

บทที่ 4

แนวทางการวินิจฉัยความรับผิดฐานแอบดูและแอบบันทึกภาพ

4.1 การกำหนดให้การแอบดูและแอบบันทึกภาพเป็นความผิดที่มีโทษทางอาญา

การพิจารณาว่าการกระทำเช่นใดควรอยู่ในขอบเขตของการบังคับใช้กฎหมายอาญาสามารถพิจารณาได้ตามแนวหลักการดังที่ได้กล่าวมาในบทที่ 2 อันได้แก่ หลักการในเรื่องเสรีภาพในการปกครองตนเอง ศีลธรรม ภัย ความมีมลทิน การบังคับใช้ได้ของกฎหมาย และความเหมาะสมของการลงโทษโดยรัฐ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการที่สภาพบังคับของกฎหมายอาญามีลักษณะของการลงโทษในเชิงตำหนิจากสังคมทั้งสังคม และส่งผลกระทบต่อเสรีภาพในการปกครองตนเองของพลเมือง นักวิชาการด้านกฎหมายอาญาจึงมีความเห็นพ้องกันว่ากฎหมายอาญาควรจะเป็นทางเลือกสุดท้ายที่จะนำมาบังคับใช้แก่พฤติกรรมหนึ่งๆ ที่สังคมไม่พึงประสงค์ โดยที่พฤติกรรมนั้นจะต้องมีลักษณะเป็นการกระทำที่ถือได้ว่าเป็นความผิดที่ร้ายแรง

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

ทั้งนี้ เนื่องจากบริบทและการหล่อหลอมทางสังคม มีอิทธิพลต่อความเข้าใจและทัศนคติว่าอะไรคือสิ่งชั่วร้าย หรืออย่างไรจะถือเป็นภัยอันตราย หรือเป็นความผิด¹ ดังนั้น นอกจากหลักแนวคิดที่เกี่ยวข้องแล้ว การจะพิจารณาว่าการแอบดูและแอบบันทึกภาพ เป็นการกระทำที่มีความผิดร้ายแรง ควรถือเป็นอาชญากรรมอันจะถูกลงโทษตามกฎหมายอาญาของไทยหรือไม่นั้น

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

ยังคงมีจารีตประเพณี วัฒนธรรม และบริบททางสังคมไทยเอง เป็นพื้นฐานที่ตั้งทางการพิจารณาอีกด้วย

จากที่ได้ศึกษาถึงหลักการอันเกี่ยวข้องกับการพิจารณาถึงความเหมาะสมในการที่จะกำหนดความรับผิดชอบทางอาญานั้น ผู้เขียนเห็นว่าหลักการอันเป็นแก่นสำคัญในการพิจารณาถึงความรับผิดชอบอาชญากรรมอันควรได้รับการดำเนินและลงโทษจากสังคม ซึ่งมักถูกหยิบยกนำมาพิจารณาแก่พฤติกรรมหนึ่งๆ ว่าตกอยู่ในขอบเขตบริบทของกฎหมายอาญาหรือไม่นั้น มีอยู่สามประการ นั่นคือ หลักการในเรื่องภัย ความมีมลทิน และศีลธรรม ดังนั้น ในการศึกษาครั้งนี้จะได้เน้นศึกษาถึงองค์ประกอบทั้งสามประการนี้ เพื่อจะสะท้อนให้เห็นว่าการแอบดูและแอบบันทึกภาพเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อสิ่งที่เป็นคุณค่าของสังคมไทย อันควรจะได้รับการดำเนินอย่างรุนแรงจนควรถือเป็นความรับผิดชอบของสังคมที่จะลงโทษแก่การกระทำดังกล่าว ซึ่งถือว่าอยู่ในบริบทขอบเขตของกฎหมายอาญาหรือไม่ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.1.1 ภัยจากการแอบดูและแอบบันทึกภาพ

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

จากการศึกษามาตรการทางกฎหมายในต่างประเทศ พบว่ามีเพียงประเทศอังกฤษและแคนาดา ที่ได้กำหนดให้การแอบดูด้วยตาเปล่า ถือเป็นการกระทำผิดในฐาน voyeurism ด้วย ทั้งนี้ น่าจะเนื่องมาจากการที่ประเทศอังกฤษและแคนาดา มองว่าพฤติกรรมดังกล่าวมีลักษณะเป็นการกระทำผิดทางเพศ ซึ่งนอกจากจะเป็นพฤติกรรมที่มี

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

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

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

³ibid., p. 189.

คุณค่าพื้นฐานอันเป็นหลักสำคัญของสังคมตะวันตก ดังนั้นตามรูปแบบประเพณีแล้ว การละเมิดความเป็นส่วนตัวของบุคคลอื่นด้วยการแอบบันทึกภาพ จึงเป็นกรณีที่มีเหตุผลรองรับค่อนข้างหนักแน่นสอดคล้องตามหลักในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา ประกอบกับเมื่อคำนึงถึงว่าเหยื่ออาจตกอยู่ในความบอบช้ำทางจิตใจจากการถูกนำเอารูปภาพขณะกระทำการกิจส่วนตัวลงเผยแพร่บนอินเทอร์เน็ต⁴ อีกทั้งการที่เหยื่อสูญเสียความเป็นส่วนตัวและสภาวะของการไม่เป็นที่รู้จักจะเป็นเหตุให้เหยื่อได้รับความทุกข์และความคับแค้นได้อย่างลึกซึ้ง⁵

อย่างไรก็ตาม หากภัยนั้นมีได้เกิดต่อชีวิตหรือเนื้อตัวร่างกายแล้ว ก็อาจจะเป็นการยากที่ความเห็นทั้งหลายเกี่ยวกับระดับความรุนแรงของภัยจะสอดคล้องฟ้องตรงกัน เนื่องจากผลร้ายจากภัยดังกล่าวมีอาจมองเห็นหรือวัดประมาณกันได้อย่างเป็นรูปธรรม เหมือนดังเช่นขนาดความร้ายแรงของบาดแผลตามร่างกาย ซึ่งแม้แต่ Von Hirsch และ Jareborg ก็ยังชี้ว่าระดับการวัดความร้ายแรงของภัยตามการวิเคราะห์ของ The Living – Standard Analysis มิได้เป็นไปอย่างแม่นยำแน่นอน และการนำวิธีวิเคราะห์ดังกล่าวมาประยุกต์ใช้กับภัยจากอาชญากรรมนั้น ก็จะตั้งอยู่บนการพิจารณาวินิจฉัยเป็นหลัก⁶ นอกจากนั้น ตัวอย่างเหตุการณ์ในการวิเคราะห์ของ Kelley Burton ซึ่งมีอยู่สี่เหตุการณ์ อันได้แก่ การแอบบันทึกภาพเด็กในขณะเล่นอยู่ในสวนสาธารณะ การแอบบันทึกภาพหญิงไม่ใส่เสื้อท่อนบนขณะกำลังอาบน้ำในบริเวณหาดทรายสาธารณะ การแอบบันทึกภาพใต้กระโปรงหญิงที่ห้างสรรพสินค้า และการแอบบันทึกภาพแม่บ้านขณะกำลังอาบน้ำ นั้น แม้เป็นลักษณะเหตุการณ์ที่อาจพบว่าจะเกิดขึ้นค่อนข้างบ่อยครั้ง แต่ผู้เขียนเห็นว่า เหตุการณ์ตัวอย่างทั้งสี่ ไม่เพียงพอที่จะสะท้อนพฤติกรรม การแอบบันทึกภาพที่เกิดขึ้นจริงได้อย่างครอบคลุม อีกทั้งเมื่อพิจารณาถึงระดับของภัยที่เกิดจากการกระทำในทั้งสี่ตัวอย่าง ควรถือได้ว่ามีความร้ายแรงในระดับที่น้อยกว่าการแอบบันทึกภาพในอีกหลายกรณี ดังเช่น การแอบบันทึกภาพเหยื่อในขณะที่กระทำการกิจส่วนตัวในห้องสุขา หรือการแอบบันทึกภาพเหยื่อขณะมีความสัมพันธ์ทางเพศภายในห้องนอนของเหยื่อเอง ซึ่งถือได้ว่ามีนัยที่รุนแรงแทรกแซงต่อความเป็นส่วนตัวในระดับที่มากกว่าเหตุการณ์ตัวอย่างทั้งสี่

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

⁵Ibid.

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

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

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

นอกจากนั้น ผู้เขียนยังเห็นว่า ความเป็นส่วนตัวมิได้เป็นคุณค่าอันเป็นหลักสำคัญในสังคมตะวันตกเท่านั้น แต่ความเป็นส่วนตัวมีคุณค่าอันเป็นสากลต่อมนุษย์ในทุกสังคม

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

จากการที่ทั้งกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายอาญาของไทยได้มีการบัญญัติให้การรับรองและคุ้มครองต่อสิทธิส่วนตัวไว้แล้ว ย่อมแสดงให้เห็นว่าสังคมไทยเองก็ได้ตระหนักในความสำคัญของคุณค่าและประโยชน์ในความเป็นส่วนตัวของบุคคล ดังนั้นเมื่อการแอบบันทึกภาพ ได้ก่อภัยเป็นการรุกร้าแทรกแซงและขัดขวางเสรีภาพในความเป็นส่วนตัว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านการควบคุมข้อมูลเกี่ยวกับการเปิดเผยเนื้อตัวร่างกายของบุคคล อันเป็นด้านที่เป็นสาระสำคัญยิ่งของความเป็นส่วนตัว ซึ่งนอกจากกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้นอย่างมีนัยสำคัญแล้ว ยังสามารถส่งผลกระทบต่อจิตใจของผู้ถูกละเมิดได้อย่างรุนแรง ด้วยเหตุดังกล่าว ผู้เขียนจึงเห็นว่าเป็นการสมควรที่จะต้องถือว่าการแอบบันทึกภาพเป็นภัยร้ายแรง อันอยู่ในขอบเขตอันควรนำกฎหมายอาญามาบังคับใช้แก่การกระทำดังกล่าว

4.1.2 ความมีมลทินในการแอบดูและแอบบันทึกภาพ

เงื่อนไขในเรื่องของความมีมลทิน ถือเป็นสาระสำคัญของกฎหมายอาญา เนื่องจากบุคคลใดๆ อาจก่อภัยหรือความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของบุคคลอื่นได้โดยความบังเอิญหรือโชคร้าย แต่เพียงผลของภัยหรือความเสียหายไม่ว่าจะร้ายแรงเพียงใด ก็

⁷ คณิศ วน นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 283.

ไม่ควรจะถือว่าบุคคลผู้ก่อมีความรับผิดชอบ หากปราศจากหลักฐานข้อพิสูจน์เกี่ยวกับความผิด (Proof of Fault)⁸ ดังนั้น ความมีมลทินจึงเป็นอีกหลักการสำคัญหนึ่งที่สามารถชี้ให้เห็นว่าการแอบดูและแอบบันทึกภาพเป็นการกระทำที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายอาญาหรือไม่ เมื่อพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ก่อผลคือภัยร้ายต่อความเป็นส่วนตัวของผู้อื่น อันถือเป็นคุณค่าที่สำคัญต่อความเป็นมนุษย์และเป็นคุณค่าที่สังคมให้การยอมรับและรับรอง ผู้กระทำจึงมีมลทินที่ได้กระทำโดยมุ่งหมายที่จะให้เกิดผลเช่นนั้น หรืออย่างน้อยก็มีมลทินอันเนื่องมาจากมิได้หลีกเลี่ยงมิให้เกิดผลเช่นนั้น ทั้งๆ ที่สามารถหลีกเลี่ยงได้

ความมีมลทิน เกี่ยวข้องกับองค์ประกอบภายในของการกระทำ อันได้แก่แนวคิดในเรื่องเจตนา รวมถึงความประมาท ซึ่งในประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และแคนาดา ได้กำหนดให้ความผิดในฐานการแอบดูหรือแอบบันทึกภาพ จะต้องมี “เจตนา” เป็นองค์ประกอบภายใน แต่ในประเทศนิวซีแลนด์ ได้กำหนดให้การแอบบันทึกภาพแม้เป็นเพียงการกระทำด้วยความประมาทโดยจงใจไม่ถึงขั้นมีเจตนา ก็จะถูกถือเป็นความผิดได้ด้วยเช่นกัน เพียงแต่กำหนดระวางโทษต่ำกว่ากระทำโดยเจตนา

การแอบดูและแอบบันทึกภาพ ถือเป็นกรกระทำอันควรถือเป็นความผิดและควรถูกตำหนิได้จากสังคม เพราะเป็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ (violation of a duty) ที่จะต้องให้ความเคารพต่อสิทธิส่วนตัวของผู้อื่น และเป็นการลบหลู่ต่อคุณค่า (disrespect for a value) ของความเป็นส่วนตัว ผู้เขียนจึงเห็นว่าการบัญญัติระดับของ culpability สำหรับการแอบบันทึกภาพโดยประมาท จึงพึงมีน้ำหนักเหตุผลได้เช่นกัน เพราะการที่ผู้กระทำขาดความระมัดระวังซึ่งจักต้องปฏิบัติตามวิสัยและพฤติกรรม ที่จะหลีกเลี่ยงความเสี่ยงที่การกระทำของตนจะเป็นเหตุให้เกิดการบันทึกภาพผู้อื่นในลักษณะจะเป็นก่อกวนต่อสิทธิส่วนตัวของผู้อื่น ทั้งที่ผู้กระทำสามารถใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้เพียงพอไม่ ผู้กระทำย่อมจะมีมลทินที่บกพร่องในการรักษาหน้าที่เช่นนั้นของตน

อย่างไรก็ตามปัญหาการแอบบันทึกภาพที่พบในประเทศไทย โดยทั่วไปล้วนแต่เป็นกรณีการแอบบันทึกภาพโดยเจตนาซึ่งต้องถือว่าเป็นการกระทำที่มีองค์ประกอบในเรื่องความมีมลทิน ไม่ว่าผู้กระทำจะได้ทำลงโดยเจตนาประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลก็ตาม

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

4.1.3 การแอบดูและแอบบันทึกภาพกับความผิดต่อศีลธรรม

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

เมื่อการแอบดูและการแอบบันทึกภาพ เป็นการละเมิดต่อสิทธิส่วนตัวของผู้อื่น อีกทั้งยังเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการกระทำละเมิดทางเพศ ซึ่งเมื่อปราศจากความยินยอมของผู้ถูกระทำได้ การกระทำดังกล่าวย่อมเป็นการละเมิดทั้งสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ถูกแอบดูและแอบบันทึกภาพ จึงย่อมเป็นการกระทำอันควรถูกดำเนินคดีในทางศีลธรรมหรือปทัสถานของสังคมไทย เพราะสังคมไทยในปัจจุบัน เป็นสังคมที่ให้ความสำคัญต่อคุณค่าทั้งเสรีภาพในความเป็นส่วนตัวและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เปรียบเช่นเดียวกับสังคมอื่นๆ ในนานาอารยประเทศ โดยอาจเห็นได้จากการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติรับรองทั้งสิทธิส่วนตัวและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้แล้ว ดังนั้น การปล่อยให้การแอบดูและแอบบันทึกภาพปราศจากบทลงโทษทางกฎหมาย ย่อมเป็นเหตุให้คุณค่าในสิทธิส่วนตัวและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สามารถถูกละเมิดได้อย่างไม่มีการควบคุม อันจะก่อผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และจะเป็นเหตุให้สังคมไทยเกิดความสั่นคลอน

จากที่ได้พิจารณาหลักการทั้งสามประการข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า การแอบดูและการแอบบันทึกภาพ เป็นการกระทำที่อยู่ในขอบเขตที่ควรจะนำกฎหมายอาญามาบังคับใช้เพื่อป้องปรามการกระทำความผิดมิให้เกิดขึ้นอย่างแพร่หลายอีกต่อไป ด้วยภัยที่การกระทำความผิดดังกล่าวได้เกิดขึ้น โดยเฉพาะในการแอบบันทึกภาพนั้น ถือเป็นภัยที่เกิดแก่สิทธิส่วนตัวของพลเมือง ด้วยการยับยั้งขัดขวางและละเมิดต่อเสรีภาพในความเป็นส่วนตัว ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญอันใกล้ชิดกับ

⁹ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 130-132.

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

เสรีภาพในชีวิตร่างกายเป็นอย่างยิ่ง และเมื่อเป็นการกระทำที่ผู้กระทำมีเจตนา หรือแม้แต่ได้กระทำไปด้วยความประมาทโดยจงใจ ก็ถือเป็นการกระทำอันควรได้รับการตำหนิจากสังคม ดังนั้นจึงถือเป็นการเหมาะสมที่จะนำกฎหมายอาญามาใช้กับการแอบดูและแอบบันทึกภาพ เพื่อเป็นการป้องปรามมิให้ผู้ใดใช้เสรีภาพจนเกินขอบเขตและไปแทรกแซงต่อเสรีภาพในการปกครองตนเองของผู้อื่น ประกอบกับเมื่อการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำซึ่งขัดต่อศีลธรรม จริยธรรม อันเป็นปทัสสถานทางสังคมด้วยแล้ว การตรากฎหมายขึ้นบังคับแก่การกระทำดังกล่าวย่อมก่อผลเสมือนการประกาศยืนยันว่าสังคมได้ตำหนิและประณามการกระทำดังกล่าวอย่างรุนแรง และเนื่องจากเป็นกฎหมายที่สอดคล้องกับกฎหมายทางศีลธรรม ย่อมเป็นเหตุให้ในการตรากฎหมายขึ้นบังคับใช้ จะเป็นประโยชน์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และน่าจะได้รับการยอมรับและสนับสนุนจากสังคมดังเช่นที่เกิดขึ้นในประเทศที่ได้ทำการศึกษามาแล้ว

อย่างไรก็ตาม แม้ Kelley Burton จะสรุปผลการศึกษาว่า ไม่เป็นการแน่ชัดว่ากรณีตัวอย่างการแอบบันทึกภาพในการศึกษาจะอยู่ในขอบเขตของกฎหมายอาญา และหลักการเกี่ยวกับภัย ศีลธรรม การปกครองตนเอง และการลงโทษ มิได้เป็นเหตุสนับสนุนในการกำหนดให้การกระทำดังกล่าวมีโทษทางอาญา แต่หลักการทางด้านสวัสดิภาพของสังคมต่างหากที่ชี้ว่า ในบางตัวอย่างเหตุการณ์ควรจะกำหนดให้มีความรับผิดชอบ เนื่องจากสิทธิส่วนบุคคลควรถูกจัดลำดับความสำคัญที่เหนือกว่าเสรีภาพในการแสดงออก¹¹ ซึ่งแม้ผู้เขียนจะเห็นด้วยว่าหลักการด้านสวัสดิภาพทางสังคมสนับสนุนการกำหนดให้การแอบบันทึกภาพมีความรับผิดชอบ แต่ก็ขอกล่าวยืนยันอีกครั้งว่าตัวอย่างทั้งสี่เหตุการณ์ของ Kelley Burton มิได้ครอบคลุมเหตุการณ์การแอบบันทึกภาพที่เป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลอย่างร้ายแรง ดังนั้นการพิจารณาเรื่องขนาดความร้ายแรงของภัยจากการกระทำดังกล่าว ตลอดจนหลักการอื่นๆที่นำมาพิจารณา ซึ่งเป็นสาระสำคัญในการศึกษา จึงอาจจะมีข้อจำกัดในการวินิจฉัยอยู่บ้าง

นอกจากนั้น เมื่อการแอบดูและแอบบันทึกภาพเป็นการกระทำที่เข้าข่ายจะเป็นความผิดตามกฎหมายที่มีอยู่แล้วในปัจจุบัน ทั้งมีการนำกฎหมายที่เกี่ยวข้องมาปรับใช้บังคับกับการกระทำดังกล่าวอยู่ก่อนแล้ว การบัญญัติให้การแอบดูและแอบบันทึกภาพเป็นความผิดอาญาขึ้นมาโดยเฉพาะ จึงมิได้เป็นการสร้างภาระที่เพิ่มขึ้นแก่หน่วยงานบังคับใช้กฎหมาย ในทางตรงกันข้าม การตรากฎหมายขึ้นบังคับใช้แก่การกระทำดังกล่าวอย่างเฉพาะเจาะจงยังจะเป็น

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

ประโยชน์แก่การใช้ทรัพยากรของหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายให้เกิดประสิทธิภาพมากขึ้น ในกรณีที่หากกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันไม่สามารถนำมาปรับใช้เพื่อตอบสนองต่อปัญหาดังกล่าวได้อย่างเหมาะสม ซึ่งย่อมจะเป็นเหตุให้การใช้ทรัพยากรของหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายในการป้องกันและปราบปรามความผิดดังกล่าวขาดประสิทธิภาพไปด้วย ดังนั้น ในส่วนต่อไปจะได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ถึงการบังคับใช้กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันของประเทศไทยกับการแอบดูและแอบบันทึกภาพ เพื่อจะได้ทราบถึงประสิทธิภาพ ความเหมาะสม ตลอดจนปัญหาในการบังคับกฎหมายที่เกิดขึ้น

4.2 ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายในปัจจุบันของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการแอบดูและแอบบันทึกภาพ

ในส่วนนี้ จะทำการศึกษาวิเคราะห์ถึงมาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการการแอบดูและแอบบันทึกภาพตามที่ได้กล่าวไว้ในบทที่สอง อันได้แก่ ความผิดฐานกระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัล ความผิดฐานนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ ความผิดฐานหมิ่นประมาท และความผิดฐานค้าสิ่งลามก ว่ามีประสิทธิภาพและครอบคลุมแก่การกระทำดังกล่าวเพียงใดต่อไปโดยละเอียด ดังนี้

4.2.1 ความผิดฐานกระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัล

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

¹² ทีวีเกียรติ มีนะเกษียร, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า 404.

สาธารณสถาน ไม่ใช่ต่อหน้าธารกำนัล ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 111 แต่ถ้าแอบดูที่ฝาห้องน้ำ ด้านนอกแม้จะไม่ติดถนน ไม่ใช่ที่สาธารณสถาน แต่ใกล้ทางเดินหรือมีคนอยู่ในบริเวณนั้นอาจมองเห็นได้ เช่น ในเวลากลางวัน ก็เป็นต่อหน้าธารกำนัล ย่อมเป็นความผิดตามมาตรา 111¹³

แต่เดิมความผิดตามมาตรา 111 ได้ใช้บังคับกับการละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูด้วยตาเปล่า และยังคงใช้บังคับต่อมา แม้การกระทำดังกล่าวจะได้ปรับรูปแบบไปสู่การใช้กล้องแอบบันทึกภาพ หรือใช้เครื่องมืออุปกรณ์ที่ซับซ้อนมากขึ้นเพื่อช่วยในการแอบดู อันเป็นการเพิ่มระดับความสามารถที่จะก่อผลร้ายต่อสิทธิส่วนตัวของเหยื่อได้อย่างรุนแรงขึ้นอย่างมาก ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าบทกฎหมายดังกล่าวมีปัญหาและอุปสรรคการบังคับใช้กับการแอบดูและแอบบันทึกภาพ ดังต่อไปนี้

1. นอกจากคุณธรรมทางกฎหมายซึ่งฐานความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 มุ่งคุ้มครอง คือ “ความไม่สะดวกใจ” ของบุคคล¹⁴ จะเป็นคุณค่าที่แตกต่างอย่างมากจากคุณค่าของ “สิทธิส่วนตัว” ซึ่งเป็นถือสิทธิพื้นฐานของความเป็นมนุษย์แล้ว ความผิดมาตรา 111 ยังมีอัตราโทษค่อนข้างต่ำ คือ ระวังโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ กล่าวคือเป็นเพียงความผิดลหุโทษ ซึ่งถือเป็นการผิดเล็กน้อย ที่อาจกระทำต่อร่างกายหรือทรัพย์สินของบุคคลหรือต่อเจ้าพนักงาน หรือการทำให้เสียความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสาธารณะหรือศีลธรรมซึ่งไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรงแต่อย่างใด¹⁵ ด้วยอัตราโทษที่ต่ำ จึงเป็นข้อจำกัดประการหนึ่ง ที่ไม่อาจส่งผลให้ผู้กระทำเกิดความเข็ดหลาบได้ รวมถึงไม่ก่อผลให้เกิดความเกรงกลัวต่อกฎหมายให้ไม่กล้ากระทำความผิดในลักษณะนี้อีกด้วย เนื่องจากผลได้จากการกระทำความผิดดังกล่าว เพียงต้องแลกมาด้วยต้นทุนความเสี่ยงที่จะได้รับโทษที่ค่อนข้างเบาเท่านั้น

2. การที่ความผิดมาตรา 111 เป็นความผิดลหุโทษ เป็นเหตุให้หากการกระทำดังกล่าวที่ยังอยู่ในชั้นพยายามกระทำความผิด ผู้ที่พยายามกระทำความผิดลหุโทษก็ไม่ต้องรับโทษตามความในมาตรา 105 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ดังนั้น หาก นาย ก. ได้แอบติดตั้งกล้องบันทึกภาพไว้ในห้องน้ำสาธารณะ และ นางสาว ข. ซึ่งมาใช้ห้องน้ำเกิดสังเกตเห็นกล้องดังกล่าว ก่อนจะมีการแอบบันทึกภาพได้สำเร็จ แล้วไปแจ้งความ แต่เมื่อความผิดในการกระทำให้

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

¹⁴ คณิต ฤ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 153.

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

นางสาว ข. ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ยังไม่ถึงว่าสำเร็จ โดยเป็นเพียงการพยายามกระทำความผิด นาย ก. ก็จะต้องรับโทษ

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

4. การที่ความผิดตามมาตรานี้มีอายุความเพียง 1 ปี เป็นข้อจำกัดสำคัญอีกประการหนึ่ง เช่นหากเป็นการกระทำในลักษณะแอบบันทึกภาพที่เหยื่อไม่รู้ตัวในขณะที่กระทำ อีกหลายเดือนต่อมา เหยื่อจึงพบการเผยแพร่กระจายภาพตนเองผ่านทางอินเทอร์เน็ตและได้เข้าแจ้งความดำเนินคดี เนื่องจากขั้นตอนการสืบสวนสอบสวนรวบรวมพยานหลักฐานจะต้องใช้เวลาพอสมควร ประกอบเป็นเวลาหลายเดือนมาแล้วหลังจากการกระทำความผิด การติดตามพยานบุคคลมาให้ปากคำอาจทำได้ยากลำบาก กว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจจะสามารถรวบรวมพยานหลักฐานหาผู้กระทำความผิดและแจ้งข้อกล่าวหา สรุปสำนวนพร้อมความเห็นควรสั่งฟ้องเสนอต่อพนักงานอัยการ ตลอดจนพนักงานอัยการสั่งฟ้องและนำตัวผู้กระทำความผิดมาศาล ก็มีความเป็นไปได้อย่างมากที่กระบวนการทั้งหมดจะไม่อาจเสร็จสิ้นภายในกำหนดอายุความที่สั้นเพียง 1 ปี เช่นที่เกิดขึ้นในกรณีของนักร้องสาวคู่คู่อีที่ถูกแอบบันทึกภาพขณะอาบน้ำภายในห้องพักในโรงแรมแห่งหนึ่ง

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

ความผิดตามมาตรานี้เป็นเพียงความผิดลหุโทษ การควบคุมตัวผู้กระทำความผิด ก็กระทำได้เท่าเวลาที่จะถามค่าให้การ และที่จรรู้ตัวว่าเป็นใคร และที่อยู่ของเขาอยู่ที่ไหน ตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 87 วรรคสอง เท่านั้น ข้อจำกัดเช่นนี้ ย่อมเป็นเหตุให้ไม่อาจบังคับใช้กฎหมายวิธีสบัญญัติอย่างมีประสิทธิภาพได้สมตามเจตนารมณ์

6. ในกรณีที่ผู้กระทำการแอบดูหรือแอบบันทึกภาพกระทำผิดซ้ำ หรือเพิ่มพละการกระทำเป็นการรบกวน หรือข่มขืน ก็ไม่อาจถือเป็นความผิดเพื่อการเพิ่มโทษตามมาตรา 94 ได้ เพราะเป็นเพียงความผิดลหุโทษ และแม้จะต้องโทษจำคุก แต่ก็ไม่ต้องห้ามตามมาตรา 23 ที่ศาลจะเปลี่ยนโทษในคดีหลังจากจำคุกเป็นกักขัง ไม่ต้องห้ามที่ศาลจะรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษตามมาตรา 56 อีกด้วย

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

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

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

4.2.2 ความผิดฐานนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามก และข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้

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

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

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

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

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

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

¹⁸ มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์, หน้า 98.

¹⁹ เรื่องเดียวกัน.

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

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

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

4.2.3 ความผิดฐานหมิ่นประมาท

ความผิดฐานหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326 และ มาตรา 328 เป็นหลักกฎหมายที่คุ้มครองบุคคลจากการกระทำความผิดต่อชื่อเสียง ซึ่งอาจนำมาปรับใช้ในกรณีการแอบบันทึกภาพ แล้วมีการนำภาพนั้นส่งต่อหรือเผยแพร่ให้แก่บุคคลที่สาม โดยผู้เขียนมีข้อสังเกตเกี่ยวกับปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวดังต่อไปนี้

1. ผู้เขียนเห็นว่า การบังคับใช้กฎหมายฐานนี้ ยังไม่ปรากฏความชัดเจนเกี่ยวกับการนำภาพบันทึกขณะผู้อื่นกำลังทำกิจธุระส่วนตัวภายในห้องน้ำ หรือภาพแอบบันทึก

²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 56-57.

ใต้กระโปรงไปส่งต่อเผยแพร่แก่บุคคลที่สาม จะเป็นการหมิ่นประมาทหรือไม่ อย่างไรก็ตาม เมื่อการเอาภาพการร่วมประเวณีของผู้อื่นไปแสดงให้บุคคลอื่นดู ถือเป็น การใส่ความและน่าจะ ทำให้เสียชื่อเสียงและถูกดูหมิ่น ซึ่งย่อมเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทได้²² ด้วยตรรกะเดียวกัน ผู้เขียนจึงเห็นว่า หากภาพดังกล่าวแสดงในลักษณะเพื่อก่อให้เกิดความพึงใจทางเพศแก่ บุคคลที่สาม อันเป็นการลดทอนคุณค่าความเป็นมนุษย์ของผู้อื่น ให้เป็นกลางเพียงวัตถุทางเพศ หรือเป็นการนำเสนอเพื่อมุ่งหวังจะลดคุณค่าความเป็นมนุษย์ของผู้อื่นให้ต่ำลง หรือเพื่อให้บุคคล ที่สามรู้สึกเหนือกว่า ด้วยการรู้เห็นในความเป็นส่วนตัวของผู้อื่น หรือด้วยประการใดๆ การ กระทำเช่นนี้ ย่อมจะอยู่ในขอบขององค์ประกอบความผิดในประการให้ผู้อื่นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น และเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทเช่นกัน

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

3. ศาตราจารย์ คณิต ณ นคร ได้อธิบายไว้ว่า คุณธรรมที่ประมวลกฎหมาย อาญา มาตรา 326 และ 328 มุ่งคุ้มครอง คือ “เกียรติ”²³ ซึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย มาตรา 4 ได้บัญญัติคุ้มครอง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” โดยมี “เกียรติ” รวมอยู่ด้วย การละเมิดเกียรติเป็นความผิดในทางอาญา เพราะเกียรติเป็น “คุณค่าพื้นฐาน” ที่ เกี่ยวข้องกับมนุษย์ที่สูง โดยเกียรติประกอบอยู่ในคุณค่าที่ยอมรับนับถือที่มนุษย์มีอยู่เกี่ยวเนื่อง กับความสมบูรณ์ทางจริยธรรมของเขา เป็นข้อเรียกร้องอันสืบเนื่องมาจากศักดิ์ศรีส่วนบุคคล และเป็นข้อเรียกร้องให้ผู้อื่นต้องให้ความเคารพ เกียรติเป็นส่วนหนึ่งหรือรูปการณ์อันหนึ่งของ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่มนุษย์ทุกคนมีอยู่ เนื่องจากความเป็นมนุษย์ และมนุษย์ทุกคนมีเกียรติ โดยสมบูรณ์ตราบเท่าที่ยังไม่ถูกลบล้าง²⁴ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าคุณธรรมทางกฎหมายของความผิด ฐานหมิ่นประมาท มีความเชื่อมโยงเกี่ยวข้องกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งหลักที่บุคคลจะได้รับ

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

²³ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 197.

²⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 190-192.

ความเคารพในความเป็นส่วนตัว ก็ผูกโยงกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เช่นกัน อย่างไรก็ตาม เกียรติมิใช่สิทธิส่วนตัว และเมื่อสิทธิส่วนตัวถือเป็นสิทธิพื้นฐานของมนุษย์ ย่อมเป็นสิ่งที่เกี่ยวพัน และจำเป็นต่อความเป็นมนุษย์เหนือกว่าเกียรติ

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าความผิดฐานหมิ่นประมาท รวมถึงความผิดฐานหมิ่นประมาทด้วยการโฆษณา นอกจากจะมีข้อจำกัดในการนำมาบังคับใช้ได้แต่เฉพาะชั้นตอนการเผยแพร่ต่อแพร่ภาพ หรือแสดงภาพแก่บุคคลที่สามเท่านั้นแล้ว การที่ความผิดฐานนี้มุ่งให้ความคุ้มครองต่อเกียรติ ซึ่งอาจถือเป็นคุณค่าที่ไม่เทียบเท่าสิทธิส่วนตัว โดยเฉพาะสิทธิส่วนตัวในส่วนที่อาจเสียหายจากการถูกละเมิดโดยการแอบบันทึกภาพ จึงเป็นเหตุให้โทษตามความผิดฐานนี้อาจไม่เหมาะสมในการนำมาบังคับกับการเผยแพร่ภาพแอบบันทึก

4.2.4 ความผิดฐานค้าสิ่งลามก

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

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

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

²⁶ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า 132.

ประชาชน หรือ เพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน ดังนั้น จึงไม่อาจนำมาตรานี้มาปรับใช้กับการกระทำละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบบันทึกภาพได้ในทุกกรณี เนื่องจากโดยธรรมชาติของการละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูแล้ว ผู้กระทำความคิดไม่จำเป็นต้องกระทำไปในทางการค้า หรือมีมูลเหตุชกใจดังกล่าว ดังจะเห็นได้จากส่วนใหญ่ของกรณีตัวอย่างที่พบในประเทศไทย

2. ในขั้นตอนการแอบบันทึกภาพ แม้ผู้กระทำจะรับจ้างผู้ประกอบการค้าสิ่งลามกมาก็ตาม แต่องค์ประกอบภายนอกในทางการค้าก็อาจไม่ปรากฏชัดในขั้นนี้ ต่างกับการวางขายแผ่นซีดีลามกซึ่งมีองค์ประกอบโดยทางการค้าชัดเจน ดังนั้น แม้ผู้กระทำจะมีมูลเหตุชกใจ เพื่อความประสงค์แห่งการค้า เพื่อการจ่ายแจกแก่ประชาชน หรือ เพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชนก็ตาม แต่มูลเหตุชกใจเป็นเรื่องภายในจิตใจ การพิสูจน์ให้เห็นถึงมูลเหตุชกใจดังกล่าวอาจมิได้กระทำได้โดยง่าย เช่น หากนาย ก. แอบบันทึกภาพ นางสาว ข. เพื่อประสงค์จะนำไปอัดเป็นแผ่นซีดีแล้วลักลอบวางจำหน่าย แม้เจ้าหน้าที่ตำรวจจะสามารถจับกุมนาย ก. พร้อมพบภาพบันทึกส่วนตัวของนางสาว ข. ภายในกล้องของนาย ก. แต่หากไม่พบพยานหลักฐานใดที่จะชี้ถึงมูลเหตุชกใจดังกล่าวของ นาย ก. ก็ย่อมไม่อาจดำเนินคดีความผิดฐานนี้ต่อ นาย ก. ได้

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

จากที่ได้กล่าวมา ความผิดฐานค้าสิ่งลามกสามารถนำมาปรับใช้กับการแอบบันทึกภาพ ซึ่งนอกจากความผิดฐานค้าสิ่งลามกจะมุ่งคุ้มครองความดีงามของสังคม หากใช้สิทธิส่วนตัวแล้ว กล่าวได้ว่าข้อจำกัดสำคัญในการนำความผิดฐานค้าสิ่งลามกมาปรับใช้ ก็คือองค์ประกอบในทางการค้านั่นเอง เนื่องจากโดยลักษณะทั่วไปของการแอบบันทึกภาพ ไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำโดยการค้า อีกทั้งยังเป็นการยากจะพิสูจน์ให้เห็นถึงองค์ประกอบดังกล่าวในขั้นตอนการลงมือแอบบันทึกภาพอีกด้วย และแม้จะกำหนดองค์ประกอบภายในเกี่ยวกับมูลเหตุชกใจเพื่อการจ่ายแจกหรือแสดงอวดแก่ประชาชน แต่หลายกรณีการส่งภาพแอบบันทึกเป็นการส่งต่อกันเฉพาะกลุ่มเป็นทอดๆ ในแต่ละการกระทำของส่งต่อจึงหาใช้การ

จ่ายแจกหรือแสดงอวดแก่ประชาชนไม่ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าความผิดฐานนี้ จึงยังไม่สามารถนำมาปรับใช้แก่การแอบบันทึกภาพได้อย่างมีประสิทธิภาพและเหมาะสมเพียงพอ

จากที่ได้กล่าวถึงปัญหาการนำกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันมาปรับใช้กับการแอบดูและแอบบันทึกภาพมาในข้างต้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายที่มีอยู่ยังไม่มีความครอบคลุมแก่การกระทำที่เกี่ยวกับการแอบดูและแอบบันทึกภาพอย่างเพียงพอ ดังที่ได้แสดงสรุปความเกี่ยวข้องของกฎหมายที่มีบังคับอยู่ในปัจจุบันกับการกระทำที่เป็นองค์ประกอบของการละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูและแอบบันทึกภาพ ตามตารางที่ 2 ซึ่งเมื่อพิจารณาตามตารางที่ 2 อาจมองภาพรวมอย่างผิวเผินได้ว่า ถ้านำข้อหาความผิดที่มีอยู่นั้นมาบังคับใช้ร่วมกัน ก็จะมีมีความครอบคลุมการกระทำในลักษณะแอบดูและแอบบันทึกภาพได้เกือบครบถ้วน แต่หากพิจารณาโดยละเอียดแล้ว จะเห็นว่าเมื่อคุณธรรมทางกฎหมายของกฎหมายที่นำมาปรับใช้นั้นก็ได้มุ่งคุ้มครองต่อสิทธิส่วนตัว การนำมาปรับใช้แก่การแอบดูและแอบบันทึกภาพจึงไม่เกิดความเหมาะสมหลายด้าน ทั้งยังขาดประสิทธิภาพในการที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ทางอาญาในการตอบสนองต่อปัญหาดังกล่าว ดังที่จะได้แสดงปัญหาและอุปสรรคการบังคับใช้กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันไว้โดยสรุปตามตารางที่ 3

ดังนั้น เมื่อการละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดู โดยเฉพาะการแอบบันทึกภาพ เป็น การกระทำอยู่ในขอบเขตของกฎหมายอาญา อันถือได้ว่าเป็นอาชญากรรมในบริบททางสังคม และวัฒนธรรมของไทย แต่ในปัจจุบันยังไม่มียกเว้นกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำดังกล่าว อย่างเฉพาะเจาะจง และการอาศัยปรับใช้กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันนั้น นอกจากไม่ครอบคลุมเพียงพอ และไม่เหมาะสมแล้ว ยังขาดประสิทธิภาพอีกด้วย จึงควรจะทำการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบต่อไปว่ากฎหมายของต่างประเทศที่ได้ตราขึ้นเพื่อตอบสนองต่อการกระทำดังกล่าว โดยเฉพาะนั้น มีแนวทางและองค์ประกอบเช่นไร เพื่อแสวงหาแนวทางที่เหมาะสมแก่การพัฒนา กฎหมายอันเกี่ยวกับการแอบดูและแอบบันทึกภาพของประเทศไทยต่อไป

4.3 วิเคราะห์องค์ประกอบของการละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูในกฎหมายต่างประเทศ

จากบทบัญญัติของกฎหมายในแต่ละประเทศที่ได้ทำการศึกษาไปนั้น พบว่า แม้ความจำเป็นหรือวัตถุประสงค์ในการบัญญัติกฎหมายจะมีสาระสำคัญที่ใกล้เคียงกัน ในแง่ของความ ต้องการที่จะปกป้องสิทธิส่วนตัวของพลเรือนในประเทศ แต่การบัญญัติองค์ประกอบความผิด

ของการกระทำความผิดในฐานะละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดู มีความแตกต่างกันในรายละเอียด ดังจะได้กล่าวต่อไป

4.3.1 ฐานความผิด

จากการศึกษาลักษณะกฎหมายในต่างประเทศ พบว่าความผิดเกี่ยวกับการแอบดูหรือแอบบันทึกภาพ อาจแบ่งออกได้เป็น 3 ลักษณะความผิด ดังนี้

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

รวมทั้งการติดตั้งเครื่องมืออุปกรณ์ หรือดัดแปลงสิ่งปลูกสร้างเพื่อการกระทำผิดข้างต้น

โดยสามารถแยกองค์ประกอบความผิดได้ดังนี้

องค์ประกอบภายนอก

1. การกระทำ

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

1.1 การแอบดูด้วยตาเปล่า

1.2 การใช้อุปกรณ์เครื่องมือ เพื่อให้บุคคลอื่น สามารถแอบดูผู้อื่นกระทำการ
กิจส่วนตัวในลักษณะเผยแพร่ถ่ายทอดสด

1.3 การบันทึกภาพผู้อื่น เพื่อให้ตนเองหรือบุคคลที่สามจะมองดูภาพ
บันทึกของผู้อื่นนั้น

1.4 การติดตั้งเครื่องมืออุปกรณ์ หรือสร้าง ปรับ ัดแปลงสิ่งปลูกสร้าง
เพื่อให้ตนเองหรือบุคคลใดกระทำความผิดตามข้อ 1.1

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

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

3. ในสถานการณ์ที่ผู้อื่นควรคาดหวังที่จะได้รับความเป็นส่วนตัว

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

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

(i) จากด้านล่างหรือข้างใต้เสื้อผ้าแต่งกายของผู้ถูกบันทึกภาพนั้น

(ii) ผ่านทะลุเสื้อผ้าแต่งกายภายนอกของผู้ถูกบันทึกภาพ ในสถานการณ์ที่ไม่เหมาะสมที่จะทำเช่นนั้น..”

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายของต่างประเทศที่ตราขึ้นบังคับใช้กับการกระทำในลักษณะละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูที่ได้ศึกษามานั้น มีความคล้ายกันในสาระสำคัญ โดยเฉพาะการมุ่งให้ความคุ้มครองแก่สิทธิส่วนตัว แต่ในความแตกต่างเกี่ยวกับการขยายความคุ้มครองสิทธิส่วนตัวในที่สาธารณะ เช่นในกรณีที่กฎหมายของประเทศอังกฤษ จะใช้ถ้อยคำค่อนข้างชัดเจนว่าผู้เสียหายจะต้องอยู่ในสถานที่และโอกาสอันควรคาดหวังที่จะได้รับความเป็นส่วนตัว และเป็นเหตุให้การปรับใช้กฎหมายมีปัญหาในการจะครอบคลุมไปถึงการถ่ายภาพได้กระโปรงที่เกิดขึ้นในที่สาธารณะ แต่กฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์ ได้บัญญัติโดยใช้ถ้อยคำชัดเจนว่าหมายจะครอบคลุมถึงการกระทำในลักษณะถ่ายภาพได้กระโปรงหรือเหนือคอเสื้อไว้ด้วยนั้น ความแตกต่างเช่นนี้ น่าจะเกิดจากความจำเป็นที่จะต้องพัฒนากฎหมายให้เหมาะสมกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น เมื่อพิจารณาถึงว่าประเทศนิวซีแลนด์ได้ตรากฎหมายขึ้นใช้ภายหลังจากประเทศอังกฤษ จึงมีโอกาสนี้ที่จะทำการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายก่อนจะตราขึ้นบังคับใช้ รวมถึงในประเทศอังกฤษก็ปรากฏการวิพากษ์วิจารณ์ที่ต้องการให้กฎหมายครอบคลุมถึงการถ่ายภาพได้กระโปรงในที่สาธารณะด้วย หรือในกรณีที่ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้บัญญัติกฎหมายกลางเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิส่วนตัวขึ้นบังคับใช้ โดยประสงค์ที่จะอุดช่องว่างของกฎหมายระดับมลรัฐที่ไม่ครอบคลุมการกระทำในลักษณะแอบถ่ายในที่สาธารณะ เช่น การถ่ายภาพได้กระโปรง ความแตกต่างเหล่านี้ จึงไม่ได้เกิดจากความแตกต่างทางสังคมหรือ

วัฒนธรรม หากน่าจะเป็นผลจากการที่กฎหมายในเรื่องนี้ได้วิวัฒนาการผ่านช่วงเวลาและการศึกษาเปรียบเทียบ

4. ผู้อื่นไม่รู้และไม่ได้ให้ความยินยอม

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

ความยินยอมอาจแสดงออกได้โดยชัดแจ้งและปริยาย แต่ต้องเป็นการแสดงเจตจำนงโดยการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งออกไปภายนอก การนิ่งเฉยไม่ถือว่าเป็นการให้ความยินยอมหรือเป็นการสละคุณธรรมทางกฎหมาย²⁹ และจะต้องเป็นความยินยอมที่แท้จริง ไม่มีข้อบกพร่อง เกิดขึ้นโดยสมัครใจ ดังนั้น ความยินยอมของผู้เสียหายที่เกิดจากความสำคัญผิดหรือกลั่นแกล้ง หรือบังคับข่มขู่ จึงมิใช่ความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย³⁰

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่มีบัญญัติหลักเรื่องความยินยอมไว้โดยตรง³¹ แต่ในทางตำรากฎหมายอาญาของไทยได้ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าความยินยอมของผู้เสียหาย เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้³² นอกจากนั้นศาลฎีกาได้วางหลักไว้ในฎีกาที่ 1403/2508 ซึ่งถือว่าหลักความยินยอมเป็นหลักกฎหมายทั่วไป³³

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508 “มีหลักทั่วไปเป็นเหตุยกเว้นความผิดอาญาอยู่ว่า ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกศีลธรรมอันดี และมีอยู่จนถึงขณะกระทำ

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

²⁸เรื่องเดียวกัน, หน้า 25.

²⁹คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 235.

³⁰เรื่องเดียวกัน, หน้า 237.

³¹เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 390.

³²คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 234.

³³เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 390.

การอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นแล้ว ความยินยอมนั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำ เป็นความผิดขึ้นได้”

องค์ประกอบภายใน

“เจตนาธรรมดา” เป็นองค์ประกอบภายในของความผิดฐานละเมิดสิทธิ ส่วนตัวด้วยการแอบดูในทุกประเทศ มีเพียงประเทศอังกฤษที่กำหนดให้ผู้กระทำจะต้องมี มูลเหตุชักจูงใจพิเศษ “เพื่อความพึงพอใจทางเพศ” ด้วยเท่านั้น จึงจะเป็นความผิด ส่วนประเทศ แคนาดาแม้จะมีการกำหนดถึงเจตนาพิเศษคือ เพื่อความพึงพอใจทางเพศไว้เช่นเดียวกัน แต่ หากผู้กระทำมีเพียงเจตนาธรรมดา คือ เพื่อประสงค์จะได้เฝ้ามองดู หรือเพื่อบันทึกภาพ ก็เป็น ความผิดได้เช่นกัน และสำหรับในประเทศสหรัฐอเมริกาและนิวซีแลนด์ มิได้มีการบัญญัติถึง มูลเหตุชักจูงใจทางเพศไว้แต่อย่างใด

ทั้งนี้ จากความแตกต่างในการบัญญัติถึงองค์ประกอบภายในเกี่ยวกับ มูลเหตุชักจูงใจพิเศษดังกล่าวนี้ พบว่าการบัญญัติกฎหมายได้แบ่งออกเป็นสองแนวทาง กล่าวคือ ในประเทศสหรัฐอเมริกาและนิวซีแลนด์ จะถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดต่อ สิทธิส่วนตัว ในขณะที่ประเทศอังกฤษและแคนาดา ซึ่งกฎหมายได้บัญญัติถึงมูลเหตุชักจูงใจ พิเศษเพื่อความพึงพอใจทางเพศ ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดทางเพศ

นอกจากนั้น ประเทศนิวซีแลนด์ ได้กำหนดให้การกระทำในฐานละเมิดสิทธิ ส่วนตัวด้วยการแอบดู แม้ไม่มีเจตนา แต่หากได้กระทำไปโดยประมาท (..recklessly makes..) ก็ เป็นความผิดได้เช่นเดียวกัน แต่จะต้องเป็นการประมาทโดยจงใจ (recklessness) กล่าวคือ ผู้กระทำไม่เพียงแต่ขาดความระมัดระวังเท่านั้น แต่ยังได้กระทำโดยรู้สึกอยู่แล้วว่าเป็นการเสี่ยง ที่จะเกิดภัยร้ายขึ้นท่าลง โดยคิดว่าคงสามารถหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดภัยขึ้นได้³⁴ การบัญญัติเช่นนี้ น่าจะเป็นประโยชน์ในการคุ้มครองสิทธิส่วนตัวในโลกยุคปัจจุบัน ที่การติดตั้งกล้องวงจรปิด ภายในอาคารหรือตามสถานที่ต่างๆ เป็นไปอย่างแพร่หลายเพื่อประโยชน์ในการควบคุมความ ปลอดภัย โดยกฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้ติดตั้งหรือเจ้าของอาคารสถานที่ ที่จะต้องใช้ ความระมัดระวังในการติดตั้งกล้อง เช่น บริเวณที่กล้องวงจรปิดจะทำการบันทึกภาพได้นั้น จะต้องมิใช้สถานที่ที่ผู้หนึ่งผู้ใดจะคาดหมายความเป็นส่วนตัวได้ รวมถึงอาจมีหน้าที่ที่จะต้องแจ้ง เตือนว่ามีการติดตั้งกล้องวงจรปิดในบริเวณนั้นๆ อีกด้วย

³⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 264.

ความผิดที่ 2 ได้แก่ การครอบครองภาพแอบบันทึก

จากที่ได้ทำการศึกษากฎหมายของต่างประเทศในบทที่ 3 พบว่ามีเพียงประเทศนิวซีแลนด์ประเทศเดียว ที่มีการกำหนดให้การครอบครองภาพแอบบันทึกโดยมีเพียงเจตนาธรรมดา โดยรู้ถึงข้อเท็จจริงว่าเป็นภาพจากการแอบบันทึกและปราศจากเหตุผลอันสมควรที่จะครอบครองไว้ ให้เป็นความผิด

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

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

4.3.2 เหตุยกเว้นความผิด

ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติ ให้กฎหมายดังกล่าวไม่บังคับใช้กับ “..กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมาย การคุมประพฤติ หรือการข่าวที่ขอด้วยกฎหมาย..”

ส่วนแคนาดา ได้กำหนดให้ การกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะและมิได้กระทำเกิดกว่าเหตุเป็นเหตุยกเว้นความผิด นอกจากนั้นยังกำหนดว่า กฎหมายดังกล่าวจะไม่ใช้บังคับสำหรับการกระทำในลักษณะแอบดูและแอบบันทึกภาพ โดยมีเจตนาธรรมดาและไม่มีมูลเหตุ

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

ชักจูงใจทางเพศ หากเป็นการกระทำของเจ้าพนักงาน ที่กระทำตามอำนาจหน้าที่ตามหมาย
อาญาภายใต้ มาตรา 487.01 แห่งประมวลกฎหมายอาญาแคนาดา

สำหรับประเทศนิวซีแลนด์ กำหนดเหตุยกเว้นความรับผิดชอบการกระทำที่
เกี่ยวกับการเผยแพร่ภาพบันทึกจากการละเมิดสิทธิส่วนตัวเท่านั้น โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

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

สำหรับประเทศอังกฤษ ซึ่งกำหนดมูลเหตุชักจูงใจเพื่อความพึงพอใจทางเพศ
เป็นองค์ประกอบภายใน จึงยอมไม่จำเป็นต้องกำหนดเหตุยกเว้นความผิด เพราะหากเป็นการ
กระทำที่ขาดองค์ประกอบมูลเหตุชักจูงใจพิเศษแล้ว ก็ยอมไม่ครบองค์ประกอบเป็นความผิดฐาน
แอบดูอยู่นั่นเอง

จากที่ได้อธิบายมาทั้งหมดข้างต้น จึงได้สรุปแยกแยะเปรียบเทียบการกระทำที่กำหนดไว้
เป็นองค์ประกอบความผิด ตามกฎหมายของต่างประเทศที่ได้ทำการศึกษามา เพื่อจะนำมา
เทียบเคียงเป็นแนวทางการพัฒนากฎหมายไทยต่อไป รายละเอียดปรากฏตามตารางที่ 4

4.4 แนวทางของกฎหมายในการบัญญัติให้การละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดู เป็นความผิดโดยเฉพาะ

จากการศึกษาพบว่า การที่ประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่สามารถคุ้มครอง
ป้องกันสิทธิส่วนตัวของพลเรือนจากการแอบดูและแอบบันทึกภาพไว้โดยเฉพาะ และต้องอาศัย
ปรับใช้บทบัญญัติกฎหมายที่มีอยู่ปัจจุบันกับการกระทำดังกล่าวนั้น นอกจากไม่ครอบคลุมแก่
ลักษณะการกระทำที่เกิดขึ้นแล้ว ยังไม่เหมาะสมแก่พฤติการณ์และผลร้ายจากการกระทำอีกด้วย
ทั้งยอมเป็นเหตุให้การป้องกันและปราบปรามการกระทำในลักษณะละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการ

แอบดูโดยเฉพาะกรณีการแอบบันทึกภาพขาดประสิทธิภาพ ดังนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่ามีความจำเป็นและไม่มีหนทางอื่นใดที่จะมีประสิทธิภาพในการจัดการกับปัญหาดังกล่าว ยิ่งไปกว่าการบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นฐานความผิดที่มีโทษทางอาญาไว้โดยเฉพาะ ด้วยการศึกษาอ้างอิงแนวทางกฎหมายเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิส่วนตัวของผู้อื่นด้วยการแอบดูของต่างประเทศ และนำมาปรับประยุกต์ให้เกิดความเหมาะสมกับสภาพการณ์ที่เกิดขึ้นในประเทศไทย โดยจะได้ทำการวิเคราะห์ถึงแนวทางอันเหมาะสมในการกำหนดให้การละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูเป็นความผิดไว้โดยเฉพาะต่อไป

4.4.1 การกำหนดฐานความผิด

1. สำหรับแนวทางในการบัญญัติฐานความผิดเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูไว้โดยเฉพาะ จากที่ได้ทำการศึกษา ผู้เขียนเห็นว่าควรบัญญัติให้การกระทำดังต่อไปนี้ เป็นความผิดที่มีโทษทางอาญา

ก. การกระทำในลักษณะละเมิดสิทธิส่วนตัว ด้วยการแอบดู หรือแอบบันทึกภาพ หรือถ่ายทอดภาพของผู้อื่น ไม่ว่าจะด้วยการใช้อุปกรณ์เครื่องมือใดๆ โดยที่ผู้อื่นไม่รู้ และไม่ได้ให้ความยินยอม ในขณะที่ผู้อื่นอยู่ในสถานการณ์ที่ย่อมมีความคาดหมายอันควรที่จะได้รับความเป็นส่วนตัว และ

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

ข. การครอบครองภาพบันทึกความเป็นส่วนตัว โดยรู้หรือควรรู้ได้ว่าเป็นภาพที่เกิดจากการกระทำผิดตามข้อ ก.

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

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

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

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

ลงมือได้ ต่อเมื่อการกระทำนั้นชี้ให้เห็นได้อย่างปราศจากความสงสัยตามสมควรว่ามุ่งหมาย ต่อผลอย่างใด ย่อมต้องถือได้ว่า การติดตั้งเครื่องมืออุปกรณ์ หรือสร้าง ปรับ ดัดแปลง สิ่งปลูกสร้าง เพื่อกระทำละเมิดสิทธิส่วนตัวผู้อื่นด้วยการแอบดูหรือแอบบันทึกภาพ เป็นการกระทำในขั้นตอนการลงมือ ซึ่งเลยขั้นเตรียมการมาแล้ว นอกจากนั้น การกระทำดังกล่าว ยังเป็นภัยอันตรายโดยตรงต่อสิทธิส่วนตัวซึ่งกฎหมายประสงค์จะให้การคุ้มครอง และยังเป็น ขั้นตอนที่สำคัญ เพื่อให้บรรลุถึงการกระทำความผิดอีกด้วย ดังนั้น ย่อมถือว่าการกระทำใน ขั้นตอนนี้เป็นการพยายามกระทำความผิดได้ หากการกระทำนั้นยังไม่เป็นความผิดสำเร็จ

4. สำหรับองค์ประกอบภายใน ผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดเฉพาะเพียงเจตนา ธรรมดา เนื่องจากหากกำหนดว่าผู้กระทำมีเจตนาพิเศษ คือ มูลเหตุชกจิตใจทางเพศ ก็จะเป็น เรื่องยากแก่การพิสูจน์ถึงเจตนาพิเศษดังกล่าว และจะกลายเป็นประเด็นข้อโต้แย้งของผู้กระทำ ความผิด นอกจากนั้น แม้การกระทำดังกล่าวมักจะมีนัยทางเพศเกี่ยวข้องอยู่เสมอ แต่ก็ไม่ใช้ใน ทุกกรณีที่ผู้กระทำจะต้องมีมูลเหตุชกจิตใจทางเพศดังกล่าว โดยอาจเพียงประสงค์จะรुकล้ำในความ เป็นส่วนตัวของเหยื่อ เพื่อความพอใจหรือประโยชน์บางประการของตนเท่านั้น และแม้จะมี มูลเหตุชกจิตใจทางเพศหรือไม่ก็ตาม ผลกระทบจากการกระทำที่เกิดขึ้นต่อผู้เสียหายก็อาจไม่มี ความแตกต่างกัน ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าแนวทางบัญญัติกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา และนิวซีแลนด์ ที่กำหนดให้ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดต่อสิทธิส่วนตัว โดยมีได้กำหนด องค์ประกอบของมูลเหตุชกจิตใจทางเพศไว้ น่าจะเป็นแนวทางที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย และสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจริงในปัจจุบัน

5. ตามแนวทางของประเทศนิวซีแลนด์ ซึ่งกำหนดองค์ประกอบภายในให้การ กระทำความผิดในฐานะแอบบันทึกภาพตลอดจนการเผยแพร่ภาพเป็นความผิดด้วย แม้ผู้กระทำ ไม่ได้มีเจตนา แต่เป็นการกระทำโดยประมาทนั้น ผู้เขียนเห็นว่าเป็นแนวทางที่เป็นประโยชน์ใน การให้ความคุ้มครองต่อสิทธิส่วนตัว อย่างไรก็ตาม ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคหนึ่งบุคคลจะรับผิดในทางอาญาเมื่อกระทำโดยประมาท ก็เฉพาะแต่ในกรณีที่กฎหมาย บัญญัติให้ต้องรับผิดเมื่อได้กระทำโดยประมาท ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดความรับ ผิดสำหรับการกระทำที่ได้กระทำโดยประมาทไว้ ได้แก่ มาตรา 204 ประกอบมาตรา 205, มาตรา 225, มาตรา 226-237 ประกอบ 239, มาตรา 291, มาตรา 300, มาตรา 311 และ มาตรา 390 ทั้งนี้ สำหรับความรับผิดที่ได้กระทำโดยประมาทที่มีความใกล้เคียงในกรณี การศึกษานี้ ได้แก่ ความผิดตามมาตรา 311 ซึ่งเป็นความผิดต่อเสรีภาพ ที่ได้บัญญัติให้การกระทำ โดยประมาท อันเป็นเหตุให้ผู้อื่นถูกหน่วงเหนี่ยว หรือถูกกักขัง หรือต้องปราศจากเสรีภาพใน ร่างกาย เป็นความผิดที่มีโทษทางอาญา แม้มาตรานี้จะมุ่งคุ้มครองเสรีภาพในร่างกายโดยตรง

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

6. เนื่องจากการละเมิดสิทธิส่วนตัวของผู้อื่นด้วยการแอบดูหรือแอบบันทึกภาพ มักเป็นการกระทำที่มืองค์ประกอบทางเพศเกี่ยวข้อง ประกอบกับประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายให้ป้องกันปราบปรามภาพลามกเกี่ยวกับเด็กโดยเฉพาะ จึงควรกำหนดเหตุจรรยาเกี่ยวกับอายุของเหยื่อที่ยังเป็นเด็กหรือผู้เยาว์ไว้ด้วย และควรกำหนดเหตุจรรยากรณีหากเป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล เพื่อให้ความคุ้มครองแก่เด็กและเยาวชน รวมทั้งผู้ที่อาจขาดความสามารถในการปกป้องตนเอง โดยในกรณีของเด็ก ผู้เยาว์ และกรณีของผู้ที่อยู่ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ควรกำหนดองค์ประกอบให้ชัดเจนว่าแม้ให้ความยินยอม ก็ยังเป็นความผิด

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

8. ก่อนที่จะกล่าวถึงแนวทางการกำหนดโทษในส่วนต่อไป ผู้เขียนเห็นว่าควรเพิ่มเติมวิธีการเพื่อความปลอดภัย โดยให้ศาลมีอำนาจกำหนดให้ผู้กระทำได้รับการบำบัดหรือได้รับคำปรึกษาจากจิตแพทย์ หรือนักสังคมสงเคราะห์ เพื่อให้สามารถแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำ

ความผิดที่อาจมีความบกพร่องของสภาพจิตใจ แต่ยังไม่ถึงกับเป็นผู้มีจิตบกพร่อง หรือวิกลจริต หรือจิตฟั่นเฟือน

9. ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ควรจะเพิ่มการกระทำประเภทนี้ไว้ให้เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา โดยหากไม่เพิ่มเติมลักษณะความผิดเกี่ยวกับสิทธิส่วนตัวขึ้นมาเป็นการเฉพาะ ก็อาจสามารถกำหนดหมวดความผิดต่อสิทธิส่วนตัว ไว้ภายใต้ลักษณะ 11 ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง และกำหนดให้การกระทำในลักษณะละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูเป็นความผิดฐานหนึ่งภายใต้หมวดความผิดต่อสิทธิส่วนตัว

4.4.2 การกำหนดระวางโทษ

โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดฐานละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดู ควรจะกำหนดทั้งโทษจำคุกและโทษปรับ ซึ่งสอดคล้องตามแนวทางที่ได้ศึกษาจากกฎหมายของต่างประเทศ โดยควรมีอัตราโทษที่เหมาะสมเพียงพอที่จะบรรลุนิติวัตถุประสงค์ของการลงโทษ เพื่อการหยุดยั้งป้องกันบุคคลทั่วไปให้เกิดความเกรงกลัวไม่กล้าที่จะกระทำความผิดดังกล่าว อย่างไรก็ตาม การกำหนดระวางโทษสำหรับการละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูหรือแอบบันทึกภาพนี้นอกจากจะคำนึงถึงระวางโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายของต่างประเทศเกี่ยวกับความผิดฐานการแอบดูและแอบบันทึกภาพที่ได้ทำการศึกษาแล้ว ยังควรต้องพิจารณาเทียบเคียงจากระวางโทษที่กำหนดไว้ในฐานความผิดต่างๆ อันมีสาระสำคัญที่เกี่ยวข้องหรือใกล้เคียงกันตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยอีกด้วย ซึ่งจะได้กล่าวโดยละเอียดดังต่อไปนี้

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

ในส่วนของโทษปรับนั้น เนื่องจากมีปัจจัยอื่นซึ่งต้องคำนึงควบคู่ไปด้วย เช่น ระดับค่าครองชีพของประชากร รวมถึงระดับรายได้ของประชากรต่อคนต่อปี อันจำเป็นจะต้องศึกษาในประเด็นและมิติอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องอย่างครอบคลุมเสียก่อน ในการศึกษานี้ จึงจะไม่ทำการเทียบเคียงโทษปรับของต่างประเทศ

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

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

แม้จะมีหลายฝ่ายไม่เห็นด้วยกับการกำหนดโทษปรับในปัจจุบัน เนื่องจากอาจก่อความไม่เป็นธรรมหากฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิดเหลื่อมล้ำแตกต่างกัน ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยว่าจำเป็นจะต้องเป็นพัฒนาแก้ไขกฎหมายต่อไปทั้งระบบ ดังเช่นที่มีหลายฝ่าย

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

³⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 81-82.

เสนอให้ปรับเปลี่ยนมาใช้ค่าปรับตามรายได้ รวมถึงการที่มีข้อเสนอแนะให้มีการแก้ไขปรับปรุงโทษปรับให้เหมาะสมได้สัดส่วนกับยุคสมัยในปัจจุบัน³⁹ อย่างไรก็ตาม ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ยังคงประสงค์ที่จะชี้ให้เห็นถึงความสำคัญของโทษปรับ ที่จะได้เสนอให้มีการบังคับใช้ควบคู่กับโทษจำคุก โดยอ้างอิงตามประมวลกฎหมายอาญาซึ่งใช้อยู่ในปัจจุบันเพื่อจะเทียบเคียงในการกำหนดกรอบระวางโทษปรับสำหรับการกระทำในลักษณะแอบดูและแอบบันทึกภาพต่อไป

จากการศึกษาพบว่า ระวางโทษปรับตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย มีกำหนดไว้ตั้งแต่ไม่เกินหนึ่งร้อยบาท ซึ่งกำหนดเป็นระวางโทษสูงสุดในหลายข้อหาความผิดฐานลหุโทษ จนถึงสูงสุดหนึ่งล้านบาทซึ่งเป็นระวางโทษปรับในความผิดฐานก่อการร้าย ตามมาตรา 135/1 ซึ่งกำหนดให้ผู้กระทำความผิดฐานนี้ ต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สามปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงหนึ่งล้านบาท

สำหรับความผิดที่มีการกำหนดโทษปรับชั้นสูงเกินหนึ่งแสนบาทขึ้นไปนั้น นอกจากพบว่าจะกำหนดไว้ในความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย ความผิดเกี่ยวกับการปลอมและการแปลง ซึ่งล้วนแต่เป็นความผิดอาญาต่อแผ่นดินแล้ว ในความผิดฐานหมิ่นประมาทด้วยการโฆษณา ตามมาตรา 328 ซึ่งเป็นความผิดต่อเสรีภาพและชื่อเสียง ก็ได้มีการกำหนดระวางโทษปรับชั้นสูงไว้ไม่เกินสองแสนบาทด้วยเช่นกัน

4. จากที่ได้กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นควรที่จะกำหนดระวางโทษสำหรับการกระทำละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูและแอบบันทึกภาพดังต่อไปนี้

(1) สำหรับการแอบดูด้วยตาเปล่า ซึ่งโดยเปรียบเทียบกับกรณีการแอบบันทึกภาพ พบว่าก่อภัยต่อสิทธิส่วนตัวในระดับที่ค่อนข้างจำกัด แต่เนื่องจากการกระทำดังกล่าวได้แฝงนัยทางเพศ และก่อความเสี่ยงที่จะเกิดภัยอาชญากรรมทางเพศอื่นๆ จึงสมควรที่จะต้องกำหนดโทษจะคุก โดยควรจะมีระวางโทษที่สูงกว่าความผิดลหุโทษ เพื่อเป็นการแสดงความตักเตือนทางสังคมที่รุนแรงยิ่งขึ้น ผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน ซึ่งเป็นระดับโทษจำคุกที่เท่ากับความผิดฐานเปิดผนึกหรือเอาจดหมาย โทรเลข หรือเอกสารซึ่งปิดผนึกของผู้อื่นไป และมีระวางโทษปรับตั้งแต่ 2,000 ถึง 10,000 บาท

(2) การแอบดูโดยอาศัยอุปกรณ์เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ การแอบบันทึกภาพ การแอบถ่ายทอดสดภาพ ถือเป็นกรกระทำที่ก่อภัยอันตรายต่อสิทธิส่วนตัวอย่างมีนัยสำคัญ ทั้งเป็นจุดเริ่มต้นที่ก่อความเสี่ยงให้เกิดการแพร่กระจายของภาพแอบบันทึก และด้วย

³⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 23-30.

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

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

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

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

ตารางที่ 2 กฎหมายไทยในปัจจุบันที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูและแอบบันทึกภาพ

การกระทำที่กำหนดเป็นความผิดใน ฐานความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับการ แอบดู/แอบบันทึกภาพในต่างประเทศ	ความผิดฐานกระทำให้ผู้อื่น ได้รับความเดือดร้อนรำคาญใน ที่สาธารณะสถาน หรือต่อหน้าธารกำนัล (ป.อ.ม.397)	ความผิดฐานนำเข้าสู่ระบบ คอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามกฯ (พ.ร.บ.ว่าด้วยการกระทำความผิด เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 ม.14(4) และ (5))	ความผิดฐาน หมิ่นประมาท (ป.อ.ม.326 และ ม.328)	ความผิดฐานค้าสิ่ง ลามก (ป.อ.ม.287)
1.1 แอบดูด้วยตาเปล่า	✓			
1.2 ติดตั้งเครื่องมืออุปกรณ์เพื่อ การแอบดูด้วยตาเปล่า				
1.3 ถ่ายทอดสดภาพ	✓		✓	✓
1.4 แอบบันทึกภาพ	✓		✓	✓
2.1 ครอบครองภาพ			✓	✓
2.2 ครอบครองภาพเพื่อเผยแพร่			✓	✓
3.1 เผยแพร่ทางกายภาพ			✓	✓
3.2 เผยแพร่ทางอิเล็กทรอนิกส์		✓	✓	✓

ตารางที่ 3 ปัญหาและอุปสรรคของการบังคับใช้กฎหมายในปัจจุบันที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูและแอบบันทึกภาพ

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

**ตารางที่ 4 การกระทำที่กำหนดไว้เป็นความผิดในฐานความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดูและ
แอบบันทึกภาพตามกฎหมายต่างประเทศที่ได้ทำการศึกษา เปรียบเทียบกับข้อเสนอแนะของวิทยานิพนธ์**

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

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

ตารางที่ 5 ระวังโทษของฐานความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง และความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา

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

ความผิด	คุณธรรมของกฎหมาย	การกระทำความผิด	ระวางโทษ
มาตรา 326 ความผิดฐานหมิ่นประมาท	เกียรติ	ใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท	จำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 20,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ
มาตรา 328 ความผิดฐานหมิ่นประมาทด้วยการโฆษณา	เกียรติ	ถ้าความผิดฐานหมิ่นประมาทได้กระทำให้โดยการโฆษณาด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพหรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ แผ่นเสียง หรือสิ่งบันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกอักษร กระทำโดยการกระจายเสียง หรือการกระจายภาพ หรือโดยกระทำการป่าวประกาศด้วยวิธีอื่น	จำคุกไม่เกิน 2 ปี และปรับไม่เกิน 200,000 บาท
ลักษณะ ๙ ความผิดเกี่ยวกับเพศ			
มาตรา 276 วรรคหนึ่ง ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา	เสรีภาพในทางเพศ	ข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น	จำคุกตั้งแต่ 4 ปี ถึง 20 ปี และปรับตั้งแต่ 8,000 บาทถึง 40,000 บาท
มาตรา 278 ความผิดฐานอนาจารบุคคลอายุกว่าสิบห้าปี	เสรีภาพในทางเพศ	กระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปีโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น	จำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือปรับไม่เกิน 20,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ