเสมอไป อาจเป็นเรื่องที่ผิดกฎหมาย ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของ

¹⁰⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 222.

¹⁰⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 248.

ประชาชนก็ได้ ข้อสำคัญคือผู้มีส่วนได้เสียไม่ประสงค์จะให้สิ่งนั้นเผยออกสู่บุคคลอื่นก็เพียงพอจะพิจารณาเป็นความลับได้แล้ว นอกจากนั้นการเปิดเผยความลับที่จะเป็นความผิดฐานริดเอาทรัพย์สินนั้น จะต้องเป็นความลับที่มีอยู่จริง¹⁰⁸ เพราะถ้าสิ่งที่เป็นความลับไม่มีอยู่จริงก็ย่อมจะไม่ใช่ความลับ แต่เป็นความเท็จ ซึ่งผู้ถูกขู่เชิญไม่จำเป็นต้องกลัวว่าผู้กระทำจะนำความเท็จนั้นไปเปิดเผยด้วย

คำว่า “เสียหาย” หมายความว่า ทำให้เกิดความเสื่อมเสียแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใด ไม่จำกัดว่าจะเป็นการเสียหายแก่ชื่อเสียงเกียรติคุณเท่านั้น แต่ยังหมายรวมถึงความเสียหายอื่น ๆ ด้วย เป็นต้นว่าความเสียหายต่อทรัพย์สิน เสรีภาพ ทางทำมาหาได้ หรือแม้กระทั่งความเสียหายต่อจิตใจ เช่น ทำให้ถูกไล่ออกจากงาน ทำให้เกิดความอับอายขายหน้า โดยไม่ต้องพิเคราะห์ว่าความเสียหาย เช่นนั้นจะมากหรือน้อย

ความผิดฐานริดเอาทรัพย์สินกับกรรโชกมีส่วนที่คล้ายคลึงกันมาก ทำให้การกระทำของผู้กระทำมักจะเป็นการกระทำความผิดต่อกฎหมายหลายบท ซึ่งลงโทษบทหนักเพียงบทเดียว ได้แก่ ความผิดฐานริดเอาทรัพย์สิน¹⁰⁹ ส่วนที่แตกต่างกันมีสามประการ คือ¹¹⁰

(1) ขอบเขตของการข่มขืนใจ

ในความผิดฐานกรรโชก การข่มขืนใจมีสองวิธี ได้แก่ การใช้กำลังประทุษร้าย และการขู่เชิญ ขณะที่ในความผิดฐานริดเอาทรัพย์สิน กฎหมายบัญญัติวิธีการข่มขืนใจไว้เพียงประการเดียว คือ การขู่เชิญเท่านั้น ไม่มีการประทุษร้ายอยู่ในองค์ประกอบความผิดด้วย กล่าวโดยเฉพาะการขู่เชิญ ความผิดฐานกรรโชกได้บัญญัติวิธีการขู่เชิญว่า ผู้ว่าจะทำอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สิน ซึ่งจะใช้วิธีการใด ๆ ก็ได้ไม่จำกัด ส่วนความผิดฐานริดเอาทรัพย์สินจำกัดไว้เฉพาะการขู่เชิญว่าจะเปิดเผยความลับเท่านั้น

(2) ขอบเขตความเสียหาย

ในความผิดฐานกรรโชก ผู้ถูกข่มขืนใจอาจจะเกิดความเสียหายโดยถูกใช้กำลังประทุษร้าย หรืออาจจะเกิดความเสียหายจากการที่ผู้ข่มขืนใจขู่เชิญว่าจะทำอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สินของผู้ถูกขู่เชิญหรือบุคคลที่สาม ส่วนในความผิดฐานริดเอาทรัพย์สิน ความเสียหายจะเกิดเฉพาะกรณีที่ถูกขู่เชิญ แต่ความเสียหายมิได้จำกัดเฉพาะแต่ความเสียหายในชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สินของผู้ถูกขู่เชิญหรือบุคคลที่สามเท่านั้น แต่ยังหมายความถึงความเสียหายอย่างอื่นอีกด้วย เช่น ความเสียหายต่อจิตใจ เป็นต้น

(3) ความแท้จริงของข้อความ

¹⁰⁸ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และ ภาค 3, หน้า 747.

¹⁰⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1945/2514

¹¹⁰ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2, หน้า 250-251.

ความผิดฐานกรรโชกนั้น ผู้กระทำอาจเชื่อว่าจะทำอันตรายต่อชื่อเสียงของผู้กระทำ ดังนั้นจึงไม่จำกัดว่าการทำอันตรายดังกล่าวจะเกิดขึ้นจากเรื่องใด ไม่ว่าเรื่องนั้นจะเป็นเท็จหรือจริงก็ตาม และไม่ต้องคำนึงถึงผลจากการกรรโชกว่าจะเกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงของผู้นั้นหรือไม่ ส่วนความผิดฐานรีดเอาทรัพย์สิน ข้อความที่จะถูกเปิดเผยนั้นจะต้องเป็นความจริงเท่านั้น และก่อให้เกิดความเสียหายหากความลับดังกล่าวถูกเปิดเผย ดังนั้น แม้ผู้กระทำจะเชื่อด้วยเรื่องที่ไม่เป็นความจริง ก็ไม่มีความผิดฐานรีดเอาทรัพย์สิน แต่ถ้าการกระทำดังกล่าวครบองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 337 ผู้กระทำก็ยังคงรับผิดฐานกรรโชก

ความผิดฐานรีดเอาทรัพย์สินสามารถนำมาปรับใช้แก่กรณีการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมได้ ในกรณีที่ผู้กระทำเชื่อให้ผู้ถูกระทำส่งมอบประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินให้ หากไม่กระทำตามที่เชื่อจะนำภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศเผยแพร่ ซึ่งภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศเป็นความลับที่ผู้ถูกข่มขืนใจประสงค์จะปกปิดมิให้ผู้อื่นล่วงรู้ ซึ่งการเผยแพร่นั้นจะทำให้ผู้ถูกข่มขืนใจได้รับความเสียหายต่อทั้งความเป็นส่วนตัวและชื่อเสียง หากผู้ถูกข่มขืนใจยอมตามที่ถูกระทำ การกระทำเช่นนั้นจึงเป็นความผิดสำเร็จ แต่ถ้าผู้กระทำได้ข่มขืนใจให้ผู้อื่นจ่ายเงินมาให้ มิเช่นนั้นจะเปิดเผยความลับรูปภาพ และวิธีทัศน์ที่ผู้ถูกข่มขืนใจเคยไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับชายอื่นในขณะที่ยังไม่หย่าขาดจากผู้ข่มขืนใจ แต่ผู้ถูกข่มขืนใจไม่จ่ายเงินให้ตามที่ถูกระทำนี้จึงเป็นเพียงการพยายามรีดเอาทรัพย์สินเท่านั้น¹¹¹

3.3 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

ในหัวข้อนี้จะได้พิจารณาว่าพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นั้นจะคุ้มครองเหยื่อจากการถูกระทำต่อภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศด้วยการบันทึกและเผยแพร่โดยไม่ได้รับความยินยอมได้เพียงใด โดยก่อนจะพิจารณาถึงฐานความผิดต่าง ๆ จะต้องพิจารณาก่อนว่าหลักเกณฑ์ของงานที่จะได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้เป็นอย่างไร ซึ่งพิจารณาได้ ดังนี้¹¹²

1) การแสดงออกซึ่งความคิด (Expression of Idea)

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ. ศ. 2537 มาตรา 6 วรรคสอง บัญญัติว่า “การคุ้มครองลิขสิทธิ์ ไม่คลุมถึงความคิด หรือขั้นตอนกรรมวิธี หรือระบบ หรือวิธีใช้หรือทำงาน หรือแนวคิด หลักการการค้นพบ หรือทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์ หรือคณิตศาสตร์” สอดคล้องกับความตกลงทริปส์ ข้อ 9 ที่ว่า

¹¹¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1188/2561

¹¹² อรรถพรณ พนัสพัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557), หน้า 23.

“ Copyright protection shall extend to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such.” แสดงให้เห็นถึงหลักของการทำงานสร้างสรรค์ที่จะต้องแสดงให้เห็นออกมาเป็นรูปธรรมและสามารถสื่อไปยังผู้อื่นได้มิใช่เป็นเพียงความคิดเท่านั้น

2) การสร้างสรรค์ด้วยตนเอง (Originality)

งานที่จะถือเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้จะต้องเป็นงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้ทำหรือก่อให้เกิดขึ้นโดยใช้ความวิริยะอุตสาหะของผู้สร้างงานซึ่งได้ทุ่มเทกำลัง สติปัญญา ความรู้ความเชี่ยวชาญ หรือ วิจารณ์ญาณจากประสบการณ์ลงไปในงานพอสมควรด้วย มิใช่สักแต่ว่าทำงานนั้นขึ้น หรืองานนั้นเกิดขึ้นโดยบังเอิญ นอกจากนี้จะต้องมีที่มาหรือเกิดจากผู้สร้างสรรค์นั้นโดยมิได้คัดลอก ทำซ้ำ ตัดแปลงมาจากงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ผู้อื่นได้ทำไว้ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะงานนั้นจะมีคุณภาพหรือไม่¹¹³

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 4 บัญญัตินิยามคำว่า “ผู้สร้างสรรค์ หมายความว่า ผู้ทำหรือก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์อย่างใดอย่างหนึ่งที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้”

ตัวอย่าง กรณีการสร้างสรรค์ด้วยตนเอง (Originality) อันทำให้งานที่สร้างสรรค์ขึ้นเป็นศิลปกรรม อันมีลิขสิทธิ์และได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5202/2552 งานที่จะได้รับความคุ้มครองในลักษณะของงานศิลปกรรมแม้กฎหมายจะไม่ได้มุ่งประสงค์ให้งานนั้นต้องมีคุณค่าทางศิลปะ แต่ก็ต้องเป็นงานที่สร้างสรรค์ขึ้นด้วยตนเอง (Originality) ในลักษณะที่ควรจะได้รับ ความคุ้มครองตามกฎหมาย มิใช่เป็นเพียงงาน (Work) ซึ่งทำขึ้นโดยทั่วไปเท่านั้น อ. เป็นผู้สร้างงานขึ้น โดยภาพวาดรูปมือในงานนั้นมีลักษณะของการจัดวางมือทั้งสองข้างที่จับอยู่บนเสื้อ ซึ่งเป็นงานสร้างสรรค์รูปทรงที่ประกอบด้วยเส้นและสีเมื่อไม่เป็นการลอกเลียนหรือตัดแปลงมาจากงานที่มีอยู่เดิม ย่อมแสดงให้เห็นถึงความเป็นงานสร้างสรรค์ (Original) ที่สร้างขึ้นด้วยตนเอง จึงมีลักษณะเป็นงานศิลปกรรมลักษณะงานจิตรกรรมอันได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

¹¹³ ปริญญา ตีผดุง, รวมคำบรรยาย ภาคหนึ่ง สมัยที่ 70 ปีการศึกษา 2560 เล่มที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2560), หน้า 144-145.

3) งานชนิดที่กฎหมายรับรอง (Type of Work)

งานชนิดที่กฎหมายรับรองหรือจะได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 6 คืองานสร้างสรรค์ประเภทต่าง ๆ ได้แก่ งานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หรืองานอื่นใด ในแผนกวรรณคดีแผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะของผู้สร้างสรรค์ ไม่ว่างานดังกล่าวนั้นจะ แสดงออกโดยวิธีหรือรูปแบบอย่างไร

ทั้งนี้ โดยมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้ให้นิยามงานอันมีลิขสิทธิ์ ประเภทต่าง ๆ ซึ่งจะพิจารณาเฉพาะคำนิยามที่เกี่ยวข้องกับภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศไว้เท่านั้น ดังนี้

“ศิลปกรรม” หมายความว่า งานอันมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดหรือหลายอย่าง ดังต่อไปนี้

(5) งานภาพถ่าย ได้แก่ งานสร้างสรรค์ภาพที่เกิดจากการใช้เครื่องมือบันทึกภาพโดยให้แสง ผ่านเลนส์ไปยังฟิล์มหรือกระจกและล้างด้วยน้ำยาซึ่งมีสูตรเฉพาะหรือด้วยกรรมวิธีใด ๆ อันทำให้เกิด ภาพขึ้น หรือการบันทึกภาพโดยเครื่องมือหรือวิธีการอย่างอื่น

ทั้งนี้ ไม่ว่าจะงานตาม (1) - (7) จะมีคุณค่าทางศิลปะหรือไม่ และให้หมายความรวมถึง ภาพถ่าย และแผนผังของงานดังกล่าวด้วย

“งานแพร่เสียงแพร่ภาพ” หมายความว่า งานที่นำออกสู่สาธารณะโดยการเผยแพร่เสียงทาง วิทยุกระจายเสียง การแพร่เสียงและหรือภาพทางวิทยุโทรทัศน์ หรือโดยวิธีอย่างอื่นอันคล้ายคลึงกัน

4) งานที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย (Non-illegal Work)

แม้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จะไม่ได้บัญญัติไว้ในมาตราใดอย่างชัดเจนว่า งานที่จะ ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้ต้องเป็นงานที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย แต่อาจถือได้ว่า องค์ประกอบข้อนี้เป็นหลักการทั่วไปในการให้ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ โดยงาน สร้างสรรค์ดังกล่าวจะต้องไม่เป็นงานที่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย ไม่เป็นงานที่ขัดต่อความสงบ เรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งสอดคล้องกับที่ศาลได้วางหลักเกณฑ์ไว้ในคำพิพากษา ศาลฎีกาที่ 3705/2530 ว่าเทปบันทึกภาพที่มีการแสดงบางตอนอันเป็นภาพลามก ซึ่งผู้ใดทำหรือมีไว้ หรือมีส่วนเกี่ยวข้องในการค้า เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 งานดังกล่าวนี้ มิใช่งานสร้างสรรค์ตามความหมายแห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 และลิขสิทธิ์ที่บุคคล

สามารถเป็นเจ้าของได้ จะต้องเป็นลิขสิทธิ์ในงานที่สร้างสรรค์โดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ในคดีดังกล่าว ศาลฎีกาจึงได้ขยายหลักเกณฑ์ของงานอันได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ โดยให้ถือว่างานสร้างสรรค์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมเป็นงานที่ไม่อาจมีลิขสิทธิ์ได้¹¹⁴

เมื่อได้พิจารณาถึงหลักเกณฑ์ของงานที่จะได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 แล้ว ต่อไปจะได้นำฐานความผิดที่เกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์มาวินิจฉัยว่าจะสามารถนำมาปรับใช้เพื่อคุ้มครองเหยื่อได้หรือไม่ เพียงใด

3.3.1 ความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชน

มาตรา 27 บัญญัติว่า

“การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 15 (5) ให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำการดังต่อไปนี้

(1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง

(2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน”

มาตรา 69 บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงตามมาตรา 27 ... ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท”

ความผิดฐานนี้ คือ การละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้น ซึ่งเป็นการกระทำต่องานอันมีลิขสิทธิ์โดยตรงโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือได้รับความยินยอมจากเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือมิได้ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด และไม่เข้าข้อยกเว้นตามกฎหมาย โดยลักษณะการกระทำผิดจะแตกต่างกันตามแต่ละประเภทของงานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้

คำว่า “ทำซ้ำ” เป็นคำที่ปรากฏในมาตรา 4 ซึ่งหมายความรวมถึง คัดลอกไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ เลียนแบบ ทำสำเนา ทำแม่พิมพ์ บันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกเสียงและภาพ จากต้นฉบับ จากสำเนา หรือจากการโฆษณาในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน สำหรับในส่วนที่เกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้หมายความถึง คัดลอกหรือทำสำเนาโปรแกรม

¹¹⁴ ไซยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2562), หน้า 70.

คอมพิวเตอร์จากสื่อบันทึกใด ไม่ว่าด้วยวิธีใด ๆ ในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ โดยไม่มีลักษณะเป็นการ จัดทำงานชิ้นใหม่ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

คำว่า “ดัดแปลง” หมายความว่า ทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปใหม่ ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติม หรือจำลองงานต้นฉบับในส่วนอันเป็นสาระสำคัญโดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานชิ้นใหม่ ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

(4) ในส่วนที่เกี่ยวกับศิลปกรรม ให้หมายความรวมถึง เปลี่ยนงานที่เป็นรูปสองมิติ หรือสามมิติ ให้เป็นรูปสามมิติหรือสองมิติ หรือทำหุ่นจำลองจากงานต้นฉบับ

คำว่า “เผยแพร่ต่อสาธารณชน” หมายความว่า ทำให้ปรากฏต่อสาธารณชน โดยการแสดง การบรรยาย การสวด การบรรเลง การทำให้ปรากฏด้วยเสียงและหรือภาพ การก่อสร้าง การจำหน่าย หรือโดยวิธีอื่นใดซึ่งงานที่ได้จัดทำขึ้น

การที่เหยื่อจะได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้ มีข้อพิจารณา ดังนี้

1. เหยื่อจะต้องเป็นผู้สร้างสรรค์ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศขึ้นเอง เพราะ พระราชบัญญัตินี้คุ้มครอง “ผู้สร้างสรรค์” เป็นสำคัญ เช่น เหยื่อได้บันทึกภาพส่วนบุคคลที่มี ลักษณะอับอายทางเพศขึ้นเอง แล้วทำการส่งภาพนั้นให้แก่ผู้อื่น จนผู้นั้นนำภาพดังกล่าวไปเผยแพร่ โดยไม่ได้รับความยินยอม กรณีนี้เหยื่อเป็นผู้สร้างสรรค์ที่อาจได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้ ได้ ขึ้นอยู่กับว่าภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศนั้นเข้าลักษณะของการเป็นสิ่งอันลามก หรือไม่ แต่โดยลักษณะของการบันทึกหรือเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่น โดยไม่ได้รับความยินยอม ผู้ที่ทำการบันทึกหรือเผยแพร่โดยมากมักจะเป็นผู้อื่นเป็นผู้กระทำความผิด มิใช่ การกระทำของเหยื่อ ทำให้เหยื่อไม่ได้เป็นผู้สร้างสรรค์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้

2. ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศต้องไม่ใช่สิ่งอันลามก กล่าวคือ ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศที่เหยื่อทำการบันทึกนั้นจะต้องไม่ใช่ภาพที่มีลักษณะลามก เพราะหากเป็นภาพลามกจะส่งผลให้ขาดองค์ประกอบของการเป็นงานที่จะได้รับความคุ้มครองเพราะ เป็นงานที่ผิดกฎหมาย ภาพที่มีลักษณะลามกจึงไม่อาจมีลิขสิทธิ์ได้ ด้วยเหตุนี้ ผู้ที่สร้างสรรค์จึงไม่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งโดยลักษณะของภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ มักจะต้องเผยให้เห็นถึงอวัยวะของร่างกายอันพึงสงวนและปกปิดของผู้อื่น หรือภาพที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำกิจกรรมทางเพศ ซึ่งแนวคำพิพากษาส่วนใหญ่วินิจฉัยว่าสิ่งอันลามกจะเป็นไปในรูปของ

ภาพเปลือยมนุษย์ หรือภาพอวัยวะเพศทั้งของหญิงหรือชาย ภาพการร่วมเพศ หรือการบรรยายให้เกิดจินตนาการดังกล่าวเพื่อยั่วให้เกิดความใคร่ทางกามารมณ์ ดังนั้น ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอวัยวะทางเพศที่เข้าลักษณะดังกล่าวล้วนแต่เป็นภาพลามกทั้งสิ้น

ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอวัยวะทางเพศที่อาจไม่เข้าลักษณะลามก เช่น ภาพหญิงหรือชายสวมชุดชั้นใน หรือภาพหญิงหรือชายขณะใช้ห้องสุขาโดยไม่เห็นอวัยวะเพศ หรือภาพชายกำลังอาบน้ำโดยเห็นร่างกายเพียงแต่ท่อนบน หรือภาพหญิงอาบน้ำในอ่างที่มีฟองสบู่ปิดบังเรือนร่าง เป็นต้น แต่ถึงแม้ภาพเหล่านี้จะไม่ใช่ภาพลามก การจะได้รับความคุ้มครองก็ต้องเป็นภาพที่เหยื่อเป็นผู้สร้างสรรค์ขึ้นเอง มิใช่ภาพที่ผู้กระทำการแอบบันทึกสร้างขึ้น นอกจากนั้นการสร้างสรรค์งานต้องใช้ความวิริยะอุตสาหะ ของผู้สร้างงานซึ่งได้ทุ่มเทกำลังสติปัญญา ความรู้ความเชี่ยวชาญ หรือ วิจารณ์ญาณจากประสบการณ์ลงไปในงานพอสมควรด้วย มิใช่สักแต่ทำงานนั้นขึ้น จึงจะเป็นงานที่มีลิขสิทธิ์ได้ ถ้าเป็นแต่เพียงภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอวัยวะทางเพศที่เหยื่อถ่ายตนเอง ไม่ถือว่าเป็นงานที่วิริยะอุตสาหะในงานดังกล่าวแต่อย่างใด ทำให้อ้างความคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้ไม่ได้ แต่ถ้าหากเหยื่อที่ เป็นผู้หญิงใช้ความรู้ความสามารถของตนในการบันทึกภาพตนเองสวมชุดชั้นใน โดยจัดแสดงลีลา ท่าทางต่าง ๆ หลายอิริยาบถ เพื่อต้องการส่งให้คนรักของตนดูเพียงผู้เดียว ต่อมาคนรักได้นำภาพออกเผยแพร่ต่อสาธารณชน ถือได้ว่าภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอวัยวะทางเพศนั้นมีลิขสิทธิ์ และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนี้

เมื่อผ่านหลักเกณฑ์ข้างต้นมาแล้วก็ยังคงพบว่าบทบัญญัติลักษณะดังกล่าวมีแต่เพียงโทษปรับไม่เกินสองแสนบาทเพียงสถานเดียว ไม่มีโทษจำคุกแต่อย่างใด ตามมาตรา 69 ของพระราชบัญญัติดังกล่าว ซึ่งถ้าหากผู้กระทำความผิดที่มีฐานะทางการเงินก็จะไม่กลัวการถูกปรับ ทำให้การไม่อาจข่มขู่ ยับยั้งการกระทำความผิดได้ และเมื่อความผิดฐานนี้มีแต่เพียงโทษปรับสถานเดียว ดังนั้น ถ้ามีได้ฟ้องและได้ตัวผู้กระทำความผิดมาศาลภายในกำหนดหนึ่งปี นับแต่วันกระทำความผิด คดีจะขาดอายุความตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 95 (5)

3.4 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

ในหัวข้อนี้จะได้พิจารณาว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 นั้นจะปรับใช้กับการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอวัยวะทางเพศด้วย

การบันทึกและเผยแพร่โดยไม่ได้รับความยินยอมซึ่งได้กระทำผ่านระบบคอมพิวเตอร์ได้เพียงใด ซึ่งก่อนจะได้พิจารณาถึงฐานความผิดจะได้อธิบายถึงบทนิยามศัพท์ที่เกี่ยวข้องเสียก่อน พิจารณาได้ ดังนี้

มาตรา 3 บัญญัติว่า

“ในพระราชบัญญัตินี้

“ระบบคอมพิวเตอร์” หมายความว่า อุปกรณ์หรือชุดอุปกรณ์ของคอมพิวเตอร์ที่เชื่อมการทำงานเข้าด้วยกัน โดยได้มีการกำหนดคำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใด และแนวทางปฏิบัติงานให้อุปกรณ์หรือชุดอุปกรณ์ทำหน้าที่ประมวลผลข้อมูลโดยอัตโนมัติ

“ข้อมูลคอมพิวเตอร์” หมายความว่า ข้อมูล ข้อความ คำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใดบรรดาที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ในสภาพที่ระบบคอมพิวเตอร์อาจประมวลผลได้ และให้หมายความรวมถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วย”

ความหมาย “ระบบคอมพิวเตอร์” หมายถึงอุปกรณ์หรือชุดอุปกรณ์ซึ่งในทางวิทยาศาสตร์ ได้แก่ ฮาร์ดแวร์และซอฟต์แวร์ที่พัฒนาขึ้นเพื่อประมวลผลข้อมูลดิจิทัล (digital data) อันประกอบด้วยเครื่องคอมพิวเตอร์ และอุปกรณ์รอบข้าง (peripheral) ต่าง ๆ ในการรับเข้าหรือป้อนข้อมูล (input) นำเข้าหรือแสดงผลข้อมูล (output) และบันทึกหรือเก็บข้อมูล (store and record) ระบบคอมพิวเตอร์จึงอาจเป็นอุปกรณ์เพียงเครื่องเดียว หรือหลายเครื่องอันมีลักษณะเป็นชุดเชื่อมต่อกัน โดยอาจเชื่อมต่อผ่านระบบเครือข่ายก็ได้ และมีลักษณะการทำงานโดยอัตโนมัติตามโปรแกรมหรือซอฟต์แวร์ที่กำหนดไว้¹¹⁵

ความหมายในภาษาทั่วไป หมายถึงอุปกรณ์ที่ได้มีการพัฒนาให้มีการทำงานประมวลผลข้อมูลโดยอัตโนมัติแล้ว ดังนั้นเครื่องคอมพิวเตอร์ เช่น โน้ตบุ๊กที่ซื้อมายังไม่ถือว่าเป็น “ระบบคอมพิวเตอร์” จนกว่าจะได้มีการทำงานผ่านระบบเครือข่ายหรือโดยซอฟต์แวร์¹¹⁶

ความหมาย “ข้อมูลคอมพิวเตอร์” หมายถึงข้อมูลทุกอย่างที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ รวมทั้งชุดคำสั่งด้วยหากอยู่ในสภาพที่ระบบคอมพิวเตอร์อาจประมวลผลได้ นอกจากนั้นยังให้หมายความรวมถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วย¹¹⁷

¹¹⁵ พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 (กรุงเทพมหานคร: สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม, 2550), หน้า 2-3.

¹¹⁶ เรื่องเดียวกัน.

3.4.1 ความผิดฐานนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามก และข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้

มาตรา 14 บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำความผิดที่ระบุไว้ดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ....

(4) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้

(5) เผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ตาม (1) (2) (3) หรือ (4)....”

คอมพิวเตอร์หรือระบบคอมพิวเตอร์อาจถูกใช้เป็นเครื่องมือในการประกอบอาชญากรรมได้แทบทุกประเภท ที่เห็นได้ชัดเจนก็คือความผิดฐานเผยแพร่ภาพลามกที่อาศัยอินเทอร์เน็ตในการการกระทำความผิดขึ้น และเป็นที่แพร่หลายยิ่งขึ้นเรื่อย ๆ ตามกาลเวลาที่เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งการกระทำเช่นนี้ก็เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาอยู่แล้ว แต่เหตุที่ผู้ร่างกฎหมายยังคงบัญญัติให้การกระทำเช่นนี้เป็นความผิดในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 อีก ก็เพราะระบบคอมพิวเตอร์ได้เป็นส่วนสำคัญของการประกอบกิจการและการดำรงชีวิตของมนุษย์ การกระทำใดที่เกิดขึ้นในระบบคอมพิวเตอร์โดยเฉพาะอย่างยิ่งการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์อันลามกซึ่งประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายกระทบกระเทือนต่อสังคม รวมทั้งความสงบสุขและศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นวงกว้าง ยิ่งกว่าการกระทำตามปกติ จึงต้องกำหนดฐานความผิดนี้ขึ้นเป็นมาตรการเฉพาะสำหรับการกระทำที่ได้กระทำผ่านระบบคอมพิวเตอร์เพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำดังกล่าว

ตามมาตรา 14 (4) คำว่า “นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์” หมายถึง การนำข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากแหล่งจัดเก็บหนึ่ง บันทึกหรือดาวน์โหลดลงในระบบ

คอมพิวเตอร์ เช่น นำข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในแผ่นดีวีดีหรือยูเอสบีแฟลชไดรฟ์มาบันทึกลงในระบบคอมพิวเตอร์¹¹⁸

คำว่า “ลามก” เป็นคำสามัญที่ไม่มีการนิยามศัพท์ แต่เป็นคำที่ใช้เป็นองค์ประกอบความผิดฐานเผยแพร่วัตถุหรือสิ่งอันลามก ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 ดังนั้น ข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดจะเข้าองค์ประกอบความผิด “ลามก” หรือไม่ จึงใช้มาตรฐานเดียวกันกับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287 ดังที่ได้อธิบายแล้ว

คำว่า “ประชาชน” ไม่ได้มีความหมายถึงบุคคลจำนวนมาก ในชั้นกรรมาธิการร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว มีข้อถกเถียงว่าควรจะใช้คำว่า “ผู้อื่น” หรือคำว่า “ประชาชน” และท้ายที่สุดกรรมาธิการฯ ตกลงใช้คำว่า “ประชาชน” โดยได้รับคำชี้แจงจากตัวแทนของสำนักงานอัยการสูงสุดและที่ปรึกษากฎหมายของกรรมาธิการฯ ว่า คำว่า “ประชาชน” ที่ระบุไว้ในมาตรา 14 (4) นั้นมีความหมายว่า “บุคคลมากกว่าหนึ่งคนขึ้นไป” ก็ถือว่าเป็นประชาชนตามกฎหมายนี้แล้ว¹¹⁹

คำว่า “ประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้” หมายถึง ระบบคอมพิวเตอร์นั้นเป็นระบบที่ประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ ไม่ว่าจะเป็ระบบคอมพิวเตอร์ของผู้นำข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือไม่ ถ้าประชาชนทั่วไปเข้าถึงได้ ผู้นำเข้าย่อมมีความผิดตามมาตรานี้ แต่ถ้าเป็นระบบคอมพิวเตอร์ที่ใช้เป็นการส่วนตัว ประชาชนทั่วไปไม่อาจเข้าถึงได้ ก็ไม่เป็นความผิด¹²⁰

ประเด็นนี้ได้มีตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยไว้ ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1188/2561 จำเลยนำภาพและวิดีโอลามกส่งเข้าระบบคอมพิวเตอร์ ส่งให้บุตรสาวโจทก์ดูเพื่อประจานโจทก์ ซึ่งมีเพียงจำเลยและบุตรสาวโจทก์เท่านั้นที่มีรหัสในการเข้าดูประชาชนทั่วไปไม่สามารถเข้าดูได้หากไม่ทราบรหัส จึงไม่เป็นความผิดตาม พ.ร.บ.ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 มาตรา 14 (4)

บทบัญญัติมาตรา 14 (4) สามารถนำมาปรับใช้กับการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมซึ่งได้กระทำผ่านระบบคอมพิวเตอร์ได้ เช่น นายคำโพสต์ภาพเปลือยของนางแดง คนรักเก่าลงในสื่อสังคมออนไลน์โดยตั้งค่าเป็นสาธารณะ กรณีนี้

¹¹⁸ สรวุฑ ปิตียาศักดิ์, คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 พร้อมด้วยประกาศกระทรวงที่เกี่ยวข้อง (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2561), หน้า 190.

¹¹⁹ ไพบูลย์ อมรภิญโญเกียรติ, คำอธิบาย พ.ร.บ.คอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 (กรุงเทพมหานคร: โปริทัศน์, 2553), หน้า 68.

¹²⁰ สรวุฑ ปิตียาศักดิ์, คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 พร้อมด้วยประกาศกระทรวงที่เกี่ยวข้อง, หน้า 191.

ถือได้ว่าสื่อสังคมออนไลน์เป็นระบบคอมพิวเตอร์เพราะมีการเชื่อมต่อผ่านระบบเครือข่ายที่มีลักษณะการทำงานโดยอัตโนมัติตามโปรแกรมหรือซอฟต์แวร์ที่ผู้ให้บริการสื่อสังคมออนไลน์กำหนดไว้ และภาพเปลือยเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ เพราะเป็นข้อมูลที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ที่ระบบคอมพิวเตอร์อาจประมวลผลได้ เมื่อมีลักษณะอันลามก และประชาชนทั่วไปเข้าถึงได้ จึงสามารถปรับกับบทบัญญัตินี้ได้ แต่หากการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์อันลามกที่ประชาชนทั่วไปไม่อาจเข้าถึงได้¹²¹ ผู้กระทำก็ไม่มี ความผิดฐานนี้ เช่น นายดำมีภาพนางแดงเปลือยกายบันทึกไว้ อยู่ในโทรศัพท์มือถือของนายดำ ต่อมานายดำจึงแนบรูปดังกล่าวส่งไปยังที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ของนายม่วง กรณีนี้แม้จะมีการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์อันลามก แต่ประชาชนทั่วไปไม่อาจเข้าถึงได้ จึงไม่มีความผิดฐานนี้แต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม ขั้นตอนการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศโดยไม่ได้ ได้รับความยินยอม เช่น นายดำใช้โทรศัพท์บันทึกภาพใต้กระโปรงของผู้หญิงคนหนึ่ง กรณีนี้แม้ว่าจะมีการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์อันลามกก็ตาม แต่ก็ไม่อาจนำบทบัญญัตินี้มาปรับใช้ได้ เพราะการบันทึกภาพลงในระบบคอมพิวเตอร์ เฉพาะผู้ที่บันทึกเท่านั้นจึงสามารถเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์เช่นนี้ได้ จึงไม่เข้าองค์ประกอบที่ว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้

3.4.2 ความผิดฐานเผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่า ข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นลามกและประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้

มาตรา 14 บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำความผิดที่ระบุไว้ดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ...

(4) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้

(5) เผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ตาม (1) (2) (3) หรือ (4) ...”

¹²¹ มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554).
หน้า 99.

มาตรา 14 (5) เป็นความผิดฐานเผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เผยแพร่หรือส่งต่อนั้นเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์อันลามกและประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ตามมาตรา 14 (4) ซึ่งเป็นความผิดที่เกี่ยวเนื่องกันกับความผิดฐานนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามก และข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ เพราะการจะผิดฐานนี้ได้ผู้กระทำการเผยแพร่หรือส่งต่อจะต้องรู้ว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นมีลักษณะอันลามกและประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้เสียก่อน โดยบทบัญญัติมุ่งจะลงโทษต่อการเผยแพร่หรือส่งต่อครั้งที่สองเป็นต้นไป เพื่อระงับยับยั้งไม่ให้ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะอันลามกและประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ลุกลามจนไม่อาจควบคุมได้ จึงต้องมีบทบัญญัตินี้ขึ้นเพื่อข่มขู่ยับยั้งให้ผู้ที่เข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์อันลามกที่ประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ ไม่ทำการเผยแพร่หรือส่งต่อข้อมูลนั้นต่อไปอีกทอด อันจะเป็นการซ้ำเติมความเสียหายให้เพิ่มเป็นเท่าทวี

คำว่า “ส่งต่อ” นั้นมีผู้อธิบายไว้ว่า “ส่งต่อ” รวมถึงกรณีที่บุคคลส่งข้อมูลที่มีลักษณะลามกอนาจารระหว่างกันเพียงลำพังสองคน โดยไม่จำเป็นต้องเป็นข้อมูลที่ประชาชนเข้าถึงได้¹²² ซึ่งผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับคำอธิบายเช่นว่านี้เพราะมาตรา 14 (5) ในส่วนที่ว่า “โดยรู้อยู่แล้วว่า เป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ตาม (4)” ย่อมต้องพิจารณาว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ตาม (4) คือข้อมูลใด ซึ่งใน (4) ระบุว่า “ข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้” ย่อมหมายความว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ตาม (4) นอกจากจะมีลักษณะอันลามกแล้ว จะต้องเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้อีกด้วย ไม่น่าจะหมายความเฉพาะข้อมูลนั้นมีเพียงลักษณะอันลามกเพียงอย่างเดียว เนื่องจากกฎหมายใช้คำเชื่อมว่า “และ” ทั้งการตีความเช่นนี้จะขัดกับสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองคือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยกฎหมายไม่ประสงค์จะก้าวล่วงในขอบเขตของความเป็นผู้ใหญ่และส่วนตัวลำพังที่ไม่ก่อให้เกิดผลร้ายต่อศีลธรรมของประชาชน

สำหรับวิธีการเผยแพร่หรือส่งต่อนั้นจะต้องมีการเผยแพร่หรือส่งต่อผ่านระบบคอมพิวเตอร์ โดยไม่หมายความรวมถึงการส่งต่อทางกายภาพ เช่น การส่งดิสเกตต์ หรือสิ่งพิมพ์ออก (printout)¹²³ กล่าวคือ องค์ประกอบความผิดข้อนี้ก็เป็นเพียงการเผยแพร่หรือส่งต่อข้อมูลคอมพิวเตอร์ ซึ่งเป็นวิธีการที่ระบบคอมพิวเตอร์สร้างขึ้นมาเพื่อให้มีการส่งต่อหรือเผยแพร่ข้อมูลได้โดยง่ายเท่านั้น

¹²² ไพบูลย์ อมรภิญโญเกียรติ, คำอธิบาย พ.ร.บ.คอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550, หน้า 69.

¹²³ พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550, หน้า

การจะเป็นความผิดตามมาตรา 14 (5) ผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด กล่าวคือ ต้องรู้ว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เผยแพร่หรือส่งต่ออันเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เป็นความผิดตาม มาตรา 14 (1) (2) (3) หรือ (4)¹²⁴ เช่น นาย ก. นำเข้าซึ่งภาพอันมีลักษณะลามก โดยโพสต์ไว้ในเว็บไซต์แห่งหนึ่ง นาย ข. เข้าไปในเว็บไซต์ดังกล่าว ได้คัดลอกทำเป็น hyperlink แล้วนำไปโพสต์ไว้ในเว็บไซต์แห่งอื่น เช่นนี้ นาย ก. จะมีความผิดฐานนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์อันมีลักษณะลามก ตามมาตรา 14 (4) ส่วนนาย ข. นั้น จะมีความผิดฐานเผยแพร่หรือส่งต่อข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามมาตรา 14 (4) อันเป็นความผิดตามมาตรา 14 (5)¹²⁵

อย่างไรก็ตามข้อจำกัดของความผิดฐานนี้ก็คือ การที่ผู้นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ขึ้นต้น นำเข้าในลักษณะที่ประชาชนทั่วไปไม่อาจเข้าถึงได้ ต่อมาผู้ที่ได้ข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นส่งต่อไปก็ จะไม่เป็นความผิดฐานนี้แต่อย่างใด เช่น นายดำส่งภาพเปลือยของนางสาวคนรักเก่าให้นายม่วงเพื่อนของนายดำ ต่อมานายม่วงส่งต่อภาพนั้นให้แก่นายเขียวอีกทอด กรณีเช่นนี้ นายม่วงไม่มีความผิดฐานเผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นลามกและประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้

3.5 พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

ในยุคที่มีการล่วงละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวเป็นส่วนตัวของข้อมูลส่วนบุคคลเป็นจำนวนมากจนสร้างความเดือดร้อนรำคาญหรือความเสียหายให้แก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ประกอบกับความก้าวหน้าของเทคโนโลยีทำให้การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลอันเป็นการล่วงละเมิดดังกล่าวทำได้โดยง่าย สะดวก และรวดเร็ว ก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจโดยรวม ในที่สุดรัฐบาลจึงประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 28 พฤษภาคม 2562 และจะมีผลบังคับใช้ตามกฎหมายในวันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป เว้นแต่บทบัญญัติในหมวด 2 หมวด 3 หมวด 5 หมวด 6 หมวด 7 และความในมาตรา 95 และมาตรา 96 ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งปีนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป ซึ่งจะครบกำหนดในวันที่ 27 พฤษภาคม 2563

¹²⁴ มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554), หน้า 99.

¹²⁵ เรื่องเดียวกัน.

พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 เป็นกฎหมายที่กำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของบุคคลต่าง ๆ ที่เข้ามาเกี่ยวข้องในกระบวนการ “การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล” กำหนดสิทธิและกระบวนการบังคับสิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล และการจัดสรรความรับผิดชอบของบุคคลต่าง ๆ ในกระบวนการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่เกิดขึ้น

ในหัวข้อนี้จึงจะได้พิจารณาว่าพระราชบัญญัตินี้ให้ความคุ้มครองต่อกรณีการถูกบันทึกหรือเปิดเผยภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมได้หรือไม่ ซึ่งพิจารณาได้ดังนี้

3.5.1 ความผิดฐานใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยไม่ได้รับความยินยอม

มาตรา 79 บัญญัติว่า

“ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 27 วรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ...โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นเกิดความเสียหาย เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น ถูกเกลียดชัง หรือได้รับความอับอาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินห้าแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 27 วรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ...เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ความผิดตามมาตรานี้เป็นความผิดอันยอมความได้”

บทบัญญัตินี้เป็นความผิดที่เกิดจากการที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนข้อห้ามตามมาตรา 27 ซึ่งบัญญัติว่า

“ห้ามมิให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล เว้นแต่เป็นข้อมูลส่วนบุคคลที่เก็บรวบรวมได้โดยได้รับยกเว้นไม่ต้องขอความยินยอมตามมาตรา 24 หรือมาตรา 26

บุคคลหรือนิติบุคคลที่ได้รับข้อมูลส่วนบุคคลมาจากการเปิดเผยตามวรรคหนึ่งจะต้องไม่ใช่หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อวัตถุประสงค์อื่นนอกเหนือจากวัตถุประสงค์ที่ได้แจ้งไว้กับผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลในการขอรับข้อมูลส่วนบุคคลนั้น

ในกรณีที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้รับยกเว้นไม่
ต้องขอความยินยอมตามวรรคหนึ่ง ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องบันทึกการใช้หรือเปิดเผยนั้นไว้ใน
รายการตามมาตรา 39”

การที่จะนำบทบัญญัติข้างต้นมาปรับใช้กับการบันทึกหรือเปิดเผยภาพส่วนบุคคลที่มี
ลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมนั้น ก่อนอื่นจะต้องพิจารณาว่าภาพส่วน
บุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศเป็น “ข้อมูลส่วนบุคคล” หรือไม่ เพราะหากไม่เป็นข้อมูลส่วนบุคคล
ก็ไม่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัตินี้เลย

คำว่า “ข้อมูลส่วนบุคคล” หมายความว่า ข้อมูลเกี่ยวกับบุคคลซึ่งทำให้สามารถระบุ
ตัวบุคคลนั้นได้ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม แต่ไม่รวมถึงข้อมูลของผู้ถึงแก่กรรมโดยเฉพาะ¹²⁶

คำว่า “ข้อมูล” อาจเป็นข้อมูลในลักษณะใด ๆ ก็ได้ทั้งที่เป็นข้อมูลที่มนุษย์เข้าใจได้
หรือไม่ก็ได้ โดยเป็นข้อมูลที่คอมพิวเตอร์หรืออุปกรณ์ต่าง ๆ สามารถเข้าถึงได้โดยอัตโนมัติหรือถูกจัด
ไว้อย่างเป็นระบบพร้อมให้เข้าถึงข้อมูลเพื่อใช้ในการเก็บรวบรวมเพื่อการประมวลผลของคอมพิวเตอร์
หรืออุปกรณ์นั้น หรือเพื่อเป็นส่วนหนึ่งของระบบข้อมูลเพื่อการประมวลผลนั้น หรือการประมวลผล
โดยคอมพิวเตอร์หรืออุปกรณ์นั้นตามคำสั่งหรือโปรแกรมที่กำหนดไว้¹²⁷

ด้วยเหตุนี้ “ข้อมูลส่วนบุคคล” จึงเป็น “ข้อมูล” ทั้งหลายที่สามารถใช้ระบุถึงบุคคล
ที่เป็น “เจ้าของข้อมูล” ได้แม้ว่าจะเป็นข้อมูลที่อยู่ในรูปแบบกระดาษหรือในรูปแบบอื่น ๆ แต่ได้มีไว้
เพื่อจะนำไปใช้ประมวลผลต่อไป และแม้ว่าตัวข้อมูลที่มีอยู่นั้นจะไม่สามารถใช้ระบุถึงบุคคลได้แต่หาก
ใช้ร่วมกันกับข้อมูลหรือสารสนเทศอื่น ๆ ประกอบกันแล้วก็จะสามารถระบุถึงตัวบุคคลได้ โดยไม่
จำเป็นว่าข้อมูลหรือสารสนเทศอื่นนั้นได้มีอยู่ด้วยกัน โดยไม่ขึ้นอยู่กับว่าข้อมูลนั้นจะเป็นจริงหรือเป็น
เท็จ¹²⁸

ตัวอย่างข้อมูลที่เป็นข้อมูลส่วนบุคคล¹²⁹

(1) ชื่อ-นามสกุล หรือชื่อเล่น

¹²⁶ พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาตรา 6

¹²⁷ ปิยะบุตร บุญอร่ามเรือง และคณะ, *Thailand Data Protection Guidelines 2.0 : แนวปฏิบัติเกี่ยวกับการ
คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล* (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2562), หน้า 25.

¹²⁸ เรื่องเดียวกัน.

¹²⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 26.

(2) เลขประจำตัวประชาชน เลขหนังสือเดินทาง เลขบัตรประกันสังคม เลขใบอนุญาตขับขี่ เลขประจำตัวผู้เสียภาษี เลขบัญชีธนาคาร เลขบัตรเครดิต (การเก็บเป็นภาพสำเนาบัตรประชาชนหรือสำเนาบัตรอื่น ๆ ที่มีข้อมูลส่วนบุคคลที่กล่าวมาย่อมสามารถใช้ระบุตัวบุคคลได้โดยตัวมันเอง จึงถือเป็นข้อมูลส่วนบุคคล)

(3) ที่อยู่ อีเมล หมายเลขโทรศัพท์

(4) ข้อมูลอุปกรณ์หรือเครื่องมือ เช่น IP address MAC address Cookie ID

(5) ข้อมูลทางชีวมิติ (Biometric) เช่น รูปภาพใบหน้า ลายนิ้วมือ ฟิล์มเอกซเรย์ ข้อมูลสแกนม่านตา ข้อมูลอัตลักษณ์เสียง ข้อมูลพันธุกรรม

(6) ข้อมูลระบุทรัพย์สินของบุคคล เช่น ทะเบียนรถยนต์ โฉนดที่ดิน

(7) ข้อมูลที่สามารถเชื่อมโยงไปยังข้อมูลข้างต้นได้ เช่น วันเกิดและสถานที่เกิด เชื้อชาติ สัญชาติ น้าหนัก ส่วนสูง ข้อมูลตำแหน่งที่อยู่ ข้อมูลการแพทย์ ข้อมูลการศึกษา ข้อมูลทางการเงิน ข้อมูลการจ้างงาน

(8) ข้อมูลหมายเลขอ้างอิงที่เก็บไว้ในไมโครฟิล์ม แม้ไม่สามารถระบุไปถึงตัวบุคคลได้ แต่หากใช้ร่วมกับระบบดัชนีข้อมูลอีกระบบหนึ่งก็จะสามารถระบุไปถึงตัวบุคคลได้ ดังนั้นข้อมูลในไมโครฟิล์มจึงเป็นข้อมูลส่วนบุคคล

(9) ข้อมูลการประเมินผลการทำงานหรือความเห็นของนายจ้างต่อการทำงานของลูกจ้าง

(10) ข้อมูลบันทึกต่าง ๆ ที่ใช้ตรวจสอบกิจกรรมต่าง ๆ ของบุคคล เช่น log file

(11) ข้อมูลที่สามารถใช้ในการค้นหาข้อมูลส่วนบุคคลผู้อื่นในอินเทอร์เน็ต

จากคำอธิบายข้างต้นจึงพอสรุปได้ว่าภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศเป็นข้อมูลทางชีวมิติที่แสดงให้เห็นถึงพฤติกรรมทางเพศ จึงเป็นข้อมูลส่วนบุคคล

ประเด็นที่จะต้องพิจารณาถัดไป คือ ผู้ที่บันทึกหรือเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมนั้น เป็นบุคคลที่จะต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัตินี้หรือไม่ ซึ่งก็จะต้องพิจารณาว่าผู้นั้นเป็น “ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล” หรือไม่

ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลเป็นบุคคลแรกที่เข้าไปเกี่ยวข้องกับการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล ในขณะที่ผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลเป็นบุคคลที่ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลตามคำสั่งหรือในนามของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล โดยมาตรา 6 ให้ความหมายของคำว่า “ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล” ไว้ว่า บุคคลหรือนิติบุคคลซึ่งมีอำนาจหน้าที่ตัดสินใจเกี่ยวกับการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล ดังนั้น การพิจารณาว่าผู้ใดเป็นผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือไม่ จะต้องพิจารณาว่าผู้นั้นมี “อำนาจหน้าที่ตัดสินใจ” เกี่ยวกับการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล หรือไม่

ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล คือบุคคลที่กำหนด “วัตถุประสงค์” (purposes) และ “วิธีการ” (means) ของการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล อำนาจในการ “กำหนด” นี้ อาจเกิดขึ้นโดยสัญญาหรือโดยกฎหมายก็ได้ และสัญญานั้นก็อาจจะไม่ได้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่พิจารณาจากความสามารถในการมีอำนาจตัดสินใจหรือมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล โดยต้องพิจารณาจากสถานะแวดล้อมที่ทำให้บุคคลนั้นมีอำนาจในการควบคุมตามความเป็นจริง เช่น สำนักงานกฎหมายแห่งหนึ่งได้รับการว่าจ้างให้เป็นที่ปรึกษากฎหมายให้กับบริษัทในการดำเนินคดีชั้นศาล ในการทำหน้าที่ของสำนักงานกฎหมายดังกล่าว สำนักงานฯ มีความจำเป็นต้องประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทในคดี ในกรณีนี้ วัตถุประสงค์ของการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของสำนักงานฯ คือเพื่อการทำหน้าที่ทนายความในศาล ซึ่งหน้าที่นี้ไม่ได้ระบุโดยเฉพาะเจาะจงว่าต้องมีการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของใครและอย่างไร แต่สำนักงานฯ มีความเป็นอิสระในการเลือกข้อมูลเพื่อนำเสนอเป็นพยานหลักฐานในศาล หน้าที่ดังกล่าวนี้ทำให้สำนักงานทนายความฯ เป็นผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล เนื่องจากเป็นผู้กำหนดวัตถุประสงค์และวิธีการในการประมวลผลนี้¹³⁰

“วัตถุประสงค์” และ “วิธีการ” ถือเป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่สุดในการพิจารณาสถานะของ “ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล” เนื่องจากกฎหมายกำหนดว่าในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลต้องมีวัตถุประสงค์ที่ชัดแจ้งและชอบด้วยกฎหมาย และต้องไม่ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลเกินไปกว่าวัตถุประสงค์นั้น และมี “วิธีการ” เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว โดยวิธีการนี้ก็ต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนและการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะกับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลประกอบด้วย การกำหนด “วัตถุประสงค์” และ “วิธีการ” จึงเป็นการตัดสินใจว่าผู้

¹³⁰ ศุภวัชร มาลาพันธ์, “ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลคือใคร ไม่อยากเป็นได้หรือไม่ ?” [ออนไลน์], เข้าถึงเมื่อ 5 พฤศจิกายน 2563. แหล่งที่มา: <https://www.kaohoon.com/content/393519>

ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจะประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลเพื่ออะไร และอย่างไร ดังนั้น ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจึงได้แก่บุคคลที่กำหนดทั้ง “วัตถุประสงค์” และ “วิธีการ” ไม่สามารถเลือกเพียงแต่การกำหนด “วัตถุประสงค์” โดยไม่กำหนด “วิธีการ” แต่ในส่วนของกำหนดยุติวิธีนั้นก็อาจไม่มีความจำเป็นต้องกำหนดในรายละเอียดทั้งหมดก็ได้ อาจกำหนดเพียงกรอบการดำเนินงานและให้ผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลเป็นผู้ดำเนินการในรายละเอียดของวิธีการได้ แต่เมื่อใดก็ตามที่ผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลเข้ามามีส่วนกำหนดและตัดสินใจ ในส่วนกระบวนการของการกำหนด “วัตถุประสงค์” ผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลก็อาจจะกลายเป็นผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลร่วมได้¹³¹

การบันทึกและเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม ตัวผู้กระทำไม่มีอำนาจหน้าที่ในการตัดสินใจ เพราะไม่ใช่ผู้กำหนด “วัตถุประสงค์” และ “วิธีการ” ของการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล ทั้งฐานของการมีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดดังกล่าวจะต้องมาจากฐานสัญญา หรือกฎหมาย แต่การกระทำเหล่านั้นหาได้มีคำแนะนำและคำสอนองต้องตรงกันระหว่างผู้บันทึกและเผยแพร่กับเหยื่อแต่อย่างใดไม่ เป็นการกระทำโดยปราศจากอำนาจของผู้กระทำโดยแท้ ดังนั้น ผู้ที่ทำการดังกล่าวจึงไม่ใช่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลตามบทนิยามมาตรา 6 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ส่งผลให้ไม่อาจนำกฎหมายนี้มาปรับใช้ได้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹³¹ เรื่องเดียวกัน.

บทที่ 4

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศในต่างประเทศ

การศึกษาถึงการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมด้วยการบันทึกและเผยแพร่ นั้นจากการศึกษากฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง ยังไม่เพียงพอต่อการจัดการกับปัญหาที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของผู้เสียหาย ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เสียหายที่ตกเป็นเหยื่ออย่างมาก ทั้งความเสียหายต่อร่างกาย จิตใจ เสรีภาพ ชื่อเสียง และทรัพย์สิน บางกรณีที่มีการกระทำความผิดส่งผลกระทบต่อจิตใจก็อาจเป็นเหตุให้ผู้เสียหายฆ่าตัวตายได้ในที่สุด นอกจากนี้ผลของการกระทำยังส่งผลต่อการใช้ชีวิตประจำวันของเหยื่อไม่ว่าจะเป็นการระมัดระวังภัยจากการถูกคุกคามในรูปแบบต่าง ๆ หรือต้องออกจากงานเพราะอับอาย

ปัญหาเช่นนี้ก็ยังเป็นปัญหาเรื้อรังที่เกิดขึ้นในสังคมไทยอย่างต่อเนื่อง ดังที่ได้ปรากฏให้เห็นจากหน้าหนังสือพิมพ์ต่าง ๆ มากมาย และมีความเป็นไปได้ว่าจะเกิดการกระทำความผิดเช่นนี้เพิ่มสูงขึ้นตามการพัฒนาอย่างก้าวกระโดดของเทคโนโลยีสมัยใหม่ ส่งผลให้การกระทำความผิดเกิดขึ้นได้ง่ายและยากต่อการถูกจับกุม ในการแก้ปัญหาดังกล่าวนี้ในต่างประเทศได้ตรากฎหมายที่บัญญัติฐานความผิดเฉพาะไว้เพื่อคุ้มครองผู้เสียหายที่ตกเป็นเหยื่อโดยตรง ด้วยเหตุนี้เป็นการสมควรอย่างยิ่งที่จะนำกฎหมายและมาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศมาศึกษาเพื่อเป็นการแสวงหาแนวทางในการกำหนดให้การกระทำต่อภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมด้วยการบันทึกและเผยแพร่เป็นฐานความผิดเฉพาะสำหรับการแก้ไขและป้องกันมิให้เกิดการกระทำผิดขึ้นตั้งแต่ต้น โดยนำกฎหมายต่างประเทศเป็นต้นแบบมาเป็นแนวทางในการปรับใช้ในการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในราชอาณาจักรไทยต่อไป

การศึกษาในครั้งนี้จะนำกฎหมายของต่างประเทศที่ได้มีการตรากฎหมายให้การบันทึกและเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมเป็นความผิด ได้แก่ สหรัฐอเมริกา โดยศึกษาในมลรัฐนิวยอร์กและมลรัฐอิลลินอยส์ อังกฤษ แคนาดา ในลำดับสุดท้ายคือ สาธารณรัฐสิงคโปร์ เพื่อนำเสนอถึงที่มาของแนวคิดในการตรากฎหมายขึ้นบังคับใช้ ฐานความผิด องค์ประกอบความผิดและเหตุยกเว้นความผิดของกฎหมายในแต่ละประเทศ ซึ่งจะสะท้อนให้เห็นถึงพัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว ในความพยายามที่จะตอบสนองต่อปัญหา

ผ่านช่วงเวลาของการตรากฎหมายขึ้นบังคับใช้ของประเทศที่นำมาศึกษา โดยพิจารณาเป็นลำดับดังต่อไปนี้

4.1 สหรัฐอเมริกา

4.1.1 ความเป็นมาของกฎหมายที่เกี่ยวกับการบันทึกและเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม

ในค.ศ. 1990 เป็นต้นมาได้เกิดกรณีการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศโดยไม่ได้รับความยินยอมมากขึ้น ด้วยเหตุนี้ สภานิติบัญญัติในหลายมลรัฐได้ผ่านร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา กำหนดให้การบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม (video voyeurism) เป็นความผิดอาญา โดยมลรัฐอลาสก้าได้มีการตรากฎหมายดังกล่าวใน ค.ศ. 1995 เพื่อตอบสนองต่อเหตุการณ์การซ่อนกล้องถ่ายวิดีโอในห้องเปลี่ยนเสื้อผ้าของนักเรียนมัธยมปลาย¹ และมลรัฐคอนเนคติกัต ตรากฎหมายขึ้นใน ค.ศ. 1998 จากเหตุการณ์ที่นักเรียนชายได้ใช้กล้องจากโทรศัพท์มือถือบันทึกภาพของนักเรียนหญิงที่เรียนอยู่ชั้นเดียวกันในขณะกำลังสวมใส่ชุดว่ายน้ำโดยไม่ได้รับความยินยอมและปราศจากความรับรู้ของนักเรียนหญิงนั้น แล้วได้นำภาพที่ได้ส่งต่อให้แก่เพื่อนนักเรียนคนอื่น เมื่อสองมลรัฐนี้ได้ตรากฎหมายขึ้นมาเพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นนี้โดยเฉพาะ ส่งผลให้หลังจากนั้นในอีกหลายมลรัฐก็ได้มีการตรากฎหมายในลักษณะเดียวกันเพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจนครบทุกมลรัฐในสหรัฐอเมริกา แต่ก่อนหน้าที่จะมีการตรากฎหมายนี้จนครบ หลายมลรัฐจะใช้กฎหมายเท่าที่มีอยู่ในขณะนั้นบังคับใช้กับการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม เช่น ความผิดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของสังคม หรือความผิดเกี่ยวกับการก่อความรำคาญ เป็นต้น²

เมื่อแต่ละมลรัฐได้มีการตราบทบัญญัติที่มุ่งแก้ไขปัญหาเรื่องการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมมากขึ้น ในที่สุดเพื่อป้องปรามการกระทำความผิด และเป็นหลักประกันการมีสิทธิส่วนบุคคลที่จะต้องรอดพ้นจากความกลัวจากการถูกผู้อื่นเฝ้ามองการใช้ชีวิตตามปกติ ทั้งข่มขู่ขู่ขังอาชญากรรมให้ก่อความผิดในลักษณะเดียวกันอันจะเป็นการคุกคามความเป็นส่วนตัวของสาธารณชน สภานิติบัญญัติได้ผ่านร่างกฎหมาย Video

¹ Justin Brown, *Video Voyeurism, Privacy, and the Internet: Exposing Peeping Toms in Cyberspace*, 18 ed. (Cardozo Arts & Ent. L.J., 2000), pp. 524-526.

² Antonietta Vitale, "Video Voyeurism and the Right to Privacy: The Time for Federal Legislation Is Now," *Seton Hall Legislative Journal* 27 (2003): 381.

Voyeurism Protection Act of 2004 เพื่อแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเพิ่มเติมมาตรา 1801 อันเป็นความผิดเกี่ยวกับการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมในลักษณะที่ 18 หมวด 88 ความเป็นส่วนตัว

กรณีของการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมนั้น การที่บทบัญญัติเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับที่ 1 บัญญัติรับรองคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกและเสรีภาพในการพูดของประชาชน ทำให้ประชาชนมีสิทธิโดยเด็ดขาดในการแสดงความคิดเห็นได้อย่างกว้างขวาง แม้จะเป็นการขัดแย้งกับความเชื่อของรัฐก็ตาม ดังนั้น สื่อลามกอนาจารซึ่งเป็นการใช้เสรีภาพในการแสดงออกในรูปแบบหนึ่ง จึงได้รับการรับรองคุ้มครองจากบทบัญญัติเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวด้วย ทำให้การเผยแพร่สื่อลามกอนาจารไม่เป็นความผิดทางอาญาแต่อย่างใด มีข้อยกเว้น คือ การเผยแพร่สื่อลามกอนาจารจะเป็นความผิดต่อเมื่อสื่อลามกอนาจารนั้นจะต้องมีลักษณะรุนแรง (Extreme pornography) กล่าวคือมีเนื้อหาแสดงความวิตถารหรือแสดงให้เห็นอวัยวะเพศอย่างโจ่งแจ้ง หรือมีเนื้อหาแสดงรสนิยมทางเพศที่ใช้ความรุนแรง (Sadomasochistic) หรือเป็นสื่อลามกประเภทอื่นที่กฎหมายบัญญัติห้ามไว้โดยชัดแจ้ง เช่น สื่อลามกอนาจารเด็ก³

เมื่อสื่อลามกอนาจารที่แสดงการมีกิจกรรมทางเพศ หรือแสดงภาพบุคคลขณะโป๊เปลือย ยังไม่ถือว่าเป็นการแสดงให้เห็นพฤติกรรมทางเพศอย่างโจ่งแจ้งจึงไม่ถือว่ามีลักษณะรุนแรง ดังนั้น การเผยแพร่ภาพลามกอนาจารส่วนตัวจึงไม่เป็นความผิดทางอาญาเช่นเดียวกัน ด้วยเหตุดังกล่าวจึงส่งผลให้เกิดการเรียกร้องให้มีการบัญญัติฐานความผิดเฉพาะสำหรับการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมขึ้น โดยมีทั้งสิ้น 46 มลรัฐที่มีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับเรื่องนี้ โดยมลรัฐนิวเจอร์ซีย์เป็นแห่งแรกที่ได้มีการบัญญัติฐานความผิดดังกล่าวขึ้นใน ค.ศ. 2004 และมลรัฐนิวยอร์กเป็นแห่งสุดท้ายใน ค.ศ. 2019 ซึ่งในแต่ละมลรัฐจะบัญญัติให้ความหนักเบาของโทษ รวมทั้งองค์ประกอบความผิดที่แตกต่างกันออกไป

³ Benjamin A. Genn, "What Comes Off, Comes Back to Burn: Revenge Pornography as the Hot New Flame and How It Applies to the First Amendment and Privacy Law," *American University Journal of Gender Social Policy and Law* 23, No.1 (2014): 176.

4.1.2 กฎหมายที่เกี่ยวกับการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่น โดยไม่ได้รับความยินยอม

4.1.2.1 กฎหมายระดับสหรัฐ

ประมวลกฎหมายสหรัฐ มาตรา 1801 การบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศโดยไม่ได้รับความยินยอม บัญญัติว่า

“(a) ผู้ใด ในเขตอำนาจศาลทางดินแดนและทะเลของสหรัฐอเมริกา มีเจตนาในการจับภาพบริเวณส่วนตัวของบุคคลโดยปราศจากความยินยอมของผู้นั้น และได้กระทำไปโดยรู้ว่าอยู่ภายใต้สถานการณ์ที่ผู้หนึ่งพึงคาดหมายได้ถึงความเป็นส่วนตัวอย่างสมเหตุผล ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนเหรียญสหรัฐ หรือจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือทั้งจำทั้งปรับ

(b) ในมาตรานี้

(1) คำว่า “จับภาพ” หมายความว่า บันทึกเทปวีดิทัศน์ บันทึกภาพถ่าย บันทึกภาพยนตร์ บันทึกด้วยวิธีการอื่นใด หรือออกอากาศ

(2) คำว่า “ออกอากาศ” หมายความว่า การกระจายภาพโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์โดยมีเจตนาเพื่อให้ภาพนั้นถูกเห็นโดยบุคคลคนหนึ่งหรือหลายคน

(3) คำว่า “บริเวณส่วนตัวของบุคคล” หมายความว่า การเปลือย หรือสวมชุดชั้นใน ซึ่งอวัยวะเพศ บริเวณหัวเหน่า บั้นท้าย หรือหน้าอกหญิง

(4) คำว่า “หน้าอกหญิง” หมายความว่า ส่วนใดส่วนหนึ่งของหน้าอกหญิงบริเวณส่วนบนสุดของบริเวณลานหัวนม และ

(5) คำว่า “ภายใต้สถานการณ์ซึ่งบุคคลพึงคาดหมายความเป็นส่วนตัวอย่างสมเหตุผล” หมายความว่า

(A) สถานการณ์ซึ่งวิญญูชนจะเชื่อได้ว่าเขาหรือเธอสามารถเปลื้องผ้าได้อย่างเป็นส่วนตัว โดยปราศจากความกังวลว่าภาพของบริเวณอันเป็นส่วนตัวของบุคคลจะไม่ถูกจับภาพ หรือ

(B) สถานการณ์ซึ่งวิญญูชนจะเชื่อได้ว่าบริเวณอันเป็นส่วนตัวของบุคคลจะไม่ปรากฏสู่สาธารณะ ไม่ว่าผู้หนึ่งจะอยู่ที่สาธารณสถานหรือที่รโหฐาน

(c) มาตรการนี้ไม่ใช่บังคับแก่กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมาย การคุมประพฤติ หรือ การข่าว ซึ่งชอบด้วยกฎหมาย”⁴

วิเคราะห์ได้ ดังนี้

1. บทบัญญัติมาตรา 1801 นี้บัญญัติขึ้นโดยต้องการป้องปรามการกระทำที่มีความเปลี่ยนแปลงไปซึ่งในค.ศ. 2004 ที่ตรากฎหมายนี้ กล้องถ่ายรูปเริ่มมีขนาดเล็กลงเรื่อย ๆ และ โทรศัพท์มือถือก็สามารถที่จะบันทึกภาพได้เช่นกัน ทำให้การกระทำขยายตัวเป็นวงกว้างมากขึ้น นอกจากนี้การเข้าถึงเครือข่ายอินเทอร์เน็ตในสมัยนั้นประชาชนทั่วไปเริ่มเข้าถึงได้มากขึ้น จึงต้องกำหนดให้การกระทำเป็นความผิดขึ้น แต่มิได้บัญญัติให้การแอบดูด้วยตาเปล่าเป็นความผิดแต่อย่างใด

2. บทบัญญัติมาตรา 1801 ได้บัญญัติให้การออกอากาศด้วยวิธีการอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งอยู่ในความหมายของการจับภาพตามบทนิยามเป็นความผิด โดยมิได้บัญญัติถึงการนำภาพแอบบันทึกนั้นไปเผยแพร่ด้วยวิธีทางกายภาพแต่อย่างใด ด้วยต้องการเน้นย้ำถึงภัยอันตรายของการออกอากาศทางอิเล็กทรอนิกส์จะเป็นภัยอันตรายร้ายแรงกว่าการเผยแพร่ด้วยวิธีการทางกายภาพ สะท้อนให้เห็นการแก้ไขปัญหาการแพร่กระจายผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ตโดยตรง

3. ในอนุมาตรา (b) (5) (b) ของมาตรา 1801 นอกจากจะบัญญัติให้ความคุ้มครองความเป็นส่วนตัวของบุคคลในที่สาธารณะแล้ว ยังรวมถึงที่สาธารณสถานอีกด้วย เพื่อแก้ไขปัญหาการบันทึกภาพใต้กระโปรงสตรี และการถ่ายภาพเหนือคอเสื้อสตรี ซึ่งการกระทำเหล่านี้มักเกิดขึ้นในที่สาธารณสถาน หากจะบัญญัติคุ้มครองเฉพาะที่สาธารณะก็จะเกิดช่องว่างทางกฎหมายที่ไม่อาจคุ้มครองบุคคลได้อย่างทั่วถึง จึงต้องบัญญัติคุ้มครองความเป็นส่วนตัวของบุคคลในที่สาธารณะด้วยนั่นเอง

4. มาตรา 1801 ไม่กำหนดเจตนาพิเศษเพื่อความพึงพอใจทางเพศ อาศัยเพียงการพิสูจน์เจตนาธรรมดาเท่านั้น กล่าวคือผู้กระทำจะต้องรู้ว่าบุคคลที่ปรากฏในภาพมิได้ยินยอมให้บันทึกภาพบริเวณส่วนตัว และคาดหมายได้ว่าบุคคลในภาพไม่ต้องการให้ภาพบริเวณส่วนตัวของตนถูกบันทึก

5. เนื่องจากเป็นกฎหมายระดับสหรัฐจึงใช้บังคับกับการกระทำที่เกิดขึ้นกับทรัพย์สินของสหรัฐ เช่น กองทัพ อุทยานแห่งชาติ หรือทำเนียบรัฐบาล เป็นต้น หรือใช้บังคับกับการกระทำที่คาบเกี่ยวในหลายเขตอำนาจศาล หรือที่ข้ามเขตแดนในแต่ละรัฐเท่านั้น

⁴ 18 U.S. Code § 1801

6. บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดข้อยกเว้นที่จะไม่ใช่บังคับไว้คือกรณีที่กระทำกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมาย การคุมประพฤติ หรือ การข่าว ซึ่งชอบด้วยกฎหมาย เพื่อคุ้มครองที่บุคคลที่ปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าว มิต้องถูกดำเนินคดีจากการกระทำโดยชอบนั้น

4.1.2.2 กฎหมายระดับมลรัฐ

มลรัฐต่าง ๆ ของสหรัฐได้มีการออกกฎหมายเกี่ยวกับการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม โดยอ้างอิงหลักการสำคัญมาจากประมวลกฎหมายสหรัฐ มาตรา 1801 กล่าวคือ

- (1) เป็นการบันทึกภาพโดยไม่ได้รับความยินยอม
- (2) ผู้ถูกบันทึกภาพอยู่ในสภาพเปลือย
- (3) เป็นการบันทึกภาพในสถานการณ์ซึ่งผู้ถูกบันทึกภาพคาดหมายความเป็นส่วนตัวได้อย่างสมเหตุสมผล

การบัญญัติกฎหมายในแต่ละมลรัฐมีความแตกต่างกันเรื่องลักษณะและหมวดของกฎหมายที่บัญญัติ รวมทั้งชื่อของฐานความผิด เช่น มลรัฐวอชิงตัน เท็กซัส โอไฮโอ บัญญัติไว้ในหมวดความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยเรียกชื่อฐานความผิดว่า การล้ามอง (Voyeurism) มลรัฐนิวยอร์ก บัญญัติไว้ในหมวดความผิดต่อสิทธิส่วนบุคคล โดยเรียกชื่อฐานความผิดว่า การสอดแนมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในระดับที่สอง (Unlawful surveillance in the second degree) มลรัฐอิลลินอยส์ บัญญัติไว้ในหมวดความผิดเกี่ยวกับความประพฤติไม่เรียบร้อย โดยเรียกชื่อฐานความผิดว่า การบันทึกวีดิทัศน์และการเผยแพร่การแพร่ภาพวีดิทัศน์โดยไม่ใช้อำนาจ (Unauthorized video recording and live video transmission) เป็นต้น โดยในแต่ละมลรัฐมีความแตกต่างกันอยู่สองกลุ่ม กล่าวคือ กลุ่มที่บัญญัติให้ความผิดเกี่ยวกับการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม ไม่มีองค์ประกอบเรื่องเจตนาพิเศษ เช่น มลรัฐอิลลินอยส์ ในอีกกลุ่มจะต้องมีเจตนาพิเศษเพื่อการกระตุ้นทางเพศ หรือเพื่อความพึงพอใจทางเพศ เช่น มลรัฐนิวยอร์ก โดยผู้เขียน จะทำการเทียบมลรัฐนิวยอร์กและมลรัฐอิลลินอยส์เพื่อพิจารณาให้เห็นถึงความแตกต่างกันของสองกลุ่มดังกล่าว

มลรัฐนิวยอร์ก

มลรัฐนิวยอร์กได้มีการผ่านกฎหมายในค.ศ. 2014 แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญาโดยบัญญัติความผิดฐานการสอดแนมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในระดับที่สองขึ้น ในหมวดความผิดต่อสิทธิส่วนบุคคล แยกต่างหากจากการนำภาพที่ได้จากการสอดแนมนั้นไปเผยแพร่ ดังนี้

มาตรา 250.40 การสอดแนมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย; คำนิยาม บัญญัติว่า

“คำนิยามต่อไปนี้จะบังคับกับมาตรา 250.45, 250.50, 250.55 และมาตรา 250.60:

1. “สถานที่และเวลาเมื่อบุคคลพึงคาดหวังความเป็นส่วนตัวอย่างสมเหตุผล” หมายความว่า สถานที่และเวลาเมื่อวิญญูชนจะเชื่อว่าเขาหรือเธอสามารถเปลื้องผ้าทั้งหมดด้วยความ เป็นส่วนตัว
 2. “อุปกรณ์บันทึกภาพ” หมายความว่า เครื่องจักรกลใด ๆ อุปกรณ์ในการดูภาพไม่ว่าดิจิทัลหรืออิเล็กทรอนิกส์ กล้อง โทรทัศน์เซลลูลาร์ หรือเครื่องมืออื่นใดที่สามารถบันทึก จัดเก็บ กระจายภาพซึ่งสามารถใช้ประโยชน์ในการสังเกตผู้อื่น
 3. “อวัยวะส่วนบุคคลทางเพศ” หมายความว่า อวัยวะเพศ บริเวณหัวเหน่า หรือ บั้นท้ายของชายหรือหญิง หรือหน้าอกหญิงบริเวณใต้ส่วนบนสุดของหัวนม และรวมถึงอวัยวะดังกล่าว ที่ปกคลุมด้วยชุดชั้นในด้วย
 4. “ออกอากาศ” หมายความว่า การถ่ายทอดภาพด้วยวิธีทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยมีเจตนาให้ถูกเห็นโดยผู้อื่น
 5. “เผยแพร่” หมายความว่า ให้ จัดหาให้ ให้ยืม ส่งจดหมาย ส่งทางไปรษณีย์ ส่ง ส่งต่อ โอน หรือ กระจายด้วยวิธีการอิเล็กทรอนิกส์หรือโดยประการอื่นถึงผู้อื่น
 6. “โฆษณา” หมายความว่า
 - (a) เผยแพร่ ตามที่บัญญัติไว้ในอนุมาตรา 5 ของมาตรานี้ โดยมีเจตนาให้ภาพนั้นถูก เผยแพร่ไปสืบคนหรือกว่านั้น หรือ
 - (b) เผยแพร่โดยเจตนาให้ผู้อื่นขาย หรือ
 - (c) ประกาศ นำเสนอ เปิดเผย จัดแสดง ส่งต่อไป ลงโฆษณา หรือทำให้เข้าถึงได้ ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือวิธีอื่นใดและทำให้ภาพนั้นปรากฏสู่สาธารณะ หรือ
 - (d) เผยแพร่โดยเจตนาให้ภาพถูกประกาศ นำเสนอ เปิดเผย จัดแสดง ส่งต่อไป ลง โฆษณา หรือทำให้เข้าถึงได้ ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือวิธีอื่นใดและทำให้ภาพนั้นปรากฏสู่ สาธารณะ
 7. “ขาย” หมายความว่า เผยแพร่สู่ผู้อื่นตามที่บัญญัติไว้ในอนุมาตราห้าของมาตรานี้ หรือโฆษณา ตามที่บัญญัติไว้ในอนุมาตราหกของมาตรานี้⁵
- มาตรา 250.45 การสอดแนมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในระดับที่สอง บัญญัติว่า
“บุคคลจะมีความผิดฐานสอดแนมโดยมิชอบด้วยกฎหมายในระดับสองเมื่อ:

⁵ N.Y. Penal Law § 250.40

1. ผู้ใดเพื่อความเพลิดเพลิน หรือความบันเทิง หรือเพื่อด้อยค่า หรือข่มเหงผู้อื่น หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือผู้อื่น ใช้ ติดตั้ง ออกอากาศ บันทึก หรืออนุญาตให้ใช้หรืออนุญาตให้ ติดตั้งอุปกรณ์บันทึกภาพในการมองดูอย่างลับ ๆ ซึ่งอวัยวะส่วนบุคคลทางเพศของผู้อื่น หรือในขณะที่ผู้อื่นสวมเสื้อผ้าหรือเปลือยผ้า ในสถานที่และเวลาเมื่อผู้นั้นพึงคาดหมายได้ถึงความเป็นส่วนตัวอย่างสมเหตุผล โดยปราศจากความรับรู้หรือความยินยอมของผู้นั้น หรือ

2. ผู้ใดเพื่อความตื่นตัวทางเพศ หรือเพื่อความพึงพอใจทางเพศของตนหรือผู้อื่น ใช้ ติดตั้ง ออกอากาศ บันทึก หรืออนุญาตให้ใช้หรืออนุญาตให้ติดตั้งอุปกรณ์บันทึกภาพในการมองดูอย่างลับ ๆ ซึ่งอวัยวะส่วนบุคคลทางเพศของผู้อื่น หรือในขณะที่ผู้อื่นสวมเสื้อผ้าหรือเปลือยผ้า ในสถานที่และเวลาเมื่อผู้นั้นพึงคาดหมายได้ถึงความเป็นส่วนตัวอย่างสมเหตุผล โดยปราศจากความรับรู้หรือความยินยอมของผู้นั้น หรือ

3. (a) ผู้ใดโดยไม่มีวัตถุประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมายใช้ ติดตั้ง ออกอากาศ บันทึก หรืออนุญาตให้ใช้ประโยชน์หรืออนุญาตให้ติดตั้งอุปกรณ์บันทึกภาพในการมองดูอย่างลับ ๆ ใน ห้องนอน ห้องเปลี่ยนเสื้อผ้า ห้องลงเสื้อผ้า ห้องน้ำ ห้องอาบน้ำ หรือห้องใด ๆ ที่จัดไว้ให้แขก หรือลูกค้าในโรงแรม่านรูด หรือโรงแรม หรือโรงแรม ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้นั้นได้กระทำโดยปราศจาก

(b) เพื่อประโยชน์ของอนุมาตรานี้ เมื่อผู้ใดใช้ ติดตั้ง ออกอากาศ บันทึก หรือ อนุญาตให้ใช้ประโยชน์หรืออนุญาตให้ติดตั้งอุปกรณ์บันทึกภาพในการมองดูอย่างลับ ๆ ในห้องนอน ห้องเปลี่ยนเสื้อผ้า ห้องลงเสื้อผ้า ห้องน้ำ ห้องอาบน้ำ หรือห้องใด ๆ ที่จัดไว้ให้แขก หรือลูกค้าใน โรงแรม่านรูด หรือโรงแรม หรือโรงแรม ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้นั้นได้กระทำโดยปราศจาก วัตถุประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมาย หรือ

4. ผู้ใดโดยปราศจากความรับรู้หรือความยินยอมของผู้อื่น ใช้ ติดตั้ง ออกอากาศ บันทึก หรืออนุญาตให้ใช้ประโยชน์หรืออนุญาตให้ติดตั้งอุปกรณ์บันทึกภาพในการมองดูอย่างลับ ๆ ซึ่ง อวัยวะส่วนบุคคลทางเพศของผู้อื่น หรือได้เสื้อผ้าที่สวมใส่โดยผู้อื่น

5. ผู้ใด เพื่อความเพลิดเพลิน หรือความบันเทิง หรือเพื่อความตื่นตัวทางเพศ หรือ กระตุ้นทางเพศ หรือเพื่อประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่น หรือเพื่อด้อยค่าหรือข่มเหงบุคคล ใช้ ติดตั้ง ออกอากาศ บันทึก หรืออนุญาตให้ใช้ประโยชน์หรืออนุญาตให้ติดตั้งอุปกรณ์บันทึกภาพในการ มองดูอย่างลับ ๆ ในรูปแบบดังต่อไปนี้

(a) เข้าร่วมในกิจกรรมทางเพศตามที่บัญญัติไว้ในอนุมาตราสิบของมาตรา 130.00⁶

(b) ในภาพเดียวกันเกี่ยวกับอวัยวะส่วนบุคคลทางเพศของผู้อื่น และ

⁶ มาตรา 130.00 อนุมาตรา 10 บัญญัติว่า “การกระทำทางเพศ” หมายความว่า การมีเพศสัมพันธ์ การร่วมเพศทาง ช่องปาก การร่วมเพศทางทวาร หรือการสัมผัสทางเพศ

(c) ในสถานที่และเวลาเมื่อผู้นั้นพึงคาดหมายได้ถึงความเป็นส่วนตัวอย่างสมเหตุผล โดยปราศจากความรับรู้หรือความยินยอมของผู้นั้น

ความผิดฐานนี้ต้องระวางโทษร้ายแรงระดับอี⁷”⁸

มาตรา 250.50 การสอดแนมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในระดับที่หนึ่ง บัญญัติว่า

“บุคคลมีความผิดฐานสอดแนมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในระดับที่หนึ่ง เมื่อผู้นั้นกระทำความผิดฐานสอดแนมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในระดับที่สอง และได้ถูกตัดสินว่ามีความผิดภายในสิบปีที่ผ่านมาในความผิดฐานสอดแนมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในระดับที่หนึ่ง หรือในระดับที่สอง

ความผิดฐานนี้ต้องระวางโทษร้ายแรงระดับดี⁹”¹⁰

มาตรา 250.65 บทบัญญัติเพิ่มเติม บัญญัติว่า

“บทบัญญัติมาตรา 250.45 มาตรา 250.50 มาตรา 250.55 และมาตรา 250.60 ไม่ใช้บังคับในกรณีต่อไปนี้

(a) การบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ในการกระทำตามอำนาจหน้าที่

(b) ระบบรักษาความปลอดภัยซึ่งมีการประกาศเตือนไว้อย่างชัดเจนในสถานที่ซึ่งระบบวิดิทัศน์สอดแนมถูกติดตั้งเพื่อจุดประสงค์ในการรักษาความปลอดภัย

(c) อุปกรณ์สอดแนมแบบวิดิทัศน์ซึ่งติดตั้งในลักษณะที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจน”¹¹

วิเคราะห์ได้ดังนี้

1. บทบัญญัติของมลรัฐนิวยอร์กนั้นบัญญัติขอบเขตการให้ความคุ้มครองในเรื่องภาพไว้วางใจ ดังจะสังเกตได้จากมาตรา 250.45 อนุมาตรา 3 (a) ที่ไม่จำเป็นต้องเป็นภาพของผู้อื่นในลักษณะเปลือยหรือขณะกำลังถอดเสื้อผ้า ขอเพียงเป็นการ ใช้ ติดตั้ง ออกอากาศ บันทึก หรืออนุญาตให้ใช้ประโยชน์หรืออนุญาตให้ติดตั้งอุปกรณ์บันทึกภาพในการมองดูอย่างลับ ๆ โดยปราศจากความรับรู้หรือยินยอมของผู้อื่น ในสถานที่ที่ได้กำหนดไว้ โดยปราศจากวัตถุประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมาย การกระทำก็เป็นความผิดแล้ว เพราะเป็นการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวในสถานที่บางแห่ง เมื่อเปรียบเทียบกับอนุมาตรา 1 และ 2 ที่มีองค์ประกอบภายนอกบัญญัติขอบเขตของภาพที่จะต้องเป็นภาพอวัยวะส่วนบุคคลทางเพศของผู้อื่น หรือในขณะที่ผู้อื่นสวมเสื้อผ้าหรือเปลือยผ้า การกระทำถึง

⁷ ความผิดร้ายแรงระดับอี ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 4 ปี ตามมาตรา 70 (อี) แห่งกฎหมายอาญามลรัฐนิวยอร์ก

⁸ N.Y. Penal Law § 250.45

⁹ ความผิดร้ายแรงระดับดี ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 7 ปี ตามมาตรา 70 (ดี) แห่งกฎหมายอาญามลรัฐนิวยอร์ก

¹⁰ N.Y. Penal Law § 250.50

¹¹ N.Y. Penal Law § 250.65

จะเป็นความผิด ซึ่งเป็นการบัญญัติไว้แตกต่างจากกฎหมายระดับสหรัฐอย่างชัดเจน เพราะกฎหมายระดับสหรัฐมีขอบเขตของภาพที่บันทึกว่าจะต้องเป็นภาพบริเวณส่วนตัวของบุคคลเป็นสำคัญ

2. กฎหมายมลรัฐนิวยอร์กต้องการเจตนาพิเศษเพื่อความเปลือยเปลือย หรือความบันเทิง หรือเพื่อด้อยค่า หรือข่มเหงผู้อื่น หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือผู้อื่น เพื่อความตื่นตัวทางเพศ หรือเพื่อความพึงพอใจทางเพศของตนหรือผู้อื่น หากการกระทำครอบงำประกอบภายนอกแล้ว ไม่สามารถพิสูจน์เจตนาพิเศษเหล่านี้ได้ การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด

ในประเด็นนี้มีกรณีศึกษาที่ศาลฎีกาแห่งสหรัฐตัดสินว่าในคดีหนึ่งว่า การกระทำผิดฐานการสอดแนมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในระดับที่สองตามมาตรา 250.45 นั้น นอกจากการกระทำจะครอบงำประกอบภายนอกของความผิดฐานนั้นแล้ว การกระทำของจำเลยต้องครอบงำประกอบภายในเพื่อการบัญญัติถึงองค์ประกอบภายในเพื่อความเปลือยเปลือย หรือความบันเทิง หรือเพื่อด้อยค่า หรือข่มเหงผู้อื่น หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือผู้อื่น เพื่อความตื่นตัวทางเพศ หรือเพื่อความพึงพอใจทางเพศของตนหรือผู้อื่นอีกด้วย การกระทำของจำเลยที่ใช้กล้องที่ใส่เลนส์ที่มีกำลังขยายภาพสูง ส่องเข้าไปในบ้านของเพื่อนบ้านเพื่อบันทึกภาพการกระทำของผู้ที่อยู่ในบ้านซึ่งมีทั้งเด็กและผู้ใหญ่อยู่ด้วย โดยปราศจากความยินยอมและรับรู้ของผู้ที่อยู่ในบ้านนั้น ต่อมาจำเลยนำภาพบันทึกเหล่านั้นไปจัดแสดงในงานแสดงศิลปะ ศาลเห็นว่าแม้การกระทำเช่นนี้จะเป็นการละเมิดต่อความเป็นส่วนตัวของผู้ที่อยู่ในบ้าน ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญ และแม้การกระทำจะครอบงำประกอบภายนอกแล้วก็ตาม แต่ก็ยังขาดเจตนาพิเศษทั้งหลายที่กฎหมายบัญญัติไว้ ทั้งการจัดแสดงศิลปะเป็นเสรีภาพในการแสดงออกอย่างหนึ่งตามที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครอง ด้วยเหตุนี้การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นความผิด¹²

3. กฎหมายของมลรัฐนิวยอร์กได้แบ่งลักษณะของการกระทำผิดไว้หลายรูปแบบ กล่าวคือ

(1) ความผิดเกี่ยวกับการใช้ ติดตั้ง ออกอากาศ บันทึก หรืออนุญาตให้ใช้ หรืออนุญาตให้ติดตั้งอุปกรณ์บันทึกภาพในการมองดูอย่างลับ ๆ ซึ่งอวัยวะส่วนบุคคลทางเพศของผู้อื่น หรือในขณะที่ผู้อื่นสวมเสื้อผ้าหรือเปลือยผ้า โดยแบ่งแยกเป็นสองอนุมาตราซึ่งมีองค์ประกอบภายนอกเหมือนกันแตกต่างกันแต่เพียงเจตนาพิเศษคือมาตรา 250.40 อนุมาตรา 1 เจตนาพิเศษเพื่อความ

¹² Foster v. Svenson, 128 A.D.3d 150, 152 (N.Y. App. Div. 2015)

เพลิดเพลิน หรือความบันเทิง หรือเพื่อด้อยค่า หรือข่มเหงผู้อื่น หรือเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือผู้อื่น ส่วนอนุมาตรา 2 เพื่อความตื่นตัวทางเพศ หรือเพื่อความพึงพอใจทางเพศของตนหรือผู้อื่น

(2) ความผิดเกี่ยวกับการใช้ ติดตั้ง ออกอากาศ บันทึกลง หรืออนุญาตให้ใช้ ประโยชน์หรืออนุญาตให้ติดตั้งอุปกรณ์บันทึกภาพในการมองดูอย่างลับ ๆ ในสถานที่ซึ่งกำหนดไว้ใน มาตรา 250.40 อนุมาตรา 3 (a) โดยไม่คำนึงว่าภาพนั้นจะต้องมีลักษณะของภาพส่วนบุคคลที่มี ลักษณะอับอายทางเพศ ขอเพียงเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นในสถานที่ที่กำหนดโดยไม่มีวัตถุประสงค์โดย ชอบด้วยกฎหมายก็เป็นความผิดสำเร็จ ซึ่งใน (b) ก็ได้มีการบัญญัติข้อสันนิษฐานเบื้องต้นว่าเมื่อผู้ใด ติดตั้ง ออกอากาศ บันทึกลง หรืออนุญาตให้ใช้ประโยชน์หรืออนุญาตให้ติดตั้งอุปกรณ์บันทึกภาพในการ มองดูอย่างลับ ๆ ในสถานที่ที่กำหนดไว้ ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้นั้นได้กระทำโดยปราศจาก วัตถุประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ บทบัญญัตินี้สันนิษฐานข้อเท็จจริงบางประการไว้เป็นคุณ แก่โจทก์ โจทก์ย่อมได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐาน และผลภาระการพิสูจน์ไปให้จำเลยมีหน้าที่ ต้องนำสืบหักล้างข้อสันนิษฐานของ กฎหมายนั้น อย่างไรก็ตามโจทก์จะต้องนำสืบข้อเท็จจริงที่เป็น เงื่อนไขแห่งข้อสันนิษฐาน เสียก่อน จึงจะได้รับประโยชน์ กล่าวคือโจทก์มีหน้าที่นำสืบให้เข้าเงื่อนไข แห่งบทบัญญัติอนุมาตรา 3 (a) ว่าจำเลยมีการใช้ ติดตั้ง ออกอากาศ บันทึกลง หรืออนุญาตให้ใช้ ประโยชน์หรืออนุญาตให้ติดตั้งอุปกรณ์บันทึกภาพในการมองดูอย่างลับ ๆ ในสถานที่ซึ่งกำหนดไว้ หรือไม่ ซึ่งเป็นเงื่อนไขที่จะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานของกฎหมาย ถ้าโจทก์พิสูจน์ได้ตาม เงื่อนไขดังกล่าวแล้ว ภาระการพิสูจน์จึงตกแก่จำเลยที่จะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าจำเลยกระทำการ ดังกล่าวไปโดยมีวัตถุประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมาย

(3) ความผิดเกี่ยวกับการใช้ ติดตั้ง ออกอากาศ บันทึกลง หรืออนุญาตให้ใช้ ประโยชน์หรืออนุญาตให้ติดตั้งอุปกรณ์บันทึกภาพในการมองดูอย่างลับ ๆ ซึ่งอวัยวะส่วนบุคคลทาง เพศของผู้อื่น หรือได้เสื่อผ้าที่สวมใส่โดยผู้อื่น โดยความผิดในอนุมาตรา 4 ของมาตรา 250.40 นี้ไม่ ต้องการเจตนาพิเศษ บัญญัติขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาให้การบันทึกภาพได้กระโปรงสตรีที่เกิดขึ้นในที่ สาธารณสถานเป็นสำคัญโดยมิได้มีองค์ประกอบเกี่ยวกับสถานที่และเวลาเมื่อผู้นั้นพึงคาดหมายได้ถึง ความเป็นส่วนตัวอย่างสมเหตุสมผล อย่างที่บัญญัติไว้ในอนุมาตรา 1 หรือ 2 แต่อย่างไร เพราะการถูก บันทึกภาพได้กระโปรงโดยไม่ได้รับความยินยอมนั้นในที่สาธารณสถานและไม่ว่าเวลาใดก็ตามบุคคลก็ ย่อมคาดหมายได้ถึงความเป็นส่วนตัวที่จะไม่ถูกเห็นอวัยวะส่วนบุคคลทางเพศของตนได้กระโปรงโดย ผู้อื่นทั้งสิ้น

(4) ความผิดเกี่ยวกับการการใช้ ติดตั้ง ออกอากาศ บันทึก หรืออนุญาตให้ใช้ประโยชน์หรืออนุญาตให้ติดตั้งอุปกรณ์บันทึกภาพในการมองดูอย่างลับ ๆ ซึ่งการเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศของผู้อื่น

4. คำว่า “สถานที่และเวลาเมื่อบุคคลพึงคาดหมายความเป็นส่วนตัวอย่างสมเหตุผล” ไม่รวมถึงกรณีการลักลอบแอบบันทึกในที่สาธารณะสถานต่าง ๆ เช่น ริมทะเล สวนสาธารณะ สถานีรถไฟใต้ดิน เป็นต้น เพราะการที่ผู้ใดแสดงตนเองให้ปรากฏในที่สาธารณะ ไม่ว่าจะผู้ใดที่ผ่านมาพบเห็นก็ย่อมมีสิทธิที่จะบันทึกภาพที่เห็นนั้นได้ รวมถึงสามารถเขียนเกี่ยวกับพฤติกรรมของบุคคลในสิ่งที่เห็นได้ หรือแม้แต่จะเผยแพร่ภาพที่ได้บันทึกมานั้นก็ทำได้เช่นกัน¹³

5. มีการบัญญัติเพิ่มระดับความร้ายแรงของระวางโทษกรณีที่ทำความผิดซ้ำ กล่าวคือกรณีกระทำความผิดตามมาตรา 250.40 ครั้งแรกต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 4 ปี แต่หากหลังจากถูกตัดสินว่ามีความผิดและพ้นโทษมาแล้วไม่ถึงสิบปีได้กระทำความผิดแบบเดิมซ้ำ ครั้งหลังนี้ต้องระวางโทษหนักขึ้นเป็นจำคุกไม่เกิน 7 ปี ทั้งนี้ตามมาตรา 250.50

6. ความผิดต่าง ๆ ในข้อ 3 มีข้อยกเว้นที่จะไม่ใช้บังคับกับ

- (1) การบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ในการกระทำตามอำนาจหน้าที่
- (2) ระบบรักษาความปลอดภัยซึ่งมีการประกาศเตือนไว้อย่างชัดเจนในสถานที่ซึ่งระบบวิดิทัศน์สอดแนมถูกติดตั้งเพื่อจุดประสงค์ในการรักษาความปลอดภัย
- (3) อุปกรณ์สอดแนมแบบ หรือวิดิทัศน์ซึ่งติดตั้งในลักษณะที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจน

มลรัฐอิลลินอยส์

มลรัฐอิลลินอยส์ได้มีการผ่านกฎหมายในค.ศ. 2005 แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาโดยบัญญัติความผิดฐานการบันทึกวิดิทัศน์และการเผยแพร่การแพร่ภาพวิดิทัศน์สดโดยไม่มีอำนาจ ไว้ในลักษณะที่ 26 หมวดความผิดเกี่ยวกับความประพฤติไม่เรียบร้อย ดังนี้

มาตรา 26-4. การบันทึกวิดิทัศน์และการเผยแพร่การแพร่ภาพวิดิทัศน์สดโดยไม่มีอำนาจ บัญญัติว่า

“(a) ผู้ใดจัดทำบันทึกวิดิทัศน์หรือแพร่ภาพวิดิทัศน์สดของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมที่ห้องน้ำ เติงอาบแดด ห้องอบผิวสีแทน ห้องเปลี่ยนเสื้อผ้า หรือ ห้องนอนในโรงแรม

¹³ Robert M. O'Neil, "Privacy and Press Freedom: Paparazzi and Other Intruders," *University of Illinois Law Review* 2 (1999): 712.

(a-5) ผู้ใดจัดทำบันทึกวิดิทัศน์หรือแพร่ภาพวิดิทัศน์สดของผู้อื่นในสถานที่อยู่อาศัยของผู้นั้นโดยไม่ได้รับความยินยอม

(a-6) ผู้ใดจัดทำบันทึกวิดิทัศน์หรือแพร่ภาพวิดิทัศน์สดของผู้อื่นในสถานที่อยู่อาศัยของผู้นั้นโดยไม่ได้รับความยินยอม เมื่อการบันทึกหรือการแพร่ภาพวิดิทัศน์สดนั้นมีการบันทึกหรือแพร่ภาพวิดิทัศน์สดจากภายนอกที่อยู่อาศัยของบุคคลนั้นโดยใช้อุปกรณ์เสียงหรือวิดิทัศน์ที่บันทึกหรือแพร่ภาพสดจากสถานที่ห่างไกล

(a-10) ผู้ใดจัดทำบันทึกวิดิทัศน์หรือแพร่ภาพวิดิทัศน์สดของผู้อื่นได้หรือผ่านเสื้อผ้าที่ผู้อื่นสวมใส่ เพื่อจุดประสงค์ในการดูร่างกายของบุคคลนั้นหรือชุดชั้นในที่บุคคลนั้นสวมใส่โดยไม่ได้รับความยินยอมจากบุคคลนั้น

(a-15) ผู้ใดวางหรือทำให้เกิดการวางอุปกรณ์ซึ่งบันทึกวิดิทัศน์หรือแพร่ภาพวิดิทัศน์สดของผู้อื่นที่ห้องน้ำ เติงอาบแดด ห้องอบผิวสีแทน ห้องเปลี่ยนเสื้อผ้า หรือ ห้องนอนในโรงแรม โดยเจตนาที่จะจัดทำบันทึกวิดิทัศน์หรือแพร่ภาพวิดิทัศน์สดของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้นั้น

(a-20) ผู้ใดวางหรือทำให้เกิดการวางอุปกรณ์ซึ่งบันทึกวิดิทัศน์หรือแพร่ภาพวิดิทัศน์สดของผู้อื่นโดยเจตนาที่จะบันทึกวิดิทัศน์หรือแพร่ภาพวิดิทัศน์สดในสถานที่อยู่อาศัยของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้นั้น

(a-25) ผู้ใดเผยแพร่ หรืออนุญาตให้เผยแพร่ ไม่ว่าจะด้วยวิธีการใดซึ่งบันทึกวิดิทัศน์หรือวิดิทัศน์แพร่ภาพสดซึ่งผู้นั้นรู้ว่าได้มาจากการทำหรือเผยแพร่ที่ละเมิด (a) (a-5) (a-6) (a-10) (a-15) หรือ (a-20)

(b) ข้อยกเว้น กิจการต่อไปนี้เป็นข้อยกเว้นที่จะไม่ใช้บังคับกับมาตรานี้

(1) การจัดทำบันทึกวิดิทัศน์หรือแพร่ภาพวิดิทัศน์สดโดยการบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่เพื่อการสอบสวนคดีอาญา ซึ่งเป็นไปตามกฎหมาย

(2) การจัดทำบันทึกวิดิทัศน์หรือแพร่ภาพวิดิทัศน์สดโดยเจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์เพื่อเหตุผลด้านความปลอดภัยหรือเพื่อการสอบสวนการประพฤติมิชอบที่ถูกกล่าวหาว่าเกี่ยวข้องกับบุคคลที่กระทำต่อกรมราชทัณฑ์ และ

(3) การจัดทำบันทึกวิดีโอหรือการแพร่ภาพวีดิทัศน์สดในห้องเปลี่ยนเสื้อผ้า โดยนักข่าวหรือผู้สื่อข่าวตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 8-902 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งนักข่าวหรือผู้สื่อข่าวได้รับอนุญาตให้เข้าถึงห้องเปลี่ยนเสื้อผ้าได้ โดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจเพื่อจุดประสงค์ในการสัมภาษณ์

(c) บทบัญญัติของส่วนนี้ไม่ใช้กับการบันทึกเสียงหรือการแพร่การสนทนาด้วยปากเปล่าซึ่งเป็นผลมาจากการบันทึกวีดิทัศน์หรือการแพร่วีดิทัศน์สด และตามที่มาตรา 14 ของประมวลกฎหมายนี้ใช้บังคับ

(d) โทษ

(1) การกระทำผิดตาม (a-10) (a-15) หรือ (a-20) มีความผิดโทษระดับ
เอ¹⁴

(2) การกระทำผิดตาม (a) (a-5) หรือ (a-6) มีความผิดร้ายแรงระดับสี่¹⁵

(3) การกระทำผิดตาม (a-25) มีความผิดร้ายแรงระดับสาม¹⁶

(4) การกระทำผิดตาม (a) (a-5) (a-6) (a-10) (a-15) หรือ (a-20) มีความผิดร้ายแรงระดับสามถ้าเหยื่อคือบุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปี หรือถ้าการกระทำผิดเกิดขึ้นโดยบุคคลที่ต้องลงทะเบียนเป็นผู้กระทำความผิดทางเพศภายใต้พระราชบัญญัติการขึ้นทะเบียนผู้กระทำความผิดทางเพศ

(5) การกระทำผิดตาม (a-25) มีความผิดร้ายแรงระดับสองถ้าเหยื่อคือบุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปี หรือถ้าการกระทำผิดเกิดขึ้นโดยบุคคลที่ต้องลงทะเบียนเป็นผู้กระทำความผิดทางเพศภายใต้พระราชบัญญัติการขึ้นทะเบียนผู้กระทำความผิดทางเพศ

(e) เพื่อจุดประสงค์ของมาตรานี้

¹⁴ ความผิดโทษระดับเอต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 2,500 เหรียญสหรัฐ หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามมาตรา 5-4.5-55 แห่งประมวลกฎหมายอาญามลรัฐอิลลินอยส์

¹⁵ ความผิดร้ายแรงระดับสี่ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปี ถึง 3 ปี และปรับไม่เกิน 25,000 เหรียญสหรัฐ ตามมาตรา 5-4.5-45 แห่งประมวลกฎหมายอาญามลรัฐอิลลินอยส์

¹⁶ ความผิดร้ายแรงระดับสามต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 2 ปี ถึง 5 ปี และปรับไม่เกิน 25,000 เหรียญสหรัฐ ตามมาตรา 5-4.5-40 แห่งประมวลกฎหมายอาญามลรัฐอิลลินอยส์

(1) “สถานที่อยู่อาศัย” รวมถึง ที่อยู่แบบเช่า แต่ไม่รวมถึงรวมถึงบ้านใดทางเดิน สถานที่ซักรีดหรือพื้นที่เพิ่มเติมที่ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าถึงได้

(2) “บันทึกวีดิทัศน์” หมายความว่ารวมทั้ง เทปบันทึกวีดิทัศน์ ภาพถ่าย ภาพยนตร์ หรือการบันทึกแบบอิเล็กทรอนิกส์ หรือดิจิทัลของภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหว และ “แพร่ภาพวีดิทัศน์สด” หมายความว่ารวมทั้ง การแพร่ทั้งแบบตามความเป็นจริงหรือที่เกิดขึ้นพร้อมกันซึ่งภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวแบบอิเล็กทรอนิกส์หรือดิจิทัล¹⁷

วิเคราะห์ได้ดังนี้

1. ขอบเขตของภาพมีลักษณะที่กว้างยิ่งกว่ากฎหมายของมลรัฐนิวยอร์ก กล่าวคือนอกจากจะมีสถานที่ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 26-4 (a) แล้ว ยังได้กำหนดไว้ใน (a-5) ว่าการบันทึกภาพหรือแพร่ภาพวีดิทัศน์สดในสถานที่อยู่อาศัยของผู้นั้นโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมก็เป็นความผิด โดยไม่จำกัดว่าขอบเขตของภาพที่บันทึกภายในสถานที่อยู่อาศัยของผู้อื่นนั้นต้องมีลักษณะทางเพศ เพียงบันทึกหรือแพร่ภาพสดออกไปโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมการกระทำก็เป็นความผิดสำเร็จ มีเงื่อนไขคือการบันทึกหรือแพร่ภาพวีดิทัศน์สดนั้นผู้กระทำจะต้องทำในสถานที่อยู่อาศัยของผู้อื่นนั้น ซึ่งหากเป็นการใช้อุปกรณ์เสียงหรือวีดิทัศน์กระทำจากภายนอกสถานที่อยู่อาศัยการกระทำจะเป็นความผิดตาม (a-6) ที่มุ่งบัญญัติให้ครอบคลุมถึงการบันทึกหรือแพร่ภาพวีดิทัศน์สดโดยใช้กล้องที่มีเลนส์ซูมได้จากระยะไกล

สำหรับห้องน้ำตาม (a-5) ได้มีคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์แห่งมลรัฐอิลลินอยส์อธิบายไว้ว่ารวมถึงห้องน้ำส่วนตัวด้วย เพราะบทบัญญัติไม่ได้มีการใช้ถ้อยคำว่า “สาธารณะ” แต่อย่างไร ซึ่งบทบัญญัตินี้ต้องการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวในสถานที่เหล่านั้นที่ต้องการความเป็นส่วนตัวสูงชันนั่นเอง¹⁸

2. มาตรา 26-4 (a-10) นอกจากจะบัญญัติคุ้มครองปัญหาการบันทึกหรือแพร่ภาพวีดิทัศน์สดได้กระโปรงสตรี ยังครอบคลุมถึงปัญหาจากการบันทึกหรือแพร่ภาพวีดิทัศน์สดเหนือคอเสื้อสตรีอีกด้วย ซึ่งแตกต่างจากบทบัญญัติในมลรัฐนิวยอร์กที่ครอบคลุมเฉพาะภาพได้กระโปรงสตรีเท่านั้น

¹⁷ 720 ILCS 5/26-4.

¹⁸ People v. Maillet, 2019 IL App (2d) 161114

3. มาตรา 26-4 (a-15) เป็นความผิดที่เกี่ยวกับการติดตั้งอุปกรณ์บันทึกวิดีโอหรือแพร่ภาพวิดีโอสดตามสถานที่ที่กำหนด และ (a-20) ในสถานที่อยู่อาศัย โดยไม่ได้รับความยินยอม ซึ่งเป็นเอาผิดการกระทำก่อนการบันทึกหรือแพร่ภาพวิดีโอสด เพื่อแก้ไขปัญหาการติดตั้งอุปกรณ์ดังกล่าวสำหรับการลักลอบบันทึกภาพของบุคคลทั้งตามที่สาธารณสถานที่ยังปรากฏเป็นข่าวให้เห็นอยู่จำนวนมากกว่ามีการชอนกล่องไว้ในห้องน้ำสตรี้เพื่อลักลอบบันทึกภาพที่เหยื่อกระทำกิจส่วนตัว ดังนั้น ขั้นตอนการติดตั้งจึงเป็นคนละขั้นตอนของการบันทึก เมื่อติดตั้งโดยไม่ได้รับความยินยอมในสถานที่ที่กำหนดก็เป็นความผิดสำเร็จทันที โดยไม่ต้องพิจารณาเลยว่าจะได้มีการบันทึกเกิดขึ้นจริงหรือไม่

4. มีการบัญญัติข้อยกเว้นที่จะไม่นำบทบัญญัติเหล่านี้ไปใช้บังคับอยู่ในมาตรา 26-4 (b) และ (c)

5. บทลงโทษมีความหนักเบาเกินไปตามแต่ละความผิดโดยกลุ่มความผิดที่เกี่ยวกับการบันทึกภาพใต้กระโปรงหรือเหนือคอเสื้อ กับกลุ่มการติดตั้งอุปกรณ์บันทึกภาพจะมีโทษเบาที่สุดคือจำคุกไม่เกิน 1 ปี และในอีกกลุ่มที่มีความผิดมากขึ้นคือกลุ่มบันทึกภาพในสถานที่ที่กำหนดต่าง ๆ สถานที่อยู่อาศัย หรือการลักลอบบันทึกจากสถานที่ห่างไกล ในกลุ่มนี้ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปี ถึง 3 ปี และถ้าการกระทำทั้งสองกลุ่มนี้ได้กระทำต่อบุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปีก็ต้องระวางโทษหนักขึ้น คือจำคุกตั้งแต่ 2 ปี ถึง 5 ปี

4.1.3 กฎหมายที่เกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม

4.1.3.1 กฎหมายระดับมลรัฐ

ในความผิดที่เกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมนั้นในแต่ละมลรัฐมีลักษณะของการบัญญัติอยู่สองลักษณะคือ ลักษณะแรก บัญญัติความผิดเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศที่ได้มาจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับการบันทึกตามที่แต่ละมลรัฐบัญญัติไว้ ซึ่งบางมลรัฐก็บัญญัติแต่เพียงความผิดเกี่ยวกับการบันทึกแต่ไม่ได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับการเผยแพร่ในลักษณะแรกนี้แต่อย่างใด เช่น มลรัฐแคลิฟอร์เนีย มลรัฐยูทาห์ นิวเจอร์ซีย์ เป็นต้น ส่วนอีกรูปแบบหนึ่ง การเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมโดยไม่มีองค์ประกอบว่าภาพที่ได้รับมานั้นจะต้องได้มาจากการกระทำผิดกฎหมาย ซึ่งในลักษณะหลังนี้เป็นความผิดที่ได้บัญญัติขึ้นมาใหม่ในภายหลัง แตกต่างจากความผิดลักษณะแรกที่จะบัญญัติมาพร้อมกับความผิดที่เกี่ยวกับการบันทึก

โดยมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ เป็นมลรัฐแรกที่บัญญัติความผิดฐานดังกล่าวในค.ศ. 2004 และมลรัฐนิวยอร์กเป็นมลรัฐสุดท้ายที่มีการผ่านกฎหมายเช่นนั้นในค.ศ. 2019 ทั้งนี้เนื่องจากภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศตามลักษณะแรกจะต้องมีองค์ประกอบว่าจะต้องเป็นภาพของการบันทึกโดยมิชอบ หากแต่ในความเป็นจริงภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศที่ถูกเปิดเผยออกไปนั้นบางส่วนเป็นภาพที่ได้มาจากความยินยอมในการบันทึก หรือเป็นความยินยอมที่เหยื่อส่งภาพดังกล่าวให้ผู้กระทำ ความผิดไปเองด้วยความเต็มใจด้วย ซึ่งบทบัญญัติกฎหมายในลักษณะแรกก็จะไม่สามารถนำมาปรับใช้กับการกระทำที่เกิดขึ้นข้างต้นนี้ได้ ต้องอาศัยการปรับใช้กฎหมายอื่นที่พอจะปรับใช้ได้ เช่น ความผิดฐานก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย ความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ ความผิดเกี่ยวกับเฝ้าระวังติดตามผู้อื่น หรือความผิดเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งฐานความผิดเหล่านี้ก็จะมีอุปสรรคในการปรับใช้ในการคุ้มครองผู้เสียหายที่ตกเป็นเหยื่อ เพราะองค์ประกอบของการกระทำไม่ครบ องค์ประกอบของความผิดที่นำมาปรับใช้เหล่านี้ในทุกกรณี¹⁹ อย่างไรก็ตามการกระทำในลักษณะที่สองนี้มีความแตกต่างกันอยู่สองกลุ่ม คือกลุ่มที่มีเจตนาพิเศษเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิด และกลุ่มที่ไม่ต้องการเจตนาพิเศษ โดยผู้เขียนจะทำการเทียบกมลรัฐนิวยอร์กซึ่งต้องการเจตนาพิเศษและมลรัฐอิลลินอยส์ที่ได้ตรากฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติความผิดฐานดังกล่าวในค.ศ. 2015 และไม่ต้องการเจตนาพิเศษเพื่อพิจารณาให้เห็นถึงความแตกต่างกันของสองกลุ่มดังกล่าว

มลรัฐนิวยอร์ก

มลรัฐนิวยอร์กได้แบ่งแยกความผิดเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมออกเป็นสองลักษณะ กล่าวคือ ลักษณะแรกเป็นการเผยแพร่ภาพซึ่งได้มาจากการกระทำความผิดฐานการสอดแนมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามที่ได้ศึกษามาแล้วในหัวข้อที่ 4.1.2 และอีกลักษณะหนึ่งเป็นกรณีการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมซึ่งการได้มาซึ่งภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศในฐานความผิดในลักษณะที่สองนี้ต้องไม่เกี่ยวข้องกับการบันทึกโดยไม่ได้ได้รับความยินยอม พิจารณาได้ดังนี้

ลักษณะแรก ความผิดเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพซึ่งได้มาจากการกระทำความผิดฐานการสอดแนมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

กฎหมายอาญาแห่งมลรัฐนิวยอร์กมาตรา 250.55 การเผยแพร่ภาพการสอดแนมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายระดับที่สอง บัญญัติว่า

¹⁹ Mary Anne Franks, "Revenge Porn Reform: A View from the Front Lines," *Florida Law review* (2017): 1299-1300.

“ผู้ใดเผยแพร่ภาพอวัยวะส่วนบุคคลทางเพศของผู้อื่น โดยรู้ว่าภาพนั้นได้รับมาจากการกระทำที่ครอบงำประกอบความผิดตามมาตรา 250.45 หรือ 250.50 ผู้นั้นกระทำความผิดฐานเผยแพร่ภาพการสอดแนมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายระดับที่สอง

ความผิดฐานนี้ต้องระวางโทษลหุโทษระดับเอ²⁰”²¹

มาตรา 250.60 การเผยแพร่ภาพการสอดแนมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายระดับที่หนึ่ง บัญญัติว่า

“บุคคลมีความผิดฐานเผยแพร่ภาพการสอดแนมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายระดับที่หนึ่งเมื่อ

1. ผู้ใดขายหรือโฆษณาภาพอวัยวะส่วนบุคคลทางเพศของผู้อื่นโดยรู้ว่าภาพนั้นได้รับมาจากการกระทำที่ครอบงำประกอบความผิดตามมาตรา 250.45 หรือ มาตรา 250.50

2. ผู้ใดโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เผยแพร่ภาพที่สร้างขึ้นโดยการกระทำผิดตามมาตรา 250.45 หรือ 250.50 หรือการกระทำผิดกฎหมายในเขตอำนาจศาลอื่นซึ่งครอบงำประกอบความผิดในความผิดฐานเดียวกัน หรือเป็นผู้สมรู้ร่วมคิดต่ออาชญากรรมดังกล่าว หรือทำหน้าที่เป็นตัวแทนให้กับบุคคลที่ก่ออาชญากรรมดังกล่าว หรือ

3. ผู้ใดกระทำความผิดฐานการเผยแพร่ภาพการสอดแนมโดยมิชอบด้วยกฎหมายในระดับที่สอง และได้ถูกตัดสินลงโทษภายในระยะเวลาสิบปีที่ผ่านมาของความผิดฐานการเผยแพร่ภาพการสอดแนมโดยมิชอบด้วยกฎหมายในระดับที่หนึ่งหรือสอง

ความผิดฐานนี้ต้องระวางโทษร้ายแรงระดับบี²²”²³

วิเคราะห์ได้ดังนี้

1. ความผิดฐานการเผยแพร่ภาพการสอดแนมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายระดับที่สองนั้น ผู้กระทำจะต้องรู้ว่าภาพนั้นได้มาจากการกระทำที่ครอบงำประกอบความผิดตามมาตรา 250.45 และ 250.50 ดังที่ได้อธิบายไปแล้วในหัวข้อที่ 4.1.2.2 เมื่อรู้ดังกล่าวแล้วยังเผยแพร่ภาพอวัยวะส่วนบุคคลทางเพศของผู้อื่นนั้นต่อไป การกระทำก็จะเป็นความผิดสำเร็จ แต่หากไม่รู้ว่าภาพนั้นได้มาจากการกระทำที่ครอบงำประกอบตามมาตราข้างต้น การเผยแพร่ไม่มีความผิดฐานนี้

²⁰ ความผิดลหุโทษระดับเอ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี ตามมาตรา 70.15 อนุมาตรา 1 แห่งกฎหมายอาญามลรัฐนิวยอร์ก

²¹ N.Y. Penal Law § 250.50

²² ความผิดร้ายแรงระดับบี ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 4 ปี ตามมาตรา 70 (อี) แห่งกฎหมายอาญามลรัฐนิวยอร์ก

²³ N.Y. Penal Law § 250.60

การเผยแพร่ไม่รวมถึงการที่ผู้กระทำความผิดส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งภาพที่ได้มาจากการกระทำความผิดตามมาตรา 250.45 หรือ 250.50 หาที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ของผู้กระทำความผิดเอง²⁴

2. การเผยแพร่ต้องระวางโทษหนักขึ้นกรณีที่ได้เผยแพร่ไปในลักษณะของการขายหรือโฆษณาที่มีผลประโยชน์ในทางการค้าเข้ามาเกี่ยวข้อง ตามมาตรา 250.60 อนุมาตรา 1

3. โทษของการเผยแพร่ตามมาตรา 250.55 ค่อนข้างเบาคือจำคุกไม่เกิน 1 ปี เมื่อเทียบกับผลร้ายจากการกระทำความผิดที่สร้างความเสียหายแก่เหยื่อได้มากกว่า

4. มาตรา 250.55 และ 250.60 ไม่ต้องการเจตนาพิเศษ และบทบัญญัติดังกล่าวก็มีข้อยกเว้นตามมาตรา 250.65 ดังที่ได้อธิบายไว้แล้วในหัวข้อ 4.1.2.2

ลักษณะที่สอง ความผิดเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมซึ่งการได้มาซึ่งภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศในฐานความผิดที่ไม่เกี่ยวข้องกับการบันทึกโดยไม่ได้รับความยินยอม

มาตรา 245.15 การเผยแพร่หรือการโฆษณาภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย บัญญัติว่า

“1.บุคคลมีความผิดฐานการเผยแพร่หรือการโฆษณาภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเมื่อ

(a) เพื่อที่จะก่ออันตรายต่ออารมณ์ การเงิน หรือสวัสดิภาพทางกายภาพของผู้อื่น เขาหรือเธอเผยแพร่หรือโฆษณาภาพนิ่งหรือวิดีโอที่ตนหรือผู้อื่นซึ่งสามารถระบุตัวตนได้จากภาพนิ่งหรือวิดีโอที่ตนนั้นเอง หรือจากข้อมูลที่ปรากฏในภาพนิ่งหรือวิดีโอที่ตนนั้น โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้อื่น ซึ่งแสดงให้เห็น

(i) อวัยวะส่วนบุคคลทางเพศของผู้อื่นซึ่งเปลือยเปล่า

(ii) ผู้อื่นนั้นกำลังเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศตามที่บัญญัติไว้ในอนุมาตราสิบของมาตรา 130.00 ของหมวดนี้²⁵ และ

(b) ภาพนิ่งหรือวิดีโอที่ตนนั้นถูกบันทึกภายใต้สถานการณ์เมื่อผู้ที่ถูกเปิดเผยนั้นมีเหตุอันควรคาดหมายได้ว่าภาพนั้นจะยังคงมีความเป็นส่วนตัวและผู้กระทำรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าผู้ที่ถูกเปิดเผยคาดหมายให้ภาพนิ่งหรือวิดีโอที่ตนนั้นดังกล่าวคงมีความเป็นส่วนตัว ไม่ว่าผู้กระทำจะอยู่ในขณะที่บันทึกภาพนิ่งหรือวิดีโอหรือไม่ก็ตาม

²⁴ People v. Morriale, 20 Misc. 3d 558

²⁵ มาตรา 130.00 อนุมาตรา 10 บัญญัติว่า “การกระทำทางเพศ” หมายความว่า การมีเพศสัมพันธ์ การร่วมเพศทางช่องปาก การร่วมเพศทางทวาร หรือการสัมผัสทางเพศ

2. เพื่อจุดประสงค์ของมาตรานี้ “อวัยวะส่วนบุคคลทางเพศ” หมายความว่า อวัยวะเพศ บริเวณหัวเหน่า ทวารหนัก หรือเต้านมหญิงของผู้อื่นซึ่งเปลือยเปล่า

2-a เพื่อจุดประสงค์ของมาตรานี้ “เผยแพร่” และ “โฆษณา” หมายความว่า เหมือนกับที่ให้ความหมายไว้ในมาตรา 250.40 ของลักษณะนี้²⁶

3. มาตรานี้ไม่ใช้บังคับในกรณีดังต่อไปนี้

(a) การรายงานการกระทำที่ผิดกฎหมาย

(b) การเผยแพร่หรือโฆษณาภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอวัยวะทางเพศที่เกิดขึ้นในระหว่างการปฏิบัติตามกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมาย การดำเนินกระบวนการตามกฎหมาย หรือการรักษาพยาบาล

(c) ภาพที่สมัครใจเปิดเผยตัวเองในที่สาธารณะหรือเพื่อการโฆษณา หรือ

(d) การเผยแพร่หรือโฆษณาภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอวัยวะทางเพศได้ทำเพื่อประโยชน์สาธารณะที่ชอบด้วยกฎหมาย

ความผิดฐานนี้ต้องระวางโทษลหุโทษระดับเอ²⁷ 28

วิเคราะห์ได้ดังนี้

1. ผู้กระทำการเผยแพร่หรือโฆษณาในความผิดตามมาตรา 245.15 ไม่รวมถึงบุคคลซึ่งปรากฏในภาพนั่นเอง เพราะหากผู้ที่เผยแพร่หรือโฆษณาภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอวัยวะทางเพศของตนเอง ย่อมเป็นการสละซึ่งเจตนาารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการคุ้มครองความเป็นส่วนตัว ดังนั้นภาพที่เผยแพร่ออกไปจึงไม่มีลักษณะความเป็นส่วนตัวอยู่อีก แต่ถ้าภาพดังกล่าวนอกจากจะปรากฏให้เห็นภาพของตนเองแล้วยังมีภาพของผู้อื่นปรากฏอยู่ในภาพนั้นด้วยก็สามารถบังคับใช้มาตรานี้ได้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

²⁶ มาตรา 250.40 บัญญัติว่า

... 5. “เผยแพร่” หมายความว่า ให้ จัดหาให้ ให้ยืม ส่งจดหมาย ส่งทางไปรษณีย์ ส่ง ส่งต่อ โอน หรือกระจายด้วยวิธีการอิเล็กทรอนิกส์หรือโดยประการอื่นถึงผู้อื่น

6. “โฆษณา” หมายความว่า

(a) เผยแพร่ ตามที่บัญญัติไว้ในอนุมาตรา 5 ของมาตรานี้ โดยมีเจตนาให้ภาพนั้นถูกเผยแพร่ไปสืบคนหรือกว่านั้น หรือ

(b) เผยแพร่โดยเจตนาให้ผู้อื่นขาย หรือ

(c) ประกาศ นำเสนอ เปิดเผย จัดแสดง ส่งต่อไป ลงโฆษณา หรือทำให้เข้าถึงได้ ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือวิธีอื่นใดและทำให้ภาพนั้นปรากฏสู่สาธารณะ หรือ

(d) เผยแพร่โดยเจตนาให้ภาพถูกประกาศ นำเสนอ เปิดเผย จัดแสดง ส่งต่อไป ลงโฆษณา หรือทำให้เข้าถึงได้ ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือวิธีอื่นใดและทำให้ภาพนั้นปรากฏสู่สาธารณะ ...

²⁷ ความผิดร้ายลหุโทษระดับเอ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี ตามมาตรา 70.15 อนุมาตรา 1 แห่งกฎหมายอาญามลรัฐนิวยอร์ก

²⁸ N.Y. Penal Law § 250.15

2. การเผยแพร่มีความหมายตามมาตรา 240.40 คือ ให้ จัดหาให้ ให้ยืม ส่งจดหมาย ส่งทางไปรษณีย์ ส่ง ส่งต่อ โอน หรือ กระจายด้วยวิธีการอิเล็กทรอนิกส์หรือโดยประการอื่นถึงผู้อื่น และการโฆษณาที่มีความหมายเช่นเดียวกันเพียงแต่จะต้องมีเจตนาให้การกระทำดังกล่าวเผยแพร่ไปยังบุคคลสิบคนหรือกว่านั้น นอกจากนี้ยังหมายความว่า เผยแพร่โดยเจตนาให้ผู้อื่นขาย ประกาศ นำเสนอ เปิดเผย จัดแสดง ส่งต่อไป ลงโฆษณา หรือทำให้เข้าถึงได้ ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือวิธีอื่นใดและทำให้ภาพนั้นปรากฏสู่สาธารณะ หรือ เผยแพร่โดยเจตนาให้ภาพถูกประกาศ นำเสนอ เปิดเผย จัดแสดง ส่งต่อไป ลงโฆษณา หรือทำให้เข้าถึงได้ ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือวิธีอื่นใด และทำให้ภาพนั้นปรากฏสู่สาธารณะ

3. ขอบเขตเกี่ยวกับภาพนิ่งหรือวิดิทัศน์ของผู้อื่นอันเป็นวัตถุของการกระทำนั้น จะต้องมีลักษณะเป็นภาพที่แสดงให้เห็นถึงอวัยวะส่วนบุคคลทางเพศของผู้อื่น ได้แก่ อวัยวะเพศ ทวารหนัก บริเวณหัวเหน่า หรือเต้านมหญิงของผู้อื่นซึ่งเปลือยเปล่า หรือการกระทำกิจกรรมทางเพศ ได้แก่ การมีเพศสัมพันธ์ การร่วมเพศทางช่องปาก การร่วมเพศทางทวาร หรือการสัมผัสทางเพศ หากมิได้เป็นภาพที่แสดงให้เห็นสิ่งเหล่านี้ แม้จะเผยแพร่หรือโฆษณาออกไป การกระทำก็ไม่เป็นความผิดในฐานนี้

4. นอกจากจะต้องพิสูจน์เจตนาธรรมดาว่าผู้กระทำความผิดกระทำโดยเจตนาโดยรู้ว่าตนไม่มีสิทธิ และรู้ว่าผู้เสียหายมิได้ยินยอมให้นำภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอวัยวะทางเพศไปเผยแพร่หรือโฆษณาแล้ว บทบัญญัติของมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ยังต้องการเจตนาพิเศษเพื่อที่จะก่ออันตรายต่อ อารมณ์ การเงิน หรือสวัสดิภาพทางกายภาพของผู้อื่น ทำให้พนักงานอัยการที่เป็นโจทก์ฟ้องคดีมีภาระในการพิสูจน์เจตนาพิเศษเหล่านี้มากขึ้น อันอาจทำให้จำเลยอาศัยเหตุนี้แก้ตัวให้พ้นผิดได้

5. ในมาตรา 245.15 (b) ได้ชี้ให้เห็นถึงองค์ประกอบสำคัญว่าการเผยแพร่หรือโฆษณาภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอวัยวะทางเพศนั้นจะเป็นความผิดหรือไม่ยังต้องพิจารณาว่า ภาพนิ่งหรือวิดิทัศน์นั้นถูกบันทึกภายใต้สถานการณ์เมื่อผู้ที่ถูกเปิดเผยนั้นมีเหตุอันควรคาดหมายได้ว่า ภาพนั้นจะยังคงมีความเป็นส่วนตัวและผู้กระทำรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าผู้ที่ถูกเปิดเผยคาดหมายให้ ภาพนิ่งหรือวิดิทัศน์ดังกล่าวคงมีความเป็นส่วนตัว ไม่ว่าผู้กระทำจะอยู่ในขณะที่บันทึกภาพนิ่งหรือวิดิทัศน์หรือไม่ก็ตาม เช่น นางสาวได้ใช้กล้องมือถือบันทึกภาพนิ่งที่เปลือยเปล่าของตนส่งไปให้นายดำซึ่งเป็นสามีของนางสาวซึ่งในขณะนั้นมีได้อยู่ด้วยในขณะที่นางสาวส่งภาพมาให้ ต่อมานางสาวหย่ากับ นายดำ ด้วยความโกรธนายดำจึงนำภาพของนางสาวไปเผยแพร่ในสื่อสังคมออนไลน์ กรณีตามตัวอย่างนี้ ภาพนิ่งดังกล่าวที่นางสาวบันทึกไว้และได้ส่งต่อให้นายดำอยู่ภายใต้สถานการณ์ที่นางสาวคาดหมายความเป็นส่วนตัว และไว้เนื้อเชื่อใจนายดำว่าภาพที่ตนส่งให้นายดำนั้นจะไม่เผยแพร่ไปสู่สาธารณะ เมื่อนายดำรู้ว่านางสาวผู้ที่ถูกเปิดเผยภาพนั้นคาดหมายให้ภาพที่ได้ส่งให้คงอยู่กับนายดำ

เพียงคนเดียว และแม้ว่าในขณะที่บันทึกภาพนั้นนายคำจะไม่ได้อยู่ด้วยก็ตาม การกระทำของนายคำก็เป็นความผิดสำเร็จตามมาตรานี้แล้ว

6. ระยะเวลาโทษในความผิดฐานนี้ คือ จำคุกไม่เกิน 1 ปี ซึ่งพิจารณาแล้วไม่เหมาะสมกับความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหายเท่าที่ควร

7. ข้อยกเว้นของบทบัญญัตินี้เป็นไปตามมาตรา 245.15 อนุมาตรา 3

มลรัฐอิลลินอยส์

มลรัฐอิลลินอยส์ได้แบ่งแยกความผิดเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมออกเป็นสองลักษณะ กล่าวคือ ลักษณะแรกเป็นการเผยแพร่ภาพซึ่งได้มาจากการกระทำความผิดฐานการบันทึกวีดิทัศน์และการเผยแพร่การแพร่ภาพวีดิทัศน์สดโดยไม่มีอำนาจ ตามที่ได้ศึกษามาแล้วในหัวข้อที่ 4.1.2.2 และอีกลักษณะหนึ่งเป็นกรณีการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมซึ่งการได้มาซึ่งภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศในฐานความผิดในลักษณะที่สองนี้ต้องไม่เกี่ยวข้องกับการบันทึกโดยไม่ได้รับความยินยอม พิจารณาได้ ดังนี้

ลักษณะแรก ความผิดเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพซึ่งได้มาจากการบันทึกวีดิทัศน์และการเผยแพร่ภาพวีดิทัศน์สดโดยไม่มีอำนาจ

มาตรา 26-4 การบันทึกวีดิทัศน์และการเผยแพร่การแพร่ภาพวีดิทัศน์สดโดยไม่มีอำนาจ บัญญัติว่า

“... (a-25) ผู้ใดเผยแพร่ หรืออนุญาตให้เผยแพร่ ไม่ว่าจะด้วยวิธีการใดซึ่งบันทึกวีดิทัศน์หรือวีดิทัศน์แพร่ภาพสดซึ่งผู้นั้นรู้ว่าได้มาจากการทำหรือเผยแพร่ที่ละเมิด (a) (a-5) (a-6) (a-10) (a-15) หรือ (a-20)

(d) โทษ

(3) การกระทำผิดตาม (a-25) มีความผิดร้ายแรงระดับสาม²⁹

(5) การกระทำผิดตาม (a-25) มีความผิดร้ายแรงระดับสอง³⁰ถ้าเหยื่อคือบุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปี หรือถ้าการกระทำผิดเกิดขึ้นโดยบุคคลที่ต้องลงทะเบียนเป็นผู้กระทำความผิดทางเพศภายใต้พระราชบัญญัติการขึ้นทะเบียนผู้กระทำความผิดทางเพศ ...”³¹

²⁹ ความผิดร้ายแรงระดับสามต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 2 ปี ถึง 5 ปี และปรับไม่เกิน 25,000 เหรียญสหรัฐ ตามมาตรา 5-4.5-40 แห่งประมวลกฎหมายอาญามลรัฐอิลลินอยส์

³⁰ ความผิดร้ายแรงระดับสามต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 3 ปี ถึง 7 ปี และปรับไม่เกิน 25,000 เหรียญสหรัฐ ตามมาตรา 5-4.5-35 แห่งประมวลกฎหมายอาญามลรัฐอิลลินอยส์

วิเคราะห์ได้ดังนี้

1. ความผิดในมาตรา 26-4 (a-25) เป็นความผิดในขั้นตอนของการนำภาพที่เกิดจากการกระทำความผิดตาม (a) (a-5) (a-6) (a-10) (a-15) หรือ (a-20) ไปเผยแพร่ โดยผู้ที่เผยแพร่ภาพจะต้องรู้ว่าภาพเหล่านั้นได้มาจากการกระทำความผิดทั้งหลายเหล่านั้นด้วยการกระทำจึงจะเป็นความผิดสำเร็จ

2. บทบัญญัติในเรื่องของการเผยแพร่ตามมาตรา 26-4 (a-25) อยู่ในมาตราเดียวกันกับเรื่องความผิดเกี่ยวกับการบันทึก ซึ่งแตกต่างจากมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ที่บัญญัติไว้เป็นคนละมาตรา

3. ความรุนแรงของโทษแบ่งเป็นสองระดับ คือ ระดับแรกต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 2 ปี ถึง 5 ปี และปรับไม่เกิน 25,000 เหรียญสหรัฐ ระดับที่สองกรณีที่เกี่ยวข้องคือบุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปี หรือถ้าการกระทำความผิดเกิดขึ้นโดยบุคคลที่ต้องลงทะเบียนเป็นผู้กระทำความผิดทางเพศภายใต้พระราชบัญญัติการขึ้นทะเบียนผู้กระทำความผิดทางเพศ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 3 ปี ถึง 7 ปี และปรับไม่เกิน 25,000 เหรียญสหรัฐ

4. ข้อยกเว้นเหมือนกับที่ได้อธิบายไว้ในขั้นตอนการบันทึกของมลรัฐอิลลินอยส์หัวข้อ 4.1.2.2

ลักษณะที่สอง ความผิดเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมซึ่งการได้มาซึ่งภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศในฐานความผิดที่ไม่เกี่ยวข้องกับการบันทึกโดยไม่ได้รับความยินยอม

ฐานความผิดทางอาญาเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมตามกฎหมายของมลรัฐอิลลินอยส์ ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 11 ความผิดเกี่ยวกับเพศ หมวด 20 ความผิดเกี่ยวกับสิ่งลามกอนาจาร

มาตรา 11-23.5. การเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศโดยไม่ได้รับความยินยอม บัญญัติว่า

“(a) คำนิยาม. สำหรับคำในมาตรานี้

“ภาพ” รวมทั้ง ภาพถ่าย ภาพบันทึก วิดีทัศน์ การบันทึกดิจิทัล หรือ การบรรยาย หรือ แสดงวัตถุรวมทั้งร่างกายมนุษย์

“อวัยวะส่วนบุคคลทางเพศ” หมายถึง ส่วนของร่างกายไม่ว่าจะเปลื้องหมดหรือเปลื้องเพียงบางส่วน หรือสวมเครื่องแต่งกายที่โป่งตางจนเห็นอวัยวะเพศ เห็นบริเวณหัวหน่าว เห็นบริเวณทวารหนัก หรือถ้าผู้นั้นเป็นหญิง ก็รวมถึงเห็นหัวนมทั้งหมดหรือเพียงแต่บางส่วน

“การกระทำทางเพศ” หมายถึง การสอดใส่ทางเพศ การสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง หรือกิจกรรมทางเพศ

“กิจกรรมทางเพศ” รวมทั้งการกระทำต่อไปนี้:

(1) เจตนาแตะหรือลูบไล้อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือเต้านม ของผู้ที่ตกเป็นเหยื่อหรือบุคคลอื่น รวมทั้งสัตว์ด้วย ไม่ว่าจะโดยตรงหรือผ่านเสื้อผ้าโดยเจตนา เพื่อความปรารถนาทางเพศ หรือเพื่อปลุกเร้าทางเพศ หรือ

(2) ถ่ายน้ำเชื้อไปยังร่างกายของเหยื่อไม่ว่าจะเป็นส่วนที่มีเสื้อผ้าหรือไม่มีเสื้อผ้าคลุมเพื่อสำเร็จความใคร่หรือเร้าความรู้สึกทางเพศของเหยื่อ หรือผู้อื่น

(3) การปัสสาวะที่เป็นไปในทางเพศ หรือ

(4) การทำให้เป็นทาส การผูกมัดหรือล่ามโซ่ หรือกระทำการวิปริตทางเพศ หรือ

(5) กระทำการวิปริตทางเพศในแง่ใดก็ตาม

(b) ให้ถือว่าบุคคลกระทำความผิดฐานเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้ได้รับความยินยอม เมื่อผู้นั้น:

(1) เผยแพร่ซึ่งภาพของผู้อื่นโดยเจตนา โดยที่

(A) ผู้นั้นอายุไม่น้อยกว่า 18 ปี และ

(B) สามารถบ่งชี้ตัวตนผู้นั้นได้จากภาพนั่นเอง หรือจากข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับ

ภาพ และ

(C) ผู้นั้นกำลังมีการกระทำทางเพศ หรือ มองเห็นอวัยวะส่วนบุคคลทางเพศทั้งหมดหรือบางส่วน และ

(2) ได้มาซึ่งภาพนั้นในกรณีทีวิญญูชนจะรู้หรือคาดหมายว่าภาพนั้นควรเป็นความลับเฉพาะบุคคล และ

(3) ผู้กระทำรู้หรือควรจะรู้ว่าบุคคลที่ปรากฏในภาพไม่ให้ความยินยอมในการเผยแพร่ภาพนั้น

(c) กิจกรรมดังต่อไปนี้เป็นข้อยกเว้นของการบังคับตามมาตรานี้:

(1) การมีเจตนาเผยแพร่ภาพของผู้อื่นที่บ่งชี้ตัวตนได้ซึ่งเข้าร่วมในการกระทำทางเพศหรือภาพที่ส่วนอันพึงสงวนของผู้นั้นถูกเปิดเผย เมื่อการเผยแพร่นั้นกระทำเพื่อการสอบสวนทางอาญาที่ขอด้วยกฎหมาย

(2) การมีเจตนาเผยแพร่ภาพของผู้อื่นที่บ่งชี้ตัวตนได้ซึ่งเข้าร่วมในการกระทำทางเพศหรือภาพที่ส่วนอันพึงสงวนของผู้นั้นถูกเปิดเผย เมื่อการเผยแพร่นั้นเพื่อประโยชน์ หรือ เกี่ยวข้องกับการรายงานการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(3) การมีเจตนาเผยแพร่ภาพของผู้อื่นที่บ่งชี้ตัวตนได้ซึ่งเข้าร่วมในการกระทำทางเพศหรือภาพที่ส่วนอันพึงสงวนของผู้นั้นถูกเปิดเผย เมื่อภาพนั้นเป็นภาพที่เปิดเผยโดย สมิครใจในที่สาธารณะ หรือ แสดงเพื่อการค้า

(4) การมีเจตนาเผยแพร่ภาพของผู้อื่นที่บ่งชี้ตัวตนได้ซึ่งเข้าร่วมในการกระทำทางเพศหรือภาพที่ส่วนอันพึงสงวนของผู้นั้นถูกเปิดเผย เมื่อการเผยแพร่นั้นเป็นไปเพื่อผลประโยชน์ มหาชนที่ชอบด้วยกฎหมาย

... (f) บทลงโทษ. การเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ ของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมต้องระวางโทษอาญาร้ายแรงระดับสี่^{32,33}

วิเคราะห์ได้ดังนี้

1. ผู้กระทำการเผยแพร่หรือโฆษณาในความผิดตามมาตรา 11-23.5 ไม่รวมถึงบุคคล ซึ่งปรากฏในภาพนั่นเอง เพราะหากผู้ที่เผยแพร่หรือโฆษณาภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ ของตนเอง ย่อมเป็นการสละซึ่งเจตนากรรมของกฎหมายที่ต้องการคุ้มครองความเป็นส่วนตัว ดังนั้น ภาพที่เผยแพร่ออกไปจึงไม่มีลักษณะความเป็นส่วนตัวอยู่อีก แต่ถ้าภาพดังกล่าวนอกจากจะปรากฏให้เห็นภาพของตนเองแล้วยังมีภาพของผู้อื่นปรากฏอยู่ในภาพนั้นด้วยก็สามารถบังคับใช้มาตรานี้ได้

2. การเผยแพร่ไม่ได้มีคำนิยามที่ให้ความหมายโดยเฉพาะเจาะจงอย่างมลรัฐ นิวเจอร์ซีย์ คงมีความหมายที่เข้าใจได้โดยทั่วไป

3. ขอบเขตเกี่ยวกับภาพอันเป็นวัตถุของการกระทำนั้นจะต้องมีลักษณะเป็นภาพที่ แสดงให้เห็นถึงส่วนของร่างกายไม่ว่าจะเปลือยหมดหรือเปลือยเพียงบางส่วน หรือสวมเครื่องแต่งกายที่ โปรงตาจนเห็นอวัยวะเพศ เห็นบริเวณหัวหน้า เห็นบริเวณทวารหนัก หรือถ้าผู้นั้นเป็นหญิง ก็รวมถึง เห็นหัวนมทั้งหมดหรือเพียงแต่บางส่วน ซึ่งมีขอบเขตการคุ้มครองที่กว้างกว่ามลรัฐนิวเจอร์ซีย์ เพราะ คุ้มครองไปถึงกรณีที่สวมชุดชั้นในด้วย หรือภาพที่แสดงให้เห็นการกระทำทางเพศซึ่งได้มีการให้คำ นิยามเอาไว้ในหลายกรณีด้วยกัน ด้วยเหตุนี้หากมิได้เป็นภาพที่แสดงให้เห็นสิ่งเหล่านี้ แม้จะเผยแพร่ หรือโฆษณาออกไป การกระทำก็ไม่เป็นความผิดในฐานนี้ โดยภาพนั้นรวมถึงภาพที่เหยียบบันทึกขึ้นเอง แล้วส่งต่อไปยังผู้อื่นด้วย นอกจากนี้ภาพนั้นจะต้องสามารถบ่งชี้ตัวตนเหยื่อนได้จากภาพนั้นเอง หรือ จากข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับภาพ เช่น มีรอยสัก หรือไฝที่สามารถบ่งชี้ให้ทราบได้ว่าเหยื่อเป็นใคร หรือใน

³² ความผิดร้ายแรงระดับสี่ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปี ถึง 3 ปี และปรับไม่เกิน 25,000 เหรียญสหรัฐ ตามมาตรา 5-4.5-45 แห่งประมวลกฎหมายอาญามลรัฐอิลลินอยส์

³³ 720 ILCS 5/11-23.5

ภาพนั้นเห็นอวัยวะที่เปลือยเปล่าของเหยื่อแต่ไม่เห็นหน้า แต่ผู้เผยแพร่ได้เขียนข้อมูลเกี่ยวกับชื่อและนามสกุลเหยื่อลงในภาพนั้น เป็นต้น

4. มาตรการนี้ไม่มีเงื่อนไขในเรื่องเจตนาพิเศษคงพิสูจน์เจตนาธรรมดาเพียงว่าผู้กระทำความผิดกระทำโดยเจตนาโดยรู้ว่าตนไม่มีสิทธิ และรู้ว่าผู้เสียหายมิได้ยินยอมให้นำภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศไปเผยแพร่ก็เพียงพอ ที่บทบัญญัติไม่ได้ต้องการเจตนาพิเศษเพราะไม่ต้องการให้จำเลยอาศัยเป็นข้อแก้ตัวว่าตนมิได้มีเจตนาพิเศษดังกล่าวเช่นที่ปรากฏในมลรัฐนิวยอร์กเพื่อให้ตนพ้นผิดได้

5. บทบัญญัตินี้จะเป็นความผิดหรือไม่ยังต้องพิจารณาว่าการได้มาซึ่งภาพนั้นได้มาในกรณีที่ว่าผู้ชนจะรู้หรือคาดหมายว่าภาพนั้นควรเป็นความลับเฉพาะบุคคลด้วยหรือไม่ หากผู้กระทำรู้หรือควรรู้เช่นนั้นแล้วยังเผยแพร่ออกไป การกระทำก็เป็นความผิดสำเร็จ ซึ่งกรณีดังกล่าวนอกจากจะครอบคลุมถึงผู้กระทำการเผยแพร่ขึ้นต้นแล้ว ยังรวมถึงผู้เผยแพร่ในชั้นถัดจากนั้นอีกด้วย เช่น นายดำเพื่อนนายขาวเห็นภาพเปลือยของนางแดงภรรยาของนายดำในสื่อสังคมออนไลน์แห่งหนึ่งซึ่งนายขาวเป็นคนเผยแพร่หลังจากที่หย่าขาดจากนางแดงไปหนึ่งเดือน นายดำทราบเรื่องที่เกิดขึ้นนี้ จากนั้นนายดำได้บันทึกภาพนั้นไว้แล้วทำการเผยแพร่ด้วยตนเองแตกต่างหากจากการกระทำของนายขาว เช่นนี้ นายดำรู้หรือควรจะรู้ว่านางแดงถูกเผยแพร่ภาพควรคาดหมายให้ภาพนั้นเป็นความลับระหว่างตนกับนายดำเท่านั้น เมื่อรู้เช่นนี้แต่นายดำก็ยังเผยแพร่ออกไป โดยปราศจากความยินยอมของนางแดง การกระทำจึงครบองค์ประกอบความผิดแล้ว

6. ระยะเวลาในความผิดฐานนี้ คือ จำคุกตั้งแต่ 1 ปี ถึง 3 ปี และปรับไม่เกิน 25,000 เหรียญสหรัฐ ซึ่งศาลมีดุลพินิจในการชั่งน้ำหนักบทลงโทษต่อการกระทำและความเสียหายที่เกิดขึ้นได้มากกว่าของมลรัฐนิวยอร์กที่บัญญัติไว้ให้จำคุกไม่เกิน 1 ปีเท่านั้น

7. มีบทบัญญัติเรื่องข้อยกเว้นในมาตรา 11-23.5 (d)

4.2 อังกฤษ

4.2.1 ความเป็นมาของกฎหมายที่เกี่ยวกับการบันทึกและเปิดเผยภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม

จุดเริ่มต้นของการพิจารณาถึงความจำเป็นในการตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลในอังกฤษนั้นเป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องกับบทบาทของสื่อมวลชน ซึ่งสอดคล้องกับรายงานเกี่ยวกับความเป็นส่วนตัวของคณะกรรมการชุดเล็กที่ได้เผยแพร่ในค.ศ. 1973 รายงานฉบับนี้ได้ตั้งข้อสังเกตว่าการใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์หรืออุปกรณ์เพื่อช่วยเพิ่มศักยภาพในการมองเห็นหรือการได้ยินในสถานการณ์ที่ไม่ควรใช้อุปกรณ์เหล่านั้น และในขณะที่ผู้อื่นอาจใช้วิจารณญาณในทางเชื่อว่าตน

ได้ปกป้องและระมัดระวังตนจากการถูกสอดแนม ไม่ว่าจะจากการได้ยินหรือเฝ้ามองเป็นการกระทำที่ควรถูกบัญญัติให้เป็นความผิด³⁴ จากรายงานดังกล่าวนั้น แม้ว่าจะมิได้มีการกล่าวถึงประเด็นการแอบดูหรือแอบบันทึกภาพโดยเฉพาะเจาะจง แต่ก็ได้แสดงความคิดเห็นที่น่าสนใจในแง่ผลกระทบของเทคโนโลยีใกล้ตัวต่อสิทธิส่วนบุคคลว่า “ถึงแม้ว่าเราจะมีอาจอาศัยหลักฐานจากเหตุการณ์ที่ผ่านมาในสังคมเพื่อยืนยันว่าการใช้คอมพิวเตอร์ในภาคเอกชนปัจจุบันนั้นเป็นภัยต่อสิทธิส่วนบุคคลหรือไม่ แต่เราควรตระหนักถึงความเป็นไปได้ในอนาคตที่เหตุการณ์เช่นนั้นจะเกิดขึ้นจริง”³⁵ อันเป็นการชี้ให้เห็นถึงปัจจัยสำคัญของเทคโนโลยี อินเทอร์เน็ต และคอมพิวเตอร์นั้นว่าเป็นดาบสองคม เพราะนอกจากจะเป็นการลดข้อจำกัดแล้ว ยังเพิ่มความสะดวกแก่การกระทำบางประการอันอาจมีผลกระทบในทางลบต่อสิทธิส่วนบุคคล เพราะสามารถกระทำการก่อกบฏโดยอาศัยเทคโนโลยีได้ง่ายและสะดวกขึ้น ซึ่งเป็นข้อสังเกตที่มีความทันสมัยและสามารถนำมาใช้พิจารณาสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นได้เป็นอย่างดี

นอกจากนี้ยังมีหลักฐานจากผลการศึกษาวิจัยที่แสดงให้เห็นถึงความเชื่อมโยงและเปรียบเทียบระหว่างพฤติกรรมกรรมการแอบดูกับการก่ออาชญากรรมร้ายแรงทางเพศประเภทอื่น ซึ่งถือเป็นจุดเปลี่ยนสำคัญที่ส่งผลให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในทัศนคติและมุมมองต่อพฤติกรรมกรรมการแอบดูว่าเป็นการกระทำที่ก่ออันตรายร้ายแรงยิ่งกว่าการเป็นแค่เพียงการสร้างความสะดวกหรืออำนวยความสะดวกเท่านั้น³⁶ ดังนั้น รัฐบาลอังกฤษได้นำแนวคิดดังกล่าวมาเป็นฐานในการบัญญัติให้การแอบดูและการแอบบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศเป็นความผิด ทั้งยังตระหนักถึงความจำเป็นในการปฏิรูปกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศในหลายลักษณะด้วยกัน

กระทรวงมหาดไทยอังกฤษจึงรับแนวคิดดังกล่าวเพื่อมาดำเนินการตรากฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศขึ้นมาใหม่ แทนกฎหมายฉบับเดิมที่ใช้มาตั้งแต่ค.ศ. 1956 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มเติมฐานความผิดที่กฎหมายฉบับเดิมยังไม่มีเพื่อให้กฎหมายมีความทันต่อการแก้ไขปัญหาสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในขณะนั้น ทั้งยังอุดช่องโหว่ในบทบัญญัติเดิมที่อาจบัญญัติไว้ได้ไม่รอบครอบครบถ้วน โดยกระทรวงมหาดไทยเริ่มดำเนินการรวบรวมความคิดเห็นรอบด้านเกี่ยวกับการปฏิรูปกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศในค.ศ. 2000 เรื่องหลักที่มีการแก้ไข คือคำนิยามของคำว่า “ข่มขืน” นอกจากนี้ยังเพิ่มการคุ้มครองเด็กและเยาวชน รวมทั้งผู้อ่อนแอจากการถูกล่วงละเมิด

³⁴ Gerald Dworkin, "The Younger Committee Report on Privacy," *The Modern Law Review* 36 (1973): 400.

³⁵ *Ibid.*, p. 408.

³⁶ The House of Commons, "Sexual Offences Bill Fifth Report of Session 2002-03 " [Online], Accessed: 21 October 2020. Available from: <https://publications.parliament.uk/pa/cm200203/cmselect/cmhaff/639/639.pdf>

ทางเพศ และเพิ่มฐานความผิดเกี่ยวกับการกระทำเกี่ยวกับเพศเพิ่มเติม เช่น การมีเพศสัมพันธ์กับสัตว์ หรือศพ รวมถึงการแอบดูและแอบบันทึกภาพ (Voyeurism) เป็นต้น³⁷

เมื่อกระทรวงมหาดไทยได้ส่งรายงานให้แก่รัฐบาลแล้ว ต่อมารัฐบาลจึงได้เสนอร่างพระราชบัญญัติการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 (Sexual Offences Act 2003) สู่สภาสามัญ (House of Commons) จนกระทั่งได้มีการผ่านร่างกฎหมายฉบับนี้ และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม ค.ศ. 2004 เป็นต้นไป ในพระราชบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติฐานความผิดเกี่ยวกับการแอบดูและแอบบันทึกภาพไว้เป็นครั้งแรกในมาตรา 67

อย่างไรก็ตามเมื่อกาลเวลาผ่านไปกลับพบข้อบกพร่องประการสำคัญในความผิดเกี่ยวกับการแอบดูและแอบบันทึกภาพขึ้น กล่าวคือบทบัญญัติในมาตรา 67 นั้นไม่ครอบคลุมถึงกรณีการบันทึกภาพได้กระโปรงสตรี เพราะมีข้อจำกัดในการคุ้มครองเหยื่อจากการถูกแอบดูหรือแอบบันทึกภาพได้จะต้องเกิดกรณีเช่นนั้นขึ้นในสถานที่หรือสถานการณ์อันพึงคาดหมายความเป็นส่วนตัวอย่างสมเหตุผล ทำให้การบันทึกภาพได้กระโปรงสตรีที่มักเกิดขึ้นในที่สาธารณะไม่อยู่ในบังคับของบทบัญญัติดังกล่าวต้องปรับใช้ด้วยฐานความผิดเรื่องละเมิดความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (outraging public decency) แทน ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวมีองค์ประกอบของความหยาบโลน ความลามก หรือความน่าขยะแขยงอยู่ด้วย โดยการกระทำจะต้องเป็นการละเมิดมาตรฐานขั้นต่ำของความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน นอกจากนั้นจะต้องมีบุคคลสองคนหรือมากกว่านั้นโดยไม่รวมผู้กระทำได้เห็นการกระทำหรือการแสดงเกี่ยวกับการละเมิดนั้นในที่สาธารณะ บทบัญญัตินี้จึงไม่อาจนำมาปรับใช้กับพฤติกรรมการกระบันทึกรูปได้กระโปรงได้อย่างมีประสิทธิภาพ³⁸ ด้วยเหตุนี้รัฐบาลจึงได้เสนอพระราชบัญญัติการถ่มอง ค.ศ. 2019 (Voyeurism (Offences) Act 2019) โดยการเพิ่มมาตรา 67A ในพระราชบัญญัติการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 2019 เป็นต้นไป³⁹ เพื่อมุ่งแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นนี้ให้ทันต่อสถานการณ์

แม้จะได้บัญญัติให้การแอบดูและแอบบันทึกภาพโดยไม่ได้รับความยินยอมเป็นความผิดอาญาแล้วก็ตาม แต่ในพระราชบัญญัติการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 กลับไม่มี

³⁷ The official home of UK legislation, "Sexual Offences Act 2003 (Explanatory Notes)," [Online], Accessed: 21 October 2020. Available from: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/notes>

³⁸ Alisdair A. Gillespie, "Tackling Voyeurism: Is the Voyeurism (Offences) Act 2019 a Wasted Opportunity?," *Modern Law Review* (2019): 1107.

³⁹ Criminal Courts and Criminal Law Policy Unit, "Voyeurism (Offences) Act 2019: Implementation of the Voyeurism (Offences) Act 2019," [Online], Accessed: 21 October 2020. Available from: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/790549/circular-voyeurism-offences-act-2019.pdf

บทบัญญัติที่คุ้มครองขั้นตอนของการนำภาพนั้นไปเผยแพร่ และด้วยเหตุที่การเผยแพร่ หรือ ครอบครองเพื่อรับชมเป็นการส่วนตัวซึ่งสื่อลามกอนาจารที่มีลักษณะเป็นสื่อลามกอนาจารทั่วไป⁴⁰นั้น ไม่เป็นความผิดตามกฎหมายอังกฤษ ทำให้ภาพแอบบันทึกหรือภาพที่เข้าลักษณะลามกอนาจารทั่วไป แม้จะเป็นการนำไปเผยแพร่โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเหยื่อก็ตาม การกระทำนั้นก็ไม่เป็นความผิดฐานแพร่สื่อลามกอนาจารทั่วไป แต่อาจนำบทบัญญัติอื่นมาปรับใช้ เช่น ความผิดฐานหมิ่นประมาท หรือความผิดฐานคุกคาม⁴¹ เป็นต้น แต่ก็มีได้หมายความว่าจะเผยแพร่สื่อลามกอนาจารทั่วไปได้แบบเสรีโดยปราศจากการกำกับดูแล ซึ่งคณะกรรมการจัดประเภทภาพยนตร์แห่งอังกฤษ (British Board of Film Classification) จะเป็นหน่วยงานในกระบวนการตรวจสอบและจำแนกประเภทผู้ชมสำหรับการผลิตสื่อลามกอนาจารขึ้นเพื่อจำหน่ายหรือเผยแพร่สู่สาธารณชน⁴²

จากปัญหาที่เกิดขึ้นรัฐบาลอังกฤษจึงเล็งเห็นถึงความสำคัญว่าจะต้องแก้ไขปัญหานั้นที่เกิดขึ้นอย่างเร่งด่วน เพราะการกระทำก่อให้เกิดผลกระทบต่อเหยื่อและสร้างความหวาดผวาสู่สังคม เป็นวงกว้าง จึงได้มีการร่วมมือกับภาคประชาสังคม เพื่อหาแนวทางในการพิจารณากำหนดความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมเป็นการเฉพาะ ต่อมาในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2014 สภาสภามัญได้นำประเด็นดังกล่าวขึ้นพิจารณาเพื่อหามาตรการทางกฎหมายในการแก้ไขปัญหานั้นขึ้นอย่างต่อเนืองจนกระทั่งในเดือนตุลาคม ค.ศ. 2014 จึงได้มีการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและศาล ค.ศ. ... โดยมีเหตุผลเพื่อตอบสนองต่อปัญหาการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมที่เกิดขึ้นเกิดขึ้นในอังกฤษอย่างแพร่หลายโดยการบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดโดยเฉพาะ และกฎหมายดังกล่าวนี้ได้ผ่านการพิจารณาและมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 13 เมษายน ค.ศ. 2015 เรียกว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและศาล ค.ศ. 2015 (Criminal Justice and Courts Act 2015)⁴³

⁴⁰ ลักษณะของสื่อลามกอนาจารทั่วไปจะต้องไม่เป็นสื่อลามกอนาจารเด็ก (Child pornography) หรือสื่อลามกอนาจารที่มีเนื้อหารุนแรงอย่างยิ่ง (Extreme pornography) เช่น การมีกิจกรรมทางเพศกับสัตว์หรือศพ การแสดงออกถึงพฤติกรรมที่รุนแรงหรืออันตรายต่อชีวิตร่างกาย ตลอดจนการกระทำชำเราหรือล่วงละเมิดทางเพศ

⁴¹ Rosalind Setterfield, "The Regulation of 'Revenge Porn' in England and Wales: Are Existing Legal Solutions Effective?" (Doctor of Philosophy, Faculty of Arts and Social Sciences, University of Surrey, 2019), p. 182.

⁴² bbfc, "Classification Guidelines," [Online], Accessed: 28 October 2020. Available from: <https://www.bbfc.co.uk/about-classification/classification-guidelines>

⁴³ Andy Phippen, "New Social Media Offences under the Criminal Justice and Courts Act and Serious Crime Bill: The Cultural Context," *Entertainment Law Review* (2015): 1.

4.2.2 กฎหมายที่เกี่ยวกับการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่น โดยไม่ได้รับความยินยอม

การบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับยินยอมนั้น ได้มีการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 (Sexual Offences Act 2003) โดยอยู่ในส่วนที่ 1 ความผิดเกี่ยวกับเพศ หมวดความผิดอื่น ๆ เรียกชื่อฐานความผิดว่าการถ่มอง (Voyeurism) โดยมาตราที่เกี่ยวข้องเริ่มต้นที่มาตรา 67 67A และมาตรา 68 พิจารณาได้ดังนี้

มาตรา 67 การถ่มอง บัญญัติว่า

“(1) บุคคลกระทำความผิดถ้า

(a) เพื่อจุดประสงค์ในการได้รับความพึงพอใจทางเพศ ผู้ใดเฝ้าดูผู้อื่น กระทำกิจส่วนตัว และ

(b) เขารู้ว่าผู้อื่นไม่ยินยอมที่จะถูกเฝ้าดูเพื่อความพึงพอใจทางเพศของเขา

(2) บุคคลกระทำความผิดถ้า

(a) เขาใช้อุปกรณ์โดยมีเจตนาให้บุคคลที่สามเฝ้าดู (B) กำลังกระทำกิจส่วนตัวเพื่อจุดประสงค์ในการได้รับความพึงพอใจทางเพศ และ

(b) เขารู้ว่า (B) ไม่ยินยอมในการใช้อุปกรณ์โดยเจตนาเช่นนั้นต่อเขา

(3) บุคคลกระทำความผิดถ้า

(a) เขาบันทึกผู้อื่น (B) กำลังกระทำกิจส่วนตัว

(b) เขาทำเช่นนั้นเพราะมีเจตนาว่าเขาหรือบุคคลที่สามจะดูภาพของผู้อื่น (B) กระทำกิจเช่นนั้น เพื่อจุดประสงค์ในการได้รับความพึงพอใจทางเพศ และ

(c) เขารู้ว่าผู้อื่น (B) ไม่ได้ให้ความยินยอมในการบันทึกการกระทำกิจส่วนตัวโดยเจตนา

(4) บุคคลกระทำความผิดถ้าเขาติดตั้งอุปกรณ์ หรือก่อสร้าง หรือดัดแปลงสิ่งปลูกสร้างหรือส่วนของสิ่งปลูกสร้าง ด้วยเจตนาที่จะให้ตนเองหรือผู้อื่นกระทำความผิดภายใต้ (1)

(5) บุคคลที่มีความผิดภายใต้มาตรานี้ต้องรับผิด

(a) ในความผิดไม่ร้ายแรง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกินอัตราที่กฎหมายกำหนดสูงสุด หรือทั้งจำ ทั้งปรับ

(b) ในความผิดร้ายแรง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี⁴⁴

มาตรา 67A การถ่มอง: ความผิดเพิ่มเติม บัญญัติว่า

“(1) บุคคล (A) กระทำความผิดถ้า

(a) (A) ใช้อุปกรณ์ใต้เสื้อผ้าของผู้อื่น (B),

(b) (A) ทำไปเช่นนั้นเพื่อจุดประสงค์ตาม (3) โดยมีเจตนาให้ (A) หรือบุคคลที่สาม (C) ได้เฝ้าดู

ชุดชั้นในหรือไม่ก็ตาม หรือ

(i) อวัยวะเพศหรือบั้นท้ายของ (B) ไม่ว่าจะเปลือยหรือปกคลุมด้วยชุดชั้นในหรือไม่ก็ตาม หรือ

(ii) ชุดชั้นในที่ปกคลุมอวัยวะเพศหรือบั้นท้ายของ (B) ในสถานการณ์ที่อวัยวะเพศ บั้นท้าย หรือชุดชั้นในจะไม่ถูกเห็น และ

(c) (A) ทำไปเช่นนั้น

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

(i) โดยปราศจากความยินยอมจาก (B) และ

(ii) โดยปราศจากเหตุอันควรเชื่อว่า (B) ยินยอม

(2) บุคคล (A) กระทำความผิดถ้า

(a) (A) บ้นทึภาพใต้เสื้อผ้าของผู้อื่น (B)

(i) อวัยวะเพศหรือบั้นท้ายของ (B) ไม่ว่าจะเปลือยหรือปกคลุมด้วยชุดชั้นในหรือไม่ก็ตาม หรือ

⁴⁴ Sexual Offences Act 2003 Section 67

(ii) ชุดชั้นในที่ปกคลุมอวัยวะเพศหรือบั้นท้ายของ (B) ในสถานการณ์ที่อวัยวะเพศ บั้นท้าย หรือชุดชั้นในจะไม่ถูกเห็น และ

(c) (A) ทำไปเช่นนั้นเพื่อจุดประสงค์ตาม (3) โดยมีเจตนาให้ (A) หรือบุคคลที่สาม (C) ได้ดูภาพนั้น และ

(d) (A) ทำไปเช่นนั้น

(i) โดยปราศจากความยินยอมของ (B) และ

(ii) โดยปราศจากเหตุอันควรเชื่อว่า (B) ยินยอม

(3) จุดประสงค์ตามที่กล่าวไว้ใน (1) และ (2) คือ

(a) การได้รับความพึงพอใจทางเพศ (ไม่ว่าจะเป็น (A) หรือ (C))

(b) กระทำให้ (B) ได้รับความอับอาย ความหวาดวิตก หรือความเสีย

(4) บุคคลที่มีความผิดภายใต้มาตรานี้ต้องรับผิด

(a) ในความผิดไม่ร้ายแรง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 12 เดือน หรือปรับหรือทั้งจำ ทั้งปรับ

(b) ในความผิดร้ายแรง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี⁴⁵

มาตรา 68 การถ่มอง: การอธิบาย บัญญัติว่า

“(1) เพื่อจุดประสงค์ของมาตรา 67 บุคคลกำลังกระทำกิจส่วนตัว ถ้าบุคคลอยู่ในสถานที่และในสถานการณ์ที่พึงคาดหมายความเป็นส่วนตัวอย่างสมเหตุผล และ

(a) อวัยวะเพศ บั้นท้าย หรือหน้าอกของบุคคลถูกเปิดเผยหรือถูกปกคลุมเพียงชุดชั้นใน

(b) บุคคลกำลังใช้ห้องน้ำ หรือ

(c) บุคคลกำลังกระทำกิจทางเพศซึ่งไม่พึงทำเป็นปกติในที่สาธารณะ

⁴⁵ Sexual Offences Act 2003 Section 67A

(1A) เพื่อจุดประสงค์ของมาตรา 67 และ 67A ใช้อุปกรรม รวมทั้งการเผยแพร่ใช้งาน โดยผู้อื่นโดยปราศจากความรับรู้ของผู้นั้น

(2) ในมาตรา 67 “สิ่งปลูกสร้าง” รวมทั้ง เต็นท์ ยานพาหนะ หรือเรือ หรือสิ่งปลูกสร้างอื่นใดที่มีลักษณะชั่วคราว หรือที่เคลื่อนที่ได้”⁴⁶

วิเคราะห์ได้ดังนี้

1. บทบัญญัติในมาตรา 67 และ 67A แบ่งลักษณะของการกระทำความผิดได้หลายประการ ดังนี้

(1) การแอบดูด้วยตาเปล่า ตามมาตรา 67 (1) เช่น การเจาะรูห้องแอบดูผู้อื่นเปลี่ยนเสื้อผ้า

(2) การใช้อุปกรรมเพื่อให้ผู้อื่นสามารถแอบดูผู้อื่นกระทำการกิจส่วนตัว ตามมาตรา 67 (2) เช่น เจ้าของโรงแรมมานรุดติดตั้งกล้องไว้ถ่ายทอดภาพภายในห้องที่แขกมาใช้บริการ โดยถ่ายทอดภาพขณะที่แขกกำลังกระทำการกิจส่วนตัวผ่านเว็บไซต์ให้ผู้อื่นเข้าชม

(3) บันทึกภาพผู้อื่นขณะที่ผู้อื่นกระทำการกิจส่วนตัวเพื่อให้ตนเองหรือบุคคลที่สามดูภาพแอบบันทึกนั้น ตามมาตรา 67 (3) เช่น ใช้กล้องมือถือบันทึกภาพผู้อื่นขณะกำลังใช้ห้องน้ำเพื่อเก็บไว้ดูเองหรือให้ผู้อื่นดู

(4) การติดตั้ง ก่อสร้าง หรือตัดแปลงสิ่งปลูกสร้างเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นกระทำการแอบดูด้วยตาเปล่า ตามมาตรา 67 (4) ประกอบ 67 (1) เช่น เจ้าของห้องเช่าติดตั้งกล้องเอาไว้ภายในห้องเช่าในจุดลับที่มองเห็นได้ยาก โดยเชื่อมระบบกล้องที่ซ่อนเข้ากับโทรศัพท์มือถือของตนทำให้สามารถดูความเคลื่อนไหวภายในห้องได้ตลอดเวลา

(5) การใช้อุปกรรมเพื่อดูได้เสื้อผ้าผู้อื่น ตามมาตรา 67A (1) เช่น การใช้โทรศัพท์มือถือส่งไปที่ใต้กระโปรงสตรีโดยไม่มี การบันทึก หรือการใช้เศษกระดาษสะท้อนให้เห็นได้ กระโปรงสตรี

(6) การบันทึกภาพได้เสื้อผ้าผู้อื่น ตามมาตรา 67A (2) เช่น การใช้กล้องบันทึกภาพใต้กระโปรงสตรี

2. ตามมาตรา 67 (1) ถึง (3) นั้นมีองค์ประกอบในส่วนที่กำหนดให้ผู้อื่นที่เป็นวัตถุของการกระทำนั้นจะต้องกระทำการกิจส่วนตัว (private act) ซึ่งมาตรา 68 ให้ความหมายว่า “บุคคล

⁴⁶ Sexual Offences Act 2003 Section 68

กำลังกระทำกิจส่วนตัว ถ้าบุคคลอยู่ใน**สถานที่**และในสถานการณ์ที่พึงคาดหมายความเป็นส่วนตัวอย่างสมเหตุผล” ด้วยเหตุที่มีการพิจารณาถึง “สถานที่” ทำให้บทบัญญัติมาตรานี้ไม่ครอบคลุมถึงการแอบดูหรือแอบบันทึกภาพโดยปราศจากความยินยอมที่เกิดขึ้นในที่สาธารณะได้ โดยเฉพาะปัญหาการบันทึกภาพใต้กระโปรงสตรี ดังนั้นภายหลังจึงได้มีการบัญญัติมาตรา 67A ขึ้นมาเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว

3. เรื่องเจตนาพิเศษนั้นมาตรา 67 มีเจตนาพิเศษเพียงประการเดียวเพื่อความพึงพอใจทางเพศทั้งของผู้กระทำเอง หรือของบุคคลที่สาม และมาตรา 67A มีเจตนาพิเศษสามอย่าง คือเพื่อความพึงพอใจทางเพศ เพื่อให้ได้รับความอับอาย หวาดวิตก หรือเสียใจ ซึ่งเจตนาพิเศษอย่างหลังนี้ไม่มีความต้องการในเรื่องที่เกี่ยวกับเพศซึ่งได้รับการลอกเลียนแบบมาจากกฎหมายของประเทศสกอตแลนด์⁴⁷ ซึ่งการบัญญัติให้เจตนาพิเศษเป็นเงื่อนไขขององค์ประกอบความผิด อาจเป็นการเผยแพร่ให้ผู้กระทำผิดยกเป็นข้อต่อสู้ได้ว่าตนกระทำไปโดยมิได้มีเจตนาพิเศษเช่นนั้น ซึ่งในการพิสูจน์ถึงข้อกล่าวอ้างดังกล่าว ก็จะต้องใช้พหุเหตุแวดล้อมเป็นตัวชี้วัดเจตนาซึ่งอยู่ภายในจิตใจ เรื่องนี้จึงยากที่จะมีหลักฐานอย่างชัดเจนว่าผู้กระทำได้กระทำไปเพื่อการใด แต่เหตุที่อังกฤยังคงบัญญัติไว้แบบนี้ เป็นเพราะหากไม่กำหนดเจตนาพิเศษก็จะเป็นการทำให้บทบัญญัติบังคับใช้อย่างกว้างขวางเกินไป⁴⁸

4. ตามมาตรา 68 (1) คำว่า “**หน้าอกของบุคคล**” ทำให้เข้าใจได้ว่ารวมถึงหน้าอกของบรูษด้วย แต่ในความเป็นจริงแล้วได้มีคำพิพากษาบรรทัดฐานวินิจัยในคดีที่ชายคนหนึ่งถูกบันทึกภาพในขณะที่เขากำลังอาบน้ำที่สระว่ายน้ำสาธารณะว่าบรูษไม่พึงคาดหมายความเป็นส่วนตัวจากอวัยวะท่อนบน (upper torso) ของตน และหน้าอกตามที่บัญญัตินั้นหมายถึงแต่เพียงหน้าอกสตรีเท่านั้น⁴⁹

5. ตามมาตรา 67 67A และมาตรา 68 คำว่า “**ชุดชั้นใน**” (underwear) มีการวินิจัยของศาลในคดีหนึ่งว่าการจะพิจารณาว่าสิ่งนั้นเป็นชุดชั้นในหรือไม่ ให้พิจารณาจากความมุ่งหมายในการนำมาใช้เป็นสำคัญ ในคดีที่เกิดขึ้นนั้นเป็นกรณีที่ใช้โทรศัพท์มือถือแอบบันทึกภาพชุดว่ายน้ำแบบสองชิ้น (bikini) ในขณะที่เหยื่อกำลังเปลี่ยนชุดดังกล่าวในห้องเปลี่ยนเสื้อผ้า ซึ่งผู้พิพากษาอธิบายว่า โดยปกติของชุดชั้นในหมายถึงชุดที่ใส่ติดกับผิวหนังภายใต้การปกคลุมของเสื้อผ้า ดังนั้น ชุดว่ายน้ำไม่ใช่ชุดชั้นในตามความหมายที่ว่านี้ แต่ก็เป็นที่ชัดเจนว่าชุดว่ายน้ำในบางชิ้นนั้นก็

⁴⁷ Gillespie, A. A., "Tackling Voyeurism: Is the Voyeurism (Offences) Act 2019 a Wasted Opportunity?," *Modern Law Review*: 1120.

⁴⁸ Ibid., p. 1122.

⁴⁹ R. v Bassett (Kevin) [2008]

อาจสวมใส่อย่างชุดชั้นในได้ซึ่งสตรีสามารถเลือกที่จะสวมใส่ เช่น ชุดว่ายน้ำแบบสองชิ้นส่วนล่างเลือกใส่เป็นกางเกงใน ซึ่งถ้าหากใส่ด้วยจุดประสงค์ให้เป็นชุดชั้นในแล้วก็ย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย หากมีผู้กระทำการบันทึกในขณะที่เหยื่อคาดหวังความเป็นส่วนตัวอย่างสมเหตุผล⁵⁰

6. ตามมาตรา 68 (1A) คำว่า “อุปกรณ์” ไม่ได้มีการให้คำนิยามไว้แต่เป็นที่เข้าใจได้โดยทั่วไปจึงมิได้ให้ความหมาย เช่น โทรศัพท์ กล้องถ่ายรูป กล้องแอบถ่าย เป็นต้น แต่ถ้อยบัญญัติที่ว่า “ใช้อุปกรณ์ รวมทั้งการเผยแพร่ใช้งานโดยผู้อื่นโดยปราศจากความรับรู้ของผู้นั้น” ยกตัวอย่างเช่น กรณีที่ผู้กระทำควบคุมกล้องของเหยื่อที่ติดอยู่กับโทรศัพท์มือถือ หรือคอมพิวเตอร์จากระยะไกลในการใช้เพื่อการแอบดูหรือแอบบันทึกภาพ⁵¹

4.2.3 กฎหมายที่เกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม

กฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อใช้บังคับกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม อยู่ในพระราชบัญญัติว่าด้วยกระบวนกรยุติธรรมทางอาญาและศาล ค.ศ.2015 (Criminal Justice and Courts Act 2015) มาตรา 33 ถึง 35 มีรายละเอียดดังนี้

มาตรา 33 การเผยแพร่ภาพถ่ายและภาพยนตร์ส่วนบุคคลทางเพศด้วยเจตนาที่จะก่อให้เกิดความเสียใจ บัญญัติว่า

“(1) ผู้ใดเผยแพร่ภาพถ่ายหรือภาพยนตร์ส่วนบุคคลทางเพศของผู้อื่น ถ้าการเผยแพร่ได้กระทำโดย

(a) ปราศจากความยินยอมของบุคคลที่ปรากฏในภาพถ่าย หรือภาพยนตร์

และ

(b) ด้วยเจตนาก่อให้เกิดความเสียใจต่อบุคคลนั้น

(2) แต่จะไม่ใช่ความผิดภายใต้มาตรานี้สำหรับคนที่เปิดเผยภาพถ่าย หรือภาพยนตร์ต่อบุคคลที่กล่าวไว้ในอนุมาตรา 1 (a) และ (b)

⁵⁰ Police Service for Northern Ireland v Richard Shaw MacRitchie [2008]

⁵¹ Gillespie, A. A., "Tackling Voyeurism: Is the Voyeurism (Offences) Act 2019 a Wasted Opportunity?," *Modern Law Review*: 1115.

(3) บุคคลที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดภายใต้มาตรานี้สามารถยกเป็นข้อแก้ตัว เพื่อพิสูจน์ว่าเขาหรือเธอเชื่ออย่างสมเหตุสมผลว่าการเผยแพร่ที่จำเป็นเพื่อวัตถุประสงค์ในการป้องกันสืบสวน และสอบสวนความผิดทางอาญา

(4) บุคคลที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดภายใต้มาตรานี้สามารถยกเป็นข้อแก้ตัว เพื่อแสดงว่า

(a) การเผยแพร่ที่กระทำในระหว่าง หรือด้วยตั้งใจที่จะตีพิมพ์สื่อสิ่งพิมพ์

(b) เขาหรือเธอ เชื่ออย่างสมเหตุสมผลว่าในสถานการณ์เฉพาะการตีพิมพ์สื่อสิ่งพิมพ์เป็นหรืออาจเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ

(5) บุคคลที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดภายใต้มาตรานี้สามารถยกเป็นข้อแก้ตัว เพื่อแสดงว่า

(a) เขาหรือเธอ เชื่ออย่างสมเหตุสมผลว่าภาพถ่าย หรือภาพยนตร์เคยถูกเปิดเผยมาแล้วเพื่อรางวัล ไม่ว่าจะโดยบุคคลที่ถูกกล่าวถึงในอนุมาตรา 1 (a) และ (b) หรือบุคคลอื่น และ

(b) เขาหรือเธอ ไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่าการเผยแพร่ครั้งก่อนเพื่อรางวัลถูกทำโดยปราศจากความยินยอมของบุคคลซึ่งกล่าวไว้ในอนุมาตรา 1 (a) และ (b)

(6) บุคคลซึ่งถูกถือว่าได้แสดงวัตถุประสงค์ที่ถูกกล่าวไว้ในอนุมาตรา (4) หรือ (5) ถ้า

(a) มีหลักฐานเพียงพอว่าวัตถุประสงค์นั้นได้ถูกเสนอเพื่อก่อให้เกิดประเด็นอันเกี่ยวข้องกับสิ่งนั้น และ

(b) ข้อขัดแย้งไม่ได้ถูกพิสูจน์โดยปราศจากข้อสงสัย

(7) เพื่อวัตถุประสงค์ในอนุมาตรา (1) ถึง (5)

(a) “ความยินยอม” เพื่อการเผยแพร่ รวมทั้งความยินยอมโดยทั่วไปซึ่งครอบคลุมการเผยแพร่ที่อื่น อีกทั้งความยินยอมในการเผยแพร่เฉพาะเรื่อง และ

(b) “การเผยแพร่” วัตถุประสงค์ทางวารสาร หมายความว่า การเผยแพร่ไปยังสาธารณชนโดยทั่วไป หรือหน่วยหนึ่งของสาธารณะ

(8) บุคคลซึ่งถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดภายใต้มาตรานี้ไม่ถูกถือว่าได้เปิดเผยภาพถ่าย หรือภาพยนตร์ด้วยเจตนาที่จะก่อให้เกิดความเสียหาย เพียงเพราะว่าเป็นธรรมดา หรือเป็นผลที่เกิดขึ้นได้จากการเผยแพร่

(9) บุคคลซึ่งมีความผิดกระทำความผิดภายใต้มาตรานี้ มีความผิด

(a) อุกฉกรรจ์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินกว่า 2 ปี หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ และ

(b) ลหุโทษ ต้องระวางจำคุกไม่เกินกว่า 12 เดือน หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ”⁵²

มาตรา 34 ความหมายของ “เปิดเผย” และ “ภาพถ่าย หรือภาพยนตร์” บัญญัติว่า

“(1) ความหมายต่อไปนี้ ใช้เพื่อวัตถุประสงค์ของมาตรา 33 มาตรานี้ และมาตรา 35

(2) บุคคล “เปิดเผย” สิ่งใดสิ่งหนึ่งต่อบุคคลอีกคนหนึ่ง ไม่ว่าโดยวิธีใด ถ้าเขาหรือเธอให้ หรือแสดงสิ่งนั้นต่อบุคคล หรือทำให้ปรากฏแก่ผู้อื่น

(3) สิ่งใดสิ่งหนึ่งซึ่งถูกให้ หรือถูกแสดง หรือถูกทำให้ปรากฏแก่บุคคลหนึ่ง จะเป็นการเผยแพร่เมื่อ

(a) ไม่ว่าจะเป็นการถูกให้ ถูกแสดงหรือถูกทำให้ปรากฏเพื่อรางวัล และ

(b) ไม่ว่าจะเป็นการที่เคยถูกให้ ถูกแสดงหรือถูกทำให้ปรากฏแก่ผู้อื่นมาก่อนแล้ว

(4) “ภาพถ่าย หรือภาพยนตร์” หมายความว่า ภาพนิ่ง หรือภาพเคลื่อนไหวในรูปแบบใดก็ตามที่

(a) ปรากฏว่าประกอบด้วย หรือรวมถึง ภาพถ่ายหรือภาพถ่ายจากภาพยนตร์หนึ่งภาพ หรือมากกว่านั้น และ

(b) ส่วนของข้อมูลซึ่งประกอบด้วย หรือรวมถึง ภาพถ่าย หรือภาพถ่ายจากภาพยนตร์หนึ่งภาพ หรือมากกว่านั้น

⁵² Criminal Justice and Courts Act 2015 Section 33

(5) การอ้างถึงอนุมาตรา (4) (b) ในส่วนของภาพถ่าย หรือภาพถ่ายจากภาพยนตร์ รวมถึง ภาพถ่าย หรือภาพถ่ายจากภาพยนตร์ ซึ่งถูกเปลี่ยนแปลงได้ไม่ว่าทางใดก็ตาม

(6) “ภาพถ่าย หรือภาพถ่ายจากภาพยนตร์” หมายความว่า ภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวที่

(a) เกิดจากการถูกถ่ายเป็นครั้งแรกโดยการถ่ายภาพ หรือการถ่ายภาพยนตร์

(b) เป็นส่วนหนึ่งของภาพซึ่งถูกถ่ายเป็นครั้งแรกโดยการถ่ายภาพ หรือการถ่ายภาพยนตร์

(7) “การถ่ายทำภาพยนตร์” หมายความว่า การบันทึกลงบนวัตถุซึ่งก่อให้เกิดภาพเคลื่อนไหว ไม่ว่าถูกผลิตด้วยวิธีใดก็ตาม

(8) การอ้างถึงภาพถ่ายหรือภาพยนตร์ รวมถึง

(a) ภาพที่มีลักษณะตรงข้ามกับความเป็นจริงตามอนุมาตรา (4) และ

(b) ข้อมูลซึ่งถูกเก็บไว้ในลักษณะใดก็ตามซึ่งสามารถนำมาเปลี่ยนแปลงเป็นภาพตามอนุมาตรา (4)”⁵³

มาตรา 35 ความหมายของ “ส่วนบุคคล” และ “ทางเพศ” บัญญัติว่า

“(1) ความหมายต่อไปนี้ ใช้เพื่อวัตถุประสงค์ของมาตรา 33

(2) ภาพถ่ายหรือภาพยนตร์มีความเป็น “ส่วนบุคคล” ถ้าแสดงให้เห็นบางอย่างที่ไม่พึงปรากฏในที่สาธารณะ

(3) ภาพถ่ายหรือภาพยนตร์มีความเป็น “ทางเพศ” ถ้า

(a) แสดงให้เห็นทั้งหมดหรือบางส่วนซึ่งอวัยวะเพศของบุคคลหรือบริเวณหัวเหน่า

(b) แสดงให้เห็นบางสิ่งว่าวิญญูชนอาจพิจารณาว่ามีความเป็นทางเพศโดยลักษณะของภาพนั่นเอง หรือ

⁵³ Criminal Justice and Courts Act 2015 Section 34

(c) เนื้อหาทั้งหมด วิทยุชนอาจพิจารณาว่ามีความเป็นทางเพศ

(4) อนุมาตรา 5 ใช้กับกรณีดังต่อไปนี้

(a) ภาพถ่าย หรือภาพยนตร์ที่ประกอบด้วย หรือรวมทั้งภาพถ่ายหรือภาพถ่ายจากภาพยนตร์ที่แก้ไขได้ไม่ว่าโดยทางใดก็ตาม

(b) ภาพถ่าย หรือภาพยนตร์ที่ผสมกันตั้งแต่สองหรือมากกว่านั้นซึ่งภาพถ่ายหรือภาพถ่ายจากภาพยนตร์ และ

(c) ภาพถ่าย หรือภาพยนตร์ที่ผสมกับภาพถ่ายหรือภาพถ่ายจากภาพยนตร์กับสิ่งอื่น

(5) ภาพถ่าย หรือภาพยนตร์ไม่มีความเป็นส่วนบุคคล และทางเพศ ถ้า

(a) ไม่ประกอบด้วย หรือรวมถึงภาพถ่ายหรือภาพถ่ายจากภาพยนตร์ที่โดยตัวเองมีความเป็นส่วนบุคคลและทางเพศ

(b) มีเพียงเฉพาะความเป็นส่วนบุคคล หรือทางเพศ โดยอาศัยอำนาจของการเปลี่ยนแปลงหรือการผสมกันตามที่กล่าวไว้ในอนุมาตรา (4)⁵⁴

วิเคราะห์ได้ดังนี้

1. บทบัญญัติมาตรา 33 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับฐานความผิดเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม ส่วนมาตรา 34 และมาตรา 35 เป็นบทบัญญัติที่อธิบายนิยามศัพท์ที่ใช้ในมาตรา 33 เพื่อให้การกระทำอันจะเป็นความผิดมีความชัดเจนแน่นอน

2. ตามมาตรา 33 (2) ซึ่งให้เห็นว่าผู้ที่จะเป็นผู้กระทำการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นไม่รวมถึงบุคคลซึ่งปรากฏในภาพนั่นเอง เพราะถ้าเป็นกรณีที่บุคคลเปิดเผยภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของตนเอง ถือว่าสมัครใจสละเจตนากรรมทางกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล ทำให้ภาพเช่นนั้นไม่ใช่ภาพส่วนบุคคลอีกต่อไป แต่ถ้าในภาพดังกล่าวยังปรากฏผู้อื่นอยู่ในภาพนั้นอีกก็ยังคงได้รับความคุ้มครองอยู่หากเข้าองค์ประกอบความผิด⁵⁵

⁵⁴ Criminal Justice and Courts Act 2015 Section 35

⁵⁵ Alisdair A. Gillespie, "“Trust Me, It’s Only for Me”: ‘Revenge Porn’ and the Criminal Law," *Criminal Law Review* (2015): 2.

3. การเผยแพร่อันเป็นการกระทำความผิด มาตรา 34 ได้ให้ความหมายไว้โดยสรุปว่า การกระทำไม่ว่าโดยวิธีใดอันเป็นการแสดง หรือให้สิ่งที่จะเปิดเผย หรือทำให้ปรากฏแก่ผู้อื่น โดยสิ่งใดสิ่งหนึ่งซึ่งถูกให้ หรือถูกแสดง หรือถูกทำให้ปรากฏแก่บุคคลหนึ่ง จะเป็นการเผยแพร่ไม่ว่าจะเป็นการถูกให้ ถูกแสดงหรือถูกทำให้ปรากฏเพื่อรางวัล และไม่ว่าจะเป็นการที่เคยถูกให้ ถูกแสดงหรือถูกทำให้ปรากฏแก่ผู้อื่นมาก่อนหรือไม่ก็ตาม

4. วัตถุประสงค์ของการกระทำที่ได้กำหนดไว้คือภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ ซึ่งมาตรา 34 ได้ให้ความหมายของคำว่า ภาพถ่าย กับ ภาพยนตร์ไว้ว่าภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหว และใน (8) (a) ของมาตราเดียวกันยังชี้ให้เห็นว่า ภาพนั้นรวมถึงภาพที่เกิดจากการตัดต่อ หรือ (8) (b) รวมถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ทำให้ภาพปรากฏขึ้นได้อีกด้วย นอกจากนี้ยังได้นิยามถึงความเป็น “ส่วนบุคคล” และ “ที่เกี่ยวกับเพศ” ไว้อย่างชัดเจน ซึ่งความเป็นส่วนบุคคลของภาพนั้นจะเกิดขึ้นเมื่อภาพนั้นได้แสดงให้เห็นว่าไม่พึงปรากฏในที่สาธารณะ และภาพที่จะมีความเกี่ยวข้องกับเรื่องเพศหรือไม่นั้นในคำนิยามมาตรา 35 (3) (b) (c) ได้เปิดกว้างให้ดุลพินิจศาลในการพิจารณาว่าภาพที่เป็นวัตถุประสงค์ของการกระทำนั้นเป็นภาพที่เกี่ยวข้องกับทางเพศหรือไม่ โดยใช้มาตรฐานของวิญญูชนในการพิจารณา ซึ่งจะแตกต่างจากประเทศอื่น ๆ ที่ได้ทำการศึกษาเพราะประเทศอื่นจะกำหนดลักษณะของภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศไว้ตายตัวโดยไม่เปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจได้

5. มาตรา 33 (1) (b) กำหนดเจตนาพิเศษในการกระทำความผิด เพื่อก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่น กล่าวคือ ผู้ที่เปิดเผยภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นจะต้องรู้ว่าผู้นั้นไม่ยินยอมให้ตนนำไปเปิดเผยแล้ว การเผยแพร่ของผู้กระทำยังต้องมีเจตนาพิเศษเพื่อให้ผู้ถูกเปิดเผยเกิดความเสียหายอีกด้วย และตามมาตรา 33 (8) มิให้ถือว่าบุคคลซึ่งถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดภายใต้มาตรานี้ กระทำไปด้วยเจตนาก่อให้เกิดผู้ถูกเปิดเผยเสียหายเพียงเพราะเป็นธรรมดา หรือเป็นผลที่เกิดขึ้นได้จากการเผยแพร่นั้น ซึ่งบทบัญญัตินี้เป็นข้อบังคับให้อัยการซึ่งเป็นโจทก์นั้นต้องพิสูจน์ถึงเจตนาพิเศษให้แน่ชัดให้เข้าองค์ประกอบความผิด มิใช่กล่าวอ้างแต่เพียงเหตุผลว่าเพราะผู้กระทำเปิดเผย ก็เป็นผลให้เหยื่อได้รับความเสียหายแล้ว เหตุที่ต้องมีการบัญญัติถึงเจตนาพิเศษเพราะไม่ต้องการให้ขอบเขตของฐานความผิดนี้คุ้มครองเหยื่อมากเกินไปอันจะเป็นสาเหตุให้นำภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศมาใช้ในการแกล้งดำเนินคดีกับผู้อื่น แต่การบัญญัติเช่นนี้มีข้อด้อยที่สำคัญคือการสร้างภาระให้แก่โจทก์อย่างมากในการพิสูจน์เจตนาซึ่งอยู่ในจิตใจอันเป็นเรื่องยากที่จะพิสูจน์ให้เห็นอย่างชัดเจน อีกทั้งจะเป็นข้ออ้างให้แก่ผู้กระทำการเผยแพร่เพื่อแก้ตัวได้ว่าตนไม่ได้มี

เจตนาพิเศษเช่นนั้น แต่กระทำไปโดยมีเจตนาอื่น ซึ่งก็จะเป็นการแก้ตัวให้พ้นผิดได้ ซึ่งจะส่งผลร้ายต่อเหยื่อเป็นอย่างยิ่ง⁵⁶

6. อังกฤษมิได้บัญญัติแยกการกระทำในขั้นตอนเผยแพร่ออกเป็นสองลักษณะอย่างเช่นประเทศอื่นที่ได้แบ่งออกเป็นสองลักษณะอันได้แก่ ลักษณะแรก คือการเผยแพร่ภาพโดยรู้ว่าเป็นภาพที่ได้มาจากการกระทำผิดกฎหมายในขั้นตอนการบันทึก กับอีกลักษณะ คือการเผยแพร่ภาพโดยไม่เกี่ยวข้องกับกระบวนการบันทึกโดยมิชอบ หมายความว่าไม่ว่าภาพเช่นนั้นจะมีการได้มาอย่างไรก็ตาม ให้พิจารณาบทบัญญัติตามมาตรา 33 เป็นสำคัญว่าเข้าองค์ประกอบความผิดของขั้นตอนการเผยแพร่หรือไม่

7. ข้อแก้ตัวได้บัญญัติไว้ในมาตรา 33 (3) ถึง (5) ซึ่งกรณีที่น่าจะพิสูจน์ได้ว่าการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศได้กระทำลงไปตามบทบัญญัติข้างต้น ก็สามารถยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวให้ตนพ้นผิดได้



⁵⁶ Ibid., p. 8.

4.3 แคนาดา

4.3.1 ความเป็นมาของกฎหมายที่เกี่ยวกับการบันทึกและเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม

การพัฒนาทางเทคโนโลยีอย่างรวดเร็วในช่วงปลายศตวรรษที่ 20 ก่อให้เกิดประโยชน์มากมายต่อสังคมแคนาดา แต่ก็มีผลกระทบต่อความเป็นส่วนตัวที่ถูกกลดทอนลงด้วยเทคโนโลยีแบบใหม่ทำให้การถ้ามองรูปแบบเดิมทวีความรุนแรงมากยิ่งขึ้นในการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลจากการพึ่งพาเทคโนโลยีแบบใหม่ผสมผสานใช้ในการกระทำความผิด และบทบาทของกฎหมายที่ไม่อาจบังคับกับการกระทำรูปแบบใหม่ได้อีกต่อไป โดยกล้องเว็บแคมที่สามารถกระจายภาพสดผ่านระบบอินเทอร์เน็ตไปยังเว็บไซต์ต่าง ๆ เป็นที่นิยมอย่างยิ่งในช่วงเวลานั้น ทำให้เกิดข้อกังวลเกี่ยวกับความเป็นไปได้ในการใช้กล้องเว็บแคมในการละเมิดผู้อื่นโดยการแอบดูหรือแอบบันทึกเพื่อจุดประสงค์ทางเพศ ซึ่งเป็นการทำลายสิทธิขั้นพื้นฐานที่จะได้รับความเป็นส่วนตัวซึ่งเป็นสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองในระบอบประชาธิปไตยอย่างร้ายแรง ในช่วงเวลานั้นยังไม่มีฐานความผิดเฉพาะในประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้จัดการกับปัญหาการถ้ามองหรือการเผยแพร่วัตถุการถ้ามอง ซึ่งต้องอาศัยบทบัญญัติเท่าที่มีอยู่ในการปรับใช้กับการถ้ามอง เช่น ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก หรือความผิดเกี่ยวกับการบุกรุกในเวลากลางคืน เป็นต้น⁵⁷

เหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการถ้ามองและเทคโนโลยีสมัยใหม่กำลังได้รับความสนใจในขณะเดียวกันก็สร้างความกังวลต่อสาธารณชนมากขึ้น ตัวอย่างเช่นที่กระทรวงยุติธรรมนิวบริสวิก ในค.ศ. 1999 พนักงานชายคนหนึ่งได้ติดตั้งกล้องวิดีโอในห้องน้ำรวมอย่างลับ ๆ และบันทึกภาพเพื่อนร่วมงานหญิงขณะกำลังใช้ห้องน้ำ ในทำนองเดียวกันบทความในนิตยสารของ Maclean ในเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ. 2001 ซึ่งมีชื่อว่า “Peeping Toms Go Electronic” ได้อธิบายถึงกรณีของหญิงสาวคนหนึ่งที่ค้นพบกล้องวิดีโอที่ซ่อนอยู่ในช่องระบายอากาศในห้องเช่าของเธอ บทความนี้ได้ชี้ให้เห็นว่ากล้องวิดีโอมีการผลิตที่มากขึ้นในราคาถูกลง ซึ่งสามารถนำไปซ่อนไว้ในอุปกรณ์ต่าง ๆ ในชีวิตประจำวัน เช่น นาฬิกา ตะเกียง ตุ๊กตาหมี เป็นต้น เมื่อเทคโนโลยีสามารถช่วยให้ภาพที่ได้มาจากการถ้ามองสามารถถูกโพสต์อย่างทันทีในระบบอินเทอร์เน็ต จะทำให้เกิดความกังวลเกี่ยวกับอันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากการเผยแพร่ภาพเหล่านี้ด้วย⁵⁸

⁵⁷ Department of Justice, "Voyeurism as a Criminal Offence: A Consultation Paper," [Online], Accessed: 28 October 2020. Available from: <https://justice.gc.ca/eng/cons/voy/intro.html>

⁵⁸ Ibid.

ด้วยเหตุนี้ ในการตอบสนองต่อสถานการณ์ที่เกิดขึ้นมีการเรียกร้องให้ปฏิรูปกฎหมาย โดยการสร้างฐานความผิดขึ้นมาใหม่เพื่อแก้ปัญหาการถ่มองโดยตรง จนกระทั่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมทั้งระดับสหรัฐ มณฑล และเขตปกครองพิเศษได้มีการปรึกษาหารือเรื่องที่เกิดขึ้นว่าจะดำเนินการต่อไปอย่างไร ในที่สุดจึงได้ออกเอกสารรับฟังความคิดเห็นจากทุกภาคส่วนว่าควรมีฐานความผิดใหม่เรื่องการถ่มองหรือไม่ หากจะให้มีความผิดประจักษ์ประกอบความผิดเป็นอย่างไร ซึ่งในเอกสารได้ชี้ให้เห็นว่าผู้กระทำผิดในการแอบดูหรือแอบบันทึกภาพผู้อื่นโดยมากมักจะมี ความผิดปกติทางเพศ (Sexual Disorders) อยู่ด้วย กล่าวคือ การแสดงอวัยวะเพศ หรือการสัมผัสเนื้อตัวเหยื่อ ซึ่งพฤติกรรมเบื้องต้นเหล่านี้ หากไม่มีกระบวนการทางกฎหมายเข้าป้องปราม ก็อาจกลายเป็นพฤติกรรมทางเพศอื่นที่รุนแรงขึ้น และเกิดการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศอย่างอื่น ตามมาจนก่ออันตรายต่อสังคมส่วนรวม จนกระทั่งค.ศ. 2005 รัฐสภาได้ผ่านร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา โดยบัญญัติให้การถ่มอง เป็นความผิดอาญา ในส่วนที่ 5 ความผิดเกี่ยวกับเพศ ศีลธรรมอันดีของประชาชนและการประพฤติมิชอบแบบแผน (Public Morals and Disorderly Conduct Sexual Offences) มาตรา 162⁵⁹

ความผิดฐานการถ่มองตามที่ได้บัญญัติขึ้นใหม่นั้นได้มีการบัญญัติรวมถึงความผิดเกี่ยวกับการนำภาพที่ได้จากความผิดฐานการถ่มองไปเผยแพร่ด้วย แต่เมื่อกาลเวลาผ่านไปกลับพบข้อบกพร่องสำคัญประการหนึ่งก็คือ ภาพที่มีความเป็นส่วนบุคคลทางเพศนั้นไม่ใช่ภาพที่เกิดจากฐานความผิดดังกล่าวในทุกกรณี ทำให้หากเผยแพร่ภาพที่มีได้เกิดจากการกระทำความผิดดังกล่าวก็ไม่อาจนำฐานความผิดเรื่องถ่มองมาใช้บังคับได้ ด้วยความตระหนักในปัญหาที่เกิดขึ้นนี้ ในวันที่ 20 พฤศจิกายน ค.ศ. 2013 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม Peter MacKay จึงได้เสนอกฎหมายฉบับแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (Bill C-13) หรือที่เรียกอีกชื่อหนึ่งว่า “พระราชบัญญัติปกป้องชาวแคนาดาจากอาชญากรรมออนไลน์” (Protecting Canadians from Online Crime Act) เข้าสู่รัฐสภา โดยในร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวมีสาระสำคัญในการแก้ไขกฎหมายหลายเรื่องด้วยกัน และในสาระสำคัญของการแก้ไขกฎหมายฉบับดังกล่าวนี้ได้มีการเพิ่มฐานความผิดใหม่ไว้ในประมวลกฎหมายอาญา อันได้แก่ความผิดฐานเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศโดยไม่ได้รับ

⁵⁹ Ibid.

ความยินยอม โดยรัฐสภาได้ผ่านร่างกฎหมายซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 10 มีนาคม ค.ศ. 2015 เป็นต้นมา⁶⁰

สาเหตุสำคัญในการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาโดยการเพิ่มความผิดฐานดังกล่าวไว้เป็นความผิดเฉพาะ เนื่องจากเกิดการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมอาจเกิดขึ้นได้ในหลายสถานการณ์ สามารถเกิดขึ้นได้ทั้งผู้ใหญ่และเด็ก โดยมักมักเกิดขึ้นในลักษณะที่ความสัมพันธ์ระหว่างคนรักสิ้นสุดลง และในลักษณะการกลั่นแกล้งรังแกออนไลน์ (Cyberbullying) เมื่อก้าวถึงคนรักกัน ในระหว่างที่ดำรงความสัมพันธ์อยู่นั้น คนรักคนหนึ่งอาจแลกเปลี่ยนหรือถ่ายภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศให้แก่กันเพื่อวัตถุประสงค์ในการใช้ส่วนบุคคล แต่เมื่อความสัมพันธ์ได้สิ้นสุดลง คนใดคนหนึ่งอาจเผยแพร่ หรือแสดงภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของอีกคนหนึ่งให้แก่เพื่อน หรือลูกจ้าง หรือคนอื่น ๆ ได้รับความ หรืออาจโพสต์ภาพดังกล่าวนี้ทางอินเทอร์เน็ตเพื่อที่จะแค้น โดยมากคนที่ยังอยู่ในช่วงวัยรุ่นมักจะมีอัตราแลกเปลี่ยนภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศด้วยความยินยอม เนื่องจากภาพเหล่านี้แพร่กระจายได้อย่างรวดเร็วและยากต่อการควบคุม การกระทำเช่นนั้นอาจทำให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตกเป็นเหยื่อจากถูกโจมตีด้วยการกลั่นแกล้งรังแกออนไลน์ต่อไป ผลกระทบของการเผยแพร่นี้เป็นการละเมิดต่อสิทธิส่วนบุคคลของผู้ที่อยู่ในภาพ ซึ่งทำให้ผู้นั้นได้รับความอับอาย อับยศ ถูกคุกคาม และรู้สึกถูกด้อยค่า หรือมีฉันทันนั้นก็ถูกผู้อื่นทำอันตรายได้ในที่สุด⁶¹

4.3.2 กฎหมายที่เกี่ยวกับการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้ได้รับความยินยอม

ประมวลกฎหมายอาญา การลักมอม มาตรา 162 บัญญัติว่า

“(1) ผู้ใดกระทำความผิดถ้าผู้นั้น ฝ่าฝืนอย่างลับ ๆ หรือบันทึกภาพของผู้อื่น โดยการ
ใช้เครื่องมือหรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ ในสถานการณ์ที่ผู้อื่นควรคาดหมายความเป็นส่วนตัวอย่างสม
เหตุผล ถ้า

⁶⁰ Parliament of Canada, "Legislative Summary of Bill C-13: An Act to Amend the Criminal Code, the Canada Evidence Act, the Competition Act and the Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act," [Online], Accessed: 26 October 2020. Available from: <https://tinyurl.com/yal69clc>

⁶¹ Department of Justice, "Cyberbullying and the Non-Consensual Distribution of Intimate Images," [Online], Accessed: 26 October 2020. Available from: <https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/other-autre/cndii-cdncii/p6.html>

(a) ผู้อื่นอยู่ในสถานที่ซึ่งควรคาดหมายอย่างสมเหตุสมผลได้ที่จะเปลือย
เปิดเผยอวัยวะเพศ หรือ บริเวณบั้นท้าย หรือหน้าอกหญิง หรือเข้าร่วมในกิจกรรมทางเพศอย่าง
ชัดเจน

(b) ผู้อื่นเปลือยเปล่า เปิดเผยอวัยวะเพศ หรือบริเวณบั้นท้าย หรือหน้าอก
หญิง หรือเข้าร่วมในกิจกรรมทางเพศอย่างชัดเจน และการเฝ้าดูหรือบันทึก ได้กระทำไปเพื่อ
จุดประสงค์ในการเฝ้าดูหรือบันทึกบุคคลในขณะนั้น หรือเข้าร่วมกิจกรรมเช่นนั้น หรือ

(c) การเฝ้าดูหรือบันทึกภาพได้กระทำไปเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ

คำนิยามของการบันทึกภาพ

(2) ในมาตรานี้ การบันทึกภาพ รวมทั้ง ภาพถ่าย ภาพยนตร์ หรือการบันทึกวีดิทัศน์
ซึ่งได้ทำขึ้นไม่ว่าด้วยวิธีใด

ข้อยกเว้น

(3) (1) (a) และ (b) ไม่นำมาใช้บังคับกับเจ้าหน้าที่ที่ได้กระทำการตามหมายจับ

การพิมพ์ การโฆษณา อื่น ๆ ซึ่งการบันทึกเกี่ยวกับการถ่มอง

(4) ผู้ใดกระทำความผิดถ้าผู้นั้นรู้ว่าได้รับการบันทึกมาจากการกระทำความผิด
ภายใต้ (1) ... มีการบันทึกไว้ในครอบครองของเพื่อจุดประสงค์ในการพิมพ์ การทำซ้ำ การตีพิมพ์ การ
เผยแพร่ การหมุนเวียน การขาย หรือการโฆษณา หรือการทำให้ปรากฏ

โทษ

(5) ผู้ที่กระทำความผิดภายใต้ (1) หรือ (4)

(a) มีความผิดสำหรับโทษร้ายแรง และต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี

หรือ

(b) มีความผิดสำหรับโทษไม่ร้ายแรง⁶²

⁶² ความผิดสำหรับโทษไม่ร้ายแรง (Summary conviction) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน

ข้อแก้ตัว

(6) ผู้ใดจะถูกตัดสินว่ากระทำความผิดภายใต้มาตรานี้ไม่ได้ ถ้าการกระทำนั้นได้กระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะและมีได้กระทำให้เกิดขอบเขต”⁶³

วิเคราะห์ได้ดังนี้

1. มาตรา 162 ครอบคลุมต่อการกระทำความผิดเกี่ยวกับการถ้ำมองรูปแบบเก่าคือการแอบดูด้วยตาเปล่า และการถ้ำมองรูปแบบใหม่คือการแอบบันทึก เช่นเดียวกับอังกฤษ โดย (a) ให้การคุ้มครองความเป็นส่วนตัวในสถานที่ที่ควรคาดหมายอย่างสมเหตุสมผลได้ที่จะเปลี่ยน เปิดเผยอวัยวะเพศ หรือ บริเวณบั้นท้าย หรือหน้าอกหญิง หรือเข้าร่วมในกิจกรรมทางเพศอย่างชัดเจน เช่น ห้องเปลี่ยนเสื้อผ้า ห้องนอน ห้องน้ำ เป็นต้น ซึ่งบทบัญญัติของแคนาดาจะไม่ได้ระบุถึงสถานที่โดยตรงเหมือนกับสหรัฐอเมริกาที่จะระบุสถานที่ที่จะให้ความคุ้มครองตายตัว ทำให้ศาลสามารถตีความได้กว้างว่าสถานที่ใดบ้างที่เข้าองค์ประกอบของกฎหมาย

ส่วน (b) ให้ความคุ้มครองต่อลักษณะของภาพที่บันทึกว่าจะต้องเป็นการเปลือยหรือเปิดเผยอวัยวะเพศ หรือ บริเวณบั้นท้าย หรือหน้าอกหญิง หรือเข้าร่วมในกิจกรรมทางเพศอย่างชัดเจน และ (c) ให้ความคุ้มครองโดยมีพักต้องพิจารณาถึงลักษณะของภาพ เพียงดูว่าการเฝ้ามองดูหรือการบันทึกนั้นกระทำไปเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศหรือไม่ก็เพียงพอ

2. บทบัญญัติไม่ครอบคลุมถึงกรณีการแอบบันทึกภาพได้กระโปรงสตรี และกรณีการติดตั้งอุปกรณ์สำหรับการแอบบันทึก

3. มีการกำหนดความผิดเกี่ยวกับการครอบครองวัตถุเกี่ยวกับการถ้ำมองให้เป็นความผิดด้วย หากการครอบครองนั้นเป็นไปเพื่อจุดประสงค์ในการพิมพ์ การทำซ้ำ การตีพิมพ์ การเผยแพร่ การหมุนเวียน การขาย หรือการโฆษณา หรือการทำให้ปรากฏ

4. ประเด็นของคำว่า “คาดหมายความเป็นส่วนตัวอย่างสมเหตุสมผล” (Reasonable expectation of privacy) แม้บทบัญญัติจะไม่ได้ให้ความหมายโดยแน่ชัดว่าหมายรวมถึงกรณีใดบ้าง แต่ได้มีคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาลฎีกาในคดี R. V. Jarvis ได้กำหนดแนวทางการพิจารณาไว้ 9 ประการ ดังนี้

⁶³ Criminal Code Section 162

- (1) สถานที่ที่เหยื่ออยู่ในเวลาที่ถูกล่ามหรือถูกข่มขืน
- (2) ลักษณะความน่าตำหนิของการกระทำ ไม่ว่าจะทั้งการล่ามหรือการข่มขืน
- (3) การรับรู้หรือยินยอมให้มีการล่ามหรือข่มขืน
- (4) ลักษณะของการล่ามหรือการข่มขืนที่ได้กระทำลง
- (5) เนื้อหาของการล่ามหรือการข่มขืน
- (6) กฎระเบียบหรือนโยบายที่ควบคุมการล่ามหรือการข่มขืนที่เป็นปัญหา
- (7) ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถูกล่ามหรือถูกข่มขืนกับผู้ล่ามหรือข่มขืน
- (8) จุดประสงค์ที่ได้ล่ามหรือข่มขืน
- (9) คุณลักษณะส่วนบุคคลของบุคคลที่ถูกล่ามหรือข่มขืน⁶⁴

อย่างไรก็ตามข้อพิจารณาเหล่านี้มิได้เป็นแนวปฏิบัติที่ตายตัวว่าจะต้องพิจารณาตามนี้เท่านั้น เป็นแต่เพียงปัจจัยในการพิจารณาเบื้องต้นในการตัดสินว่าผู้ตกเป็นเหยื่อคาดหมายความเป็นส่วนตัวในสถานการณ์ที่เกิดขึ้นได้หรือไม่ ซึ่งต้องพิจารณาไปตามบริบทของแต่ละคดี

5. เจตนาพิเศษได้มีการกำหนดไว้สองแบบ คือ (b) เพื่อการล่ามหรือการข่มขืน และ (c) เพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ ซึ่งกรณีตาม (c) หากเป็นการล่ามหรือข่มขืนเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ ไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงลักษณะของภาพว่าภาพนั้นมีลักษณะเปลือย หรือเปิดเผยให้เห็นอวัยวะเพศแต่อย่างใด เพียงพิเคราะห์ว่าผู้กระทำได้ล่ามหรือข่มขืนไปโดยมีวัตถุประสงค์เช่นนั้นหรือไม่ก็เพียงพอ เช่นกรณีคดี R. V. Jarvis ที่ครูชายได้ใช้กล้องที่ซ่อนอยู่ในปากกาข่มขืนนักเรียนหญิง ในขณะที่อยู่ในชั้นเรียน หรือหอประชุม และบริเวณโรงเรียนอื่น ๆ ซึ่งวิดิทัศน์ส่วนมากเน้นไปที่หน้าและท่อนบนร่างกายของนักเรียนหญิง โดยเฉพาะหน้าอก โดยนักเรียนไม่รู้มาก่อนว่าตนถูกข่มขืนภาพ ซึ่งกรณีที่เกิดขึ้นนี้จะเห็นได้ว่า ภาพที่ถูกล่ามข่มขืนนั้นมิได้มีลักษณะดังที่บัญญัติไว้ใน (b) แต่ก็ได้รับความคุ้มครองเพราะการกระทำดังกล่าวเป็นไปเพื่อจุดประสงค์ทางเพศตาม (c)

⁶⁴ R v Jarvis, [2019] 1 SCR 488, 2019 SCC 10, [2019] 1 RCS 488, [2019] SCJ No 10, [2019] ACS no 10

4.3.3 กฎหมายที่เกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่น โดยไม่ได้รับความยินยอม

แคนาดาได้แบ่งแยกความผิดเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมออกเป็นสองลักษณะ กล่าวคือ ลักษณะแรกเป็นการเผยแพร่ภาพซึ่งได้มาจากการกระทำความผิดฐานการถ่ายภาพตามที่ได้ศึกษามาแล้วในหัวข้อที่ 4.3.2 และอีกลักษณะหนึ่งเป็นกรณีการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมซึ่งการได้มาซึ่งภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศในฐานความผิดในลักษณะที่สองนี้ต้องไม่เกี่ยวข้องกับการบันทึกโดยไม่ได้รับความยินยอม พิจารณาได้ ดังนี้

ลักษณะแรก ความผิดเกี่ยวกับการเป็นการเผยแพร่ภาพซึ่งได้มาจากการกระทำความผิดฐานการถ่ายภาพ

มาตรา 162 การถ่ายภาพ บัญญัติว่า

“การพิมพ์ การโฆษณา อื่น ๆ ซึ่งการบันทึกเกี่ยวกับการถ่ายภาพ

... (4) ผู้ใดกระทำความผิดถ้าผู้นั้นรู้ว่าได้รับการบันทึกมาจากการกระทำความผิดภายใต้ (1) พิมพ์ คัดลอก ตีพิมพ์ เผยแพร่ หมุนเวียน ขาย โฆษณา หรือทำให้ปรากฏซึ่งบันทึก ...”⁶⁵

วิเคราะห์ได้ดังนี้

1. การกระทำความผิดตามมาตรา 162 นี้ ผู้กระทำจะต้องรู้ว่าภาพนั้นได้มาจากการกระทำความผิดฐานการถ่ายภาพตามมาตรา 162 (1) เมื่อรู้เช่นนั้นแล้วจึงได้กระทำการพิมพ์ คัดลอก ตีพิมพ์ เผยแพร่ หมุนเวียน ขาย โฆษณา หรือทำให้ปรากฏซึ่งบันทึกดังกล่าว การกระทำจึงจะเป็นความผิดตามมาตรา 162 (4)

2. การบัญญัติฐานความผิดจะบัญญัติรวมกันไว้ในมาตรา 162 เช่นเดียวกับสหรัฐอเมริกาและรัฐอิลลินอยส์

3. ระวังโทษและช้อยกเว้นเป็นไปตามมาตรา 162 (5) และ (6)

ลักษณะที่สอง ความผิดเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมซึ่งการได้มาซึ่งภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศในฐานความผิดที่ไม่เกี่ยวข้องกับการบันทึกโดยไม่ได้รับความยินยอม

⁶⁵ Criminal Code Section 162

การโฆษณา ฯลฯ ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศโดยไม่ได้รับความยินยอม

มาตรา 162.1 บัญญัติว่า

“(1) ผู้ใด ตีพิมพ์ เผยแพร่ ส่งผ่าน ขาย ทำให้เข้าถึง หรือโฆษณาภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยเจตนา หรือโดยรู้ยู่่าผู้ที่ปรากฏอยู่ในภาพนั้นไม่ได้ให้ความยินยอมแก่การกระทำได้กล่าว หรือประมาทโดยจงใจไม่สนใจว่าผู้นั้นให้ความยินยอมแก่การกระทำเช่นนั้นหรือไม่ ถือว่ามีความผิดได้กรณี

(a) มีความผิดร้ายแรง และต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือ

(b) ความผิดอาญาไม่ร้ายแรง^{66 67}

คำนิยามของคำว่าภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ

(2) ในมาตรานี้ “ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ” หมายถึง การบันทึกภาพของบุคคล โดยการถ่ายรูป ถ่ายภาพยนตร์ หรือ บันทึกด้วยวิดิทัศน์

(a) ในขณะที่ผู้นั้นเปลือยกาย หรือ เผยอวัยวะเพศ หรือ บริเวณทวารของ เขาหรือของเธอ หรือบริเวณหน้าอกของเธอ หรือขณะที่มีกิจกรรมทางเพศที่เห็นได้โดยไม่สงสัย

(b) ในช่วงเวลาที่มีการบันทึกภาพนั้น ผู้ที่ถูกถ่ายภาพมีเหตุอันควร คาดหมายได้ถึงความเป็นส่วนตัว และ

(c) โดยในเวลาที่มีความผิดได้กระทำลง ผู้ที่ปรากฏในภาพนั้นยังคงมีเหตุอัน ควรคาดหมายได้ถึงความเป็นส่วนตัว

ข้อแก้ตัว

(3) ห้ามไม่ให้มีการตัดสินว่าผู้ใดผิดตามมาตรานี้ถ้าการกระทำที่เป็นต้นเหตุให้เกิดคดีนี้มีผลประโยชน์ต่อส่วนรวม และไม่ได้ยื่นอกเหนือไปจากที่เป็นประโยชน์ต่อส่วนรวม”

⁶⁶ ความผิดสำหรับโทษไม่ร้ายแรง (Summary conviction) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน

⁶⁷ Criminal Code Section 162.1

คำสั่งห้ามของศาล

มาตรา 162.2 บัญญัติว่า

“(1) เมื่อจำเลยถูกพิพากษาว่ามีความผิดตามความผิดในอนุมาตรา 162.1 (1) หรือถูกปล่อยตัวโดยมีเงื่อนไขคุมประพฤติภายใต้มาตรา 730 ศาลที่ได้พิพากษาหรือปล่อยตัวจำเลยนอกจากการลงโทษอื่นใดที่อาจกำหนดสำหรับความผิดนั้น หรือเงื่อนไขอื่นใดที่อาจกำหนดในคำสั่งปล่อยตัว ยังอาจกำหนดเงื่อนไขหรือข้อยกเว้นอย่างอื่นได้ตามที่ศาลเห็นสมควร เช่น คำสั่งห้ามจำเลยใช้อินเทอร์เน็ต หรือเครือข่ายดิจิทัลอื่น ถ้าจำเลยไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ศาลกำหนด ...”⁶⁸

วิเคราะห์ได้ดังนี้

1. ผู้กระทำการเผยแพร่หรือโฆษณาในความผิดตามมาตรา 162.1 ไม่รวมถึงบุคคลซึ่งปรากฏในภาพนั้นเอง เพราะหากผู้ที่เผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของตนเองย่อมเป็นการสละซึ่งเจตนาธรรมณ์ของกฎหมายที่ต้องการคุ้มครองความเป็นส่วนตัว ดังนั้นภาพที่เผยแพร่ออกไปจึงไม่มีลักษณะความเป็นส่วนตัวอยู่อีก แต่ถ้าภาพดังกล่าวนอกจากจะปรากฏให้เห็นภาพของตนเองแล้วยังมีภาพของผู้อื่นปรากฏอยู่ในภาพนั้นด้วยก็สามารถบังคับใช้มาตรานี้ได้
2. การกระทำการเผยแพร่นั้นกระทำได้ด้วยวิธีการตีพิมพ์ เผยแพร่ ส่งผ่าน ขยาย ทำให้เข้าถึง หรือโฆษณาภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่น ซึ่งมีความหมายที่เข้าใจได้โดยทั่วไป และมีได้จำกัดว่าการกระทำเหล่านี้จะต้องกระทำผ่านช่องทางอิเล็กทรอนิกส์เพียงอย่างเดียว
3. ขอบเขตเกี่ยวกับภาพอันเป็นวัตถุของการกระทำนั้นจะต้องมีลักษณะเป็นภาพที่ผู้ขึ้นเปลือยกาย หรือ เผยอวัยวะเพศ หรือ บริเวณทวารของเขาหรือของเธอ หรือบริเวณหน้าอกของเธอ หรือขณะที่มีกิจกรรมทางเพศที่เห็นได้โดยไม่สงสัย ซึ่งกรณีดังกล่าวไม่รวมถึงการปกคลุมด้วยชุดชั้นใน
4. มาตรา 162.1 นี้ไม่มีเงื่อนไขในเรื่องเจตนาพิเศษคงพิสูจนเจตนาธรรมดาเพียงว่าผู้กระทำความผิดกระทำโดยเจตนาโดยรู้ว่าตนไม่มีสิทธิ และรู้ว่าผู้เสียหายมิได้ยินยอมให้นำภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศไปเผยแพร่ก็เพียงพอ ที่บทบัญญัติไม่ได้ต้องการเจตนาพิเศษเพราะไม่ต้องการให้จำเลยอาศัยเป็นข้อแก้ตัวว่าตนมิได้มีเจตนาพิเศษดังกล่าวเพื่อให้ตนพ้นผิดได้ นอกจากนี้ในเรื่ององค์ประกอบภายในยังได้บัญญัติถึงการประมาทโดยจงใจ (reckless) อีกด้วย การพิสูจนความ

⁶⁸ Criminal Code Section 162.2

ประมาทโดยจงใจนั้นพิจารณาจากพฤติการณ์ที่ผู้กระทำความผิดต้องรู้ถึงความเสียหายต่อภัยอันตรายที่อาจเกิดขึ้นในขณะนั้น และพิจารณาจากผลของการกระทำซึ่งเกิดจากการที่ผู้กระทำนั้นรู้ถึงความเสียหายที่จะเกิดขึ้น และไม่มีเหตุผลอันสมควรที่ในสถานการณ์ที่ผู้กระทำซึ่งรู้ถึงความเสียหายจะก่อความเสียหายอันตรายเช่นนั้น⁶⁹

5. หากการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศได้กระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะสามารถยกขึ้นอ้างเพื่อให้พ้นผิดได้ เช่น เจ้าพนักงานกระทำการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศเพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดี เป็นต้น

6. ระยะเวลาในความผิดฐานนี้ คือ จำคุกตั้งแต่ 6 เดือนในกรณีที่เป็นความผิดไม่ร้ายแรง และสูงสุดไม่เกิน 5 ปีกรณีเป็นความผิดร้ายแรงซึ่งเป็นดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษ

7. มีบทบัญญัติให้อำนาจศาลในการกำหนดเงื่อนไขคุมประพฤติผู้ที่ถูกตัดสินว่ากระทำความผิดได้ตามที่ศาลเห็นสมควร เช่น คำสั่งห้ามจำเลยใช้อินเทอร์เน็ต หรือเครือข่ายดิจิทัลอื่น ถ้าจำเลยไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ศาลกำหนด

4.4 สาธารณรัฐสิงคโปร์

4.4.1 ความเป็นมาของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบันทึกและเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม

นับตั้งแต่ประมวลกฎหมายอาญาแห่งสาธารณรัฐสิงคโปร์ ได้มีการใช้บังคับเมื่อวันที่ 16 กันยายน ค.ศ. 1871 ก็มีการแก้ไขเพิ่มเติมในรายละเอียดให้ทันต่อสถานการณ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในขณะนั้นเรื่อยมา ซึ่งครั้งสุดท้ายที่มีการแก้ไขคือ ค.ศ. 2007 กระทั่งวันที่ 6 พฤษภาคม ค.ศ. 2019 รัฐสภาได้ผ่านพระราชบัญญัติปฏิรูปกฎหมายอาญา 2019 (CRIMINAL LAW REFORM ACT 2019) ซึ่งมีผลใช้บังคับวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2020 เป็นการปฏิรูปประมวลกฎหมายอาญาครั้งใหญ่เพราะมีการแก้ไขฐานความผิดเดิมที่มีอยู่และการเพิ่มเติมฐานความผิดต่าง ๆ ขึ้นใหม่มากมาย ทั้งนี้เพื่อเป็นการทำให้ประมวลกฎหมายอาญาทันสมัยต่อการกระทำความผิดอาญาที่เกิดขึ้นขณะนั้น จากเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงไป และมีการนำมาใช้ในการประกอบอาชญากรรมมากยิ่งขึ้น ดังนั้นเพื่อคุ้มครองผู้เยาว์และประชาชนที่ตกเป็นเหยื่อ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัติดังกล่าวเพื่อการนี้⁷⁰

⁶⁹ The Criminal Law Notebook, "Recklessness," [Online], Accessed: 28 October 2020. Available from: <http://criminalnotebook.ca/index.php/Recklessness>

⁷⁰ Neo Rong Wei, "Criminal Law Reform Bill: A Look at Key Changes in the Penal Code," [Online], Accessed: 28 October 2020. Available from: <https://www.todayonline.com/singapore/criminal-law-reform-bill-look-key-changes-penal-code>

หนึ่งในบรรดาฐานความผิดที่มีการเพิ่มขึ้นใหม่คือความผิดเกี่ยวกับการถ่มอง (Voyeurism) และการเผยแพร่ภาพหรือบันทึกการถ่มอง (Distribution of voyeuristic image or recording) การเผยแพร่หรือข่มขู่ที่จะเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ (Distributing or threatening to distribute intimate image or recording) และการครอบครองภาพหรือได้รับการเข้าถึงภาพหรือบันทึกการถ่มอง หรือภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ (Possession of or gaining access to voyeuristic or intimate image or recording) ซึ่งความผิดเหล่านี้ได้บัญญัติให้อยู่ในลักษณะที่ 16 ความผิดเกี่ยวกับเพศ (Sexual offences)

สาเหตุสำคัญที่ต้องเพิ่มฐานความผิดเหล่านี้ขึ้นเพราะมีสถิติการกระทำลักษณะดังกล่าวเพิ่มขึ้นสองเท่าในระยะเวลาสามปีที่ผ่านมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแอบบันทึกภาพได้กระป๋อง ซึ่งมักจะเกิดขึ้นในที่สาธารณะ หรือการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ โดยไม่ได้รับความยินยอมก็เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นไม่ยิ่งหย่อนไม่กว่ากัน ซึ่งก่อนหน้านี้จะมีแก้ไขเพิ่มเติมการกระทำเหล่านี้จะต้องไปปรับใช้ในความผิดฐานการก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย (Insult of modesty) ซึ่งคุ้มครองเฉพาะเพศหญิงเท่านั้น และความผิดฐานการหนังสือลามก หรืออื่น ๆ (Sale of obscene books, etc.) ซึ่งมีข้อจำกัดว่าการเผยแพร่จะต้องมีเจตนาพิเศษหลายประการตามที่กฎหมายกำหนด และต้องมีความลามกถึงจะผิดฐานนี้ ซึ่งไม่สามารถใช้บังคับกับการบันทึกภาพได้เลย และในขั้นตอนของการเผยแพร่ก็อาจจะใช้ได้เฉพาะบางกรณีที่ภาพนั้นมีความลามก และผู้กระทำมีเจตนาพิเศษเท่านั้น ด้วยข้อจำกัดของกฎหมายที่ไม่ครอบคลุมกับการกระทำที่เกิดขึ้น จึงเป็นสาเหตุให้คณะกรรมการทบทวนประมวลกฎหมายอาญา (Penal Code Review Committee) ได้เสนอให้มีการเพิ่มฐานความผิดทั้งหลายข้างต้นเพื่อให้ทันสมัยต่อความเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยี⁷¹

4.4.2 กฎหมายที่เกี่ยวกับการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 377BB การถ่มอง บัญญัติว่า

“(1) ผู้ใด (A) มีความผิดถ้าผู้หนึ่ง

⁷¹ Afifah Darke, "Voyeurism, 'Cyber Flashing' to Be Criminalised from January as Legal Reforms Kick In," [Online], Accessed: 28 October 2020. Available from: <https://www.channelnewsasia.com/news/singapore/voyeurism-cyber-flashing-doxxing-crime-penal-code-reform-12215288>

(a) โดยเจตนาเฝ้าดูผู้อื่น (B) กระทำกิจส่วนตัวโดยปราศจากความยินยอม และ

(b) รู้ หรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า (B) ไม่ได้ให้ความยินยอมในการเฝ้าดูนั้น

(2) ผู้ใด (A) มีความผิดถ้าผู้นั้น

(a) ใช้อุปกรณ์ด้วยเจตนาในการให้ (A) หรือผู้อื่นเฝ้าดูบุคคลที่สาม (B) กระทำกิจส่วนตัวโดยปราศจากความยินยอม และ

(b) รู้ หรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า (B) (ไม่ว่าการกระทำกิจส่วนตัวของ (B) จะถูกบันทึกหรือไม่ก็ตาม) ไม่ได้ให้ความยินยอม (A) ในการติดตั้งอุปกรณ์ด้วยเจตนาเช่นนั้น

(3) ผู้ใด (A) มีความผิดถ้าผู้นั้น

(a) โดยเจตนาหรือโดยรู้ บันทึกผู้อื่น (B) กระทำกิจส่วนตัวโดยปราศจากความยินยอม และ

(b) รู้ หรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า (B) ไม่ได้ให้ความยินยอมต่อ (A) ในการบันทึกนั้น

(4) ผู้ใด (A) มีความผิดถ้าผู้นั้น

(a) ใช้อุปกรณ์โดยปราศจากความยินยอมของ (B) ด้วยเจตนาให้ (A) หรือผู้อื่น (C) เฝ้าดูอวัยวะเพศ หน้าอกถ้าเป็นหญิง หรือบั้นท้าย (ไม่ว่าจะเปิดเผยหรือปกคลุม) ของ (B) ในสถานการณ์ที่อวัยวะเพศ หน้าอก บั้นท้าย หรือชุดชั้นในไม่พึงปรากฏ และ

(b) รู้ หรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า (B) (ไม่ว่าภาพของ (B) จะถูกบันทึกหรือไม่ก็ตาม) ไม่ได้ให้ความยินยอม (A) ในการติดตั้งอุปกรณ์ด้วยเจตนาเช่นนั้น

(5) ผู้ใด (A) มีความผิดถ้าผู้นั้น

(a) มีเจตนาหรือโดยรู้ บันทึกภาพอวัยวะเพศ หน้าอกถ้าเป็นหญิง หรือบั้นท้าย (ไม่ว่าจะเปิดเผยหรือปกคลุม) ของผู้อื่น (B) โดยปราศจากความยินยอมของ (B) ในสถานการณ์ที่อวัยวะเพศ หน้าอก บั้นท้าย หรือชุดชั้นในไม่พึงปรากฏ และ

(b) รู้ หรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า (B) ไม่ได้ให้ความยินยอมต่อ (A) ในการบันทึกภาพนั้น

(6) ผู้ใด (A) ติดตั้งอุปกรณ์ หรือก่อสร้าง หรือดัดแปลงสิ่งปลูกสร้างหรือส่วนของสิ่งปลูกสร้าง ด้วยเจตนาที่จะให้ (A) หรือผู้อื่นกระทำความผิดตามที่บัญญัติไว้ใน (1) (2) (3) (4) หรือ (5) มีความผิด

(7) ภายใต้อัน (8) ผู้ใดมีความผิดภายใต้มาตรานี้ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับ หรือเขียน หรือต้องระวางโทษทั้งหลายเหล่านี้รวมกัน

(8) ผู้ใดกระทำความผิดภายใต้มาตรานี้ต่อบุคคลที่อายุต่ำกว่า 14 ปี ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี และปรับหรือเขียน

(9) ในการดำเนินการภายใต้มาตรานี้ ผู้ใด (A) ทำบันทึกผู้อื่นในขณะที่กำลังกระทำการกิจส่วนตัว หรืออวัยวะเพศ หน้าอกถ้าเป็นหญิง หรือบั้นท้าย (ไม่ว่าเปิดเผยหรือปกคลุม) ในสถานการณ์ที่อวัยวะเพศ หน้าอก หรือบั้นท้ายของ (B) ไม่พึงปรากฏ ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า (B) ไม่ได้ให้ความยินยอมต่อ (A) ในการทำบันทึกนั้น จนกว่าจะพิสูจน์เป็นอย่างอื่น”⁷²

มาตรา 377C บัญญัติว่า

“(1) ในมาตรา 375 ถึง 377BO

“เผยแพร่” รวมทั้งการกระทำต่อไปนี้ ไม่ว่าจะกระทำผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์ ดิจิทัล หรือวิธีอื่นใด

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

(a) ส่ง โฆษณา จัดหา แสดง จัดแสดง กระจาย หรือติดต่อสื่อสารถึงผู้อื่น

(b) ทำให้ปรากฏซึ่งการดูหรือเข้าถึงโดยผู้อื่น

“ภาพ” หมายความว่า ภาพนิ่ง ภาพเคลื่อนไหว ภาพบันทึกหรือไม่บันทึก และรวมทั้งภาพที่ผลิตขึ้นไม่ว่าด้วยวิธีใด

“สิ่งปลูกสร้าง” รวมทั้ง เติ้นท์ ยานพาหนะ หรือเรือ หรือสิ่งปลูกสร้างอื่นใดที่มีลักษณะชั่วคราว หรือที่เคลื่อนที่ได้

... (3) ในมาตรา 375 ถึง 377BO

⁷² Penal Code Section 377BB

(f) ผู้ใดกำลังกระทำการส่วนตัวถ้าอยู่ภายใต้สถานการณ์ที่ผู้นั้นควรคาดหวังถึงความเป็นส่วนตัว โดยผู้นั้น

(i) อยู่ในสถานะที่อวัยวะเพศ บั้นท้าย หรือหน้าอก (ถ้าผู้นั้นเป็นหญิง) ถูกเปิดเผยหรือปกคลุมด้วยชุดชั้นใน หรือ

(ii) กำลังใช้ห้องน้ำ อาบน้ำฝักบัว หรืออาบน้ำในอ่าง หรือ

(iii) กำลังกระทำการทางเพศซึ่งไม่ทำเป็นปกติในที่สาธารณะ ...”⁷³

วิเคราะห์ได้ดังนี้

1. บทบัญญัติมาตรา 377BB แบ่งแยกลักษณะของการกระทำความผิดได้ 6 ประการ ได้แก่

- (1) การแอบดูผู้อื่นกระทำการส่วนตัวด้วยตาเปล่า
- (2) การใช้อุปกรณ์ในการให้ตนหรือบุคคลที่สามแอบดูผู้อื่นกระทำการส่วนตัว
- (3) การแอบบันทึกภาพผู้อื่นกระทำการส่วนตัว
- (4) การใช้อุปกรณ์ในการให้ตนหรือบุคคลที่สามเฝ้าดูอวัยวะเพศ หน้าอกถ้าเป็นหญิง หรือบั้นท้ายของผู้อื่น
- (5) การแอบบันทึกภาพอวัยวะเพศ หน้าอกหญิง หรือบั้นท้าย (ไม่ว่าจะเปิดเผยหรือปกคลุม) ของผู้อื่น

(6) การติดตั้งอุปกรณ์ หรือก่อสร้าง หรือดัดแปลงสิ่งปลูกสร้างหรือส่วนของสิ่งปลูกสร้างเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นกระทำความผิดตามข้อ 1.1-1.5

2. บทบัญญัติไม่ได้กำหนดเจตนาพิเศษไว้ คงพิสูจนเจตนาธรรมดาเพียงว่าผู้กระทำรู้ว่าการแอบดูหรือแอบบันทึกได้กระทำไปโดยไม่มีสิทธิ และรู้ว่าเหยื่อมิได้ยินยอมให้กระทำการเช่นนั้น

3. บทบัญญัติได้กำหนดวัตถุประสงค์ของการกระทำคือผู้อื่น ซึ่งต้องอยู่ในการกระทำการส่วนตัวตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 377C (3) หรือเปิดเผยอวัยวะเพศ หน้าอกหญิง หรือบั้นท้าย

⁷³ Penal Code Section 377C

4. ระยะเวลาโทษจำคุกคือไม่เกิน 2 ปี แต่ได้แบ่งแยกว่าหากได้กระทำต่อบุคคลอายุต่ำกว่า 14 ปี โทษจำคุก 2 ปีเท่ากัน แตกต่างกันที่กรณีหลังนี้จะต้องระวางโทษปรับหรือเขียนด้วย กรณีปกติอาจจำคุกอย่างเดียว หรือปรับ หรือเขียน หรือทั้งสามอย่างรวมกันก็ได้

5. มีบทสันนิษฐานเพื่อผลักภาระการพิสูจน์ให้ในกรณีที่ผู้ใดทำบันทึกของผู้อื่นขณะกำลังกระทำกิจส่วนตัว หรือเปิดเผยอวัยวะเพศ หน้าอกหญิง หรือบันทึย ให้สันนิษฐานว่าผู้ถูกระทำไม่ได้ให้ความยินยอม ทำให้จำเลยต้องเป็นฝ่ายพิสูจน์หักล้างว่าตนได้รับความยินยอมหรือไม่ แทนที่จะเป็นฝ่ายโจทก์

มาตรา 377BD การครอบครองหรือได้รับการเข้าถึงภาพหรือบันทึกการถ่มองหรือภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ บัญญัติว่า

“(1) ผู้ใดมีความผิดถ้าผู้นั้นครอบครองหรือได้รับการเข้าถึงภาพหรือบันทึกของผู้อื่น และ

(a) รู้หรือมีเหตุอันควรเชื่อว่าภาพหรือบันทึกนั้นได้รับมาจากการกระทำความผิดตามมาตรา 377BB หรือ

(b) รู้หรือมีเหตุอันควรเชื่อว่า

(i) ภาพหรือบันทึกนั้นคือภาพหรือบันทึกส่วนบุคคลทางเพศตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 377BE (5)

(ii) การครอบครองหรือเข้าถึงภาพหรือบันทึกนั้นปราศจากความยินยอมของผู้ที่ถูกเผยแพร่ในภาพหรือบันทึกนั้นเอง และ

(iii) การครอบครองหรือเข้าถึงภาพหรือบันทึกจะ หรือมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดผู้ที่ถูกเผยแพร่ในภาพหรือบันทึกนั้นอับอาย หวาดกลัว หรือเสียใจ

(2) ภายใต้ (3) ผู้ใดมีความผิดภายใต้มาตรานี้ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ

(3) หากภาพหรือบันทึกตามที่กล่าวไว้ใน (1) (a) คือภาพของบุคคลที่อายุต่ำกว่า 14 ปี ผู้ที่กระทำความผิดตามมาตรา 377BD นี้ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี และปรับหรือเขียน

(4) จุดประสงค์ของ (1)

(a) บุคคลครอบครองภาพหรือบันทึกของผู้อื่นที่อยู่ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ ถ้าเขาควบคุมการเข้าถึงภาพหรือบันทึก ไม่ว่าจะครอบครองภาพทางกายภาพของภาพหรือบันทึกอิเล็กทรอนิกส์นั้นหรือไม่ก็ตาม และ

(b) ทางที่บุคคลได้รับการเข้าถึงภาพหรือบันทึกอาจรวมถึง

(i) การดู หรือการแสดงภาพหรือบันทึกโดยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ หรืออุปกรณ์ส่งออกอย่างอื่น

(ii) การติดต่อ การส่ง การจัดหา การกระจายภาพถึงตัวเอง”⁷⁴

วิเคราะห์ได้ดังนี้

1. บทบัญญัติมาตรา 377BD แบ่งแยกลักษณะของการกระทำความผิดได้ 2 ประการ ได้แก่

(1) การครอบครองครอบครองภาพที่ได้มาจากการกระทำความผิดฐานการฉ้อโกง หรือภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ

(2) การได้รับการเข้าถึงภาพที่ได้มาจากการกระทำความผิดฐานการฉ้อโกง หรือภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ

2. ความผิดเหล่านี้ นอกจากเจตนาธรรมดาที่จะต้องรู้ว่าภาพนั้นได้มาจากการกระทำความผิดฐานการฉ้อโกงตามมาตรา 377BB หรือรู้ว่าภาพนั้นคือภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ และได้ครอบครองหรือได้รับการเข้าถึงโดยไม่ได้รับความยินยอม ยังจะต้องมีเจตนาพิเศษด้วยการครอบครองหรือการได้รับการเข้าถึงนั้นจะต้องก่อให้เกิดผู้ที่ถูกเผยแพร่ในภาพหรือบันทึกนั้นอับอายหวาดกลัว หรือเสียใจอีกด้วย ทั้งนี้เพื่อมิให้บทบัญญัติมีขอบเขตกว้างจนเกินไป อันจะทำให้ผู้ที่ได้รับภาพเหล่านั้นมาโดยตนไม่รู้ถึงที่มาของภาพจะได้ไม่มีความผิดตามบทบัญญัตินี้

3. การครอบครองภาพหรือบันทึกของผู้อื่นที่อยู่ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์นั้น ไม่จำเป็นว่าผู้กระทำการครอบครองจะต้องมีภาพที่เป็นแบบกายภาพอยู่ด้วยการกระทำจึงจะเป็นความผิดฐานนี้ได้

⁷⁴ Penal Code Section 377BD

4. ระยะเวลาโทษจำคุกคือไม่เกิน 2 ปี แต่ได้แบ่งแยกว่าหากได้กระทำต่อบุคคลอายุต่ำกว่า 14 ปี โทษจำคุก 2 ปีเท่ากัน แตกต่างกันที่กรณีหลังนี้จะต้องระวางโทษปรับหรือเขียนด้วย กรณีปกติอาจจำคุกอย่างเดียว หรือปรับ หรือเขียน หรือทั้งสามอย่างรวมกันก็ได้

มาตรา 377BM ข้อแก้ตัวสำหรับความผิดที่เกี่ยวกับภาพหรือบันทึกส่วนบุคคลทางเพศและการถ่มอง บัญญัติว่า

“(1) ผู้ที่ถูกกล่าวหาภายใต้มาตรา 377BD ว่าครอบครองหรือได้รับการเข้าถึงภาพหรือบันทึกจากการกระทำความผิดตามมาตรา 377BB หรือภาพหรือบันทึกส่วนบุคคลทางเพศตามมาตรา 377BD (1) (b) สามารถยกเป็นข้อแก้ตัวในการพิสูจน์ว่า

(a) ไม่ได้เจตนาเข้าครอบครองหรือได้รับการเข้าถึงภาพหรือบันทึกนั้น และ

(b) เมื่อตระหนักรู้ว่าได้ครอบครองหรือได้รับการเข้าถึงภาพหรือบันทึก ได้ดำเนินการในทันทีที่ทำได้อย่างสมเหตุสมผลที่จะยุติการครอบครองหรือการเข้าถึงภาพหรือบันทึกนั้น

(2) ผู้ที่ถูกกล่าวหาภายใต้มาตรา 377BB 377BC 377BD หรือ 377BE (1) สามารถยกข้อแก้ตัว ถ้า

(a) การกระทำที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นความผิดนั้นได้กระทำเพื่อวัตถุประสงค์ใด ๆ ดังต่อไปนี้โดยปราศจากการมุ่งร้ายและด้วยเหตุอันสมควร

(i) การป้องกัน ตรวจจับ สอบสวน หรือลงโทษความผิดใด ๆ

(ii) การดำเนินการใด ๆ ส่วน หรือพิจารณาคดีในศาล หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งหลักฐานเพื่อวัตถุประสงค์ในการพิจารณาดำเนินการดังกล่าว

(iii) ความปลอดภัย หรือความมั่นคงของชาติ และ

(b) ภาพหรือบันทึก (ถ้ามี) ที่ได้รับมาจากการกระทำความผิดภายใต้มาตรา 377BB หรือภาพหรือบันทึกส่วนบุคคลทางเพศ (ถ้ามี) ตามมาตรา 377BD (1) (b) หรือ 377BE (5)

ไม่ได้เก็บไว้เป็นระยะเวลาานาน มากกว่าสิ่งที่จำเป็นตามสมควรหรือจำเป็นสำหรับวัตถุประสงค์ที่กล่าวถึงใน (a)”⁷⁵

วิเคราะห์ได้ดังนี้

1. ข้อแก้ตัวทั้งหลายเหล่านี้ใช้กับความผิดฐานการถ้ำมอง (Voyeurism) และการเผยแพร่ภาพหรือบันทึกการถ้ำมอง (Distribution of voyeuristic image or recording) การเผยแพร่หรือข่มขู่ที่จะเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอวัยวะทางเพศ (Distributing or threatening to distribute intimate image or recording) และการครอบครองภาพหรือได้รับการเข้าถึงภาพหรือบันทึกการถ้ำมอง หรือภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอวัยวะทางเพศ (Possession of or gaining access to voyeuristic or intimate image or recording)

2. ความผิดฐานครอบครองหรือได้รับการเข้าถึงภาพหรือบันทึกการถ้ำมอง หรือภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอวัยวะทางเพศนั้น สามารถยกความไม่รู้ที่มาของภาพ และเมื่อรู้ตัวได้ดำเนินการยุติการครอบครองหรือการเข้าถึงภาพหรือบันทึกทันทีที่ได้ขึ้นเป็นข้อแก้ตัวได้ เช่น นายดำส่งภาพที่นายดำแอบบันทึกนางแดงกำลังอาบน้ำให้แก่ นายขาว ซึ่งนายขาวไม่ทราบที่มาของภาพนั้นมาก่อน และจากนั้นนายขาวจึงลบภาพนั้นทิ้งทันที เช่นนี้นายขาวสามารถยกขึ้นอ้างความไม่รู้และอ้างได้ว่าตนได้ดำเนินการยุติการครอบครองหรือการเข้าถึงภาพนั้นทันทีที่ได้แล้ว ตามมาตรา 377BM (1)

3. ข้อแก้ตัวตามมาตรา 377BM (2) มีองค์ประกอบอยู่ 2 ประการกล่าวโดยสรุป คือ

(1) เป็นการกระทำไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการป้องกัน ตรวจจับ สอบสวน หรือลงโทษความผิดใด ๆ หรือการดำเนินการใดส่วน หรือพิจารณาคดีในศาล หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งหลักฐานเพื่อวัตถุประสงค์ในการพิจารณาดำเนินการดังกล่าว หรือ ความปลอดภัย หรือความมั่นคงของชาติ

(2) ภาพที่ได้รับมาจากความผิดตามฐานการถ้ำมอง ฐานการครอบครองหรือได้รับการเข้าถึงภาพหรือบันทึกการถ้ำมอง หรือฐานการเผยแพร่หรือข่มขู่ที่จะเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอวัยวะทางเพศนั้นไม่ได้เก็บไว้เป็นระยะเวลาานาน มากกว่าสิ่งที่จำเป็นตามสมควรหรือจำเป็นสำหรับวัตถุประสงค์ที่กล่าวไว้ในข้อ (1)

⁷⁵ Penal Code Section 377BM

ตัวอย่างกรณีที่หนึ่ง

นางแดงพนักงานห้างได้รับแจ้งว่ามีคนร้ายใช้โทรศัพท์มือถือที่บันทึกภาพได้กระโปรงสุภาพสตรีท่านหนึ่งที่ได้เดินอยู่ภายในห้าง นางแดงจึงไล่ติดตามคนร้ายคนดังกล่าว ขณะหลบหนีคนร้ายทำโทรศัพท์ที่ใช้บันทึก นางแดงจึงเก็บโทรศัพท์มือถือของคนร้ายไว้และพบหลักฐานการกระทำความผิด ต่อมาจึงได้นำโทรศัพท์ดังกล่าวเข้าแจ้งความกับตำรวจ กรณีนี้นางแดงไม่มีความผิดฐานการครอบครองภาพหรือบันทึกที่ได้มาความผิดฐานการลักมอม เพราะได้กระทำไปเพื่อจุดประสงค์ในการสอบสวนความผิดตามมาตรา 377BM (2) (a) (i)

ตัวอย่างกรณีที่สอง

นางแดงผู้ดูแลผู้สูงอายุวิตกว่านายดำผู้สูงอายุที่ตนดูแลได้เข้าห้องน้ำไปนานพอสมควร แม้วนางแดงจะเคาะประตูเรียกไปหลายครั้งแต่ก็ไม่ได้รับการตอบรับจากนายดำ นางแดงเห็นว่าผิดปกติและเป็นห่วงความปลอดภัยของนายดำ จึงฟังประตูเปิดเข้าไปดูพบนายดำอยู่ในสภาพเปลือยเปล่า เช่นนี้การกระทำของนางแดงย่อมไม่เป็นความผิดเพราะได้กระทำไปตามวัตถุประสงค์เพื่อความปลอดภัยดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 377BM (2) (a) (iii)

4.4.3 กฎหมายที่เกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่น โดยไม่ได้รับความยินยอม

มลรัฐนิวเจอร์ซีย์ได้แบ่งแยกความผิดเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมออกเป็นสองลักษณะ กล่าวคือ ลักษณะแรกเป็นการเผยแพร่ภาพซึ่งได้มาจากการกระทำความผิดฐานการลักมอมตามที่ได้ศึกษามาแล้วในหัวข้อที่ 4.4.2 และอีกลักษณะหนึ่งเป็นกรณีการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมซึ่งการได้มาซึ่งภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศในฐานความผิดในลักษณะที่สองนี้ต้องไม่เกี่ยวข้องกับการบันทึกโดยไม่ได้รับความยินยอม พิจารณาได้ ดังนี้

ลักษณะแรกเป็นการเผยแพร่ภาพซึ่งได้มาจากการกระทำความผิดฐานการลักมอมประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 377BC การเผยแพร่ภาพหรือบันทึกการลักมอม บัญญัติว่า

“(1) ผู้ใด (A) มีความผิดถ้าผู้นั้น

(a) โดยเจตนาหรือโดยรู้ ผิดแผ่ภาพหรือบันทึกของผู้อื่น (B) โดยปราศจากความยินยอมในการเผยแพร่จาก (B)

(b) รู้ หรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าภาพหรือบันทึกนั้นได้รับมาจากการกระทำ ความผิดภายใต้มาตรา 377BB และ

(c) รู้ หรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า (B) ไม่ได้ให้ความยินยอมในการเผยแพร่

(2) ผู้ใด (A) มีความผิดถ้าผู้นั้น

(a) โดยเจตนาหรือโดยรู้ ครอบครองภาพหรือบันทึกผู้อื่น (B) เพื่อจุดประสงค์ในกา 181 รเผยแพร่โดยปราศจากความยินยอมในการเผยแพร่จาก (B)

(b) รู้ หรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าภาพหรือบันทึกได้รับมาจากการกระทำ ความผิดภายใต้มาตรา 377BB และ

(c) รู้ หรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า (B) ไม่ได้ให้ความยินยอมในการเผยแพร่

(3) ภายใต้ (4) ผู้ใดกระทำความผิดภายใต้ (1) หรือ (2) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับ หรือเขียน หรือต้องระวางโทษทั้งหลายเหล่านี้รวมกัน

(4) หากภาพหรือบันทึกภายใต้ (1) หรือ (2) เป็นภาพของบุคคลอายุต่ำกว่า 14 ปี ผู้กระทำความผิดภายใต้ (1) หรือ (2) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี และปรับหรือเขียน⁷⁶

วิเคราะห์ได้ดังนี้

1. การกระทำตามมาตรานี้ คือ การเผยแพร่ภาพหรือบันทึกการถ่ายภาพ ซึ่ง ความหมายของการเผยแพร่นั้น หมายความว่ารวมถึง ส่ง โฆษณา จัดหา แสดง จัดแสดง กระจาย หรือ ติดต่อสื่อสารถึงผู้อื่น หรือทำให้ปรากฏซึ่งการดูหรือเข้าถึงโดยผู้อื่น ไม่ว่าจะกระทำผ่านทาง อิเล็กทรอนิกส์ ดิจิทัล หรือวิธีอื่นใด ซึ่งตามความหมายนี้แม้ว่าภาพแสดงให้ผู้อื่นดูเพียงคนเดียวก็อยู่ใน ความหมายของการเผยแพร่แล้ว

⁷⁶ Penal Code Section 377BC

2. ความผิดฐานนี้ต้องการเจตนาธรรมดา กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดต้องรู้ว่าภาพหรือบันทึกการถ่ายภาพนั้นได้รับมาจากการกระทำความผิดฐานการถ่ายภาพ และรู้ว่าผู้นั้นไม่ได้ให้ความยินยอมในการให้ผู้กระทำนำภาพออกเผยแพร่

3. ระยะเวลาโทษจำคุกคือ 5 ปี หรือปรับ หรือเฆี่ยน หรือโทษทั้งหลายเหล่านี้รวมกัน สำหรับกรณีเหยื่อเป็นบุคคลอายุกว่า 14 ปี แต่กรณีเหยื่ออายุต่ำกว่า 14 ปี ต้องระวางโทษจำคุก 5 ปี และปรับหรือเฆี่ยน จะเห็นได้ว่าระยะเวลาโทษมีความหนักมากกว่าขั้นของการบันทึกอย่างมาก ทั้งนี้ เพราะการนำออกเผยแพร่ก่อความเสี่ยงต่อการถูกผลิตซ้ำซึ่งภาพดังกล่าวเป็นวง แม้ส่งเพียงคนเดียว ก็อาจเกิดการกระจายออกจนยากต่อการควบคุม และกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลในการควบคุมการเปิดเผยร่างกายของเหยื่ออย่างร้ายแรง จึงต้องกำหนดโทษให้หนัก เพื่อข่มขู่ ยับยั้ง และตัดโอกาสในการกระทำความผิดให้ได้โดยเด็ดขาด

4. บทบัญญัตินี้มีข้อแก้ตัวตามมาตรา 377BM ตามที่ได้อธิบายไว้แล้วในหัวข้อ 4.4.2

ลักษณะที่สอง ความผิดเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมซึ่งการได้มาซึ่งภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศในฐานความผิดที่ไม่เกี่ยวข้องกับการความผิดฐานการถ่ายภาพ

มาตรา 377BE การเผยแพร่หรือข่มขู่ว่าจะเผยแพร่ภาพหรือบันทึกส่วนบุคคลทางเพศ บัญญัติว่า

“(1) ผู้ใด (A) มีความผิดถ้าผู้นั้น

(a) โดยเจตนา หรือโดยรู้ เผยแพร่ภาพหรือบันทึกส่วนบุคคลทางเพศของผู้อื่น (B)

(b) โดยปราศจากความยินยอมในการเผยแพร่ของ (B) และ

(c) รู้ หรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการเผยแพร่จะ หรือมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิด (B) อับอาย หวาดกลัว หรือเสียใจ

(2) ผู้ใด (A) มีความผิดถ้าผู้นั้น

(a) โดยรู้ ข่มขู่ที่จะเผยแพร่ภาพหรือบันทึกส่วนบุคคลทางเพศของผู้อื่น (B)

(b) โดยปราศจากความยินยอมในการเผยแพร่ของ (B) และ

(c) รู้ หรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการข่มขู่จะ หรือมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิด (B) อับอาย หวาดกลัว หรือเสียใจ

(3) ภายใต้อำนาจ (4) ผู้ใดกระทำความผิดภายใต้ (1) หรือ (2) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับ หรือเขียน หรือต้องระวางโทษทั้งหลายเหล่านี้รวมกัน

(4) ผู้ใดกระทำความผิดภายใต้ (1) หรือ (2) ต่อบุคคล (B) อายุต่ำกว่า 14 ปี ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี และปรับหรือเขียน”

(5) ในมาตรานี้ “ภาพหรือบันทึกส่วนบุคคลทางเพศ” ที่เกี่ยวกับบุคคล (B)

(a) หมายความว่า ภาพหรือบันทึก

(i) อวัยวะเพศ หรือบริเวณทวารหนักของ (B) ไม่ว่าจะเปลือยหรือปกคลุมด้วยชุดชั้นในหรือไม่ก็ตาม

(ii) หน้าอกของ (B) ถ้า (B) เป็นหญิง ไม่ว่าจะเปลือยหรือปกคลุมด้วยชุดชั้นในหรือไม่ก็ตาม หรือ

(iii) การกำลังกระทำกิจส่วนตัวของ (B) และ

(b) รวมทั้งภาพหรือบันทึก ในทุกรูปแบบ ที่ได้มีการดัดแปลงให้ปรากฏหรือแสดงสิ่งใด ๆ ตามที่กล่าวไว้ใน (a) แต่ไม่รวมถึงภาพที่ดัดแปลงจนวิญญูชนไม่เชื่อว่าภาพนั้นแสดงว่าเป็น (B)”⁷⁷

วิเคราะห์ได้ดังนี้

1. ผู้กระทำการเผยแพร่หรือโฆษณาในความผิดตามมาตรา 377BE ไม่รวมถึงบุคคลซึ่งปรากฏในภาพนั้นเอง เพราะหากผู้ที่เผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของตนเอง ย่อมเป็นการสละซึ่งเจตนาของกฎหมายที่ต้องการคุ้มครองความเป็นส่วนตัว ดังนั้นภาพที่เผยแพร่ออกไปจึงไม่มีลักษณะความเป็นส่วนตัวอยู่อีก แต่ถ้าภาพดังกล่าวนอกจากจะปรากฏให้เห็นภาพของตนเองแล้วยังมีภาพของผู้อื่นปรากฏอยู่ในภาพนั้นด้วยก็สามารถบังคับใช้มาตรานี้ได้

2. การกระทำตามมาตรานี้แบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ ได้แก่

(1) การเผยแพร่ภาพหรือบันทึกส่วนบุคคลทางเพศของผู้อื่น

⁷⁷ Penal Code Section 377BE

(2) การข่มขู่ว่าจะเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่น

การเผยแพร่ หมายความว่ารวมถึง ส่ง โฆษณา จัดหา แสดง จัดแสดง กระจาย หรือติดต่อสื่อสารถึงผู้อื่น หรือทำให้ปรากฏซึ่งการดูหรือเข้าถึงโดยผู้อื่น ไม่ว่าจะกระทำผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์ ดิจิทัล หรือวิธีอื่นใด ซึ่งตามความหมายนี้ไม่นำภาพแสดงให้ผู้อื่นดูเพียงคนเดียวที่อยู่ในความหมายของการเผยแพร่แล้ว ส่วนการข่มขู่มีความหมายที่เข้าใจได้โดยทั่วไปว่าหมายถึง การทำให้กลัวหรือทำให้เสียขวัญ

3. ความผิดฐานนี้ต้องการเจตนาพิเศษกล่าวคือ ผู้กระทำการเผยแพร่นั้นจะต้องรู้หรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการเผยแพร่จะมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดความอับอาย หวาดกลัว หรือเสียใจ และรู้ว่าผู้ที่ตนเผยแพร่นั้นไม่ได้ให้ความยินยอม

4. วัตถุประสงค์ของการกระทำ คือ ภาพหรือบันทึกส่วนบุคคลทางเพศของผู้อื่น ซึ่งมีการให้ความหมายไว้ว่า หมายถึง ภาพที่แสดงให้เห็น

(1) อวัยวะเพศ หรือบริเวณทวารหนัก หรือหน้าอกหญิง ไม่ว่าจะเปลือยหรือปกคลุมด้วยชุดชั้นในหรือไม่ก็ตาม

(2) การกำลังกระทำกิจส่วนตัว

นอกจากนี้ยังได้ขยายความไปถึงภาพที่มีลักษณะตามข้อ (1) และ (2) ที่ได้มีการนำภาพไปดัดแปลงให้วิญญูชนหลงเชื่อว่าเป็นภาพของเหยื่อจริง มีกรณีตัวอย่างเพื่อการเปรียบเทียบให้เห็นความแตกต่างดังนี้

ตัวอย่างที่หนึ่ง

เดิมปรากฏบันทึกวีดิทัศน์ของนางแดงกำลังกระทำกิจทางเพศ ต่อมานายดำเนินำภาพหน้าของนางขาวมาตัดต่อไปทับหน้าของนางแดงอย่างแนบเนียน ให้เหมือนกับว่านางขาวเป็นผู้ที่เข้าร่วมกิจทางเพศนั่นเอง ภาพดังกล่าวเป็นการดัดแปลงให้ปรากฏหรือแสดงว่านางขาวได้เข้าร่วมในการกระทำกิจทางเพศจริง ซึ่งทำให้วิญญูชนเข้าใจและหลงเชื่อไปตามนั้น จึงเข้านิยามของภาพหรือบันทึกส่วนบุคคลทางเพศตามมาตรา 377BE (b) แล้ว

ตัวอย่างที่สอง

นายตำรวจภาพหน้าของนางแดงบนการ์ดตูนซึ่งแสดงให้เห็นว่านางแดงกระทำกิจทางเพศกับนายม่วง ซึ่งไม่มีวิญญูชนเชื่อได้ว่านางแดงกระทำกิจทางเพศกับนายม่วงจริง เพราะภาพนั้นเป็นตัวการ์ตูน ลักษณะนี้ไม่ใช่ภาพหรือบันทึกส่วนบุคคลทางเพศตามมาตรา 377BE (b)

5. ข้อแก้ตัวเป็นไปตามมาตรา 377BM ดังที่ได้อธิบายไว้ในหัวข้อ 4.4.2

6. ระยะเวลาโทษจำคุกคือ 5 ปี หรือปรับ หรือเขียน หรือโทษทั้งหลายเหล่านี้รวมกัน สำหรับกรณีเหยื่อเป็นบุคคลอายุกว่า 14 ปี แต่กรณีเหยื่ออายุต่ำกว่า 14 ปี ต้องระวางโทษจำคุก 5 ปี และปรับหรือเขียน จะเห็นได้ว่าระยะเวลาโทษเท่ากับความผิดฐานเผยแพร่ภาพหรือบันทึกการถ่มอง

7. การครอบครองหรือได้รับการเข้าถึงภาพหรือบันทึกส่วนบุคคลทางเพศเป็นความผิดตามมาตรา 377BD อีกด้วย ได้อธิบายแล้วในหัวข้อ 4.4.2



บทที่ 5

วิเคราะห์แนวทางการกำหนดให้การกระทำต่อภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศเป็นความผิดอาญา

หลังจากที่ได้ศึกษากฎหมายต่างประเทศไปแล้วว่ามีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศด้วยการบันทึกและเผยแพร่อย่างไรบ้าง ในบทนี้จึงจะได้ทำการนำทฤษฎีการกำหนดความรับผิดทางอาญามาวิเคราะห์ต่อไปว่าหากจะกำหนดความรับผิดอาญาฐานดังกล่าวขึ้นเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องของกฎหมายไทยจะเข้าหลักเกณฑ์ของทฤษฎีนี้หรือไม่ อันจะทำให้ทราบถึงความจำเป็นในการบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่ ทั้งยังเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดภาวะของการกำหนดความรับผิดทางอาญาเกินความจำเป็น ซึ่งจะส่งผลทำให้กฎหมายขาดสภาพบังคับไปโดยปริยาย เมื่อพิจารณาแล้วที่มีความจำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่ หลังจากนั้นจะได้ทำการวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมในการนำบทบัญญัติเหล่านั้นมาเป็นแนวทางในการกำหนดความรับผิดทางอาญาของราชอาณาจักรไทยต่อไป โดยจะวิเคราะห์ถึงองค์ประกอบสำคัญของกฎหมายต่างประเทศไปทีละประเด็นเพื่อเปรียบเทียบให้เห็นความแตกต่างในแต่ละประเด็นได้โดยชัดเจน และจะได้ให้ความเห็นในแต่ละประเด็นนั้นด้วยว่า ในประเด็นนั้นการบัญญัติขึ้นของราชอาณาจักรไทยควรเป็นแบบใด ดังรายละเอียดต่อไปนี้

5.1 ความจำเป็นในการกำหนดให้การบันทึกและเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมเป็นความรับผิดทางอาญา

การพิจารณาถึงความจำเป็นในการกำหนดให้การบันทึกและเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมจะได้นำทฤษฎีการกำหนดความผิดอาญาของเฮร์เบิร์ต เลสลีย์ แพ็กเกอร์ (Herbert Leslie Packer) ตามที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 2 มาใช้เป็นแนวทางในการวิเคราะห์สามารถพิจารณาจากหลักคิด 6 ประการ¹ ตามแนวคิดดังกล่าวได้ดังต่อไปนี้

¹ Herbert L. Packer, *The Limits of Criminal Sanction* (Redwood City, California: Stanford University Press, 1968). p. 296.

5.1.1 การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ประชาชนส่วนใหญ่เห็นว่าน่าตำหนิ และขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน

สิทธิในการที่จะอยู่โดยลำพังเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่กำเนิด มีความผูกโยงกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ผู้ใดที่กระทำการอันเป็นเหตุใดกระทบกระเทือนถึงความเป็นส่วนตัวของผู้อื่นย่อมเป็นการกระทำที่น่าตำหนิ

การบันทึกและเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมเป็นการละเมิดต่อสิทธิส่วนบุคคลของผู้อื่นในการที่ผู้นั้นจะอยู่โดยลำพัง ปราศจากการแทรกแซง ทั้งยังเป็นการเหยียดหยามและทำให้เหยื่อได้รับความอับอายเสมือนเหยื่อเป็นเพียงวัตถุทางเพศของผู้กระทำการนั้น² การกระทำเช่นนี้ยังส่งผลกระทบต่อเหยื่อทั้งต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สิน จึงเป็นการกระทำที่กระทบต่อความรู้สึกของประชาชนส่วนใหญ่ที่ต้องหวาดผวจากการกระทำเช่นนั้นและไม่อาจยอมรับหรือให้อภัยได้ต่อการกระทำนั้นได้

การปล่อยให้เกิดการกระทำความผิดเช่นนี้ขึ้นโดยปราศจากบทลงโทษทางกฎหมายอย่างเหมาะสมต่อไป ย่อมเป็นเหตุให้คุณค่าในสิทธิส่วนบุคคลและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สามารถถูกละเมิดได้อย่างไม่มีข้อจำกัด อันจะทำให้เกิดผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน และเป็นเหตุให้สังคมเกิดความสั่นคลอน สะท้อนให้เห็นถึงมาตรฐานของการรับมือกับปัญหาดังกล่าวของเจ้าหน้าที่รัฐ และความด้อยประสิทธิภาพของกฎหมาย เพราะหากยังปรากฏการกระทำความผิดขึ้นอย่างต่อเนื่องย่อมแสดงให้เห็นว่าประเทศยังขาดมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพในการรับมือกับปัญหาดังกล่าว ทำให้ภาครัฐถูกมองว่าไม่มีประสิทธิภาพในการบริหาร ขาดนโยบายและมาตรการที่มีประสิทธิภาพในการจัดการกับปัญหาที่เกิดขึ้น

ด้วยเหตุนี้ การกระทำข้างต้นจึงถือเป็นการกระทำที่น่าตำหนิและขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนตามหลักเกณฑ์ข้อนี้แล้ว

5.1.2 การกระทำที่กำหนดเป็นความรับผิดทางอาญาต้องไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ

หากกฎหมายกำหนดให้บุคคลใดต้องรับผิดทางอาญาเพราะการบันทึกและเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้ได้รับความยินยอม ย่อมไม่ขัดหรือแย้งต่อ

² Stuart P. Green, "To See and Be Seen: Reconstructing the Law of Voyeurism and Exhibitionism," *Criminal Law Review* 55 (2018): 219.

วัตถุประสงค์ในการลงโทษ เพราะการบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาอย่างเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของผู้เสียหาย ส่งผลให้ประชาชนทั่วไปมีทัศนคติในแง่ลบต่อการกระทำดังกล่าวและหลีกเลี่ยงที่จะกระทำความผิดนั้น นอกจากนี้ยังทำให้ผู้กระทำความผิดเกรงกลัวที่จะกระทำความผิดซ้ำ เพราะไม่ประสงค์ที่จะได้รับผลร้ายจากการกระทำดังกล่าวอีก จึงสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งการกระทำความผิด (Deterrence)³ ตามที่ศึกษามาแล้วในบทที่ 2

5.1.3 การปราบปรามการกระทำที่เป็นความผิดทางอาญานั้น จะไม่ก่อให้เกิดผลร้ายต่อสังคมมากกว่าผลร้ายจากการกระทำนั้นเอง

การกระทำความผิดเกี่ยวกับการบันทึกและเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมเป็นการกระทำที่สังคมเห็นว่าไม่ถูกต้อง เพราะการกระทำดังกล่าวทำให้เหยื่อถูกมองเป็นวัตถุสร้างควมบันเทิงทางเพศให้แก่ผู้อื่น ถือเป็นภาระต่อความเป็นส่วนตัวและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อันส่งผลกระทบต่อศีลธรรมอันดีของสังคม การปราบปรามการกระทำดังกล่าวจึงไม่ก่อให้เกิดผลร้ายต่อสังคมมากกว่าผลร้ายจากการกระทำนั้นเอง ตรงกันข้ามหากปล่อยให้การกระทำนี้ยังคงดำเนินอยู่ต่อไป สังคมมีแต่จะเกิดอาชญากรรมทางเพศรูปแบบต่าง ๆ ขึ้นมากมาย จากการที่ผู้กระทำพัฒนารูปแบบการกระทำให้เป็นการกระทำผิดทางเพศที่รุนแรงขึ้นทำให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย และเป็นอันตรายต่อสังคมโดยรวม

ตามหลักทฤษฎีในการป้องกันตนเอง รัฐไม่มีสิทธิในการออกกฎหมายมาควบคุมบุคคลหากอันตรายนั้นเกิดขึ้นต่อผู้กระทำเอง รัฐย่อมไม่สามารถออกกฎหมายจำกัดเสรีภาพของผู้นั้นได้ แต่การบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม หากไม่ปราบปรามจะเป็นภัยต่อสังคมยิ่งกว่าผลร้ายจากการกระทำนั้นเอง ทำให้รัฐมีความชอบธรรมในการออกกฎหมายห้ามการกระทำดังกล่าวเพื่อบังคับสมาชิกแห่งรัฐให้ต้องปฏิบัติตาม เพราะการออกกฎหมายนั้นมีวัตถุประสงค์ป้องกันอันตรายที่จะเกิดกับบุคคลอื่นในสังคม ดังนั้น หากจะกำหนดฐานความผิดขึ้นก็เป็นการสอดคล้องกับแนวความคิดดังกล่าวและมีความเหมาะสมที่จะกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาต่อไปได้⁴

³ อรรถพร ชูบำรุง, อาชญาวิทยาและอาชญากรรม, (กรุงเทพมหานคร: คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2532). หน้า 214.

⁴ John Steward Mill, On Liberty (South Kitchener, Ontario: Batoche Books Limited, 2001). pp. 7-9.

5.1.4 หากการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาแล้ว จะมีการใช้บังคับกฎหมายนั้นอย่างเสมอภาค เท่าเทียมกัน

การกำหนดความรับผิดทางอาญากรณีการบันทึกและเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม ย่อมเป็นการสร้างบรรทัดฐานในสังคมให้ดียิ่งขึ้นผ่านกลไกทางกฎหมาย กล่าวคือ ทำให้ผู้เสียหายได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันทั่วทั้งประเทศ

5.1.5 การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญานั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งในด้านคุณภาพและปริมาณ

เมื่อการกระทำผิดเกี่ยวกับการบันทึกและเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมเป็นการกระทำที่ผู้คนในสังคมเห็นว่าไม่ถูกต้อง การกระทำดังกล่าวจึงจำเป็นต้องถูกบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาเพื่อให้บรรลุลักษณะประการสำคัญของกฎหมายอาญาที่เป็นไปเพื่อคุ้มครองสังคมให้มีความสงบเรียบร้อย⁵ การควบคุมการกระทำผิดดังกล่าวโดยใช้กระบวนการยุติธรรมจึงไม่เป็นการใช้กระบวนการนั้นเกินขีดความสามารถ ไม่ว่าจะในด้านคุณภาพหรือปริมาณ ในทางกลับกันการบัญญัติให้การกระทำผิดดังกล่าวเป็นฐานความผิดเฉพาะขึ้นมาเป็นการส่งเสริมให้กฎหมายอาญามีความทันสมัย ครอบคลุมต่อรูปแบบของการกระทำผิดมากยิ่งขึ้น ส่งผลให้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาทั้งระบบมีประสิทธิภาพในการจัดปัญหาและมุ่งคุ้มครองผู้เสียหายได้อย่างเหมาะสม ด้วยเหตุนี้เมื่อมีเครื่องมือในการแก้ไขปัญหาอย่างตรงจุดก็จะทำให้การใช้กฎหมายอาญามีขีดความสามารถทั้งในด้านคุณภาพและปริมาณที่ดี

5.1.6 ไม่มีมาตรการอื่นที่เหมาะสมกว่าการกำหนดความรับผิดทางอาญาแล้ว

ในยุคที่เทคโนโลยีมีการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง ส่งผลให้การกระทำผิดโดยการบันทึกและเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมมีแนวโน้มที่จะทวีความรุนแรง และยากต่อความควบคุมมากยิ่งขึ้น แม้จะมีฐานความผิดที่นำมาปรับใช้กับการกระทำดังกล่าวได้ แต่การกระทำที่เกิดขึ้นจริงตามที่ได้ปรากฏเป็นข่าวยังคงเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่อง แสดงให้เห็นว่าผู้กระทำความผิดไม่มีความเกรงกลัวกฎหมายที่มีผลบังคับใช้อยู่ในปัจจุบันแต่อย่างใด

หากจะใช้มาตรการเยียวยาผู้เสียหายทางแพ่งในราชอาณาจักรไทยนั้นจะต้องไปใช้ความผิดฐานละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 อันเป็นการปรับใช้ว่าละเมิดต่อสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด อันได้แก่สิทธิส่วนบุคคล หรือมาตรา 423 อันเป็นการปรับใช้ว่าละเมิดต่อ

⁵ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556), หน้า 61-62.

ชื่อเสียงหรือเกียรติคุณ ซึ่งข้อจำกัดของมาตรการเช่นนั้นจะเรียกค่าเสียหายได้ตามจริงเท่านั้น ซึ่งทั้งสิทธิส่วนบุคคลหรือชื่อเสียง ย่อมเป็นการยากที่จะประเมินเป็นราคาเงินได้อย่างเหมาะสม ไม่มีมาตรการเรียกค่าเสียหายต่อจิตใจ หรือการเรียกค่าเสียหายเชิงลงโทษอย่างกฎหมายแพ่งต่างประเทศที่มีมาตรการเช่นว่า อีกทั้งในการฟ้องร้องดำเนินคดีมีค่าใช้จ่ายสูง คนที่ไม่มีฐานะเท่าที่ควรย่อมไม่อาจจะใช้มาตรการทางแพ่งนี้ได้โดยสะดวก เมื่อเทียบกับมาตรการทางอาญาที่สามารถเข้าแจ้งความร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนให้ดำเนินคดีได้โดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย ประกอบกับมาตรการทางแพ่งที่ส่งผลกระทบกับตัวเงิน ผู้กระทำความผิดที่พอมีฐานะอยู่บ้างย่อมไม่เกิดความเกรงกลัวต่อบทลงโทษนี้แต่อย่างใด

ด้วยเหตุผลทั้งหลายนี้จึงพิจารณาได้ว่าไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่น ๆ แล้ว นอกจากการใช้กฎหมายอาญากับการกระทำที่เกิดขึ้น

สรุปได้ว่าหากจะกำหนดเรื่องการบันทึกและเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมให้เป็นความผิดทางอาญา ก็ย่อมเป็นไปได้ตามหลักเกณฑ์ทั้ง 6 ประการตามทฤษฎีการกำหนดความผิดอาญาของแพ็กเกอร์แล้ว

เมื่อได้ผลการวิเคราะห์ว่ามีความจำเป็นในการกำหนดความรับผิดทางอาญาของการบันทึกและเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมขึ้นแล้ว หัวข้อถัดไปจะได้พิจารณาถึงแนวทางในการบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาขึ้น โดยการนำแนวทางจากบทบัญญัติของประเทศที่ได้ทำการศึกษาในบทที่ 4 อันได้แก่ สหรัฐอเมริกา อังกฤษ แคนาดา และสาธารณรัฐสิงคโปร์ เปรียบเทียบในประเด็นสำคัญต่าง ๆ ไปทีละประเด็น เพื่อใช้เป็นแนวทางในการกำหนดฐานความผิดของราชอาณาจักรไทยว่า ในประเด็นทั้งหลายที่ทำการเปรียบเทียบเหล่านี้จะใช้ประเด็นใดบ้างเป็นองค์ประกอบความผิดที่จะบัญญัติขึ้นต่อไป

5.2 แนวทางในการบัญญัติให้การบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมเป็นความรับผิดทางอาญา

เนื่องจากกฎหมายไทยยังไม่มีความผิดเฉพาะเกี่ยวกับการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม ดังนั้นการพิจารณากำหนดความผิดขึ้นมาจึงต้องพิจารณาจากแนวทางของประเทศที่ได้บัญญัติไว้ก่อนแล้ว เพื่อให้ให้เห็นถึงประเด็นปัญหา และสามารถนำไปบัญญัติเป็นความผิดอาญาของไทยได้อย่างเหมาะสมต่อไป โดยพิจารณาเรียงลำดับทีละหัวข้อได้ดังนี้

5.2.1 รูปแบบในการบัญญัติกฎหมาย

หัวข้อนี้จะเป็นการพิจารณารูปแบบในการบัญญัติกฎหมายของแต่ละประเทศว่าได้มีรูปแบบการบัญญัติกฎหมายอย่างไร เพื่อที่จะเป็นแนวทางในการพิจารณาในการบัญญัติกฎหมายของไทยว่าควรจะบัญญัติความผิดฐานดังกล่าวไว้ที่กฎหมายใด

การศึกษาบทบัญญัติแห่งกฎหมายต่างประเทศในเรื่องการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมนั้นมีการนำฐานความผิดเหล่านี้ไปบัญญัติอยู่สองรูปแบบ กล่าวคือกลุ่มประเทศ สหรัฐอเมริกา แคนาดา และสาธารณรัฐสิงคโปร์ได้บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา แต่อาจมีความแตกต่างกันด้วยเรื่องลักษณะความผิด และการเรียกชื่อฐานความผิด กล่าวคือ

สหรัฐอเมริกาในกฎหมายระดับสหรัฐ ได้บัญญัติความผิดฐานดังกล่าวไว้ที่ประมวลกฎหมายสหรัฐ (The United States Code) ลักษณะที่ 88 ความเป็นส่วนตัว (Privacy) เรียกชื่อฐานความผิดว่า วิดีทัศน์การถ้ำมอง (Video Voyeurism)

มลรัฐนิวยอร์ก ได้บัญญัติความผิดฐานดังกล่าวไว้ที่กฎหมายอาญาในหมวดความผิดต่อสิทธิส่วนบุคคล (Offences Against The Right to Privacy) โดยเรียกชื่อฐานความผิดว่าการสอดแนมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful surveillance)

มลรัฐอิลลินอยส์ ได้บัญญัติความผิดฐานดังกล่าวไว้ที่ประมวลกฎหมายอาญาในลักษณะที่ 26 หมวดความผิดเกี่ยวกับความประพฤติไม่เรียบร้อย (Disorderly Conduct) เรียกชื่อฐานความผิดว่า การบันทึกวีดิทัศน์และการเผยแพร่การแพร่ภาพวีดิทัศน์สดโดยไม่มีอำนาจ (Unauthorized video recording and live video transmission)

แคนาดา ได้บัญญัติความผิดฐานดังกล่าวไว้ที่ประมวลกฎหมายอาญาในส่วนของความผิดเกี่ยวกับเพศ (Sexual Offences) ศีลธรรมอันดีของประชาชนและการประพฤติผิดระเบียบแบบแผน (Public Morals and Disorderly Conduct Sexual Offences) เรียกชื่อฐานความผิดว่าการถ้ำมอง (Voyeurism)

สาธารณรัฐสิงคโปร์ ได้บัญญัติความผิดฐานดังกล่าวไว้ที่ประมวลกฎหมายอาญาในลักษณะที่ 16 ความผิดเกี่ยวกับเพศ (Sexual offences) เรียกชื่อฐานความผิดว่าการถ้ำมอง (Voyeurism)

อังกฤษ ตราเป็นพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 ที่ได้รับรวมการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศในหลายลักษณะมิใช่บัญญัติเฉพาะการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมแต่เพียงอย่างเดียว โดยเรียกชื่อฐานความผิดว่าการถ้ำมอง (Voyeurism)

เมื่อได้พิจารณารูปแบบการบัญญัติกฎหมายของประเทศข้างต้นแล้วจะพบว่ามิลักษณะที่สำคัญแยกออกเป็นสามกลุ่มกล่าวคือ

กลุ่มที่หนึ่ง บัญญัติให้การกระทำเป็นเรื่องสิทธิส่วนบุคคล ได้แก่ กฎหมายระดับสหรัฐ และมลรัฐนิวเจอร์ซีย์

กลุ่มที่สอง บัญญัติให้การกระทำอยู่ในเรื่องที่ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ ได้แก่ อังกฤษ แคนาดา และสาธารณรัฐสิงคโปร์

กลุ่มที่สาม บัญญัติให้การกระทำอยู่ในเรื่องความผิดเกี่ยวกับความประพฤติไม่เรียบร้อย ได้แก่ มลรัฐอิลลินอยส์

เมื่อนำรูปแบบการบัญญัติของทั้งสามกลุ่มนี้มาเทียบกับประมวลกฎหมายอาญาของไทย จะพบว่าประมวลกฎหมายอาญาของไทยมีความผิดเกี่ยวกับเพศ อยู่ในภาค 2 ลักษณะ 9 ซึ่งคล้ายกับอังกฤษ แคนาดา และสาธารณรัฐสิงคโปร์ เหตุที่หลายประเทศได้บัญญัติให้การบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมนั้นอยู่ในความผิดเกี่ยวกับเพศ เพราะมองว่าการกระทำเช่นนั้นผู้กระทำอาจมีความผิดปกติทางเพศ (Sexual Disorders) และการที่ได้บันทึกก็เป็นการบันทึกภาพส่วนที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่น ในลักษณะที่มีเรื่องทางเพศเข้ามาเกี่ยวข้อง จึงให้น้ำหนักกับเรื่องดังกล่าวเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับเรื่องทางเพศ⁶ แต่ในอีกกลุ่มที่ให้การกระทำเหล่านั้นเป็นเรื่องความผิดต่อสิทธิส่วนบุคคลนั้นเป็นเพราะพิจารณาแล้วว่า แม้ว่าการกระทำเช่นนั้นจะมีความเป็นเรื่องทางเพศอยู่ด้วย แต่ก็ยังไม่มีสัมผัสจับต้องเนื้อตัวร่างกายของเหยื่อถึงขนาดจะทำให้เหยื่อได้รับอันตรายแก่กายแต่อย่างใด จึงให้น้ำหนักกับการกระทำเช่นนั้นว่าเป็นการล่วงล้ำอาณาเขตความเป็นส่วนตัวที่เหยื่อจะไม่พึงเปิดเผยเนื้อตัวร่างกายของตนต่อผู้อื่นมากกว่า จึงได้ให้การกระทำอยู่ในเรื่องความผิดต่อสิทธิส่วนบุคคล⁷ ในอีกมุมหนึ่งก็เพื่อให้สังคมได้

⁶ Bert Jaap Koops, "The Reasonableness of Remaining Unobserved: A Comparative Analysis of Visual Surveillance and Voyeurism in Criminal Law," *Law and Social Inquiry* 43 (2018): 1214.

⁷ *Ibid.*, p. 1215.

ตระหนักถึงความสำคัญและวางแผนต่อสิทธิส่วนบุคคลที่รัฐได้มีนโยบายในการบัญญัติกฎหมายขึ้นเพื่อคุ้มครอง

ตาราง 1 การเปรียบเทียบรูปแบบกฎหมายและประเภทความผิดของฐานความผิดที่เกี่ยวกับการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอัปโหลดทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม

ประเทศ/ ประเด็น	สหรัฐอเมริกา			อังกฤษ	แคนาดา	สาธารณรัฐ สิงคโปร์
	กฎหมาย ระดับ สหรัฐ	มลรัฐ นิวยอร์ก	มลรัฐ อิลลินอยส์			
รูปแบบ ของ กฎหมาย	ประมวล กฎหมาย แห่งสหรัฐ	กฎหมาย อาญา	ประมวล กฎหมาย อาญา	พระราชบัญญัติ ความผิดเกี่ยวกับ เพศ ค.ศ. 2003	ประมวล กฎหมาย อาญา	ประมวล กฎหมาย อาญา
ประเภท ความผิด	ความผิด ต่อส่วนตัว	ความผิด ต่อ ส่วนตัว	ความผิด เกี่ยวกับ ความ ประพฤติน่า ريبร้อย	ความผิดเกี่ยวกับ เพศ	ความผิด เกี่ยวกับ เพศ	ความผิด เกี่ยวกับเพศ

ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อการกระทำดังกล่าว ยังไม่มีฐานความผิดเฉพาะตามกฎหมายไทย ก็ควรบัญญัติให้อยู่ในประมวลกฎหมายอาญา และหากพิจารณาความผิดที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลในประมวลกฎหมายอาญาจะพบว่ามีเพียงความผิดที่เกี่ยวข้องกับการเปิดเผยความลับตามมาตรา 322 ถึง มาตรา 325 ที่คุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลที่มีลักษณะเป็นข้อมูลส่วนตัวเกี่ยวกับความลับของบุคคล แต่การดังกล่าวไม่ครอบคลุมถึงลักษณะของการบันทึกแต่อย่างใด ดังนั้น เพื่อส่งเสริมการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลจึงเห็นสมควรเพิ่มลักษณะที่เกี่ยวกับความผิดต่อสิทธิส่วนบุคคลขึ้นมาใหม่

5.2.2 ฐานความผิดเกี่ยวกับการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่น โดยไม่ได้รับความยินยอม

หัวข้อนี้จะได้พิจารณาฐานความผิดต่าง ๆ ตามกฎหมายต่างประเทศที่ได้ทำการศึกษามาแล้วในบทที่ 4 ว่ามีฐานความผิดใดที่เกี่ยวข้องกับการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมบ้าง เพื่อใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาว่า ฐานความผิดเหล่านั้นควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญาเพิ่มเติมในกฎหมายไทยหรือไม่ โดยพิจารณาได้ ดังนี้

5.2.2.1 ความผิดฐานบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม

ภัยถ้ำมองรูปแบบเดิมถูกพัฒนาเป็นรูปแบบใหม่ผ่านอุปกรณ์บันทึกภาพที่มีขนาดเล็กลง ในราคาถูกลง จึงเกิดความเปลี่ยนแปลงจากการที่จะต้องดูด้วยตาเปล่า เป็นการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ ที่สามารถเก็บภาพหรือวิดีโอเหล่านั้นไว้ดูเมื่อใดก็ได้ที่ต้องการ ทั้งยังสามารถเฟ้นงินจรายละเอียดต่าง ๆ ของภาพแบบที่ตาเปล่าไม่อาจกระทำได้อ⁸ ด้วยเหตุนี้ประเทศที่ทำการศึกษาทั้งหลายแม้จะมีฐานความผิดที่พอจะหยิบยกมาปรับใช้ได้อยู่บ้าง แต่ก็ไม่ครอบคลุมทุกลักษณะของการกระทำดังกล่าว ด้วยเห็นถึงความจำเป็นในการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวของเหยื่อไม่ให้ถูกล่วงละเมิดจึงได้บัญญัติให้การแอบบันทึกภาพเป็นความผิดอาญา

โดยการกระทำที่เป็นการบันทึกนั้นมืองค์ประกอบที่คล้ายคลึงกัน ได้แก่

- (1) เป็นการบันทึกภาพโดยไม่ได้รับความยินยอม
- (2) ผู้ถูกบันทึกภาพอยู่ในขณะกำลังกระทำกิจส่วนตัว เปลือย หรือเปิดเผยให้เห็นอวัยวะเพศ บริเวณทวาร หน้าอกหญิง หรือการกระทำกิจกรรมทางเพศ
- (3) เป็นการบันทึกภาพในสถานการณ์ซึ่งผู้ถูกบันทึกภาพคาดหมายความเป็นส่วนตัวได้อย่างสมเหตุผล
- (4) ไม่ว่าจะการดังกล่าวจะเกิดขึ้นในสถานที่ส่วนตัวหรือที่สาธารณะก็ตาม

⁸ John Draeger, "What Peeping Tom Did Wrong," *Ethical Theory & Moral Practice* 14 (2011): 42.

5.2.2 ความผิดฐานติดตั้งอุปกรณ์ เพื่อการดู หรือบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะ อับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม หรือตัดแปลงสิ่งปลูกสร้างเพื่อกระทำการ ดังกล่าว

ความผิดฐานนี้มุ่งเอาผิดต่อการกระทำก่อนการเริ่มต้นการบันทึก กล่าวคือการที่บุคคลนำอุปกรณ์ไปติดตั้งไว้ยังสถานที่ที่ต้องการแอบดูหรือแอบบันทึกผู้อื่น การกระทำความผิดสำเร็จทันทีที่ได้กระทำการติดตั้งอุปกรณ์ แม้ต่อมาจะไม่ได้เปิดใช้งานอุปกรณ์ หรือไม่สามารบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศผู้ใดได้เลย การกระทำก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว เหตุการณ์ที่มักเกิดขึ้นเป็นอย่างมากก็คือ เหตุการณ์ที่ผู้กระทำมักจะนำกล้องขนาดจิ๋ว ไปซ่อนไว้ในห้องน้ำหญิงตามมหาวิทยาลัยต่าง ๆ เพื่อลักลอบบันทึกภาพผู้อื่นกระทำความผิดส่วนตัว จะเห็นได้ว่าการกระทำลักษณะนี้จะมีสองการกระทำด้วยกัน คือการกระทำขั้นตอนที่นำอุปกรณ์ไปติดตั้ง กับการเปิดการทำงานอุปกรณ์ให้เริ่มต้นทำการบันทึก โดยความผิดในลักษณะนี้มีบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาอยู่สามประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา มลรัฐนิวยอร์ก⁹ มลรัฐอิลลินอยส์¹⁰ อังกฤษ¹¹ และสาธารณรัฐสิงคโปร์¹²

5.2.2.3 ความผิดฐานครอบครองภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่น จากการบันทึกโดยไม่ได้รับความยินยอม

ความผิดฐานครอบครองภาพแอบบันทึกจากการศึกษาพบว่ามีบัญญัติความผิดฐานนี้อยู่สองประเทศ ได้แก่ แคนาดา และสาธารณรัฐสิงคโปร์ โดยแคนาดาได้บัญญัติให้ผู้ที่บันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศไว้ในครอบครองของเพื่อจุดประสงค์ในการพิมพ์ การทำซ้ำ การตีพิมพ์ การเผยแพร่ การหมุนเวียน การขาย หรือการโฆษณา หรือการทำให้ปรากฏ โดยรู้ว่าการบันทึกมาจากการกระทำความผิดฐานการลักลอบ เป็นความผิด¹³ ส่วนของสาธารณรัฐสิงคโปร์มีความแตกต่างกับแคนาดาในเรื่องของจุดประสงค์ในการครอบครอง กล่าวคือ การครอบครองตามบทบัญญัติของสาธารณรัฐสิงคโปร์ ผู้กระทำการครอบครองจะต้องรู้ว่าการครอบครองของตนนั้นปราศจากความยินยอมของผู้ที่ถูกเผยแพร่ภาพหรือบันทึกนั้น โดยมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดผู้ที่ถูกเผยแพร่ในภาพหรือบันทึกนั้นอับอาย หวาดกลัว หรือเสียใจ และภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับ

⁹ N.Y. Penal Law § 250.45

¹⁰ 720 ILCS 5/26-4.

¹¹ Sexual Offences Act 2003 Section 67 (2)

¹² Penal Code Section 377BB (6)

¹³ Criminal Code Section 162 (4)

อายุทางเพศนั้นผู้ที่ครอบครองหรือได้รับการเข้าถึงจะต้องรู้ว่าได้มาจากการกระทำความผิดฐานการลักมอม¹⁴

เมื่อนำฐานความผิดที่ใกล้เคียงกันเกี่ยวกับการครอบครองในประมวลกฎหมายอาญาของไทยมาพิจารณาแล้วจะพบว่ามีความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อแสวงหาผลประโยชน์ทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น บัญญัติไว้อยู่ในมาตรา 287/1 เหตุที่ต้องบัญญัติไว้เช่นนั้นเพราะการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก เป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและเป็นปัจจัยที่ก่อให้เกิดการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กและส่งผลกระทบต่อสวัสดิภาพของเด็ก ประกอบกับตามกฎหมายของไทยที่มีอยู่เดิมก่อนการบัญญัติความผิดฐานนี้ขึ้นมา ก็ไม่ได้แยกระหว่างการผลิตและการค้าสื่อลามกอนาจารผู้ใหญ่กับสื่อลามกอนาจารเด็กออกจากกัน ทั้งที่ลักษณะความผิดมีความร้ายแรงแตกต่างกัน

สื่อลามกอนาจารผู้ใหญ่ กฎหมายอนุญาตให้สามารถมีไว้ในครอบครองได้ หากไม่ได้ทำเพื่อธุรกิจการค้า เพราะเป็นเรื่องรสนิยมของบุคคล แต่สำหรับสื่อลามกเด็กนั้น กฎหมายมีความจำเป็นต้องคุ้มครองให้เข้มงวดมากขึ้น เพราะเด็กอาจยังมีวุฒิภาวะไม่เพียงพอ และตกเป็นเหยื่อของการล่วงละเมิดทางเพศในกระบวนการผลิตสื่อลามกได้ จึงทำให้หลายฝ่ายเห็นว่ากฎหมายควรจะควบคุมสื่อลามกอนาจารเด็กตั้งแต่ขั้นตอนการผลิตและการครอบครองด้วย เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของเด็ก¹⁵

อย่างไรก็ตามกฎหมายแคนาดา ก็กับกฎหมายของสาธารณรัฐของสิงคโปร์ ได้มีแนวคิดในการแยกสื่อลามกอนาจารทั่วไป กับภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศที่มีลักษณะลามก ออกจากกัน เพราะการครอบครองภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ แม้ภาพนั้นจะมีลักษณะลามก แต่กฎหมายก็ไม่อนุญาตให้ครอบครองได้เฉกเช่นสื่อลามกอนาจารทั่วไป เพราะการครอบครองภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศเป็นการล่วงละเมิดต่อความเป็นส่วนตัวของผู้อื่น อันเป็นสิ่งที่รัฐธรรมนูญของทุกประเทศให้ความคุ้มครอง และเพื่อไม่ให้บุคคลต้องตกเป็นเหยื่อของกระบวนการเผยแพร่ภาพความเป็นส่วนตัวนี้ จึงจำเป็นที่ต้องบัญญัติกฎหมายขึ้นป้องกันตั้งแต่กระบวนการครอบครอง

¹⁴ Penal Code Section 377BD

¹⁵ โสมนัส เจือศรีสกุล, "มาตรการควบคุมต่อต้านสื่อลามกเด็ก," หน้า 15.

แม้ว่ากฎหมายจะมีเจตนารมณ์ที่ดีเพื่อมุ่งคุ้มครองเหยื่อ แต่ผู้เขียนเห็นว่าไม่ควรนำบทบัญญัตินี้มาบัญญัติให้เป็นความผิดเช่นเดียวกับประเทศทั้งสองนี้ เพราะการพิสูจน์เจตนาพิเศษเป็นเรื่องยากเป็นอย่างยิ่ง ครั้นจะไม่กำหนดเจตนาพิเศษ ก็จะทำให้ปัญหาการแก้ล้างฟ้องร้องดำเนินคดีต่อกัน ทำให้ความผิดฐานนี้แทนที่จะมุ่งคุ้มครองเหยื่อได้สมดังเจตนารมณ์ที่มุ่งหวัง กลับกลายเป็นเครื่องมือในการถกเถียงกันทางคดี ซึ่งจะกระทบต่อกระบวนการยุติธรรมทั้งระบบเพราะในการออกมาตรการทางกฎหมายมาบังคับใช้กับประชาชน รัฐจะต้องเลือกมาตรการที่สามารถทำให้เจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนั้น ๆ สำเร็จลุล่วง มาตรการใดที่รัฐออกมาบังคับใช้กับประชาชนแล้วไม่สามารถก่อให้เกิดผลตามเจตนารมณ์ของกฎหมายได้อย่างแน่แท้ หรือมาตรการที่ก่อให้เกิดผลตรงข้ามกับเจตนารมณ์ของกฎหมายย่อมเป็นมาตรการที่ขัดกับหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผลและย่อมเป็นมาตรการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁶



¹⁶ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, หลักแห่งความได้สัดส่วน (กรุงเทพมหานคร: สำนักวิจัยและวิชาการ, 2548), หน้า 32-34.

ตาราง 2 การเปรียบเทียบฐานความผิดตามกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการบันทึกภาพส่วนบุคคล
ที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม

ประเทศ/ ประเด็น		สหรัฐอเมริกา			อังกฤษ	แคนาดา	สาธารณรัฐ สิงคโปร์
		กฎหมาย ระดับ สหรัฐ	มลรัฐ นิวยอร์ก	มลรัฐ อิลลินอยส์			
ฐาน ความผิด	บันทึกภาพที่ มีลักษณะอับ อายทางเพศ โดยไม่ได้รับ ความยินยอม	✓	✓	✓	✓	✓	✓
	ติดตั้งอุปกรณ์ บันทึกภาพ	✗	✓	✓	✓	✗	✓
	ครอบครอง ภาพ	✗	✗	✗	✗	✓	✓

✓ = มีการบัญญัติ ✗ = ไม่มีการบัญญัติ

เมื่อได้ศึกษาฐานความผิดที่เกี่ยวข้องกับการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายสมควรที่จะปรับปรุงแก้ไขโดยการเพิ่มความผิดฐานความผิดฐานบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมและติดตั้งอุปกรณ์บันทึกภาพไว้ในประมวลกฎหมายอาญา เพื่อมุ่งคุ้มครองความเป็นส่วนตัวของบุคคลไม่ให้เกิดความเสียหายจากการดังกล่าวให้ดียิ่งขึ้นกว่าเดิม เพราะบทบัญญัติที่นำมาปรับใช้กับกรณีที่เกิดขึ้นเป็นหลักเป็นความผิดฐานกระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอาย หรือเดือดร้อนรำคาญ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 397 อันเป็นความผิดลหุโทษที่อัตราโทษไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด ส่งผลให้ไม่อาจข่มขู่ยับยั้งและป้องกันมิให้การกระทำแบบเดียวกันเกิดขึ้นอีกได้

5.2.3 ขอบเขตของภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง

ฐานความผิดทั้งหลายตามหัวข้อ 5.2.2 นั้นมีองค์ประกอบในส่วนของวัตถุประสงค์ของการกระทำที่สำคัญก็คือจะต้องเป็นการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่น ซึ่งในแต่ละประเทศได้มีขอบเขตของภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศที่คล้ายคลึงกัน กล่าวคือจะต้องเข้าองค์ประกอบสองประการคือ ภาพนั้นจะต้องมีลักษณะทางเพศ และภาพนั้นต้องมีลักษณะส่วนตัว แตกต่างกันในรายละเอียดปลีกย่อย พิจารณาได้ดังนี้

5.2.3.1 ลักษณะทางเพศของภาพ

ในหัวข้อนี้จะได้พิจารณาลักษณะทางเพศของภาพ ในฐานความผิดที่เกี่ยวข้องกับการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้ได้รับความยินยอม โดยภาพนั้นจะต้องมีลักษณะทางเพศซึ่งเป็นสิ่งที่ต้องกำหนดให้ชัดเจน เพื่อให้ทราบแน่ชัดว่าขอบเขตของภาพเพียงใดจึงจะอยู่ในการคุ้มครองของกฎหมาย โดยจะพิจารณาจากบทบัญญัติของต่างประเทศและเทียบเคียงกับกฎหมายไทย พิจารณาเป็นลำดับ ดังนี้

สหรัฐอเมริกา กฎหมายระดับสหรัฐ มีขอบเขตของภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศคุ้มครองการเปลือย หรือสวมชุดชั้นในซึ่งอวัยวะเพศ บริเวณหัวเหน่า บั้นท้าย หรือหน้าอกหญิง¹⁷

มลรัฐนิวยอร์ก ขอบเขตของภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศคุ้มครองอวัยวะเพศ บริเวณหัวเหน่า หรือบั้นท้าย หรือหน้าอกหญิง และรวมถึงอวัยวะดังกล่าวที่ปกคลุมด้วยชุดชั้นในด้วย และการเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศ และคุ้มครองตามหลักสถานที่ หากได้ไปกระทำการในห้องนอน ห้องเปลี่ยนเสื้อผ้า ห้องลงเสื้อผ้า ห้องน้ำ ห้องอาบน้ำ หรือห้องใด ๆ ที่จัดไว้ให้แขก หรือลูกค้าในโรงแรมมานูรูต หรือโรงแรม หรือโรงแรม¹⁸ ไม่จำเป็นจะต้องเห็นอวัยวะของร่างกายต่าง ๆ ตามที่กล่าวแล้วแต่อย่างใด

มลรัฐอิลลินอยส์ ไม่มีการระบุขอบเขตของภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศแต่อย่างใด เนื่องจากฐานความผิดที่เกี่ยวข้องกับการบันทึกของมลรัฐนี้ ไม่จำเป็นต้องเป็นภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ โดยมุ่งคุ้มครองตามหลักสถานที่เป็นสำคัญ กล่าวคือ ไม่ว่าจะ

¹⁷ 18 U.S. Code § 1801

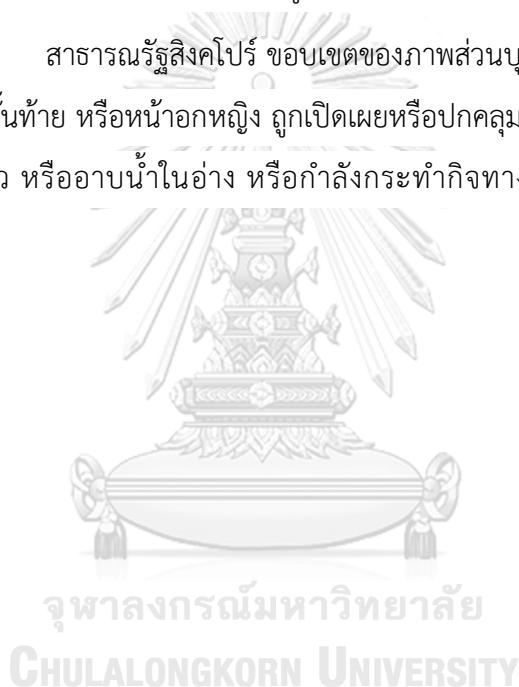
¹⁸ N.Y. Penal Law § 250.40

บันทึกภาพออกมาในลักษณะใดไม่ใช่ข้อสำคัญ ขอเพียงการบันทึกภาพนั้นได้กระทำลงตามสถานที่ที่กำหนด การกระทำก็เป็นความผิด

อังกฤษ ขอบเขตของภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอวัยวะทางเพศคุ้มครองอวัยวะเพศ บั้นท้าย หรือหน้าอกหญิงถูกเปิดเผยหรือถูกปกคลุมเพียงชุดชั้นใน หรือขณะที่บุคคลกำลังใช้ห้องน้ำ หรือบุคคลกำลังกระทำกิจทางเพศซึ่งไม่พึงทำเป็นปกติในที่สาธารณะ¹⁹

แคนาดา ขอบเขตของภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอวัยวะทางเพศคุ้มครองอวัยวะเพศ หรือบริเวณบั้นท้าย หรือหน้าอกหญิง หรือเข้าร่วมในกิจกรรมทางเพศ และครอบคลุมไปถึงภาพที่ไม่ได้เห็นสิ่งเหล่านั้น แต่ได้กระทำการแอบดูหรือบันทึกภาพเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ²⁰

สาธารณรัฐสิงคโปร์ ขอบเขตของภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอวัยวะทางเพศคุ้มครองอวัยวะเพศ บั้นท้าย หรือหน้าอกหญิง ถูกเปิดเผยหรือปกคลุมด้วยชุดชั้นใน หรือขณะกำลังใช้ห้องน้ำ อาบน้ำฝักบัว หรืออาบน้ำในอ่าง หรือกำลังกระทำกิจทางเพศซึ่งไม่พึงทำเป็นปกติในที่สาธารณะ²¹



¹⁹ Sexual Offences Act 2003 Section 68

²⁰ Criminal Code Section 162 (1)

²¹ Penal Code Section 377C

ตาราง 3 การเปรียบเทียบขอบเขตของภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศที่กฎหมายให้ความคุ้มครองในการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม

ประเทศ/ ประเด็น		สหรัฐอเมริกา			อังกฤษ	แคนาดา	สาธารณรัฐ สิงคโปร์
		กฎหมาย ระดับ สหรัฐ	มลรัฐ นิวยอร์ก	มลรัฐ อิลลินอยส์			
ขอบเขต ของภาพ ส่วนบุคคล ที่มีลักษณะ อับอายทาง เพศ	อวัยวะ เพศ	✓	✓	✗	✓	✓	✓
	บริเวณ หัวหน้า	✓	✓	✗	✗	✗	✗
	บริเวณ บั้นท้าย	✓	✓	✗	✓	✓	✓
	หน้าอก หญิง	✓	✓	✗	✓	✓	✓
	กิจ ส่วนตัว	✗	✓	✗	✓	✗	✓
	กิจกรรม ทางเพศ	✗	✓	✗	✓	✓	✓
	ชุดชั้นใน	✓	✓	✗	✓	✗	✓

✓ = ให้ความคุ้มครอง ✗ = ไม่ให้ความคุ้มครอง

จากที่ได้ศึกษาเรื่องขอบเขตของภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศตามกฎหมายของแต่ละประเทศที่ได้ให้ความคุ้มครองไว้ เห็นว่ามลรัฐนิวยอร์กเป็นแนวทางที่เหมาะสมในการใช้พิจารณาเป็นตัวอย่างเพราะได้ให้ความคุ้มครองภาพในหลายกรณีที่สุด

5.2.3.2 ลักษณะความเป็นส่วนตัวของภาพ

ในประเด็นนี้จะชี้ให้เห็นลักษณะความเป็นส่วนตัวของภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ ซึ่งสะท้อนให้เห็นได้ในการบัญญัติถึงว่าผู้ถูกบันทึกได้รับความคุ้มครองความเป็นส่วนตัวในสถานที่แห่งใดบ้าง โดยพิจารณาฐานความผิดตามหัวข้อ 5.2.2 พิจารณาได้ดังนี้

สหรัฐอเมริกา กฎหมายระดับสหรัฐ ได้ให้ความคุ้มครองทั้งสถานที่ส่วนตัว และได้ขยายความคุ้มครองไปสู่สถานที่สาธารณะ กล่าวคือ หากการกระทำดังกล่าวได้กระทำไปโดยรู้ว่าผู้อื่นอยู่ภายใต้สถานการณ์ที่ผู้นั้นพึงคาดหมายได้ถึงความเป็นส่วนตัวอย่างสมเหตุผล อันได้แก่ ผู้อื่นมีความคาดหมายได้ว่าจะสามารถเปลื้องผ้าได้อย่างเป็นส่วนตัว โดยปราศจากความกังวลว่าภาพส่วนบุคคลทางเพศของตนจะถูกบันทึก และเชื่อว่าภาพนั้นไม่ปรากฏสู่สาธารณะ ไม่ว่าผู้นั้นจะอยู่ในที่สาธารณะหรือที่รโหฐานก็ได้รับความคุ้มครองทั้งสิ้น²²

มลรัฐนิวยอร์ก ได้ให้ความคุ้มครองสถานที่ส่วนตัวโดยการกำหนดให้สถานที่และเวลาเมื่อบุคคลพึงคาดหมายความเป็นส่วนตัวอย่างสมเหตุผล หมายความว่า สถานที่และเวลาเมื่อวิญญูชนจะเชื่อว่าเขาหรือเธอสามารถเปลื้องผ้าทั้งหมดด้วยความเป็นส่วนตัว และขยายการคุ้มครองสู่การคุ้มครองความเป็นส่วนตัวในพื้นที่สาธารณะโดยการกำหนดให้การกระทำการบันทึกได้เสื้อผ้าที่สวมใส่โดยผู้อื่นเป็นความผิด²³

มลรัฐอิลลินอยส์ ได้ให้ความคุ้มครองทั้งสถานที่ส่วนตัว โดยการระบุถึงสถานที่ต่าง ๆ ชัดเจน ได้แก่ ห้องน้ำ เติงอาบแดด ห้องอบผิวสีแทน ห้องเปลี่ยนเสื้อผ้า หรือห้องนอนในโรงแรม หรือสถานที่อยู่อาศัยของบุคคล โดยพิจารณาเพียงว่าได้กระทำการไปโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ถูกกระทำ ก็เป็นความผิดโดยไม่ต้องพิเคราะห์ถึงขอบเขตของภาพแต่อย่างใด รวมทั้งคุ้มครองการบันทึกภาพของผู้อื่นใต้หรือผ่านเสื้อผ้าที่ผู้อื่นสวมใส่ ในที่สาธารณะเช่นกัน²⁴

เดิมาอังกฤษ ได้ให้ความคุ้มครองสถานที่ส่วนตัวเพียงอย่างเดียว โดยกำหนดว่า บุคคลกระทำกิจส่วนตัว ถ้าบุคคลอยู่ในสถานที่และในสถานการณ์ที่พึงคาดหมายความเป็นส่วนตัวอย่างสมเหตุผล คล้าย ๆ กับที่บัญญัติไว้ในสหรัฐอเมริกา และมลรัฐนิวยอร์ก แต่อังกฤษมิได้มีบทบัญญัติเพิ่มเติมเกี่ยวกับการกระทำในพื้นที่สาธารณะดังเช่นกรณีเหล่านั้น ต่อมาเกิดปัญหาการบังคับใช้กฎหมายกับกรณีการบันทึกความเป็นส่วนตัวในที่สาธารณะมากยิ่งขึ้น และไม่อาจนำบทบัญญัติเกี่ยวกับการถ่มองตามที่มีอยู่แต่เดิมมาปรับใช้ได้ ด้วยเหตุนี้จึงได้ออกพระราชบัญญัติเพิ่มเติมความผิดเกี่ยวกับการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวในที่สาธารณะขึ้น²⁵

แคนาดา ให้ความคุ้มครองความเป็นส่วนตัวในสถานที่ซึ่งควรคาดหมายอย่างสมเหตุผลได้ที่จะเปลือย เปิดเผยอวัยวะเพศ หรือ บริเวณบั้นท้าย หรือหน้าอกหญิง หรือเข้าร่วม

²² 18 U.S. Code § 1801

²³ N.Y. Penal Law § 250.40

²⁴ 720 ILCS 5/26-4.

²⁵ Sexual Offences Act 2003 Section 67A

ในกิจกรรมทางเพศอย่างชัดเจน ซึ่งสถานที่สาธารณะไม่อาจคาดหมายที่จะกระทำการดังกล่าวได้ แต่บทบัญญัติก็ได้ขยายความคุ้มครองไปสู่พื้นที่สาธารณะเช่นกัน แต่กรณีนั้นผู้กระทำจะต้องมีเจตนาพิเศษ กระทำไปเพื่อวัตถุประสงค์ในทางเพศเท่านั้น²⁶

สาธารณรัฐสิงคโปร์ ได้ให้ความคุ้มครองทั้งสถานที่ส่วนตัวและได้ขยายความคุ้มครองไปสู่สถานที่สาธารณะ โดยมุ่งพิจารณาว่าผู้ถูกกระทำอยู่ในสถานการณ์ที่อวัยวะเพศหน้าอก บั้นท้าย หรือชุดชั้นในไม่พึงปรากฏหรือไม่ โดยไม่ต้องพิจารณาว่าที่แห่งนั้นจะเป็นที่ส่วนตัวหรือที่สาธารณะ²⁷

เรื่องสถานที่ที่กฎหมายให้ความคุ้มครองผู้เขียนเห็นว่าสมควรให้ความคุ้มครองทั้งสถานที่ส่วนตัวและที่สาธารณะ เพราะการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอวัยวะทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมนั้นสามารถเกิดขึ้นได้ทั้งสองสถานที่ จึงไม่ควรจำกัดว่าจะคุ้มครองแต่เพียงสถานที่ส่วนตัวเพียงอย่างเดียว ซึ่งการกระทำที่มักเกิดในที่สาธารณะคือการบันทึกภาพใต้กระโปรงสตรี หากไม่บัญญัติให้คุ้มครองถึงที่สาธารณะ ก็ไม่อาจเอาผิดกับการกระทำเหล่านี้ได้ เพราะบุคคลย่อมไม่อาจคาดหมายความเป็นส่วนตัวได้มากเมื่ออยู่ในที่สาธารณะ ดังนั้นในที่สาธารณะผู้ถูกกระทำจะได้รับความคุ้มครองจากการถูกกระทำต่อภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอวัยวะทางเพศหรือไม่จึงต้องพิจารณาจากหลักสถานการณ์เป็นสำคัญ ว่าในสถานการณ์

5.2.4 เจตนาของผู้กระทำความผิด

การบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอวัยวะทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมในแต่ละประเทศมีการบัญญัติเกี่ยวกับเจตนาซึ่งเป็นองค์ประกอบภายในแตกต่างกันออกไป ซึ่งเจตนาจะเป็นเรื่องชี้ให้เห็นความชั่วภายในใจของผู้กระทำผ่านการกระทำ ซึ่งมีการบัญญัติเรื่องนี้แตกต่างกันโดยแบ่งออกเป็นสองกลุ่ม

กลุ่มที่หนึ่ง กำหนดเพียงเจตนาธรรมดา กล่าวคือ ผู้กระทำมีเจตนาที่จะบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอวัยวะทางเพศของผู้อื่น โดยรู้ว่าผู้นั้นไม่ได้ให้ความยินยอม ได้แก่ สหรัฐอเมริกา กฎหมายระดับสหรัฐ²⁸ มลรัฐนิวยอร์ก²⁹ มลรัฐอิลลินอยส์³⁰ และสาธารณรัฐสิงคโปร์³¹

²⁶ Criminal Code Section 162

²⁷ Penal Code Section 377BB

²⁸ 18 U.S. Code § 1801

²⁹ N.Y. Penal Law § 250.45

³⁰ 720 ILCS 5/26-4.

³¹ Section 377BB

กลุ่มที่สอง กำหนดเจตนาพิเศษ กล่าวคือ นอกจากผู้กระทำมีเจตนาที่จะบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่น โดยรู้ว่าผู้นั้นไม่ได้ให้ความยินยอม อังกฤษยังให้การดังกล่าวจะต้องกระทำไปเพื่อความพึงพอใจทางเพศของตนหรือของผู้อื่น³² และแคนาดาได้กำหนดให้กระทำไปเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ หรือเพื่อจุดประสงค์ในการเฝ้าดูหรือบันทึกบุคคลในขณะนั้นอีกด้วย³³

ผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวทางการบัญญัติกฎหมายของกลุ่มแรกมากกว่า เพราะหากกำหนดเจตนาพิเศษ ย่อมเป็นการก่อให้เกิดภาระในการพิสูจน์แก่โจทก์ในการที่จะต้องพิสูจน์เจตนาพิเศษนั้น ซึ่งจำเลยย่อมกล่าวอ้างว่าไม่ได้กระทำไปโดยมีเจตนาพิเศษเช่นนั้น สิ่งที่อยู่ภายในจิตใจจึงเป็นเรื่องยากในการพิสูจน์ และอาจทำให้จำเลยใช้เรื่องดังกล่าวแก้ตัวทำให้ตนพ้นผิดได้

5.2.5 ข้อสันนิษฐานเบื้องต้นของการกระทำความผิด

ข้อสันนิษฐานเบื้องต้นของการกระทำความผิดเป็นการที่กฎหมายบัญญัติขึ้นเพื่อหลักการพิสูจน์ไปให้ฝ่ายจำเลย เพื่อลดภาระฝ่ายโจทก์ในการพิสูจน์สิ่งที่กฎหมายสันนิษฐานไว้ ให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายจำเลยแทน จากการศึกษาพบว่ามีเพียงสองประเทศที่ได้บัญญัติข้อสันนิษฐานเบื้องต้นไว้ในความผิดเกี่ยวกับการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้ได้รับความยินยอม ได้แก่

(1) สหรัฐอเมริกา มลรัฐนิวยอร์ก เมื่อผู้ใช้ ติดตั้ง ออกอากาศ บันทึก หรืออนุญาตให้ใช้ประโยชน์หรืออนุญาตให้ติดตั้งอุปกรณ์บันทึกภาพในการมองดูอย่างลับ ๆ ในห้องนอน ห้องเปลี่ยนเสื้อผ้า ห้องลงเสื้อผ้า ห้องน้ำ ห้องอาบน้ำ หรือห้องใด ๆ ที่จัดไว้ให้แขก หรือลูกค้าในโรงแรม มานูรูต หรือโรงแรม หรือโรงแรม ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้นั้นได้กระทำโดยปราศจากวัตถุประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมาย³⁴

(2) สาธารณรัฐสิงคโปร์ ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ที่ถูกบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศไม่ได้ให้ความยินยอมแก่ผู้กระทำ³⁵

³¹ Penal Code Section 377BB

³² Sexual Offences Act 2003 Section 67 (1) (b)

³³ Criminal Code Section 162 (1) (c)

³⁴ N.Y. Penal Law § 250.45

³⁵ Penal Code Section 377BB (9)

ผู้เขียนเห็นว่าไม่สมควรกำหนดข้อสันนิษฐานเบื้องต้นเช่นเดียวกับสาธารณรัฐสิงคโปร์ที่สันนิษฐานข้อเท็จจริงเบื้องต้นไว้เป็นคุณแก่โจทก์ว่าจำเลยกระทำการบันทึกโดยไม่ได้รับความยินยอม โจทก์จึงไม่ต้องพิสูจน์ประเด็นเรื่องว่าจำเลยได้รับความยินยอมจากเหยื่อหรือไม่ แต่เป็นหน้าที่ของจำเลยที่จะต้องพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานดังกล่าว เพราะอาจสุ่มเสี่ยงที่จะขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 29 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “ในคดีอาญา ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด และก่อนมีคำพิพากษา อันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้” การสันนิษฐานว่าผู้ที่บันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ ได้กระทำการโดยไม่ได้รับความยินยอม นั้น เสมือนเป็นการสันนิษฐานไว้ล่วงหน้าว่าผู้กระทำการดังกล่าวเป็นผู้กระทำความผิด ซึ่งขัดต่อหลักการตามรัฐธรรมนูญที่จะต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าไม่มีความผิด

5.2.6 ความเหมาะสมของไทย

การกำหนดโทษแก่การกระทำความผิดฐานใดนั้น รัฐต้องพิจารณาถึงความร้ายแรงของการกระทำ และผลกระทบที่เกิดต่อผู้เสียหายและสังคม อีกทั้งยังต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมกับสภาพสังคมด้วย เพื่อให้การกำหนดความรับผิดทางอาญานั้นทำให้เจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนั้น ๆ สำเร็จลุล่วง มาตรการใดที่รัฐออกมาบังคับใช้กับประชาชนแล้วไม่สามารถก่อให้เกิดผลตามเจตนารมณ์ของกฎหมายได้อย่างแน่แท้ หรือมาตรการที่ก่อให้เกิดผลตรงข้ามกับเจตนารมณ์ของกฎหมายย่อมเป็นมาตรการที่ขัดกับหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผลและเป็นมาตรการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น การกำหนดโทษควรกำหนดให้พอเหมาะพอควรที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อการป้องปราม และข่มขู่ยับยั้ง ผู้ที่คิดจะกระทำความผิดให้เกิดความเกรงกลัวไม่กล้าที่จะกระทำความผิดอีกต่อไป

จากการศึกษาการกำหนดอัตราโทษของกฎหมายต่างประเทศ มีการกำหนดความหนักเบาแตกต่างกันไป และบางประเทศก็ได้มีบทบัญญัติเพิ่มโทษกรณีที่ได้กระทำต่อผู้เยาว์ หรือกรณีที่กระทำความผิดแบบเดิมอีก โดยจะทำการพิจารณาเฉพาะโทษจำคุกเท่านั้น เพราะโทษปรับนั้นไม่อาจนำมาเป็นฐานอ้างอิงในการเปรียบเทียบกับราชอาณาจักรไทยได้เพราะในแต่ละประเทศมีค่าแรงขั้นต่ำ รวมทั้งค่าครองชีพที่แตกต่างกัน ส่วนโทษปรับจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายไทยเท่าที่มีอยู่ในการเทียบเคียงกำหนดอัตราโทษปรับที่เหมาะสม พิจารณาเรียงตามประเทศดังนี้

สหรัฐอเมริกา กฎหมายระดับสหรัฐกำหนดให้ความผิดฐานแอบบันทึกภาพต้อง
ระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี³⁶

มลรัฐนิวยอร์ก กำหนดให้การแอบบันทึกภาพ การติดตั้งอุปกรณ์แอบบันทึกภาพ
ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสี่ปี³⁷ และมีเหตุเพิ่มโทษเมื่อผู้นั้นถูกตัดสินว่ามีความผิดและกระทำ
ความผิดฐานเดิมซ้ำภายในเวลาสิบปีนับแต่วันพ้นโทษ กรณีที่กระทำความผิดซ้ำนี้ต้องระวางโทษ
จำคุกไม่เกินเจ็ดปี³⁸

มลรัฐอิลลินอยส์กำหนดอัตราโทษแบ่งออกเป็นสองกลุ่ม คือ กลุ่มความผิดที่เกี่ยวกับ
การบันทึกภาพใต้กระโปรงหรือเหนือคอเสื้อ กับกลุ่มการติดตั้งอุปกรณ์บันทึกภาพจะมีโทษเบาที่สุดคือ
จำคุกไม่เกินหนึ่งปี³⁹ และในอีกกลุ่มที่มีความผิดมากขึ้นคือกลุ่มบันทึกภาพในสถานที่ที่กำหนดต่าง ๆ
สถานที่อยู่อาศัย หรือการลักลอบบันทึกจากสถานที่ห่างไกล ในกลุ่มนี้ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปี
ถึงสามปี⁴⁰ และถ้าการกระทำทั้งสองกลุ่มนี้ได้กระทำต่อบุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปีก็จะต้องระวางโทษ
หนักขึ้น คือจำคุกตั้งแต่สองปี ถึง ห้าปี⁴¹

อังกฤษ กำหนดให้การแอบบันทึกภาพ การติดตั้งอุปกรณ์แอบบันทึกภาพ ต้อง
ระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี⁴²

แคนาดา กำหนดให้การแอบบันทึกภาพ และการครอบครองภาพเพื่อการการพิมพ์
การทำซ้ำ การตีพิมพ์ การเผยแพร่ การหมุนเวียน การขาย หรือการโฆษณา ต้องระวางโทษจำคุกไม่
เกินห้าปี⁴³

สาธารณรัฐสิงคโปร์ กำหนดให้การแอบบันทึกภาพ การติดตั้งอุปกรณ์แอบ
บันทึกภาพต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี⁴⁴ และการครอบครองภาพต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน

³⁶ 18 U.S. Code § 1801

³⁷ N.Y. Penal Law § 250.45

³⁸ N.Y. Penal Law § 250.50

³⁹ 720 ILCS 5/26-4 (d) (1)

⁴⁰ 720 ILCS 5/26-4 (d) (2)

⁴¹ 720 ILCS 5/26-4 (d) (4)

⁴² Sexual Offences Act 2003 Section 67 (5)

⁴³ Criminal Code Section 162 (5)

⁴⁴ Penal Code Section 377BB (7)

สองปี⁴⁵ ถ้าการกระทำเช่นนั้นเป็นการกระทำต่อบุคคลอายุต่ำกว่าสิบสี่ปี จะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี และเขียน⁴⁶

ตาราง 4 การเปรียบเทียบอัตราโทษในความผิดฐานการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม

ประเทศ/ ประเด็น	สหรัฐอเมริกา			อังกฤษ	แคนาดา	สาธารณรัฐ สิงคโปร์
	กฎหมาย ระดับ สหรัฐ	มลรัฐ นิวยอร์ก	มลรัฐ อิลลินอยส์			
อัตราโทษ	จำคุกไม่ เกิน 1 ปี	จำคุกไม่ เกิน 4 ปี	1. จำคุกไม่ เกิน 1 ปี 2. จำคุก ตั้งแต่ 1 ปี ถึง 3 ปี	จำคุกไม่ เกิน 2 ปี	จำคุกไม่ เกิน 5 ปี	จำคุกไม่เกิน 2 ปี
อัตราโทษ กรณีกระทำ ต่อผู้เยาว์	×	×	จำคุกตั้งแต่ 2 ปี ถึง 5 ปี	×	×	จำคุกไม่เกิน 2 ปี และเขียน
อัตราโทษ กรณีกระทำ ความผิดอีก	×	จำคุกไม่ เกิน 7 ปี	×	×	×	×

× = ไม่มีการบัญญัติ

⁴⁵ Penal Code Section 377BD (2)

⁴⁶ Penal Code Section 377BB (8), Penal Code Section 377BD (3)

จากการพิจารณาเปรียบเทียบอัตราโทษจะพบว่าบทบัญญัติของแคนาดาจะมีอัตราโทษหนักที่สุด และสหรัฐอเมริกา กฎหมายระดับสหรัฐจะมีอัตราโทษเบาที่สุด ในการกำหนดอัตราโทษในราชอาณาจักรไทย จะต้องทำการนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไทยที่พอจะปรับใช้กับการบันทึภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นมาพิจารณาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติของต่างประเทศ แล้วจึงจะกำหนดอัตราโทษที่พอเหมาะ พอควรแก่กรณีได้

การบันทึภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมในไทยสามารถปรับใช้ได้กับความผิดฐานกระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 ซึ่งต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท และความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

เมื่อพิจารณาฐานความผิดทั้งสองฐานจะพบว่าความผิดตามมาตรา 397 จะมีอัตราโทษที่เบามาก และความผิดตามมาตรา 278 มีอัตราโทษที่สูงกว่ามาตรา 397 อยู่มาก ดังนั้นจึงต้องพิจารณาโทษที่ศาลลงแก่ผู้กระทำความผิดจริงว่า ศาลได้พิพากษาอัตราโทษกรณีเช่นนี้ไว้อย่างไร เห็นว่า ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 กรณีที่จำเลยในคดีนั้นได้ติดตั้งกล้อง และบันทึภาพไว้ที่ใต้โต๊ะทำงานของโจทก์ร่วม และบันทึภาพสรีระร่างกายของโจทก์ร่วมตั้งแต่ช่วงลิ้นปี่จนถึงอวัยวะช่วงขามองเห็นกระโปรงที่โจทก์ร่วมสวมใส่ ขาท่อนล่างและขาท่อนบนของโจทก์ร่วม โดยที่กล้องบันทึภาพมีแสงไฟสำหรับเพิ่มความสว่างเพื่อให้มองเห็นภาพบริเวณใต้กระโปรงของโจทก์ร่วมให้ชัดเจนยิ่งขึ้น พิพากษาว่าจำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 และมาตรา 397 การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำความผิดเป็นความผิดต่อกฎหมายหลายบท ให้ลงโทษฐานกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปีโดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ซึ่งเป็นกฎหมายบทที่มีโทษหนักที่สุดเพียงบทเดียว ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 90 จำคุกหนึ่งปี และปรับหนึ่งหมื่นสองพันบาท

การที่ศาลลงโทษจำคุกหนึ่งปีและปรับหนึ่งหมื่นสองพันบาท ทั้งที่ความผิดตามมาตรา 278 นั้นต้องระวางโทษไม่เกินสิบปี ศาลย่อมมีดุลพินิจในการกำหนดอัตราโทษให้หนักกว่านี้ได้ แต่ศาลในคดีนั้นพิเคราะห์พฤติกรรมการกระทำความผิดว่าพอเหมาะ พอควรแก่กรณีกับการลงโทษเช่นนี้แล้ว จึงได้พิพากษาลงโทษจำเลยเช่นนั้น ซึ่งสอดคล้องกับบทลงโทษของสหรัฐอเมริกาในกฎหมายระดับสหรัฐ

การบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมและการติดตั้งอุปกรณ์เพื่อการนั้น ก่อภัยต่อความเป็นส่วนตัวต่อผู้อื่นอย่างยิ่งเพราะสามารถบันทึกภาพเก็บไว้ดูซ้ำได้อีกก็ครั้งก็ได้ สามารถเฟ้นพิณิจ พิจารณารายละเอียดเนื้อตัวร่างกายของเหยื่อได้ดีกว่าการดูด้วยตาเปล่า ทำให้เหยื่อถูกล่วงละเมิดความเป็นส่วนตัวในทุครั้งทีภาพถูกนำขึ้นมาดู และเป็นการละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเหยื่ออย่างร้ายแรง ทั้งยังเพิ่มความเสียหายอย่างมากในการที่จะมีการนำภาพดังกล่าวออกเผยแพร่สู่ผู้อื่นหรือสาธารณะเป็นวงกว้าง เป็นเหตุให้ซ้ำเติมความเสียหายของเหยื่อให้ยิ่งหนักขึ้นกว่าเก่า สมควรกำหนดการกระทำในลักษณะเช่นนี้ ให้หนักกว่าความผิดฐานกระทำทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอาย หรือเดือดร้อนรำคาญ ตามมาตรา 397 แต่ไม่เกินไปกว่าอัตราโทษที่ศาลได้กำหนดไว้ในคำพิพากษาข้างต้น ดังนั้น การบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมและการติดตั้งอุปกรณ์บันทึกภาพ ควรมีอัตราโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี และปรับไม่เกินสองหมื่นบาท และหากเป็นการกระทำต่อบุคคลอายุยังไม่เกินสิบแปดปี ให้เพิ่มโทษที่จะลงแก่ผู้นั้นหนึ่งในสาม

กรณีที่มีการกระทำทั้งหลายเหล่านี้ได้กระทำความผิดอีกเมื่อพ้นโทษมาแล้วไม่เกินสามปี ถ้าความผิดครั้งแรกเป็นความผิดซึ่งศาลพิพากษาลงโทษจำคุกไม่น้อยกว่าหกเดือน หากศาลจะพิพากษาลงโทษครั้งหลังถึงจำคุก ก็ให้เพิ่มโทษที่จะลงแก่ผู้นั้นกึ่งหนึ่งของโทษที่ศาลกำหนดสำหรับความผิดครั้งหลัง

5.2.7 ข้อยกเว้นหรือข้อแก้ตัวของ การกระทำความผิด

ข้อยกเว้นหรือข้อแก้ตัวของ การกระทำความผิด ทุกประเทศที่ได้ทำการศึกษายกเว้นอังกฤษ ได้มีการบัญญัติไว้เพื่อจะไม่นำฐานความผิดนั้นไปบังคับใช้กับการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศในกิจการที่กฎหมายกำหนดยกเว้นไว้บางประการ เพื่อคุ้มครองให้การดำเนินการตามกิจการนั้น ได้รับความคุ้มครองที่จะไม่ถูกฟ้องร้องดำเนินคดี พิจารณาแยกตามประเทศได้ดังนี้

สหรัฐอเมริกา กฎหมายระดับสหรัฐ ได้บัญญัติให้กฎหมายดังกล่าวไม่บังคับใช้กับกิจกรรมที่เกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมาย การคุมประพฤติ หรือ การข่าว ซึ่งชอบด้วยกฎหมาย⁴⁷

มลรัฐนิวยอร์ก ได้บัญญัติ ให้กฎหมายดังกล่าวไม่บังคับใช้กับ

(1) การบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ในการกระทำตามอำนาจหน้าที่

⁴⁷ 18 U.S. Code § 1801 (5) (c)

(2) ระบบรักษาความปลอดภัยซึ่งมีการประกาศเตือนไว้อย่างชัดเจนในสถานที่ซึ่งระบบวิดิทัศน์สอดแนมถูกติดตั้งเพื่อจุดประสงค์ในการรักษาความปลอดภัย

(3) อุปกรณ์สอดแนมแบบวิดิทัศน์ซึ่งติดตั้งในลักษณะที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจน⁴⁸

มลรัฐอิลลินอยส์ ได้บัญญัติให้กฎหมายดังกล่าวไม่บังคับใช้กับ

(1) การจัดทำบันทึกวิดิทัศน์หรือแพรภาพวิดิทัศน์สดโดยการบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่เพื่อการสอบสวนคดีอาญา ซึ่งเป็นไปตามกฎหมาย

(2) การจัดทำบันทึกวิดิทัศน์หรือแพรภาพวิดิทัศน์สดโดยเจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์เพื่อเหตุผลด้านความปลอดภัยหรือเพื่อการสอบสวนการประพฤติมิชอบที่ถูกกล่าวหาว่าเกี่ยวข้องกับบุคคลที่กระทำต่อกรมราชทัณฑ์

(3) การจัดทำบันทึกวิดิโอหรือการแพรภาพวิดิทัศน์สดในห้องเปลี่ยนเสื้อผ้าโดยนักข่าวหรือผู้สื่อข่าวที่ได้รับอนุญาตให้เข้าถึงห้องเปลี่ยนเสื้อผ้าได้ โดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจเพื่อจุดประสงค์ในการสัมภาษณ์⁴⁹

แคนาดา ได้บัญญัติให้กฎหมายดังกล่าวไม่บังคับใช้กับการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมที่ได้กระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะและมีได้กระทำเกินขอบเขต⁵⁰

สาธารณรัฐสิงคโปร์ ได้แบ่งแยกลักษณะของข้อแก้ตัวสำหรับใช้กับความผิดฐานครอบครองภาพแอบบันทึก และความผิดฐานการล้ามอง

ความผิดฐานครอบครองภาพแอบบันทึกจำเลยสามารถยกเป็นข้อแก้ตัวในการพิสูจน์ว่าไม่ได้เจตนาเข้าครอบครองหรือได้รับการเข้าถึงภาพหรือบันทึกนั้น และ เมื่อตระหนักแล้วว่าได้ครอบครองหรือได้รับการเข้าถึงภาพหรือบันทึก ได้ดำเนินการในทันทีที่ทำได้อย่างสมเหตุสมผลที่ละชั้นเพื่อที่จะยุติการครอบครองหรือการเข้าถึงภาพหรือบันทึกนั้น⁵¹

⁴⁸ N.Y. Penal Law § 250.65

⁴⁹ 720 ILCS 5/26-4 (b) (c)

⁵⁰ Criminal Code Section 162 (6)

⁵¹ Penal Code Section 377BM (1)

ความผิดฐานการล้ามองจำเลยสามารถยกเป็นข้อแก้ตัวในการพิสูจน์การกระทำที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นความผิดนั้นได้กระทำโดยปราศจากการมุ่งร้ายและด้วยเหตุอันสมควร เพื่อวัตถุประสงค์ในการ

(1) การป้องกัน ตรวจจับ สอบสวน หรือลงโทษความผิดใด ๆ

(2) การดำเนินการไต่สวน หรือพิจารณาคดีในศาล หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งหลักฐานเพื่อวัตถุประสงค์ในการพิจารณาดำเนินการดังกล่าว

(3) ความปลอดภัย หรือความมั่นคงของชาติ

การกระทำทั้งสามประการข้างต้นจะต้องไม่ได้เก็บภาพหรือบันทึกที่ได้รับมานั้นเป็นระยะเวลานาน มากกว่าสิ่งที่จำเป็นตามสมควรหรือจำเป็นสำหรับวัตถุประสงค์เพื่อการทั้งสามประการดังกล่าว⁵²

ในแต่ละประเทศย่อมกำหนดข้อยกเว้นไว้ต่างกันตามแต่ละบริบทของสังคม แต่ที่มีอยู่ตรงกันก็คือกระบวนการคุ้มครองเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดข้อยกเว้นไว้ว่าไม่ให้นำความผิดฐานดังกล่าวกับการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลและการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาคดี รวมทั้งการดำเนินงานตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เพื่อเป็นการคุ้มครองเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรม มิให้ถูกฟ้องร้องดำเนินคดีจากการปฏิบัติหน้าที่ตามปกติ รวมทั้งการแพทย์ที่การรักษาบางกรณีมีความจำเป็นต้องบันทึกภาพผู้ป่วยซึ่งเป็นภาพที่มีลักษณะอับอายทางเพศ เพื่อใช้ในการรักษาจึงต้องคุ้มครองบุคลากรทางการแพทย์ไม่ได้รับความเสียหายจากความผิดฐานนี้ด้วย นอกจากนี้ยังไม่นำมาใช้กับการวิจัยต่าง ๆ ที่เป็นไปเพื่อสาธารณประโยชน์ด้านการศึกษาที่ควรได้รับความคุ้มครองเช่นกัน

5.3 แนวทางในการบัญญัติให้การเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมเป็นความรับผิดทางอาญา

เนื่องจากกฎหมายไทยยังไม่มีความผิดเฉพาะเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม ดังนั้นการพิจารณากำหนดความผิดขึ้นมาจึงต้องพิจารณาจากแนวทางของประเทศที่ได้บัญญัติไว้ก่อนแล้ว เพื่อให้ให้เห็นถึงประเด็นปัญหา และ

⁵² Penal Code Section 377BM (2)

สามารถนำไปบัญญัติเป็นความผิดอาญาของไทยได้อย่างเหมาะสมต่อไป โดยพิจารณาเรียงลำดับที่ละหัวข้อได้ดังนี้

5.3.1 รูปแบบในการบัญญัติกฎหมาย

หัวข้อนี้จะเป็นการพิจารณารูปแบบในการบัญญัติกฎหมายของแต่ละประเทศว่าได้มีรูปแบบการบัญญัติกฎหมายอย่างไร เพื่อที่จะเป็นแนวทางในการพิจารณาในการบัญญัติกฎหมายของไทยว่าควรจะบัญญัติความผิดฐานดังกล่าวไว้ที่กฎหมายใด

การศึกษาบทบัญญัติแห่งกฎหมายต่างประเทศในเรื่องการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมนั้นมีการนำฐานความผิดเหล่านี้ไปบัญญัติอยู่สองรูปแบบ กล่าวคือกลุ่มประเทศ สหรัฐอเมริกา แคนาดา และสาธารณรัฐสิงคโปร์ได้บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา อังกฤษอยู่ในพระราชบัญญัติ จะได้ทำการพิจารณาจากประเทศที่ได้มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาก่อน ดังนี้

สหรัฐอเมริกา มลรัฐนิวยอร์ก ได้บัญญัติความผิดฐานดังกล่าวแยกออกเป็นสองลักษณะ กล่าวคือ การเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม ที่เกิดจากการกระทำผิดฐานบันทึกโดยไม่ได้รับความยินยอม บัญญัติไว้ที่กฎหมายอาญาในหมวดความผิดต่อสิทธิส่วนบุคคล (Offences Against The Right to Privacy) โดยเรียกชื่อฐานความผิดว่าการเผยแพร่ภาพการสอดแนมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Dissemination of an unlawful surveillance image) และการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมที่ไม่เกี่ยวข้องกับการบันทึกโดยไม่ได้รับความยินยอม บัญญัติไว้ที่กฎหมายอาญาในหมวดความผิดต่อความรู้สึกสาธารณะ (Offenses Against Public Sensibilities) โดยเรียกชื่อฐานความผิดว่า การเผยแพร่หรือการโฆษณาภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful dissemination or publication of an intimate image)

มลรัฐอิลลินอยส์ ได้บัญญัติความผิดฐานดังกล่าวแยกออกเป็นสองลักษณะ กล่าวคือ การเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม ที่เกิดจากการกระทำผิดฐานบันทึกโดยไม่ได้รับความยินยอมได้บัญญัติความผิดฐานดังกล่าวไว้ที่ประมวลกฎหมายอาญาในลักษณะที่ 26 หมวดความผิดเกี่ยวกับความประพฤติไม่เรียบร้อย (Disorderly Conduct) เรียกชื่อฐานความผิดว่า การบันทึกวีดิทัศน์และการเผยแพร่การแพร่ภาพวีดิทัศน์สดโดยไม่มีอำนาจ (Unauthorized video recording and live video transmission) และการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมที่ไม่เกี่ยวข้องกับการบันทึก

โดยไม่ได้รับความยินยอม บัญญัติไว้ที่ประมวลกฎหมายอาญาในลักษณะ 11 ความผิดเกี่ยวกับเพศ (Sexual Offences) หมวด 20 ความผิดเกี่ยวกับสิ่งลามกอนาจาร (Pornography Offences) เรียกชื่อฐานความผิดว่า การเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศโดยไม่ได้รับความยินยอม

แคนาดา ได้บัญญัติความผิดฐานดังกล่าวแยกออกเป็นสองลักษณะ กล่าวคือ การเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม ที่เกิดจากการกระทำผิดฐานบันทึกโดยไม่ได้รับความยินยอมได้บัญญัติความผิดฐานดังกล่าวไว้ที่ประมวลกฎหมายอาญาใน ส่วนที่ 5 ความผิดเกี่ยวกับเพศ (Sexual Offences) ศีลธรรมอันดีของประชาชนและการประพฤติผิดระเบียบแบบแผน (Public Morals and Disorderly Conduct Sexual Offences) เรียกชื่อฐานความผิดว่าการพิมพ์ การโฆษณา อื่น ๆ ซึ่งการบันทึกเกี่ยวกับการถ่มอง (Printing, publication, etc., of voyeuristic recordings) และการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมที่ไม่เกี่ยวข้องกับการบันทึกโดยไม่ได้รับความยินยอม บัญญัติไว้ที่เดียวกัน เรียกชื่อฐานความผิดว่าการโฆษณา ฯลฯ ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศโดยไม่ได้รับความยินยอม (Publication, etc., of an intimate image without consent)

สาธารณรัฐสิงคโปร์ ได้บัญญัติความผิดฐานดังกล่าวแยกออกเป็นสองลักษณะ กล่าวคือ การเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม ที่เกิดจากการกระทำผิดฐานบันทึกโดยไม่ได้รับความยินยอม ได้บัญญัติความผิดฐานดังกล่าวไว้ที่ประมวลกฎหมายอาญาในลักษณะที่ 16 ความผิดเกี่ยวกับเพศ (Sexual offences) เรียกชื่อฐานความผิดว่าการเผยแพร่ภาพหรือบันทึกการถ่มอง (Distribution of voyeuristic image or recording) และการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมที่ไม่เกี่ยวข้องกับการบันทึกโดยไม่ได้รับความยินยอม บัญญัติไว้ที่เดียวกัน เรียกชื่อฐานความผิดว่าการเผยแพร่หรือข่มขู่ว่าจะเผยแพร่ภาพหรือบันทึกส่วนบุคคลทางเพศ (Distributing or threatening to distribute intimate image or recording)

อังกฤษ ไม่มีการแยกลักษณะของการเผยแพร่ออกเป็นสองลักษณะเหมือนกับประเทศอื่น ๆ ตามที่ได้ศึกษามา ทำให้การบังคับใช้กฎหมายมีความเป็นเอกภาพ โดยตราเป็นพระราชบัญญัติกระบวนกฤษฎีธรรมทางอาญาและศาล ค.ศ. 2015 ซึ่งได้รวบรวมการกระทำความผิดต่าง ๆ ในหลายลักษณะมิใช่บัญญัติเฉพาะการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมเพียงอย่างเดียว โดยเรื่องดังกล่าวอยู่ในความผิดเกี่ยวกับการมีเจตนาทำ

ให้ผู้อื่นเกิดความเสียหาย และอื่น ๆ (Offences involving intent to cause distress etc) โดยเรียกชื่อฐานความผิดว่าการเผยแพร่ภาพถ่ายและภาพยนตร์ส่วนบุคคลทางเพศด้วยเจตนาที่จะก่อให้เกิดความเสียหาย (Disclosing private sexual photographs and films with intent to cause distress)

ตาราง 5 การเปรียบเทียบรูปแบบกฎหมายและประเภทความผิดของฐานความผิดที่เกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม

ประเทศ / ประเด็น	สหรัฐอเมริกา				อังกฤษ	แคนาดา		สาธารณรัฐสิงคโปร์		
	มลรัฐนิวยอร์ก		มลรัฐอิลลินอยส์			x	①	②	①	②
	①	②	①	②						
รูปแบบของกฎหมาย	กฎหมายอาญา		ประมวลกฎหมายอาญา		พระราชบัญญัติกระบวนกรยุติธรรมทางอาญาและศาล ค.ศ. 2015	ประมวลกฎหมายอาญา		ประมวลกฎหมายอาญา		
ประเภทความผิด	ความผิดต่อส่วนตัว	ความผิดต่อความรู้สึกสาธารณะ	ความผิดเกี่ยวกับความประพฤติไม่เรียบร้อย	ความผิดเกี่ยวกับสิ่งลามกอนาจาร	ความผิดเกี่ยวกับการมีเจตนาทำให้ผู้อื่นเกิดความเสียหายและอื่น ๆ	ความผิดเกี่ยวกับเพศ		ความผิดเกี่ยวกับเพศ		

① หมายถึง การเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม ที่เกิดจากการกระทำผิดฐานบันทึกโดยไม่ได้รับความยินยอม

② หมายถึง การเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมที่ไม่เกี่ยวข้องกับการบันทึกโดยไม่ได้รับความยินยอม

x หมายถึง ไม่มีการแบ่งแยกออกเป็นสองลักษณะข้างต้น

เมื่อนำรูปแบบการบัญญัติของแต่ละประเทศมาเทียบกับประมวลกฎหมายอาญาของไทย จะพบว่าประมวลกฎหมายอาญาของไทยมีความผิดเกี่ยวกับเพศ อยู่ในภาค 2 ลักษณะ 9 ซึ่งคล้ายกับแคนาดา และสาธารณรัฐสิงคโปร์ ที่ได้บัญญัติให้การเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นอยู่ในความผิดเกี่ยวกับเพศ

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติในความผิดเกี่ยวกับเพศที่นำมาปรับใช้แก่กรณีนี้คือฐานแพร่วัตถุหรือสิ่งอันลามกซึ่งเป็นการควบคุมการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 เพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชน แม้ว่าภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศในบางลักษณะจะมีความลามกอยู่ด้วย แต่การดังกล่าวก็ยังกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลในการที่เลือกจะไม่เปิดเผยตนเองต่อผู้อื่นหรือต่อสาธารณชน ในขณะที่สื่อลามกอนาจารนั้นมีผลกระทบต่อสังคมเพียงอย่างเดียว สะท้อนให้เห็นว่ามิได้มีการแยกเรื่องทั้งสองนี้ออกจากกัน ทำให้ในหลายกรณีไม่อาจนำฐานความผิดเช่นนั้นมาปรับใช้แก่กรณีที่เกิดขึ้นได้ ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรบัญญัติฐานความผิดในประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะความผิดต่อสิทธิส่วนบุคคลเช่นเดียวกับกรณีการบันทึกโดยไม่ได้รับความยินยอม เพราะเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกันจึงควรอยู่ในที่เดียวกันเพื่อทำให้กฎหมายมีความเป็นเอกภาพ

5.3.2 ฐานความผิดเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม

หัวข้อนี้จะได้พิจารณาฐานความผิดต่าง ๆ ตามกฎหมายต่างประเทศที่ได้ทำการศึกษามาแล้วในบทที่ 4 ว่ามีฐานความผิดใดที่เกี่ยวข้องกับการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมบ้าง เพื่อใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาว่าฐานความผิดเหล่านั้นควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญาเพิ่มเติมในกฎหมายไทยหรือไม่ โดยพิจารณาได้ดังนี้

5.3.2.1 ความผิดฐานเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศที่ได้รับมาจากการบันทึกโดยไม่ได้รับความยินยอม

เมื่อผู้กระทำการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม ได้ภาพที่แอบบันทึกนั้นมาแล้ว ย่อมเกิดความเสี่ยงสูงที่จะเกิดการแพร่กระจายภาพนั้นออกไปเป็นวงกว้าง ซึ่งการที่เหยื่อถูกแอบบันทึกภาพ ก็ย่อมเป็นการละเมิดความเป็นส่วนตัวของเหยื่อไปแล้วครั้งหนึ่ง แต่หากนำภาพที่ได้มาไปเผยแพร่ ก็ย่อมเป็นการซ้ำเติมเหยื่อซ้ำสอง ด้วยเหตุนี้ สหรัฐอเมริกา มลรัฐนิวยอร์ก มลรัฐอิลลินอยส์ แคนาดา และสาธารณรัฐสิงคโปร์ จึง

ได้บัญญัติความผิดฐานนี้ขึ้นมาเป็นความผิดที่มีความต่อเนื่องมาจากการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศโดยไม่ได้รับความยินยอม เพื่อคุ้มครองเหยื่อมิให้ต้องถูกซ้ำเติมให้ได้รับความเสียหายมากยิ่งขึ้นกว่าเก่า

การกระทำฐานนี้คือผู้กระทำจะต้องรู้ว่าภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศนั้นเกิดขึ้นจากการบันทึกโดยไม่ได้รับความยินยอม เมื่อรู้เช่นนั้นแล้วยังทำการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศนั้นต่อไป การกระทำก็จะเป็นความผิด ซึ่งเป็นหลักการที่เหมือนกันในประเทศที่ได้บัญญัติความผิดฐานนี้

5.3.2.2 ความผิดฐานเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม

ทุกประเทศที่ได้ทำการศึกษามีการบัญญัติความผิดฐานนี้ด้วยกันทั้งหมด เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหากรณีภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศนั้น ไม่ได้มาจากการบันทึกโดยไม่ได้รับความยินยอม กล่าวคือ เกิดจากการบันทึกโดยความยินยอม หรือเกิดจากการที่เหยื่อส่งภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศให้แก่ผู้อื่นเอง หรือเกิดจากได้มาด้วยวิธีการอื่น เช่น เกิดจากการนำโทรศัพท์ไปซ่อม แล้วถูกคัดลอกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศที่อยู่ในเครื่องไปเผยแพร่ หรือเกิดจากการเจาะเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์เพื่อขโมยข้อมูลภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศที่อยู่ในคอมพิวเตอร์⁵³ เป็นต้น ซึ่งกรณีทั้งหลายนี้ล้วนไม่เกี่ยวข้องกับกระบวนการได้มาจากการบันทึกโดยไม่ได้รับความยินยอมทั้งสิ้น ซึ่งแต่เดิมบทบัญญัติของสหรัฐอเมริกา มลรัฐนิวเจอร์ซีย์ มลรัฐอิลลินอยส์ แคนาดา มิได้มีความผิดฐานนี้ขึ้นมาตั้งแต่ต้น คงมีเพียงความผิดตามหัวข้อ 5.3.2.1 เพียงอย่างเดียว ยกเว้นสาธารณรัฐสิงคโปร์ที่ทำการปฏิรูปประมวลกฎหมายอาญาครั้งใหญ่ แต่ก็ยังคงดำเนินตามแบบอย่างประเทศข้างต้นโดยการบัญญัติแยกออกจากกัน

อย่างไรก็ตามพบว่าการบัญญัติแยกลักษณะของกฎหมายออกจากกันเกิดปัญหาการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศในลักษณะที่ไม่เกี่ยวข้องกับการบันทึกโดยไม่ได้รับความยินยอมมากขึ้น ส่วนกฎหมายที่มีอยู่นั้นก็บังคับใช้ไม่ได้ เพราะมีองค์ประกอบว่าภาพนั้นจะต้องได้มาจากการบันทึกโดยไม่ได้รับความยินยอมสถานเดียว การได้มาแบบอื่นแล้วถูกนำไป

⁵³ Erika W. Smith, "Jennifer Lawrence Speaks out About Reclaiming Her Body after Her Nude Photos Were Published without Her Consent," [Online], Accessed: 11 November 2020. Available from: <https://bust.com/feminism/194242-jennifer-lawrence-reclaiming-body-after-nude-photos.html>

เผยแพร่จึงไม่เข้าองค์ประกอบความผิด จึงต้องตราพระราชบัญญัติเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานนี้ขึ้น เพื่อขยายความคุ้มครองให้ครอบคลุมทุกลักษณะการกระทำมากยิ่งขึ้น

อังกฤษไม่ได้มีประมวลกฎหมายอาญาเหมือนกับประเทศอื่น ๆ ในการกำหนดความรับผิดอาญาขึ้นมาจึงต้องบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องเฉพาะเรื่อง แต่สำหรับการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม มิได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมฐานความผิดนี้ไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 แต่ได้บัญญัติในพระราชบัญญัติกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและศาล ค.ศ. 2015 แทนซึ่งได้รวบรวมฐานความผิดต่าง ๆ ไว้ด้วยกัน สะท้อนให้เห็นว่าอังกฤษ มิได้พิจารณาว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นการกระทำทางเพศ แต่เป็นการละเมิดต่อความเป็นส่วนตัว จึงบัญญัติแยกออกต่างหากจากอาชญากรรมที่เกี่ยวกับเรื่องทางเพศเพียงอย่างเดียว และในการบัญญัติเช่นนั้นก็มีความเป็นเอกภาพกว่าประเทศอื่น ๆ เพราะมิได้บัญญัติแยกลักษณะของการได้มาซึ่งภาพเหมือนกับประเทศอื่น ๆ กล่าวคือ ไม่ว่าภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศนั้นจะได้มาอย่างไรไม่ใช่ข้อสำคัญ พิจารณาเพียงขั้นตอนการเผยแพร่ว่าได้กระทำลงโดยไม่ได้รับความยินยอมของผู้ถูกเผยแพร่หรือไม่เท่านั้น

ผู้เขียนเห็นว่าควรจะบัญญัติเพียงการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมตามแนวทางของอังกฤษ ไม่ควรแยกลักษณะการกระทำออกจากกัน การบัญญัติฐานความผิดนี้ขึ้นมาใหม่นั้น ย่อมเป็นการชี้ชัดถึงการแยกสื่อลามกอนาจารทั่วไปกับภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศได้อย่างชัดเจน ซึ่งเป็นการนำหลักความเป็นส่วนตัวตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ให้ความคุ้มครองมาใช้ให้เกิดผลเป็นรูปธรรมต่อผู้กระทำการละเมิดความเป็นส่วนตัวในทางอาญา เช่นเดียวกับชื่อเสียงที่รัฐธรรมนูญฯ ให้ความคุ้มครอง ก็ถูกนำมาบัญญัติเป็นความผิดทางอาญาฐานหมิ่นประมาท ดังนั้น ความเป็นส่วนตัวเป็นคุณค่าที่ไม่ต้องไปกว่าชื่อเสียงจึงจำเป็นที่จะต้องรับหลักการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญฯ มาบัญญัติฐานความผิดทางอาญาเช่นเดียวกัน อันจะเป็นการทำให้สังคมตระหนักรู้ถึงความสำคัญและเป็นส่วนตัวและเป็นการส่งเสริมให้ผู้คนในสังคมเคารพความเป็นส่วนตัวของผู้อื่นมากขึ้น

5.3.2.3 ความผิดฐานข่มขู่ว่าจะเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม

ความผิดฐานนี้ได้มีบัญญัติไว้เฉพาะสาธารณรัฐสิงคโปร์ เพื่อคุ้มครองเหยื่อไม่ให้ถูกข่มขู่ว่าจะเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ โดยผู้กระทำการข่มขู่จะต้อง

ข่มขู่ที่จะเผยแพร่ภาพหรือบันทึกส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่น และรู้ หรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการข่มขู่จะ จะก่อให้เกิดผู้อื่นอับอาย หวาดกลัว หรือเสียใจ⁵⁴

เมื่อเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายอาญาของไทยพบว่ามีความผิดที่ใกล้เคียงกับที่สาธารณรัฐสิงคโปร์บัญญัติไว้ ได้แก่ ความผิดฐานข่มขืนใจผู้อื่น ตามมาตรา 309 โดยจะต้องเป็นการข่มขืนใจผู้อื่นให้กระทำการใด ไม่กระทำการใด หรือจำยอมต่อสิ่งใด โดยทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียงหรือทรัพย์สินของผู้ถูกข่มขืนใจนั้นเองหรือของผู้อื่น หรือโดยใช้กำลังประทุษร้ายจนผู้ถูกข่มขืนใจต้องกระทำการนั้น ไม่กระทำการนั้นหรือจำยอมต่อสิ่งนั้น ดังจะเห็นได้ว่ามีองค์ประกอบที่บังคับว่าจะผิดฐานนี้ได้ก็ต่อเมื่อผู้กระทำข่มขืนใจให้ผู้อื่นกระทำการใด ไม่กระทำการใด หรือจำยอมต่อสิ่งใดเท่านั้น ไม่ว่าผู้ถูกข่มขืนใจจะกลัวหรือไม่ก็ตาม⁵⁵ ซึ่งสามารถนำมาปรับใช้แก่การข่มขู่ที่จะเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศในกรณีทั่วไปได้ และหากการข่มขู่เช่นนั้นผู้กระทำการเรียกร้องประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สิน ก็สามารถนำความผิดฐานกรรโชกทรัพย์ ตามมาตรา 337 หรือรีดเอาทรัพย์ ตามมาตรา 338 มาปรับใช้ได้ บทบัญญัติเท่าที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาจึงมีความเหมาะสมอยู่แล้วโดยไม่ต้องมีการแก้ไขให้เป็นแบบเดียวกับสาธารณรัฐสิงคโปร์แต่อย่างใด

5.3.3 ขอบเขตของภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง

ฐานความผิดทั้งหลายตามหัวข้อ 5.3.2 นั้นมีองค์ประกอบในส่วนของวัตถุประสงค์ของการกระทำที่สำคัญก็คือจะต้องเป็นการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่น ซึ่งในแต่ละประเทศได้มีขอบเขตของภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศที่คล้ายคลึงกัน กล่าวคือจะต้องเข้าองค์ประกอบสองประการคือ ภาพนั้นจะต้องมีลักษณะทางเพศ และภาพนั้นต้องมีลักษณะส่วนตัว แตกต่างกันในรายละเอียดปลีกย่อย พิจารณาได้ดังนี้

5.3.3.1 ลักษณะทางเพศของภาพ

ในหัวข้อนี้จะได้พิจารณาลักษณะทางเพศของภาพ เฉพาะฐานความผิดที่เกี่ยวข้องกับการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม โดยภาพนั้นจะต้องมีลักษณะทางเพศซึ่งเป็นสิ่งที่ต้องกำหนดให้ชัดเจน เพื่อให้ทราบแน่ชัดว่าขอบเขต

⁵⁴ Penal Code Section 377BE (2)

⁵⁵ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1, หน้า 165-166.

ของภาพเพียงใดจึงจะอยู่ในการคุ้มครองของกฎหมาย โดยจะพิจารณาจากบทบัญญัติของต่างประเทศ และเทียบเคียงกับกฎหมายไทย พิจารณาเป็นลำดับ ดังนี้

สหรัฐอเมริกา มลรัฐนิวยอร์ก ได้บัญญัติคุ้มครองลักษณะในทางเพศของ ภาพที่แสดงให้เห็นอวัยวะเพศ บริเวณหัวหน่าว ทวารหนัก หรือเต้านมหญิงของผู้อื่นซึ่งเปลือยเปล่า หรือผู้นั้นกำลังเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศ⁵⁶

มลรัฐอิลลินอยส์ ได้บัญญัติคุ้มครองลักษณะในทางเพศของภาพที่แสดงให้เห็น ส่วนของร่างกายไม่ว่าจะเปลือยหมดหรือเปลือยเพียงบางส่วน หรือสวมเครื่องแต่งกายที่โปร่งตาจน เห็นอวัยวะเพศ เห็นบริเวณหัวหน่าว เห็นบริเวณทวารหนัก หรือถ้าผู้นั้นเป็นหญิง ก็รวมถึงเห็นหัวนม ทั้งหมดหรือเพียงแต่บางส่วน และรวมถึงผู้นั้นมีการกระทำทางเพศ⁵⁷

อังกฤษ ได้บัญญัติคุ้มครองลักษณะในทางเพศของภาพที่แสดงให้เห็น ทั้งหมดหรือบางส่วนซึ่งอวัยวะเพศของบุคคลหรือบริเวณหัวหน่าว และได้ขยายความคุ้มครองโดยใช้ หลักมาตรฐานวิญญูชนในการพิจารณาว่าภาพใดเป็นเรื่องในทางเพศ หากว่าภาพนั้นได้แสดงให้เห็น บางสิ่งว่าวิญญูชนอาจพิจารณาว่ามีความเป็นทางเพศโดยลักษณะของภาพนั่นเอง หรือเนื้อหาทั้งหมด วิญญูชนอาจพิจารณาว่ามีความเป็นทางเพศ⁵⁸

แคนาดา ได้บัญญัติคุ้มครองลักษณะในทางเพศของภาพที่แสดงให้เห็นผู้อื่น เปลือยกาย หรือ เผยอวัยวะเพศ หรือบริเวณทวาร หรือหน้าอกหญิง หรือขณะที่มีกิจกรรมทางเพศ⁵⁹

สาธารณรัฐสิงคโปร์ ได้บัญญัติคุ้มครองลักษณะในทางเพศของภาพที่แสดง ให้อวัยวะเพศ บริเวณทวาร หรือหน้าอกหญิง ไม่ว่าจะถูกเปิดเผยหรือปกคลุมด้วยชุดชั้นใน หรือขณะ กำลังใช้ห้องน้ำ อาบน้ำฝักบัว หรืออาบน้ำในอ่าง หรือกำลังกระทำกิจทางเพศซึ่งไม่พึงทำเป็นปกติในที่ สาธารณะ และรวมถึงภาพตัดแปลงที่วิญญูชนเชื่อว่าเป็นภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอวัยวะทางเพศ ของผู้นั้นด้วย⁶⁰

⁵⁶ N.Y. Penal Law § 245.15

⁵⁷ 720 ILCS 5/11-23.5.

⁵⁸ Criminal Justice and Courts Act 2015 Section 35 (3)

⁵⁹ Criminal Code Section 162.1 (2)

⁶⁰ Penal Code Section 377BE (5)

ตาราง 6 การเปรียบเทียบขอบเขตของภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอัปอายทางเพศที่กฎหมายให้ความคุ้มครองในการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอัปอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม

ประเทศ/ ประเด็น		สหรัฐอเมริกา		อังกฤษ	แคนาดา	สาธารณรัฐ สิงคโปร์
		มลรัฐ นิวยอร์ก	มลรัฐ อิลลินอยส์			
ลักษณะที่เกี่ยวข้อง กับเรื่องทางเพศ ของภาพ	อวัยวะเพศ	✓	✓	✓	✓	✓
	บริเวณหัว หน้า	✓	✓	✓	✗	✗
	บริเวณ ทวาร	✓	✓	✓	✓	✓
	หน้าอก หญิง	✓	✓	✓	✓	✓
	กิจส่วนตัว	✗	✗	✓	✗	✓
	กิจกรรม ทางเพศ	✓	✓	✓	✓	✓
	ชุดชั้นใน	✗	✓	✓	✗	✓
	ภาพ ดัดแปลง	✗	✗	✗	✗	✓

✓ = ให้ความคุ้มครอง ✗ = ไม่ให้ความคุ้มครอง

บทบัญญัติของแต่ละประเทศบัญญัติลักษณะความเป็นเรื่องทางเพศของภาพแตกต่างกันออกไป โดยสหรัฐอเมริกา มลรัฐนิวยอร์ก และมลรัฐอิลลินอยส์ แคนาดา สาธารณรัฐสิงคโปร์ ได้บัญญัติอย่างชัดเจนถึงลักษณะดังกล่าวโดยไม่เปิดช่องให้ใช้ดุลพินิจได้ ส่วนอังกฤษเลือกที่จะบัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้อย่างกว้างเพื่อเปิดโอกาสให้ผู้บังคับใช้กฎหมายสามารถใช้ดุลพินิจในการพิจารณาตามหลักมาตรฐานของวิญญูชนได้ว่าภาพนั้นมีลักษณะทางเพศหรือไม่

เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายอาญาของไทย พบว่าไม่มีการให้ความหมายเกี่ยวกับเรื่องทางเพศไว้โดยตรง แต่อาจใช้การตีความของศาลฎีกาที่ว่าการกระทำอนาจารนั้นหมายถึง การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศอันขัดต่อประเพณีนิยม ศีลธรรมจรรยา ให้เกิดความอับอายในลักษณะที่เป็นการแสดงความใคร่ในทางเพศ⁶¹ มาเทียบเคียงได้ ซึ่งการจะพิจารณาว่าสิ่งใดมีความไม่สมควรทางเพศและลักษณะอนาจารหรือไม่ต้องพิจารณาประกอบกับประเพณี ศีลธรรมจรรยาของสังคมในขณะนั้นประกอบด้วย⁶²

การกำหนดลักษณะทางเพศนั้นผู้เขียนเห็นสมควรนำแนวทางตามกฎหมายอังกฤษมาใช้เพราะกฎหมายของอังกฤษนอกจากจะระบุให้ชัดเจนถึงลักษณะทางเพศแล้ว ยังมีการบัญญัติในลักษณะกว้างที่เปิดโอกาสให้ผู้ที่บังคับใช้กฎหมาย ใช้หลักมาตรฐานของวิญญูชนเข้าพิจารณาว่าภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศอันเป็นวัตถุประสงค์ของการกระทำนั้นมีลักษณะทางเพศหรือไม่ ซึ่งเป็นการทำให้กฎหมายไม่หยุดนิ่งอยู่กับที่ แต่สามารถบังคับใช้ได้ทุกสถานการณ์ตามความเปลี่ยนแปลงในแต่ละบริบทของสังคม ทำให้สามารถตอบสนองต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองความเป็นส่วนตัวอย่างแท้จริง

5.3.3.2 ลักษณะความเป็นส่วนตัวของภาพ

เมื่อพิจารณาถึงลักษณะทางเพศของภาพไปแล้ว จะต้องพิจารณาอีกด้วยว่าภาพนั้นมีความเป็นส่วนตัวอยู่ด้วยหรือไม่ ทั้งนี้เพราะภาพที่มีลักษณะทางเพศทุกภาพ ไม่ใช่ผู้ที่ถูกเผยแพร่ในภาพนั้น คาดหมายถึงความเป็นส่วนตัว ดังนั้น ลักษณะความเป็นส่วนตัวของภาพจึงเป็นตัวชี้วัดความแตกต่างของภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศกับสื่อลามกอนาจารทั่วไปอย่างชัดเจน ซึ่งทุกประเทศได้กำหนดให้ความยินยอมเป็นเงื่อนไขเหมือนกันในการพิจารณาความเป็นส่วนตัวเงื่อนไขหนึ่งว่าการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศจะเป็นการกระทำที่เป็นความผิดหรือไม่ ในการนี้จะได้พิจารณาบทบัญญัติของต่างประเทศว่ามี การให้ลักษณะความเป็นส่วนตัวของภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศเพิ่มเติมว่ามีอย่างไรบ้าง พิจารณาเป็นลำดับดังนี้

⁶¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2049/2550

⁶² คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึงลักษณะ 9, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2561), หน้า 603.

สหรัฐอเมริกา มลรัฐนิวยอร์ก ความเป็นส่วนตัวของภาพให้พิจารณาว่าภาพนั้นในขณะที่ได้บันทึก ผู้ถูกบันทึกคาดหมายความเป็นส่วนตัวในขณะนั้นได้หรือไม่⁶³

ตัวอย่างที่หนึ่ง

นายแดงบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของตนส่งให้นางดำภรรยา ต่อมานางดำส่งภาพดังกล่าวให้นางม่วงอีกทอดหนึ่ง กรณีนี้ในขณะที่นายแดงบันทึกภาพส่งให้นางดำนั้น นายแดงคาดหมายความเป็นส่วนตัวและให้ความไว้น้ำใจต่อนางดำว่าจะไม่นำภาพของตนไปเผยแพร่ให้แก่ผู้ใดเป็นอันขาด ด้วยเหตุนี้จึงภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศจึงมีความเป็นส่วนตัวเพราะคาดหมายความเป็นส่วนตัวในขณะที่บันทึกได้

ตัวอย่างที่สอง

นางแดงตกลงกับนายดำที่จะถ่ายภาพยนตร์ลามกออกเผยแพร่โดยมีค่าจ้าง ต่อมาเมื่อนายดำผลิตเทปบันทึกเพื่อออกจำหน่าย นางแดงเกิดไม่พอใจที่ได้ค่าจ้างน้อย จึงมาดำเนินคดีกับนายดำฐานเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของตนโดยไม่ได้รับความยินยอม กรณีเช่นนี้นางแดงไม่อาจคาดหมายความเป็นส่วนตัวในขณะที่บันทึกได้ว่าจะถูกเก็บไว้กับนายดำเพียงผู้เดียว เพราะมีวัตถุประสงค์ในการที่จะบันทึกเพื่อนำออกเผยแพร่มาตั้งแต่ต้น จึงไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

มลรัฐอิลลินอยส์ ความเป็นส่วนตัวของภาพให้พิจารณาว่า หากการได้ภาพนั้นมาวิญญูชนรู้ หรือควรคาดหมายได้ว่าภาพนั้นควรเป็นความลับส่วนบุคคล ก็ถือว่าภาพนั้นมีลักษณะความเป็นส่วนตัว⁶⁴

อังกฤษ ความเป็นส่วนตัวของภาพให้พิจารณาว่าภาพถ่ายหรือภาพยนตร์นั้นแสดงให้เห็นบางอย่างที่ไม่พึงปรากฏในที่สาธารณะหรือไม่⁶⁵

แคนาดา ความเป็นส่วนตัวของภาพให้พิจารณาในช่วงเวลาที่มีการบันทึกภาพนั้น ผู้ที่ถูกถ่ายภาพมีเหตุอันควรคาดหมายได้ถึงความเป็นส่วนตัว และ โดยในเวลาที่

⁶³ N.Y. Penal Law § 245.15 1. (b)

⁶⁴ 720 ILCS 5/11-23.5 (b) (2)

⁶⁵ Criminal Justice and Courts Act 2015 Section 35 (2)

ความผิดได้กระทำลง ผู้ที่ปรากฏในภาพนั้นยังคงมีเหตุอันควรคาดหมายได้ถึงความเป็นส่วนตัวนั้นอยู่⁶⁶ ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับมลรัฐนิวยอร์ก

สาธารณรัฐสิงคโปร์ ความเป็นส่วนตัวของภาพให้พิจารณาผู้ที่ได้กระทำกิจส่วนตัวอยู่ภายใต้สถานการณ์ที่ผู้นั้นควรคาดหมายถึงความเป็นส่วนตัวหรือไม่⁶⁷

ผู้เขียนเห็นว่า ในการกำหนดลักษณะความเป็นส่วนตัว ให้เป็นองค์ประกอบความผิดฐานเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม ควรใช้คำนิยามว่า “ส่วนตัว” แบบเดียวกับกฎหมายอังกฤษ เพื่อชี้ให้เห็นโดยชัดแจ้งว่าการจะเป็นภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศจะต้องมีทั้งลักษณะทางเพศและความเป็นส่วนตัวออกจากกัน และนอกจากนั้นจะต้องพิจารณาความยินยอมอันเป็นองค์ประกอบความผิดเพื่อชี้ให้เห็นถึงลักษณะของความเป็นส่วนตัวด้วย

5.3.3.3 ขอบเขตในการเผยแพร่

จากการศึกษาบทบัญญัติเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ ได้ให้ความหมายของ “เผยแพร่” ไว้แตกต่างกัน แต่แม้จะเป็นเช่นนั้นก็ได้แตกต่างกันในสาระสำคัญเป็นแต่เพียงการอธิบายรายละเอียดที่เกี่ยวข้อง แต่ขอบเขตก็คือรวมทั้งการเผยแพร่รูปแบบเท่าที่กระทำทางความเป็นจริงทางกายภาพ กับการเผยแพร่ที่ได้กระทำลงบนระบบคอมพิวเตอร์ โดยแยกพิจารณาขอบเขตในแต่ละประเทศ ดังนี้

สหรัฐอเมริกา มลรัฐนิวยอร์ก ได้ให้ความหมายของการเผยแพร่ว่า หมายถึง ให้ จัดหาให้ ให้ยืม ส่งจดหมาย ส่งทางไปรษณีย์ ส่ง ส่งต่อ โอน หรือ กระจายด้วยวิธีการอิเล็กทรอนิกส์หรือโดยประการอื่นถึงผู้อื่น⁶⁸ ส่วนมลรัฐอิลลินอยส์ไม่ได้มีการให้ความหมายไว้

อังกฤษ ได้ให้ความหมายของการเผยแพร่ว่าบุคคล “เผยแพร่” สิ่งใดสิ่งหนึ่งต่อบุคคลอีกคนหนึ่ง ไม่ว่าจะโดยวิธีใด ถ้าเขาหรือเธอให้ หรือแสดงสิ่งนั้นต่อบุคคล หรือทำให้ปรากฏแก่ผู้อื่น⁶⁹ การเผยแพร่ตามคำนิยามดังกล่าวจึงครอบคลุมทุกวิธีการของการเผยแพร่

แคนาดา ไม่ได้นิยามว่าเผยแพร่แต่ได้ใช้ถ้อยบัญญัติว่า ตีพิมพ์ เผยแพร่ ส่งผ่าน ขยาย ทำให้เข้าถึง หรือโฆษณาภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ⁷⁰ ซึ่งก็ไม่ได้ตีกรอบจำกัดว่าขอบเขตจะแคบอยู่ที่การกระทำทางกายภาพเท่านั้น

⁶⁶ Criminal Code Section 162.1 (b) (c)

⁶⁷ Penal Code Section 377C

⁶⁸ N.Y. Penal Law § 245.15 2. (2a)

⁶⁹ Criminal Justice and Courts Act 2015 Section 34 (2)

⁷⁰ Criminal Code Section 162.1 (1)

สาธารณรัฐสิงคโปร์ ได้ให้ความหมายของการเผยแพร่ว่า ส่ง โฆษณา จัดหา แสดง จัดแสดง กระจาย หรือติดต่อสื่อสารถึงผู้อื่น ทำให้ปรากฏซึ่งการดูหรือเข้าถึงโดยผู้อื่น ไม่ว่าจะกระทำผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์ ดิจิทัล หรือวิธีอื่นใด⁷¹ ซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นการกำหนดค่านิยามโดยละเอียดซึ่งครอบคลุมทั้งการเผยแพร่ในลักษณะที่เป็นวงกว้างและการส่งต่อระหว่างบุคคล

เนื่องจากกฎหมายไทยที่นำมาปรับใช้กับการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมนั้นจะต้องนำความผิดฐานเผยแพร่วัตถุหรือสิ่งอันลามกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 และความผิดฐานนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์อันลามกที่ประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 14 (4) มาปรับใช้ ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวนี้ไม่ได้แยกสื่อลามกอนาจารทั่วไปออกจากภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ ทำให้ในการปรับใช้กับกรณีที่เกิดขึ้นไม่อาจกระทำได้เพราะมุ่งเน้นว่าจะต้องมีการเผยแพร่สิ่งอันลามกหรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ออกไปในวงกว้างเท่านั้น ดังนั้นการส่งแบบส่วนตัวจึงไม่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายที่ประสงค์จะเอาผิด เพราะเจตนารมณ์ต้องการคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชน⁷² มิใช่มุ่งเน้นคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล ดังนั้น ในการบัญญัติถึงการเผยแพร่ที่สมควรบัญญัติให้ครอบคลุมทั้งในลักษณะที่เป็นวงกว้างและในลักษณะที่เป็นการส่งต่อระหว่างบุคคล อันจะเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันได้ โดยอาศัยแนวทางการบัญญัติกฎหมายของประเทศอังกฤษและสาธารณรัฐสิงคโปร์เป็นแบบอย่าง

5.3.4 เจตนาของผู้กระทำความผิด

เจตนาเป็นองค์ประกอบภายใน ซึ่งจะชี้ให้เห็นถึงความชั่วภายในจิตใจของผู้กระทำความผิดอันเป็นแรกผลักดันให้กระทำความผิดขึ้น เป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการกำหนดความรับผิดทางอาญากรณีการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศได้บัญญัติเรื่องนี้แตกต่างกันไปกล่าวคือมีทั้งต้องมีเจตนาพิเศษ และต้องการเพียงเจตนาธรรมดา รวมถึงการประมาทโดยจงใจด้วย พิจารณาได้ดังนี้

⁷¹ Penal Code Section 377C

⁷² ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและภาคลหุโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 15 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2561), หน้า 212.

สหรัฐอเมริกา มลรัฐนิวยอร์ก กำหนดเจตนาพิเศษ โดยผู้กระทำการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมต้องกระทำไปเพื่อที่จะก่ออันตรายต่ออารมณ์ การเงิน หรือสวัสดิภาพทางกายภาพของผู้อื่น⁷³

มลรัฐอิลลินอยส์ ไม่มีเงื่อนไขในเรื่องเจตนาพิเศษคงพิสูจนเจตนาธรรมดาเพียงว่าผู้กระทำความผิด กระทำโดยเจตนา โดยรู้ว่าตนไม่มีสิทธิ และรู้ว่าผู้เสียหายมิได้ยินยอมให้นำภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศไปเผยแพร่ก็เพียงพอ⁷⁴

อังกฤษ กำหนดเจตนาพิเศษ โดยผู้กระทำการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมต้องกระทำไปเพื่อที่จะให้ผู้อื่นเกิดความเสียใจ⁷⁵

แคนาดา ไม่มีเงื่อนไขในเรื่องเจตนาพิเศษคงพิสูจนเจตนาธรรมดาเพียงว่าผู้กระทำความผิด กระทำโดยเจตนา โดยรู้ว่าตนไม่มีสิทธิ และรู้ว่าผู้เสียหายมิได้ยินยอมให้นำภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศไปเผยแพร่ก็เพียงพอ นอกจากนี้ยังได้กำหนดให้การประมาทโดยจงใจ (Reckless) เป็นความผิดอีกด้วย⁷⁶ การพิสูจนความประมาทโดยจงใจนั้นพิจารณาจากพฤติการณ์ที่ผู้กระทำต้องรู้ถึงความเสี่ยงต่อภัยอันตรายที่อาจเกิดขึ้นในขณะนั้น และพิจารณาจากผลของการกระทำซึ่งเกิดจากการที่ผู้กระทำนั้นรู้ถึงความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้น และไม่มีเหตุผลอันสมควรที่ในสถานการณ์ที่ผู้กระทำซึ่งรู้ถึงความเสี่ยงจะก่อความเสี่ยงภัยอันตราย

สาธารณรัฐสิงคโปร์ กำหนดเจตนาพิเศษ โดยผู้กระทำการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมต้องกระทำไปโดยรู้ หรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าการเผยแพร่จะ หรือมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดความอับอาย หวาดกลัว หรือเสียใจ⁷⁷

ผู้เขียนเห็นว่าไม่ควรกำหนดเจตนาพิเศษในการฐานความผิดดังกล่าว เพราะเจตนาเป็นเรื่องที่พิสูจนได้ยาก หากกำหนดเจตนาพิเศษเช่นนั้นจะเปิดโอกาสให้จำเลยอ้างว่าตนไม่ได้มีเจตนาพิเศษเพื่อเป็นข้อแก้ตัวทำให้พ้นผิดได้ เพราะในคดีอาญาการจะลงโทษจำเลยได้นั้นจะต้องพิสูจนจนกว่าจะปราศจากข้อสงสัย กรณีที่เกิดข้อสงสัยจะต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้แก่จำเลย⁷⁸

⁷³ N.Y. Penal Law § 245.15 1. (a)

⁷⁴ 720 ILCS 5/11-23.5 (b) (1)

⁷⁵ Criminal Justice and Courts Act 2015 Section 33 (1) (b)

⁷⁶ Criminal Code Section 162.1 (1)

⁷⁷ Penal Code Section 377BE (1) (c)

⁷⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 บัญญัติว่า

ทำให้การกำหนดเจตนาพิเศษจะเป็นการยากต่อฝ่ายโจทก์เป็นอย่างมากในการพิสูจน์จนปราศจากข้อสงสัย อันจะเป็นเหตุให้จำเลยพ้นผิดได้ในที่สุด

อย่างไรก็ตามในส่วนของการกระประมาทโดยจงใจนั้น ราชอาณาจักรไทยไม่มีการประมาทโดยจงใจ คงเทียบเคียงได้กับการกระทำโดยประมาทตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคสี่ กล่าวคือ กระทำโดยประมาท ได้แก่กระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่

การที่กฎหมายต้องบัญญัติให้บุคคลต้องรับผิดชอบเพราะได้กระทำโดยประมาท เพราะเป็นเรื่องที่กฎหมายคาดหวังที่จะให้บุคคลใช้ความระมัดระวังไม่ให้เกิดการกระทำของตนไปทำให้ผู้อื่นเดือดร้อนเสียหาย ซึ่งเป็นการข่มขู่ให้บุคคลเพิ่มความพยายามที่จะใช้ความระมัดระวังให้มีระดับที่ไม่น้อยไปกว่าเกณฑ์มาตรฐานของวิญญูชน ส่งผลเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดผลร้ายขึ้นจากการกระทำโดยประมาทได้ดีขึ้น⁷⁹ แต่ในเรื่องการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยประมาทนั้น ผู้เขียนเห็นว่าการจะกำหนดให้การกระทำใดเป็นการกระทำโดยประมาทโดยหลักจะต้องเกิดผลของการกระทำโดยประมาทนั้น เช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นโดยประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 390 ผลคืออันตรายต่อร่างกายผู้อื่น ซึ่งเห็นได้ชัดอย่างเป็นรูปธรรม นอกจากนี้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77 วรรคท้าย ได้บัญญัติให้รัฐพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง เมื่อการกระทำโดยประมาทผู้กระทำไม่มีเจตนาชั่วในการกระทำจึงไม่ควรกำหนดโทษอาญาสำหรับกรณีนี้ เพราะยังไม่ถึงขนาดเป็นความผิดร้ายแรง

5.3.5 ความเหมาะสมของโทษ

การกำหนดโทษแก่การกระทำความผิดฐานใดนั้น รัฐต้องพิจารณาถึงความร้ายแรงของการกระทำ และผลกระทบที่เกิดต่อผู้เสียหายและสังคม อีกทั้งยังต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมกับสภาพสังคมด้วย เพื่อให้การกำหนดความรับผิดทางอาญานั้นทำให้เจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนั้น ๆ สำเร็จลุล่วง มาตรการใดที่รัฐออกมาบังคับใช้กับประชาชนแล้วไม่สามารถก่อให้เกิดผลตามเจตนารมณ์ของกฎหมายได้อย่างแน่แท้ หรือมาตรการที่ก่อให้เกิดผลตรงข้ามกับเจตนารมณ์ของ

⁷⁹ “ให้ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวง อย่าพิพากษาลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีกระทำความผิดจริง และจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น

เมื่อมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย”

⁷⁹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 17 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559), หน้า 91.

กฎหมายย่อมเป็นมาตรการที่ขัดกับหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผลและเป็นมาตรการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น การกำหนดโทษควรกำหนดให้พอเหมาะพอควรที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการลงโทษ เพื่อการป้องปราม และข่มขู่ยับยั้ง ผู้ที่คิดจะกระทำความผิดให้เกิดความเกรงกลัวไม่กล้าที่จะกระทำผิดอีกต่อไป⁸⁰

จากการศึกษาการกำหนดอัตราโทษของกฎหมายต่างประเทศ มีการกำหนดความหนักเบาแตกต่างกันไป และบางประเทศก็ได้มีบทบัญญัติเพิ่มโทษกรณีที่ได้กระทำต่อผู้เยาว์ โดยจะทำการพิจารณาเฉพาะโทษจำคุกเท่านั้น เพราะโทษปรับนั้นไม่อาจนำมาเป็นฐานอ้างอิงในการเปรียบเทียบกับราชอาณาจักรไทยได้เพราะในแต่ละประเทศมีค่าแรงขั้นต่ำ รวมทั้งค่าครองชีพที่แตกต่างกัน ส่วนโทษปรับจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายไทยเท่าที่มีอยู่ในการเทียบเคียงกำหนดอัตราโทษปรับที่เหมาะสม พิจารณาเรียงตามประเทศดังนี้

สหรัฐอเมริกา มลรัฐนิวยอร์ก กำหนดให้การเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี

มลรัฐอิลลินอยส์ กำหนดให้การเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี

อังกฤษ กำหนดให้การเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี

แคนาดา กำหนดให้การเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี

สาธารณรัฐสิงคโปร์ กำหนดให้การเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี และการข่มขู่ว่าจะเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี ถ้าการกระทำเช่นนั้นเป็นการกระทำต่อบุคคลอายุต่ำกว่า 14 ปี จะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี และเขียน

⁸⁰ Avi Brisman and Eamonn Carrabine, "Deterrence," in *The Routledge Companion to Criminological Theory and Concepts*, eds. Avi Brisman, Eamonn Carrabine, and Nigel South (London: Routledge, Taylor & Francis Group, 2017), pp. 83-84.

ตาราง 7 การเปรียบเทียบอัตราโทษในความผิดฐานการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอาย
ทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม

ประเทศ/ ประเด็น	สหรัฐอเมริกา		อังกฤษ	แคนาดา	สาธารณรัฐ สิงคโปร์
	มลรัฐ นิวยอร์ก	มลรัฐ อิลลินอยส์			
อัตราโทษ	จำคุกไม่เกิน 1 ปี	จำคุกไม่เกิน 5 ปี	จำคุกไม่ เกิน 2 ปี	จำคุกไม่เกิน 5 ปี	จำคุกไม่เกิน 5 ปี
อัตราโทษกรณี กระทำต่อผู้เยาว์	×	×	×	×	จำคุกไม่เกิน 5 ปี และเขียน

× = ไม่มีการบัญญัติ

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายไทยที่นำมาใช้แก่กรณีการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม พบว่ามีสามฐานความผิด ได้แก่

(1) ความผิดฐานเผยแพร่วัตถุ หรือสิ่งอันลามก ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287 มีอัตราโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(2) ความผิดฐานหมิ่นประมาท ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 326 มีอัตราโทษจำคุกไม่หนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยการโฆษณา ตามมาตรา 328 มีอัตราโทษต้องจำคุกไม่เกินสองปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท

(3) ความผิดฐานนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามก และข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 14 (4) มีอัตราโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ความผิดตาม (1) และ (3) เป็นบทบัญญัติที่มีเจตนารมณ์ในการควบคุมสื่อลามกอนาจารมิให้แพร่ไปสู่สังคมอันจะทำให้สังคมเกิดความเสื่อมทรามและเกิดอาชญากรรมทางเพศอันเป็น

ผลมาจากการแพร่หลายซึ่งสื่อลามกอนาจารนั้น ส่วน (2) เป็นบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองชื่อเสียงของบุคคลไม่ให้เสื่อมเสีย ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชังโดยบุคคลอื่น

เมื่อพิจารณาผลกระทบที่ได้รับจากการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม พบว่าการกระทำนี้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อเหยื่อในหลายแง่มุม กล่าวคือ

(1) ผลกระทบต่อความเป็นส่วนตัวที่ถูกล่วงละเมิดในการที่ตนไม่อาจเลือกที่จะควบคุมการเปิดเผยร่างกายของตนต่อผู้อื่น

(2) ผลกระทบต่อชื่อเสียง กรณีที่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศนั้นเข้าลักษณะลามกอนาจารนอกจากความเป็นส่วนตัวที่ถูกกระทบกระเทือนแล้ว การเผยแพร่นั้นย่อมทำให้เหยื่อเสื่อมเสียชื่อเสียงอีกด้วย

(3) ผลกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน กรณีที่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศนั้นเข้าลักษณะลามกอนาจาร การเผยแพร่ก็เป็นการทำให้สังคมเสื่อมทรามเช่นกัน

ผู้เขียนจึงเห็นสมควรกำหนดโทษจำคุกไม่เกินสองปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท ซึ่งไม่น้อยไปกว่าความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยการโฆษณาที่มุ่งคุ้มครองชื่อเสียงของบุคคล อันเป็นเรื่องส่วนตัว โดยไม่เกินไปกว่าความผิดฐานความผิดฐานเผยแพร่วัตถุ หรือสิ่งอันลามก และความผิดฐานนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามก และข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ ที่มุ่งคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งเป็นเรื่องส่วนรวม ซึ่งการกำหนดอัตราโทษจำคุกไม่เกินสองปีก็จะสอดคล้องกับแนวทางของอังกฤษ เป็นการกำหนดอัตราโทษที่ได้สัดส่วน ไม่น้อย และไม่มากจนเกินไป

กรณีที่มีการกระทำทั้งหลายเหล่านี้ได้กระทำความผิดอีกเมื่อพ้นโทษมาแล้วไม่เกินสามปี ถ้าความผิดครั้งแรกเป็นความผิดซึ่งศาลพิพากษาลงโทษจำคุกไม่น้อยกว่าหกเดือน หากศาลจะพิพากษาลงโทษครั้งหลังถึงจำคุก ก็ให้เพิ่มโทษที่จะลงแก่ผู้นั้นกึ่งหนึ่งของโทษที่ศาลกำหนดสำหรับความผิดครั้งหลัง

5.3.6 ข้อยกเว้นหรือข้อแก้ตัวของการกระทำความผิด

ข้อยกเว้นหรือข้อแก้ตัวของการกระทำความผิด ทุกประเทศที่ได้ทำการศึกษามีได้มีการบัญญัติไว้เพื่อจะไม่นำฐานความผิดนั้นไปบังคับใช้กับการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับ

อายุทางเพศในกรณีที่ถูกกฎหมายกำหนดยกเว้นไว้บางประการ เพื่อคุ้มครองให้การดำเนินการตามการ
นั้น ได้รับความคุ้มครองที่จะไม่ถูกฟ้องร้องดำเนินคดี พิจารณาแยกตามประเทศได้ดังนี้

สหรัฐอเมริกา มลรัฐนิวยอร์ก ได้บัญญัติ ให้กฎหมายดังกล่าวไม่บังคับใช้กับ

(1) การรายงานการกระทำที่ผิดกฎหมาย
(2) การเผยแพร่หรือโฆษณาภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศที่
เกิดขึ้นในระหว่างการปฏิบัติตามกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมาย การดำเนินกระบวนการตาม
กฎหมาย หรือการรักษาพยาบาล

(3) ภาพที่สมัครใจเปิดเผยตัวเองในที่สาธารณะหรือเพื่อการโฆษณา

(4) การเผยแพร่หรือโฆษณาภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศได้
ทำเพื่อประโยชน์สาธารณะที่ชอบด้วยกฎหมาย⁸¹

มลรัฐอิลลินอยส์ ได้บัญญัติให้กฎหมายดังกล่าวไม่บังคับใช้กับ

(1) การกระทำเพื่อการสอบสวนทางอาญาที่ชอบด้วยกฎหมาย
(2) การเผยแพร่ขึ้นเพื่อประโยชน์ หรือเกี่ยวข้องกับการรายงานการกระทำ
ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(3) เมื่อภาพนั้นเป็นภาพที่เปิดเผยโดยสมัครใจในที่สาธารณะ หรือแสดง
เพื่อการค้า

(4) เมื่อการเผยแพร่ขึ้นเป็นไปเพื่อผลประโยชน์มหาชนที่ชอบด้วย
กฎหมาย⁸²

แคนาดา ได้บัญญัติให้กฎหมายดังกล่าวไม่บังคับใช้กับการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มี
ลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมที่ได้กระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะและ
มิได้กระทำเกินขอบเขต

สาธารณรัฐสิงคโปร์ ได้บัญญัติให้ผู้ที่กระทำความผิดฐานการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคล
ที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมสามารถยกเป็นข้อแก้ตัวในการพิสูจน์
การกระทำที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นความผิดนั้นว่าได้กระทำโดยปราศจากการมุ่งร้ายและด้วยเหตุอัน
สมควร เพื่อวัตถุประสงค์ในการ

⁸¹ N.Y. Penal Law § 245.15 3.

⁸² 720 ILCS 5/11-23.5 (c)

- (1) การป้องกัน ตรวจจับ สอบสวน หรือลงโทษความผิดใด ๆ
- (2) การดำเนินการไต่สวน หรือพิจารณาคดีในศาล หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งหลักฐานเพื่อวัตถุประสงค์ในการพิจารณาดำเนินการดังกล่าว
- (3) ความปลอดภัย หรือความมั่นคงของชาติ

การกระทำทั้งสามประการข้างต้นจะต้องไม่ได้เก็บภาพหรือบันทึกที่ได้รับมานั้นเป็นระยะเวลานาน มากกว่าสิ่งที่จำเป็นตามสมควรหรือจำเป็นสำหรับวัตถุประสงค์เพื่อการทั้งสามประการดังกล่าว⁸³

ในแต่ละประเทศย่อมกำหนดข้อยกเว้นไว้ต่างกันตามแต่ละบริบทของสังคม แต่ที่มีอยู่ตรงกันก็คือกระบวนการคุ้มครองเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดข้อยกเว้นไว้ให้เหมาะสมกับบริบทของราชอาณาจักรไทยโดยไม่ให้ใช้ความผิดฐานดังกล่าวกับการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลและการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาคดี รวมทั้งการดำเนินงานตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เพื่อเป็นการคุ้มครองเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรม มิให้ถูกฟ้องร้องดำเนินคดีจากการปฏิบัติหน้าที่ตามปกติ รวมทั้งการแพทย์ที่การรักษาบางกรณีมีความจำเป็นต้องนำภาพที่มีลักษณะอับอายทางเพศมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยโรค และมีการเผยแพร่ให้ทีมแพทย์ได้พิจารณา จึงต้องคุ้มครองบุคลากรทางการแพทย์ไม่ให้ได้รับความเสียหายจากความผิดฐานนี้ด้วย นอกจากนี้ยังไม่นำมาใช้กับการวิจัยต่าง ๆ ที่เป็นไปเพื่อสาธารณประโยชน์ด้านการศึกษาที่ควรได้รับความคุ้มครองเช่นกัน

5.3.7 มาตรการอื่นที่ใช้กับกรณีการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยได้รับความยินยอม

มาตรการอื่นที่ใช้กับการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่น โดยไม่ได้รับความยินยอมพบว่ามีแคนาดาบัญญัติไว้ว่า เมื่อจำเลยถูกพิพากษาว่ามีความผิดตามความผิดฐานการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม หรือถูกปล่อยตัวโดยมีเงื่อนไขคุมประพฤติ นอกจากการลงโทษอื่นใดที่อาจกำหนดสำหรับความผิดนั้น หรือเงื่อนไขอื่นใดที่อาจกำหนดในคำสั่งปล่อยตัว ถ้าจำเลยไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ศาลกำหนด ศาล

⁸³ Penal Code Section 377BM (2)

อาจกำหนดเงื่อนไขหรือข้อยกเว้นอย่างอื่นได้ตามที่ศาลเห็นสมควร เช่น คำสั่งห้ามจำเลยใช้อินเทอร์เน็ต หรือเครือข่ายดิจิทัลอื่น⁸⁴

บทบัญญัติข้างต้นเมื่อพิจารณาเทียบเคียงกับประมวลกฎหมายอาญาของไทย พบว่ามีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องคือการกำหนดเงื่อนไขคุมประพฤติสำหรับผู้ที่ทำความผิดอาญา ตามมาตรา 56 แห่งประมวลกฎหมายอาญา โดยในอนุมาตราสี่ของบทบัญญัตินี้ดังกล่าวได้ให้อำนาจศาลในการกำหนดเงื่อนไขอื่น ๆ ตามที่ศาลเห็นสมควรกำหนดเพื่อแก้ไข ฟื้นฟู หรือป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดกระทำหรือมีโอกากระทำความผิดซ้ำอีก หรือเงื่อนไขในการเยียวยาผู้เสียหายตามที่เห็นสมควร ดังนั้นจึงสามารถออกคำสั่งห้ามจำเลยที่กระทำความผิดใช้อินเทอร์เน็ตได้เช่นเดียวกับบทบัญญัติของแคนาดา รวมทั้งหากพิจารณาแล้วพบว่าจำเลยมีความผิดปกติทางเพศ (Sexual Disorders) ก็สามารถสั่งให้เข้ารับการประเมินทางจิต หรือได้รับการบำบัดรักษาทางจิต รวมถึงการได้รับคำปรึกษาจากนักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์ และการบำบัดรักษาอย่างอื่นตามที่ศาลเห็นสมควรได้โดยไม่จำเป็นต้องมีการออกกฎหมายใหม่

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁸⁴ Criminal Code Section 162.2

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

บทสรุปท้ายจะทำการสรุปเนื้อหาโดยภาพรวมของทุกบทที่ได้ทำการศึกษาไป โดยจะเริ่มจะจากความทั่วไปเกี่ยวกับการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศเพื่อให้ทราบถึงปัญหาที่เกิดขึ้น จากนั้นจะได้ชี้ให้เห็นถึงปัญหาทางกฎหมายไทยที่นำมาปรับใช้แก่กรณีดังกล่าว แล้วจึงนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายต่างประเทศที่ได้ทำการศึกษา มาเปรียบเทียบกับว่ามีแนวทางในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาในเรื่องดังกล่าวอย่างไร เพื่อเป็นฐานในการวิเคราะห์ว่าการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของไทยในความผิดฐานดังกล่าวควรจะเป็นประการใด จากนั้นหัวข้อถัดไปจะทำการเสนอแนะถึงแนวทางในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาตามกฎหมายไทยเกี่ยวกับการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศที่เกี่ยวข้องเพื่อเป็นการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาให้คุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของเหยื่อจากการกระทำดังกล่าวให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น อันจะเป็นไปตามสมมติฐานของการศึกษาวิจัยในครั้งนี้

6.1 บทสรุป

การแอบดูด้วยตาเปล่าในรูปแบบดั้งเดิมได้เปลี่ยนแปลงไปตามพัฒนาการของกล้องถ่ายรูป ด้วยการเปลี่ยนไปใช้กล้องในการแอบบันทึกภาพของผู้อื่นแทนการแอบดูด้วยตาเปล่า ซึ่งการใช้กล้องย่อมกระทำได้ง่ายและดีกว่าสายตาของมนุษย์ที่มีระยะการมองเห็นที่จำกัด ทั้งไม่สามารถบันทึกภาพที่มองเห็นนั้นไว้ดูในครั้งต่อไปได้ คงมีไว้แต่เพียงความทรงจำเท่านั้น แตกต่างจากกล้องที่นอกจากมีระยะการมองเห็นที่มีประสิทธิภาพสูง ขึ้นอยู่กับเลนส์ที่ใช้แล้ว ยังสามารถบันทึกภาพเก็บไว้ดูได้อีกด้วย กรณีที่เกิดขึ้นจึงส่งผลให้มีการกระทำผิดรูปแบบใหม่โดยการใช้กล้องในการกระทำผิดมากยิ่งขึ้นด้วยการใช้กล้องในการบันทึกภาพผู้อื่นในขณะที่ผู้อื่นกำลังกระทำกิจส่วนตัว ไม่ว่าจะเป็นในขณะที่ผู้อื่นกำลังอาบน้ำ หรือใช้ห้องน้ำ หรือเปลี่ยนเสื้อผ้า ในสถานที่ส่วนตัวที่ควรคาดหมายได้ว่าจะไม่ถูกผู้ใดพบเห็น หรือการใช้กล้องบันทึกภาพในขณะที่ผู้อื่นกำลังมีการกระทำทางเพศ หรือใช้กล้องบันทึกภาพได้กระโปรงหญิง การเหล่านี้เป็นการล่วงล้ำในอาณาเขตความเป็นส่วนตัวของเหยื่อในการที่จะอยู่ลำพัง และไม่ถูกเฝ้าสังเกตโดยผู้อื่น และผู้ที่มีการกระทำในลักษณะนี้ มักจะมีความผิดปกติทางเพศ (Sexual Disorders) เมื่อได้กระทำเช่นนี้ไปเรื่อย ๆ ต่อไปอาจก่ออาชญากรรมทางเพศรูปแบบอื่นที่มีความร้ายแรงกว่าเดิม การกระทำเช่นนี้นอกจากจะกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลของเหยื่อแล้ว ยังส่งผลให้สังคมหวาดวิตกต่อพฤติกรรมนี้ อันเป็นการกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของ

ประชาชนด้วยเช่นกัน ดังนั้น การกระทำต่อภาพส่วนบุคคลในลักษณะอับอายทางเพศดังกล่าวต่อเหยื่อจึงสมควรถูกดำเนินคดี และควรพิจารณาถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อขจัดปัญหาที่เกิดขึ้นอย่างเหมาะสมต่อไป

เมื่อกาลเวลาผ่านไป คอมพิวเตอร์และเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเองก็เริ่มที่จะมีการพัฒนาให้มีราคาถูกลงและสามารถเข้าถึงได้ง่ายมากขึ้น ทำให้เกิดกรณีปัญหาที่ส่งผลตามมาในอีกรูปแบบหนึ่งคือการนำภาพที่บันทึกโดยไม่ได้รับความยินยอมนั้นออกเผยแพร่ หรือการนำภาพที่เกิดจากการบันทึกโดยความยินยอม แต่เป็นภาพที่แสดงลักษณะทางเพศของเหยื่อมาเผยแพร่ในระบบอินเทอร์เน็ตโดยไม่ได้รับความยินยอม ซึ่งกรณีหลังนี้มักเกิดขึ้นในความสัมพันธ์ระหว่างคนรัก ซึ่งเมื่อยุติความสัมพันธ์อีกฝ่ายหนึ่งเกิดความแค้นจึงได้กระทำการดังกล่าวขึ้น การที่ยินยอมให้บันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศมิได้หมายความว่าผู้นั้นยินยอมให้เผยแพร่ด้วยแต่อย่างใด การกระทำอย่างหลัง นอกจากจะกระทบต่อความเป็นส่วนตัวแล้วยังเป็นการทำลายความไว้วางใจระหว่างกันลงอย่างสิ้นเชิง การกระทำเช่นนี้จึงเป็นการส่งผลกระทบต่อเหยื่อร้ายแรงกว่าการบันทึกเป็นอย่างมาก เพราะการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศนั้น มีเพียงผู้บันทึกเพียงคนเดียวเท่านั้นที่ได้เห็นภาพของเหยื่อ แต่การนำออกเผยแพร่เป็นการทำให้มีผู้เข้ามาเห็นภาพของเหยื่อเพิ่มเติม และมีโอกาสสูงที่จะมีการกระจายต่อไปเป็นวงกว้างจนไม่อาจลบออกได้ทั้งหมด ส่งผลให้เหยื่อกลายเป็นวัตถุทางเพศที่ถูกกระทำมาแล้วครั้งหนึ่งจากการลักลอบบันทึกภาพแล้วยังถูกนำภาพมาเผยแพร่ซ้ำสองและอาจมีการกระจายต่ออีกหลายทอดจนหาที่สิ้นสุดมิได้ สิ่งเหล่านี้เป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และเป็นการซ้ำเติมเหยื่อให้ได้รับความเสียหายมากยิ่งขึ้นกว่าเดิม จึงสมควรดำเนินการกระทำดังกล่าวได้ไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าการบันทึก และบทบัญญัติแห่งกฎหมายสมควรที่จะคุ้มครองความเป็นส่วนตัวของเหยื่อในกรณีนี้เช่นเดียวกัน

เมื่อพิจารณาฐานความผิดต่าง ๆ ในประมวลกฎหมายอาญาที่นำมาปรับใช้แก่กรณีปัญหาพบว่าความผิดฐานกระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 397 เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่สามารถนำมาปรับใช้กับกรณีปัญหาที่เกิดขึ้นทั้งหมดได้ แต่ก็มีข้อจำกัด กล่าวคือ บทบัญญัติตามวรรคหนึ่งต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาทส่วนวรรคสองต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ กรณีที่เป็นการกระทำในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัลหรือเป็นการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ซึ่งเมื่อพิจารณาอัตราโทษเปรียบเทียบกับภัยที่ก่อแล้ว ไม่ได้สัดส่วน เมื่อเป็นคดีลหุโทษ พนักงานสอบสวนย่อมมีอำนาจในการเปรียบเทียบได้ ส่งผลให้คดีอาญาลดลง ทั้งข้อจำกัดในเรื่องอายุความที่สั้นเพียงหนึ่งปี และกรณีที่เป็นการพยายามกระทำความผิดลหุโทษผู้กระทำก็ไม่ต้องรับโทษ สิ่งเหล่านี้ทำให้กฎหมายไม่อาจป้องปรามและข่มขู่ ยับยั้งมิให้ผู้ใดกระทำความผิดได้ เพราะอัตราโทษที่เบานั่นเอง

ความผิดฐานกระทำอนาจาร ตามมาตรา 278 มีประเด็นปัญหาถึงการให้เหตุผลของศาลในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 ซึ่งได้พิจารณาว่าการติดตั้งกล้องและบันทึกภาพได้กระโปรงผู้อื่นเป็นการกระทำอนาจารแล้ว ซึ่งเป็นที่ขัดแย้งจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ผ่านมา และขัดแย้งต่อความเห็นของนักวิชาการหลายท่านที่ได้อธิบายว่า การกระทำอนาจารเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศที่ต้องกระทำด้วยแรงทางกายภาพต่อเนื่องตัวร่างกายโดยตรง (Skin-to-Skin Contact) หรือจะกระทำต่อร่างกายโดยผ่านสิ่งปกปิดร่างกาย เช่น เสื้อผ้า ก็ได้ เช่น กอดจูบลูบลำ กอดปล้ำ หอมแก้ม จับหน้าอก¹ ดูดหัวนมและจูบอวัยวะเพศ² ภูโถด้านนอกอวัยวะเพศ³ บังคับให้จับอวัยวะเพศชาย⁴ กอดคอและจับแขนลากเข้าห้องพักโรงแรม⁵ การกระทำผ่านเสื้อผ้าก็ถือว่าเป็นการสัมผัสจับต้องโดยตรง เช่นเดียวกัน เช่น ถอดเสื้อผ้า⁶ ถ้าหากยังไม่ถึงขั้นสัมผัสจับต้อง ไม่เป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร เช่น การเปิดเผยของลับต่อสาธารณะ (Lewdness) ใช้วาจาสื่อไปในทางล่วงเกินทางเพศ (Sexual Harassment) ยังไม่ได้กระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย⁷ อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวทางที่ว่าควรยึดถือตามแนวทางเดิมที่พิจารณาว่าการกระทำอนาจารอย่างน้อยต้องมีการสัมผัส เพราะเป็นการช่วยในการกำหนดขอบเขตของการกระทำอนาจารได้อย่างเป็นรูปธรรม เช่นเดียวกับการใช้การสอดใส่เป็นเกณฑ์พิจารณาการข่มขืนกระทำชำเรา⁸ ดังนั้น จึงไม่อาจนำความผิดฐานกระทำอนาจารมาปรับแก้กรณีการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศโดยไม่ได้รับความยินยอมได้ เมื่อไม่อาจนำความผิดฐานกระทำอนาจารมาปรับได้แล้ว ความผิดฐานบันทึกภาพหรือเสียงและเผยแพร่หรือส่งต่อภาพหรือเสียงของการกระทำชำเรา หรือการกระทำอนาจารตามมาตรา 280/1 ก็ไม่อาจนำมาปรับใช้ได้เช่นกัน เพราะบทบัญญัติดังกล่าวมีองค์ประกอบภายนอกกว่าผู้ที่บันทึกภาพหรือเสียงจะต้องเป็นผู้กระทำอนาจารตามมาตรา 278 มาเสียก่อน

ความผิดฐานแพร่วิัตถุหรือสิ่งอันลามก ตามมาตรา 287 เป็นบทบัญญัติที่สามารถนำมาปรับใช้แก้กรณีการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศโดยการบันทึกและเผยแพร่ภาพของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมได้ในบางกรณี กล่าวคือ บทบัญญัตินี้มุ่งควบคุมสิ่งลามกมิให้แพร่หลายออกไปเป็นวงกว้าง อันเป็นเหตุให้เกิดอาชญากรรมทางเพศขึ้น และทำให้สังคมเกิดความ

¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2245/2537

² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1313/2558

³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5724/2554

⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2693-2695/2516

⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3953/2539

⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12665/2556

⁷ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึงลักษณะ 9, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2561), หน้า 599.

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 602.

เสื่อมทราม ดังนั้นจึงมีองค์ประกอบความผิดจึงมีลักษณะเป็นการควบคุมการกระทำในลักษณะที่เป็น การผลิต หรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารสู่สาธารณะเป็นวงกว้าง และมีเจตนาพิเศษเพื่อความประสงค์ แห่งการค้า หรือเพื่อแสดงอวดแก่ประชาชน ส่งผลให้การบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทาง เพศที่มีได้มีความประสงค์แห่งการค้าจึงไม่มีความผิด และการเผยแพร่ที่เพียงแต่ส่งให้ผู้อื่นไม่ก็คนดู โดยไม่มีความประสงค์แห่งการค้าก็ไม่มีความผิดเช่นกัน นอกจากนี้การจะผิดฐานนี้ได้ความลามก เป็นเงื่อนไขสำคัญ แต่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ ไม่ใช่ทุกภาพจะเป็นภาพลามกแต่ อย่างไม่ได้ ด้วยเหตุนี้ความผิดฐานนี้จึงบังคับใช้ได้อย่างจำกัด และไม่ครอบคลุมการกระทำในทุกรูปแบบ

ความผิดฐานข่มขืนใจผู้อื่น ตามมาตรา 309 ความผิดฐานกรรโชกทรัพย์ ตามมาตรา 337 และความผิดฐานริดเอาทรัพย์ ตามมาตรา 338 เป็นความผิดที่คุ้มครองในขั้นต้นก่อนที่ผู้กระทำจะก่อ เหตุ โดยทั้งสามฐานความผิดนี้จะต้องมีการข่มขืนใจผู้อื่นเป็นสำคัญ แต่ความผิดฐานกรรโชกทรัพย์ และริดเอาทรัพย์ การข่มขืนใจนั้นจะต้องมุ่งหมายต่อทรัพย์สินของผู้อื่นด้วย ส่วนความผิดฐานข่มขืนใจ ผู้อื่นไม่จำเป็นต้องประสงค์ต่อทรัพย์สินเท่านั้น ซึ่งหากผู้กระทำได้มีการข่มขู่ว่าจะทำการบันทึกหรือ เผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศเป็นการทั่วไปก็ย่อมนำความผิดฐานข่มขืนใจผู้อื่น มาปรับใช้ได้ แต่กรณีที่ผู้กระทำการข่มขู่ที่ประสงค์ต่อทรัพย์สินก็จะต้องนำความผิดฐานกรรโชกทรัพย์ หรือริดเอาทรัพย์มาปรับใช้ในการคุ้มครองเหยื่อแล้วแต่กรณี

ความผิดฐานหมิ่นประมาทตามมาตรา 326 หรือหมิ่นประมาทโดยการโฆษณาตามมาตรา 328 ไม่อาจปรับใช้กับกรณีการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับ ความยินยอมได้ เพราะการกระทำดังกล่าวไม่ใช่การใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สามอันเป็นองค์ประกอบ ภายนอกของความผิดฐานนี้ แต่สามารถนำมาปรับใช้กับกรณีการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะ อับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมได้ การจะเป็นความผิดฐานนี้หรือไม่ ต้องพิจารณา ว่าการใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สามนั้น เป็นเหตุที่น่าจะทำให้ผู้นั้นเสื่อมเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูก เกลียดชังหรือไม่ ซึ่งภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศที่เข้าลักษณะลามกย่อมทำให้ผู้ที่ถูกใส่ ความเสื่อมเสียชื่อเสียงได้ แต่สำหรับกรณีที่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศที่ไม่เข้าลักษณะ ลามก ก็ไม่ใช่ทุกกรณีที่ภาพนั้นจะทำให้ผู้ถูกใส่ความเสื่อมเสียชื่อเสียง เช่น ภาพชายกำลังอาบน้ำเห็น แต่เพียงร่างกายท่อนบน หรือภาพชายนอนเปลือยอยู่บนที่นอนสวมกางเกงในเพียงตัวเดียว ซึ่งถ้าหาก เป็นเช่นนี้ก็มิอาจปรับความผิดฐานหมิ่นประมาทได้ เพราะความผิดฐานหมิ่นประมาทประสงค์ที่จะ คุ้มครองชื่อเสียงของบุคคล แม้การกระทำใดน่าอับอายไปบ้างแต่ไม่ถึงขนาดที่วิญญูชนพิจารณาว่า น่าจะเป็นเหตุให้ผู้นั้นเสื่อมเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชังการกระทำนั้นก็ไม่เป็นความผิด ฐานนี้ สะท้อนให้เห็นว่าชื่อเสียง กับความเป็นส่วนตัวนั้นเป็นคนละเรื่องเดียวกัน

เมื่อพิจารณาความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 29 พบว่าไม่อาจนำมาปรับใช้แก่กรณีการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดย

ไม่ได้รับความยินยอมได้ทุกกรณี เพราะผู้สร้างสรรค์กลายเป็นผู้กระทำความผิดเสียเอง ส่วนการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมจะนำมาปรับใช้ได้เฉพาะกรณีที่เหยื่อเป็นผู้บันทึกภาพนั้นด้วยตนเอง และต้องเป็นภาพที่ใช้ความวิริยะอุตสาหะของผู้สร้างงานซึ่งได้ทุ่มเทกำลัง สติปัญญา ความรู้ความเชี่ยวชาญ หรือวิจรรณญาณจากประสบการณ์ลงไปในงานพอสมควรด้วย มิใช่สักแต่ทำงานนั้นขึ้น หรืองานนั้นเกิดขึ้นโดยบังเอิญ และต้องไม่มีลักษณะลามกอนาจารจึงจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนี้ และถึงแม้จะได้รับความคุ้มครองแล้วก็ตาม แต่บทบัญญัติที่เป็นความผิดอาญานั้นก็คงมีเพียงโทษปรับสถานเดียว อันไม่อาจใช้ข่มขู่ยับยั้งให้ผู้กระทำกลัวได้

เมื่อพิจารณาความผิดฐานนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามก และข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 14 (4) พบว่าบทบัญญัติฐานนี้มุ่งคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชนมิให้สื่อลามกอนาจารแพร่หลายในระบบคอมพิวเตอร์อันอาจส่งผลให้เกิดอาชญากรรมทางเพศ และทำให้สังคมเสื่อมทรามได้ ซึ่งมีเจตนารมณ์เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287 และกรณีปัญหาที่เหมือนกันกล่าวคือ ไม่ครอบคลุมที่กรณีที่ไม่มีการแพร่หลายเป็นวงกว้าง และไม่ครอบคลุมกรณีที่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศนั้นไม่เข้าลักษณะลามก

เมื่อพิจารณาความผิดฐานใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยไม่ได้รับความยินยอม ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาตรา 79 พบว่าภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศมีลักษณะเป็นข้อมูลส่วนบุคคลเพราะเป็นข้อมูลทางชีวิตที่แสดงให้เห็นถึงพฤติกรรมทางเพศที่สามารถใช้ระบุถึงบุคคลที่เป็นเจ้าของข้อมูลได้ แต่การจะเป็นความผิดฐานนี้ได้ ผู้กระทำการเผยแพร่จะต้องเป็น “ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล” ซึ่งมีความหมายว่า บุคคลหรือนิติบุคคลซึ่งมีอำนาจหน้าที่ตัดสินใจเกี่ยวกับการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล การที่ผู้กระทำจะมีอำนาจหน้าที่ตัดสินใจนั้นย่อมจะเกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย หรือสัญญา ซึ่งผู้กระทำการบันทึกและเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม ไม่มีอำนาจหน้าที่ตัดสินใจในเรื่องเหล่านั้น จึงไม่อาจนำความผิดฐานนี้มาปรับใช้กับกรณีปัญหาได้

ฐานความผิดเหล่านี้ไม่อาจบังคับใช้เพื่อคุ้มครองผู้ถูกบันทึกและเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงต้องพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศที่มีการบัญญัติเรื่องเหล่านี้ไว้อย่างไร พิจารณาได้ดังนี้

1. รูปแบบในการบัญญัติ

สหรัฐอเมริกา มลรัฐนิวยอร์ก มลรัฐอิลลินอยส์ แคนาดา และสาธารณรัฐสิงคโปร์บัญญัติให้การบันทึกและเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม อยู่ในประมวลกฎหมายอาญา ส่วนอังกฤษ การบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมอยู่ในพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 และการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมอยู่ในพระราชบัญญัติกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและศาล ค.ศ. 2015

2. ขอบเขตของภาพที่ให้ความคุ้มครอง

สหรัฐอเมริกา มลรัฐนิวยอร์ก มลรัฐอิลลินอยส์ อังกฤษ แคนาดา และสาธารณรัฐสิงคโปร์ต่างก็มีเกณฑ์ในการพิจารณาภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศจากสององค์ประกอบ กล่าวคือ ภาพนั้นจะต้องมีลักษณะทางเพศ โดยแบ่งการพิจารณาออกเป็นขั้นตอนบันทึกและขั้นตอนเผยแพร่

ลักษณะทางเพศในขั้นตอนการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม คือภาพนั้นต้องแสดงให้เห็นอวัยวะเพศ บั้นท้าย และหน้าอกหญิง ไม่ว่าจะเปิดเผยหรือปกคลุมด้วยชุดชั้นใน ส่วนบริเวณหัวไหล่ หรือภาพบุคคลขณะกำลังกระทำกิจส่วนตัวหรือกำลังกระทำกิจทางเพศซึ่งไม่พึงทำเป็นปกติในที่สาธารณะ บางประเทศก็ให้ความคุ้มครองภาพเหล่านี้ไว้ด้วย

ลักษณะทางเพศในขั้นตอนการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม คือภาพนั้นต้องแสดงให้เห็น อวัยวะเพศ บริเวณทวาร หน้าอกหญิง และกิจกรรมทางเพศ ซึ่งบางประเทศสิ่งเหล่านี้ต้องเปลือยสถานเดียว บางประเทศคุ้มครองแม้ปกคลุมด้วยชุดชั้นใน และบางประเทศก็ยังให้ความคุ้มครองการกระทำกิจส่วนตัว รวมถึงภาพดัดแปลงที่วิญญูชนเชื่อว่าเป็นภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้นั้นด้วย

นอกจากลักษณะทางเพศของภาพแล้ว ยังต้องพิจารณาลักษณะความเป็นส่วนตัวของภาพอีกด้วย โดยแบ่งการพิจารณาออกเป็นขั้นตอนบันทึกและขั้นตอนเผยแพร่

ลักษณะความเป็นส่วนตัวในขั้นตอนการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม สหรัฐอเมริกา มลรัฐนิวยอร์ก มลรัฐอิลลินอยส์ อังกฤษ แคนาดา และสาธารณรัฐสิงคโปร์ ได้ให้ความคุ้มครองความเป็นส่วนตัวทั้งในสถานที่ส่วนตัวและที่สาธารณะ

ลักษณะความเป็นส่วนตัวในขั้นตอนการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม สหรัฐอเมริกา มลรัฐนิวยอร์ก พิจารณาความเป็นส่วนตัวของภาพว่าในขณะที่บันทึกภาพนั้น ผู้ถูกบันทึกคาดหมายความเป็นส่วนตัวในขณะนั้นได้หรือไม่ มลรัฐอิลลินอยส์ พิจารณาความเป็นส่วนตัวของภาพโดยใช้หลักว่าหากการได้ภาพนั้นมาวิญญูชนรู้ หรือควรคาดหมายได้ว่าภาพนั้นควรเป็นความลับส่วนบุคคล ก็ถือว่าภาพนั้นมีลักษณะความเป็นส่วนตัว ส่วนอังกฤษ ความเป็นส่วนตัวของภาพให้พิจารณาว่าภาพถ่ายหรือภาพยนตร์นั้นแสดงให้เห็นบางอย่างว่าไม่พึงปรากฏในที่สาธารณะหรือไม่ แคนาดา ความเป็นส่วนตัวของภาพให้พิจารณาในช่วงเวลาที่มีการบันทึกภาพนั้น ผู้ที่ถูกถ่ายภาพมีเหตุอันควรคาดหมายได้ถึงความเป็นส่วนตัว และโดยในเวลาที่ได้เผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ ผู้ที่ปรากฏในภาพนั้นยังคงมีเหตุอันควรคาดหมายได้ถึงความเป็นส่วนตัวนั้นอยู่ และสาธารณรัฐสิงคโปร์ ความเป็นส่วนตัวของภาพให้พิจารณาผู้ที่ได้กระทำการมีส่วนร่วมอยู่ภายใต้สถานการณ์ที่ผู้นั้นควรคาดหมายถึงความเป็นส่วนตัวหรือไม่

3. เจตนาของผู้กระทำความผิด

ในขั้นตอนการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม พบว่ามีเพียงอังกฤษเพียงประเทศเดียวที่ผู้กระทำต้องมีเจตนาพิเศษเพื่อความพึงพอใจทางเพศ ส่วนขั้นตอนการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม สหรัฐอเมริกา มลรัฐนิวยอร์ก อังกฤษ และสาธารณรัฐสิงคโปร์ต่างต้องการเจตนาพิเศษด้วยกันทั้งสิ้น แต่สหรัฐอเมริกา มลรัฐอิลลินอยส์ และแคนาดาต้องการเพียงเจตนาธรรมดาเท่านั้น โดยแคนาดาได้มีการบัญญัติให้การประมาทโดยจงใจเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมเป็นความผิดเพียงประเทศเดียว

4. อัตราโทษ

ในขั้นตอนการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม พบว่าสหรัฐอเมริกา กฎหมายระดับสหรัฐกำหนดให้ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี มลรัฐนิวยอร์ก กำหนดให้ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสี่ปี และมีเหตุเพิ่มโทษเมื่อผู้นั้นถูกตัดสินว่ามีความผิดและกระทำความผิดฐานเดิมซ้ำภายในเวลาสิบปีนับนับแต่วันพ้นโทษ กรณีที่กระทำความผิดซ้ำนี้ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี มลรัฐอิลลินอยส์กำหนดอัตราโทษแบ่งออกเป็นสองกลุ่ม คือ กลุ่มความผิดที่เกี่ยวกับการบันทึกภาพได้กระโปรงหรือเหนือคอเสื้อ กับกลุ่มการติดตั้งอุปกรณ์บันทึกภาพจะมีโทษเบาที่สุดคือจำคุกไม่เกินหนึ่งปี และในอีกกลุ่มที่มีความผิดมากขึ้นคือกลุ่มบันทึกภาพใน

สถานที่ที่กำหนดต่าง ๆ สถานที่อยู่อาศัย หรือการลักลอบบันทึกจากสถานที่ห่างไกล ในกลุ่มนี้ต้อง
 ระวังโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปี ถึงสามปี และถ้าการกระทำทั้งสองกลุ่มนี้ได้กระทำต่อบุคคลอายุต่ำกว่า
 สิบแปดปีก็จะต้องระวังโทษหนักขึ้น คือจำคุกตั้งแต่สองปี ถึงห้าปี อังกฤษ กำหนดให้ต้องระวังโทษ
 จำคุกไม่เกินสองปี แคนาดา กำหนดให้ต้องระวังโทษจำคุกไม่เกินห้าปี สาธารณรัฐสิงคโปร์ กำหนดให้
 ต้องระวังโทษจำคุกไม่เกินสองปี ถ้าการกระทำเช่นนั้นเป็นการกระทำต่อบุคคลอายุต่ำกว่าสิบสี่ปี
 จะต้องระวังโทษจำคุกไม่เกินสองปี และเขียน

ส่วนการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความ
 ยินยอม สหรัฐอเมริกา มลรัฐนิวยอร์ก กำหนดให้ต้องระวังโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี มลรัฐอิลลินอยส์
 กำหนดให้ต้องระวังโทษจำคุกไม่เกินห้าปี อังกฤษ กำหนดให้ต้องระวังโทษจำคุกไม่เกินสองปี
 แคนาดา กำหนดให้ต้องระวังโทษจำคุกไม่เกินห้าปี สาธารณรัฐสิงคโปร์ กำหนดให้ต้องระวังโทษ
 จำคุกไม่เกินห้าปี ถ้าการกระทำเช่นนั้นเป็นการกระทำต่อบุคคลอายุต่ำกว่าสิบสี่ปี ต้องระวังโทษ
 จำคุกไม่เกินห้าปี และเขียน

5. ข้อยกเว้นหรือข้อแก้ตัวของการกระทำความผิด

ในแต่ละประเทศได้กำหนดข้อยกเว้นหรือข้อแก้ตัวของการกระทำความผิดไว้แตกต่างกัน
 พิจารณาจากกรณีการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความ
 ยินยอม ดังนี้

สหรัฐอเมริกา กฎหมายระดับสหรัฐ ได้บัญญัติให้กฎหมายดังกล่าวไม่บังคับใช้กับกิจกรรมที่
 เกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมาย การคุมประพฤติ หรือ การข่าว ซึ่งชอบด้วยกฎหมาย

มลรัฐนิวยอร์ก ได้บัญญัติ ให้กฎหมายดังกล่าวไม่บังคับใช้กับ

- (1) การบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ในการกระทำตามอำนาจหน้าที่
- (2) ระบบรักษาความปลอดภัยซึ่งมีการประกาศเตือนไว้อย่างชัดเจนในสถานที่ซึ่ง
 ระบบวีดิทัศน์สอดแนมถูกติดตั้งเพื่อจุดประสงค์ในการรักษาความปลอดภัย
- (3) อุปกรณ์สอดแนมแบบวีดิทัศน์ซึ่งติดตั้งในลักษณะที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจน

มลรัฐอิลลินอยส์ ได้บัญญัติให้กฎหมายดังกล่าวไม่บังคับใช้กับ

- (1) การจัดทำบันทึกวีดิทัศน์หรือแพร่ภาพวีดิทัศน์สดโดยการบังคับใช้กฎหมายของ
 เจ้าหน้าที่เพื่อการสอบสวนคดีอาญา ซึ่งเป็นไปตามกฎหมาย

(2) การจัดทำบันทึกวีดิทัศน์หรือแพรภาพวีดิทัศน์สดโดยเจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์เพื่อเหตุผลด้านความปลอดภัยหรือเพื่อการสอบสวนการประพจน์มิชอบที่ถูกกล่าวหาว่าเกี่ยวข้องกับบุคคลที่กระทำต่อกรมราชทัณฑ์

(3) การจัดทำบันทึกวีดิโอหรือการแพรภาพวีดิทัศน์สดในห้องเปลี่ยนเสื้อผ้าโดยนักข่าวหรือผู้สื่อข่าวที่ได้รับอนุญาตให้เข้าถึงห้องเปลี่ยนเสื้อผ้าได้ โดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจเพื่อจุดประสงค์ในการสัมภาษณ์

แคนาดา ได้บัญญัติให้กฎหมายดังกล่าวไม่บังคับใช้กับการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะ อับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมที่ได้กระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะและมีได้กระทำเกินขอบเขต

สาธารณรัฐสิงคโปร์ ได้แบ่งแยกลักษณะของข้อแก้ตัวสำหรับใช้กับความผิดฐานครอบครอง ภาพแอบบันทึก และความผิดฐานการถ่มอง

ความผิดฐานครอบครองภาพแอบบันทึกจำเลยสามารถยกเป็นข้อแก้ตัวในการพิสูจน์ว่าไม่ได้ เจตนาเข้าครอบครองหรือได้รับการเข้าถึงภาพหรือบันทึกนั้น และ เมื่อตระหนักว่าได้ครอบครอง หรือได้รับการเข้าถึงภาพหรือบันทึก ได้ดำเนินการในทันทีที่ทำได้อย่างสมเหตุสมผลที่ละชั้นเพื่อที่จะยุติ การครอบครองหรือการเข้าถึงภาพหรือบันทึกนั้น

ความผิดฐานการถ่มองจำเลยสามารถยกเป็นข้อแก้ตัวในการพิสูจน์การกระทำที่ถูกกล่าวหา ว่าเป็นความผิดนั้นได้กระทำโดยปราศจากการมุ่งร้ายและด้วยเหตุอันสมควร เพื่อวัตถุประสงค์ในการ

(1) การป้องกัน ตรวจสอบ หรือลงโทษความผิดใด ๆ

(2) การดำเนินการไต่สวน หรือพิจารณาคดีในศาล หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งหลักฐานเพื่อ วัตถุประสงค์ในการพิจารณาดำเนินการดังกล่าว

(3) ความปลอดภัย หรือความมั่นคงของชาติ

การกระทำทั้งสามประการข้างต้นจะต้องไม่ได้เก็บภาพหรือบันทึกที่ได้รับมานั้นเป็นระยะ เวลานาน มากกว่าสิ่งที่จำเป็นตามสมควรหรือจำเป็นสำหรับวัตถุประสงค์เพื่อการทั้งสามประการ ดังกล่าว

ส่วนช้อยกเว้นหรือข้อแก้ตัวของการกระทำความผิดกรณีการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม พิจารณาได้ดังนี้

สหรัฐอเมริกา มลรัฐนิวยอร์ก ได้บัญญัติให้ฐานความผิดดังกล่าวไม่บังคับใช้กับ

- (1) การรายงานการกระทำที่ผิดกฎหมาย
- (2) การเผยแพร่หรือโฆษณาภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศที่เกิดขึ้นในระหว่างการปฏิบัติตามกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมาย การดำเนินกระบวนการตามกฎหมาย หรือการรักษาพยาบาล
- (3) ภาพที่สมัครใจเปิดเผยตัวเองในที่สาธารณะหรือเพื่อการโฆษณา
- (4) การเผยแพร่หรือโฆษณาภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศซึ่งได้ทำเพื่อประโยชน์สาธารณะที่ชอบด้วยกฎหมาย

มลรัฐอิลลินอยส์ ได้บัญญัติให้ฐานความผิดดังกล่าวไม่บังคับใช้กับ

- (1) การกระทำเพื่อการสอบสวนทางอาญาที่ชอบด้วยกฎหมาย
- (2) การเผยแพร่ขึ้นเพื่อประโยชน์ หรือเกี่ยวข้องกับการรายงานการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย
- (3) เมื่อภาพนั้นเป็นภาพที่เผยแพร่โดยสมัครใจในที่สาธารณะ หรือแสดงเพื่อการค้า
- (4) เมื่อการเผยแพร่ขึ้นเป็นไปเพื่อผลประโยชน์มหาชนที่ชอบด้วยกฎหมาย

แคนาดา ได้บัญญัติให้กฎหมายดังกล่าวไม่บังคับใช้กับการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมที่ได้กระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะและมีได้กระทำเกินขอบเขต

สาธารณรัฐสิงคโปร์ ได้บัญญัติให้ผู้ที่กระทำความผิดฐานการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมสามารถยกเป็นข้อแก้ตัวในการพิสูจน์การกระทำที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นความผิดนั้นว่าได้กระทำโดยปราศจากการมุ่งร้ายและด้วยเหตุอันสมควรเพื่อวัตถุประสงค์ในการ

- (1) การป้องกัน ตรวจจับ สอบสวน หรือลงโทษความผิดใด
- (2) การดำเนินการไต่สวน หรือพิจารณาคดีในศาล หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งหลักฐานเพื่อวัตถุประสงค์ในการพิจารณาดำเนินการดังกล่าว
- (3) ความปลอดภัย หรือความมั่นคงของชาติ

การกระทำทั้งสามประการข้างต้นจะต้องไม่ได้เก็บภาพหรือบันทึกที่ได้รับมานั้นเป็นระยะเวลา นาน มากกว่าสิ่งที่จำเป็นตามสมควรหรือจำเป็นสำหรับวัตถุประสงค์เพื่อการทั้งสามประการดังกล่าว

6. มาตรการอื่น

มาตรการอื่นที่ใช้กับกรณีการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมพบว่ามีแคนาดาเพียงประเทศเดียว บัญญัติไว้ว่า เมื่อจำเลยถูกพิพากษาว่ามีความผิดตามความผิดฐานการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้ได้รับความยินยอม หรือถูกปล่อยตัวโดยมีเงื่อนไขคุมประพฤติ นอกจากการลงโทษอื่นใดที่อาจกำหนดสำหรับความผิดนั้น หรือเงื่อนไขอื่นใดที่อาจกำหนดในคำสั่งปล่อยตัว ถ้าจำเลยไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ศาลกำหนด ศาลอาจกำหนดเงื่อนไขหรือข้อยกเว้นอย่างอื่นได้ตามที่ศาลเห็นสมควร เช่น คำสั่งห้ามจำเลยใช้อินเทอร์เน็ต หรือเครือข่ายดิจิทัลอื่น

6.2 ข้อเสนอแนะ

การที่มาตรการทางกฎหมายที่มีอยู่ของราชอาณาจักรไทยยังไม่เพียงพอและยังไม่อาจทำหน้าที่ป้องกันและปราบปรามการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมได้ และยังทวีความรุนแรงมากยิ่งขึ้นจากข่าวที่ปรากฏ ประกอบกับยังไม่มีฐานความผิดเกี่ยวกับการดังกล่าวเป็นการเฉพาะ ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงเสนอให้การบันทึกและเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมเป็นความผิดอาญาเพื่อใช้กฎหมายอาญาในการทำหน้าที่ป้องปรามและข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence) ผู้กระทำให้เกิดความกลัวต่อโทษจนไม่กล้ากระทำความผิด ซึ่งจะได้เสนอแนะแนวทางในการบัญญัติเป็นลำดับ ดังต่อไปนี้

1. รูปแบบในการบัญญัติ

การบันทึกและเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมเป็นการละเมิดต่อสิทธิส่วนบุคคลของเหยื่อซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ให้ความคุ้มครองและเป็นสิทธิตามธรรมชาติที่มีติดตัวมนุษย์ทุกคนมาแต่กำเนิด อันเป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งเป็นเรื่องทั่วไปของบุคคลจึงสมควรคุ้มครองสิทธิดังกล่าวนี้ในประมวลกฎหมายอาญาที่ได้บัญญัติความผิดอาญาทั่วไปในลักษณะต่าง ๆ โดยเพิ่มลักษณะที่ว่าด้วยความผิดต่อสิทธิส่วนบุคคล เพื่อเป็นการนำหลักการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลตามรัฐธรรมนูญมา

ก่อให้เกิดผลในการคุ้มครองอย่างเป็นรูปธรรมในกฎหมายลำดับรอง อันจะเป็นประโยชน์ในอนาคต กรณีที่มีการกระทำอื่นใดอันเป็นการกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลก็ให้บัญญัติฐานความผิดไว้ในลักษณะนี้ โดยตรง

2. ขอบเขตของภาพที่ทำการคุ้มครอง

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิของประชาชน เมื่อจะกำหนดให้การใดเป็น ความผิดขึ้นจึงต้องมีความชัดเจนแน่นอน ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นต้องกำหนดขอบเขตของภาพที่กฎหมาย มุ่งจะคุ้มครองให้มีความชัดเจน เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาการใช้การตีความกฎหมายตามมาภายหลังได้ โดย ผู้เขียนเสนอแนะให้จำกัดขอบเขตของภาพที่ให้ความคุ้มครองเฉพาะภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับ อายในทางเพศเท่านั้น โดยไม่รวมถึงภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทั่วไป เช่น ภาพบุคคลแคะขี้มูก ภาพบุคคลน้ำลายไหล เพราะการกระทำต่อภาพลักษณะดังกล่าว ย่อมสามารถปรับใช้ได้กับความผิด ฐานกระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอาย หรือเดือดร้อนรำคาญตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 397 ได้อยู่แล้ว ซึ่งความเสียหายของเหยื่อกับอัตราโทษของความผิดฐานดังกล่าวมีความสอดคล้องกันโดย ไม่จำเป็นต้องแก้ไขกฎหมายเพิ่มเติม ตรงข้ามกับภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศที่ความ เสียหายย่อมต้องมีมากกว่าภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทั่วไป ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงขอเสนอแนว ทิศทางการพิจารณาขอบเขตของภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ ดังนี้

ลักษณะของภาพ หมายถึง ภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหว ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใด

ลักษณะทางเพศของภาพ จะต้องมีความครอบคลุมถึงภาพซึ่งได้แสดงให้เห็นอวัยวะเพศ หัวเหน่า บั้นท้าย ทวาร หรือหน้าอกหญิง ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือแต่บางส่วน และไม่ว่าจะเปลือยหรือปก คลุมด้วยชุดชั้นใน หรือภาพซึ่งได้แสดงให้เห็นการกระทำทางเพศของผู้อื่น หรือภาพที่สื่อให้เห็น ลักษณะอับอายทางเพศ

ลักษณะความเป็นส่วนตัวของภาพ ผู้ถูกกระทำจะต้องคาดหมายความเป็นส่วนตัวได้ โดย พิจารณาจากหลักสถานที่ กล่าวคือ กรณีที่ผู้ถูกกระทำอยู่ในสถานที่ส่วนตัว เช่น บ้าน ห้องลองเสื้อผ้า ห้องนอนในโรงแรม ห้องพักในสถานบริการอาบ อบ นวด ที่จัดไว้ให้แขกพักเป็นการส่วนตัว ย่อมเป็น สถานที่ส่วนตัวที่คาดหมายความเป็นส่วนตัวได้ แต่หากเป็นสถานที่สาธารณะ โดยหลักแล้วบุคคลย่อม คาดหมายความเป็นส่วนตัวในที่สาธารณะได้น้อยลง ดังนั้นจึงต้องพิจารณาจากสถานการณ์ว่า เหตุการณ์เดียวกันกับผู้ถูกกระทำ วิญญูชนสามารถคาดหมายความเป็นส่วนตัวได้หรือไม่ เช่น กรณีถูก แอบบันทึกภาพได้กระโปรงในที่สาธารณะ

3. ฐานความผิดและองค์ประกอบความผิด

เมื่อได้ทราบถึงขอบเขตของภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศแล้ว ต่อไปผู้เขียนเสนอแนะให้บัญญัติฐานความผิดทางอาญาเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นการละเมิดความเป็นส่วนตัวที่เกี่ยวข้องกับการกระทำต่อภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ ดังต่อไปนี้

(1) ความผิดฐานใช้อุปกรณ์บันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม

(1.1) เหตุผลที่ต้องกำหนดให้เป็นความผิดอาญา

การบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมเป็นการละเมิดต่อสิทธิส่วนตัวทั้งในด้านสิทธิที่จะอยู่คนเดียวและสิทธิในการควบคุมการเปิดเผยเนื้อตัวร่างกายอย่างร้ายแรง เพราะการบันทึกย่อทำให้ผู้กระทำสามารถนำภาพที่ได้บันทึกนั้นมาดูอีกกี่ครั้งก็ได้ เสมือนเหยื่อเป็นเพียงวัตถุสร้างความบันเทิงให้แก่ผู้กระทำ อันเป็นการลดทอนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเหยื่อ และยังทำให้เหยื่อเกิดความหวาดวิตกว่าจะถูกนำภาพออกเผยแพร่ ทำให้ตนได้รับความเสียหายยิ่งกว่าเดิม พฤติกรรมเช่นนี้ยังสามารถพัฒนาไปสู่การก่ออาชญากรรมทางเพศที่ร้ายแรงแบบอื่นได้อีกด้วย อันเป็นการกระทำที่อันตรายต่อสังคม ประกอบกับบทบัญญัติที่นำมาปรับใช้กับกรณีที่เกิดขึ้นเป็นหลักเป็นฐานกระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอาย หรือเดือดร้อนรำคาญ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 397 อันเป็นความผิดลหุโทษที่อัตราโทษไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำ ความผิด ส่งผลให้ไม่อาจข่มขู่ยับยั้งและป้องกันมิให้การกระทำแบบเดียวกันเกิดขึ้นอีกได้ จึงสมควรกำกับการดังกล่าวเป็นความผิดอาญา

เมื่อได้กำหนดฐานความผิดนี้ขึ้นย่อมส่งผลโดยตรงต่อการลดปัญหาการกระทำพฤติกรรมแบบเดียวกันขึ้น เพราะมีอัตราโทษที่สูงกว่าความผิดลหุโทษทำให้ผู้ที่คิดจะกระทำเกิดความเกรงกลัวจนไม่กล้าก่อเหตุ และเนื่องจากแต่เดิมเป็นความผิดลหุโทษ ที่พนักงานสอบสวนมีอำนาจเปรียบเทียบปรับทำให้ผู้กระทำเมื่อชำระค่าปรับแล้วก็ยังกลับไปก่อเหตุซ้ำอีกได้ โดยไม่เกิดความหลบจำ เพราะผลร้ายจากการก่อเหตุไม่อาจทำให้ผู้กระทำเกรงกลัว เมื่อกำหนดโทษให้สูงกว่าความผิดลหุโทษ หากผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกเมื่อพ้นโทษมาแล้วก็จะหลบจำต่อการถูกจำคุกจนไม่กระทำความผิดแบบเดิมอีก

(1.2) การกระทำที่เป็นความผิด

การที่ผู้กระทำใช้อุปกรณ์บันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม

(1.3) เจตนาของผู้กระทำผิด

ความผิดฐานนี้ผู้เขียนเสนอแนะให้กำหนดแต่เพียงเจตนาธรรมดาเท่านั้น ไม่ควรกำหนดเจตนาพิเศษเพื่อความพึงพอใจในทางเพศของผู้กระทำ เนื่องจากเป็นการยากต่อการพิสูจน์เจตนาดังกล่าวนี้

(1.4) ความเหมาะสมของโทษ

ความผิดฐานนี้ ก่อภัยต่อความเป็นส่วนตัว เพราะการดังกล่าวนี้สามารถบันทึกเก็บไว้ดูซ้ำได้อีกกี่ครั้งก็ได้ สามารถเฟ้นพิงิจ พิจารณารายละเอียดเนื้อตัวร่างกายของเหยื่อได้ ทำให้เหยื่อถูกล่วงละเมิดความเป็นส่วนตัวในทุกครั้งที่ภาพถูกนำขึ้นมาดู และเป็นการละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเหยื่ออย่างร้ายแรง ทั้งยังเพิ่มความเสียหายอย่างมากในการที่จะมีการนำภาพดังกล่าวออกเผยแพร่สู่ผู้อื่นหรือสาธารณะเป็นวงกว้าง เป็นเหตุให้ซ้ำเติมความเสียหายของเหยื่อให้ยิ่งหนักขึ้นกว่าเก่า สมควรกำหนดให้ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ อันเป็นอัตราโทษที่ใกล้เคียงกับคำพิพากษาฎีกาที่ 12983/2558 ที่ได้ลงโทษจำคุกผู้กระทำการบันทึกภาพได้กระโปรงผู้อื่นฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 278 หนึ่งปี และปรับหนึ่งหมื่นสองพันบาท

นอกจากนี้หากเป็นการกระทำต่อบุคคลซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปี ให้เพิ่มโทษที่จะลงแก่ผู้นั้นหนึ่งในสาม

(1.5) ข้อยกเว้นหรือข้อแก้ตัวของการกระทำผิด

ข้อยกเว้นของการกระทำผิดฐานนี้คือ ความยินยอม กล่าวคือบุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในเรื่องทางเพศได้ตามความปรารถนาของตน หากตั้งอยู่บนพื้นฐานของความยินยอมระหว่างบุคคลทั้งสองฝ่ายและไม่เป็นการกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้นการยินยอมให้ผู้อื่นบันทึกภาพของตนในลักษณะทางเพศ เช่นภาพเปลือย หรือภาพในขณะที่กระทำการทางเพศ ก็เป็นการแสวงหาความสุขทางเพศในอีกรูปแบบหนึ่งที่บุคคลมีสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทำได้เพราะไม่มีกฎหมายห้าม และการกระทำเช่นนั้นก็ยังอยู่ในขอบเขตความเป็นส่วนตัวระหว่างผู้บันทึก

และผู้ถูกบันทึกที่ได้ให้ความยินยอม โดยไม่เป็นการกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน เมื่อความยินยอมให้บันทึกภาพลักษณะดังกล่าวไม่เป็นการยินยอมที่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะเป็นเรื่องส่วนตัวโดยแท้ หากผู้ถูกกระทำได้ให้ความยินยอมอันบริสุทธิ์ โดยปราศจากการหลอกลวง หรือสำคัญผิด หรือข่มขู่ด้วยประการใด ๆ ทั้งได้ให้ความยินยอมก่อนหรือขณะกระทำ และความยินยอมนั้นมีอยู่ตลอดเวลาที่ผู้กระทำได้กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ส่งผลให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้โดยไม่มี ความผิดแต่อย่างใด

ข้อยกเว้นอีกประการคือการไม่นำฐานความผิดนี้มาใช้บังคับกับการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลและการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาคดี รวมทั้งการแพทย์ที่การรักษาบางกรณีมีความจำเป็นต้องบันทึกภาพผู้ป่วยซึ่งเป็นภาพที่มีลักษณะอับอายทางเพศ เพื่อใช้ในการรักษาจึงต้องคุ้มครองบุคลากรทางการแพทย์ไม่ให้เกิดความเสียหายจากความผิดฐานนี้ด้วย นอกจากนี้ยังไม่นำมาใช้กับการวิจัยต่าง ๆ ที่เป็นไปเพื่อสาธารณประโยชน์ด้านการศึกษาที่ควรได้รับความคุ้มครองเช่นกัน

(1.6) อื่น ๆ

ความผิดฐานนี้เป็นความผิดอันยอมความได้ เว้นแต่ความผิดที่ได้กระทำต่อบุคคลซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปี

(2) ความผิดฐานติดตั้งอุปกรณ์บันทึกภาพลงบนโรงเรือน หรือสิ่งปลูกสร้าง

(2.1) เหตุผลที่ต้องกำหนดให้เป็นความผิดอาญา

การลักลอบติดตั้งอุปกรณ์บันทึกภาพเหล่านี้มักจะเกิดขึ้นในที่สาธารณะ โดยเฉพาะห้องน้ำสาธารณะ หรือห้องลงเสื้อผ้าที่มักจะมีคนจำนวนมากเข้าใช้ เมื่อผู้กระทำได้ทำการติดตั้งแล้วก็จะทำการควบคุมอุปกรณ์เช่นวอร์นักรยะไกล แล้วทำการบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นต่อไป หรือติดตั้งแล้วปล่อยให้อุปกรณ์ทำการบันทึกภาพ เมื่อถึงเวลาก็เก็บอุปกรณ์นั้นกลับ แล้วนำหน่วยความจำออกมาดูภาพที่ทำการบันทึกไว้อีกที สะท้อนให้เห็นว่าการติดตั้งอุปกรณ์บันทึกภาพนั้นเป็นไปเพื่อให้ผู้กระทำสะดวกในการบันทึกภาพของผู้อื่นมากขึ้นโดยที่ตนเองไม่ต้องเสี่ยงจากการถูกจับได้เพราะไม่ได้เข้าไปใกล้เหยื่อเลยแม้แต่น้อย ซึ่งการกระทำนี้เป็นภัยร้ายแรงต่อความเป็นส่วนตัวของเหยื่อไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าการบันทึก และเป็นอันตรายต่อสังคมอย่างยิ่ง ทั้งมีลักษณะของการกระทำที่แยบยล ยากที่จะสืบสาวหาตัวผู้กระทำผิดได้โดยง่าย จึงต้องแยก

การกระทำให้ชัดเจนระหว่างขั้นตอนการติดตั้งอุปกรณ์บันทึกภาพกับการบันทึกภาพ เพราะการติดตั้งอุปกรณ์บันทึกภาพนั้นไม่จำเป็นว่าผู้ที่ทำการติดตั้งจะต้องทำการบันทึกภาพด้วยเสมอไป กล่าวคือ ความผิดจะสำเร็จลงทันทีที่ทำการติดตั้งแล้วเสร็จ โดยไม่ต้องพิจารณาเลยว่าอุปกรณ์บันทึกภาพที่ได้ทำการติดตั้งนั้นจะได้รับการบันทึกหรือไม่ ประกอบกับบทบัญญัติที่นำมาปรับใช้กับการกระทำเช่นนี้ก็ยังคงเป็นฐานกระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอาย หรือเดือดร้อนรำคาญ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 อันเป็นความผิดลหุโทษที่อัตราโทษไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด ส่งผลให้ไม่อาจคุ้มครองป้องกันมิให้การกระทำแบบเดียวกันเกิดขึ้นอีกได้ จึงสมควรทำให้การดังกล่าวเป็นความผิดอาญา

(2.2) การกระทำที่เป็นความผิด

การที่ผู้กระทำการติดตั้งอุปกรณ์บันทึกภาพลงบนโรงเรือน หรือสิ่งปลูกสร้าง หรือส่วนของโรงเรือน หรือสิ่งปลูกสร้าง เพื่อจุดประสงค์ในการดูหรือบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่น

โรงเรือน หรือสิ่งปลูกสร้างอันเป็นวัตถุแห่งการกระทำนั้นไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าผู้ใดเป็นเจ้าของ หรือผู้ครอบครอง คงพิจารณาแต่ส่วนของการกระทำว่าได้มีการติดตั้งอุปกรณ์บันทึกภาพลงบนสถานที่ดังกล่าวหรือไม่เท่านั้น

(2.3) เจตนาของผู้กระทำความผิด

ความผิดฐานนี้นอกจากผู้กระทำจะต้องมีเจตนาธรรมดาที่รู้ว่าสถานที่ที่จะทำการติดตั้งคือโรงเรือน หรือสิ่งปลูกสร้าง และผู้กระทำต้องการติดตั้งอุปกรณ์บันทึกภาพลงบนที่แห่งนั้นแล้ว ต้องมีเจตนาพิเศษเพื่อจุดประสงค์ในการดูหรือบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นอีกด้วย

สาเหตุที่ต้องกำหนดเจตนาพิเศษก็เพราะอุปกรณ์บันทึกภาพมีการนำไปใช้หลายวัตถุประสงค์ โดยมากมักเป็นการติดตั้งเพื่อการรักษาความปลอดภัย ซึ่งหากไม่กำหนดเจตนาพิเศษไว้เช่นนี้จะทำให้การติดตั้งอุปกรณ์บันทึกภาพลงบนโรงเรือน หรือสิ่งปลูกสร้างกลายเป็นความผิดอาญาเสียหมด ซึ่งบทบัญญัตินี้มิได้มีความมุ่งประสงค์ที่จะให้การติดตั้งอุปกรณ์บันทึกภาพเพื่อการรักษาความปลอดภัยเป็นความผิดอาญา ดังนั้นจึงต้องกำหนดเจตนาพิเศษไว้เช่นนั้นเพื่อมิให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้ในภายหลังได้

เมื่อได้กำหนดเจตนาพิเศษแล้วจึงต้องพิจารณาแนวทางการพิสูจน์เจตนาพิเศษเพื่อมิให้เกิดปัญหาในกรณีที่บัญญัติฐานความผิดที่มีเจตนาพิเศษขึ้นมาแล้วในทางปฏิบัติโจทก์ไม่อาจพิสูจน์เจตนาพิเศษได้อันจะทำให้จำเลยพ้นผิดในที่สุด

แนวทางในการพิสูจน์ว่าการติดตั้งอุปกรณ์บันทึกภาพเป็นไปเพื่อจุดประสงค์ในการดูหรือบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นหรือไม่ จะต้องพิจารณาว่าผู้กระทำนำอุปกรณ์บันทึกภาพไปติดตั้งไว้ที่ใด อุปกรณ์บันทึกภาพนั้นติดตั้งในมุมมองอย่างไร และภาพที่ปรากฏในมุมมองที่ติดตั้งนั้นน่าจะแสดงให้เห็นภาพแบบใด เมื่อนำสามหลักเกณฑ์นี้มาพิจารณาก็จะทำให้สามารถพิสูจน์เจตนาพิเศษของผู้กระทำการติดตั้งได้ การกำหนดเจตนาพิเศษดังกล่าวจึงไม่ก่อให้เกิดปัญหาต่อการบังคับใช้กฎหมายแต่อย่างใด

(2.4) ความเหมาะสมของโทษ

กำหนดอัตราโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับเท่ากับความผิดฐานบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้ได้รับความยินยอม เพราะการติดตั้งอุปกรณ์บันทึกภาพนี้ช่วยเพิ่มความสะดวกให้แก่ผู้กระทำในการบันทึก โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากได้นำไปติดตั้งในที่สาธารณะที่มีผู้คนเข้าออกเป็นจำนวนมาก เช่น ห้องน้ำสาธารณะ ห้องลองเสื้อผ้า เป็นต้นย่อมส่งผลกระทบต่อความเป็นส่วนตัวของผู้อื่นเป็นจำนวนมาก ด้วยเหตุนี้จึงควรมีอัตราโทษที่ไม่น้อยไปกว่าฐานบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้ได้รับความยินยอม

(2.5) ข้อยกเว้นหรือข้อแก้ตัวของการกระทำความผิด

ฐานความผิดนี้ไม่อาจยกเอาความยินยอมของเจ้าของโรงเรือน หรือสิ่งปลูกสร้างมาอ้างเพื่อให้ผู้กระทำการติดตั้งพ้นผิดได้ เพราะหากการติดตั้งอุปกรณ์บันทึกภาพเป็นไปเพื่อจุดประสงค์ในการดูหรือบันทึกภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่น ผู้ที่เป็นเจ้าของหรือผู้ครอบครองโรงเรือน หรือสิ่งปลูกสร้างนั้นก็ไมอาจให้ความยินยอมในการติดตั้งได้ เพราะเป็นเรื่องที่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดีของประชาชน แม้ยินยอมก็ไม่เป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำการติดตั้งมีอำนาจกระทำได้ และอาจพิจารณาได้ว่าการที่ให้ความยินยอมเช่นนั้นเป็นการทำให้ผู้ให้ความยินยอมกลายเป็นผู้สนับสนุนผู้อื่นในการกระทำความผิดฐานติดตั้งอุปกรณ์บันทึกภาพลงบนโรงเรือน หรือสิ่งปลูกสร้าง เพราะเป็นการกระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวกในการที่ผู้อื่นกระทำความผิดก่อนหรือขณะกระทำความผิดนั่นเอง

(2.6) อื่น ๆ

ความผิดฐานนี้เป็นความผิดอันยอมความไม่ได้

(3) ความผิดฐานเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้ได้รับความยินยอม

(3.1) เหตุผลที่ต้องกำหนดให้เป็นความผิดอาญา

การเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมนั้นเกิดขึ้นในสองลักษณะ คือการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศที่ได้มาจากการบันทึกโดยไม่ได้ได้รับความยินยอม และการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศที่ได้มาจากการบันทึกโดยความยินยอม แต่แม้จะให้ความยินยอมในการบันทึกซึ่งเป็นการให้ความไว้วางใจระหว่างผู้บันทึกภาพและผู้ถูกบันทึกภาพซึ่งมักเกิดขึ้นในความสัมพันธ์ระหว่างคนรัก ก็มิได้หมายความว่ากรยินยอมให้บันทึกเช่นนั้นจะเป็นความยินยอมให้นำภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศออกเผยแพร่ได้โดยปริยาย ไม่ว่าจะกรณีจะเป็นประการใดการนำภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นออกเผยแพร่โดยไม่ได้ได้รับความยินยอมก็ส่งผลกระทบต่อเหยื่อในหลายแง่มุม ไม่ว่าจะเป็นการละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ให้ต้องถูกลดทอนจากการที่ผู้อื่นได้เห็นภาพดังกล่าว อันเป็นการซ้ำเติมและทำให้ผู้ถูกกระทำได้รับความเสียหายมากยิ่งขึ้น และยังเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำต้องทนทุกข์ทรมานถึงขนาดไม่อาจดำรงชีวิตได้ตามปกติสุข ในกรณีร้ายแรงก็ทำให้ผู้ถูกกระทำเกิดความเศร้าโศกเสียใจจนถึงขั้นฆ่าตัวตาย⁹

นอกจากนี้หากภาพนั้นมีลักษณะอันลามก ทั้งยังแพร่หลายเป็นข่าวดังในระบบอินเทอร์เน็ตก็จะทำให้ประชาชนให้ความสนใจยอมส่งผลให้เป็นการกระตุ้นกระแสนิยมสื่อลามกในสังคมมากยิ่งขึ้นโดยปริยาย อันเป็นการกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของสังคมในอีกทางหนึ่ง เพราะสิ่งอันลามกย่อมเป็นสาเหตุหนึ่งของการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ¹⁰ ประกอบกับบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับกับเรื่องดังกล่าวนี้คือความผิดฐานแพร่วัตถุหรือสิ่งอันลามก ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287 และความผิดฐานนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์

⁹ Berger, M., "Brazilian 17 Year Old Commits Suicide after Revenge Porn Posted Online," [Online], Accessed: 19 November 2017. Available from: <http://www.buzzfeed.com/miriamberger/brazilian-17-year-old-committsuicide-after-revenge-porn-pos#.ag6vyvV5Z>

¹⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและภาคโทษ, หน้า 132.

ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามก และข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 14 (4) ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยมุ่งควบคุมสื่อลามกอนาจารมิให้เผยแพร่ ออกเป็นวงกว้าง แต่การเผยแพร่สื่อลามกอนาจารในลักษณะที่ไม่เป็นการทำให้สื่อลามกอนาจารแพร่ ออกไปเป็นวงกว้าง เช่น การส่งจากบุคคลหนึ่งสู่อีกบุคคลหนึ่ง การส่งภายในกลุ่มเพื่อน จึงไม่เป็นการ ความผิดตามมาตรา 14 เพราะการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารในลักษณะที่เป็นวงแคบเป็นเรื่องส่วนบุคคล ที่ไม่อยู่ในความประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองในฐานะความผิดนี้ แต่หากภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับ อายทางเพศไม่มีลักษณะถึงขั้นลามก เป็นเพียงภาพที่มีความไม่สมควรทางเพศ เช่น ภาพหญิงสวม ผ้าถุงอาบน้ำ ซึ่งไม่แสดงให้เห็นหน้าอกหรืออวัยวะเพศ หรือภาพชายสวมกางเกงในนอนอยู่บนเตียงใน บ้านของตนเอง หรือภาพชายอาบน้ำฝักบัวโดยไม่เห็นอวัยวะเพศ การเผยแพร่ภาพลักษณะเช่นนี้ก็ไม่ เป็นความผิดเพราะขาดองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ จึงต้องพิจารณาความผิดฐานหมิ่น ประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326 หรือหมิ่นประมาทโดยการโฆษณา ตามมาตรา 328 แต่ฐานความผิดเหล่านี้มุ่งคุ้มครองชื่อเสียงของบุคคล หากภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทาง เพศไม่มีลักษณะลามก เป็นแต่เพียงภาพที่มีความไม่สมควรทางเพศ แม้ผู้ถูกกระทำจะมีความอับอาย จากภาพดังกล่าว แต่หากวิญญูชนพิจารณาว่าไม่ถึงขนาดเป็นเหตุให้ผู้นั้นเสื่อมเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ก็ไม่อาจนำความผิดฐานหมิ่นประมาทมาปรับใช้กับการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มี ลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมได้ เนื่องจากฐานความผิดนี้มุ่งคุ้มครอง ชื่อเสียงของบุคคลเป็นสำคัญ มิได้ให้ความคุ้มครองความเสียหายที่เกิดจากการละเมิดความเป็น ส่วนตัวแต่อย่างใด จึงมีข้อจำกัดที่จะคุ้มครองได้เฉพาะภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศที่ เข้าลักษณะลามกเท่านั้น จากข้อจำกัดดังกล่าว รัฐจึงมีความจำเป็นต้องกำหนดให้การเผยแพร่ภาพ ส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมเป็นความผิดอาญาเพื่อให้ สามารถคุ้มครองความเป็นส่วนตัวส่วนบุคคลได้อย่างมีประสิทธิภาพและเพียงพอ และยิ่งช่วยในการ ลดปัญหาการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศลงได้

(3.2) การกระทำที่เป็นความผิด

การที่ผู้กระทำเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่น โดยไม่ได้ได้รับความยินยอม โดยการเผยแพร่นั้น คือการทำให้ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศ ปรากฏแก่ผู้อื่น โดยไม่จำกัดวิธีการไม่ว่าจะเป็นการเผยแพร่ที่ได้กระทำในทางกายภาพ เช่น การพิมพ์ ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศออกมาเผยแพร่ หรือการนำภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับ

อายุทางเพศบนที่กลงบนแผ่นซีดี หรือจะได้ทำการเผยแพร่ผ่านระบบคอมพิวเตอร์ และแม้จะเป็นการเผยแพร่ต่อผู้อื่นเพียงคนเดียวก็เป็นการกระทำที่อยู่ในความหมายของการเผยแพร่

(3.3) เจตนาของผู้กระทำความผิด

ความผิดฐานนี้ผู้เขียนเสนอแนะให้กำหนดเจตนาธรรมดา ไม่ควรกำหนดเจตนาพิเศษเพื่อให้ผู้อื่นเกิดความเสียหาย เพราะเรื่องความรู้สึกนึกคิดเป็นเรื่องที่อยู่ในจิตใจของผู้กระทำโดยแท้ เป็นการยากอย่างยิ่งที่จะพิสูจน์เจตนาพิเศษเช่นนั้นให้ปราศจากข้อสงสัย อันจะเป็นการเผยแพร่โอกาสให้ผู้กระทำอ้างได้ว่าตนได้เผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศโดยมีเจตนาอย่างอื่น อันอาจเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำพ้นผิดได้

(3.4) ความเหมาะสมของโทษ

เมื่อพิจารณาผลกระทบที่ได้รับจากการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม พบว่าการกระทำนี้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อความเป็นส่วนตัวที่ถูกล่วงละเมิดในการที่ตนไม่อาจเลือกที่จะควบคุมการเปิดเผยร่างกายของตนต่อผู้อื่น นอกจากนี้ยังส่งผลกระทบต่อชื่อเสียงและศีลธรรมอันดีของประชาชน กรณีที่ภาพนั้นเข้าลักษณะลามกอนาจาร นอกจากนี้หากมีการเผยแพร่ภาพผ่านระบบอินเทอร์เน็ตจะเป็นการเผยแพร่โอกาสให้มีการคัดลอกสำเนาและทำการเผยแพร่ต่อไปอีกหลายทอด จนยากที่จะลบข้อมูลทั้งหมดได้ ส่งผลให้เหยื่อได้รับความเสียหายยิ่งขึ้น อันเป็นความผิดร้ายแรงที่สมควรกำหนดอัตราโทษให้สูงกว่าความผิดในขั้นตอนการบันทึก คือต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท ซึ่งเป็นอัตราโทษที่เท่ากับความผิดฐานหมิ่นประมาทโดยการโฆษณา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 328

(3.5) ข้อยกเว้นหรือข้อแก้ตัวของการกระทำความผิด

ข้อยกเว้นของการกระทำความผิดฐานนี้คือ ความยินยอม กล่าวคือหากผู้ที่ปรากฏในภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศให้ความยินยอมผู้กระทำในการเผยแพร่ ย่อมเป็นเสรีภาพในเรื่องทางเพศซึ่งสามารถกระทำได้ โดยที่ไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดีของประชาชน หากผู้ถูกกระทำให้ความยินยอมอันบริสุทธิ์ โดยปราศจากการหลอกลวง หรือสำคัญผิด หรือข่มขู่ด้วยประการใด ๆ ทั้งได้ให้ความยินยอมก่อนหรือขณะกระทำ และความยินยอมนั้นมีอยู่ตลอดเวลาที่ผู้กระทำได้กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ส่งผลให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้โดยไม่มี ความผิดแต่อย่างใด เว้นแต่กรณีที่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศนั้นมีลักษณะลามกอนาจาร คงให้ความยินยอมในการเผยแพร่ได้เฉพาะในวงแคบระหว่างบุคคลหรือในกลุ่มเพื่อนเพียง

ไม่ก็คนเท่านั้น เพราะการเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศที่เข้าลักษณะลามกอนาจารเป็นวงกว้างย่อมเป็นการกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายห้ามไว้โดยชัดแจ้ง จึงไม่อาจให้ความยินยอมในกรณีนี้ได้ เพราะเป็นความยินยอมที่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดีของประชาชน ทำให้การเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศซึ่งมีลักษณะลามกอนาจารของผู้อื่นเป็นวงกว้าง แม้ผู้ที่ปรากฏในภาพจะให้ความยินยอม ก็ไม่เป็นเหตุให้ผู้เผยแพร่มีอำนาจกระทำได้ ส่งผลให้การกระทำเป็นความผิดตามบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น

ข้อยกเว้นอีกประการคือการไม่นำฐานความผิดนี้มาใช้บังคับกับการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลและการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาคดี รวมทั้งการดำเนินงานตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา รวมทั้งการแพทย์ที่การรักษาบางกรณีจำเป็นต้องนำภาพที่มีลักษณะอับอายทางเพศมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยโรค และมีการเผยแพร่ให้ทีมแพทย์ได้พิจารณา จึงต้องคุ้มครองบุคลากรทางการแพทย์ไม่ให้เกิดความเสียหายจากความผิดฐานนี้ด้วย นอกจากนี้ยังไม่นำมาใช้กับการวิจัยต่าง ๆ ที่เป็นไปเพื่อสาธารณประโยชน์ด้านการศึกษาที่ควรได้รับความคุ้มครองเช่นกัน

(3.6) อื่น ๆ

ความผิดฐานนี้เป็นความผิดอันยอมความได้

กรณีความผิดฐานครอบครองภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นแม้ว่าแคนาดาและสาธารณรัฐสิงคโปร์จะได้มีการบัญญัติฐานความผิดเช่นนี้ไว้โดยมีเจตนารมณ์เพื่อมุ่งคุ้มครองเหยื่อ มิให้ผู้ใดครอบครองภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศของผู้อื่นอันอาจทำให้เกิดการกระจายเป็นวงกว้างได้ แต่ผู้เขียนเห็นว่า หากจะนำมาบัญญัติไว้โดยกำหนดเจตนาพิเศษก็เป็นกรยากที่โจทก์จะพิสูจน์เจตนาพิเศษได้ ซึ่งจะทำให้โจทก์ไม่อาจพิสูจน์ความผิดของจำเลยให้ศาลเชื่ออย่างสิ้นสงสัยว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริง ส่งผลให้ศาลต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่จำเลย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 227 ทำให้จำเลยในฐานความผิดนี้ พ้นผิดได้ โดยอาศัยข้อแก้ตัวว่าตนเองไม่มีเจตนาพิเศษเช่นนั้น แต่ถ้าจะไม่กำหนดเจตนาพิเศษ ก็จะเกิดปัญหาการแก่งแย่งฟ้องดำเนินคดีต่อกัน ทำให้ความผิดฐานนี้แทนที่จะมุ่งคุ้มครองเหยื่อได้สมดังเจตนารมณ์ที่มุ่งหวัง กลับกลายเป็นเครื่องมือในการกลั่นแกล้งกันทางคดี ซึ่งจะกระทบต่อกระบวนการยุติธรรมทั้งระบบ ขัดต่อหลักความสัมฤทธิ์ผล ดังนั้น ผู้เขียนจึงไม่เสนอแนะให้นำความผิด

ฐานครอบครองภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอัปยศทางเพศของผู้อื่นมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยเช่นเดียวกับสองประเทศดังกล่าว

กรณีความผิดฐานข่มขู่ว่าจะเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอัปยศทางเพศนั้นผู้เขียนเห็นว่าสามารถนำความผิดฐานข่มขู่ใจผู้อื่น ความผิดฐานกรรโชกทรัพย์ หรือรีดเอาทรัพย์ตามที่มีอยู่แล้ว ในประมวลกฎหมายอาญามาปรับใช้ได้ จึงไม่จำเป็นต้องกำหนดฐานความผิดนี้ขึ้นใหม่แต่อย่างใด

4. มาตรการอื่น

(1) การเพิ่มโทษกรณีกระทำความผิดอีก

ผู้เขียนเสนอแนะให้มีการแก้ไขบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญามาตรา 93 ว่าด้วยเรื่องการกระทำความผิดอีก โดยให้ฐานความผิดตามที่ได้เสนอแนะในหัวข้อที่ 3 หากผู้กระทำได้กระทำความผิดอีกเมื่อพ้นโทษมาแล้วไม่เกินสามปี ถ้าความผิดครั้งแรกเป็นความผิดซึ่งศาลพิพากษาลงโทษจำคุกไม่น้อยกว่าหกเดือน หากศาลจะพิพากษาลงโทษครั้งหลังถึงจำคุก ก็ให้เพิ่มโทษที่จะลงแก่ผู้นั้นถึงหนึ่งของโทษที่ศาลกำหนดสำหรับความผิดครั้งหลัง

(2) การส่งตัวตัวไปบำบัด

ผู้เขียนเสนอแนะให้ศาลใช้อำนาจตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 56 วรรคสอง เรื่องการกำหนดเงื่อนไขคุมประพฤติสำหรับผู้ที่กระทำความผิดอาญา โดยในอนุมาตราสิบของบทบัญญัติดังกล่าวได้ให้อำนาจศาลในการกำหนดเงื่อนไขอื่น ๆ ตามที่ศาลเห็นสมควรกำหนดเพื่อแก้ไข ฟื้นฟู หรือป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดกระทำหรือมีโอกาสกระทำความผิดขึ้นอีก หรือเงื่อนไขในการเยียวยาผู้เสียหายตามที่เห็นสมควร ดังนั้นหากศาลพิจารณาแล้วพบว่าจำเลยมีความผิดปกติทางเพศ (Sexual Disorders) ก็สามารถสั่งให้เข้ารับการประเมินทางจิต หรือได้รับการบำบัดรักษาทางจิต รวมถึงการได้รับคำปรึกษาจากนักจิตวิทยา และการบำบัดรักษาอย่างอื่นตามที่ศาลเห็นสมควร หรือศาลอาจออกคำสั่งห้ามจำเลยใช้อุปกรณ์ที่ได้กระทำความผิดนั้น เช่น ห้ามใช้กล้องถ่ายรูป หรือห้ามใช้อินเทอร์เน็ตภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติดังกล่าว

ผู้เขียนพบว่ากรณีปัญหาได้เกิดขึ้นในราชอาณาจักรไทยมาเป็นระยะเวลาอันยาวนาน ดังจะปรากฏให้เห็นในข่าวเสมอมา ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงได้ศึกษาถึงแนวทางการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น โดยพิจารณาถึงสาเหตุปัจจัยในการกระทำ ผลกระทบจากการกระทำ และแนวคิดที่เกี่ยวข้องในการคุ้มครองเหยื่อจากการกระทำดังกล่าว ตลอดจนทฤษฎีต่าง ๆ จากนั้นจึงได้ทำการพิจารณากฎหมายไทยอย่างถี่ถ้วน

และทราบว่ากฎหมายไทยเท่าที่มีอยู่ไม่อาจคุ้มครองเหยื่อได้ในทุกกรณีที่เกิดขึ้น และบทลงโทษในบางฐานความผิดที่นำมาปรับใช้นั้นก็ไม่รุนแรงพอที่จะข่มขู่ยับยั้งการกระทำความผิดได้ ดังนั้น ผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบจากกฎหมายต่างประเทศที่ได้บัญญัติฐานความผิดที่เกี่ยวข้องทั้งหลายไว้ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา มลรัฐนิวยอร์ก มลรัฐอิลลินอยส์ อังกฤษ แคนาดา และสาธารณรัฐสิงคโปร์ เพื่อใช้เป็นแนวทางในการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาของไทยให้สามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นได้อย่างเหมาะสม แม้ประเทศเหล่านี้จะมีระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณีที่แตกต่างจากราชอาณาจักรไทยที่ใช้ระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร แต่มาตรการทางกฎหมายของประเทศเหล่านี้ก็บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน จึงสามารถนำมาพิจารณาแนวทางในการกำหนดความรับผิดทางอาญาของไทยได้เป็นอย่างดี หลังจากที่ได้ผู้เขียนได้ทำการวิเคราะห์ห้บทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศแล้ว จึงได้นำบทบัญญัติที่เห็นว่าเหมาะสม ใช้เป็นแนวทางในการบัญญัติฐานความผิดขึ้นตามที่ได้เสนอแนะไปแล้วข้างต้น อันจะทำให้การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของผู้เสียหายจากการถูกบันทึกและเผยแพร่ภาพส่วนบุคคลที่มีลักษณะอับอายทางเพศโดยไม่ได้รับความยินยอมมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น สมดังสมมติฐานของการศึกษาที่ได้กำหนดไว้ตั้งแต่ต้น

อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่านอกจากการกำหนดความผิดรับผิดทางอาญาขึ้นเพื่อข่มขู่ยับยั้งมิให้ผู้ใดกล้ากระทำความผิด และตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมแล้ว ก็สมควรศึกษาถึงมาตรการเยียวยาเหยื่ออย่างเหมาะสม ซึ่งก็จะได้แก่มาตรการเยียวยาทางแพ่งในความผิดฐานละเมิด ซึ่งการใช้มาตรการทางแพ่งจะก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดีสูงทำให้เหยื่อที่ไม่มีฐานะทางการเงินหมดโอกาสในการได้รับการเยียวยา อีกทั้งมาตรการเยียวยาทางแพ่งดังกล่าวเป็นกรณีเรียกร้องให้ผู้กระทำละเมิดใช้ค่าสินไหมทดแทนอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 446 ซึ่งได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาหลายฉบับเป็นบรรทัดฐานว่ากรณีเรียกร้องค่าเสียหายต่อจิตใจในกรณีดังกล่าวนั้น จะสามารถเรียกค่าเสียหายได้เฉพาะความเสียหายต่อจิตใจอันเป็นผลเนื่องมาจากความเสียหายต่อร่างกาย สุขภาพ หรืออนามัย ไม่อาจเรียกร้องความเสียหายต่อความรู้สึก เช่น ค่าเช่าโศกเสียใจและผิดหวัง¹¹ ค่าชอกช้ำระกำใจ¹² ค่าวิบโยกโสมนัส¹³ ด้วยเหตุนี้หากจะใช้มาตรการทางอาญาด้วยการยื่นคำร้องขอค่าสินไหมทดแทนต่อศาลในคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 44/1 เพราะเหตุว่าได้รับความเสียหายต่อจิตใจ ย่อมไม่อาจ

¹¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 292/2502

¹² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 477/2514

¹³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 789/2502

เกิดขึ้นได้ในความผิดที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดความเป็นส่วนตัวนี้ ดังนั้น หากมีการศึกษาแนวทางการพัฒนาค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดในกรณีที่การกระทำละเมิดนั้นเป็นการกระทำต่อสิทธิส่วนบุคคลแล้วปรับปรุงบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในเรื่องการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนในคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ตามมาตรา 44/1 ให้สอดคล้องกันก็จะเป็นประโยชน์ในการคุ้มครองเหยื่อที่ถูกละเมิดความเป็นส่วนตัวได้รอบด้านมากยิ่งขึ้น



บรรณานุกรม

หนังสือ

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 4. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: พลสยาม พรินติ้ง, 2557.
- . คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: พลสยาม พรินติ้ง, 2551.
- คณพล จันทน์หอม. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2562.
- . คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึงลักษณะ 9. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2561.
- คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559.
- . กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556.
- . ประมวลกฎหมายอาญา : หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ. พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559.
- คณิน บุญสุวรรณ. สิทธิเสรีภาพของคนไทย ศักดิ์ศรีความเป็นคน. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2542.
- จิตติ ดิงศภัทย์. กฎหมายอาญา ภาค 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2555.
- . กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2548.
- . กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2553.
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2562.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 17. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559.
- . คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและภาคลหุโทษ. พิมพ์ครั้งที่ 15. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2561.
- . ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง. พิมพ์ครั้งที่ 39. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2561.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2558.
- ปกป้อง ศรีสนิท. กฎหมายอาญาขั้นสูง. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559.
- ประชุม โฉมฉาย. ทรัพย์สินเฉพาะตัวของทหาร: ปัญหาบางประการในกฎหมายโรมัน. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2538.
- ปริญญา ตีผดุง. รวมคำบรรยาย ภาคหนึ่ง สมัยที่ 70 ปีการศึกษา 2560 เล่มที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2560.
- ปรีดี เกษมทรัพย์ และ กิตติศักดิ์ ปรกติ. นิติปรัชญา. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560.
- ปิยะบุตร บุญอร่ามเรือง และคณะ. Thailand Data Protection Guidelines 2.0 : แนวปฏิบัติเกี่ยวกับการ

- คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2562.
- พรเพชร วิชิตชลชัย. คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม, 2550.
- ไพบุลย์ อมรภิญโญเกียรติ. คำอธิบาย พ.ร.บ.คอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550. กรุงเทพมหานคร: โปรวิชั่น, 2553.
- มานิตย์ จุมปา. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554.
- วนิดา แสงสารพันธ์. หลักกฎหมายสื่อสารมวลชน. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: อานกฎหมาย, 2561.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2538.
- วิชัย ศรีรัตน์. สิทธิมนุษยชนและสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทย. พิมพ์ครั้งที่ 1. หนังสือลำดับที่ 5 โครงการเผยแพร่กฎหมาย สิทธิมนุษยชนสู่ประชาชน, 2543.
- สมยศ เชื้อไทย. คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560.
- . นิติปรัชญา. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559.
- สรารุจ ปิตยาศักดิ์. คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 พร้อมด้วยประกาศกระทรวงที่เกี่ยวข้อง. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2561.
- สหรัฐ กิติ ศุภการ. หลักและคำพิพากษา : กฎหมายอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: อมรินทร์พรินต์ติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2562.
- สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง. หลักแห่งความได้สัดส่วน. กรุงเทพมหานคร: สำนักวิจัยและวิชาการ, 2548.
- หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญา ภาค 2-3. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- . ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. กรุงเทพมหานคร: ประกายพริก, 2538.
- . คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2561.
- อธิป จิตตฤกษ์ และ ปวรัตน์ ผลาสินธุ์. ความเป็นส่วนตัว ความรู้ฉบับพกพา. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: โอเพ่นเวิลด์ส, 2556.
- อรพรรณ พันสพัฒนา. คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557.

บทความ

- คณาธิป ทองรวีวงศ์. มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิบุคคลจากการกั้นแก้มรังแกออนไลน์ซึ่งนำไปสู่การฆ่าตัวตาย : ศึกษากรณีกฎหมายความปลอดภัยไซเบอร์. เอกสารหลังการประชุมวิชาการระดับชาติ (E-Proceedings) ARTS-LC(2558).

ณรงค์ ใจหาญ. รายงานสรุปโครงการวิจัย เรื่อง ศึกษาความเป็นไปได้ในการกำหนดชั้นโทษและการนำไปปรับใช้ใน
ประมวลกฎหมายอาญา. ตุลพาท 53, 2 (2549).

นันทัช กิจรานันท์. ธารก้านลในประมวลกฎหมายอาญา. ที่ระลึก 60 ปี พิพิธ ใจหาญ(มิถุนายน 2561).

สาวตรี สุขศรี. อาชญากรรมความรุนแรงบนอินเทอร์เน็ต. วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 47 (มิถุนายน 2561).

อาภัสรา เทพจำนง. พัฒนาการรัฐธรรมนูญไทยกับการคุ้มครองสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว (Privacy Rights): อดีต-
ปัจจุบัน-อนาคต. บทบัณฑิตย 63 (2550).

วิทยานิพนธ์

ประภิน ปรัชญาภรณ์. ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำความผิดอาญา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะ
นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2522.

บุญยวีร์ ประจวบลาภ. การอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมกับความรับผิดชอบทางอาญา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2555.

โสมนัส เจือศรีสกุล. มาตรการควบคุมต่อต้านสื่อลามกเด็ก. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2545.

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

kapook. สาววัยรุ่น แฉจับแฟนเก่าที่รู้จักผ่านแอปฯ ประจານรูปตอนมีเซ็กส์ ฉุนฉ่องไม่คืนดี [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:
<https://hilight.kapook.com/view/201472> [14 ธันวาคม 2563]

MThai. ตำรวจรวบหนุ่มโพสต์คลิปขณะมีเซ็กส์ประจານกึ่งเกา [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:
<https://news.mthai.com/general-news/371806.html> [1 มกราคม 2562]

PPTV Online. รวบหนุ่มตั้งกล้องแอบถ่ายในห้องน้ำหญิงแพร่กลุ่มไลน์ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:
<https://tinyurl.com/y2u2z52t> [13 ธันวาคม 2563]

ข่าว 8. สาวร้องถูกแฟนเก่าส่งรูปโป๊แบล็คเมลให้กลับไปคืนดี [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:
https://www.thaich8.com/news_detail/88122 [14 ธันวาคม 2563]

ข่าวสด. ครูสาวถึงซ็อก!! เจอแฟนเก่าโพสต์ภาพโป๊เปลือยประจານ โร้แจ้จตร.จับ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:
https://www.khaosod.co.th/view_newsonline.php?newsid=TVRReU1EVTBNVE0xTUE9PQ== [20 ธันวาคม 2561]

———. แฉที่มา! คลิปหลุด ‘โบว์ อยากรู้เลือกตั้ง’ โดนตามแอบถ่าย ใช้แต่วิธีสกรปรก [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:
https://www.khaosod.co.th/special-stories/news_1987363 [25 ธันวาคม 2561]

———. ผิวเมีย ผวา คนในหอพักแอบถ่ายตอนอาบน้ำ หวังโดนปล่อยรูปขายในตลาดมืด [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

- https://www.khaosod.co.th/breaking-news/news_2437940 [1 มกราคม 2562]
- . รู้แล้วใครทำ! ‘วัฒนา’ จ่อฟ้องโรงแรม ปมแอบถ่ายคลิป ชัดเผด็จการสกปรก! [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: https://www.khaosod.co.th/breaking-news/news_1996794 [10 เมษายน 2562]
- ช่องสาม. รวบหนุ่มโรคจิตแอบถ่ายได้กระโปรงสาวในห้างกลางเมืองสงขลา [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://news.ch3thailand.com/local/94278> [1 มกราคม 2562]
- . ผงะ! ผอ.รร.สายหิน ตั้งกล้องแอบถ่ายในห้องน้ำพับ สพป.เขต 2 ตั้งกรรมการสืบสวนพร้อมลงโทษ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://ch3thailandnews.bectero.com/news/205454> [13 ธันวาคม 2563]
- เดลินิวส์. รวบหนุ่มเห็นแอบถ่ายได้กระโปรงสาวคาหน่วยเลือกตั้ง [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://www.dailynews.co.th/regional/700335> [22 ธันวาคม 2561]
- ไทยรัฐ ออนไลน์. แอบถ่าย [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://tinyurl.com/yxltxekt> [1 มกราคม 2562]
- . จับอดีตนักโบราณคดี แอบถ่ายสาวในห้องน้ำห้างดังเชียงใหม่ ส่งตร.ดำเนินคดี [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://www.thairath.co.th/content/714713> [22 ธันวาคม 2561]
- . เพจดังแฉ ตร.ชู้อดีตแฟนสาว บังคับให้มานอนด้วย ไม่นับรูปไปหลุดแน่ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://www.thairath.co.th/news/society/1399180> [14 ธันวาคม 2563]
- ธนศ รัตนกุล. Cyber Bully เมื่ออินเทอร์เน็ตเปลี่ยนการกลั่นแกล้งให้เจ็บกว่า [ออนไลน์]. 16 แหล่งที่มา: <https://thematter.co/byte/cyber-bully-and-public-humiliation/8225> [16 ตุลาคม 2561]
- บีบีซี นิวส์ ไทย. บอส อยู่วิทยา : ย้อนรอย 8 ปี คดีทนายทกระทั่งแดง ผู้ต้องหาหนีคดีขับรถชน ตร.เสียชีวิต [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://www.bbc.com/thai/thailand-53522988> [10 พฤศจิกายน 2563]
- ราชบัณฑิตยสถาน. พจนานุกรม ราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.royin.go.th/dictionary/> [1 มกราคม 2561]
- ศุภวัชร มาลานนท์. ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลคือใคร ไม่อยากเป็นได้หรือไม่ ? [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://www.kaphoon.com/content/393519> [5 พฤศจิกายน 2563]
- สยามรัฐ. รายงานพิเศษ : วิถีเอาตัวให้รอดจาก "Revenge Porn" [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://siamrath.co.th/n/20017> [21 ธันวาคม 2561]
- สำนักงานสถิติแห่งชาติ. สรุปผลที่สำคัญ สำรองการมีการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารในครัวเรือน พ.ศ. 2558 [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://service.nso.go.th/nso/nsopublish/themes/files/ictth58.pdf> [22 ธันวาคม 2561]
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. หลักสัดส่วนในการกำหนดโทษ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

<http://web.krisdika.go.th/data/outsitedata/article77/file/13-10-60.pdf> [10 มกราคม 2561]

BOOKS

- Brown, J. Video Voyeurism, Privacy, and the Internet: Exposing Peeping Toms in Cyberspace. 18 ed.: Cardozo Arts & Ent. L.J., 2000.
- Foster, M. B. Masters of Political Thought: V.1 Plato to Machiavelli. Massachusetts: The Rideside Press Cambridge, 1941.
- Garner, B. A. Black's Law Dictionary. 10 ed.: St.Paul, MN: Thomson West, 2014.
- Kett, M. International Handbook of Penology and Criminal Justice. New York: CRC Press, 2007.
- Packer, H. L. The Limits of Criminal Sanction. Redwood City, California: Stanford University Press, 1968.
- Walker, N. Evidence before the Royal Commission on Penal System. New York: Basic Books, 1971.
- White, R. The Routledge Companion to Criminological Theory and Concepts. London: Routledge: Taylor & Francis Group, 2017.

ARTICLES

- Dworkin, G. The Younger Committee Report on Privacy. The Modern Law Review 36 (1973).
- Franks, D. K. C. a. M. A. Criminalizing Revenge Porn. Wake Forest Law Review 49 (2014): 346.
- Franks, M. A. Revenge Porn Reform: A View from the Front Lines. Florida Law review (2017).
- Genn, B. A. What Comes Off, Comes Back to Burn: Revenge Pornography as the Hot New Flame and How It Applies to the First Amendment and Privacy Law. American University Journal of Gender Social Policy and Law 23, No.1 (2014).
- Gillespie, A. A. Tackling Voyeurism: Is the Voyeurism (Offences) Act 2019 a Wasted Opportunity? Modern Law Review (2019).

- . “Trust Me, It’s Only for Me”: ‘Revenge Porn’ and the Criminal Law. Criminal Law Review (2015).
- Green, S. P. To See and Be Seen: Reconstructing the Law of Voyeurism and Exhibitionism. Criminal Law Review 55 (2018): 203-204.
- Koops, B. J. The Reasonableness of Remaining Unobserved: A Comparative Analysis of Visual Surveillance and Voyeurism in Criminal Law. Law and Social Inquiry 43 (2018).
- McCann, W. Upskirting: A Statutory Analysis of Legislative Responses to Video Voyeurism 10 Years Down the Road. Criminal Justice Review 43(4) (2018): 399.
- Nobles, M. R. Protection against Pursuit: A Conceptual and Empirical Comparison of Cyberstalking and Stalking Victimization among a National Sample. Justice Quarterly 31, 6 (2014).
- O’Neil, R. M. Privacy and Press Freedom: Paparazzi and Other Intruders. University of Illinois Law Review 2 (1999).
- Phippen, A. New Social Media Offences under the Criminal Justice and Courts Act and Serious Crime Bill: The Cultural Context. Entertainment Law Review (2015).
- Rothenberg, L. E. Re-Thinking Privacy: The Failure of Criminal Law to Recognize a Reasonable Expectation of Privacy in the Public Space. American University Law Review 49, 5 (1999).
- Vitale, A. Video Voyeurism and the Right to Privacy: The Time for Federal Legislation Is Now. Seton Hall Legislative Journal 27 (2003).
- Zeronda, N. D. Street Shootings: Covert Photography and Public Privacy. Vanderbilt Law Review (2010).

THESIS

- Setterfield, R. The Regulation of ‘Revenge Porn’ in England and Wales: Are Existing Legal Solutions Effective? Doctor of Philosophy, Faculty of Arts and Social Sciences University of Surrey. 2019.

ELECTRONIC MEDIA

- bbfc. Classification Guidelines [Online]. Available from: <https://www.bbfc.co.uk/about-classification/classification-guidelines> [28 October 2020]
- Berger, M. Brazilian 17 Year Old Commits Suicide after Revenge Porn Posted Online [Online]. Available from: <http://www.buzzfeed.com/miriamberger/brazilian-17-year-old-committsuicide-after-revenge-porn-pos#.ag6yvyV5Z> [19 November 2017]
- Cambridge Dictionary. [Online]. Available from: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/> [1 January 2561]
- Criminal Courts and Criminal Law Policy Unit. Voyeurism (Offences) Act 2019: Implementation of the Voyeurism (Offences) Act 2019 [Online]. Available from: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/790549/circular-voyeurism-offences-act-2019.pdf [21 October 2020]
- Cyber Civil Rights Initiative. 46 States + Dc + One Territory Now Have Revenge Porn Laws [Online]. Available from: <https://www.cybercivilrights.org/revenge-porn-laws/> [13 October 2020]
- Darke, A. Voyeurism, 'Cyber Flashing' to Be Criminalised from January as Legal Reforms Kick In [Online]. Available from: <https://www.channelnewsasia.com/news/singapore/voyeurism-cyber-flashing-doxing-crime-penal-code-reform-12215288> [28 October 2020]
- DeMarco, M. Live Coverage: Dharun Ravi Found Guilty on Most Counts in Webcam Spying Trial Verdict [Online]. Available from: http://www.nj.com/news/index.ssf/2012/03/ravi_webcam_trial_verdict.html [24 November 2017]
- Department of Justice. Cyberbullying and the Non-Consensual Distribution of Intimate Images [Online]. Available from: <https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/other-autre/cndii-cdncii/p6.html> [26 October 2020]
- . Voyeurism as a Criminal Offence: A Consultation Paper [Online]. Available from: <https://justice.gc.ca/eng/cons/voy/intro.html> [28 October 2020]

Garner, B. A. Black's Law Dictionary [Online]. Available from:

[https://www.westlaw.com/Document/I044fc5f3808511e4b391a0bc737b01f9/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&VR=3.0&RS=cblt1.0](https://www.westlaw.com/Document/I044fc5f3808511e4b391a0bc737b01f9/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&VR=3.0&RS=cblt1.0) [1 January 2018]

Hinduja, S. Revenge Porn Research, Laws, and Help for Victims [Online]. Available from:

<https://cyberbullying.org/revenge-porn-research-laws-help-victims> [24 November 2017]

Millner, C. Public Humiliation over Private Photos [Online]. Available from:

<http://www.sfgate.com/opinion/article/Public-humiliation-over-private-photos-4264155.php#photo-4161587> [12 November 2020]

Observer, C. Former Boyfriend Pleads No Contest over Sex Dvds [Online]. Available

from: <https://www.chesterfieldobserver.com/articles/news-briefs-33/> [24 November 2017]

Oxford University Press. Oxford English Dictionary [Online]. Available from:

<https://en.oxforddictionaries.com/> [1 January 2018]

Parliament of Canada. Legislative Summary of Bill C-13: An Act to Amend the Criminal Code, the Canada Evidence Act, the Competition Act and the Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act [Online]. Available from:

<https://tinyurl.com/yal69clc> [26 October 2020]

Smith, E. W. Jennifer Lawrence Speaks out About Reclaiming Her Body after Her Nude Photos Were Published without Her Consent [Online]. Available from:

<https://bust.com/feminism/194242-jennifer-lawrence-reclaiming-body-after-nude-photos.html> [11 November 2020]

The Criminal Law Notebook. Recklessness [Online]. Available from:

<http://criminalnotebook.ca/index.php/Recklessness> [28 October 2020]

The House of Commons. Sexual Offences Bill Fifth Report of Session 2002–03 [Online].

Available from:

<https://publications.parliament.uk/pa/cm200203/cmselect/cmhaff/639/639.pdf> [21 October 2020]

The Library of Congress. Thomas Edison Patented the Kinetoscope August 31, 1897

[Online]. Available from:

http://www.americaslibrary.gov/jb/gilded/jb_gilded_kinetscp_1.html [1 January 2018]

The official home of UK legislation. Sexual Offences Act 2003 (Explanatory Notes) [Online]. Available from: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/notes> [21 October 2020]

Wei, N. R. Criminal Law Reform Bill: A Look at Key Changes in the Penal Code [Online]. Available from: <https://www.todayonline.com/singapore/criminal-law-reform-bill-look-key-changes-penal-code> [28 October 2020]





ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

The United States Code
CHAPTER 88—PRIVACY

Section 1801 Video voyeurism

(a) Whoever, in the special maritime and territorial jurisdiction of the United States, has the intent to capture an image of a private area of an individual without their consent, and knowingly does so under circumstances in which the individual has a reasonable expectation of privacy, shall be fined under this title or imprisoned not more than one year, or both.

(b) In this section—

(1) the term “capture”, with respect to an image, means to videotape, photograph, film, record by any means, or broadcast;

(2) the term “broadcast” means to electronically transmit a visual image with the intent that it be viewed by a person or persons;

(3) the term “a private area of the individual” means the naked or undergarment clad genitals, pubic area, buttocks, or female breast of that individual;

(4) the term “female breast” means any portion of the female breast below the top of the areola; and

(5) the term “under circumstances in which that individual has a reasonable expectation of privacy” means—

(A) circumstances in which a reasonable person would believe that he or she could disrobe in privacy, without being concerned that an image of a private area of the individual was being captured; or

(B) circumstances in which a reasonable person would believe that a private area of the individual would not be visible to the public, regardless of whether that person is in a public or private place.

(c) This section does not prohibit any lawful law enforcement, correctional, or intelligence activity.

New York Penal Law
Title N
Offenses Against the Right to Privacy

Section 250.15 Unlawful dissemination or publication of an intimate image

1. A person is guilty of unlawful dissemination or publication of an intimate image when:

(a) with intent to cause harm to the emotional, financial or physical welfare of another person, he or she intentionally disseminates or publishes a still or video image of such other person, who is identifiable from the still or video image itself or from information displayed in connection with the still or video image, without such other person's consent, which depicts:

(i) an unclothed or exposed intimate part of such other person;

or

(ii) such other person engaging in sexual conduct as defined in subdivision ten of section 130.00 of this chapter with another person; and

(b) such still or video image was taken under circumstances when the person depicted had a reasonable expectation that the image would remain private and the actor knew or reasonably should have known the person depicted intended for the still or video image to remain private, regardless of whether the actor was present when the still or video image was taken.

2. For purposes of this section "intimate part" means the naked genitals, pubic area, anus or female nipple of the person.

2-a. For purposes of this section "disseminate" and "publish" shall have the same meaning as defined in section 250.40 of this title.

3. This section shall not apply to the following:

(a) the reporting of unlawful conduct;

(b) dissemination or publication of an intimate image made during lawful and common practices of law enforcement, legal proceedings or medical treatment;

(c) images involving voluntary exposure in a public or commercial setting; or

(d) dissemination or publication of an intimate image made for a legitimate public purpose.

4. Nothing in this section shall be construed to limit, or to enlarge, the protections that 47 U.S.C § 230 confers on an interactive computer service for content provided by another information content provider, as such terms are defined in 47 U.S.C. § 230.

Unlawful dissemination or publication of an intimate image is a class A misdemeanor.

Section 250.40 Unlawful surveillance; definitions.

The following definitions shall apply to sections 250.45, 250.50, 250.55 and 250.60 of this article:

1. "Place and time when a person has a reasonable expectation of privacy" means a place and time when a reasonable person would believe that he or she could fully disrobe in privacy.

2. "Imaging device" means any mechanical, digital or electronic viewing device, camera, cellular phone or any other instrument capable of recording, storing or transmitting visual images that can be utilized to observe a person.

3. "Sexual or other intimate parts" means the human male or female genitals, pubic area or buttocks, or the female breast below the top of the nipple, and shall include such part or parts which are covered only by an undergarment.

4. "Broadcast" means electronically transmitting a visual image with the intent that it be viewed by a person.

5. "Disseminate" means to give, provide, lend, deliver, mail, send, Forward, transfer or transmit, electronically or otherwise to another person.

6. "Publish" means to (a) disseminate, as defined in subdivision five of this section, with the intent that such image or images be disseminated to ten or more persons; or (b) disseminate with the intent that such images be sold by another person; or (c) post, present, display, exhibit, circulate, advertise or allows

access, electronically or otherwise, so as to make an image or images available to the public; or (d) disseminate with the intent that an image or images be posted, presented, displayed, exhibited, circulated, advertised or made accessible, electronically or otherwise and to make such image or images available to the public.

7. "Sell" means to disseminate to another person, as defined in subdivision five of this section, or to publish, as defined in subdivision six of this section, in exchange for something of value.

Section 250.45 Unlawful surveillance in the second degree.

A person is guilty of unlawful surveillance in the second degree when:

1. For his or her own, or another person's amusement, entertainment, or profit, or for the purpose of degrading or abusing a person, he or she intentionally uses or installs, or permits the utilization or installation of an imaging device to surreptitiously view, broadcast or record a person dressing or undressing or the sexual or other intimate parts of such person at a place and time when such person has a reasonable expectation of privacy, without such person's knowledge or consent; or

2. For his or her own, or another person's sexual arousal or sexual gratification, he or she intentionally uses or installs, or permits the utilization or installation of an imaging device to surreptitiously view, broadcast or record a person dressing or undressing or the sexual or other intimate parts of such person at a place and time when such person has a reasonable expectation of privacy, without such person's knowledge or consent; or

3. (a) For no legitimate purpose, he or she intentionally uses or installs, or permits the utilization or installation of an imaging device to surreptitiously view, broadcast or record a person in a bedroom, changing room, fitting room, restroom, toilet, bathroom, washroom, shower or any room assigned to guests or patrons in a motel, hotel or inn, without such person's knowledge or consent.

(b) For the purposes of this subdivision, when a person uses or installs, or permits the utilization or installation of an imaging device in a bedroom, changing room, fitting room, restroom, toilet, bathroom, washroom, shower or any

room assigned to guests or patrons in a hotel, motel or inn, there is a rebuttable presumption that such person did so for no legitimate purpose; or

4. Without the knowledge or consent of a person, he or she intentionally uses or installs, or permits the utilization or installation of an imaging device to surreptitiously view, broadcast or record, under the clothing being worn by such person, the sexual or other intimate parts of such person; or

5. For his or her own, or another individual's amusement, entertainment, profit, sexual arousal or gratification, or for the purpose of degrading or abusing a person, the actor intentionally uses or installs or permits the utilization or installation of an imaging device to surreptitiously view, broadcast, or record such person in an identifiable manner:

(a) engaging in sexual conduct, as defined in subdivision ten of section 130.00 of this part;

(b) in the same image with the sexual or intimate part of any other person; and

(c) at a place and time when such person has a reasonable expectation of privacy, without such person's knowledge or consent.

Unlawful surveillance in the second degree is a class E felony.

Section 250.50 Unlawful surveillance in the first degree.

A person is guilty of unlawful surveillance in the first degree when he or she commits the crime of unlawful surveillance in the second degree and has been previously convicted within the past ten years of unlawful surveillance in the first or second degree.

Unlawful surveillance in the first degree is a class D felony.

Section 250.55 Dissemination of an unlawful surveillance image in the second degree.

A person is guilty of dissemination of an unlawful surveillance image in the second degree when he or she, with knowledge of the unlawful conduct by which an image or images of the sexual or other intimate parts of another person or persons were obtained and such unlawful conduct would satisfy the essential elements of the crime of unlawful surveillance in the first or second degree, as

defined, respectively, in section 250.50 or 250.45 of this article, intentionally disseminates such image or images.

Dissemination of an unlawful surveillance image in the second degree is a class A misdemeanor.

Section 250.60 Dissemination of an unlawful surveillance image in the first degree.

A person is guilty of dissemination of an unlawful surveillance image in the first degree when:

1. He or she, with knowledge of the unlawful conduct by which an image or images of the sexual or other intimate parts of another person or persons were obtained and such unlawful conduct would satisfy the essential elements of the crime of unlawful surveillance in the first or second degree, sells or publishes such image or images; or

2. Having created a surveillance image in violation of section 250.45 or 250.50 of this article, or in violation of the law in any other jurisdiction which includes all of the essential elements of either such crime, or having acted as an accomplice to such crime, or acting as an agent to the person who committed such crime, he or she intentionally disseminates such unlawfully created image; or

3. He or she commits the crime of dissemination of an unlawful surveillance image in the second degree and has been previously convicted within the past ten years of dissemination of an unlawful surveillance image in the first or second degree.

Dissemination of an unlawful surveillance image in the first degree is a class E felony.

Section 250.65 Additional provisions.

1. The provisions of sections 250.45, 250.50, 250.55 and 250.60 of this article do not apply with respect to any: (a) law enforcement personnel engaged in the conduct of their authorized duties; (b) security system wherein a written notice is conspicuously posted on the premises stating that a video surveillance system has been installed for the purpose of security; or (c) video

surveillance devices installed in such a manner that their presence is clearly and immediately obvious.

2. With respect to sections 250.55 and 250.60 of this article, the provisions of subdivision two of section 235.15 and subdivisions one and two of section 235.24 of this chapter shall apply.

Illinois Statutes
Criminal Code of 2012
Article 26 - Disorderly Conduct

Section 26-4. Unauthorized video recording and live video transmission.

(a) It is unlawful for any person to knowingly make a video record or transmit live video of another person without that person's consent in a restroom, tanning bed, tanning salon, locker room, changing room, or hotel bedroom.

(a-5) It is unlawful for any person to knowingly make a video record or transmit live video of another person in that other person's residence without that person's consent.

(a-6) It is unlawful for any person to knowingly make a video record or transmit live video of another person in that other person's residence without that person's consent when the recording or transmission is made outside that person's residence by use of an audio or video device that records or transmits from a remote location.

(a-10) It is unlawful for any person to knowingly make a video record or transmit live video of another person under or through the clothing worn by that other person for the purpose of viewing the body of or the undergarments worn by that other person without that person's consent.

(a-15) It is unlawful for any person to place or cause to be placed a device that makes a video record or transmits a live video in a restroom, tanning bed, tanning salon, locker room, changing room, or hotel bedroom with the intent to make a video record or transmit live video of another person without that person's consent.

(a-20) It is unlawful for any person to place or cause to be placed a device that makes a video record or transmits a live video with the intent to make a video record or transmit live video of another person in that other person's residence without that person's consent.

(a-25) It is unlawful for any person to, by any means, knowingly disseminate, or permit to be disseminated, a video record or live video that he or she knows to have been made or transmitted in violation of (a), (a-5), (a-6), (a-10), (a-15), or (a-20).

(b) Exemptions. The following activities shall be exempt from the provisions of this Section:

(1) The making of a video record or transmission of live video by law enforcement officers pursuant to a criminal investigation, which is otherwise lawful;

(2) The making of a video record or transmission of live video by correctional officials for security reasons or for investigation of alleged misconduct involving a person committed to the Department of Corrections; and

(3) The making of a video record or transmission of live video in a locker room by a reporter or news medium, as those terms are defined in Section 8-902 of the Code of Civil Procedure, where the reporter or news medium has been granted access to the locker room by an appropriate authority for the purpose of conducting interviews.

(c) The provisions of this Section do not apply to any sound recording or transmission of an oral conversation made as the result of the making of a video record or transmission of live video, and to which Article 14 of this Code applies.

(d) Sentence.

(1) A violation of subsection (a-10), (a-15), or (a-20) is a Class A misdemeanor.

(2) A violation of subsection (a), (a-5), or (a-6) is a Class 4 felony.

(3) A violation of subsection (a-25) is a Class 3 felony.

(4) A violation of subsection (a), (a-5), (a-6), (a-10), (a-15) or (a-20) is a Class 3 felony if the victim is a person under 18 years of age or if the violation is committed by an individual who is required to register as a sex offender under the Sex Offender Registration Act.

(5) A violation of subsection (a-25) is a Class 2 felony if the victim is a person under 18 years of age or if the violation is committed by an individual who is required to register as a sex offender under the Sex Offender Registration Act.

(e) For purposes of this Section:

(1) "Residence" includes a rental dwelling, but does not include stairwells, corridors, laundry facilities, or additional areas in which the general public has access.

(2) "Video record" means and includes any videotape, photograph, film, or other electronic or digital recording of a still or moving visual image; and "live video" means and includes any real-time or contemporaneous electronic or digital transmission of a still or moving visual image.

Article 11 - Sex Offenses

Section 11-23.5. Non-consensual dissemination of private sexual images.

(a) Definitions. For the purposes of this Section:

"Image" includes a photograph, film, videotape, digital recording, or other depiction or portrayal of an object, including a human body.

"Intimate parts" means the fully unclothed, partially unclothed or transparently clothed genitals, pubic area, anus, or if the person is female, a partially or fully exposed nipple, including exposure through transparent clothing.

"Sexual act" means sexual penetration, masturbation, or sexual activity.

"Sexual activity" means any:

(1) knowing touching or fondling by the victim or another person or animal, either directly or through clothing, of the sex organs, anus, or breast of the victim or another person or animal for the purpose of sexual gratification or arousal; or

(2) any transfer or transmission of semen upon any part of the clothed or unclothed body of the victim, for the purpose of sexual gratification or arousal of the victim or another; or

(3) an act of urination within a sexual context; or

(4) any bondage, fetter, or sadism masochism; or

(5) sadomasochism abuse in any sexual context.

(b) A person commits non-consensual dissemination of private sexual images when he or she:

(1) intentionally disseminates an image of another person:

(A) who is at least 18 years of age; and

(B) who is identifiable from the image itself or information displayed in connection with the image; and

(C) who is engaged in a sexual act or whose intimate parts are exposed, in whole or in part; and

(2) obtains the image under circumstances in which a reasonable person would know or understand that the image was to remain private; and

(3) knows or should have known that the person in the image has not consented to the dissemination.

(c) The following activities are exempt from the provisions of this Section:

(1) The intentional dissemination of an image of another identifiable person who is engaged in a sexual act or whose intimate parts are exposed when the dissemination is made for the purpose of a criminal investigation that is otherwise lawful.

(2) The intentional dissemination of an image of another identifiable person who is engaged in a sexual act or whose intimate parts are exposed when the dissemination is for the purpose of, or in connection with, the reporting of unlawful conduct.

(3) The intentional dissemination of an image of another identifiable person who is engaged in a sexual act or whose intimate parts are exposed when the images involve voluntary exposure in public or commercial settings.

(4) The intentional dissemination of an image of another identifiable person who is engaged in a sexual act or whose intimate parts are exposed when the dissemination serves a lawful public purpose.

... (f) Sentence. Non-consensual dissemination of private sexual images is a Class 4 felony.



SEXUAL OFFENCE ACT 2003

CHAPTER 42

PART 1

SEXUAL OFFENCES

Other offences

Section 67 Voyeurism

(1) A person commits an offence if—

(a) for the purpose of obtaining sexual gratification, he observes another person doing a private act, and

(b) he knows that the other person does not consent to being observed for his sexual gratification.

(2) A person commits an offence if—

(a) he operates equipment with the intention of enabling another person to observe, for the purpose of obtaining sexual gratification, a third person (B) doing a private act, and

(b) he knows that B does not consent to his operating equipment with that intention.

(3) A person commits an offence if—

(a) he records another person (B) doing a private act,

(b) he does so with the intention that he or a third person will, for the purpose of obtaining sexual gratification, look at an image of B doing the act, and

(c) he knows that B does not consent to his recording the act with that intention.

(4) A person commits an offence if he installs equipment, or constructs or adapts a structure or part of a structure, with the intention of enabling himself or another person to commit an offence under subsection (1).

(5) 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 2 years.

Section 67A Voyeurism: additional offences

(1) A person (A) commits an offence if—

(a) A operates equipment beneath the clothing of another person (B),

(b) A does so with the intention of enabling A or another person (C), for a purpose mentioned in subsection (3), to observe—

(i) B's genitals or buttocks (whether exposed or covered with underwear), or

(ii) the underwear covering B's genitals or buttocks, in circumstances where the genitals, buttocks or underwear would not otherwise be visible, and

(c) A does so—

(i) without B's consent, and

(ii) without reasonably believing that B consents.

(2) A person (A) commits an offence if—

(a) A records an image beneath the clothing of another person (B),

(b) the image is of—

(i) B's genitals or buttocks (whether exposed or covered with underwear), or

(ii) the underwear covering B's genitals or buttocks, in circumstances where the genitals, buttocks or underwear would not otherwise be visible,

(c) A does so with the intention that A or another person (C) will look at the image for a purpose mentioned in subsection (3), and

(d) A does so—

(i) without B's consent, and

(ii) without reasonably believing that B consents.

(3) The purposes referred to in subsections (1) and (2) are—

(a) obtaining sexual gratification (whether for A or C);

(b) humiliating, alarming or distressing B.

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

(a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 12 months, or to a fine, or to both;

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

Section 68 Voyeurism: interpretation

(1) For the purposes of section 67, a person is doing a private act if the person is in a place which, in the circumstances, would reasonably be expected to provide privacy, and—

(a) the person's genitals, buttocks or breasts are exposed or covered only with underwear,

(b) the person is using a lavatory, or

(c) the person is doing a sexual act that is not of a kind ordinarily done in public.

(1A) For the purposes of sections 67 and 67A, operating equipment includes enabling or securing its activation by another person without that person's knowledge.

(2) In section 67, "structure" includes a tent, vehicle or vessel or other temporary or movable structure.

Criminal Justice and Courts Act 2015

PART 1 Criminal Justice

Offences involving intent to cause distress etc

Section 33 Disclosing private sexual photographs and films with intent to cause distress

(1) It is an offence for a person to disclose a private sexual photograph or film if the disclosure is made—

(a) without the consent of an individual who appears in the photograph or film, and

(b) with the intention of causing that individual distress.

(2) But it is not an offence under this section for the person to disclose the photograph or film to the individual mentioned in subsection (1)(a) and (b).

(3) It is a defence for a person charged with an offence under this section to prove that he or she reasonably believed that the disclosure was necessary for the purposes of preventing, detecting or investigating crime.

(4) It is a defence for a person charged with an offence under this section to show that—

(a) the disclosure was made in the course of, or with a view to, the publication of journalistic material, and

(b) he or she reasonably believed that, in the particular circumstances, the publication of the journalistic material was, or would be, in the public interest.

(5) It is a defence for a person charged with an offence under this section to show that—

(a) he or she reasonably believed that the photograph or film had previously been disclosed for reward, whether by the individual mentioned in subsection (1)(a) and (b) or another person, and

(b) he or she had no reason to believe that the previous disclosure for reward was made without the consent of the individual mentioned in subsection (1)(a) and (b).

(6) A person is taken to have shown the matters mentioned in subsection (4) or (5) if—

(a) sufficient evidence of the matters is adduced to raise an issue with respect to it, and

(b) the contrary is not proved beyond reasonable doubt.

(7) For the purposes of subsections (1) to (5)—

(a) “consent” to a disclosure includes general consent covering the disclosure, as well as consent to the particular disclosure, and

(b) “publication” of journalistic material means disclosure to the public at large or to a section of the public.

(8) A person charged with an offence under this section is not to be taken to have disclosed a photograph or film with the intention of causing distress merely because that was a natural and probable consequence of the disclosure.

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

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

(b) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 12 months or a fine (or both).

Section 34 Meaning of “disclose” and “photograph or film”

(1) The following apply for the purposes of section 33, this section and section 35.

(2) A person “discloses” something to a person if, by any means, he or she gives or shows it to the person or makes it available to the person.

(3) Something that is given, shown or made available to a person is disclosed—

(a) whether or not it is given, shown or made available for reward, and

(b) whether or not it has previously been given, shown or made available to the person.

(4) “Photograph or film” means a still or moving image in any form that—

(a) appears to consist of or include one or more photographed or filmed images, and

(b) in fact consists of or includes one or more photographed or filmed images.

(5) The reference in subsection (4)(b) to photographed or filmed images includes photographed or filmed images that have been altered in any way.

(6) “Photographed or filmed image” means a still or moving image that—

(a) was originally captured by photography or filming, or

(b) is part of an image originally captured by photography or filming.

(7) “Filming” means making a recording, on any medium, from which a moving image may be produced by any means.

(8) References to a photograph or film include—

(a) a negative version of an image described in subsection (4), and

(b) data stored by any means which is capable of conversion into an image described in subsection (4).

Section 35 Meaning of “private” and “sexual”

(1) The following apply for the purposes of section 33.

(2) A photograph or film is “private” if it shows something that is not of a kind ordinarily seen in public.

(3) A photograph or film is “sexual” if—

(a) it shows all or part of an individual’s exposed genitals or pubic area,

(b) it shows something that a reasonable person would consider to be sexual because of its nature, or

(c) its content, taken as a whole, is such that a reasonable person would consider it to be sexual.

(4) Subsection (5) applies in the case of —

(a) a photograph or film that consists of or includes a photographed or filmed image that has been altered in any way,

(b) a photograph or film that combines two or more photographed or filmed images, and

(c) a photograph or film that combines a photographed or filmed image with something else.

(5) The photograph or film is not private and sexual if—

(a) it does not consist of or include a photographed or filmed image that is itself private and sexual,

(b) it is only private or sexual by virtue of the alteration or combination mentioned in subsection (4), or

(c) it is only by virtue of the alteration or combination mentioned in subsection (4) that the person mentioned in section 33(1) (a) and (b) is shown as part of, or with, whatever makes the photograph or film private and sexual.

Criminal Code of Canada

PART V

SEXUAL OFFENCES, PUBLIC MORALS AND DISORDERLY CONDUCT

Voyeurism

Section 162 (1) Every one commits an offence who, surreptitiously, observes — including by mechanical or electronic means — or makes a visual recording of a person who is in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy, if

(a) the person is in a place in which a person can reasonably be expected to be nude, to expose his or her genital organs or anal region or her breasts, or to be engaged in explicit sexual activity;

(b) the person is nude, is exposing his or her genital organs or anal region or her breasts, or is engaged in explicit sexual activity, and the observation or recording is done for the purpose of observing or recording a person in such a state or engaged in such an activity; or

(c) the observation or recording is done for a sexual purpose.

Definition of visual recording

(2) In this section, visual recording includes a photographic, film or video recording made by any means.

Exemption

(3) Paragraphs (1)(a) and (b) do not apply to a peace officer who, under the authority of a warrant issued under section 487.01, is carrying out any activity referred to in those paragraphs.

Printing, publication, etc., of voyeuristic recordings

(4) Every one commits an offence who, knowing that a recording was obtained by the commission of an offence under subsection (1), prints, copies, publishes, distributes, circulates, sells, advertises or makes available the recording, or has the recording in his or her possession for the purpose of printing, copying, publishing, distributing, circulating, selling or advertising it or making it available.

Punishment

(5) Every one who commits an offence under subsection (1) or (4)

(a) is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years; or

(b) is guilty of an offence punishable on summary conviction.

Defence

(6) No person shall be convicted of an offence under this section if the acts that are alleged to constitute the offence serve the public good and do not extend beyond what serves the public good.

Question of law, motives

(7) For the purposes of subsection (6),

(a) it is a question of law whether an act serves the public good and whether there is evidence that the act alleged goes beyond what serves the public good, but it is a question of fact whether the act does or does not extend beyond what serves the public good; and

(b) the motives of an accused are irrelevant.

Publication, etc., of an intimate image without consent

Section 162.1 (1) Everyone who knowingly publishes, distributes, transmits, sells, makes available or advertises an intimate image of a person knowing that the person depicted in the image did not give their consent to that conduct, or being reckless as to whether or not that person gave their consent to that conduct, is guilty

(a) of an indictable offence and liable to imprisonment for a term of not more than five years; or

(b) of an offence punishable on summary conviction.

Definition of intimate image

(2) In this section, intimate image means a visual recording of a person made by any means including a photographic, film or video recording,

(a) in which the person is nude, is exposing his or her genital organs or anal region or her breasts or is engaged in explicit sexual activity;

(b) in respect of which, at the time of the recording, there were circumstances that gave rise to a reasonable expectation of privacy; and

(c) in respect of which the person depicted retains a reasonable expectation of privacy at the time the offence is committed.

Defence

(3) No person shall be convicted of an offence under this section if the conduct that forms the subject-matter of the charge serves the public good and does not extend beyond what serves the public good.

Question of fact and law, motives

(4) For the purposes of subsection (3),

(a) it is a question of law whether the conduct serves the public good and whether there is evidence that the conduct alleged goes beyond what serves the public good, but it is a question of fact whether the conduct does or does not extend beyond what serves the public good; and

(b) the motives of an accused are irrelevant.

Prohibition order

Section 162.2 (1) When an offender is convicted, or is discharged on the conditions prescribed in a probation order under section 730, of an offence referred to in subsection 162.1(1), the court that sentences or discharges the offender, in addition to any other punishment that may be imposed for that offence or any other condition prescribed in the order of discharge, may make, subject to the conditions or exemptions that the court directs, an order prohibiting the offender from using the Internet or other digital network, unless the offender does so in accordance with conditions set by the court.

The Penal Code of Singapore

Chapter XVI Offences Affecting The Human Body

Sexual Offences

Voyeurism

Section 377BB.—(1) Any person (A) shall be guilty of an offence who —

(a) intentionally observes another person (B) doing a private act without B's consent; and

(b) knows or has reason to believe that B does not consent to being observed.

(2) Any person (A) shall be guilty of an offence who —

(a) operates equipment with the intention of enabling A or another person to observe a third person (B) doing a private act without B's consent; and

(b) knows or has reason to believe that B (whether B's private act was recorded or not) does not consent to A operating equipment with that intention.

(3) Any person (A) shall be guilty of an offence who —

(a) intentionally or knowingly records another person (B) doing a private act without B's consent; and

(b) knows or has reason to believe that B does not consent to A recording the act.

(4) Any person (A) shall be guilty of an offence who —

(a) operates equipment without another person's (B) consent with the intention of enabling A or another person (C) to observe B's genitals, breasts if B is female, or buttocks (whether exposed or covered) in circumstances where the genitals, breasts, buttocks or underwear would not otherwise be visible; and

(b) knows or has reason to believe that B (whether B's image was recorded or not) does not consent to A operating the equipment with that intention.

(5) Any person (A) shall be guilty of an offence who —

(a) intentionally or knowingly records without another person's (B) consent an image of B's genitals, breasts if B is female, or buttocks (whether exposed or covered), in circumstances where the genitals, breasts, buttocks or underwear would not otherwise be visible; and

(b) knows or has reason to believe that B does not consent to A recording the image.

(6) Any person (A) who installs equipment, or constructs or adapts a structure or part of a structure, with the intention of enabling A or another person to commit an offence under subsection (1), (2), (3), (4) or (5) shall be guilty of an offence.

(7) Subject to subsection (8), a person who is guilty of an offence under this section shall on conviction be punished with imprisonment for a term which may extend to 2 years, or with fine, or with caning, or with any combination of such punishments.

(8) A person who commits an offence under this section against a person who is below 14 years of age shall on conviction be punished with imprisonment for a term which may extend to 2 years and shall also be liable to fine or to caning.

(9) In any proceedings for an offence under this section, where a person (A) has made a recording of another person (B) doing a private act or of B's genitals, breasts if B is female, or buttocks (whether exposed or covered), in circumstances where the genitals, breasts or buttocks would not otherwise be visible, it is presumed until the contrary is proved that B did not consent to A making the recording.

Distribution of voyeuristic image or recording

Section 377BC.—(1) Any person (A) shall be guilty of an offence who —

(a) intentionally or knowingly distributes an image or recording of another person (B) without B's consent to the distribution;

(b) knowing or having reason to believe that the image or recording was obtained through the commission of an offence under section 377BB; and

(c) knows or has reason to believe that B does not consent to the distribution.

(2) Any person (A) shall be guilty of an offence who —

(a) intentionally or knowingly has in his possession an image or recording of another person (B) for the purpose of distribution without B's consent to the distribution;

(b) knowing or having reason to believe that the image or recording was obtained through the commission of an offence under section 377BB; and

(c) knows or has reason to believe that B does not consent to the distribution.

(3) Subject to subsection (4), a person who is guilty of an offence under subsection (1) or (2) shall on conviction be punished with imprisonment for a term which may extend to 5 years, or with fine, or with caning, or any combination of such punishments.

(4) Where the image or recording in subsection (1) or (2) is of a person below 14 years of age, a person who is guilty of an offence under subsection (1) or (2) shall on conviction be punished with imprisonment for a term which may extend to 5 years, and shall also be liable to fine or to caning.

Possession of or gaining access to voyeuristic or intimate image or recording

Section 377BD.—(1) Any person shall be guilty of an offence who has in his possession or has gained access to an image or recording of another person and —

(a) knows or has reason to believe that the image or recording was obtained through the commission of an offence under section 377BB; or

(b) knows or has reason to believe that —

(i) the image or recording is an intimate image or recording as defined in section 377BE(5);

(ii) the possession of or access to the image or recording was without the consent of the person depicted in the image or recording; and

(iii) the possession of or access to the image or recording will or is likely to cause humiliation, alarm or distress to the person depicted in the image or recording.

(2) Subject to subsection (3), a person who is guilty of an offence under this section shall on conviction be punished with imprisonment for a term which may extend to 2 years, or with fine, or with both.

(3) Where the image or recording mentioned in subsection (1)(a) is of a person below 14 years of age, a person who is guilty of an offence under this section shall on conviction be punished with imprisonment for a term which may extend to 2 years, and shall also be liable to fine or to caning.

(4) For the purposes of subsection (1) —

(a) a person has in his possession an image or recording of another person that is in electronic form if he controls access to the electronic image or

recording, whether or not he has physical possession of the electronic image or recording; and

(b) the ways in which a person gains access to an image or recording may include —

(i) viewing or displaying it by an electronic medium or any other output of the image by an electronic medium; or

(ii) communicating, sending, supplying or transmitting the image to himself or herself.

Distributing or threatening to distribute intimate image or recording

Section 377BE.—(1) Any person (A) shall be guilty of an offence who —

(a) intentionally or knowingly distributes an intimate image or recording of another person (B);

(b) without B's consent to the distribution; and

(c) knows or has reason to believe that the distribution will or is likely to cause B humiliation, alarm or distress.

(2) Any person (A) shall be guilty of an offence who —

(a) knowingly threatens the distribution of an intimate image or recording of another person (B);

(b) without B's consent to the distribution; and

(c) knows or has reason to believe that the threat will or is likely to cause B humiliation, alarm or distress.

(3) Subject to subsection (4), a person who is guilty of an offence under subsection (1) or (2) shall on conviction be punished with imprisonment for a term

which may extend to 5 years, or with fine, or with caning, or with any combination of such punishments.

(4) A person who commits an offence under subsection (1) or (2) against a person (B) who is below 14 years of age shall on conviction be punished with imprisonment for a term which may extend to 5 years and shall also be liable to fine or to caning.

(5) In this section, “intimate image or recording”, in relation to a person (B) —

(a) means an image or recording —

(i) of B’s genital or anal region, whether bare or covered by underwear;

(ii) of B’s breasts if B is female, whether bare or covered by underwear; or

(iii) of B doing a private act; and

(b) includes an image or recording, in any form, that has been altered to appear to show any of the things mentioned in paragraph (a) but excludes an image so altered that no reasonable person would believe that it depicts B.

Interpretation of sections 375 to 377BO (sexual offences)

Section 377C.—(1) In sections 375 to 377BO —

“distribute” includes any of the following conduct, whether done in person, electronically, digitally or in any other way:

(a) send, publish, supply, show, exhibit, transmit or communicate to another person;

(b) make available for viewing or access by another person;

“image” means a still, moving, recorded or unrecorded image and includes an image produced by any means and, where the context requires, a three-dimensional image;

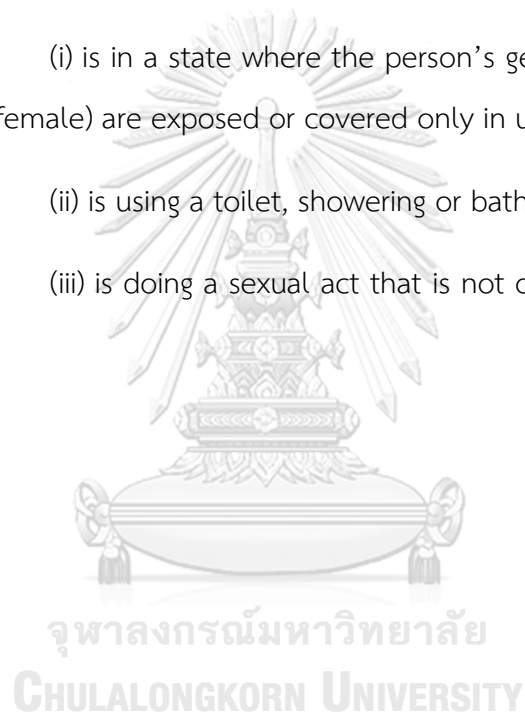
“structure” includes a tent, vehicle or vessel or other temporary or movable structure;

... (f) a person is doing a private act if under circumstances in which the person has a reasonable expectation of privacy, the person —

(i) is in a state where the person’s genitals, buttocks or breasts (if the person is a female) are exposed or covered only in underwear;

(ii) is using a toilet, showering or bathing; or

(iii) is doing a sexual act that is not of a kind ordinarily done in public.



ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล	นายชินวัตร บุญส่งสุวรรณ
วัน เดือน ปี เกิด	9 มกราคม 2536
สถานที่เกิด	กรุงเทพมหานคร
วุฒิการศึกษา	ปีการศึกษา 2557: นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ประกาศนียบัตรวิชาว่าความ รุ่นที่ 45 สำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสภานายความ เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 69 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY