

ความรับผิดชอบทางอาญา
สำหรับกรณีการกระทำในลักษณะละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดู

พันตำรวจโทหญิง สาธิมน มิลินทางกูร

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2554
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository(CUIR)
are the thesis authors' files submitted through the Graduate School.

CRIMINAL LIABILITY: VOYEURISM

Police Lieutenant Colonel Satimon Milindankura

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws
Faculty of Law
Chulalongkorn University
Academic Year 2011
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ความรับผิดชอบทางอาญา สำหรับกรณีการกระทำในลักษณะ
ละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดู

โดย

พันตำรวจโทหญิง สาธิตมน มีสินทางกูร

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้บัณฑิตวิทยาลัย
เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิต

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ศาสตราจารย์ ดร.ศักดิ์ดา ธนิตกุล)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ วีระพงษ์ บุญโญภาส)

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

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(พลตำรวจตรี ชยุต ธนทวีรัชต์)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(อาจารย์ รื่นวดี สุวรรณมงคล)

สาธิตมน มลิทินทางกูร : ความรับผิดชอบทางอาญา สำหรับกรณีการกระทำในลักษณะละเมิดสิทธิส่วนบุคคลด้วยการแอบดู. (CRIMINAL LIABILITY : VOYEURISM) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก : ผศ.ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์, 178 หน้า.

การแอบดู หรือที่มักเรียกกันมาแต่เดิมว่า “ถ้ามอง” เป็นการกระทำที่ละเมิดต่อความเป็นส่วนตัวของผู้อื่น ทั้งยังแฝงนัยที่เป็นการกระทำทางเพศ โดยในปัจจุบัน รูปแบบของพฤติกรรมดังกล่าวได้ปรับเปลี่ยนไปตามความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี สู่พฤติกรรมการแอบบันทึกภาพ หรือเรียกกันโดยทั่วไปว่า “แอบถ่าย” อันเป็นการกระทำที่สามารถก่อกวนต่อสิทธิส่วนบุคคลของผู้อื่นได้อย่างร้ายแรง เมื่อการเผยแพร่ภาพแอบบันทึกหรือ “คลิปแอบถ่าย” สามารถกระทำได้อย่างสะดวกและรวดเร็วผ่านระบบอินเทอร์เน็ต หลายภาคส่วนของสังคมจึงได้แสดงความกังวลต่อปัญหาพิษภัยจากการแอบดูและแอบบันทึกภาพ ซึ่งกลายเป็นปัญหาสำคัญทางสังคมที่จำเป็นจะต้องได้รับการแก้ไขอย่างเร่งด่วน

ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงทำการศึกษาถึงกรณีการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลด้วยการแอบดู โดยมุ่งเน้นที่ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายของประเทศไทยในปัจจุบันที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมดังกล่าว รวมถึงแนวคิดและมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดดังกล่าวของต่างประเทศ เพื่อที่จะแสวงหาแนวทางอันเหมาะสมในการพัฒนามาตรฐานกฎหมายของประเทศไทยให้สามารถตอบสนองต่อปัญหาได้อย่างมีประสิทธิภาพ

จากผลการศึกษาพบว่า ในหลายประเทศได้มีการบัญญัติกฎหมายเพื่อบังคับใช้กับการแอบบันทึกภาพและอาชกรรมถึงการแอบดูขึ้นโดยเฉพาะ เช่น สหรัฐอเมริกา อังกฤษ แคนาดา และนิวซีแลนด์ ซึ่งเมื่อพิจารณาตามหลักทฤษฎีทางอาญาภายใต้บริบททางสังคมวัฒนธรรมของประเทศไทยก็พบว่าการแอบดูและแอบบันทึกภาพเป็นพฤติกรรมที่ถือได้ว่าอยู่ในขอบเขตอันควรนำกฎหมายอาญามาบังคับใช้แก่พฤติกรรมดังกล่าวเช่นเดียวกับในต่างประเทศ อย่างไรก็ตาม การที่ประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวกับการแอบดูและแอบบันทึกภาพ เมื่อเกิดการร้องทุกข์กล่าวโทษให้ดำเนินคดีกับการกระทำความผิดดังกล่าว จึงจำเป็นต้องนำบทบัญญัติที่มีอยู่ตามประมวลกฎหมายอาญา และพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 มาปรับบังคับใช้ ซึ่งพบว่ากฎหมายที่มีใช้บังคับอยู่นั้น ไม่มีความครอบคลุมและไม่อาจให้ความคุ้มครองต่อสิทธิส่วนบุคคลจากการถูกแทรกแซงรุกร้าโดยการกระทำความผิดดังกล่าวได้อย่างเพียงพอ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงได้เสนอแนวทางในการบัญญัติกฎหมายและมาตรการทางกฎหมายเพื่อที่จะให้ความคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลจากการแอบดูและแอบบันทึกภาพได้อย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพ

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์.....ลายมือชื่อนิสิต.....

ปีการศึกษา.....2554.....ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก.....

5186014534 : MAJOR LAWS

KEYWORDS : VOYEURISM / VISUAL RECORDINGS / COVERT FILMING

SATIMON MILINDANKURA : CRIMINAL LIABILITY : VOYEURISM. ADVISOR : ASSOC.
PROF. PAREENA SRIWANICH, Ph.D., 178 pp.

Voyeurism is a behavior being a threat of privacy. Also, it is often seen to have a sexual dimension. Nowadays, technological developments have modernized the old form of voyeurism to such an emerging form of crime involving a serious breach of privacy in much greater degree than could have been foreseen. The modern form of voyeurism is increasingly generating public concern as technology allows images to spread widely and instantly over the Internet.

Accordingly, this thesis aimed to find an appropriated approach in developing Thai laws to efficiently respond to this social problem. To meet with the aim, the thesis mainly focused on the nature of such behavior, the background and conditions of the problem, the approaches taken in overseas jurisdictions and the limitations of the current Thai laws.

Results from the study showed that criminal laws in several countries such as the United States, England, Canada and New Zealand have enacted specific provisions for the voyeurism, especially video voyeurism or intimate covert filming. In fact, according to the philosophy of the criminal law as well as Thai society and cultural context, voyeurism can be apparently considered as a conduct that sits within the criminal boundaries. The thesis, therefore, proposes to define and treat voyeurism as a crime. Nevertheless, currently, there is no specific offence in the Thai Criminal Code against voyeurism in place. Only related parts of the Criminal Code and the Computer Crime Act B.E.2550 have been enforced on this kind of deviant behavior. The study indicates that the existing laws not only are unable to enforce efficiently but also do not cover all actions pertaining to voyeurism. The study recommends that voyeurism should be included as an offence in the Criminal Code. Indeed, this amendment of the Criminal Code will enable the state to efficiently and effectively respond to this phenomenon.

Field of Study :.....Laws.....Student's Signature.....

Academic Year :.....2011.....Advisor's Signature.....

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จได้ด้วยความสะดวกเมตตากรุณาอย่างยิ่งจาก ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวณิชย์ ที่ได้กรุณาให้ความอนุเคราะห์รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และได้สละเวลาในการให้คำปรึกษา ตรวจสอบร่างวิทยานิพนธ์ ตลอดจนให้คำแนะนำและข้อคิดเห็นต่างๆ ที่เป็นประโยชน์อย่างมากแก่ผู้เขียน

ขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์วิระพงษ์ บุญโญภาส ที่ได้กรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ตลอดจนพลตำรวจตรี ชยุต ธนทวีรัชต์ และอาจารย์รื่นวดี สุวรรณมงคล ที่ได้กรุณาสละเวลารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ รวมถึงให้คำปรึกษา ตรวจสอบร่างวิทยานิพนธ์ และให้คำแนะนำในการแก้ไขข้อบกพร่องของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ท้ายที่สุดนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดามารดา ครอบครัว และกัลยาณมิตรทั้งหลาย ที่ได้ให้การสนับสนุนในทุกๆ ด้าน และเป็นกำลังใจอันสำคัญ ให้การศึกษาและวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วง ทั้งนี้ หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณค่าและประโยชน์ประการใดแล้ว ผู้เขียนขอมอบเป็นกตเวทิตาคุณแก่บิดามารดา คณาจารย์ และผู้มีพระคุณทุกท่าน แต่หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อบกพร่องประการใดแล้ว ผู้เขียนขอรับไว้และขออภัยมา ณ โอกาสนี้ด้วย

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ฅ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย.....	6
1.3 สมมติฐานของการศึกษาวิจัย.....	7
1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย.....	7
1.5 วิธีการดำเนินการวิจัย.....	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย.....	7
บทที่ 2 ความหมาย สภาพความรุนแรง และแนวคิดที่เกี่ยวข้องกับการแอบดู.....	9
2.1 ความหมายของการแอบดูและการแอบบันทึกภาพ.....	9
2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการกระทำทางเพศ.....	12
2.3 แนวคิดเกี่ยวกับความเป็นส่วนตัว.....	16
2.4 สภาพความรุนแรงของปัญหาและรูปแบบของการแอบดู.....	22
2.5 สาเหตุปัจจัยของการแอบดู.....	32
2.6 แนวคิด ทฤษฎี และหลักการในการกำหนดความรับผิดชอบ.....	42
2.7 กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการแอบดู.....	52
บทที่ 3 กฎหมายเกี่ยวกับการกระทำในลักษณะละเมิดสิทธิส่วนตัวของผู้อื่นด้วย การแอบดูในต่างประเทศ.....	64
3.1 ประเทศอังกฤษ.....	64
3.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	71
3.3 ประเทศแคนาดา.....	78
3.4 ประเทศนิวซีแลนด์.....	83

	หน้า
บทที่ 4 แนวทางการวินิจฉัยความรับผิดชอบและแอบอ้างที่กภาพ	91
4.1 การกำหนดให้การแอบดูและแอบอ้างที่กภาพเป็นความผิดที่มีโทษทางอาญา	91
4.2 ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายในปัจจุบันของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการ แอบดูและแอบอ้างที่กภาพ.....	100
4.2.1 ความผิดฐานกระทำให้ผู้อื่นได้รับความเดือดร้อนรำคาญในที่ สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัล.....	100
4.2.2 ความผิดฐานนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มี ลักษณะอันลามก และข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจ เข้าถึงได้.....	104
4.2.3 ความผิดฐานหมิ่นประมาท.....	106
4.2.4 ความผิดฐานค้าสิ่งลามก.....	108
4.3 วิเคราะห์องค์ประกอบของการละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูใน กฎหมายต่างประเทศ.....	110
4.4 แนวทางของกฎหมายในการบัญญัติให้การละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบ ดูเป็นความผิดโดยเฉพาะ.....	117
 บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	 132
5.1 บทสรุป.....	132
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	135
 รายการอ้างอิง	 138
ภาคผนวก	151
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์	178

สารบัญตาราง

ตารางที่		หน้า
1	เปรียบเทียบความแตกต่างที่สำคัญของกฎหมายในต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูและแอบบันทึกภาพ	90
2	กฎหมายไทยในปัจจุบันที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูและแอบบันทึกภาพ.....	126
3	ปัญหาและอุปสรรคของการบังคับใช้กฎหมายในปัจจุบันที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูและแอบบันทึกภาพ.....	127
4	การกระทำที่กำหนดไว้เป็นความผิดในฐานความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิส่วนตัวแอบดูและแอบบันทึกภาพตามกฎหมายต่างประเทศที่ได้ทำการศึกษา เปรียบเทียบกับข้อเสนอแนะของวิทยานิพนธ์.....	128
5	ระวางโทษของฐานความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง และความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา.....	130

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การกระทำในลักษณะละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดู เป็นหนึ่งในพฤติกรรมเบี่ยงเบนอันเป็นปัญหาสำคัญในสังคมยุคดิจิทัล ซึ่งแต่เดิมสังคมไทยมักจะเรียกการกระทำดังกล่าวว่า “ถ้ามอง” ในความหมายถึง การแอบดูผู้อื่นเปลือยกายหรือเปิดเผยร่างกาย โดยมีลักษณะพฤติกรรมที่เป็นการแอบดูตามรูกุญแจ ตามช่องหน้าต่าง หรือตามรอยแยกผนัง เป็นต้น ในอดีตสังคมมักมองการกระทำดังกล่าวเป็นเพียงพฤติกรรมที่ก่อความเดือดร้อนรำคาญ แต่ด้วยความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีของเครื่องมืออุปกรณ์สอดแนมในโลกยุคปัจจุบัน ทำให้กล้องสอดแนมขนาดจิ๋วหลากหลายรูปแบบ มีให้เลือกซื้อหาได้ตามท้องตลาดในราคาที่ไม่แพงนัก และกล้องบันทึกภาพขนาดจิ๋วเหล่านี้ รวมทั้งกล้องบนโทรศัพท์เคลื่อนที่ ได้กลายเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้พฤติกรรมการแอบดูในอดีต ได้ปรับเปลี่ยนรูปแบบไปสู่การ “แอบถ่าย” ซึ่งเมื่อผนวกเข้ากับเทคโนโลยีการติดต่อสื่อสารที่สร้างความสะดวกรวดเร็วในการเข้าถึงข้อมูล หรือส่งผ่านข้อมูลระหว่างกันอย่างง่ายดาย ทั้งทางระบบโทรศัพท์เคลื่อนที่และระบบอินเทอร์เน็ตแล้ว ภาพแอบบันทึกซึ่งละเมิดสิทธิส่วนตัวของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เช่น ภาพบันทึกในขณะที่เปลี่ยนเสื้อ ใช้ห้องสุขา หรือมีเพศสัมพันธ์ จึงสามารถถูกเผยแพร่ส่งต่อไปได้อย่างไม่มีที่สิ้นสุด

ผลร้ายอีกด้านหนึ่งของปัญหาการละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบบันทึกภาพ คือ การก่อให้เกิดกระแสความนิยมสื่อลามกในรูปแบบ “คลิปแอบถ่าย” ขึ้นในสังคม อันเป็นเสมือนการซ้ำเติมทั้งปัญหาการแอบบันทึกภาพและปัญหาสื่อลามกทางอินเทอร์เน็ต ได้เป็นเหตุบั่นทอนความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของสังคม ซึ่งคลิปแอบถ่ายหนึ่งๆ อาจมีการเผยแพร่ส่งต่อกันอย่างรวดเร็วและกว้างขวาง หากปรากฏรายงานข่าวเกี่ยวกับคลิปดังกล่าวต่อสังคม หรือเมื่อบุคคลในคลิปเป็นผู้ที่มีชื่อเสียง

จากงานศึกษาเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิส่วนตัวของผู้อื่นด้วยการแอบดู มีบันทึกว่าในปี ค.ศ.2004 เมื่อสืบค้นคำว่า “voyeurism” ในเว็บไซต์ Google จะพบผลการค้นหา 730,000 รายการ¹

¹J.M. Metzler, “Voyeur Nation? Changing Definitions of Voyeurism, 1950–2004,” *Harvard Review of Psychiatry* 12 (2004): 127–131.

ต่อมาในปี ค.ศ.2008 มีการบันทึกว่าพบผลการค้นหามากกว่า 2 ล้านรายการ² และปลายปี ค.ศ.2009 เมื่อสืบค้นคำดังกล่าว สามารถพบผลการค้นหาถึง 3.7 ล้านรายการ ต่อมาในกลางปี ค.ศ.2012 พบผลการค้นหาถึง 7.6 ล้านรายการ ซึ่งแม้ตัวเลขดังกล่าวไม่อาจจะสื่อโดยตรงถึงนัยทางสถิติของพฤติกรรมการละเมิดสิทธิส่วนตัวของผู้อื่นด้วยการแอบดู แต่ก็สะท้อนให้เห็นได้ถึงการเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่องของปริมาณข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมดังกล่าว

ในส่วนของปริมาณข้อมูลที่เป็นภาษาไทยที่ค้นหาจากเว็บไซต์ Google นั้น พบว่าเมื่อปี ค.ศ.2009 ปรากฏผลการค้นหาคำว่า “ถ้ามอง” จำนวน 67,000 รายการ ส่วนคำว่า “แอบถ่าย” นำไปสู่ผลการค้นหาถึงกว่า 4 ล้านรายการ ต่อมาในปี ค.ศ.2012 พบว่าผลการค้นหาคำว่า “ถ้ามอง” มีจำนวนเพิ่มขึ้นเป็น 526,000 รายการ ส่วนผลการค้นหาคำว่า “แอบถ่าย” ได้เพิ่มจำนวนขึ้นถึง 21.5 ล้านรายการ ทั้งนี้ นอกจากจำนวนผลการค้นหาดังกล่าว จะสะท้อนให้เห็นถึงความรุนแรงของภัยถ้ามองรูปแบบใหม่ หรือภัยจากการแอบถ่าย ผ่านปริมาณข้อมูลที่เพิ่มขึ้นถึงกว่า 5 เท่า ในช่วงเวลาเพียง 3 ปีแล้ว ปริมาณข้อมูลอันมหาศาลดังกล่าว ยังสะท้อนให้เห็นถึงความเชื่อมโยงระหว่างการแอบบันทึกภาพ ที่ได้ผนวกเข้ากับการสื่อสารผ่านระบบอินเทอร์เน็ต อันเป็นช่องทางที่ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าถึงได้โดยง่าย และเมื่อคำนึงถึงว่า หนึ่งในสี่ของจำนวนผู้เข้าชมเว็บไซต์บนระบบอินเทอร์เน็ตทั้งหมดเป็นเด็กและเยาวชนแล้ว³ ยิ่งชี้ให้เห็นว่าการควบคุมป้องกันไม่ให้เกิดการแพร่กระจายของภาพแอบบันทึกเป็นเรื่องที่มีความจำเป็นเร่งด่วนของประเทศ

ปัญหาการละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบบันทึกภาพ หรือพฤติกรรมถ้ามองสมัยใหม่ นอกจากจะถือเป็นภัยร้ายที่คุกคามต่อสิทธิส่วนตัว อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญของสิทธิมนุษยชนที่ได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการ และเป็นสากล และได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแล้ว ภัยจากการแอบบันทึกภาพยังได้ส่งผลกระทบต่อสังคมอย่างกว้างขวาง ด้วยการทำลายความสงบสุข บั่นทอนความรู้สึกมั่นคงปลอดภัย สร้างความหวาดระแวงและความกังวลใจต่อการถูกคุกคามในสิทธิส่วนตัว อันเป็นสิทธิพื้นฐานที่พลเมืองทุกคนควรจะได้รับ ความคุ้มครองจากรัฐเป็นลำดับต้น ผลกระทบที่เกิดต่อสังคมได้สะท้อนผ่านการที่สื่อมวลชนหลายแขนงได้ให้ความสำคัญต่อปัญหานี้ ทั้งการนำเสนอลักษณะปัญหาที่เกิดขึ้น ตลอดจนการนำเสนอวิธีการระมัดระวังป้องกันตนเอง

² Akusdair A. Gillespie, “‘Up-Skirts’ and ‘Down Blouses’: Voyeurism and the Law,” *Criminal Law Review* 5 (2008): 370–382.

³ บริษัท ศูนย์นวัตกรรมอินเทอร์เน็ตไทย จำกัด, **ผลสำรวจจากผู้ตอบแบบสอบถามจำนวน 24,975 คน ในช่วงระหว่างเดือน สิงหาคม 2008– สิงหาคม 2009** [ออนไลน์], 14 สิงหาคม 2553. แหล่งที่มา http://poll.truehits.net/reports/report_year2009.php

ให้แก่ประชาชน โดยเฉพาะผู้หญิง ในการหลีกเลี่ยงการถูกละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบบันทึกภาพ

ความเสียหายแก่ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของการแอบบันทึกภาพ อาจยกตัวอย่างได้เช่น สมมติว่า นาย ก. และนางสาว ข. ถูกแอบบันทึกภาพขณะมีเพศสัมพันธ์กันภายในโรงแรมแห่งหนึ่ง บุคคลทั้งสองยอมถูกละเมิดสิทธิส่วนตัวในครั้งแรกจากผู้แอบบันทึกภาพ ต่อมาเมื่อมีการนำภาพของบุคคลทั้งสองขณะมีเพศสัมพันธ์ไปเผยแพร่ส่งต่อผ่านระบบอินเทอร์เน็ต สิทธิส่วนตัวของบุคคลทั้งสองก็จะสามารถถูกละเมิดซ้ำแล้วซ้ำเล่าต่อไปได้อย่างไม่มีที่สิ้นสุด ตลอดจนสิทธิส่วนตัวของบุคคลทั้งสองในการเลือกที่จะไม่เปิดเผยร่างกายและพฤติกรรมบางอย่างของตนต่อสาธารณะจะถูกละเมิดทำลาย นอกจากนั้น เนื่องจากภาพบันทึกแอบถ่ายมักจะแฝงไว้ด้วยภัยทางเพศเสมอ ในสายตาของมนุษย์อื่นที่มุ่งแสวงหาความพึงพอใจหรือแรงกระตุ้นทางเพศจากการได้ดูภาพบันทึกนั้น คุณค่าของศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ของ นาย ก. และ นางสาว ข. ย่อมถูกลดทอนลง ให้เหลือเป็นเพียงเครื่องสร้างความบันเทิงทางเพศเท่านั้น เมื่อบุคคลควรจะได้รับ ความคุ้มครองปกป้องในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสิทธิในครอบครัว เกียรติยศชื่อเสียง ตลอดจนความเป็นอยู่ส่วนตัว การกระทำใดๆ ที่เข้ามาแทรกแซง ขัดขวาง ลดทอน ในสิทธิส่วนตัวหรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลหนึ่งลง จึงควร จะได้รับการตำหนิและลงโทษอย่างเหมาะสม

ในหลายครั้งพบว่า การแอบถ่ายมักเกิดขึ้นตามห้องสุขาสาธารณะ ทั้งการแอบติดตั้งซ่อนกล้องไว้ เช่น เหตุการณ์การแอบถ่ายภายในห้องน้ำของร้านกาแฟชื่อดังกลางสยามแสควร์ ซึ่งเป็นแหล่งของวัยรุ่นนักเรียนนักศึกษา เมื่อปี พ.ศ.2549 และอีกหลายเหตุการณ์ที่ไม่ปรากฏแน่ชัดว่าเป็นห้องสุขาภายในสถานที่ใด ภาพบันทึกแอบถ่ายในลักษณะนี้ มักปรากฏใบหน้า และบริเวณของร่างกายอันพึงสงวน รวมทั้งปรากฏให้เห็นภาพอวัยวะเพศอย่างชัดเจน ซึ่งหลายครั้งไม่สามารถสืบหาผู้กระทำได้ โดยสังคมได้รับรู้เหตุดังกล่าวผ่านการนำเสนอของสื่อมวลชนเมื่อภาพบันทึกเหล่านั้นได้มีการเผยแพร่ในระดับหนึ่งแล้ว ภัยในลักษณะเช่นนี้ นอกจากมุ่งคุกคามในเชิงทางเพศต่อเพศหญิงโดยตรงแล้ว ยังเป็นภัยคุกคามต่อสิทธิส่วนตัวอย่างร้ายแรง เนื่องจากการใช้ห้องสุขานั้น ย่อมเป็นช่วงเวลาส่วนตัวของบุคคลใดๆ โดยแท้

บางกรณีภาพแอบบันทึกที่ละเมิดความเป็นส่วนตัวนี้ ได้ถูกนำมาใช้ในเชิงข่มขู่บังคับ เพื่อให้เหยื่อกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งหากเหยื่อไม่ยินยอมแล้ว ก็จะถูกนำเอาภาพบันทึกดังกล่าวมาเปิดเผยต่อบุคคลที่สาม หรือต่อสาธารณชน ยกตัวอย่างเช่น กรณีนางสาว ง. ถูกอดีตคนรัก ใช้ภาพบันทึกแอบถ่ายขณะในระหว่างการมีเพศสัมพันธ์โดยที่ นางสาว ง. ไม่รู้และไม่ได้ยินยอมให้มีการบันทึกภาพ มาเป็นเครื่องต่อรองแกมบังคับ ไม่ให้บอกเลิกความสัมพันธ์

หรือ กรณี นาย ค. ชายวัยรุ่นคนหนึ่ง หลอกนักเรียนหญิงวัยประมาณ 14 ปี ให้มีเพศสัมพันธ์ และทำการแอบบันทึกภาพไว้ จากนั้นได้นำภาพมาชมหมู่เรียกให้เด็กนักเรียนหญิงคนดังกล่าว มาร่วมหลับนอนอีกหลายครั้ง จนเมื่อในที่สุดนักเรียนหญิงคนดังกล่าวไม่ยอมมาตามคำชมหมู่ ชายคนดังกล่าวก็ได้นำภาพออกเผยแพร่ สร้างความอับอายให้แก่เด็กหญิงจนไม่กล้าไปโรงเรียน ต่อมาเมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจได้ทำการจับกุม จึงพบว่าชายคนดังกล่าวได้กระทำในลักษณะเดียวกันนี้กับนักเรียนหญิงในวัย 14 -15 นับสิบราย หรือ กรณี นาย ช. อาชีพรับจ้างทั่วไป คอยทำการแอบบันทึกภาพนักเรียนหญิงในขณะที่อาบน้ำตามบ้าน จากนั้นก็จะเขียนจดหมายไปชมหมู่ เรียกเงินจากเหยื่อว่าจะนำภาพออกเผยแพร่

แม้ปัญหาการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลด้วยการแอบบันทึกภาพ จะสร้างความรู้สึกหวาดหวั่น กังวลให้แก่สังคมไทย แต่ปัญหาดังกล่าวก็ยังไม่มีการแก้ไขป้องกันอย่างเป็นระบบหรือเป็น รูปธรรม และหลายฝ่ายยังคงมองปัญหาดังกล่าวว่าเป็นเพียงเรื่องเล็กน้อย ทั้งนี้ อาจเนื่องมาจากการที่การกระทำในลักษณะดังกล่าว ผู้กระทำมิได้กระทำโดยตรงต่อเนื้อตัวร่างกาย ของเหยื่อ และในหลายกรณีผู้กระทำไม่ได้แม้แต่จะมีการเข้าใกล้ตัวเหยื่อ แต่เมื่อพิจารณา ผลกระทบของการกระทำอย่างถ่องแท้ จะเห็นว่า นอกจากการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิด ต่อสิทธิส่วนบุคคลแล้ว ยังได้ก่อผลกระทบต่อสภาพจิตใจอารมณ์ความรู้สึกของเหยื่ออย่างร้ายแรง ในต่างประเทศมีการบันทึกผลกระทบที่เกิดขึ้นกับเหยื่อ โดยทั่วไปพบว่าเหยื่อจะได้รับความ สะเทือนใจอย่างรุนแรง เช่น นักศึกษาหญิงคนหนึ่งในฮ่องกง หลังจากพบว่าตนเองถูกแอบติดตั้ง กล้องบันทึกภาพภายในห้องพักของตนภายในหอพักของมหาวิทยาลัย โดยเพื่อนนักศึกษาชาย คนหนึ่ง นักศึกษาหญิงคนดังกล่าวได้เกิดอาการหวาดกลัวที่จะอยู่ในห้องพักของตนและ ไม่สามารถที่จะนอนคนเดียว นอกจากนั้น ยังรู้สึกที่กำลังถูกแอบมองอยู่ทุกครั้งที่กำลังเปลี่ยน เสื้อผ้า หญิงอีกรายที่ตกเป็นเหยื่อการแอบถ่ายในประเทศสหรัฐอเมริกา เกิดพฤติกรรมการทาน อาหารที่ผิดปกติและเลือกใช้เสื้อผ้าเป็นที่นอน และได้แสดงความคิดเห็นว่าการแอบถ่ายควรมี โทษเช่นเดียวกับการข่มขืน เหยื่ออีกรายที่ประเทศแคนาดาได้ตัดสินใจย้ายที่อยู่จากห้องพัก อพาร์ทเมนต์ซึ่งเป็นที่เกิดเหตุของการถูกละเมิดด้วยการแอบบันทึกภาพจากเพื่อนบ้านเพราะ รู้สึกไม่ปลอดภัย หรือกรณีของนายไทเลอร์ เคลเมนติ นักศึกษามหาวิทยาลัยแห่งหนึ่งในรัฐ นิวเจอร์ซีย์ สหรัฐอเมริกา ได้ฆ่าตัวตายด้วยการกระโดดสะพานจอร์จวอชิงตัน เนื่องจากเพื่อน

ร่วมหอพักได้แอบติดตั้งกล้องบันทึกภาพขณะที่เขากำลังมีเพศสัมพันธ์กับเพื่อนชายในห้องนอนไปเผยแพร่ผ่านทางอินเทอร์เน็ต⁴

หลายประเทศในโลกต่างก็ประสบกับปัญหาการละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูในรูปแบบใหม่ ซึ่งเทคโนโลยีสารสนเทศได้กลายมาเป็นตัวแปรสำคัญที่เป็นเหตุให้การกระทำในลักษณะดังกล่าวสามารถก่อความเสียหายอย่างรุนแรง เป็นภัยคุกคามสำคัญต่อสิทธิความเป็นส่วนตัวส่วนตัวรวมทั้งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของพลเมือง โดยมีมิติของการละเมิดทางเพศและอาชญากรรมเป็นองค์ประกอบของการกระทำ ประเทศทั้งหลายเหล่านั้นจึงได้มีการบัญญัติกฎหมายให้การกระทำในลักษณะละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูเป็นความผิดที่มีโทษทางอาญาที่มีโทษถึงขั้นจำคุก เพื่อป้องปรามและลงโทษต่อการกระทำดังกล่าวอย่างเหมาะสม เช่น ประเทศอังกฤษ ได้บัญญัติไว้ใน The Sexual Offences Act 2003 ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการออกกฎหมายของรัฐบาลกลาง Video Voyeurism Act of 2004 เพื่อแก้ไขเพิ่มเติม the US Code ประเทศแคนาดาออกร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา แก้ไขเพิ่มเติม the Criminal Code of Canada ส่วนประเทศนิวซีแลนด์ บัญญัติไว้ใน Crimes Act 1961 แก้ไขเพิ่มเติมโดย Crimes (Intimate Covert Filming) Amendment Act 2006 เหล่านี้เป็นต้น

สำหรับประเทศไทย แม้จะไม่ปรากฏข้อมูลทางสถิติวิจัยที่จะแสดงให้เห็นถึงจำนวนของผู้ที่ตกเป็นเหยื่อและความเสียหายที่เกิดต่อสังคมจากพฤติกรรมดังกล่าว แต่จากข่าวที่ปรากฏตามหน้าหนังสือพิมพ์อยู่เป็นระยะ ประกอบกับปริมาณการใช้อินเทอร์เน็ตและโทรศัพท์เคลื่อนที่ในประเทศไทยที่เพิ่มสูงขึ้นอย่างต่อเนื่อง ก็เป็นข้อมูลที่พอจะอนุมานได้ถึงแนวโน้มสภาพปัญหาการละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูในประเทศไทย ซึ่งโดยทั่วไปพบว่า มีลักษณะและสภาพความรุนแรงที่มีได้แตกต่างไปจากที่ปรากฏในประเทศอื่น โดยพบว่าผู้ที่ตกเป็นเหยื่อมักเป็นเพศหญิง สถานที่ในการกระทำอาจเกิดขึ้นที่ใดก็ได้ เช่น ห้องลงเสื้อ ห้องน้ำ ห้องพัก หรือกระทั่งใต้โต๊ะในสถานที่ทำงาน วิธีการเลือกเหยื่ออาจเป็นได้ทั้งแบบเจาะจงและไม่เจาะจง และตามที่ปรากฏจากข่าวหนังสือพิมพ์นั้น พบว่าผู้ที่ตกเป็นเหยื่อมีทั้งนักเรียน นักศึกษา พนักงานบริษัท ตำรวจหญิง รวมทั้งแพทย์หญิง หรือแม้แต่นักเรียนวัยรุ่นชื่อดัง นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาถึงความเป็นไปได้ว่าผู้หญิงที่ตกเป็นเหยื่อโดยส่วนใหญ่ มักอับอายและต้องการหลีกเลี่ยงไม่ให้สังคมรับรู้ อีกทั้งเมื่อคำนึงถึงว่ายังมีเหยื่ออีกจำนวนมากที่ไม่มีโอกาสรู้ตัวว่าตนเองได้ตกเป็นเหยื่อของการแอบดูหรือแอบถ่าย จึงพอจะคาดประมาณได้ว่า การกระทำละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูและ

⁴The New York Times, **Private Moment Made Public, Then a Fetal Jump** [online], 20 March 2011.

แอบบันทึกภาพที่ปรากฏให้เห็นเป็นข่าวนั้น น่าจะเป็นเพียงบางส่วนของปัญหาทั้งหมดที่เกิดขึ้นเท่านั้น เหล่านี้ย่อมสะท้อนถึงความจำเป็นที่จะต้องมีการแก้ไขและบรรเทาความรุนแรงของปัญหาการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลด้วยการแอบดูที่เกิดขึ้นในประเทศไทย

การที่ประเทศไทยยังมิได้มีการบัญญัติให้การละเมิดสิทธิส่วนบุคคลด้วยการแอบดูเป็นความผิดโดยเฉพาะ ทำให้การบังคับใช้กฎหมายเพื่อจะลงโทษแก่ผู้กระทำ จะต้องอาศัยกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน อันได้แก่ พ.ร.บ.ว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 และประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งการไม่มีกฎหมายบัญญัติลงโทษการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลด้วยการแอบดูไว้โดยเฉพาะ ย่อมเป็นผลให้การบังคับใช้กฎหมายไม่อาจตอบสนองต่อสภาพปัญหาอย่างเหมาะสม ดังนั้น การศึกษาวิเคราะห์ถึงรูปแบบและการกระทำกรณีการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลด้วยการแอบดู และแนวคิดการคุ้มครองผู้ที่ตกเป็นเหยื่อตามกฎหมายไทยและกฎหมายของต่างประเทศ เพื่อนำมาเป็นแนวทางการบัญญัติการลงโทษการการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลด้วยการแอบดูไว้โดยเฉพาะ จะมีผลให้กฎหมายมีบทบัญญัติที่เหมาะสมกับผลร้ายจากการกระทำและตอบสนองต่อสภาพปัญหาในปัจจุบันได้อย่างมีประสิทธิภาพ

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1. เพื่อศึกษาถึงความหมายและลักษณะการกระทำของการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของผู้อื่นด้วยการแอบดู รวมทั้งสภาพปัญหาและผลกระทบที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน
2. เพื่อศึกษาถึงแนวความคิดและมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำในลักษณะละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของผู้อื่นด้วยการแอบดูของต่างประเทศ อันได้แก่ ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา แคนาดา และนิวซีแลนด์
3. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ถึงปัญหาการบังคับใช้กฎหมายและมาตรการทางกฎหมายในปัจจุบันของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการกระทำในลักษณะละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของผู้อื่นด้วยการแอบดู
4. เพื่อศึกษาวิเคราะห์ถึงแนวทางการพัฒนากฎหมายของประเทศไทย ให้สามารถตอบสนองต่อสภาพปัญหาของการกระทำในลักษณะละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของผู้อื่นด้วยการแอบดูที่เกิดขึ้นในปัจจุบันได้อย่างเหมาะสม

1.3 สมมติฐานของการศึกษาวิจัย

การบัญญัติให้การกระทำในลักษณะละเมิดสิทธิส่วนตัวของผู้อื่นด้วยการแอบดูเป็นความผิดไว้โดยตรง จะเป็นประโยชน์ต่อการคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวของประชาชนทั้งหลาย ตลอดจนคุ้มครองความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนได้

1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

ในการศึกษาวิจัยเรื่องนี้จะมุ่งศึกษาถึงแนวความคิด และวิเคราะห์กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำในลักษณะละเมิดสิทธิส่วนตัวของผู้อื่นด้วยการแอบดูและแอบบันทึกภาพ เฉพาะกรณีการแอบดูและแอบบันทึกภาพที่เผยให้เห็นถึงบริเวณเนื้อตัวร่างกายอันพึงสงวนและปกปิดของบุคคลอื่น หรือในกรณีที่การกระทำมีความเกี่ยวข้องกับนัยทางเพศ โดยที่เหยื่อของการกระทำไม่รู้ตัวและไม่ให้ความยินยอม ในการศึกษาจะทำการพิจารณาถึงความหมาย ลักษณะ และรูปแบบของการกระทำ รวมทั้งมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำในลักษณะดังกล่าว และโทษที่ผู้กระทำจะได้รับ เพื่อนำมาวิเคราะห์หาแนวทางที่จะนำมาบังคับใช้กับการกระทำละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูที่เกิดขึ้นในประเทศไทย

1.5 วิธีการดำเนินการวิจัย

วิธีดำเนินการวิจัยเน้นการศึกษาวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลวิเคราะห์แนวคิดทางด้านกฎหมาย ซึ่งจะได้มาโดยการค้นคว้าจากหนังสือ บทความ วารสาร จุลสาร เอกสารเผยแพร่ของหน่วยงานรัฐบาลและเอกชนต่าง ๆ รายงานการสัมมนา รายงานการวิจัย และนำวิธีวิจัยสนาม (Field Research) โดยการสัมภาษณ์ (Interview) เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องมาใช้ประกอบ เพื่อนำเอาข้อมูลที่รวบรวมได้มาวิเคราะห์และหาข้อสรุป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงความหมายและลักษณะการกระทำของการละเมิดสิทธิส่วนตัวของผู้อื่นด้วยการแอบดู รวมทั้งผลกระทบจากการกระทำดังกล่าว
2. ทำให้ทราบถึงแนวความคิดและมาตรการทางกฎหมายในต่างประเทศเกี่ยวกับการกระทำในลักษณะละเมิดสิทธิส่วนตัวของผู้อื่นด้วยการแอบดู

3. ทำให้ทราบถึงปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายและมาตรการทางกฎหมายในปัจจุบันของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการกระทำในลักษณะละเมิดสิทธิส่วนตัวของผู้อื่นด้วยการแอบดู

4. ทำให้ทราบถึงผลการศึกษวิเคราะห์และเปรียบเทียบกฎหมายในต่างประเทศและกฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการกระทำในลักษณะละเมิดสิทธิส่วนตัวของผู้อื่นด้วยการแอบดู ซึ่งจะนำมาใช้อาศัยเป็นฐานในการพิจารณาข้อเสนอแนะเกี่ยวกับแนวทางการพัฒนากฎหมายของประเทศไทย เพื่อให้สามารถตอบสนองต่อสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบันได้อย่างเหมาะสม

บทที่ 2

ความหมาย สภาพความรุนแรง และแนวคิดที่เกี่ยวข้องกับการแอบดู

ในบทนี้จะศึกษาถึงความหมายของการแอบดูและแอบบันทึกภาพ เพื่อที่จะสร้างความเข้าใจที่ชัดเจนเกี่ยวกับบริบทและขอบเขตของการแอบดูและแอบบันทึกภาพที่ได้ทำการศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จากนั้นจะกล่าวถึงและแนวความคิดที่เกี่ยวข้องกับลักษณะของการกระทำดังกล่าว ทั้งในด้านความเป็นกรกระทำทางเพศ และแนวคิดเกี่ยวกับความเป็นส่วนตัวซึ่งเป็นคุณค่าที่ได้รับผลร้ายจากการแอบดูและแอบบันทึกภาพ ต่อจากนั้นจะได้อธิบายถึงสภาพความรุนแรงของปัญหาและรูปแบบของการกระทำทั้งการแอบดูและแอบบันทึกภาพที่เกิดขึ้นในสังคมไทย และก่อนที่จะกล่าวถึงแนวคิดในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาที่จะนำมาใช้ศึกษาถึงความเหมาะสมในการกำหนดให้การแอบดูและแอบบันทึกภาพเป็นการกระทำที่เป็นความผิดและมีโทษทางอาญานั้น จะได้อธิบายถึงสาเหตุและปัจจัยของการกระทำดังกล่าวโดยอาศัยทฤษฎีทางอาชญาวิทยาเป็นหลักอ้างอิง จากนั้นจะได้กล่าวถึงมาตรการทางกฎหมายไทยในปัจจุบันที่เกี่ยวข้องกับการแอบดูและแอบบันทึกภาพไว้ในตอนท้ายของบท

2.1 ความหมายของการแอบดูและแอบบันทึกภาพ

การแอบดูและแอบบันทึกภาพ อาจหมายความว่า การดูและการบันทึกภาพ โดยไม่ให้ผู้อื่นรู้เห็น* คำดังกล่าวจึงมีขอบเขตความหมายที่ครอบคลุมการกระทำค่อนข้างกว้างขวาง ซึ่งอาจเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องทั้งในเรื่องของสิทธิส่วนตัวและประโยชน์สาธารณะ เช่น กรณีนักข่าวบันทึกแอบบันทึกภาพดารานักแสดงขณะเดินซื้อของในอิริยาบถส่วนตัว กรณีเจ้าหน้าที่ตำรวจฝ่ายสืบสวนแอบบันทึกภาพผู้ต้องสงสัยขณะกระทำความผิดเพื่อใช้เป็นพยานหลักฐาน กรณีการแอบบันทึกภาพข้าราชการรับเงินสินบนเพื่อนำมาร้องเรียน หรืออาจเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องเฉพาะแต่ในประเด็นสิทธิส่วนตัว เช่น บุคคลคนหนึ่งอาจถูกแอบดูและแอบบันทึกภาพโดยบุคคลอีกคนหนึ่งที่มาหลงชอบหรือเกลียดชัง อย่างไรก็ตาม ดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่หนึ่งแล้วว่า ขอบเขตของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะเป็นการศึกษาถึงการแอบดูและแอบบันทึกภาพ เฉพาะกรณี

*แอบ (กริยา) หมายถึง ทำโดยไม่ให้ผู้อื่นรู้เห็นโดยอาการต่าง ๆ เช่น แอบทำ; เข้าไปขีด (ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542 [ออนไลน์], 2 มีนาคม 2555. แหล่งที่มา rirs3.royin.go.th/new-search/word-search-all-x.asp)

การแอบดูและแอบบันทึกภาพที่เผยให้เห็นถึงบริเวณเนื้อตัวร่างกายอันพึงสงวนและปกปิดของบุคคลอื่น หรือในกรณีที่มีการกระทำมีความเกี่ยวข้องกับนัยทางเพศ โดยที่เหยื่อของการกระทำไม่รู้ตัวและไม่ให้ความยินยอมเท่านั้น ซึ่งการแอบดูและแอบบันทึกภาพในลักษณะนี้ มิได้มีคำจำกัดความหรือความหมายทางภาษาเป็นการเฉพาะ มักเรียกกันทั่วไปตามที่ปรากฏในรายงานข่าวว่า สำหรับการแอบดูว่า “ถ้ามอง” และการแอบบันทึกภาพว่า “แอบถ่าย”

คำว่า “ถ้ามอง” มีความหมายตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542¹ เมื่อใช้เป็นคำกริยาว่า “แอบดู” แต่เมื่อใช้เป็นคำนามจะหมายความถึง “ตู้หรือที่บที่มีแว่นขยายสำหรับดูภาพยนตร์สั้นๆ หรือ รูปต่างๆ ทีละคน” โดยหากย้อนถึงความเป็นมาของ “ถ้ามอง” ในความหมายของตู้สำหรับดูภาพยนตร์นั้น พบว่า ถ้ามองเป็นสิ่งประดิษฐ์ที่โทมัส แอลวา เอดิสัน ได้ประดิษฐ์ขึ้นเมื่อปี พ.ศ.2432² เรียกชื่อในภาษาอังกฤษว่า “Kinetoscope” ซึ่งเป็นตู้สำหรับดูภาพยนตร์ผ่านช่องเล็กๆ โดยดูได้ที่ละคน มีลักษณะเป็นทั้งเครื่องฉายและที่สำหรับดูภาพยนตร์พร้อมกันไปในตัว อันนับเป็นต้นแบบของภาพยนตร์ในยุคปัจจุบัน³ เป็นที่น่าสังเกตว่า คำว่า “ถ้ามอง” ซึ่งใช้กันในความหมายของการแอบดูนั้น ได้แฝงนัยความหมายของลักษณะการดูผ่านช่องเล็กๆ ของสิ่งประดิษฐ์ดังกล่าวไว้จนถึงปัจจุบัน ทั้งนี้ การแอบดูในแบบถ้ามองนั้น มิใช่เพียงแต่การแอบมองหรือชำเลื่องมองเพียงชั่วครู่ แต่พบว่าโดยทั่วไปมักใช้คำดังกล่าว ในบริบทของการแอบดูผู้อื่นกระทำอิริยาบถส่วนตัว โดยแฝงนัยของการกระทำทางเพศไว้ด้วย

ส่วนในภาษาอังกฤษ เรียกการแอบดูในแบบถ้ามองว่า “peep” มีความหมายว่า “to look quickly and secretly at something, especially through a small opening”⁴ และเรียกผู้กระทำว่า “Peeping Tom” ซึ่งมีความหมายว่า “a person who likes to watch people secretly when they are taking of their clothes”⁵ โดยคำดังกล่าวมีที่มาสืบเนื่องจากตำนานที่เล่าขานถึงการขโมยโดยเปลือยกายไปตามท้องถนนของ Lady Godiva ในเมือง Coventry ประเทศอังกฤษ เมื่อราวคริสต์ศตวรรษที่ 11 เพื่อให้ Leofric เอิร์ลแห่งเมอร์เซียและลอร์ดแห่งเมืองโคเวนทรี ซึ่งเป็นสามี

¹ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542 [ออนไลน์], 12 ธันวาคม 2552. แหล่งที่มา rirs3.royin.go.th/new-search/word-search-all-x.asp

²หอสมุดกไทย, สารานุกรมไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน(โดยย่อ) [ออนไลน์], 12 ธันวาคม 2552. แหล่งที่มา 203.144.136.10/service/mod/heritage/nation/dictionary/dict.htm

³สมาคมผู้บริโภคสื่อสีขาว. ภาพยนตร์ [ออนไลน์], 12 ธันวาคม 2552. แหล่งที่มา www.whitemedia.org/wma/content/view/764/11

⁴Oxford Advanced Learner's Dictionary, (China: Oxford University Press, 2006), p. 1704.

⁵ibid.

ของเธอลดการเก็บภาษีอย่างขูดเลือดขูดเนื้อจากชาวเมืองผู้ยากจน และเมื่อเรื่องดังกล่าวได้ทราบถึงหมู่ชาวเมือง ทั้งหมดจึงตกลงกันว่าเมื่อ Lady Godiva ซี่ม้าผ่านมา ชาวเมืองทั้งหมดก็จะพร้อมใจกันไม่มองดูร่างกายที่เปลือยเปล่าของเธอ แต่ปรากฏว่า นาย Tom ช่างตัดเสื้อ ไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงและลอบแอบดู Lady Godiva ผ่านทางช่องบนบานหน้าต่างที่ได้เจาะเตรียมไว้ โดย Lady Godiva ได้รับการบันทึกว่าเป็นบุคคลจริงในประวัติศาสตร์ และทุกๆปี ที่เมือง Coventry ยังคงมีการจัดงานระลึกถึงการซี่ม้าย่างกล่าว อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะการซี่ม้าผ่านเมืองดังกล่าวจะเกิดขึ้นจริงหรือไม่ แต่การบันทึกถึงนายทอมผู้ลอบแอบดู หรือ “Peeping Tom” เพิ่งมีปรากฏขึ้นครั้งแรกในคริสต์ศตวรรษที่ 18 จึงน่าเชื่อว่าเป็นส่วนที่เสริมเติมขึ้นในภายหลัง⁶ ⁷ ซึ่งนอกจาก “Peeping Tom” แล้ว ในภาษาอังกฤษยังใช้คำว่า “voyeur” ซึ่งมีความหมายว่า “a person who gets pleasure from secretly watching other people have sex” หรือ “a person who enjoys watching the problems and private lives of others”⁸ และเมื่อหมายถึงพฤติกรรมแอบดูแบบถ้ำมอแล้ว ในภาษาอังกฤษจะใช้คำว่า “Voyeurism”

สำหรับการแอบบันทึกภาพ ที่สังคมไทยมักเรียกว่า “แอบถ่าย” ไม่ปรากฏคำจำกัดความทางภาษาตามพจนานุกรม อย่างไรก็ตาม อาจกล่าวได้ว่าหมายถึง พฤติกรรมถ้ำมอในรูปแบบใหม่ที่มีการใช้เทคโนโลยีกล้องถ่ายรูปและการบันทึกภาพ ทั้งอาจรวมถึงเทคโนโลยีการสื่อสารและระบบอินเทอร์เน็ตในกรณีที่มีการเผยแพร่ภาพ เข้ามาเป็นส่วนประกอบของการกระทำ ซึ่งในภาษาอังกฤษ พบว่าอาจมีการเรียกพฤติกรรมกรแอบบันทึกภาพรวมไว้ในความหมายของคำว่า “Voyeurism” หรืออาจจะใช้คำว่า “Video Voyeurism” หรือ “Visual Recording” หรือ “Covert Filming” เพื่อหมายถึงการกระทำในลักษณะแอบบันทึกภาพเป็นการเฉพาะ

ลักษณะของการแอบดูและแอบบันทึกภาพ มิใช่การกระทำที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้อื่นโดยตรง โดยผู้กระทำจะไม่มีสัมผัสเนื้อตัวร่างกายของเหยื่อ และไม่ใช้การกระทำต่อหน้า แต่เป็นการลอบกระทำโดยไม่มีสิทธิและไม่ประสงค์ที่จะให้เหยื่อรู้ตัว เป็นการกระทำที่มีจุดประสงค์เพื่อการได้เห็นหรือได้บันทึกภาพของเหยื่อ โดยมุ่งเน้นต่อเนื้อตัวร่างกาย หรือส่วนใดของร่างกายเป็นการเฉพาะ หรือการแสดงออกทางเนื้อตัวร่างกายของเหยื่อ จึงมักเป็นการกระทำที่มีความเกี่ยวข้องในเรื่องทางเพศ และถือเป็นการกระทำที่สร้างความเสียหายและเป็น

⁶Phrase Finder, **Peeping Tom** [online], 12 December 2009. Available from www.phrases.org.uk/meanings/peeping-tom.html

⁷สารคดี, **คนบันดาลใจ – เลดี้โกโดวา: สตรีเปลือยบนหลังม้า** [online], 22 กุมภาพันธ์ 2553. แหล่งที่มา www.sarakadee.com/web/modules.php?name=Sections&op=viewarticle&artid=930

⁸Oxford Advanced Learner’s Dictionary, p. 1648.

ภัยต่อสิทธิส่วนตัวของบุคคลอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อพฤติกรรมการแอบดูได้กลายสู่การแอบบันทึกภาพ ซึ่งเป็นพฤติกรรมที่สามารถก่อภัยต่อสิทธิส่วนตัวของผู้อื่นได้อย่างร้ายแรง

ด้วยลักษณะของการกระทำดังกล่าว จึงพบว่า การพิจารณาเกี่ยวกับการแอบดูและแอบบันทึกภาพ มักแยกออกได้สองนัย ทั้งนัยที่เป็นการกระทำทางเพศ และนัยที่เป็นการกระทำต่อสิทธิส่วนตัว ดังนั้น เพื่อที่จะนำไปสู่การพิจารณาเกี่ยวกับความเหมาะสมในการกำหนดให้การแอบดูและการแอบบันทึกภาพเป็นการกระทำที่มีความรับผิดชอบทางอาญาของไทย ในส่วนต่อไปจะได้ทำการศึกษาถึงความเป็นการกระทำทางเพศของการแอบดูและแอบบันทึกภาพ จากนั้นจึงจะได้อธิบายถึงแนวคิดเกี่ยวกับความส่วนตัว เพื่อที่จะได้ศึกษาทำความเข้าใจเกี่ยวกับภัยที่การแอบดูและแอบบันทึกภาพสามารถก่อขึ้นแก่ผู้อื่น ว่ามีความสำคัญต่อเหยื่อผู้ถูกรั้วและสังคมหรือไม่ เพียงใด

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการกระทำทางเพศ

การให้คำจำกัดความของการแอบดูหรือแอบบันทึกภาพ ในลักษณะของพฤติกรรมถ้ามอง หรือ “Voyeurism” อาจกระทำได้ในสองด้าน คือในด้านที่เป็นพฤติกรรม และด้านที่เป็นความผิดปกติทางเพศ (Sexual Disorders)⁹ โดยในด้านที่หมายถึงพฤติกรรม จะเกี่ยวข้องกับองค์ประกอบสามส่วน ได้แก่ (1) การเฝ้าสังเกตอย่างลับๆ (2) ความเป็นส่วนตัวและความส่วนตัวในเชิงทางเพศของผู้ที่ถูกเฝ้าสังเกต และ (3) ความพึงพอใจทางเพศของผู้กระทำ¹⁰ ส่วนในด้านความผิดปกติทางเพศนั้น กล่าวได้ว่า พฤติกรรมถ้ามองอาจถือเป็นการเบี่ยงเบนทางเพศ (Paraphilias)^{*} ¹¹ ซึ่งหมายถึงการที่ผู้ที่มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนมีความรู้สึกหรือมีอารมณ์ตื่นเต้น

⁹Minister of Justice (Canada), **Voyeurism as a Criminal Offence: a Consultation paper**, (Canada: the Communications Branch Department of Justice, 2002). p. 3.

¹⁰Ibid.

^{*} การเบี่ยงเบนทางเพศสามารถแบ่งตาม DSM III-R ได้ 9 จำพวก ดังนี้คือ

1. การมีความต้องการทางเพศกับเด็ก (Pedophilia)
2. การชอบอวดอวัยวะเพศ (Exhibitionism)
3. การมีความสุขทางเพศจากการกระทำให้ผู้อื่นเจ็บปวด (Sexual sadism)
4. การมีความสุขทางเพศจากได้รับความเจ็บปวด (Sexual masochism)
5. การชอบถ้ามอง (Voyeurism)
6. การมีความสุขทางเพศกับวัตถุ (Fetishism)
7. ลัทธิเพศ (Transvestic fetishism)
8. การชอบอวดอวัยวะเพศของตนกับเพศตรงข้าม (Frotteurism)
9. การเบี่ยงเบนทางเพศซึ่งไม่จัดเข้ากับกลุ่มใด (Paraphilias not otherwise specified)

¹¹ไพรัตน์ พุกษชาติคุณากร, **จิตเวชศาสตร์ เล่มที่ 1**, (เชียงใหม่: โครงการตำรามหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2534). หน้า 231.

ทางเพศด้วยวิธีผิดธรรมชาติและเป็นอันตรายต่อสังคม¹² โดยมีลักษณะความผิดปกติที่สำคัญคือ จะชอบแอบดูผู้อื่นเปลือยกาย กำลังถอดเสื้อผ้า อาบน้ำ หรือมีกิจกรรมทางเพศ นอกจากนี้ยังมักพบอาการเบี่ยงเบนทางเพศอื่นๆ ร่วมอยู่ด้วย เช่น การชอบอวดอวัยวะเพศ การมีความต้องการทางเพศกับเด็ก การข่มขืนกระทำชำเรา หรือ การมีความสุขจากการกระทำที่ผู้อื่นเจ็บปวด เป็นต้น¹³

การแอบดูและแอบบันทึกภาพ มีนัยที่เป็นการกระทำทางเพศเนื่องมาจากสาเหตุสำคัญสองประการ ได้แก่ (1) วัตถุประสงค์หรือมูลเหตุจูงใจในการกระทำ เช่น เพื่อแสวงหาสิ่งเร้าทางเพศ และ (2) ลักษณะของวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ เช่น การดูหรือบันทึกภาพเหยื่อในขณะที่มีเพศสัมพันธ์ หรือเป็นการดูหรือบันทึกภาพอวัยวะเพศของเหยื่อ¹⁴ ทั้งนี้ การที่โดยส่วนใหญ่การแอบดูและแอบบันทึกภาพมักมุ่งกระทำในขณะที่เหยื่ออยู่ในสถานการณ์ที่เปลือยหรือเปิดเผยร่างกายส่วนใดส่วนหนึ่งนี้เอง จึงเป็นที่มาของเหตุผลในการมองว่ามูลเหตุจูงใจทางเพศ เป็นองค์ประกอบภายในของการกระทำดังกล่าว¹⁵ ดังเช่น ในประเทศอังกฤษ แคนาดา รวมทั้งอีกหลายมลรัฐในสหรัฐอเมริกา ต่างก็จัดประเภทความผิดฐานแอบดูและแอบบันทึกภาพ (voyeurism) ไว้เป็นความผิดทางเพศ

นอกจากการมีมูลเหตุจูงใจทางเพศแล้ว ในการเสนอให้มีการบัญญัติกฎหมายให้การแอบดูและแอบบันทึกภาพเป็นความผิดทางเพศ ประเทศอังกฤษและแคนาดา ต่างก็ได้ชี้ให้เห็นว่า สังคมเกิดความตระหนักว่า พฤติกรรมถ้ามองอาจเป็นพฤติกรรมเบี่ยงเบนในระยะเริ่มแรก ซึ่งสามารถพัฒนาไปสู่ความผิดปกติทางเพศหรือความเบี่ยงเบนทางเพศที่ร้ายแรงประเภทอื่น โดยอ้างอิงหลักฐานความเชื่อมโยงจากผลการศึกษาวิจัยที่แสดงให้เห็นว่า ผู้ที่ก่ออาชญากรรมร้ายแรงทางเพศ มักจะเคยกระทำพฤติกรรมก่อความเดือดร้อนรำคาญ เช่น การอวดอวัยวะเพศ หรือการแอบดูมาก่อน สำหรับผลงานวิจัยที่ถูกหยิบยกมาอ้างอิงนั้น อาจยกตัวอย่างได้แก่ ผลงานวิจัยในประเทศสหรัฐอเมริกาเมื่อปี 1984 เกี่ยวกับพฤติกรรมของผู้ที่ถูกพิพากษาว่าเป็นนักข่มขืนต่อเนื่องจำนวน 41 คน พบว่ามีความสัมพันธ์ในระดับสูงกับพฤติกรรมถ้ามอง โดยส่วนใหญ่เคยกระทำพฤติกรรมถ้ามองมาในอดีต หรือยังคงเป็นพฤติกรรมที่กระทำอยู่ในปัจจุบัน และเกือบร้อยละ 70 ของผู้ที่มีประวัติพฤติกรรมถ้ามอง ได้เริ่มพฤติกรรมดังกล่าวตั้งแต่วัยเด็กหรือ

¹² สมภพ เรืองตระกูล, *ความผิดปกติทางเพศ*, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2546). หน้า 78.

¹³ เรื่องเดียวกัน.

¹⁴ Minister of Justice (Canada), *Voyeurism as a Criminal Offence: a Consultation paper*, p. 8.

¹⁵ Law Commission (New Zealand), *Intimate Covert Filming*, (Wellington, 2004). p. 10.

ในช่วงวัยรุ่น¹⁶ ส่วนอีกผลการศึกษาหนึ่งได้ระบุว่า ร้อยละ 80 ของนักชมขโมย เริ่มต้นจากพฤติกรรมที่ไม่มีการติดต่อโดยตรงกับเหยื่อ¹⁷ และในรายงานการศึกษาหนึ่งได้ชี้ว่า ร้อยละ 30 ของกลุ่มตัวอย่างที่เป็นนักชมขโมยและพวกชอบล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก มักเคยมีหรือยังคงมีพฤติกรรมทางเพศแบบก่อความเดือดร้อนรำคาญร่วมอยู่ด้วย¹⁸ นอกจากนี้ ยังมีผลงานวิจัยที่ยืนยันว่า หนึ่งในห้าของนักถ้ำมองเคยกระทำคามผิดในฐานะกระทำชำเราหรือการชมขโมย¹⁹ และอีกการศึกษาหนึ่งรายงานว่า ร้อยละ 14 ของผู้เบี่ยงเบนทางเพศประเภทชอบเด็ก และร้อยละ 20 ของนักชมขโมย เคยกระทำพฤติกรรมถ้ำมอง²⁰ นอกจากผลการศึกษาวิจัยที่ได้กล่าวมาข้างต้น ความสัมพันธ์หรือความเชื่อมโยงระหว่างพฤติกรรมถ้ำมองและการกระทำผิดทางเพศที่ร้ายแรงอย่างการชมขโมยนั้น ได้เคยปรากฏข้อเท็จจริงในการพิพากษาพิพากษาคดีของศาลอุทธรณ์ของประเทศอังกฤษ ในคดี R v Williams (1986) ซึ่งศาลอุทธรณ์ได้พิพากษาขึ้นตามศาลชั้นต้น จำคุกจำเลยตลอดชีวิต ในการกระทำคามผิดฐานชมขโมยในลักษณะต่อเนื่อง โดยปรากฏตามรายงานที่เสนอต่อศาลว่า การกระทำคามผิดทั้งหลาย เป็นผลของการที่จำเลยหมกมุ่นกับพฤติกรรมถ้ำมอง และการได้รับความตื่นเต้นจากการแอบดูชีวิตของผู้อื่น สิ่งเหล่านี้ได้สร้างแรงปรารถนาต่อการแอบเข้าไปในบ้านของผู้อื่น ต่อมาจำเลยพบว่าเมื่อได้แอบบุกรุกเข้าไปในบ้านของผู้อื่น จำเลยจะ

¹⁶Joseph Davis, "Voyeurism: A Criminal Precursor and Diagnostic Indicator to a Much Larger Sexual Predatory Problem in Our Community," in **Current Perspectives on Sex Crimes**, (California: Sage Publications Inc, 2002) cited in Law Commission (New Zealand), **Intimate Covert Filming**, (Wellington, 2004). p. 12.

¹⁷Home Office (UK), **Setting the Boundaries: Reforming the Law on Sex Offences**, (Home Office Communication Directorate, 2000). p. 120.

¹⁸G.G. Abel, M.S. Mittleman, and J.V. Becker, **Sex offenders: Results of assessment and recommendations for treatment**, (1985) cited in M.H. Ben-Aron, S. J. Hucker, and C.D. Webster, **Clinical Criminology: The Assessment and Treatment of Criminal Behavior** (Toronto: M & M Graphics, 2000) cite in Home Office (UK), **Setting the Boundaries: Reforming the Law on Sex Offences**, (Home Office Communication Directorate, 2000). p. 120.

¹⁹Hanson, R. Karl, and Andrew J.R.Harris, "Voyeurism: Assessment and Treatment," in **Sexual Deviance Theory Assessment and Treatment**, (New York: The Guilford Press, 1997) cited in Minister of Justice (Canada), **Voyeurism as a Criminal Offence: a Consultation paper**, (Canada: the Communications Branch Department of Justice, 2002). p. 4.

²⁰G.G. Abel, M.S. Mittleman, and J.V. Becker, cited in M.H. Ben-Aron, S. J. Hucker, and C.D. Webster, cited in Home Office (UK), **Setting the Boundaries: Reforming the Law on Sex Offences**, p 121.

เกิดความตื่นเต้นอย่างมากพร้อมกับมีอาการตื่นตัวทางเพศ ซึ่งเป็นเหตุให้จำเลยได้กระทำการแอบเข้าบ้านของผู้อื่นโดยมีจุดมุ่งหมายทางเพศสืบเนื่องต่อมา²¹

จากความตระหนักในข้อเท็จจริงที่บ่งชี้ความเชื่อมโยงของพฤติกรรมถ้ามองกับการกระทำผิดทางเพศที่ร้ายแรงอื่น ในเอกสารรับฟังความคิดเห็นของทางกรอองกฤษ จึงได้เสนอแนวคิดที่จะจัดการกับพฤติกรรมถ้ามองอย่างจริงจัง ทั้งในฐานะที่เป็นพฤติกรรมบอกเหตุ และพฤติกรรมที่เป็นอันตราย²² และต่อมาได้มีการบัญญัติให้การกระทำฐานแอบดูและแอบบันทึกภาพเป็นความผิดทางเพศ โดยกำหนดมูลเหตุชกุงใจทางเพศเป็นองค์ประกอบภายในของการกระทำดังกล่าวด้วย เช่นเดียวกับประเทศแคนาดา ซึ่งได้กำหนดให้การแอบดูและแอบบันทึกภาพอยู่ภายใต้ประเภทความผิดทางเพศ แต่นอกจากกำหนดมูลเหตุชกุงใจทางเพศไว้เป็นองค์ประกอบภายในแล้ว ได้กำหนดกรณีที่การกระทำแม้ไม่ปรากฏมูลเหตุชกุงใจทางเพศ ก็จะเป็นความผิดไว้ด้วย โดยให้เหตุผลว่าเพื่อให้สามารถดำเนินคดีแก่การกระทำดังกล่าวในฐานะที่เป็นการกระทำความผิดต่อสิทธิส่วนตัว²³

ส่วนในการบัญญัติกฎหมายกำหนดให้การแอบบันทึกภาพเป็นความผิดอาญาของสหรัฐอเมริกา นั้น แม้จะปรากฏว่า หลายมลรัฐจะมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อบังคับกับการกระทำดังกล่าวโดยค้ำึงถึงองค์ประกอบทางเพศด้วย แต่กฎหมายกลางของสหรัฐอเมริกาได้มุ่งเน้นให้ความสำคัญในการจะป้องกันความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสิทธิส่วนตัวจากการกระทำดังกล่าว และไม่ได้กำหนดองค์ประกอบทางเพศไว้ในการกระทำดังกล่าวแต่อย่างใด โดยบัญญัติให้การแอบบันทึกภาพให้เป็นความผิดภายใต้ประเภทความผิดต่อสิทธิส่วนตัว

สำหรับประเทศนิวซีแลนด์ นอกจากในเอกสารศึกษาเพื่อการออกกฎหมายเกี่ยวกับการแอบบันทึกภาพ จะได้พิจารณาถึงข้อเท็จจริงจากงานวิจัยต่างๆ ที่ได้แสดงถึงความเชื่อมโยงระหว่างพฤติกรรมถ้ามองและการกระทำผิดร้ายแรงทางเพศอื่นแล้ว ยังได้อ้างถึงงานวิจัยที่ให้ผลตรงกันข้ามว่า จากการศึกษา นักโทษชายซึ่งกระทำความผิดทางเพศต่อเด็ก ในรัฐควีนส์แลนด์ ประเทศออสเตรเลีย พบว่ามีสัดส่วนความเบี่ยงเบนทางเพศที่ค่อนข้างต่ำ และพบว่ามีพฤติกรรม

²¹David W. Selfe, "Voyeurism— early developments in a new offence," *Criminal Lawyer* 174 (July/August 2007): 4.

²²Home Office (UK), *Setting the Boundaries: Reforming the Law on Sex Offences*, p. 120.

²³BILL C-2: An Act To Amend The Criminal Code, (Protection Of Children And Other Vulnerable Persons) And The Canada Evidence Act, 26 May 2012. Available from www.parl.gc.ca/About/Parliament/LegislativeSummaries/bills_ls.asp?ls=C2&Parl=38&Ses=1

ถ้ามองเพียงร้อยละ 5.4 ของกลุ่มตัวอย่างทั้งหมด²⁴ โดยแม้เอกสารดังกล่าวจะยอมรับว่า โดยแท้จริงแล้ว พฤติกรรมถ้ามองเป็นพฤติกรรมที่ก่อโดยแรงจูงใจทางเพศ และในหลายๆกรณี ได้ปรากฏให้เห็นถึงความสัมพันธ์เชื่อมโยงระหว่างพฤติกรรมถ้ามองและการกระทำทางเพศร้ายแรงอื่น แต่ก็โต้แย้งว่าพฤติกรรมถ้ามองไม่ใช่พฤติกรรมเริ่มต้นที่จะนำไปสู่การกระทำผิดทางเพศที่ร้ายแรงอื่นเสมอไป ทั้งไม่ใช่ส่วนหนึ่งของรูปแบบการกระทำที่ร้ายแรงในทุกกรณี และผู้ที่กระทำพฤติกรรมดังกล่าว ไม่จำเป็นต้องกลายเป็นผู้มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนทางเพศ นอกจากนั้น ยังชี้ให้เห็นถึงความเป็นไปได้ที่การแอบบันทึกภาพ จะกระทำโดยมีเหตุผลอื่นที่ไม่ใช่การแสวงหาความพึงพอใจทางเพศ เช่น ต้องการทำให้เหยื่อเกิดความอับอาย หรือทำให้ผู้อื่นได้รับความชบช้นจากความเสียหายของเหยื่อ รวมทั้งเพื่อการข่มขู่คุกคาม เป็นต้น และได้สรุปความเห็นไว้ในขณะที่การแอบบันทึกภาพมิได้เป็นการกระทำที่มืองค์ประกอบทางเพศเสมอไปในทุกกรณี แต่การกระทำดังกล่าวมีลักษณะที่ถือเป็นการละเมิดต่อสิทธิส่วนตัวได้เสมอ ด้วยเหตุดังกล่าว ประเทศนิวซีแลนด์ได้บัญญัติกฎหมายกำหนดให้การแอบบันทึกภาพเป็นความผิดอาญาประเภทความผิดต่อสิทธิส่วนตัว

อันที่จริงแล้ว การพิจารณาถึงเหตุผลความจำเป็นในการตรากฎหมายขึ้นบังคับใช้กับการแอบดูและแอบบันทึกภาพนั้น ในทุกประเทศที่ได้ทำการศึกษา ซึ่งรวมถึงประเทศอังกฤษและแคนาดาที่ได้กำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดทางเพศ ต่างก็ตระหนักถึงความเสียหายที่เกิดแก่สิทธิส่วนตัวของผู้ถูกละเมิดจากการกระทำดังกล่าวทั้งสิ้น ดังนั้น หลังจากได้พิจารณาถึงนัยความเป็นการกระทำทางเพศของการแอบดูและแอบบันทึกภาพแล้ว ต่อไปจะได้กล่าวถึงแนวคิดเกี่ยวกับความเป็นส่วนตัว เพื่อจะได้ศึกษาถึงอีกนัยหนึ่งของการแอบดูและแอบบันทึกภาพ ในด้านที่ถือเป็นการกระทำความผิดต่อสิทธิส่วนตัวต่อไป

2.3 แนวคิดเกี่ยวกับความเป็นส่วนตัว

ความเป็นส่วนตัว คือสถานะที่บุคคลจะรอดพ้นจากการสังเกต การรู้เห็น การสืบความลับ การรบกวนต่างๆ และมีความสันโดษ ไม่ติดต่อสัมพันธ์กับสังคม²⁵ และเนื่องจากความเป็นส่วนตัวมีความเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับศักดิ์ศรีที่มีมาแต่กำเนิดของบุคคล จึงมีความสัมพันธ์

²⁴Stephen Smallbone and Richard Wortley, 2000, "Child Sexual Abuse in Queensland: Offender Characteristics and Modus Operandi," (Brisbane: Queensland Crime Commission and Queensland Police Service, 2000) cited in Law Commission (New Zealand), p. 12.

²⁵ชูชีพ ปิณฑะสิริ, "การละเมิดสิทธิส่วนตัว," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525), หน้า 3.

ที่ใกล้ชิดกับเสรีภาพ อิศรภาพ และสิทธิที่จะเลือกตัดสินใจ ทั้งยังเป็นเป็นสภาวะที่จำเป็นต่อการเติบโตและพัฒนาความเป็นตัวตน และเป็นพื้นที่ให้แสดงออกถึงเสรีภาพ ซึ่งรวมทั้งเสรีภาพที่จะเลือกแสดงออกในบางแง่มุมของบุคลิกภาพต่อผู้อื่นในต่างสถานการณ์ นอกจากนี้ ความเป็นส่วนตัวสามารถทำให้บุคคลมีภาวะที่จะสร้างและพัฒนาความสัมพันธ์กับบุคคลอื่น อันเป็นปัจจัยอันจำเป็นต่อการเติบโตทางบุคลิกภาพ และเป็นหนึ่งในหลายคุณค่าที่ช่วยให้บุคคลไม่ถูกลดค่ากลายเป็นเพียงสิ่งของหรือวัตถุ²⁶ ความเป็นส่วนตัวจึงมีคุณค่าอันสำคัญยิ่งต่อความเป็นมนุษย์

ความเป็นส่วนตัวมักถูกกล่าวถึงทั้งในฐานะที่เป็นทั้งสิทธิและเสรีภาพของมนุษย์ อย่างไรก็ตาม “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” ในบริบทของกฎหมายนั้น มีความหมายที่แตกต่างกันและคาบเกี่ยวกัน²⁷ กล่าวคือ ในขณะที่ “สิทธิ” อาจหมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้เกิดประโยชน์แก่ตน “เสรีภาพ” จะหมายถึง สภาพการณ์ที่บุคคลมีอิสระในการที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความประสงค์ของตน²⁸ ทั้งนี้ ความเป็นส่วนตัว ถือเป็นหนึ่งในเสรีภาพพื้นฐานของมนุษย์ โดยเสรีภาพของมนุษย์สามารถจำแนกออกได้เป็น 5 ประเภท²⁹ ดังต่อไปนี้

1. เสรีภาพในชีวิตร่างกาย โดยความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตร่างกายถือเป็นพื้นฐานของเสรีภาพอื่นๆ ทั้งหมด และจัดเป็นเหตุอันสำคัญที่สุดที่ทำให้มนุษย์เข้ามารวมกันเป็นสังคม การให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกายจึงมีความสำคัญอย่างมากที่สุดและมากกว่าสิทธิเสรีภาพประเภทอื่น

2. เสรีภาพในชีวิตส่วนตัว กล่าวคือ บุคคลแต่ละคนมีอิสระที่จะปฏิเสธไม่ให้อื่นมาล่วงรู้เรื่องของตนได้ ในความหมายอย่างแคบ อาจหมายถึง สิทธิเสรีภาพที่บุคคลสามารถเลือกที่จะมีชีวิตที่สงบปราศจากการรบกวนจากบุคคลอื่น และในความหมายอย่างกว้าง อาจหมายถึง สิทธิเสรีภาพที่บุคคลจะเลือกชีวิตตามความต้องการ ในขอบเขตที่ไม่ใช่ชีวิตสาธารณะหรือเป็นบุคคลสาธารณะ เสรีภาพในชีวิตส่วนตัว ได้แก่ เสรีภาพในเคหสถาน เสรีภาพในการติดต่อสื่อสาร เสรีภาพในความลับของบุคคล เสรีภาพในข้อมูลส่วนบุคคล และรวมไปถึงการเคารพในการแสดงออกซึ่งบุคลิกลักษณะของบุคคล ในการปรากฏกายของบุคคลสาธารณะ

²⁶Law Reform Commission (Ireland), **Report on Privacy: Surveillance and the Interception of Communication** [Online], 1998, pp. 2– 3. Available from www.lawreform.ie/_fileupload/Reports/rPrivacy.htm

²⁷เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, **หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ**, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2547). หน้า 23.

²⁸วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, **สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ**, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2538). หน้า 21–22.

²⁹เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, **หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ**, หน้า 26–30.

3. เสรีภาพในตัวบุคคล เป็นเสรีภาพที่บุคคลสามารถทำอะไรก็ได้กับเนื้อตัวร่างกายของตนได้ภายใต้กรอบของกฎหมาย บุคคลอื่นจะก้าวล่วงเข้ามาขัดขวางการเคลื่อนไหวทางกายภาพของเขาไม่ได้ เช่น เสรีภาพในการเดินทาง

4. เสรีภาพทางปัญญาและศีลธรรม กล่าวคือ มนุษย์สามารถแสดงออกถึงสิ่งที่ตนเองคิดสิ่งที่ตนเองเชื่อ และแสดงออกซึ่งสิ่งที่ตนเองคิดได้ เช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพในทางวิชาการ และเสรีภาพในการรวมตัวเป็นกลุ่มบุคคล

5. เสรีภาพทางด้านเศรษฐกิจสังคม เป็นเสรีภาพที่มีลักษณะเฉพาะพิเศษเกี่ยวกับการประกอบอาชีพในทางเศรษฐกิจ เช่น เสรีภาพในกรรมสิทธิ์ เสรีภาพในการทำงาน เสรีภาพในการนัดหยุดงาน โดยเป็นเสรีภาพที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของเสรีภาพดั้งเดิม คือ เสรีภาพตามแนวคิดเสรีนิยมกับแนวคิดปัจเจกชนนิยม

จากการจำแนกประเภทของเสรีภาพดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า เสรีภาพในชีวิตส่วนตัวนอกจากจะเป็นเสรีภาพพื้นฐานที่มีความสำคัญสำหรับมนุษย์ และผูกโยงใกล้ชิดกับเสรีภาพในชีวิตร่างกายอีกด้วย ทั้งนี้ แนวความคิดเกี่ยวกับความเป็นส่วนตัวที่ได้รับการยอมรับและอ้างถึงอย่างแพร่หลาย คือ แนวคิดของ Samuel D. Warren และ Louise D. Brandeis โดยในปี ค.ศ.1890 ทั้งสองได้ร่วมกันเขียนและตีพิมพ์บทความเกี่ยวกับสิทธิความเป็นส่วนตัวในระบบคอมมอนลอว์ และได้ให้ความเห็นว่า บุคคลควรมีสิทธิที่จะเป็นอิสระจากการก้าวล่วงอันไม่พึงประสงค์และไม่สมควร ต่อความเป็นบุคคลอันมีอากก้าวล่วงได้ (inviolate personality) ทั้งสองยังได้ขยายแนวคิดที่ได้รับการอ้างถึงบ่อยครั้ง ในความหมายของ Privacy ว่า “the right to be let alone” โดยเสนอแนวคิดในการวางหลักทั่วไปของกฎหมายในการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวในชีวิตส่วนตัว อันเป็นครั้งแรกที่ความเป็นส่วนตัวได้รับการยอมรับในฐานะสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย แม้ว่า Warren และ Brandeis จะไม่ได้อธิบายความหมายของคำว่า “ความเป็นบุคคลอันมีอากก้าวล่วงได้” แต่มีผู้ขยายความไว้ว่า คือ “เงื่อนไขและสิทธิซึ่งผูกโยงกับศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ หลักที่บุคคลจะได้รับความเคารพโดยเสมอภาคกัน และภาวะความเป็นบุคคลนั่นเอง”³⁰

เสรีภาพในชีวิตความเป็นส่วนตัว อาจถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ตามแนวคิดของกฎหมายธรรมชาติ ที่มีอยู่ก่อนรัฐและผูกพันต่อรัฐ อย่างไรก็ตาม เมื่อได้มีการบัญญัติรับรอง

³⁰Lance E, Rothenberg, “Re-Thinking Privacy: Peeping Toms, Video Voyeurs, and The Failure of Criminal Law to Recognize a Reasonable Expectation of Privacy in the Public Space,” *American University Law Review* 49 (June 2000): 1126.

เสรีภาพในชีวิตความเป็นส่วนตัวไว้ตามกฎหมาย ในฐานะที่เป็น “สิทธิส่วนตัว” ซึ่งหมายถึงได้ถึงสิทธิประจำตัวของบุคคล อันประกอบด้วยเสรีภาพในร่างกาย การดำรงชีวิตที่มีความเป็นส่วนตัว ซึ่งได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายมิให้ผู้อื่นมาล่วงเกิน โดยเป็นสิทธิที่จะไม่ถูกรบกวนแทรกแซงในชีวิต ร่างกาย สุขภาพอนามัย เกียรติยศ ชื่อเสียง เสรีภาพ ความเสมอภาค การดำรงชีวิต การทำงาน รวมถึงประโยชน์ส่วนตัวของบุคคล เช่น สิทธิที่จะไม่ถูกรบกวนความสงบสุข สิทธิในความลับของบุคคล วิชาชีพ หรือการค้า สิทธิในชื่อ สิทธิที่จะไม่ถูกเปิดเผยต่อสาธารณะ ตลอดจนสิทธิที่จะไม่ถูกรบกวนจิตใจ³¹ สิทธิดังกล่าวจึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นที่จะต้องไม่กระทำการละเมิด และถือเป็นอำนาจที่บุคคลคนหนึ่งมีในการเรียกร้องมิให้บุคคลอื่นมาแทรกแซงในชีวิตความเป็นส่วนตัวของตน

โดยทั่วไป การแอบดู หรือแอบบันทึกภาพผู้อื่น หากเป็นการกระทำในขณะที่เหยื่ออยู่ในสถานที่อันควรได้รับความเป็นส่วนตัว และไม่ควรรอคาดได้ว่าจะถูกมองหรือเห็นโดยบุคคลอื่น ย่อมถือเป็นการละเมิดสิทธิที่จะอยู่คนเดียว (a right to be let alone) โดยปราศจากการถูกแทรกแซงในความเป็นส่วนตัว โดยไม่มีเหตุผลอันควร³² แต่การแอบดูหรือแอบบันทึกภาพในบริบทของการศึกษานี้ เป็นการกระทำที่มีลักษณะที่รุกล้ำแทรกสอดเพื่อไปล่วงรู้เห็นในกิจกรรมอันเป็นส่วนตัว โดยเฉพาะในที่เกี่ยวข้องกับการเปิดเผยเนื้อตัวร่างกายของผู้อื่น หรือมีองค์ประกอบในเรื่องเพศมาเกี่ยวข้อง ซึ่งควรถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อสิทธิส่วนตัว ในส่วนที่มีนัยสำคัญอันเกี่ยวพันกับสิทธิในชีวิตร่างกายอีกด้วย เพราะการแอบดูหรือแอบบันทึกภาพในกรณีนี้ ไม่เพียงแต่พรางไปซึ่งเสรีภาพที่จะเลือกแสดงออกถึงความเป็นตัวตนต่อผู้อื่น (freedom to choose how one presents oneself to others) เท่านั้น³³ แต่เป็นการกระทำที่ละเมิดต่อความต้องการพื้นฐานของมนุษย์ในด้านที่เกี่ยวกับความสามารถที่จะควบคุมการเปิดเผยร่างกาย (the ability to control exposure of one's body) หรือการจำกัดมิให้บุคคลอื่นจ้องมองร่างกายในขณะที่เปลือย โดยไม่ได้รับความยินยอม ซึ่งการเพิกเฉยต่อความยินยอมที่จะเปิดเผยร่างกาย มักเกิดขึ้นในช่วงของสงคราม ในระหว่างการถูกจำคุก หรือในการข่มขืน³⁴ หากแต่โดยทั่วไป

³¹ซูชีพ ปิณฑะสิริ, “การละเมิดสิทธิส่วนตัว,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), หน้า 4.

³²Clay Calvert and Justin Brown, “Video Voyeurism, Privacy, and the Internet: Exposing Peeping Toms in Cyberspace,” *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal* 18 (2000): 516.

³³Law Commission (New Zealand), *Intimate Covert Filming*, p. 5.

³⁴Lance E. Rothenberg, “Re-Thinking Privacy: Peeping Toms, Video Voyeurs, and The Failure of Criminal Law to Recognize a Reasonable Expectation of Privacy in the Public Space,” *American University Law Review*: 1126.

บุคคลจะใช้ความระมัดระวังอย่างสม่ำเสมอ เพื่อป้องกันมิให้การแสดงออกทางร่างกาย บางอย่างหรือบางส่วนของร่างกายเปิดเผยต่อสาธารณะ³⁵ แต่ด้วยความไม่เคารพต่อความเป็น ส่วนตัวดังกล่าว เหล่านักถ่ายภาพได้ใช้ประโยชน์จากเทคโนโลยีตอบสนองต่อความปรารถนาอัน มิชอบของตนเอง ในการแอบดู แอบบันทึกภาพ และเผยแพร่ภาพความเป็นส่วนตัวเหล่านั้นต่อ สาธารณะ โดยมีได้รับความยินยอม อันเป็นการกระทำที่ละเมิดทั้งต่อสิทธิส่วนตัวและศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์ของผู้อื่น

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สำหรับกรณีของการแอบบันทึกภาพ สิทธิส่วนตัวของผู้ที่ตกเป็น เหยื่อจะสามารถถูกละเมิดอีกครั้งหรือหลายครั้ง เมื่อภาพบันทึกแอบถ่ายเหล่านั้น มีการนำออก เผยแพร่ โดยเฉพาะผ่านช่องทางอินเทอร์เน็ต นั่นคือ การที่ผู้กระทำการแอบบันทึกภาพ ได้นำ ภาพของเหยื่อในขณะเปลือยกาย หรือสวมใส่เพียงชุดชั้นใน หรือขณะมีเพศสัมพันธ์ ซึ่งเหยื่อ ย่อมประสงค์จะสงวนไว้ให้เป็นเรื่องส่วนตัว เผยแพร่ต่อสาธารณชน สิทธิส่วนตัวของเหยื่อที่ถูก ละเมิดในชั้นนี้ คือ ความสามารถของบุคคลที่จะควบคุมการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับตนเอง (the ability of individuals to control the flow of information about themselves) ยกตัวอย่างเช่น หญิงที่ตกเป็นเหยื่อของการแอบถ่ายภาพใต้กระโปรงซึ่งเป็นการถูกละเมิดในลักษณะที่หนึ่งไป แล้ว ย่อมไม่ต้องการให้บุคคลใดๆ ได้เห็นภาพถ่ายบริเวณร่างกายของเธอนี้ที่มีเพียงกางเกงชั้นใน ปิดบังไว้ และเธอย่อมประสงค์ที่จะควบคุมมิให้มีการเผยแพร่ภาพดังกล่าวสู่สาธารณะ³⁶ ทั้งนี้ เนื่องจากภาพบันทึกหรือภาพถ่าย สามารถแสดงให้เห็นภาพในขณะที่ทำการบันทึกได้อย่างคงทน ถาวร จึงเป็นเหตุให้การแอบบันทึกภาพ เป็นการกระทำที่มีความสามารถที่จะก่อความเสียหาย ได้อย่างไม่รู้จบ ทั้งยังอำนวยความสะดวกให้ผู้อื่นสามารถใช้เวลาพินิจพิจารณา ปรับแต่ง หรือขยายภาพ จน เป็นเหตุสามารถมองเห็นบางส่วน หรือบางมุม ของภาพที่ไม่อาจสังเกตเห็นได้ทันหากเป็นการ มองดูด้วยตาเปล่า³⁷ นอกจากนี้ เมื่อบุคคลใดถูกบันทึกภาพเหล่านี้ บุคคลนั้นก็สูญเสีย ความสามารถในการควบคุมการเปิดเผยตนเองต่อสาธารณะอีกด้วย ด้วยเหตุดังกล่าว ภาพ บันทึกความเป็นส่วนตัวจึงสามารถเพิ่มความรุนแรงของผลกระทบจากการละเมิดสิทธิส่วนตัวได้ เป็นเท่าทวีคูณ³⁸

³⁵ Ibid.

³⁶ Clay Calvert and Justin Brown, "Video Voyeurism, Privacy, and the Internet: Exposing Peeping Toms in Cyberspace," *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*: 516-523.

³⁷ Nancy Danforth Zeronda, "Street Shootings: Covert Photography and Public Privacy," *Vanderbilt Law Review* 63 (May 2010): 1131.

³⁸ Ibid.

ในทางกฎหมาย สิทธิส่วนตัว ถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีความสำคัญต่อความเป็นมนุษย์ โดยนานาอารยประเทศต่างก็ได้ให้การบัญญัติรับรองสิทธิส่วนตัวไว้ตามกฎหมายภายในของตน อย่างเป็นสากล และสำหรับกฎหมายระหว่างประเทศ สิทธิส่วนตัวได้มีบัญญัติรับรองไว้ใน ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948 ขององค์การสหประชาชาติ (Universal Declaration of Human Rights 1948) มาตรา 12 ว่า “บุคคลใดๆ จะถูกแทรกสอดโดยพลการใน ความเป็นอยู่ส่วนตัว ในครอบครัว ในเคหสถาน หรือ ในการสื่อสาร หรือจะถูกลบล้างใน เกียรติยศและชื่อเสียงไม่ได้ ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองของกฎหมายต่อการแทรกสอด หรือการลบล้างดังกล่าวนี้” * นอกจากนี้ ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิ ทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Right) ซึ่งมีผลบังคับในปี ค.ศ.1976 ก็ได้ กำหนดให้ประเทศภาคีสมาชิกมีพันธะผูกพันในการให้ความเคารพต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัว ** อีกด้วย

สำหรับประเทศไทย สิทธิส่วนตัวเป็นสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ มาเป็นเวลากว่า 20 ปีแล้ว โดยบัญญัติรับรองไว้ครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 44 ว่า “สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ หรือชื่อเสียง และ ความเป็นอยู่ส่วนตัว ย่อมได้รับความคุ้มครอง” ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 นำข้อความดังกล่าวมาบัญญัติรับรองไว้ใน มาตรา 34 วรรคแรก และได้ ขยายความให้กว้างขวางออกไปในวรรคสองว่า “การกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความหรือ ภาพไม่ว่าด้วยวิธีใดไปยังสาธารณชน อันเป็นการละเมิดหรือกระทบถึงสิทธิของบุคคลใน ครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัว จะกระทำมิได้ เว้นแต่กรณีที่เป็น ประโยชน์ต่อสาธารณชน” จนเป็นที่เรียกกันทั่วไปว่า สิทธิที่จะไม่เป็นข่าว³⁹ ในปัจจุบัน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 35 ได้นำหลักดังกล่าวมาบัญญัติไว้

* Article 12 “No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.” (UN, **The Universal Declaration of Human Rights** [online], 14 December 2009. Available from www.un.org/en/documents/udhr/)

** Article 17 “1. No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation.

2. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks”

(Office of the UN High Commissioner for Human Rights, International Covenant on Civil and Political Rights [Online], 14 December 2009. Available from <http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm>)

³⁹ คณิน บุญสุวรรณ, **สิทธิเสรีภาพของคนไทย ศักดิ์ศรีความเป็นคน**, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2542). หน้า 17.

ลักษณะเดียวกัน โดยเพิ่มเติมข้อความในวรรคสามว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองจากการแสวงประโยชน์โดยมิชอบจากข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับตน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

2.4 สภาพความรุนแรงของปัญหาและรูปแบบของการแอบดู

การแอบดู เป็นพฤติกรรมที่พบว่าเกิดขึ้นในสังคมมนุษย์มาอย่างยาวนาน โดยมีการบันทึกเกี่ยวกับพฤติกรรมดังกล่าวไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในคัมภีร์ไบเบิล⁴⁰ จากเดิมถือว่าการพฤติกรรมดังกล่าวเป็นเพียงการก่อความเดือดร้อนรำคาญเท่านั้น แต่ในปัจจุบัน พัฒนาการและความก้าวหน้าของเทคโนโลยีทั้งด้านสารสนเทศและการสอดแนม ได้ส่งผลให้กล้องสอดแนมหรือกล้องที่มีขนาดจิ๋วสามารถหาซื้อได้ง่ายในราคาไม่แพง ประกอบกับวิธีการบันทึกภาพที่ไม่ยุ่งยากซับซ้อน ได้กลายเป็นปัจจัยสำคัญที่เพิ่มศักยภาพให้แก่เหล่านักถ้ำมองในการแสวงหาโอกาสที่จะแอบดูหรือแอบบันทึกภาพผู้อื่นขณะทำกิจส่วนตัว นอกจากนี้ เมื่อการแอบดูด้วยตาเปล่าในอดีต ได้กลายมาสู่การแอบบันทึกภาพ ซึ่งผนวกเข้ากับความนิยมที่มีต่อสื่อลามกในระบบอินเทอร์เน็ต เป็นผลให้เมื่อบุคคลใดตกเป็นเหยื่อของการแอบบันทึกภาพขณะทำกิจส่วนตัว เช่น เข้าห้องสุขา หรือเปลี่ยนเสื้อผ้า ภาพของเหยื่อจึงมักถูกนำเข้าสู่ระบบอินเทอร์เน็ตซึ่งส่งผลให้ความเป็นส่วนตัวของเหยื่อถูกละเมิดซ้ำแล้วซ้ำเล่า อย่างไม่มีที่สิ้นสุด ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เหยื่อจึงรุนแรงและกว้างขวางกว่าการแอบดูเช่นในอดีตเป็นหลายเท่าทวีคูณ

การส่งต่อ เผยแพร่ และกระจายภาพแอบบันทึก ที่มักเรียกว่ากันทั่วไปว่าคลิปหลุด หรือคลิปแอบถ่าย มีโทรศัพท์เคลื่อนที่และระบบอินเทอร์เน็ตเป็นช่องทางสำคัญ ซึ่งจากสถิติผู้ใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่และอินเทอร์เน็ตในประเทศไทย พบว่า ระหว่างปี 2550 – 2554* จำนวนผู้ใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่ ได้ขยายตัวจากจำนวน 52.9 ล้านราย เพิ่มขึ้นเป็นจำนวน 74.6 ล้านราย ส่วนตัวเลขผู้ลงทะเบียนใช้อินเทอร์เน็ตความเร็วสูงประเภทบุคคลทั่วไป ได้เพิ่มจากจำนวน 1.2 ล้านราย เป็นจำนวน 3.5 ล้านราย⁴¹ ⁴² การขยายตัวของผู้ใช้โทรศัพท์มือถือและระบบอินเทอร์เน็ต

⁴⁰ Anil Aggrawal, “References to the paraphilias and sexual crimes in the Bible,” *Journal of Forensic Legal Medicine* 16 (April 2009): 109–14.

* ข้อมูลถึงไตรมาสที่ 2 ปี 2554.

⁴¹ สำนักพัฒนานโยบายและกฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, *รายงานสภาพตลาดโทรคมนาคม ไตรมาสที่ 4 ปี 2552*, หน้า 7.

⁴² สำนักพัฒนานโยบายและกฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, *รายงานสภาพตลาดโทรคมนาคม ไตรมาสที่ 2 ปี 2554*, หน้า 6.

ความเร็วสูงในช่วงระยะเวลาประมาณ 3 ปี มีจำนวนเพิ่มสูงขึ้น ร้อยละ 41 และ 192 หรือคิดเป็น อัตราเติบโตเฉลี่ย ร้อยละ 12 และ 55 ต่อปี ตามลำดับ ทั้งนี้ แม้ตัวเลขและสถิติดังกล่าวจะไม่ อาจแสดงให้เห็นอย่างตรงไปตรงมาถึงขนาดของการเผยแพร่ภาพแอบบันทึก แต่ก็สามารถ สะท้อนถึงแนวโน้มขอบเขตที่ปัญหาอาจมีการขยายตัวอย่างเป็นวงกว้าง ตามการเติบโตของการ ใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่และอินเทอร์เน็ต

อันที่จริงแล้ว ความนิยมต่อสื่อเว็บไซต์ลามกที่นำเสนอภาพแอบบันทึกบนโลก อินเทอร์เน็ต ได้ปรากฏมีมานานกว่าทศวรรษแล้ว⁴³ ซึ่งเว็บไซต์เกี่ยวกับการแอบดูและการแอบถ่าย มีการเติบโตอย่างต่อเนื่องและขยายส่วนแบ่งรายได้อย่างมีนัยสำคัญในตลาดค้าสิ่งลามก บนอินเทอร์เน็ต โดยเฉพาะเว็บไซต์ในรูปแบบที่เสนอภาพแอบถ่ายแบบแท้มือ คือ ผู้ที่ถูกแอบ บันทึกภาพไม่รู้ตัวและไม่ได้ยินยอม การที่เว็บไซต์เหล่านี้สามารถสร้างกำไรได้เป็นจำนวนมาก เป็นผลมาจากต้นทุนที่ต่ำ เนื่องจากไม่มีค่าใช้จ่ายในการจ้างนักแสดง และต้นทุนในการเผยแพร่ หรือผลิตซ้ำก็ต่ำกว่าการจำหน่ายในรูปแบบดีวีดีหรือวีซีดีมาก แรงผลักดันด้านอุปทานในตลาด การค้าสิ่งลามกบนโลกอินเทอร์เน็ต จึงเป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่ทำให้การละเมิดสิทธิส่วนตัวของผู้อื่น ด้วยการแอบดูและแอบบันทึกภาพมีแนวโน้มที่จะขยายตัวต่อไป⁴⁴ ซึ่งจากการประมวล สถานการณ์และแนวโน้มภัยทางเทคโนโลยีในระยะปี 2552 - 2554 ของศูนย์เฝ้าระวังภัยทาง เทคโนโลยี (IT Watch) มูลนิธิกระจกเงา^{45 46} พบว่าปัญหาคลิปหลุด คลิปแอบถ่าย และเว็บไซต์ที่ เผยแพร่คลิปเหล่านี้ ตลอดจนปัญหาการแพร่หลายของอุปกรณ์แอบบันทึกภาพ และการ เผยแพร่ส่งต่อคลิปทางอินเทอร์เน็ต ยังเป็นปัญหาสำคัญที่ต้องการการเร่งแก้ไข โดยพบว่า ระหว่างเดือนมกราคม - มิถุนายน 2552 เฉพาะในระบบ BitTorrent* มีการแลกเปลี่ยนคลิปหลุด และคลิปแอบถ่าย 996 หัวข้อ และมีการดาวน์โหลดเสร็จแล้ว 902,636 ครั้ง และจากสภาพ ความรุนแรงของของปัญหาคลิปหลุด คลิปแอบถ่าย และเว็บไซต์ไม่เหมาะสมที่เผยแพร่คลิป

⁴³ Clay Calvert and Justin Brown, "Video Voyeurism, Privacy, and the Internet: Exposing Peeping Toms in Cyberspace," *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*: 516.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ ศูนย์เฝ้าระวังภัยทางเทคโนโลยี (IT Watch) มูลนิธิกระจกเงา, **ประมวลสถานการณ์และแนวโน้มภัย เทคโนโลยี ปี 2553** [ออนไลน์], 14 สิงหาคม 2553. แหล่งที่มา www.thaiitwatch.org

⁴⁶ ศูนย์เฝ้าระวังภัยทางเทคโนโลยี (IT Watch) มูลนิธิกระจกเงา, **ประมวลสถานการณ์และแนวโน้มภัย เทคโนโลยี ปี 2554** [ออนไลน์], 25 มีนาคม 2554. แหล่งที่มา www.thaiitwatch.org

* a peer-to-peer (P2P) communications protocol for file sharing

ดังกล่าว ศูนย์เฝ้าระวังภัยทางเทคโนโลยีจึงเห็นว่า ปัญหาดังกล่าวเป็นหนึ่งในปัญหาที่สำคัญในแนวโน้มสถานการณ์ภัยทางเทคโนโลยีปี 2553 ต่อเนื่องจนถึงปี 2554

จากการศึกษากรณีการแอบดูและแอบบันทึกภาพที่เกิดขึ้นในสังคมไทยปัจจุบัน พบว่ามีหลากหลายวิธีการ ไม่แตกต่างจากกรณีที่พบในต่างประเทศ ซึ่งสามารถแยกประเภทตามรูปแบบของการกระทำออกเป็นกรแอบดูด้วยตาเปล่าและการแอบบันทึกภาพ โดยแบ่งตามสถานที่ก่อเหตุ ออกได้เป็นสถานที่อันควรจะได้รับความเป็นส่วนตัวและสถานที่สาธารณะสามารถกล่าวอธิบายได้โดยละเอียดดังนี้

2.4.1 การแอบดูด้วยตาเปล่า

การแอบดูด้วยตาเปล่า เป็นรูปแบบการแอบดูที่เป็นมาแต่ดั้งเดิมในอดีต กล่าวคือเป็นพฤติกรรมที่สังคมมักจะเรียกกันแต่เดิมว่า “ถ้ามอง” นั่นเอง ซึ่งผู้กระทำไม่ได้อาศัยเครื่องมืออุปกรณ์ที่มีความทันสมัยทางเทคโนโลยีเป็นองค์ประกอบในการกระทำ โดยอาจแบ่งออกได้เป็นสองประเภทตามสถานที่ก่อเหตุ ได้ดังนี้

(1) การแอบดูด้วยตาเปล่าในสถานที่อันควรได้รับความความเป็นส่วนตัว

สำหรับการแอบดูด้วยตาเปล่าในสถานที่อันควรได้รับความความเป็นส่วนตัว พบว่าสถานที่ก่อเหตุ มักเป็นห้องน้ำสาธารณะตามสถานที่ต่างๆ หรืออาจเป็นห้องลองเสื้อผ้าตามห้างสรรพสินค้า ที่มักมีโครงสร้างที่มีส่วนเปิดเพื่อเป็นทางระบายอากาศ เป็นเหตุให้ผู้กระทำสามารถจะอาศัยจังหวะโอกาสลอบเข้าไปก่อเหตุในเวลาที่ไม่มีคน โดยวิธีการลอบแอบดูผ่านช่องว่างซึ่งไม่มีฝาบังไว้ และอาจมีการใช้อุปกรณ์ที่ไม่ซับซ้อน เช่น กระจกเงาเพื่อช่วยสะท้อนภาพ นอกจากนั้น ยังพบว่าบางกรณี สถานที่ก่อเหตุยังเป็นสถานที่ส่วนบุคคล เช่น ห้องน้ำภายในบ้าน ห้องนอน หรือห้องพัก อีกด้วย

เนื่องจากการดูด้วยตาเปล่า ผู้กระทำจึงต้องมีการเข้าใกล้เหยื่อในระยะที่สามารถแอบจ้องมองเหยื่อให้เห็นได้ระยะสายตา ซึ่งเหยื่ออาจรู้ตัวและพบเห็นการกระทำดังกล่าวด้วยตนเอง และการที่ผู้กระทำมีการเข้าใกล้เหยื่อในสถานที่อันควรได้รับความความเป็นส่วนตัว ซึ่งมักเป็นที่ลับตาคน เหยื่อจึงมีความเสี่ยงต่อภัยอาชญากรรมทางเพศประเภทอื่น เช่น การอนาจาร หรือการข่มขืนกระทำชำเรา ด้วยอีกส่วนหนึ่ง

เหตุการณ์การแอบดูด้วยตาเปล่าในสถานที่อันควรได้รับความความเป็นส่วนตัว อาจยกตัวอย่างจากที่เคยปรากฏตามรายงานข่าวได้ เช่น

- เด็กปั๊มแสบ อายุ 17 ปี แอบถ้ามองพยาบาลสาวถึงในห้องน้ำโรงพยาบาล ทำให้ไปเยี่ยมญาติ เมื่อเห็นพยาบาลเข้าห้องน้ำก็จะตามไป แล้วชะโงกหน้าแอบดูผ่านแผงกั้น แฉเคยแอบเข้ามาถ้ามองแล้วหนึ่งครั้ง (หนังสือพิมพ์ข่าวสด ฉบับวันพุธที่ 2 ธันวาคม 2552)
- ตำรวจพัทลุงรวบหนุ่มแอบถ้ามองสาวในห้องน้ำห้างโลตัส หลังเหยื่อเข้าห้องน้ำ เหลือบเห็นแอบมองผ่านผนังกั้นด้านล่าง อ้างเข้าห้องน้ำผิดและก้มเก็บกระเป๋าดังค์ (ASTV ผู้จัดการออนไลน์ วันพุธที่ 4 พฤศจิกายน 2552)
- อดีตผู้จัดการทีมฟุตบอล พะเยา FC ฉายา 'กุ่มจอมเก๋า' น้องชาย' มัลลิกา บุญมีตระกูล' เข้ามอบตัวตำรวจ สภ.เมืองพะเยา หลังบุกถ้ามองลูกสาวหมอพันเจ้าหน้าตำรวจให้สัมภาษณ์ว่าคดีบุกรุกเคหสถานยามวิกาลสามารถยอมความกันได้ ไม่ใช่คดีร้ายแรงอะไร ส่วนกรณีที่เจ้าทุกข์อ้างว่า คู่กรณีไปแอบดูลูกสาวอาบน้ำนั้น ไม่เข้าข่ายที่จะแจ้งข้อหาได้ (หนังสือพิมพ์คมชัดลึกออนไลน์ ฉบับวันศุกร์ที่ 11 พฤษภาคม 2555)

กรณีการแอบดูด้วยตาเปล่าที่เกิดขึ้นกับเหยื่อในขณะที่เข้าไปใช้บริการห้องน้ำสาธารณะตามสถานที่ต่างๆ นั้น แม้สถานที่ก่อเหตุจะได้ชื่อว่าเป็นห้องน้ำสาธารณะ แต่แท้จริงแล้วเป็นสถานที่ที่เหยื่อควรจะได้รับความเป็นส่วนตัวโดยแท้ การแอบดูด้วยตาเปล่าในลักษณะนี้จึงถือเป็นการละเมิดต่อสิทธิส่วนตัว ทั้งสิทธิที่จะอยู่คนเดียวของเหยื่อ และเสรีภาพที่จะเลือกแสดงออกถึงความเป็นตัวตน ตลอดจนเสรีภาพในการควบคุมการเปิดเผยร่างกายของผู้อื่น

(2) การแอบดูด้วยตาเปล่าในที่สาธารณะ

การแอบดูด้วยตาเปล่าอาจเกิดในที่สาธารณะที่มีคนพลุกพล่านได้เช่นกัน ซึ่งอาจขึ้นอยู่กับลักษณะสถานที่ที่เอื้อต่อการกระทำ เช่นบริเวณสะพานลอยคนข้าม หรือบันไดเลื่อนตามห้างสรรพสินค้า หรืออาจเกิดจากบางจังหวะที่เหยื่อเผลอไม่ได้ระมัดระวังตัวในกริยาท่าทางของตน โดยเหยื่อมักเป็นหญิงที่ใส่กระโปรง หรือเสื้อคอกว้าง หรือแต่งกายตามสมัยนิยมแบบตะวันตก ซึ่งก็เป็นเรื่องปกติธรรมดาในยุคปัจจุบันของสังคมไทย การแอบดูในลักษณะนี้ หากเป็นในการมองในลักษณะที่มีใช้การมองเห็นได้โดยปกติแล้ว เช่น การอาศัยจังหวะที่หญิงขึ้นบันไดแล้วแอบมองใต้กระโปรงหญิง นี่ย่อมเป็นการกระทำโดยมีเจตนาละเมิดสิทธิส่วนตัวหญิงนั้น

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการกระทำในลักษณะนี้ เหยื่อมักอยู่ในที่สาธารณะที่อาจคาดหมายได้ว่าจะมีคนสัญจรไปมา หรือมีปัจเจกชนอื่นๆ อยู่ในสถานที่เดียวกันนั้นได้เช่นกัน การที่เหยื่อจะถูกพบเห็นโดยบุคคลอื่นนั้น จึงย่อมเกิดขึ้นได้อย่างธรรมดา ดังนั้น

เหยื่อจึงมิได้เกิดสิทธิที่จะอยู่คนเดียวในสถานที่ดังกล่าว การแอบดูกรณีนี้ จึงไม่ได้ละเมิดต่อสิทธิที่จะอยู่คนเดียวของเหยื่อ แต่หากเป็นการจงใจแสวงหาจังหวะและมุมมองเพื่อจะได้เห็นเนื้อตัวร่างกายของเหยื่อ ที่โดยปกติวิสัยแล้วไม่อาจจะเห็นได้นั้น ย่อมถือเป็นการจงใจละเมิดต่อสิทธิที่จะควบคุมการเปิดเผยร่างกายของเหยื่อ อันถือเป็นสิทธิส่วนตัวเช่นกัน

หากเปรียบเทียบการแอบดูด้วยตาเปล่าในสถานที่อันควรได้รับความเป็นส่วนตัว และในที่สาธารณะแล้ว กล่าวได้ว่า การแอบดูด้วยตาเปล่าในสถานที่อันควรได้รับความเป็นส่วนตัวมักปรากฏให้เห็นเป็นข่าวมีการแจ้งความร้องทุกข์มากกว่า ทั้งนี้ อาจเนื่องจากการแอบดูในสถานที่อันควรได้รับความเป็นส่วนตัว เป็นสถานที่ที่เหยื่อมักคาดหวังการอยู่ตามลำพังคนเดียว และมักกำลังทำกิจส่วนตัวที่เกี่ยวกับการเปิดเผยร่างกาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากสถานที่ก่อเหตุเป็นสถานที่อันมีขีดอันควรแก่การได้รับความเป็นส่วนตัวเช่นนั้นแล้ว การแอบดูนั้นจะแสดงออกถึงการรุกล้ำเข้ามาแทรกแซงความเป็นส่วนตัวของเหยื่ออย่างชัดเจนมากกว่าการแอบดูด้วยตาเปล่าในที่สาธารณะ ประกอบกับเมื่อหญิงที่เป็นเหยื่อรู้สึกตัวว่ากำลังถูกแอบดูโดยผู้กระทำซึ่งเป็นชาย นอกจากจะเกิดอาการตกใจจากการกระทำอันมาแทรกแซงความเป็นส่วนตัวของตนแล้ว ยังย่อมจะรู้สึกไม่ปลอดภัยจากการอยู่ตามลำพังกับผู้กระทำ ด้วยหวาดเกรงต่อภัยอื่นๆที่อาจเกิดขึ้น จึงมักมีการร้องให้คนช่วยและนำไปสู่การจับกุมดำเนินคดี ในขณะที่เหยื่อซึ่งถูกแอบดูในที่สาธารณะ โดยทั่วไปจะไม่ได้กระทำการกิจกรรมเกี่ยวกับการเปิดเผยเนื้อตัวร่างกาย และมักมีโอกาสระวังตนในการแสดงออกในที่สาธารณะ ขนาดของการเผยให้เห็นส่วนของร่างกายหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าความเสียหายจากการถูกละเมิดนั้น จึงอาจจะน้อยกว่ากรณีการถูกแอบดูในสถานที่อันควรได้รับความเป็นส่วนตัว ดังนั้น ด้วยขนาดของภัยและการไม่มีเหตุผลความจำเป็นที่จะต้องป้องกันภัยอื่นที่อาจเกิดขึ้น ประกอบกับความรู้สึกอับอายที่มักเกิดแก่หญิงที่ตกเป็นเหยื่อของการแอบดู การแจ้งความร้องทุกข์ในกรณีการแอบดูด้วยตาเปล่าในที่สาธารณะจึงปรากฏให้เห็นน้อยกว่าการแอบดูด้วยตาเปล่าในสถานที่อันควรได้รับความเป็นส่วนตัว

2.4.2 การแอบบันทึกภาพ

การแอบบันทึกภาพหรือที่ในปัจจุบันนิยมเรียกกันทั่วไปว่า “แอบถ่าย” คือพฤติกรรมล้ำมองในรูปแบบใหม่ ซึ่งผู้กระทำจะอาศัยเครื่องมืออุปกรณ์ที่มีความทันสมัยทางเทคโนโลยี เช่น กล้องบันทึกภาพขนาดเล็ก หรือกล้องในโทรศัพท์เคลื่อนที่ แอบบันทึกภาพเหยื่อ

สำหรับประเทศไทย การแอบบันทึกภาพส่วนตัวของบุคคลอื่น ได้สร้างความตระหนกแก่สังคมเป็นวงกว้าง เมื่อมีการรายงานกรณีการเผยแพร่ภาพบันทึกวิดีโอแอบถ่าย

วัยรุ่นชายหญิงคู่หนึ่งขณะเพศสัมพันธ์กัน ปรากฏเป็นข่าวหน้าหนึ่งของหนังสือพิมพ์ในช่วงปลายปี พ.ศ.2546 โดยเป็นที่รู้จักกันในชื่อ “แอบถ่ายสวนหิน” ภายหลังจากนั้น ได้มีการแอบบันทึกภาพในลักษณะนี้ได้ปรากฏสู่การรับรู้ของสังคมอย่างต่อเนื่อง เช่น ในปี พ.ศ.2549 มีคดีพิพาททางปกครองขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครองสูงสุด ระหว่างโรงเรียนแห่งหนึ่งกับผู้ปกครองนักเรียนซึ่งถูกลงโทษให้ลาออก เนื่องจากได้แอบบันทึกภาพใต้กระโปรงครุสตรี หรือในปี พ.ศ.2551 เมื่อเกิดการแพร่กระจายของคลิปแอบถ่ายนักร้องวัยรุ่นหญิงชื่อดังสองคน ในขณะที่อาบน้ำในห้องพักโรงแรมแห่งหนึ่ง หรือกรณีของการแอบถ่ายในที่สาธารณะ ก็เคยปรากฏเป็นข่าวอยู่บ่อยครั้ง ผู้เขียนขอยกตัวอย่าง กรณีเมื่อต้นปี พ.ศ.2552 เมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจได้รับแจ้งเหตุว่ามีชายคนหนึ่ง ถูกพนักงานรักษาความปลอดภัยที่สถานีรถไฟฟ้ามหานคร ๓ ควบคุมตัวไว้เนื่องจากใช้โทรศัพท์มือถือแอบถ่ายใต้กระโปรงหญิงผู้เสียหายคนหนึ่ง แต่หลังจากที่เจ้าหน้าที่ตำรวจทำการตรวจสอบโทรศัพท์มือถือของชายคนดังกล่าว ก็ได้พบว่า เฉพาะช่วงเช้าของวันเกิดเหตุ ชายคนดังกล่าวได้แอบถ่ายใต้กระโปรงหญิงไปแล้วถึง 27 ครั้ง และได้ทำการแอบถ่ายในลักษณะนี้มาแล้วถึง 107 ครั้งในช่วงสิบวันก่อนเกิดเหตุ เหตุการณ์ครั้งนี้ นอกจากจะชี้ให้เห็นถึงความหมกมุ่นในพฤติกรรมดังกล่าวของผู้กระทำแล้ว ยังแสดงให้เห็นถึงความเสียหายที่บุคคลคนหนึ่งอาจก่อแก่เหยื่อได้ในจำนวนมาก หากไม่มีการยับยั้งที่เหมาะสม

โดยพบว่าการกระทำในลักษณะแอบบันทึกภาพ สามารถแบ่งออกได้เป็นสองลักษณะตามสถานที่ก่อเหตุ นอกจากนี้ เนื่องจากการแอบบันทึกภาพยังคงมีความเกี่ยวข้องกับการกระทำในลักษณะเผยแพร่และส่งต่อภาพแอบบันทึกอีกด้วย ผู้เขียนจึงแยกอธิบายถึงรูปแบบการกระทำเกี่ยวกับการแอบบันทึกภาพในสามกรณี ดังนี้

(1) การแอบบันทึกภาพในสถานที่อันควรได้รับความเป็นส่วนตัว

สถานที่อันควรได้รับความเป็นส่วนตัวในกรณีนี้ มีลักษณะไม่แตกต่างกับการแอบดูด้วยตาเปล่า ซึ่งอาจเกิดขึ้นตามห้องน้ำสาธารณะ หรือห้องลองเสื้อผ้าตามห้างสรรพสินค้า หรือสถานที่ส่วนบุคคล เช่น ห้องนอน หรือห้องน้ำ ตามที่อยู่อาศัย โดยผู้แอบบันทึกภาพอาจมีการกระทำที่ไม่ซับซ้อน เพียงแต่เปลี่ยนจากการดูด้วยตาเปล่า มาเป็นการใช้กล้องแอบบันทึกภาพเหยื่อ ซึ่งอาจเป็นกล้องจากโทรศัพท์มือถือ เช่นที่ปรากฏตามรายงานข่าวดังนี้

- รวบห่มถ่ายคลิปตามโบสถ์คาทอลิกแห่งหนึ่งตามห้างดังกลางเมืองหาดใหญ่ หลังเหยื่อร้อง รปภ.ช่วย คั้นกระเป๋าทนโบสถ์ถ่ายคลิป คาตรับงานส่งต่อให้ลูกค้าแพร่ลงเน็ต (หนังสือพิมพ์คมชัดลึก ฉบับวันเสาร์ที่ 14 พฤศจิกายน 2552)

- หม่อมเพชรบุรี อายุ 22 ปี แอบจัดกระจกบานเกล็ดหลังห้อง แล้วใช้ไฟ
กันบูหรือจี้เจาะช่องมุ้งลวดแอบถ้ามองสาวหอพัก ถ่ายคลิปมือถือ สาราภาพทำมาประมาณ
2 เดือน (สำนักข่าวไทย วันอาทิตย์ที่ 2 สิงหาคม 2552)

อย่างไรก็ตาม พบว่าการกระทำในลักษณะนี้ มักมีแนวโน้มที่จะเป็นการ
กระทำที่แนบเนียนและซับซ้อน ด้วยการแอบติดตั้งกล้องหรือแอบซ่อนกล้องไว้เพื่อรอการ
บันทึกภาพเหยื่อ โดยที่ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องอยู่ในสถานที่ก่อเหตุขณะจะแอบบันทึกภาพเหยื่อ
สถานที่ก่อเหตุจึงอาจรวมไปถึงสถานที่อันเป็นส่วนตัวของเหยื่อเองได้ เช่น ห้องพักอาศัย
ห้องนอน หรือห้องน้ำภายในที่พักอาศัย เป็นต้น ในการกระทำรูปแบบนี้ ผู้กระทำอาจทำการ
บังคับกล้องจากในระยะไกล ผ่านเครื่องมือส่งสัญญาณบังคับแบบไร้สาย หรือผ่านการต่อ
สายสัญญาณ หรือในบางกรณีอาจมีการซ่อนกล้องไว้โดยมีการสั่งบันทึกภาพไว้ตั้งแต่แรก เช่นที่
ปรากฏตามรายงานข่าวดังนี้

- ปวีณา พาดำ นักศึกษามหาวิทยาลัยชื่อดังย่านบางเขน เข้าพบตำรวจ
จี้ตามความคับหน้าคดี หลังถูกตั้งกล้องแอบถ่ายในห้องแมนชั่น หวังมือดีจะแอบไปโพสต์ทาง
อินเทอร์เน็ต (หนังสือพิมพ์ไทยรัฐ ฉบับวันอังคารที่ 15 กันยายน 2552)

- แจ้งจับผู้บริหารโรงพยาบาลอำเภอตั้งกล้องแอบถ่ายใต้กระโปรง
หมอลสาว จังหวัดชัยภูมิ หลังตกเป็นเหยื่อถูกซ่อนกล้องแอบถ่ายใต้โต๊ะทำงาน เพิ่งรู้ตัวเมื่อ
ก้มเก็บปากกา สังเกตเห็นไฟสีแดงใต้โต๊ะ ตำรวจยึดคอมพิวเตอร์ตรวจสอบ ตะลึงพบภาพ
ใต้กระโปรงอื้อ ลอบถ่ายนานร่วมเดือน แจ้งขอหาถ้ามองสร้างความสะดวกหรือรื้อราคาญ
ก่อนตรวจสอบนำไปเผยแพร่ทางเน็ตหรือไม่ สาธารสุขจังหวัดตั้งกรรมการสอบสวน เจ้าตัวยัง
ปิดปากเงียบ (หนังสือพิมพ์คมชัดลึก ฉบับวันพฤหัสบดีที่ 4 ธันวาคม 2551)

การแอบบันทึกภาพในลักษณะการซ่อนกล้องนี้ เสมือนเป็นการวางกับดัก
รอแอบบันทึกภาพเหยื่อ โดยผู้กระทำไม่จำเป็นต้องเข้าไปใกล้เหยื่อในขณะที่ก่อเหตุ ซึ่งเหตุมักเกิดขึ้น
ในสถานที่ที่เหยื่อมักเชื่อโดยสนิทใจว่าตนเองจะได้รับความเป็นส่วนตัว ปลอดภัยจากการรู้เห็นของ
บุคคลอื่น เช่นภายในห้องพักอาศัย หรือห้องน้ำ หรือในกรณีใต้โต๊ะทำงานดังที่กล่าวในข้างต้น
ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อจึงแทบจะไม่มีโอกาสรู้ได้ว่ากำลังถูกแอบบันทึกภาพ

สำหรับการแอบบันทึกภาพในกรณีนี้พบว่า ผู้กระทำอาจรู้จักกับเหยื่อและ
เลือกที่จะแอบบันทึกภาพเหยื่ออย่างเจาะจง หรืออาจไม่มีการเลือกเหยื่อเลยก็ได้ ในหลายกรณี
เหยื่ออาจรู้จักกับผู้กระทำเช่นเป็นคู่รัก และถูกแอบบันทึกภาพไว้ขณะมีเพศสัมพันธ์ ต่อมาเมื่อ
จะมีการตัดสัมพันธ์ มักจะถูกนำภาพบันทึกเหล่านี้ออกมาข่มขู่ ดังเช่น กรณีในต้นปี พ.ศ.2553

เมื่อตำรวจจังหวัดชัยภูมิ สามารถทำการจับกุมชายหนุ่มอายุ 19 ปี ซึ่งบันทึกภาพเด็กนักเรียนหญิงอายุต่ำกว่า 15 ปี ขณะมีความสัมพันธ์ทางเพศกับตนเอง นับสิบราย เพื่อข่มขู่ไม่ให้ยุติการมีความสัมพันธ์กับตน หรือแม้แต่ตำรวจหญิง ก็ตกเป็นเหยื่อของการแอบบันทึกภาพเช่นกัน ดังในกรณีเมื่อต้นปี พ.ศ.2554 เมื่อมีการพบว่ามีการตั้งกล้องแอบถ่ายภายในห้องน้ำของกองบัญชาการตำรวจนครบาล และจากรายงานเบื้องต้นพบว่ามีการตั้งกล้องแอบถ่ายเป็นเหยื่อถึง 8 ราย

ในลักษณะเช่นเดียวกับการแอบดูด้วยตาเปล่า การแอบบันทึกภาพในสถานที่อันควรได้รับความเป็นส่วนตัว เป็นการละเมิดต่อสิทธิส่วนตัว ทั้งสิทธิที่จะอยู่คนเดียวของเหยื่อ และเสรีภาพที่จะเลือกแสดงออกถึงความเป็นตัวตน ตลอดจนเสรีภาพในการควบคุมการเปิดเผยร่างกายของผู้อื่น แต่ความรุนแรงของการละเมิดสิทธิส่วนตัวในด้านการควบคุมการเปิดเผยร่างกายอาจเกิดขึ้นอย่างร้ายแรงกว่าในกรณีการแอบดูด้วยตาเปล่าอย่างมากนัก เพราะเมื่อผู้แอบบันทึกภาพได้ไปซึ่งภาพบันทึกของเหยื่อซึ่งมีการเปิดเผยเนื้อตัวร่างกายแล้ว เหยื่อย่อมสูญเสียเสรีภาพทั้งในการควบคุมการแสดงออกถึงความเป็นตัวตน และการเปิดเผยร่างกายไปอย่างถาวร โดยเสรีภาพดังกล่าวของซึ่งอยู่ในขอบเขตของสิทธิส่วนตัว ยังอาจถูกละเมิดได้ต่อไปอย่างไม่มีที่สิ้นสุด เมื่อภาพแอบบันทึกของเหยื่อถูกเผยแพร่และส่งต่อ โดยเฉพาะผ่านทางช่องทางอินเทอร์เน็ต

สำหรับการแอบบันทึกภาพในสถานที่อันควรได้รับความเป็นส่วนตัวนี้ ส่วนใหญ่หากผู้กระทำไม่มีการเข้าใกล้เหยื่อในขณะที่กระทำ พบว่าเหยื่อมักไม่รู้ตัวว่าถูกแอบบันทึกภาพ แต่หากเหยื่อรู้ถึงการถูกแอบบันทึกภาพ มักจะมีการแจ้งความร้องทุกข์ และมีความพยายามในการใช้กระบวนการทางกฎหมายเพื่อยับยั้งการแพร่กระจายของภาพ

(2) การแอบบันทึกภาพในสถานที่สาธารณะ

การแอบบันทึกภาพในสถานที่สาธารณะ สถานที่ก่อเหตุไม่แตกต่างกับกรณีการแอบดูด้วยตาเปล่าในที่สาธารณะ พบว่า ส่วนมากผู้กระทำยังคงต้องมีการเข้าใกล้เหยื่อ โดยผู้กระทำจะอาศัยเครื่องมืออุปกรณ์การบันทึกภาพที่ทันสมัยและมีขนาดเล็กในการแอบบันทึกภาพ เช่น กล้องบันทึกภาพขนาดจิ๋ว กล้องปากกา หรือแม้แต่กล้องในโทรศัพท์มือถือ และอาจมีการซ่อนกล้องไว้ในกระเป๋าหรือถุงซึ่งมีการเจาะรูเพื่อสร้างความแนบเนียนในการแอบบันทึกภาพ หรืออาศัยจังหวะที่เหยื่อไม่ทันระวังตัว แอบใช้กล้องบันทึกภาพเหยื่อในมุมมองที่โดยปกติจะไม่สามารถเห็นเนื้อตัวร่างกายเหยื่อได้ การกระทำในลักษณะนี้จึงยังคงต้องเข้าใกล้เหยื่อเพื่อแสวงหาจังหวะและโอกาสลงมือกระทำการแอบบันทึกภาพ เช่น

- นุสบา ปุณณกันต์ เจอหนุ่มโรคจิตแอบถ่ายบันทึย ขณะเดินซื้อของที่ห้างสยามพารากอน ผู้ต้องหาเผยอยากทดลองกล้องจิ๋วที่เพิ่งซื้อจากญี่ปุ่น ราคา 2400 บาท ความจุ 2G ยืนยันไม่ใช่โรคจิต เปิดดูพบสาวนิรนาม 6-7 รายตกเป็นเหยื่อ (หนังสือพิมพ์ไทยรัฐ ฉบับวันพุธที่ 9 ธันวาคม 2552)

การแอบบันทึกภาพในลักษณะนี้ เป็นการผสมผสานลักษณะการกระทำของแอบดูด้วยตาเปล่าเข้ากับเทคโนโลยีกล้องถ่ายรูปหรือกล้องสอดแนม โดยผู้กระทำมักมีการเลือกเหยื่อ แต่กระบวนการเลือกอาจมิได้ซับซ้อน เช่นอาจเลือกจากความถูกใจ เลือกจากหน้าตาหรือเลือกเหยื่อที่สวมใส่กระโปรง เป็นต้น และด้วยความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี ประกอบกับรูปแบบการกระทำที่ไม่มีขั้นตอนยุ่งยากซับซ้อนนัก เป็นเหตุให้ปัญหาการแอบถ่ายในลักษณะนี้มีแนวโน้มที่จะเพิ่มจำนวนมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การแอบถ่ายใต้กระโปรงและเหนือคอเสื้อ (upskirting and downblousing) ซึ่งเป็นปัญหาในการแอบบันทึกภาพผู้อื่นตามที่สาธารณะต่างๆ ซึ่งเหยื่อโดยส่วนใหญ่จะเป็นเพศหญิง ทั้งนี้ เช่นเดียวกับกรณีแอบดูด้วยตาเปล่าในที่สาธารณะ เมื่อเหยื่อมิได้เกิดสิทธิที่จะอยู่คนเดียวในสถานที่ดังกล่าว การแอบบันทึกภาพเหยื่อในกรณีนี้ จึงไม่ได้ละเมิดต่อสิทธิที่จะอยู่คนเดียวของเหยื่อ แต่หากเป็นการจงใจละเมิดต่อสิทธิที่จะควบคุมการเปิดเผยร่างกายของเหยื่อ อันถือเป็นสิทธิส่วนตัวเช่นกัน

กรณีนี้อาจแตกต่างกับการแอบดูด้วยตาเปล่าในประการที่ว่า หากเหยื่อรู้ตัว มักจะมีความพยายามแจ้งความร้องทุกข์ ซึ่งอาจมีเหตุผลมาจากการที่เหยื่อมีความจำเป็นในการป้องกันความเสียหายจากการเผยแพร่ภาพที่ถูกบันทึกไว้

หากเปรียบเทียบการละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูและแอบบันทึกภาพทั้งสองรูปแบบ จะเห็นได้ว่า ในขณะที่การแอบดูด้วยตาเปล่า แม้จะไม่เกิดผลร้ายของการถูกบันทึกภาพและเผยแพร่ส่งต่อ แต่เนื่องจากเป็นกรณีที่ผู้กระทำจะมีการเข้าไปใกล้ตัวเหยื่อในสถานที่อันควรได้รับความเป็นส่วนตัว เหยื่อจึงอาจต้องเสี่ยงภัยของอาชญากรรมทางเพศอื่นที่อาจเกิดขึ้นตามมา เช่น การอนาจาร จนไปถึงการข่มขืนกระทำชำเรา อีกทั้งเมื่อพิจารณาถึงความเป็นไปได้ว่า ผู้ที่มีพฤติกรรมถ้ามองอาจมีพฤติกรรมเบี่ยงเบนทางเพศอื่นร่วมอยู่ด้วย ทั้งยังมีลักษณะเป็นพฤติกรรมเริ่มต้น ที่อาจพัฒนาไปสู่การกระทำความผิดทางเพศที่มีความร้ายแรงประเภทอื่นซึ่งมุ่งกระทำโดยตรงต่อเนื้อตัวร่างกาย ในบางประเทศจึงเห็นว่ามีความจำเป็นที่จะต้องยับยั้งการแอบดูด้วยตาเปล่า เพื่อป้องกันผลที่อาจเกิดขึ้นจากพัฒนาการของพฤติกรรมเบี่ยงเบนในระยะยาวอีกด้วย

ส่วนการกระทำในลักษณะแอบบันทึกภาพ จะเป็นการกระทำที่ก่อความเสียหายต่อสิทธิส่วนตัวของเหยื่อได้มากกว่าการกระทำในลักษณะแอบดูด้วยตาเปล่า เพราะผู้กระทำมักมีการเผยแพร่ส่งต่อภาพบันทึกเหล่านั้น ซึ่งในหลายกรณีภาพแอบบันทึกเหล่านี้ ได้เข้าสู่ระบบอินเทอร์เน็ต จากการรับรู้ผ่านสายตาของคนหนึ่งคนจึงสามารถเผยแพร่สู่สายตาของคนนับล้านๆ ได้ เช่น ในกรณีของนักร้องวงหญิงสองคน ที่ต้องออกมาขอรับรองต่อสาธารณะผ่านสื่อมวลชน เพื่อให้ลบภาพบันทึกดังกล่าวทิ้งและไม่ทำการส่งต่อ หรือในบางครั้งพบว่าผู้กระทำอาจมีเจตนาที่แอบบันทึกภาพ โดยมีมูลเหตุจูงใจเพื่อการเผยแพร่ทางการค้า ดังนั้น หากการกระทำดังกล่าวมิได้ถูกยับยั้งขัดขวางแล้ว การแพร่กระจายภาพบันทึกของเหยื่อก็มักจะเกิดขึ้นอย่างแน่นอน เช่น กรณีเมื่อปลายปี พ.ศ.2552 ในเขตเมืองหาดใหญ่ จังหวัดสงขลา เจ้าหน้าที่ตำรวจได้ทำการจับกุมชายคนหนึ่งซึ่งเข้าไปแอบในห้องน้ำหญิงภายในห้างสรรพสินค้า แล้วใช้กล้องโทรศัพท์มือถือแอบถ่ายภาพหญิงสาวที่มาใช้ห้องน้ำ โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจตรวจพบกระดาดเขียนข้อความในลักษณะใบสั่งให้ไปแอบถ่ายคลิปของหญิงสาวในสถานที่ต่างๆ เบื้องต้น เจ้าหน้าที่ตำรวจเชื่อว่าเป็นขบวนการจำหน่ายคลิปลามกผ่านการดาวน์โหลดทางโทรศัพท์มือถือและอินเทอร์เน็ต

การแอบบันทึกภาพนี้ ได้นำไปสู่การกระทำที่ละเมิดต่อผู้อื่นด้วยการส่งต่อและเผยแพร่ภาพบันทึกนั้นโดยที่ผู้อื่นไม่รู้และไม่ยินยอม ซึ่งก็ด้วยเหตุดังกล่าวนี้เอง ที่ทำให้ประเทศต่างๆ ได้พิจารณาว่าการแอบบันทึกภาพเป็นการกระทำสามารถก่อภัยในขนาดที่ร้ายแรงและกว้างขวางกว่าการแอบดูมากมายหลายเท่า ทั้งยังเป็นเหตุผลสำคัญในการพิจารณาถึงความจำเป็นในการกำหนดให้การแอบบันทึกภาพมีความรับผิดชอบทางอาญา ดังนั้น การส่งต่อและเผยแพร่ภาพแอบบันทึก จึงเป็นอีกการกระทำที่มีความสำคัญ อันควรจะกล่าวแยกให้เห็นเป็นอีกการกระทำหนึ่งดังที่ได้กล่าวต่อไป

(3) การส่งต่อและเผยแพร่ภาพแอบบันทึก

การส่งต่อและเผยแพร่ภาพแอบบันทึก อาจเป็นกระทำโดยผู้ที่แอบบันทึกภาพผู้อื่นนั่นเอง หรือเป็นผู้ได้รับภาพแอบบันทึกนั้นต่อมาอีกทอดหรืออีกหลายทอดก็ได้ การกระทำในรูปแบบนี้เป็นเหตุให้มีการส่งต่อและกระจายภาพแอบบันทึกออกไปเป็นวงกว้างและมักเป็นเหตุให้สังคมได้รับรู้เกี่ยวกับการแอบบันทึกภาพที่เกิดขึ้น โดยผู้กระทำละเมิดสิทธิส่วนตัวในรูปแบบนี้ ที่มีได้เป็นผู้ลงมือแอบบันทึกภาพ อาจไม่รู้สึกรู้ว่าตนเองได้กระทำการละเมิดสิทธิส่วนตัวของผู้อื่น เพราะเห็นว่าตนเองมิใช่ต้นเหตุหรือมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับขั้นตอนการแอบบันทึกภาพ แต่แท้จริงแล้ว การกระทำในรูปแบบนี้ กลับเป็นการกระทำที่ก่อผลร้ายให้กับเหยื่อได้อย่างร้ายแรงและไม่จบสิ้น ทั้งเป็นการกระทำที่สร้างความหวาดหวั่นพร่นพรั้งในจิตใจของผู้ที่ตกเป็นเหยื่อ

รวมทั้งเป็นการกระทำที่มีส่วนสร้างความวิตกกังวลต่อการแพร่หลายของภาพบันทึกความเป็นส่วนตัวให้แก่สังคม ดังนั้น การส่งต่อและเผยแพร่ภาพแอบบันทึก จึงเป็นการละเมิดต่อผู้อื่นอันควรตำหนิได้ไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าการกระทำในสองรูปแบบแรกเช่นกัน โดยถือเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อเสรีภาพในการควบคุมทั้งการแสดงออกถึงความเป็นตัวตนและการเปิดเผยร่างกายของผู้อื่น ตลอดจนเสรีภาพในการควบคุมการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับตนเองของผู้อื่นไปอย่างถาวร

2.5 สาเหตุปัจจัยของการแอบดู

การแอบดูหรือแอบบันทึกภาพผู้อื่น ถือเป็นพฤติกรรมเบี่ยงเบนประเพณีหนึ่งของคนในสังคม ซึ่งผู้กระทำมักจะกระทำโดยรู้และตระหนักดีว่าการกระทำของตนเองเป็นการก่อความเสียหายแก่ผู้อื่น นอกจากนั้น แม้ยังไม่มีกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดที่มีโทษเป็นการเฉพาะ แต่ผู้กระทำก็มีความเสี่ยงที่จะถูกลงโทษหากเข้าข่ายเป็นความผิดตามกฎหมายฐานอื่น รวมถึงอาจถูกดำเนินคดีเตียนจากสังคมรวมทั้งคนรอบข้าง อย่างไรก็ตาม แม้รู้ว่าเป็นการละเมิดและสร้างความเสียหายแก่ผู้อื่น ทั้งเสี่ยงที่จะต้องรับผลร้ายที่ตามมา แต่ผู้กระทำยังคงเลือกที่จะกระทำการดังกล่าว จนอาจกล่าวได้ว่าเป็นพฤติกรรมที่พบเกิดขึ้นเป็นปัญหาสังคมในวงกว้าง ดังนั้น เพื่อที่การศึกษาจะสามารถนำไปสู่การสรุปผลว่า เป็นการสมควรหรือไม่ที่ประเทศไทยจะกำหนดให้การแอบดูและการแอบบันทึกภาพเป็นการกระทำที่มีความรับผิดชอบทางอาญา อันถือเป็นการบัญญัติกฎหมายขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหอาชญากรรมนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาให้เกิดความเข้าใจถึงสาเหตุและปัจจัยของการกระทำดังกล่าวเสียก่อน

ทั้งนี้ จากการศึกษาแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง สามารถนำมาอธิบายถึงสาเหตุปัจจัยของการแอบดูและแอบบันทึกภาพได้ดังต่อไปนี้

2.5.1 ทฤษฎีจิตวิเคราะห์

ทฤษฎีจิตวิเคราะห์ของ Freud ถือว่ามูลเหตุเบื้องต้นของอาชญากรรมเกิดขึ้นจากจิตใต้สำนึก (the Unconscious) โดยเชื่อว่าจิตใจเป็นเรื่องของการต่อสู้หรือการมีปฏิกริยาระหว่างพลังของเหตุผลกับพลังของความไม่มีเหตุผล⁴⁷ โดยตามทฤษฎีนี้แบ่งบุคลิกภาพของบุคคลออกเป็น 3 ส่วน⁴⁸

⁴⁷ อรรถนพ ชูบำรุง, *อาชญาวิทยาและอาชญากรรม*, (คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2532). หน้า 214.

⁴⁸ ประธาน วัฒนวาณิชย์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา*, (กรุงเทพมหานคร: ประกายพริก, 2546). หน้า 201.

(1) id หมายถึง ทุกสิ่งที่ได้รับการสืบทอดมาจากพันธุกรรม เป็นสัญชาตญาณ (instinct) ความปรารถนา (desire) หรือ แรงขับ (drive) โดยจิตไร้สำนึก กระตุ้นให้บุคคลแสวงหาความพอใจ และหลีกเลี่ยงความไม่พอใจ

(2) ego เป็นตัวเชื่อมระหว่าง id กับสิ่งแวดล้อมภายนอก เป็นตัวประสานในกระบวนการปรับตัวเข้ากับสิ่งแวดล้อมภายนอก และเป็นระบบควบคุมบุคลิกภาพส่วนกลาง ซึ่งจะกำหนดทิศทางของแรงขับทางชีววิทยา และควบคุมสิ่งแวดล้อมด้วยการรับรู้ที่ถูกต้อง รวมถึงการคิดอย่างมีเหตุผล โดยลักษณะสำคัญของ ego ก็คือ เป็นสิ่งควบคุมการเคลื่อนไหวที่เป็นไปตามความต้องการ เป็นตัวทำหน้าที่ปกป้องรักษาตัวตน คอยระมัดระวังสิ่งเร้าต่างๆ สะสมประสบการณ์จากสิ่งเร้า หลีกเลี่ยงสิ่งเร้าที่เกินขนาดหรือที่รับมือไม่ไหว เรียนรู้ที่จะปรับตัวให้เหมาะสมกับโลกภายนอก เพื่อให้เกิดประโยชน์ตามต้องการ ego จึงทำหน้าที่ควบคุม id โดยพยายามตัดสินใจว่าควรจะทำอะไรเพื่อให้เกิดความพอใจหรือไม่

(3) super ego เป็นส่วนหนึ่งของ ego เป็นส่วนของจิตไร้สำนึกที่อยู่ภายในจิตสำนึก เชื่อว่า super ego จะมีพัฒนาการที่สำคัญในวัยเยาว์ระหว่าง 3-5 ปี เป็นพลังสนับสนุนที่เกิดขึ้นใน ego แต่เป็นสิ่งที่แตกต่าง หรือ ตรงกันข้ามกับ ego โดย super ego จะได้รับอิทธิพลจากสิ่งที่คนอื่นสร้างไว้ เช่น ปิตามารดา รวมตลอดทั้งสิ่งแวดล้อมทางสังคม ซึ่งปิตามารดาเป็นตัวแทน โดยเด็กได้สร้างค่านิยมและศีลธรรมจรรยาภายในจิตใจของตนเองขึ้น เมื่อ super ego ก่อตัวขึ้น เด็กจะรู้จักเสียสละเสรีภาพในการกระทำเพื่อแสวงหาความพอใจให้แก่ตน ในขณะที่เดียวกันก็ได้พัฒนาความเป็นอิสระทางสังคมขึ้นในระดับหนึ่ง

จากพื้นฐานทฤษฎีนี้ สรุปได้ว่า id เป็นองค์ประกอบของบุคลิกภาพในทางชีวภาพ กระทำหน้าที่ตามหลักการแสวงหาความสุขความพอใจ ego เป็นองค์ประกอบในทางจิตภาพ กระทำหน้าที่ตามหลักการแห่งความเป็นจริง ส่วน super ego เป็นองค์ประกอบในทางสังคม ยึดหลักการแห่งศีลธรรม เมื่อองค์ประกอบทั้งสามส่วนทำงานได้อย่างเหมาะสม ก็จะทำให้เกิดพฤติกรรมที่เป็นปกติและถูกต้องตามบรรทัดฐานของสังคม แต่หากทำงานไม่เหมาะสม ก็จะทำให้ภาวะเบี่ยงเบนหรืออาชญากรรมเกิดขึ้น โดยทฤษฎีจิตวิเคราะห์ห่มองว่า สาเหตุของอาชญากรรมเกิดจากความบกพร่องในด้านพัฒนาการของ ego หรือ super ego เป็นผลให้ขาดความสามารถที่ควบคุมแรงขับที่จะประกอบอาชญากรรมอันเป็นมาแต่ดั้งเดิม หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคืออาชญากรรมเกิดขึ้นเพราะ id มีชัยเหนือ ego และ super ego หรือถือได้ว่า ego และ super ego พัฒนามาไม่ถึงขนาด จึงต้องตกอยู่ภายใต้อำนาจ id จนส่งผลร้ายแก่ตนเองและสังคมส่วนรวม ดังนั้น การที่บุคคลจะดำรงชีวิตอยู่ในสังคมได้ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องให้ ego ควบคุม

ตรวจสอบ id กลไกซึ่ง ego ใช้ควบคุม id ผ่าน super ego เรียกว่า กลไกในการป้องกันตัวเอง (defense mechanisms)⁴⁹

หากจะพิจารณาว่าการละเมิดสิทธิส่วนตัวของผู้อื่นด้วยการแอบดู เป็นพฤติกรรมเบี่ยงเบนหรือเป็นอาชญากรรมประเภทหนึ่ง ซึ่งผู้กระทำถูกกระตุ้นให้แสวงหาความพึงพอใจตามสัญชาตญาณ ความปรารถนา หรือแรงขับโดยจิตไร้สำนึก ตามทฤษฎีจิตวิเคราะห์ของ Freud⁵⁰ แล้ว ก็ย่อมจะอธิบายต่อไปได้ว่า ในจิตใจของผู้กระทำนั้น พลังของความไม่มีเหตุผลได้ อยู่เหนือพลังของเหตุผล หรือกล่าวได้อีกนัยหนึ่งคือ ego และ super ego ได้ตกอยู่ในอำนาจของ id ซึ่งอันมีสาเหตุมาจากความบกพร่องในด้านพัฒนาการของ ego หรือ super ego เป็นผลให้ขาดความสามารถที่จะควบคุมแรงขับที่จะประกอบอาชญากรรมอันเป็นมาแต่ดั้งเดิม⁵¹ โดยทฤษฎีจิตวิเคราะห์มีความสอดคล้องกับแนวคิดทางจิตวิทยาซึ่งมองว่า พฤติกรรมถ้ามองที่ถือ เป็นความเบี่ยงเบนทางเพศ อาจมีสาเหตุมาจากการขาดความอบอุ่น ขาดความมั่นใจในวัยเด็ก ทั้งในแง่ความรักและความสนใจ ทำให้รู้สึกว่าเขาไม่มั่นคงใจตัวเอง มักจะรู้สึกว่าตนเองไม่เป็นผู้ชายพอ โดยคนที่มีความเบี่ยงเบนทางเพศประเภทนี้ มักจะถูกดูถูกในความเป็นชายตั้งแต่ในวัยเด็กและได้รับการสบประมาทตลอดมา หลายรายมีแม่ที่เข้มแข็ง มีพ่อที่อ่อนแอ คนเหล่านี้จึงหมดความภาคภูมิใจและคิดว่าตนเองด้อยในความเป็นชาย จึงไม่กล้าที่จะมีความสัมพันธ์ทางเพศกับผู้หญิงทั่วไป เพราะกลัวความล้มเหลว โดยในช่วงเวลาของการแอบดูนั้นผู้กระทำจะรู้สึกว่า มีอำนาจอยู่เหนือคนอื่น เป็นผู้ชนะ เป็นผู้กำความลับ คนเหล่านี้จึงยอมเสี่ยงต่อการผิดกฎหมาย หรือเสี่ยงต่ออันตรายจากการถูกทำร้ายเพื่อจะได้รู้สึกเช่นนั้น ซึ่งตามทฤษฎีจิตวิเคราะห์ เชื่อว่าพฤติกรรมนี้มีสาเหตุมาจากการที่ได้เห็นพ่อแม่ร่วมเพศกันตั้งแต่วัยเด็ก^{52 53} จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ตามทฤษฎีนี้ว่า การละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูนั้น ย่อมมีเหตุปัจจัยส่วนหนึ่งมาจากจิตใจภายในของผู้กระทำนั่นเอง

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 205.

⁵⁰ อรรถนพ ชูบำรุง, *อาชญาวิทยาและอาชญากรรม*, หน้า 214.

⁵¹ ประธาน วัฒนวาณิชย์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา*, หน้า 201.

⁵² สุวิทนา อารีพรรค, ...แอบดู ถ้ามอง โรคจิตหรือ [ออนไลน์], 30 ธันวาคม 2552. แหล่งที่มา

www.thaihealth.net/h/encyclopedia-10052.html

⁵³ วิทยา นาควัชระ, *ชอบแอบดูคนอื่นเข้าห้องน้ำ* [ออนไลน์], 29 สิงหาคม 2552, แหล่งที่มา www.elib-online.com/doctors/mental_peep01.html

2.5.2 ทฤษฎีภาวะไร้กฎเกณฑ์

ทฤษฎีภาวะไร้กฎเกณฑ์ เป็นแนวคิดที่อธิบายพฤติกรรมเบี่ยงเบนของบุคคลในสังคมทั้งหมด โดยมองว่า ทุกสังคมย่อมมีการเปลี่ยนแปลง ซึ่งอาจมีสาเหตุมาจากการมีประชากรเพิ่มมากขึ้น มีเทคโนโลยีใหม่ๆ หรือมีการเปลี่ยนแปลงทางสิ่งแวดล้อมทางกายภาพต่างๆ เช่น เกิดพายุหรือแผ่นดินไหว อย่างไรก็ตาม การเปลี่ยนแปลงที่ทฤษฎีนี้มองว่าสำคัญที่สุด ก็คือการเปลี่ยนแปลงทางวัฒนธรรม ซึ่งได้แก่ ความเชื่อ ค่านิยม และวิถีการดำเนินชีวิต⁵⁴

เมื่อเกิดความเปลี่ยนแปลงในด้านต่างๆ ดังได้กล่าวมาแล้ว จึงมักเกิดความขัดแย้งกันได้ในวัฒนธรรมสองด้าน คือ วัฒนธรรมทางวัตถุ และวัฒนธรรมทางนามธรรม ซึ่งเรียกว่า วัฒนธรรมล่าหลัง (culture lag) ความขัดแย้งกันเช่นนี้จะพบกันได้มากในสังคมสมัยใหม่ (modern society) ผลที่ตามมาในสังคมลักษณะนี้ มักพบว่า มีสถิติอาชญากรรมเพิ่มมากขึ้น มีการกระทำผิดของเด็กและเยาวชนเพิ่มขึ้น มีความเบี่ยงเบนพฤติกรรมทางเพศ นอกจากนั้น สถิติการหย่าร้างอาจเพิ่มสูงขึ้น ซึ่งชี้ให้เห็นถึงความอ่อนแอของสถาบันครอบครัว และเนื่องจากคนในสังคมไม่ยึดมั่นในวัฒนธรรม ความเชื่อ ค่านิยมของสังคม สังคมจึงเกิดภาวะไร้ระเบียบ (Anomie) โดยกฎเกณฑ์ของสังคมไม่สามารถควบคุมพฤติกรรมคนในสังคมได้⁵⁵

สาระสำคัญของทฤษฎีนี้มองว่า ธรรมชาติของมนุษย์จะมีความต้องการที่ไม่มีขอบเขต และกฎหมายเป็นเครื่องมือสำคัญที่จะควบคุมความมีอิสระภาพของคนในสังคม ซึ่งอิสระภาพเป็นสิ่งที่บอกถึงความพอใจของคน ดังนั้น การที่คนเราปฏิบัติตนให้ถูกต้องตามกฎหมายบางครั้งอาจถูกจำกัดอิสระภาพ จึงเกิดความไม่พอใจ และเมื่อสังคมเกิดการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว กฎหมายซึ่งเป็นระเบียบเป็นกลไกควบคุมบุคคลในสังคมจะอ่อนแอ ไม่สามารถควบคุมหรือทำหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงเป็นสภาพสังคมไร้ระเบียบหรือภาวะที่ไร้กฎเกณฑ์ ซึ่งเป็นภาวะที่มีความเสื่อมทรามทั้งในวัฒนธรรม ศิลธรรม ระเบียบวินัย สถาบันสังคมต่างๆ อ่อนแอไม่สามารถทำหน้าที่ได้แม้กระทั่งสถาบันครอบครัว⁵⁶

ดังนั้น จากแนวคิดทฤษฎีนี้จึงสามารถอธิบายได้ว่า การแพร่หลายของพฤติกรรมถ้ามองในรูปแบบใหม่ หรือการแอบบันทึกภาพ อันเป็นภัยร้ายประเภทหนึ่งซึ่งสังคมกำลังเผชิญอยู่ในปัจจุบันนี้ น่าจะมีสาเหตุประการสำคัญมาจากความเปลี่ยนแปลงของสังคม ซึ่ง

⁵⁴ นวลจันทร์ ทัศนชัยกุล, *อาชญากรรม การป้องกัน การควบคุม*, (กรุงเทพมหานคร : คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2548), หน้า 109.

⁵⁵ เรื่องเดียวกัน.

⁵⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 110.

ความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นต่อสังคมทั่วโลกในยุคสมัยนี้ ก็คือ ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี
นั่นเอง

ในปัจจุบัน โทรศัพท์มือถือ กล้องถ่ายรูปและกล้องถ่ายวิดีโอ ได้รับการพัฒนา
จนมีขนาดเล็กและราคาไม่แพง กลายเป็นของใช้แพร่หลายทั่วไป ตลอดจนความก้าวหน้าทาง
เทคโนโลยีการติดต่อสื่อสารและระบบอินเทอร์เน็ต ได้ก่อความเปลี่ยนแปลงต่อสังคมและวิถีการ
ดำเนินชีวิตของผู้คนทั่วโลก และเมื่อสังคมมีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วด้วยแรงผลักดันจาก
ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี กฎหมายซึ่งเป็นระเบียบและเป็นกลไกควบคุมสังคมจึงไม่สามารถ
ทำหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพในการกำหนดกรอบความต้องการที่ไม่มีขอบเขตของมนุษย์
สังคมจึงเกิดภาวะไร้ระเบียบ (anomie) กล่าวคือ กฎเกณฑ์ของสังคมที่มีอยู่ไม่สามารถควบคุม
พฤติกรรมเบี่ยงเบนของคนในสังคมได้ ตามแนวคิดทฤษฎีนี้ จึงนำมาใช้อธิบายได้ว่า ปัญหาการ
แพร่กระจายของพฤติกรรมการแอบบันทึกภาพ ซึ่งถือได้ว่าเป็นหนึ่งในพฤติกรรมเบี่ยงเบนของ
คนสังคมปัจจุบัน เป็นผลมาจากความเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยี ที่ผนวกเข้ากับพฤติกรรมการ
ถ้ามองแบบดั้งเดิม และเมื่อกฎเกณฑ์ที่มีอยู่ในปัจจุบันไม่เพียงพอที่จะควบคุมพฤติกรรมดังกล่าว
สังคมจึงเกิดภาวะไร้ระเบียบหรือไร้กฎเกณฑ์ จึงเป็นเหตุให้หลายประเทศต้องตรากฎหมายขึ้น
ป้องปรามการกระทำในลักษณะละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูและการแอบบันทึกภาพขึ้น
บังคับใช้

2.5.3 ทฤษฎีการควบคุม

กลไกการควบคุมพฤติกรรมของบุคคลในสังคมหนึ่งๆ นอกจากกฎหมายแล้ว ยัง
ประกอบไปด้วย บรรทัดฐาน ค่านิยม จารีต ประเพณี ซึ่งเป็นสิ่งที่สังคมสร้างขึ้น และเป็นเสมือน
กรอบที่จะควบคุมพฤติกรรมของบุคคลไม่ให้เบี่ยงเบน ซึ่งโดยธรรมชาติของมนุษย์ ย่อมมีความ
ต้องการที่จะได้รับการยอมรับจากสังคม รวมตลอดจนคนที่คบหาสมาคมด้วย⁵⁷ ดังนั้น หาก
กลไกการควบคุมทางสังคมยังมีประสิทธิภาพเพียงพอ ก็ย่อมมีอิทธิพลที่จะควบคุมมิให้เกิด
อาชญากรรมได้⁵⁸ ทั้งนี้ ทฤษฎีการควบคุมทางสังคม ได้เสนอว่า “พฤติกรรมอาชญากรรมเป็น
ผลมาจากพันธะของบุคคลที่มีต่อสถาบันทางสังคม (Social Bond) แบบอ่อนแอ” กล่าวคือ คนที่
มีความผูกพันเกี่ยวข้องกับยึดติดกฎเกณฑ์ของสังคมจะสามารถควบคุมการกระทำของตนเองได้ดีกว่า

⁵⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 106.

⁵⁸ อรรถนพ ชูบำรุง, *อาชญาวิทยาและอาชญากรรม*, หน้า 272.

คนที่ไม่สนใจหรือห่างเหินสังคม⁵⁹ เพราะเมื่อขาดความผูกพันทางสังคม ไม่สนใจผู้คนรอบข้างว่าจะคิดอย่างไรแล้ว บุคคลก็จะเกิดความอิสระในการกระทำความผิด⁶⁰ โดยความผูกพันทางสังคมมีองค์ประกอบดังต่อไปนี้⁶¹

(1) ความผูกพัน (attachment) คือ การยอมรับบรรทัดฐานของสังคม การพัฒนาความรู้สึกผิดชอบชั่วดี โดยสถาบันที่มีผลกับองค์ประกอบนี้อย่างมากคือ ครอบครัว เพื่อน และโรงเรียน

(2) ข้อผูกมัด (commitment) คือ การผูกมัดที่จะดำเนินชีวิตตามรูปแบบของสังคม ทำให้คนไม่อยากจะกระทำผิดกฎหมาย เพราะจะทำลายโอกาสของความสำเร็จในชีวิต

(3) การมีส่วนร่วมเกี่ยวข้อง (involvement) หมายถึง การทำกิจกรรมต่างๆ ของสังคม เป็นเหตุให้มีเวลาเหลือน้อยที่จะคิดประกอบอาชญากรรม

(4) ความเชื่อ (belief) คือ การที่คนที่อาศัยในพื้นที่เดียวกันจะมีความเชื่อต่อบรรทัดฐานและค่านิยมเหมือนกัน ซึ่งหากคนมีองค์ประกอบด้านความเชื่อแล้วมักจะไม่ประกอบอาชญากรรม และมักมีจริยธรรมที่ดีงาม

จากการพิจารณาตามทฤษฎีการควบคุมทางสังคม อาจอธิบายได้ว่า พันธะทางสังคมไม่อาจยึดเหนี่ยวผู้กระทำการแอบดูและแอบบันทึกภาพ ให้ยับยั้งพฤติกรรมที่เปี่ยงเบนเหล่านี้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพราะแม้สังคมจะมีการติดตั้งประณามการกระทำในลักษณะดังกล่าว แต่การแอบดู โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแอบบันทึกภาพ ยังคงมีแนวโน้มของสภาพปัญหาที่มีความรุนแรงมากยิ่งขึ้น ดังจะเห็นได้จากการที่สื่อมวลชนมีการนำเสนอแจ้งเตือนภัยดังกล่าวอยู่บ่อยครั้ง และที่สำคัญกว่านั้น กลไกการควบคุมทางสังคมยังขาดประสิทธิภาพในเชิงยับยั้งการส่งต่อภาพบันทึกแอบถ่ายมิให้แพร่กระจายในสังคมได้อีกด้วย หลายครั้งหลายคราวที่เมื่อการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลด้วยการแอบบันทึกภาพปรากฏเป็นข่าวที่สังคมให้ความสนใจ ภาพบันทึกนั้นก็กลับมีการแพร่กระจายส่งต่อในวงกว้าง

นอกจากนั้น การที่ในปัจจุบัน คนในสังคมมีแนวโน้มที่จะใช้เวลาอยู่กับระบบอินเตอร์เน็ตมากยิ่งขึ้น อาจส่งผลกระทบต่อในทางสันคณอนหรือทำให้พันธะความผูกพันทางสังคมอ่อนแอลง เพราะเมื่อคนๆ หนึ่งใช้เวลาอยู่กับระบบอินเตอร์เน็ตมากๆ ก็ย่อมห่างเหินไปจาก

⁵⁹ นวลจันทร์ ทัศนชัยกุล, *อาชญากรรม การป้องกัน การควบคุม*, หน้า 107.

⁶⁰ สุตสงวน สุธีสร, *อาชญาวិทยา*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 86.

⁶¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 86-87.

สังคมแวดล้อมของตนเอง และแม้จะมีเพื่อนในเครือข่ายสังคมออนไลน์จำนวนมาก แต่ก็อาจหาได้ ผูกพันกับใครอย่างแท้จริงไม่ เช่น เด็กที่ใช้เวลาอยู่แต่กับคอมพิวเตอร์ เล่นเกม หรือเสพสื่อออนไลน์ ก็มักจะมีปัญหาทางเหินห่างจากบิดามารดา ครูอาจารย์ รวมทั้งเพื่อนร่วมชั้น และมุ่งใช้เวลาไปในสิ่งที่ตนเองให้ความสนใจอย่างจำเพาะเจาะจง ผ่านการเลือกเสพข้อมูลที่มีให้เลือกปริมาณมากอย่างไม่จำกัดความเหมาะสมบนสื่อออนไลน์ การใช้อินเทอร์เน็ตกับพันธะทางสังคมของบุคคลหนึ่งๆ จึงอาจมีความสัมพันธ์ในเชิงผกผันต่อกัน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า แม้อินเทอร์เน็ตจะสามารถผูกโยงคนทั้งโลกเข้าไว้ด้วยกัน แต่ก็อาจส่งผลเชิงลบต่อความผูกพันระหว่างคนๆหนึ่ง กับสังคมที่อยู่แวดล้อมใกล้ตัว อันยอมเป็นการบั่นทอนประสิทธิภาพของกลไกการควบคุมทางสังคมตามแนวคิดทฤษฎีนี้

2.5.4 ทฤษฎีการคบหาสมาคมที่แตกต่าง

นอกจากอินเทอร์เน็ตจะสามารถส่งผลเชิงลบต่อกลไกควบคุมทางสังคมแล้ว เว็บไซต์ลามกอนาจารบนอินเทอร์เน็ต ยังเป็นแหล่งของการคบหาสมาคมแลกเปลี่ยนแบ่งปันข้อมูล ความคิดเห็น และความสนใจ ระหว่างเครือข่ายผู้ที่มีรสนิยมทางเพศในแบบเดียวกันนั้น ซึ่งตามทฤษฎีการคบหาสมาคมที่แตกต่าง มองว่าพฤติกรรมอาชญากรรมเกิดจากการเรียนรู้เหมือนกับพฤติกรรมปกติอื่นๆทั่วไป โดยเกิดขึ้นในกลุ่มที่มีความสนิทสนมกันและเรียนรู้ในการมีปฏิสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน เช่น เพื่อน หรือคนใกล้ชิด ซึ่งการที่คนๆ หนึ่งจะกลายเป็นอาชญากร เพราะเห็นผลจากการกระทำผิดแล้วทำให้เกิดความพอใจ ทั้งนี้ ในการเรียนรู้พฤติกรรมอาชญากรรมตามทฤษฎีนี้ จะขึ้นอยู่กับความถี่ (frequency) หรือความบ่อยครั้งของการมีปฏิสัมพันธ์ ระยะเวลา (duration) ในการคบหาสมาคม การมาก่อน (priority) คือ ยิ่งอายุน้อย ยิ่งมีผลต่อพฤติกรรมมาก และความเข้มข้น (intensity) ซึ่งหมายถึง ความมีอิทธิพลในการชักจูง และในการเรียนรู้พฤติกรรมจะรวมไปถึงเทคนิคการประกอบอาชญากรรม แรงจูงใจ แรงผลักดัน การให้เหตุผล และทัศนคติด้วย⁶²

เมื่อเดือนกุมภาพันธ์ 2555 ได้ปรากฏรายงานข่าวเกี่ยวกับเว็บไซต์ในประเทศไทย ซึ่งเผยแพร่ภาพแอบบันทึกโดยเฉพาะ รายงานข่าวระบุว่าเว็บไซต์ดังกล่าวมีสมาชิกเกือบสองพันคน และมีผู้เข้าชมเว็บไซต์ถึงคืนละประมาณ 300-400 คน⁶³ นับเป็นกรณีตัวอย่างเหตุการณ์ที่แสดงให้เห็น

⁶² เรื่องเดียวกัน, หน้า 85-86.

⁶³ ASTVผู้จัดการ, แฉเว็บหีนันต์วันวาเลนไทน์โพสต์รูปแอบถ่ายเด็กคอนแวนต์ [ออนไลน์], 28 กรกฎาคม 2555. แหล่งที่มา www.manager.co.th/Home/ViewNews.aspx?NewsID=9550000018822

เห็นถึงแนวโน้มความรุนแรงของปัญหาจากการเรียนรู้และเลียนแบบพฤติกรรมตามทฤษฎีนี้ ซึ่งการที่เหล่านักถ้ำมองสามารถแสวงหาข้อมูลเกี่ยวกับการแอบบันทึกภาพและภาพแอบบันทึกจากอินเทอร์เน็ตได้อย่างมากมาย มีการแบ่งปันแลกเปลี่ยนข้อมูลและวิธีการ ย่อมก่อให้เกิดการเลียนแบบ เรียนรู้ ถ่ายทอดพฤติกรรมระหว่างกลุ่มนักถ้ำมองผ่านเครือข่ายเชื่อมโยงบนอินเทอร์เน็ต อีกทั้งยังส่งผลให้เกิดความหมกมุ่นมากขึ้นในพฤติกรรมดังกล่าวอีกด้วย ทั้งนี้ ทฤษฎีคบหาสมาคมที่แตกต่าง ได้ชี้ให้เห็นว่า ในโลกยุคปัจจุบัน เว็บไซต์และเครือข่ายสังคมบนอินเทอร์เน็ต อาจะกลายเป็นแหล่งเรียนรู้ แลกเปลี่ยนข่าวสาร และเลียนแบบพฤติกรรมแอบดูและแอบบันทึกภาพ ซึ่งจะเป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่ผลักดันการก่อพฤติกรรมดังกล่าวในสังคม ดังนั้น หากปราศจากการระงับยับยั้งพฤติกรรมดังกล่าวแล้ว ปัญหาการแพร่กระจายของพฤติกรรมแอบดูและแอบบันทึกภาพน่าจะมีแนวโน้มที่รุนแรงมากยิ่งขึ้นอย่างต่อเนื่อง

2.5.5 ทฤษฎีกลไกการควบคุม

ทฤษฎีกลไกการควบคุม ได้อธิบายถึงพฤติกรรมที่ถูกต้องตามกฎหมายและพฤติกรรมที่เบี่ยงเบน โดยการกระทำความคิดจะมีกลไกการควบคุมที่เกี่ยวข้องอยู่ 2 ระบบ^{64 65} ดังนี้

(1) ระบบการควบคุมภายใน คือ องค์ประกอบของความเป็นตัวเอง (self components) เช่น การควบคุมตนเอง การมีแนวความคิดที่ดี ความเข้มแข็งของจิตสำนึก ความอดทน ความฉลาดมีความรู้คิด ความใจร้อนใจเย็น สุขุมใคร่ครวญ ความมุ่งหวังใฝ่ฝันไปที่จุดหมายปลายทาง พลังจิตทางศีลธรรม รวมทั้งสามารถที่จะหาสิ่งมาทดแทนทำให้เกิดความพอใจได้โดยไม่มี ความตึงเครียดทางจิตใจและอารมณ์ ตลอดจนความละเอียดรอบาป ซึ่งคนเราแต่ละคนย่อมมีความสามารถในการควบคุมตัวเองได้ในระดับที่แตกต่างกันทั้งนี้ย่อมขึ้นกับการเลี้ยงดูจากครอบครัวและบุคลิกภาพเฉพาะตัว

(2) ระบบการควบคุมภายนอก หมายถึง เกณฑ์ ระเบียบ กติกา จารีตประเพณี ศีลธรรม กฎของโรงเรียน มหาวิทยาลัย วินัย และที่สำคัญยิ่งใหญ่อบรมคลุมทุกคนก็คือกฎหมาย การควบคุมภายนอกมีอิทธิพลที่สามารถควบคุมการกระทำความคิดได้ไม่น้อยไปกว่าระบบควบคุมภายใน เนื่องจากเหตุผลที่คนทุกคนต้องอยู่กับคนอื่นในสังคม ถ้าทำผิดก็จะต้องถูกลงโทษทั้งจากสังคม และจากกฎระเบียบต่างๆ ของสังคมซึ่งเป็นรูปธรรม กำหนดให้เห็นชัดเจน

⁶⁴ อรรถนพ ชูบำรุง, *อาชญวิทยาและอาชญากรรม*, หน้า 274-278.

⁶⁵ นवलจันทร์ ทศนชัยกุล, *อาชญากรรม การป้องกัน การควบคุม*, หน้า 114-118.

เช่น วินัยข้าราชการตามระเบียบของข้าราชการพลเรือน นอกจากนั้นกฎระเบียบยังมีแยกในองค์กรต่างๆ เช่น ราชทัณฑ์ ข้าราชการตำรวจ แพทย์ ตุลาการ ครู พยาบาล ทหาร และนักสังคมสงเคราะห์

ทฤษฎีนี้ให้ความสำคัญทั้งระบบการควบคุมภายนอก คือปัจจัยจากแหล่งต่างๆ ที่ไม่ใช่ส่วนของจิตใจ และระบบการควบคุมภายใน ซึ่งหมายถึงคุณภาพทางจิตใจ เช่น จิตสำนึก ความรับผิดชอบ ความเสียสละ ความมีคุณธรรม โดยแต่ละคนจะมีระดับของปัจจัยการควบคุมมากน้อยแตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม ถ้าระบบการควบคุมระบบใดระบบหนึ่งเข้มแข็งเพียงระบบเดียวก็จะสามารถควบคุมยับยั้งคนๆ นั้นมิให้กระทำความผิดได้ โดยทฤษฎีนี้มองว่าคนที่กระทำความผิดเพราะเนื่องมาจากการควบคุมทั้งระบบภายในและระบบการควบคุมภายนอกไม่เข้มแข็ง

หากพิจารณาเปรียบเทียบการแอบดูและแอบบันทึกภาพกับอาชญากรรมที่กำหนดเป็นความผิดตามกฎหมาย ผู้กระทำละเมิดผู้อื่นในลักษณะนี้ ก็ไม่แตกต่างจากผู้ที่เจตนากระทำความผิดอาญาโดยทั่วไป ในแง่การขาดความสามารถที่จะควบคุมตัวเอง ขาดจิตสำนึกที่ดี และขาดความระมัดระวังต่อบาป ตลอดจนในแง่ที่พันธะทางสังคมไม่อาจจะยึดเหนี่ยวคนเหล่านี้ไว้ให้ประพฤติชอบตามหลักศีลธรรมและแบบแผนของสังคม คงต่างกันอยู่เพียงว่า การแอบดูและแอบบันทึกภาพยังไม่มีกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดอันมีโทษทางอาญาเป็นการเฉพาะ ซึ่งเมื่อตามทฤษฎีกลไกการควบคุม มองว่านอกจากระบบควบคุมภายใน หรือองค์ประกอบความเป็นตัวเองแล้ว ระบบควบคุมภายนอก เช่น กฎเกณฑ์ ระเบียบ กติกา จารีตประเพณี นั้น ก็มีอิทธิพลที่สามารถควบคุมการกระทำความผิดได้ไม่น้อยกว่าระบบควบคุมภายใน⁶⁶ โดยเฉพาะกฎหมายเป็นการควบคุมจากภายนอกที่สำคัญยิ่งใหญ่ครอบคลุมทุกคนในสังคม และแม้หากบุคคลหนึ่งๆ ยึดติดกับระบบการควบคุมระบบใดเพียงระบบเดียว หรือถ้าระบบควบคุมใดเข้มแข็งเพียงระบบเดียวแล้ว ก็ยังสามารถควบคุมยับยั้งบุคคลนั้นมิให้กระทำความผิดได้⁶⁷ ดังนั้น การขาดกฎหมายป้องปรามการกระทำความผิดดังกล่าว ย่อมเป็นเหตุให้ระบบการควบคุมภายนอกขาดความเข้มแข็ง เมื่อระบบควบคุมภายในของบุคคลหนึ่งอ่อนแออยู่ก่อนแล้ว ก็เท่ากับว่าในขณะนี้ การกระทำในลักษณะละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูเป็นเสมือนพฤติกรรมที่แทบจะไร้การควบคุมยับยั้งใดๆ

⁶⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 114-118.

⁶⁷ เรื่องเดียวกัน.

2.5.6 ทฤษฎีเจตจำนงอิสระและทฤษฎีการเลือก

ทฤษฎีเจตจำนงอิสระ มองว่ามนุษย์โดยธรรมชาติมีเหตุผล และเห็นแก่ประโยชน์ส่วนตัวเป็นที่ตั้ง หรือยึดหลักสิทธิประโยชน์ และนิยมแสวงหาความสุข หรือยึดมั่นในเรื่องสุขนิยม ดังนั้น เมื่อมนุษย์มีเหตุผล จึงมีเจตจำนงอิสระ สามารถที่จะตัดสินใจที่จะเลือกทำหรือไม่ทำก็ได้ การที่มนุษย์จะมีพฤติกรรมแบบใด จึงขึ้นอยู่กับการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์หรือความสุข และโทษหรือความทุกข์ที่จะได้รับ⁶⁸

ทฤษฎีการเลือก เป็นแนวคิดที่แตกแขนงออกมาจากทฤษฎีเจตจำนงอิสระ โดยมองว่าการละเมิดกฎหมายของคนเกิดจากเหตุผลส่วนตัวหลายเหตุผล ซึ่งรวมถึง ความต้องการ ความโกรธ ความหึงหวง ความคับแค้น เป็นต้น อาชญากรเป็นคนมีเหตุผลในการตัดสินใจ ได้ใช้เหตุผลชั่งน้ำหนักระหว่างการที่ได้มาซึ่งประโยชน์และโทษจากการประกอบอาชญากรรม ซึ่งพฤติกรรมการกระทำผิดจะสามารถควบคุมหรือยับยั้งได้ถ้าอาชญากรกลัวการถูกลงโทษ⁶⁹

ดังนั้น จากแนวคิดทฤษฎีเจตจำนงอิสระและทฤษฎีการเลือก จะพิจารณาได้ว่า นอกจากกฎหมายจะสามารถทำหน้าที่เป็นกลไกการควบคุมภายนอกที่สำคัญยิ่งใหญ่อแล้ว การบัญญัติกฎหมายกำหนดให้การแอบดูและแอบบันทึกภาพเป็นความผิด ย่อมจะเป็นวิธีการที่จะทำให้รัฐสามารถกำหนดโทษที่เหมาะสมกับการกระทำผิดดังกล่าว⁷⁰ และเมื่อธรรมชาติของมนุษย์ได้ใช้เหตุผลชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์และโทษที่ตนเองจะได้รับจากการกระทำ และตัดสินใจเลือกโดยอาศัยหลักแสวงหาความสุข หลีกเลี่ยงความทุกข์ (seek pleasure, avoid pain)⁷¹ ดังนั้น พฤติกรรมการละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูหรือแอบบันทึกภาพย่อมสามารถควบคุมหรือยับยั้งได้ หากมีการกำหนดโทษอันเหมาะสมในขนาดที่ทำให้ผู้กระทำผิดกลัวการถูกลงโทษ

ภายใต้กรอบแนวคิดทฤษฎีที่ได้กล่าวมาทั้งหมดในข้างต้นสามารถสรุปได้ว่า พฤติกรรม การแอบดู โดยเฉพาะการแอบบันทึกภาพ ซึ่งถือได้ว่าเป็นพฤติกรรมเบี่ยงเบนทางสังคมนั้น อาจเกิดมาจากหลายสาเหตุปัจจัยประกอบกัน ตั้งแต่ภาวะภายในจิตใจของผู้กระทำ พันธะที่ผู้กระทำมีต่อสังคมแบบอ่อนแอ ผลจากความก้าวหน้าที่เทคโนโลยีที่เป็นเหตุให้กฎหมายใน

⁶⁸ สูดสงวน สุธีสร, *อาชญาวิทยา*, หน้า 62.

⁶⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 62.

⁷⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 62-63.

⁷¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 62.

ปัจจุบันขาดประสิทธิภาพในการควบคุมพฤติกรรมดังกล่าว แรงผลักดันจากการเรียนรู้และเลียนแบบพฤติกรรมผ่านระบบอินเทอร์เน็ต ตลอดจนการขาดกฎหมายและบทลงโทษที่เหมาะสม

เมื่อการศึกษานี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมในการพัฒนากฎหมายของไทย เพื่อปรับใช้กับพฤติกรรมการแอบดูและแอบบันทึกภาพ ผู้เขียนจึงขอเน้นให้เห็นถึงความสำคัญของสาเหตุแห่งการเกิดพฤติกรรมดังกล่าว ในส่วนที่เกี่ยวกับการขาดกฎหมายและบทลงโทษที่เหมาะสม รวมทั้งการที่กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะควบคุมพฤติกรรมดังกล่าว อย่างไรก็ตาม เนื่องจากกฎหมายอาญามีสภาพบังคับที่รุนแรง การจะนำกฎหมายอาญามาใช้บังคับกับการกระทำหนึ่งๆ นั้น จำเป็นจะต้องพิจารณาว่าพฤติกรรมดังกล่าวควรอยู่ในขอบเขตของกฎหมายอาญาหรือไม่ ดังจะได้กล่าวอธิบายในส่วนต่อไป

2.6 แนวคิด ทฤษฎี และหลักการในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา

กฎหมายอาญา คือ กฎหมายที่บัญญัติว่าการกระทำหรือไม่กระทำการอย่างใดเป็นความผิด และกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดไว้ด้วย⁷² และเนื่องจากกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีสภาพในเชิงบังคับที่รุนแรงที่สุด จึงเป็นเครื่องมือที่มีความสำคัญในการรักษาความสงบและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง⁷³ โดยกล่าวได้ว่า ภารกิจที่สำคัญของกฎหมายอาญา คือ การคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคม การป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิด และการคุ้มครองคุณค่าพื้นฐาน (basic value) ของระเบียบสังคม (social order)⁷⁴ ทั้งนี้ พบว่าแนวคิดของกฎหมายอาญาได้มีมากกว่า 3,000 ปี โดยปรากฏในประมวลกฎหมายฮัมมูราบี (Code of Hammurabi) ซึ่งมีการบัญญัติถึงการกระทำความผิด และโทษไว้ตามหลักการแก้แค้นทดแทน แบบตาต่อตา ฟันต่อฟัน (an eye for an eye)⁷⁵

ด้วยสภาพบังคับหรือโทษที่มีผลกระทบกระเทือนต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพและทรัพย์สินของประชาชน การบังคับใช้กฎหมายอาญาจึงต้องมีความแน่นอน ตามหลัก “No crime nor punishment without law” หรือ “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ หากไม่มีกฎหมาย” อันเป็นหลักสากล

⁷² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบาย กฎหมายอาญาภาค 1, (กรุงเทพมหานคร: จีระชัยการพิมพ์, 2546). หน้า 1.

⁷³ คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2551). หน้า 45.

⁷⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 45.

⁷⁵ Larry J. Siegel, *Criminology: Theories, Patterns and Typologies*, (Belmont, CA:

อันเป็นที่ยอมรับกันในนานาอารยประเทศ สำหรับประเทศไทยนั้น ได้มีการบัญญัติรับรองหลักดังกล่าวไว้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 39 และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 ดังนี้ ในการจะกำหนดความรับผิดชอบสำหรับการกระทำใดๆ ขึ้นนั้น ประเด็นคำถามที่สังคมควรต้องพิจารณาจึงมีอยู่ว่า กฎหมายอาญาควรครอบคลุมแก่การกระทำประเภทใดบ้าง การกระทำอันควรกำหนดไว้ให้เป็นความผิดอาญา จะมีองค์ประกอบการกระทำเช่นไร หรือการกระทำที่สังคมนั้นๆ มีความเห็นพ้องต้องกันว่าเป็น “อาชญากรรม” ควรมีลักษณะประการใด หรืออาจกล่าวให้ชัดเจนในกรณีนี้ได้ว่า การแอบดูและแอบบันทึกภาพควรถือเป็นอาชญากรรมที่จะกำหนดให้มีความรับผิดชอบหรือไม่

ตามแนวคิดเชิงกฎหมาย “อาชญากรรม” หมายถึง การกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมายอาญา หากแต่นักสังคมศาสตร์ ได้โต้แย้งว่า ในการทำความเข้าใจว่าเหตุใดบุคคลคนหนึ่งถึงมีพฤติกรรมที่เป็นภัยต่อสังคมนั้น ควรจะต้องพิจารณาความหมายของ “อาชญากรรม” ที่กว้างขึ้น โดยควรมีความหมายครอบคลุมไปถึง การกระทำที่อาจจะหลุดรอดการจับกุม หรือการกระทำมิได้ถูกดำเนินคดีตามกฎหมาย อันเนื่องมาจากเหตุทางเทคนิควิธีของกฎหมาย และควรมุ่งเน้นไปที่พฤติกรรม ว่าเหตุใดบุคคลนั้นจึงได้กระทำอย่างที่ได้กระทำไป ตลอดจนควรศึกษาพฤติกรรมที่เบี่ยงเบน (deviant behavior) จากปทัสถานทางสังคม (norms) ซึ่งโดยทั่วไป อาจมิได้อยู่ในบทบัญญัติของกฎหมายอาญา⁷⁶ โดยในการศึกษานี้ จะพิจารณาพฤติกรรมการแอบดูในบริบทของอาชญากรรมตามความหมายอย่างกว้างนี้ เพื่อเป็นแนวทางในการแสวงหาคำตอบต่อประเด็นคำถามข้างต้น

ในสังคมหนึ่งๆ การจะถือว่า การกระทำใดเป็น “อาชญากรรม” นั้น มีวัฒนธรรมของสังคมนั้นๆ เป็นปัจจัยสำคัญในการพิจารณา ดังนั้น การกระทำที่ถือเป็นอาชญากรรมในสังคมวัฒนธรรมหนึ่ง จึงอาจแตกต่างไปจากในอีกสังคมวัฒนธรรมหนึ่งได้⁷⁷ และเมื่อพิจารณาตามความหมายอย่างกว้าง ว่า “อาชญากรรม” เป็นพฤติกรรมเบี่ยงเบนทางสังคมประเภทหนึ่ง หรือพฤติกรรมที่ไม่เป็นไปตามปทัสถานของสังคม ซึ่งจะถูกรตรวจสอบและลงโทษจากสังคมแล้ว คำถามที่ควรพิจารณาต่อไปจึงมีว่า ในขณะที่พฤติกรรมเบี่ยงเบนมีอยู่หลากหลายลักษณะ เหตุใดในวัฒนธรรมหนึ่งๆ จึงพิจารณาเฉพาะพฤติกรรมเบี่ยงเบนบางประเภทว่าเป็นอาชญากรรม ที่จำเป็นจะต้องถูกตรวจสอบและลงโทษ ทั้งนี้ ในการพยายามแสวงหาคำตอบแก่คำถามดังกล่าว

⁷⁶Sue Titus Reid, *Crime and Criminology*, (Boston, Mass: McGraw-Hill Higher Education, 2003). p. 5.

⁷⁷John Hagan, *Modern Criminology: Crime, Criminal Behavior and Its Control*, (New York: McGraw-Hill, 1987). p. 5.

มีแนวคิดหนึ่งได้อธิบายไว้อย่างน่าสนใจว่า พฤติกรรมเบี่ยงเบน อาจแยกออกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ การกระทำความผิดที่เป็นส่วนตัว (private wrongs) และ อาชญากรรมต่อสาธารณะ (public crimes) โดยวัฒนธรรมหนึ่งๆ จะมองว่า การกระทำความผิดที่เป็นส่วนตัว กลายเป็น อาชญากรรมต่อสาธารณะ ก็ต่อเมื่อพฤติกรรมดังกล่าวถูกมองว่าเป็นภัยต่อความอยู่รอดและ สวัสดิภาพของกลุ่มสังคมนั้น⁷⁸ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า ในการที่วัฒนธรรมหนึ่งจะพิจารณาว่า พฤติกรรมเบี่ยงเบนใดจะถือเป็นอาชญากรรมอันควรจะถูกตรวจสอบและลงโทษ ก็เมื่อ พฤติกรรมดังกล่าวได้มีลักษณะอันเป็นภัยต่อสวัสดิภาพและความอยู่รอดของสังคมนั้นนั่นเอง

ในลักษณะเดียวกันกับการที่สังคมจะพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นอาชญากรรม การที่ รัฐใดรัฐหนึ่งจะกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญา ก็จะมีจารีตประเพณี ศาสนา และ ศิลธรรม เป็นปัจจัยสำคัญในการก่อให้เกิดกฎหมาย⁷⁹ ซึ่งหากพิจารณาถึงพฤติกรรมที่มี กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาในปัจจุบันนั้น จะพบว่าทั้งประเภทที่เป็นความผิดใน ตัวเอง หรือพฤติกรรมที่มีความชั่วในตัวเอง (Mala in se) เช่น การข่มขืน ฆ่าผู้อื่น ปล้นทรัพย์ ทำร้าย ร่างกายผู้อื่นจนได้รับอันตรายสาหัส และประเภทที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายห้าม คือ พฤติกรรมที่ถูกกำหนดให้เป็นความผิด โดยอาจไม่ได้ถือว่าพฤติกรรมที่มีความชั่วในสายตาของ คนส่วนใหญ่ (Mala prohibita) เช่น การเมาสุราแล้วขับขีรถยนต์ เป็นต้น โดยการใช้กฎหมาย อาญาเพื่อวางกฎเกณฑ์แก่พฤติกรรมบางประเภท เช่น การดื่มเครื่องดื่มมึนเมา การเสพสาร เสพติด พฤติกรรมทางเพศระหว่างผู้ใหญ่ภายใต้ความยินยอม หรือการพนัน ซึ่งหากเป็น พฤติกรรมที่มีความผิดเพราะมีกฎหมายห้าม และยังมีลักษณะเป็นอาชญากรรมที่ปราศจากเหยื่อ (victimless crimes) ด้วยแล้ว มักจะถูกโต้แย้งว่า นอกจากจะเป็นการใช้กฎหมายอาญาที่เพ้อ (overcriminalizes) การบังคับใช้กฎหมายต่อพฤติกรรมการกระทำผิดเหล่านี้ยังขาดประสิทธิภาพ อีกด้วย เนื่องจากการบังคับใช้กฎหมายต่ออาชญากรรมประเภทนี้ กระทำได้ยากกว่า อาชญากรรมประเภทมีเหยื่อ อีกทั้งยังมีแนวโน้มที่จะถูกบังคับใช้อย่างไม่เท่าเทียมตามฐานะทาง สังคมของผู้กระทำความผิดอีกด้วย⁸⁰

ดังนั้น เพื่อหลีกเลี่ยงการใช้กฎหมายอาญาที่เพ้อ กฎหมายอาญาจึงควรมีขอบเขต และ ไม่ควรถูกใช้เพื่อเป็นกฎเกณฑ์ของพฤติกรรมทั้งปวง แต่กฎหมายอาญาควรแสดงให้เห็นได้ถึง มาตรฐาน เป้าหมาย หรือ การชี้ว่า การกระทำเช่นไรที่ถือเป็นสาระสำคัญอย่างยิ่งจนควรแก้

⁷⁸ Ibid., pp. 6-7.

⁷⁹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบาย กฎหมายอาญาระบบ 1, หน้า 2.

⁸⁰ Sue Titus Reid, *Crime and Criminology*, pp. 19-20.

การถูกลงโทษ⁸¹ ทั้งนี้ ในแวดวงวิชาการทางกฎหมาย ได้มีการเสนอแนวคิดและการโต้แย้งเกี่ยวกับปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดขอบเขตของกฎหมายอาญาไว้ค่อนข้างกว้างขวาง ซึ่งรวมไปถึงปัจจัยในด้านภัยที่ก่อเกิดแก่ผู้อื่น ศีลธรรม ความมีมลทิน เสรีภาพในการปกครองตนเอง เป็นต้น แต่กรอบแนวคิดดังกล่าวมีลักษณะเป็นแต่เพียงเสมือนแนวทางที่อาจนำมาเป็นหลักในการพิจารณาอย่างกว้างๆ มากกว่าที่จะนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์หรือสูตรสำเร็จเพื่อพิจารณาว่าการกระทำหนึ่งๆ ควรอยู่ในขอบเขตของกฎหมายอาญาหรือไม่⁸² นอกจากนี้ ยังพบว่าในการกำหนดความรับผิดทางอาญาในการกระทำหนึ่งๆ ของรัฐหนึ่งๆ ยังอาจมีปัจจัยทางการเมือง หรือการตอบสนองต่อปัญหาของสังคมนั้นๆ เป็นปัจจัยที่มีนัยสำคัญมากกว่าหลักการทางกฎหมายอีกด้วย⁸³ ดังนั้น อาจจะด้วยเหตุดังกล่าว นักวิชาการด้านกฎหมายส่วนใหญ่จึงมีความเห็นว่าการกำหนดให้การกระทำหนึ่งๆ มีความรับผิดทางอาญานั้น มีสาเหตุปัจจัยที่แตกต่างกันไป⁸⁴ และกฎหมายอาญานั้น มิได้ตั้งอยู่บนหลักแนวคิดใดที่สามารถใช้อธิบายได้เป็นการทั่วไป⁸⁵

จากที่ได้ทำการศึกษา ผู้เขียนเห็นว่าหลักการที่เกี่ยวข้องและสามารถนำมาใช้พิจารณาถึงความเหมาะสมในการที่จะกำหนดให้การแอบดูและแอบบันทึกภาพมีความรับผิดทางอาญาสามารถยกมาอธิบายได้ดังต่อไปนี้

2.6.1 เสรีภาพในการปกครองตนเอง (Autonomy)

เสรีภาพในการปกครองตนเอง หมายถึงความอิสระที่จะใช้ชีวิตอย่างที่ตนเองต้องการ ซึ่งหลักนี้มีความสำคัญกับกฎหมายอาญาในสามประการ คือ ประการแรก หลักคิดนี้อธิบายการดำรงอยู่ของกฎหมายอาญา เนื่องจากกฎหมายอาญามีความจำเป็นเพื่อการป้องกันมิให้ผู้ใดใช้เสรีภาพในการปกครองตนเอง แทรกแซงเสรีภาพในการปกครองตนเองของผู้อื่น

⁸¹ Ibid., p. 14.

⁸² Paul McCutcheon, "Morality and the Criminal Law: Reflections on Hart-Devlin," *Criminal Law Quarterly* 47 (2002): 15.

⁸³ Andrew Ashworth, "Is the Criminal Law a Lost Cause," *Law Quarterly Review* 116 (April, 2000): 225.

⁸⁴ Kelley Burton, "Criminalisation: Applying a Living-Standard Analysis to Non-Consensual Photography and Distribution," *Queensland University of Technology Law and Justice Journal* 26 (2007): 464.

⁸⁵ Andrew Simester and Stephen Shute, "On the General part in Criminal Law," in *Criminal Law Theory: Doctrines and General Part*, Stephen Shute and Andrew Simester, (Great Britain: Oxford University Press, 2005), p. 12.

ประการที่สอง หลักคิดนี้เป็นเงื่อนไขจำกัดขอบเขตของกฎหมายอาญา เนื่องจากกฎหมายอาญาสามารถส่งผลกระทบต่อเสรีภาพในการปกครองตนเอง ดังนั้น กฎหมายอาญาควรใช้บังคับกับการกระทำที่ก่อภัยถึงขนาดที่มีนัยสำคัญแก่ผู้อื่น หรือต่อสังคมเท่านั้น ประการที่สาม หลักคิดนี้อธิบายถึงการตำหนิกระทำการบางอย่าง เนื่องจากเมื่อบุคคลมีอิสระที่จะปกครองตนเอง ย่อมสามารถเลือกที่จะกระทำและรับผลในการกระทำนั้น การที่ไม่มีเสรีภาพที่จะกระทำตามที่ต้องการนั้น อธิบายถึงการที่กฎหมายอาญาได้วางกรอบห้ามมิให้กระทำ⁸⁶ และด้วยแนวคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในการปกครองตนเองนี้ การกำหนดให้การกระทำหนึ่งๆ มีความรับผิดชอบอาญานั้น จึงควรจะเป็นวิธีการสุดท้าย และใช้เฉพาะกับการกระทำที่ก่อภัยร้ายแรง และไม่มีหนทางหรือวิธีการอื่นที่จะป้องกันภัยนั้นแล้ว⁸⁷

2.6.2 คีลธรรม (Moral)

คีลธรรม หมายถึง ความรู้สึกนึกคิดของมนุษย์ว่า การกระทำอย่างไรเป็นการกระทำที่ชอบ การกระทำอย่างไรเป็นการกระทำที่ผิด⁸⁸ อย่างไรก็ตาม ความผิดในแง่ของคีลธรรม (moral wrongness) จะตั้งอยู่บนพื้นฐานของปทัสสถานทางสังคม มากกว่าบนหลักปฏิบัติตามศาสนาใดศาสนาหนึ่ง⁸⁹ ซึ่งกฎหมายและคีลธรรมนั้นมีความเกี่ยวพันกันมาช้านาน เช่นในสมัยโบราณของไทยมีการห้ามนำเอากฎหมายออกเผยแพร่ เพราะหากประชาชนรู้รายละเอียดการดำเนินคดีและโทษ ก็อาจกลายเป็นพวกเจ้าถ้อยหมอความด้วยรู้มาก โดยถือว่ากฎหมายเป็นกฎเกณฑ์ที่เกิดจากคีลธรรมและจารีตประเพณี ประชาชนจะสามารถรู้ความถูกต้องได้จากสามัญสำนึกอยู่แล้ว⁹⁰ แม้ในสมัยปัจจุบันคีลธรรมและกฎหมายอาญาอาจจะไม่สอดคล้องกันในทุกกรณี แต่ตามความเห็นของ Lord Delvin ตุลาการผู้มีชื่อเสียงของอังกฤษ กฎหมายอาญาและคีลธรรมมีความเกี่ยวพันกันอย่างใกล้ชิด และการที่สังคมจะอยู่ร่วมกันได้นั้น ก็ต้องมีคีลธรรมเป็นสิ่งช่วยยึดเหนี่ยว ดังนั้นรัฐจึงจำเป็นที่จะต้องใช้กฎหมายอาญาเพื่อปกป้องคีลธรรมมิให้ต้อง

⁸⁶ Jonathan Herring, *Criminal Law: Text, Cases, and Material*, (Great Britain: Oxford University Press, 2004). p. 20.

⁸⁷ Jonathan Herring, *Criminal Law: the Basics*, (Great Britain: Routledge, 2010). p. 6.

⁸⁸ หยุด แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, (กรุงเทพมหานคร: ประกายพริ้ง, 2542). หน้า 41.

⁸⁹ Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2006), cited in Kelley Jean Burton, "A Principled Approach to Criminalisation: When Should Making and/or Distributing Visual Recordings Be Criminalised?," (Doctoral Dissertation, University of Southern Queensland, 2008), p. 18.

⁹⁰ แสงว นุญเฉลิมวิภาส, *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย*, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2548). หน้า 127.

เสื่อมเสีย จากพฤติกรรมที่ล่วงละเมิดหลักการเหล่านั้น⁹¹ กล่าวได้ว่า ความสำคัญของศีลธรรมคือการเป็นสิ่งที่หล่อหลอมการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ให้เกิดสันติสุข⁹²

2.6.3 ภัยที่ก่อแก่ผู้อื่น (Harm)

H.L.A. Hart (1907–1992) อดีตศาสตราจารย์ทางนิติปรัชญาแห่งมหาวิทยาลัยออกซ์ฟอร์ด ได้ยกข้อความบางตอนจากหนังสือชื่อ On Liberty ของ John Stuart Mill (1806–1873) นักปรัชญาและนักเศรษฐกิจการเมืองที่สำคัญชาวอังกฤษ มาอ้างในหนังสือของเขาว่า “เหตุผลในการใช้อำนาจเหนือบุคคลในสังคมที่เจริญแล้วมีอยู่เพียงประการเดียวเท่านั้น คือ เพื่อป้องกันภัยอันจะเกิดขึ้นแก่บุคคลอื่น”⁹³ ซึ่งเป็นแนวคิดที่มองว่า หากพฤติกรรมนั้นมิได้ก่อภัยแล้ว แม้จะผิดศีลธรรมก็ไม่ควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญา โดยแนวคิดนี้ มักถูกอ้างถึงเพื่อใช้ได้แย้งกับหลักการทางด้านศีลธรรมอยู่เสมอ⁹⁴ แม้ว่าแนวคิดนี้จะมีได้บอกว่าพฤติกรรมแบบใดที่ควรกำหนดให้มีความรับผิดชอบอาญา แต่ก็ชี้ให้เห็นว่า พฤติกรรมแบบใดที่ไม่ควรกำหนดให้มีความรับผิดชอบอาญา โดยผู้สนับสนุนแนวคิดนี้ ต่างก็มิได้มีความเห็นว่า ทุกพฤติกรรมที่ก่อภัยแก่ผู้อื่นสมควรที่จะกำหนดให้มีความรับผิดชอบอาญา เพราะจะเป็นเหตุให้มีการใช้กฎหมายอาญาบังคับอย่างกว้างขวางเกินไป⁹⁵ แนวคิดเกี่ยวกับภัยที่ก่อแก่บุคคลอื่นนี้ ได้รับการสนับสนุนต่อมาโดยทฤษฎี Liberal Theory of Law ของ Joel Feinberg ซึ่งเสนอแนวคิดว่า บทบัญญัติของกฎหมายอาญา จะเป็นสิ่งที่ถูกต้องสมควร ก็ต่อเมื่อมีขึ้นเพื่อปกป้องสิทธิของปัจเจกบุคคลเท่านั้น กล่าวคือ กฎหมายอาญา ไม่สมควรถูกนำมาใช้ ยกเว้นในกรณีที่เป็นการป้องกันมิให้บุคคลหนึ่งๆ กระทำการล่วงละเมิดสิทธิอันชอบธรรมของบุคคลอื่น โดยทฤษฎีนี้มีประโยชน์ในการช่วยบ่งชี้ถึงข้อจำกัดทางศีลธรรมของกฎหมายอาญา⁹⁶

⁹¹ Patrick Delvin, *The Enforcement of Morals*, (London: Oxford University Press, 1965), cited in Jonathan Herring, *Criminal Law: Text, Cases, and Material*, p. 27.

⁹² คณิต ฌ นคร, *กฎหมายอาญาภาคความผิด*, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2553). หน้า 469.

⁹³ H.L.A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, (California: Stanford University Press, 1965), อ้างใน เกียรติชจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบาย กฎหมายอาญาภาค 1*, หน้า 3–4.

⁹⁴ Jonathan Herring, *Criminal Law: the Basics*, p. 3.

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ Douglas Husak, “The Nature and Justifiability of Nonconsummate Offences,” *Arizona Law Review* 37 (1995): 755.

2.6.4 ความมีมลทิน (Culpability)

แนวความคิดเกี่ยวกับความมีมลทินเสนอว่า หากการกระทำมีองค์ประกอบเพียงแต่การก่อภัยแก่ผู้อื่นเท่านั้น ยังไม่เพียงพอที่จะพิจารณาว่าเป็นการกระทำที่อยู่ในขอบเขตของความผิดอาญา แต่ผู้กระทำจะต้องสมควรถูกตำหนิที่ได้ก่อภัยดังกล่าวด้วย กล่าวคือ จะต้องเป็นที่ประจักษ์ว่า ผู้กระทำคือผู้ที่จะต้องรับผิดชอบต่อกภัยที่ได้ก่อขึ้น⁹⁷ ความมีมลทินเกี่ยวข้องกับคุณค่าทางศีลธรรมของภาวะทางจิตใจของผู้กระทำ ในขณะที่กระทำผิด⁹⁸ ทั้งนี้ การจะถือว่าผู้กระทำมีมลทินได้นั้น อย่างน้อยที่สุด ผู้กระทำจะต้องมีความสามารถที่จะหลีกเลี่ยงไม่กระทำการดังกล่าวได้⁹⁹

ความมีมลทินเกี่ยวข้องกับเรื่องภาวะทางจิตใจของผู้กระทำในขณะที่กระทำผิด ซึ่งการกระทำที่ถือเป็นอาชญากรรมมาแต่ในอดีต จะมีองค์ประกอบสองส่วน ได้แก่ องค์ประกอบภายนอก คือ การกระทำหรืองดเว้นการกระทำ และองค์ประกอบภายใน คือ เจตนา หรือความมุ่งหมายที่จะก่ออาชญากรรม อาชญากรรมที่มีองค์ประกอบเช่นนี้ มักถูกอ้างถึงในฐานะของการเป็นอาชญากรรมที่แท้จริง (true crimes)¹⁰⁰ ต่อมาด้วยพัฒนาการทางกฎหมาย ได้มีการบัญญัติการกระทำที่ถือเป็นความผิด โดยไม่ต้องพิสูจน์เกี่ยวกับองค์ประกอบภายในจิตใจ ซึ่งความรับผิดประเภทนี้เรียกว่า “ความรับผิดเด็ดขาด” (strict liability crimes) และมักเกี่ยวข้องกับความปลอดภัยของสาธารณะ เช่น ความผิดเกี่ยวกับการจราจร, เครื่องดื่มแอลกอฮอล์, อาหาร เป็นต้น โดยผู้กระทำผิดประเภทนี้ มักไม่ถูกมองเป็นอาชญากร¹⁰¹

ในระบบคอมมอนลอว์ แบ่งองค์ประกอบในการพิจารณาการกระทำผิดออกเป็น actus reus หมายถึง การกระทำอันก่อภัย หรือ การกระทำหรืองดเว้นการกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมาย และ mens rea หมายถึง ภาวะทางจิตใจอันสมควรถูกตำหนิ¹⁰² หรือ ความมีมลทินอันเป็นอัตวิสัย (subjective culpability) ของผู้กระทำ¹⁰³ หรือ จิตใจอันไม่สุจริต (guilty mind)¹⁰⁴

⁹⁷ Jonathan Herring, *Criminal Law: Text, Cases, and Material*, p. 33.

⁹⁸ Stuart P Green, “Why it’s a Crime to Tear the Tag Off a Mattress: Overcriminalization and the moral content of regulatory offenses,” *Emory Law Journal* 46 (Fall, 1997): 1533.

⁹⁹ Jonathan Herring, *Criminal Law: Text, Cases, and Material*, p. 33.

¹⁰⁰ Thomas J Gardner and Terry M. Anderson, *Criminal Law*, (USA: Wadsworth Cengage Learning, 2012), p. 52.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 63.

¹⁰² Jonathan Herring, *Criminal Law: Text, Cases, and Material*, p. 33.

¹⁰³ Matt Senko, “Prosecutorial Overreaching in Deferred Prosecution Agreements,” *Southern California Interdisciplinary Law Journal* 19 (Fall, 2009): 163.

โดยองค์ประกอบเกี่ยวกับ mens rea นี้เอง ที่เป็นเงื่อนไขในการจะลงโทษผู้กระทำ ซึ่งก็เป็นไปตามหลักการที่มีมาแต่ดั้งเดิมของกฎหมายอาญา ดังที่มีสุภาษิตละตินกล่าวไว้ว่า “non facit reum nisi sit rea” แปลความในภาษาอังกฤษได้ว่า “an act does not make a person guilty unless the mind is guilty”¹⁰⁵ ซึ่งอาจให้ความหมายเป็นภาษาไทยได้ว่า เพียงแค่การกระทำยังไม่อาจถือว่าบุคคลนั้นมีความผิด หากจิตใจของบุคคลนั้นมิได้ผิด กล่าวคือ การจะลงโทษทัณฑ์แก่ผู้หนึ่งผู้ใดได้นั้น ก็ต่อเมื่อผู้หนึ่งได้กระทำการอันถือเป็นความผิดโดยมีเจตนาในระดับใดระดับหนึ่ง โดยในข้อหาแต่ละฐานความผิดของกฎหมายอาญาในประเทศคอมมอนลอว์ อาจกำหนดองค์ประกอบเกี่ยวกับ mens rea แตกต่างกันไปตั้งแต่ ประมาทธรรมดา (negligently) ประมาทโดยจงใจ (recklessly) เจตนาเล็งเห็นผล (knowingly) และ เจตนาประสงค์ต่อผล (purposely)¹⁰⁶

2.6.5 ความใช้บังคับได้ของกฎหมาย (Practicality)

ศาสตราจารย์ Nigel Walker แห่งมหาวิทยาลัยเคมบริดจ์ ได้แสดงความเห็นไว้ว่า การพิจารณาถึงความใช้บังคับได้ของกฎหมายนั้น นอกจากจะต้องคำนึงถึงการบังคับใช้กฎหมาย ในมิติทางเศรษฐศาสตร์ เกี่ยวกับความจำกัดในทรัพยากรทั้งด้านกำลังพลและงบประมาณของหน่วยงานบังคับใช้กฎหมาย เช่น ตำรวจ แล้ว ยังต้องคำนึงถึงความจำเป็นที่จะได้รับความร่วมมือจากประชาชนทั้งในการแจ้งข้อมูลเบาะแสและการสนับสนุนในเรื่องพยานหลักฐานแก่ทางการอีกด้วย ดังนั้น ผลเสียของการขยายขอบเขตของกฎหมายอาญาให้ครอบคลุมการกระทำผิดเล็กๆน้อยๆ อันมีอยู่เป็นจำนวนมาก เช่น ข้อหาเกี่ยวกับการจราจร นั้นจะเป็นผลให้ประชาชนส่วนหนึ่งซึ่งมีจำนวนไม่น้อย ต้องตกเป็นเป้าหมายของการบังคับใช้กฎหมาย และหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายอาจต้องเสียความร่วมมือจากประชาชนในส่วนนี้ไป ในการบังคับใช้กฎหมายต่อการกระทำที่เป็นความผิดอาญาที่มีความสำคัญหรือร้ายแรง นอกจากนั้น ยังชี้ให้เห็นว่า กฎหมายอาญาไม่ควรมีบทบัญญัติที่ไม่สามารถบังคับใช้ได้ กล่าวคือ ไม่อาจพิสูจน์ความผิดของผู้กระทำได้ตามกฎหมาย เพราะอาจเป็นเหตุให้เสียภาพลักษณ์ของกฎหมายอาญาเอง ทั้งยังแสดงความคิดเห็นว่า การดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดในบางข้อหาความผิด ซึ่งทั้งคนส่วนใหญ่และตัวผู้กระทำผิดเอง ต่างก็รู้สึกว่ามีคนอื่นๆ อีกที่กระทำผิดใน

¹⁰⁴ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, *มุมมองใหม่ในกฎหมายอาญา*, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2550). หน้า 20.

¹⁰⁵ Thomas J. Gardner and Terry M. Anderson, *Criminal Law*, p. 55.

¹⁰⁶ Matt Senko, “Prosecutorial Overreaching in Deferred Prosecution Agreements,” *Southern California*

ข้อหาความผิดนี้ โดยผู้กระทำผิดที่ถูกดำเนินคดีถือเป็นส่วนน้อยซึ่งโชคร้ายที่ถูกจับได้นั้น มักจะทำให้ทั้งผู้กระทำผิดที่ถูกดำเนินคดีและสาธารณชนเห็นว่าการดำเนินคดีนั้นไม่เป็นธรรม แม้ว่าจะไม่สมเหตุสมผลที่จะคิดเห็นเช่นนั้น อย่างไรก็ตาม ศาสตราจารย์ Nigel Walker ได้กล่าวถึงประโยชน์ของบทบัญญัติของกฎหมายอาญา ที่ถึงแม้จะไม่สามารถบังคับใช้ได้ แต่บทกฎหมายก็สามารถมีอิทธิพลต่อการกระทำต่างๆ ไม่เพียงแต่เพราะผู้คนได้ยับยั้งการกระทำจากผลที่อาจตามมาในการละเมิดกฎหมายเท่านั้น แต่เพราะบทกฎหมายเป็นเสมือนประกาศของสังคมว่าพฤติกรรมเช่นไรที่สมควรจะถูกระงับและดำเนิน

2.5.6 การลงโทษโดยรัฐ (Punishment)

ตามแนวคิดทฤษฎี benefits and burdens เห็นว่าการก่ออาชญากรรม จะเป็นเหตุให้ผู้กระทำจะได้รับผลประโยชน์โดยมิชอบ และการลงโทษจะเป็นการทำให้ผลประโยชน์ที่ผู้กระทำผิดได้รับโดยมิชอบจากการกระทำผิดกฎหมายต้องหมดไป และทำให้สังคมกลับเข้าสู่ดุลยภาพ¹⁰⁷ อย่างไรก็ตาม การพิจารณาว่าการกระทำใดควรถือเป็นอาชญากรรมที่อยู่ในขอบของกฎหมายอาญานั้น การกระทำดังกล่าวควรเป็นการกระทำที่ถือได้ว่าเป็นความผิดต่อสาธารณะ ที่มีความร้ายแรงถึงขนาดที่สังคมเกิดความรำคาญที่ลงโทษผู้กระทำ ซึ่งอาจรวมถึงการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อคุณค่าอันสำคัญที่รัฐมีหน้าที่ที่จะป้องกันรักษาไว้ให้ดำรงอยู่ และเนื่องจากการถูกลงโทษโดยรัฐนั้น แฝงนัยสำคัญของการดำเนินคดีจากทั้งสังคม การกระทำที่ควรต้องรับโทษจากรัฐ จึงควรมีความร้ายแรงถึงขนาดที่ควรแก่การต้องรับโทษเช่นนั้น¹⁰⁸ ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีของการข่มขืน ซึ่งถือเป็นการก่อภัยร้ายแรง เป็นการกระทำที่สังคมควรต้องประณามและดำเนิน และไม่ถือเป็นเพียงเรื่องระหว่างเอกชนสองฝ่ายเท่านั้น ภัยที่ผู้กระทำได้ก่อต่อเหยื่อ ถือเป็นภัยที่ก่อต่อทั้งสังคม เพราะภัยที่ผู้กระทำได้ก่อขึ้น เป็นภัยต่อคุณค่าและประโยชน์ที่ทั้งสังคมและเหยื่อต่างมีส่วนร่วม¹⁰⁹

เนื่องจากในปัจจุบัน พัฒนาการของเทคโนโลยีที่เปลี่ยนการแอบดูหรือถ้ามองไปสู่การ “แอบถ่าย” ได้ทำให้การกระทำดังกล่าวสามารถเพิ่มขนาดของการก่อภัยอันตรายต่อผู้อื่น (harm

¹⁰⁷ Douglas Husak, “Crimes Outside the Core,” *Tulsa Law Review* 39 (Summer, 2004): 755.

¹⁰⁸ Grant Lamond, “What Is a Crime?,” *Oxford Journal of Legal Studies* 27 (Winter, 2007): 609.

¹⁰⁹ S.E. Marshall and R.A. Duff, “Criminalization and Sharing Wrongs,” *Canadian Journal of Law and*

to others) กว่ากรกระทำเพียงแค่ “แอบดู” เช่นในอดีตอย่างมาก อีกทั้งสามารถส่งผลกระทบต่อกระเทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของสังคมเป็นวงกว้าง กล่าวได้ว่า การละเมิดสิทธิส่วนบุคคลด้วยการแอบดู เป็นพฤติกรรมเบี่ยงเบนที่ค่อยๆ ปรากฏความรุนแรงของปัญหาผ่านห้วงเวลาและพัฒนาการของสังคม ในต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา พฤติกรรมเบี่ยงเบนบางประเภทที่ในอดีตไม่ได้ถูกมองเป็นภัยต่อสังคม ต่อมาก็ได้กลายเป็นปัญหาเด่นชัดขึ้นผ่านห้วงเวลาทางสังคมในลักษณะเช่นเดียวกันนี้ เช่น การเฝ้าติดตามคุกคามผู้อื่น (Stalking) หรืออาชญากรรมที่เกิดจากความเกลียด (Hate Crimes) การบัญญัติกฎหมายให้พฤติกรรมเบี่ยงเบนทั้งสองประเภทนี้เป็นความผิดอาญาในต่างประเทศนั้น เป็นการตอบสนองจากสังคมต่อหลายๆ กรณีที่สร้างความตื่นตระหนกแก่สาธารณะ ในภัยที่พฤติกรรมเบี่ยงเบนดังกล่าวอาจก่อให้เกิดขึ้นแก่เหยื่อและสังคมได้¹¹⁰ ซึ่งการกำหนดให้การแอบดูและแอบบันทึกภาพเป็นความผิดอาญา เป็นการเปิดโอกาสให้สังคมกำหนดระวางโทษอันเป็นการตอบโต้ต่อภัยที่เกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าวอย่างเหมาะสม เพื่อให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์หลักของสภาพบังคับหรือการลงโทษทางอาญา กล่าวคือ เพื่อให้ผู้รับโทษกลับตัวเป็นคนดี เพื่อเป็นการข่มขู่ผู้รับโทษและคนอื่นๆ มิให้กระทำการฝ่าฝืนอย่างเดียวกันนั้นอีก เพื่อให้สังคมปลอดภัยโดยการตัดผู้ถูกลงโทษออกจากสังคมชั่วคราว และเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนให้ชุมชนและแก่ผู้เสียหายในการกระทำผิดกฎหมายอาญาของผู้กระทำผิด¹¹¹

ตั้งแต่ช่วงทศวรรษ 1990 เป็นต้นมา หลายประเทศซึ่งเผชิญกับพิษภัยของการแอบบันทึกภาพ หรือพฤติกรรมถ้ามองในยุคเทคโนโลยีสารสนเทศ ได้ตอบสนองต่อปัญหาดังกล่าวด้วยการบัญญัติกฎหมายขึ้นบังคับใช้อย่างเฉพาะเจาะจงกับการแอบบันทึกภาพ และ/หรือการแอบดู โดยกำหนดให้เป็นการกระทำที่มีโทษทางอาญาถึงขั้นจำคุก จากประเทศที่ได้ทำการศึกษาพบว่า ประเทศที่กำหนดระวางโทษเบาที่สุดคือ สหรัฐอเมริกา ซึ่งกำหนดระวางโทษสูงสุด จำคุก 1 ปี และประเทศที่กำหนดระวางโทษไว้หนักที่สุดคือ แคนาดา กำหนดระวางโทษสูงสุด จำคุก 5 ปี การตรากฎหมายขึ้นบังคับใช้โดยกำหนดระวางโทษขั้นสูงถึงขั้นจำคุกดังกล่าว นั้น ย่อมแสดงให้เห็นว่าสังคมในประเทศเหล่านั้น มิได้มองปัญหาการละเมิดผู้อื่นด้วยการแอบดูหรือแอบบันทึกภาพเป็นเพียงความผิดเล็กๆ น้อยๆ อีกต่อไป

¹¹⁰ Freda Adler, Gerhard O.W. Mueller, and William S. Laufer, *Criminal Justice*, (New York: McGRAW-HILL, 1994). p. 18.

¹¹¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบาย กฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 754-756.

ในกระบวนการเสนอให้ตรากฎหมายเพื่อบัญญัติให้การละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดู เป็นความผิดที่มีโทษทางอาญาของประเทศที่ได้ทำการศึกษา ได้สะท้อนมุมมองต่อการกระทำ ในลักษณะละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูไว้อย่างน่าสนใจ โดยในประเทศอังกฤษ ซึ่งให้เห็นว่า นอกจากเป็นความจำเป็นที่จะต้องให้ความคุ้มครองในสิทธิส่วนตัวแก่พลเมืองแล้ว พฤติกรรม ถ้ามองยังมีลักษณะเป็นพฤติกรรมเริ่มต้นที่อาจนำไปสู่การกระทำผิดทางเพศที่ร้ายแรงประการอื่น เช่น การข่มขืน รวมทั้งมีลักษณะเป็นพฤติกรรมแบบคู่ขนานควบคู่กับการกระทำ ความผิดทาง เพศลักษณะอื่นอีกด้วย ซึ่งเหตุผลอันมีที่มาจากงานศึกษาวิจัยดังกล่าวนี้ ก็ได้มีการหยิบยกขึ้น อ้างอิงในกระบวนการตรากฎหมายของประเทศอื่นๆ ในเวลาต่อมา ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกา ได้แสดงผลในการตรากฎหมายกลางของประเทศโดยคำนึงถึงความสามารถในการล่วง ละเมิดความเป็นส่วนตัวของพฤติกรรมดังกล่าวเมื่ออาศัยเทคโนโลยี รวมทั้งความมุ่งหมายที่จะ คุ้มครองความเป็นส่วนตัวในสาธารณะ ซึ่งกฎหมายในระดับมลรัฐยังอาจไม่บัญญัติครอบคลุม ไปถึง เช่น การถ่ายภาพใต้กระโปรง ส่วนประเทศแคนาดาได้พิจารณาผลร้ายจากการกระทำ ดังกล่าวที่มีต่อสิทธิส่วนตัวและความบริบูรณ์ของคุณค่าในเชิงเพศหรือร่างกาย และประเทศ นิวซีแลนด์ได้เน้นให้เห็นว่าการกระทำดังกล่าว สามารถทำลายศักดิ์ศรีและล่วงละเมิดความเป็น ส่วนตัวของบุคคลอย่างร้ายแรง

เมื่อสังคมไทยได้ปรากฏความรุนแรงของสภาพปัญหาการแอบบันทึกภาพรวมทั้งแอบดู ไม่แตกต่างจากที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ การศึกษานี้จะได้ทำการวิเคราะห์และกล่าวโดยละเอียด ต่อไปว่า มีความจำเป็นและเหมาะสมหรือไม่ในการกำหนดให้การแอบดูและแอบบันทึกภาพเป็น การกระทำที่มีความรับผิดชอบทางอาญาตามกฎหมายของประเทศไทย โดยอาศัยกรอบแนวคิดที่ได้ กล่าวมาในข้างต้น และเพื่อเป็นข้อมูลที่ครบถ้วนในการวิเคราะห์ดังกล่าว ในส่วนต่อไปจะ กล่าวถึงมาตรการทางกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการแอบดู ซึ่งมีการบังคับใช้อยู่แล้วในปัจจุบัน

2.7 กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการแอบดู

การที่ยังมิได้มีการบัญญัติกฎหมายให้แอบดูและการแอบบันทึกภาพเป็นความผิดที่มี โทษทางอาญาไว้โดยเฉพาะ เป็นเหตุให้เมื่อมีผู้เสียหายทำการร้องทุกข์ให้ดำเนินคดีกับผู้กระทำ การดังกล่าว พนักงานสอบสวนจึงมักจะปรับบทกฎหมายเท่าที่มีอยู่กับลักษณะการกระทำผิดที่ เกิดขึ้น ซึ่งจากการศึกษา¹¹² พบว่า ในเบื้องต้นพนักงานสอบสวนมักตั้งข้อหาที่ก่อความเดือดร้อน รำคาญ อันเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 และหากพบว่าการกระทำ

¹¹² ดูกรณีตัวอย่างในภาคผนวก

ดังกล่าวมีลักษณะของกระทำที่เข้าข่ายเป็นความผิดฐานอื่นอีก เช่น มีแสดง ส่งต่อ หรือกระจาย ภาพแอบบันทึกขณะที่ผู้เสียหายกำลังเปลือยหรือกระทำกิจกรรมทางเพศให้แก่บุคคลอื่น อันเข้าข่าย จะเป็นการใส่ความต่อบุคคลที่สาม การวินิจฉัยการกระทำผิดก็จะเกี่ยวข้องกับความผิดฐาน หมิ่นประมาทและฐานหมิ่นประมาทด้วยการโฆษณา อันเป็นความผิดตามประมวลกฎหมาย อาญา มาตรา 326 และมาตรา 328 นอกจากนี้ หากมีการนำภาพบันทึกความเป็นส่วนตัวของ ผู้เสียหายดังกล่าว ซึ่งมีลักษณะที่จะถือเป็นสิ่งลามก นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ และข้อมูลภาพ บันทึกนั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ ก็อาจนำ พ.ร.บ.ว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับ คอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 มาตรา 14(4) มาปรับใช้ หรือหากพบว่ามีผู้ใดทำการเผยแพร่หรือส่งต่อ ข้อมูลภาพบันทึกดังกล่าวต่อไปอีก ก็สามารถปรับใช้ มาตรา 14(5) แห่ง พ.ร.บ.ว่าด้วยการ กระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 บังคับใช้แก่การกระทำดังกล่าวได้ และในบางกรณี หากพบว่ามี การเผยแพร่โดยมีจุดประสงค์ทางการค้า หรือมีองค์ประกอบทางการค้าเข้ามา เกี่ยวข้อง การกระทำดังกล่าวก็จะเข้าข่ายเป็นความผิดฐานค้าสิ่งลามก ตามประมวลกฎหมาย อาญา มาตรา 297

จากที่ได้กล่าวมาในข้างต้น ฐานความผิดที่เกี่ยวข้องกับการแอบดูและแอบบันทึกภาพ ตามกฎหมายของไทยในปัจจุบัน สามารถยกมาอธิบายได้ดังต่อไปนี้

2.7.1 ความผิดฐานกระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญในที่ สาธารณสถานหรือต่อหน้าธารกำนัล

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 บัญญัติว่า “ผู้ใดในที่สาธารณสถานหรือ ต่อหน้าธารกำนัล กระทำด้วยประการใดๆ อันเป็นการรังแกหรือข่มเหงผู้อื่น หรือกระทำให้ผู้อื่น ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกิน หนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

โดยสามารถแยกองค์ประกอบความผิดได้ ดังนี้¹¹³

(1) กระทำด้วยประการใดๆ อันเป็นการ

ก. ข่มเหงรังแกผู้อื่น หรือ

ข. ทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ

¹¹³ สุวัฒน์ชัย ใจหาญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 3 ความผิดลหุโทษ, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มิตรสยาม, 2534). หน้า 219.

(2) ในที่สาธารณะสถาน หรือ ต่อหน้าธารกำนัล

(3) โดยเจตนา

การแอบดู และแอบบันทึกภาพ เป็นการกระทำที่ทำให้ผู้อื่นเกิดอาการขายหน้า หรืออาการระคายเคือง จึงย่อมถือเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ* แต่การจะเป็นความผิดตามมาตรา 14(3) จะต้องเป็นการกระทำใน “ที่สาธารณะสถาน” ซึ่งหมายถึง สถานที่ใดๆ ที่ประชาชนมีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(3) เช่น ถนนหนทาง โรงภาพยนตร์ สวนสาธารณะ และรวมไปถึงรถยนต์ประจำทาง รถไฟ เรือโดยสาร เครื่องบินโดยสารที่ประชาชนมีความชอบธรรมจะเข้าไปได้ด้วย ความชอบธรรมที่ประชาชนจะเข้าไปได้อาจเป็นได้โดยสภาพหรือโดยโอกาส ไม่ว่าจะโดยเสรี หรือโดยเสียค่าธรรมเนียมผ่านเข้าไปในสถานที่นั้น หรือหากมิได้กระทำในที่สาธารณะสถาน ก็จะต้องกระทำ “ต่อหน้าธารกำนัล” ซึ่งหมายความว่า กระทำในประการที่ให้บุคคลอื่นได้เห็น เช่น กระทำต่อหน้าคนที่กำลังมองดูอยู่ แม้จะเพียงคนเดียวก็เป็นธารกำนัล แต่การกระทำในที่มืดซิด เช่น ในห้องที่ปิดประตูมิดชิด แม้จะมีคนแอบเห็น ก็ไม่เป็นธารกำนัล¹¹⁴

2.7.2 ความผิดฐานนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามก และข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้

ความผิดฐานนี้ จะใช้บังคับกับเฉพาะกรณีการแอบบันทึกภาพเท่านั้น เนื่องจากการแอบดูด้วยตาเปล่า ไม่ปรากฏการกระทำที่เข้าข่ายเป็นองค์ประกอบในความผิดตามกฎหมาย พ.ร.บ.ว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 อย่างไรก็ตามหากมีแต่การกระทำที่เป็นการแอบบันทึกภาพเพียงอย่างเดียว ก็ยังไม่สามารถนำความผิดฐานนี้มาปรับใช้ได้ จนกว่าจะมีการนำภาพแอบบันทึกเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ จึงเข้าข่ายอาจเป็นการกระทำผิดตาม พ.ร.บ.ว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 มาตรา 14(4) หรือ (5) โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

* “อับอาย” คือ อาการขายหน้า ส่วน “เดือดร้อนรำคาญ” คือ อาการระคายเคือง (คดีพิพาท น.นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 154)

¹¹⁴ พัทธน์ จักรางกูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ว่าด้วย ความผิดเกี่ยวกับศาสนา ความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชน ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อประชาชน ความผิดเกี่ยวกับการปลอมและการแปลง ความผิดลหุโทษ, (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2528). หน้า 266 – 267.

พ.ร.บ.ว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 มาตรา 14 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดที่ระบุไว้ดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือ ปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(1) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ปลอมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน หรือ ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน

(2) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายต่อความมั่นคงของประเทศหรือก่อให้เกิดความตื่นตระหนกแก่ประชาชน

(3) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ อันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา

(4) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามก และข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้

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

ความผิดฐานนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามก และข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ ตามมาตรา 14(4) แยกองค์ประกอบความผิดได้ดังนี้¹¹⁵

- 1.นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์
- 2.ข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามก
- 3.ข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้น ประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้
4. เจตนาธรรมดา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59

คำว่า “ลามก” เป็นคำสามัญที่ไม่มีการนิยามศัพท์ แต่เป็นคำที่ใช้เป็นองค์ประกอบความผิดฐานเผยแพร่วัตถุอันลามก ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 ดังนั้น ข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ จะเข้าองค์ประกอบความผิด “ลามก” หรือไม่ จึงใช้มาตรฐาน

¹¹⁵พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550, (กรุงเทพมหานคร: สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม, 2550). หน้า 28.

เดียวกันกับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287¹¹⁶ ซึ่งจะกล่าวอธิบายในประเด็นนี้ โดยละเอียดต่อไป เมื่อได้ศึกษาถึงความผิดฐานค้าสิ่งลามก

การจะเป็นความผิดตามมาตรา 14(4) นอกจากข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นจะมีลักษณะอันลามกแล้ว ยังต้องเป็นข้อมูลที่ประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้อีกด้วย ดังนั้นหากเป็นการนำเครื่องคอมพิวเตอร์ไปซ่อม แล้วช่างซ่อมตรวจพบข้อมูลคอมพิวเตอร์ของเจ้าของเครื่องที่ไม่ได้ประสงค์จะให้ผู้ใดเข้าถึงโดยบังเอิญ แล้วนำไปเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์และเผยแพร่ดังที่เป็นข่าว เช่นนี้เฉพาะช่างซ่อมเท่านั้นที่มีความผิดตามมาตรา 14(4)¹¹⁷

ส่วนความผิดฐานเผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นความผิดตามมาตรา 14(1)(2)(3) หรือ (4) อันเป็นความผิดตาม พ.ร.บ.ว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 มาตรา 14(5) แยกองค์ประกอบความผิดได้ดังนี้¹¹⁸

- 1.เผยแพร่หรือส่งต่อข้อมูลคอมพิวเตอร์
- 2.โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นความผิดตามมาตรา 14(1)(2)(3) หรือ (4)
- 3.เจตนาธรรมดา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59

องค์ประกอบความผิดนี้ แตกต่างจากอนุมาตรา (1)(2)(3) หรือ (4) ซึ่งเป็นเรื่องการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ แต่องค์ประกอบความผิดข้อนี้เป็นเพียงการเผยแพร่หรือส่งต่อข้อมูลคอมพิวเตอร์ ซึ่งเป็นวิธีการที่ระบบคอมพิวเตอร์สร้างขึ้นมาเพื่อให้มีการส่งต่อหรือเผยแพร่ข้อมูลได้โดยง่าย โดยคำว่า “เผยแพร่หรือส่งต่อ” หมายถึงการเผยแพร่หรือส่งต่อผ่านระบบคอมพิวเตอร์ ไม่หมายความรวมถึงการส่งต่อทางกายภาพ เช่น การส่งดิสเกตต์ หรือส่งพิมพ์ออก (printout)¹¹⁹

การจะเป็นความผิดตามมาตรา 14(5) ต้องพิสูจน์ด้วยว่าผู้กระทำรู้อยู่แล้วว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ตนเผยแพร่หรือส่งต่อนั้น เป็นข้อมูลซึ่งเป็นความผิดตามมาตรา 14(1)(2)(3) หรือ (4)¹²⁰ และต้องกระทำโดยมีเจตนาธรรมดา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 หมายถึงผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด กล่าวคือ ต้องรู้ว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่

¹¹⁶ เรื่องเดียวกัน.

¹¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 28-29.

¹¹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 29.

¹¹⁹ เรื่องเดียวกัน.

¹²⁰ เรื่องเดียวกัน.

เผยแพร่หรือส่งต่ออันเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เป็นความผิดตาม มาตรา 14(1)(2)(3) หรือ (4)¹²¹ เช่น นาย ก. นำเข้าซึ่งภาพอันมีลักษณะลามก โดยโพสต์ไว้ในเว็บไซต์แห่งหนึ่ง นาย ข. เข้าไปในเว็บไซต์ดังกล่าว ได้คัดลอกทำเป็น hyperlink แล้วนำไปโพสต์ไว้ในเว็บไซต์แห่งอื่น เช่นนี้ นาย ก. จะมีความผิดฐานนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์อันมีลักษณะลามก ตาม มาตรา 14(4) ส่วนนาย ข. นั้น จะมีความผิดฐานเผยแพร่หรือส่งต่อข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยรู้ อยู่แล้วว่าเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามมาตรา 14(4) อันเป็นความผิดตามมาตรา 14(5)¹²²

2.7.3 ความผิดฐานหมิ่นประมาท

ความผิดฐานหมิ่นประมาทสามารถนำมาปรับใช้ได้แต่เฉพาะกรณีการแอบ บันทึกรูปภาพเช่นกัน เมื่อมีการแสดงภาพแอบบันทึกแก่บุคคลที่สาม ซึ่งอาจกระทำผ่านระบบ คอมพิวเตอร์หรือไม่ก็ได้ โดยมีรายละเอียดดังนี้

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326 บัญญัติว่า “ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิด ฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำ ทั้งปรับ”

แยกองค์ประกอบความผิดได้ดังนี้¹²³

1. ใส่ความ
2. ผู้อื่น
3. ต่อบุคคลที่สาม
4. โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง
5. เจตนาธรรมดา

“ใส่ความ” หมายถึง การยืนยันข้อเท็จจริงถึงบุคคลอื่น ซึ่งอาจเป็นความจริง หรือความเท็จก็ได้ หากไม่เข้าข้อยกเว้นโทษตามเงื่อนไข มาตรา 330 โดยการใส่ความจะกระทำ ด้วยวิธีใดก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นการกล่าวด้วยวาจา ลายลักษณ์อักษร แสดงกิริยาอาการ ใช้

¹²¹ มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2553). หน้า 99.

¹²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 100.

¹²³ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญาราก 2-3, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 244.

สัญลักษณ์ต่างๆ หรือ วาดภาพ แต่การกระทำนั้นต้องเป็นไปโดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้น เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง¹²⁴ ซึ่งคำว่า “ชื่อเสียง” หมายความว่าถึง ค่าหรือราคาที่มีคุณค่ามีต่อเพื่อนมนุษย์ด้วยกันในทางศีลธรรม (คือในทางจิตใจ) หรือในทางสังคม การทำให้เสียชื่อเสียงหมายความว่าทำให้ค่าหรือราคาที่มีอยู่หมดไป หรือลดน้อยถอยลง¹²⁵ และ “ดูหมิ่น” หมายถึง ดูถูกเหยียดหยาม ทำให้อับอาย สบประมาท หรือด่า¹²⁶

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 328 บัญญัติว่า “ถ้าความผิดฐานหมิ่นประมาทได้กระทำให้โดยการโฆษณาด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพหรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ แผ่นเสียง หรือสิ่งบันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกอักษร กระทำโดยกระจายเสียง หรือการกระจายภาพ หรือโดยกระทำการป่าวประกาศด้วยวิธีอื่น ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท”

มีองค์ประกอบดังต่อไปนี้¹²⁷

1. ผู้ใดกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท
2. ได้กระทำให้โดย การโฆษณา ด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพหรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ แผ่นเสียง หรือสิ่งบันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกอักษร กระทำโดยกระจายเสียง หรือการกระจายภาพ หรือโดยการป่าวประกาศด้วยวิธีอื่น
3. เจตนาธรรมดา

“โฆษณา” หมายความว่า การกระทำให้แพร่หลาย¹²⁸ การกระทำใดๆ ที่ให้ข้อเท็จจริงนั้นแพร่หลายไปยังบุคคลภายนอกในลักษณะวงกว้าง¹²⁹ ส่วน “ป่าวประกาศ”

¹²⁴ เรื่องเดียวกัน.

¹²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 246.

¹²⁶ พืฒม์ จักรางกูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ว่าด้วย ความผิดเกี่ยวกับศาสนา ความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชน ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อประชาชน ความผิดเกี่ยวกับการปลอมและการแปลง ความผิดลหุโทษ, หน้า 253.

¹²⁷ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 2-3, หน้า 250.

¹²⁸ เรื่องเดียวกัน.

¹²⁹ ไกรฤกษ์ เกษมสันต์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาคความผิด: มาตรา 288 ถึง 366, (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2551). หน้า 191.

หมายความว่า ป่าวประกาศแก่ประชาชน เช่น พูดด้วยลำโพงต่อหน้าคนทั่วไป¹³⁰ ซึ่งการป่าวประกาศด้วยวิธีอื่น รวมไปถึงทางอินเทอร์เน็ตด้วย¹³¹

ความผิดตามมาตรา 328 นี้ เป็นเรื่องที่ผ่านมาตรา 326 มาแล้ว เพียงแต่ว่า มาตรา 328 เป็นเรื่องทำให้เขาเสียหายมากยิ่งขึ้น กฎหมายจึงระวางโทษหนักขึ้น¹³²

2.7.4 ความผิดฐานค้าสิ่งลามก

การจะเป็นความผิดฐานค้าสิ่งลามกนั้น จะต้องมียศประกอบทางการค้าเข้ามาเกี่ยวข้องในการกระทำ และเป็นฐานความผิดที่ใช้ได้เฉพาะกับกรณีการแอบบันทึกภาพเท่านั้น เช่นกัน แต่อาจใช้บังคับได้ตั้งแต่ขั้นตอนการแอบบันทึกภาพ โดยรายละเอียดของกฎหมายดังนี้

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 ได้บัญญัติไว้ว่า

“ผู้ใด

(1) เพื่อประสงค์แห่งการค้า หรือโดยการค้า เพื่อการแจกจ่ายหรือเพื่อการแสดง อวดแก่ประชาชน ทำ ผลิต มีไว้ นำเข้าหรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกป็นนอกราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไป หรือทำให้แพร่หลายโดยประการใดๆ ซึ่ง เอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือสิ่งอื่นใดอันลามก

(2) ประกอบการค้า หรือมีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้าเกี่ยวกับวัตถุหรือ สิ่งของลามกดังกล่าวแล้ว แจกจ่ายหรือแสดงอวดประชาชน หรือให้เช่าวัตถุหรือสิ่งของเช่นนั้น

(3) เพื่อจะช่วยการทำให้แพร่หลาย หรือการค้าวัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าว แล้วโฆษณาหรือโฆษณาโดยประการใดๆ ว่ามีบุคคลกระทำการอันเป็นความผิดตามมาตรา นี้หรือ โฆษณาหรือโฆษณาว่าวัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้วจะหาได้จากบุคคลใด หรือโดยวิธีใด

ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำ ทั้งปรับ”

โดยความผิดตามมาตรา นี้ แบ่งออกได้เป็น 3 ลักษณะความผิด^{133 134}

¹³⁰ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 2-3, หน้า 250.

¹³¹ คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 202.

¹³² เรื่องเดียวกัน.

ความผิดที่ 1 เป็นความผิดตาม อนุ (1) ได้แก่ ทำผลิต มิไว้ นำเข้า หรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร หรือยังให้ส่งออกนอกราชอาณาจักร พาไป หรือยังให้พาไป หรือทำให้แพร่หลายโดยประการใดๆ ซึ่งเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือสิ่งอื่นใดอันลามก โดยมีมูลเหตุชกแจงใจเพื่อความประสงค์แห่งการค้า หรือโดยการค้า เพื่อการแจกจ่าย หรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน

สำหรับความผิดตามอนุ (1) แยกองค์ประกอบความผิดได้ดังนี้

- (1) ทำ ผลิต มิไว้ นำเข้าหรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกนอกราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไปหรือทำให้แพร่หลายโดยประการใด
- (2) ซึ่งเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือสิ่งอื่นใดอันลามก
- (3) โดยการค้า (หากไม่เข้าองค์ประกอบข้อ (3) ต้องกระทำโดยมีมูลเหตุชกแจงใจอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังจะกล่าวต่อไป)

องค์ประกอบภายใน

- (1) เจตนาธรรมดา
- (2) ถ้าไม่ได้กระทำโดยการค้า อันเป็นองค์ประกอบภายนอกข้อ (3) ก็ต้องกระทำโดยมูลเหตุชกแจงใจอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้
 - (ก) เพื่อความประสงค์ทางการค้า
 - (ข) เพื่อการแจกจ่ายแก่ประชาชน หรือ
 - (ค) เพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน

ความผิดที่ 2 เป็นความผิดตามอนุ (2) ได้แก่ การประกอบการค้าหรือมีส่วนเข้าเกี่ยวข้องในการค้าเกี่ยวกับวัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าว แจกจ่ายหรือแสดงอวดแก่ประชาชน หรือให้เข้าวัตถุหรือสิ่งของเช่นว่านั้น เช่น มีวีดีโอเทปภาพลามกไว้ให้เช่าหรือแลกเปลี่ยนกับ

¹³³ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและโทษ, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2548). หน้า 133-135.

¹³⁴ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 2-3, หน้า 181-183.

สมาชิก เป็นความผิดตามมาตรา ๓ แต่ถ้ายึดหามาเก็บไว้เองเป็นส่วนตัวหรือให้แก่บุคคลเฉพาะบางคน ไม่ใช่จำหน่ายแจกแก่ประชาชนไม่ผิดมาตรา ๓

ความผิดตามอนุ (2) แยกองค์ประกอบความผิดได้ดังนี้

(1) กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

- (ก) ประกอบการค้า
- (ข) มีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้า
- (ค) จำหน่ายแก่ประชาชน
- (ง) แสดงอวดแก่ประชาชน หรือ
- (จ) ให้เช่า

(2) วัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าวนั้นในความผิดที่ 1

องค์ประกอบภายใน เจตนาธรรมดา

ความผิดที่ 3 เป็นความผิดตามอนุ (3) ได้แก่ การโฆษณา หรือโฆษณาโดยประการใดๆ ว่ามีบุคคลกระทำการอันเป็นความผิดตามมาตรา ๓ หรือโฆษณา หรือโฆษณาว่าวัตถุหรือสิ่งลามกดังกล่าวนั้นจะหาได้จากบุคคลใด หรือโดยวิธีใดโดยมีมูลเหตุชักจูงใจ เพื่อจะช่วยให้การทำให้แพร่หลาย หรือการค้าวัตถุหรือสิ่งของลามกนั้น เช่น บอกต่อๆ ไปว่า จะหาซื้อหนังสือลามกหรือวีดีโอลามกได้จากใครหรือร้านใดเป็นแหล่งผลิต เพื่อให้ผู้รับฟังไปซื้อหาหรือเช่ามาดูได้ เป็นต้น

ความผิดตามอนุ (3) แยกองค์ประกอบความผิดได้ดังนี้

องค์ประกอบภายนอก โฆษณาหรือโฆษณาด้วยประการใดๆ

- (ก) ว่าบุคคลกระทำความผิดมาตรา ๓ หรือ
- (ข) ว่าวัตถุหรือสิ่งลามกดังกล่าวนั้นแล้วแต่จะหาได้จากบุคคลใดหรือโดยวิธีใด

องค์ประกอบภายใน

- (1) เจตนาธรรมดา
- (2) มูลเหตุชักจูงใจอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้
 - (ก) เพื่อจะช่วยให้การทำให้แพร่หลายซึ่งวัตถุหรือสิ่งของดังกล่าวนั้นแล้ว
 - (ข) เพื่อจะช่วยให้การค้าหรือวัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าวนั้นแล้ว

คำว่า "สิ่งลามก" กฎหมายมิได้บัญญัติให้คำจำกัดความไว้ แต่อาจหมายถึงถึงสิ่งซึ่งผู้พบเห็นมีความรู้สึกอึดอัด บัดสี หยาบช้ำ น้อมนำไปสู่ความชั่วหรือความใคร่ทางกามารมณ์

ส่วนใหญ่จะเป็นไปในรูปของภาพเปลือยมนุษย์ หรือภาพอวัยวะเพศทั้งของหญิงหรือชาย¹³⁵ ภาพการร่วมเพศ หรือการบรรยายให้เกิดจินตนาการดังกล่าวเพื่อยั่วยุให้เกิดความใคร่ทางกามารมณ์¹³⁶

สิ่งลามก แบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ¹³⁷ คือ pornography ได้แก่ การแสดงพฤติกรรมทางเพศ ไม่ว่าจะเป็นการเขียนหรือภาพที่นำไปสู่การตื่นเต้นทางเพศหรือยั่วยุกามารมณ์ หรือทำให้เกิดกำหนัด และอีกลักษณะหนึ่งคือ obscenity หมายถึง สิ่งที่ทำให้เกิดความรู้สึกอันน่ารังเกียจ เช่น แสดงถ้อยคำหรือวัตถุสิ่งของทางเพศในลักษณะที่หยาบช้าน่าเกลียด ทั้งนี้ สิ่งอันลามกนั้นอาจเป็นภาพถ่าย ภาพวาด วิดีโอเทป คลิปต่างๆ ตลอดจน ข้อความที่เขียนเล่าหรือบอกกล่าวเรื่องราวลามกต่างๆ ก็ได้¹³⁸

แนวคำพิพากษาได้วางหลักในการพิจารณาว่าสิ่งใดมีลักษณะอันลามก จะต้องเป็นการพิจารณาตามความรู้สึกของวิญญูชนผู้มีใช้บุคคลที่เคร่งครัดโดยมิยอมเปลี่ยนแปลงตามสมัยโลก¹³⁹ ส่วนศาสตราจารย์ คณิต ฒ นคร ได้ให้ความเห็นว่า การพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นสิ่งลามกหรือไม่นั้น เป็นเรื่องยากที่จะวินิจฉัย เพราะเกี่ยวข้องกับเรื่องศิลปะ การที่จะวินิจฉัยว่าสิ่งใดเป็นสิ่งลามกหรือไม่นั้น จึงมิใช่การพิจารณาเพียงแต่ว่าสิ่งนั้นฝ่าฝืนความรู้สึกทางศีลธรรมโดยทั่วไปของวิญญูชนหรือไม่ แต่ต้องพิจารณาว่าผู้ที่พอมีความรู้ความเข้าใจทางศิลปะรู้สึกเช่นนั้นหรือไม่ กล่าวคือ ต้องพิจารณาอย่างเป็นภาวะวิสัย และจะต้องพิจารณาเป็นรายๆ ไป นอกจากนั้น ยังได้ตั้งข้อสังเกตว่า ความติงามของสังคมหรือความรู้สึกในทางอัปอายหรือในทางศีลธรรมของสังคมเป็นสิ่งที่เปลี่ยนแปลงได้ ในต่างประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศตะวันตกได้มีการยกเลิกความผิดเกี่ยวกับสิ่งลามกไปแล้ว โดยยอมรับในเรื่องเสรีภาพในทางเพศหรือการกำหนดความสัมพันธ์ในทางเพศของบุคคล¹⁴⁰

ภาพแอบบั้นทีกมักจะมีมิติทางเพศเกี่ยวข้องอยู่เสมอ และมักเป็นการมุ่งจะบั้นทีกภาพเพื่อให้เห็นบางส่วนของร่างกายที่ผู้อื่นพึงจะปกปิด เช่น อวัยวะเพศ หรือหน้าอกหญิง ดังนั้น ภาพแอบบั้นทีก จึงมีองค์ประกอบของความเป็นสิ่งลามกได้อยู่ในตัว โดยเฉพาะด้วย

¹³⁵ ณรงค์ ใจหาญ, “ความหมายของสิ่งลามกในกฎหมาย,” *วารสารนิติศาสตร์* 16 (พ.ศ.2529): 126.

¹³⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 3150/2531

¹³⁷ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *ประมวลกฎหมายอาญาระบบอ้างอิง*, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2548). หน้า 379.

¹³⁸ มานิตย์ จุมปา, *คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์*, หน้า 96.

¹³⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 978/2492

¹⁴⁰ คณิต ฒ นคร, *กฎหมายอาญาภาคความผิด*, หน้า 464-468.

ลักษณะความประสงค์ในการนำไปใช้ของผู้กระทำ ดังนั้น ความผิดฐานนี้อาจสามารถปรับบังคับใช้กับการแอบบันทึกภาพได้ หากมีการกระทำอื่นๆ ที่ทำให้ครบองค์ประกอบความผิด

จากที่ได้กล่าวมาในข้างต้น จึงเห็นได้ว่าประเทศไทยมีมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแอบดูและแอบบันทึกภาพที่มีการบังคับใช้อยู่แล้วในปัจจุบัน แต่บทกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำดังกล่าว มีความครอบคลุมแก่การกระทำและมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้เพียงพอแล้วหรือไม่นั้น จะได้ทำการศึกษาวิเคราะห์เพื่อแสวงหาคำตอบแก่คำถามดังกล่าวในบทที่ 4 สำหรับในบทที่ 3 ซึ่งจะกล่าวต่อไปนี้จะทำการศึกษากฎหมายของต่างประเทศ ที่เกี่ยวข้องกับการแอบดูและแอบบันทึกภาพ อันได้แก่ ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา แคนาดา และนิวซีแลนด์ อันจะเป็นประโยชน์ในการศึกษาเปรียบเทียบและพิจารณาถึงแนวทางอันเหมาะสมสำหรับประเทศไทยต่อไป

บทที่ 3

กฎหมายเกี่ยวกับการกระทำในลักษณะ ละเมิดสิทธิส่วนตัวของผู้อื่นด้วยการแอบดูในต่างประเทศ

ในบทนี้จะทำการศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายในต่างประเทศ ซึ่งได้มีการตรากฎหมายบัญญัติให้การแอบดูและแอบบันทึกภาพเป็นความผิด โดยไล่เรียงจากประเทศที่มีการตรากฎหมายขึ้นก่อนไปสู่ประเทศที่มีการตรากฎหมายขึ้นภายหลัง นั่นคือ ประเทศอังกฤษ(2003) ประเทศสหรัฐอเมริกา(2004) ประเทศแคนาดา(2005) และประเทศนิวซีแลนด์(2006) เพื่อนำเสนอถึงที่มาของแนวคิดในการตรากฎหมายขึ้นบังคับใช้ ฐานความผิดและองค์ประกอบความผิดของกฎหมายในแต่ละประเทศ ตลอดจนการบังคับใช้กฎหมายภายหลังที่ได้มีผลบังคับใช้แล้ว ซึ่งจะสะท้อนให้เห็นถึงพัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดู ในความพยายามที่จะตอบสนองต่อปัญหา ผ่านช่วงเวลาของการตรากฎหมายขึ้นบังคับใช้ของประเทศที่นำมาศึกษา

3.1 ประเทศอังกฤษ

3.1.1 ความเป็นมา

เดิมในประเทศอังกฤษ การวิพากษ์วิจารณ์ถึงสิทธิส่วนตัวและความจำเป็นที่จะต้องตรากฎหมายขึ้นเพื่อให้ความคุ้มครองในสิทธิส่วนตัวนั้น มักมุ่งในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับบทบาทของสื่อมวลชน ดังที่ปรากฏในรายงานของ Report of the Committee on Privacy (the Younger Report) เมื่อปี 1972 ที่ได้ตั้งข้อสังเกตว่า การใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์หรืออุปกรณ์เพื่อช่วยเพิ่มขีดความสามารถในการมองเห็นหรือการได้ยิน ควรจะเป็นสิ่งผิดกฎหมายหากเป็นการใช้ในสถานการณ์ที่ไม่ควรใช้อุปกรณ์เหล่านั้น และในขณะที่ผู้อื่นอาจใช้วิจารณญาณในทางเชื่อว่า ตนได้ปกป้องและระมัดระวังตนจากการถูกสอดแนม ไม่ว่าจะจากการได้ยินหรือเผ้ามอง¹ ซึ่งแม้จะมีได้มีการกล่าวจำเพาะถึงประเด็นการแอบบันทึกภาพหรือแอบดู แต่รายงานดังกล่าวก็ได้แสดงความเห็นถึงผลกระทบของเทคโนโลยีที่มีต่อสิทธิส่วนตัวไว้อย่างน่าสนใจ ทั้งยังมีความร่วมสมัยกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน นอกจากนี้ รายงานดังกล่าวยังได้เน้นให้เห็นถึงภัย

¹ Law Commission (New Zealand), *Intimate Covert Filming*, p. 47.

จากคอมพิวเตอร์ที่มีต่อสิทธิส่วนตัวไว้ว่า “เราไม่อาจอาศัยหลักฐานที่ผ่านมา เพื่อยืนยันว่าคอมพิวเตอร์ซึ่งใช้กันในภาคเอกชนปัจจุบันนั้น เป็นภัยต่อสิทธิส่วนตัว แต่เราตระหนักว่า มีความเป็นไปได้ที่ภัยเช่นนั้น จะเกิดขึ้นจริงในอนาคต”² อย่างไรก็ตาม นอกจากขีดความสามารถในการก่อภัยที่เพิ่มขึ้นจากการอาศัยเทคโนโลยีแล้ว เหตุผลประการสำคัญที่เปลี่ยนมุมมองและทัศนคติต่อพฤติกรรมกรรมการแอบดู ว่าเป็นการกระทำที่ก่อภัยร้ายมากกว่าความเดือดร้อนรำคาญ (nuisance) นั้น กล่าวได้ว่าเกิดขึ้นจากหลักฐานจากผลการศึกษาวิจัยที่แสดงให้เห็นถึงความเชื่อมโยงระหว่างพฤติกรรมกรรมการแอบดูกับการก่ออาชญากรรมร้ายแรงทางเพศประเภทอื่น³

แนวคิดเรื่องการบัญญัติให้การแอบดูและการแอบบันทึกภาพเป็นความผิดได้รับความสนใจจากรัฐบาลของประเทศอังกฤษ ไปพร้อมๆ การตระหนักถึงความจำเป็นในการปฏิรูปกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศ โดยในเดือนมกราคม ค.ศ.1999 กระทรวงมหาดไทยของประเทศไทย (Home Office) ได้ออกเอกสารเรื่อง A Review of Sex Offences โดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อให้กฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองแก่บุคคลจากการถูกล่วงละเมิด โดยเฉพาะเด็ก เยาวชน และผู้อ่อนแอ (vulnerable people) มีความเชื่อมโยง ต่อเนื่องและชัดเจน พร้อมกับให้ผู้กระทำได้รับโทษที่เหมาะสม ทั้งเพื่อให้เกิดความยุติธรรมและไม่เลือกปฏิบัติ ต่อมาในเดือนกรกฎาคม ค.ศ.2000 กระทรวงมหาดไทยได้ออกเอกสารเรื่อง Setting the Boundaries: Reforming the Law on Sex Offences เพื่อรับฟังความคิดเห็นเกี่ยวกับการปฏิรูปกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดทางเพศ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อเสริมสร้างให้กฎหมายมีความเข้มแข็งและทันสมัย ในเอกสารฉบับดังกล่าว นอกจากจะมีการเสนอแก้ไขคำจำกัดความของการข่มขืน และเพิ่มเติมบทบัญญัติที่จะให้ความคุ้มครองการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก เยาวชน และผู้ที่อ่อนแอแล้ว ยังได้มีการเสนอให้มีการบัญญัติให้การแอบดูและแอบบันทึกภาพ (Voyeurism) และการกระทำทางเพศอื่นๆ เช่น การมีเพศสัมพันธ์กับสัตว์ การกระทำทางเพศต่อศพ เป็นความผิดที่มีโทษทางอาญาด้วย

ในที่สุด การแอบดูและแอบบันทึกภาพ ได้ถูกบัญญัติให้เป็นความผิดที่มีโทษทางอาญาในประเทศอังกฤษขึ้นเป็นครั้งแรก ในพระราชบัญญัติการกระทำผิดทางเพศ ค.ศ.2003 (Sexual Offences Act 2003) มาตรา 67

²Graham K Smith, *Privacy in the Information Age: Individual freedom faces competition* [Online]. 1994. Available from <http://www.ccsr.cse.dmu.ac.uk/resources/privacy/privinfoage.html>

³Home Office (UK), *Setting the Boundaries: Reforming the Law on Sex Offences*, p. 120.

3.1.2 ฐานความผิดและองค์ประกอบ

พระราชบัญญัติการกระทำผิดทางเพศ ค.ศ.2003 (Sexual Offences Act 2003) มาตรา 67⁴ ได้กำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับการแอบดูและแอบบันทึกภาพผู้อื่น (Voyeurism) ให้เป็นความผิดที่มีอัตราโทษสูงสุด จำคุก 2 ปี สำหรับกรณีความผิดร้ายแรง และในกรณีที่เป็นการผิดไม่ร้ายแรง กำหนดระวางโทษสูงสุดจำคุกไม่เกิน 6 เดือน โดยกฎหมายได้กำหนดการกระทำดังต่อไปนี้ไว้เป็นความผิด คือ

1. แอบดูด้วยตาเปล่า ยกตัวอย่างได้แก่การแอบดูผ่านหน้าต่างหรือตามช่องกำแพง⁵
2. กระทำการใช้อุปกรณ์เครื่องมือ เพื่อให้บุคคลอื่น สามารถแอบดูผู้อื่นกระทำการกิจส่วนตัว เช่น เจ้าของห้องเช่า ได้ติดตั้งและใช้กล้อง (web cam) เพื่อถ่ายทอดภาพผู้เช่าในขณะที่เปลี่ยนเสื้อผ้า ให้ผู้อื่นได้ดูเพื่อความพึงพอใจทางเพศ ผ่านเครือข่ายเว็บไซต์⁶
3. บันทึกภาพผู้อื่น เพื่อให้ตนเองหรือบุคคลที่สามจะมองดูภาพบันทึกของผู้อื่นนั้น
4. ติดตั้งเครื่องมืออุปกรณ์ หรือสร้าง ปรับ ดัดแปลงสิ่งปลูกสร้าง เพื่อให้ตนเองหรือบุคคลใดกระทำความผิดตามข้อ 1 เช่น การเจาะรูกำแพง หรือการติดตั้งกระจกสองหน้า⁷ เป็นต้น โดยสิ่งปลูกสร้าง มีความหมายรวมถึง กระจม พานะ เรือ หรือ สิ่งปลูกสร้างอื่นใดที่มีลักษณะอันชั่วคราว หรือสามารถเคลื่อนย้ายได้

การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งดังที่กล่าวข้างต้น จะเป็นการผิดตามกฎหมายเมื่อผู้กระทำได้กระทำโดยมุ่งหมายที่จะได้รับความพึงพอใจทางเพศ (obtaining sexual gratification) และกระทำโดยรู้ว่าผู้อื่นไม่ยินยอม นอกจากนั้นจะต้องเป็นการกระทำในขณะที่ผู้อื่นกำลังกระทำการกิจส่วนตัว กล่าวคือ ผู้อื่นอยู่ในสถานที่และสถานการณ์ อันควรคาดหวังที่จะได้รับความเป็นส่วนตัว และ (1) อวัยวะเพศ บั้นท้าย หรือ หน้าอกของบุคคลนั้น ได้ถูกเปิดเผย หรือมีเพียงชุดชั้นในสวมทับไว้ หรือ (2) กำลังใช้ห้องสุขา หรือ (3) กำลังมีกิจกรรมทางเพศ ซึ่งมิใช่ปกติวิสัยที่จะกระทำในที่สาธารณะ

⁴Sexual Offences Act 2003 UK.

⁵Sexual offences Act 2003, Explanatory notes, UK, the stationery office limited. p. 20.

⁶ibid.

⁷ibid., p. 21.

การบัญญัติกฎหมายกำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับการแอบดูของประเทศอังกฤษดังกล่าวมานั้น มีการตั้งข้อสังเกต การวิพากษ์วิจารณ์ ตลอดจนประเด็นที่ศาลได้ตีความกฎหมายให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้น สามารถนำมาสรุปได้ดังต่อไปนี้

1. จากฐานความผิดและองค์ประกอบของการกระทำที่ได้กล่าวมา จะเห็นได้ว่าประเทศอังกฤษได้กำหนดลักษณะการกระทำ ทั้งการแอบดูด้วยตาเปล่า การตัดแปลงสิ่งปลูกสร้างเพื่อการแอบดูด้วยตาเปล่า การถ่ายทอดสดภาพ และการบันทึกภาพ ไว้ให้เป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ อย่างไรก็ตาม แม้จะกำหนดลักษณะการกระทำเกี่ยวกับการแอบดูไว้ค่อนข้างครอบคลุมกว่ากฎหมายของประเทศอื่น แต่กฎหมายของประเทศอังกฤษกลับไม่ได้บัญญัติถึงการครอบครองภาพแอบบันทึก จนถึงการกระทำที่เกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพ เป็นเหตุให้แม้การกระทำดังกล่าวอาจเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายอื่น เช่น Communication Act 2003 หรือ Obscene Publications Act 1959 แต่ก็ปรากฏข้อวิจารณ์ว่า น่าจะเป็นการเหมาะสมกว่าหากจะมีการกำหนดให้การเผยแพร่ภาพบันทึกความเป็นส่วนตัวเป็นความผิดไว้โดยเฉพาะ และเชื่อมโยงกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับการแอบบันทึกภาพ⁸

2. ในส่วนองค์ประกอบเกี่ยวกับการกำหนดให้ผู้อื่นที่เป็นเหยื่อของการกระทำ ต้องอยู่ในสถานที่และสถานการณ์อันควรคาดหวังที่จะได้รับความเป็นส่วนตัวนั้น เนื่องจากกฎหมายได้ใช้ถ้อยคำชัดเจนถึง “สถานที่” อันควรคาดหวังที่จะได้รับความเป็นส่วนตัว เป็นเหตุให้เกิดข้อจำกัดและอุปสรรคในการบังคับใช้กับการแอบบันทึกภาพ หรือการแอบดูที่เกิดขึ้นในที่สาธารณะ โดยเฉพาะการแอบบันทึกภาพใต้กระโปรง (Upskirting) ที่เกิดขึ้นตามที่ห้างสรรพสินค้า สถานีรถไฟ หรือที่สาธารณะต่างๆ และอาจต้องอาศัยฐานความผิดเกี่ยวกับ Outrage public decency มาบังคับใช้กับการกระทำดังกล่าวแทน^{9 10}

3. สำหรับองค์ประกอบภายในเกี่ยวกับเจตนาพิเศษนั้น ก่อนหน้าที่จะมีการตรา Sexual Offences Act 2003 ขึ้นบังคับใช้นั้น ไม่มีความผิดทางเพศใดในอังกฤษ ที่มีการระบุว่าผู้กระทำผิดจะต้องมีวัตถุประสงค์ของการกระทำเพื่อที่จะได้รับความพึงพอใจทางเพศ (for the purpose of obtaining sexual gratification)¹¹ แต่เจตนาพิเศษเพื่อความพึงพอใจทางเพศนี้ ได้ถูก

⁸ Alisdair A. Gillespie, “‘Up-skirt’ and ‘down blouses’: voyeurism and the law,” *Criminal Law Review* 5 (2008): 370.

⁹ Ibid.

¹⁰ David W. Selfe, “Voyeurism – early developments in a new offence,” *Criminal Lawyer* 174 (July/August 2007): 4.

¹¹ David W. Selfe, “Mens rea and the ‘purpose of obtaining sexual gratification’,” *Criminal Lawyer* 167 (2006): 4.

กำหนดไว้เป็นองค์ประกอบในหลายฐานความผิดตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ โดยในการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว พบว่า ผู้กระทำความผิดสามารถยกเป็นข้อโต้แย้งได้ว่ากระทำโดยมีเจตนาอื่นที่ไม่เกี่ยวข้องกับทางเพศ ส่วนการพิสูจน์ให้เห็นถึงมูลเหตุจูงใจดังกล่าวยังจำเป็นต้องอาศัยการดำเนินคดีอาญาเป็นหลักสำคัญ ทั้งนี้ เนื่องจากเป็นมูลเหตุจูงใจเป็นสิ่งที่ซ่อนเร้นอยู่ภายใน (ulterior intent) การพิสูจน์ถึงมูลเหตุจูงใจดังกล่าว จึงขาดพยานหลักฐานโดยตรง แต่มักจะต้องอาศัยพยานหลักฐานแวดล้อมในพฤติการณ์การกระทำ อีกทั้งในชั้นศาล แม้ว่าข้อเท็จจริงในเหตุการณ์ของการกระทำผิดจะชัดแจ้ง แต่ก็กลายเป็นสิ่งที่แทบจะหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่คณะลูกขุนจะเป็นผู้สรุปการวินิจฉัยว่าจำเลยมีมูลเหตุจูงใจเพื่อความพึงพอใจทางเพศหรือไม่¹² อย่างไรก็ตาม ตั้งแต่ในขั้นตอนการออกเอกสารรับฟังความคิดเห็นในการเสนอกฎหมาย ได้มีการตั้งข้อสังเกตไว้ในคำแนะนำและการหารือสำหรับฐานความผิดเกี่ยวกับการแอบดูแล้วว่า อาจมีความยากลำบากในการพิสูจน์ให้เห็นถึงเจตนาพิเศษดังกล่าว แต่ก็ได้มีการให้เหตุผลไว้ว่า หากไม่กำหนดองค์ประกอบเกี่ยวกับเจตนาพิเศษนี้แล้ว ฐานความผิดเกี่ยวกับการแอบดูอาจจะมีขอบเขตการบังคับใช้ที่กว้างจนเกินไป¹³

4. การที่กฎหมายได้บัญญัติให้การเผยให้เห็น “หน้าอก” (breast) ไว้เป็นองค์ประกอบความผิด โดยไม่ได้กล่าวชัดเจนว่าเป็นหน้าอกของหญิงนั้น เป็นเหตุให้เกิดความไม่ชัดเจน และได้เป็นประเด็นขึ้นสู่การพิจารณาของศาลอุทธรณ์ ในคดีที่ชายคนหนึ่งถูกแอบบันทึกภาพขณะที่อยู่ในบริเวณสระว่ายน้ำสาธารณะ โดยศาลได้วางหลักว่าคำว่าหน้าอกในฐานความผิดนี้ ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายจะหมายถึงเฉพาะถึงหน้าอกของหญิงเท่านั้น¹⁴

5. ความหมายของ “ชุดชั้นใน” (underwear) ได้ปรากฏเป็นประเด็นการตีความในคดีหนึ่งซึ่งผู้เสียหายถูกแอบบันทึกภาพขณะอยู่ในห้องเปลี่ยนเสื้อผ้าหลังจากการว่ายน้ำ และถูกแอบบันทึกภาพโดยกล้องบนโทรศัพท์มือถือ ในขณะที่ใส่ชุดว่ายน้ำแบบบิกินี โดยศาลได้วางหลักว่า ความหมายของชุดชั้นใน มิได้ครอบคลุมไปถึงชุดว่ายน้ำ แต่หากชุดว่ายน้ำได้สวมใส่ในลักษณะ และเพื่อจุดประสงค์เดียวกันกับชุดชั้นใน จึงยอมถือว่าชุดว่ายน้ำนั้นเป็นชุดชั้นในได้ตามความหมายของกฎหมายนี้¹⁵ อย่างไรก็ตาม มีข้อวิพากษ์วิจารณ์คำตัดสินดังกล่าวว่า อาจนำไปสู่การโต้แย้งถึงมุมมองที่เป็นภาวะวิสัยของศาล และมุมมองที่เป็นอัตวิสัยของผู้เสียหายแต่ละราย

¹² Ibid.

¹³ Home Office (UK), **Setting the Boundaries: Reforming the Law on Sex Offences**, p. 123.

¹⁴ R. v Bassett (Kevin) [2008]

¹⁵ Police Service for Northern Ireland v MacRitchie [2008]

ว่า การสวมใส่ชุดว่ายน้ำของผู้เสียหายนั้นเป็นในลักษณะและเพื่อจุดประสงค์เดียวกันกับชุดชั้นในหรือไม่ นอกจากนั้น ในกรณีที่หากองค์ประกอบอื่นๆ เป็นไปตามที่กำหนดในกฎหมายแล้ว เพียงแต่ผู้เสียหายสวมใส่ชุดว่ายน้ำที่มีไซ้ในลักษณะและจุดประสงค์เดียวกับชุดชั้นใน การกระทำดังกล่าวก็จะเป็นความผิด แต่หากสวมใส่ชุดชั้นใน การกระทำก็จะเป็นความผิด เป็นเพียงความต่างที่เล็กน้อยเท่านั้น อีกทั้งในสถานการณ์เดียวกัน หากผู้เสียหายไม่ได้สวมใส่ชุดชั้นใน แต่เป็นผ้าเช็ดตัว ก็อาจไม่ถือว่าผู้เสียหายกำลังกระทำความผิดส่วนตัว การกระทำก็อาจไม่เป็นความผิด¹⁶

3.1.3 การบังคับใช้กฎหมาย

ในประเทศอังกฤษ มีรายงานอ้างตัวเลขจาก Crown Prosecution Service ว่า ตั้งแต่ พ.ร.บ.การกระทำผิดทางเพศ ค.ศ.2004 มีผลบังคับใช้ในห้วงกลางปี ค.ศ.2004 จนถึงสิ้นปี ค.ศ.2009 มีผู้กระทำผิดถูกจับกุมและตั้งข้อหาว่ากระทำความผิดในฐานะแอบดูถึง 1,581 ราย ซึ่งสถิติการจับกุมผู้กระทำความผิดในข้อหาดังกล่าว พบว่ามีแนวโน้มสูงเพิ่มสูงขึ้นอย่างต่อเนื่อง แต่ที่มีอัตราเพิ่มสูงขึ้นอย่างรวดเร็วคือการจับกุมผู้ที่กระทำความผิดโดยการใช้อุปกรณ์แอบบันทึกภาพ โดยเพิ่มจากจำนวน 56 ราย ในปี ค.ศ.2005 เป็น 195 รายในปี ค.ศ.2009 คิดเป็นอัตราส่วนถึงกว่าสามเท่า ในช่วงระยะเวลา 3 ปี¹⁷ ในขณะที่ในห้วงเวลาเดียวกัน การกระทำในลักษณะแอบดูประเภทอื่นเพิ่มขึ้นประมาณ 1.5 เท่า¹⁸ สะท้อนให้เห็นการทวีความรุนแรงของปัญหาการแอบบันทึกภาพเมื่อเปรียบเทียบกับกระทำความผิดในลักษณะแอบดูประเภทอื่น แต่อย่างไรก็ตาม เช่นเดียวกับสถิติการจับกุมในอาชญากรรมโดยทั่วไป ตัวเลขดังกล่าวนี้อาจไม่สามารถบอกได้ถึงจำนวนของอาชญากรรมหรือขนาดของปัญหาที่เกิดขึ้นได้อย่างแท้จริง

เมื่อพิจารณาถึงการปรับใช้กฎหมาย พบว่า แม้กฎหมายของประเทศอังกฤษจะมิได้บัญญัติระยะเวลาที่แตกต่างสำหรับความผิดฐานการกระทำในลักษณะแอบดูไว้ในแต่ละการกระทำ แต่แนวทางการพิพากษาของศาลเกี่ยวกับความหนักเบาของโทษ ก็จะพิจารณาจากความร้ายแรงของการกระทำ โดยดูจากความมีมลทิน (culpability) และภัย(harm) ที่ผู้กระทำก่อขึ้น¹⁹ เช่น การแอบบันทึกภาพ ถือเป็นกระทำความที่ร้ายแรงกว่าการแอบดูด้วยตาเปล่า และการแอบ

¹⁶David Selfe, "'Privacy' and 'underwear' – further developments in voyeurism," *Criminal Lawyer* 199 (2010): 3.

¹⁷Skynews Online, 'Peeping tom' Arrests Double in Four years [online], 6 May 2012. Available from news.sky.com/home/uk-news/article/15517264

¹⁸ibid.

¹⁹Sentencing Guideline Council, *Magistrates' Court Sentencing Guideline*, (2008), p. 16.

บันทึกภาพแล้วนำไปโพสต์ในเว็บไซต์ หรือการแอบบันทึกภาพแล้วนำออกเผยแพร่เพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้า ถือเป็นกรกระทำที่ร้ายแรงกว่าการแอบบันทึกภาพธรรมดา นอกจากนั้น ศาลยังพิจารณาถึงผลกระทบที่เกิดจากปัจจัยที่จะเพิ่มและบรรเทาความร้ายแรงของการกระทำ โดยอาจเป็นด้านที่เกี่ยวข้องกับความมีมลทิน เช่น มีการข่มขู่เหยื่อไม่ให้อ้างความ การบันทึกและเผยแพร่ภาพเพื่อการค้า โดยเฉพาะหากเหยื่อเป็นบุคคลอ่อนแอ เช่น เด็ก หรือผู้ที่มีสติปัญญาหรือร่างกายบกพร่อง ตลอดจนด้านที่เกี่ยวข้องกับภัยที่ก่อขึ้น เช่น ความทุกข์ของเหยื่ออันเกิดจากการเผยแพร่ภาพแก่ผู้คนที่รู้จักเหยื่อ เป็นต้น²⁰

ยกตัวอย่างเช่น ในคดีหนึ่ง ศาลชั้นต้นได้พิพากษาลงโทษจำเลยซึ่งแอบติดตั้งกล้องแอบบันทึกภาพลูกเลี้ยงเป็นหญิงอายุ 24 ปี ในขณะที่อาบน้ำ ว่ามีความผิดฐานแอบบันทึกภาพ โดยลงโทษจำคุกเป็นเวลา 8 เดือน จำเลยได้อุทธรณ์เกี่ยวกับโทษที่ศาลชั้นต้นตัดสิน ต่อมาในชั้นอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ได้พิจารณาว่ามีเหตุแห่งการบรรเทาโทษ อันได้แก่ จำเลยเป็นผู้มีความประพฤติดี จำเลยได้ยอมรับว่าได้กระทำความผิดแต่โดยดีและได้ให้การรับสารภาพ อีกทั้งไม่มีการนำภาพแอบบันทึกออกเผยแพร่ และไม่ได้ทำไปเพื่อประโยชน์ทางการเงิน นอกจากนั้น ผู้เสียหายมิได้เป็นเด็ก จึงไม่พิพากษาลงโทษจำคุกจำเลย แต่มีคำสั่งให้จำเลยจะต้องเข้ากระบวนการการฟื้นฟูของชุมชน(Community Rehabilitation Order) เป็นเวลา 1 ปี โดยมีเงื่อนไขที่จะต้องเข้าร่วมในโปรแกรมกลุ่มผู้กระทำความผิดทางเพศของชุมชน (Community Sex Offender Group Work Programme) ด้วย²¹ ในอีกคดีหนึ่ง จำเลยเป็นผู้จัดการศูนย์กีฬาแห่งหนึ่ง จำเลยได้แอบปีนขึ้นไปเหนือผ้าเพื่อติดตั้งกล้องบันทึกภาพผู้ใช้บริการหญิงในขณะอาบน้ำ และใช้ที่นอนอาบแดด จำเลยถูกตัดสินว่าได้กระทำความผิดฐานแอบบันทึกภาพจำนวน 3 ครั้ง ศาลชั้นต้นพิพากษาลงโทษจำคุกจำเลยเป็นเวลา 14 เดือน จำเลยได้อุทธรณ์โทษดังกล่าว ศาลอุทธรณ์ได้พิจารณาว่า มีผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำของจำเลยเป็นจำนวน 4 คน จำเลยได้กระทำความผิดต่อความเชื่อถือและความรับผิดชอบในหน้าที่ (abuse position of trust) ในฐานะผู้จัดการ นอกจากนั้น ยังมีหลักฐานว่าผู้เสียหายบางคนได้รับผลกระทบทางจิตใจ ด้วยเหตุที่มีความร้ายแรงดังกล่าว ศาลเห็นว่าโทษจำคุกมีความจำเป็นและเหมาะสม แต่สมควรให้ลดโทษจำคุกลงเหลือ 9 เดือน²²

²⁰ ibid., p. 115.

²¹ R v Ip [2005] 1 Cr App R (S) 102; 2004 WL 2355828

²² R v Turner(Mark) [2006] 2 Cr App R (S) 51

สำหรับความเชื่อถือและความรับผิดชอบ อาจจะไม่จำเป็นที่จำเลยจะต้องเป็นผู้มีหน้าที่เกี่ยวข้องในสถานที่ที่ก่อเหตุเสมอไป ดังเช่นในอีกคดีหนึ่ง จำเลยซึ่งประกอบอาชีพเป็นเจ้าของร้านค้าที่ตำรวจ ได้ซื้อกล้องแอบบันทึกภาพในรูปแบบของโทรศัพท์เคลื่อนที่ ต่อมาจำเลยได้แอบซ่อนกล้องแอบบันทึกภาพดังกล่าวไว้ในห้องน้ำของเพื่อนบ้าน โดยอาศัยโอกาสที่เพื่อนบ้านอยู่ระหว่างการตกแต่งบ้าน อย่างไรก็ตาม แม้ปรากฏข้อเท็จจริงว่ายังไม่มีการใช้กล้องดังกล่าวบันทึกภาพใดๆ ศาลชั้นต้นได้พิพากษาจำคุกจำเลย 6 เดือน จำเลยได้อุทธรณ์โทษดังกล่าว ศาลอุทธรณ์พิจารณาว่า แม้การกระทำของจำเลยจะมีเหตุให้บรรเทาโทษ แต่มีลักษณะเพิ่มความร้ายแรงที่มีนัยสำคัญ อันได้แก่ ในขณะที่จำเลยกระทำความผิด จำเลยเป็นเจ้าของร้านค้าที่ตำรวจ จึงเป็นการกระทำที่ผิดต่อความเชื่อถือและความรับผิดชอบ นอกจากนั้น เมื่อคำนึงถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อผู้เสียหาย การไม่ยอมรับสารภาพ อีกทั้งยังเป็นการกระทำที่มีการไตร่ตรองวางแผนมาก่อน โทษจำคุกจึงเป็นสิ่งจำเป็นในกรณีของจำเลย อย่างไรก็ตาม ศาลอุทธรณ์ได้พิพากษาลดโทษจำคุกให้จำเลย คงเหลือโทษจำคุกเพียง 3 เดือน²³

3.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

3.2.1 ความเป็นมา

ตั้งแต่กลางทศวรรษ 1990 เป็นต้นมา สภานิติบัญญัติในหลายมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ผ่านร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา กำหนดให้การแอบบันทึกภาพ (video voyeurism) เป็นความผิด อันเป็นการตอบสนองต่อบางเหตุการณ์ที่แสดงถึงความจำเป็นที่จะต้องมีการแก้ไขกฎหมาย เช่น มลรัฐอิลลินอยส์ ได้มีการแก้ไขกฎหมายในปี ค.ศ. 1995 หลังจากเหตุการณ์แอบบันทึกภาพวิดีโอในห้องเปลี่ยนเสื้อผ้าของเด็กนักเรียนมัธยมปลาย และมลรัฐคอนเนตทิคัต ได้บัญญัติกฎหมายขึ้นหลังจากเหตุการณ์ในปี ค.ศ. 1998 เมื่อเด็กนักเรียนชายคนหนึ่งได้แอบบันทึกภาพเพื่อนนักเรียนหญิงร่วมชั้นขณะเปลี่ยนชุดว่ายน้ำ จากนั้นได้นำภาพมาอวดแสดงและแจกจ่ายให้แก่เพื่อนนักเรียนชายคนอื่น ๆ²⁴ ด้วยเหตุนี้ ก่อนหน้าที่การแอบบันทึกภาพจะถูกบัญญัติให้เป็นความผิดระดับประเทศนั้น การแอบดู รวมทั้งแอบบันทึกภาพนิ่งและภาพวิดีโอ ถือเป็นการกระทำที่มีโทษทางอาญาในหลายมลรัฐแล้ว เช่น อาคันธิดา แคลิฟอร์เนีย ฟลอริดา อิลลินอยส์ อินเดียนา หลุยเซียนา มิสซูรี โอไฮโอ เพนซิลเวเนีย วอชิงตัน และวิสคอนซิน

²³R v McCann [2007] 1 Cr App R (S) 4

²⁴Law Commission (New Zealand), *Intimate Covert Filming*, p. 47.

ซึ่งในบางลักษณะการกระทำของการแอบดูหรือแอบบันทึกภาพถือเป็นการละเมิดกฎหมายอาญาที่มีบังคับใช้อยู่แล้วในมลรัฐนั้นๆ เช่นกฎหมายที่เกี่ยวกับสุขภาพ ความปลอดภัย และความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของสังคม รวมทั้งได้มีการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายขึ้นใหม่เพื่อตอบสนองต่อปัญหาอย่างเจาะจง²⁵

สำหรับกฎหมายกลางในระดับประเทศนั้น Michael G. Oxley สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งมลรัฐโอไฮโอ เป็นคนแรกที่ริเริ่มเสนอร่างกฎหมาย the Video Voyeurism Act of 2002²⁶ ต่อสภา Congress โดยมีจุดประสงค์เพื่อแก้ไข Title 18 ของ United States Code ในการบัญญัติให้การแอบบันทึกภาพโดยละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของผู้อื่นเป็นความผิดที่มีโทษทางอาญา และภายหลังจากนั้นไม่นาน ก็ได้มีความพยายามจากมลรัฐหลุยเซียนาในการเสนอร่างกฎหมาย the Family Privacy and Security Act of 2002 ซึ่งมีบทบัญญัติให้การแอบบันทึกภาพผู้อื่นเป็นความผิดในระดับประเทศเช่นกัน²⁷

มลรัฐหลุยเซียนา เป็นรัฐแรกในสหรัฐอเมริกาที่ได้ยกระดับให้การแอบบันทึกภาพเป็นความผิดอาญาร้ายแรง (Felony)²⁸ โดยมีเหตุผลสืบเนื่องจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในปี ค.ศ.1996 เมื่อ Susan และ Gary Wilson พบว่า Steve Glover เพื่อนบ้านซึ่งเป็นอดีตผู้ช่วยพระและเป็นเพื่อนที่พวกเขาไว้วางใจ ได้แอบติดตั้งกล้องบันทึกภาพไว้ภายในห้องนอนและห้องอาบน้ำภายในบ้านของพวกเขา แต่สิ่งที่สร้างความตระหนกยิ่งไปกว่านั้นแก่ครอบครัว Wilson ก็คือการที่ได้ทราบว่า การกระทำของเพื่อนบ้านคนดังกล่าวไม่ถือเป็นการละเมิดที่จะลงโทษทางอาญาได้ ทั้งต่อกฎหมายของมลรัฐ หรือกฎหมายของสหรัฐอเมริกา และเมื่อครอบครัว Wilson ได้รู้ว่ายังมีคนอื่นในชุมชนที่ตกเป็นเหยื่อการกระทำของ Steve Glover ครอบครัว Wilson จึงได้ทำการติดต่อสมาชิกผู้แทนราษฎรแห่งมลรัฐ เพื่อเรียกร้องว่ากฎหมายจะต้องได้รับการแก้ไขปรับปรุงในที่สุดเมื่อวันที่ 12 กรกฎาคม ค.ศ. 1999 ผู้ว่ามลรัฐหลุยเซียนาได้ลงนามในกฎหมายกำหนดให้

²⁵ Antonietta Vitale, "Video Voyeurism and the Right to Privacy: the Time for Federal Legislation is Now,"

Seton Hall Legislative Journal 27 (2003): 381.

²⁶ Aimee Jodoi Lum, "Don't Smile, Your Image Has Just Been Recorded on a Camera-Phone: The Need for Privacy in the Public Sphere," *University of Hawaii Law Review* 27 (Summer, 2005): 377.

²⁷ Antonietta Vitale, "Video Voyeurism and the Right to Privacy: the Time for Federal Legislation is Now," *Seton Hall Legislative Journal*: 381-410.

²⁸ Aimee Jodoi Lum, "Don't Smile, Your Image Has Just Been Recorded on a Camera-Phone: The Need for Privacy in the Public Sphere," *University of Hawaii Law Review*: 377.

การแอบบันทึกภาพเป็นอาชญากรรมร้ายแรง (Felony offense)²⁹ ต่อมา เรื่องราวของครอบครัว Wilson ได้ถูกนำไปสร้างเป็นละครโทรทัศน์ในชื่อเรื่อง “Video Voyeur: the Susan Wilson Story” และได้นำออกฉายในต้นปี ค.ศ.2002 ซึ่งได้เรียกความสนใจจากสังคมต่อปัญหาดังกล่าว³⁰ และสะท้อนให้สังคมตระหนักถึงความร้ายกาจของการคุกคามที่เหล่านักถ้ำมองสามารถกระทำโดยอาศัยกล้องถ่ายวิดีโอ³¹

แม้ว่าการมีกฎหมายบังคับใช้กับการกระทำดังกล่าวจะสามารถบรรเทาความวิตกกังวลของพลเมืองแห่งมลรัฐหลุยเซียนาได้ แต่ยังคงมีความพยายามจากมลรัฐหลุยเซียนาที่จะขยายหลักประกันความปลอดภัยดังกล่าวไปทั่วประเทศ โดยในวันที่ 16 เมษายน ค.ศ.2002 Susan Wilson และ Mary L. Landrieu สมาชิกวุฒิสภามลรัฐหลุยเซียนา ได้เสนอร่างกฎหมาย the Family Privacy and Security Act of 2002 ซึ่งจะทำให้การละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบบันทึกภาพเป็นอาชญากรรมที่ผิดต่อกฎหมายกลางของสหรัฐอเมริกา และมีโทษสูงสุดจำคุก 3 ปี หรือ 10 ปี หากผู้เสียหายเป็นเด็ก อย่างไรก็ตาม ร่างกฎหมายดังกล่าวมีวัตถุประสงค์หลักในการให้ความคุ้มครองผู้เยาว์จากสื่อลามกทางอินเทอร์เน็ต และบทบัญญัติลงโทษการกระทำในลักษณะละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบบันทึกภาพก็เป็นหนึ่งในหลายบทลงโทษการกระทำทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์หลักของร่างกฎหมายดังกล่าวเท่านั้น³²

หากพิจารณาโดยทั่วไปแล้ว ทั้งร่างกฎหมาย the Family Privacy and Security Act of 2002 และ the Video Voyeurism Act 2002 ต่างก็มุ่งสร้างหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิส่วนตัวของพลเมืองสหรัฐอเมริกาอย่างมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ภายใต้ขอบเขตของรัฐธรรมนูญ แต่ร่างกฎหมายทั้งสองก็มีความต่างกันสาระสำคัญ โดย the Family Privacy and Security Act of 2002 มิได้เจาะจงเฉพาะการกระทำในลักษณะละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบบันทึกภาพ แต่มุ่งพยายามที่จะป้องปรามเนื้อหาอันไม่เหมาะสมบนอินเทอร์เน็ต โดยเน้นถึง

²⁹ Antonietta Vitale, “Video Voyeurism and the Right to Privacy: the Time for Federal Legislation is Now,”

Seton Hall Legislative Journal: 381–410.

³⁰ All Business, *Lifetime's Tale Of Video Voyeur Spurs U.S. Law* [Online], 19 May 2010, Available from www.allbusiness.com/services/motion-pictures/4901776-1.html

³¹ Maria Pope, “Technology Arms Peeping Toms with a New and Dangerous Arsenal: a Compelling Need for States to Adopt New Legislation,” *The John Marshall Journal of Computer & Information Law* 17 (Summer, 1999): 1167.

³² Antonietta Vitale, “Video Voyeurism and the Right to Privacy: the Time for Federal Legislation is Now,” Seton Hall Legislative Journal: 381–410.

ลักษณะกระทำที่เกี่ยวข้องในเรื่องเพศ ในขณะที่ the Video Voyeurism Act 2002 มีจุดมุ่งหมายไปที่การละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบบันทึกภาพเพียงประการเดียว โดยมุ่งที่จะป้องกันการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิส่วนตัวและมีได้เน้นไปที่ลักษณะการกระทำในเชิงทางเพศ³³

ด้วยความตระหนักถึงความจำเป็นสหรัฐอเมริกาจะต้องมีกฎหมายกลางในการป้องปรามการกระทำของนักถ้ำมองทั้งหลาย เพื่อเป็นหลักประกันการมีสิทธิที่จะใช้ชีวิตอย่างมีอิสระปราศจากความกลัวเกรงว่าจะมีผู้อื่นเฝ้ามองการกระทำกิจกรรมตามปกติของชีวิต และยับยั้งการบ่อนทำลายความรู้สึกถูกคุกคามความเป็นส่วนตัวของสาธารณชน ดังที่ Mary L. Landrieu สมาชิกวุฒิสภาหลุยเซียนา ได้เรียกร้องต่อสภา Congress ว่า ไม่ควรจะต้องรอให้เกิดเหตุการณ์ดังเช่นในกรณีของ Susan Wilson ในทุกมลรัฐเสียก่อน แล้วประชาชนจึงจะได้รับการปกป้องจากการกระทำอันน่าหวาดกลัวประเภทนี้ ในที่สุดสภานิติบัญญัติของสหรัฐอเมริกาได้ผ่านร่างกฎหมาย Video Voyeurism Protection Act of 2004 แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา โดยบัญญัติให้การละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบบันทึกภาพเป็นความผิดอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกา

3.2.2 ฐานความผิดและองค์ประกอบ

Video Voyeurism Protection Act of 2004 ได้แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ลักษณะที่ 88 ความเป็นส่วนตัว³⁴ มาตรา 1801 โดยบัญญัติให้การละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบบันทึกภาพเป็นความผิดอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกา ระวังโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือ ปรับไม่เกิน 100,000 เหรียญสหรัฐ หรือ ทั้งจำทั้งปรับ

โดยกำหนดให้การกระทำต่อไปนี้เป็นความผิด คือ

1. กระทำด้วยวิธีใดๆ อันเป็นการบันทึกภาพ บริเวณอันเป็นส่วนตัวของบุคคลหนึ่งบุคคลใด อันหมายถึง อวัยวะเพศ บริเวณอวัยวะเพศ บั้นท้าย หรือหน้าอกหญิงตั้งแต่บริเวณส่วนบนสุดของบริเวณลานห้วงนม ซึ่งเปลือย หรือมีเพียงชุดชั้นในปกคลุม โดยมีได้รับความยินยอม และรู้ว่าได้กระทำภายใต้สถานการณ์ที่บุคคลนั้น อาจคาดหวังที่จะได้รับความเป็นส่วนตัวตามสมควร

³³ Ibid.

³⁴ Video Voyeurism Protection Act of 2004, USA.

2. การแพร่ภาพบริเวณอันเป็นส่วนตัวของบุคคลหนึ่งๆ ทางอิเล็กทรอนิกส์ ด้วยเจตนาเพื่อจะให้บุคคลหนึ่งบุคคลใด หรือบุคคลหลายคน ได้ดูภาพบันทึกส่วนตัวนั้น

กฎหมายได้ให้นิยามความหมายของ “ภายใต้สถานการณ์ที่บุคคลอาจคาดหวังความเป็นส่วนตัวตามสมควร” ออกเป็นสองกรณี โดยกรณีแรกหมายถึง สถานการณ์ที่วิญญูชนจะเชื่อว่าสามารถเปลี่ยนเสื้อผ้าได้ภายใต้ความเป็นส่วนตัว โดยปราศจากความกังวลว่า บริเวณอันเป็นส่วนตัวของบุคคล จะถูกจับภาพ หรือในกรณีที่สองหมายถึง สถานการณ์ที่วิญญูชนจะเชื่อว่าบริเวณอันเป็นส่วนตัวของบุคคล จะไม่อาจถูกเห็นได้ต่อสาธารณะ โดยไม่คำนึงว่าบุคคลนั้นจะอยู่ในสถานที่สาธารณะ หรือ สถานที่ส่วนบุคคล

นอกจากนั้น กฎหมายได้กำหนดข้อยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายมาตรานี้ แก่กิจกรรมที่เกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมาย การคุมประพฤติ หรือ การข่าว ซึ่งชอบด้วยกฎหมาย

จากที่กล่าวมาในข้างต้น สามารถสรุปลักษณะสำคัญของกฎหมายกลางของสหรัฐอเมริกา ได้ดังต่อไปนี้

1. กฎหมายกลางของสหรัฐอเมริกา มีวัตถุประสงค์เพื่อมุ่งเน้นป้องกันภัยถ้ามองอันเกิดจากเทคโนโลยีสมัยใหม่ จึงกำหนดให้เฉพาะการแอบบันทึกภาพและการถ่ายทอดภาพเป็นการกระทำที่เป็นความผิด โดยไม่ได้บัญญัติถึงการแอบดูด้วยตาเปล่า

2. กฎหมายกลางของสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติให้การแพร่ภาพแอบบันทึกโดยวิธีทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นความผิด โดยมีได้บัญญัติถึงการเผยแพร่ส่งต่อภาพโดยวิธีอื่น ซึ่งให้เห็นถึงความต้องการที่จะตอบสนองอย่างเฉพาะเจาะจงต่อปัญหาการแพร่กระจายของภาพแอบบันทึกผ่านทางอินเทอร์เน็ต

3. กำหนดให้ความคุ้มครองความเป็นส่วนตัวของบุคคลในที่สาธารณะ เพื่อตอบสนองต่อปัญหาการแอบบันทึกภาพใต้กระโปรงและเหนือคอเสื้อ (upskirting and downblousing) รวมทั้งแก้ไขปัญหาช่องว่างของกฎหมายที่ไม่ได้ให้ความคุ้มครองในสิทธิส่วนตัวของพลเรือนในที่สาธารณะอย่างเพียงพอ

4. ได้กำหนดถ้อยคำความหมายของบริเวณอันเป็นส่วนตัว ในส่วนของหน้าอกให้มีความชัดเจนว่าหมายถึง “หน้าอกหญิง” (female breast) นอกจากนี้ ยังกำหนดบริเวณของหน้าอกหญิงที่จะถือว่าเป็นบริเวณส่วนตัวไว้อย่างชัดเจน

5. กฎหมายสหรัฐอเมริกา ไม่กำหนดมูลเหตุชกแจงใจเพื่อความพึงพอใจทางเพศไว้เป็นองค์ประกอบความผิด ดังนั้น ในการพิจารณาความผิดจึงไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงองค์ประกอบภายในดังกล่าว

3.2.3 การบังคับใช้กฎหมาย

The Video Voyeurism Prevention Act of 2004 มีผลบังคับจำกัดเฉพาะการละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบถ่ายที่ได้กระทำในเขตพื้นที่ของส่วนกลางของสหรัฐ (federal property) เช่น อุทยานแห่งชาติ หรือ อาคารของรัฐบาลกลาง เท่านั้น ดังนั้น การละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบถ่ายที่เกิดขึ้นทั้งในที่สาธารณะและที่ส่วนบุคคลโดยทั่วไป จึงไม่เป็นการกระทำความผิดภายใต้กฎหมายดังกล่าว อย่างไรก็ตาม The Video Voyeurism Prevention Act of 2004 มีความสำคัญในการสร้างความตระหนักถึงสิทธิส่วนตัวในที่สาธารณะ และการเป็นกฎหมายต้นแบบสำหรับมลรัฐต่างๆ ที่ยังไม่มีกฎหมายในเรื่องดังกล่าวใช้บังคับ หรือกฎหมายที่ใช้บังคับมีความล้าสมัย หรือไม่เพียงพอที่จะตอบสนองต่อปัญหาการละเมิดสิทธิส่วนตัวโดยอาศัยเทคโนโลยีที่ทันสมัยในปัจจุบัน³⁵ ด้วยเหตุดังกล่าว มลรัฐต่างๆ จึงถูกผลักดันให้ตรากฎหมายขึ้นบังคับใช้กับกรณีดังกล่าวที่เกิดขึ้นทั้งในที่สาธารณะและที่ส่วนบุคคล³⁶ โดยสามารถยกตัวอย่างการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการแอบดูและแอบบันทึกภาพในมลรัฐของสหรัฐอเมริกาได้ดังนี้

1. มลรัฐหลุยเซียนา (Video Voyeurism, La. Rev. Stat. Ann §14:283)³⁷ ได้กำหนดให้การแอบบันทึกภาพเป็นความผิด โดยให้คำจำกัดความไว้ว่า หมายถึง การใช้อุปกรณ์เครื่องมือบันทึกภาพใดๆ ในการแอบสังเกต แอบดู หรือ แอบบันทึกภาพ บุคคลใดๆ เพื่อการอันลามก (lewd and lascivious purpose) โดยไม่ได้รับความยินยอมให้กระทำการนั้น รวมทั้งการส่งภาพดังกล่าวผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์ ระยะเวลาของการกระทำความผิดนี้ จะขึ้นอยู่กับจำนวนครั้งที่เคยกระทำความผิดฐานนี้มาก่อน และความเลวร้ายของการกระทำ โดยหากถูกตัดสินว่ากระทำความผิดในฐานนี้เป็นครั้งแรก จะมีระยะเวลาปรับไม่เกิน 2,000 เหรียญสหรัฐ หรือ จำคุกโดยต้องใช้

³⁵Aimee Jodoi Lum, "Don't Smile, Your Image Has Just Been Recorded on a Camera-Phone: The Need for Privacy in the Public Sphere," **University of Hawaii Law Review**: 377-416.

³⁶Sarah Jameson, "Cyberharassment: striking a balance between free speech and privacy," **Commlaw Conspectus** 17 (2008): 231.

³⁷Video Voyeurism, La. Rev. Stat. Ann §14:283 [Online], 14 January 2012. Available from www.legis.state.la.us/lss/lss.asp?doc=78391

หรือไม่ต้องใช้แรงงานหนักไม่เกิน 2 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ แต่หากถูกตัดสินว่ากระทำผิดฐานนี้เป็นครั้งที่สอง จะมีระวางโทษปรับไม่เกิน 2,000 เหรียญสหรัฐ และจำคุกโดยต้องใช้แรงงานหนักไม่น้อยกว่า 6 เดือน และไม่เกิน 3 ปี โดยไม่ได้รับทัณฑ์บน ภาคทัณฑ์ หรือ รอกการลงโทษ แต่หากการแอบบันทึกภาพนั้นเป็นการกระทำที่เห็นถึงการมีเพศสัมพันธ์ หรือเห็นบริเวณร่างกายอันพึงสงวนของบุคคลอื่นอย่างชัดเจน จะมีระวางโทษปรับไม่เกิน 10,000 เหรียญสหรัฐ และจำคุกโดยต้องใช้แรงงานหนัก ไม่น้อยกว่า 1 ปี และไม่เกิน 5 ปี โดยไม่ได้รับทัณฑ์บน ภาคทัณฑ์ หรือ รอกการลงโทษ แต่หากบุคคลที่ตกเป็นเหยื่อมีอายุต่ำกว่า 17 ปี ระวางจำคุกโดยต้องใช้แรงงานหนัก จะเพิ่มเป็นไม่น้อยกว่า 2 ปี และไม่เกิน 10 ปี นอกจากนี้ ความผิดฐานนี้ถือเป็นความผิดทางเพศ ซึ่งผู้กระทำจะต้องลงทะเบียนเป็นผู้กระทำผิดทางเพศอีกด้วย

2. มลรัฐเมน (Violation of Privacy, Me. Rev. Stat. Ann. Tit.17-A § 511(d))³⁸ ได้กำหนดให้การสอดแนมภาพในสถานที่สาธารณะ ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือเครื่องยนต์กลไก ด้วยเจตนาเพื่อจะสังเกต หรือบันทึกภาพ หรือเพื่อบันทึก ปรับแต่ง หรือถ่ายทอดภาพ ไม่ว่าจะ เป็นภาพส่วนใดๆ ของร่างกาย เมื่อส่วนดังกล่าวของร่างกายนั้น แท้ที่จริงแล้วมีการปกปิดมิให้เปิดเผยต่อสาธารณะ โดยมีเสื้อผ้าปกคลุมและวิญญูชนโดยทั่วไปย่อมคาดหมายที่จะได้รับความปลอดภัยจากการถูกสอดแนม การกระทำผิดในลักษณะนี้ จัดอยู่ในประเภท Class D Crime

3. มลรัฐโอไฮโอ (Voyeurism, Ohio Rev. Code Ann. § 2907.08)³⁹ ได้กำหนดให้การแอบบันทึกภาพ โดยการบุกรุกหรือโดยแอบล่วงละเมิดความเป็นส่วนตัวของผู้อื่น ขณะที่ผู้อื่นกำลังอยู่ในสภาพแห่งการเปลือยกาย หรือแอบบันทึกภาพโดยส่องผ่านเสื้อผ้าเพื่อให้เห็นร่างกายของผู้อื่น โดยถือเป็นความผิดประเภทเล็กน้อย (Misdemeanor of first degree) และโดยทั่วไปจะลงโทษจำคุกน้อยกว่า 1 ปี⁴⁰

4. มลรัฐวอชิงตัน (Voyeurism, RCW 9A.44.115)⁴¹ ไม่เพียงจะมีบทบัญญัติกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา (statue law) กำหนดให้การแอบบันทึกภาพเป็นความผิด แต่ยังมี

³⁸Violation of Privacy, Me. Rev. Stat. Ann. Tit.17-A § 511(d) [Online], 14 January 2012. Available from www.mainelegislature.org/legis/statutes/17-A/title17-Asec511.html

³⁹Voyeurism, Ohio Rev. Code Ann. § 2907.08[Online], 14 January 2012. Available from codes.ohio.gov/orc/2907.08

⁴⁰Aimee Jodoi Lum, "Don't Smile, Your Image Has Just Been Recorded on a Camera-Phone: The Need for Privacy in the Public Sphere," **University of Hawaii Law Review**: 377-416.

⁴¹Voyeurism, RCW 9A.44.115[Online], 14 January 2012. Available from apps.leg.wa.gov/rcw/default.aspx?cite=9A.44.115

หลักการและแนวทางการตัดสินของผู้พิพากษา (case law) วางหลักในเรื่องดังกล่าวไว้ด้วย⁴² โดยก่อนที่กฎหมายจะมีการแก้ไขเพิ่มเติม ศาลสูงสุดได้พิจารณามีความเห็นไว้ในคดี State v. Glas ว่า กฎหมายรัฐบัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานแอบบันทึกภาพ ไม่ได้ห้ามรวมถึงการกระทำในลักษณะแอบบันทึกภาพได้กระป๋องในที่สาธารณะ และจากการตีความตามลายลักษณ์อักษรกฎหมายดังกล่าวมิได้คุ้มครองความเป็นส่วนตัวในที่สาธารณะ แม้ว่าศาลจะเห็นว่าการกระทำของจำเลยเป็นที่น่ารังเกียจและสมควรถูกดำเนินประณามก็ตาม ต่อมาในปี 2003 สภานิติบัญญัติของมลรัฐวอชิงตัน จึงได้ทำการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย โดยกำหนดให้การกระทำลักษณะดังกล่าวในที่สาธารณะก็เป็นความผิดด้วยเช่นกัน ทั้งนี้ มลรัฐวอชิงตันได้กำหนดให้การแอบบันทึกภาพผู้อื่นถือเป็นความผิดประเภทร้ายแรง เช่นเดียวกับมลรัฐหลุยเซียน่า แต่ต่างกันตรงที่มีการกำหนดองค์ประกอบความผิดที่จะต้องเป็นภาพบันทึกในบริเวณที่พึงสงวนและปกปิด⁴³

ในส่วนการเผยแพร่ภาพแอบบันทึกความเป็นส่วนตัวนั้น แม้กฎหมายของทุกมลรัฐมิได้ครอบคลุมถึงการกระทำผิดประเภทนี้ แต่โดยส่วนใหญ่ก็มีบัญญัติไว้ให้เป็นความผิด โดยที่ผู้กระทำจะต้องรู้หรือควรที่จะรู้ว่าภาพดังกล่าวเป็นภาพบันทึกความเป็นส่วนตัว และทำการเผยแพร่โดยไม่ได้รับความยินยอมของผู้ถูกแอบบันทึกภาพ ทั้งนี้ โดยทั่วไปการเผยแพร่ถูกมองว่าเป็นการกระทำที่ร้ายแรงกว่าการแอบบันทึกภาพ เช่น ในมลรัฐยูทาห์และมลรัฐคอนเนตทิคัต กำหนดให้การแอบบันทึกภาพเป็นความผิดประเภทเล็กน้อย ส่วนการเผยแพร่ภาพดังกล่าวเป็นความผิดประเภทร้ายแรง⁴⁴

3.3 ประเทศแคนาดา

3.3.1 ความเป็นมา

ในเดือนธันวาคม ค.ศ.1999 การตรวจพบกล้องถ่ายวิดีโอซุกซ่อนอยู่ในถังขยะภายในห้องน้ำแบบไม่แบ่งชายหญิง(unisex) ของสำนักงานกระทรวงยุติธรรม ที่เมือง Fredericton มณฑล New Brunswick เป็นอีกเหตุการณ์หนึ่ง que เพิ่มความกังวลถึงปัญหาการละเมิดต่อผู้อื่น

⁴²Aimee Jodoi Lum, “Don’t Smile, Your Image Has Just Been Recorded on a Camera-Phone: The Need for Privacy in the Public Sphere,” *University of Hawaii Law Review*: 377–416.

⁴³Ibid.

⁴⁴Law Commission (New Zealand), *Intimate Covert Filming*, p. 52.

ด้วยการแอบบันทึกภาพ โดยที่กฎหมายอาญาของแคนาดาในขณะนั้น ยังไม่มีบทบัญญัติที่สามารถตอบสนองต่อปัญหาได้อย่างเหมาะสม⁴⁵

ต่อมาในเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ.2001 สื่อมวลชนได้รายงานเหตุการณ์เผยแพร่ภาพแอบบันทึก ซึ่งเกิดขึ้นที่วิทยาลัยทหารที่เมือง Kingston มณฑล Ontario โดยมีการเผยแพร่ภาพแอบบันทึกของหญิงคนหนึ่งขณะกำลังมีเพศสัมพันธ์กับนักเรียนทหารนายหนึ่ง ในงานเลี้ยงสังสรรค์ที่จัดขึ้นที่ฐานทหารหลายครั้ง อัยการเขต(Crown Attorney) ได้ให้คำแนะนำกับทางตำรวจว่าพฤติการณ์ในการกระทำดังกล่าว ไม่เข้าข่ายเป็นความผิดตามกฎหมายอาญา อย่างไรก็ตาม ผู้กระทำได้ถูกดำเนินคดีและตัดสินลงโทษภายใต้กฎหมาย National Defense Act และถูกปลดออกจากการเป็นทหาร⁴⁶ และในห้วงเวลาเดียวกัน นิตยสาร Maclean ได้เน้นถึงระดับของภัยคุกคามต่อสิทธิส่วนตัวที่อาจเกิดจากอุปกรณ์ทางเทคโนโลยีสมัยใหม่ ดังเช่นกล้องวิดีโอที่ถ่ายทอดภาพนิ่งหรือภาพวิดีโอผ่านระบบเครือข่ายเว็บไซต์ (Web camera) หรือกล้องขนาดเล็กที่ซ่อนอยู่ในสิ่งของเครื่องใช้ในชีวิตประจำวัน⁴⁷

จากนั้นอีกหนึ่งปีต่อมา รัฐมนตรีที่รับผิดชอบเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทั้งในระดับสหพันธรัฐ (Federal) มณฑล (Provincial) และเขตปกครองพิเศษ (Territorial) ได้ชี้ให้เห็นถึงความจำเป็นที่จะกำหนดให้การละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูและแอบบันทึกภาพเป็นความผิดเพื่อที่จะปกป้องเหยื่อของการกระทำดังกล่าวและเป็นการอุดช่องว่างอันเป็นอันตรายของกฎหมายอาญา⁴⁸

จากความตระหนักถึงความรุนแรงของปัญหาดังกล่าวประกอบกับการขาดบทกฎหมายที่จะตอบสนองต่อปัญหาได้อย่างเหมาะสม ในปี ค.ศ.2002 กระทรวงยุติธรรมของประเทศแคนาดา จึงได้ออกเอกสารรับฟังความคิดเห็น Voyeurism as a Criminal offence: A Consultation paper ในการจะกำหนดให้ Voyeurism เป็นฐานความผิดตามกฎหมายอาญา ซึ่งเอกสารดังกล่าว ได้นำเสนอโดยอ้างอิงผลการศึกษาว่า นักถ้ำมองโดยส่วนมาก มักจะมีพฤติกรรมเบี่ยงเบนทางเพศประเภทอื่นอย่างน้อยหนึ่งประเภทร่วมด้วย โดยปกติที่พบมักจะเป็นการชอบอวดอวัยวะเพศ หรือการชอบสัมผัสเนื้อตัวเหยื่อโดยไม่ได้รับความยินยอม โดย

⁴⁵Minister of Justice (Canada), *Voyeurism as a Criminal Offence: a Consultation paper (Abridged Version)*, (Canada: the Communications Branch Department of Justice, 2002), p. 2.

⁴⁶Ibid.

⁴⁷Ibid.

⁴⁸Ibid.

พฤติกรรมกำกวมมักจะเป็นพฤติกรรมเบี่ยงเบนทางเพศในระยะต้น ซึ่งอาจจะพัฒนาไปสู่พฤติกรรมที่มีความรุนแรงมากขึ้น นอกจากนั้น มีคดีจำนวนมาก ที่ศาลแคนาดาได้พิจารณาถึงความเกี่ยวข้องของผู้กระทำความผิดทางเพศ ที่มีประวัติพฤติกรรมกำกวมเบี่ยงเบนทางเพศ รวมทั้งกำกวมด้วย การศึกษาวิจัยได้ชี้ให้เห็นอีกว่า อาชญากรรมทางเพศส่วนมากจะกระทำโดยผู้ชาย ในขณะที่ผู้หญิงและเด็กมักจะตกเป็นเหยื่อ⁴⁹

อย่างไรก็ตาม เหตุผลสำคัญในการที่จะกำหนดให้การละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดู (Voyeurism) เป็นฐานความผิดทางอาญานั้น เนื่องมาจากการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดสิทธิส่วนตัวในระดับที่ทำลายสิทธิพื้นฐานที่จะได้รับเสรีภาพและความเป็นส่วนตัวในสังคมประชาธิปไตย และยังเป็น การตอบสนองต่อปัญหาอาชญากรรมรูปแบบใหม่ที่อาศัยเทคโนโลยีอินเทอร์เน็ตสมัย⁵⁰

ในปี ค.ศ.2005 รัฐสภาแคนาดาได้ผ่านร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา โดยบัญญัติให้การละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดู เป็นความผิดอาญา ใน part 5 การกระทำผิดทางเพศ มาตรา 162⁵¹

3.3.2 ฐานความผิดและองค์ประกอบ

ประมวลกฎหมายอาญาแคนาดา มาตรา 162 กำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับการแอบดู แบ่งออกเป็นสองลักษณะการกระทำ กล่าวคือ ความผิดแรกเป็นการกระทำที่เป็นการแอบดูและแอบบันทึกภาพ ส่วนความผิดที่สองเป็นการกระทำเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพแอบบันทึก โดยกำหนดโทษสำหรับความผิดร้ายแรง (indictable offence) มีระวางโทษสูงสุด จำคุกไม่เกิน 5 ปี และสำหรับความผิดไม่ร้ายแรง (summary offence) ระวางโทษสูงสุด จำคุกไม่เกิน 6 เดือน โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1. การแอบดูผู้อื่น รวมถึงการแอบดูโดยใช้เครื่องมือหรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์หรือบันทึกภาพบุคคลอื่น โดยไม่ได้รับความยินยอม ในสถานการณ์ที่บุคคลอื่นนั้นควรคาดหวังที่จะได้รับความเป็นส่วนตัว ซึ่งหมายถึงสถานการณ์ที่ (1) บุคคลอื่นอยู่ในสถานที่ซึ่งควรคาดหวังได้ว่าเปลือยร่างกาย เปิดเผยอวัยวะเพศ หรือบันทึกภาพ หรือ หน้าอกหญิง หรือ กระทำกิจกรรม

⁴⁹ Minister of Justice (Canada), *Voyeurism as a Criminal Offence: a Consultation paper (Abridged Version)*, p. 8.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ *Criminal Code of Canada* [Online], 20 March 2010. Available from laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/

ทางเพศ (2) บุคคลอื่นได้เปลือยร่างกาย เปิดเผยอวัยวะเพศ หรือบั้นท้าย หรือหน้าอกหญิง หรือกระทำกิจกรรมทางเพศ โดยการเฝ้าแอบดูหรือแอบบันทึกภาพ ได้กระทำโดยมุ่งหมายในการเฝ้ามองหรือบันทึกภาพบุคคลอื่น ในขณะนั้นๆ หรือ (3) การเฝ้าแอบดูหรือแอบบันทึกภาพได้กระทำไปเพื่อความมุ่งหมายทางเพศ

ทั้งนี้ กฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานนี้ เฉพาะกรณีการกระทำที่มุ่งหมายเพียงการเฝ้ามอง โดยไม่มีความมุ่งหมายทางเพศเข้ามาเกี่ยวข้อง จะไม่ใช้บังคับหากเป็นการกระทำของเจ้าพนักงานตามอำนาจหน้าที่ในเรื่องหมายอาญา ภายใต้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 487.01⁵²

2. การพิมพ์ คัดลอก พิมพ์เผยแพร่ แจกจ่าย หมุนเวียน ขาย โฆษณา หรือทำให้บันทึกภาพมีขึ้นเพื่อการกระทำความดังกล่าว หรือครอบครองบันทึกภาพไว้เพื่อกระทำความดังกล่าว โดยรู้ว่าเป็นบันทึกภาพได้มาจากการกระทำผิดตามข้อ 1.

กฎหมายได้กำหนดเหตุยกเว้นความรับผิดชอบสำหรับการกระทำทั้งสองลักษณะความผิด ในกรณีที่ได้กระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะและมีได้กระทำเกินกว่าเหตุ

จากฐานความผิดและองค์ประกอบความผิดเกี่ยวกับการแอบดูของกฎหมายของประเทศแคนาดาที่ได้กล่าวมาในข้างต้น พบว่ามีลักษณะสำคัญดังต่อไปนี้

1. กฎหมายของประเทศแคนาดา ได้กำหนดให้การแอบดูด้วยตาเปล่าเป็นความผิดไว้ในฐานนี้ เช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศอังกฤษ

2. กฎหมายของประเทศแคนาดา บัญญัติถึงมูลเหตุชกแจงใจทางเพศไว้ให้เป็นอย่างองค์ประกอบความผิด แต่แม้หากไม่ปรากฏมูลเหตุชกแจงใจดังกล่าว เพียงแต่ได้กระทำเพื่อการมองดูหรือการบันทึกภาพ กฎหมายก็กำหนดให้เป็นความผิดเช่นกัน

3. มีการกำหนดให้การเผยแพร่ภาพแอบบันทึกเป็นความผิด โดยไม่จำกัดเฉพาะการเผยแพร่ในวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น แต่รวมถึงการพิมพ์ในรูปสิ่งพิมพ์ ตลอดจนการคัดลอก พิมพ์เผยแพร่ แจกจ่าย หมุนเวียน ขาย โฆษณา หรือทำให้บันทึกภาพมีขึ้นเพื่อการกระทำความดังกล่าว

4. ในขณะที่กฎหมายของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ไม่ได้กล่าวถึงการครอบครองภาพแอบบันทึก กฎหมายของประเทศแคนาดาได้มีการบัญญัติให้การครอบครอง

⁵² ดูรายละเอียดในภาคผนวก

ภาพแอบบันทึกเป็นความผิดไว้ด้วย แต่จะต้องเป็นการครอบครองภาพแอบบันทึกภาพไว้เพื่อการเผยแพร่

3.3.3 การบังคับใช้กฎหมาย

หลังจากฐานความผิดเกี่ยวกับการแอบดูได้มีผลบังคับใช้ไม่นานนัก คดีเกี่ยวกับการกระทำผิดดังกล่าวก็ได้ขึ้นสู่การพิจารณาคดีของศาล โดยในปี ค.ศ.2006 ศาลจังหวัด (Provincial court) ได้พิพากษาลงโทษ Winston Charles Patriquin ชายชาวเมือง Port Hows, Nova Scotia อายุ 33 ปี ที่ได้ใช้บันไดปีนพาดไปยังบ้านหลังหนึ่งเพื่อแอบถ่ายภาพวิดีโอเด็กหญิงอายุ 11 ปี ในขณะที่กำลังอาบน้ำ โดย Patriquin ได้ถูกตัดสินว่ามีความผิดในการกระทำฐานละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดู และฐานผลิตภาพลามกอนาจารเด็ก หลังจากได้มีการต่อรองคำรับสารภาพ Patriquin ได้รับสารภาพในสองฐานความผิดดังกล่าว และตกลงที่จะยอมรับโทษจำคุก 90 วัน และการคุมประพฤติ 2 ปี พร้อมๆ กับการรับการรักษาและการปรึกษา นอกจากนี้ ชื่อและตัวอย่าง DNA ของ Patriquin จะถูกส่งให้แก่สำนักทะเบียนประวัติผู้กระทำผิดทางเพศของประเทศแคนาดา (National Sex Offenders Registry) คดีดังกล่าวเป็นคดีแรกของประเทศแคนาดาที่มีการใช้บทบัญญัติฐานการละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดู⁵³

การพิพากษาคดีในประเทศแคนาดา นอกจากการเข้ารับการรักษาและบำบัดแล้ว ศาลยังสามารถสั่งห้ามมิให้ผู้กระทำผิดเข้าใกล้ผู้เสียหายได้อีกด้วย ในเดือนสิงหาคม ค.ศ.2006 ขณะที่หญิงผู้เสียหายกำลังแต่งตัวในบริเวณตู้เสื้อผ้าแบบที่สามารถเดินเข้าไปได้ภายในห้องพักอพาร์ทเมนต์ของผู้เสียหายเอง ผู้เสียหายได้สังเกตเห็นกล้องวิดีโอที่บริเวณหน้าต่างส่องมายังบริเวณที่ผู้เสียหายกำลังเปลี่ยนเสื้อผ้า ผู้เสียหายจึงได้แจ้งตำรวจ ต่อมาพบว่าผู้ต้องหาคือ Karlson Glen Chaulk ซึ่งเคยทำงานในกองทัพเกือบ 7 ปี และพักอาศัยอยู่ในห้องพักเหนือห้องของผู้เสียหาย โดยทั้งสองไม่เคยรู้จักกันมาก่อน ตำรวจไม่พบภาพใดๆ ในกล้องถ่ายวิดีโอของผู้ต้องหา ผู้ต้องหารับสารภาพว่าได้พยายามแอบบันทึกภาพวิดีโอขณะผู้เสียหายกำลังเปลี่ยนเสื้อผ้า ข้อเท็จจริงในชั้นศาลยังฟังได้ว่าผู้เสียหายมีค่าใช้จ่ายจากการย้ายที่อยู่ เนื่องจากรู้สึกไม่ปลอดภัย ในชั้นศาลจำเลยยังได้แถลงว่ารู้สึกสำนึกผิดต่อสิ่งที่ได้กระทำและสัญญาว่าจะไม่จะทำเช่นนี้อีก โดยศาลจังหวัด Halifax ได้พิพากษาว่า Karlson Glen Chaulk ได้กระทำความผิดฐานละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดู โดยให้คุมประพฤติ 90 วัน และชำระค่าปรับ

⁵³CBC News, N.S. Man Pleads Guilty to Voyeurism Charges [Online], 12 May 2010. Available from <http://www.cbc.ca/news/canada/story/2006/08/29/voyeurism-conviction.html>

500 เหรียญแคนาดา และชดใช้ค่าเสียหายจำนวน 450 เหรียญแคนาดา ให้แก่ผู้เสียหาย นอกจากนั้น Chaulk ยังต้องเข้ารับคำปรึกษา และต้องอยู่ห่างจากที่พักและที่ทำงานของผู้เสียหายอย่างน้อย 150 เมตร⁵⁴

ในอีกคดีหนึ่ง ชายคนหนึ่งถูกตัดสินว่าได้กระทำความผิดในฐานะแอบบันทึกภาพจากการแอบบันทึกภาพเด็กและผู้เยาว์ซึ่งเป็นบุตรของตนและเพื่อนของบุตรของตน ในขณะที่เด็กและผู้เยาว์อยู่ในชุดว่ายน้ำ โดยมุ่งเฉพาะส่วนของร่างกายอันได้แก่หน้าอกและบริเวณอวัยวะเพศ โดยที่ภาพบันทึกดังกล่าวไม่มีการเผยแพร่ ศาลได้พิพากษาลงโทษจำคุกชายคนดังกล่าวเป็นเวลา 4 เดือน และคุมประพฤติเป็นเวลา 2 ปี โดยในระหว่างการคุมประพฤติ ชายดังกล่าวจะต้องอยู่ห่างจากบุตรของเขา นอกจากนั้นชื่อของเขายังต้องถูกบันทึกไว้ในฐานข้อมูลผู้กระทำความผิดทางเพศอีกด้วย⁵⁵

3.4 ประเทศนิวซีแลนด์

3.4.1 ความเป็นมา

เมื่อนานาประเทศต่างก็ตกอยู่ภายใต้กระแสของความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีสารสนเทศ จึงไม่ใช่เรื่องเกินความคาดหมายที่ว่า ประเทศนิวซีแลนด์ก็ต้องเผชิญกับปัญหาการแอบใช้กล้องขนาดเล็ก หรือกล้องบนโทรศัพท์มือถือ หรือเครื่องมืออื่นๆ บันทึกภาพหญิงและเด็ก ในขณะที่เปลือยกาย หรือกระทำอิริยาบถในทางเพศ โดยไม่ได้รับความยินยอม ไปพร้อมๆ กับปัญหาการเผยแพร่ส่งต่อภาพบันทึกจากการแอบถ่ายสู่การรับรู้ของสังคมเป็นวงกว้าง

ในเดือนมิถุนายน ค.ศ.2004 คณะกรรมการกฎหมาย (the Law Commission) ซึ่งเป็นองค์กรอิสระที่ได้รับงบประมาณสนับสนุนจากสาธารณะ ได้ออกเอกสารวิจัยเรื่อง Intimate Covert Filming โดยได้รับความร่วมมือในการให้ข้อคิดเห็นจากหน่วยงานต่างๆ ทั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ตำรวจ กระทรวงยุติธรรม สำนักงานคณะกรรมการสิทธิส่วนตัว ผู้พิพากษา และหน่วยงานพิจารณาภาพยนตร์ เพื่อให้คำแนะนำเกี่ยวกับการใช้กฎหมายในการตอบสนองต่อปรากฏการณ์ดังกล่าวภายใต้บริบททางสังคมของประเทศนิวซีแลนด์

⁵⁴ Canadian Privacy Law Blog, [Second Video Voyeurism Conviction in NS](http://blog.privacylawyer.ca/2007/01/second-video-voyeurism-conviction-in-ns.html) [Online], 12 May 2010. Available from blog.privacylawyer.ca/2007/01/second-video-voyeurism-conviction-in-ns.html

⁵⁵ Ifpress, [Voyeur dad gets four-months sentence](http://www.ifpress.com/news/london/2012/04/20/19660926.html) [Online], 8 May 2012. Available from www.ifpress.com/news/london/2012/04/20/19660926.html

ปัญหาการใช้กล้องถ่ายภาพขนาดจิ๋ว โทรศัพท์มือถือที่มีกล้องถ่ายรูป หรืออุปกรณ์อื่นบันทึกภาพเหยื่อที่เป็นหญิงและเด็กในขณะที่กำลังเปลี่ยนเสื้อผ้า หรือขณะมีความสัมพันธ์ทางเพศ โดยเหยื่อไม่รู้ตัวและไม่ได้ให้ความยินยอม อาจเกิดขึ้นได้ในหลายรูปแบบและหลากหลายสถานที่ สำหรับการกระทำที่พบในประเทศนิวซีแลนด์ รวมไปถึง ภาพเด็กหญิงวัยรุ่นสองคนกำลังเปลี่ยนเสื้อผ้าก่อนและหลังการว่ายน้ำ และขณะเตรียมตัวเข้านอน ซึ่งแอบถ่ายจากกล้องวีดีโอซึ่งซ่อนอยู่ภายในห้องนอนของพวกเขา หรือกรณีเจ้าหน้าที่ทางเทคนิค ซึ่งทำงานในโรงละคร แอบซ่อนกล้องไว้ในห้องเปลี่ยนเสื้อผ้าของนักแสดงหญิง รวมทั้งภาพวีดีโอของเด็กชายที่ขณะเปลี่ยนชุดว่ายน้ำ ซึ่งถ่ายโดยกล้องมือถือจากด้านหลังบานหน้าต่างแบบสะท้อนเงาด้านเดียว⁵⁶

นอกจากความกังวลที่เกิดขึ้นจากปรากฏการณ์การแอบบันทึกภาพแล้ว ความเป็นไปได้ที่ภาพถ่ายเหล่านั้นจะถูกนำออกเผยแพร่ก็เป็นประเด็นที่สังคมกังวลด้วยเช่นกัน การละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการบันทึกภาพ ถือเป็นรูปแบบร่วมสมัยของการถ้ามอง ซึ่งการที่ภาพแอบบันทึก อาจจะถูกนำไปใช้เพื่อแสวงหาความพึงพอใจทางเพศส่วนบุคคลต่อไปในอนาคต หรือเพื่อเผยแพร่แบ่งปันระหว่างกลุ่มบุคคล หรือเพื่อประโยชน์ในทางการค้า ได้นำพามิติใหม่มาสู่ปัญหาเดิม⁵⁷ โดยตัวอย่างที่ชัดเจนของช่องทางการเผยแพร่ คือ ผ่านระบบอินเทอร์เน็ต และโทรศัพท์มือถือ⁵⁸

การใช้และการเข้าถึงเครื่องมืออุปกรณ์ทางเทคโนโลยีที่ทันสมัย เพื่อเป็นปัจจัยอำนวยความสะดวกต่อการรุกล้ำต่อสิทธิส่วนตัวของบุคคลอื่น ได้กระตุ้นเกิดการแทรกแซงของฝ่ายนิติบัญญัติในหลายประเทศ เนื่องจากกฎหมายที่มีอยู่ ไม่เพียงพอที่จะคุ้มครองสิทธิส่วนตัวจากการคุกคามที่จะถูกแอบบันทึกภาพและนำภาพที่แอบบันทึกนั้นออกเผยแพร่ เช่นเดียวกัน ในประเทศนิวซีแลนด์ คณะกรรมการกฎหมาย ได้ยืนยันว่าการแอบบันทึกภาพของผู้อื่นขณะทำกิจส่วนตัว โดยไม่ได้รับความยินยอม รวมทั้งการเผยแพร่ภาพดังกล่าว เป็นการกระทำที่ละเมิดต่อทั้งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิส่วนตัว และเป็นการกระทำที่ล่วงละเมิดต่อความสามารถของบุคคลในการควบคุมการเปิดเผยตนเองต่อสาธารณะ ทั้งเปลี่ยนให้บุคคลกลายเป็นเสมือนวัตถุที่

⁵⁶ Law Commission (New Zealand), *Intimate Covert Filming*, p. 2.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid., p. 3.

สร้างความพึงพอใจให้แก่ผู้อื่น ผลกระทบต่อเหยื่อของการกระทำอาจเกิดขึ้นต่างกันไปในแต่ละราย โดยผลกระทบอาจเกิดได้อย่างรุนแรงและยาวนาน⁵⁹

คณะกรรมการกฎหมายได้เสนอการแก้ปัญหาอย่างควบคู่พร้อมกันสองทาง คือ การกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญา พร้อมทั้งคำนึงถึงการที่ผู้เสียหายจากการกระทำดังกล่าวจะสามารถเรียกร้องค่าชดเชยความเสียหายทางแพ่ง (civil remedy) ได้จากผู้กระทำการละเมิด โดยมองว่า การชดเชยความเสียหายในทางแพ่งจะสามารถชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายได้อย่างเหมาะสมกับสภาพความเสียหายที่ได้รับอย่างเฉพาะเจาะจง⁶⁰

ในปี ค.ศ.2006 ประเทศนิวซีแลนด์ได้ทำการแก้ไขเพิ่มเติม พ.ร.บ.กฎหมายอาญา ค.ศ.1961 โดยกำหนดให้ การกระทำในลักษณะละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการบันทึกภาพ (Intimate visual recordings) เป็นความผิดอาญา⁶¹ ในประเภทความผิดต่อสิทธิส่วนตัว (Crimes against personal privacy) ตามความใน มาตรา 216G ถึง มาตรา 216N แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว อันเป็นการเพิ่มเติมฐานความผิดในประเภทความผิดต่อส่วนตัวซึ่งจากเดิมที่กำหนดไว้เพียง การกระทำการในลักษณะแทรกแซงและเปิดเผยข้อมูลจากการแทรกแซงการสื่อสารในเรื่องส่วนตัวโดยมิชอบ

3.4.2 ฐานความผิดและองค์ประกอบ

พ.ร.บ.กฎหมายอาญา ค.ศ.1961 โดยกำหนดให้ การกระทำในลักษณะละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการบันทึกภาพ (Intimate visual recordings) เป็นความผิดอาญา⁶² ในประเภทความผิดต่อสิทธิส่วนตัว (Crimes against personal privacy) ตามความใน มาตรา 216G ถึง มาตรา 216N โดยกำหนดการกระทำในสามลักษณะ ได้แก่ การแอบบันทึกภาพผู้อื่น การครอบครองภาพแอบบันทึก และการเผยแพร่ภาพแอบบันทึก ให้เป็นความผิดที่มีระวางโทษสูงสุด จำคุก 3 ปี โดยมีรายละเอียดดังนี้

⁵⁹ Ibid., p. vii.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Part 9A, Crime Act 1961 of New Zealand [Online], 10 April 2010. Available from www.legislation.govt.nz/act/public/1961/0043/latest/DLM327382.html

⁶² Ibid.

1. โดยเจตนาหรือประมาทอย่างร้ายแรง กระทำการแอบบันทึกหรือแอบถ่ายภาพบุคคลอื่น ไม่ว่าจะด้วยวิธีการใดๆ หรือใช้เครื่องมืออุปกรณ์ใดๆ โดยที่บุคคลอื่นไม่รู้ตัวและไม่ได้ให้ความยินยอม ในสองกรณีดังต่อไปนี้

กรณีแรก บุคคลอื่นอยู่ในสถานที่ซึ่งในสถานการณ์เช่นว่านั้น สมควรที่จะคาดหวังว่าจะได้รับความเป็นส่วนตัว โดยที่บุคคลอื่นกำลังเปลือยกาย หรือเผยให้เห็นทั้งหมดหรือแต่บางส่วนของอวัยวะเพศ บั้นท้าย หรือหน้าอกหญิง หรือมีเพียงชุดชั้นในปกคลุม หรือบุคคลอื่นกำลังเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเพศ หรือ บุคคลอื่นกำลังเกี่ยวข้องในการอาบน้ำ ใช้ห้องสุขา หรือกิจกรรมเกี่ยวกับร่างกายอันเป็นส่วนตัวที่เกี่ยวข้องกับการสวมใส่หรือไม่สวมใส่เสื้อผ้า

กรณีที่สอง การได้ภาพเปลือยหรือมีเพียงชุดชั้นในปกคลุมอวัยวะเพศ บริเวณอวัยวะเพศ บั้นท้าย หรือหน้าอกหญิง ของบุคคลอื่นนั้นเกิดมุมมองจากทางด้านล่างหรือข้างใต้เสื้อผ้าแต่งกายของบุคคลอื่น หรือผ่านทะลุเสื้อผ้าแต่งกายภายนอกของบุคคลอื่น ในสถานการณ์ที่ไม่เหมาะสมจะทำเช่นนั้น

2. การครอบครองภาพบันทึกจากการละเมิดสิทธิส่วนตัว แยกการกระทำออกได้เป็นสองกรณี

กรณีแรก ครอบครองโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร

กรณีที่สอง ครอบครองเพื่อโฆษณาเผยแพร่ จำหน่าย และส่งออก โดยรู้ว่าเป็นบันทึกภาพความเป็นส่วนตัว หรือโดยประมาทไม่คำนึงถึงว่าจะเป็นภาพบันทึกความเป็นส่วนตัวหรือไม่

3. การเผยแพร่บันทึกภาพจากการละเมิดสิทธิส่วนตัว ด้วยการโฆษณาเผยแพร่ นำเข้า ส่งออก หรือขาย

โฆษณาเผยแพร่ หมายถึง นำออกแสดง ส่งต่อไปยังบุคคลอื่น แจกจ่าย ไม่ว่าจะด้วยวิธีการใดๆ รวมถึงการส่งต่อโดยอิเล็กทรอนิกส์ หรือเก็บบันทึกในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ ในลักษณะที่อาจเข้าถึงได้โดยบุคคลอื่นใด ส่วนขายหมายความถึงการเสนอที่จะขายและตกลงที่จะขาย

กฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์ ได้กำหนดเหตุยกเว้นไม่บังคับใช้กฎหมายความผิดฐานนี้ เฉพาะเกี่ยวกับในกรณีผิดในลักษณะเผยแพร่ภาพบันทึกจากการละเมิดสิทธิส่วนตัว ไว้สามประการ โดยประการแรก ไม่ใช้บังคับในกรณีที่บุคคลใดๆ ได้เอื้ออำนวยความสะดวกเข้าถึงบันทึกภาพหนึ่งบันทึกภาพใด โดยไม่รู้หรือไม่ควรจะรู้ว่าบันทึกภาพนั้น คือบันทึกภาพความเป็นส่วนตัว เพียงเพื่อที่จะให้ช่องทางที่จำเป็นในการนำส่งบันทึกภาพความเป็นส่วนตัวใน

รูปแบบกายภาพ (เช่น โดยผู้ดำเนินการทางไปรษณีย์) หรือ ส่งต่อข้อมูลบันทึกภาพความเป็นส่วนตัว (เช่น โดยผู้ให้บริการเครือข่าย) หรือเก็บบันทึกภาพความเป็นส่วนตัวแบบอิเล็กทรอนิกส์ ในลักษณะที่บุคคลใดๆ สามารถเข้าถึงได้ ประการที่สอง ไม่ใช่บังคับกับการโฆษณาเผยแพร่ นำเข้า ส่งออก อันเป็นการกระทำของบุคคลใดๆ ที่มีอำนาจกระทำภายใต้กฎหมาย และประการที่สาม ไม่ใช่บังคับในกรณีการกระทำของบุคคลใดๆ ที่เผยแพร่บันทึกภาพความเป็นส่วนตัวนั้น ให้แก่บุคคลหนึ่งบุคคลใดตามมาตรา 216N(1)⁶³

กฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์ ได้ตราขึ้นบังคับใช้ภายหลังจากประเทศอื่นที่ได้ทำการศึกษา จากบทบัญญัติของกฎหมายที่กล่าวมาข้างต้น พบว่ากฎหมายมีความชัดเจนและครอบคลุมการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการแอบบันทึกภาพ ซึ่งไม่ปรากฏในกฎหมายของประเทศอื่นๆ โดยอาจอธิบายถึงลักษณะสำคัญของกฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์ได้ดังต่อไปนี้

1. กฎหมายของนิวซีแลนด์ไม่ได้บัญญัติให้การแอบดูด้วยตาเปล่า เป็นการกระทำที่เป็นความผิดตามกฎหมายฐานนี้ เช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา
2. กฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์ได้กำหนดให้ความคุ้มครองสิทธิส่วนตัวในสาธารณะด้วย โดยบทบัญญัติได้ใช้ถ้อยคำที่มีลักษณะมุ่งตอบสนองโดยตรงต่อปัญหาการแอบบันทึกภาพได้กระปรังและเหนือคอบเลื้ออย่างชัดเจน
3. มีการกำหนดให้การครอบครองภาพแอบบันทึกเป็นความผิด ทั้งการครอบครองเพื่อเผยแพร่ และการครอบครองโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร ซึ่งทั้งกฎหมายของอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ต่างมิได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับการครอบครองภาพแอบบันทึกไว้ ส่วนกฎหมายของแคนาดา แม้จะบัญญัติเกี่ยวกับการครอบครอง แต่ก็ต้องเป็นการครอบครองเพื่อการเผยแพร่เท่านั้น จึงจะเป็นความผิด
4. มูลเหตุชกจูงใจพิเศษเพื่อความพึงพอใจทางเพศ มิได้เป็นองค์ประกอบของความผิดฐานนี้ เช่นเดียวกับกฎหมายของสหรัฐอเมริกา
5. กฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์ กำหนดองค์ประกอบภายในกรณีที่ผู้กระทำได้แอบบันทึกภาพหรือแอบถ่ายทอดภาพ รวมทั้งเผยแพร่ภาพแอบบันทึก แม้ไม่ได้กระทำโดยเจตนา แต่กระทำโดยประมาทอย่างจงใจ (recklessness) ก็เป็นความผิดเช่นกัน ซึ่งองค์ประกอบภายในกรณีกระทำโดยประมาทนี้ ไม่ปรากฏในกฎหมายของประเทศอื่นที่ได้ทำการศึกษามา

⁶³ ได้แก่ เจ้าหน้าที่หรือผู้ที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้อง ดูภาคผนวก

3.4.3 การบังคับใช้กฎหมาย

จากสถิติของทางการตำรวจนิวซีแลนด์⁶⁴ ปรากฏว่า หลังจากพื้นฐานความผิดเกี่ยวกับการแอบบันทึกภาพได้มีผลบังคับใช้แล้วในปี ค.ศ.2006 ในปี ค.ศ.2007 ทางการตำรวจนิวซีแลนด์ได้รับแจ้งรายงานเหตุดังกล่าว รวม 25 คดี ซึ่งแนวโน้มปริมาณการรายงานเหตุเกี่ยวกับการกระทำความผิดดังกล่าวได้เพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง โดยในปี ค.ศ.2011 มีรายงานการแจ้งเหตุรวมเป็น 72 คดี เพิ่มขึ้นถึงเกือบสามเท่าในระยะเวลา 4 ปี ส่วนสัดส่วนการดำเนินคดีต่อผู้กระทำความผิดในแต่ละปี มีค่าเฉลี่ยคิดเป็นร้อยละ 74 ของจำนวนการรายงานเหตุทั้งหมด นอกจากนี้ ยังพบว่าตั้งแต่มีการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวจนถึงสิ้นปี ค.ศ.2011 มีผู้ต้องหาว่ากระทำผิดถูกดำเนินคดีในฐานความผิดเกี่ยวกับการแอบบันทึกภาพแล้วทั้งสิ้น 179 ราย และเฉพาะในปี ค.ศ.2011 สัดส่วนผู้ต้องหาว่ากระทำความผิดถูกดำเนินคดีในฐานความผิดเกี่ยวกับการแอบบันทึกภาพมีจำนวน 55 ราย คิดเป็นราวร้อยละ 3 ของผู้ต้องหาที่ถูกดำเนินคดีเกี่ยวกับความผิดทางเพศทั้งหมด

ด้วยการตรากฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานเกี่ยวกับการแอบบันทึกภาพขึ้นบังคับใช้ เป็นผลให้เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถเข้าแทรกแซงการกระทำดังกล่าว โดยการใช้อำนาจการสืบสวนและสอบสวน จนถึงการค้นและยึด เพื่อสืบหาต้นตอที่มาของภาพแอบบันทึกที่เจ้าหน้าที่ตำรวจตรวจพบ เช่น บนอินเทอร์เน็ต และในการพิจารณาพิพากษา ศาลย่อมมีอำนาจที่จะสั่งทำลายภาพแอบบันทึกที่เป็นหลักฐานการกระทำความผิด รวมทั้งริบเครื่องมีอุปการณในการกระทำความผิดได้ด้วย⁶⁵

ส่วนในการพิจารณาคดีของศาล แม้ในการพิพากษาว่าจำเลยมีความผิด จะไม่ต้องพิสูจน์ว่าจำเลยได้กระทำไปเพื่อความมุ่งหมายทางเพศหรือไม่ก็ตาม แต่ความมุ่งหมายทางเพศก็เป็นประเด็นสำคัญในการพิจารณาถึงความชั่วร้ายในการกระทำของจำเลย โดยเฉพาะเมื่อเป็นแอบบันทึกภาพคนใกล้ชิด เช่น บุคคลในครอบครัว อันถือเป็นการกระทำผิดต่อความเชื่อถือไว้วางใจ (breach of trust) นอกจากนี้ ในการพิพากษาความร้ายแรงของการกระทำ ศาลยังพิจารณาถึงการไตร่ตรองวางแผนในการกระทำล่วงหน้า ตลอดจนความสลับซับซ้อนของการกระทำ เช่น การแอบติดตั้งกล้องแอบบันทึกภาพที่มีการดัดแปลงสถานที่และมีการโยง

⁶⁴New Zealand Police, **National Annual Recorded Offences for the Latest Calendar Years (ANZSOC)** [Online], 15 May 2012. Available from wdmzpub01.stats.govt.nz/wds/TableViewer/tableView.aspx

⁶⁵Crimes (Intimate Covert Filming) Amendment Bill, Explanatory note, (Wellington, New Zealand: Published under the authority of the New Zealand Government, 2005).

สายสัญญาฉบับไปยังบริเวณอื่น เพื่อความแน่นอนและความสะดวกในการกระทำความผิด ซึ่งประเด็นเหล่านี้ย่อมมีผลไปสู่การกำหนดโทษที่จะลงแก่จำเลยได้⁶⁶ อย่างไรก็ตาม การพิจารณา กำหนดโทษของศาลในประเทศนิวซีแลนด์ จะเป็นไปตามหลักกฎหมายของ the Sentencing Act 2002

จากที่ได้ทำการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมในต่างประเทศ พบว่าแม้จะมีวัตถุประสงค์และแนวทางของการตรากฎหมายขึ้นบังคับใช้ในลักษณะเดียวกัน แต่การบัญญัติ องค์ประกอบในการกระทำความผิดมีความแตกต่างกันในรายละเอียด ซึ่งจะได้ทำการศึกษา วิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 4 อย่างไรก็ตาม สำหรับการศึกษานี้ สามารถนำลักษณะความ แตกต่างที่สำคัญของกฎหมายของในประเทศที่ได้ทำการศึกษามาเปรียบเทียบไว้โดยสรุป ดัง ปราบฎรายละเอียดตามตารางที่ 1

⁶⁶ Spark v New Zealand Police [25 June 2010]

ตารางที่ 1 เปรียบเทียบความแตกต่างที่สำคัญของกฎหมายในต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูและแอบบันทึกภาพ

	อังกฤษ	สหรัฐอเมริกา	แคนาดา	นิวซีแลนด์
ปีที่ออกกฎหมาย	2003	2004	2005	2006
ระวางโทษสูงสุด	จำคุก 2 ปี	จำคุก 1 ปี	จำคุก 5 ปี	จำคุก 3 ปี
ประเภทความผิด	ความผิดทางเพศ	ความผิดต่อสิทธิส่วนตัว	ความผิดทางเพศ	ความผิดต่อสิทธิส่วนตัว
ลักษณะการกระทำ	1.การกระทำเกี่ยวกับการแอบดู/แอบบันทึกภาพ	1.การกระทำเกี่ยวกับการแอบบันทึกภาพ	1.การกระทำเกี่ยวกับการแอบดู/แอบบันทึกภาพ 3. การกระทำเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพแอบบันทึก	1.การกระทำเกี่ยวกับการแอบบันทึกภาพ 2. การกระทำเกี่ยวกับการครอบครองภาพแอบบันทึก 3. การกระทำเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพแอบบันทึก
องค์ประกอบภายใน	เจตนาธรรมดา และ มูลเหตุชักจูงใจพิเศษทางเพศ	เจตนาธรรมดา	เจตนาธรรมดา และ/หรือ มูลเหตุชักจูงใจพิเศษทางเพศ	เจตนาธรรมดา หรือ ประมาทโดยจงใจ
สถานที่ ที่ให้ความคุ้มครอง	สถานที่อันควรได้รับความ ความเป็นส่วนตัว	สถานที่อันควรได้รับความ ส่วนตัว/ สถานที่สาธารณะ	สถานที่อันควรได้รับความ ความเป็นส่วนตัว	สถานที่อันควรได้รับความ ส่วนตัว/สถานที่สาธารณะ

บทที่ 4

แนวทางการวินิจฉัยความรับผิดชอบและแอบบั้นที่กภาพ

4.1 การกำหนดให้การแอบดูและแอบบั้นที่กภาพเป็นความผิดที่มีโทษทางอาญา

การพิจารณาว่าการกระทำเช่นใดควรอยู่ในขอบเขตของการบังคับใช้กฎหมายอาญาสามารถพิจารณาได้ตามแนวหลักการดังที่ได้กล่าวมาในบทที่ 2 อันได้แก่ หลักการในเรื่องเสรีภาพในการปกครองตนเอง ศิลธรรม ภัย ความมีมิลทิน การบังคับใช้ได้ของกฎหมาย และความเหมาะสมของการลงโทษโดยรัฐ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการที่สภาพบังคับของกฎหมายอาญามีลักษณะของการลงโทษในเชิงตำหนิจากสังคมทั้งสังคม และส่งผลกระทบต่อเสรีภาพในการปกครองตนเองของพลเมือง นักวิชาการด้านกฎหมายอาญาจึงมีความเห็นพ้องกันว่ากฎหมายอาญาควรจะเป็นทางเลือกสุดท้ายที่จะนำมาบังคับใช้แก่พฤติกรรมหนึ่งๆ ที่สังคมไม่พึงประสงค์ โดยที่พฤติกรรมนั้นจะต้องมีลักษณะเป็นการกระทำที่ถือได้ว่าเป็นความผิดที่ร้ายแรง

ในทำนองเดียวกับหลักการดังกล่าวข้างต้น การบัญญัติให้การแอบบั้นที่กภาพ ซึ่งอาจรวมถึงการแอบดูเป็นความผิดที่มีโทษทางอาญา โดยมีระวางโทษสูงสุดถึงขั้นจำคุกนั้น ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา แคนาดา และนิวซีแลนด์ ต่างก็ได้หยิบยกความร้ายแรงจากภัยที่การกระทำดังกล่าวได้ก่อขึ้น รวมถึงลักษณะอันเป็นการกระทำทางเพศ การกระทำอันเป็นการละเมิดต่อสิทธิส่วนตัวของผู้อื่น หรือการกระทำอันมิชอบ มาพิจารณาถึงความจำเป็นในการตรากฎหมายขึ้นบังคับใช้กับการกระทำดังกล่าว ซึ่งกล่าวได้ว่าประเด็นเหล่านี้เป็นสาเหตุประการสำคัญที่ทำให้สังคมในประเทศเหล่านั้น พิจารณาว่าพฤติกรรมดังกล่าวถือเป็นการกระทำที่เป็นความผิดอันมีความร้ายแรงถึงขนาดที่จำเป็นจะต้องได้รับการตำหนิและลงโทษจากสังคม

ทั้งนี้ เนื่องจากบริบทและการหล่อหลอมทางสังคม มีอิทธิพลต่อความเข้าใจและทัศนคติว่าอะไรคือสิ่งชั่วร้าย หรืออย่างไรจะถือเป็นภัยอันตราย หรือเป็นความผิด¹ ดังนั้น นอกจากจากหลักแนวคิดที่เกี่ยวข้องแล้ว การจะพิจารณาว่าการแอบดูและแอบบั้นที่กภาพ เป็นการกระทำที่มีความผิดร้ายแรง ควรถือเป็นอาชญากรรมอันจะถูกลงโทษตามกฎหมายอาญาของไทยหรือไม่นั้น

¹Dennis J. Baker, "The Impossibility of a Critically Objective Criminal Law," *McGill Law Journal*, 56 (February, 2011): 349-394.

ยังคงมีจารีตประเพณี วัฒนธรรม และบริบททางสังคมไทยเอง เป็นพื้นฐานที่ตั้งทางการพิจารณาอีกด้วย

จากที่ได้ศึกษาถึงหลักการอันเกี่ยวข้องกับการพิจารณาถึงความเหมาะสมในการที่จะกำหนดความรับผิดชอบทางอาญานั้น ผู้เขียนเห็นว่าหลักการอันเป็นแก่นสำคัญในการพิจารณาถึงความรับผิดชอบอันควรได้รับการตำหนิและลงโทษจากสังคม ซึ่งมักถูกหยิบยกนำมาพิจารณาแก่พฤติกรรมหนึ่งๆ ว่าตกอยู่ในขอบเขตบริบทของกฎหมายอาญาหรือไม่นั้น มีอยู่สามประการ นั่นคือ หลักการในเรื่องภัย ความมีมลทิน และศีลธรรม ดังนั้น ในการศึกษาเรื่องนี้จะได้เน้นศึกษาถึงองค์ประกอบทั้งสามประการนี้ เพื่อจะสะท้อนให้เห็นว่าการแอบดูและแอบบันทึกภาพเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อสิ่งที่เป็นคุณค่าของสังคมไทย อันควรได้รับการตำหนิอย่างรุนแรงจนควรถือเป็นความรับผิดชอบของสังคมที่จะลงโทษแก่การกระทำดังกล่าว ซึ่งถือว่าอยู่ในบริบทขอบเขตของกฎหมายอาญาหรือไม่ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.1.1 ภัยจากการแอบดูและแอบบันทึกภาพ

ภัยจากการแอบดูและแอบบันทึกภาพ เป็นภัยที่ก่อผลร้ายด้วยการแทรกแซงและขัดขวางเสรีภาพในความเป็นส่วนตัวของบุคคลอื่น ซึ่งแม้การแอบดูและแอบบันทึกภาพจะเป็นการกระทำที่ก่อภัยในลักษณะเดียวกัน แต่ขนาดของภัยที่เกิดขึ้นอาจมีความแตกต่างกันได้อย่างมาก กล่าวคือ ภัยที่เกิดขึ้นจากการแอบดูด้วยตาเปล่า ซึ่งถือเป็นการละเมิดต่อสิทธิส่วนตัวทั้งในด้านสิทธิที่จะอยู่คนเดียวและสิทธิในการควบคุมการเปิดเผยเนื้อตัวร่างกาย โดยมีขอบเขตของภัยต่อสิทธิส่วนตัวที่เกิดขึ้น จำกัดอยู่เพียงแค่ว่าในช่วงเวลาที่มีการแอบดู และเพียงการละเมิดของผู้ที่แอบดูเท่านั้น ในขณะที่การแอบบันทึกภาพ นอกจากจะเป็นการละเมิดต่อสิทธิส่วนตัวของเหยื่อในขณะที่กระทำแล้ว ยังจะเป็นเหตุให้เหยื่อสูญเสียอำนาจในการควบคุมการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับตนเอง ในส่วนที่เป็นการเปิดเผยเนื้อตัวร่างกายไปอย่างถาวรได้ เพราะภาพแอบบันทึกเป็นสิ่งคงทนถาวรและสามารถทำซ้ำอย่างไม่จำกัด ทั้งยังสามารถเผยแพร่ส่งต่อไปยังบุคคลอื่นนอกจากผู้ที่แอบบันทึกภาพได้อย่างกว้างขวาง โดยอาศัยความก้าวหน้าของเทคโนโลยี ดังนั้น ความเสียหายที่การแอบบันทึกภาพสามารถก่อขึ้นแก่สิทธิส่วนตัวของบุคคลหนึ่งๆ จึงมีความร้ายแรงกว่าความเสียหายที่การแอบดูด้วยตาเปล่าอาจก่อขึ้นมากมายนัก

จากการศึกษามาตรการทางกฎหมายในต่างประเทศ พบว่ามีเพียงประเทศอังกฤษและแคนาดา ที่ได้กำหนดให้การแอบดูด้วยตาเปล่า ถือเป็นการกระทำผิดในฐาน voyeurism ด้วย ทั้งนี้ น่าจะเนื่องมาจากการที่ประเทศอังกฤษและแคนาดา มองว่าพฤติกรรมดังกล่าวมีลักษณะเป็นการกระทำผิดทางเพศ ซึ่งนอกจากจะเป็นพฤติกรรมที่มี

ความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับการกระทำผิดทางเพศประเภทอื่นแล้ว ยังปรากฏหลักฐานน่าเชื่อว่า พฤติกรรมการแอบดูเช่นนี้ อาจจะสามารถพัฒนาและเบี่ยงเบนไปสู่การกระทำผิดทางเพศที่ ร้ายแรงประเภทอื่นอีกด้วย ประเทศทั้งสองจึงเห็นว่ามีเหตุผลสมควรที่จะนำกฎหมายอาญามา บังคับใช้กับพฤติกรรมดังกล่าว โดยจากมุมมองในลักษณะนี้ สามารถสรุปได้ว่า การใช้กฎหมาย อาญากับการแอบดูด้วยตาเปล่าของประเทศอังกฤษและแคนาดานั้น มีลักษณะเป็นไปเพื่อยับยั้ง ป้องกันภัยจากการกระทำทางเพศที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า เพื่อเป็น การระงับความเสี่ยงของภัยอันร้ายแรงที่อาจเกิดขึ้นจากพฤติกรรมการแอบดูนั่นเอง ในทาง กลับกัน การที่ประเทศนิวซีแลนด์และสหรัฐอเมริกา ไม่ได้กำหนดให้การแอบดูด้วยตาเปล่าเป็น การกระทำที่มีความรับผิดชอบเป็นการเฉพาะ โดยมุ่งเน้นนำกฎหมายอาญามาบังคับใช้แต่กับ การแอบบันทึกภาพเท่านั้น อาจเนื่องมาจากการที่มองผลเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำใน ปัจจุบันเป็นหลัก ซึ่งอาจเห็นว่า การแอบดูด้วยตาเปล่าสามารถก่อขนาดความเสียหายต่อสิทธิ ส่วนตัวของเหยื่อได้อย่างค่อนข้างจำกัด จนอาจไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ควรอยู่ในขอบเขตของ การนำกฎหมายอาญามาบังคับใช้ก็เป็นได้

สำหรับการแอบบันทึกภาพนั้น แม้ว่าในหลายประเทศได้บัญญัติให้เป็นการ กระทำที่มีความรับผิดชอบทางอาญาถึงขั้นจำคุก ด้วยเหตุผลของภัยร้ายแรงที่การกระทำดังกล่าว สามารถก่อขึ้น จากหลักฐานเกี่ยวกับความเสียหายที่เหยื่อได้รับ โดยเฉพาะในด้านความบอบช้ำ ทางจิตใจภายหลังการรับรู้ว่าคุณเองตกเป็นเหยื่อของการแอบบันทึกภาพ เช่น อาการซึมเศร้า หวาดระแวง นอนไม่หลับ หรือกระทั่งเหยื่อบางรายได้ฆ่าตัวตายก็ตาม แต่ในทางวิชาการแล้ว ก็ ยังไม่ได้มีความเห็นพ้องต้องกันไปในทางเดียวว่า การกระทำดังกล่าวได้ก่อภัยร้ายแรงถึงขนาดที่ อยู่ในขอบเขตของการที่จะนำกฎหมายอาญามาบังคับใช้ สำหรับด้านที่ไม่เห็นด้วยว่าการแอบ บันทึกภาพเป็นการก่อภัยร้ายแรงนั้น ผู้เขียนขอยกผลการศึกษาของ Kelley Burton ซึ่งได้ใช้ วิธีการจัดระดับความร้ายแรงของภัยที่การแอบบันทึกภาพและการเผยแพร่ภาพได้ก่อขึ้น ด้วย การใช้ the Living – Standard Analysis Tool ของ Von Hirsch และ Jareborg และได้แสดง ความเห็นว่า ทั้งการแอบบันทึกภาพและการเผยแพร่ภาพแอบบันทึก ไม่ถือเป็นภัยที่มีความร้ายแรง ทั้งในระดับ serious หรือ grave ซึ่งเป็นระดับความร้ายแรงของการกระทำเช่นการข่มขืน หรือ ฆาตกรรม² โดยได้สรุปผลการศึกษาว่าการกำหนดความรับผิดชอบแก่การกระทำดังกล่าวมิได้เป็นไป ตามหลักการในเรื่องภัย³ ส่วนในด้านที่มีความเห็นเชิงสนับสนุน มองว่า ความเป็นส่วนตัวถือเป็น

²Kelley Jean Burton, “A Principled Approach to Criminalisation: When Should Making and/or Distributing Visual Recordings Be Criminalised?,” (Doctoral Dissertation, University of Southern Queensland, 2008), p. 178.

³ibid., p. 189.

คุณค่าพื้นฐานอันเป็นหลักสำคัญของสังคมตะวันตก ดังนั้นตามรูปแบบประเพณีแล้ว การละเมิดความเป็นส่วนตัวของบุคคลอื่นด้วยการแอบบันทึกภาพ จึงเป็นกรณีที่มีเหตุผลรองรับค่อนข้างหนักแน่นสอดคล้องตามหลักในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา ประกอบกับเมื่อคำนึงถึงว่าเหยื่ออาจตกอยู่ในความบอบช้ำทางจิตใจจากการถูกนำเอารูปภาพขณะกระทำกิจส่วนตัวลงเผยแพร่บนอินเทอร์เน็ต⁴ อีกทั้งการที่เหยื่อสูญเสียความเป็นส่วนตัวและสภาวะของการไม่เป็นที่รู้จักจะเป็นเหตุให้เหยื่อได้รับความทุกข์และความคับแค้นได้อย่างลึกซึ้ง⁵

อย่างไรก็ตาม หากภัยนั้นมิได้เกิดต่อชีวิตหรือเนื้อตัวร่างกายแล้ว ก็อาจจะเป็นการยากที่ความเห็นทั้งหลายเกี่ยวกับระดับความรุนแรงของภัยจะสอดคล้องฟ้องตรงกัน เนื่องจากผลร้ายจากภัยดังกล่าวมิอาจมองเห็นหรือวัดประมาณกันได้อย่างเป็นรูปธรรม เหมือนดังเช่นขนาดความร้ายแรงของบาดแผลตามร่างกาย ซึ่งแม้แต่ Von Hirsch และ Jareborg ก็ยังชี้ว่าระดับการวัดความร้ายแรงของภัยตามการวิเคราะห์ของ The Living – Standard Analysis มิได้เป็นไปอย่างแม่นยำแน่นอน และการนำวิธีวิเคราะห์ดังกล่าวมาประยุกต์ใช้กับภัยจากอาชญากรรมนั้น ก็จะต้องอยู่บนการพิจารณาวินิจฉัยเป็นหลัก⁶ นอกจากนี้ ตัวอย่างเหตุการณ์ในการวิเคราะห์ของ Kelley Burton ซึ่งมีอยู่สี่เหตุการณ์ อันได้แก่ การแอบบันทึกภาพเด็กในขณะที่เล่นอยู่ในสวนสาธารณะ การแอบบันทึกภาพหญิงไม่ใส่เสื้อท่อนบนขณะกำลังอาบน้ำในบริเวณหาดทรายสาธารณะ การแอบบันทึกภาพใต้กระโปรงหญิงที่ห้างสรรพสินค้า และการแอบบันทึกภาพแม่บ้านขณะกำลังอาบน้ำ นั้น แม้เป็นลักษณะเหตุการณ์ที่อาจพบว่าจะเกิดขึ้นค่อนข้างบ่อยครั้ง แต่ผู้เขียนเห็นว่า เหตุการณ์ตัวอย่างทั้งสี่ ไม่เพียงพอที่จะสะท้อนพฤติกรรมการแอบบันทึกภาพที่เกิดขึ้นจริงได้อย่างครอบคลุม อีกทั้งเมื่อพิจารณาถึงระดับของภัยที่เกิดจากการกระทำในทั้งสี่ตัวอย่าง ควรถือได้ว่ามีความร้ายแรงในระดับที่น้อยกว่าการแอบบันทึกภาพในอีกหลายกรณี ดังเช่น การแอบบันทึกภาพเหยื่อในขณะที่กระทำกิจส่วนตัวในห้องสุขา หรือการแอบบันทึกภาพเหยื่อขณะมีความสัมพันธ์ทางเพศภายในห้องนอนของเหยื่อเอง ซึ่งถือได้ว่ามีนัยที่รุนแรงกว่าการแอบบันทึกภาพส่วนตัวในระดับที่มากกว่าเหตุการณ์ตัวอย่างทั้งสี่

⁴Dennis J. Baker, “The Impossibility of a Critically Objective Criminal Law,” *McGill Law Journal*: 349–394.

⁵Ibid.

⁶Andrew von Hirsch and Nils Jareborg, “Gauging Criminal Harm: A Living–Standard Analysis,” *Oxford Journal of Legal Studies*, 11, (1991), cited in Kelley Jean Burton, “A Principled Approach to Criminalisation: When Should Making and/or Distributing Visual Recordings Be Criminalised?,” (Doctoral Dissertation, University of Southern Queensland, 2008), p. 56.

การที่กฎหมายอาญามีพัฒนาการมากกว่าสามพันปี การกระทำบางประการ เช่น การฆาตกรรม การข่มขืน หรือความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ จึงได้มีการกำหนดไว้เป็นความผิดอาญา มาอย่างยาวนาน ซึ่งความผิดอาญาที่มีการบัญญัติไว้มาแต่ในอดีตเช่นนี้ ในสังคมต่างๆ มักไม่ปรากฏข้อสงสัยหรือข้อโต้แย้งว่าเป็นความผิดที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายอาญาหรือไม่ แต่สำหรับพฤติกรรมที่เพิ่งเกิดขึ้นในยุคสมัยปัจจุบัน ดังเช่นการแอบบันทึกภาพนั้น นอกจากการวัดขนาดของภัยที่การกระทำดังกล่าวก่อขึ้นจะไม่อาจกระทำได้อย่างเป็นรูปธรรมแล้ว ความเสียหายจากการกระทำดังกล่าวซึ่งเกิดขึ้นแก่จิตใจของเหยื่อ ก็ยังมีความแตกต่างกันไปตามพื้นฐานทางจิตใจและลักษณะเฉพาะของเหยื่อแต่ละรายอีกด้วย เช่น ในเหตุการณ์การแอบบันทึกภาพลักษณะเดียวกัน เหยื่อที่เป็นชาย อาจได้รับความความบอบช้ำทางจิตใจน้อยกว่าในเหยื่อที่เป็นหญิง เนื่องจากหญิงมักมีความเปราะบางในทางเพศมากกว่า เป็นต้น ดังนี้ จึงเป็นการยากที่ทุกฝ่ายจะมีความเห็นเกี่ยวกับขนาดของภัยจากการกระทำดังกล่าวที่สอดคล้องตรงกัน แม้จะพิจารณาผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อคุณภาพชีวิตของบุคคลที่ตกเป็นเหยื่อของการกระทำ โดยใช้หลักวิญญูชนทั่วไปแล้วก็ตาม

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าผลกระทบทางจิตใจเป็นเรื่องสำคัญ แม้วัดค่าหรือกะประมาณไม่ได้ อีกทั้งอาจมีขนาดแตกต่างกันไปตามแต่สภาวะพื้นฐานทางจิตใจของเหยื่อ แต่ก็ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าโอกาสที่เหยื่อจะได้รับผลกระทบทางจิตใจอย่างรุนแรงนั้น อาจเกิดขึ้นได้เสมอ ซึ่งการที่ปรากฏเหตุการณ์การฆ่าตัวตายของเหยื่อ หลังจากการถูกละเมิดด้วยการนำภาพแอบบันทึกที่ออกเผยแพร่ ย่อมเป็นหลักฐานที่ชี้ให้เห็นได้ว่าการแอบบันทึกภาพสามารถก่อผลกระทบต่อจิตใจของผู้ถูกละเมิดได้ร้ายแรงเพียงใด และถึงแม้จะตัดเรื่องผลกระทบทางจิตใจออกไป ผู้เขียนก็ยังเห็นว่าเพียงแต่ลำพังแค่การละเมิดสิทธิส่วนตัวในลักษณะดังกล่าว ก็ควรต้องถือเป็นภัยร้ายอยู่แน่นอน เพราะสิทธิส่วนตัวที่การแอบบันทึกภาพได้ละเมิดนั้น เป็นสิทธิส่วนตัวอันเกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการควบคุมการเปิดเผยข้อมูลส่วนตัว ในส่วนที่เกี่ยวกับการเปิดเผยเนื้อตัวร่างกาย ซึ่งย่อมจะต้องถือเป็นเสรีภาพในส่วนที่เป็นสาระสำคัญยิ่งต่อความเป็นส่วนตัวของมนุษย์ ทั้งยังเป็นสิทธิส่วนตัวในด้านที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับสิทธิในชีวิตร่างกาย ซึ่งหากแม้บุคคลใดต้องสูญเสียอำนาจการควบคุมข้อมูลในด้านการเปิดเผยเนื้อตัวร่างกายของตนเองไป ความสมบูรณ์ในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้นย่อมถูกลดทอนลงอย่างมีนัยสำคัญ ดังนั้นแม้บุคคลผู้ถูกละเมิดนั้นจะมีพื้นฐานทางจิตใจเข้มแข็งและใช้ชีวิตได้ตามปกติเพียงใด ก็หาใช่ว่าการแอบบันทึกภาพมิได้กระทบต่อสิทธิอันสำคัญต่อความเป็นมนุษย์ของบุคคลผู้นั้นไม่

นอกจากนั้น ผู้เขียนยังเห็นว่า ความเป็นส่วนตัวมิได้เป็นคุณค่าอันเป็นหลักสำคัญในสังคมตะวันตกเท่านั้น แต่ความเป็นส่วนตัวมีคุณค่าอันเป็นสากลต่อมนุษย์ในทุกสังคม

และในสังคมไทยเอง แนวคิดเรื่องสิทธิส่วนตัวก็ได้มีการรับรองโดยรัฐธรรมนูญมากกว่ายี่สิบปีแล้ว อีกทั้งการให้ความคุ้มครองต่อสิทธิส่วนตัวก็มีใช้เรื่องแปลกใหม่ในกฎหมายอาญาของไทย โดยในลักษณะ 11 ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง หมวด 2 ความผิดฐานเปิดเผยความลับ มาตรา 322 ซึ่งได้บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดเปิดเผยหรือเอาจดหมาย โทรเลขหรือเอกสารใดๆ ซึ่งปิดผนึกของผู้อื่นไป เพื่อล่วงรู้ข้อความที่ดี หรือเพื่อนำข้อความในจดหมาย โทรเลข หรือเอกสารเช่นว่านั้นออกเปิดเผยก็ดี ถ้าการกระทำนั้นน่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ต้องระวางโทษ จำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” นั้น ก็เป็นบทมาตราที่มุ่งให้ความคุ้มครองต่อสิทธิส่วนตัวของบุคคล⁷ เนื่องจากจดหมาย โทรเลข หรือเอกสารส่วนตัว เป็นสิ่งที่อยู่ในขอบเขตความเป็นส่วนตัวของบุคคล และการที่ผู้ใดจะเปิดเผย หรือเอาไปซึ่งจดหมาย โทรเลข หรือเอกสารใดๆ ซึ่งปิดผนึกของผู้อื่น เพื่อล่วงรู้ข้อความหรือนำข้อความในจดหมาย โทรเลข หรือเอกสารเหล่านั้นออกเปิดเผย ก็ย่อมอาจกระทบต่อสิทธิส่วนตัวของบุคคลอื่นได้ และกฎหมายได้กำหนดบทลงโทษสำหรับการกระทำดังกล่าวโดยมีระวางโทษสูงสุดถึงขั้นจำคุกไม่เกินหกเดือน

จากการที่ทั้งกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายอาญาของไทยได้มีการบัญญัติให้การรับรองและคุ้มครองต่อสิทธิส่วนตัวไว้แล้ว ย่อมแสดงให้เห็นว่าสังคมไทยเองก็ได้ตระหนักในความสำคัญของคุณค่าและประโยชน์ในความเป็นส่วนตัวของบุคคล ดังนั้นเมื่อการแอบบันทึกภาพ ได้ก่อภัยเป็นการรุกร้าแทรกแซงและขัดขวางเสรีภาพในความเป็นส่วนตัว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านการควบคุมข้อมูลเกี่ยวกับการเปิดเผยเนื้อตัวร่างกายของบุคคล อันเป็นด้านที่เป็นสาระสำคัญของความเป็นส่วนตัว ซึ่งนอกจากกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้นอย่างมีนัยสำคัญแล้ว ยังสามารถส่งผลกระทบต่อจิตใจของผู้ถูกละเมิดได้อย่างรุนแรง ด้วยเหตุดังกล่าว ผู้เขียนจึงเห็นว่าเป็นการสมควรที่จะต้องถือว่าการแอบบันทึกภาพเป็นภัยร้ายแรง อันอยู่ในขอบเขตอันควรนำกฎหมายอาญามาบังคับใช้แก่การกระทำดังกล่าว

4.1.2 ความมีมลทินในการแอบดูและแอบบันทึกภาพ

เงื่อนไขในเรื่องของความมีมลทิน ถือเป็นสาระสำคัญของกฎหมายอาญา เนื่องจากบุคคลใดๆ อาจก่อภัยหรือความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของบุคคลอื่นได้โดยความบังเอิญหรือโชคร้าย แต่เพียงผลของภัยหรือความเสียหายไม่ว่าจะร้ายแรงเพียงใด ก็

⁷ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 283.

ไม่ควรจะถือว่าบุคคลผู้ก่อมีความรับผิดชอบหากปราศจากหลักฐานข้อพิสูจน์เกี่ยวกับความผิด (Proof of Fault)⁸ ดังนั้น ความมีมลทินจึงเป็นอีกหลักการสำคัญหนึ่งที่สามารถชี้ให้เห็นว่าการ แอบดูและแอบบันทึกภาพเป็นการกระทำที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายอาญาหรือไม่ เมื่อ พิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ก่อผลคือภัยร้ายต่อความเป็นส่วนตัวของผู้อื่น อันถือเป็นคุณค่าที่สำคัญต่อความเป็นมนุษย์และเป็นคุณค่าที่สังคมให้การยอมรับและรับรอง ผู้กระทำจึงมีมลทินที่ได้กระทำโดยมุ่งหมายที่จะให้เกิดผลเช่นนั้น หรืออย่างน้อยก็มีมลทินอัน เนื่องจากมิได้หลีกเลี่ยงมิให้เกิดผลเช่นนั้น ทั้งๆ ที่สามารถหลีกเลี่ยงได้

ความมีมลทิน เกี่ยวข้องกับองค์ประกอบภายในของการกระทำ อันได้แก่แนวคิด ในเรื่องเจตนา รวมถึงความประมาท ซึ่งในประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และแคนาดา ได้ กำหนดให้ความผิดในฐานะการแอบดูหรือแอบบันทึกภาพ จะต้องมิ “เจตนา” เป็นองค์ประกอบ ภายใน แต่ในประเทศนิวซีแลนด์ ได้กำหนดให้การแอบบันทึกภาพแม้เป็นเพียงการกระทำด้วยความประมาทโดยจงใจไม่ถึงขั้นมีเจตนา ก็จะถูกถือเป็นความผิดได้ด้วยเช่นกัน เพียงแต่กำหนด ระวังโทษต่ำกว่ากระทำโดยเจตนา

การแอบดูและแอบบันทึกภาพ ถือเป็นกรกระทำอันควรถือเป็นความผิดและ ควรถูกตำหนิได้จากสังคม เพราะเป็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ (violation of a duty) ที่จะต้องให้ความ เคารพต่อสิทธิส่วนตัวของผู้อื่น และเป็นการลบหลู่ต่อคุณค่า (disrespect for a value) ของความ เป็นส่วนตัว ผู้เขียนจึงเห็นว่าการบัญญัติระดับของ culpability สำหรับการแอบบันทึกภาพโดย ประมาท จึงพึงมีน้ำหนักเหตุผลได้เช่นกัน เพราะการที่ผู้กระทำขาดความระมัดระวังซึ่งจักต้องมี ตามวิสัยและพฤติการณ์ ที่จะหลีกเลี่ยงความเสียหายที่เกิดจากการ บันทึกภาพผู้อื่นในลักษณะจะเป็นก่อกวนต่อสิทธิส่วนตัวของผู้อื่น ทั้งที่ผู้กระทำสามารถใช้ความ ระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้เพียงพอไม่ ผู้กระทำย่อมจะมีมลทินที่บกพร่องในการรักษา หน้าที่เช่นนั้นของตน

อย่างไรก็ตามปัญหาการแอบบันทึกภาพที่พบในประเทศไทย โดยทั่วไปล้วนแต่ เป็นกรณีการแอบบันทึกภาพโดยเจตนาซึ่งต้องถือว่าเป็นการกระทำที่มีองค์ประกอบในเรื่อง ความมีมลทิน ไม่ว่าผู้กระทำจะได้ทำลงโดยเจตนาประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลก็ตาม

⁸ Andrew Ashworth, “Is the Criminal Law a Lost Cause,” *Law Quarterly Review* 116 (April, 2000): 225–226.

4.1.3 การเฝ้าดูและเฝ้าบันทึกภาพกับความผิดต่อศีลธรรม

ดังที่ได้กล่าวไว้แล้ว ว่าความผิดต่อศีลธรรมในบริบททางกฎหมายอาญานั้น จะตั้งอยู่บนมุมมองทางปทัสถาน (norms) ของสังคม และในการบัญญัติความผิดฐานต่างๆ ของกฎหมายอาญานั้น มักมีที่มาจากปทัสถาน ซึ่งมีพื้นฐานทางความคิดแฝงไว้ด้วยคุณธรรมทางกฎหมาย อันถือเป็นสิ่งที่เป็นประโยชน์และเป็นคุณค่าในการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคม⁹ และแม้การนำหลักการทางศีลธรรมมาใช้กำหนดความรับผิดชอบทางอาญามักจะถูกต้องอยู่เสมอ แต่ก็ไม่สามารถปฏิเสธได้ว่ากฎหมายอาญาจะมีความหนักแน่นอย่างที่สุด ก็ต่อเมื่อสะท้อนถึงศีลธรรมและจริยธรรมทางสังคม ดังนั้น จึงอาจถือกันโดยทั่วไปว่าศีลธรรมและจริยธรรม ก็คือกฎที่อยู่เบื้องหลังกฎหมายนั่นเอง¹⁰

เมื่อการเฝ้าดูและการเฝ้าบันทึกภาพ เป็นการละเมิดต่อสิทธิส่วนตัวของผู้อื่น อีกทั้งยังเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการกระทำละเมิดทางเพศ ซึ่งเมื่อปราศจากความยินยอมของผู้ถูกระทำแล้ว การกระทำดังกล่าวย่อมเป็นการละเมิดทั้งสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ถูกเฝ้าดูและเฝ้าบันทึกภาพ จึงย่อมเป็นการกระทำอันควรถูกตำหนิได้ในทางศีลธรรมหรือปทัสถานของสังคมไทย เพราะสังคมไทยในปัจจุบัน เป็นสังคมที่ให้ความสำคัญต่อคุณค่าทั้งเสรีภาพในความเป็นส่วนตัวและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เจกเช่นเดียวกับสังคมอื่นๆ ในนานาอารยประเทศ โดยอาจเห็นได้จากการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติรับรองทั้งสิทธิส่วนตัวและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้แล้ว ดังนั้น การปล่อยให้การเฝ้าดูและเฝ้าบันทึกภาพปราศจากบทลงโทษทางกฎหมาย ย่อมเป็นเหตุให้คุณค่าในสิทธิส่วนตัวและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สามารถถูกละเมิดได้อย่างไม่มีการควบคุม อันจะก่อผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และจะเป็นเหตุให้สังคมไทยเกิดความสั่นคลอน

จากที่ได้พิจารณาหลักการทั้งสามประการข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า การเฝ้าดูและการเฝ้าบันทึกภาพ เป็นการกระทำที่อยู่ในขอบเขตที่ควรจะนำกฎหมายอาญามาบังคับใช้เพื่อป้องปรามการกระทำดังกล่าวมิให้เกิดขึ้นอย่างแพร่หลายอีกต่อไป ด้วยภัยที่การกระทำดังกล่าวได้ก่อขึ้น โดยเฉพาะในการเฝ้าบันทึกภาพนั้น ถือเป็นภัยที่เกิดแก่สิทธิส่วนตัวของพลเมือง ด้วยการยับยั้งขัดขวางและละเมิดต่อเสรีภาพในความเป็นส่วนตัว ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญอันใกล้ชิดกับ

⁹ คณิศ ฌ นศร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 130-132.

¹⁰ Thomas J. Gardner and Terry M. Anderson, *Criminal Law*, p. 7.

เสรีภาพในชีวิตร่างกายเป็นอย่างยิ่ง และเมื่อเป็นการกระทำที่ผู้กระทำมีเจตนา หรือแม้แต่ได้กระทำไปด้วยความประมาทโดยจงใจ ก็ถือเป็นการกระทำอันควรได้รับการตำหนิจากสังคม ดังนั้นจึงถือเป็นการเหมาะสมที่จะนำกฎหมายอาญามาใช้กับการแอบดูและแอบบันทึกภาพ เพื่อจะเป็นการป้องปรามมิให้ผู้ใดใช้เสรีภาพจนเกินขอบเขตและไปแทรกแซงต่อเสรีภาพในการปกครองตนเองของผู้อื่น ประกอบกับเมื่อการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำซึ่งขัดต่อศีลธรรม จริยธรรม อันเป็นปทัสฐานทางสังคมด้วยแล้ว การตรากฎหมายขึ้นบังคับแก่การกระทำดังกล่าวย่อมก่อผลเสมือนการประกาศยืนยันว่าสังคมได้ตำหนิและประณามการกระทำดังกล่าวอย่างรุนแรง และเนื่องจากเป็นกฎหมายที่สอดคล้องกับกฎหมายทางศีลธรรม ย่อมเป็นเหตุให้ในการตรากฎหมายขึ้นบังคับใช้ จะเป็นประโยชน์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และน่าจะได้รับการยอมรับและสนับสนุนจากสังคมดังเช่นที่เกิดขึ้นในประเทศที่ได้ทำการศึกษามาแล้ว

อย่างไรก็ตาม แม้ Kelley Burton จะสรุปผลการศึกษาว่า ไม่เป็นการแน่ชัดว่ากรณีตัวอย่างการแอบบันทึกภาพในการศึกษาจะอยู่ในขอบเขตของกฎหมายอาญา และหลักการเกี่ยวกับภัย ศีลธรรม การปกครองตนเอง และการลงโทษ มิได้เป็นเหตุสนับสนุนในการกำหนดให้การกระทำดังกล่าวมีโทษทางอาญา แต่หลักการทางด้านสวัสดิภาพของสังคมต่างหากที่ชี้ว่า ในบางตัวอย่างเหตุการณ์ควรจะกำหนดให้มีความรับผิดชอบ เนื่องจากสิทธิส่วนตัวควรถูกจัดลำดับความสำคัญที่เหนือกว่าเสรีภาพในการแสดงออก¹¹ ซึ่งแม้ผู้เขียนจะเห็นด้วยว่าหลักการด้านสวัสดิภาพทางสังคมสนับสนุนการกำหนดให้การแอบบันทึกภาพมีความรับผิดชอบ แต่ก็ขอลงข้อสงสัยอีกครั้งว่าตัวอย่างทั้งสี่เหตุการณ์ของ Kelley Burton มิได้ครอบคลุมเหตุการณ์การแอบบันทึกภาพที่เป็นการละเมิดสิทธิส่วนตัวอย่างร้ายแรง ดังนั้นการพิจารณาเรื่องขนาดความร้ายแรงของภัยจากการกระทำดังกล่าว ตลอดจนหลักการอื่นๆที่นำมาพิจารณา ซึ่งเป็นสาระสำคัญในการศึกษา จึงอาจจะมีข้อจำกัดในการวินิจฉัยอยู่บ้าง

นอกจากนั้น เมื่อการแอบดูและแอบบันทึกภาพเป็นการกระทำที่เข้าข่ายจะเป็นความผิดตามกฎหมายที่มีอยู่แล้วในปัจจุบัน ทั้งมีการนำกฎหมายที่เกี่ยวข้องมาปรับใช้บังคับกับการกระทำดังกล่าวอยู่ก่อนแล้ว การบัญญัติให้การแอบดูและแอบบันทึกภาพเป็นความผิดอาญาขึ้นมาโดยเฉพาะ จึงมิได้เป็นการสร้างภาระที่เพิ่มขึ้นแก่หน่วยงานบังคับใช้กฎหมาย ในทางตรงกันข้าม การตรากฎหมายขึ้นบังคับใช้แก่การกระทำดังกล่าวอย่างเฉพาะเจาะจงยังจะเป็น

¹¹Kelley Jean Burton, "A Principled Approach to Criminalisation: When Should Making and/or Distributing Visual Recordings Be Criminalised?," (Doctoral Dissertation, University of Southern Queensland, 2008), p. 189.

ประโยชน์แก่การใช้ทรัพยากรของหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายให้เกิดประสิทธิภาพมากขึ้น ในกรณีที่หากกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันไม่สามารถนำมาปรับใช้เพื่อตอบสนองต่อปัญหาดังกล่าวได้อย่างเหมาะสม ซึ่งย่อมจะเป็นเหตุให้การใช้ทรัพยากรของหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายในการป้องกันและปราบปรามความผิดดังกล่าวขาดประสิทธิภาพไปด้วย ดังนั้น ในส่วนต่อไปจะได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ถึงการบังคับใช้กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันของประเทศไทยกับการแอบดูและแอบบันทึกภาพ เพื่อจะได้ทราบถึงประสิทธิภาพ ความเหมาะสม ตลอดจนปัญหาในการบังคับกฎหมายที่เกิดขึ้น

4.2 ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายในปัจจุบันของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการแอบดูและแอบบันทึกภาพ

ในส่วนนี้ จะทำการศึกษาวิเคราะห์ถึงมาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการการแอบดูและแอบบันทึกภาพตามที่ได้กล่าวไว้ในบทที่สอง อันได้แก่ ความผิดฐานกระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัล ความผิดฐานนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ ความผิดฐานหมิ่นประมาท และความผิดฐานค้าสิ่งลามก ว่ามีประสิทธิภาพและครอบคลุมแก่การกระทำดังกล่าวเพียงใดต่อไปโดยละเอียด ดังนี้

4.2.1 ความผิดฐานกระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัล

ความผิดฐานกระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 มักถูกนำมาปรับใช้กับการแอบดูและแอบบันทึกภาพเสมอเมื่อมีแจ้งความร้องทุกข์ แต่ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วว่า จะต้องเป็นการแอบดูและแอบบันทึกภาพในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัล จึงจะเป็นความผิดตามมาตรานี้ เช่น แอบดูคนที่เข้าห้องน้ำสาธารณะ¹² แต่ถ้ามิได้กระทำในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัล แม้จะทำให้ผู้อื่นเกิดความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ก็ไม่เป็นความผิด เช่น แอบดูหญิงแก้ผ้าอาบน้ำในห้องน้ำซึ่งฝาห้องติดกัน โดยการเจาะรูฝ้าห้อง หรือตามรอยแยก ผู้ดูอยู่ในบ้านของตนไม่ใช่เป็นที่

¹² ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า 404.

สาธารณสุขสถาน ไม่ใช่ต่อหน้าธารกำนัล ไม่เป็นความผิดตามมาตรานี้ แต่ถ้าแอบดูที่ฝาห้องน้ำ ด้านนอกแม้จะไม่ติดถนน ไม่ใช่ที่สาธารณสุขสถาน แต่ใกล้ทางเดินหรือมีคนอยู่ในบริเวณนั้นอาจมองเห็นได้ เช่น ในเวลากลางวัน ก็เป็นต่อหน้าธารกำนัล ย่อมเป็นความผิดตามมาตรา¹³

แต่เดิมความผิดตามมาตรานี้ได้ใช้บังคับกับการละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูด้วยตาเปล่า และยังคงใช้บังคับต่อมา แม้การกระทำดังกล่าวจะได้ปรับรูปแบบไปสู่การใช้กล้องแอบบันทึกภาพ หรือใช้เครื่องมืออุปกรณ์ที่ซับซ้อนมากขึ้นเพื่อช่วยในการแอบดู อันเป็นการเพิ่มระดับความสามารถที่จะก่อผลร้ายต่อสิทธิส่วนตัวของเหยื่อได้อย่างรุนแรงขึ้นอย่างมาก ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าบทกฎหมายดังกล่าวมีปัญหาและอุปสรรคการบังคับใช้กับการแอบดูและแอบบันทึกภาพ ดังต่อไปนี้

1. นอกจากคุณธรรมทางกฎหมายซึ่งฐานความผิดตามมาตราประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 มุ่งคุ้มครอง คือ “ความไม่สะดวกใจ” ของบุคคล¹⁴ จะเป็นคุณค่าที่แตกต่างอย่างมากจากคุณค่าของ “สิทธิส่วนตัว” ซึ่งเป็นถือสิทธิพื้นฐานของความเป็นมนุษย์แล้ว ความผิดมาตรานี้ยังมีอัตราโทษค่อนข้างต่ำ คือ ระวังโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ กล่าวคือเป็นเพียงความผิดลหุโทษ ซึ่งถือเป็นความผิดเล็กน้อยที่อาจกระทำต่อร่างกายหรือทรัพย์สินของบุคคลหรือต่อเจ้าพนักงาน หรือการทำให้เสียความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสาธารณะหรือศีลธรรมซึ่งไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรงแต่อย่างใด¹⁵ ด้วยอัตราโทษที่ต่ำ จึงเป็นข้อจำกัดประการหนึ่ง ที่ไม่อาจส่งผลให้ผู้กระทำเกิดความเข็ดหลาบได้ รวมถึงไม่ก่อผลให้เกิดความเกรงกลัวต่อกฎหมายให้ไม่กล้ากระทำความผิดในลักษณะนี้อีกด้วย เนื่องจากผลได้จากการกระทำความผิดดังกล่าว เพียงต้องแลกมาด้วยต้นทุนความเสี่ยงที่จะได้รับโทษที่ค่อนข้างเบาเท่านั้น

2. การที่ความผิดมาตรานี้เป็นความผิดลหุโทษ เป็นเหตุให้หากการกระทำดังกล่าวที่ยังอยู่ในขั้นพยายามกระทำความผิด ผู้ที่พยายามกระทำความผิดลหุโทษก็ไม่ต้องรับโทษตามความในมาตรา 105 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ดังนั้น หาก นาย ก. ได้แอบติดตั้งกล้องบันทึกภาพไว้ในห้องน้ำสาธารณะ และ นางสาว ข. ซึ่งมาใช้ห้องน้ำเกิดสังเกตเห็นกล้องดังกล่าว ก่อนจะมีการแอบบันทึกภาพได้สำเร็จ แล้วไปแจ้งความ แต่เมื่อความผิดในการกระทำให้

¹³ สุวัณชัย ใจหาญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 3 ความผิดลหุโทษ, หน้า 222.

¹⁴ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 153.

¹⁵ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, หลักกฎหมายอาญาภาคความผิด, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2548). หน้า 313.

นางสาว ข. ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ยังไม่ถือว่าสำเร็จ โดยเป็นเพียงการพยายามกระทำความผิด นาย ก. ก็จะต้องรับโทษ

3. ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 106 ได้บัญญัติให้ผู้สนับสนุนในความผิดลหุโทษ ไม่ต้องรับโทษ ดังนี้ หาก นาย ค. พนักงานทำความสะอาดห้องน้ำ รู้เจตนาของ นาย ก. ว่าประสงค์จะทำการแอบดูผู้มาใช้บริการห้องน้ำสาธารณะ จึงไม่ปิดล็อกห้องน้ำหลังเวลาให้บริการ เพื่อให้ นาย ก. สามารถแอบเข้ามาแอบติดตั้งกระจกสะท้อนภาพบริเวณผ้าเปดานห้องน้ำสาธารณะ เพื่อจะสามารถทำการแอบดูอยู่ภายนอกกำแพงห้องน้ำสาธารณะ เมื่อมี นางสาว ข. เข้ามาใช้บริการในวันรุ่งขึ้นได้ ดังนี้ แม้หาก นาย ก. กระทำความผิดสำเร็จ นาย ค. ก็ไม่ต้องรับโทษในฐานะเป็นผู้สนับสนุน หรือหากเป็นกรณีที่ นาย ก. กำลังปีนกำแพงห้องน้ำแล้วใช้กล้องจากโทรศัพท์มือถือแอบบันทึกภาพ นางสาว ข. ขณะเข้าห้องน้ำ นาย ค. เห็นเหตุการณ์ดังกล่าวแล้ว กลับเดินไปคอยกันไม่ให้ผู้อื่นมาใช้บริการห้องน้ำ เพื่อมิให้เข้ามาพบเหตุดังกล่าว จนนาย ก. แอบบันทึกภาพได้สำเร็จ เช่นนี้ นาย ค. ก็ไม่ต้องรับโทษในฐานะผู้สนับสนุนเช่นกัน

4. การที่ความผิดตามมาตรานี้มีอายุความเพียง 1 ปี เป็นข้อจำกัดสำคัญอีกประการหนึ่ง เช่นหากเป็นการกระทำในลักษณะแอบบันทึกภาพที่เหยื่อไม่รู้ตัวในขณะที่กระทำ อีกหลายเดือนต่อมา เหยื่อจึงพบการเผยแพร่กระจายภาพตนเองผ่านทางอินเทอร์เน็ตและได้เข้าแจ้งความดำเนินคดี เนื่องจากขั้นตอนการสืบสวนสอบสวนรวบรวมพยานหลักฐานจะต้องใช้เวลาพอสมควร ประกอบเป็นเวลาหลายเดือนมาแล้วหลังจากการกระทำความผิด การติดตามพยานบุคคลมาให้ปากคำอาจทำได้ยากลำบาก กว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจจะสามารถรวบรวมพยานหลักฐานหาผู้กระทำความผิดและแจ้งข้อกล่าวหา สรุปลำนวนพร้อมความเห็นควรสั่งฟ้องเสนอต่อพนักงานอัยการ ตลอดจนพนักงานอัยการสั่งฟ้องและนำตัวผู้กระทำความผิดมาศาล ก็มีความเป็นไปได้อย่างมากที่กระบวนการทั้งหมดจะไม่อาจเสร็จสิ้นภายในกำหนดอายุความที่สั้นเพียง 1 ปี เช่นที่เกิดขึ้นในกรณีของนักร้องสาวคู่ดูโอที่ถูกแอบบันทึกภาพขณะอาบน้ำภายในห้องพักในโรงแรมแห่งหนึ่ง

5. หากในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นแก๊งค์หรือขบวนการแอบบันทึกภาพ ซึ่งการสืบสวนขยายผลอาจพบการกระทำความผิดที่ร้ายแรงประการอื่น หรือในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นผู้บังคับบัญชาของเหยื่อ แอบบันทึกภาพเหยื่อภายในสถานที่ทำงานที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจบริหารสูงสุด ซึ่งมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้กระทำความผิดจะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐาน หรือก่อเหตุอันตรายประการอื่น ซึ่งอาจเป็นเหตุให้ศาลออกหมายขังได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 71 วรรคหนึ่ง ประกอบ มาตรา 66 แต่เมื่อ

ความผิดตามมาตรานี้เป็นเพียงความผิดลหุโทษ การควบคุมตัวผู้กระทำความผิด ก็กระทำได้เท่าเวลาที่จะถามคำให้การ และที่จู่ตัวว่าเป็นใคร และที่อยู่ของเขาอยู่ที่ไหน ตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 87 วรรคสอง เท่านั้น ข้อจำกัดเช่นนี้ ย่อมเป็นเหตุให้ไม่อาจบังคับใช้กฎหมายวิธีสบัญญัติได้อย่างมีประสิทธิภาพได้สมตามเจตนารมณ์

6. ในกรณีที่ผู้กระทำการแอบดูหรือแอบบันทึกภาพกระทำผิดซ้ำ หรือเพิ่มความรุนแรงของการกระทำเป็นการรอนาจาร หรือข่มขืน ก็ไม่อาจถือเป็นความผิดเพื่อการเพิ่มโทษตามมาตรา 94 ได้ เพราะเป็นเพียงความผิดลหุโทษ และแม้จะต้องโทษจำคุก แต่ก็ไม่ต้องห้ามตามมาตรา 23 ที่ศาลจะเปลี่ยนโทษในคดีหลังจากจำคุกเป็นกักขัง ทั้งไม่ต้องห้ามที่ศาลจะระงับการลงโทษหรือรอกำหนดโทษตามมาตรา 56 อีกด้วย

7. เมื่อความผิดฐานมาตรานี้เป็นเพียงความผิดลหุโทษ ที่ถือเป็นเพียงความผิดเล็กน้อย ผู้กระทำละเมิดความเป็นส่วนตัวของผู้อื่นด้วยการแอบดูซึ่งถูกจับได้และลงโทษตามมาตรา นี้ จึงมีแนวโน้มที่จะถูกดำเนินและลงโทษจากสังคมเพียงเล็กน้อยเช่นกัน ทั้งนี้ เนื่องจากตามข้อกำหนด กฎเกณฑ์ หรือระเบียบขององค์กรใดๆ มักไม่ดำเนินการกระทำความผิดอาญาที่เป็นเพียงความผิดลหุโทษ ดังนั้น ผลของการดำเนินจากสังคมหรือองค์กรที่ผู้กระทำความผิดมีพันธะผูกพันอยู่ อาจขัดกับความรู้สึกของวิญญูชนทั่วไป เช่น ในกรณีนายแพทย์ผู้บริหารโรงพยาบาลแห่งหนึ่ง ซึ่งต้องหาว่าได้กระทำการติดตั้งกล้องบันทึกแอบถ่ายภาพไว้ใต้โต๊ะทำงานของแพทย์หญิงผู้ใต้บังคับบัญชาในโรงพยาบาล มีข้อเท็จจริงปรากฏตามรายงานข่าวจากสื่อมวลชนว่า หากนายแพทย์คนดังกล่าวถูกดำเนินการทางวินัยก็เป็นเพียงเรื่องเล็กน้อยเท่านั้น ดังนั้น หากไม่มีการดำเนินคดีในความผิดฐานอื่นที่รุนแรงกว่าความผิดลหุโทษ เป็นไปได้อย่างยิ่งว่านายแพทย์คนดังกล่าว อาจได้รับผลกระทบจากมาตรการทางสังคมเพียงเล็กน้อยเช่นกัน

จากที่ได้กล่าวอธิบายมาในข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าฐานความผิดนี้ ไม่อาจคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของพลเรือนจากการกระทำในลักษณะละเมิดสิทธิส่วนบุคคลด้วยการแอบดู ได้อย่างมีประสิทธิภาพ อย่างไรก็ตาม ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 แม้เป็นความผิดลหุโทษ มีโทษเพียงเล็กน้อย ก็มีใช้ความผิดอันยอมความได้¹⁶ แต่คดีอาจจะเสร็จสิ้นได้โดยเร็วในชั้นสอบสวน เนื่องจากเป็นความผิดที่เจ้าพนักงานมีอำนาจเปรียบเทียบได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 38

¹⁶ สุวัฒน์ชัย ใจหาญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 3 ความผิดลหุโทษ, หน้า 223.

4.2.2 ความผิดฐานนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามก และข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้

จากการที่ในปัจจุบัน คอมพิวเตอร์ได้กลายเป็นส่วนสำคัญในการประกอบกิจการและการดำรงชีวิตของมนุษย์ พ.ร.บ.ว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 จึงได้ตราขึ้นโดยมีเจตนารมณ์เพื่อกำหนดมาตรการป้องกันและปราบปรามการกระทำใดๆ ที่ทำให้ระบบคอมพิวเตอร์ไม่สามารถทำงานตามคำสั่งที่กำหนดไว้หรือทำให้การทำงานผิดพลาดไปจากคำสั่งที่กำหนดไว้ หรือใช้วิธีการใดๆ เข้าล่วงรู้ข้อมูล แก้ไข หรือ ทำลายข้อมูลของบุคคลอื่นในระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ หรือใช้ระบบคอมพิวเตอร์เพื่อเผยแพร่ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จหรือมีลักษณะอันลามกอนาจาร เนื่องจากการกระทำดังกล่าว อาจก่อให้เกิดความเสียหายกระทบกระเทือนต่อเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของรัฐ รวมทั้งความสงบสุขและศีลธรรมอันดีของประชาชนได้

พ.ร.บ.ว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 มาตรา 14 มิใช่ความผิดที่กระทำต่อระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ ดังที่กำหนดไว้ในมาตราอื่น อาทิ การเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ(มาตรา5), การเปิดเผยมาตรการป้องกันการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ที่ผู้อื่นจัดทำขึ้นเป็นการเฉพาะโดยมิชอบ(มาตรา 6), การเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์(มาตรา 7), การดักจับข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบ (มาตรา8), การทำให้เสียหาย ทำลาย แก้ไข เปลี่ยนแปลง เพิ่มเติมข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ(มาตรา 9), การกระทำเพื่อให้การทำงานของระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นไม่สามารถทำงานตามปกติได้ (มาตรา 10), การส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์รบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ของบุคคลอื่นโดยปกติสุข (มาตรา 11), การจำหน่ายชุดคำสั่งที่จัดทำขึ้นเพื่อนำไปใช้เป็นเครื่องมือกระทำความผิด(มาตรา 13) แต่ความผิดตามมาตรา 14 นี้ เป็นความผิดในการใช้คอมพิวเตอร์หรือระบบคอมพิวเตอร์กระทำความผิดอื่น ซึ่งนอกจากจะต้องพิจารณาองค์ประกอบความผิด คือ “นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์” แล้ว ยังต้องพิจารณาองค์ประกอบความผิดที่เกี่ยวข้องฐานอื่นนั้นๆ ด้วย เช่น การกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท หรือเผยแพร่ภาพลามก ตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา¹⁷

¹⁷ พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550, หน้า 25.

ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วว่า ความผิดตาม พ.ร.บ.ว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 มาตรา 14 ได้ถูกนำมาปรับใช้เฉพาะกับการกระทำในลักษณะแอบบันทึกภาพ ในกรณีที่มีการนำภาพดังกล่าวเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์เท่านั้น โดยผู้เขียนมีข้อสังเกตเกี่ยวกับปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวกับการแอบดูและแอบบันทึกภาพดังต่อไปนี้

1. การจะเข้าข่ายเป็นความผิดตาม พ.ร.บ.ว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 มาตรา 14(4) นั้น นอกจากข้อมูลคอมพิวเตอร์จะต้องมีลักษณะอันลามกแล้ว ยังต้องเป็น “ข้อมูลที่ประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้อีกด้วย” กล่าวคือ องค์ประกอบความผิดฐานนี้ ทำให้การนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามก จะยังไม่เป็นความผิด จนกว่าลักษณะการนำเข้านั้นทำให้ข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้น ประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ เช่น การจัดทำเว็บไซต์เพื่อเผยแพร่ภาพลามกอนาจาร การโพสต์ภาพลามกลงในเว็บไซต์ต่างๆ ที่ประชาชนสามารถเข้าถึงได้เป็นการทั่วไป¹⁸ ดังนั้น หากมีการส่งภาพลามกทางอีเมลให้เพื่อน แม้จะเป็นการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะอันลามก แต่ข้อมูลนี้ประชาชนทั่วไปไม่อาจเข้าถึงได้ เฉพาะผู้รับอีเมลเท่านั้นที่เข้าถึงได้ ก็ทำให้ยังไม่เป็นความผิดตาม มาตรา 14(4) ทั้งนี้ เนื่องจากกฎหมายมาตรานี้ มุ่งคุ้มครองประชาชนทั่วไปจากการเข้าถึงสิ่งอันมีลักษณะลามก แต่ก็ไม่ก้าวล่วงเข้าไปในความเป็นส่วนตัวของแต่ละบุคคล แม้ในความเป็นส่วนตัวจะมีเรื่องลามกอยู่ด้วยก็ตาม ความสำคัญจึงอยู่ที่ว่า ลักษณะอันลามกนั้น ต้องไม่ปรากฏต่อประชาชนเป็นการทั่วไป¹⁹ ดังนั้น จะเห็นได้ว่า การที่กฎหมายมาตรานี้มุ่งคุ้มครองประชาชนทั่วไปจากการเข้าถึงสิ่งอันมีลักษณะลามก จึงหาได้มีประสิทธิภาพที่จะคุ้มครองปกป้องสิทธิส่วนตัวของบุคคลจากการถูกละเมิดด้วยการแอบบันทึกภาพไม่

2. ในภาพรวมการบังคับใช้ พ.ร.บ.ว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 นั้น พบว่ายังมีปัญหาอุปสรรคหลายประการ ทั้งปัญหาความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ปัญหาความไม่ครอบคลุมของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และปัญหาเกี่ยวกับบทกำหนดโทษ ซึ่งเป็นเหตุกีดขวางที่ไม่อาจทำให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ²⁰ โดยหากพิจารณาเฉพาะมาตรา 14 แล้ว นอกจากจะพบว่ามีปัญหาในการ

¹⁸ มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์, หน้า 98.

¹⁹ เรื่องเดียวกัน.

²⁰ อัญธิกา ณ พิบูลย์, “ปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), หน้า 43-64.

ตีความว่า การกระทำอย่างไรจะถือว่าเป็นการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ รวมถึงในสถานการณ์การกระทำที่เกี่ยวกับการเผยแพร่หรือส่งต่อ เช่น หากเป็นกรณีส่งต่อภาพลามกซึ่งเป็นความผิดตามมาตรา 14(4) ให้กันเองระหว่างเพื่อนทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ จะถือเป็นความผิดตามมาตรา 14(5) ด้วยหรือไม่²¹ รวมทั้งองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 14(4) ที่กำหนดว่า “ข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้” ก็อาจจะมีปัญหาในการตีความด้วยเช่นกัน เนื่องจากในหลายกรณี พบว่ามีการนำภาพแอบบันทึกไปโพสต์ไว้ในเว็บไซต์ที่อาจจะต้องมีการสมัครเป็นสมาชิกเสียก่อน หรือมีการโพสต์ไว้ในหน้าเว็บเพจของโซเชียลเน็ตเวิร์ค เช่น facebook ซึ่งจะต้องมีการตกลงรับเป็นเพื่อนกันก่อนจึงจะเข้าดูภาพได้ เช่นนี้ ก็อาจมีการตีความไปว่า เป็นการเข้าถึงข้อมูลเฉพาะกลุ่ม ไม่ใช่ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ ทั้งนี้อาจมีผู้ที่สามารถเข้าถึงข้อมูลได้เป็นจำนวนมาก

จากที่กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าด้วยปัญหาความไม่ชัดเจนของ พ.ร.บ.ว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 เป็นเหตุให้การบังคับใช้กฎหมายยังขาดประสิทธิภาพ ประกอบกับเมื่อมิใช่บทบัญญัติที่มุ่งควบคุมพฤติกรรมกรรมการแอบดูและแอบบันทึกภาพโดยเฉพาะ จึงทำให้มีอุปสรรคในการนำมาปรับใช้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากจะนำมาปรับใช้ได้เฉพาะขั้นตอนการเผยแพร่ภาพบันทึกของการแอบถ่าย ซึ่งจะต้องมีการกระทำที่ครบองค์ประกอบที่จะเข้าข่ายเป็นความผิด มาตรา 14(4) หรือ 14(5) เท่านั้น ในส่วนการแอบดูหรือแอบบันทึกภาพ รวมทั้งการเผยแพร่ส่งต่อด้วยวิธีการอื่นหรือในประการอื่น ก็จะไม่เข้าข่ายเป็นความผิดตามพระราชบัญญัตินี้

4.2.3 ความผิดฐานหมิ่นประมาท

ความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326 และ มาตรา 328 เป็นหลักกฎหมายที่คุ้มครองบุคคลจากการกระทำความผิดต่อชื่อเสียง ซึ่งอาจนำมาปรับใช้ในกรณีการแอบบันทึกภาพ แล้วมีการนำภาพนั้นส่งต่อหรือเผยแพร่ให้แก่บุคคลที่สาม โดยผู้เขียนมีข้อสังเกตเกี่ยวกับปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวดังต่อไปนี้

1. ผู้เขียนเห็นว่า การบังคับใช้กฎหมายฐานนี้ ยังไม่ปรากฏความชัดเจนเกี่ยวกับการนำภาพบันทึกขณะผู้อื่นกำลังทำกิจธุระส่วนตัวภายในห้องน้ำ หรือภาพแอบบันทึก

²¹เรื่องเดียวกัน, หน้า 56-57.

ได้กระโปรงไปส่งต่อเผยแพร่แก่บุคคลที่สาม ว่าจะเป็นการหมิ่นประมาทหรือไม่ อย่างไรก็ตาม เมื่อการเอาภาพการร่วมประเวณีของผู้อื่นไปแสดงให้บุคคลอื่นดู ถือเป็นการใส่ความและน่าจะ ทำให้เสียชื่อเสียงและถูกดูหมิ่น ซึ่งย่อมเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทได้²² ด้วยตรรกะเดียวกัน ผู้เขียนจึงเห็นว่า หากภาพดังกล่าวส่งแสดงในลักษณะเพื่อก่อให้เกิดความพึงใจทางเพศแก่ บุคคลที่สาม อันเป็นการลดทอนคุณค่าความเป็นมนุษย์ของผู้อื่น ให้เป็นกลางเพียงวัตถุทางเพศ หรือเป็นการนำเสนอเพื่อมุ่งหวังจะกดคุณค่าความเป็นมนุษย์ของผู้อื่นให้ต่ำลง หรือเพื่อให้บุคคล ที่สามรู้สึกเหนือกว่า ด้วยการรู้เห็นในความเป็นส่วนตัวของผู้อื่น หรือด้วยประการใดๆ การ กระทำเช่นนี้ ย่อมจะอยู่ในขอบขององค์ประกอบความผิดในประการให้ผู้อื่นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น และเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทเช่นกัน

2. แม้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326 และ 328 จะสามารถนำมาปรับใช้ บังคับกับการเผยแพร่ภาพบันทึกความเป็นส่วนตัวได้ แต่ไม่สามารถปรับใช้โดยตรงกับการ กระทำในขั้นตอนการแอบบันทึกภาพได้ ดังนี้ หาก นาย ก. เป็นนักถ่ายภาพ คอยหาโอกาสแอบ บันทึกภาพหญิงสาวตามห้องน้ำสาธารณะ トラบใดที่ นาย ก. ไม่นำภาพดังกล่าวออกเผยแพร่ แก่บุคคลที่สาม ย่อมไม่จะไม่เป็นความผิดฐานหมิ่นประมาท หรือหาก นาย ข. บังเอิญไปพบภาพ บันทึกส่วนตัวของหญิงสาวที่นาย ก. แอบบันทึกไว้ แล้วนำไปแสดงแก่นาย ค. นาย ข. เท่านั้นที่ จะมีความผิดฐานหมิ่นประมาท

3. ศาตราจารย์ คณิต ฒ นคร ได้อธิบายไว้ว่า คุณธรรมที่ประมวลกฎหมาย อาญา มาตรา 326 และ 328 มุ่งคุ้มครอง คือ “เกียรติ”²³ ซึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย มาตรา 4 ได้บัญญัติคุ้มครอง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” โดยมี “เกียรติ” รวมอยู่ด้วย การละเมิดเกียรติเป็นความผิดในทางอาญา เพราะเกียรติเป็น “คุณค่าพื้นฐาน” ที่ เกี่ยวข้องกับมนุษย์ที่สูง โดยเกียรติประกอบอยู่ในคุณค่าที่ยอมรับนับถือที่มนุษย์มีอยู่เกี่ยวเนื่อง กับความสมบูรณ์ทางจริยธรรมของเขา เป็นข้อเรียกร้องอันสืบเนื่องมาจากศักดิ์ศรีส่วนบุคคล และเป็นข้อเรียกร้องให้ผู้อื่นต้องให้ความเคารพ เกียรติเป็นส่วนหนึ่งหรือรูปการณ์อันหนึ่งของ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่มนุษย์ทุกคนมีอยู่ เนื่องจากความเป็นมนุษย์ และมนุษย์ทุกคนมีเกียรติ โดยสมบูรณ์ตราบเท่าที่ยังไม่ถูกลบหลู่²⁴ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าคุณธรรมทางกฎหมายของความผิด ฐานหมิ่นประมาท มีความเชื่อมโยงเกี่ยวข้องกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งหลักที่บุคคลจะได้รับ

²² ไกรฤกษ์ เกษมสันต์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาคความผิด: มาตรา 288 ถึง มาตรา 366, หน้า 176.

²³ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 197.

²⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 190-192.

ความเคารพในความเป็นส่วนตัว ก็ผูกโยงกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เช่นกัน อย่างไรก็ตาม เกียรติมิใช่สิทธิส่วนตัว และเมื่อสิทธิส่วนตัวถือเป็นสิทธิพื้นฐานของมนุษย์ ย่อมเป็นสิ่งที่เกี่ยวพัน และจำเป็นต่อความเป็นมนุษย์เหนือกว่าเกียรติ

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าความผิดฐานหมิ่นประมาท รวมถึงความผิดฐานหมิ่นประมาทด้วยการโฆษณา นอกจากจะมีข้อจำกัดในการนำมาบังคับใช้ได้แต่เฉพาะขั้นตอนการเผยแพร่ต่อแพร่ภาพ หรือแสดงภาพแก่บุคคลที่สามเท่านั้นแล้ว การที่ความผิดฐานนี้มุ่งให้ความคุ้มครองต่อเกียรติ ซึ่งอาจถือเป็นคุณค่าที่ไม่เทียบเท่าสิทธิส่วนตัว โดยเฉพาะสิทธิส่วนตัวในส่วนที่อาจเสียหายจากการถูกละเมิดโดยการแอบบันทึกภาพ จึงเป็นเหตุให้โทษตามความผิดฐานนี้อาจไม่เหมาะสมในการนำมาบังคับกับการเผยแพร่ภาพแอบบันทึก

4.2.4 ความผิดฐานค้าสิ่งลามก

ศาสตราจารย์คณิต ณ นคร อธิบายว่า คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้คือ “ความดีงามของสังคม” กล่าวคือความรู้สึกในทางอัปยศและในทางศีลธรรมของสังคม²⁵ และเนื่องจากสิ่งลามกอนาจารเป็นสาเหตุให้เกิดการกระทำผิดทางเพศได้ กฎหมายจึงต้องควบคุมและห้ามอย่างเด็ดขาด เสรีภาพทางเพศซึ่งเป็นเรื่องส่วนตัวโดยแท้ก็จะต้องถูกจำกัดลง แต่ด้วยหลักการ “adult and alone” เมื่อบุคคลมีวุฒิภาวะแล้วและมีสิ่งลามกไว้เป็นส่วนตัว โดยไม่นำไปเผยแพร่ ไซ้ขาว ย่อมไม่มีความผิด²⁶ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าความผิดตามมาตรา 287 แบ่งออกเป็น 3 ลักษณะความผิด ตามอนุ (1) (2) และ (3) แต่การกระทำจะเป็นความผิดตามอนุ (2) และ (3) นั้น จะต้องเกิดความผิดตามอนุ (1) ขึ้นก่อน โดยผู้เขียนมีข้อสังเกตเกี่ยวกับปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว ดังต่อไปนี้

1. แม้มาตรา 287 (1) จะบัญญัติถึงการ “..ทำ ผลิต มีไว้ นำเข้าหรือยังให้นำเข้า ในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกนอกราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไปหรือทำให้แพร่หลายโดยประการใด..” ซึ่งสิ่งอันลามก อันน่าจะนำมาปรับใช้บังคับครอบคลุมการกระทำในลักษณะละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบบันทึกภาพ ตั้งแต่ขั้นตอนการแอบบันทึกภาพจนไปถึงการเผยแพร่ภาพบันทึกส่วนตัวได้ แต่เนื่องจากความผิดมาตรานี้มีองค์ประกอบภายนอกที่จะต้องเป็นการกระทำ “โดยการค้า” หรือหากมิได้กระทำโดยการค้า จะต้องกระทำโดยมีมูลเหตุชักจูงใจอย่างใดอย่างหนึ่ง คือ เพื่อความประสงค์แห่งการค้า เพื่อการจ่ายแจกแก่

²⁵ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 464-468.

²⁶ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า 132.

ประชาชน หรือ เพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน ดังนั้น จึงไม่อาจนำมาตรานี้มาปรับใช้กับการกระทำละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบบันทึกภาพได้ในทุกกรณี เนื่องจากโดยธรรมชาติของการละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูแล้ว ผู้กระทำความผิดไม่จำเป็นต้องกระทำไปในทางการค้า หรือมีมูลเหตุชกแจงใจดังกล่าว ดังจะเห็นได้จากส่วนใหญ่ของกรณีตัวอย่างที่พบในประเทศไทย

2. ในขั้นตอนการแอบบันทึกภาพ แม้ผู้กระทำจะรับจ้างผู้ประกอบการค้าสิ่งลามกมาก็ตาม แต่องค์ประกอบภายนอกในทางการค้าก็อาจไม่ปรากฏชัดในขั้นนี้ ต่างกับการวางขายแผ่นซีดีลามกซึ่งมีองค์ประกอบโดยทางการค้าชัดเจน ดังนั้น แม้ผู้กระทำจะมีมูลเหตุชกแจงใจ เพื่อความประสงค์แห่งการค้า เพื่อการจ่ายแจกแก่ประชาชน หรือ เพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชนก็ตาม แต่มูลเหตุชกแจงใจเป็นเรื่องภายในจิตใจ การพิสูจน์ให้เห็นถึงมูลเหตุชกแจงใจดังกล่าวอาจมิได้กระทำได้โดยง่าย เช่น หากนาย ก. แอบบันทึกภาพ นางสาว ข. เพื่อประสงค์จะนำไปอัดเป็นแผ่นซีดีแล้วลักลอบวางจำหน่าย แม้เจ้าหน้าที่ตำรวจจะสามารถจับกุมนาย ก. พร้อมพบภาพบันทึกส่วนตัวของนางสาว ข. ภายในกล้องของนาย ก. แต่หากไม่พบพยานหลักฐานใดที่จะชี้ถึงมูลเหตุชกแจงใจดังกล่าวของ นาย ก. ก็ย่อมไม่อาจดำเนินคดีความผิดฐานนี้ต่อ นาย ก. ได้

3. นอกจากอุปสรรคบังคับใช้เกี่ยวกับองค์ประกอบด้านการค้าแล้ว เนื่องจากความผิดฐานนี้ประสงค์จะคุ้มครองความดีงามและศีลธรรมของสังคม จึงมีลักษณะที่มุ่งจะป้องปรามการแพร่หลายของสิ่งลามก โดยเน้นไปที่การแสดงอวด เผยแพร่ แจกจ่าย หรือการกระทำขึ้นเพื่อการดังกล่าว ดังนั้น การครอบครองภาพบันทึกความเป็นส่วนตัวของผู้อื่น ยังคงสามารถอาศัยขอบเขตของเสรีภาพความเป็นส่วนตัวในทางเพศ ที่จะไม่ถูกบังคับใช้กฎหมายมาตรานี้กับการครอบครองภาพบันทึกความเป็นส่วนตัวของผู้อื่น เนื่องจากกฎหมายมาตรานี้มิได้ให้การคุ้มครองกับสิทธิส่วนตัว

จากที่ได้กล่าวมา ความผิดฐานค้าสิ่งลามกสามารถนำมาปรับใช้กับการแอบบันทึกภาพ ซึ่งนอกจากความผิดฐานค้าสิ่งลามกจะมุ่งคุ้มครองความดีงามของสังคม หาใช้สิทธิส่วนตัวแล้ว กล่าวได้ว่าข้อจำกัดสำคัญในการนำความผิดฐานค้าสิ่งลามกมาปรับใช้ ก็คือองค์ประกอบในทางการค้านั่นเอง เนื่องจากโดยลักษณะทั่วไปของการแอบบันทึกภาพ ไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำโดยการค้า อีกทั้งยังเป็นการยากจะพิสูจน์ให้เห็นถึงองค์ประกอบดังกล่าวในขั้นตอนการลงมือแอบบันทึกภาพอีกด้วย และแม้จะกำหนดองค์ประกอบภายในเกี่ยวกับมูลเหตุชกแจงใจเพื่อการจ่ายแจกหรือแสดงอวดแก่ประชาชน แต่หลายกรณีการส่งภาพแอบบันทึกเป็นการส่งต่อกันเฉพาะกลุ่มเป็นทอดๆ ในแต่ละการกระทำของส่งต่อจึงหาใช้การ

จ่ายแจกหรือแสดงอวดแก่ประชาชนไม่ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าความผิดฐานนี้ จึงยังไม่สามารถนำมาปรับใช้แก่การแอบบันทึกภาพได้อย่างมีประสิทธิภาพและเหมาะสมเพียงพอ

จากที่ได้กล่าวถึงปัญหาการนำกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันมาปรับใช้กับการแอบดูและแอบบันทึกภาพมาในข้างต้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายที่มีอยู่ยังไม่มีครอบคลุมแก่การกระทำที่เกี่ยวกับการแอบดูและแอบบันทึกภาพอย่างเพียงพอ ดังที่ได้แสดงสรุปความเกี่ยวข้องของกฎหมายที่มีบังคับอยู่ในปัจจุบันกับการกระทำที่เป็นองค์ประกอบของการละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูและแอบบันทึกภาพ ตามตารางที่ 2 ซึ่งเมื่อพิจารณาตามตารางที่ 2 อาจมองภาพรวมอย่างผิวเผินได้ว่า ถ้านำข้อหาความผิดที่มีอยู่นั้นมาบังคับใช้ร่วมกัน ก็จะมีครอบคลุมการกระทำในลักษณะแอบดูและแอบบันทึกภาพได้เกือบครบถ้วน แต่หากพิจารณาโดยละเอียดแล้ว จะเห็นว่าเมื่อคุณธรรมทางกฎหมายของกฎหมายที่นำมาปรับใช้นั้นก็ได้มุ่งคุ้มครองต่อสิทธิส่วนตัว การนำมาปรับใช้แก่การแอบดูและแอบบันทึกภาพจึงไม่เกิดความเหมาะสมหลายด้าน ทั้งยังขาดประสิทธิภาพในการที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ทางอาญาในการตอบสนองต่อปัญหาดังกล่าว ดังที่จะได้แสดงปัญหาและอุปสรรคการบังคับใช้กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันไว้โดยสรุปตามตารางที่ 3

ดังนั้น เมื่อการละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดู โดยเฉพาะการแอบบันทึกภาพ เป็นการกระทำอยู่ในขอบเขตของกฎหมายอาญา อันถือได้ว่าเป็นอาชญากรรมในบริบททางสังคมและวัฒนธรรมของไทย แต่ในปัจจุบันยังไม่มีบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำดังกล่าวอย่างเฉพาะเจาะจง และการอาศัยปรับใช้กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันนั้น นอกจากไม่ครอบคลุมเพียงพอ และไม่เหมาะสมแล้ว ยังขาดประสิทธิภาพอีกด้วย จึงควรจะทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบต่อไปว่ากฎหมายของต่างประเทศที่ได้ตราขึ้นเพื่อตอบสนองต่อการกระทำดังกล่าว โดยเฉพาะนั้น มีแนวทางและองค์ประกอบเช่นไร เพื่อแสวงหาแนวทางที่เหมาะสมแก่การพัฒนากฎหมายอันเกี่ยวกับการแอบดูและแอบบันทึกภาพของประเทศไทยต่อไป

4.3 วิเคราะห์องค์ประกอบของการละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูในกฎหมายต่างประเทศ

จากบทบัญญัติของกฎหมายในแต่ละประเทศที่ได้ทำการศึกษามานั้น พบว่า แม้ความจำเป็นหรือวัตถุประสงค์ในการบัญญัติกฎหมายจะมีสาระสำคัญที่ใกล้เคียงกัน ในแง่ของความต้องการที่จะปกป้องสิทธิส่วนตัวของพลเรือนในประเทศ แต่การบัญญัติองค์ประกอบความผิด

ของการกระทำคามผิดในฐานะละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดู มีความแตกต่างกันในรายละเอียด ดังจะได้อธิบายต่อไป

4.3.1 ฐานความผิด

จากการศึกษาลักษณะกฎหมายในต่างประเทศ พบว่าความผิดเกี่ยวกับการแอบดูหรือแอบบันทึกภาพ อาจแบ่งออกได้เป็น 3 ลักษณะความผิด ดังนี้

ความผิดที่ 1 ได้แก่ การแอบดู แอบบันทึกภาพ หรือถ่ายภาพผู้อื่นในขณะที่ผู้อื่นเปลือยกาย หรือเผยให้เห็นทั้งหมดหรือบางส่วนของอวัยวะเพศ บริเวณอวัยวะเพศ บั้นท้าย หน้าอกหญิง หรือมีเพียงชุดชั้นในปกคลุม หรือกำลังเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเพศ หรือกำลังอาบน้ำ ใช้ห้องสุขา หรือกิจกรรมเกี่ยวกับร่างกายอันเป็นส่วนที่เกี่ยวข้องกับการสวมใส่หรือไม่สวมใส่เสื้อผ้า ในสถานการณ์ที่ผู้อื่นควรคาดหวังที่จะได้รับความเป็นส่วนตัว และไม่ได้ให้ความยินยอม

รวมทั้งการติดตั้งเครื่องมืออุปกรณ์ หรือดัดแปลงสิ่งปลูกสร้างเพื่อการกระทำผิดข้างต้น

โดยสามารถแยกองค์ประกอบความผิดได้ดังนี้

องค์ประกอบภายนอก

1. การกระทำ

จากการศึกษา พบว่าทุกประเทศที่ได้ทำการศึกษาดำเนินการได้บัญญัติให้การกระทำในลักษณะแอบบันทึกภาพผู้อื่น เป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดเกี่ยวกับการแอบดูหรือแอบบันทึกภาพ อันเป็นการสะท้อนความประสงค์ที่จะตอบสนองต่อปัญหาภัยร้ายมองรูปแบบใหม่ แต่สำหรับการบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมการกระทำในลักษณะอื่นๆ มีความแตกต่างกันในรายละเอียด เช่น ประเทศอังกฤษเป็นประเทศเดียวที่กำหนดให้การติดตั้งเครื่องมืออุปกรณ์ หรือสร้าง ดัดแปลงสิ่งปลูกสร้าง เพื่อจะได้กระทำการแอบดูหรือแอบบันทึกภาพ เป็นองค์ประกอบภายนอกของการกระทำผิดฐานนี้ด้วย ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศนิวซีแลนด์ มิได้กำหนดให้การแอบดูด้วยตาเปล่าเป็นความผิดตามฐานความผิดเกี่ยวกับ Voyeurism เป็นต้น อย่างไรก็ตาม หากกล่าวโดยรวมแล้ว การกระทำอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดในฐานะละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูตามกฎหมายในต่างประเทศ สามารถแสดงได้ดังต่อไปนี้

- 1.1 การแอบดูด้วยตาเปล่า
- 1.2 การใช้อุปกรณ์เครื่องมือ เพื่อให้บุคคลอื่น สามารถแอบดูผู้อื่นกระทำการ
กิจส่วนตัวในลักษณะเผยแพร่ถ่ายทอดสด
- 1.3 การบันทึกภาพผู้อื่น เพื่อให้ตนเองหรือบุคคลที่สามจะมองดูภาพ
บันทึกของผู้อื่นนั้น
- 1.4 การติดตั้งเครื่องมืออุปกรณ์ หรือสร้าง ปรับ ดัดแปลงสิ่งปลูกสร้าง
เพื่อให้ตนเองหรือบุคคลใดกระทำความผิดตามข้อ 1.1

**2. ในขณะที่ผู้อื่นเปลือยกาย หรือเผยให้เห็นทั้งหมดหรือบางส่วนของ
อวัยวะเพศ บริเวณอวัยวะเพศ บั้นท้าย หน้าอกหญิง หรือมีเพียงชุดชั้นในปกคลุม หรือ
กำลังเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเพศ หรือ กำลังอาบน้ำ ใช้ห้องสุขา หรือกิจกรรมเกี่ยวกับ
ร่างกายอันเป็นส่วนที่เกี่ยวข้องกับการสวมใส่หรือไม่สวมใส่เสื้อผ้า**

กฎหมายของแต่ละประเทศกำหนดองค์ประกอบนี้ไว้คล้ายคลึงกัน โดยใน
ส่วนของหน้าอกหญิงนั้น กฎหมายของประเทศอังกฤษได้ใช้คำว่า breast โดยไม่ได้ระบุว่าเป็น
woman breast หรือหน้าอกหญิง ซึ่งภายหลังในคดี R. v Bassett (Kevin) [2008] ศาลได้ตีความ
กฎหมายจึงเกิดความชัดเจนว่า คำว่า breast ที่ระบุไว้ในกฎหมาย หมายถึงหน้าอกของหญิง
เท่านั้น ต่อมาประเทศอื่นๆ ทั้ง สหรัฐอเมริกา แคนาดา และนิวซีแลนด์ ได้บัญญัติกฎหมายโดย
ใช้ถ้อยคำว่า “woman breast” ซึ่งน่าจะตัดปัญหาความคลุมเครือในประเด็นนี้ออกไป ส่วน
ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นประเทศเดียวที่กำหนดบริเวณของหน้าอกหญิงที่จะได้รับความ
คุ้มครองตามกฎหมายการละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูไว้อย่างชัดเจน นอกจากนั้น
ประเด็นในเรื่องของชุดชั้นใน ยังมีคำพิพากษาของศาลในประเทศอังกฤษวางหลักไว้ในคดี Police
Service for Northern Ireland v MacRitchie [2008] ให้รวมถึงชุดว่ายน้ำที่สวมใส่ในลักษณะ
เดียวกับชุดชั้นใน แต่ก็ปรากฏข้อวิพากษ์วิจารณ์ต่อคำพิพากษาดังกล่าว (ดูรายละเอียดในบทที่ 3)

3. ในสถานการณ์ที่ผู้อื่นควรคาดหวังที่จะได้รับความเป็นส่วนตัว

กฎหมายของแต่ละประเทศ ได้กำหนดขอบเขตที่จะคุ้มครองความเป็น
ส่วนตัว จากการกระทำละเมิดในลักษณะของการแอบดู และ/หรือแอบบันทึกภาพไว้แตกต่างกัน
ในขณะที่ประเทศอังกฤษกำหนดว่า บุคคลกระทำกิจส่วนตัว “เมื่อบุคคลนั้นอยู่ในสถานที่และ
โอกาส อันควรคาดหวังที่จะได้รับความเป็นส่วนตัว” ซึ่งเป็นเหตุให้กฎหมายไม่อาจครอบคลุมไป
ถึงการแอบดูหรือแอบบันทึกภาพในที่สาธารณะ ซึ่งมีความคล้ายกับกฎหมายของประเทศ

แคนาดา ที่บัญญัติไว้ว่า “..บุคคลอื่นอยู่ในสถานที่ ซึ่งควรคาดหมายได้ว่าจะเปลือยร่างกาย เปิดเผยอวัยวะเพศ หรือบั้นท้าย หรือหน้าอกหญิง หรือ กระทำกิจกรรมทางเพศ..” แต่กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศนิวซีแลนด์ ได้กำหนดความคุ้มครองครอบคลุมไปถึงความเป็นส่วนตัวในที่สาธารณะ โดยกฎหมายของสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติโดยใช้ถ้อยคำว่า “..สถานการณ์ที่วิญญูชน จะเชื่อว่าบริเวณอันเป็นส่วนตัวของบุคคล จะไม่อาจถูกเห็นได้ต่อสาธารณะ โดยไม่คำนึงว่าบุคคลนั้น จะอยู่ในสถานที่สาธารณะ หรือ สถานที่ส่วนบุคคล..” และสำหรับกฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์ ได้บัญญัติไว้ชัดเจน ที่จะคุ้มครองความเป็นส่วนตัวในที่สาธารณะ จากการถูกแอบบันทึกภาพได้กระโปรง หรือเห็นอวัยวะเพศ โดยกำหนดให้บันทึกภาพความเป็นส่วนตัวหมายรวมไปถึง “.. การเปลือยหรือมีเพียงชุดชั้นในปกคลุมอวัยวะเพศ บริเวณอวัยวะเพศ บั้นท้าย หรือหน้าอกหญิง ของผู้ถูกบันทึกภาพเกิดขึ้นจาก

(i) จากด้านล่างหรือข้างใต้เสื้อผ้าแต่งกายของผู้ถูกบันทึกภาพนั้น

(ii) ผ่านทะลุเสื้อผ้าแต่งกายภายนอกของผู้ถูกบันทึกภาพ ในสถานการณ์ที่ไม่เหมาะสมที่จะทำเช่นนั้น..”

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายของต่างประเทศที่ตราขึ้นบังคับใช้กับการกระทำในลักษณะละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูที่ได้ศึกษามานั้น มีความคล้ายกันสาระสำคัญ โดยเฉพาะการมุ่งให้ความคุ้มครองแก่สิทธิส่วนตัว แต่ในความแตกต่างเกี่ยวกับการขยายความคุ้มครองสิทธิส่วนตัวในที่สาธารณะ เช่นในขณะที่กฎหมายของประเทศอังกฤษ จะใช้ถ้อยคำค่อนข้างชัดเจนว่าผู้เสียหายจะต้องอยู่ในสถานที่และโอกาสอันควรคาดหวังที่จะได้รับความเป็นส่วนตัว และเป็นเหตุให้การปรับใช้กฎหมายมีปัญหาในการจะครอบคลุมไปถึงการถ่ายภาพได้กระโปรงที่เกิดขึ้นในที่สาธารณะ แต่กฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์ ได้บัญญัติโดยใช้ถ้อยคำชัดเจนว่าหมายจะครอบคลุมถึงการกระทำในลักษณะถ่ายภาพได้กระโปรงหรือเห็นอวัยวะเพศไว้ด้วยนั้น ความแตกต่างเช่นนี้ น่าจะเกิดจากความจำเป็นที่จะต้องพัฒนากฎหมายให้เหมาะสมกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น เมื่อพิจารณาถึงว่าประเทศนิวซีแลนด์ได้ตรากฎหมายขึ้นใช้ภายหลังจากประเทศอังกฤษ จึงมีโอกาสที่จะทำการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายก่อนจะตราขึ้นบังคับใช้ รวมถึงในประเทศอังกฤษก็ปรากฏการวิพากษ์วิจารณ์ที่ต้องการให้กฎหมายครอบคลุมถึงการถ่ายภาพได้กระโปรงในที่สาธารณะด้วย หรือในกรณีที่ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้บัญญัติกฎหมายกลางเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิส่วนตัวขึ้นบังคับใช้ โดยประสงค์ที่จะอุดช่องว่างของกฎหมายระดับมลรัฐที่ไม่ครอบคลุมการกระทำในลักษณะแอบถ่ายในที่สาธารณะ เช่น การถ่ายภาพได้กระโปรง ความแตกต่างเหล่านี้ จึงไม่ได้เกิดจากความแตกต่างทางสังคมหรือ

วัฒนธรรม หากน่าจะเป็นผลจากการที่กฎหมายในเรื่องนี้ได้วิวัฒนาการผ่านช่วงเวลาและการศึกษาเปรียบเทียบ

4. ผู้อื่นไม่รู้และไม่ได้ให้ความยินยอม

องค์ประกอบข้อนี้ เป็นไปตามหลักความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด (Volenti non fit injuria) มีความหมายว่า บุคคลซึ่งยอมต่อการกระทำอย่างหนึ่ง หรือบุคคลซึ่งเข้าเสี่ยงภัยยอมรับความเสียหาย จะฟ้องคดีเกี่ยวกับการกระทำหรือความเสียหายนั้นมิได้²⁷ ซึ่งตามหลักนี้ ความยินยอมจะต้องมีอยู่ในขณะกระทำ และอย่างไรจะเป็นความยินยอม รวมทั้งขอบเขตแห่งความยินยอม เป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่จะต้องพิเคราะห์พิจารณาเป็นเรื่องๆ ไป²⁸

ความยินยอมอาจแสดงออกได้โดยชัดแจ้งและปริยาย แต่ต้องเป็นการแสดงเจตจำนงโดยการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งออกไปภายนอก การนิ่งเฉยไม่ถือว่าเป็นการให้ความยินยอมหรือเป็นการสละคุณธรรมทางกฎหมาย²⁹ และจะต้องเป็นความยินยอมที่แท้จริง ไม่มีข้อบกพร่อง เกิดขึ้นโดยสมัครใจ ดังนั้น ความยินยอมของผู้เสียหายที่เกิดจากความสำคัญผิดหรือกลฉ้อฉล หรือบังคับข่มขู่ จึงมิใช่ความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย³⁰

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่มีบัญญัติหลักเรื่องความยินยอมไว้โดยตรง³¹ แต่ในทางตำรากฎหมายอาญาของไทยได้ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าความยินยอมของผู้เสียหาย เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้³² นอกจากนั้นศาลฎีกาได้วางหลักไว้ในฎีกาที่ 1403/2508 ซึ่งถือว่าหลักความยินยอมเป็นหลักกฎหมายทั่วไป³³

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508 “มีหลักทั่วไปเป็นเหตุยกเว้นความผิดอาญาอยู่ว่า ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกศีลธรรมอันดี และมีอยู่จนถึงขณะกระทำ

²⁷ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 22.

²⁸เรื่องเดียวกัน, หน้า 25.

²⁹คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 235.

³⁰เรื่องเดียวกัน, หน้า 237.

³¹เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 390.

³²คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 234.

³³เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 390.

การอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นแล้ว ความยินยอมนั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำเป็นความผิดขึ้นได้”

องค์ประกอบภายใน

“เจตนาธรรมดา” เป็นองค์ประกอบภายในของความผิดฐานละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูในทุกประเทศ มีเพียงประเทศอังกฤษที่กำหนดให้ผู้กระทำจะต้องมีมูลเหตุชกุงใจพิเศษ “เพื่อความพึงพอใจทางเพศ” ด้วยเท่านั้น จึงจะเป็นความผิด ส่วนประเทศแคนาดาแม้จะมีการกำหนดถึงเจตนาพิเศษคือ เพื่อความพึงพอใจทางเพศไว้เช่นเดียวกัน แต่หากผู้กระทำมีเพียงเจตนาธรรมดา คือ เพื่อประสงค์จะได้เฝ้ามองดู หรือเพื่อบันทึกภาพ ก็เป็นความผิดได้เช่นกัน และสำหรับในประเทศสหรัฐอเมริกาและนิวซีแลนด์ มิได้มีการบัญญัติถึงมูลเหตุชกุงใจทางเพศไว้แต่อย่างใด

ทั้งนี้ จากความแตกต่างในการบัญญัติถึงองค์ประกอบภายในเกี่ยวกับมูลเหตุชกุงใจพิเศษดังกล่าวนี้ พบว่าการบัญญัติกฎหมายได้แบ่งออกเป็นสองแนวทาง กล่าวคือ ในประเทศสหรัฐอเมริกาและนิวซีแลนด์ จะถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดต่อสิทธิส่วนตัว ในขณะที่ประเทศอังกฤษและแคนาดา ซึ่งกฎหมายได้บัญญัติถึงมูลเหตุชกุงใจพิเศษเพื่อความพึงพอใจทางเพศ ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดทางเพศ

นอกจากนั้น ประเทศนิวซีแลนด์ ได้กำหนดให้การกระทำในฐานะละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดู แม้ไม่มีเจตนา แต่หากได้กระทำไปโดยประมาท (...recklessly makes..) ก็เป็นความผิดได้เช่นเดียวกัน แต่จะต้องเป็นการประมาทโดยจงใจ (recklessness) กล่าวคือ ผู้กระทำไม่เพียงแต่ขาดความระมัดระวังเท่านั้น แต่ยังได้กระทำโดยรู้สึกละเลยแล้วว่าเป็นการเสี่ยงที่จะเกิดภัยก็ยังขึ้นทำลง โดยคิดว่าคงสามารถหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดภัยขึ้นได้³⁴ การบัญญัติเช่นนี้ น่าจะเป็นประโยชน์ในการคุ้มครองสิทธิส่วนตัวในโลกยุคปัจจุบัน ที่การติดตั้งกล้องวงจรปิดภายในอาคารหรือตามสถานที่ต่างๆ เป็นไปอย่างแพร่หลายเพื่อประโยชน์ในการควบคุมความปลอดภัย โดยกฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้ติดตั้งหรือเจ้าของอาคารสถานที่ ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังในการติดตั้งกล้อง เช่น บริเวณที่กล้องวงจรปิดจะทำการบันทึกภาพได้นั้นจะต้องมิใช่สถานที่ที่ผู้หนึ่งผู้ใดจะคาดหมายความเป็นส่วนตัวได้ รวมถึงอาจมีหน้าที่ที่จะต้องแจ้งเตือนว่ามีการติดตั้งกล้องวงจรปิดในบริเวณนั้นๆ อีกด้วย

³⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 264.

ความคิดที่ 2 ได้แก่ การครอบครองภาพแอบบันทึก

จากที่ได้ทำการศึกษากฎหมายของต่างประเทศในบทที่ 3 พบว่ามีเพียงประเทศนิวซีแลนด์ประเทศเดียว ที่มีการกำหนดให้การครอบครองภาพแอบบันทึกโดยมีเพียงเจตนาธรรมดา โดยรู้ถึงข้อเท็จจริงว่าเป็นภาพจากการแอบบันทึกและปราศจากเหตุผลอันสมควรที่จะครอบครองไว้ ให้เป็นความคิด

ความคิดที่ 3 ได้แก่ การพิมพ์ เผยแพร่ ส่งต่อ แจกจ่าย หมุนเวียน จำหน่าย ขาย โฆษณา นำเข้า ส่งออก ไม่ว่าจะโดยวิธีการใดๆ หรือกระทำการครอบครองไว้เพื่อจะกระทำการดังกล่าว

กฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์และแคนาดา ต่างก็ได้กำหนดให้การกระทำเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพแอบบันทึกไม่ว่าจะโดยวิธีใดให้เป็นความคิด ส่วนกฎหมายกลางของสหรัฐอเมริกาแม้จะมีการกำหนดให้การเผยแพร่ภาพแอบบันทึกความเป็นส่วนตัวมีความผิด แต่ก็กำหนดเฉพาะการเผยแพร่ในระบบอิเล็กทรอนิกส์ หรือผ่านทางอินเทอร์เน็ตเท่านั้น และสำหรับกฎหมายของประเทศอังกฤษนั้น มิได้มีการบัญญัติถึงการครอบครอง เผยแพร่ หรือจำหน่ายแจกจ่ายภาพบันทึกความเป็นส่วนตัวให้มีความผิด อย่างไรก็ตาม แม้ในประเทศอังกฤษจะมีได้กำหนดให้การเผยแพร่ภาพบันทึกความเป็นส่วนตัวไว้เป็นความผิด แต่การกระทำในลักษณะดังกล่าวก็อาจเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายอื่น เช่น Communication Act 2003 หรือ Obscene Publications Act 1959 ซึ่งก็มีข้อวิจารณ์ว่า น่าจะเป็นการเหมาะสมกว่าหากจะมีการกำหนดให้การเผยแพร่ภาพบันทึกความเป็นส่วนตัวเป็นความผิดไว้โดยเฉพาะและเชื่อมโยงกับการกระทำความผิดในการละเมิดสิทธิส่วนตัวผู้อื่นด้วยการแอบบันทึกภาพ³⁵

4.3.2 เหตุยกเว้นความผิด

ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติ ให้กฎหมายดังกล่าวไม่บังคับใช้กับ “..กิจกรรมที่เกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมาย การคุมประพฤติ หรือการข่าวที่ชอบด้วยกฎหมาย..”

ส่วนแคนาดา ได้กำหนดให้ การกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะและมีได้กระทำเกิดกว่าเหตุเป็นเหตุยกเว้นความผิด นอกจากนี้ยังกำหนดว่า กฎหมายดังกล่าวจะไม่ใช้บังคับสำหรับการกระทำในลักษณะแอบดูและแอบบันทึกภาพ โดยมีเจตนาธรรมดาและไม่มีมูลเหตุ

³⁵ Alisdair A. Gillespie, “‘Up-skirt’ and ‘Down blouses’: Voyeurism and the Law,” *Criminal Law Review* 5 (2008): 370–382.

ชักจูงใจทางเพศ หากเป็นการกระทำของเจ้าพนักงาน ที่กระทำตามอำนาจหน้าที่ตามหมาย
อาญาภายใต้ มาตรา 487.01 แห่งประมวลกฎหมายอาญาแคนาดา

สำหรับประเทศนิวซีแลนด์ กำหนดเหตุยกเว้นความรับผิดชอบเฉพาะการกระทำที่
เกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพบันทึกจากการละเมิดสิทธิส่วนตัวเท่านั้น โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1. กำหนดให้กฎหมายไม่ใช้บังคับกับการโฆษณาเผยแพร่ การนำเข้าและ
ส่งออก ซึ่งเป็นการกระทำของบุคคลที่มีอำนาจกระทำตามกฎหมาย
2. กำหนดให้กฎหมายไม่ใช้บังคับกับการโฆษณาเผยแพร่ ให้แก่บุคคลตาม
มาตรา 216N(1) ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง
3. กำหนดให้กฎหมายไม่ใช้บังคับกับการโฆษณาเผยแพร่ การนำเข้า ส่งออก
และขาย ซึ่งเป็นการกระทำในลักษณะเอื้ออำนวยการเข้าถึงภาพบันทึกความเป็นส่วนตัวโดยไม่รู้
หรือไม่ควรจะรู้ว่าบันทึกภาพนั้น คือบันทึกภาพความเป็นส่วนตัว ของผู้ให้บริการเครือข่ายและ
ไปรษณีย์

สำหรับประเทศอังกฤษ ซึ่งกำหนดมูลเหตุชักจูงใจเพื่อความพึงพอใจทางเพศ
เป็นองค์ประกอบภายใน จึงยอมไม่จำเป็นต้องกำหนดเหตุยกเว้นความผิด เพราะหากเป็นการ
กระทำที่ขาดองค์ประกอบมูลเหตุชักจูงใจพิเศษแล้ว ก็ยอมไม่ครบองค์ประกอบเป็นความผิดฐาน
แอบดูอยู่นั่นเอง

จากที่ได้อธิบายมาทั้งหมดข้างต้น จึงได้สรุปแยกแยะเปรียบเทียบการกระทำที่กำหนดไว้
เป็นองค์ประกอบความผิด ตามกฎหมายของต่างประเทศที่ได้ทำการศึกษามา เพื่อจะนำมา
เทียบเคียงเป็นแนวทางการพัฒนากฎหมายไทยต่อไป รายละเอียดปรากฏตามตารางที่ 4

4.4 แนวทางของกฎหมายในการบัญญัติให้การละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดู เป็นความผิดโดยเฉพาะ

จากการศึกษาพบว่า การที่ประเทศไทยยังไม่สืบทับบัญญัติกฎหมายที่สามารถคุ้มครอง
ป้องกันสิทธิส่วนตัวของพลเรือนจากการแอบดูและแอบบันทึกภาพไว้โดยเฉพาะ และต้องอาศัย
ปรับใช้บทบัญญัติกฎหมายที่มีอยู่ปัจจุบันกับการกระทำความผิดดังกล่าวนั้น นอกจากไม่ครอบคลุมแก่
ลักษณะการกระทำที่เกิดขึ้นแล้ว ยังไม่เหมาะสมแก่พฤติการณ์และผลร้ายจากการกระทำอีกด้วย
ทั้งยอมเป็นเหตุให้การป้องกันและปราบปรามการกระทำในลักษณะละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการ

แอบดูโดยเฉพาะกรณีการแอบบันทึกภาพขาดประสิทธิภาพ ดังนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่ามีความจำเป็นและไม่มีหนทางอื่นใดที่จะมีประสิทธิภาพในการจัดการกับปัญหาดังกล่าว ยิ่งไปกว่าการบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นฐานความผิดที่มีโทษทางอาญาไว้โดยเฉพาะ ด้วยการศึกษอ้างอิงแนวทางกฎหมายเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิส่วนตัวของผู้อื่นด้วยการแอบดูของต่างประเทศ และนำมาปรับประยุกต์ให้เกิดความเหมาะสมกับสภาพการณ์ที่เกิดขึ้นในประเทศไทย โดยจะได้ทำการวิเคราะห์ถึงแนวทางอันเหมาะสมในการกำหนดให้การละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูเป็นความผิดไว้โดยเฉพาะต่อไป

4.4.1 การกำหนดฐานความผิด

1. สำหรับแนวทางในการบัญญัติฐานความผิดเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูไว้โดยเฉพาะ จากที่ได้ทำการศึกษา ผู้เขียนเห็นว่าควรบัญญัติให้การกระทำดังต่อไปนี้ เป็นความผิดที่มีโทษทางอาญา

ก. การกระทำในลักษณะละเมิดสิทธิส่วนตัว ด้วยการแอบดู หรือแอบบันทึกภาพ หรือถ่ายทอดภาพของผู้อื่น ไม่ว่าจะด้วยการใช้อุปกรณ์เครื่องมือใดๆ โดยที่ผู้อื่นไม่รู้ และไม่ได้ให้ความยินยอม ในขณะที่ผู้อื่นอยู่ในสถานการณ์ที่ย่อมมีความคาดหวังอันควรที่จะได้รับความเป็นส่วนตัว และ

- (1) ผู้อื่นกำลังกระทำกิจกรรมส่วนตัวในการใช้ห้องน้ำและห้องสุขา หรือ
- (2) ผู้อื่นกำลังเกี่ยวข้องในกิจกรรมทางเพศ หรือ
- (3) ผู้อื่นกำลังเปลือยกาย หรือเผยให้เห็นทั้งหมดหรือบางส่วนของร่างกายอันพึงสงวนและปกปิด อันได้แก่ บริเวณหน้าอกหญิง อวัยวะเพศ และบั้นท้าย หรือมีเพียงชุดชั้นในหรือชุดอื่นที่อาจสวมใส่ในลักษณะและวัตถุประสงค์เดียวกันสวมทับไว้ หรือ
- (4) แม้ว่าจะอยู่ในที่สาธารณะ แต่หากในการเปลือยหรือเผยให้เห็นทั้งหมดหรือบางส่วนของร่างกายอันพึงสงวนและปกปิด หรือมีเพียงชุดชั้นในหรือชุดอื่นที่อาจสวมใส่ในลักษณะและวัตถุประสงค์เดียวกันสวมทับไว้ อยู่ภายใต้สถานการณ์ พฤติการณ์และวิสัย ที่ผู้อื่นนั้นย่อมจะเชื่อได้ว่า บริเวณส่วนของร่างกายดังกล่าวจะไม่อาจถูกเห็นได้ต่อสาธารณะ

ข. การครอบครองภาพบันทึกความเป็นส่วนตัว โดยรู้หรือควรรู้ได้ว่าเป็นภาพที่เกิดจากการกระทำผิดตามข้อ ก.

ค. ส่งต่อ ขาย จำหน่าย และเผยแพร่ ภาพบันทึกความเป็นส่วนตัว ไม่ว่าจะโดยวิธีการใดๆ หรือครอบครองเพื่อการดังกล่าว โดยรู้หรือควรรู้ได้ว่าเป็นภาพที่เกิดจากการกระทำผิดตามข้อ ก.

2. แม้ในบางประเทศมิได้กำหนดให้การแอบดูด้วยตาเปล่าเป็นความผิด โดยมุ่งควบคุมเฉพาะการกระทำละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบบันทึกภาพ อันเป็นพฤติกรรมที่เกิดขึ้นใหม่ในยุคสมัยปัจจุบัน และเป็นพฤติกรรมที่มีนัยสำคัญอันก่อให้เกิดความจำเป็นเร่งด่วนในการตอบสนองต่อปัญหาการละเมิดสิทธิส่วนตัว แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการแอบดูด้วยตาเปล่ามีลักษณะการกระทำที่ใกล้เคียงกับการแอบบันทึกภาพอย่างยิ่ง ทั้งอาจเป็นพฤติกรรมเบื้องต้นที่อาจนำไปสู่การกระทำผิดทางเพศประการอื่น ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าการบัญญัติกฎหมาย ควรจะครอบคลุมทั้งการกระทำละเมิดสิทธิส่วนตัวของผู้อื่นด้วยการแอบดู แอบบันทึกภาพ รวมถึงตลอดจนการครอบครองและการเผยแพร่ภาพบันทึกส่วนตัว

3. ส่วนการติดตั้งเครื่องมืออุปกรณ์ หรือสร้าง ปรับ ดัดแปลงสิ่งปลูกสร้าง เพื่อให้การกระทำละเมิดสิทธิส่วนตัวผู้อื่นด้วยการแอบดูหรือแอบบันทึกภาพ เช่น การเจาะรู กำแพง หรือการติดตั้งกระจกสองหน้า ซึ่งในประเทศอังกฤษได้กำหนดไว้ให้เป็นการกระทำที่เป็นความผิดด้วย นั้น เห็นว่า อาจไม่ต้องกำหนดให้เป็นการกระทำที่เป็นความผิด โดยสามารถแยกพิจารณาได้ในสองแนวทาง ดังนี้ แนวทางแรก ถือได้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการแสดงออกซึ่งการกระทำแล้ว แต่ก็อาจถือเป็นเพียงการกระทำในขั้นเตรียมการ ซึ่งแม้ตามหลักกฎหมายอาญา การกระทำในชั้น “เตรียม” ซึ่งเป็นขั้นก่อนการ “ลงมือ” นั้น ยังไม่อาจถือเป็นการแสดงออกได้อย่างเพียงพอถึงจิตใจที่เป็นอาชญากรอย่างแน่นอน³⁶ กฎหมายจึงมักไม่ลงโทษแก่การกระทำในขั้นตอนนี้ โดยในกรณีของกฎหมายอาญาของไทย การเตรียมกระทำความผิดที่มีกฎหมายลงโทษว่าเป็นความผิดแล้วนั้น มักจะเป็นการเตรียมกระทำความผิดที่ร้ายแรงบางประการ เช่น ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 107, 108, 109, 110, 114, และมาตรา 128 จึงอาจต้องเป็นเรื่องของนโยบายทางอาญาดูด้วยว่าจะกำหนดให้การเตรียมการละเมิดสิทธิส่วนตัวผู้อื่นด้วยการแอบดูและแอบบันทึกภาพให้เป็นความผิดหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ในแนวทางที่สองนั้น หากไม่ถือเอาแต่ความใกล้ชิดต่อผลเป็นเกณฑ์ โดยขยายหลักการกระทำ “ขั้นสุดท้าย” (last act) ให้ครอบคลุมไปถึงการกระทำที่เป็นส่วนหนึ่งของการที่ประสงค์จะกระทำติดต่อกันจนใกล้ชิดต่อผล ประกอบกับหลักความไม่คลุมเครือ ที่ถือว่าการกระทำจะเป็นการ

³⁶Johannes Andenaes, *The General Part of the Criminal Law of Norway*, (New York: New York University Press, 1965), p. 288, อ้างใน เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบาย กฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 492.

ลงมือได้ ต่อเมื่อการกระทำนั้นชี้ให้เห็นได้อย่างปราศจากความสงสัยตามสมควรว่ามุ่งหมายต่อผลอย่างไร ย่อมต้องถือได้ว่า การติดตั้งเครื่องมืออุปกรณ์ หรือสร้าง ปรับ ดัดแปลง สิ่งปลูกสร้าง เพื่อกระทำละเมิดสิทธิส่วนตัวผู้อื่นด้วยการแอบดูหรือแอบบันทึกภาพ เป็นการกระทำในขั้นตอนการลงมือ ซึ่งเลขชั้นเตรียมการมาแล้ว นอกจากนั้น การกระทำดังกล่าว ยังเป็นภัยอันตรายโดยตรงต่อสิทธิส่วนตัวซึ่งกฎหมายประสงค์จะให้การคุ้มครอง และยังเป็นขั้นตอนที่สำคัญ เพื่อให้บรรลุถึงการกระทำความผิดอีกด้วย ดังนั้น ย่อมถือว่าการกระทำในขั้นตอนนี้เป็น การพยายามกระทำความผิดได้ หากการกระทำนั้นยังไม่เป็นความผิดสำเร็จ

4. สำหรับองค์ประกอบภายใน ผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดเฉพาะเพียงเจตนา ธรรมดา เนื่องจากหากกำหนดว่าผู้กระทำมีเจตนาพิเศษ คือ มูลเหตุชกแจงใจทางเพศ ก็จะเป็นเรื่องยากแก่การพิสูจน์ถึงเจตนาพิเศษดังกล่าว และจะกลายเป็นประเด็นข้อโต้แย้งของผู้กระทำความผิด นอกจากนั้น แม้การกระทำดังกล่าวมักจะมีนัยทางเพศเกี่ยวข้องอยู่เสมอ แต่ก็ไม่ใช่ในทุกกรณีที่ผู้กระทำจะต้องมีมูลเหตุชกแจงใจทางเพศดังกล่าว โดยอาจเพียงประสงค์จะรุกล้ำในความเป็นส่วนตัวของเหยื่อ เพื่อความพอใจหรือประโยชน์บางประการของตนเท่านั้น และแม้จะมีมูลเหตุชกแจงใจทางเพศหรือไม่ก็ตาม ผลกระทบจากการกระทำที่เกิดขึ้นต่อผู้เสียหายก็อาจไม่มีความแตกต่างกัน ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าแนวทางบัญญัติกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา และนิวซีแลนด์ ที่กำหนดให้ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดต่อสิทธิส่วนตัว โดยมีได้กำหนดองค์ประกอบของมูลเหตุชกแจงใจทางเพศไว้ น่าจะเป็นแนวทางที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย และสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจริงในปัจจุบัน

5. ตามแนวทางของประเทศนิวซีแลนด์ ซึ่งกำหนดองค์ประกอบภายในให้การกระทำความผิดในฐานะแอบบันทึกภาพตลอดจนการเผยแพร่ภาพเป็นความผิดด้วย แม้ผู้กระทำไม่ได้มีเจตนา แต่เป็นการกระทำโดยประมาทนั้น ผู้เขียนเห็นว่า เป็นแนวทางที่เป็นประโยชน์ในการให้ความคุ้มครองต่อสิทธิส่วนตัว อย่างไรก็ตาม ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคหนึ่งบุคคลจะรับผิดชอบในทางอาญาเมื่อกระทำโดยประมาท ก็เฉพาะแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยประมาท ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดความรับผิดชอบสำหรับการกระทำที่ได้กระทำโดยประมาทไว้ ได้แก่ มาตรา 204 ประกอบมาตรา 205, มาตรา 225, มาตรา 226-237 ประกอบ 239, มาตรา 291, มาตรา 300, มาตรา 311 และ มาตรา 390 ทั้งนี้ สำหรับความรับผิดชอบที่ได้กระทำโดยประมาทที่มีความใกล้เคียงในกรณี การศึกษานี้ ได้แก่ ความผิดตามมาตรา 311 ซึ่งเป็นความผิดต่อเสรีภาพ ที่ได้บัญญัติให้การกระทำโดยประมาท อันเป็นเหตุให้ผู้อื่นถูกหน่วงเหนี่ยว หรือถูกกักขัง หรือต้องปราศจากเสรีภาพในร่างกาย เป็นความผิดที่มีโทษทางอาญา แม้มาตรานี้จะมุ่งคุ้มครองเสรีภาพในร่างกายโดยตรง

แต่ผู้เขียนเห็นว่า ด้วยเหตุผลและแนวทางเดียวกัน ย่อมกำหนดให้การบันทึกภาพที่ละเมิดสิทธิส่วนตัวโดยประมาท เป็นความผิดที่มีโทษทางอาญาได้ โดยเฉพาะในปัจจุบัน การติดตั้งกล้องวงจรปิด หรือการใช้กล้องบันทึกภาพ มีความแพร่หลายเป็นการทั่วไป อาคารสำนักงาน และสถานที่ต่างๆ มักนิยมติดตั้งกล้องวงจรปิดด้วยเหตุผลทางความปลอดภัย ดังนั้น ควรจะมีบทกฎหมายวางหลักให้ผู้ติดตั้งกล้องวงจรปิด หรือผู้ที่ทำการบันทึกภาพในสถานที่หนึ่งๆ ซึ่งมีโอกาสรู้และป้องกันความเสียหายได้มากกว่า ควรเป็นผู้ที่มีหน้าที่ต้องระวัง เช่น ติดตั้งป้ายบอกว่ามีกล้องวงจรปิด หรือ จะต้องทำการติดตั้งในบริเวณที่จะไม่มีผู้ใดคาดว่าจะเป็นส่วนตัวเท่านั้น

6. เนื่องจากการละเมิดสิทธิส่วนตัวของผู้อื่นด้วยการแอบดูหรือแอบบันทึกภาพ มักเป็นการกระทำที่มีองค์ประกอบทางเพศเกี่ยวข้อง ประกอบกับประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายให้ป้องกันปราบปรามภาพลามกเกี่ยวกับเด็กโดยเฉพาะ จึงควรกำหนดเหตุฉกรรจ์เกี่ยวกับอายุของเหยื่อที่ยังเป็นเด็กหรือผู้เยาว์ไว้ด้วย และควรกำหนดเหตุฉกรรจ์กรณีหากเป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล เพื่อให้ความคุ้มครองแก่เด็กและเยาวชน รวมทั้งผู้ที่อาจขาดความสามารถในการปกป้องตนเอง โดยในกรณีของเด็ก ผู้เยาว์ และกรณีของผู้ที่อยู่ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ควรกำหนดองค์ประกอบให้ชัดเจนว่าแม้ให้ความยินยอมก็ยังคงเป็นความผิด

7. สำหรับเหตุยกเว้นความผิดนั้น ผู้เขียนเห็นว่าไม่ควรกำหนดให้ยกเว้นไม่บังคับใช้กับการปฏิบัติตามหน้าที่ของเจ้าพนักงานตามกฎหมาย ดังในประเทศสหรัฐอเมริกาหรือแคนาดา เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ในทางสืบสวนเพื่อแสวงหาข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานนั้น ไม่ควรจะต้องถึงขนาดให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานที่จะล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานในส่วนนี้ของประชาชนได้ ซึ่งในการสืบสวนด้วยวิธีการบันทึกภาพนั้น เจ้าพนักงานก็ควรกระทำด้วยความระมัดระวัง ในขอบเขตที่จำเป็น และยังคงต้องมีหน้าที่ที่จะไม่ละเมิดสิทธิส่วนตัวของผู้ต้องสงสัยจนเกินเลยไปอย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า ควรจะกำหนดเหตุยกเว้นความผิดกรณีกระทำเพื่อความชอบธรรม ป้องกันตนหรือป้องกันส่วนได้เสียเกี่ยวกับตนตามคลองธรรม หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ และจะต้องเป็นการกระทำโดยสุจริตและพอสมควรแก่เหตุ น่าจะเป็นการเหมาะสม

8. ก่อนที่จะกล่าวถึงแนวทางกำหนดโทษในส่วนต่อไป ผู้เขียนเห็นว่าควรเพิ่มเติมวิธีการเพื่อความปลอดภัย โดยให้ศาลมีอำนาจกำหนดให้ผู้กระทำได้รับการบำบัดหรือได้รับคำปรึกษาจากจิตแพทย์ หรือนักสังคมสงเคราะห์ เพื่อให้สามารถแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำ

ความผิดที่อาจมีความบกพร่องของสภาพจิตใจ แต่ยังไม่ถึงกับเป็นผู้มีจิตบกพร่อง หรือวิกลจริต หรือจิตฟั่นเฟือน

9. ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ควรจะเพิ่มการกระทำประเภทนี้ไว้ให้เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา โดยหากไม่เพิ่มเติมลักษณะความผิดเกี่ยวกับสิทธิส่วนตัวขึ้นมาเป็นการเฉพาะ ก็อาจสามารถกำหนดหมวดความผิดต่อสิทธิส่วนตัว ไว้ภายใต้ลักษณะ 11 ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง และกำหนดให้การกระทำในลักษณะละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูเป็นความผิดฐานหนึ่งภายใต้หมวดความผิดต่อสิทธิส่วนตัว

4.4.2 การกำหนดระวางโทษ

โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดฐานละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดู ควรจะกำหนดทั้งโทษจำคุกและโทษปรับ ซึ่งสอดคล้องตามแนวทางที่ได้ศึกษาจากกฎหมายของต่างประเทศ โดยควรมีอัตราโทษที่เหมาะสมเพียงพอที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ของการลงโทษ เพื่อการหยุดยั้งป้องกันบุคคลทั่วไปให้เกิดความเกรงกลัวไม่กล้าที่จะกระทำความผิดดังกล่าว อย่างไรก็ตาม การกำหนดระวางโทษสำหรับการละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูหรือแอบบันทึกภาพนี้นอกจากจะคำนึงถึงระวางโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายของต่างประเทศเกี่ยวกับความผิดฐานการแอบดูและแอบบันทึกภาพที่ได้ทำการศึกษาแล้ว ยังควรต้องพิจารณาเทียบเคียงจากระวางโทษที่กำหนดไว้ในฐานความผิดต่างๆ อันมีสาระสำคัญที่เกี่ยวข้องหรือใกล้เคียงกันตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยอีกด้วย ซึ่งจะได้กล่าวโดยละเอียดดังต่อไปนี้

1. จากการศึกษาในบทที่ 3 พบว่ากฎหมายของประเทศที่ได้ทำการศึกษามานั้นได้กำหนดระวางโทษทางอาญาสำหรับความผิดฐานแอบบันทึกภาพและอาจรวมถึงการแอบดูไว้ โดยมีโทษสูงสุดเป็นโทษจำคุก โดยสหรัฐอเมริกากำหนดระวางโทษสูงสุดจำคุก 1 ปี ประเทศอังกฤษกำหนดระวางโทษสูงสุดจำคุก 2 ปี ประเทศนิวซีแลนด์กำหนดระวางโทษสูงสุดจำคุก 3 ปี และประเทศแคนาดากำหนดระวางโทษสูงสุดจำคุก 5 ปี นอกจากนี้ ยังพบว่าประเทศในแถบเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ เช่น ฟิลิปปินส์ ได้ตราบัญญัติ Anti-Photo and Video Voyeurism Act of 2009 ซึ่งมีผลบังคับใช้ในปี ค.ศ. 2010 เพื่อกำหนดให้การละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบบันทึกภาพเป็นความผิดที่มีระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 3 ปี แต่ไม่เกิน 7 ปี อีกด้วย ซึ่งในการพิจารณาเสนอการกำหนดระวางโทษจำคุกแก่การแอบดูและแอบบันทึกภาพที่เกิดขึ้นในประเทศไทยจะได้คำนึงถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องของต่างประเทศที่ได้ทำการศึกษาไปด้วย

ในส่วนของไทยปรับนั้น เนื่องจากมีปัจจัยอื่นซึ่งต้องคำนึงควบคู่ไปด้วย เช่น ระดับค่าครองชีพของประชากร รวมถึงระดับรายได้ของประชากรต่อคนต่อปี อันจำเป็นจะต้องศึกษาในประเด็นและมิติอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องอย่างครอบคลุมเสียก่อน ในการศึกษานี้ จึงจะไม่ทำการเทียบเคียงไทยปรับของต่างประเทศ

2. ในส่วนของการเทียบเคียงกฎหมายไทยที่มีความเกี่ยวข้องและใกล้เคียงกันนั้น พบว่ามีข้อจำกัดจากการไม่มีบทบัญญัติที่คุ้มครองต่อสิทธิส่วนตัวในลักษณะที่จะสามารถเปรียบเทียบกันได้อย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม ในการศึกษาได้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 11 ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง มาตรา 309 วรรคหนึ่ง, 310 วรรคหนึ่ง, 322, 326, และ 328 ซึ่งเห็นว่ามีเกี่ยวข้องพอที่จะสามารถนำมาใช้อ้างอิงเทียบเคียงได้ มาพิจารณาถึงการกำหนดระวางโทษ นอกจากนั้น เนื่องจากการจากแอบดูและแอบบันทึกภาพ เป็นการกระทำที่มักแฝงนัยทางเพศ จึงควรที่จะนำฐานความผิดเกี่ยวกับเพศมาใช้เป็นกรอบในการพิจารณาด้วยอีกส่วนหนึ่ง ดังนี้ ในการศึกษาจึงได้นำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ มาตรา 276 วรรคหนึ่ง และ 278 มาอ้างอิงเทียบเคียงเพื่อประกอบการพิจารณาด้วย โดยมีรายละเอียดปรากฏตามตารางที่ 5

3. ผู้เขียนเห็นว่าการบังคับโทษปรับ สำหรับกรณีการกระทำความผิดดังกล่าวนี้มีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนกว่าโทษจำคุก จึงควรจะมีการบังคับโทษทั้งสองควบคู่กัน โดยประโยชน์ของโทษปรับ นอกจากจะมีต้นทุนในการบริหารจัดการต่ำกว่าโทษจำคุกแล้ว ยังมีหลักฐานทางการวิจัยที่ยืนยันว่าโทษปรับมีประสิทธิผลในการป้องปรามการฝ่าฝืนกฎหมายได้เป็นอย่างดีอีกด้วย³⁷ ซึ่งตามหลักนิติเศรษฐศาสตร์ การกำหนดค่าปรับที่เหมาะสมที่สุดในคดีอาญา คือการมุ่งให้เกิดระดับการป้องปรามที่เหมาะสมที่สุด (Optimal deterrence) กล่าวคือ เกิดความพอดีกับระดับภัย โดยไม่มากและไม่น้อยเกินไป อย่างไรก็ตาม หากผู้กระทำความผิดมีโอกาสที่จะหลบเลี่ยงการดำเนินคดี โทษปรับก็ควรจะต้องปรับเพิ่มตามสัดส่วนความน่าจะเป็นที่ลดลงในการถูกฟ้องร้องดำเนินคดี³⁸

แม้จะมีหลายฝ่ายไม่เห็นด้วยกับการกำหนดโทษปรับในปัจจุบัน เนื่องจากอาจก่อความไม่เป็นธรรมหากฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิดเหลื่อมล้ำแตกต่างกัน ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยว่าจำเป็นจะต้องเป็นพัฒนาแก้ไขกฎหมายต่อไปทั้งระบบ ดังเช่นที่มีหลายฝ่าย

³⁷ มูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาแห่งประเทศไทย, นิติศาสตร์ของระบบยุติธรรมทางอาญาของไทย, 2554, หน้า 77-80.

³⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 81-82.

เสนอให้ปรับเปลี่ยนมาใช้ค่าปรับตามรายได้ รวมถึงการที่มีข้อเสนอแนะให้มีการแก้ไขปรับปรุงโทษปรับให้เหมาะสมได้สัดส่วนกับยุคสมัยในปัจจุบัน³⁹ อย่างไรก็ตาม ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ยังคงประสงค์ที่จะชี้ให้เห็นถึงความสำคัญของโทษปรับ ที่ได้เสนอให้มีการบังคับใช้ควบคู่กับโทษจำคุก โดยอ้างอิงตามประมวลกฎหมายอาญาซึ่งใช้อยู่ในปัจจุบันเพื่อจะเทียบเคียงในการกำหนดกรอบรางวัลโทษปรับสำหรับการกระทำในลักษณะแอบดูและแอบบันทึกภาพต่อไป

จากการศึกษาพบว่า รางวัลโทษปรับตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย มีกำหนดไว้ตั้งแต่ไม่เกินหนึ่งร้อยบาท ซึ่งกำหนดเป็นรางวัลโทษสูงสุดในหลายข้อความผิดฐานลหุโทษ จนถึงสูงสุดหนึ่งล้านบาทซึ่งเป็นรางวัลโทษปรับในความผิดฐานก่อการร้าย ตามมาตรา 135/1 ซึ่งกำหนดให้ผู้กระทำความผิดฐานนี้ ต้องรางวัลโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สามปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงหนึ่งล้านบาท

สำหรับความผิดที่มีการกำหนดโทษปรับขั้นสูงเกินหนึ่งแสนบาทขึ้นไปนั้น นอกจากพบว่าจะกำหนดไว้ในความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย ความผิดเกี่ยวกับการปลอมและการแปลง ซึ่งล้วนแต่เป็นความผิดอาญาต่อแผ่นดินแล้ว ในความผิดฐานหมิ่นประมาทด้วยการโฆษณา ตามมาตรา 328 ซึ่งเป็นความผิดต่อเสรีภาพและชื่อเสียง ก็ได้มีการกำหนดรางวัลโทษปรับขั้นสูงไว้ไม่เกินสองแสนบาทด้วยเช่นกัน

4. จากที่ได้กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นควรที่จะกำหนดรางวัลโทษสำหรับการกระทำละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูและแอบบันทึกภาพดังต่อไปนี้

(1) สำหรับการแอบดูด้วยตาเปล่า ซึ่งโดยเปรียบเทียบกับกรณีการแอบบันทึกภาพ พบว่าก่อภัยต่อสิทธิส่วนตัวในระดับที่ค่อนข้างจำกัด แต่เนื่องจากการกระทำดังกล่าวได้แฝงนัยทางเพศ และก่อความเสี่ยงที่จะเกิดภัยอาชญากรรมทางเพศอื่นๆ จึงสมควรที่จะต้องกำหนดโทษจะคุก โดยควรจะมีรางวัลโทษที่สูงกว่าความผิดลหุโทษ เพื่อเป็นการแสดงความตำหนิต่างสังคมที่รุนแรงยิ่งขึ้น ผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดรางวัลโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน ซึ่งเป็นระดับโทษจำคุกที่เท่ากับความผิดฐานเปิดผนังหรือเอาจดหมาย โทรเลข หรือเอกสารซึ่งปิดผนึกของผู้อื่นไป และมีรางวัลโทษปรับตั้งแต่ 2,000 ถึง 10,000 บาท

(2) การแอบดูโดยอาศัยอุปกรณ์เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ การแอบบันทึกภาพ การแอบถ่ายทอดสภาพ ถือเป็นกรกระทำที่ก่อภัยอันตรายต่อสิทธิส่วนตัวอย่างมีนัยสำคัญ ทั้งเป็นจุดเริ่มต้นที่ก่อความเสี่ยงให้เกิดการแพร่กระจายของภาพแอบบันทึก และด้วย

³⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 23-30.

การกระทำที่แฝงนัยทางเพศ หรือเจตนาพิเศษอื่นๆ ของผู้กระทำ เช่น ต้องการจะนำใช้ข่มขู่ คุกคามผู้ถูกรกระทำ หรือนำไปแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรจะกำหนดระวางโทษที่สูงกว่าความผิดฐานต่างๆ ที่เกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง ซึ่งนำมาอ้างเทียบเคียง แต่ไม่ควรจะมีระวางโทษที่สูงเกินความผิดทางเพศ เมื่อพิจารณาระวางโทษของประเทศที่นำมาศึกษาด้วยแล้ว เห็นควรที่จะกำหนดระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปี ถึง 4 ปี และกำหนดระวางโทษปรับตั้งแต่ 10,000 บาท ถึง 40,000 บาท

หากการกระทำในข้อนี้ได้กระทำโดยประมาท ก็เห็นควรที่จะกำหนดระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี และกำหนดระวางโทษปรับตั้งแต่ 2,000 บาท ถึง 10,000 บาท

(3) การครอบครองภาพ โดยรู้หรือควรรู้ได้ว่าเป็นภาพที่เกิดจากการแอบบันทึก มีระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี และกำหนดระวางโทษปรับตั้งแต่ 10,000 บาท ถึง 40,000 บาท

(4) การส่งต่อ ขาย จำหน่าย และเผยแพร่ ภาพบันทึกความเป็นส่วนตัว ไม่ว่าจะโดยวิธีการใดๆ หรือครอบครองเพื่อการดังกล่าว โดยรู้หรือควรรู้ได้ว่าเป็นภาพที่เกิดจากการแอบบันทึก ซึ่งเป็นกรกระทำที่สำคัญที่ก่อให้เกิดการแพร่กระจายของภาพแอบบันทึก จึงควรต้องถือเป็นการกระทำที่ก่อภัยร้ายแรงไม่น้อยกว่าการแอบบันทึกภาพ ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรกำหนดระวางโทษจำคุกไว้เท่ากับการกระทำในลักษณะแอบบันทึกภาพ แต่สำหรับโทษปรับควรกำหนดไว้ในระดับที่สูงกว่า ซึ่งเมื่อเทียบเคียงกับความผิดฐานหมิ่นประมาทด้วยการโฆษณาแล้ว จึงเห็นควรที่จะกำหนดโทษสำหรับการกระทำลักษณะเผยแพร่ให้มีระวางโทษจำคุก ตั้งแต่ 1 ปี ถึง 4 ปี และกำหนดระวางโทษปรับตั้งแต่ 100,000 บาท ถึง 200,000 บาท

ตารางที่ 2 กฎหมายไทยในปัจจุบันที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูและแอบบันทึกภาพ

การกระทำที่กำหนดเป็นความผิดในฐานความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับการแอบดู/แอบบันทึกภาพในต่างประเทศ		ความผิดฐานกระทำให้ผู้อื่นได้รับความเดือดร้อนรำคาญในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัล (ป.อ.ม.397)	ความผิดฐานนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามกฯ (พ.ร.บ.ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 ม.14(4) และ (5))	ความผิดฐานหมิ่นประมาท (ป.อ.ม.326 และ ม.328)	ความผิดฐานค้าสิ่งลามก (ป.อ.ม.287)
1.1	แอบดูด้วยตาเปล่า	√	×	×	×
1.2	ติดตั้งเครื่องมืออุปกรณ์เพื่อการแอบดูด้วยตาเปล่า	×	×	×	×
1.3	ถ่ายทอดสดภาพ	√	×	×	×
1.4	แอบบันทึกภาพ	√	×	×	√
2.1	ครอบครองภาพ	×	×	×	×
2.2	ครอบครองภาพเพื่อเผยแพร่	×	×	×	√
3.1	เผยแพร่ทางกายภาพ	×	×	√	√
3.2	เผยแพร่ทางอิเล็กทรอนิกส์	×	√	√	√

ตารางที่ 3 ปัญหาและอุปสรรคของการบังคับใช้กฎหมายในปัจจุบันที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลด้วยการแอบดูและแอบบันทึกภาพ

ความผิด	คุณธรรมของกฎหมาย	ระวางโทษ	ปัญหา/อุปสรรคการบังคับใช้
ความผิดฐานกระทำให้ผู้อื่นได้รับความเดือดร้อนรำคาญในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัล (ป.อ.ม.397)	ความไม่สะดวกใจ	จำคุกไม่เกิน 1 เดือน หรือปรับไม่เกิน 1,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ	<ol style="list-style-type: none"> 1. ไม่ครอบคลุมทุกลักษณะการกระทำ 2. เป็นเพียงความผิดลหุโทษ จึงมีข้อจำกัดในการบังคับใช้หากการกระทำยังอยู่ในชั้นตอนการพยายาม หรือกรณีของผู้สนับสนุน หรือกรณีการควบคุมตัวผู้กระทำความผิด หรือกรณีที่ไม่อาจถือเป็นความผิดเพื่อเพิ่มโทษ 3. โทษเล็กน้อยไม่เหมาะสมกับภัยที่การกระทำได้ก่อขึ้น 4. ข้อจำกัดด้านอายุความเพียงหนึ่งปี 5. เป็นเหตุให้องค์การที่ผู้กระทำมีความผูกพัน มีแนวโน้มที่จะดำเนินการกระทำดังกล่าวเพียงเล็กน้อย
ความผิดฐานนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามกฯ (พ.ร.บ.ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ฯ ม.14(4) และ (5))	ความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม ความมั่นคงของรัฐ รวมทั้งความสงบสุขและศีลธรรมอันดีของประชาชน	จำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกิน 100,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ	<ol style="list-style-type: none"> 1. ไม่ครอบคลุมทุกลักษณะการกระทำ 2. ไม่ได้มุ่งคุ้มครองประโยชน์ของบุคคล แต่มุ่งคุ้มครองประชาชนทั่วไป 3. กฎหมายยังมีปัญหาในเรื่องความไม่ชัดเจน
ความผิดฐานหมิ่นประมาท (ป.อ.ม.326 และ ม.328)	เกียรติ	ม.326 จำคุกไม่เกิน 1 เดือน หรือปรับไม่เกิน 20,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ม.328 จำคุกไม่เกิน 2 ปี และปรับไม่เกิน 200,000 บาท	<ol style="list-style-type: none"> 1. ไม่ครอบคลุมทุกลักษณะการกระทำ 2. มิได้มุ่งคุ้มครองสิทธิส่วนตัว 3. ยังไม่ปรากฏแนวบรรทัดฐานของการนำภาพแอบบันทึกในลักษณะต่างๆ ไปเผยแพร่ ว่ากรณีใด อย่างไรจะถือเป็นหมิ่นประมาท
ความผิดฐานค้าสิ่งลามก (ป.อ.ม.287)	ความดีงามและศีลธรรมของสังคม	จำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 6,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ	<ol style="list-style-type: none"> 1. ไม่ครอบคลุมทุกลักษณะการกระทำ 2. ไม่ได้มุ่งคุ้มครองประโยชน์ของบุคคล แต่มุ่งคุ้มครองประชาชนทั่วไป 3. ต้องมีองค์ประกอบทางการค้า

ตารางที่ 4 การกระทำที่กำหนดไว้เป็นความผิดในฐานะความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูและแอบบันทึกภาพตามกฎหมายต่างประเทศที่ได้ทำการศึกษา เปรียบเทียบกับข้อเสนอแนะของวิทยานิพนธ์

การกระทำที่กำหนดเป็นความผิดในฐานะความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับการแอบดู/แอบบันทึกภาพ		อังกฤษ	สหรัฐอเมริกา	แคนาดา	นิวซีแลนด์	ข้อเสนอแนะของวิทยานิพนธ์
1. การกระทำเกี่ยวกับการแอบดู/แอบบันทึกภาพ						
1.1	แอบดูด้วยตาเปล่า	มี SOA2003 s.67(1)	ไม่มี	มี CA Criminal Code s.162(1)	ไม่มี	มี
1.2	ติดตั้งเครื่องมืออุปกรณ์เพื่อการแอบดูด้วยตาเปล่า	มี SOA2003 s.67(4)	ไม่มี	ไม่มี	ไม่มี	ไม่มี
1.3	ถ่ายทอดสดภาพ	มี SOA2003 s.67(2)	มี US Code s.1801	มี CA Criminal Code s.162(1)	มี NZ Crimes Act 1961 s.216H	มี
1.4	แอบบันทึกภาพ	มี SOA2003 s.67(3)	มี US Code s.1801	มี CA Criminal Code s.162(1)	มี NZ Crimes Act 1961 s.216H	มี

การกระทำที่กำหนดเป็นความผิดในฐานะ ความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับการ การแอบดู/แอบบันทึกภาพ		อังกฤษ	สหรัฐอเมริกา	แคนาดา	นิวซีแลนด์	ข้อเสนอแนะของ วิทยานิพนธ์
2. การกระทำเกี่ยวกับการครอบครองภาพแอบบันทึก						
2.1	ครอบครองภาพ	ไม่มี	ไม่มี	ไม่มี	มี NZ Crimes Act 1961 s.216(2)	มี
2.2	ครอบครองภาพเพื่อเผยแพร่	ไม่มี	ไม่มี	มี CA Criminal Code s.162(4)	มี NZ Crimes Act 1961 s.216(1)	มี
3. การกระทำเกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพแอบบันทึก						
3.1	เผยแพร่ทางกายภาพ	ไม่มี	ไม่มี	มี CA Criminal Code s.162(4)	มี NZ Crimes Act 1961 s.216J	มี
3.2	เผยแพร่ทางอิเล็กทรอนิกส์	ไม่มี	มี US Code s.1801	มี CA Criminal Code s.162(1)	มี NZ Crimes Act 1961 s.216J	มี

ตารางที่ 5 ระวังโทษของฐานความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง และความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา

ความผิด	คุณธรรมของกฎหมาย	การกระทำความผิด	ระวังโทษ
ลักษณะ 11 ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง			
มาตรา 309 วรรคหนึ่ง ความผิดฐานข่มขืนใจผู้อื่น	เสรีภาพในการตัดสินใจ	ข่มขืนใจผู้อื่นให้กระทำการใด ไม่กระทำการใด หรือจำยอมต่อสิ่งใด โดยทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียงหรือทรัพย์สินของผู้ถูกข่มขืนใจนั้นเองหรือของผู้อื่น หรือโดยใช้กำลังประทุษร้ายจนผู้ถูกข่มขืนใจต้องกระทำการนั้น ไม่กระทำการนั้นหรือจำยอมต่อสิ่งนั้น	จำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 6,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ
มาตรา 310 วรรคหนึ่ง ความผิดฐานกระทำให้ผู้อื่นปราศจากเสรีภาพในร่างกาย	เสรีภาพในร่างกาย	หน่วงเหนี่ยวหรือกักขังผู้อื่น หรือกระทำให้ด้วยประการใดให้ผู้อื่นปราศจากเสรีภาพในร่างกาย	จำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 6,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ
มาตรา 322 ความผิดฐานเปิดผนึกหรือเอาจดหมาย โทรเลข หรือเอกสารซึ่งปิดผนึกของผู้อื่นไป	สิทธิส่วนตัวของบุคคล	เปิดผนึกหรือเอาจดหมาย โทรเลข หรือเอกสารใดๆ ซึ่งปิดผนึกของผู้อื่นไป เพื่อล่วงรู้ข้อความก็ดี เพื่อนำข้อความในจดหมาย โทรเลขหรือเอกสารเช่นว่านั้นออกเปิดเผยก็ดี ถ้าการกระทำนั้นน่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด	จำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 1,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ
มาตรา 326 ความผิดฐานหมิ่นประมาท	เกียรติ	ใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ผู้หนึ่งกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท	จำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 20,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ความผิด	คุณธรรมของกฎหมาย	การกระทำความผิด	ระวางโทษ
มาตรา 328 ความผิดฐานหมิ่นประมาท ด้วยการโฆษณา	เกียรติ	ถ้าความผิดฐานหมิ่นประมาทได้กระทำโดยการโฆษณา ด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพ หรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ แผ่นเสียง หรือสิ่งบันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกอักษร กระทำ โดยการกระจายเสียง หรือการกระจายภาพ หรือโดย กระทำการป่าวประกาศด้วยวิธีอื่น	จำคุกไม่เกิน 2 ปี และ ปรับไม่เกิน 200,000 บาท
ลักษณะ ๙ ความผิดเกี่ยวกับเพศ			
มาตรา 276 วรรคหนึ่ง ความผิดฐานข่มขืนกระทำ ชำเรา	เสรีภาพในทางเพศ	ข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่ สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตน เป็นบุคคลอื่น	จำคุกตั้งแต่ 4 ปี ถึง 20 ปี และ ปรับตั้งแต่ 8,000 บาทถึง 40,000 บาท
มาตรา 278 ความผิดฐานอนาจารบุคคล อายุกว่าสิบห้าปี	เสรีภาพในทางเพศ	กระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปีโดยขู่เข็ญด้วย ประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ใน ภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจ ผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น	จำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือ ปรับไม่เกิน 20,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

การกระทำในลักษณะละเมิดสิทธิส่วนตัวของผู้อื่นด้วยการแอบดู (Voyeurism) เป็นการกระทำที่คุกคามต่อสิทธิส่วนตัวของผู้อื่น อันได้แก่ สิทธิที่จะอยู่คนเดียว ตลอดจนเสรีภาพที่จะเลือกแสดงออกถึงความเป็นตัวตน เสรีภาพในการควบคุมการเปิดเผยร่างกาย รวมถึงเสรีภาพในการควบคุมการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับเนื้อตัวร่างกายของตนเอง การกระทำดังกล่าวจึงถือเป็นภัยคุกคามซึ่งก่อผลร้ายต่อสิทธิส่วนตัวในส่วนที่มีความสำคัญใกล้เคียงกับสิทธิในชีวิตร่างกาย อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีความสำคัญยิ่งต่อความเป็นมนุษย์

การละเมิดสิทธิส่วนตัวของผู้อื่นด้วยการแอบดู เป็นพฤติกรรมเบี่ยงเบนที่รู้จักกันมาแต่เดิมในรูปแบบของพฤติกรรม “ถ้ำมอ” ซึ่งสังคมเคยถือเป็นเพียงการกระทำผิดเล็กๆ น้อยๆ ในลักษณะการก่อความเดือดร้อนรำคาญให้แก่ผู้ถูกรบกวน แต่ด้วยผลของความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี เป็นเหตุให้ในยุคปัจจุบัน อุปกรณ์เครื่องมือเพื่อการสอดแนม เช่น กล้องขนาดจิ๋ว กลายเป็นสินค้าที่หาซื้อกันได้โดยง่าย ในราคาที่ไม่แพง อีกทั้งโทรศัพท์มือถือแบบติดตั้งกล้องบันทึกภาพเป็นสิ่งที่ผู้คนในสังคมมีพกพาไว้เป็นการทั่วไป สิ่งเหล่านี้ได้กลายเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้พฤติกรรมเบี่ยงเบนประเภทการแอบดู ได้รับเปลี่ยนไปสู่รูปแบบการแอบบันทึกภาพ หรือที่เรียกกันว่า “แอบถ่าย” และเมื่อการแอบบันทึกภาพได้ผนวกเข้ากับการสื่อสารอันสะดวกและรวดเร็วบนระบบอินเทอร์เน็ตแล้ว จึงได้กลายเป็นภัยถ้ำมอรูปแบบใหม่ ซึ่งทำให้ภาพความเป็นส่วนตัวของผู้ถูกรบกวนไม่เพียงแต่จะปรากฏแก่สายตาของผู้แอบบันทึกภาพเท่านั้น แต่สามารถแพร่กระจายสู่สายตาคนอื่นอีกอย่างไม่จำกัด อันเป็นการก่อภัยต่อสิทธิส่วนตัวของผู้อื่นได้อย่างร้ายแรงกว่าภัยถ้ำมอในอดีตเป็นหลายเท่าทวีคูณ อีกทั้งผลกระทบจากการตกเป็นเหยื่อของการแอบบันทึกภาพยังสามารถก่อผลร้ายต่อจิตใจของผู้ถูกรบกวนได้อย่างรุนแรง ในเบื้องต้นพบว่าผู้ถูกรบกวนมักรู้สึกอับอายและสะเทือนใจ แต่ในระยะยาว ผลกระทบที่เกิดขึ้นอาจมีลักษณะเป็นการพัฒนาอาการและความผิดปกติของจิตใจ เช่นพฤติกรรมทางอาหารที่ผิดปกติ การไม่ไว้ใจความสัมพันธ์ และอาการหวาดระแวง โดยพบว่า ผู้ถูกรบกวนบางรายได้ตัดสินใจที่จะฆ่าตัวตาย หลังจากถูกนำภาพแอบบันทึกขณะกระทำกิจส่วนตัวออกเผยแพร่ผ่านระบบอินเทอร์เน็ต

นอกจากนั้น การที่ปัญหาการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลด้วยการแอบบันทึกภาพได้ก่อให้เกิดกระแสความนิยมสื่อลามกในรูปแบบคลิปแอบถ่ายขึ้นในสังคม ประกอบกับข้อเท็จจริงที่บ่งชี้ว่า ผู้ที่หมกมุ่นต่อการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลด้วยการแอบดูหรือแอบบันทึกภาพ ซึ่งอาจถือเป็นพฤติกรรมเบี่ยงเบนเพศประเภทหนึ่ง มีแนวโน้มที่มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนทางเพศอื่นร่วมด้วย หรืออาจพัฒนาพฤติกรรมเบี่ยงเบนไปสู่การกระทำที่รุนแรงยิ่งขึ้น เช่น การอนาจาร หรือการข่มขืนกระทำชำเรา ในหลายประเทศจึงเห็นความสำคัญที่จะบัญญัติกฎหมายเพื่อบังคับใช้กับการกระทำความผิดฐานแอบดูหรือแอบบันทึกภาพขึ้น เพื่อมุ่งตอบสนองต่อปัญหาดังกล่าวอย่างเฉาะเจาะจง

จากการศึกษากฎหมายในต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา และประเทศนิวซีแลนด์ ที่ได้มีการบัญญัติกฎหมายเพื่อบังคับใช้กับการกระทำความผิดฐานแอบดูหรือแอบบันทึกภาพ พบว่า แม้กฎหมายจะมีความมุ่งหมายที่จะให้ความคุ้มครองแก่สิทธิส่วนบุคคลของประชาชนเหมือนกัน แต่การกำหนดองค์ประกอบความผิดมีความแตกต่างกันในรายละเอียด เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาและนิวซีแลนด์ ไม่กำหนดองค์ประกอบภายในเกี่ยวกับมูลเหตุชักจูงใจทางเพศ และไม่กำหนดให้การแอบดูด้วยตาเปล่าเป็นการกระทำที่มีความผิด ในขณะที่ประเทศอังกฤษและแคนาดา มีการกำหนดถึงมูลเหตุชักจูงใจทางเพศไว้เป็นองค์ประกอบภายใน และกำหนดให้การแอบดูด้วยตาเปล่าเป็นความผิด เป็นต้น ซึ่งอาจมีเหตุผลที่มาจากวิธีมองปัญหาที่ต่างกัน โดยหากพิจารณาในส่วนของผู้กระทำ การกระทำในลักษณะละเมิดสิทธิส่วนบุคคลด้วยการแอบดูและแอบบันทึกภาพ มักจะมีองค์ประกอบทางเพศเข้ามาเกี่ยวข้องเสมอ แต่หากมองผลร้ายที่เกิดขึ้นแก่ผู้ถูกระทำ ก็จะเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสิทธิส่วนบุคคล และด้วยการมองปัญหาที่ต่างกันนั้น น่าจะเป็นเหตุให้มีการบัญญัติประเภทความผิดไว้ต่างกัน โดยประเทศอังกฤษและแคนาดา กำหนดให้การกระทำความผิดฐานแอบดูและแอบบันทึกภาพเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศ ในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกาและนิวซีแลนด์ กำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับการแอบบันทึกภาพไว้เป็นความผิดต่อสิทธิส่วนบุคคล

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษา พบว่าองค์ประกอบภายในเกี่ยวกับมูลเหตุชักจูงใจทางเพศ เป็นเรื่องที่ยากแก่การพิสูจน์ และผู้ถูกกล่าวหาหมกมุ่นเป็นข้อต่อสู้ว่าตนเองมิได้มีมูลเหตุชักจูงใจทางเพศในการกระทำความผิดดังกล่าว ดังที่ปรากฏในคดีที่ขึ้นสู่ศาลในต่างประเทศ อีกทั้งแม้จะเป็นส่วนมากแต่ก็ไม่ใช้ทุกกรณีที่ผู้กระทำจะมีมูลเหตุเพื่อแสวงหาความพอใจทางเพศ เช่น อาจกระทำไปเพื่อต้องการนำภาพไปข่มขู่ผู้ถูกระทำ เป็นต้น นอกจากนี้ ไม่ว่าผู้กระทำจะมีมูลเหตุชักจูงใจทางเพศหรือไม่ ความเสียหายที่เกิดจากการกระทำความผิดดังกล่าวก็ไม่ได้แตกต่างกัน ดังนั้น การกำหนดความรับผิดของการกระทำความผิดดังกล่าวนี้ น่าจะเหมาะสมและเกิดประสิทธิภาพในการ

บังคับใช้มากกว่า หากกำหนดเพียงเจตนารมณ์โดยไม่ได้กำหนดว่าจะต้องกระทำโดยมีมูลเหตุชักจูงใจทางเพศ

นอกจากนั้น ในการกำหนดองค์ประกอบภายในเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบบันทึกภาพโดยความประมาท อันเป็นแนวทางของประเทศนิวซีแลนด์ พบว่ามีประโยชน์ในการขยายความคุ้มครองต่อสิทธิส่วนตัว และน่าจะมีความเหมาะสมในการตอบสนองต่อปัญหาในเชิงรุก เนื่องจากในปัจจุบัน มีการติดตั้งกล้องวงจรปิดตามสถานที่และอาคารต่างๆ อย่างเป็นการทั่วไป จึงควรกำหนดให้ผู้ที่ทำการติดตั้งกล้องเพื่อบันทึกภาพ ซึ่งมีโอกาสที่จะรู้และป้องกันเหตุมากกว่า จะต้องมีความระมัดระวังและตระหนักในสิทธิส่วนตัวของผู้อื่น เช่น จะต้องไม่ติดตั้งในที่ที่ผู้อื่นอาจคาดหมายว่าจะได้รับความความเป็นส่วนตัว รวมทั้งควรจะมีการติดตั้งโดยเปิดเผยและแจ้งบอกในบริเวณที่ติดตั้ง เป็นต้น

สำหรับการครอบครอง ส่งต่อ ขาย จำหน่าย และเผยแพร่ภาพบันทึกจากการละเมิดสิทธิส่วนตัว ถือเป็นกรกระทำที่ควรบัญญัติให้เป็นความผิดเช่นเดียวกับ การแอบดู การแอบบันทึกภาพ และการส่งต่อภาพแบบถ่ายทอดสด เนื่องจากการกระทำที่ก่อความเสียหายได้อย่างมีนัยสำคัญ เพราะเป็นการกระทำที่เป็นเหตุให้เกิดการกระจายเผยแพร่ภาพบันทึกจากการละเมิดสิทธิส่วนตัวขยายตัวออกไปเป็นวงกว้าง จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการทางกฎหมายเพื่อยับยั้งการกระทำดังกล่าวนี้ เพื่อระงับและบรรเทาความเสียหายที่อาจเกิดต่อผู้ถูกรักษา

ส่วนอัตราโทษสำหรับการกระทำความผิดดังกล่าวในแต่ละประเทศ พบว่ามีการกำหนดแตกต่างกันออกไป จากการศึกษพบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดอัตราโทษจำคุกสูงสุดไว้ไม่เกิน 1 ปี ประเทศอังกฤษกำหนดอัตราโทษจำคุกสูงสุดไว้ไม่เกิน 2 ปี ประเทศนิวซีแลนด์กำหนดโทษจำคุกสูงสุดไว้ไม่เกิน 3 ปี ส่วนประเทศแคนาดากำหนดอัตราโทษจำคุกสูงสุดไว้ไม่เกิน 5 ปี

เมื่อพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูและแอบบันทึกภาพในประเทศไทย อันได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287, 326, 328 และ 397 และ พ.ร.บ.ว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 มาตรา 14(4) และ (5) ซึ่งต่างมิใช่บทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองสิทธิส่วนตัวโดยตรง และมีได้มุ่งป้องกันปราบปรามต่อการกระทำในลักษณะดังกล่าวเป็นการเฉพาะ จึงทำให้การบังคับใช้กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันกับการกระทำละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูและแอบบันทึกภาพ นอกจากจะไม่ครอบคลุมแก่ลักษณะการกระทำดังกล่าวในทุกรูปแบบแล้ว ในการนำมาปรับใช้ยังจำเป็นต้องพิสูจน์ถึงองค์ประกอบความผิด

ตามฐานความผิดของกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ ทั้งๆที่อาจไม่มีความเกี่ยวข้องกับองค์ประกอบของการกระทำในลักษณะละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูหรือแอบบันทึกภาพ นอกจากนี้ ระยะเวลาที่โทษตามกฎหมายฐานต่างๆที่เกี่ยวข้อง อาจไม่เหมาะสมแก่พฤติการณ์ของการละเมิดสิทธิส่วนตัวของผู้อื่นด้วยการแอบดูหรือแอบบันทึกภาพ ทั้งหมดนี้ ย่อมเป็นเหตุให้การบังคับใช้กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันกับการกระทำดังกล่าวขาดประสิทธิภาพ

ดังนั้น เมื่อการแอบดูและแอบบันทึกภาพ เป็นการกระทำที่ถือได้ว่าอยู่ในขอบเขตอันควรนำกฎหมายอาญามาบังคับใช้แก่การกระทำดังกล่าวในบริบทของสังคมไทย จึงสมควรบัญญัติฐานความผิดเฉพาะที่มีโทษทางอาญาเพื่อให้เหมาะสมกับการกระทำละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูและแอบบันทึกภาพ เพื่อเป็นการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ถูกระทำ ตลอดจนรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม โดยนำมาตราการทางกฎหมายในต่างประเทศมาเป็นแนวทาง เนื่องจากเป็นกฎหมายที่มีการออกแบบมาเพื่อบังคับใช้แก่การกระทำดังกล่าวเป็นการเฉพาะและมีการพัฒนาผ่านห้วงเวลามาในระยะหนึ่งแล้ว เพื่อให้ประเทศไทยมีกฎหมายบังคับใช้กับการกระทำดังกล่าวอย่างเหมาะสม และคุ้มครองผู้ถูกระทำได้อย่างมีประสิทธิภาพ

5.2 ข้อเสนอแนะ

ผู้เขียนเห็นควรบัญญัติให้การกระทำละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูและแอบบันทึกภาพ เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา โดยการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ด้วยการเพิ่มหมวด 4 ความผิดต่อสิทธิส่วนตัว ไว้ภายใต้ลักษณะ 11 ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง และควรบัญญัติเหตุจูงใจเกี่ยวกับอายุของเหยื่อที่ยังเป็นเด็กหรือผู้เยาว์ไว้ด้วย รวมถึงควรกำหนดเหตุจูงใจกรณีหากเป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล เพื่อให้ความคุ้มครองแก่เด็กและเยาวชน รวมทั้งผู้ที่ขาดความสามารถในการปกป้องตนเอง นอกจากนี้ ควรกำหนดเหตุยกเว้นความรับผิด ในกรณีกระทำเพื่อความชอบธรรม ป้องกันตนหรือป้องกันส่วนได้เสียเกี่ยวกับตนตามคลองธรรม หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยจะต้องเป็นการกระทำที่พอสมควรแก่เหตุและโดยสุจริต โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

“หมวด 4

ความผิดต่อสิทธิส่วนตัว

มาตรา 333/1 ผู้ใด

(1) กระทำการแอบดูผู้อื่น โดยที่ผู้อื่นไม่รู้และไม่ได้ให้ความยินยอม ในขณะที่ผู้อื่นอยู่ในสถานการณ์ที่ย่อมมีความคาดหมายอันควรที่จะได้รับความเป็นส่วนตัว และ

- ก. ผู้อื่นกำลังกระทำกิจธุระส่วนตัวในการใช้ห้องน้ำและห้องสุขา หรือ
- ข. ผู้อื่นกำลังเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเพศ หรือ
- ค. ผู้อื่นกำลังเปลือยกาย หรือเผยให้เห็นทั้งหมดหรือบางส่วนของร่างกายอันพึงสงวนและปกปิด อันได้แก่ บริเวณหน้าอกหญิง อวัยวะเพศ และบั้นท้าย หรือมีเพียงชุดชั้นในหรือชุดอื่นที่อาจสวมใส่ในลักษณะและวัตถุประสงค์เดียวกันสวมทับไว้ หรือ
- ง. แม้ว่าจะอยู่ในที่สาธารณะ แต่หากในการเปลือยหรือเผยให้เห็นทั้งหมดหรือบางส่วนของร่างกายอันพึงสงวนและปกปิด หรือมีเพียงชุดชั้นในหรือชุดอื่นที่อาจสวมใส่ในลักษณะและวัตถุประสงค์เดียวกันสวมทับไว้ อยู่ภายใต้สถานการณ์ พฤติการณ์และวิสัย ที่ผู้อื่นนั้นย่อมจะเชื่อได้ว่า บริเวณส่วนของร่างกายดังกล่าวจะไม่อาจถูกเห็นได้ต่อสาธารณะ

ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงหนึ่งหมื่นบาท

(2) กระทำผิดตาม (1) โดยอาศัยอุปกรณ์เครื่องมือทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือเป็นการกระทำในลักษณะแอบบันทึกภาพ หรือการแอบถ่ายทอดสดภาพ ไม่ว่าจะด้วยการใช้อุปกรณ์เครื่องมือใดๆ หรือด้วยวิธีการใดๆ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสี่ปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท

(3) ครอบครองภาพบันทึกความเป็นส่วนตัว โดยรู้หรือควรรู้ได้ว่าเป็นภาพที่เกิดจากการกระทำผิดตามข้อ (2) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท

(4) ส่งต่อ ขาย จำหน่าย หรือเผยแพร่ภาพบันทึกความเป็นส่วนตัว ไม่ว่าจะโดยวิธีการใดๆ หรือกระทำการครอบครองไว้เพื่อการดังกล่าว โดยรู้หรือควรรู้ได้ว่าเป็นภาพที่เกิดจากการ

กระทำผิดตามข้อ (1) ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสี่ปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงสองแสนบาท

มาตรา 333/2 ถ้าการกระทำตามมาตรา 333/1 (2) ได้กระทำโดยความประมาท ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงหนึ่งหมื่นบาท

มาตรา 333/3 ถ้าการกระทำผิดตามมาตรา 333/1 เป็นการกระทำต่อบุคคลอายุต่ำกว่าสิบห้าปี แต่ยังไม่ถึงสิบแปดปี หรือเป็นภาพบันทึกความเป็นส่วนตัวของบุคคลอายุต่ำกว่าสิบห้าปี แต่ยังไม่ถึงสิบแปดปี แล้วแต่กรณี โดยผู้นั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้หนึ่งในสาม

มาตรา 333/4 ถ้าการกระทำผิดตามมาตรา 333/1 เป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่ถึงสิบห้าปี หรือเป็นภาพบันทึกความเป็นส่วนตัวของเด็กอายุยังไม่ถึงสิบห้าปี แล้วแต่กรณี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้สองในสาม

มาตรา 333/5 ถ้าการกระทำผิดตามมาตรา 333/1 มาตรา 333/3 หรือมาตรา 333/4 เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล แม้ผู้นั้นจะยินยอมก็ตาม ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ หนึ่งในสาม

มาตรา 333/6 ผู้ใดได้กระทำโดยสุจริตและพอสมควรแก่เหตุ เพื่อความชอบธรรม ป้องกันส่วนได้เสียเกี่ยวกับตนตามทำนองคลองธรรม หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ ผู้นั้นไม่มีความผิด

มาตรา 333/7 ความผิดในหมวดนี้ นอกจากความผิดตามมาตรา 333/3 มาตรา 333/4 และ มาตรา 333/5 เป็นความผิดอันยอมความได้”

นอกจากนั้น ผู้เขียนยังควรที่จะมีการแก้ไขวิธีการเพื่อความปลอดภัย โดยกำหนดให้ศาลมีอำนาจให้ผู้กระทำความผิดฐานละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูหรือแอบบันทึกภาพ เข้ารับการประเมินทางจิต หรือได้รับการบำบัดรักษาทางจิต รวมถึงการได้รับคำปรึกษาจากนักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์ และการบำบัดรักษาอย่างอื่นตามที่ศาลเห็นสมควร หากผู้กระทำความผิดมีอาการป่วยทางจิต โดยไม่ถึงกับเป็นผู้มีจิตบกพร่อง โรคจิต หรือจิตฟั่นเฟือนด้วยอีกส่วนหนึ่ง

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. **หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ**. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2547.

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. **คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1**. กรุงเทพมหานคร : จีระวิชาการพิมพ์, 2546.

ไกรฤกษ์ เกษมสันต์. **คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาคความผิด: มาตรา 288 ถึง 366**. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2551.

คณิต ณ นคร. พิมพ์ครั้งที่ 10. **กฎหมายอาญาภาคความผิด**. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2553.

คณิต ณ นคร. พิมพ์ครั้งที่ 3. **กฎหมายอาญาภาคทั่วไป**. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2551.

คณิต บุญสุวรรณ. **สิทธิเสรีภาพของคนไทย ศักดิ์ศรีความเป็นคน**. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2542.

คมชัดลึก. **รพบ努มถ่ายคลิปลตามใบสั่งคาคหองน้ำห้างดั่ง [ออนไลน์]**. 2552. แหล่งที่มา : <http://www.komchadluek.net/detail/20091114/37214.html> [25 พฤษภาคม 2553]

ชญาน์พิมพ์ บัวดิษฐ์เดชา. **ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้คุกคามผู้อื่นโดยใช้อินเทอร์เน็ต**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551.

ชูชีพ ปิณฑะสิริ. **การละเมิดสิทธิส่วนตัว**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525.

ณรงค์ ใจหาญ. **ความหมายของสิ่งลามกในกฎหมาย**. **วารสารนิติศาสตร์**, 16 (มิถุนายน 2529): 125-131.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, พิมพ์ครั้งที่ 5. **หลักกฎหมายอาญาภาคความผิด**, กรุงเทพมหานคร :
วิญญูชน, 2548.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, พิมพ์ครั้งที่ 17. **ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง**, กรุงเทพมหานคร
: วิญญูชน, 2548.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, พิมพ์ครั้งที่ 2. **คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ**.
กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2548.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. **มุมมองใหม่ในกฎหมายอาญา**. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2550.

ไทยรัฐ. **ภัยร้ายแมนชั่น** [ออนไลน์]. 2552. แหล่งที่มา :

<http://www.thairath.co.th/content/region/33076> [25 พฤษภาคม 2553]

ไทยรัฐ. **รวบหนุ่มเมืองคอน แอบถ่ายนุสบา** [ออนไลน์]. 2552. แหล่งที่มา :

<http://www.thairath.co.th/today/view/51844> [25 พฤษภาคม 2553]

นฤพนธ์ จ้อยทองมูล. **การกระทำผิดทางเพศของบุคคลในครอบครัว**. วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544.

นवलจันทร์ ทิศนชัยกุล. **อาชญากรรม การป้องกัน การควบคุม**. กรุงเทพมหานคร : คณะ
สังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2548.

บริษัท ศูนย์นวัตกรรมอินเทอร์เน็ตไทย จำกัด. **ผลสำรวจจากผู้ตอบแบบสอบถามจำนวน
24,975 คน ในช่วงระหว่างเดือนสิงหาคม 2008– สิงหาคม 2009** [ออนไลน์]. 2552.

แหล่งที่มา http://poll.truehits.net/reports/report_year2009.php [14 สิงหาคม 2553]

ประธาน วัฒนวาณิชย์. **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา**. กรุงเทพมหานคร:
ประกายพริก, 2546.

ปุระชัย เปี่ยมสมบูรณ์. **การควบคุมอาชญากรรมจากสภาพแวดล้อม: หลักทฤษฎีและ
มาตรการ**. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไอเดียสโตร์, 2526.

ปุระชัย เปี่ยมสมบูรณ์. **อาชญาวิทยา : สหวิทยาการว่าด้วยปัญหาอาชญากรรม**.
กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531.

- พรเพชร วิชิตชลชัย. **คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550**. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม, 2550.
- พินศิริ นามสีฐาน. **ความผิดเกี่ยวกับเพศ : ศึกษากรณีล่วงเกินทางเพศ**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543.
- พิพัฒน์ จักรางกูร. **คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ว่าด้วย ความผิดเกี่ยวกับศาสนา ความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชน ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อประชาชน ความผิดเกี่ยวกับการปลอมและการแปลง ความผิดหลุโทษ**. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2528.
- ไพจิตร ปุญญพันธ์. **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด**. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.
- ไพรัตน์ พุกษชาติคุณากร. **จิตเวชศาสตร์ เล่มที่ 1**. เชียงใหม่ : โครงการตำรา มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2534.
- มยุรี อัครบาล. ตะลุยข่าว : ภัยใต้โต๊ะแอบถ่ายหมอลาว. **คมชัดลึก**. (8 ธันวาคม 2551) : 6.
- มานิตย์ จุมปา. **คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์**. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2553.
- มูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาแห่งประเทศไทย. **นิติศาสตร์ของระบบยุติธรรมทางอาญาของไทย** [ออนไลน์]. 2554. แหล่งที่มา : <http://www.tdri.or.th/download/publication/s57.pdf> [20 กรกฎาคม 2555]
- ราชบัณฑิตยสถาน. **พจนานุกรม ราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542** [ออนไลน์]. แหล่งที่มา : rirs3.royin.go.th/new-search/word-search-all-x.asp [12 ธันวาคม 2552]
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. **สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2538.

วิทยา นาควัชระ. **ขอบแอบดูคนอื่นเข้าห้องน้ำ** [ออนไลน์]. แหล่งที่มา : http://www.elib-online.com/doctors/mental_peep01.html [29 สิงหาคม 2552]

ศูนย์เฝ้าระวังภัยทางเทคโนโลยี (IT Watch) มูลนิธิกระจกเงา. **ประมวลสถานการณ์และแนวโน้มภัยเทคโนโลยี ปี 2553-2554** [ออนไลน์]. แหล่งที่มา : <http://www.thaiitwatch.org> [25 มีนาคม 2554]

สมภพ เรื่องตระกูล. **ความผิดปกติทางเพศ**. กรุงเทพมหานคร: เรือนแก้วการพิมพ์, 2546.

สมาคมผู้บริโภคสื่อสีขาว. **ภาพยนตร์** [ออนไลน์]. แหล่งที่มา : <http://www.whitemedia.org/wma/content/view/764/11> [12 ธันวาคม 2552]

สารคดี. **คนบันดาลใจ - เลดี้โกไดวา: สตรีเปลือยบนหลังม้า** [ออนไลน์]. แหล่งที่มา : <http://www.sarakadee.com/web/modules.php?name=Sections&op=viewarticle&articleid=930> [22 กุมภาพันธ์ 2553]

สำนักข่าวไทย. **จับหนุ่มเมืองเพชรถ่มองสาวหอพัก** [ออนไลน์]. 2552. แหล่งที่มา : <http://news.mcot.net/local/inside.php?value=bmlkPTEwNzIzMyZudHlwZT10ZXh0> [25 พฤษภาคม 2553]

สำนักพัฒนานโยบายและกฎกติกา สำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ. **รายงานสภาพตลาดโทรคมนาคม ไตรมาสที่ 4 ปี 2552** [ออนไลน์]. 2553. แหล่งที่มา : http://www2.nbtc.go.th/phocadownload/policyreg/market_2552_2.pdf

สำนักพัฒนานโยบายและกฎกติกา สำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ. **รายงานสภาพตลาดโทรคมนาคม ไตรมาสที่ 2 ปี 2554** [ออนไลน์]. 2554. แหล่งที่มา : <http://www2.nbtc.go.th/phocadownload/policyreg/tdc/MKREPORT2Q2011.pdf>

สุดสงวน สุธีสร. พิมพ์ครั้งที่ 2. **อาชญาวิทยา**. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.

สุวัฒน์ชัย ใจหาญ. **คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 3 ความผิดลหุโทษ**. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มิตรสยาม, 2534.

สุวัฒนา อารีพรรค. ...**แอบดู ถ้ามอง โรคจิตหรือ** [ออนไลน์]. แหล่งที่มา :

<http://www.thaihealth.net/h/encyclopedia-10052.html> [30 ธันวาคม 2552]

เสริน ปุณณะหิตานนท์. พิมพ์ครั้งที่ 2. **การกระทำผิดในสังคม สังคมวิทยาอาชญากรรมและพฤติกรรมเบี่ยงเบน**. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย**. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2548.

หยุด แสงอุทัย. พิมพ์ครั้งที่ 10. **กฎหมายอาญาภาค 2-3**. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.

หยุด แสงอุทัย. พิมพ์ครั้งที่ 14. **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป**. กรุงเทพมหานคร: ประกายพริก, 2542.

หอมรดกไทย. **สารานุกรมไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน(โดยย่อ)** [ออนไลน์]. แหล่งที่มา :

<http://203.144.136.10/service/mod/heritage/nation/dictionary/dict.htm> [12 ธันวาคม 2552]

อรประภา สาครวาสี. **การกระทำความผิดทางเพศ : ศึกษาเฉพาะกรณีบังคับให้มีการร่วม**

เพศทางเวจมรรคและทางปาก. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขาวิชา

นิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539.

อัญชิกา ณ พิบูลย์. **ปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำ**

ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต,

สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551.

อัครณพ ชูบำรุง และ ศรีสมบัติ โชคประจักษ์ชัด. **ว่าด้วยเหยื่ออาชญากรรม**. นครปฐม :

โรงพิมพ์สถาบันพัฒนาสาธารณสุขอาเซียน มหาวิทยาลัยมหิดล, 2538.

อัครณพ ชูบำรุง. **ทฤษฎีอาชญาวิทยา**. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไอดีเอ็นเอสไตร์, 2527.

อัครณพ ชูบำรุง. **อาชญาวิทยาและอาชญากรรม**. คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2532.

ภาษาต่างประเทศ

- Abel, G.G., Mittleman, M.S., and Becker, J.V. **Sex offenders: Results of assessment and recommendations for treatment.** In Ben-Aron, M.H., Hucker, S.J., and Webster, C.D. **Clinical Criminology: The Assessment and Treatment of Criminal Behavior.** Toronto: M & M Graphics, 2000, cited in Home Office (UK), **Setting the Boundaries: Reforming the Law on Sex Offences.** Home Office Communication Directorate, 2000.
- Adler, F., Mueller, G., and Laufer, W. **Criminal Justice.** New York: McGRAW-HILL, 1994
- Aggrawal, A. References to the paraphilias and sexual crimes in the Bible. **Journal of Forensic Legal Medicine** 16 (April 2009): 109–114
- All Business. **Lifetime's Tale of Video Voyeur Spurs U.S. Law** [Online]. 2002.
Available from : <http://www.allbusiness.com/services/motion-pictures/4901776-1.html> [2010, May 19]
- Andenaes, J. **The General Part of the Criminal Law of Norway.** New York: New York University Press, 1965, อ้างถึงใน เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. **คำอธิบาย กฎหมาย อาญาภาค 1.** กรุงเทพมหานคร : จีรรัชการพิมพ์, 2546.
- Ashworth, A. Is the Criminal Law a Lost Cause?. **Law Quarterly Review** 116 (April, 2000) : 225–256.
- Ashworth, A. **Principles of Criminal Law.** Oxford : Oxford University Press, 2006, cited in Burton, K. **A Principled Approach to Criminalisation: When Should Making and/or Distributing Visual Recordings Be Criminalised?.** Doctoral Dissertation, University of Southern Queensland, 2008.
- Baker, D.J. The Impossibility of a Critically Objective Criminal Law. **McGill Law Journal** 56 (February, 2011) : 349–394.

- Burton, K. **A Principled Approach to Criminalisation: When Should Making and/or Distributing Visual Recordings Be Criminalised?**. Doctoral Dissertation, University of Southern Queensland, 2008.
- Burton, K. Criminalisation: Applying a Living–Standard Analysis to Non–Consensual Photography and Distribution. **Queensland University of Technology Law and Justice Journal**, 26, (2007) : 464–476.
- Calvert, C. and Brown, J. Video Voyeurism, Privacy, and the Internet: Exposing Peeping Toms in Cyberspace. **Cardozo Arts and Entertainment Law Journal** 18 (2000) : 516–523.
- Canadian Privacy Law Blog. **Second Video Voyeurism Conviction in NS** [Online]. Available from : <http://blog.privacylawyer.ca/2007/01/second-video-voyeurism-conviction-in-ns.html> [2010, May 12]
- CBC News. **N.S. Man Pleads Guilty to Voyeurism Charges** [Online]. Available from : <http://www.cbc.ca/news/canada/story/2006/08/29/voyeurism-conviction.html> [2010, May 12]
- Crime Act 1961 of New Zealand** [Online]. Available from : <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1961/0043/latest/DLM327382.html> [2010, April 10]
- Crimes (Intimate Covert Filming) Amendment Bill. **Explanatory note**. Wellington, New Zealand : Published under the authority of the New Zealand Government, 2005.
- Criminal Code of Canada** [Online]. Available from : <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/> [2010, March 20]
- Davis, J. Voyeurism: A Criminal Precursor and Diagnostic Indicator to a Much Larger Sexual Predatory Problem in Our Community. In **Current Perspectives on Sex Crimes**.

California: Sage Publications Inc, 2002, cited in Law Commission (New Zealand).

Intimate Covert Filming. Wellington, 2004.

Delvin, P. **The Enforcement of Morals.** London: Oxford University Press, 1965, cited in Herring, J. **Criminal Law: Text, Cases, and Material.** Great Britain: Oxford University Press, 2004.

Gardner, T.J. and Anderson, T.M. **Criminal Law.** USA: Wadsworth Cengage Learning, 2012.

Gillespie, A.A. 'Up-Skirts' and 'Down Blouses': Voyeurism and the Law. **Criminal Law Review**, 5 (2008) : 370–382.

Green, S.P. Why it's a Crime to Tear the Tag Off a Mattress: Overcriminalization and the Moral Content of Regulatory Offenses. **Emory Law Journal** 46 (Fall, 1997) : 1533–1615.

Hagan, J. **Modern Criminology: Crime, Criminal Behavior and Its Control.** New York: McGraw–Hill, 1987.

Hanson, R.K. and Harris, A. Voyeurism: Assessment and Treatment. In Laws D.R. and O'Donohue, W. (ed.), **Sexual Deviance: Theory, Assessment and Treatment**, pp 311–331. New York: The Guilford Press, 1997, Cited in Minister of Justice (Canada). **Voyeurism as a Criminal Offence: a Consultation paper.** Canada: the Communications Branch Department of Justice, 2002.

Hart, H.L.A. **Law, Liberty and Morality.** California: Stanford University Press, 1965, อ้างใน เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. **คำอธิบาย กฎหมายอาญาภาค 1.** กรุงเทพมหานคร : จีระรัชการพิมพ์, 2546.

Herring, J. **Criminal Law: Text, Cases, and Material.** Great Britain: Oxford University Press, 2004.

Herring, J. **Criminal Law: the Basics.** Great Britain: Routledge, 2010.

- Home Office (UK). **Setting the Boundaries: Reforming the Law on Sex Offences**.
Home Office Communication Directorate, 2000.
- Husak, D. Crimes Outside the Core. **Tulsa Law Review** 39 (Summer, 2004) : 755–769.
- Husak, D. The Nature and Justifiability of Nonconsummate Offences. **Arizona Law Review** 37 (1995).
- Ifppress. **Voyeur dad gets four-months sentence** [Online]. Available from :
<http://www.ifpress.com/news/london/2012/04/20/19660926.html> [2012, May 18]
- Jameson, S. Cyberharassment: Striking a Balance between Free Speech and Privacy.
Commlaw Conspectus 17 (2008) : 231–266.
- Lamond, G. What Is a Crime?. **Oxford Journal of Legal Studies** 27 (Winter, 2007) :
609–632.
- Law Commission (New Zealand). **Intimate Covert Filming**. Wellington, 2004.
- Law Reform Commission (Ireland). **Report on Privacy: Surveillance and the
Interception of Communication** [Online]. 1998. Available from:
http://www.lawreform.ie/_fileupload/Reports/rPrivacy.htm [2011, December 20]
- Lum, A.J. Don't Smile, Your Image Has Just Been Recorded on a Camera–Phone: The Need
for Privacy in the Public Sphere. **University of Hawaii Law Review** 27 (Summer
2005) : 377–416.
- Marshall, S.E. and Duff, R.A. Criminalization and Sharing Wrongs. **Canadian Journal of
Law and Jurisprudence** 11 (January, 1998) : 7–22.
- McCutcheon, P. Morality and the Criminal Law: Reflections on Hart–Devlin. **Criminal Law
Quarterly** 47 (2002) : 15–38.

- Metzl, J.M. Voyeur Nation? Changing Definitions of Voyeurism 1950–2004. **Harvard Review of Psychiatry**, 12, 2 (2004): 127–131.
- Minister of Justice (Canada). **Voyeurism as a Criminal Offence: a Consultation paper**. Canada : the Communications Branch Department of Justice, 2002.
- Minister of Justice (Canada). **Voyeurism as a Criminal Offence: a Consultation paper (Abridged Version)**. Canada: the Communications Branch Department of Justice, 2002.
- New Zealand Police. **National Annual Recorded Offences for the Latest Calendar Years (ANZSOC)** [Online]. Available from : wdmzpub01.stats.govt.nz/wds/TableView/tableView.aspx [15 May 2012]
- Ormerod, D. Voyeurism: Elements of Offence – Privacy – Reasonable Expectation of Privacy. **Criminal Law Review** 12 (2008) : 998–1001.
- Oxford Advanced Learner’s Dictionary**. China: Oxford University Press, 2006.
- Parliament of Canada. **BILL C–2: An Act to Amend the Criminal Code. (Protection of Children and Other Vulnerable Persons) and the Canada Evidence Act** [Online]. 2005. Available from : www.parl.gc.ca/About/Parliament/LegislativeSummaries/bills_ls.asp?ls=C2&Parl=38&Ses=1 [2012, May 26]
- Phrase Finder. **Peeping Tom** [online]. Available from : www.phrases.org.uk/meanings/peeping-tom.html [2009, December 12]
- Pope, M. Technology Arms Peeping Toms with a New and Dangerous Arsenal: a Compelling Need for States to Adopt New Legislation. **The John Marshall Journal of Computer & Information Law** 17 (Summer, 1999) : 1167–1196.
- Reid, S.T. **Crime and Criminology**. Boston, Mass: McGraw–Hill Higher Education, 2003.

- Rothenberg, L.E. Re-Thinking Privacy: Peeping Toms, Video Voyeurs, and the Failure of Criminal Law to Recognize a Reasonable Expectation of Privacy in the Public Space. **American University Law Review** 49 (June 2000) : 1126–1165.
- Selfe, D.W. 'Privacy' and 'Underwear' – Further Developments in Voyeurism. **Criminal Lawyer** 199 (2010) : 3–4.
- Selfe, D.W. Mens rea and the 'purpose of obtaining sexual gratification'. **Criminal Lawyer** 167 (2006) : 4–6.
- Selfe, D.W. R. v Bassett (Kevin): Voyeurism – the Meaning of 'Privacy' and 'breasts'. **Criminal Lawyer** 193 (2009) : 2–4.
- Selfe, D.W. Voyeurism– Early Developments in a New Offence. **Criminal Lawyer** 174 (July/August 2007) : 4–7.
- Senko, M. Prosecutorial Overreaching in Deferred Prosecution Agreements. **Southern California Interdisciplinary Law Journal** 19 (Fall, 2009) : 163–194.
- Sentencing Guideline Council, **Magistrates' Court Sentencing Guideline**, 2008.
- Sexual offences Act 2003: Explanatory notes. UK : the stationery office limited, 2003.
- Siegel, L.J. **Criminology: Theories, Patterns and Typologies**. Belmont, CA: Thomson/Wadsworth, 2007.
- Simester, A. and Shute, S. On the General part in Criminal Law. In Shute and Simester (ed.), **Criminal Law Theory: Doctrines and General Part**, Great Britain : Oxford University Press, 2005.
- Skynews Online. **'Peeping tom' Arrests Double in Four years** [online]. 2010. Available from : <http://news.sky.com/home/uk-news/article/15517264> [2012, May 6]
- Smallbone, S. and Wortley, R. **Child Sexual Abuse in Queensland: Offender Characteristics and Modus Operandi**. Brisbane: Queensland Crime Commission

and Queensland Police Service, 2000, Cited in Law Commission (New Zealand).

Intimate Covert Filming. Wellington, 2004.

The New York Times. **Private Moment Made Public, Then a Fetal Jump** [online].

2010. Available from :

<http://www.nytimes.com/2010/09/30/nyregion/30suicide.html> [2011, March 20]

UN, **The Universal Declaration of Human Rights** [online]. Available from :

www.un.org/en/documents/udhr/ [2009, December 14]

Video Voyeurism Protection Act of 2004, USA.

Video Voyeurism, La. Rev. Stat. Ann §14:283 [Online]. Available from :

www.legis.state.la.us/lss/lss.asp?doc=78391 [2012, January 14]

Violation of Privacy, Me. Rev. Stat. Ann. Tit.17–A § 511(d) [Online]. Available from :

www.mainelegislature.org/legis/statutes/17–A/title17–Asec511.html [2012, January 14]

Vitale, A. Video Voyeurism and the Right to Privacy: the Time for Federal Legislation is

Now. **Seton Hall Legislative Journal**, 27 (2003) : 381–410.

Von Hirsch, A. and Jareborg, N. Gauging Criminal Harm: A Living–Standard Analysis.

Oxford Journal of Legal Studies, 11 (1991), pp 1–38, Cited in Burton, K. **A**

Principled Approach to Criminalisation: When Should Making and/or

Distributing Visual Recordings Be Criminalised?. Doctoral Dissertation,

University of Southern Queensland, 2008.

Voyeurism, Ohio Rev. Code Ann. § 2907.08 [Online]. Available from :

codes.ohio.gov/orc/2907.08 [2012, January 14]

Voyeurism, RCW 9A.44.115 [Online]. Available from :

apps.leg.wa.gov/rcw/default.aspx?cite=9A.44.115 [2012, January 14]

Zeronda, N.D. Street Shootings: Covert Photography and Public Privacy. **Vanderbilt Law Review** 63 (May 2010): 1131–1159.

ภาคผนวก

กรณีตัวอย่างของการละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูที่เกิดขึ้นในประเทศไทย

ในช่วงเกือบทศวรรษที่ผ่านมา สังคมไทยได้เรียนรู้ถึงความสะดวกสบายและความง่ายดายในการติดต่อสื่อสารและการเข้าถึงข้อมูล ในขณะที่อีกด้านหนึ่ง ก็ต้องเผชิญกับภัยรูปแบบใหม่ที่มาพร้อมกับความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยี ดังจะได้นำเสนอกรณีตัวอย่างของการละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูที่เกิดขึ้นจริงในสังคมไทย ตั้งแต่ปี พ.ศ.2546 จนถึง พ.ศ. 2554 เพื่อสะท้อนภาพปัญหาการละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูผ่านมิติห่วงเวลา ในบริบทของสังคมไทย

- กรณีตัวอย่าง แอบถ่าย “สวนหิน”

ในราวปลายปี 2546 ได้ปรากฏข่าวการจับกุมพ่อค้าเร่ขายวีซีดีแอบถ่ายนักเรียนชายหญิงคู่หนึ่งขณะแอบมีเพศสัมพันธ์กันบริเวณสวนหินเฉลิมพระเกียรติ จังหวัดกาญจนบุรี ซึ่งแม้ภาพแอบถ่ายดังกล่าวจะมีคุณภาพไม่ดีนัก แต่ก็มี ความชัดเจนเพียงพอที่จะเผยให้เห็นใบหน้าและบางส่วนของร่างกายที่พึงสงวนของคนที่ทั้งสอง ซึ่งเป็นเพียงหญิงชายวัยรุ่นคู่อีกรักที่แอบนัดพบและพรอตรักกัน โดยหวังอาศัยธรรมชาติป่าเขาอำนาไม่ห่างไกลสายตาผู้คนเป็นเครื่องกำบังอำพราง แต่ภายหลังจากปรากฏเป็นข่าวเพื่อเตือนภัยร้อยต่อสังคมแล้ว วีซีดีแอบถ่ายดังกล่าวกลับมีการจำหน่ายอย่างกว้างขวางในชื่อ “สวนหิน” ซึ่งแม้ว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจจะสามารถสืบทราบว่าการแอบถ่ายน่าจะกระทำโดยเจ้าหน้าที่ของวิทยาลัยแห่งหนึ่งซึ่งรับผิดชอบดูแลพื้นที่สวนหินเฉลิมพระเกียรติ แต่ยอมรับว่าเป็นการยากที่จะสอบสวนไปถึงขบวนการจัดจำหน่ายและเผยแพร่ หลังจากเกิดกรณี แอบถ่าย “สวนหิน” แล้ว ในตลาดค้าสิ่งลามกอนาจาร ได้เริ่มปรากฏความนิยมในการซื้อขายคลิปแอบถ่าย เช่น คลิปแอบถ่ายห้องลองเสื้อ คลิปแอบถ่ายสาวข้างห้อง คลิปแอบถ่ายนักศึกษา หรือแม้กระทั่งรวมคลิปแอบถ่ายใต้กระโปรงของหญิงสาวบริเวณอนุสาวรีย์ชัยสมรภูมิ

เนื่องจากกรณีการแอบถ่ายที่สวนหิน มิได้เกิดขึ้นในบริเวณที่มีห้องหับมิดชิด แต่กลับเกิดขึ้นในพื้นที่สาธารณะ แนวคิดเกี่ยวกับการที่ชายหญิงวัยรุ่นดังกล่าวควรจะได้รับความเป็นส่วนตัวจึงไม่ได้รับความสนใจมากนักในสังคมขณะนั้น ประกอบกับการที่คู่รักชายหญิงดังกล่าวมีพฤติกรรมในลักษณะของการลักลอบมีสัมพันธ์กัน ซึ่งมักจะเป็นที่ตำหนิของสังคมไทย ความเห็นอกเห็นใจในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับชายหญิงทั้งสอง ในการที่ถูกแอบบันทึกภาพและนำออกเผยแพร่จนเป็นที่รู้จักกล่าวถึงกันในระดับประเทศนั้น แทบจะไม่ปรากฏให้เห็นในสังคม

แม้การลักลอบมีความสัมพันธ์ของชายหญิงวัยรุ่นเป็นเรื่องที่ไม่ถูกไม่ควรในสังคมไทย ทั้งยังอาจก่อให้เกิดปัญหาสังคมต่างๆ ตามมาได้อีกมากมาย แต่คงไม่อาจปฏิเสธได้ว่าการลักลอบมีความสัมพันธ์ของชายหญิงวัยรุ่นเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นจริงในสังคม ในสังคมเมืองกรุง สถานที่ลักลอบมีความสัมพันธ์ของชายหญิงวัยรุ่น ก็มักจะเป็นภายในห้องพักตามหอพัก อพาร์ทเมนท์ หรือ โรงแรม ส่วนในบริบทของสังคมต่างจังหวัดที่แวดล้อมด้วยธรรมชาติ หรือสังคมชนบท การอาศัยป่าเขาถ้ำนาไพรเป็นที่กั้นกำบังความเป็นส่วนตัว ก็เป็นเรื่องที่เกิดขึ้นตามวิถีชีวิตได้เช่นกัน แน่แน่นอนว่าชายหญิงที่ลักลอบมีความสัมพันธ์กันที่สวนหินเฉลิมพระเกียรติ ไม่ได้คาดหวังว่าการกระทำของตนจะถูกพบเห็น ยิ่งไม่อาจคาดหวังว่าตนเองจะถูกแอบบันทึกภาพ และย่อมไม่ประสงค์จะให้มีผู้นำภาพของตนเองบันทึกลงแผ่นวีซีดีออกขายกระจายไปทั่วประเทศอย่างแน่นอน

หากพิจารณาว่าชายหญิงคู่นี้ เมื่อเลือกที่จะมีเพศสัมพันธ์ในบริเวณที่ถือว่่าเป็นที่สาธารณะ ก็ย่อมต้องยอมรับความเสี่ยงที่จะถูกพบเห็น จึงไม่อาจอ้างสิทธิส่วนตัวในด้านที่เป็นสิทธิที่ควรจะได้อยู่ตามลำพังได้อย่างสมบูรณ์ แต่อย่างไรก็ตาม บุคคลทั้งสองยังคงควรที่จะได้รับความเคารพในสิทธิส่วนตัวด้านการควบคุมข้อมูลเกี่ยวกับตนเอง การนำภาพขณะทั้งสองมีเพศสัมพันธ์ไปเผยแพร่จึงย่อมเป็นการละเมิดต่อสิทธิส่วนตัวของบุคคลทั้งสองอยู่นั่นเอง

- กรณีตัวอย่าง คู่รักชายหญิง

ประมาณ ปี 2547 นางสาว ก (นามสมมุติ) หญิงสาววัย ๒๙ ปี ซึ่งเป็นพนักงานบริษัท เกี่ยวกับการท่องเที่ยว เธอมีอาชีพการงานที่มั่นคงมีฐานะ เธอคบหากับแฟนหนุ่ม ซึ่งหน้าตาดีมีฐานะและมีอาชีพการงานมั่นคงเช่นเดียวกับเธอ ทั้งคู่คบหาดูใจกันเป็นเวลาเกือบสองปี โดยในระหว่างที่เป็นแฟนกัน นางสาว ก และแฟนหนุ่มได้มีเพศสัมพันธ์กันเป็นระยะๆ และดูเหมือนว่าความสัมพันธ์ของทั้งคู่จะเป็นไปด้วยดี แต่ต่อมา นางสาว ก รู้สึกว่าเธอและแฟนหนุ่มคู่จะมีทัศนคติ และความคิดที่ไปกันไม่ค่อยได้ เธอจึงได้ตัดสินใจที่จะเลิกกับเขาเสีย แต่ปรากฏว่าแฟนหนุ่มของเธอไม่เห็นด้วย และพยายามที่จะตามง้อขอคืนดีกับเธอตลอดเวลา ทั้งการพยายามโทรศัพท์ติดต่อเพื่อพูดคุย ไปหาที่ทำงานแม้กระทั่งพยายามมาพบกับเธอที่ห้องพัก แต่การตามง้อขอคืนดีของแฟนหนุ่มผู้นี้ไม่ประสบความสำเร็จ เนื่องจาก นางสาว ก ได้ปฏิเสธอย่างชัดเจนในการที่จะมีความสัมพันธ์กันต่อๆ ไป ซึ่งนั่นเป็นจุดเริ่มต้นที่เธอได้พบกับปัญหาที่ตามมา

วันหนึ่ง ได้มีพัสดุไปรษณีย์เป็นซองสีน้ำตาล ขนาด เอ 4 จ่าหน้าซองถึงผู้รับซึ่งเป็นบิดาของเธอ (พัสดุดังกล่าวถูกส่งไปที่บ้านพักอาศัยของบิดาและมารดาของเธอ) เมื่อบิดาของเธอได้

เปิดซองพัสดุดังกล่าวออกดู จึงพบภาพว่ามีถ่ายของเธอกับแฟนหนุ่ม กำลังร่วมประเวณีกันอยู่ 4 ภาพ และมีภาพที่โอบกอดกันในขณะไปเที่ยวตอนเป็นแฟนกัน 1 ภาพ พร้อมกันนี้ก็ได้มีคำบรรยาย เขียนข้อความเล่าถึงความสัมพันธ์ของเธอกับแฟนหนุ่ม รวมทั้งข้อความตัดพ้อต่อว่าที่เธอบอกเลิกความสัมพันธ์ฉันท์คู่รัก

แน่นอนว่าในขณะที่เธอและแฟนหนุ่มได้ร่วมประเวณีกันนั้น เธอไม่ทราบว่แฟนหนุ่มของเธอได้มีการแอบถ่ายภาพวิดีโอเก็บไว้ เธอซึ่งเป็นหญิงสาววัยทำงานคนหนึ่งซึ่งในขณะนั้นคิดเพียงว่าตนเองมีความสัมพันธ์ฉันท์คนรักกับแฟนหนุ่มในทีไรฐาน (สถานที่เกิดเหตุคือห้องพักของแฟนหนุ่ม) เพียงสองคน การที่เธอยอมร่วมประเวณีกับชายคนรักจึงไม่ได้หมายถึงการที่เธอยอมสละความเป็นส่วนตัวในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ที่จะคงไว้ซึ่งสิทธิส่วนบุคคลโดยไม่ให้บุคคลที่สามเข้ามาล่วงรู้หรือเห็นภาพการร่วมประเวณีของเธอกับแฟนหนุ่ม

ดังนั้นจากกรณีตัวอย่างดังกล่าว จึงไม่ใช่เรื่องที่ใครจะกล่าวอ้างได้ว่าเมื่อหญิงสาวคนหนึ่งยอมที่จะมีเพศสัมพันธ์กับคนรักแล้ว ย่อมหมายความว่าเธอได้สละความเป็นส่วนตัวของเธอแล้ว นั้นเพราะความยินยอมของหญิงสาวดังกล่าวเป็นความยินยอมในการมีเพศสัมพันธ์ ไม่ใช่ความยินยอมในการถูกบันทึกภาพในขณะที่ร่วมประเวณี หรือแม้ว่าในกรณีที่หญิงสาวคนหนึ่งให้ความยินยอมในการถ่ายภาพในขณะที่ร่วมประเวณี แต่ไม่ให้ความยินยอมในการเผยแพร่ภาพดังกล่าวต่อบุคคลที่สาม การที่มีบุคคลใด ก็ตามได้ทำการเผยแพร่ภาพดังกล่าว ก็ถือได้ว่าเป็นการล่วงละเมิดซึ่งสิทธิส่วนบุคคลและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้นแล้ว

- กรณีตัวอย่าง แอบถ่ายครู

ประมาณปี 2549 ที่โรงเรียนเอกชนแห่งหนึ่ง นักเรียนชายในชั้นมัธยมศึกษาตอนปลายคนหนึ่งได้ใช้กล้องบนโทรศัพท์เคลื่อนที่แอบถ่ายหว่างขาใต้กระโปรงครูหญิงสาวในขณะที่ทำการสอน หลังจากนั้นได้ส่งต่อภาพดังกล่าวให้แก่นักเรียนคนอื่นดู ภายหลังโรงเรียนได้ทราบเรื่อง จึงแจ้งให้นักเรียนชายคนดังกล่าวลาออก เพื่อที่จะหลีกเลี่ยงการแจ้งความดำเนินคดีอาญา และมีให้นักเรียนคนดังกล่าวต้องมีประวัติเสื่อมเสียในเรื่องความประพฤติ แต่บิดาของนักเรียนคนดังกล่าวต้องการให้บุตรของตนเรียนที่โรงเรียนเดิมต่อไปจึงร้องขอความเป็นธรรมต่อสำนักปลัดกระทรวงศึกษาธิการ ว่าการลงโทษดังกล่าวเป็นการฝ่าฝืนระเบียบ แต่สำนักปลัดกระทรวงศึกษาธิการก็ได้สั่งให้นักเรียนชายคนดังกล่าวกลับเข้าเรียนตามเดิมแต่อย่างใด ในที่สุดคดีพิพาทได้ขึ้นสู่ศาลปกครองสูงสุด และศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า แม้ระเบียบกระทรวงศึกษาธิการ ว่าด้วยการลงโทษนักเรียนหรือนักศึกษา จะไม่ได้ระบุไว้ชัดเจนว่าให้การกระทำผิดอาญาเป็นความผิดที่โรงเรียนหรือสถานศึกษาสามารถลงโทษได้ แต่เมื่อพิจารณาถึง

ผลของการกระทำว่าก่อให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงของครู สถานศึกษาหรือตัวผู้กระทำผิดหรือไม่ด้วย ซึ่งเห็นได้ชัดว่าการใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่แอบถ่ายหว่างขาได้กระโปรงครูผู้สอน เป็นการแสดงออกถึงความประพฤติน่าไม่เคารพและดูหมิ่นไม่ให้เกียรติครูผู้สอน ทำให้ได้รับความอับอาย กรณีจึงถือว่าการกระทำของผู้ฟ้องคดีเข้าข่ายเป็นความผิดที่ลงโทษได้ อย่างไรก็ตาม เมื่อตามระเบียบกระทรวงศึกษาธิการกำหนดโทษที่สถานศึกษาจะลงแก่นักเรียนในระดับมัธยมศึกษาตอนปลายให้ ว่ากล่าวตักเตือน ทำกิจกรรม ทำทัณฑ์บน พักการเรียน ดังนั้น การกระทำของโรงเรียนที่ให้นักเรียนชายคนดังกล่าวลาออก จึงไม่ชอบด้วยระเบียบที่กระทรวงศึกษาธิการกำหนด

- กรณีตัวอย่าง ภาพยนตร์ “วิติโอคลิป”

ภาพยนตร์เรื่องวิติโอคลิปได้ออกฉายในโรงภาพยนตร์เมื่อกลางปี 2550 พร้อมประโยคสโลแกนกำกับว่า “อย่าดู อย่าส่ง อย่าถ่าย อย่าให้ใครตายด้วยมือคุณ” สะท้อนเรื่องราวปัญหาสังคมเกี่ยวกับการแพร่กระจายของ “คลิปหลุด” หรือ “คลิปโป๊” ที่ส่งต่อกันทางโทรศัพท์มือถือโดยผู้กำกับ ซึ่งเป็นทั้งผู้แต่งเรื่องและผู้เขียนบทภาพยนตร์ ได้รับแรงบันดาลใจมาจากเรื่องจริงที่ปรากฏเป็นข่าวในหนังสือพิมพ์ โดยปรากฏข้อความให้สัมภาษณ์ของผู้กำกับภาพยนตร์ตอนหนึ่งว่า

“ผมได้อ่านข่าวการฆ่าตัวตายของนักเรียนหญิงชั้นมัธยมปลายที่ถูกแอบถ่ายวิติโอคลิปขณะมีเพศสัมพันธ์กับเพื่อนชายร่วมสถาบันเดียวกัน ข่าวดังกล่าวสร้างความรู้สึกสังเวชใจให้กับผมเป็นอย่างยิ่ง และต้นตอของวิติโอคลิปข่าวที่หลุดออกมานั้นมาจากร้านซ่อมโทรศัพท์มือถือ การดูไฟล์วิติโอคลิปจากเครื่องโทรศัพท์มือถือของลูกค้าที่นำโทรศัพท์มาซ่อมมาเผยแพร่เป็นเรื่องที่เกิดขึ้นจริงในสังคมปัจจุบัน”¹

ผู้กำกับภาพยนตร์ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับการแอบถ่ายไว้ว่า เปรียบได้กับการถ่มองในอดีต แต่เปลี่ยนจากการมองด้วยตาของคนๆเดียว กลายมาสู่การบันทึกภาพและส่งต่อให้คนอื่นได้อย่างไม่มีที่สิ้นสุด ซึ่งภาพยนตร์นอกจากจะเสนอปัญหาการแพร่กระจายคลิปแอบถ่ายผ่านทางโทรศัพท์มือถือแล้ว ยังได้เสนอข้อเท็จจริงที่ผู้ถูกแอบถ่ายอาจถูกข่มขู่จากความกลัวว่าคลิปจะถูกนำออกเผยแพร่อีกด้วย

¹Thaicinema, วิติโอคลิป[Online], 13 สิงหาคม 2553. แหล่งที่มา <http://www.thaicinema.org/kit69clip.asp>

- กรณีตัวอย่าง แอบถ่าย “โพร์-มด”

ในปี 2551 สื่อมวลชนทุกแขนง ทั้งสื่อสิ่งพิมพ์ วิทยุและโทรทัศน์ ต่างให้ความสำคัญในการติดตามและรายงานข่าวการแพร่กระจายของคลิปแอบถ่ายนักร้องวัยรุ่นหญิงชื่อดังสองคน ขณะอาบน้ำในห้องพักรวมแห่งหนึ่งที่จังหวัดขอนแก่น การแพร่กระจายของคลิปดังกล่าวพบเป็นวงกว้างทั้งผ่านแผ่นซีดีและระบบอินเทอร์เน็ต โดยนักร้องวัยรุ่นหญิงทั้งสองได้ออกมาให้สัมภาษณ์ทั้งน้ำตา วิงวอนสังคมผ่านสื่อมวลชนขออย่าส่งคลิปต่อและขอให้ทำการลบทิ้ง นอกจากนี้ ยังปรากฏจากรายงานข่าวของสื่อมวลชนว่า นักร้องวัยรุ่นหญิงทั้งสองมีอาการเครียด ซึม หวาดระแวงการใช้ห้องน้ำสาธารณะ และรู้สึกเป็นห่วงครอบครัว โดยในขณะที่เกิดเหตุ นักร้องหญิงคนหนึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะ

จากการสืบสวนสอบสวนของเจ้าหน้าที่ตำรวจ พบมีผู้ร่วมรู้เห็นในการแอบถ่ายคลิปดังกล่าว จำนวน 3 คน ซึ่งเป็นพนักงานของโรงแรมเกิดเหตุ ข้อเท็จจริงพบว่า ผู้กระทำผิดซึ่งเป็นพนักงานยกของของโรงแรม ได้ปีนขึ้นไปบนคอมพิวเตอร์แอร์หลังห้องพักรวมของนักร้องสาวทั้งสอง แล้วใช้กล้องถ่ายวิดีโอบนโทรศัพท์มือถือแอบถ่ายผ่านช่องพัดลมระบายอากาศที่ติดตั้งไว้ที่ผนังห้องน้ำ จากนั้นพนักงานซึ่งเป็นพ่อครัวได้สังเกตเห็นการกระทำดังกล่าว และปีนขึ้นมาบนคอมพิวเตอร์แอร์เพื่อร่วมแอบดูได้สัปดาห์แล้วกลับไปทำงาน หลังจากนั้นผู้กระทำผิดอีกคนได้เข้ามาร่วมแอบดู ภายหลังจากการแอบถ่าย ผู้กระทำผิดคนแรกได้นำคลิปลงไปแสดงอวดให้ผู้อื่นดู

ในระหว่างการสืบสวนสอบสวน ปรากฏรายงานข่าวว่า หากสอบสวนแล้วพบว่ามีการกระทำความผิด จะเป็นความผิดฐาน กระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัล อันเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 ซึ่งระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 เดือน หรือปรับไม่เกิน 1,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ มีอายุความ 1 ปี นับจากวันกระทำความผิด คดีจึงได้ขาดอายุความแล้ว เนื่องจากการกระทำความผิดเกิดในวันที่ 14 กรกฎาคม 2550 แต่กว่าทางผู้เสียหายและเจ้าหน้าที่รัฐจะรู้ถึงการกระทำความผิดระยะเวลาที่ได้ล่วงมากกว่าปี โดยคดีนี้การสอบสวนได้เริ่มขึ้นในช่วงเดือนกันยายน 2551

ในที่สุดเมื่อต้นเดือนกันยายน 2553 พนักงานสอบสวนได้สรุปสำนวนการสอบสวนโดยมีความเห็นควรสั่งฟ้องผู้ต้องหา 3 คน ในความผิดฐานร่วมกันทำ ผิด มีไว้ หรือทำให้แพร่หลายซึ่งสิ่งอันลามก เพื่อประสงค์แห่งการค้า เพื่อแจกจ่ายหรือเพื่อแสดงอวดแก่ประชาชน และหมิ่นประมาทโดยการโฆษณา อันเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 297, 328 ประกอบมาตรา 83

คดีนี้สะท้อนปัญหาความไม่เหมาะสมในการปรับใช้กฎหมายในความผิดฐานก่อความเดือดร้อนรำคาญกับการกระทำในลักษณะละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดู โดยเฉพาะในเรื่องของอายุความที่มีเพียง 1 ปี และเป็นอีกเหตุการณ์หนึ่งที่แสดงให้เห็นว่ากฎหมายที่มีบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน ไม่อาจหยุดยั้งการแพร่กระจายของคลิปแอบถ่ายได้

- กรณีตัวอย่าง แอบถ่ายใต้โต๊ะ

เมื่อประมาณปี 2551 แพทย์หญิงคนหนึ่ง อายุประมาณ 25 ปี หลังจากจบการศึกษาจากโรงเรียนแพทย์แห่งหนึ่งในกรุงเทพมหานครแล้ว ก็ได้เดินทางไปทำงานใช้ทุนเป็นแพทย์ประจำโรงพยาบาลแห่งหนึ่งในจังหวัดชัยภูมิ หลังจากได้ทำงานที่โรงพยาบาลดังกล่าวมาร่วมเดือน วันหนึ่งขณะเธอกำลังหยิบปากกาที่ทำตกลงใต้โต๊ะ ก็ได้พบว่า ใต้โต๊ะทำงานของเธอมีกล้องแอบถ่ายติดตั้งไว้ เมื่อตรวจสอบพบว่าสายสัญญาณได้วางเชื่อมต่อกับเครื่องคอมพิวเตอร์ของนายแพทย์วัยสี่สิบกว่า ซึ่งเป็นผู้อำนวยการของโรงพยาบาล เมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจไปตรวจสอบที่เกิดเหตุ พบว่ากล้องแอบถ่ายที่ติดตั้งไว้ใต้โต๊ะได้ถูกถอดออกไปแล้ว แต่เจ้าหน้าที่ตำรวจยังสามารถตรวจยึดเครื่องซีพียูคอมพิวเตอร์ของผู้บริหารคนดังกล่าวไว้ได้ และตรวจพบภาพแอบถ่ายใต้กระโปรงซึ่งแพทย์หญิงผู้เสียหายยืนยันว่าเป็นตนเองจริง เบื้องต้นพนักงานสอบสวนได้ทำการแจ้งข้อหาก่อความเดือดร้อนรำคาญ แต่นายแพทย์คนดังกล่าวได้ปฏิเสธ และไม่ยินยอมที่จะให้การ พนักงานสอบสวนจึงได้ปล่อยตัวนายแพทย์คนดังกล่าวไป เนื่องจากคดีเป็นเพียงความผิดลหุโทษ แต่ได้นำส่งเครื่องคอมพิวเตอร์ดังกล่าวไปตรวจสอบว่ามี การนำภาพแอบถ่ายไปเผยแพร่หรือไม่

แม้ในช่วงแรกผู้ใกล้ชิดนายแพทย์ผู้บริหารโรงพยาบาล ได้ออกมาให้ข่าวต่อสื่อมวลชนว่า นายแพทย์คนดังกล่าวก็รู้สึกเสียใจและอาจจะพิจารณาลาออก แม้ว่าจะเป็นคนดีเล็กน้อยเป็นเพียงความผิดลหุโทษ มีโทษปรับเพียง 1,000 บาท และหากถูกดำเนินการทางวินัยก็เป็นเพียงเรื่องเล็กน้อย และพยายามทำทุกอย่างเพื่อขอโทษผู้เสียหายและครอบครัวแล้ว แต่จะยังไม่ยอมรับข้อหาใด ขอรอพนักงานสอบสวนรวบรวมพยานหลักฐานเสียก่อน

ภายหลังต่อมาทางฝ่ายแพทย์หญิงผู้เสียหาย ได้เปิดเผยข้อมูลว่าได้รับแรงกดดันจากฝ่ายนายแพทย์ผู้ต้องหาที่ต้องการตกลงให้เรื่องจบ ทั้งรู้สึกไม่ได้รับความเป็นธรรมและไม่ได้รับความสนใจเท่าที่ควรจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ในขณะที่แพทย์หญิงผู้เสียหายรู้สึกเครียด และยากที่จะดำเนินชีวิตไปตามปกติ

ในที่สุด พนักงานสอบสวนได้สรุปสำนวนการสอบสวนและทำความเข้าใจควมเห็นควรสั่งฟ้องในข้อหาก่อความเดือดร้อนรำคาญ ต่อมาพนักงานอัยการได้ให้พนักงานสอบสวนแจ้งข้อหากระทำ

อนาจารต่อผู้อำนวยการโรงพยาบาลคนดังกล่าวเพิ่มเติม และสั่งฟ้องในทั้งสองข้อหา คดีอยู่ระหว่างการพิจารณาในศาลชั้นต้น

- กรณีตัวอย่าง แอบถ่ายที่รถไฟฟ้า

เมื่อเดือนมกราคม 2552 เจ้าหน้าที่ตำรวจได้รับแจ้งเหตุการใช้กล้องมือถือแอบถ่ายบริเวณสถานีรถไฟฟ้าบีทีเอส จตุจักร เมื่อไปถึงพบพนักงานรักษาความปลอดภัยจับกุมตัวผู้ต้องหา เป็นชาย อายุ 31 ปี มีการศึกษาและมีอาชีพการงานมั่นคงเกี่ยวกับการก่อสร้าง ยอมรับว่าได้ใช้กล้องมือถือแอบถ่ายใต้กระโปรงหญิงสาวที่สถานีรถไฟฟ้า โดยมีหญิงสาวที่ตกเป็นเหยื่อที่พบการกระทำผิดรออยู่ในที่เกิดเหตุด้วย เมื่อตรวจสอบในโทรศัพท์ของผู้ต้องหา พบข้อมูลว่า ตั้งแต่ช่วงเช้าจนถึงช่วงเวลาของผู้ต้องหาถูกจับไว้ก่อนเที่ยงวัน ผู้ต้องหาได้แอบถ่ายใต้กระโปรงหญิงสาวไปแล้ว 27 ครั้ง และในช่วงสิบวันก่อนวันเกิดเหตุ ผู้ต้องหาได้ทำการแอบถ่ายในลักษณะนี้มาแล้วรวม 107 ครั้ง ในเบื้องต้นผู้ต้องหาตกลงชดใช้ค่าเสียหายให้หญิงสาวคนที่เป็นเหยื่อรายล่าสุด จำนวน 10,000 บาท พนักงานสอบสวนได้แจ้งข้อหากระทำให้เสียชื่อเสียง ไร้เกียรติยศแก่ผู้ต้องหา

- กรณีตัวอย่าง มูลนิธิกระจกเงาเผยแพร่สปอตโทรทัศน์ “คลิปหลุด คลิปแอบถ่าย อาชญากรรมไม่ใช่สื่อบันเทิง”

เมื่อวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2552 ศูนย์เฝ้าระวังภัยเทคโนโลยี มูลนิธิกระจกเงา ได้จัดเสวนาเรื่อง "คลิปหลุด คลิปแอบถ่าย อาชญากรรม ไม่ใช่สื่อบันเทิง" โดยนายสมบัติ บุญงามอนงค์ ประธานมูลนิธิกระจกเงา เปิดเผยว่า จากการศึกษาผลกระทบของเหยื่อที่ถูกเผยแพร่คลิปแอบถ่าย พบว่าเหยื่อได้รับผลกระทบต่อสภาพจิตใจอย่างรุนแรงและใช้ชีวิตยากลำบาก ทั้งการเปลี่ยนแปลงใบหน้าด้วยการทำศัลยกรรม การเข้าสถานบำบัดจิตใจ และรุนแรงที่สุดคือการฆ่าตัวตาย

- กรณีตัวอย่าง ติดตั้งกล้องแอบถ่ายในห้องพัก

เมื่อเดือนกันยายน 2552 ในเขตท้องที่กรุงเทพมหานคร พนักงานสอบสวนได้รับคำร้องทุกข์จากผู้เสียหายซึ่งเป็นชาย อายุ 22 ปี กำลังศึกษาในระดับปริญญาตรี ว่าภายในห้องพักของห้องพักที่ตนเองอาศัยอยู่ มีการแอบติดตั้งกล้องวงจรปิด โดยซ่อนกล้องไว้ในกล่องวงจรไฟฟ้า ภายในห้องนอนและใต้ผ้าเปดานห้องน้ำ แต่ก่อนแจ้งตำรวจ ผู้เสียหายได้แจ้งต่อเจ้าของห้องพัก ซึ่งเป็นชาย โดยเจ้าของห้องพักรับว่ามีการติดตั้งกล้องดังกล่าวไว้นานแล้วเพื่อดูพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมของผู้เช่า แต่เมื่อผู้เสียหายสอบถามว่าเหตุใดจึงติดตั้งไว้ในห้องน้ำ เจ้าของห้องพักไม่

สามารถตอบได้ เมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจสายตรวจไปถึง ได้ร่วมกันทำการไล่สายสัญญาณ พบว่า ปลายสายสัญญาณไปสิ้นสุดที่ห้องนอนในห้องสำนักงานของเจ้าของหอพักดังกล่าว ซึ่งมีเครื่องคอมพิวเตอร์และโทรทัศน์ตั้งอยู่ แต่ปลายสายสัญญาณได้ถูกถอดไว้แต่อยู่ในลักษณะที่พร้อมจะเสียบเชื่อมต่อกับเครื่องคอมพิวเตอร์ เมื่อผู้เสียหายขอให้เปิดเครื่องคอมพิวเตอร์เพื่อตรวจสอบ เจ้าของหอพักไม่ยินยอมอ้างว่าเครื่องไม่ได้ใช้นานแล้ว และเจ้าหน้าที่ตำรวจสายตรวจซึ่งไม่มีความรู้เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ไม่สามารถดำเนินการได้ จึงได้แนะนำให้ผู้เสียหายและเจ้าของหอพักมาพบพนักงานสอบสวนที่สถานีตำรวจ โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ไปตรวจที่เกิดเหตุพร้อมผู้เสียหาย ได้ตรวจยึดกล่องวงจรปิดไว้จำนวน 2 ตัว วันต่อมาเมื่อพนักงานสอบสวนไปตรวจที่เกิดเหตุ ไม่พบเครื่องซีพียู โดยภรรยาซึ่งไม่ได้จดทะเบียนของเจ้าของหอพักได้แจ้งกับพนักงานสอบสวนว่า เครื่องคอมพิวเตอร์ดังกล่าวไม่มีเครื่องซีพียูติดตั้งด้วยมาประมาณ 1 ปีแล้ว และตนเองกับเจ้าของหอไม่ค่อยได้เข้ามาดูแล ห้องพักดังกล่าวผู้เสียหายพักอาศัยอยู่ตามลำพัง แต่มีหญิงคนรักมาหาเป็นครั้งคราว บางครั้งมีเพศสัมพันธ์กัน ทั้งผู้เสียหายและหญิงคนรักต่างเคยอาบน้ำในห้องน้ำที่มีการแอบติดตั้งกล่องวงจรปิด พนักงานสอบสวนได้แจ้งขอหาเจ้าของหอพัก และเห็นควรสั่งฟ้องในข้อหา บุกรุกในเวลากลางคืนและจัดตั้งหอพักโดยไม่ได้รับอนุญาต ต่อมาพนักงานอัยการมีคำสั่งไม่ฟ้องในทั้งสองข้อหา ภายหลังผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติมีความเห็นแย้งคำสั่งพนักงานอัยการในข้อหาจัดตั้งหอพักโดยมิได้รับอนุญาต และอัยการสูงสุดชี้ขาดให้ฟ้องผู้ต้องหา

- กรณีตัวอย่าง แก๊งค์แอบถ่าย

ปลายเดือนพฤศจิกายน 2552 ในเขตอำเภอเมืองหาดใหญ่ จังหวัดสงขลา เจ้าหน้าที่ตำรวจได้จับกุมผู้ต้องหาเป็นชาย อายุ 31 ปี หลังจากได้รับแจ้งจากพนักงานรักษาความปลอดภัยของห้างสรรพสินค้าแห่งหนึ่งในพื้นที่ ว่าผู้ต้องหาได้เข้าไปแอบซ่อนตัวในห้องน้ำหญิงภายในห้างและใช้กล้องโทรศัพท์มือถือแอบถ่ายภาพหญิงสาวที่มาใช้ห้องน้ำ เจ้าหน้าที่ตำรวจตรวจสอบพบ ในโทรศัพท์มือถือของผู้ต้องหา มีคลิปแอบถ่ายหญิงสาวที่เข้ามาใช้ห้องน้ำจำนวน 2 คน และในกระเป๋าถือได้พบกระจกที่เอาไว้แอบส่องเพื่อถ่ายภาพ นอกจากนั้น ยังพบกระดาษเขียนข้อความในลักษณะเป็นคำสั่งให้ไปแอบถ่ายภาพของหญิงสาวในสถานที่ต่างๆ เบื้องต้นเจ้าหน้าที่ตำรวจเชื่อว่า ผู้ต้องหาเป็นหนึ่งในแก๊งค์แอบถ่ายซึ่งตระเวนแอบถ่ายภาพคลิปลามกเพื่อจำหน่ายผ่านการดาวน์โหลดทางโทรศัพท์มือถือและอินเตอร์เน็ต และด้วยการกระทำในลักษณะเป็นขบวนการนี้ เหตุการณ์ดังกล่าวจึงได้รับความสนใจจากสื่อมวลชนในระดับหนึ่ง

- กรณีตัวอย่าง แอบถ่ายไว้ชมขู่มขอมีสัมพันธ์

ในเดือนกุมภาพันธ์ 2553 ที่จังหวัดชัยภูมิ เด็กนักเรียนหญิงอายุ 14 ปี ได้ถูกชายวัยรุ่นอายุ 19 ปี แอบบันทึกภาพขณะมีเพศสัมพันธ์กับเธอ โดยที่เธอไม่รู้ ต่อมาเมื่อเธอไม่ต้องการคบหากับชายคนดังกล่าว ชายคนดังกล่าวก็นำคลิปแอบถ่ายนั้นมาข่มขู่ จนเด็กหญิงต้องยอมที่จะมีความสัมพันธ์ทางเพศด้วยเรื่อยมา จนวันหนึ่งเด็กหญิงทนไม่ไหวและไม่ยอมทำตาม ชายวัยรุ่นคนดังกล่าวจึงได้นำภาพบันทึกขณะที่เธอและเขามีเพศสัมพันธ์เผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ตและโทรศัพท์เคลื่อนที่ จนเด็กหญิงอับอายไม่กล้าไปโรงเรียน แต่เมื่อตำรวจเข้าจับกุมชายวัยรุ่นคนดังกล่าว ก็พบว่าในโทรศัพท์เคลื่อนที่ของชายวัยรุ่นมีการบันทึกคลิปขณะมีเพศสัมพันธ์กับนักเรียนหญิงอายุต่ำกว่า 15 ปี นับสิบราย โดยชายวัยรุ่นดังกล่าวยอมรับว่า จะหลอกตีสนิทกับเด็กนักเรียนหญิงและขอมีสัมพันธ์ด้วย เมื่อเด็กหญิงยินยอมก็จะแอบบันทึกภาพไว้ทุกราย หากภายหลังเด็กหญิงไม่ยอมพบหรือไม่ยอมมีเพศสัมพันธ์ด้วยก็จะข่มขู่ว่าจะเผยแพร่คลิป และหากไปแจ้งความก็จะเผยแพร่คลิปให้ต้องอับอาย และยอมรับว่าขณะถูกจับ มีนักเรียนหญิงจำนวน 4 ราย ถูกตนเองข่มขู่ให้มามีเพศสัมพันธ์หมุนเวียนกันไป

- กรณีตัวอย่าง แอบถ่ายเรียกเงิน

เดือนกันยายน 2553 ที่จังหวัดเชียงราย ชายคนหนึ่งอายุ 29 ปี อาชีพรับจ้างทั่วไป ได้เขียนจดหมายข่มขู่นักเรียนหญิงรายหนึ่ง ว่าตนเองได้แอบถ่ายภาพในขณะที่เด็กหญิงกำลังอาบน้ำ หากไม่นำเงินมามอบให้ก็จะถูกนำคลิปแอบถ่ายออกเผยแพร่ให้นักเรียนหญิงอับอาย โดยผู้ปกครองของเด็กหญิงได้แจ้งตำรวจและช้อนแผนเข้าจับกุม ชายคนดังกล่าวสารภาพว่า จะตระเวนแอบถ่ายภาพเด็กนักเรียนหญิงที่บ้านอยู่ริมถนนในขณะอาบน้ำ แล้วนำมาข่มขู่เรียกเงินเพื่อจะนำไปเลี้ยงดูบุตรที่เพิ่งคลอด

- กรณีตัวอย่าง ตำรวจหญิงถูกแอบถ่ายในห้องน้ำกองบัญชาการตำรวจนครบาล

เดือนกุมภาพันธ์ 2554 ขณะที่ตำรวจหญิงคนหนึ่ง ซึ่งเพิ่งจะเข้ารับราชการตำรวจได้ไม่นานนัก ในขณะที่เธอกำลังใช้ห้องน้ำภายในกองบังคับการอำนวยการ กองบัญชาการตำรวจนครบาล ก็ได้สังเกตเห็นแสงไฟสีแดงบริเวณผ้าเช็ดมือในห้องน้ำ และเมื่อเธอเปิดประตูห้องน้ำออกดู ก็พบตำรวจชายคนหนึ่ง ซึ่งรีบเดินหนีไปในทันที ตำรวจหญิงได้เรียกให้หยุดแต่ตำรวจชายคนดังกล่าวยังคงเดินหนีไป เมื่อได้ติดตามไปถึงยังบริเวณที่ทำงานของตำรวจชายคนดังกล่าว พบว่าตำรวจชายคนดังกล่าวมีกล้องปากกาประเภทที่มีขายทั่วไปตามท้องตลาด ซึ่งตำรวจชายคนดังกล่าวได้ปฏิเสธว่าไม่ได้ใช้แอบถ่าย และยินยอมได้เปิดไฟสให้ดูแต่ก็ไม่พบข้อมูลภาพแต่อย่างใด ต่อมาเมื่อตำรวจหญิงได้เล่าเรื่องแก่สารวัตรผู้บังคับบัญชาของตนฟัง

สารวัตรจึงได้ร้องขอให้นำกล้องปากกาดังกล่าวไปกู้ข้อมูลไฟล์เพื่อแสดงความบริสุทธิ์ใจ จึงพบภาพแอบถ่ายของตำรวจหญิงในกองบัญชาการตำรวจนครบาลขณะกระทำกิจส่วนตัวในห้องน้ำ จำนวน 8 ราย

SEXUAL OFFENCE ACT 2003**CHAPTER 42****PART 1**

SEXUAL OFFENCES

Other offences

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.

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.

(2) In section 67, "structure" includes a tent, vehicle or vessel or other temporary or movable structure.

UNITED STATES CODE**“CHAPTER 88—PRIVACY**

“Sec.

“1801. Video voyeurism.

“§ 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.”.

CANADA CRIMINAL CODE**PART V****SEXUAL OFFENCES, PUBLIC MORALS AND DISORDERLY CONDUCT*****INTERPRETATION***

Sexual Offences

Voyeurism

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.

NEW ZEALAND CRIMES ACT 1961

Part 9A

Crimes against personal privacy

Intimate visual recordings

- Heading: inserted, on 5 December 2006, by section 4 of the Crimes (Intimate Covert Filming) Amendment Act 2006 (2006 No 75).

216G Intimate visual recording defined

- (1) In sections 216H to 216N, **intimate visual recording** means a visual recording (for example, a photograph, videotape, or digital image) that is made in any medium using any device without the knowledge or consent of the person who is the subject of the recording, and the recording is of—
 - (a) a person who is in a place which, in the circumstances, would reasonably be expected to provide privacy, and that person is—
 - (i) naked or has his or her genitals, pubic area, buttocks, or female breasts exposed, partially exposed, or clad solely in undergarments; or
 - (ii) engaged in an intimate sexual activity; or
 - (iii) engaged in showering, toileting, or other personal bodily activity that involves dressing or undressing; or
 - (b) a person's naked or undergarment-clad genitals, pubic area, buttocks, or female breasts which is made—
 - (i) from beneath or under a person's clothing; or
 - (ii) through a person's outer clothing in circumstances where it is unreasonable to do so.

(2) In section 216H, intimate visual recording includes an intimate visual recording that is made and transmitted in real time without retention or storage in—

- o (a) a physical form; or
- o (b) an electronic form from which the recording is capable of being reproduced with or without the aid of any device or thing.

Section 216G: inserted, on 5 December 2006, by section 4 of the Crimes (Intimate Covert Filming) Amendment Act 2006 (2006 No 75).

216H Prohibition on making intimate visual recording

- Everyone is liable to imprisonment for a term not exceeding 3 years who intentionally or recklessly makes an intimate visual recording of another person.

Section 216H: inserted, on 5 December 2006, by section 4 of the Crimes (Intimate Covert Filming) Amendment Act 2006 (2006 No 75).

216I Prohibition on possessing intimate visual recording in certain circumstances

- (1) Everyone is liable to imprisonment for a term not exceeding 3 years who has in his or her possession an intimate visual recording—
 - o (a) for the purpose of publishing, exporting or selling the intimate visual recording; and
 - o (b) knowing it to be an intimate visual recording, or being reckless as to whether it is an intimate visual recording.

(2) Everyone is liable to imprisonment for a term not exceeding 1 year who, without reasonable excuse, has in his or her possession an intimate visual recording knowing it to be an intimate visual recording.

Section 216I: inserted, on 5 December 2006, by section 4 of the Crimes (Intimate Covert Filming) Amendment Act 2006 (2006 No 75).

216J Prohibition on publishing, importing, exporting, or selling intimate visual recording

- (1) Everyone is liable to imprisonment for a term not exceeding 3 years who, knowing that a visual recording is an intimate visual recording, or being reckless as to whether a visual recording is an intimate visual recording,—

- o (a) publishes in New Zealand the intimate visual recording:
- o (b) imports into New Zealand the intimate visual recording:
- o (c) exports from New Zealand the intimate visual recording:
- o (d) sells the intimate visual recording.

(2) In this section, unless the context otherwise requires,—

publishes means any of the following:

- o (a) displays by any means:
- o (b) sends to any person by any means:
- o (c) distributes by any means:
- o (d) conveys by electronic medium:
- o (e) stores electronically in a way that is accessible by any other person or persons

sells means sells in a physical form or by electronic medium, and includes—

- o (a) offers for sale:
- o (b) agrees to sell.

Section 216J: inserted, on 5 December 2006, by section 4 of the Crimes (Intimate Covert Filming) Amendment Act 2006 (2006 No 75).

216K Exceptions to prohibition in section 216J

- (1) Nothing in section 216J(1)(a), (b), or (c) applies to anything done by any person in the course of, or in connection with, exercising or performing any powers, duties, or functions under any enactment.

(2) Nothing in section 216J(1)(a) applies to any person by reason only of that person publishing an intimate visual recording to a person referred to in section 216N(1).

(3) Nothing in section 216J applies to any person who, not knowing or suspecting that a visual recording is an intimate visual recording, facilitates

access to that recording by reason only of providing some or all of the means necessary for—

- o (a) delivery of the recording in physical form (for example, by a postal operator or courier); or
- o (b) transmission (other than by broadcasting) of the recording (for example, by a network operator or service provider providing only a network or facility through which a recording is transmitted); or
- o (c) storage of the recording electronically in a way that is accessible by any other person or persons.

(4) In subsection (3), unless the context otherwise requires,—

courier means a person carrying on business as a courier

network operator has the same meaning as in [section 3\(1\)](#) of the Telecommunications (Interception Capability) Act 2004

postal operator has the same meaning as in [section 2\(1\)](#) of the Postal Services Act 1998

public data network has the same meaning as in [section 5](#) of the Telecommunications Act 2001

service provider—

- o (a) means a person providing Internet access, email access, or both of those facilities, by means of a public data network; but
- o (b) does not include a network operator.

Section 216K: inserted, on 5 December 2006, by [section 4](#) of the Crimes (Intimate Covert Filming) Amendment Act 2006 (2006 No 75).

216L Disposal and forfeiture

- (1) Where any person is convicted of an offence against [section 216H](#) or [section 216I](#) or [section 216J](#), the court may, in addition to or instead of passing any other sentence or making any other order in respect of the offence, order that the

intimate visual recording be destroyed within 10 working days from the making of the order, and that the recording in the meantime be impounded.

(2) Where any person is convicted of an offence against section 216H or section 216I or section 216J, the court may, in addition to or instead of passing any other sentence or making any other order in respect of the offence, order that any equipment, goods, or other thing used in respect of the commission of the offence be forfeited to the Crown; and anything so forfeited must be sold, destroyed, or otherwise disposed of as the Minister of Justice directs.

(3) Before making an order under subsection (1) or subsection (2), the court must give the following persons an opportunity to be heard:

- o (a) the person convicted; and
- o (b) any other person who, in the opinion of the court, would be directly affected by the making of the order.

(4) If the court is satisfied that the intimate visual recording that was the subject of the prosecution, or any equipment, goods, or other thing used in respect of the commission of the offence, should be delivered to a person other than the person convicted, it may so order.

Section 216L: inserted, on 5 December 2006, by section 4 of the Crimes (Intimate Covert Filming) Amendment Act 2006 (2006 No 75).

216M Effect of appeal on order made under section 216L

- (1) If any person is convicted of an offence against section 216H or section 216I or section 216J, and any order is made under section 216L, the operation of the order is suspended,—
 - o (a) in any case, until the expiration of the time prescribed in the Summary Proceedings Act 1957 or this Act for the filing of a notice of appeal or an application for leave to appeal; and
 - o (b) if a notice of appeal is filed within the time so prescribed, until the determination of the appeal; and

- o (c) if the application for leave to appeal is filed within the time so prescribed, until the application is determined, and, if leave to appeal is granted, until the determination of the appeal.

(2) If the operation of any order is suspended until the determination of the appeal, the court determining the appeal may, by order, cancel or vary the order.

Section 216M: inserted, on 5 December 2006, by section 4 of the Crimes (Intimate Covert Filming) Amendment Act 2006 (2006 No 75).

216N Protection from liability

- (1) This section applies to the following persons:
 - o (a) any constable; and
 - o (b) any Customs officer; and
 - o (c) any officer or employee of the New Zealand Security Intelligence Service; and
 - o (d) any employee of the Department of Corrections and any other employee exercising powers or functions under the Corrections Act 2004; and
 - o (e) any lawyer or agent—
 - (i) giving legal advice in relation to an intimate visual recording; or
 - (ii) giving legal advice, or making representations, in relation to any civil or criminal proceedings; and
 - o (f) any other person or member of a class of persons prescribed in regulations made under this Act; and
 - o (g) the person who is the subject of an intimate visual recording.

(2) No person referred to in subsection (1)(g) commits an offence against section 216I or section 216J by possessing or publishing the intimate visual recording.

(3) No other person to whom this section applies commits an offence against section 216H or section 216I or section 216J(1)(a) or (b) or (c) by

making, possessing, or publishing any intimate visual recording for the purpose of, or in the course of, carrying out the functions set out in subsection (5).

(4) Subsection (3) does not apply in respect of anything done in bad faith or without reasonable cause.

(5) The functions referred to in subsection (3) are functions relating to—

- o (a) the prevention, detection, investigation, prosecution, or punishment of offences:
- o (b) the conduct of proceedings in any court or tribunal:
- o (c) security or safety.

(6) Subsections (1) to (3) apply despite the fact that, but for this section, the act would have otherwise constituted an offence.

(7) Where a person to whom subsection (1)(a) to (f) applies has in his or her possession an intimate visual recording, the recording must not be kept longer than is required for the purpose of carrying out the functions referred to in subsection (5), and must then either be—

- o (a) made available to the person who is the subject of the recording, if that person requests; or
- o (b) immediately destroyed if the person who is the subject of the recording makes no request under paragraph (a).

Section 216N: inserted, on 5 December 2006, by section 4 of the Crimes (Intimate Covert Filming) Amendment Act 2006 (2006 No 75).

Section 216N(1)(a): amended, on 1 October 2008, pursuant to section 116(a)(ii) of the Policing Act 2008 (2008 No 72).

CANADA CRIMINAL CODE

Information for general warrant

487.01 (1) A provincial court judge, a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in section 552 may issue a warrant in writing authorizing a peace officer to, subject to this section, use any device or investigative technique or procedure or do any thing described in the warrant that would, if not authorized, constitute an unreasonable search or seizure in respect of a person or a person's property if

- (a) the judge is satisfied by information on oath in writing that there are reasonable grounds to believe that an offence against this or any other Act of Parliament has been or will be committed and that information concerning the offence will be obtained through the use of the technique, procedure or device or the doing of the thing;
- (b) the judge is satisfied that it is in the best interests of the administration of justice to issue the warrant; and
- (c) there is no other provision in this or any other Act of Parliament that would provide for a warrant, authorization or order permitting the technique, procedure or device to be used or the thing to be done.

Marginal note:Limitation

(2) Nothing in subsection (1) shall be construed as to permit interference with the bodily integrity of any person.

Marginal note:Search or seizure to be reasonable

(3) A warrant issued under subsection (1) shall contain such terms and conditions as the judge considers advisable to ensure that any search or seizure authorized by the warrant is reasonable in the circumstances.

Marginal note:Video surveillance

(4) A warrant issued under subsection (1) that authorizes a peace officer to observe, by means of a television camera or other similar electronic device, any person who is engaged in activity in circumstances in which the person has a reasonable expectation of privacy shall contain such terms and conditions as the judge considers advisable to ensure that the privacy of the person or of any other person is respected as much as possible.

Marginal note:Other provisions to apply

(5) The definition “offence” in section 183 and sections 183.1, 184.2, 184.3 and 185 to 188.2, subsection 189(5), and sections 190, 193 and 194 to 196 apply, with such modifications as the circumstances require, to a warrant referred to in subsection (4) as though references in those provisions to interceptions of private communications were read as references to observations by peace officers by means of television cameras or similar electronic devices of activities in circumstances in which persons had reasonable expectations of privacy.

Marginal note:Notice after covert entry

(5.1) A warrant issued under subsection (1) that authorizes a peace officer to enter and search a place covertly shall require, as part of the terms and conditions referred to in subsection (3), that notice of the entry and search be given within any time after the execution of the warrant that the judge considers reasonable in the circumstances.

Marginal note:Extension of period for giving notice

(5.2) Where the judge who issues a warrant under subsection (1) or any other judge having jurisdiction to issue such a warrant is, on the basis of an affidavit submitted in support of an application to vary the period within which the notice referred to in subsection (5.1) is to be given, is satisfied that the interests of justice warrant the granting of the application, the judge may grant an extension, or a subsequent extension, of the period, but no extension may exceed three years.

Marginal note:Provisions to apply

(6) Subsections 487(2) and (4) apply, with such modifications as the circumstances require, to a warrant issued under subsection (1).

Marginal note:Telewarrant provisions to apply

(7) Where a peace officer believes that it would be impracticable to appear personally before a judge to make an application for a warrant under this section, a warrant may be issued under this section on an information submitted by telephone or other means of telecommunication and, for that purpose, section 487.1 applies, with such modifications as the circumstances require, to the warrant.

1993, c. 40, s. 15;

1997, c. 18, s. 42, c. 23, s. 13.

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

พันตำรวจโทหญิง สาธิมน มิสินทางกูร เกิดเมื่อวันที่ 13 มิถุนายน 2518 ที่กรุงเทพมหานคร สำเร็จการศึกษาปริญญาตรีนิติศาสตรบัณฑิตเกียรตินิยมอันดับสอง จากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อปีการศึกษา 2550 และเข้ารับการศึกษต่อในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ที่คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปี พ.ศ.2551