

ปัญหาในการคุ้มครองผู้เสียหายจากการลักลอบบันทึกภาพถ่ายหรือวีดิทัศน์โดยมิชอบ
ในประเทศไทย

ความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติทางกฎหมายตามที่บัญญัติในมาตรา 34 แห่งรัฐธรรมนูญไทย พ.ศ.2540 ในการคุ้มครองผู้เสียหายจากการลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือวีดิทัศน์โดยมิชอบอันเป็นการละเมิดต่อสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวในประเทศไทย ได้ส่งผลทำให้ไม่มีการออกกฎหมายลำดับรองอื่นโดยเฉพาะกฎหมายอาญาเพื่อลงโทษการกระทำความผิดฐานลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือวีดิทัศน์โดยมิชอบ ปัจจุบันเมื่อเกิดการกระทำความผิดฐานลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือวีดิทัศน์โดยมิชอบขึ้น ระบบกฎหมายอาญาของประเทศไทยเราทำได้เพียงการนำกฎหมายอาญาในฐานความผิดอื่นที่มีองค์ประกอบความผิดที่ใกล้เคียงมาใช้ในการลงโทษซึ่งทำได้อย่างจำกัด และไม่เหมาะสม

ในบทนี้ผู้ศึกษาจึงได้ทำการศึกษา และแสดงถึงปัญหาในการนำบทบัญญัติทางอาญาที่ไม่เหมาะสมกับลักษณะการกระทำความผิดในเรื่องการลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือวีดิทัศน์โดยมิชอบเพื่อจะนำไปสู่บทสรุปในการแก้ปัญหาในการลงโทษผู้กระทำการลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือวีดิทัศน์โดยมิชอบได้อย่างเหมาะสมต่อไป

4.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540

ด้วยแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลโดยเฉพาะการคุ้มครองผู้เสียหายจากการลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือวีดิทัศน์โดยมิชอบอันเป็นการกระทำการแทรกสอดเข้าไปโดยพลการในกิจการส่วนตัวของผู้อื่นตามที่บัญญัติไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ข้อ 12 หรือตามที่บัญญัติในกติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ 17 นั้นจะเห็นถึงแนวคิดสำคัญที่ตรงกันของบทบัญญัติทั้ง 2 ฉบับคือการที่ประชาคมโลกต่างตระหนักถึงความสำคัญในปัญหา และความจำเป็นในการที่รัฐต่างจำเป็นต้องมีหลักประกันเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล โดยการบัญญัติกฎหมายภายในให้มีผลบังคับใช้ในการคุ้มครองผู้เสียหายจากการลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือวีดิทัศน์โดยมิชอบ อันเป็นปัญหาหนึ่งในเรื่องการแทรกสอดในความเป็นอยู่ส่วนตัวโดยพลการ หรือโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ทั้งการ

กระทำดังกล่าวยังอาจส่งผลทำให้ชื่อเสียง และเกียรติยศของผู้เสียหายถูกลดคุณค่าลงอีกด้วย ในประเทศไทยนั้นแนวความคิดในเรื่องการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลได้มีบัญญัติให้เป็นไปตามหมวดที่ 3 เรื่องสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทย มาตรา 34 แห่งรัฐธรรมนูญ ความว่า

“สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวย่อมได้รับความคุ้มครอง

การกล่าว หรือไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความหรือภาพไม่ว่าด้วยวิธีใดไปยังสาธารณชน อันเป็นการละเมิดหรือกระทบถึงสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นส่วนตัวจะกระทำมิได้เว้นแต่กรณีที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณชน”

ตามบทบัญญัติข้างต้นเราอาจจำแนกการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวตามกฎหมายไทย คือ

- 1) สิทธิส่วนบุคคลในครอบครัว
- 2) สิทธิส่วนบุคคลในเกียรติยศ
- 3) สิทธิส่วนบุคคลในชื่อเสียง
- 4) สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนบุคคล

โดยแนวความเห็นของท่านอาจารย์มานิตย์ จุมปาได้ให้คำนิยาม “สิทธิส่วนบุคคล” และ “ความเป็นอยู่ส่วนบุคคล”

“สิทธิส่วนบุคคล” หมายถึง สิทธิประจำตัวของบุคคลอันประกอบไปด้วยเสรีภาพในร่างกาย การดำรงชีวิตมีความเป็นส่วนตัวได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายมิให้ผู้อื่นมาล่วงละเมิด¹

“ความเป็นอยู่ส่วนบุคคล”คือ สถานะที่บุคคลจะรอดพ้นจากการสังเกต การรู้เห็น การสืบความลับ การรบกวนต่างๆและมีความสันโดษ ไม่ติดต่อสัมพันธ์กับสังคม คือมีการดำรงชีวิตอย่างเป็นอิสระ มีการพัฒนาบุคลิกลักษณะตามที่ต้องการ มีสิทธิที่จะแสวงหาความสุขในชีวิตตามวิถีทางที่อาจเป็นไปได้และเป็นความพอใจของเขา²

¹มานิตย์ จุมปา,คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2540) พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์นิติธรรม,2546) น.70.

²Ibid, p.70.

เมื่อสิทธิ (Right) คือ อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวกับทรัพย์ หรือบุคคลอื่น³ เป็นสิ่งไม่มีรูปร่างซึ่งมีอยู่ในตัวมนุษย์มาตั้งแต่เกิด หรือกำหนดขึ้นโดยกฎหมายให้ได้รับประโยชน์ และมนุษย์เป็นผู้เลือกใช้สิ่งนั้นเองโดยไม่มีผู้ใดมาบังคับได้ แต่ทั้งนี้ไม่ได้หมายความว่าผู้ซึ่งทรงสิทธิจะทำอะไรก็ได้ตามใจ เพราะหากทำอะไรไปแล้วกระทบถึงสิทธิของผู้อื่น หรือทำให้ผู้อื่นเกิดความเสียหายขึ้น การกระทำดังกล่าวถือเป็นสิ่งต้องห้าม

ส่วนเสรีภาพ (Liberty) นั้น หมายถึง ความมีอิสระในการใช้สิทธิกระทำการใดๆ ตามใจสมัคร⁵ เป็นสิ่งที่มีรูปร่างเช่นเดียวกับสิทธิกำหนดขึ้นโดยกฎหมายให้มนุษย์ต้องปฏิบัติเพื่อประโยชน์โดยตรงต่อส่วนรวม เมื่อกระทำการฝ่าฝืนหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ย่อมมีความผิดและได้รับโทษ หรือกล่าวได้ว่าเสรีภาพคือ อำนาจของบุคคลใดๆ ในอันจะกำหนดตนเอง (Self - determination) โดยอำนาจนี้บุคคลย่อมเลือกวิถีชีวิตของตนได้ด้วยตนเองตามใจปรารถนาถือเป็นอำนาจที่บุคคลมีอยู่เหนือตนเอง⁶ ในปัจจุบันได้มีการใช้คำว่า “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” ปะปนกันในความหมายของคำว่าสิทธิมนุษยชน (Human Rights) ซึ่งถือเป็น “สิทธิในเสรีภาพ” (Right of Liberty) คือเป็นอำนาจตามกฎหมายในอันที่จะกระทำการต่างๆ โดยปราศจากการรบกวนขัดขวางของรัฐ⁷ โดยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 นั้น อาจจำแนกประเภทของสิทธิ และเสรีภาพโดยอาศัยหลักเกณฑ์ที่ต่างกันไปตามเนื้อหาของสิทธิ และเสรีภาพ การกำเนิดของสิทธิ และเสรีภาพ และตามอาการของผู้ทรงสิทธิ และเสรีภาพ เป็น

³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540, (กรุงเทพมหานคร:วิญญูชน, 2543) น.21.

⁴ สกล สกลเดช, “การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในหมวด 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540”, สิทธิมนุษยชนและสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทย, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2543) น.25.

⁵ คณิน บุญสุวรรณ, คู่มือการใช้สิทธิของประชาชน, (กรุงเทพมหานคร:สุโข, 2547) น.21.

⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540, (กรุงเทพมหานคร:วิญญูชน, 2543) น.22.

⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร:สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2538) น.18.

ต้น^๘ ซึ่งสิทธิในความเป็นส่วนตัวนั้นถือได้ว่าเป็นสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลตามที่บัญญัติไว้ในหมวดที่ 3 ว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทย มาตรา 34 ได้แก่ สิทธิในความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตและร่างกาย ซึ่งรัฐธรรมนูญบัญญัติให้การคุ้มครองประชาชนในรัฐโดยการใช้อำนาจของรัฐให้เป็นไปเพื่อป้องกัน และปราบปรามการกระทำผิดทางอาญาใดๆ ที่อาจเกิดขึ้นกับผู้ทรงสิทธิ ดังนี้ การกระทำความผิดอาญาใดต่อสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนบุคคลของผู้ใดจึงสมควรที่ผู้นั้นจะได้รับการคุ้มครองโดยอำนาจของรัฐ ตามมาตรา 34 นี้มุ่งกำหนดคุ้มครองบุคคลใน 2 เรื่องที่สำคัญคือ หนึ่งบุคคลจะได้รับการคุ้มครองมิให้ผู้ใด หรือแม้แต่รัฐเองกระทำการละเมิดสิทธิของบุคคลในครอบครัว หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวได้^๙ หรือที่เรียกว่าสิทธิที่จะไม่เป็นชาว เช่นกรณีที่หนังสือพิมพ์ลักลอบบันทึกภาพดารานักแสดงหญิงขณะอยู่กับเพื่อนชายในกิริยาที่ไม่เหมาะสม แล้วนำตีพิมพ์เผยแพร่ ทำให้นักแสดงหญิงผู้นั้นได้รับความอับอายขายหน้า ย่อมถือเป็นการละเมิดซึ่งสิทธิในความเป็นส่วนตัวตามมาตรา 34 หนังสือพิมพ์ฉบับดังกล่าวจะอ้างถึงความเป็นบุคคลสาธารณะของนักแสดงหญิงผู้นั้นเป็นเหตุยกเว้นความผิดหาได้ไม่ เว้นเสียว่าการเผยแพร่ภาพโดยมิชอบนั้นจะเป็นไปเพื่อประโยชน์ต่อสาธารณชน^{๑๐} เช่น กรณีลักลอบบันทึกภาพถ่ายของนักการเมืองขณะที่กำลังเล่นการพนันในบ่อนคาสิโนเถื่อนกลางกรุงแล้วพิมพ์เผยแพร่ เช่นนี้การที่สาธารณชนได้รับทราบถึงภาพดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดประโยชน์แก่สังคมโดยรวม ทั้งนี้ นับว่าเป็นเรื่องยากในการกำหนดขอบเขตของความพอดีระหว่างเรื่องส่วนบุคคล กับประโยชน์สาธารณะว่าอย่างใดจะเหมาะสมที่สุด รูปสิทธิส่วนบุคคล หรือสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนบุคคล ที่รัฐจะให้การคุ้มครองนั้นมิชอบเขตที่จะต้องเป็นสิทธิเสรีภาพในร่างกาย การดำรงชีวิต ความเป็นอยู่ส่วนบุคคล ให้อยู่ในสถานะที่รอดพ้นจากการสังเกต การรู้เห็น การสืบความลับ การรบกวนต่างๆ และจะต้องมีความสันโดษ มีการดำรงชีวิตได้อย่างเป็นอิสระ มีการพัฒนาบุคลิกลักษณะของตนเองตามแต่ที่ตนต้องการตลอดจนมีสิทธิที่จะแสวงหาความสุขในชีวิตในทางที่เป็นไปได้ และเป็นความพอใจของบุคคลเอง การคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวในรัฐธรรมนูญมาตรา 34 นี้มีขอบเขตในการให้ความคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวโดยหลัก 3 ประการอันได้แก่

^๘ เพิ่งอ้าง, น.21.

^๙ คณิน บุญสุวรรณ, คู่มือการใช้สิทธิของประชาชน, (กรุงเทพมหานคร:สุโข, 2547) น.33 – 34.

^{๑๐} คณิน บุญสุวรรณ, สิทธิเสรีภาพของคนไทย, (กรุงเทพมหานคร:วิญญูชน, 2542) น. 17.

1. การใช้สิทธิเสรีภาพ สิทธิความเป็นส่วนตัวของบุคคลตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 34 แห่งรัฐธรรมนูญนี้ย่อมเป็นสิทธิเสรีภาพที่ปลอดจากการแทรกแซงของรัฐ

2. โดยมีสภาพบังคับมิให้รัฐก้าวก่าย หรือรบกวนสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว

3. ข้อจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ปรากฏในลักษณะของการห้ามมิให้มีการโฆษณาแพร่หลายซึ่งข้อความ หรือภาพไม่ว่าด้วยวิธีใดไปสู่สาธารณชนในอันที่จะเป็นการละเมิด หรือเป็นการกระทบถึงสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว นอกจากการกระทำดังกล่าวจะเป็นไปเพื่อกรณีที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะเท่านั้น

ดังนั้นการลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือวีดิทัศน์โดยมิชอบจึงเท่ากับเป็นการเข้าไปรุกรานซึ่งสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว บังคับบุคคลผู้ตกเป็นผู้เสียหายจากการลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือวีดิทัศน์จึงชอบที่จะได้รับการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 34 แห่งรัฐธรรมนูญไทย พ.ศ.2540

ปัญหาคือ กรณีผู้เสียหายถูกลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือวีดิทัศน์โดยมิชอบในสถานที่ส่วนบุคคล หรือในที่สาธารณะสถาน หรือกรณีของบุคคลสาธารณะ ในขณะที่ปฏิบัติกิจกรรมส่วนบุคคล เช่นนี้แล้วเมื่อผู้บันทึกภาพถ่าย หรือวีดิทัศน์โดยมิชอบดังกล่าวอ้างเป็นการกระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะอันถือเป็นข้อยกเว้นทำให้การกระทำใดที่แม้เป็นการรุกรานต่อสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของปัจเจกชนนั้นสามารถกระทำได้ เช่นนี้แล้วผู้ศึกษาจึงพึงที่จะได้ศึกษาต่อไปว่าอย่างไรจึงจะถือเป็นประโยชน์สาธารณะ และสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนบุคคลระหว่างบุคคลธรรมดา กับบุคคลสาธารณะนั้นได้รับความคุ้มครองในกรอบที่แตกต่างกันอย่างไรในความหมายของมาตรา 34 แห่งรัฐธรรมนูญไทย พ.ศ.2540

ประโยชน์สาธารณะ หมายถึง ประโยชน์ส่วนรวมของทุกคน มิใช่เป็นประโยชน์ของเอกชนคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง ในการดำเนินงานของรัฐเพื่อให้บรรลุผลประโยชน์ส่วนรวม การจำกัดสิทธิประโยชน์ของเอกชนนั้นจะทำได้ก็เพียงเท่าที่จำเป็น โดยหลักแล้วการตัดรอนสิทธิของเอกชนไม่สามารถไปด้วยกันหรือสอดคล้องกันได้เลยเท่านั้น หากไม่มีวิธีใดที่จะดำเนินไปโดยไม่กระทบถึงสิทธิของเอกชนแล้ว การดำเนินงานที่ถูกต้องจะเลือกเอาวิธีที่จะก่อให้เกิดความเสียหายน้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้¹¹

¹¹ สมยศ เชื้อไทย, กฎหมายมหาชนเบื้องต้น พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2536) น.29.

รศ.ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ อธิบายว่า Public Interest เรียกว่า “ประโยชน์ส่วนรวม” หรือ “ประโยชน์มหาชน” แท้ที่จริงแล้วก็คือความต้องการอันร่วมกันของราชภวณัฒนัอง เชน เราทุกคนต้องการความมั่นคง ปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ต้องการการอยู่ดีกินดีทั้งในทางกายภาพ และในทางจิตใจ ฯลฯ ซึ่งจะมีได้เมื่อประเทศมีความมั่นคงปลอดภัยจากการรุกรานของต่างชาติ มีความสงบเรียบร้อยภายใน มีความมั่นคงทางเศรษฐกิจ และมีความเจริญรุ่งเรืองทางศิลปะวิทยาการด้านต่างๆจึงนับว่าเป็นประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์มหาชน อนึ่ง พึงสังเกตว่าประโยชน์ส่วนรวม หรือประโยชน์มหาชนนี้ มิใช่ผลรวมของความปรารถนาและความต้องการของราชภวณัฒนัองแต่ละคนเสมอไป ประสพการณ์แสดงให้เห็นเป็นตัวอย่างว่า ประโยชน์บางประการของราชภวณัฒนัองบางครั้งก็เป็นปฏิปักษ์กับประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์มหาชน และราชภวณัฒนัองสามารถกระทำการที่กระทบกระเทือนต่อประโยชน์ส่วนรวม หรือประโยชน์มหาชนได้ ทำนองเดียวกันเราจะต้องมาเข้าใจว่า ประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์มหาชนคือสิ่งเดียวกันกับนโยบายการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาลคณะใดคณะหนึ่ง รัฐบาลอาจมีความคิดเรื่องประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์มหาชนผิดพลาดไป อาจกำหนดนโยบายการบริหารราชการแผ่นดินผิดพลาด และอาจนำรัฐบาลไปสู่วความวิบัติล่มจมได้ ด้วยเหตุนี้การที่จะถือว่าความปรารถนาและการกระทำของรัฐบาลคือการแสดงออกซึ่งประโยชน์ส่วนรวม หรือประโยชน์มหาชนทุกกรณีโดยไม่คำนึงถึงผลที่เกิดขึ้นแก่สังคมจึงนับว่าเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้องอย่างยิ่ง¹² แต่ทั้งนี้การกล่าวอ้างประโยชน์สาธารณะนั้นไม่อาจอ้างเพื่อการกระทำละเมิดหรือการกระทำใดๆที่กระทบถึงสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวจนเกินสมควร กระทำได้เพียงเพื่อตอบสนอง “สิทธิที่จะรู้” (Right to know) ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานประการหนึ่งที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองคุ้มครองเทียบเท่ากัสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคล¹³ เชน การลักลอบบันทึกภาพถ่ายนักรการเมืองขณะเล่นการพนันในบ่อนกาสิโนเถื่อนกลางเมือง กัการลักลอบบันทึกภาพถ่ายนักรแสดงสาวขณะกอดกักับแฟนหนุ่มในสระว่ายน้ำทั้ง 2 กรณีล้วนเป็นการละเมิดต่อสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวบุคคล แต่การที่สาธารณชนได้รับทราบถึงพฤติกรรมในการเล่นการพนันของนักรการเมืองย่อมถือเป็นเรื่องที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะในส่วนของความมั่นคงในการบริหารประเทศ ซึ่งประชาชนมีสิทธิที่จะรู้ถึงพฤติกรรมอัน

¹² ศิริกุล ภูพันธ์, “ข้อความคิดว่าด้วยข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล,” (วิทยานิพนธ์
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548) น.9.

¹³ เพิ่งอ้าง, น.9.

ไม่สมควรของผู้แทนราษฎรที่ตนเลือกเข้ามาเป็นตัวแทนในการบริหารประเทศมากกว่าความอยากรู้ยากเห็นในชีวิตส่วนตัวของดารา เป็นต้น

ปัญหาที่ต้องนำมาพิจารณาต่อมาก็คือ สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนบุคคลระหว่างบุคคลธรรมดา กับบุคคลสาธารณะนั้นได้รับความคุ้มครองแตกต่างกันอย่างไร

บุคคลสาธารณะ คือ บุคคลผู้ซึ่งประสบความสำเร็จหรือมีคุณวุฒิ มีชื่อเสียง เป็นแบบอย่างการดำเนินชีวิตหรือได้รับการยอมรับนับถือเป็นแบบอย่าง ซึ่งการกระทำของเขามีผลก่อให้เกิดคุณประโยชน์ต่อสาธารณะ หรือเรียกได้ว่าเป็นผู้มีชื่อเสียง เช่น นักร้องนักแสดง นักกีฬาที่มีชื่อเสียง นักต่อสู้ที่เป็นผู้นำ ข้าราชการหรือเจ้าพนักงานของรัฐ ทหาร ตำรวจ นักประดาน้ำที่มีชื่อเสียง นักสำรวจ ผู้ที่มีความอัจฉริยะเป็นที่สนใจของประชาชน และบุคคลสำคัญ และผู้ที่มีอิทธิพลต่อสังคมเนื่องมาจากสถานะทางสังคมและบทบาทหน้าที่ของเขาที่มีผลกระทบต่อความเป็นไปของสังคม หรือบุคคลใดๆก็ตามที่ได้ผูกมัดอยู่กับอาชีพหรือกิจการงาน ซึ่งต้องการการรับรองหรือสนับสนุนจากสาธารณชนแล้วเท่ากับว่าได้ยอมให้ชีวิตส่วนตัวของเขาถูกดำเนินการตรวจสอบโดยมหาชนเท่าที่จำเป็น เพื่อตัดสินใจว่าเป็นการดี และสมควรหรือไม่ที่จะให้การรับรองหรือสนับสนุนแก่เขา¹⁴ ซึ่งบุคคลสาธารณะนี้ในทางกฎหมายถือว่าจะได้รับการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวน้อยกว่าบุคคลทั่วไปเพราะสาธารณชนจะให้ความสนใจติดตามข่าวคราวของบุคคลดังกล่าวอยู่เสมอ¹⁵ แต่ทั้งนี้การเป็นบุคคลสาธารณะนั้นไม่ได้เท่ากับว่าสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนบุคคลของเขาเหล่านั้นจะหมดสิ้นไปเพราะการมีสภาพเป็นบุคคลสาธารณะ เพราะตราบไคที่เป็นมนุษย์สิทธิส่วนบุคคลซึ่งเป็นสิทธิโดยธรรมชาติที่ติดตัวมาแต่กำเนิดนั้นย่อมไม่อาจหายไปได้ ดังนั้นการที่บุคคลสาธารณะอาศัยอยู่ในสถานที่ส่วนบุคคลของเขาเองประกอบกิจกรรมส่วนบุคคลเมื่อถูกลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือวิดิทัศน์โดยมิชอบย่อมต้องได้รับความคุ้มครองสิทธิในชีวิตส่วนตัวตามที่มาตรา 34 แห่งรัฐธรรมนูญไทย พ.ศ.2540 บัญญัติไว้ซึ่งเป็นแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของบุคคลสาธารณะเช่นเดียวกับในต่างประเทศ

¹⁴ กงจักร โพธิ์พร้อม, "ปัญหาทางกฎหมายมหาชนบางประการเกี่ยวกับการควบคุมการใช้ข่าวสารโดยเครื่องคอมพิวเตอร์," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2529) น.590.

¹⁵ กุลพล พลวัน, "สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวกับการคุ้มครองตามกฎหมายไทย", ข่าวเนติบัณฑิตยสภา, 18(ตุลาคม 2548), น.5.

ทั้งนี้โดยธรรมชาติในการดำรงชีวิตในสังคมของมนุษย์นั้นไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือบุคคลสาธารณะอาจถูกแบ่งออกได้เป็น 2 ส่วน ได้แก่

- 1) ชีวิตสาธารณะ (Public life) คือ การดำเนินชีวิตในส่วนที่มีปฏิสัมพันธ์กับผู้อื่นในสังคม
- 2) ชีวิตส่วนตัว (Private life) คือ การดำเนินชีวิตที่เป็นการแยกตัวเองออกจากผู้อื่น ไม่มีการปฏิสัมพันธ์กับผู้อื่นในสังคม

ในปัจจุบันไม่ได้มีนิยามคำเหล่านี้ไว้อย่างชัดเจนมีเพียงทฤษฎีของนักคิดที่ให้ไว้เป็นพื้นฐานของแนวความคิดที่แบ่งแยกระหว่างส่วนตัว กับ สาธารณะ เช่น

แนวความคิดของ John Locke ที่กำหนดให้ “ส่วนตัว” นั้นหมายถึง สถานะที่บุคคลมีเสรีภาพโดยสมบูรณ์ที่จะกำหนดการกระทำของตัวเอง กำหนดการใช้ทรัพย์สินของตนเอง และกำหนดความสัมพันธ์กับบุคคลอื่นตามที่ตัวเองคิดว่าสมควรภายใต้ขอบเขตของกฎหมายธรรมชาติ เขาได้เสนอแนวความคิดเรื่องทรัพย์สินส่วนตัวซึ่งบุคคลควรมีสิทธิในทรัพย์สินของเขาเองอย่างสมบูรณ์ เนื่องจากทรัพย์สินนั้นผู้เป็นเจ้าของหามาได้ด้วยความเหน็ดเหนื่อย และด้วยแรงงานของเขา ด้วยเหตุนี้สิ่งใดที่เขาได้มียึดถือเพื่อเป็นทรัพย์สินส่วนตัว จึงแยกออกจากทรัพย์สินสาธารณะของผู้อื่น¹⁶

แนวความคิดของ Samuel D. Warren และ Louis D. Brandeis ซึ่งแบ่งการพิจารณาขอบเขตของ “ส่วนตัว” ออกเป็น 2 ด้าน ได้แก่

1. ความเป็นส่วนตัวในทางนามธรรม คือ การที่บุคคลมีเสรีภาพในการแสดงอารมณ์ และความรู้สึก เสรีภาพในทางความคิด เสรีภาพในความเชื่อถือ ศรัทธา ในลัทธิศาสนา
2. ความเป็นส่วนตัวในทางรูปธรรม หรือทางกายภาพ คือ การอยู่โดยลำพัง ปราศจากการรบกวน กล่าวคือ เป็นสถานะที่บุคคลจะรอดพ้นจากการสังเกต การรู้เห็น การสืบความลับ การรบกวนต่างๆ และปราศจากการแทรกแซงจากสังคม

โดยอธิบายว่า ความสันโดษของบุคคลเป็นสิ่งที่ควรได้รับการเคารพ และได้รับการคุ้มครองเพื่อให้ผู้นั้นสามารถพัฒนาบุคลิกลักษณะได้ตามที่เขาต้องการ และมีสิทธิที่จะแสวงหา

¹⁶ Judith Wagner Decew, In pursuit of privacy : Law, Ethics, and the Rise of technology, (New York: Cornell University press, 1997), p.11.

ความสุขในชีวิตตามวิถีทางที่อาจเป็นไปได้ และเป็นไปตามความพอใจของเขาตราบเท่าที่ไม่ล่วงไปยังสิทธิของผู้อื่น¹⁷ ซึ่งแนวคิดนี้ต่อมาได้รับการพัฒนาอย่างเป็นรูปร่างชัดเจนในกฎหมายอาญา ในส่วนการรุกรานสิทธิส่วนบุคคลโดยการลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือวิดีโอ หรือภาพยนตร์โดยมิชอบของมลรัฐต่างๆทั่วทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีใช้บังคับกันในปัจจุบัน

ดังนั้นการที่แม้เป็นเพียงบุคคลธรรมดาปรากฏตัวในที่สาธารณะย่อมถือเป็นพฤติการณ์ที่แสดงให้ผู้อื่นเข้าใจได้ว่าเป็นเหตุทำให้สิทธิส่วนบุคคลของตนได้รับการคุ้มครองที่น้อยลง และอาจถูกล่วงละเมิดโดยบุคคลอื่นได้มากกว่ากรณีที่อยู่ในสถานที่ส่วนบุคคล

4.2 ประมวลกฎหมายอาญา

เนื่องจาก “การลักลอบ” ตามความหมายของพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน กำหนดให้หมายความถึง การลอบกระทำการบางอย่าง¹⁸ โดย “ลัก” หมายถึง การเอาสิ่งที่เขาไม่ให้ไปด้วยอาการซ่อนเร้น ซโมย¹⁹ ส่วน “ลอบ” หมายถึง การแอบทำโดยไม่ให้ผู้อื่นรู้เห็น²⁰ ดังนั้นการลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือวิดีโอโดยมิชอบ จึงหมายความว่ากระทำการแอบบันทึกภาพถ่าย หรือวิดีโอ โดยนำภาพไปโดยที่เจ้าของภาพไม่ได้ให้ ซึ่งในปัจจุบันเมื่อเกิดการกระทำความผิดลักษณะนี้บทบัญญัติทางกฎหมายอาญาที่ใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดเป็นไปตาม มาตรา 397 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดในที่สาธารณะสถาน หรือต่อหน้าธารกำนัลกระทำความผิดด้วยประการใดๆอันเป็นการรังแก หรือข่มเหงผู้อื่น หรือกระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอาย หรือเดือดร้อนรำคาญ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

¹⁷ วรวิทย์ ฤทธิพิศ, “สื่อมวลชนกับกฎหมายว่าด้วยสิทธิในชีวิตส่วนตัว”, ศุลพาน, 39 (กรกฎาคม – สิงหาคม 2535), น.82.

¹⁸ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542 พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : นามมีบุ๊คส์พับลิเคชั่น, 2546) น.1001.

¹⁹ เพิ่งอ้าง.

²⁰ เพิ่งอ้าง, น.995.

โดยสามารถแยกองค์ประกอบความผิดได้เป็น 2 ฐานความผิด คือ

ความผิดที่ 1 คือการกระทำใดๆในที่สาธารณะสถาน หรือต่อหน้าธารกำนัลอันเป็นการรังแก หรือข่มเหงผู้อื่น²¹

ความผิดที่ 2 คือ กระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอาย หรือเดือดร้อนรำคาญในสาธารณะสถาน หรือ ต่อหน้าธารกำนัล²²

โดยความผิดทั้ง 2 นี้ต้องเป็นการกระทำที่ประกอบไปด้วยเจตนาในการที่จะกระทำให้เกิดความผิดขึ้น ดังนั้นการลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือวิดีโอโดยมิชอบจึงเป็นการกระทำที่ทำให้ผู้อื่นเสียหายได้รับความอับอายจากการกระทำดังกล่าว อีกทั้งยังสร้างความเดือดร้อนรำคาญให้แก่ผู้เสียหายอย่างแน่แท้ แต่ทว่าการกระทำที่ทำให้ผู้เสียหายได้รับความอับอาย หรือเดือดร้อนรำคาญตามมาตรา 397 นั้นต้องเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นในที่สาธารณะสถาน หรือต่อหน้าธารกำนัล ซึ่ง"สาธารณะสถาน" หมายความว่า สถานที่ใดๆซึ่งประชาชนมีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้²³ กล่าวคือ

(1) สถานที่ อาจเป็นอาคารสิ่งปลูกสร้าง แต่ทั้งนี้มิได้จำกัดเฉพาะสงฆ์หาวิมหารพัญเท่านั้นที่ใดที่ประชาชนมีความชอบธรรมจะเข้าไปได้ก็ถือเป็นสาธารณะสถาน²⁴

(2) ประชาชนมีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้ อาจเป็นได้โดยสภาพ หรือโดยโอกาส ซึ่งประชาชนมีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้ ไม่ว่าจะโดยเสรีหรือโดยเสียค่าธรรมเนียมเข้าไปในสถานที่นั้น²⁵

²¹ หยุต แสงอุทัย, ฎหมายอาญาภาค 2 – 3 พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544) น. 384.

²² เพิ่งอ้าง..

²³ มาตรา 1(3) ประมวลกฎหมายอาญา

²⁴ พิพัฒน์ จักรางกูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับศาสนา ความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชน ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อประชาชน ความผิดเกี่ยวกับการปลอมและการแปลง ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดลหุโทษ, (กรุงเทพมหานคร: พิมพ์อักษร, 2536) น.281-282.

²⁵ เพิ่งอ้าง, น.282.

ส่วนคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” นั้นหมายความว่าถึง ในที่ที่ประชาชนอาจเห็นได้²⁶ โดยอาจเป็นการกระทำที่เปิดเผยซึ่งอาจมีคนเห็นได้ แม้ไม่มีผู้ใดเห็นในขณะที่กระทำเนื่องจากคำว่า “ธารกำนัล” หมายถึง ที่ชุมนุมชนคนจำนวนมาก²⁷ ดังนั้นการกระทำเปิดเผยต่อหน้าธารกำนัลจึงต้องเป็นการกระทำต่อหน้าคนเป็นจำนวนมากซึ่งอาจมีผู้ใดผู้หนึ่งอาจเห็นถึงการกระทำดังกล่าวได้ โดยไม่ได้คำนึงถึงสถานที่ว่าจะเป็นการสาธารณะหรือไม่ เพราะการกระทำต่อหน้าธารกำนัลนั้นไม่ได้มุ่งไปถึงสถานที่ เช่นนี้การกระทำในที่ลับตาคน แต่มีคนเห็นได้ก็อาจเป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัล²⁸ ดังนั้นมาตรา 397 ความผิดฐานทำให้ผู้อื่นอับอาย หรือเดือดร้อนรำคาญจึงจะสามารถลงโทษผู้ที่กระทำการลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือวีดิทัศน์โดยมิชอบเฉพาะการกระทำต่อผู้เสียหายในที่สาธารณะ หรือต้องเป็นการกระทำต่อหน้าชุมนุมชน และอาจมีผู้ใดผู้หนึ่งเห็นถึงการกระทำดังกล่าว ปัญหาคือ ในกรณีที่มีการลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือวีดิทัศน์โดยมิชอบในที่สาธารณะ เช่น ที่พักอาศัย อันได้แก่ บ้าน ห้องเช่า ห้องพักคนโคมินิยม แพลต ห้องพักอพาทเมนต์ หรือแม้แต่กุฏิของพระสงฆ์ เป็นต้น เมื่อมีการลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือวีดิทัศน์โดยมิชอบเกิดขึ้นเช่นนี้จะนำบทบัญญัติทางอาญาใดมาลงโทษผู้กระทำความผิด เพราะเราไม่สามารถนำมาตรา 397 มาบังคับใช้กับกรณีการกระทำผิดในลักษณะนี้ได้ด้วยเหตุที่การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ขาดซึ่งองค์ประกอบในการกระทำความผิดตามมาตรา 397 ที่บัญญัติให้การกระทำที่ทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอาย หรือเดือดร้อนรำคาญต้องเกิดขึ้นในที่สาธารณะสถาน หรือต้องเป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัล ดังนั้นเมื่อการลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือวีดิทัศน์โดยมิชอบนั้นเกิดเป็นการกระทำที่ทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอาย หรือเดือดร้อนรำคาญในที่ส่วนบุคคล หรือที่รโหฐาน ซึ่งหมายถึง สถานที่ต่างๆที่มีใช้สาธารณะสถานตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1(3) จึงหมายรวมถึงสถานที่ใดๆซึ่งประชาชนไม่มีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้²⁹ หรือกล่าวโดยหลัก ที่รโหฐานถือเป็นสถานที่ที่เจ้าของ หรือผู้ครอบครองแสดงเจตนาหวงห้ามมิให้บุคคลภายนอก

²⁶ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 2-3 พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544) น. 384.

²⁷ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง พิมพ์ครั้งที่ 17, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548) น.384.

²⁸ โปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 970/2477

²⁹ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฉบับอ้างอิง พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544) น.46.

เข้าไป การแสดงเจตนาขวางกันอาจเป็นโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยาย โดยสภาพแห่งสถานที่นั้น เช่นที่พักอาศัย แต่แม้มีการยินยอมให้เข้าไปแต่อยู่ในบังคับแห่งเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งก็ต้องถือว่าเป็นที่สาธารณสถาน³⁰ ดังนั้นผู้เสียหายไม่สามารถนำบทบัญญัติตามมาตรา 397 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดดังกล่าวได้

จากนี้ผู้ศึกษาจะได้ยกเอาตัวอย่างคดีการลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือวีดิทัศน์โดยมิชอบที่เกิดขึ้นในประเทศมาศึกษาโดยได้นำกฎหมายอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกามาใช้แก้ปัญหาการกระทำความผิดตามคดีตัวอย่าง เพื่อเป็นแนวทางในการศึกษาถึงวิธีการคุ้มครองผู้เสียหายจากการลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือวีดิทัศน์โดยมิชอบโดยทางกฎหมายอาญา จากนั้นจึงได้นำเอามาตรา 397 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่ใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดโดยการลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือวีดิทัศน์โดยมิชอบในปัจจุบัน เพื่อนำมาเปรียบเทียบให้เห็นถึงปัญหาในการคุ้มครองผู้เสียหายจากการกระทำความผิดดังกล่าวในไทยให้ชัดเจนขึ้น

คดี Rosa Biasini(Romy Schneider) v. Daniel Angeli (1979) ข้อเท็จจริงปรากฏว่า นาย Daniel Angeli ช่างภาพได้ใช้เลนส์ซูมระยะไกลบันทึกภาพของนักแสดง Romy Schneider ขณะที่เธอเปลือยกายอาบแดดบนเรือที่ลอยอยู่ในทะเลเมดิเตอร์เรเนียนใกล้กับเมือง St.Tropez และนอกจากนั้นบริษัทต้นสังกัดของ Daniel Angeli ยังใช้ภาพของผู้เสียหายตีพิมพ์ลงในนิตยสาร Photo ของตนด้วย

เช่นนี้เราจะได้นำกฎหมายอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกามาพิจารณากับคดีตัวอย่างข้างต้นนี้ เหตุที่ผู้ศึกษานำกฎหมายอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นตัวอย่างในการศึกษาเนื่องจากกรณีการกระทำความผิดฐานลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือวีดิทัศน์โดยมิชอบนั้นประเทศสหรัฐอเมริกาถือเป็นประเทศที่มีความชัดเจนในการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลโดยเฉพาะในกรณีของการคุ้มครองผู้เสียหายจากการลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือวีดิทัศน์โดยมิชอบมากที่สุดอันจะเห็นได้จากการมีอยู่ของบทบัญญัติทางอาญาเพื่อใช้ในการลงโทษผู้กระทำความผิดในลักษณะนี้ ซึ่งส่งผลเป็นการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของพลเมืองในประเทศไว้มิให้ถูกล่วงละเมิด โดยได้บัญญัติไว้ทั้งในกฎหมายสหพันธรัฐ (Federal Law) ซึ่งปรากฏในพระราชบัญญัติว่าด้วยการลักลอบบันทึกแถบวีดิทัศน์โดยมิชอบ และในกฎหมายมลรัฐ (State Law) ของมลรัฐต่างๆทั่วทั้งประเทศ

³⁰ คณิง ภาไชย, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1,2 เล่ม พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร:โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548) น.207.

สหรัฐอเมริกา ซึ่งผู้ศึกษาได้นำเอามาศึกษาอย่างละเอียดแล้วในบทที่ 3 และจากกรณีตัวอย่างข้างต้นผู้ศึกษาได้ยกกฎหมายอาญาของมลรัฐเวอร์จิเนีย (Virginia) เพื่อประกอบการศึกษา โดยกฎหมายของมลรัฐเวอร์จิเนียบัญญัติให้การลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือวิดีโอโดยมิชอบนั้น ถือเป็นการกระทำความผิดทั่วไปตามบทที่ 18.2 เป็นอาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับศีลธรรม และธรรมเนียมปฏิบัติในสังคม (Crimes Involving Morals and Decency) ตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 18.2-386.6 การบันทึกภาพยนตร์, การบันทึกแถบวิดีโอ หรือการบันทึกภาพถ่ายของบุคคลอื่นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful filming, videotaping or photographing of another) ดังนี้

มาตรา 18.2-386.1.³¹ การบันทึกภาพยนตร์ การบันทึกแถบวิดีโอ หรือการบันทึกภาพถ่ายของบุคคลอื่นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

A. อาจถือเป็นเรื่องที่ผิดกฎหมายสำหรับบุคคลใดๆ ที่ทำการ บันทึกแถบวิดีโอ ภาพถ่าย หรือภาพยนตร์โดยไม่ได้รับความยินยอมของบุคคลอื่นนั้น ถ้า

(i) บุคคลอื่นนั้นอยู่ในสภาพเปลือยกายทั้งหมด อยู่ในชุดชั้นใน หรืออาจกล่าวได้ว่า ถอดเสื้อผ้าออกจนเห็นอวัยวะสืบพันธุ์ บริเวณหัวไหล่ ก้น หรือหน้าอกของเพศหญิงใน ห้องน้ำ ห้องแต่งตัว ห้องเก็บและเปลี่ยนเสื้อผ้า ห้องในโรงแรม ห้องในโมเต็ล ห้องอาบแดด ตู้อาบแดด, ห้องนอน หรือสถานที่อื่นๆ และ

(ii) ในสภาพแวดล้อมที่ผู้ถูกบันทึกแถบวิดีโอ บันทึกภาพถ่าย หรือบันทึกภาพยนตร์ในสถานที่ซึ่งผู้นั้นมีเหตุอันควรคาดได้ว่าเป็นที่ส่วนตัว

B. ข้อกำหนดในมาตรานี้จะไม่ใช้กับการบันทึกภาพยนตร์ การบันทึกแถบวิดีโอ หรือการถ่ายภาพโดย

(i) เจ้าหน้าที่บังคับคดีของรัฐที่ดำเนินการไปตามอำนาจในการสืบสวนสอบสวนผู้กระทำความผิด หรือ

(ii) เจ้าหน้าที่คุมประพฤติ และเจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์สำหรับจุดประสงค์เพื่อความปลอดภัย หรือเพื่อการสืบสวนการกระทำที่มิชอบที่ถูกกล่าวหาว่ามีส่วนเกี่ยวข้องกับผู้กระทำความผิดต่อ กรมคุมประพฤติ หรือต่อกรมราชทัณฑ์ หรือการขัดเสี้ยนในการสนทนาใดๆ ที่ทำให้มีผลเช่นเดียวกับการบันทึกแถบวิดีโอ หรือการถ่ายภาพยนตร์ที่ดำเนินการไปตามส่วนที่ 6 ของหัวข้อที่ 19.2

³¹ โปรดดู <http://leg1.state.va.us/cgi-bin/legp504.exe?000+cod+18.2-386.1>

C. การกระทำผิดตามข้อย่อย A. จะถูกลงโทษเป็นความผิดโทษอาญาสถานเบาขั้นที่

1

กล่าวโดยสรุปความผิดฐานบันทึกภาพยนตร์ การบันทึกแถบวีดิทัศน์ หรือการบันทึกภาพถ่ายของบุคคลอื่นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย(Unlawful filming, videotaping or photographing of another) ตามมาตรา 18.2-386.1 แห่งประมวลกฎหมายอาญามลรัฐเวอร์จิเนียประกอบด้วยองค์ประกอบภายนอก คือ

(1) เป็นการบันทึกภาพถ่าย หรือภาพยนตร์ หรือวีดิทัศน์ผู้อื่นโดยปราศจากการรับรู้และความยินยอมจากผู้ที่ถูกบันทึกภาพ

(2) ขณะที่ถูกบันทึกภาพนั้น ผู้ถูกบันทึกภาพอยู่ในสภาพเปลือยกายทั้งหมด หรือเปลือยกายบางส่วน เช่น อยู่ในชุดชั้นใน, หรืออาจกล่าวได้ว่าถอดเสื้อผ้าออกจนเห็น อวัยวะสืบพันธุ์, บริเวณหัวหน้า, ก้น หรือหน้าอกของเพศหญิง

(3) ขณะที่ถูกบันทึกภาพ ผู้ถูกบันทึกต้องอยู่ในสถานที่ที่มีเหตุอันสมควรคาดได้ว่าเป็นสถานที่ส่วนบุคคล หรือสถานที่อื่นใดตามที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าเป็นสถานที่ส่วนบุคคลอันได้แก่ ห้องน้ำ, ห้องแต่งตัว, ห้องเก็บและเปลี่ยนเสื้อผ้า, ห้องในโรงแรม, ห้องในโมเต็ล, ห้องอาบแดด, ตู้อาบแดด, ห้องนอน เป็นต้น

โดยต้องประกอบด้วยองค์ประกอบภายในคือ เจตนา ในการกระทำความผิดด้วย

เมื่อพิจารณาจากกรณีศึกษาข้างต้นเราจะเห็นได้ว่าโดยข้อเท็จจริงที่ นาย Daniel Angeli ช่างภาพได้เจตนาในการจับภาพของ Romy Schneider โดยการใช้เลนส์ซูมระยะไกลเพื่อบันทึกภาพของ Romy Schneider โดยที่ผู้เสียหายไม่ได้รับรู้ถึงการบันทึกภาพ และไม่ได้ให้ความยินยอมให้กระทำการดังกล่าวได้ นอกจากนี้ในขณะที่ผู้กระทำความผิดบันทึกภาพผู้เสียหายอยู่ในสภาพเปลือยกายทั้งหมดเพื่ออาบแดด อยู่ในสถานที่ที่ผู้เสียหายมีเหตุอันสมควรคาดได้ว่าเป็นสถานที่ส่วนบุคคล คือการที่ผู้เสียหายเชื่อว่าเรือที่ลอยลำอยู่กลางทะเลนั้นเป็นที่พักส่วนตัว ก็ถือเป็นเหตุที่สมควรให้ผู้เสียหายเชื่อเช่นนั้น ดังนั้นเมื่อพิจารณาองค์ประกอบความผิดของมาตรา 18.2-386.1 แห่งกฎหมายอาญาของมลรัฐเวอร์จิเนียแล้ว การกระทำของนาย Daniel Angeli ถือเป็นการกระทำความผิดฐานบันทึกภาพยนตร์ บันทึกวีดิทัศน์ บันทึกภาพถ่ายโดยมิชอบด้วยกฎหมาย มีโทษทางอาญาสถานเบาขั้นที่ 1

ต่อไปผู้ศึกษาจะได้ทำการศึกษากฎหมายตัวอย่างโดยใช้มาตรา 397 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยในการลงโทษผู้กระทำความผิดจากกรณีศึกษาดังกล่าว

มาตรา 397 บัญญัติว่า "ผู้ใดในที่สาธารณะสถาน หรือต่อหน้าธารกำนัลกระทำด้วย ประการใดๆ อันเป็นการรังแก หรือข่มเหงผู้อื่น หรือกระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอาย หรือ เดือดร้อนรำคาญ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำ ทั้งปรับ"

มาตรานี้แบ่งเป็น 2 ความผิด³²

องค์ประกอบความผิดที่หนึ่ง

1. กระทำด้วยประการใดๆ
2. อันเป็นการรังแกหรือข่มเหงผู้อื่น
3. ในที่สาธารณะสถานที่ หรือต่อหน้าธารกำนัล
4. โดยเจตนา

องค์ประกอบความผิดที่สอง

1. กระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ
2. ในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัล
3. โดยเจตนา

เมื่อพิจารณามาตรา 397 ประกอบกับกรณีศึกษาข้างต้นจะเห็นได้ว่าการกระทำของ นาย Daniel Angeli ตามกฎหมายอาญาของไทยนั้นไม่ถือเป็นการกระทำความผิด เนื่องจาก

- การลักลอบบันทึกภาพถ่ายนั้นไม่ได้เป็นการกระทำในที่สาธารณะสถาน คือ ไม่ได้ ทำในที่ที่ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าไปได้

³²พิพัฒน์ จักรางกูร,คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาวัดด้วยความผิดเกี่ยวกับ ศาสนา ความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชน ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อ ประชาชน ความผิดเกี่ยวกับการปลอมและการแปลง ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดลหุโทษ, (กรุงเทพมหานคร:พิมพ์อักษร, 2536) น.281.

- การกระทำการลักลอบบันทึกภาพถ่ายไม่ได้กระทำต่อหน้าธารกำนัล คือ ไม่ได้ทำในที่ซึ่งผู้อื่นอาจเห็นถึงการลักลอบบันทึกภาพ หรือไม่ได้ทำโดยเปิดเผยให้ผู้อื่นเห็นได้โดยแจ่มชัดว่ามีการบันทึกภาพถ่ายอยู่

- การลักลอบบันทึกภาพถ่ายนั้นอาจทำให้ Romy Schneider ไม่ได้ได้รับความอับอาย หรือเดือดร้อนรำคาญในสาธารณะ หรือต่อหน้าธารกำนัล ถ้า Daniel Angeli มิได้นำภาพดังกล่าวลงตีพิมพ์ในนิตยสาร Photo

กล่าวโดยสรุปการกระทำตามกรณีศึกษาดังกล่าวจึงไม่เข้าองค์ประกอบความผิดใดตามมาตรา 397 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ดังนี้เมื่อเกิดการกระทำผิดดังเช่นกรณีศึกษาดังกล่าว เราจะใช้บทบัญญัติใดในการคุ้มครองผู้เสียหาย และลงโทษผู้กระทำความผิด อีกทั้งเมื่อพิจารณาเทียบเคียงกับประมวลกฎหมายอาญาของมลรัฐเวอร์จิเนียแล้วจะเห็นได้ถึงความแตกต่าง และประสิทธิภาพของกฎหมายอาญาที่ใช้ในการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของพลเมืองจากการกระทำผิดโดยการลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือวิธีทัศน์โดยมิชอบ ยกตัวอย่างเช่น ตามมาตรา 18.2-386.1 นั้น ถึงแม้ไม่มีการเผยแพร่ภาพไปยังบุคคลภายนอก การกระทำที่เป็นการบันทึกภาพถ่าย หรือวิธีทัศน์ โดยผู้ที่ถูกบันทึกภาพไม่ได้รับรู้ถึงการบันทึกภาพ และไม่ได้ให้ความยินยอมในการบันทึกภาพดังกล่าว การกระทำนั้นถือเป็นความผิดตั้งแต่มีการบันทึกภาพแล้ว กฎหมายไม่ได้คำนึงถึงการใช้ประโยชน์ในภาพนั้น เพียงแต่มีการรุกรานเข้าไปในสิทธิส่วนบุคคลของผู้อื่นโดยที่เจ้าของสิทธิไม่ได้ยินยอมให้มีการกระทำการละเมิดเข้าไปในสิทธิส่วนบุคคลของเขา การกระทำดังกล่าวก็ถือเป็นความผิดแล้ว อีกทั้งกฎหมายอาญาของมลรัฐเวอร์จิเนียนั้นนอกจากจะคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลในส่วนของร่างกายแล้วยังได้คุ้มครองต่อไปถึงยังสิทธิส่วนบุคคลในเคหสถานด้วย โดยในองค์ประกอบความผิดได้บัญญัติไว้ว่าการบันทึกภาพดังกล่าวนอกจากจะต้องกระทำไปโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้เสียหายแล้ว ยังต้องเป็นการกระทำที่เป็นการล่วงล้ำเข้าไปในสถานที่ซึ่งผู้เสียหายมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าเป็นสถานที่ส่วนบุคคลซึ่งเท่ากับเป็นการคุ้มครองครอบคลุมไปถึงสิทธิในเคหสถานส่วนบุคคลด้วย แต่ทั้งนี้มาตรา 18.2-386.1 แห่งมลรัฐเวอร์จิเนียกลับจำกัดประเภท หรือลักษณะของภาพ หรือวิธีทัศน์ที่ถูกลักลอบบันทึกที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนั้นจะได้รับความคุ้มครองเฉพาะการลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือวิธีทัศน์ที่มีลักษณะของภาพที่ผู้เสียหายอยู่ในสภาพเปลือยกายทั้งหมด หรือมีการเปลือยกายบางส่วน เช่น อยู่ในชุดชั้นใน หรือมีการถอดเสื้อผ้าออกจนเห็นถึงอวัยวะเพศ ตั้งแต่บริเวณหัวหน่าว ขึ้น หรือบริเวณหน้าอกของเพศหญิงเท่านั้น ซึ่งข้อจำกัดในเรื่องลักษณะของภาพนั้น อาจเป็นช่องโหว่ให้ผู้กระทำความผิดยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ให้สามารถพ้นจากความรับผิดได้ ส่วนใน

ประเทศไทยมาตรา 397 แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้นให้ความคุ้มครองผู้เสียหายจากการลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือวีดิทัศน์โดยมิชอบได้เฉพาะการกระทำที่เกิดขึ้นในที่สาธารณะโดยลักษณะของภาพถ่าย หรือวีดิทัศน์ที่ถูบบันทึกจะเป็นความผิดต้องเป็นภาพที่มีลักษณะที่ทำให้ผู้ถูบบันทึกภาพถูกรังแก หรือข่มเหง หรือทำให้ผู้ถูบบันทึกภาพได้รับความอับอาย หรือเดือดร้อนรำคาญและต้องเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นในที่สาธารณะ หรือต่อหน้าบุคคลภายนอกเท่านั้น

ปัญหาที่เกิดขึ้นตามมา คือ สมมติเกิดเป็นกรณีการลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือวีดิทัศน์นั้นเกิดขึ้นในที่ส่วนบุคคล เช่น ที่พักอาศัย หรือรถยนต์ส่วนบุคคล โดยการลอบเอากล้องบันทึกภาพถ่าย หรือกล้องวีดิทัศน์ที่มีเลนส์จับภาพระยะไกลลอบบันทึกภาพจากระยะไกลเข้ามาในที่ส่วนบุคคลโดยที่ผู้ถูบบันทึกภาพซึ่งเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าว หรือบุคคลอื่นที่เข้าไปในที่ส่วนบุคคลของผู้อื่นโดยความยินยอมของเจ้าของ ถูบบันทึกภาพโดยไม่รับรู้ถึงการบันทึกภาพ และไม่ได้ให้ความยินยอมในการบันทึกภาพนั้น อีกทั้งการบันทึกภาพนั้นยังเป็นการบันทึกภาพที่มีลักษณะของภาพที่ทำให้ผู้ถูบบันทึกได้รับความอับอาย หรือเดือดร้อนรำคาญ หรือมีลักษณะถูกรังแก หรือข่มเหง แต่เนื่องด้วยข้อจำกัดในองค์ประกอบความผิดในส่วนของสถานที่เกิดการกระทำความผิดที่มีใช่เป็นการกระทำในที่สาธารณะสถานที่และไม่ได้เป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัล แต่เป็นการกระทำในที่ส่วนบุคคล จึงไม่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดตามมาตรา 397 ได้ซึ่งนอกจากความผิดในฐานะทำให้เดือดร้อนรำคาญตามมาตรา 397 ที่สามารถปรับใช้ลงโทษผู้กระทำการลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือวีดิทัศน์โดยมิชอบได้ในบางกรณีนั้น ลักษณะของการลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือวีดิทัศน์โดยมิชอบเมื่อพิจารณาแล้วอาจเข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 326 ในเรื่องความผิดฐานหมิ่นประมาท และมาตรา 328 ซึ่งเป็นเหตุเพิ่มโทษเนื่องจากเป็นการหมิ่นประมาทโดยลักษณะพิเศษอีกได้

มาตรา 326 บัญญัติว่า ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 328 ถ้าความผิดฐานหมิ่นประมาทได้กระทำโดยการโฆษณาด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพหรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ แผ่นเสียง หรือสิ่งบันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกอักษร กระทำโดยการกระจายเสียง หรือการกระจายภาพ หรือโดยการทำการปาฐะประกาศด้วยวิธีอื่น ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท

โดยองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 326³³ ได้แก่

องค์ประกอบภายนอก

- 1) ใส่ความ
- 2) ผู้อื่น
- 3) ต่อบุคคลที่สาม
- 4) โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง

องค์ประกอบภายใน เจตนาธรรมดา

การ “ใส่ความ” หมายถึง การกล่าวยืนยันข้อเท็จจริงถึงบุคคลอื่นอันต้องเป็นเหตุการณ์หรือกรณีที่เกิดขึ้นในอดีต หรือปัจจุบัน³⁴ หรือแสดงพฤติกรรมอันเป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้ว หรือกำลังมี กำลังเกิดขึ้นอยู่³⁵ ซึ่งข้อความในอนาคต หรือกำลังจะมี กำลังจะเกิดอยู่นั้นเป็นแต่คำทำนาย โดยวิธีการใส่ความนั้นจะเป็นการกระทำโดยกล่าวด้วยวาจา ลายลักษณ์อักษร หรือประการอื่นก็ได้ ข้อสำคัญอยู่ที่ว่าบุคคลอื่นสามารถทราบความหมายของการใส่ความได้³⁶ ซึ่งการหมิ่นประมาทต้องเป็นการกระทำการใส่ความผู้อื่นที่กระทำต่อบุคคลที่สาม คือ เป็นการแสดงพฤติกรรมอันเป็นข้อเท็จจริงของผู้อื่นให้บุคคลที่สามอีกคนรับรู้ถึงข้อเท็จจริงนั้นๆ ไม่ใช่แสดงข้อเท็จจริงให้ตัวเขาตัวเองโดยการกระทำนั้นทำให้ค่า หรือราคาที่มีมนุษย์มีต่อเพื่อนมนุษย์ด้วยกันในทางจิตใจหมดไป หรือลดน้อยถอยลง³⁷ โดยถือเอาตามความคิดเห็นของบุคคลธรรมดาทั่วไปมิใช่ความรู้สึกของผู้ถูกหมิ่นประมาทเอง³⁸

ส่วนมาตรา 328 เป็นเหตุเพิ่มโทษอันเนื่องจากความผิดฐานนี้ได้ถูกกระทำลงโดยวิธีการโฆษณาด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพหรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏ

³³ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 2-3 พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544) น. 244.

³⁴ เพิ่งอ้าง.

³⁵ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง พิมพ์ครั้งที่ 17, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548) น.434.

³⁶ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 2-3 พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544) น. 245.

³⁷ เพิ่งอ้าง, น. 246.

³⁸ โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 256/2509

ไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ แผ่นเสียงหรือ สิ่งบันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกอักษร กระทำโดยการกระจายเสียง หรือการกระจายภาพ หรือโดยการทำการป่าวประกาศด้วยวิธีอื่น ทำให้ผู้ถูกหมิ่นประมาทได้รับความเสียหายมากยิ่งขึ้น กฎหมายจึงระวางโทษหนักขึ้น³⁹

ดังนั้นด้วยลักษณะการลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือวิธีทัศนโดยมิชอบเมื่อมีการเผยแพร่ภาพ หรือวิธีทัศนที่กระทำการลักลอบบันทึกมาโดยมิชอบในประการที่ภาพนั้นอาจทำให้ผู้ถูกบันทึกภาพเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชังต่อผู้อื่น การกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาทตามมาตรา 328 แล้วโดยไม่ต้องคำนึงถึงลักษณะของสถานที่ขณะผู้ถูกกระทำถูกบันทึกภาพว่าเป็นสถานที่ส่วนบุคคลหรือสาธารณะสถานหรือไม่

ปัญหาคือ กรณีผู้กระทำการลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือวิธีทัศนโดยไม่ชอบ เพื่อเก็บไว้เองส่วนตัวโดยไม่ได้ทำการเผยแพร่ต่อไปยังบุคคลที่สาม แม้ภาพหรือวิธีทัศนนั้นจะมีลักษณะเป็นการทำให้ผู้ถูกลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือ วิธีทัศนโดยมิชอบเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชังก็ตาม เช่นนี้ทำให้ไม่สามารถนำมาตรา 326 หรือ มาตรา 328 ลงโทษผู้กระทำความผิดได้ เพราะองค์ประกอบความผิดที่ต้องมีการใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สามทั้งที่ “บุคคลที่สาม” ตามมาตรา 326 นั้นแม้ให้ความหมายที่แคบกว่าคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ที่บัญญัติไว้ตามมาตรา 397 เนื่องจากบุคคลที่สามนั้นไม่ได้ขึ้นอยู่กับจำนวน เพียง 1 คนที่ไม่ใช่เจ้าของข้อเท็จจริงที่ถูกใส่ความก็ถือเป็นบุคคลที่สามแล้วโดยการใส่ความนั้นจะกระทำที่ใดก็ได้ไม่สำคัญว่าต้องเป็นสาธารณะสถานหรือไม่ แต่เมื่อการใส่ความผู้อื่นไม่ได้กระทำต่อบุคคลที่สามก็ย่อมไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาททั้งตามมาตรา 326 และมาตรา 328 เมื่อมีข้อจำกัดในเรื่องของบุคคลที่สามเข้ามาในส่วนขององค์ประกอบความผิดจึงทำให้มาตรา 326 ในความผิดฐานหมิ่นประมาทไม่สามารถแก้ไขปัญหาในการกระทำการลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือวิธีทัศนโดยมิชอบได้อย่างเหมาะสม

ดังนั้นจึงกล่าวโดยสรุปเราอาจแยกการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนบุคคลจากการลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือวิธีทัศนโดยมิชอบของไทยออกได้เป็น 2 ส่วนคือ

1) พิจารณาจากประเภทของบุคคล ซึ่งเราสามารถแยกออกได้เป็น 2 ประเภทหลักได้แก่

(1.1) บุคคลสาธารณะ

³⁹ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2545) น.136.

(1.2) บุคคลธรรมดา

ตามบทบัญญัติมาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540⁴⁰ นั้นมุ่งคุ้มครอง สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนบุคคลของคนในรัฐให้ปลอดภัยจากการลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือวิธีทัศนโดยมิชอบซึ่งเป็นการละเมิดซึ่งสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวอย่างเท่าเทียมกัน เว้นแต่เป็นการละเมิดเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่ในทางความเป็นจริงแล้วโดยสภาพของการเป็นบุคคลสาธารณะอันเป็นบุคคลประเภทที่กล่าวได้ว่าเป็นผู้มีชื่อเสียงในสังคม เป็นที่รู้จักของคนในสังคมนั้น เช่นนักร้อง นักแสดง นักกีฬาที่มีชื่อเสียง หรือแม้แต่ข้าราชการ เจ้าพนักงานของรัฐ ผู้แทนราษฎร เป็นต้น ซึ่งตนเองย่อมตระหนักได้ว่าสถานะของการเป็นบุคคลสาธารณะนั้นย่อมทำให้สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวโดยเฉพาะการถูกบันทึกภาพถ่าย หรือวิธีทัศนโดยมิชอบนั้นอาจเกิดขึ้นได้ง่าย และบ่อยครั้งกว่าบุคคลธรรมดาทั่วไป ทั้งนี้ก็เนื่องจากสาธารณชนต่างก็ให้ความสนใจติดตามข่าวคราวของบุคคลดังกล่าวอยู่เสมอ⁴⁰ ซึ่งต่างจากบุคคลธรรมดาผู้ได้รับการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวจากการลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือวิธีทัศนโดยมิชอบตามที่บัญญัติในมาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 ดังนั้นผู้ใดกระทำการบันทึกภาพผู้อื่นจึงจำต้องได้รับความยินยอมจากผู้ถูกบันทึกภาพเสียก่อน ปัญหาที่เกิดขึ้นคือ การที่บุคคลธรรมดานั้นอนุญาตให้ผู้หนึ่งผู้ใดบันทึกภาพของตนได้นั้น จะตีความราวไปถึงให้สามารถเผยแพร่ภาพดังกล่าวนั้นได้ด้วยหรือไม่ ปัญหาในส่วนนี้ผู้ศึกษาเห็นว่าความยินยอมของผู้ถูกบันทึกภาพในการให้บันทึกภาพนั้นไม่สามารถตีความรวมถึงการเผยแพร่ภาพนั้นด้วย เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา 34 แห่งรัฐธรรมนูญนั้นบัญญัติให้สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวย่อมได้รับการคุ้มครองตามวรรคหนึ่ง และการแพร่หลายภาพซึ่งเป็นการกระทำที่กระทบต่อความเป็นส่วนตัวไม่สามารถกระทำได้ โดยรัฐธรรมนูญกำหนดให้ได้รับการคุ้มครองที่แยกออกไปอีกในวรรคสองซึ่งเว้นให้กระทำได้เฉพาะที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณชนเท่านั้น ดังนั้นความยินยอมให้บันทึกภาพ และความยินยอมในการเผยแพร่ภาพที่บันทึกนั้นจึงถือเป็นการกระทำที่แยกจากกัน เมื่อผู้ที่ได้รับความยินยอมให้บันทึกภาพนั้นทำการเผยแพร่ภาพโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของภาพนั้นๆจึงอาจถือเป็นการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 326ในเรื่องหมิ่นประมาทได้

2) พิจารณาจากประเภทของสถานที่ แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

(2.1) สถานที่ส่วนบุคคล

⁴⁰ กุลพล พลวัน, "สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวกับการคุ้มครองตามกฎหมายไทย", ข่าวเนติบัณฑิตยสภา, 18(ตุลาคม 2548), น.5.

(2.2) สาธารณสถาน

ก่อนอื่นต้องทำความเข้าใจว่าการปรากฏตัวในที่สาธารณะนั้นไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาทั่วไป หรือบุคคลสาธารณะนั้นย่อมถือเป็นพฤติกรรมที่ตนเองเข้าใจแล้วว่าสิทธิส่วนบุคคลจะได้รับความคุ้มครองที่น้อยลง เนื่องจากสาธารณสถาน คือ สถานที่ใดๆซึ่งประชาชนทั่วไปมีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้⁴¹ แต่ทั้งนี้ไม่ได้หมายความว่า การรุกรานสิทธิส่วนตัวของผู้อื่นโดยการลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือวิดิทัศน์โดยมิชอบนั้นจะกระทำอย่างไรก็ได้ เพราะตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 397 นั้นกำหนดให้กระทำได้เพียงเท่าที่ไม่มีลักษณะเป็นการรังแก ช่มเหิง หรือก่อให้เกิดความอับอาย หรือเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้ถูกบันทึกภาพ ปัญหาคือ บทลงโทษตามมาตรา 397 นั้นเป็นเพียงบทลงโทษเมื่อนำมาเทียบเคียงใช้กับความผิดในการลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือวิดิทัศน์โดยมิชอบแล้วโทษเพียงแค่ลงโทษจึงไม่เหมาะสมกับความเสียหายที่เกิดจากการกระทำผิดความผิด ผลที่เกิดขึ้นคือ ผู้กระทำไม่เกิดความเกรงกลัวการกระทำผิด ลักษณะนี้จึงทวีความรุนแรง และจำนวนในการกระทำผิดมากขึ้น ส่วนสถานที่ส่วนบุคคลนั้นบุคคลใดๆย่อมล้วนได้รับการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวจากการลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือวิดิทัศน์โดยมิชอบภายใต้บทบัญญัติมาตรา 34 แห่งรัฐธรรมนูญ ปัญหาคือ การที่กฎหมายลำดับรองลงมาจากรัฐธรรมนูญ เช่นประมวลกฎหมายอาญา หรือพระราชบัญญัติ นั้น ยังไม่ได้รับรองความคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวตามรัฐธรรมนูญ สุดท้ายผู้เสียหายจากการลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือวิดิทัศน์โดยมิชอบจึงจำต้องนำกฎหมายในเรื่องอื่นมาใช้เทียบเคียงประกอบกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นอย่างไม่เหมาะสม และไม่ใช่วรรณซึ่งสมควรที่ปัญหาในเรื่องนี้ควรที่จะได้รับการแก้ไขอย่างเร่งด่วนต่อไป

⁴¹ มาตรา 1(3) ประมวลกฎหมายอาญา