

บทที่ 2

ความหมาย สภาพความรุนแรง และแนวคิดที่เกี่ยวข้องกับการแอบดู

ในบทนี้จะศึกษาถึงความหมายของการแอบดูและแอบบันทึกภาพ เพื่อที่จะสร้างความเข้าใจที่ชัดเจนเกี่ยวกับบริบทและขอบเขตของการแอบดูและแอบบันทึกภาพที่ได้ทำการศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จากนั้นจะกล่าวถึงและแนวความคิดที่เกี่ยวข้องกับลักษณะของการกระทำดังกล่าว ทั้งในด้านความเป็นการกระทำทางเพศ และแนวคิดเกี่ยวกับความเป็นส่วนตัวซึ่งเป็นคุณค่าที่ได้รับผลร้ายจากการแอบดูและแอบบันทึกภาพ ต่อจากนั้นจะได้อธิบายถึงสภาพความรุนแรงของปัญหาและรูปแบบของการกระทำทั้งการแอบดูและแอบบันทึกภาพที่เกิดขึ้นในสังคมไทย และก่อนที่จะกล่าวถึงแนวคิดในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาที่จะนำมาใช้ศึกษาถึงความเหมาะสมในการกำหนดให้การแอบดูและแอบบันทึกภาพเป็นการกระทำที่เป็นความผิดและมีโทษทางอาญานั้น จะได้อธิบายถึงสาเหตุและปัจจัยของการกระทำดังกล่าวโดยอาศัยทฤษฎีทางอาชญาวิทยาเป็นหลักอ้างอิง จากนั้นจะได้กล่าวถึงมาตรการทางกฎหมายไทยในปัจจุบันที่เกี่ยวข้องกับการแอบดูและแอบบันทึกภาพไว้ในตอนท้ายของบท

2.1 ความหมายของการแอบดูและแอบบันทึกภาพ

การแอบดูและแอบบันทึกภาพ อาจหมายความได้ถึง 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 หรือในกรณีที่การกระทำมีความเกี่ยวข้องกับนัยทางเพศ โดยที่เหยื่อของการกระทำไม่รับรู้และไม่ให้ความยินยอมเท่านั้น ซึ่งการแอบดูและแอบบันทึกภาพในลักษณะนี้ มิได้มีคำจำกัดความหรือความหมายทางภาษาเป็นการเฉพาะ มักเรียกกันทั่วไปตามที่ปรากฏในรายงานข่าวว่า สำหรับการแอบดูว่า “ถ้ำมอง” และการแอบบันทึกภาพว่า “แอบถ่าย”

คำว่า “ถ้ำมอง” มีความหมายตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542¹ เมื่อใช้เป็นคำกริยาว่า “แอบดู” แต่เมื่อใช้เป็นคำนามจะหมายความถึง “ตู้หรือที่บที่มีแว่นขยายสำหรับดูภาพยนตร์สั้นๆ หรือ รูปต่างๆ ที่ละคน” โดยหากย้อนถึงความเป็นมาของ “ถ้ำมอง” ในความหมายของตู้สำหรับดูภาพยนตร์นั้น พบว่า ถ้ำมองเป็นสิ่งประดิษฐ์ที่โทมัส แอลวา เอดิสัน ได้ประดิษฐ์ขึ้นเมื่อปี พ.ศ.2432² เรียกชื่อในภาษาอังกฤษว่า “Kinetoscope” ซึ่งเป็นตู้สำหรับดูภาพยนตร์ผ่านช่องเล็กๆ โดยดูได้ที่ละคน มีลักษณะเป็นทั้งเครื่องฉายและที่สำหรับดูภาพยนตร์พร้อมกันไปในตัว อันนับเป็นต้นแบบของภาพยนตร์ในยุคปัจจุบัน³ เป็นที่น่าสังเกตว่า คำว่า “ถ้ำมอง” ซึ่งใช้กันในความหมายของการแอบดูนั้น ได้แฝงนัยความหมายของลักษณะการดูผ่านช่องเล็กๆ ของสิ่งประดิษฐ์ดังกล่าวไว้จนถึงปัจจุบัน ทั้งนี้ การแอบดูในแบบถ้ำมองนั้น มิใช่เพียงแต่การลอบมองหรือซำเลียมองเพียงชั่วครู่ แต่พบว่าโดยทั่วไปมักใช้คำดังกล่าว ในบริบทของการแอบดูผู้อื่นกระทำอิริยาบถส่วนตัว โดยแฝงนัยของการกระทำทางเพศไว้ด้วย

ส่วนในภาษาอังกฤษ เรียกการแอบดูในแบบถ้ำมองว่า “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 เอิร์ลแห่งเมอร์เซย์และลอร์ดแห่งเมืองโคเวนทรี ซึ่งเป็นสามี

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

²หอสมุดไทย, 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 และทุกปี ที่เมือง Coventry ยังคงมีการจัดงานระลึกถึงการซี่ม้ายกกล่าว อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะการซี่ม้าผ่านเมืองดังกล่าวจะเกิดขึ้นจริงหรือไม่ แต่การบันทึกถึงนายทอมผู้ลอบแอบดู หรือ “Peeping Tom” ฟังมีปรากฏขึ้นครั้งแรกในคริสต์ศตวรรษที่ 18 จึงน่าจะเชื่อว่าเป็นส่วนที่เสริมเติมขึ้นในภายหลัง⁶ 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 และเมื่อหมายถึงพฤติกรรมแอบดูแบบถ้ำมองแล้ว ในภาษาอังกฤษจะใช้คำว่า “Voyeurism”

สำหรับการแอบบันทึกภาพ ที่สังคมไทยมักเรียกว่า “แอบถ่าย” ไม่ปรากฏคำจำกัดความทางภาษาตามพจนานุกรม อย่างไรก็ตาม อาจกล่าวได้ว่าหมายถึง พฤติกรรมถ้ำมองในรูปแบบใหม่ที่มีการใช้เทคโนโลยีกล้องถ่ายรูปและการบันทึกภาพ ทั้งอาจรวมถึงเทคโนโลยีการสื่อสารและระบบอินเทอร์เน็ตในกรณีที่มีการเผยแพร่ภาพ เข้ามาเป็นส่วนประกอบของการกระทำ ซึ่งในภาษาอังกฤษ พบว่าอาจมีการเรียกพฤติกรรมการแอบบันทึกภาพรวมไว้ในความหมายของคำว่า “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 ว่ามีความสำคัญต่อเหยื่อผู้ถูกรักร้า และสังคมหรือไม่ เพียงใด

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการกระทำทางเพศ

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

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 การชอบอดอวัยวะเพศ การมีความต้องการทางเพศกับเด็ก การชมชื่นกระทำชำเรา หรือ การมีความสุขจากการกระทำให้ผู้อื่นเจ็บปวด 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 พฤติกรรมถ้ามองอาจเป็นพฤติกรรมเบี่ยงเบนในระยะเริ่มแรกซึ่งสามารถพัฒนาไปสู่ความผิดปกติทางเพศหรือความเบี่ยงเบนทางเพศที่ร้ายแรงประเภทอื่น โดยอ้างอิงหลักฐานความเชื่อมโยงจากผลการศึกษาวิจัยที่แสดงให้เห็นว่า ผู้ที่ก่ออาชญากรรมร้ายแรงทางเพศ มักจะเคยกระทำพฤติกรรมก่อนความเดือดร้อนรำคาญ เช่น การอดอวัยวะเพศหรือการแอบดูมาก่อน สำหรับผลงานวิจัยที่ถูกหยิบยกมาอ้างอิงนั้น อาจยกตัวอย่างได้แก่ผลงานวิจัยในประเทศสหรัฐอเมริกาเมื่อปี 1984 เกี่ยวกับพฤติกรรมของผู้ที่ถูกพิพากษาว่าเป็นนักชมชื่นต่อเนื่องจำนวน 41 คน พบว่ามีความสัมพันธ์ในระดับสูงกับพฤติกรรมถ้ามอง โดยส่วนใหญ่เคยกระทำพฤติกรรมถ้ามองมาในอดีต หรือยังคงเป็นพฤติกรรมที่กระทำอยู่ในปัจจุบัน และเกือบร้อยละ 70 ของผู้ที่มีประวัติพฤติกรรมถ้ามอง ได้เริ่มพฤติกรรมดังกล่าวตั้งแต่วัยเด็กหรือ

¹² สมภพ เรื่องตระกูล, 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 ของนักชมขึ้น เริ่มต้นจากพฤติกรรมที่ไม่มีการติดต่อโดยตรงกับเหยื่อ¹⁷ และในรายงานการศึกษาหนึ่งได้ชี้ว่า ร้อยละ 30 ของกลุ่มตัวอย่างที่เป็นนักชมขึ้นและพวกเขาชอบล้วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก มักเคยมีหรือยังคงมีพฤติกรรมทางเพศแบบก่อความเดือดร้อนรำคาญร่วมอยู่ด้วย¹⁸ นอกจากนี้ ยังมีผลงานวิจัยที่ยืนยันว่า หนึ่งในห้าของนักถ่มองเคยกระทำความผิดในฐานะกระทำชำเราหรือการชมขึ้น¹⁹ และอีกการศึกษาหนึ่งรายงานว่า ร้อยละ 14 ของผู้เบี่ยงเบนทางเพศประเภทชอบเด็ก และร้อยละ 20 ของนักชมขึ้น เคยกระทำความผิดถ่มอง²⁰ นอกจากผลการศึกษาวิจัยที่ได้กล่าวมาข้างต้น ความสัมพันธ์หรือความเชื่อมโยงระหว่างพฤติกรรมถ่มองและการกระทำผิดทางเพศที่ร้ายแรงอย่างการชมขึ้นนั้น ได้เคยปรากฏข้อเท็จจริงในการพิพากษาคดีของศาลอุทธรณ์ของประเทศอังกฤษ ในคดี R v Williams (1986) ซึ่งศาลอุทธรณ์ได้พิพากษายืนตามศาลชั้นต้น จำคุกจำเลยตลอดชีวิต ในการกระทำความผิดฐานชมขึ้นในลักษณะต่อเนื่อง โดยปรากฏตามรายงานที่เสนอต่อศาลว่า การกระทำความผิดทั้งหลาย เป็นผลของการที่จำเลยหมกมุ่นกับพฤติกรรมถ่มองและการได้รับความตื่นเต้นจากการแอบดูชีวิตของผู้อื่น 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 ในเอกสารรับฟังความคิดเห็นของทางกรออังกฤษ จึงได้เสนอแนวคิดที่จะจัดการกับพฤติกรรมถ้ามองอย่างจริงจัง ทั้งในฐานะที่เป็นพฤติกรรมบอกเหตุ และพฤติกรรมที่เป็นอันตราย²² และต่อมาได้มีการบัญญัติให้การกระทำฐานแอบดูและแอบบันทึกภาพเป็นความผิดทางเพศ โดยกำหนดมูลเหตุชกจิตใจทางเพศเป็นองค์ประกอบภายในของการกระทำดังกล่าวด้วย เช่นเดียวกับกับประเทศแคนาดา ซึ่งได้กำหนดให้การแอบดูและแอบบันทึกภาพอยู่ภายใต้ประเภทความผิดทางเพศ แต่นอกจากกำหนดมูลเหตุชกจิตใจทางเพศไว้เป็นองค์ประกอบภายในแล้ว ได้กำหนดกรณีที่การกระทำแม้ไม่ปรากฏมูลเหตุชกจิตใจทางเพศ ก็จะเป็นความผิดไว้ด้วย โดยให้เหตุผลว่าเพื่อให้สามารถดำเนินคดีแก่การกระทำดังกล่าวในฐานะที่เป็นการกระทำความผิดต่อสิทธิส่วนตัว²³

ส่วนในการบัญญัติกฎหมายกำหนดให้การแอบบันทึกภาพเป็นความผิดอาญาของสหรัฐอเมริกา นั้น แม้จะปรากฏว่า หลายมลรัฐจะมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อบังคับกับการกระทำดังกล่าวโดยคำนึงถึงองค์ประกอบทางเพศด้วย แต่กฎหมายกลางของสหรัฐอเมริกาได้มุ่งเน้นให้ความสำคัญในการจะป้องกันความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสิทธิส่วนตัวจากการกระทำดังกล่าว และไม่ได้กำหนดองค์ประกอบทางเพศไว้ในกรกระทำดังกล่าวแต่อย่างใด โดยบัญญัติให้การแอบบันทึกภาพให้เป็นความผิดภายใต้ประเภทความผิดต่อสิทธิส่วนตัว

สำหรับประเทศนิวซีแลนด์ นอกจากในเอกสารศึกษาเพื่อการออกกฎหมายเกี่ยวกับการแอบบันทึกภาพ จะได้พิจารณาถึงข้อเท็จจริงจากงานวิจัยต่างๆ ที่ได้แสดงถึงความเชื่อมโยงระหว่างพฤติกรรมถ้ามองและการกระทำผิดร้ายแรงทางเพศอื่นแล้ว ยังได้อ้างถึงงานวิจัยที่ให้ผลตรงกันข้ามว่า จากการศึกษา นักโทษชายซึ่งกระทำความผิดทางเพศต่อเด็ก ในรัฐควีนส์แลนด์ ประเทศออสเตรเลีย พบว่ามีสัดส่วนความเบี่ยงเบนทางเพศที่ค่อนข้างต่ำ และพบว่าไม่มีพฤติกรรม

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 โดยแม่เอกสารดังกล่าวจะยอมรับว่า โดยแท้จริงแล้ว พฤติกรรมถ้ามองเป็นพฤติกรรมที่ก่อโดยแรงจูงใจทางเพศ และในหลายๆกรณี ได้ปรากฏให้เห็นถึงความสัมพันธ์เชื่อมโยงระหว่างพฤติกรรมถ้ามองและการกระทำทางเพศร้ายแรงอื่น แต่ก็โต้แย้งว่าพฤติกรรมถ้ามองไม่ใช่พฤติกรรมเริ่มต้นที่จะนำไปสู่การกระทำผิดทางเพศที่ร้ายแรงอื่นเสมอไป ทั้งไม่ใช่ส่วนหนึ่งของรูปแบบการกระทำที่ร้ายแรงในทุกกรณี และผู้ที่กระทำพฤติกรรมดังกล่าว ไม่จำเป็นต้องกลายเป็นผู้มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนทางเพศ นอกจากนั้น ยังชี้ให้เห็นถึงความเป็นไปได้ที่การแอบบันทึกภาพ จะกระทำโดยมีเหตุผลอื่นที่ไม่ใช่การแสวงหาความพึงพอใจทางเพศ เช่น ต้องการทำให้เหยื่อเกิดความอับอาย หรือทำให้ผู้อื่นได้รับความขบขันจากความเสียหายของเหยื่อ รวมทั้งเพื่อการข่มขู่คุกคาม เป็นต้น และได้สรุปความเห็นไว้ในขณะที่การแอบบันทึกภาพมิได้เป็นการกระทำที่มโหฬารประกอบทางเพศเสมอไปในทุกกรณี 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," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525), หน้า 3.

ที่ใกล้ชิดกับเสรีภาพ อิสรภาพ และสิทธิที่จะเลือกตัดสินใจ ทั้งยังเป็นเป็นสภาวะที่จำเป็นต่อการเติบโตและพัฒนาความเป็นตัวตน และเป็นพื้นที่ให้แสดงออกถึงเสรีภาพ ซึ่งรวมทั้งเสรีภาพที่จะเลือกแสดงออกในบางแง่มุมของบุคลิกภาพต่อผู้อื่นในต่างสถานการณ์ นอกจากนั้น ความเป็นส่วนตัวสามารถทำให้บุคคลมีภาวะที่จะสร้างและพัฒนาความสัมพันธ์กับบุคคลอื่น อันเป็นปัจจัยอันจำเป็นต่อการเติบโตทางบุคลิกภาพ และเป็นหนึ่งในหลายคุณค่าที่ช่วยให้บุคคลไม่ถูกลดค่ากลายเป็นเพียงสิ่งของหรือวัตถุ²⁶ ความเป็นส่วนตัวจึงมีคุณค่าอันสำคัญยิ่งต่อความเป็นมนุษย์

ความเป็นส่วนตัวมักถูกกล่าวถึงทั้งในฐานะที่เป็นทั้งสิทธิและเสรีภาพของมนุษย์ อย่างไรก็ตาม “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” ในบริบทของกฎหมายนั้น มีความหมายทั้งแตกต่างกันและคาบเกี่ยวกัน²⁷ กล่าวคือ ในขณะที่ “สิทธิ” อาจหมายถึงได้ถึง 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 และรวมถึงการเคารพในการแสดงออกซึ่งบุคลิกลักษณะของบุคคล ในการปรากฏกายของบุคคลสาธารณะ

²⁶ Law 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

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

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

²⁹ เกรียงไกร 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 แนวความคิดเกี่ยวกับความเป็นส่วนตัวที่ได้รับการยอมรับและอ้างอิงอย่างแพร่หลาย คือ แนวคิดของ Samuel D. Warren และ Louise D. Brandeis โดยในปี ค.ศ.1890 ทั้งสองได้ร่วมกันเขียนและตีพิมพ์บทความเกี่ยวกับสิทธิความเป็นส่วนตัวในระบบคอมมอนลอว์ และได้ให้ความเห็นว่า บุคคลควรมีสิทธิที่จะเป็นอิสระจากการก้าวล่วงอันไม่พึงประสงค์และไม่สมควร ต่อความเป็นบุคคลอันมิอาจก้าวล่วงได้ (inviolable personality) ทั้งสองยังได้ขยายแนวคิดที่ได้รับการอ้างอิงบ่อยครั้ง ในความหมายของ Privacy ว่า “the right to be let alone” โดยเสนอแนวคิดในการวางหลักทั่วไปของกฎหมายในการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวในชีวิตส่วนตัว อันเป็นครั้งแรกที่ความเป็นส่วนตัวได้รับการยอมรับในฐานะสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย แม้ว่า Warren และ Brandeis จะไม่ได้อธิบายความหมายของคำว่า “ความเป็นบุคคลอันมิอาจก้าวล่วงได้” แต่มีผู้ขยายความไว้ว่า คือ “เงื่อนไขและสิทธิซึ่งผูกโยงกับศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ หลักที่บุคคลจะได้รับความเคารพโดยเสมอภาคกัน และภาวะความเป็นบุคคลนั่นเอง”³⁰

เสรีภาพในชีวิตความเป็นส่วนตัว อาจถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ตามแนวคิดของกฎหมายธรรมชาติ ที่มีอยู่ก่อนรัฐและผูกพันต่อรัฐ อย่างไรก็ตาม เมื่อได้มีการบัญญัติรับรอง

³⁰ Lance 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 และไม่ควรถูกคาดหวังว่าจะถูกมองหรือเห็นโดยบุคคลอื่นย่อมถือเป็นการละเมิดสิทธิที่จะอยู่คนเดียว (a right to be let alone) โดยปราศจากการถูกแทรกแซงในความเป็นส่วนตัว โดยไม่มีเหตุผลอันควร³² แต่การแอบดูหรือแอบบันทึกภาพในบริบทของการศึกษานี้ เป็นการกระทำที่มีลักษณะที่รุกรานแทรกสอดเพื่อไปล่วงรู้เห็นในกิจกรรมอันเป็นส่วนตัว โดยเฉพาะในที่เกี่ยวข้องกับการเปิดเผยเนื้อตัวร่างกายของผู้อื่น หรือมีองค์ประกอบในเรื่องเพศมาเกี่ยวข้อง ซึ่งควรถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อสิทธิส่วนตัว ในส่วนที่มีนัยสำคัญอันเกี่ยวพันกับสิทธิในชีวิตร่างกายอีกด้วย เพราะการแอบดูหรือแอบบันทึกภาพในกรณีนี้ ไม่เพียงแต่พรากไปซึ่งเสรีภาพที่จะเลือกแสดงออกถึงความเป็นตัวตนต่อผู้อื่น (freedom to choose how one presents oneself to others) เท่านั้น³³ แต่เป็นการกระทำที่ละเมิดต่อความต้องการพื้นฐานของมนุษย์ในด้านที่เกี่ยวข้องกับความสามารถที่จะควบคุมการเปิดเผยร่างกาย (the ability to control exposure of one's body) หรือการจำกัดมิให้บุคคลอื่นจ้องมองร่างกายในขณะที่เปลือย โดยไม่ได้รับความยินยอม ซึ่งการเพิกเฉยต่อความยินยอมที่จะเปิดเผยร่างกายมักเกิดขึ้นในช่วงของสงคราม ในระหว่างการถูกจำคุก หรือในการข่มขืน³⁴ หากแต่โดยทั่วไป

³¹ซูชิฟ ปิณฑะสิริ, “การละเมิดสิทธิส่วนตัว,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต 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 เหล่านักถ้ำมองได้ใช้ประโยชน์จากเทคโนโลยีตอบสนองต่อความปรารถนาอัน มิชอบของตนเอง ในการแอบดู แอบบันทึกภาพ และเผยแพร่ภาพความเป็นส่วนตัวเหล่านั้นต่อ สาธารณะ โดยมีได้รับความยินยอม อันเป็นการกระทำที่ละเมิดทั้งต่อสิทธิส่วนตัวและศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์ของผู้อื่น

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สำหรับกรณีของการแอบบันทึกภาพ สิทธิส่วนตัวของผู้ที่ตกเป็น เหยื่อจะสามารถถูกละเมิดอีกครั้งหรือหลายครั้ง เมื่อภาพบันทึกแอบถ่ายเหล่านั้น มีการนำออก เผยแพร่ โดยเฉพาะผ่านช่องทางอินเทอร์เน็ต นั่นคือ การที่ผู้กระทำการแอบบันทึกภาพ ได้นำ ภาพของเหยื่อในขณะที่เปลือยกาย หรือสวมใส่เพียงชุดชั้นใน หรือขณะมีเพศสัมพันธ์ ซึ่งเหยื่อ ย่อมประสงค์จะสงวนไว้ให้เป็นเรื่องส่วนตัว เผยแพร่ต่อสาธารณชน สิทธิส่วนตัวของเหยื่อที่ถูก ละเมิดในชั้นนี้ คือ ความสามารถของบุคคลที่จะควบคุมการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับตนเอง (the ability of individuals to control the flow of information about themselves) ยกตัวอย่างเช่น หญิงที่ตกเป็นเหยื่อของการแอบถ่ายภาพได้กระโปรงซึ่งเป็นการถูกละเมิดในลักษณะที่หนึ่งไป แล้ว ย่อมไม่ต้องการให้บุคคลใดๆ ได้เห็นภาพถ่ายบริเวณร่างกายของเธอนี้ที่มีเพียงกางเกงชั้นใน ปิดบังไว้ และเธอย่อมประสงค์ที่จะควบคุมมิให้มีการเผยแพร่ภาพดังกล่าวสู่สาธารณะ³⁶ ทั้งนี้ เนื่องจากภาพบันทึกหรือภาพถ่าย สามารถแสดงให้เห็นภาพในขณะที่ทำการบันทึกได้อย่างคงทน ถาวร จึงเป็นเหตุให้การแอบบันทึกภาพ เป็นการกระทำที่มีความสามารถที่จะก่อความเสียหาย ได้อย่างไม่รู้จบ ทั้งยังอำนวยความสะดวกให้ผู้อื่นสามารถใช้เวลาพิจารณา ปรับแต่ง หรือขยายภาพ จน เป็นเหตุสามารถมองเห็นบางส่วน หรือบางมุม ของภาพที่ไม่อาจสังเกตเห็นได้ทันทีหากเป็นการ 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 สิทธิส่วนตัวได้มีบัญญัติรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948 ขององค์การสหประชาชาติ (Universal Declaration of Human Rights 1948) มาตรา 12 ว่า “บุคคลใดๆ จะถูกแทรกสอดโดยผลการในความเป็นอยู่ส่วนตัว ในครอบครัว ในเคหสถาน หรือ ในการสื่อสาร หรือจะถูกลบล้างในเกียรติยศและชื่อเสียงไม่ได้ ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองของกฎหมายต่อการแทรกสอด หรือการลบล้างดังกล่าวนั้น” นอกจากนี้ ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Right) ซึ่งมีผลบังคับในปี ค.ศ.1976 ก็ได้กำหนดให้ประเทศภาคีสมาชิกมีพันธะผูกพันในการให้ความเคารพต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัว^{**} 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 และได้ขยายความให้กว้างขวางออกไปในวรรคสองว่า “การกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความหรือ ภาพไม่ว่าด้วยวิธีใดไปยังสาธารณชน อันเป็นการละเมิดหรือกระทบถึงสิทธิของบุคคลในครอบครัว 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 “บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองจากการแสวงประโยชน์โดยมิชอบจากข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวกับตน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

2.4 สภาพความรุนแรงของปัญหาและรูปแบบของการแอบดู

การแอบดู เป็นพฤติกรรมที่พบว่าเกิดขึ้นในสังคมมนุษย์มาอย่างยาวนาน โดยมีการบันทึกเกี่ยวกับพฤติกรรมดังกล่าวไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในคัมภีร์ไบเบิล⁴⁰ จากเดิมถือว่าพฤติกรรมดังกล่าวเป็นเพียงการก่อความเดือดร้อนรำคาญเท่านั้น แต่ในปัจจุบัน พัฒนาการและความก้าวหน้าของเทคโนโลยีทั้งด้านสารสนเทศและการสอดแนม ได้ส่งผลให้กล้องสอดแนมหรือกล้องที่มีขนาดจิ๋วสามารถหาซื้อได้ง่ายในราคาไม่แพง ประกอบกับวิธีการบันทึกภาพที่ไม่ยุ่งยากซับซ้อน ได้กลายเป็นปัจจัยสำคัญที่เพิ่มศักยภาพให้แก่เหล่านักถ้ำมองในการแสวงหาโอกาสที่จะแอบดูหรือแอบบันทึกภาพผู้อื่นขณะที่กำลังส่วนตัว นอกจากนั้น เมื่อการแอบดูด้วยตาเปล่าในอดีต ได้กลายมาสู่การแอบบันทึกภาพ ซึ่งผนวกเข้ากับความนิยมที่มีต่อสื่อลามกในระบบอินเทอร์เน็ต เป็นผลให้เมื่อบุคคลใดตกเป็นเหยื่อของการแอบบันทึกภาพขณะที่กำลังส่วนตัว เช่น เข้าห้องสุขา หรือเปลี่ยนเสื้อผ้า ภาพของเหยื่อจึงมักถูกนำเข้าสู่ระบบอินเทอร์เน็ตซึ่งส่งผลให้ความเป็นส่วนตัวของเหยื่อถูกละเมิดซ้ำแล้วซ้ำเล่า อย่างไม่มีที่สิ้นสุด ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เหยื่อจึงรุนแรงและกว้างขวางกว่าการแอบดูเช่นในอดีตเป็นหลายเท่าทวีคูณ

การส่งต่อ เผยแพร่ และกระจายภาพแอบบันทึก ที่มักเรียกว่ากันทั่วไปว่าคลิปหลุด หรือคลิปแอบถ่าย มีโทรศัพท์เคลื่อนที่และระบบอินเทอร์เน็ตเป็นช่องทางสำคัญ ซึ่งจากสถิติผู้ใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่และอินเทอร์เน็ตในประเทศไทย พบว่า ระหว่างปี 2550 – 2554⁴¹ จำนวนผู้ใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่ ได้ขยายตัวจากจำนวน 52.9 ล้านราย เพิ่มขึ้นเป็นจำนวน 74.6 ล้านราย ส่วนตัวเลขผู้ลงทะเบียนใช้อินเทอร์เน็ตความเร็วสูงประเภทบุคคลทั่วไป ได้เพิ่มจากจำนวน 1.2 ล้านราย เป็นจำนวน 3.5 ล้านราย^{41 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.

⁴¹ ข้อมูลถึงไตรมาสที่ 2 ปี 2554.

⁴¹ สำนักพัฒนานโยบายและกฎกติกา สำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, รายงานสภาพตลาดโทรคมนาคม ไตรมาสที่ 4 ปี 2552, หน้า 7.

⁴² สำนักพัฒนานโยบายและกฎกติกา สำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, รายงานสภาพตลาดโทรคมนาคม ไตรมาสที่ 2 ปี 2554, หน้า 6.

ความเร็วสูงในช่วงระยะเวลาประมาณ 3 ปี มีจำนวนเพิ่มสูงขึ้น ร้อยละ 41 และ 192 หรือคิดเป็นอัตราเติบโตเฉลี่ย ร้อยละ 12 และ 55 ต่อปี ตามลำดับ ทั้งนี้ แม้ตัวเลขและสถิติดังกล่าวจะไม่อาจแสดงให้เห็นอย่างตรงไปตรงมาถึงขนาดของการเผยแพร่ภาพแอบบันทึก แต่ก็สามารถสะท้อนถึงแนวโน้มขอบเขตที่ปัญหาอาจมีการขยายตัวอย่างเป็นวงกว้าง ตามการเติบโตของการใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่และอินเทอร์เน็ต

อันที่จริงแล้ว ความนิยมต่อสื่อเว็บไซต์ลามกที่นำเสนอภาพแอบบันทึกบนโลกอินเทอร์เน็ต ได้ปรากฏมีมานานกว่าทศวรรษแล้ว⁴³ ซึ่งเว็บไซต์เกี่ยวกับการแอบดูและการแอบถ่ายมีการเติบโตอย่างต่อเนื่องและขยายส่วนแบ่งรายได้อย่างมีนัยสำคัญในตลาดค้าสิ่งลามกบนอินเทอร์เน็ต โดยเฉพาะเว็บไซต์ในรูปแบบที่เสนอภาพแอบถ่ายแบบแท้ คือ ผู้ที่ถูกแอบบันทึกภาพไม่รู้ตัวและไม่ได้ยินยอม การที่เว็บไซต์เหล่านี้สามารถสร้างกำไรได้เป็นจำนวนมากเป็นผลมาจากต้นทุนที่ต่ำ เนื่องจากไม่มีค่าใช้จ่ายในการจ้างนักแสดง และต้นทุนในการเผยแพร่หรือผลิตซ้ำก็ต่ำกว่าการจำหน่ายในรูปแบบวีซีดีหรือดีวีดีดีมาก แรงผลักดันด้านอุปทานในตลาดการค้าสิ่งลามกบนโลกอินเทอร์เน็ต จึงเป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่ทำให้การละเมิดสิทธิส่วนตัวของผู้อื่นด้วยการแอบดูและแอบบันทึกภาพมีแนวโน้มที่จะขยายตัวต่อไป⁴⁴ ซึ่งจากการประมวลสถานการณ์และแนวโน้มภัยทางเทคโนโลยีในระยะปี 2552 - 2554 ของศูนย์เฝ้าระวังภัยทางเทคโนโลยี (IT Watch) มูลนิธิกระจกเงา^{45 46} พบว่าปัญหาคลิปหลุด คลิปแอบถ่าย และเว็บไซต์ที่เผยแพร่คลิปเหล่านี้ ตลอดจนปัญหาการแพร่หลายของอุปกรณ์แอบบันทึกภาพ และการเผยแพร่ส่งต่อคลิปทางอินเทอร์เน็ต ยังเป็นปัญหาสำคัญที่ต้องการการเร่งแก้ไข โดยพบว่าระหว่างเดือนมกราคม - มิถุนายน 2552 เฉพาะในระบบ BitTorrent มีการแลกเปลี่ยนคลิปหลุดและคลิปแอบถ่าย 996 หัวข้อ และมีการดาวน์โหลดเสร็จแล้ว 902,636 ครั้ง และจากสภาพความรุนแรงของของปัญหาคลิปหลุด 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, *ประมวลสถานการณ์และแนวโน้มภัยเทคโนโลยี ปี 2553* [ออนไลน์], 14 สิงหาคม 2553. แหล่งที่มา www.thaiitwatch.org

⁴⁶ ศูนย์เฝ้าระวังภัยทางเทคโนโลยี (IT Watch) มูลนิธิกระจกเงา, *ประมวลสถานการณ์และแนวโน้มภัยเทคโนโลยี 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 ซึ่งสามารถแยกประเภทตามรูปแบบของการกระทำออกเป็น การแอบดูด้วยตาเปล่า และการแอบบันทึกภาพ โดยแบ่งตามสถานที่ก่อเหตุ ออกได้เป็นสถานที่อันควรจะได้รับความเป็นส่วนตัวและสถานที่สาธารณะ สามารถกล่าวอธิบายได้โดยละเอียดดังนี้

2.4.1 การแอบดูด้วยตาเปล่า

การแอบดูด้วยตาเปล่า เป็นรูปแบบการแอบดูที่เป็นมาแต่ดั้งเดิมในอดีต กล่าวคือเป็นพฤติกรรมที่สังคมมักจะเรียกกันแต่เดิมว่า “ถ้ามอง” นั่นเอง ซึ่งผู้กระทำไม่ได้อาศัยเครื่องมืออุปกรณ์ที่มีความทันสมัยทางเทคโนโลยีเป็นองค์ประกอบในการกระทำ โดยอาจแบ่งออกได้เป็นสองประเภทตามสถานที่ก่อเหตุ ได้ดังนี้

(1) การแอบดูด้วยตาเปล่าในสถานที่อันควรได้รับความเป็นส่วนตัว

สำหรับการแอบดูด้วยตาเปล่าในสถานที่อันควรได้รับความเป็นส่วนตัว พบว่าสถานที่ก่อเหตุ มักเป็นห้องน้ำสาธารณะตามสถานที่ต่างๆ หรืออาจเป็นห้องลองเสื้อผ้าตามห้างสรรพสินค้า ที่มักมีโครงสร้างที่มีส่วนเปิดเพื่อเป็นทางระบายอากาศ เป็นเหตุให้ผู้กระทำสามารถจะอาศัยจังหวะโอกาสลอบเข้าไปก่อเหตุในเวลาที่ไม่มีคน โดยวิธีการลอบแอบดูผ่านช่องว่างซึ่งไม่มีฝาปิดไว้ และอาจมีการใช้อุปกรณ์ที่ไม่ซับซ้อน เช่น กระจกเงาเพื่อช่วยสะท้อนภาพ นอกจากนั้น ยังพบว่าบางกรณี สถานที่ก่อเหตุยังอาจเป็นสถานที่ส่วนบุคคล เช่น ห้องน้ำภายในบ้าน ห้องนอน หรือห้องพัก อีกด้วย

เนื่องจากเป็นการดูด้วยตาเปล่า ผู้กระทำจึงต้องมีการเข้าใกล้เหยื่อในระยะที่สามารถแอบจ้องมองเหยื่อให้เห็นได้ระยะสายตา ซึ่งเหยื่ออาจรู้ตัวและพบเห็นการกระทำดังกล่าวด้วยตนเอง และการที่ผู้กระทำมีการเข้าใกล้เหยื่อในสถานที่อันควรได้รับความเป็นส่วนตัว ซึ่งมักเป็นที่ลับตาคน เหยื่อจึงมีความเสี่ยงต่อภัยอาชญากรรมทางเพศประเภทอื่น เช่น การอนาจาร หรือการข่มขืนกระทำชำเรา ด้วยอีกส่วนหนึ่ง

เหตุการณ์การแอบดูด้วยตาเปล่าในสถานที่อันควรได้รับความเป็นส่วนตัว อาจยกตัวอย่างจากที่เคยปรากฏตามรายงานข่าวได้ เช่น

- เด็กปั๊มแสบ อายุ 17 ปี แอบถ้ามองพยาบาลสาวถึงในห้องน้ำโรงพยาบาล ทำให้ไปเยี่ยมญาติ เมื่อเห็นพยาบาลเข้าห้องน้ำก็จะตามไป แล้วชะโงกหน้าแอบดูผ่านแผงกั้น แฉเคยแอบเข้ามาถ้ามองแล้วหนึ่งครั้ง (หนังสือพิมพ์ข่าวสด ฉบับวันพุธที่ 2 ธันวาคม 2552)

- ตำรวจพัทลุงรวบหนุ่มแอบถ้ามองสาวในห้องน้ำห้างโลตัส หลังเหยื่อเข้าห้องน้ำ เหลือบเห็นแอบมองผ่านผนังกั้นด้านล่าง อ้างเข้าห้องน้ำผิดและก้มเก็บกระเป๋าตังค์ (ASTV ผู้จัดการออนไลน์ วันพุธที่ 4 พฤศจิกายน 2552)

- อดีตผู้จัดการทีมฟุตบอล พะเยา FC ฉายา 'กึ่งจอมเก่า' น้องชาย' มัลลิกา บุญมีตระกูล' เข้ามอบตัวตำรวจ สภ.เมืองพะเยา หลังบุกถ้ามองลูกสาวหมอพันเจ้าหน้าที่ตำรวจให้สัมภาษณ์ว่าคดีบุกรุกเคหสถานยามวิกาลสามารถยอมความกันได้ ไม่ใช่คดีร้ายแรงอะไร ส่วนกรณีที่เขาทุกข์อ้างว่า 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 การแอบดูในลักษณะนี้หากเป็นในการมองในลักษณะที่มีใช้การมองเห็นได้โดยปกติแล้ว เช่น การอาศัยจังหวะที่หญิงขึ้นบันไดแล้วแอบมองใต้กระโปรงหญิง นี่ย่อมเป็นการกระทำโดยมีเจตนาละเมิดสิทธิส่วนตัวหญิงนั้น

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการกระทำในลักษณะนี้ เหยื่อมักอยู่ในที่สาธารณะที่อาจคาดหมายได้ว่าจะมีคนสัญจรไปมา หรือมีปัจเจกชนอื่นๆ อยู่ในสถานที่เดียวกันนั้นได้เช่นกัน การที่เหยื่อจะถูกรบกวนโดยบุคคลอื่นนั้น จึงย่อมเกิดขึ้นได้อย่างธรรมดา ดังนั้น

เหยื่อจึงมิได้เกิดสิทธิที่จะอยู่คนเดียวในสถานที่ดังกล่าว การแอบดูกรณีนี้ จึงมิได้ละเมิดต่อสิทธิที่จะอยู่คนเดียวของเหยื่อ แต่หากเป็นการจงใจแสวงหาจังหวะและมุมมองเพื่อจะได้เห็นเนื้อตัวร่างกายของเหยื่อ ที่โดยปกติวิสัยแล้วไม่อาจจะเห็นได้นั้น ย่อมถือเป็นการจงใจละเมิดต่อสิทธิที่จะควบคุมการเปิดเผยร่างกายของเหยื่อ อันถือเป็นสิทธิส่วนตัวเช่นกัน

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

2.4.2 การแอบบันทึกภาพ

การแอบบันทึกภาพหรือที่ในปัจจุบันนิยมเรียกกันทั่วไปว่า “แอบถ่าย” คือพฤติกรรมถ้ามองในรูปแบบใหม่ ซึ่งผู้กระทำจะอาศัยเครื่องมืออุปกรณ์ที่มีความทันสมัยทางเทคโนโลยี เช่น กล้องบันทึกภาพขนาดจิ๋ว หรือกล้องในโทรศัพท์เคลื่อนที่ แอบบันทึกภาพเหยื่อ

สำหรับประเทศไทย การแอบบันทึกภาพส่วนตัวของบุคคลอื่น ได้สร้างความตระหนกแก่สังคมเป็นวงกว้าง เมื่อมีการรายงานกรณีการเผยแพร่ภาพบันทึกวิดีโอแอบถ่าย

วัยรุ่นชายหญิงคู่หนึ่งขณะเพศสัมพันธ์กัน ปรากฏเป็นข่าวหน้าหนึ่งของหนังสือพิมพ์ในช่วงปลายปี พ.ศ.2546 โดยเป็นที่รู้จักกันในชื่อ “แอบถ่ายสวนหิน” ภายหลังจากนั้น ได้กรณีกาบบ้านที่กภาพในลักษณะนี้ ได้ปรากฏสู่การรับรู้ของสังคมอย่างต่อเนื่อง เช่น ในปี พ.ศ.2549 มีคดีพิพาททางปกครองขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครองสูงสุด ระหว่างโรงเรียนแห่งหนึ่งกับผู้ปกครองนักเรียนซึ่งถูกลงโทษให้ลาออก เนื่องจากได้แอบบันทึกภาพใต้กระโปรงครูสตรี หรือในปี พ.ศ.2551 เมื่อเกิดการแพร่กระจายของคลิปแอบถ่ายนักร้องวัยรุ่นหญิงชื่อดังสองคน ในขณะที่อาบน้ำในห้องพักโรงแรมแห่งหนึ่ง หรือกรณีของการแอบถ่ายในที่สาธารณะ ก็เคยปรากฏเป็นข่าวอยู่บ่อยครั้ง ผู้เขียนขอยกตัวอย่าง กรณีเมื่อต้นปี พ.ศ.2552 เมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจได้รับแจ้งเหตุว่ามีชายคนหนึ่ง ถูกพนักงานรักษาความปลอดภัยที่สถานีรถไฟฟ้ามหานคร ๒๕๕๒ ควบคุมตัวไว้เนื่องจากใช้โทรศัพท์มือถือแอบถ่ายใต้กระโปรงหญิงผู้เสียหายคนหนึ่ง แต่หลังจากที่เจ้าหน้าที่ตำรวจทำการตรวจสอบโทรศัพท์มือถือของชายคนดังกล่าว ก็ได้พบว่าเฉพาะช่วงเช้าของวันเกิดเหตุ ชายคนดังกล่าวได้แอบถ่ายใต้กระโปรงหญิงไปแล้วถึง 27 ครั้ง และได้ทำการแอบถ่ายในลักษณะนี้มาแล้วถึง 107 ครั้งในช่วงสัปดาห์ก่อนเกิดเหตุ เหตุการณ์ครั้งนี้ นอกจากจะชี้ให้เห็นถึงความหมกมุ่นในพฤติกรรมดังกล่าวของผู้กระทำแล้ว ยังแสดงให้เห็นถึงความเสียหายที่บุคคลคนหนึ่งอาจก่อแก่เหยื่อได้ในจำนวนมาก หากไม่มีการยับยั้งที่เหมาะสม

โดยพบว่าการกระทำในลักษณะแอบบันทึกภาพ สามารถแบ่งออกได้เป็นสองลักษณะตามสถานที่ก่อเหตุ นอกจากนั้น เนื่องจากการแอบบันทึกภาพยังคงมีความเกี่ยวข้องกับการกระทำในลักษณะเผยแพร่และส่งต่อภาพแอบบันทึกอีกด้วย ผู้เขียนจึงแยกอธิบายถึงรูปแบบการกระทำเกี่ยวกับการแอบบันทึกภาพในสามกรณี ดังนี้

(1) การแอบบันทึกภาพในสถานที่อันควรได้รับความเป็นส่วนตัว

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

- รวบหนุมถ่ายคลิปตามโบสถ์คาทอลิกแห่งหนึ่งที่ตั้งกลางเมืองหาดใหญ่ หลังเหยื่อร้อง รปภ.ช่วย ค้นกระเป๋าพบใบสั่งถ่ายคลิป คาตรับงานส่งต่อให้ลูกค้าแพร่ลงเน็ต (หนังสือพิมพ์คมชัดลึก ฉบับวันเสาร์ที่ 14 พฤศจิกายน 2552)

- หนู่มเพชรบุรี อายุ 22 ปี แอบงัดกระจุกบานเกล็ดหลังห้อง 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 หรือในบางกรณีอาจมีการซ่อนกล้องไว้โดยมีการส่งบันทึกภาพไว้ตั้งแต่แรก เช่นที่
ปรากฏตามรายงานข่าวดังนี้

- ปวีณา พาดัชนีศึกษามหาวิทยาลัยชื่อดังย่านบางเขน เข้าพบตำรวจ
จีตามความคืบหน้าคดี หลังถูกตั้งกล้องแอบถ่ายในห้องแมนชั่น หวังมือดีจะแอบไปโพสต์ทาง
อินเทอร์เน็ต (หนังสือพิมพ์ไทยรัฐ ฉบับวันอังคารที่ 15 กันยายน 2552)

- แจ้งจับผู้บริหารโรงพยาบาลอำเภอตั้งกล้องแอบถ่ายได้กระโปรง
หมอสาว จังหวัดชัยภูมิ หลังตกเป็นเหยื่อถูกซ่อนกล้องแอบถ่ายใต้โต๊ะทำงาน เพิ่งรู้ตัวเมื่อ
ก้มเก็บปากกา สังเกตเห็นไฟสีแดงใต้โต๊ะ ตำรวจยึดคอมพิวเตอร์ตรวจสอบ ตะลึงพบภาพ
ใต้กระโปรงอื้อ ลอบถ่ายนานร่วมเดือน แจ้งขอหาถ้ามองสร้างความเดือดร้อนรำคาญ
ก่อนตรวจสอบนำไปเผยแพร่ทางเน็ตหรือไม่ สาธารสุขจังหวัดตั้งกรรมการสอบสวน เจ้าตัวยัง
ปิดปากเงียบ (หนังสือพิมพ์คมชัดลึก ฉบับวันพฤหัสบดีที่ 4 ธันวาคม 2551)

การแอบบันทึกภาพในลักษณะการซ่อนกล้องนี้ เสมือนเป็นการวางกับดัก
รอแอบบันทึกภาพเหยื่อ โดยผู้กระทำไม่จำเป็นต้องเข้าใกล้เหยื่อในขณะที่ก่อเหตุ ซึ่งเหตุมักเกิดขึ้น
ในสถานที่ที่เหยื่อมักเชื่อโดยสนิทใจว่าตนเองจะได้รับความเป็นส่วนตัว ปลอดภัยจากการรู้เห็นของ
บุคคลอื่น เช่นภายในห้องพักอาศัย หรือห้องน้ำ หรือในกรณีใต้โต๊ะทำงานดังที่กล่าวในข้างต้น
ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อจึงแทบจะไม่มีโอกาสรู้ได้ว่าการกำลังถูกแอบบันทึกภาพ

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 และจากรายงานเบื้องต้นพบว่ามีการตั้งกล้องแอบถ่ายตกเป็นเหยื่อถึง 8 ราย

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

สำหรับการแอบบันทึกภาพในสถานที่อันควรได้รับความเป็นส่วนตัวนี้ ส่วนใหญ่หากผู้กระทำไม่มีการเข้าใกล้เหยื่อในขณะกระทำ พบว่าเหยื่อมักไม่รู้ตัวว่าถูกแอบบันทึกภาพ แต่หากเหยื่อรู้ถึงการถูกแอบบันทึกภาพ มักจะมีการแจ้งความร้องทุกข์ และมีความพยายามในการใช้กระบวนการทางกฎหมายเพื่อยับยั้งการแพร่กระจายของภาพ

(2) การแอบบันทึกภาพในสถานที่สาธารณะ

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

- นุสบา ปุณณกันต์ เจอหนุ่มโรดจิตแอบถ่ายบันทึย ขณะเดินซื้อของที่ห้างสยามพารากอน ผู้ต้องหาเผยอยากทดลองกล้องจิ๋วที่เพิ่งซื้อจากญี่ปุ่น ราคา 2400 บาท ความจุ 2G ยืนยันไม่ใช่โรดจิต 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 จึงมิได้ละเมิดต่อสิทธิที่จะอยู่คนเดียวของเหยื่อ แต่หากเป็นการจงใจละเมิดต่อสิทธิที่จะควบคุมการเปิดเผยร่างกายของเหยื่อ อันถือเป็นสิทธิส่วนตัวเช่นกัน

กรณีนี้อาจแตกต่างกับการแอบดูด้วยตาเปล่าในประการที่ว่า หากเหยื่อรู้ตัว มักจะมีความพยายามแจ้งความร้องทุกข์ ซึ่งอาจมีเหตุผลมาจากการที่เหยื่อมีความจำเป็นในการป้องกันความเสียหายจากการเผยแพร่ภาพที่ถูกรับบันทึกไว้

หากเปรียบเทียบการละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูและแอบบันทึกภาพทั้งสองรูปแบบ จะเห็นได้ว่า ในขณะที่การแอบดูด้วยตาเปล่า แม้จะไม่เกิดผลร้ายของการถูกรับบันทึกภาพและเผยแพร่ส่งต่อ แต่เนื่องจากเป็นกรณีที่ผู้กระทำจะมีการเข้าไปใกล้ตัวเหยื่อในสถานที่อันควรได้รับความเป็นส่วนตัว เหยื่อจึงอาจต้องเสี่ยงภัยของอาชญากรรมทางเพศอื่นที่อาจเกิดขึ้นตามมา เช่น การอนาจาร จนไปถึงการข่มขืนกระทำชำเรา อีกทั้งเมื่อพิจารณาถึงความเป็นไปได้ว่า ผู้ที่มีพฤติกรรมถ้ามองอาจมีพฤติกรรมเบี่ยงเบนทางเพศอื่นร่วมอยู่ด้วย ทั้งยังมีลักษณะเป็นพฤติกรรมเริ่มต้น ที่อาจพัฒนาไปสู่การกระทำความผิดทางเพศที่มีความร้ายแรงประเภทอื่นซึ่งมุ่งกระทำโดยตรงต่อเนื้อตัวร่างกาย ในบางประเทศจึงเห็นว่ามีเหตุความจำเป็นที่จะต้องยับยั้งการแอบดูด้วยตาเปล่า เพื่อป้องกันผลที่อาจเกิดขึ้นจากพัฒนาการของพฤติกรรมเบี่ยงเบนในระยะยาวอีกด้วย

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

การแอบบันทึกภาพนี้ ได้นำไปสู่การกระทำที่ละเมิดต่อผู้อื่นด้วยการส่งต่อและเผยแพร่ภาพบันทึกนั้นโดยที่ผู้อื่นไม่รู้และไม่ยินยอม ซึ่งก็ด้วยเหตุดังกล่าวนี้เอง ที่ทำให้ประเทศต่างๆ ได้พิจารณาว่าการแอบบันทึกภาพเป็นการกระทำสามารถก่อภัยในขนาดที่ร้ายแรงและกว้างขวางกว่าการแอบดูมากมายหลายเท่า ทั้งยังเป็นเหตุผลสำคัญในการพิจารณาถึงความจำเป็นในการกำหนดให้การแอบบันทึกภาพมีความรับผิดชอบทางอาญา ดังนั้น การส่งต่อและเผยแพร่ภาพแอบบันทึก จึงเป็นอีกการกระทำที่มีความสำคัญ อันควรจะถูกกล่าวแยกให้เห็นเป็นอีกการกระทำหนึ่งดังที่จะได้กล่าวต่อไป

(3) การส่งต่อและเผยแพร่ภาพแอบบันทึก

การส่งต่อและเผยแพร่ภาพแอบบันทึก อาจเป็นกระทำโดยผู้ที่แอบบันทึกภาพผู้อื่นนั่นเอง หรือเป็นผู้ได้รับภาพแอบบันทึกนั้นต่อมาก็อีกทอดหรืออีกหลายทอดก็ได้ การกระทำในรูปแบบนี้เป็นเหตุให้มีการส่งต่อและกระจายภาพแอบบันทึกออกไปเป็นวงกว้าง และมักเป็นเหตุให้สังคมได้รับรู้เกี่ยวกับการแอบบันทึกภาพที่เกิดขึ้น โดยผู้กระทำละเมิดสิทธิส่วนตัวในรูปแบบนี้ ที่มีได้เป็นผู้ลงมือแอบบันทึกภาพ อาจไม่รู้สึกรู้ว่าตนเองได้กระทำการละเมิดสิทธิส่วนตัวของผู้อื่น เพราะเห็นว่าตนเองมิใช่ต้นเหตุหรือมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับขั้นตอนการแอบบันทึกภาพ แต่แท้จริงแล้ว การกระทำในรูปแบบนี้ กลับเป็นการกระทำที่ก่อผลร้ายให้กับเหยื่อได้อย่างร้ายแรงและไม่จบสิ้น ทั้งเป็นการกระทำที่สร้างความหวาดหวั่นพร่นพริ้งในจิตใจของผู้ที่ตกเป็นเหยื่อ

รวมทั้งเป็นการกระทำที่มีส่วนสร้างความวิตกกังวลต่อการแพร่หลายของภาพบันทึกความเป็นส่วนตัวให้แก่สังคม ดังนั้น การส่งต่อและเผยแพร่ภาพแอบบันทึก จึงเป็นการละเมิดต่อผู้อื่นอันควรตำหนิได้ไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าการกระทำในสองรูปแบบแรกเช่นกัน โดยถือเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อเสรีภาพในการควบคุมทั้งการแสดงออกถึงความเป็นตัวตนและการเปิดเผยร่างกายของผู้อื่น ตลอดจนเสรีภาพในการควบคุมการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับตนเองของผู้อื่นไปอย่างถาวร

2.5 สาเหตุปัจจัยของการแอบดู

การแอบดูหรือแอบบันทึกภาพผู้อื่น ถือเป็นพฤติกรรมเบี่ยงเบนประเภทหนึ่งของคนในสังคม ซึ่งผู้กระทำมักจะกระทำโดยรู้และตระหนักดีว่าการกระทำของตนเองเป็นการก่อความเสียหายแก่ผู้อื่น นอกจากนั้น แม้ยังไม่มีความผิดตามกฎหมายแต่ผู้กระทำก็มีความเสี่ยงที่จะถูกลงโทษหากเข้าข่ายเป็นความผิดตามกฎหมายฐานอื่น รวมถึงอาจถูกดำเนินคดีจากสังคมรวมทั้งคนรอบข้าง อย่างไรก็ตาม แม้รู้ว่าเป็นการละเมิดและสร้างความเสียหายแก่ผู้อื่น ทั้งเสี่ยงที่จะต้องรับผลร้ายที่ตามมา แต่ผู้กระทำยังคงเลือกที่จะกระทำการดังกล่าว จนอาจกล่าวได้ว่าเป็นพฤติกรรมที่พบเกิดขึ้นเป็นปัญหาสังคมในวงกว้าง ดังนั้น เพื่อที่การศึกษาจะสามารถนำไปสู่การสรุปผลว่า เป็นการสมควรหรือไม่ที่ประเทศไทยจะกำหนดให้การแอบดูและการแอบบันทึกภาพเป็นการกระทำที่มีความรับผิดชอบทางอาญา อันถือเป็นการบัญญัติกฎหมายขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาอาชญากรรมนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาให้เกิดความเข้าใจถึงสาเหตุและปัจจัยของการกระทำความผิดดังกล่าวเสียก่อน

ทั้งนี้ จากการศึกษาแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง สามารถนำมาอธิบายถึงสาเหตุปัจจัยของการแอบดูและแอบบันทึกภาพได้ดังต่อไปนี้

2.5.1 ทฤษฎีจิตวิเคราะห์

ทฤษฎีจิตวิเคราะห์ของ Freud ถือว่ามูลเหตุเบื้องต้นของอาชญากรรมเกิดขึ้นจากจิตใต้สำนึก (the Unconscious) โดยเชื่อว่าจิตใจเป็นเรื่องของการต่อสู้หรือการมีปฏิสัมพันธ์ระหว่างพลังของเหตุผลกับพลังของความไม่มีเหตุผล⁴⁷ โดยตามทฤษฎีนี้แบ่งบุคลิกภาพของบุคคลออกเป็น 3 ส่วน⁴⁸

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

⁴⁸ ประธาน วัฒนวานิชย์, *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 บิดามารดา รวมตลอดทั้งสิ่งแวดล้อมทางสังคม ซึ่งบิดามารดาเป็นตัวแทน โดยเด็กได้สร้างค่านิยมและศีลธรรมจรรยาภายในจิตใจของตนเองขึ้น เมื่อ super ego ก่อตัวขึ้น เด็กจะรู้จักเสียสละเสรีภาพในการกระทำเพื่อแสวงหาความพอใจให้แก่ตน ในขณะที่เดียวกันก็ได้พัฒนาความเป็นอิสระทางสังคมขึ้นในระดับหนึ่ง

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

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

หากจะพิจารณาว่าการละเมิดสิทธิส่วนตัวของผู้อื่นด้วยการแอบดู เป็นพฤติกรรมเบี่ยงเบนหรือเป็นอาชญากรรมประเภทหนึ่ง ซึ่งผู้กระทำถูกระตุ้นให้แสวงหาความพึงพอใจตามสัญชาตญาณ ความปรารถนา หรือแรงขับโดยจิตไร้สำนึก ตามทฤษฎีจิตวิเคราะห์ของ Freud⁵⁰ แล้ว ก็ย่อมจะอธิบายต่อไปได้ว่า ในจิตใจของผู้กระทำนั้น พลังของความไม่มีเหตุผลได้ อยู่เหนือพลังของเหตุผล หรือกล่าวได้อีกนัยหนึ่งคือ ego และ super ego ได้ตกอยู่ในอำนาจของ id ซึ่งอันมีสาเหตุมาจากความบกพร่องในด้านพัฒนาการของ ego หรือ super ego เป็นผลให้ขาดความสามารถที่จะควบคุมแรงขับที่ประกอบอาชญากรรมอันเป็นมาแต่ดั้งเดิม⁵¹ โดยทฤษฎีจิตวิเคราะห์มีความสอดคล้องกับแนวคิดทางจิตวิทยาซึ่งมองว่า พฤติกรรมถ้ามองที่ถือเป็นความเบี่ยงเบนทางเพศ อาจมีสาเหตุมาจากการขาดความอบอุ่น ขาดความมั่นใจในวัยเด็ก ทั้งในแง่ความรักและความสนใจ ทำให้รู้สึกว่าเหวอไม่มั่นใจตัวเอง มักจะรู้สึกว่าตนเองไม่เป็นผู้ชายพอ โดยคนที่มีความเบี่ยงเบนทางเพศประเภทนี้ มักจะถูกดูถูกในความเป็นชายตั้งแต่ในวัยเด็กและได้รับการสบประมาทตลอดมา หลายนายมีแม่ที่เข้มแข็ง มีพ่อที่อ่อนแอ คนเหล่านี้จึงหมดความภาคภูมิใจและคิดว่าตนเองด้อยในความเป็นชาย จึงไม่กล้าที่จะมีความสัมพันธ์ทางเพศกับผู้หญิงทั่วไป เพราะกลัวความล้มเหลว โดยในช่วงเวลาของการแอบดูนั้นผู้กระทำจะรู้สึกว่า มีอำนาจอยู่เหนือคนอื่น เป็นผู้ชนะ เป็นผู้กำความลับ คนเหล่านี้จึงยอมเสี่ยงต่อการผิดกฎหมาย หรือเสี่ยงต่ออันตรายจากการถูกทำร้ายเพื่อจะได้รู้สึกเช่นนั้น ซึ่งตามทฤษฎีจิตวิเคราะห์เชื่อว่าพฤติกรรมนี้มีสาเหตุมาจากการที่ได้เห็นพ่อแม่ร่วมเพศกันตั้งแต่วัยเด็ก^{52 53} จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ตามทฤษฎีนี้ว่า การละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูนั้น ย่อมมีเหตุปัจจัยส่วนหนึ่งมาจากจิตใจภายในของผู้กระทำนั่นเอง

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 205.

⁵⁰ อรรถพร ชูบำรุง, อาชญาวิทยาและอาชญากรรม, หน้า 214.

⁵¹ ประธาน วัฒนวาณิชย์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา, หน้า 201.

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

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

⁵³ วิทยา นาควัชร, 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 และกฎหมายเป็นเครื่องมือสำคัญที่จะควบคุมความมีอิสรภาพของคนในสังคม ซึ่งอิสรภาพเป็นสิ่งที่บอกถึงความพอใจของคน ดังนั้น การที่คนเราปฏิบัติตนให้ถูกต้องตามกฎหมายบางครั้งอาจถูกจำกัดอิสรภาพ จึงเกิดความไม่พอใจ และเมื่อสังคมเกิดการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว กฎหมายซึ่งเป็นระเบียบเป็นกลไกควบคุมบุคคลในสังคมจะอ่อนแอ ไม่สามารถควบคุมหรือทำหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงเป็นสภาพสังคมไร้ระเบียบหรือภาวะที่ไร้กฎเกณฑ์ ซึ่งเป็นภาวะที่มีความเสื่อมทรามทั้งในวัฒนธรรม ศิลธรรม ระเบียบวินัย สถาบันสังคมต่างๆ อ่อนแอไม่สามารถทำหน้าที่ได้แม้กระทั่งสถาบันครอบครัว⁵⁶

ดังนั้น จากแนวคิดทฤษฎีนี้จึงสามารถอธิบายได้ว่า การแพร่หลายของพฤติกรรมถ้ามองในรูปแบบใหม่ หรือการแอบบั้นที่ภาพ อันเป็นภัยร้ายประเภทหนึ่งซึ่งสังคมกำลังเผชิญอยู่ในปัจจุบันนี้ น่าจะมีสาเหตุประการสำคัญมาจากความเปลี่ยนแปลงของสังคม ซึ่ง

⁵⁴ นวลจันทร์ ทิศนชัยกุล, 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 อังณพ ชูบำรุง, อาชญาริทยาและอาชญากรรม, หน้า 272.

คนที่ไม่สนใจหรือห่างเหินสังคม⁵⁹ เพราะเมื่อขาดความผูกพันทางสังคม ไม่สนใจผู้คนรอบข้างว่าจะคิดอย่างไรแล้ว บุคคลก็จะเกิดความอิสระในการกระทำความผิด⁶⁰ โดยความผูกพันทางสังคมมีองค์ประกอบดังต่อไปนี้⁶¹

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

(2) ข้อผูกมัด (commitment) คือ การผูกมัดที่จะดำเนินชีวิตตามรูปแบบของสังคม ทำให้คนไม่อยากกระทำผิดกฎหมาย เพราะจะทำลายโอกาสของความสำเร็จในชีวิต

(3) การมีส่วนร่วมเกี่ยวข้อง (involvement) หมายถึง การทำกิจกรรมต่างๆ ของสังคม เป็นเหตุให้มีเวลาเหลือน้อยที่จะคิดประกอบอาชญากรรม

(4) ความเชื่อ (belief) คือ การที่คนที่อาศัยในพื้นที่เดียวกันจะมีความเชื่อต่อบรรทัดฐานและค่านิยมเหมือนกัน ซึ่งหากคนมีองค์ประกอบด้านความเชื่อแล้วมักจะไม่ประกอบอาชญากรรม และมักมีจริยธรรมที่ดีงาม

จากการพิจารณาตามทฤษฎีการควบคุมทางสังคม อาจอธิบายได้ว่า พันธะทางสังคมไม่อาจยึดเหนี่ยวผู้กระทำการแอบดูและแอบบันทึกภาพ ให้ยับยั้งพฤติกรรมที่เบี่ยงเบนเหล่านี้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพราะแม้สังคมจะมีการตติงประณามการกระทำในลักษณะดังกล่าว แต่การแอบดู โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแอบบันทึกภาพ ยังคงมีแนวโน้มของสภาพปัญหาที่มีความรุนแรงมากยิ่งขึ้น ดังจะเห็นได้จากการศึกษาที่สื่อมวลชนมีการนำเสนอแจ้งเตือนภัยดังกล่าวอยู่บ่อยครั้ง และที่สำคัญกว่านั้น กลไกการควบคุมทางสังคมยังขาดประสิทธิผลในเชิงยับยั้งการส่งต่อภาพบันทึกแอบถ่ายมิให้แพร่กระจายในสังคมได้อีกด้วย หลายครั้งหลายคราวที่เมื่อการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลด้วยการแอบบันทึกภาพปรากฏเป็นข่าวที่สังคมให้ความสนใจ ภาพบันทึกนั้นก็กลับมีการแพร่กระจายส่งต่อในวงกว้าง

นอกจากนั้น การที่ในปัจจุบัน คนในสังคมมีแนวโน้มที่จะใช้เวลาอยู่กับระบบอินเทอร์เน็ตมากยิ่งขึ้น อาจส่งผลกระทบต่อในทางสันคลอนหรือทำให้พันธะความผูกพันทางสังคมอ่อนแอลง เพราะเมื่อคนๆ หนึ่งใช้เวลาอยู่กับระบบอินเทอร์เน็ตมากๆ ก็ย่อมห่างเหินไปจาก

⁵⁹ นवलจันทร์ ทศนชัยกุล, อาชญากรรม การป้องกัน การควบคุม, หน้า 107.

⁶⁰ สุดสงวน สุธีสร, อาชญาวิทยา, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 86.

⁶¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 86-87.

สังคมแวดล้อมของตนเอง และแม้จะมีเพื่อนในเครือข่ายสังคมออนไลน์จำนวนมาก แต่ก็อาจหาได้ผูกพันกับใครอย่างแท้จริงไม่ เช่น เด็กที่ใช้เวลาอยู่แต่กับคอมพิวเตอร์ เล่นเกม หรือเสฟสื่อออนไลน์ ก็มักจะมีปัญหาทางเหินจากบิดามารดา ครูอาจารย์ รวมทั้งเพื่อนร่วมชั้น และมุ่งใช้เวลาไปในสิ่งที่ตนเองให้ความสนใจอย่างจำเพาะเจาะจง ผ่านการเลือกเสฟข้อมูลที่มีให้เลือกปริมาณมากอย่างไม่จำกัดความเหมาะสมบนสื่อออนไลน์ 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 ยิ่งอายุน้อยยิ่งมีผลต่อพฤติกรรมมาก และความเข้มข้น (intensity) ซึ่งหมายถึง ความมีอิทธิพลในการชักจูง และในการเรียนรู้พฤติกรรมจะรวมไปถึงเทคนิคการประกอบอาชญากรรม แรงจูงใจแรงผลักดัน การให้เหตุผล และทัศนคติด้วย⁶²

เมื่อเดือนกุมภาพันธ์ 2555 ได้ปรากฏรายงานข่าวเกี่ยวกับเว็บไซต์ในประเทศไทย ซึ่งเผยแพร่ภาพแอบบันทึกโดยเฉพาะ รายงานข่าวระบุว่าเว็บไซต์ดังกล่าวมีสมาชิกเกือบสองพันคน และมีผู้เข้าชมเว็บไซต์ถึงคืนละประมาณ 300-400 คน⁶³ นับเป็นกรณีตัวอย่างเหตุการณ์ที่แสดงให้เห็น

⁶² เรื่องเดียวกัน, หน้า 85-86.

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

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

2.5.5 ทฤษฎีกลไกการควบคุม

ทฤษฎีกลไกการควบคุม ได้อธิบายถึงพฤติกรรมที่ถูกต้องตามกฎหมายและพฤติกรรมที่เบี่ยงเบน โดยการกระทำความผิดจะมีกลไกการควบคุมที่เกี่ยวข้องอยู่ 2 ระบบ^{64 65} ดังนี้

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

(2) ระบบการควบคุมภายนอก หมายถึง เกณฑ์ ระเบียบ กติกา จารีตประเพณี ศีลธรรม กฎของโรงเรียน มหาวิทยาลัย วินัย และที่สำคัญยิ่งใหญ่ครอบคลุมทุกคนก็คือกฎหมาย การควบคุมภายนอกมีอิทธิพลที่สามารถควบคุมการกระทำความผิดได้ไม่น้อยไปกว่าระบบควบคุมภายใน เนื่องจากเหตุผลที่คนทุกคนต้องอยู่กับคนอื่นในสังคม ถ้าทำผิดก็ต้องถูกลงโทษทั้งจากสังคม และจากกฎระเบียบต่างๆ ของสังคมซึ่งเป็นรูปธรรม กำหนดให้เห็นชัดเจน

⁶⁴ อรรถนพ ชูบำรุง, อาชญาวิทยาและอาชญากรรม, 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 และขาดความละอายต่อบาป ตลอดจนในแง่ที่พันธะทางสังคมไม่อาจจะยึดเหนี่ยวคนเหล่านี้ไว้ให้ประพฤติชอบตามหลักศีลธรรมและแบบแผนของสังคม คงต่างกันอยู่เพียงว่า การแอบดูและแอบบันทึกภาพยังไม่มีกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดอันมีโทษทางอาญาเป็นการเฉพาะ ซึ่งเมื่อตามทฤษฎีกลไกการควบคุม มองว่านอกจากระบบควบคุมภายใน หรือองค์ประกอบความเป็นตัวเองแล้ว ระบบควบคุมภายนอก เช่น กฎเกณฑ์ ระเบียบ กติกา จารีตประเพณี นั้น ก็มีอิทธิพลที่สามารถควบคุมการกระทำความผิดได้ไม่น้อยกว่าระบบควบคุมภายใน⁶⁶ โดยเฉพาะกฎหมายเป็นการควบคุมจากภายนอกที่สำคัญยิ่งใหญ่ครอบคลุมทุกคนในสังคม และแม้หากบุคคลหนึ่งๆ ยึดติดกับระบบการควบคุมระบบใดเพียงระบบเดียว หรือถ้าระบบควบคุมใดเข้มแข็งเพียงระบบเดียวแล้ว ก็ยังสามารถควบคุมยับยั้งบุคคลนั้นมิให้กระทำความผิดได้⁶⁷ ดังนั้น การขาดกฎหมายป้องปรามการกระทำดังกล่าว 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 จึงขึ้นอยู่กับ การชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์หรือความสุข และโทษหรือความทุกข์ที่ได้รับ⁶⁸

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

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

ภายใต้กรอบแนวคิดทฤษฎีที่ได้กล่าวมาทั้งหมดในข้างต้นสามารถสรุปได้ว่า พฤติกรรม การแอบดู โดยเฉพาะการแอบบันทึกภาพ ซึ่งถือได้ว่าเป็นพฤติกรรมเบี่ยงเบนทางสังคมนั้น อาจเกิดมาจากหลายสาเหตุปัจจัยประกอบกัน ตั้งแต่ภาวะภายในจิตใจของผู้กระทำ พันธะที่ผู้กระทำมีต่อสังคมแบบอ่อนแอ ผลจากความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีที่เป็นเหตุให้กฎหมายใน

⁶⁸ สุตสงวน สุธีสร, *อาชญาวิทยา*, หน้า 62.

⁶⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 62.

⁷⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 62-63.

⁷¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 62.

ปัจจุบันขาดประสิทธิภาพในการควบคุมพฤติกรรมดังกล่าว แรงผลักดันจากการเรียนรู้และเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมผ่านระบบอินเทอร์เน็ต ตลอดจนการขาดกฎหมายและบทลงโทษที่เหมาะสม

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

2.6 แนวคิด ทฤษฎี และหลักการในการกำหนดความรับผิดทางอาญา

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

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

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

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

⁷⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 45.

⁷⁵ Larry J. Siegel, *Criminology: Theories, Patterns and Typologies*, (Belmont, CA: Thomson/Wadsworth, 2007). p. 18.

อันเป็นที่ยอมรับกันในนานาอารยประเทศ สำหรับประเทศไทยนั้น ได้มีการบัญญัติรับรองหลักดังกล่าวไว้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 39 และประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 ดังนี้ ในการจะกำหนดความรับผิดอาญาสำหรับการกระทำใดๆ ขึ้นนั้น ประเด็นคำถามที่สังคมควรต้องพิจารณาจึงมีอยู่ว่า กฎหมายอาญาควรครอบคลุมแก่การกระทำประเภทใดบ้าง การกระทำอันควรกำหนดไว้ให้เป็นความผิดอาญา จะมีองค์ประกอบของการกระทำเช่นไร หรือการกระทำที่สังคมนั้นๆ มีความเห็นพ้องต้องกันว่าเป็น “อาชญากรรม” ควรจะมีลักษณะประการใด หรืออาจกล่าวให้ชัดเจนในกรณีนี้ได้ว่า การแอบดูและแอบบันทึกรูปภาพควรถือเป็นอาชญากรรมที่จะกำหนดให้มีความรับผิดอาญาหรือไม่

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

ในสังคมหนึ่งๆ การจะถือว่า การกระทำใดเป็น “อาชญากรรม” นั้น มีวัฒนธรรมของสังคมนั้นๆ เป็นปัจจัยสำคัญในการพิจารณา ดังนั้น การกระทำที่ถือเป็นอาชญากรรมในสังคมวัฒนธรรมหนึ่ง จึงอาจแตกต่างไปจากในอีกสังคมวัฒนธรรมหนึ่งได้⁷⁷ และเมื่อพิจารณาตามความหมายอย่างกว้างว่า “อาชญากรรม” เป็นพฤติกรรมเบี่ยงเบนทางสังคมประเภทหนึ่ง หรือพฤติกรรมที่ไม่เป็นไปตามปทัสสถานของสังคม ซึ่งจะถูกตรวจสอบและลงโทษจากสังคมแล้ว 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 ก็ต่อเมื่อพฤติกรรมดังกล่าวถูกมองว่าเป็นภัยต่อความปลอดภัยและ สวัสดิภาพของกลุ่มสังคมนั้น⁷⁸ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า ในการที่วัฒนธรรมหนึ่งจะพิจารณาว่า พฤติกรรมเบี่ยงเบนใดจะถือเป็นอาชญากรรมอันควรจะถูกตรวจสอบและลงโทษ ก็เมื่อ พฤติกรรมดังกล่าวได้มีลักษณะอันเป็นภัยต่อสวัสดิภาพและความปลอดภัยของสังคมนั้นนั่นเอง

ในลักษณะเดียวกันกับการที่สังคมจะพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นอาชญากรรม การที่ รัฐใดรัฐหนึ่งจะกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญา ก็จะมีจารีตประเพณี ศาสนา และ ศีลธรรม เป็นปัจจัยสำคัญในการก่อให้เกิดกฎหมาย⁷⁹ ซึ่งหากพิจารณาถึงพฤติกรรมที่มี กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาในปัจจุบันนั้น จะพบว่า มีทั้งประเภทที่เป็นความผิดใน ตัวเอง หรือพฤติกรรมที่มีความชั่วในตัวเอง (Mala in se) เช่น การข่มขืน ฆ่าผู้อื่น ปล้นทรัพย์ ทำร้าย ร่างกายผู้อื่นจนได้รับอันตรายสาหัส และประเภทที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายห้าม คือ พฤติกรรมที่ถูกกำหนดให้เป็นความผิด โดยอาจไม่ได้ถือว่าพฤติกรรมที่มีความชั่วในสายตาของ คนส่วนใหญ่ (Mala prohibita) เช่น การเมาสุราแล้วขับซึ่รถยนต์ เป็นต้น โดยการใช้กฎหมาย อาญาเพื่อวางกฎเกณฑ์แก่พฤติกรรมบางประเภท เช่น การดื่มเครื่องดื่มมีเมา 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 ว่าการกระทำเช่นไรที่ถือเป็นสาระสำคัญอย่างยิ่งจนควรแก่

⁷⁸ Ibid., pp. 6-7.

⁷⁹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบาย กฎหมายอาญาภาค 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 นักวิชาการด้านกฎหมายส่วนใหญ่จึงมีความเห็นว่า ในการกำหนดให้การกระทำหนึ่งๆ มีความรับผิดทางอาญานั้น มีสาเหตุปัจจัยที่แตกต่างกันไป⁸⁴ และกฎหมายอาญานั้น มิได้ตั้งอยู่บนหลักแนวคิดใดที่สามารถใช้อธิบายได้เป็นการทั่วไป⁸⁵

จากที่ได้ทำการศึกษา ผู้เขียนเห็นว่าหลักการที่เกี่ยวข้องและสามารถนำมาใช้พิจารณาถึงความเหมาะสมในการที่จะกำหนดให้การแอบดูและแอบบันทึกภาพมีความรับผิดทางอาญาสามารถยกมาอธิบายได้ดังต่อไปนี้

2.6.1 เสรีภาพในการปกครองตนเอง (Autonomy)

เสรีภาพในการปกครองตนเอง หมายถึงความอิสระที่จะใช้ชีวิตอย่างที่ต้องการ ซึ่งหลักนี้มีความสำคัญกับกฎหมายอาญาในสามประการ คือ ประการแรก หลักคิดนี้ อธิบายการดำรงอยู่ของกฎหมายอาญา 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 หลักคิดนี้อธิบายถึงการดำเนินกระทำการบางอย่าง 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 ประชาชนจะสามารถรู้ความถูกผิดได้จากสามัญสำนึกอยู่แล้ว⁹⁰ แม้ในสมัยปัจจุบันคีลธรรมและกฎหมายอาญาอาจจะไม่สอดคล้องกันในทุกกรณี แต่ตามความเห็นของ Lord Delvin ตุลาการผู้มีส่วนชื่อเสียงของอังกฤษ กฎหมายอาญาและคีลธรรมมีความเกี่ยวพันกันอย่างใกล้ชิด และการที่สังคมจะอยู่ร่วมกันได้นั้น ก็ด้วยมีคีลธรรมเป็นสิ่งช่วยยึดเหนี่ยว ดังนั้นรัฐจึงจำเป็นต้องใช้กฎหมายอาญาเพื่อปกป้องคีลธรรมมิให้ต้อง

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 หยุต แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, (กรุงเทพมหานคร: ประกายพริก, 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: วิทยุชน, 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 แม้ว่าแนวคิดนี้จะมีได้บอกว่าพฤติกรรมแบบใดที่ควรกำหนดให้มีความรับผิดทางอาญา แต่ก็ชี้ให้เห็นว่า พฤติกรรมแบบใดที่ไม่ควรกำหนดให้มีความรับผิดทางอาญา โดยผู้สนับสนุนแนวคิดนี้ ต่างก็มิได้มีความเห็นว่า ทุกพฤติกรรมที่ก่อภัยแก่ผู้อื่นสมควรที่จะกำหนดให้มีความรับผิดทางอาญา 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 อดิ ต น นคร, *กฎหมายอาญาภาคความผิด*, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2553). หน้า 469.

⁹³ H.L.A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, (California: Stanford University Press, 1965), อ้างใน เกียรติขจร 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 ความมีมลทินเกี่ยวพันกับคุณค่าทางศีลธรรมของภาวะทางจิตใจของผู้กระทำ ในขณะที่กระทำผิด⁹⁸ ทั้งนี้ การจะถือว่าผู้กระทำมีมลทินได้นั้น อย่างน้อยที่สุด ผู้กระทำจะต้องมีความสามารถที่จะหลีกเลี่ยงไม่กระทำการดังกล่าวได้⁹⁹

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

ในระบบคอมมอนลอว์ แบ่งองค์ประกอบในการพิจารณาการกระทำผิดออกเป็น actus reus หมายถึง การกระทำอันก่อภัย หรือ การกระทำหรือเหตุการณ์การกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมาย 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 โดยในข้อหาแต่ละฐานความผิดของกฎหมายอาญาในประเทศคอมมอนลอร์ 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 ทั้งยังแสดงความเห็นว่า การดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดในบางข้อหาความผิด ซึ่งทั้งคนส่วนใหญ่และตัวผู้กระทำความผิดเอง ต่างก็รู้สึกว่ามีคนอื่นๆ อีกที่กระทำความผิดใน

¹⁰⁴ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *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 Interdisciplinary Law Journal*: 163–194.

ข้อหาความผิดนี้ โดยผู้กระทำผิดที่ถูกดำเนินคดีถือเป็นส่วนน้อยซึ่งโชคร้ายที่ถูกจับได้นั้น มักจะทำให้ทั้งผู้กระทำความผิดที่ถูกดำเนินคดีและสาธารณชนเห็นว่าการดำเนินคดีนั้นไม่เป็นธรรม แม้ว่าจะไม่สมเหตุสมผลที่จะคิดเห็นเช่นนั้น อย่างไรก็ตาม ศาสตราจารย์ Nigel Walker ได้กล่าวถึงประโยชน์ของบทบัญญัติของกฎหมายอาญา ที่ถึงแม้จะไม่สามารถบังคับใช้ได้ แต่บทกฎหมายก็สามารถมีอิทธิพลต่อการกระทำหนึ่งๆ ไม่เพียงแต่เพราะผู้คนได้ยับยั้งการกระทำจากผลที่อาจตามมาในการละเมิดกฎหมายเท่านั้น แต่เพราะบทกฎหมายเป็นเสมือนประกาศของสังคมว่าพฤติกรรมเช่นไรที่สมควรจะถูกประณามและตำหนิ

2.5.6 การลงโทษโดยรัฐ (Punishment)

ตามแนวคิดทฤษฎี benefits and burdens เห็นว่าการก่ออาชญากรรม จะเป็นเหตุให้ผู้กระทำจะได้รับผลประโยชน์โดยมิชอบ และการลงโทษจะเป็นการทำให้ผลประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดได้รับโดยมิชอบจากการกระทำผิดกฎหมายต้องหมดไป และทำให้สังคมกลับเข้าสู่ดุลยภาพ¹⁰⁷ อย่างไรก็ตาม การพิจารณาว่าการกระทำใดควรถือเป็นอาชญากรรมที่อยู่ในขอบของกฎหมายอาญานั้น การกระทำดังกล่าวควรเป็นการกระทำที่ถือได้ว่าเป็นความผิดต่อสาธารณะ ที่มีควมร้ายแรงถึงขนาดที่สังคมเกิดความรำคาญหรือรำคาญที่ลงโทษผู้กระทำ ซึ่งอาจรวมถึงการละเมิดอย่างร้ายแรงต่อคุณค่าอันสำคัญที่รัฐมีหน้าที่ที่จะป้องกันรักษาไว้ให้ดำรงอยู่ และเนื่องจากการถูกลงโทษโดยรัฐนั้น แฝงนัยสำคัญของการดำเนินคดีเพียงจากทั้งสังคม การกระทำที่ควรต้องรับโทษจากรัฐ จึงควรมีความร้ายแรงถึงขนาดที่ควรแก่การต้องรับโทษเช่นนั้น¹⁰⁸ ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีของการข่มขืน ซึ่งถือเป็นการก่อกบฏร้ายแรง เป็นการกระทำที่สังคมควรต้องประณามและตำหนิ และไม่ถือเป็นเพียงเรื่องระหว่างเอกชนสองฝ่ายเท่านั้น ภัยที่ผู้กระทำได้ก่อต่อเหยื่อ ถือเป็นภัยที่ก่อต่อทั้งสังคม เพราะภัยที่ผู้กระทำได้ก่อขึ้น เป็นภัยต่อคุณค่าและประโยชน์ที่ทั้งสังคมและเหยื่อต่างมีร่วมกัน¹⁰⁹

เนื่องจากในปัจจุบัน พัฒนาการของเทคโนโลยีที่เปลี่ยนการแอบดูหรือถ้ามองไปสู่การ “แอบถ่าย” ได้ทำให้การกระทำดังกล่าวสามารถเพิ่มขนาดของการก่อกบฏอันตรายต่อผู้อื่น (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 Jurisprudence* 11 (January, 1998): 7.

to others) กว่ากรกระทำเพียงแค่ “แอบดู” เช่นในอดี้อย่างมาก อีกทั้งสามารถส่งผลกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของสังคมเป็นวงกว้าง กล่าวได้ว่า การละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดู 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 และประเทศที่กำหนดระวางโทษไว้นหนักที่สุดคือ 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 รวมทั้งมีลักษณะเป็นพฤติกรรมแบบคู่ขนานควบคู่กับการกระทำผิดทาง เพศลักษณะอื่นอีกด้วย ซึ่งเหตุผลอันมีที่มาจากงานศึกษาวิจัยดังกล่าวนี้ ก็ได้มีการหยิบยกขึ้น อ้างอิงในกระบวนการตรากฎหมายของประเทศอื่นๆ ในเวลาต่อมา ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกา ได้แสดงเหตุผลในการตรากฎหมายกลางของประเทศโดยคำนึงถึงความสามารถในการล่วง ละเมิดความเป็นส่วนตัวของพฤติกรรมดังกล่าวเมื่ออาศัยเทคโนโลยี รวมทั้งความมุ่งหมายที่จะ คุ้มครองความเป็นส่วนตัวในที่สาธารณะ 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 หรือหากพบว่าผู้ใดทำการเผยแพร่หรือส่งต่อ ข้อมูลภาพบันทึกดังกล่าวต่อไปอีก ก็สามารถปรับใช้ มาตรา 14(5) แห่ง พ.ร.บ.ว่าด้วยการ กระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 บังคับใช้แก่การกระทำความผิดดังกล่าวได้ และในบางกรณี หากพบว่ามี การเผยแพร่โดยมีจุดประสงค์ทางการค้า หรือมีองค์ประกอบทางการค้าเข้ามา เกี่ยวข้อง การกระทำความผิดดังกล่าวก็จะเข้าข่ายเป็นความผิดฐานค้าสิ่งลามก 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 ความผิดสุทโธษ, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มิตรสยาม, 2534). หน้า 219.

(2) ในที่สาธารณะสถาน หรือ ต่อหน้าธารกำนัล

(3) โดยเจตนา

การแอบดู และแอบบันทึกภาพ เป็นการกระทำที่ทำให้ผู้อื่นเกิดอาการขายหน้า หรืออาการระคายเคือง จึงยอมถือเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ* แต่การจะเป็นความผิดตามมาตรา นี้ 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 (คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 154)

¹¹⁴พิพัฒน์ จักรางกูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ว่าด้วย ความผิดเกี่ยวกับศาสนา ความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชน ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อประชาชน ความผิดเกี่ยวกับการปลอมและการแปลง ความผิดหลุโทษ, (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 ข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดจะเข้าองค์ประกอบความผิด “ลามก” หรือไม่ จึงใช้มาตรฐาน

¹¹⁵ พรเพชร 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 ไม่หมายรวมถึงการส่งต่อทางกายภาพ เช่น การส่งดิสเกตต์ หรือสิ่งพิมพ์ออก (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 บันท์รูปภาพเช่นกัน เมื่อมีการแสดงภาพแอบบันท์แก่บุคคลที่สาม 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 หากไม่เข้าข่ายกเว้นโทษตามเงื่อนไข มาตรา 330 โดยการใส่ความจะกระทำ ด้วยวิธีใดก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นการกล่าวด้วยวาจา ลายลักษณ์อักษร แสดงกิริยาอาการ ใช้

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

¹²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 100.

¹²³ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 2-3, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 244.

สัญลักษณ์ต่างๆ หรือ วาดภาพ แต่การกระทำนั้นต้องเป็นไปโดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้น เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง¹²⁴ ซึ่งคำว่า “ชื่อเสียง” หมายความว่า ค่าหรือราคาที่มี มนุษย์มีต่อเพื่อนมนุษย์ด้วยกันในทางศีลธรรม (คือในทางจิตใจ) หรือในทางสังคม การทำให้เสีย ชื่อเสียงหมายความว่า การทำให้ค่าหรือราคาที่มีอยู่หมดไป หรือลดน้อยถอยลง¹²⁵ และ “ดูหมิ่น” หมายถึง ดูถูกเหยียดหยาม ทำให้อับอาย สบประมาท หรือคำ¹²⁶

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 328 บัญญัติว่า “ถ้าความผิดฐานหมิ่น ประมาทได้กระทำโดยการโฆษณาด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพหรือ ตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ แผ่นเสียง หรือสิ่งบันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึก อักษร กระทำโดยกระจายเสียง หรือการกระจายภาพ หรือโดยกระทำการป่าวประกาศด้วยวิธีอื่น ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท”

มีองค์ประกอบดังต่อไปนี้¹²⁷

1. ผู้ใดกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท
2. ได้กระทำโดย การโฆษณา ด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพหรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ แผ่นเสียง หรือสิ่งบันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือ บันทึกอักษร กระทำโดยกระจายเสียง หรือการกระจายภาพ หรือโดยการป่าวประกาศด้วยวิธีอื่น
3. เจตนาธรรมดา

“โฆษณา” หมายความว่า การกระทำให้แพร่หลาย¹²⁸ การกระทำใดๆ ที่ให้ ข้อเท็จจริงนั้นแพร่หลายไปยังบุคคลภายนอกในลักษณะวงกว้าง¹²⁹ ส่วน “ป่าวประกาศ”

¹²⁴ เรื่องเดียวกัน.

¹²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 246.

¹²⁶ พัทธน์ จักรางกูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ว่าด้วย ความผิดเกี่ยวกับศาสนา ความผิด เกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชน ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อประชาชน ความผิดเกี่ยวกับการ ปลอมและการแปลง ความผิดหลุโทษ, หน้า 253.

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

¹²⁸ เรื่องเดียวกัน.

¹²⁹ ไกรฤกษ์ เกษมสันต์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญามาตราความผิด: มาตรา 288 ถึง 366, (สำนัก อบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2551). หน้า 191.

หมายความว่า ป่าวประกาศแก่ประชาชน เช่น พุดด้วยลำโพงต่อหน้าคนทั่วไป¹³⁰ ซึ่งการป่าวประกาศด้วยวิธีอื่น รวมไปถึงทางอินเทอร์เน็ตด้วย¹³¹

ความผิดตามมาตรา 328 นี้ เป็นเรื่องที่ผ่านมาตรา 326 มาแล้ว เพียงแต่ว่ามาตรา 328 เป็นเรื่องทำให้เขาเสียหายมากยิ่งขึ้น กฎหมายจึงระวางโทษหนักขึ้น¹³²

2.7.4 ความผิดฐานค้าสิ่งลามก

การจะเป็นความผิดฐานค้าสิ่งลามกนั้น จะต้องมียอดประกอบทางการค้าเข้ามาเกี่ยวข้องในการกระทำ และเป็นฐานความผิดที่ใช้ได้เฉพาะกับกรณีการแอบบันทึกภาพเท่านั้น เช่นกัน แต่อาจใช้บังคับได้ตั้งแต่ขั้นตอนการแอบบันทึกภาพ โดยรายละเอียดของกฎหมายดังนี้

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 ได้บัญญัติไว้ว่า

“ผู้ใด

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

(2) ประกอบการค้า หรือมีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้าเกี่ยวกับวัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้ว แจกจ่ายหรือแสดงอวดประชาชน หรือให้เช่าวัตถุหรือสิ่งของเช่นนั้น

(3) เพื่อจะช่วยให้แพร่หลาย หรือการค้าวัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้วโฆษณาหรือโฆษณาโดยประการใดๆ ว่ามีบุคคลกระทำการอันเป็นความผิดตามมาตรา^{นี้}หรือโฆษณาหรือโฆษณาว่าวัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้วจะหาได้จากบุคคลใด หรือโดยวิธีใด

ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

โดยความผิดตามมาตรา^{นี้} แบ่งออกได้เป็น 3 ลักษณะความผิด^{133 134}

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

¹³¹ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 202.

¹³² เรื่องเดียวกัน.

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

สำหรับความผิดตามอนุ (1) แยกองค์ประกอบความผิดได้ดังนี้

- (1) ทำ ผลิต มีไว้ นำเข้าหรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกนกราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไปหรือทำให้แพร่หลายโดยประการใด
- (2) ซึ่งเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือสิ่งอื่นใดอันลามก
- (3) โดยการค้า (หากไม่ใช้องค์ประกอบข้อ (3) ต้องกระทำโดยมีมูลเหตุชกุงใจอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังจะกล่าวต่อไป)

องค์ประกอบภายใน

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

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

¹³³ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2548), หน้า 133-135.

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

สมาชิก เป็นความผิดตามมาตรา ๓ แต่ถ้าซื้อหามาเก็บไว้เองเป็นส่วนตัวหรือให้แก่บุคคลเฉพาะบางคน ไม่ใช่จำหน่ายแจกแก่ประชาชนไม่ผิดมาตรา ๓

ความผิดตามอนุ (2) แยกองค์ประกอบความผิดได้ดังนี้

(1) กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

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

(2) วัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าวนั้นในความผิดที่ 1

องค์ประกอบภายใน เจตนาธรรมดา

ความผิดที่ 3 เป็นความผิดตามอนุ (3) ได้แก่ การโฆษณา หรือโฆษณาชวนเชื่อโดยประการใด ๆ ว่ามีบุคคลกระทำการอันเป็นความผิดตามมาตรา ๓ หรือโฆษณา หรือโฆษณาชวนเชื่อว่าวัตถุหรือสิ่งลามกดังกล่าวนั้นจะหาได้จากบุคคลใด หรือโดยวิธีใดโดยมีมูลเหตุชักจูงใจ เพื่อจะช่วยให้แพร่หลาย หรือการค้าวัตถุหรือสิ่งของลามกนั้น เช่น บอกต่อๆ ไปว่า จะหาซื้อหนังสือลามก หรือวิธีใดลามกได้จากใครหรือร้านใดเป็นแหล่งผลิต เพื่อให้ผู้รับฟังไปซื้อหาหรือเช่ามาได้ เป็นต้น

ความผิดตามอนุ (3) แยกองค์ประกอบความผิดได้ดังนี้

องค์ประกอบภายนอก โฆษณาหรือโฆษณาชวนเชื่อด้วยประการใด ๆ

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

องค์ประกอบภายใน

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

คำว่า "สิ่งลามก" กฎหมายมิได้บัญญัติให้คำจำกัดความไว้ แต่อาจหมายถึงถึงสิ่งซึ่งผู้พบเห็นมีความรู้สึกอูจาด บัดสี หยาบช้ำ น้อมนำไปสู่ความชั่วหรือความใคร่ทางกามารมณ์

ส่วนใหญ่จะเป็นไปในรูปของภาพเปลือยมนุษย์ หรือภาพอวัยวะเพศทั้งของหญิงหรือชาย¹³⁵ ภาพการร่วมเพศ หรือการบรรยายให้เกิดจินตนาการดังกล่าวเพื่อยั่วให้เกิดความใคร่ทางกามารมณ์¹³⁶

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

แนวคำพิพากษาได้วางหลักในการพิจารณาว่าสิ่งใดมีลักษณะอันลามก จะต้องเป็นการพิจารณาตามความรู้สึกของวิญญูชนผู้มีใช้บุคคลที่เคร่งครัดโดยมิยอมเปลี่ยนแปลงตามสมัยโลก¹³⁹ ส่วนศาสตราจารย์ คณิต ฒ นคร ได้ให้ความเห็นว่า การพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นสิ่งลามกหรือไม่นั้น เป็นเรื่องยากที่จะวินิจฉัย เพราะเกี่ยวข้องกับเรื่องศิลปะ การที่จะวินิจฉัยว่าสิ่งใดเป็นสิ่งลามกหรือไม่นั้น จึงมิใช่การพิจารณาเพียงแต่ว่าสิ่งนั้นฝ่าฝืนความรู้สึกทางศีลธรรมโดยทั่วไปของวิญญูชนหรือไม่ แต่ต้องพิจารณาว่าผู้ที่พอมีความรู้ความเข้าใจทางศิลปะรู้สึกเช่นนั้นหรือไม่ กล่าวคือ ต้องพิจารณาอย่างเป็นภาวะวิสัย และจะต้องพิจารณาเป็นรายๆ ไป นอกจากนั้น ยังได้ตั้งข้อสังเกตว่า ความติงามของสังคมหรือความรู้สึกในทางอับอายหรือในทางศีลธรรมของสังคมเป็นสิ่งที่เปลี่ยนแปลงได้ 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, ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง, (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