



วารสารนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
THAMMASAT LAW JOURNAL

ชื่อเรื่อง: ความจำเป็นในการบัญญัติความผิดฐานบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอมในสถานที่สาธารณะ

ชื่อผู้แต่ง: ณัฐนิชา ปันชัย

การอ้างอิงที่แนะนำ: ณัฐนิชา ปันชัย, 'ความจำเป็นในการบัญญัติความผิดฐานบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอมในสถานที่สาธารณะ' (2565) 3 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 564.

ผู้สนับสนุนหลัก

CHANDLER MHM



SATYAPON
& PARTNERS
THAILAND Intellectual Property Law Firm

Tax and Legal Counsellors

Seri Manop & Doyle

ผู้สนับสนุนร่วม



SAIJO DENKI

WEERAWONG C&P
WEERAWONG, CHENNAI & PARTNERS LTD.

CSBC
LAW OFFICES
www.csbc-lw.com

โครงการวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เลขที่ 2 ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง

เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร 10200 โทร. 02 613 2169 อีเมล tu.lawjournal@tu.ac.th



ความจำเป็นในการบัญญัติความผิดฐานบันทึกภาพ ไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ในสถานที่สาธารณะ

The Need to Criminalize Video Voyeurism in Public Place

ณัฐนิชา ปันชัย

นักศึกษาระดับปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Natnicha Panchai

Graduate Student of Master of Laws Program in Criminal Law,
Faculty of Law, Thammasat University

วันที่รับบทความ 19 พฤษภาคม 2565; วันที่แก้ไขบทความ 28 มิถุนายน 2565; วันที่ตอบรับบทความ 28 มิถุนายน 2565

บทคัดย่อ

เนื่องด้วยประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ ไม่มีบทบัญญัติความผิดฐานบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอมโดยเฉพาะ และมาตราอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นมาตรา 280/1 มาตรา 287 มาตรา 287/1 มาตรา 287/2 มาตรา 388 และมาตรา 392 กลับมีข้อจำกัดไม่สามารถบังคับใช้กับการกระทำความผิดดังกล่าว ทำให้การดำเนินคดีในปัจจุบันกับผู้กระทำความผิดเป็นไปตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 ซึ่งเป็นความผิดลหุโทษมีระวางโทษไม่เหมาะสมเพียงพอที่จะยับยั้งอาชญากรรม นอกจากนี้ ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 12983/2558 พยายามสร้างความยุติธรรมแก่ผู้เสียหายด้วยการตีความขยายความกฎหมายให้ การบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ในสถานที่สาธารณะ เป็นการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 ซึ่งขัดต่อหลักการพื้นฐานของกฎหมายอาญาว่าด้วยการห้ามเทียบเคียงกฎหมาย จากการศึกษาเปรียบเทียบพระราชบัญญัติว่าด้วยการป้องกันการบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ค.ศ. 2003 ของประเทศสหรัฐอเมริกา พบความแตกต่างระหว่างนิยาม

ของภาพไม่เหมาะสมทางเพศกับสิ่งลามกหรือสื่อลามกอนาจารเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา อีกทั้ง วัตถุประสงค์ในการบัญญัติความผิดฐานนี้มีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวโดยเฉพาะ จึงมีการพิจารณากำหนดระดับความคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวขั้นต่ำ หรือเรียกว่า “ขอบเขตอันสมควรคาดหมายความเป็นส่วนตัว” โดยให้ความคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวในสถานที่สาธารณะ แคบกว่าสถานที่ส่วนตัว เพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะและเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชน ตรงกันข้ามกับประมวลกฎหมายอาญาที่ขาดการแบ่งแยกอย่างชัดเจนระหว่างสถานที่ส่วนตัวออกจาก สาธารณสถาน ประกอบกับมาตรา 278 และมาตรา 397 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ก็ไม่ได้บัญญัติขึ้น เพื่อคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวของบุคคลโดยตรง จึงขาดการพิจารณาขอบเขตอันสมควรคาดหมาย ความเป็นส่วนตัวในสถานที่สาธารณะ ซึ่งมีความสำคัญต่อการกำหนดความรับผิดทางอาญาของ ผู้บันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ด้วยเหตุนี้อาจนำไปสู่ปัญหาการคุ้มครอง สิทธิความเป็นส่วนตัวเชิงอัตวิสัย อันอาจกระทบต่อประโยชน์สาธารณะและจำกัดเสรีภาพ ในการแสดงออกของประชาชนมากเกินไป บทความนี้เสนอให้สร้างความผิดฐานบันทึกภาพ ไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ในสถานที่สาธารณะขึ้นใหม่ โดยผ่านการพิจารณากำหนด ขอบเขตอันสมควรคาดหมายความเป็นส่วนตัวในสถานที่สาธารณะให้เหมาะสมตามบริบทของ สังคมไทย เฉพาะของบุคคลที่มีสติสัมปชัญญะครบถ้วนและอายุเกิน 18 ปี ขึ้นไป

คำสำคัญ: บันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม บันทึกภาพได้รั่มผ้า บันทึกภาพ ลอดผ่านเสื้อผ้า ขอบเขตอันสมควรคาดหมายความเป็นส่วนตัวในสถานที่สาธารณะ

Abstract

Book 2 Title 9 on Sexual Offenses of the Thailand Criminal Code B.E. 2499 (1956; TCC) contains no specific criminalization of video voyeurism and other statutes, such as Sections 280/1; 287; 287/1; 287/2; and 392 of the TCC are not applicable against offenders. Therefore, offenders, according to Section 397 of the TCC, may only be charged with petty crimes, ineffective as a deterrent. Supreme Court Decision No. 12983/2558 tried to provide justice for survivors by interpreting the law in decreeing that video voyeurism in public places amounted to sexual assault as defined in Section 278 of the TCC, violating basic principles of *analogy* or *lex stricta* in criminal law. According to an international comparative criminal legal study of the Video Voyeurism Prevention Act of 2003 in the United States of America (US) revealed different definitions between private area images and obscenity or child pornography under the TCC. In addition, the objective of enacting Video Voyeurism Prevention Act of 2003 in the US was specifically to protect individual privacy rights. Therefore, it meets the boundary of privacy right protection known as “reasonable expectation of



privacy” by setting different degrees of protection for privacy rights in private place than in public places to ensure the public interest and freedom of expression. Unlike the TCC, it lacks clearly separated definitions of private and public places. And Section 278 and Section 397 of the TCC were not intended to directly protect individual privacy rights. Therefore, they fail to consider Reasonable expectations of privacy in public places, which are essential for formulating criminal liability for video voyeurism offenders. This may lead to subjective problems with protecting individual privacy rights, affecting the public interest and unduly limiting individual freedom of expression. This article proposes to criminalize video voyeurism in public places as a new offense in the TCC by considering Reasonable expectations of privacy in public places appropriate to the Thai societal context, for sensible individuals over the age of eighteen.

Keywords: video voyeurism, upskirt, down blouse, reasonable expectation of privacy in public place

1. บทนำ

เนื่องด้วยปัจจุบันประเทศต่าง ๆ มีการพัฒนาทั้งทางด้านนวัตกรรมและเทคโนโลยีอย่างมาก ส่งผลให้อาชญากรนำนวัตกรรมและเทคโนโลยีดังกล่าวอย่างอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์มาใช้ละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวของผู้อื่น และก่ออาชญากรรมไม่เพียงแต่ในสถานที่ส่วนตัว แต่ยังไปถึงสถานที่สาธารณะ ด้วยการบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม เช่น การบันทึกภาพใต้ร่มผ้า (upskirt) หรือลอดผ่านเสื้อผ้า (down blouse) เป็นเหตุให้หลายประเทศบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญา¹ เพื่อคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัว (right of privacy) และคุณค่าทางเพศ (sexual integrity) ของผู้เสียหาย และเพื่อขยายขอบเขตความคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวไปยังสถานที่สาธารณะ ซึ่งกฎหมายเดิมคุ้มครองเฉพาะแต่การบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอมในสถานที่ส่วนตัว

อย่างไรก็ดี สิทธิความเป็นส่วนตัวไม่ใช่สิทธิเด็ดขาด (absolute right) แม้บุคคลไม่สามารถคาดหมายความเป็นส่วนตัวในสถานที่สาธารณะจากการถ้ามอง มอง หรือบันทึกภาพในลักษณะทั่วไป ก็ไม่ได้หมายความว่าบุคคลจะไม่สามารถคาดหมายความเป็นส่วนตัวจากการไม่ถูกบันทึกภาพบริเวณส่วนตัวของร่างกายที่ตนปกปิดในสถานที่สาธารณะโดยสิ้นเชิง (privacy right is not all-or-nothing concept)² ทว่าสิทธิความเป็นส่วนตัวมีระดับความคุ้มครองขั้นต่ำ หรือเรียกว่า “ขอบเขตอันสมควรคาดหมายความเป็นส่วนตัว (Reasonable expectation of privacy - ย่อว่า REP)”³ ซึ่งกฎหมายระดับรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดเป็นองค์ประกอบความผิดไว้ในพระราชบัญญัติ

¹ กฎหมายระดับรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรา 1801. ดู The United States Code, Video voyeurism (2004) <<https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title18-section1801&num=0&edition=prelim>> สืบค้นเมื่อ 8 เมษายน 2565; เปรียบเทียบ ประมวลกฎหมายอาญาแคนาดา มาตรา 162 (1) (b) และ (c). ดู Criminal Code R.S.C., 1985, c. C-46, Voyeurism (2005) <<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/section-162.HTML>> สืบค้นเมื่อ 8 เมษายน 2565; เปรียบเทียบ กฎหมายอาญาของประเทศนิวซีแลนด์ มาตรา 216G (b). ดู Crime Act 1961 No.43, Intimate visual recording (2006) <<https://www.legislation.govt.nz/act/public/2006/0075/latest/whole.html#DLM398246>> สืบค้นเมื่อ 8 เมษายน 2565; เปรียบเทียบ กฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษและเวลส์ มาตรา 67A. ดู Sexual offence Act 2003, Voyeurism: Addition offences (2019) <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2019/2/section/1>> สืบค้นเมื่อ 8 เมษายน 2565.

² กล่าวขึ้นครั้งแรกโดย รูธ กาวิสัน (Ruth Gavison). Ruth Gavison, ‘Privacy and the limits of law’ (1980) The Yale Law Journal Company ใน Ferdinand David Schoeman, *Philosophical Dimensions of Privacy An Anthology* (Cambridge University Press 1984) 351 <<https://doi.org/10.1017/CBO9780511625138>> สืบค้นเมื่อ 8 เมษายน 2565.

³ หรือเรียกให้เข้าใจง่าย ๆ ว่า “ขอบเขตความเป็นส่วนตัวที่เหมาะสม” หมายถึง ระดับของสิทธิความเป็นส่วนตัวขั้นต่ำที่บุคคลสมควรได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย แต่เนื่องด้วยคำว่า “ขอบเขตอันสมควรคาดหมายความเป็นส่วนตัว” เป็นถ้อยคำที่ผู้เขียนแปลมาจากองค์ประกอบความผิดของกฎหมายต่างประเทศ “Reasonable expectation of privacy” และนำเสนอแนวคิดดังกล่าวเป็นครั้งแรกของประเทศไทย จึงขออนุญาตใช้คำว่า “ขอบเขตอันสมควรคาดหมายความเป็นส่วนตัว” เพื่อรักษาความสมบูรณ์ครบถ้วนของถ้อยคำตามกฎหมายต่างประเทศ และขออนุญาตยืมคำว่า “Reasonable expectation of privacy” เป็นคำว่า “REP” เพื่อง่ายต่อการกล่าวถึงแนวคิดดังกล่าว อย่างไรก็ตาม หากผู้อ่านหรือในอนาคตเห็นสมควรเรียกถ้อยคำดังกล่าวหรือย่อสั้นเป็นอย่างอื่น ก็สุดแล้วแต่ความเหมาะสม.



ว่าด้วยการป้องกันการบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ค.ศ. 2003 ภายใต้อำนาจ “Circumstance in which the individual has a reasonable expectation of privacy” ทั้งนี้ ขอบเขตอันสมควรคาดหวังความเป็นส่วนตัวเป็นแนวคิดการกำหนดระดับความคุ้มครองสิทธิ ความเป็นส่วนตัว โดยพิจารณาหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เช่น บรรทัดฐานของสังคม เสรีภาพในการแสดงออก และข้อยกเว้นว่าด้วยความยินยอมและประโยชน์สาธารณะ เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการคุ้มครองสิทธิ ความเป็นส่วนตัวของบุคคลเดียวกระทบต่อประโยชน์สาธารณะและเสรีภาพในการแสดงออกของผู้อื่น มากจนเกินควร

ขณะที่ประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ ไม่มีบทบัญญัติ ความผิดฐานบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอมโดยเฉพาะ และมาตราอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นมาตรา 280/1 มาตรา 287 มาตรา 287/1 มาตรา 287/2 มาตรา 388 และมาตรา 392 กลับมีข้อจำกัดไม่สามารถบังคับใช้แก่การกระทำดังกล่าว ทำให้การดำเนินคดีในปัจจุบันกับผู้กระทำ ความผิดเป็นไปตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 ซึ่งเป็นความผิดลหุโทษมีระวางโทษ ไม่เหมาะสมและไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด⁴ นอกจากนี้ ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 12983/2558⁵ พยายามสร้างความยุติธรรมแก่ผู้เสียหายด้วยการตีความขยายความให้ การบันทึกภาพ ไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอมซึ่งไม่ได้สัมผัสเนื้อตัวร่างกายโดยตรงเป็นการกระทำ อนาจาร และเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายต่อจิตใจทำให้ผู้เสียหายรู้สึกสะเทือนใจอับอายขายหน้า อันเป็นการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 ขัดต่อหลักการพื้นฐานกฎหมาย อาญาทั่วไปว่าด้วยการห้ามเทียบเคียงกฎหมาย⁶ (*analogy* หรือ *lex stricta*)⁷ นอกจากนี้จะเห็นว่ องค์ประกอบความผิดของประมวลกฎหมายอาญามาตรา 278 และมาตรา 397 ไม่ได้บัญญัติขึ้น เพื่อคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวของบุคคลโดยตรง จึงขาดการพิจารณาขอบเขตอันสมควรคาดหวัง ความเป็นส่วนตัวในสถานที่สาธารณะ ซึ่งมีความสำคัญต่อการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของ ผู้บันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ด้วยเหตุนี้อาจนำไปสู่ปัญหาการคุ้มครอง สิทธิความเป็นส่วนตัวเชิงอัตวิสัย (subjective) อันอาจกระทบต่อประโยชน์สาธารณะและจำกัด เสรีภาพในการแสดงออกของประชาชนมากจนเกินควร

บทความนี้มุ่งวิเคราะห์ถึงสภาพปัญหาและข้อจำกัดของการบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญา แก่การบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ในสถานที่สาธารณะ⁸ เพื่อชี้ให้เห็นถึง

⁴ รมณณ์ บุญมี, ‘การแอบมองหรือการแอบถ่ายภาพในทางเพศกับกฎหมายอาญา Voyeurism, is it a crime?’ (2560) รพี 2560 28-30.

⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 (ย่อยาว). อัยการนิเทศ สำนักงานอัยการสูงสุด (2559) 81 อัยการนิเทศ 67, 67-69 หรือ <https://www.smartdeka.com/each_deka/คำพิพากษาศาลฎีกาที่12983_2558> สืบค้นเมื่อ 8 เมษายน 2565.

⁶ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ และรมณณ์ บุญมี, *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 22, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2564) 26.

⁷ รมณณ์ บุญมี (เชิงอรรถ 4) 33.

⁸ ความผิดฐาน “บันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ในสถานที่สาธารณะ” เรียกเข้าใจง่าย ๆ ว่า “แอบถ่าย” แต่ผู้เขียนไม่เลือกใช้ถ้อยคำดังกล่าว เพราะอาจทำให้ผู้อ่านเข้าใจผิดเป็นการบันทึกภาพขณะผู้เสียหายไม่รู้ตัวตาม ความหมายทั่วไป ซึ่งแท้จริงมีความหมายทางกฎหมายว่าการบันทึกภาพโดยไม่ได้รับความยินยอม โดยผู้เสียหายอาจรู้ตัวขณะถูก

ความจำเป็นในการบัญญัติเพิ่มเติมความผิดฐานบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ในสถานที่สาธารณะไว้ในประมวลกฎหมายอาญา โดยผู้เขียนจะแบ่งอธิบายออกเป็น 4 ส่วน เริ่มจากความหมาย รูปแบบ และผลกระทบของการบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม เพื่อสร้างความเข้าใจพื้นฐานของการกระทำความผิดฐานนี้ จากนั้นจะยกตัวอย่างแนวทางการบัญญัติความผิดฐานบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ในสถานที่สาธารณะตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการป้องกันการบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ค.ศ. 2003 (Video voyeurism Prevention Act of 2003) ซึ่งเป็นกฎหมายระดับรัฐ (Federal law) และกฎหมายระดับมลรัฐอื่น ๆ (State law) ของประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อชี้ให้เห็นถึงขอบเขตอันสมควรคาดหมายความเป็นส่วนตัวในสถานที่สาธารณะ ก่อนนำไปสู่การวิเคราะห์ถึงสภาพปัญหาและข้อจำกัดของการบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญา และอธิบายถึงความจำเป็นของการกำหนดขอบเขตอันสมควรคาดหมายความเป็นส่วนตัวในสถานที่สาธารณะของบุคคลที่มีสติสัมปชัญญะครบถ้วนและอายุเกิน 18 ปี ขึ้นไป เพื่อสนับสนุนให้สร้างความผิดฐานนี้ขึ้นใหม่ในประมวลกฎหมายอาญา ต่อท้ายด้วยบทสรุปและข้อเสนอแนะ

2. การบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ในสถานที่สาธารณะ

การบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม (video voyeurism หรือ modern voyeurism) มีพัฒนาการมาจากพฤติกรรมจำพวกถ้ำมอม (Peeping Tom หรือ traditional voyeurism) ซึ่งต่อมาอาศัยความสามารถทางเทคโนโลยีก่ออาชญากรรม เพื่อหลีกเลี่ยงการบุกรุกทางกายภาพ ป้องกันไม่ให้ผู้เสียหายรู้ตัว และยากต่อการจับกุม เนื่องจากเลนส์กล้องที่ติดตั้งควบคู่กับอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์มีส่วนช่วยให้ผู้กระทำความผิดสามารถล่องล่ำไปยังพื้นที่ส่วนตัว ซึ่งไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาเปล่าของมนุษย์ และยังสามารถสำรองข้อมูลภาพอย่างถาวร เปิดซ้ำ

บันทึกภาพหรือไม่ก็ได้ เบื้องต้นความผิดฐานนี้มีกรรมอยู่ในความผิดฐานเดียวกับการถ้ำมอมผู้อื่นในลักษณะไม่เหมาะสมทางเพศโดยไม่ยินยอม และ/หรือการบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ในสถานที่ส่วนตัว ซึ่งใช้บางองค์ประกอบความผิดเหมือนกัน แต่กำหนดให้ขอบเขตอันสมควรคาดหมายความเป็นส่วนตัวในสถานที่สาธารณะแตกต่างกัน เนื่องจากผู้เขียนตั้งใจศึกษาการกระทำในสถานที่สาธารณะ จึงแปลความผิดฐานดังกล่าวเฉพาะที่อยู่ในขอบเขตการศึกษาของผู้เขียนให้เป็นภาษาไทยด้วยตนเอง อันมีที่มาจากการทำความเข้าใจเนื้อหาบทบัญญัติกฎหมายของต่างประเทศที่มีชื่อเรียกฐานความผิดแตกต่างกัน เช่น (เชิงอรธ 1). กฎหมายระดับรัฐของประเทศสหรัฐ มาตรา 1801 เรียกว่า “Video voyeurism” ประมวลกฎหมายอาญาแคนาดา มาตรา 162 เรียกว่า “Voyeurism” กฎหมายของประเทศอังกฤษและเวลส์ มาตรา 67A เรียกว่า “Voyeurism” หรือเป็นที่เข้าใจง่ายว่า “Upskirt” และกฎหมายของประเทศนิวซีแลนด์เรียกว่า “Intimate visual recording” และเห็นความแตกต่าง (ในเชิงการคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัว) ระหว่างนิยามของสถานที่สาธารณะและสถานที่ส่วนตัวกับสาธารณสถานตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(4) ซึ่งผู้เขียนได้วิเคราะห์ความหมายของ “ภาพไม่เหมาะสมทางเพศ” และ “สถานที่สาธารณะ” ไว้ในบทความฉบับนี้แล้ว นอกจากนี้ฐานความผิดภาษาอังกฤษเหล่านี้ไม่ปรากฏการแปลเป็นภาษาไทยมาก่อน ประกอบกับผู้เขียนประสงค์ให้ฐานความผิดสื่อถึงสิทธิความเป็นส่วนตัวมากกว่านัยยะทางเพศ จึงแปลให้กระชับเป็น “ความผิดฐานบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ในสถานที่สาธารณะ” อย่างไรก็ดี หากผู้อ่านหรือในอนาคตเห็นสมควรเรียกฐานความผิดดังกล่าวเป็นอย่างอื่น ก็สุดแล้วแต่ความเหมาะสม.

เท่าที่ต้องการ และถ่ายโอนข้อมูลภาพผ่านการเชื่อมต่อเครือข่ายไร้สาย (Internet หรือ Bluetooth) ไปยังบุคคลภายนอกในเวลาอันรวดเร็ว ด้วยเหตุนี้อาชญากรจึงอาศัยประโยชน์จากเทคโนโลยีกระทำความผิด

การบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม เดิมอาชญากรมักลักลอบติดตั้งกล้องบันทึกภาพในสถานที่ส่วนตัว (เคสสถานและบริเวณเคสสถาน หรือสถานที่ที่สาธารณะ) เพื่อแอบบันทึกภาพผู้เสียหายในสภาพเปลือยกายทั้งหมดหรือบางส่วน หรือขณะทำกิจกรรมส่วนตัว แต่ต่อมาด้วยนวัตกรรมของเลนส์กล้องที่มีขนาดเล็กและบางเฉียบถูกนำไปติดตั้งควบคู่กับอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่น เช่น โทรศัพท์มือถือ หรืออุปกรณ์ทั่วไปให้มีลักษณะพรางตา เช่น กล้องปากกา กล้องขวดน้ำ กล้องนาฬิกา ทำให้อาชญากรสลับทางก่อเหตุในสถานที่สาธารณะ บันทึกภาพบริเวณใต้ร่มผ้า หรือลอดผ่านเสื้อผ้าของผู้อื่นโดยไม่ยินยอมอย่างง่ายดาย

ในส่วนนี้ ผู้เขียนจะอธิบายถึงความหมายทางกฎหมายของการบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ในสถานที่สาธารณะ จากนั้นจะอธิบายถึงรูปแบบของการกระทำความผิด และผลกระทบของการกระทำความผิดเป็นลำดับสุดท้าย

2.1 ความหมายทางกฎหมายของการบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ในสถานที่สาธารณะ

จากการศึกษาความหมายของฐานความผิดตามกฎหมายอาญาต่างประเทศ ขอแบ่งอธิบายความหมายของการบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ในสถานที่สาธารณะ ออกเป็น 3 ส่วน ได้แก่ “การบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม” “ภาพไม่เหมาะสมทางเพศ” และ “สถานที่สาธารณะ” เพื่อสร้างความเข้าใจพื้นฐานก่อนนำไปสู่การอธิบายรูปแบบของการการบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ในสถานที่สาธารณะ

2.1.1 ความหมายของการบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม

โดยทั่วไปการบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอมเป็นการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวของผู้อื่นด้วยการบุกรุกทางสายตา (visual trespass)⁹ และผู้กระทำความผิดบางรายมีเจตนาพิเศษเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ กฎหมายอาญาต่างประเทศต่างใช้ชื่อฐานความผิดสำหรับการบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอมแตกต่างกัน บางประเทศรวมการบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอมไว้ในความผิดฐานเดียวกับการถ่มองผู้อื่นในลักษณะไม่เหมาะสมทางเพศโดยไม่ยินยอม โดยใช้ชื่อฐานความผิดว่า “Voyeurism”¹⁰ ขณะที่

⁹ Stuart P. Green, ‘To see and be seen reconstructing the law of voyeurism and exhibitionism’ (2017) 54 American Criminal Law Review 18 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2983894> สืบค้นเมื่อ 8 เมษายน 2565.

¹⁰ ประมวลกฎหมายอาญาแคนาดา (Criminal Code R.S.C., 1985, c. C-46) มาตรา 162 Government of Canada (Justice Laws Website, 28 เมษายน 2565) <<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/section-162.HTML>> สืบค้นเมื่อ 13 พฤษภาคม 2565; เปรียบเทียบ กฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษและเวลส์ (Sexual Offences Act 2003)

กฎหมายระดับรัฐส่วนใหญ่ของประเทศสหรัฐอเมริกา กำหนดให้ความผิดฐานถ้ามองผู้อื่นในลักษณะไม่เหมาะสมทางเพศโดยไม่ยินยอมมีชื่อฐานความผิดว่า “Voyeurism” ส่วนการบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอมมีชื่อฐานความผิดว่า “Video voyeurism” ซึ่งตรงกับชื่อฐานความผิดของกฎหมายระดับรัฐ¹¹ เพราะฉะนั้น การบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอมของบทความนี้ หมายถึง ความผิดฐาน “Video voyeurism” เช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

การบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม หรือ “Video voyeurism” หมายถึง การบันทึกภาพด้วยอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ ทำให้ปรากฏภาพนิ่ง หรือภาพเคลื่อนไหว รวมถึงการนำภาพถ่ายทอดออกอากาศสู่สาธารณะในเวลาเดียวกันขณะบันทึกภาพ (live stream หรือ broadcast)¹² ในขณะที่ผู้เสียหายไม่รู้ตัว กล่าวคือ ไม่ได้รับความยินยอมจากผู้เสียหาย¹³ เนื่องจากผู้เสียหายขาดการรับรู้ถึงผลร้ายที่จะเกิดจากการบันทึกภาพ (knowledge) จึงไม่สามารถยอมรับผลร้ายอย่างเต็มที่ และไม่สามารถให้ความยินยอมในขณะที่บันทึกภาพ¹⁴ ซึ่งภาพดังกล่าวปรากฏให้เห็นผู้เสียหายขณะทำกิจกรรมส่วนตัว กิจกรรมทางเพศ หรือบริเวณส่วนตัวของร่างกายผู้เสียหาย ทั้งนี้อาจ

มาตรา 67 (legislation.gov.uk) <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/section/67>> สืบค้นเมื่อ 13 พฤษภาคม 2565; เปรียบเทียบ กฎหมายอาญาของประเทศสิงคโปร์ (Penal Code 1871 Chapter 224) มาตรา 377BB (Singapore Statutes Online, 13 พฤษภาคม 2565) <<https://sso.agc.gov.sg/Act/PC1871?ProvIds=pr377BB->> สืบค้นเมื่อ 13 พฤษภาคม 2565.

¹¹ กฎหมายระดับรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา (The United States Code) มาตรา 1801 (Congress.gov) <<https://www.congress.gov/108/crpt/hrpt504/CRPT-108hrpt504.pdf>> สืบค้นเมื่อ 13 พฤษภาคม 2565.

¹² กฎหมายระดับรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรา 1801

Section 1801 of the United States Code states that

“(b) In this section—

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

¹³ กฎหมายระดับรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรา 1801 Office of the Law Revision Counsel United States Code <<https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=%28title:18%20section:1801%20edition:prelim%29%20> สืบค้นเมื่อ 18 พฤษภาคม 2565

Section 1801 of the United States Code states that

“(a) Whoever, in the special maritime and territorial jurisdiction of the United States, has the intent to capture an image of a private area of an individual without their consent, and knowingly does so under circumstances in which the individual has a reasonable expectation of privacy, shall be fined under this title or imprisoned not more than one year, or both. ...”; เปรียบเทียบ Government of Canada (Justice Laws Website, 13 พฤษภาคม 2565) <<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/section-162.HTML>> สืบค้นเมื่อ 18 พฤษภาคม 2565

Section 162 of Canada Criminal Code R.S.C., 1985, c. C-46 states that

“(1) Every one commits an offence who, surreptitiously, observes — including by mechanical or electronic means — or makes a visual recording of a person who is in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy, if ...”.

¹⁴ กมลชัย รัตนสกวาศ์, ‘ความยินยอมในกฎหมายอาญา’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2549) 48.



สำรองข้อมูลภาพไว้ในรูปแบบกายภาพหรืออิเล็กทรอนิกส์ หรือไม่สำรองไว้ก็ได้¹⁵ อย่างไรก็ตาม การบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ในสถานที่สาธารณะ คຸ່ມครองผู้เสียหายจากการถูกบันทึกภาพโดยไม่ได้รับความยินยอม เฉพาะบริเวณส่วนตัวของร่างกาย เท่านั้น

2.1.2 ความหมายของภาพไม่เหมาะสมทางเพศ

กฎหมายและคำพิพากษาศาลต่างประเทศกำหนดความคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวของบุคคลในสถานที่สาธารณะจากการบันทึกภาพโดยไม่ยินยอม เฉพาะบริเวณส่วนตัวของร่างกาย ไม่รวมถึงขณะทำกิจกรรมส่วนตัว¹⁶ ทำให้ “ภาพไม่เหมาะสมทางเพศ” หมายถึง ภาพที่ปรากฏให้เห็น

¹⁵ Parliamentary Counsel Office (New Zealand Legislation) <<https://www.legislation.govt.nz/act/public/1961/0043/latest/DLM329852.html>> สืบค้นเมื่อ 18 พฤษภาคม 2565

Section 216G of New Zealand Crime Act 1961 No. 43 states that

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

(a) a physical form; or

(b) an electronic form from which the recording is capable of being reproduced with or without the aid of any device or thing.”.

¹⁶ ดู Bert-Jaap Koops and others, ‘The Reasonableness of Remaining Unobserved: A Comparative Analysis of Visual Surveillance and Voyeurism in Criminal Law’ (2018) Law & Social Inquiry 12-13 <<https://ssrn.com/abstract=3142742>> สืบค้นเมื่อ 18 พฤษภาคม 2565

; เปรียบเทียบ ประมวลกฎหมายอาญาแคนาดา มาตรา 162

Section 162 of Canada Criminal Code R.S.C., 1985, c. C-46 states that

“(1) Every one commits an offence who, surreptitiously, observes — including by mechanical or electronic means — or makes a visual recording of a person who is in circumstances that give rise to a reasonable expectation of privacy, if

(a) the person is in a place in which a person can reasonably be expected to be nude, to expose his or her genital organs or anal region or her breasts, or to be engaged in explicit sexual activity;

(b) the person is nude, is exposing his or her genital organs or anal region or her breasts, or is engaged in explicit sexual activity, and the observation or recording is done for the purpose of observing or recording a person in such a state or engaged in such an activity; or ...”

; เปรียบเทียบ กฎหมายอาญาของประเทศนิวซีแลนด์ มาตรา 216G

Section 216G of New Zealand Crime Act 1961 No. 43 states that

“(1) In sections 216H to 216N, intimate visual recording means a visual recording (for example, a photograph, videotape, or digital image) that is made in any medium using any device without the knowledge or consent of the person who is the subject of the recording, and the recording is of—

(a) a person who is in a place which, in the circumstances, would reasonably be expected to provide privacy, and that person is—

(i) naked or has his or her genitals, pubic area, buttocks, or female breasts exposed, partially exposed, or clad solely in undergarments; or

(ii) engaged in an intimate sexual activity; or

บริเวณส่วนตัวของร่างกายมนุษย์ (private area หรือ intimate area) ซึ่งภาพดังกล่าวไม่จำเป็นต้องได้มาขณะบุคคลกระทำทางเพศเพื่อสนองความใคร่เสมอไป เช่น มีเพศสัมพันธ์ กอด จูบ ลูบคลำ¹⁷ แต่อาจเป็นภาพที่ได้มาขณะบุคคลดำเนินอิริยาบถทั่วไป เช่น นั่ง ลูก เดิน ก้ม เงย¹⁸ เมื่อพิจารณากฎหมายและคำพิพากษาศาลต่างประเทศสามารถแบ่งความหมายของภาพไม่เหมาะสมทางเพศออกเป็น 2 กรณี ดังนี้

กรณีที่หนึ่ง ภาพบริเวณส่วนตัวของร่างกาย ได้แก่ อวัยวะเพศ บริเวณหัวหน่าว ทวารหนัก ก้น หรือนมของเพศหญิงหรือชายซึ่งอยู่ในสภาพเปลือยหรือสวมชุดชั้นในปิดทับ และบุคคลกระทำใด ๆ เพื่อปกปิดไม่ให้ปรากฏสู่สายตาสาธารณะ หรือเปิดเผยสู่สายตาสาธารณะซึ่งบริเวณส่วนตัวของร่างกายดังกล่าว ทว่ากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาบัญญัติคุ้มครองเฉพาะนมของเพศหญิง ซึ่งมีสัดส่วนตั้งแต่ลานนมลงไป¹⁹ ต่างจากกฎหมายของประเทศแคนาดาและนิวซีแลนด์บัญญัติคุ้มครองนมทั้งหมดเฉพาะเพศหญิง²⁰ ขณะที่ประเทศอังกฤษคุ้มครองนมทั้งหมดของเพศหญิงและชาย²¹ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับ การกำหนดขอบเขตของสิทธิความเป็นส่วนตัวเป็นส่วนตัวของฝ่ายนิติบัญญัติ

กรณีที่สอง ภาพบริเวณส่วนตัวของร่างกายที่มีเสื้อผ้าภายนอกปกปิด เช่น ภาพนมของเพศหญิงที่สวมชุดนักเรียนจากคำพิพากษาศาลคดี *R v Jarvis* (2019) ของประเทศแคนาดา²²

(iii) engaged in showering, toileting, or other personal bodily activity that involves dressing or undressing; or

(b) a person's naked or undergarment-clad genitals, pubic area, buttocks, or female breasts which is made—

(i) from beneath or under a person's clothing; or

(ii) through a person's outer clothing in circumstances where it is unreasonable to do so”

; เปรียบเทียบ legislation.gov.uk <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/section/68>> สืบค้นเมื่อ 18 พฤษภาคม 2565

Section 68 of Sexual Offences Act 2003 states that

“(1) For the purposes of section 67, a person is doing a private act if the person is in a place which, in the circumstances, would reasonably be expected to provide privacy, and—

(a) the person's genitals, buttocks or breasts are exposed or covered only with underwear,

(b) the person is using a lavatory, or

(c) the person is doing a sexual act that is not of a kind ordinarily done in public. ...”.

¹⁷ แตกต่างจากนิยามของสื่อลามกอนาจารเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(17) ซึ่งผู้เขียนจะวิเคราะห์ต่อไปในหัวข้อที่ 4.2.

¹⁸ Bert-Jaap Koops และคณะ (เชิงอรรถ 16).

¹⁹ ดู (เชิงอรรถ 1). กฎหมายระดับรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรา 1801 (b) (3) และ (4).

²⁰ ดู (เชิงอรรถ 1). ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศแคนาดา มาตรา 162 (1) (a) และ (b); เปรียบเทียบ (เชิงอรรถ 1). กฎหมายอาญาของนิวซีแลนด์ มาตรา 216G (1) (a) และ (b).

²¹ ดู (เชิงอรรถ 1). กฎหมายอาญาของประเทศไทยและเวลส์ มาตรา 67A (2) (b); เปรียบเทียบ (เชิงอรรถ 16). มาตรา 68.

²² *R v. Jarvis*, 2019 SCC 10, [2019] 1 S.C.R. 488, para.7-12 (Supreme Court of Canada, 14 กุมภาพันธ์ 2019) <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/17515/1/document.do>> สืบค้นเมื่อ 23 มีนาคม 2565.



2.1.3 ความหมายของสถานที่สาธารณะ

สถานที่เป็นหนึ่งในหลักเกณฑ์พิจารณาสำคัญในการกำหนดระดับความคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวของบุคคลเชิงภาวะวิสัย (objective) ซึ่งความผิดฐานบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม (Video voyeurism) ของกฎหมายอาญาต่างประเทศ กำหนดขอบเขตของสิทธิความเป็นส่วนตัวในสถานที่ส่วนตัวกว้างกว่าสถานที่สาธารณะ²³ ซึ่งความผิดฐานดังกล่าวในกฎหมายอาญาต่างประเทศให้ความหมายที่แตกต่างระหว่างสถานที่ส่วนตัวกับสถานที่สาธารณะดังนี้

2.1.3.1 สถานที่ส่วนตัว (private place)

ความผิดฐานบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอมของกฎหมายอาญาต่างประเทศที่มุ่งคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวในสถานที่ส่วนตัว มักบัญญัติคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวของบุคคลในสถานที่ส่วนตัว ด้วยถ้อยคำขององค์ประกอบความผิดทำนองว่า “ในสถานที่ซึ่งบุคคลสามารถคาดหวังความเป็นส่วนตัว (in place where person has a reasonable expectation of privacy)”²⁴ ซึ่งหมายถึง “ในสถานที่ซึ่งบุคคลเชื่อได้ว่าเขาหรือเธอสามารถเปลือยกายได้โดยปราศจากการถูกล้อม ลักลอบบันทึกภาพ หรือลักลอบถ่ายทอดออกอากาศจากบุคคลภายนอก (a place where a person would believe that he or she could fully disrobe in privacy, without being concerned that the person’s undressing was being viewed, record, or broadcasted by another)”²⁵ โดยคำว่า “สถานที่ (place)” ในที่นี้ หมายถึง อาณาเขตดินแดน ไม่ใช่บริเวณส่วนตัวของร่างกายแต่อย่างใด²⁶ แนวคำพิพากษาศาลตีความให้สถานที่ซึ่งบุคคลสามารถคาดหวังความเป็นส่วนตัวจากการถูกล้อมหรือลักลอบบันทึกภาพ บริเวณส่วนตัวของร่างกาย และขณะทำกิจกรรมส่วนตัวหรือกิจกรรมทางเพศ ได้แก่²⁷

²³ Bert-Jaap Koops และคณะ (เชิงอรรถ 16) 10-12.

²⁴ ดู (เชิงอรรถ 1). กฎหมายระดับรัฐและระดับมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรา 1801; เปรียบเทียบ (เชิงอรรถ 1). ประมวลกฎหมายอาญาแคนาดา มาตรา 162 (1) (a); เปรียบเทียบ [legislation.gov.uk <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/section/67>](https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/section/67) สืบค้นเมื่อ 18 พฤษภาคม 2565. กฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษ มาตรา 67; เปรียบเทียบ (เชิงอรรถ 1 และ 16). มาตรา 67A และมาตรา 68; เปรียบเทียบ (เชิงอรรถ 1). กฎหมายอาญาของประเทศนิวซีแลนด์ มาตรา 216G (1) (a).

²⁵ เพิ่งอ้าง. กฎหมายระดับรัฐและระดับมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรา 1801.

²⁶ Washington Supreme Court, *State v. Glas* 54 P.3d 147 (2002) 147 Wash.2d 410 <<https://law.justia.com/cases/washington/supreme-court/2002/71514-9-1.html>> สืบค้นเมื่อ 8 เมษายน 2565

“...The voyeurism statute... two categories of private places modify and define the place where a person may have a reasonable expectation of privacy... Thus, it is the physical location of the person that is ultimately at issue, not the part of the person's body...”

²⁷ Richards J. Sanders, “‘I’ll be watching you’: the Florida Voyeurism Offense” (2015) 89 (2) The Florida Bar Journal 3-5 <<https://www.floridabar.org/the-florida-bar-journal/ill-be-watching-you-the-florida-voyeurism-offense/>> สืบค้นเมื่อ 18 พฤษภาคม 2565.

(1) เคหสถานและบริเวณใกล้เคียงของเคหสถาน (dwelling และ curtilage)²⁸ เช่น คดีเกี่ยวกับชอนกล้องจิ๋วแอบบันทึกภาพคนรักขณะอาบน้ำในห้องน้ำบ้านของจำเลย²⁹ ชอนกล้องจิ๋วบันทึกภาพขณะอาบน้ำในห้องน้ำบ้านของผู้เสียหาย³⁰ แอบบันทึกภาพขณะมีเพศสัมพันธ์กับคนรักในห้องนอน³¹ แอบตั้งกล้องบริเวณหน้าต่างห้องนอนบ้านเพื่อนเพื่อบันทึกภาพขณะเพื่อนมีเพศสัมพันธ์กับคนรัก³² ใช้กล้องซูมจากบริเวณนอกบ้านเพื่อบันทึกภาพขณะอาบน้ำในห้องน้ำในบ้านของผู้เสียหาย³³ หรือใช้กล้องซูมจากบริเวณนอกบ้านเพื่อบันทึกภาพขณะเปลือยกายแอบแดดบริเวณหลังบ้านของผู้เสียหาย³⁴ เป็นต้น

(2) สถานที่กึ่งสาธารณะ (semi-public place)³⁵ หมายถึง พื้นที่อาณาเขตดินแดนที่มีตำแหน่งทับซ้อนกับสถานที่สาธารณะ แต่บุคคลสามารถคาดหมายความเป็นส่วนตัวเมื่อตนเข้าครอบครองใช้ประโยชน์จากสถานที่ในเวลานั้น ๆ³⁶ ทำให้สถานที่ดังกล่าวเปลี่ยนสภาพเป็นสถานที่ซึ่งบุคคลอื่นไม่มีสิทธิเข้าไปโดยชอบธรรม เช่น ห้องพักโรงแรม ห้องน้ำสาธารณะ ห้องเปลี่ยนเสื้อผ้า

²⁸ Florida Statutes Title XLVI. Crimes Section 810.011 (1) – (3) <http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&URL=0800-0899/0810/Sections/0810.011.html> สืบค้นเมื่อ 11 มีนาคม 2565

Florida Statutes Title XLVI. Crimes Section 810.011 (1) – (3) states that

“As used in this chapter:

(1) “Structure” means a building of any kind, either temporary or permanent, which has a roof over it, together with the curtilage thereof. ...

(2) “Dwelling” means a building or conveyance of any kind, including any attached porch, whether such building or conveyance is temporary or permanent, mobile or immobile, which has a roof over it and is designed to be occupied by people lodging therein at night, together with the curtilage thereof. ...

(3) “Conveyance” means any motor vehicle, ship, vessel, railroad vehicle or car, trailer, aircraft, or sleeping car; and “to enter a conveyance” includes taking apart any portion of the conveyance. ...”.

²⁹ The Court of Appeal of Manitoba, *R v McFarlane* (2018) MBCA 48.

³⁰ The Provincial Court of Columbia, *R. v. Concepcion* (2017) BCPC 153.

³¹ Ontario Court of Justice, *R. v. P.D* (2011) ONCJ 133; เปรียบเทียบ STATE of Wisconsin, *State v. Jahnke* (2008) 762 N.W.2d 696.

³² The Provincial Court of Alberta, *R. v. Pan* (2012) ABPC 203.

³³ Ontario Court of Justice, *R. v. M.G* (2008) ONCJ 476.

³⁴ Richard J. Sanders (เชิงอรรถ 27) 3.

³⁵ สถานที่กึ่งสาธารณะ ถือเป็นสถานที่ส่วนตัวที่ทับซ้อนในนิยามของสาธารณสถานตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(3) และสามารถเปลี่ยนสภาพจากสถานที่สาธารณะซึ่งประชาชนมีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้สู่สถานที่ส่วนตัวซึ่งประชาชนทั่วไปไม่สามารถเข้าไปตรวจดูที่บุคคลอื่นเข้าครอบครองสถานที่ดังกล่าวในช่วงเวลาใดเวลาหนึ่ง ผู้เขียนจึงให้คำจำกัดความว่า “สถานที่กึ่งสาธารณะ” นอกจากนั้นการคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวในสถานที่กึ่งสาธารณะให้การคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวจากการแอบบันทึกภาพ ไม่ว่าจะเป็นบริเวณส่วนตัวของร่างกาย ขณะทำกิจกรรมส่วนตัวหรือกิจกรรมทางเพศเช่นเดียวกับสถานที่ส่วนตัวอย่างเคหสถานและบริเวณเคหสถาน ตรงกันข้ามกับสถานที่สาธารณะที่คุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวเฉพาะบริเวณส่วนตัวของร่างกายของผู้เสียหาย.

³⁶ Richard J. Sanders (เชิงอรรถ 27) 8.



หรือห้องอบผิวน้ำ เช่น คดีเกี่ยวกับช้อนกลิ้งจิ๋วในโถปัสสาวะของห้องน้ำชายในที่ทำงาน³⁷ ช้อนกลิ้งจิ๋วแอบบันทึกภาพบนผนังเพดานห้องน้ำชายในที่ทำงาน³⁸ หรือแอบบันทึกภาพขณะมีเพศสัมพันธ์กับคนรักในห้องพักโรงแรม³⁹ เป็นต้น

2.1.3.2 สถานที่สาธารณะ (public place)

สถานที่สาธารณะ หมายถึง สถานที่ที่ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าไปได้ หรือสถานที่ซึ่งประชาชนอยู่ร่วมกัน⁴⁰ เช่น บนขนส่งสาธารณะ ทางเท้าบนถนน ห้างสรรพสินค้า ชายหาด พิพิธภัณฑ์ บาร์ หรือร้านอาหาร เป็นต้น แต่ไม่รวมถึงสถานที่ซึ่งสาธารณะที่บุคคลสามารถคาดหมายความเป็นส่วนตัว หรือสถานที่ที่บุคคลสามารถอยู่ตามลำพัง ระหว่างครอบครองใช้ประโยชน์จากพื้นที่อาณาเขตดินแดนตามที่กล่าวไว้ข้างต้น

2.2 รูปแบบของการกระทำความผิด

การบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ในสถานที่สาธารณะ สามารถกระทำได้หลากหลายรูปแบบขึ้นอยู่กับความสามารถของอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้กระทำความผิด ซึ่งรูปแบบของการกระทำความผิดส่วนใหญ่ ได้แก่

2.2.1 การบันทึกภาพได้ร่มผ้า (upskirt)

การบันทึกภาพได้ร่มผ้า หมายถึง การบันทึกภาพผู้เสียหายโดยไม่ยินยอม ด้วยการใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ที่ติดตั้งกล้องซ่อนได้ร่มผ้า (เสื้อผ้ายกนอก) เพื่อบันทึกภาพให้ปรากฏเห็นอวัยวะเพศ บริเวณหัวหน่าว ทวารหนัก หรือก้น ซึ่งอยู่ในสภาพเปลือยหรือสวมชุดชั้นในปิดทับอยู่ก็ได้⁴¹ (บริเวณส่วนตัวของร่างกายภายใน) ยกตัวอย่างเช่น ลักลอบช้อนกลิ้งจิ๋วในรูของรองเท้า จากนั้นวางเท้าไว้ใต้กระโปรงของหญิง หรือหยางกล้องในถุงกระต่ายให้โด่งศาแล้วนำไปวางบริเวณทางขึ้นลงบันไดหรือบันไดขั้นถัดจากผู้เสียหาย เพื่อลักลอบบันทึกภาพทางเงานของผู้เสียหาย เป็นต้น⁴²

³⁷ The Provincial Court of Alberta, *R. v. Weinheimer* (2007) ABPC 349.

³⁸ Ontario Court of Justice, *R. v. B.H.* (2017) ONCJ 377.

³⁹ Ontario Court of Justice, *R. v. S.M.* (2010) ONCJ 347.

⁴⁰ Jonathan Law BA, *Oxford Dictionary of Law* (9th edn, Oxford University Press 2018) 545. “Public place means A place to which the public has access ...”; เปรียบเทียบ Bryan A. Garner, *Black’s Law Dictionary* (2nd edn, Pocket Edition, 2001) 569. “Public means (adjective) 1. Relating or belonging to an entire community, state or nation 2. Open or available for all to use, share, or enjoy 3. Having shares that are available on an open market (noun) 1. The people of a nation or community as a whole 2. A place open or visible to public”.

⁴¹ Valerie Bell, Craig Hemmens and Benjamin Steiner, ‘Up Skirts and Down Blouses: A Statutory Analysis of Legislative Responses to Video voyeurism’ (2006) 19 Criminal Justice Studies 303 <https://www.researchgate.net/publication/240534560_Up_Skirts_and_Down_Blouses_A_Statutory_Analysis_of_Legislative_Responses_to_Video_Voyeurism> สืบค้นเมื่อ 8 เมษายน 2565.

⁴² เพ็งอ้าง.

2.2.2 การบันทึกภาพลอดผ่านเสื้อผ้า (down blouse)

การบันทึกภาพลอดผ่านเสื้อผ้า หมายถึง การบันทึกภาพผู้เสียหายโดยไม่ยินยอม ด้วยการใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ที่ติดตั้งกล้องกำหนดองศาทางแยงลงหรือซูมลอดผ่านช่องว่างของเสื้อผ้า (เสื้อผ้าภายนอก) เพื่อให้เห็นเนินนม นม หรือยอดถันของผู้อื่น ซึ่งอยู่ในสภาพเปลือยหรือสวมชุดชั้นในปิดบังอยู่ ก็ได้ (บริเวณส่วนตัวของร่างกายภายใน)⁴³ ยกตัวอย่างเช่น ลักลอบซูมกล้องบันทึกภาพนมและยอดถันของผู้อื่นซึ่งอยู่ชั้นล่างของห้างสรรพสินค้า⁴⁴

2.3 ผลกระทบของการกระทำความผิด

อาชญากรรมที่อาศัยความสามารถทางเทคโนโลยีอย่างกล้องบันทึกภาพ ย่อมมีระดับความร้ายแรงกว่าการถ่มอง ด้วยเหตุผลหลายประการ เช่น เลนส์กล้องมีความสามารถล่งล้ำไปยังพื้นที่ส่วนตัวซึ่งไม่สามารถมองเห็นได้ด้วยตาเปล่าของมนุษย์ อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์สามารถสำรองข้อมูลภาพอย่างถาวร เปิดเข้าเท่าที่ต้องการ และถ่ายโอนข้อมูลภาพผ่านการเชื่อมต่อเครือข่ายไร้สายไปยังบุคคลภายนอกในเวลาอันรวดเร็ว ทำให้ยากต่อการควบคุม ขณะเดียวกันเลนส์กล้องที่มีขนาดเล็กและบางเฉียบมักถูกนำไปติดตั้งควบคู่กับอุปกรณ์ทั่วไปให้มีลักษณะพรางตา เช่น กล้องปากกา กล้องขวดน้ำ กล้องนาฬิกา ทำให้ผู้เสียหายส่วนใหญ่ไม่รู้ตัว และเพิ่มโอกาสให้ผู้กระทำความผิดลักลอบบันทึกภาพตามอำเภอใจ

สิทธิความเป็นส่วนตัวมีความสำคัญต่อคุณค่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เพราะมนุษย์มีเสรีภาพในการดำเนินชีวิตเพื่อแสวงหาความสุขตามวิถีทางที่ตนพึงพอใจ ทำให้บุคคลมีอำนาจการตัดสินใจดำเนินชีวิตที่จะกำหนดพื้นที่ส่วนตัวของบริเวณส่วนตัวของร่างกาย เช่น อวัยวะเพศ ก้น นม จำกัดการเข้าถึงพื้นที่ส่วนตัวจากสิ่งอื่นไม่พึงประสงค์ใด ๆ และป้องกันมิให้ถูกพรากข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งเป็นภาพของบริเวณส่วนตัวของร่างกายไปโดยไม่ได้รับความยินยอม การบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ในสถานที่สาธารณะ เช่น การบันทึกภาพใต้ร่มผ้าหรือการบันทึกภาพลอดผ่านเสื้อผ้า เป็นการแทรกแซงพื้นที่ส่วนตัวของบริเวณส่วนตัวของร่างกายด้วยความสามารถของเทคโนโลยี และช่วงชิงข้อมูลภาพไม่เหมาะสมทางเพศซึ่งเป็นข้อมูลส่วนบุคคลไปโดยไม่ได้รับความยินยอม ถือเป็นการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัว⁴⁵ ซึ่งทำลายอำนาจการตัดสินใจดำเนินชีวิตของบุคคล ขัดขวางเสรีภาพของการแสวงหาความสุข และลดทอนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วยการปฏิบัติต่อผู้อื่นเสมือนเป็นวัตถุ (objectification)⁴⁶ ขณะเดียวกันยังเป็นการใช้อำนาจเหนือผู้อื่นเพื่อลดทอน

⁴³ เฟ้งอ้าง.

⁴⁴ เฟ้งอ้าง.

⁴⁵ Judith Jarvis Thomson, *The right to privacy* (Princeton University Press 1975) ใน Ferdinand David Schoeman, Philosophical Dimensions of Privacy An Anthology (Cambridge University Press 1984) 282 <<https://doi.org/10.1017/CBO9780511625138>> สืบค้นเมื่อ 8 เมษายน 2565.

⁴⁶ Stanley I. Benn, *Privacy, freedom and respect for persons* (Lieber-Atherton, Inc. 1971) ใน Ferdinand David Schoeman Philosophical Dimensions of Privacy An Anthology (Cambridge University Press 1984) 227-228, 241-243 <<https://doi.org/10.1017/CBO9780511625138>> สืบค้นเมื่อ 8 เมษายน 2565.



คุณค่าทางเพศ ซึ่งเป็นการคุกคามทางเพศ (Sexual harassment) รูปแบบหนึ่ง ทำให้ผู้เสียหายไม่ได้รับการปฏิบัติในฐานะมนุษย์อย่างเท่าเทียม

ผู้เสียหายส่วนใหญ่มักได้รับผลกระทบทางจิตใจ (emotion หรือ psychological injury)⁴⁷ เช่น โกรธ วิตกกังวล อับอาย หดหู่ หวาดกลัว นอนไม่หลับ หรือสูญเสียความมั่นใจในตนเอง (self-esteem)⁴⁸ ขณะเดียวกันสังคมก็ได้รับผลกระทบ เนื่องจากอาชญากรเลือกก่อเหตุในสถานที่สาธารณะ ซึ่งเป็นสถานที่ที่คนส่วนใหญ่อยากที่จะหลีกเลี่ยง และด้วยพฤติกรรมน่ารังเกียจอย่างร้ายแรงของการกระทำย่ำยีสร้างความหวาดระแวงในการดำเนินชีวิตโดยปกติสุขอันเป็นการจำกัดเสรีภาพของประชาชน นอกจากนี้การบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอมยังมีความเกี่ยวเนื่องกับการกระทำความผิดอื่น ๆ เช่น ความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจาร ความผิดฐานเผยแพร่สื่อลามกอนาจาร ความผิดฐานกรรโชกทรัพย์ หรือความผิดฐานข่มขืนใจเพื่อแลกเปลี่ยนประโยชน์ในทางเพศ (Sextortion) และจากการศึกษาวิจัยของต่างประเทศพบว่าผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศบางรายเคยก่อเหตุบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศโดยไม่ยินยอมกับผู้เสียหายรายเดียวกันมาก่อน⁴⁹

ด้วยเหตุนี้สิทธิความเป็นส่วนตัวจึงสมควรได้รับการเคารพระหว่างปัจเจกชนกับปัจเจกชน และรัฐพึงบัญญัติกฎหมายเพื่อควบคุมครองสิทธิความเป็นส่วนตัวและคุณค่าทางเพศของปัจเจกชน ให้ได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียม ป้องกันปราบปรามการกระทำที่เป็นภัยต่อสาธารณะ และยับยั้งมิให้ผู้กระทำความผิดก่ออาชญากรรมอื่นที่บ้านปลาย

3. ขอบเขตอันสมควรคาดหวังความเป็นส่วนตัวในสถานที่สาธารณะ และแนวทางการบัญญัติความผิดฐานบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ในสถานที่สาธารณะของกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา

ในส่วนนี้ ผู้เขียนจะอธิบายหลักเกณฑ์พิจารณาในการกำหนดขอบเขตอันสมควรคาดหวังความเป็นส่วนตัวในสถานที่สาธารณะสำหรับความผิดฐานบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม จากนั้นจะยกตัวอย่างการกำหนดขอบเขตอันสมควรคาดหวังความเป็นส่วนตัวในสถานที่สาธารณะของกฎหมายระดับรัฐและระดับมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา

⁴⁷ Stuart P. Green (เชิงอรรถ 9) 21-22.

⁴⁸ Robert I Simon, 'Video Voyeurs and the Covert Videotaping of Unsuspecting Victims : Psychological and Legal Consequences' (1997) Journal of Forensic Sciences, 884 อ้างถึงใน New Zealand Law Commission (NZLII), '2 Harm caused by intimate covert filming' <<http://www.nzlii.org/nz/other/nzlc/sp/SP15/SP15-2.html>> สืบค้นเมื่อ 8 เมษายน 2565.

⁴⁹ New Zealand Law Commission (NZLII), '2 Harm caused by intimate covert filming' <<http://www.nzlii.org/nz/other/nzlc/sp/SP15/SP15-2.html>> สืบค้นเมื่อ 8 เมษายน 2565.

3.1 ขอบเขตอันสมควรคาดหมายความเป็นส่วนตัวในสถานที่สาธารณะ

สิทธิความเป็นส่วนตัว ถูกรับรองไว้ในข้อ 12⁵⁰ แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (Universal Declaration of Human Rights – UDHR 1948)⁵¹ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 32⁵² กำหนดให้สิทธิความเป็นส่วนตัวเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของความเป็นมนุษย์หรือสิทธิมนุษยชนอันบุคคลต้องได้รับการปกป้องคุ้มครองจากการละเมิดโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร ไม่ว่าจะกระทำโดยรัฐหรือปัจเจกชนกันเอง

สิทธิความเป็นส่วนตัวเปรียบเสมือนเกราะคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (human dignity) เนื่องจากแก่นแท้ของสิทธิความเป็นส่วนตัว คือ อำนาจโดยอิสระในการตัดสินใจดำเนินชีวิตตามความพอใจของบุคคล (self-determination หรือ autonomy) เช่น การกำหนดพื้นที่ส่วนตัว กล่าวคือ บุคคลสามารถเลือกที่จะปกปิดหรือเปิดเผยบริเวณส่วนตัวของร่างกาย หรือข้อมูลภาพบริเวณส่วนตัวของร่างกายให้เป็นความลับหรือเป็นที่รับรู้ของบุคคลภายนอกเท่าที่เจ้าของสิทธิต้องการ ซึ่งอำนาจดังกล่าวเป็นเสมือนเครื่องมือแสวงหาความสุขตามเจตจำนงอิสระของบุคคล⁵³ ทำให้สิทธิความเป็นส่วนตัว

⁵⁰ แปลโดย คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, ‘ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน Universal Declaration of Human Right’ 22 <<https://www.nhrc.or.th/getattachment/f9686625-23f7-4fb3-b04b-c86824a7de0a/.aspx>> สืบค้นเมื่อ 8 เมษายน 2565

Article 12 of Universal Declaration of Human Rights 1948 states that

“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.”.

⁵¹ แม้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 จะไม่มีสภาพบังคับ แต่มีสถานะเป็นแนวปฏิบัติระดับสากลที่นานาประเทศต่างให้การยอมรับ และหลายประเทศตรากฎหมายภายในเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่บัญญัติไว้ในปฏิญญาดังนี้ นอกจากนี้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 เป็นรากฐานที่รับรองสิทธิความเป็นส่วนตัวของปัจเจกชนจากการละเมิดทั้งในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับปัจเจกชน และระหว่างปัจเจกชนกันเอง ขณะที่กฎหมายระหว่างประเทศฉบับอื่นที่มีสภาพบังคับรับรองสิทธิความเป็นส่วนตัวของปัจเจกชนเฉพาะในความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชนกับรัฐ เช่น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1996 (International Covenant on Civil and Political Rights - ICCPR 1996). Amnesty International Thailand, ‘ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน’ <<https://www.amnesty.or.th/our-work/hre/what-udhr/>> สืบค้นเมื่อ 13 พฤษภาคม 2565; เปรียบเทียบ DeepSouthWatch.org, ‘กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights – ICCPR)’ ภาค 2 ข้อ 2 <https://deepsouthwatch.org/sites/default/files/archives/docs/iccpr_th.pdf> สืบค้นเมื่อ 13 พฤษภาคม 2565.

⁵² มาตรา 32 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 บัญญัติว่า

“บุคคลย่อมมีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เกียรติยศ ชื่อเสียง และครอบครัว

การกระทำอันเป็นการละเมิดหรือกระทบต่อสิทธิของบุคคลที่ระบุไว้ข้างต้น หรือการนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้ประโยชน์ไม่ว่าในทางใดๆ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ”.

⁵³ “An individual has a right to enjoy life in any way that may be most agreeable and pleasant to him”. คดี *Pavesich v. New England Life Ins* อ้างถึงใน Edward J. Bloustein, ‘Privacy as an aspect of human dignity An Answer to Dean Prosser (1964) New York University Law Review ใน *Ferdinand David Schoeman, Philosophical Dimensions of Privacy An Anthology* (Cambridge University Press 1984) 187 <<https://doi.org/>



มีความเชื่อมโยงกับเสรีภาพในการดำเนินชีวิต (liberty)⁵⁴ และสะท้อนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์⁵⁵ ฉะนั้น สิทธิความเป็นส่วนตัวจึงถูกรับรองไว้ในฐานะสิทธิมนุษยชน (human right) เพื่อเป็นหลักประกันขั้นต่ำของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เพราะมนุษย์ต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเคารพและเท่าเทียม การละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรจะกระทำมิได้

ดังนั้น การบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ในสถานที่สาธารณะ เช่น การบันทึกภาพใต้ร่มผ้า หรือการบันทึกภาพลอดผ่านเสื้อผ้า เป็นการใช้เทคโนโลยีแทรกแซงพื้นที่ส่วนตัวของบริเวณส่วนตัวของร่างกาย และช่วงชิงข้อมูลภาพบริเวณส่วนตัวของร่างกายดังกล่าว (ข้อมูลส่วนบุคคล) ไปโดยไม่ได้รับความยินยอม ถือเป็นการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัว ซึ่งทำลายอำนาจการตัดสินใจดำเนินชีวิตของบุคคล ขัดขวางเสรีภาพของการแสวงหาความสุข และลดทอนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือคุณค่าทางเพศด้วยการปฏิบัติต่อผู้อื่นเสมือนเป็นวัตถุ ด้วยเหตุนี้ สิทธิความเป็นส่วนตัวจึงสมควรได้รับการเคารพระหว่างปัจเจกชนกับปัจเจกชน และรัฐพึงบัญญัติกฎหมายเพื่อควบคุมครองสิทธิความเป็นส่วนตัวของปัจเจกชน

ทว่าสิทธิความเป็นส่วนตัวไม่ใช่สิทธิเด็ดขาด เจ้าของสิทธิอาจสละความคุ้มครองทางกฎหมายได้ด้วยความยินยอม และเนื่องจากสิทธิความเป็นส่วนตัวเป็นเรื่องเกี่ยวกับอำนาจการตัดสินใจกำหนดความเป็นส่วนตัวโดยอิสระตามความปรารถนาของแต่ละบุคคล ทำให้บุคคลอาจเรียกร้องการคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวทั้งกรณีตามอัตวิสัยและภาวะวิสัย อย่างไรก็ดี แม้สถานที่สาธารณะจะเป็นแหล่งปฏิสัมพันธ์แห่งการใช้เสรีภาพในการแสดงออกที่ทำให้บุคคลสามารถคาดหมายความเป็นส่วนตัวแคบลง แต่ถึงกระนั้นบุคคลยังสมควรได้รับการคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวแม้อยู่ในสถานที่สาธารณะ ด้วยเหตุนี้การบัญญัติกฎหมาย จึงมีความจำเป็นต้องพิจารณาค้นหาระดับความคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวขั้นต่ำ ซึ่งเป็นระดับที่มีผลกระทบโดยตรงต่ออำนาจการตัดสินใจดำเนินชีวิต และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เรียกว่า “ขอบเขตอันสมควรคาดหมายความเป็นส่วนตัว” ซึ่งจะช่วยสร้างความเข้าใจถึงระดับความคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวที่สอดคล้องกับมาตรฐานวิญญูชนทั่วไป อันบุคคลสามารถเรียกร้องความคุ้มครองได้ตามกฎหมาย และกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา

10.1017/CBO9780511625138> สืบค้นเมื่อ 8 เมษายน 2565; เปรียบเทียบ John Stuart Mill, *On Liberty ความเรียงว่าด้วยเสรีภาพ* (ภัทรพร สิริกาญจน ผู้แปล, สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ 2530) 13, 132.

⁵⁴ เสรีภาพ (Liberty) หมายถึง อำนาจโดยอิสระเหนือตนเองสามารถเลือกที่จะกระทำหรือไม่กระทำการใด. บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์* (พิมพ์ครั้งที่ 5, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2558) 53; เปรียบเทียบ “Liberty includes the right to live as one will, so long as that will does not interfere with the rights of another or of the public. One may desire to live a life of seclusion; another may desire to live a life of publicity; still another may wish to live a life of privacy as to certain matters and of publicity as to others ... Each is entitled to a liberty of choice as to his manner of life, and neither an individual nor the public has a right to arbitrarily take away from him his liberty”. คดี *Pavesich v. New England Life Ins.* อ้างถึงใน Edward J. Bloustein (เชิงอรรถ 53) 187.

⁵⁵ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human dignity) คือ คุณค่าประจำตัวในฐานะเกิดมาเป็นมนุษย์ โดยไม่ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขของเพศ เชื้อชาติ ความเชื่อ เวลา สถานที่. บรรเจิด สิงคะเนติ (เชิงอรรถ 54) 90; Edward J. Bloustein (เชิงอรรถ 53) 165, 185-188.

แก่ผู้กระทำความผิดให้เหมาะสม โดยมีหลักเกณฑ์พิจารณา ได้แก่ บรรทัดฐานของสังคม เสรีภาพในการแสดงออก และข้อยกเว้น คือ ความยินยอม ประโยชน์สาธารณะ ดังต่อไปนี้

3.1.1 บรรทัดฐานของสังคม (social norm)

บรรทัดฐานของสังคม เป็นตัวชี้วัดคุณค่าของบริเวณส่วนตัวของร่างกายที่สมควรได้รับการคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวซึ่งแตกต่างกันในแต่ละสังคม แต่ส่วนใหญ่มักกำหนดคุณค่าของสิทธิความเป็นส่วนตัวให้แก่ อวัยวะเพศ บริเวณหัวหน้า ทวารหนัก ก้น และนมของเพศหญิง และตีความกำหนดขอบเขตความคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวตรงบริเวณส่วนตัวของร่างกายดังกล่าวจากการปกปิด ในทางกลับกันบรรทัดฐานของสังคมก็เป็นตัวจำกัดขอบเขตความคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัว กล่าวคือ การเปิดเผยบริเวณส่วนตัวของร่างกายซึ่งคนส่วนใหญ่เห็นเป็นเรื่องธรรมดาไม่ขัดต่อบรรทัดฐานของสังคม มีผลให้บุคคลไม่สามารถคาดหมายความเป็นส่วนตัวจากบริเวณส่วนตัวของร่างกายดังกล่าว เช่น นมของเพศชาย เช่นเดียวกับการเปิดเผยบริเวณส่วนตัวของร่างกายหรือทำกิจกรรมทางเพศ ซึ่งคนส่วนใหญ่เห็นว่าต้องปกปิดหรือกระทำได้เฉพาะในสถานที่ส่วนตัว เช่น เปลี่ยนกาย เปลี่ยนนมของเพศหญิง อัตกามปฏิบัติหรือมีเพศสัมพันธ์ หากกระทำในสถานที่สาธารณะย่อมขัดต่อศีลธรรมอันดีและเป็นการกระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัลอันเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาของประเทศไทย⁵⁶ ทำให้บุคคลไม่สามารถคาดหมายความเป็นส่วนตัวจากการเปิดเผยบริเวณส่วนตัวของร่างกาย หรือขณะทำกิจกรรมดังกล่าวในสถานที่สาธารณะแต่อย่างใด

3.1.2 เสรีภาพในการแสดงออก (freedom of expression)

เสรีภาพในการแสดงออกเป็นหนึ่งในข้อกล่าวอ้างจำกัดสิทธิความเป็นส่วนตัวของบุคคล ซึ่งถูกรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (Universal Declaration of Human Rights – UDHR 1948) มาตรา 19⁵⁷ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 34⁵⁸

⁵⁶ ดู ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 388; เปรียบเทียบ ประมวลกฎหมายอาญาแคนาดา (Criminal Code (R.S.C., 1985, c. C-46) มาตรา 173 (1) หรือ (2); เปรียบเทียบ พระราชบัญญัติความผิดต่อสุขอนามัยของประเทศไทย (Miscellaneous Offences (Public Order and Nuisance Act 1906) มาตรา 27A; เปรียบเทียบ พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศว่าด้วยการเปลือยกาย ค.ศ. 2003 ของประเทศอังกฤษและเวลส์ (Exposure of Sexual Offences Act 2003) มาตรา 66; เปรียบเทียบ พระราชบัญญัติว่าด้วยการเปลือยกายของประเทศนิวซีแลนด์ (Indecent Exposure of Summary Offences Act 1981) มาตรา 27.

⁵⁷ แปลโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ; คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (เชิงอรรถ 50) 28, 30 และปารีสกร เลิศธรรมเทวี, *สิทธิทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Rights)* (สำนักพิมพ์นิติธรรม 2564) 160

Article 19 of Universal Declaration of Human Rights 1948 states that

“Everyone has the right to freedom of opinion and expression: this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers”.

⁵⁸ มาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 บัญญัติว่า

“บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้น เฉพาะเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน ...”.

เช่นเดียวกับสิทธิความเป็นส่วนตัว ความขัดแย้งระหว่างสิทธิความเป็นส่วนตัวและเสรีภาพในการแสดงออกเป็นการขัดกันของสิทธิและเสรีภาพระหว่างปัจเจกชนกับปัจเจกชน โดยสิทธิความเป็นส่วนตัวเป็นสิทธิที่มีเงื่อนไข (Qualified right) จึงมีคุณค่าสูงกว่าเสรีภาพในการแสดงออกที่เป็นสิทธิที่มีขอบเขตจำกัดบางประการ (Limited right) ทำให้สิทธิความเป็นส่วนตัวมีสถานะตามรัฐธรรมนูญเหนือกว่าเสรีภาพในการแสดงออก⁵⁹ รัฐจึงต้องให้ความสำคัญแก่สิทธิความเป็นส่วนตัวก่อนพิจารณาซึ่งน้ำหนักเพื่อรักษาเสรีภาพอื่น

นอกจากนี้จะเห็นว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 32 อนุญาตให้สามารถละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวของบุคคลเฉพาะแต่การกระทำใดที่กฎหมายบัญญัติขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ ขณะที่เสรีภาพในการแสดงออกของประชาชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 34 กำหนดขอบเขตการใช้เสรีภาพในการแสดงออกเพียงเท่าที่ไม่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นจนเกินควรในระดับที่ไม่ทำให้ผู้อื่นเกิดความเดือดร้อนรำคาญ เช่น การบันทึกภาพบรรยากาศชายหาดซึ่งปรากฏภาพของผู้อื่นขณะสวมชุดว่ายน้ำ การบันทึกภาพนางแบบขณะเดินแบบในบริบทสวมเสื้อผ้าบางปรากฏเห็นนมทั้งหมดหรือไม่สวมชุดชั้นในปรากฏให้เห็นลักษณะยอดถัน การบันทึกภาพพริตตี้ขณะแสดงการล้ารยยนต์ในบริบทสวมกางเกงขาสั้นและใส่เสื้อกล้ามสีขาวบางปรากฏให้เห็นสรีระและชุดชั้นใน การบันทึกภาพในลักษณะทั่วไปของผู้เปลือยกายประทั่วทางการเมือง การบันทึกภาพในลักษณะทั่วไปของผู้เข้าร่วมเดินขบวนเทศกาลเปลือยกาย การบันทึกภาพบรรยากาศของสถานที่หนึ่ง แต่ภาพต้นปรากฏหญิงสาวลมพัดกระโปรงเปิดเห็นกางเกงในโดยบังเอิญ การบันทึกภาพบรรยากาศการแสดงเวทีแต่ใช้กล้องส่องทแยงลงจากมุมสูงปรากฏติดภาพร่อนนมพร้อมชุดชั้นในบางส่วนของผู้ร่วมงานหรือนักแสดงโดยบังเอิญ ตัวอย่างเหล่านี้ ถือเป็นการใช้เสรีภาพในการแสดงออกภายใต้ขอบเขตของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 34

3.1.3 ความยินยอม (consent)

การให้ความยินยอม หมายถึง การสละประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองของเจ้าของสิทธิไม่ว่าจะโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยาย⁶⁰ ซึ่งเป็นเงื่อนไขสำคัญอันมีผลให้การกระทำที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดขาดองค์ประกอบภายนอก เพราะผู้กระทำความผิดมีอำนาจกระทำ⁶¹ หรือได้รับการยกเว้นโทษตามโครงสร้างความรับผิดทางอาญาที่⁶² อาศัยการตีความเทียบเคียงกฎหมายจารีตประเพณี

⁵⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ (เชิงอรรถ 54) 225-226.

⁶⁰ คณิต ณ นคร, *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 4, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2554) 262.

⁶¹ กรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ความยินยอมเป็นองค์ประกอบภายนอก หากผู้เสียหายให้ความยินยอม ถือว่าการกระทำดังกล่าวขาดองค์ประกอบภายนอก ไม่เป็นความผิดตามโครงสร้างความรับผิดชอบที่หนึ่ง. กมลชัย รัตนสากวงศ์ (เชิงอรรถ 14) 167.

⁶² ความยินยอมของผู้เสียหายในความผิดเกี่ยวกับร่างกาย หากไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ย่อมได้รับการยกเว้นความผิดตามโครงสร้างความรับผิดชอบที่สอง. เพ็งอ้ง 158.

เพื่อเป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิด⁶³ อนึ่ง ความยินยอมต้องเกิดจากความยินยอมโดยบริสุทธิ์ (knowledge และ freedom) กล่าวคือ เจ้าของสิทธิต้องรู้ว่าจะได้รับผลร้าย และยอมรับผลร้ายจากการกระทำนั้นอย่างเต็มใจ ปราศจากการหลอกลวง ช่มชู้สำคัญผิด กลัว หรือการกระทำด้วยวิธีอื่นใดในทำนองเดียวกัน⁶⁴ และเจ้าของสิทธิต้องมีความสามารถในการให้ความยินยอม (competence) สืบเนื่องมาจากมีวุฒิภาวะพอสมควร (maturity) และมีสภาพจิตใจปกติ ไม่ใช่บุคคลวิกลจริต หรือผู้เยาว์ที่ไร้เดียงสา นอกจากนี้ความยินยอมต้องมีอยู่ก่อนและ/หรือขณะกระทำความผิด โดยไม่มีการบอกถอนความยินยอมนั้น

ตามที่กล่าวไว้ข้างต้น สิทธิความเป็นส่วนตัว หมายถึง อำนาจโดยอิสระในการตัดสินใจกำหนดความเป็นส่วนตัว บุคคลย่อมสามารถเลือกที่จะปกปิดหรือเปิดเผยบริเวณส่วนตัวของร่างกาย หรือข้อมูลภาพบริเวณส่วนตัวของร่างกายกับบุคคลภายนอกเท่าที่เจ้าของสิทธิต้องการ ด้วยเหตุนี้ ความยินยอมสมควรพิจารณาจากการปกปิด ไม่ว่าจะด้วยการแต่งกาย หรือการกระทำใด ๆ เพื่อปกปิดไม่ให้บริเวณส่วนตัวของร่างกายปรากฏสู่สายตาสาธารณะ ซึ่งการปกปิดเป็นการกระทำที่วิญญูชนทั่วไปสามารถเข้าใจได้ว่าเจ้าของสิทธิไม่ปรารถนาให้มีการล่วงล้ำไปยังบริเวณส่วนตัวของร่างกาย หรือช่วงชิงข้อมูลส่วนบุคคลอันเป็นภาพของบริเวณส่วนตัวของร่างกายดังกล่าวไป แต่ทั้งนี้ก็ไม่ได้หมายความว่า การเปิดเผยบริเวณส่วนตัวของร่างกายทุกกรณีเป็นการให้ความยินยอมแก่การบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศ เพราะการเปิดเผยบางกรณี เช่น การอยู่ในอิริยาบถไม่เรียบร้อย ทำให้บริเวณส่วนตัวของร่างกายปรากฏสู่สายตาสาธารณะโดยไม่มีเจตนา (นั่งกระโปรงเปิด) แม้เจ้าของสิทธิจะมีวุฒิภาวะเพียงพอ แต่ไม่รู้ถึงการเปิดเผย และถ้ารู้คงไม่ยอมรับผลการเปิดเผยของตนอย่างเต็มใจ ย่อมไม่ใช่การให้ความยินยอม ติความกลับกันหากเจ้าของสิทธิมีวุฒิภาวะเพียงพอที่จะรู้ถึงการเปิดเผย และยอมรับผลการเปิดเผยของตนอย่างเต็มใจ เช่น การเปลี่ยนนมทั้งหมดของนางแบบขณะเดินแบบบนเวที ถือเป็นการให้ความยินยอม บุคคลดังกล่าวย่อมไม่สามารถคาดหวังความเป็นส่วนตัวจากการบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศ

3.1.4 ประโยชน์สาธารณะ (public good หรือ public interest)

ขอยกเว้นอีกประการหนึ่งของสิทธิความเป็นส่วนตัว คือ ประโยชน์สาธารณะ หรือมักเรียกทั่วไปว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” หมายถึง ประโยชน์ของสังคมที่มุ่งหมายเพื่อการดำรงอยู่ด้วยความสงบเรียบร้อย รักษาศักดิ์ศรี และเกียรติยศของมนุษย์⁶⁵ เพื่อสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ในสังคม จึงเป็นเหตุผลสำคัญที่รัฐสามารถยกขึ้นกล่าวอ้างเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

⁶³ หลักการพื้นฐานสำคัญประการหนึ่งของกฎหมายอาญา ภายใต้หลัก *Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege* กล่าวว่า จะนำเอากฎหมายจารีตประเพณีมาใช้กับกฎหมายอาญาไม่ได้ แต่ Johannes Andenaeus ให้ความเห็นว่าจารีตประเพณีสามารถนำมาตีความเทียบเคียง เพื่อเป็นคุณแก่จำเลยได้ ไม่ต้องห้ามด้วยหลักรัฐธรรมนูญ. เพิ่งอ้าง 22.

⁶⁴ เพิ่งอ้าง 28; เปรียบเทียบ Kenneth W. Simons, ‘The Conceptual Structure of Consent in Criminal Law’ (2021) UC Irvine Previously Publish Works 581 <<https://escholarship.org/uc/item/1j02425x>> สืบค้นเมื่อ 16 มกราคม 2565.

⁶⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ (เชิงอรรถ 54) 216.



ของปัจเจกชน ตราบใดที่กฎหมายนั้นก่อให้เกิดประโยชน์ของส่วนรวมที่จะได้รับมากกว่าประโยชน์ของปัจเจกชนที่จะสูญเสีย และการสูญเสียนั้นต้องไม่ละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือไม่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนเกินสมควร⁶⁶

ด้วยเหตุนี้ บุคคลจึงไม่สามารถคาดหมายความเป็นส่วนตัวจากการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวเพื่อประโยชน์สาธารณะ อาทิเช่น การแทรกแซงสิทธิความเป็นส่วนตัวของประชาชนจากการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่รัฐด้วยการติดตั้งกล้องวงจรปิด (CCTV) ในสถานที่สาธารณะหรือเรือนจำ เพื่อป้องกันการกระทำความผิดและบันทึกเหตุการณ์ไว้เป็นพยานหลักฐาน⁶⁷ การบันทึกภาพการจับกุมผู้ต้องหาขณะอยู่ในบริบทเปลือยกาย อัตภาพปฏิบัติ หรือมีเพศสัมพันธ์ในสถานที่สาธารณะ⁶⁸ หรือแม้กระทั่งการแทรกแซงสิทธิความเป็นส่วนตัวระหว่างปัจเจกชนกับปัจเจกชนด้วยการติดตั้งกล้องวงจรปิดในสถานที่สาธารณะ เพื่อรักษาความปลอดภัยของชีวิตร่างกายและทรัพย์สิน หรือการบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้ป่วยซึ่งไม่มีสติสัมปชัญญะโดยบุคลากรทางการแพทย์หรือเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง เพื่อใช้เป็นหลักฐานสำหรับการวินิจฉัยรักษาอาการเจ็บป่วย

3.2 แนวทางการบัญญัติความผิดฐานบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ในสถานที่สาธารณะของกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา

สภาฝ่ายนิติบัญญัติระดับรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาเล็งเห็นถึงข้อจำกัดของกฎหมายที่มีอยู่ซึ่งไม่สามารถบังคับใช้แก่อาชญากรรมรูปแบบใหม่ที่อาศัยเทคโนโลยี จึงพิจารณาผ่านร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการป้องกันการบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ค.ศ. 2003 (Video voyeurism Prevention Act of 2003) มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม ค.ศ. 2004⁶⁹ ซึ่งบัญญัติเพิ่มเติมความผิดฐานบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ทั้งในสถานที่ส่วนตัวและสถานที่สาธารณะไว้ในกฎหมายระดับรัฐหรือกฎหมายกลาง (Federal law - The United States Code) หมวดที่ 18 ส่วนที่ 1 ความผิดอาญา บทที่ 88 สิทธิความเป็นส่วนตัว มาตรา 1801⁷⁰ กำหนดความคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวของปัจเจกชนทั้งในสถานที่ส่วนตัวและสถานที่สาธารณะและวางแนวทางกำกับการบัญญัติกฎหมายในระดับมลรัฐ⁷¹ ความผิดฐานบันทึกภาพไม่เหมาะสม

⁶⁶ เพิ่งอ้าง 288.

⁶⁷ Richard Clayton and Hugh Tomlinson, *Privacy and Freedom of Expression* (Oxford University Press 2000) 58, 60.

⁶⁸ เพิ่งอ้าง 62.

⁶⁹ ร่างฉบับเต็มของพระราชบัญญัติว่าด้วยการป้องกันการบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ค.ศ. 2003 (Video voyeurism Prevention Act of 2003); ดู 'H. Rept. 108-504 - VIDEO VOYEURISM PREVENTION ACT OF 2003' (Congress.gov) 2-3 <<https://www.congress.gov/108/crpt/hrpt504/CRPT-108hrpt504.pdf>> สืบค้นเมื่อ 18 พฤษภาคม 2565.

⁷⁰ The United States Code - Title 18 Crimes And Criminal Procedure - Part 1 Crimes - Chapter 88 Privacy, Section 1801. กฎหมายระดับรัฐและระดับมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรา 1801.

⁷¹ ร่างฉบับเต็มของพระราชบัญญัติว่าด้วยการป้องกันการบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ค.ศ. 2003 (Video voyeurism Prevention Act of 2003) (เชิงอรรถ 69) 5.

ทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ในสถานที่สาธารณะถูกบัญญัติไว้ใน 21 มลรัฐ⁷² จากทั้งหมด 50 มลรัฐ ซึ่งแต่ละมลรัฐมีเนื้อหาบทบัญญัติสอดคล้องไปในทิศทางเดียวกับมาตรา 1801 ของกฎหมายระดับรัฐ แตกต่างเพียงรายละเอียดเล็กน้อย อธิบายได้ดังนี้

3.2.1 กฎหมายระดับรัฐ (Federal law)

สำหรับขอบเขตอันสมควรคาดหมายความเป็นส่วนตัวในสถานที่สาธารณะของพระราชบัญญัติว่าด้วยการป้องกันการบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ค.ศ. 2003 มาตรา 1801 กำหนดว่า บุคคลไม่สามารถคาดหมายความเป็นส่วนตัวจากการบังคับใช้กฎหมาย โดยชอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่รัฐ ทัศนสถาน และการสืบราชการลับ แต่บุคคลสามารถคาดหมายความเป็นส่วนตัวจากการไม่ถูกบันทึกภาพโดยไม่ได้รับความยินยอมเฉพาะบริเวณส่วนตัวของร่างกาย ได้แก่ อวัยวะเพศ บริเวณหัวหน่าว ก้น หรือนมของเพศหญิงโดยมีสัดส่วนตั้งแต่ลานนมลงมา ซึ่งอาจอยู่ในสภาพเปลือยหรือมีชุดชั้นในปิดทับก็ได้ ตราบใดที่บริเวณส่วนตัวของร่างกายนั้นยังคงปกปิดไม่ให้ปรากฏสู่สายตาสาธารณะ⁷³ ดังนั้น การบันทึกภาพในลักษณะไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ในสถานที่สาธารณะ ในกรณีต่อไปนี้อยู่ภายใต้การคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัว ได้แก่

⁷² ได้แก่ กฎหมายระดับมลรัฐอาร์คันซอ (Arkansas Statutes) มาตรา 5-16-101, มลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California Statutes) มาตรา 647, มลรัฐฟลอริดา (Florida Statutes) มาตรา 810.145, มลรัฐฮาวาย (Hawaii Statutes) มาตรา 711-1111, มลรัฐอิลลินอยส์ (Illinois Statutes) 720 Ill.Comp.Stat 5/26-4 มาตรา 26-4, มลรัฐแคนซัส (Kansas Statutes) มาตรา 21-4001, มลรัฐแมริแลนด์ (Maryland Statutes) มาตรา 3-902, มลรัฐแมสซาชูเซตส์ (Massachusetts Statutes) มาตรา 105, มลรัฐมิสซูรี (Missouri Statutes) มาตรา 565.250, มลรัฐเนวาดา (Nevada Statutes) มาตรา 200.604, มลรัฐนิวเจอร์ซีย์ (New Jersey Statutes) มาตรา 2C: 14-9, มลรัฐนิวเม็กซิโก (New Mexico Statutes) มาตรา 30-9-20, มลรัฐนิวยอร์ก (New York Statutes) มาตรา 250.45, มลรัฐนอร์ทแคโรไลนา (North Carolina Statutes) มาตรา 14-202, มลรัฐเซาท์ดาโคตา (South Dakota Statutes) มาตรา 22-21-4, มลรัฐเท็กซัส (Texas Statutes) มาตรา 21.15, มลรัฐเวอร์มอนต์ (Vermont Statutes) มาตรา 2605, มลรัฐเวอร์จิเนีย (Virginia Statutes) มาตรา 18.2-130, มลรัฐวอชิงตัน (Washington Statutes) มาตรา 9.94A.515 และมลรัฐไวโอมิง (Wyoming Statutes) มาตรา 6-4-304.

⁷³ กฎหมายระดับรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรา 1801.

Section 1801 of the United States Code states that

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

(b) In this section—

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

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

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

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



1. บุคคลซึ่งภายนอกสวมเสื้อผ้า และภายในสวมชุดชั้นในปิดทับ อวัยวะเพศ บริเวณหัวหน่าว กัน และถูกลักลอบบันทึกภาพด้วยวิธีการซ่อนใต้ร่มผ้า⁷⁴

2. บุคคลซึ่งภายนอกสวมเสื้อผ้า แต่ภายในไม่สวมชุดชั้นในปิดทับ อวัยวะเพศ บริเวณหัวหน่าว กัน และถูกลักลอบบันทึกภาพด้วยวิธีการซ่อนใต้ร่มผ้า⁷⁵

3. เพศหญิงซึ่งภายนอกสวมเสื้อผ้า และภายในสวมชุดชั้นในปิดทับ และถูกลักลอบบันทึกภาพด้วยวิธีการสอดผ่านเสื้อผ้า ทำให้ภาพปรากฏบริเวณนมสัดส่วนตั้งแต่ลานนมลงไป แม้จะมีชุดชั้นในปิดทับลานนมอยู่⁷⁶

4. เพศหญิงซึ่งภายนอกสวมเสื้อผ้า แต่ภายในไม่สวมชุดชั้นในปิดทับ และถูกลักลอบบันทึกภาพด้วยวิธีการสอดผ่านเสื้อผ้า ทำให้ภาพปรากฏบริเวณนมเปลือยสัดส่วนตั้งแต่ลานนมลงไป⁷⁷

3.2.2 กฎหมายระดับมลรัฐ (State law)

แม้แต่ละมลรัฐจะใช้ชื่อฐานความผิดแตกต่างกัน แต่โดยเนื้อหาของบทบัญญัติเป็นที่เข้าใจเดียวกันว่าหมายถึง การบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ในสถานที่สาธารณะ⁷⁸ ซึ่งกฎหมายระดับมลรัฐฮาวาย (Hawaii) มลรัฐเวอร์มอนต์ (Vermont) และเขตปกครองพิเศษโคลัมเบีย (District of Columbia) ต่างกำหนดขอบเขตอันสมควรคาดหมายความเป็นส่วนตัวในสถานที่สาธารณะจากการบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม เช่นเดียวกับมาตรา 1801 ของกฎหมายระดับรัฐ⁷⁹ แต่มีความแตกต่างในรายละเอียดดังนี้

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

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

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

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

⁷⁴ เพิ่งอ้าง. กฎหมายระดับรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรา 1801 อนุมาตรา (b) (3) ประกอบ (5) (B).

⁷⁵ เพิ่งอ้าง.

⁷⁶ (เชิงอรรถ 72). กฎหมายระดับรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรา 1801 อนุมาตรา (b) (4) ประกอบ (5) (B).

⁷⁷ เพิ่งอ้าง.

⁷⁸ ‘NDAA VOYEURISM COMPILATION’ (NDAA, 2010) <<https://ndaa.org/wp-content/uploads/Voyeurism-2010.pdf>> สืบค้นเมื่อ 18 พฤษภาคม 2565.

⁷⁹ กล่าวคือ โดยหลักเนื้อหาของบทบัญญัติกฎหมายระดับมลรัฐเหล่านี้ กำหนดขอบเขตอันสมควรคาดหมายความเป็นส่วนตัวจากการบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ในสถานที่สาธารณะ คุ่มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวเฉพาะบริเวณส่วนตัวของร่างกาย ได้แก่ อวัยวะเพศ บริเวณหัวหน่าว กัน หรือส่วนของเพศหญิงโดยมีสัดส่วนตั้งแต่ลานนมลงมา ซึ่งอาจอยู่ในสภาพเปลือยหรือมีชุดชั้นในปิดทับก็ได้ ตราบใดที่บริเวณส่วนตัวของร่างกายนั้นยังคงปกปิดไม่ให้ปรากฏแก่สายตาสาธารณะ เว้นแต่กฎหมายของมลรัฐเวอร์มอนต์ที่บัญญัติขยายขอบเขตอันสมควรคาดหมายความเป็นส่วนตัวในสถานที่สาธารณะออกไป แต่จากการศึกษายังไม่ปรากฏคำพิพากษาศาลที่เกี่ยวข้อง. (เชิงอรรถ 73); เปรียบเทียบ Section 711-1111

กฎหมายระดับมลรัฐฮาวาย (Hawaii Statutes) บัญญัติการกระทำนี้ในมาตรา 711-1111 ใช้ชื่อฐานความผิดว่าละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวขั้นที่สอง (Second degree)⁸⁰ มีบัญญัติเพิ่มเติมบทนิยามของสถานที่สาธารณะแยกต่างหากจากสถานที่กึ่งสาธารณะซึ่งเป็นสถานที่ส่วนตัวเพื่อความชัดเจนของกฎหมาย⁸¹ ขณะที่ขอบเขตอันสมควรคาดหมายความเป็นส่วนตัวในสถานที่สาธารณะมีเนื้อหาสอดคล้องกับมาตรา 1801 ของกฎหมายระดับรัฐ

กฎหมายระดับมลรัฐเวอร์มอนต์ (Vermont Statutes) บัญญัติการกระทำนี้ในมาตรา 2605 ใช้ชื่อฐานความผิดว่าถ้ามองและบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม (Voyeurism)⁸² บัญญัติขยายขอบเขตอันสมควรคาดหมายความเป็นส่วนตัวในสถานที่สาธารณะเพิ่มเติมจากมาตรา 1801 ของกฎหมายระดับรัฐกำหนดว่า แม้บุคคลจะเปลือยกาย (เปิดเผย) ทำให้ปรากฏเห็นบริเวณส่วนตัวของร่างกายสู่สายตาสาธารณะ ตราบใดที่ไม่ได้คาดหมายว่าจะถูกหรือให้ความยินยอมแก่การบันทึกภาพ บุคคลย่อมสามารถคาดหมายความเป็นส่วนตัวในสถานที่สาธารณะจากการไม่ถูกบันทึกภาพ⁸³ เนื่องจากวิถีประชาของมลรัฐเวอร์มอนต์ ยอมรับการเปลือยกายในสถานที่สาธารณะ ทำให้คนส่วนใหญ่ในสังคมมองว่าการกระทำดังกล่าวไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดี⁸⁴ นอกจากนี้กฎหมายระดับมลรัฐเวอร์มอนต์ไม่มีบทบัญญัติความผิดฐานเปลือยกายต่อหน้าธารกำนัล

Violation of privacy in the second degree of Hawaii Statutes; เปรียบเทียบ Section 2605 Lewd and lascivious conduct of Vermont Statutes; เปรียบเทียบ Section 22–3531 Voyeurism of Code of the District of Columbia.

⁸⁰ Section 711-1111 Violation of privacy in the second degree of Hawaii Statutes <http://www.capitol.hawaii.gov/hrscurrent/vol14_Ch0701-0853/HRS0711/HRS_0711-1111.htm> สืบค้นเมื่อ 18 พฤษภาคม 2565.

⁸¹ กฎหมายระดับมลรัฐฮาวาย ความผิดฐานละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัว มาตรา 711-1111

Section 711-1111 Violation of privacy in the second degree of Hawaii Statutes states that

“(3) For the purposes of this section:

“Public place” means an area generally open to the public, regardless of whether it is privately owned, and includes but is not limited to streets, sidewalks, bridges, alleys, plazas, parks, driveways, parking lots, buses, tunnels, buildings, stores, and restaurants.”.

⁸² Section 2605 Lewd and lascivious conduct of Vermont Statutes <<https://law.justia.com/codes/vermont/2012/title13/chapter59/section2605/>> สืบค้นเมื่อ 18 พฤษภาคม 2565.

⁸³ กฎหมายระดับมลรัฐเวอร์มอนต์ ความผิดฐานกระทำความลามกอนาจาร มาตรา 2605

Section 2605 Lewd and lascivious conduct of Vermont Statutes states that

“(a) As used in this section:

(3) “Circumstances in which a person has a reasonable expectation of privacy” means circumstances in which a reasonable person would believe that his or her intimate areas would not be visible to the public, regardless of whether that person is in a public or private area. This definition includes circumstances in which a person knowingly disrobes in front of another, but does not expect nor give consent for the other person to photograph, film, or record his or her intimate areas. ...”.

⁸⁴ Ken Picard, ‘WTF: Why Is Public Nudity Legal in Vermont But Public Disrobing Isn’t?’ (Vermont’s Independent Voice, 12 สิงหาคม 2558) <<https://www.sevendaysvt.com/vermont/wtf-why-is-public-nudity-legal-in-vermont-but-public-disrobing-isnt/Content?oid=2804753>> สืบค้นเมื่อ 8 เมษายน 2565.



(Indecent exposure)⁸⁵ ประกอบกับความผิดฐานกระทำความลามกอนาจาร (Lewd and lascivious conduct) ของกฎหมายระดับมลรัฐเวอร์มอนต์ มาตรา 2601⁸⁶ บังคับใช้เฉพาะแต่การกระทำซึ่งโดยสภาพเป็นการกระตุนอารมณ์ทางเพศ สนองความใคร่ หรือทำให้ผู้อื่นเดือดร้อนรำคาญ เท่านั้น⁸⁷ ดังนั้นบรรทัดฐานของสังคมอาจเป็นเหตุผลของการขยายความคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวในสถานที่สาธารณะออกไป โดยไม่จำกัดขอบเขตอันสมควรคาดหมายความเป็นส่วนตัวในสถานที่สาธารณะเฉพาะการปกปิด

ประมวลกฎหมายของเขตปกครองพิเศษโคลัมเบีย (Code of the District of Columbia) บัญญัติการกระทำนี้ในมาตรา 22-3531 ใช้ชื่อฐานความผิดว่าล้ามองและบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม (Voyeurism)⁸⁸ กำหนดขอบเขตอันสมควรคาดหมายความเป็นส่วนตัวในสถานที่สาธารณะเช่นเดียวกับกฎหมายระดับรัฐ มาตรา 1801 และกำหนดบทกเว้นความผิดอย่างละเอียดว่าบุคคลไม่สามารถคาดหมายความเป็นส่วนตัวในสถานที่สาธารณะจากการบังคับใช้กฎหมายโดยชอบด้วยกฎหมาย ทัณฑ์สถาน และการสืบราชการลับ ระบบรักษาความปลอดภัยซึ่งปิดป้ายให้เห็นอย่างชัดเจนบริเวณสถานที่ที่ถูกสอดส่องดูแล หรือการบันทึกข้อมูลใด ๆ ทางอิเล็กทรอนิกส์เพื่อกระบวนการรักษาทางการแพทย์ ขณะที่ผู้ป่วยไม่สามารถให้ความยินยอมได้⁸⁹

⁸⁵ ‘Vermont Indecent Exposure Laws’ (FindLaw) <<https://www.findlaw.com/state/vermont-law/vermont-indecent-exposure-laws.html#:~:text=Unlike%20most%20states%20in%20this,a%20law%20against%20public%20nudity.>> สืบค้นเมื่อ 8 เมษายน 2565.

⁸⁶ กฎหมายระดับมลรัฐเวอร์มอนต์ ความผิดฐานกระทำความลามกอนาจาร มาตรา 2605

Section 2605 Lewd and lascivious conduct of Vermont Statutes states that

“A person guilty of open and gross lewdness and lascivious behavior shall be imprisoned not more than five years or fined not more than \$300.00, or both”.

⁸⁷ *State v. Penn* (2003) อ้างถึงใน ‘Lewd and Lascivious Conduct’ (Vermont Model Criminal Jury Instructions) <http://vtjuryinstructions.org/?page_id=791> สืบค้นเมื่อ 8 เมษายน 2565.

⁸⁸ Section 22-3531 Voyeurism of Code of the District of Columbia <<https://code.dccouncil.us/us/dc/council/code/sections/22-3531.html#:~:text=%C2%A7%2022%E2%80%933531.-,Voyeurism.,video%20recorders%2C%20and%20cellular%20telephones.>> สืบค้นเมื่อ 18 พฤษภาคม 2565.

⁸⁹ กฎหมายของเขตปกครองพิเศษโคลัมเบีย ความผิดฐานบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม มาตรา 22-3531

Section 22-3531 Voyeurism of Code of the District of Columbia states that

“(e) This section does not prohibit the following:

- (1) Any lawful law enforcement, correctional, or intelligence observation or surveillance;
- (2) Security monitoring in one’s own home;
- (3) Security monitoring in any building where there are signs prominently displayed informing persons that the entire premises or designated portions of the premises are under surveillance; or
- (4) Any electronic recording of a medical procedure which is conducted under circumstances where the patient is unable to give consent ...”.

ดังนั้นจะเห็นว่า กฎหมายระดับรัฐและระดับมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาบัญญัติความผิดฐานบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ในสถานที่สาธารณะ โดยนิยามแยกแยะสถานที่สาธารณะออกจากสถานที่ส่วนตัวอย่างชัดเจนเช่นกฎหมายระดับมลรัฐฮาวาย และพิจารณากำหนดขอบเขตอันสมควรคาดหมายความเป็นส่วนตัวในสถานที่สาธารณะจากหลักเกณฑ์พิจารณาต่าง ๆ และข้อยกเว้นมาอย่างรอบคอบ ทำให้ระดับความคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวในสถานที่สาธารณะแคบกว่าสถานที่ส่วนตัว อันเห็นได้จากการกำหนดนิยามของภาพไม่เหมาะสมทางเพศเฉพาะบริเวณส่วนตัวของร่างกายที่เจ้าของสิทธิปกปิดไม่ให้ปรากฏสู่สายตาสาธารณะ เท่านั้น จึงทำให้ความผิดฐานนี้บังคับใช้แต่การบันทึกภาพโดยไม่ได้รับความยินยอมด้วยวิธีการซ่อนใต้ร่มผ้า หรือลอดผ่านเสื้อผ้า หรือวิธีการใด ๆ ที่ทำให้ภาพปรากฏบริเวณส่วนตัวของร่างกายซึ่งผู้อื่นปกปิดไม่ให้ปรากฏสู่สายตาสาธารณะ อันสื่อให้เห็นถึงเจตนาชั่วของผู้กระทำความผิดโดยสภาพ เพราะการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นการทำลายอำนาจจำกัดการเข้าถึงพื้นที่ส่วนตัว และอำนาจการควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งเป็นการปฏิบัติต่อผู้อื่นเสมือนวัตถุอันมีผลกระทบโดยตรงต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เว้นแต่กฎหมายของมลรัฐเวอร์มอนต์ที่คำนึงถึงความแตกต่างของบรรทัดฐานของสังคม จึงคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวขยายไปถึงบริเวณส่วนตัวของร่างกายที่เปิดเผย ตราบใดที่เจ้าของสิทธิไม่ให้ความยินยอมหรือสามารถคาดหมายความเป็นส่วนตัวจากการไม่ถูกบันทึกภาพ นอกจากนี้ ความผิดฐานดังกล่าวยังกำหนดบทยกเว้นความผิดสำหรับการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะเช่นประมวลกฎหมายของเขตปกครองพิเศษโคลัมเบีย

4. วิเคราะห์สภาพปัญหาและข้อจำกัดของประมวลกฎหมายอาญา

ในส่วนนี้ ผู้เขียนจะวิเคราะห์ถึงสภาพปัญหาและข้อจำกัดของประมวลกฎหมายอาญากับการบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ในสถานที่สาธารณะ โดยแบ่งออกเป็น 3 กลุ่มกลุ่มแรกว่าด้วยมาตราที่ไม่สามารถบังคับกับการกระทำความผิดดังกล่าวเพราะองค์ประกอบความผิดของผู้กระทำและการกระทำ ได้แก่ มาตรา 280/1 มาตรา 388 และมาตรา 392 กลุ่มที่สองว่าด้วยมาตราที่ไม่สามารถบังคับกับการกระทำความผิดดังกล่าวเพราะนิยามของสื่อลามกอนาจารและข้อจำกัดของเจตนาพิเศษ ได้แก่ มาตรา 287 มาตรา 287/1 มาตรา 287/2 และกลุ่มสุดท้ายว่าด้วยมาตราที่สามารถบังคับกับการกระทำความผิดดังกล่าว ได้แก่ มาตรา 278 แต่ศาลตีความขยายความกฎหมายขัดต่อหลักการพื้นฐานกฎหมายอาญา และมาตรา 397 ซึ่งมีระวางโทษไม่เหมาะสมและไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำเพราะเป็นความผิดลหุโทษ อธิบายดังนี้

4.1 สภาพปัญหาและข้อจำกัดของมาตรา 280/1 มาตรา 388 และมาตรา 392

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 280/1 บัญญัติขึ้นเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มาตรา 276 หรือกระทำชำเราผู้เยาว์อายุไม่เกิน 15 ปี มาตรา 277 หรือกระทำอนาจาร มาตรา 278 หรือกระทำอนาจารผู้เยาว์อายุไม่เกิน 15 ปี มาตรา 279 ไม่ว่าในฐานะผู้ลงมือ ตัวการ ผู้ใช้หรือผู้สนับสนุน ซึ่งบ่งอาจบันทึกภาพหรือเสียงการกระทำชำเราหรือกระทำอนาจาร โดยมีเจตนาพิเศษ



เพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบสำหรับตนเองหรือผู้อื่น และต้องรับโทษหนักขึ้นหากผู้กระทำความผิด ข้างต้นนำภาพหรือเสียงการกระทำชำเราหรือกระทำความอนาจารที่บันทึกไว้ไปเผยแพร่หรือส่งต่อบุคคลภายนอก⁹⁰ เพราะฉะนั้นมาตรา 280/1 จึงไม่สามารถบังคับใช้แก่บุคคลอื่นที่ไม่เกี่ยวข้องกับ การกระทำความผิดฐานข้างต้น ซึ่งบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้เสียหายโดยไม่ยินยอมทั้งใน สถานที่ส่วนตัวและสถานที่สาธารณะ

ผู้เขียนเห็นว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 388⁹¹ บัญญัติขึ้นเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิด จำพวกกระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล (Exhibitionist) ที่เป็นการกระทำใด ๆ อันมี ลักษณะน่ารังเกียจอย่างร้ายแรงสำหรับวิญญูชนทั่วไป เช่น เปลือยกาย อวดกามปฏิบัติ มีเพศสัมพันธ์ ในสถานที่สาธารณะ หรือทำท่าทางมีเพศสัมพันธ์เพื่อเยาะเย้ยอดีตคนรักต่อหน้าธารกำนัล หรือกล่าว คำว่า “เย็ดโคตรแม่มีง” ต่อหน้าธารกำนัล⁹² เพราะฉะนั้นเพียงแต่บันทึกภาพ จึงไม่น่าเข้าองค์ประกอบ ความผิดของการกระทำฐานนี้⁹³

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 392 บัญญัติขึ้นเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดที่ทำให้ผู้อื่น เกิดความกลัวหรือความตกใจ โดยการขู่เข็ญ⁹⁴ ซึ่งไม่สามารถบังคับใช้แก่ผู้บันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศ โดยไม่ยินยอม เพราะโดยสภาพของการกระทำความผิด อาชญากรมักมีพฤติกรรมลักซ่อนพยายาม ปกปิดการกระทำของตนไม่ให้ผู้เสียหายรู้ตัวขณะลักลอบบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศ เพราะฉะนั้น การลักลอบบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศ จึงไม่ใช่การขู่เข็ญทำให้ผู้อื่นเกิดความกลัวหรือตกใจอันเป็น องค์ประกอบความผิดของมาตรา 392

⁹⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 280/1 บัญญัติว่า

“ถ้าผู้กระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 278 หรือมาตรา 279 ได้บันทึกภาพหรือเสียง การกระทำชำเราหรือการกระทำความอนาจารนั้นไว้ เพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวาง โทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ หนึ่งในสาม

ถ้าผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เผยแพร่หรือส่งต่อซึ่งภาพหรือเสียงการกระทำชำเราหรือการกระทำความอนาจาร ที่บันทึกไว้ ต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ กึ่งหนึ่ง”.

⁹¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 388 บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล โดยเปลือยหรือเปิดเผยร่างกาย หรือกระทำการลามกอย่างอื่น ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท”.

⁹² สหรัฐ กิติ ศุภการ, *หลักและคำพิพากษาจากกฎหมายอาญา*, (พิมพ์ครั้งที่ 8, บริษัท อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง จำกัด (มหาชน) 2561) 761-762.

⁹³ ตรงกันข้ามกับความเห็นของอาจารย์รณกรณ์ บุญมี เห็นว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 388 สามารถบังคับใช้แก่ การบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ในสถานที่สาธารณะได้. รณกรณ์ บุญมี (เชิงอรรถ 4) 29.

⁹⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 392 บัญญัติว่า

“ผู้ใดทำให้ผู้อื่นเกิดความกลัวหรือความตกใจ โดยการขู่เข็ญ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับ ไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”.

4.2 สภาพปัญหาและข้อจำกัดของมาตรา 287 (1) มาตรา 287/1 และ มาตรา 287/2 (1)

ประมวลกฎหมายอาญาไม่มีนิยามของคำว่า “ภาพไม่เหมาะสมทางเพศ” แต่มีนิยามของคำว่า “สิ่งลามก”⁹⁵ และ “สื่อลามกอนาจารเด็ก” ซึ่งมีความหมายในทำนองเดียวกัน แต่มีข้อแตกต่างสามารถอธิบายดังนี้

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (17) บัญญัติว่า “สื่อลามกอนาจารเด็ก หมายถึง วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกิน 18 ปี โดยรูป เรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือรูปแบบอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกันและให้หมายรวมถึงวัตถุหรือสิ่งต่าง ๆ ข้างต้นที่จัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์หรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้” อธิบายได้ความว่า สื่อลามกอนาจารเด็ก หมายถึง สิ่งใด ๆ ที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศ อันได้แก่ การข่มขืนกระทำชำเรา การกระทำชำเราโดยสมมติใจ การคุกคามทางเพศ การกระทำอื่น ๆ เพื่อสนองความใคร่⁹⁶ ของเด็กหรือกับเด็กที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี และเป็นสิ่งที่ไร้คุณค่าทางวิชาการและศิลปะ⁹⁷ ประกอบกับวิญญูชนทั่วไปเห็นว่ามีลักษณะยั่วให้เกิดความกำหนัดหรือความใคร่ทางกามารมณ์⁹⁸

ด้วยเหตุนี้ องค์ประกอบความผิด “สื่อลามกอนาจาร (สื่อลามกอนาจารผู้ใหญ่)” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 จึงมีความหมายทำนองเดียวกับองค์ประกอบความผิด “สื่อลามกอนาจารเด็ก” ตามมาตรา 287/1 และมาตรา 287/2 แตกต่างเพียงเป็นของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกิน 18 ปี ซึ่งเทียบเคียงนิยามตามมาตรา 1 (17) ได้ความว่า “สื่อลามกอนาจาร หมายถึง วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศ ของบุคคลหรือกับบุคคลที่มีอายุเกินกว่า 18 ปี ขึ้นไป โดยรูป เรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง

⁹⁵ ความหมายเดียวกับ “สื่อลามกอนาจารผู้ใหญ่” ซึ่งเป็นองค์ประกอบความผิดของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287.

⁹⁶ สหรัฐ กิติ ศุภการ (เชิงอรรถ 92) 33.

⁹⁷ “สิ่งลามก (obscenity)” หมายถึง สิ่งที่น่าอูจาด บัณฑิต ตำรา เช่น ภาพเปลือยที่แสดงให้เห็นถึงยอดถันของเพศหญิงหรือวัยะเพศหญิงหรือชายอย่างเด่นชัด คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6301/2533 อ้างถึงใน ณรงค์ ใจหาญ, ‘ความหมายของ “สิ่งลามก” ในกฎหมาย’ (2529) 2 วารสารนิติศาสตร์ 128-129 <<http://www.tulawcenter.org/sites/default/files/Nitisat%20Journal%20Vol.16%20Iss.2.pdf>> สืบค้นเมื่อ 16 ธันวาคม 2564.

⁹⁸ การวินิจฉัยว่าอะไรเป็นสิ่งลามกต้องได้ความว่า (1) วิญญูชนทั่วไปเห็นว่าสิ่งนั้นยั่วหรือดึงดูดให้เกิดความกำหนัดหรือความใคร่ทางกามารมณ์ (2) สิ่งนั้นแสดงหรือสื่อในทางที่น่ารังเกียจอย่างชัดเจนถึงการกระทำทางเพศ และ (3) สิ่งนั้นไร้คุณค่าทางวรรณกรรม ศิลปกรรม การเมือง หรือวิทยาศาสตร์ อ้างมาจากหลักเกณฑ์พิจารณา Miller Test ในคดี *Miller v. California* (1973). คนพล จันทรหอม, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด 1*, (พิมพ์ครั้งที่ 3, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2564) 632.

แถบบันทึกภาพ หรือรูปแบบอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกันและให้หมายรวมถึงวัตถุหรือสิ่งต่าง ๆ ข้างต้นที่จัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์หรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้” อธิบายความหมายว่า สิ่งใด ๆ ที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศ อันได้แก่ การข่มขืนกระทำชำเรา การกระทำชำเราโดยสมัครใจ การคุกคามทางเพศ การกระทำอื่น ๆ เพื่อสนองความใคร่ ของบุคคลหรือกับบุคคลที่มีอายุเกิน 18 ปี ขึ้นไป และเป็นสิ่งที่ไร้คุณค่าทางวิชาการและศิลปะ ประกอบกับบัญญัติขึ้นทั่วไปเห็นว่ามีลักษณะยั่วยุให้เกิดความกำหนัดหรือความใคร่ทางกามารมณ์

เพราะฉะนั้น คำว่า “สื่อลามกอนาจาร” จึงมีความหมายแคบกว่า “ภาพไม่เหมาะสมทางเพศ” ทว่าภาพไม่เหมาะสมทางเพศบางกรณีอาจเป็นสื่อลามกอนาจาร ถ้าภาพดังกล่าวได้มาขณะบุคคลกระทำทางเพศ โดยมีความมุ่งหมายเพื่อยั่วยุหรือดึงดูดให้เกิดความกำหนัดหรือความใคร่ทางกามารมณ์

ขณะที่ “ภาพไม่เหมาะสมทางเพศ” ที่ได้มาขณะบุคคลดำเนินอิริยาบถทั่วไปหรือทำกิจกรรมส่วนตัว แม้จะปรากฏให้เห็นภาพของบริเวณส่วนตัวของร่างกาย ได้แก่ อวัยวะเพศ บริเวณหัวหน่าว ทวารหนัก ก้น หรือนมของบุคคลซึ่งอยู่ในสภาพเปลือยหรือสวมชุดชั้นในปิดทับ หรือเป็นภาพของนมเพศหญิงที่สวมเสื้อผ้ายกอกปกปิด ไม่ถือเป็น “สื่อลามกอนาจาร” เพราะไม่ใช่ภาพที่ได้มาขณะบุคคลกระทำทางเพศ และเป็นภาพซึ่งไม่ได้ก่อให้เกิดอารมณ์ทางเพศสำหรับวิญญูชนทั่วไป เว้นแต่บุคคลบางกลุ่มที่มีรสนิยมชอบเสพภาพแอบถ่าย ดังนั้น ภาพไม่เหมาะสมทางเพศ จึงไม่เข้าองค์ประกอบความผิดของ “สื่อลามก” ตามมาตรา 287 หรือ “สื่อลามกอนาจารเด็ก” ตามมาตรา 287/1 หรือมาตรา 287/2

นอกจากนี้จะเห็นว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 (1)⁹⁹ และมาตรา 287/2 (1)¹⁰⁰ บัญญัติขึ้นเพื่อลงโทษผู้ทำหรือผลิตสื่อลามก (สื่อลามกอนาจารผู้ใหญ่) และสื่อลามกอนาจารเด็ก เฉพาะแต่ผู้กระทำความผิดที่มีเจตนาพิเศษเพื่อความสะดวกแห่งการค้าหรือโดยการค้า หรือเพื่อแจกจ่ายหรือแสดงอวดแก่ประชาชน เท่านั้น ทำให้มาตรา 287 (1) และมาตรา 287/2 นอกจากจะไม่สามารถบังคับแก่อาชญากร เพราะปัญหานิยามของภาพไม่เหมาะสมทางเพศในบางกรณีแล้ว ยังไม่สามารถบังคับแก่ผู้กระทำความผิดที่มีเจตนาลงมือเพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบสำหรับตนเองอีกด้วย

⁹⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 (1) บัญญัติว่า

“ผู้ใด (1) เพื่อความสะดวกแห่งการค้า หรือโดยการค้า เพื่อการแจกจ่ายหรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน ทำผลิต มีไว้ นำเข้าหรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกป็นอกราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไป หรือทำให้แพร่หลายโดยประการใด ๆ ซึ่งเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพหรือสิ่งอื่นใดอันลามก ...”.

¹⁰⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287/2 (1) บัญญัติว่า

“ผู้ใด (1) เพื่อความสะดวกแห่งการค้า หรือโดยการค้า เพื่อการแจกจ่ายหรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน ทำผลิต มีไว้ นำเข้าหรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกป็นอกราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไป หรือทำให้แพร่หลายโดยประการใด ๆ ซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็ก ...”.

ขณะที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287/1¹⁰¹ กำหนดความรับผิดทางอาญาเมื่ออาชญากรครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กโดยมีเจตนาพิเศษเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ทำให้กฎหมายเกิดช่องโหว่ไม่สามารถบังคับใช้แก่อาชญากรที่ครอบครองสื่อลามกตามนิยามเดียวกับมาตรา 287 (สื่อลามกอนาจารผู้ใหญ่) ดังนั้น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287/1 จึงไม่สามารถบังคับใช้แก่ผู้ครอบครองภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้ใหญ่โดยไม่ยินยอม เพราะกำหนดความคุ้มครองเฉพาะแต่สื่อลามกอนาจารเด็ก และปัญหานิยามของภาพไม่เหมาะสมทางเพศที่อาจไม่ใช่สื่อลามกอนาจารทุกกรณี

4.3 สภาพปัญหาและข้อจำกัดของมาตรา 278 และมาตรา 397

ปัจจุบันการดำเนินคดีกับผู้บันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ในสถานที่สาธารณะ เป็นไปตามมาตรา 397¹⁰² เพราะการกระทำความผิดดังกล่าวถือเป็นการกระทำความผิดด้วยประการใด ๆ อันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศอันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ซึ่งกระทำในสาธารณสถานหรือต่อหน้าธารกำนัลต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 397 วรรคสอง¹⁰³ แต่ด้วยความผิดฐานดังกล่าวเป็นความผิดลหุโทษมีอัตราโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 10,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งไม่เหมาะสมและไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด¹⁰⁴

นอกจากนี้ ศาลฎีกาในคำพิพากษาฎีกาที่ 12983/2558¹⁰⁵ พยายามสร้างความยุติธรรมแก่ผู้เสียหายด้วยการตีความขยายความให้การบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม

¹⁰¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287/1 บัญญัติว่า

“ผู้ใดครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งส่งต่อซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กแก่ผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”.

¹⁰² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 (พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558) บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำความผิดด้วยประการใด ๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำในที่สาธารณสถานหรือต่อหน้าธารกำนัลหรือเป็นการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสองเป็นการกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจเหนือผู้ถูกกระทำอันเนื่องจากความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือผู้มีอำนาจเหนือประการอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน และปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท”.

¹⁰³ เทียบเคียง คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2404/2563 จำเลยใช้โทรศัพท์มือถือลักลอบบันทึกภาพผู้เสียหายขณะทำกิจกรรมส่วนตัวในห้องน้ำสาธารณะ. สำนักงานอัยการสูงสุด, ‘คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2404/2563’ (2564) 86 อัยการนิเทศ 67, 67-70.

¹⁰⁴ ธรรมนูญ บัญญัติ (เชิงอรรถ 4) 30.

¹⁰⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 (เชิงอรรถ 5).

ในสถานที่สาธารณะ เป็นการกระทำอนาจาร ครอบคลุมประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 โดยมีเนื้อหาของคำพิพากษาศาลฎีกาว่า

การที่จำเลยแอบติดตั้งกล้องบันทึกภาพไว้ที่ใต้โต๊ะทำงานของโจทก์ร่วม และบันทึกภาพ สรีระร่างกายของโจทก์ร่วมตั้งแต่ช่วงลิ้นปี่จนถึงอวัยวะช่วงขา มองเห็นกระโปรงที่โจทก์ร่วม สวมใส่ ขาท่อนล่างและขาท่อนบนของโจทก์ร่วม โดยที่กล้องบันทึกภาพมีแสงไฟสำหรับเพิ่มความสว่าง เพื่อให้มองเห็นภาพบริเวณใต้กระโปรงของโจทก์ร่วมให้ชัดเจนยิ่งขึ้น การกระทำของจำเลยก่อให้เกิดถึงความใคร่และกามารมณ์ โดยที่โจทก์ร่วมมิได้รู้เห็นหรือยินยอม อันเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศต่อโจทก์ร่วม โดยโจทก์ร่วมตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ แม้จำเลยจะมีได้สัมผัสเนื้อตัวร่างกายของโจทก์ร่วมโดยตรง แต่การที่จำเลยใช้กล้องบันทึกภาพใต้กระโปรงโจทก์ร่วมในระยะใกล้ชิดโดยโจทก์ร่วมไม่รู้ตัว ย่อมรับฟังได้ว่าจำเลยได้กระทำให้ประสพต่อผลอันไม่สมควรในทางเพศต่อโจทก์ร่วม โดยใช้กำลังประทุษร้าย ซึ่งตามบทนิยามมาตรา 1 (6)¹⁰⁶ แห่งประมวลกฎหมายอาญา การใช้กำลังประทุษร้ายอันเป็นองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 นอกจากหมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายแล้ว ยังหมายความว่าทำการประทุษร้ายแก่จิตใจด้วย ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ การกระทำของจำเลยดังกล่าวทำให้โจทก์ร่วมต้องรู้สึกสะเทือนใจอับอายขายหน้า จึงถือว่าเป็นการประทุษร้ายแก่จิตใจของโจทก์ร่วมแล้ว อันแตกต่างจากการที่บุคคลใช้สายตามองดูหน้าอก ช่วงขา หรือชุดชั้นในของหญิงที่สวมใส่อยู่ ไม่ว่าในที่ใด ๆ ดังที่จำเลยกล่าวอ้างในฎีกา จึงไม่อาจนำมาเปรียบเทียบกันได้ การกระทำของจำเลยจึงเป็นการกระทำอนาจารโจทก์ร่วม ครอบคลุมประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 แล้ว และที่จำเลยฎีกาว่า ห้องตรวจคนไข้ไม่ใช่สาธารณสถาน การกระทำของจำเลยจึงไม่ครอบคลุมความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 นั้น เห็นว่า ห้องตรวจคนไข้ที่เกิดเหตุ เป็นส่วนหนึ่งของโรงพยาบาลอันเป็นสถานที่ราชการซึ่งเป็นสาธารณสถาน แม้ประชาชนที่ไปใช้บริการในห้องตรวจคนไข้ที่เกิดเหตุจะต้องได้รับอนุญาต และผ่านการคัดกรองจากพยาบาลหน้าห้องตรวจก่อนดังที่จำเลยฎีกา แต่ก็เป็นเพียงระเบียบขั้นตอนและวิธีปฏิบัติในการใช้บริการของโรงพยาบาลเท่านั้น หากทำให้ห้องตรวจคนไข้ดังกล่าวซึ่งเป็นสาธารณสถานที่ประชาชนมีความชอบธรรมจะเข้าไปได้ ต้องกลับกลายเป็นที่รโหฐานแต่อย่างใดไม่ ห้องตรวจคนไข้ที่เกิดเหตุจึงยังคงเป็นสาธารณสถาน ดังนั้น การกระทำของจำเลยจึงครอบคลุมความผิดฐานกระทำด้วยประการใด ๆ

¹⁰⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (6) บัญญัติว่า

“ใช้กำลังประทุษร้าย หมายถึง ทำประทุษร้ายแก่กายและจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยใช้ยาทำให้มึนเมา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน”.

อันเป็นการรังแกหรือข่มเหงผู้อื่น หรือกระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอาย หรือเดือดร้อนรำคาญ ในที่สาธารณะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 แล้ว¹⁰⁷

จำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 278, 397¹⁰⁸ การกระทำของจำเลย เป็นการกระทำความผิดเป็นความผิดต่อกฎหมายหลายบท ให้ลงโทษฐานกระทำอนาจาร แก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปีโดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ซึ่งเป็นกฎหมาย ที่มีโทษหนักที่สุดเพียงบทเดียว ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 90 จำคุก 1 ปี และปรับ 12,000 บาท¹⁰⁹

พอธิบายโดยสรุปว่า การที่จำเลยแอบติดตั้งกล้องบันทึกภาพใต้โต๊ะทำงานในห้องตรวจคนไข้ ของโรงพยาบาลอันเป็นสถานที่สาธารณะ เพื่อลักลอบบันทึกภาพได้กระโปรงของโจทก์ร่วม แม้จำเลย จะไม่ได้สัมผัสเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายโดยตรง ก็ถือเป็นการกระทำอันไม่สมควรทางเพศ และเป็น การใช้กำลังประทุษร้ายแก่กายและจิตใจตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (6)¹¹⁰ เนื่องจาก ผู้เสียหายไม่รู้ตัวขณะจำเลยลงมือกระทำความผิด จึงเป็นการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้ผู้เสียหาย อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ และการกระทำดังกล่าวเป็นเหตุให้ผู้เสียหายต้องรู้สึกสะเทือนใจ อับอายขายหน้า การกระทำของจำเลยจึงเป็นการกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 และเป็นการกระทำใด ๆ อันเป็นการรังแก หรือข่มเหงผู้อื่น หรือกระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือ เดือดร้อนรำคาญในสาธารณะตามมาตรา 397 เป็นการกระทำความผิดต่อกฎหมายหลายบท ลงโทษบทหนักที่สุดตามมาตรา 90

ผู้เขียนเห็นพ้องกับความเห็นของนักกฎหมายจำนวนหนึ่งที่วิพากษ์วิจารณ์คำพิพากษาศาลฎีกา ดังกล่าวเป็นการตีความขยายความกฎหมายขัดต่อหลักการพื้นฐานของกฎหมายอาญาด้วยเหตุผลว่า ตำรากฎหมายและบรรทัดฐานแนวคำพิพากษาศาลฎีกาวางหลักให้การกระทำอนาจาร หมายถึง การกระทำที่ไม่เหมาะสมหรือเหี้ยมหยามทางเพศ โดยการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายโดยตรง เช่น กอด จูบ ลูบคลำ¹¹¹ ส่วนการใช้กำลังประทุษร้ายต่อจิตใจ หมายถึง การทำให้ระบบประสาทของ สมองถูกกระทบกระเทือน (mind)¹¹² ซึ่งคำพิพากษาศาลฎีกาวางหลักมาตลอดว่าการทำให้เสียใจ โกรธ อาย เป็นอารมณ์ (emotion) ไม่ใช่การประทุษร้ายต่อจิตใจ¹¹³ สำหรับประเด็นการไม่รู้ตัวของผู้เสียหาย ขณะลงมือกระทำความผิด ผู้เขียนเห็นว่าเป็นเรื่องความยินยอมตามกฎหมายอาญา หากการใช้กำลัง ประทุษร้ายต่อกายด้วยการทำให้ผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนไม่

¹⁰⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 (เชิงอรรถ 5).

¹⁰⁸ หมายเหตุ ศาลยังปรับใช้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 เดิม ก่อนมีการแก้ไขโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558.

¹⁰⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 (เชิงอรรถ 5).

¹¹⁰ (เชิงอรรถ 106).

¹¹¹ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, *ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง* (พิมพ์ครั้งที่ 42, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2562) 475.

¹¹² ธรรมนูญ บุญมี (เชิงอรรถ 4) 34.

¹¹³ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ (เชิงอรรถ 111) 474.

เพราะฉะนั้น เมื่อประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 บัญญัติขึ้นเพื่อลงโทษผู้กระทำ อันไม่สมควรทางเพศด้วยการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายโดยตรง โดยการใช้กำลังประทุษร้ายต่อกายและ ระบบประสาท การที่ศาลวินิจฉัยให้การบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอมซึ่งไม่ได้ สัมผัสเนื้อตัวร่างกายโดยตรงเป็นการกระทำอนาจาร ใช้กำลังประทุษร้ายต่อกายขณะตกอยู่ในสภาวะ ไม่สามารถขัดขืน และใช้กำลังประทุษร้ายต่ออารมณ์ความรู้สึก จึงเป็นการตีความขยายความกฎหมาย ลงโทษผู้กระทำความผิดขัดต่อหลักการพื้นฐานกฎหมายอาญาทั่วไปว่าด้วยการห้ามเทียบเคียง กฎหมาย¹¹⁴ ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นพ้องกับนักกฎหมายจำนวนหนึ่ง¹¹⁵ เสนอแนะเพิ่มเติมความผิดฐานบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอมไว้ในประมวลกฎหมายอาญา เพื่อบังคับใช้ แก่การกระทำความผิดลักษณะนี้โดยเฉพาะ

นอกจากปัญหาระวางโทษไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดตามที่กล่าวไปข้างต้นแล้ว จะเห็นว่าความผิดฐานบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอมตามกฎหมายของ ประเทศสหรัฐอเมริกาบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวโดยเฉพาะ โดยผ่านการพิจารณา กำหนดขอบเขตอันสมควรคาดหมายความเป็นส่วนตัวในสถานที่สาธารณะจากหลักเกณฑ์พิจารณาต่าง ๆ ได้แก่ บรรทัดฐานของสังคม เสรีภาพในการแสดงออก และข้อยกเว้นว่าด้วยความยินยอม และ ประโยชน์สาธารณะ ทำให้ระดับความคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวในสถานที่สาธารณะแคบกว่า สถานที่ส่วนตัว จึงคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวจากการบันทึกภาพโดยไม่ได้รับความยินยอม ด้วยวิธีการ เช่น ซ่อนได้ร่มผ้า หรือลอดผ่านเสื้อผ้า หรือวิธีการใด ๆ ที่ทำให้ภาพปรากฏบริเวณส่วนตัว ของร่างกายซึ่งผู้อื่นปกปิดไม่ให้ปรากฏสู่สายตาสาธารณะ เท่านั้น ไม่รวมขณะทำกิจกรรมส่วนตัวหรือ กิจกรรมทางเพศ เพื่อให้กฎหมายอาญาคู่มือคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวเฉพาะที่มีผลกระทบโดยตรงต่อ อำนาจในการตัดสินใจดำเนินชีวิตและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ขณะเดียวกันก็เพื่อรักษาสมดุลระหว่าง เสรีภาพในการแสดงออกของประชาชน และคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะ จึงมีบทยกเว้นความผิด สำหรับการกระทำบางกรณี เช่น การบันทึกภาพโดยไม่ยินยอมโดยชอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่รัฐ การบันทึกภาพเพื่อการรักษาพยาบาล หรือการติดตั้งกล้องวงจรปิดเพื่อรักษาความปลอดภัยในชีวิต ร่างกายและทรัพย์สินของเอกชน

ตรงกันข้ามกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 และมาตรา 397 ที่ถูกนำมาปรับใช้กับ การบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ในสถานที่สาธารณะ ซึ่งไม่ได้บัญญัติขึ้น เพื่อคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวโดยตรง จึงขาดการพิจารณากำหนดขอบเขตอันสมควรคาดหมาย ความเป็นส่วนตัวในสถานที่สาธารณะ นอกจากนี้เนื้อหาของสาธณสถานตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (4) ยังขาดการแยกแยะระหว่างสถานที่ที่สาธารณะ (สถานที่ส่วนตัว) ออกจากสถานที่สาธารณะ

¹¹⁴ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ และธณกรณ์ บุญมี (เชิงอรรถ 6) 26 และธณกรณ์ บุญมี (เชิงอรรถ 4) 33.

¹¹⁵ ดู ธณกรณ์ บุญมี (เชิงอรรถ 4) 35; เปรียบเทียบ พัทธินันท์ เตชะปัญญารักษ์, 'การลักลอบบันทึกภาพถ่าย หรือ วัตถุทัศนโดยมิชอบ' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2549) 68-71; เปรียบเทียบ สาธิติน มีสินทางกูร, 'ความรับผิดทางอาญาสำหรับกรณีการกระทำในลักษณะละเมิดสิทธิส่วนตัวด้วยการแอบดู' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2554) 132-135; เปรียบเทียบ อธิยุทธ พงษ์ศิริ, 'ความผิดอาญาฐานครอบครองสื่อลามกอนาจาร ที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอมกับกฎหมายอาญา' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย 2562) 125.

ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์พิจารณาสำคัญในการกำหนดความคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวให้แตกต่างจากสถานที่ส่วนตัว เพราะต้องคำนึงถึงเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชนและประโยชน์สาธารณะมากกว่า

ด้วยความหมายของสิทธิความเป็นส่วนตัวเป็นเรื่องเกี่ยวกับอำนาจโดยอิสระในการตัดสินใจกำหนดความเป็นส่วนตัวจากการรับรู้ เปิดเผย หรือปกปิดตามความพอใจของแต่ละบุคคล ทำให้ขอบเขตของความเป็นส่วนตัวถูกกำหนดแตกต่างกันตามอัตวิสัย เมื่อประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 และมาตรา 397 ขาดการพิจารณาขอบเขตอันสมควรคาดหมายความเป็นส่วนตัวในสถานที่สาธารณะ จึงอาจทำให้การกระทำเหล่านี้ เช่น การบันทึกภาพในลักษณะทั่วไป (background หรือ incidentally captured) ขณะผู้เสียหายสวมชุดว่ายน้ำบนชายหาดสาธารณะ หรือบันทึกภาพนมหังหมดของผู้เสียหายขณะเดินแบบสวมเสื้อผ้าภายนอกบางสีทึบ หรือบันทึกภาพผู้เสียหายขณะแสดงการล้างรถยนต์ในบริบทสวมกางเกงขาสั้นและใส่เสื้อกล้ามสีขาวบางปรากฏให้เห็นสรีระและชุดชั้นใน หรือบันทึกภาพในลักษณะทั่วไปของผู้เสียหายเปลือยกายประหว่งทางารเมือง หรือบันทึกภาพบรรยากาศของสถานที่หนึ่ง แต่ภาพต้นปรากฏผู้เสียหายลมพัดกระโปรงเปิดเห็นกางเกงในโดยบังเอิญ หรือบันทึกภาพบรรยากาศการแสดงเวทีแต่ใช้กล้องส่องทแยงลงจากมุมสูงปรากฏติดภาพร่อนนมพร้อมชุดชั้นในบางส่วนของผู้เสียหายซึ่งเป็นผู้ร่วมงานหรือนักแสดงโดยบังเอิญ หรือเจ้าหน้าที่ตำรวจติดตั้งกล้องวงจรปิดบริเวณชายหาดและบันทึกภาพผู้เสียหายในบริบทสวมชุดว่ายน้ำและปรากฏลักษณะยอถัน เต๋นชัดหรืออวัยวะเพศรัศดตั้ง หรือบุคลากรทางการแพทย์หรือเจ้าหน้าที่กู้ภัยบันทึกภาพบริเวณส่วนตัวของร่างกายของผู้เสียหายขณะไม่มีสติสัมปชัญญะเพื่อใช้เป็นหลักฐานสำหรับการวินิจฉัยรักษาอาการเจ็บป่วย เป็นการกระทำด้วยประการใด ๆ อันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศอันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญในสาธารณสถาน ตามมาตรา 397 วรรคสอง และเป็นการกระทำอนาจารตามมาตรา 278 ตามแนวการวินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกา ทั้งที่การกระทำดังกล่าวสามารถอธิบายจำกัดขอบเขตความเป็นส่วนตัวเชิงอัตวิสัยได้ด้วยบรรทัดฐานของสังคม เสรีภาพในการแสดงออกของประชาชน ความยินยอม และประโยชน์สาธารณะ

อย่างไรก็ตาม การละเลยไม่พิจารณากำหนดขอบเขตอันสมควรคาดหมายความเป็นส่วนตัวในสถานที่สาธารณะ และปล่อยให้มีการบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 และมาตรา 397 ต่อไปโดยไม่สร้างความผิดฐานบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอมโดยเฉพาะ อาจทำให้ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้กระทำความผิดไร้ขอบเขต นำไปสู่ปัญหาการตีความขยายความกฎหมายอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 และอาจมีคำพิพากษาศาลฎีกาอื่นในอนาคต¹¹⁶ ทำให้เกิดบรรยากาศความไม่แน่ใจ ความหวาดกลัว (chilling effect) กระทบต่อเสรีภาพในการดำเนินชีวิตของประชาชน เนื่องจากประชาชนมีความรู้สึกต้องปิดกั้น (self-censorship) ห้ามบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอมทุกกรณี มิฉะนั้นอาจมีความผิดตามกฎหมายอาญา

¹¹⁶ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2404/2563 จำเลยใช้โทรศัพท์มือถือลักลอบบันทึกภาพผู้เสียหายขณะทำกิจกรรมส่วนตัวในห้องน้ำสาธารณะ (สถานที่กึ่งสาธารณะ) (เชิงอรรถ 103).

ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่า การพิจารณากำหนดขอบเขตอันสมควรคาดหมายความเป็นส่วนตัว ในสถานที่สาธารณะสำหรับการบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอมมีความจำเป็น อย่างยิ่งต่อการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของผู้กระทำความผิด เพื่อสร้างแนวทางการคุ้มครองสิทธิ ความเป็นส่วนตัวอย่างเป็นภาวะวิสัย รักษาความสมดุลระหว่างเสรีภาพในการแสดงออกและ ประโยชน์สาธารณะให้เหมาะสมตามบริบทของสังคมไทย อีกทั้งช่วยแก้ไขปัญหาคดีความขยายความ กฎหมายและการระวางโทษไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำ ของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 และ มาตรา 397 จึงเสนอแนะให้ฝ่ายนิติบัญญัติสร้างฐานความผิดนี้ขึ้นโดยเฉพาะ

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ด้วยข้อจำกัดของมาตรา 280/1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ที่ไม่สามารถบังคับใช้แก่ ผู้ที่ไม่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ และการบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่น โดยไม่ยินยอม ไม่เข้าองค์ประกอบความผิดของการกระทำตามมาตรา 388 และมาตรา 392 อีกทั้ง ปัญหานิยามระหว่างภาพไม่เหมาะสมทางเพศกับสิ่งลามก (สื่อลามกอนาจารผู้ใหญ่) หรือสื่อลามก อนาจารเด็กตามมาตรา 1 (17) ซึ่งเป็นองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 287 มาตรา 287/1 และ มาตรา 287/2 ตามลำดับ ทำให้การบันทึกภาพที่ปรากฏบริเวณส่วนตัวของร่างกาย ได้แก่ อวัยวะเพศ บริเวณหัวหน่าว ทวารหนัก ก้น หรือนมของบุคคลซึ่งอยู่ในสภาพเปลือยหรือสวมชุดชั้นในปิดทับ หรือ เป็นภาพของนมเพศหญิงที่สวมเสื้อผ้าภายนอกปกปิด ในขณะที่บุคคลดำเนินอิริยาบถทั่วไป เช่น นั่ง ลูก เติ้น ก้ม เงย ไม่เข้านิยามของสิ่งลามก (สื่อลามกอนาจารผู้ใหญ่) และสื่อลามกอนาจารเด็ก จึงไม่เป็ นความผิดตามมาตราดังกล่าว นอกจากนี้ มาตรา 287 (1) และมาตรา 287/2 (1) ยังจำกัดความรับผิด ทางอาญาด้วยเจตนาพิเศษ ทำให้ไม่สามารถบังคับแก่ผู้กระทำความผิดที่มีเจตนาลงมือเพื่อแสวงหา ประโยชน์โดยมิชอบสำหรับตนเอง ขณะเดียวกัน มาตรา 287/1 ก็กำหนดความรับผิดทางอาญาเฉพาะ แต่สื่อลามกอนาจารเด็ก เท่านั้น เพราะฉะนั้นการดำเนินคดีแก่ผู้บันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของ ผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ในสถานที่สาธารณะ จึงต้องปรับใช้มาตรา 397 ซึ่งเป็นความผิดหลัโทษมีระวางโทษ ไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำ ทำให้ศาลฎีกาในคำพิพากษาฎีกาที่ 12983/2558 ตีความขยายความ กฎหมายให้การบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ในสถานที่สาธารณะ เป็นการกระทำอนาจาร ครอบองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 278 เพื่อสร้างความยุติธรรมแก่ ผู้เสียหาย จนเป็นเหตุให้นักกฎหมายจำนวนหนึ่งออกมาวิพากษ์วิจารณ์อย่างหนัก และเสนอเพิ่มเติม ความผิดฐานบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอมไว้ในประมวลกฎหมายโดยเฉพาะ

จากการศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่น โดยไม่ยินยอม ในสถานที่สาธารณะของประเทศสหรัฐอเมริกายังพบอีกว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 และมาตรา 397 ไม่ได้บัญญัติเพื่อคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวโดยตรง จึงขาด การพิจารณากำหนดขอบเขตอันสมควรคาดหมายความเป็นส่วนตัวในสถานที่สาธารณะ นอกจากนี้ มาตรา 1 (4) ยังไม่แยกแยะนิยามของสถานที่ที่สาธารณะออกจากสาธารณสถาน ซึ่งสถานที่

เป็นหลักเกณฑ์พิจารณากำหนดความคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวที่สำคัญประการหนึ่งที่มีผลให้บุคคลสามารถคาดหมายความเป็นส่วนตัวในสถานที่สาธารณะจากการบันทึกภาพโดยไม่ยินยอม เฉพาะบริเวณส่วนตัวของร่างกายซึ่งผู้อื่นไม่เปิดเผยสู่สายตาสาธารณะ เท่านั้น ขณะที่กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาบัญญัติคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวจากการบันทึกภาพบริเวณส่วนตัวของร่างกาย ได้แก่ อวัยวะเพศ บริเวณหัวไหล่ ก้น หรือนมของเพศหญิงโดยมีสัดส่วนตั้งแต่ลานนมลงมา ซึ่งอาจอยู่ในสภาพเปลือยหรือมีชุดชั้นในปิดทับก็ได้ ตราบใดที่บริเวณส่วนตัวของร่างกายนั้น ยังคงปกปิดไม่ปรากฏสู่สายตาสาธารณะ จึงเอาผิดกับผู้บันทึกภาพด้วยวิธีการ เช่น ซ่อนได้ร่มผ้า หรือลอดผ่านเสื้อผ้า หรือวิธีการใด ๆ ที่ทำให้ภาพปรากฏบริเวณส่วนตัวของร่างกายซึ่งผู้อื่นปกปิดไม่ปรากฏสู่สายตาสาธารณะ แต่ไม่รวมถึงภาพขณะผู้อื่นทำกิจกรรมส่วนตัว หรือทำกิจกรรมทางเพศ ในสถานที่สาธารณะ โดยเนื้อหาของบทบัญญัติผ่านการพิจารณากำหนดขอบเขตอันสมควรคาดหมายความเป็นส่วนตัวในสถานที่สาธารณะจากบรรทัดฐานของสังคม เสรีภาพในการแสดงออก ความยินยอม และกำหนดบทยกเว้นความผิดสำหรับการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะมาแล้ว

ด้วยเหตุผลตามที่กล่าวไปข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าการบัญญัติความผิดฐานบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม ในสถานที่สาธารณะ สมควรพิจารณากำหนดขอบเขตอันสมควรคาดหมายความเป็นส่วนตัวในสถานที่สาธารณะของบุคคลที่มีสติสัมปชัญญะครบถ้วนและอายุเกิน 18 ปี ขึ้นไป ให้เหมาะสมตามบริบทของสังคมไทย โดยอาศัยหลักเกณฑ์พิจารณา และข้อยกเว้นที่ได้จากการศึกษาความผิดฐานดังกล่าวของประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนี้

1. กำหนดนิยามของภาพไม่เหมาะสมทางเพศ โดยพิจารณาจากบรรทัดฐานของสังคมไทย ที่ให้คุณค่าความเป็นส่วนตัวแก่ อวัยวะเพศ บริเวณหัวไหล่ ก้น ทวารหนัก และหน้าอกที่บุคคลปกปิดไม่ไว้จะด้วยการแต่งกาย หรือการกระทำใด ๆ เพื่อไม่ให้บริเวณส่วนตัวของร่างกายดังกล่าวปรากฏสู่สายตาสาธารณะ และเป็นภาพที่ได้มาขณะบุคคลดำเนินอิริยาบถทั่วไป เช่น นั่ง ลูก เดิน ก้ม เงย

แต่จำกัดสิทธิความเป็นส่วนตัวแก่การกระทำใด ๆ ที่ขัดต่อประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 388 เช่น การเปลือยกาย อัตกามปฏิบัติ หรือมีเพศสัมพันธ์ในสถานที่สาธารณะ ดังนั้น ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 388 จึงไม่สามารถคาดหมายความเป็นส่วนตัวจากการบันทึกภาพโดยไม่ยินยอมในสถานที่สาธารณะ

2. เนื่องจากบทความของผู้เขียนตั้งใจศึกษาขอบเขตอันสมควรคาดหมายความเป็นส่วนตัวในสถานที่สาธารณะ เพื่อคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวและเสรีภาพในการดำเนินชีวิตโดยปกติสุขของบุคคลที่มีสติสัมปชัญญะครบถ้วนและอายุเกิน 18 ปี ขึ้นไป เท่านั้น ไม่รวมถึง กรณีผู้เยาว์หรือบุคคลวิกลจริตเปิดเผยบริเวณส่วนตัวของร่างกายในสถานที่สาธารณะ หรือกรณีที่บุคคลถูกทำให้บริเวณส่วนตัวของร่างกายเปิดเผยในสถานที่สาธารณะเพราะถูกข่มขืนกระทำชำเราหรือกระทำอนาจาร

ดังนั้น การกำหนดนิยามของขอบเขตอันสมควรคาดหมายความเป็นส่วนตัว ให้พิจารณาความยินยอมของเจ้าของสิทธิจากการปกปิด ไม่ว่าจะด้วยการสวมเสื้อผ้าภายนอก หรือการกระทำใด ๆ อย่างอื่น ซึ่งเป็นพฤติกรรมเชิงภาวะวิสัยที่เข้าใจโดยวิญญูชนทั่วไปว่าเจ้าของสิทธิไม่ยินยอมต่อ



การล้วงล้ำและบันทึกภาพบริเวณส่วนตัวของร่างกาย ในทางกลับกันให้ถือว่าเจ้าของสิทธิศิลปะประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง เมื่อเปิดเผยบริเวณส่วนตัวของร่างกายตามข้อ 1. ให้ปรากฏสู่สายตาสาธารณะ โดยเจ้าของสิทธิต้องมีฐานะเพียงพอที่จะรู้ถึงการกระทำ และยอมรับผลของการกระทำของตนอย่างเต็มที่ แต่ไม่รวมถึงการอยู่ในอิริยาบถที่ไม่เรียบร้อย ทำให้บริเวณส่วนตัวของร่างกายดังกล่าวเปิดเผยสู่สายตาสาธารณะ

3. กำหนดลักษณะการกระทำและเจตนาของผู้กระทำความผิด โดยพิจารณาเสรีภาพในการแสดงออกตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 34 เท่าที่ไม่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นจนเกินควรในระดับที่ไม่ทำให้อื่นเกิดความเดือดร้อนรำคาญ สมควรกำหนดความรับผิดทางอาญาเฉพาะแต่การบันทึกภาพด้วยวิธีการ เช่น ซ่อนใต้ร่มผ้า หรือลอดผ่านเสื้อผ้า หรือวิธีการใด ๆ ที่ทำให้ภาพปรากฏบริเวณส่วนตัวของร่างกายซึ่งผู้อื่นปกปิดไม่ให้ปรากฏสู่สายตาสาธารณะตามนิยามของข้อ 1 และข้อ 2 เช่น การเปิดแสงแฟลช (flash) ให้กระทบเสื้อผ้าภายนอกเพื่อให้เห็นบริเวณส่วนตัวของร่างกาย โดยผู้กระทำต้องมีเจตนาประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลอันเป็นเจตนาธรรมดาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสอง เพราะการกระทำความผิดดังกล่าวมีลักษณะน่าตำหนิและส่อให้เห็นเจตนาชั่วของจำเลยอย่างชัดเจนโดยสภาพ ซึ่งการกระทำความผิดดังกล่าวอาจเกิดได้จากหลายมูลเหตุจูงใจ แต่ล้วนเป็นการใช้เสรีภาพในการแสดงออกที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้เสียหายทั้งสิ้น จึงไม่มีความจำเป็นต้องบัญญัติเจตนาพิเศษ หรือพฤติการณ์ประกอบการกระทำ มิฉะนั้นอาจทำให้บางกรณีไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย

4. กำหนดนิยามของสถานที่สาธารณะ หมายถึง สาธารณสถานซึ่งประชาชนมีความชอบธรรมที่จะเข้าไป แต่ไม่รวมถึงสถานที่ที่สาธารณะซึ่งบุคคลสามารถคาดหมายความเป็นส่วนตัวขณะเข้าครอบครองพื้นที่ เช่น ห้องน้ำสาธารณะ ห้องพักโรงแรม ห้องเปลี่ยนเสื้อผ้า หรือสถานที่อื่นในทำนองเดียวกัน ไว้ในความผิดฐานเดียวกันนี้ เพื่อความเข้าใจอย่างชัดเจนในเชิงสิทธิความเป็นส่วนตัว ไม่ให้ปะปนกับนิยามของสาธารณสถานตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (4) ที่ยังคงปรับใช้ได้กับความผิดฐานอื่น ๆ ของประมวลกฎหมายอาญา

5. กำหนดบทยกเว้นความผิดแก่การกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ ได้แก่ การปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่รัฐ เช่น การติดตั้งกล้องวงจรปิดในสถานที่สาธารณะหรือเรือนจำ เพื่อป้องกันการกระทำความผิดและบันทึกเหตุการณ์ไว้เป็นพยานหลักฐาน การกระทำของบุคลากรทางการแพทย์หรือเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง ขณะผู้ป่วยไม่มีสติสัมปชัญญะ เพื่อใช้เป็นหลักฐานสำหรับการวินิจฉัยรักษาอาการเจ็บป่วย และการติดตั้งกล้องวงจรปิดเพื่อความปลอดภัยของชีวิตร่างกายและทรัพย์สินของเอกชน และบันทึกเหตุการณ์ไว้เป็นพยานหลักฐาน

อย่างไรก็ดี การกำหนดขอบเขตอันสมควรคาดหมายความเป็นส่วนตัวในสถานที่สาธารณะสำหรับการบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม เพื่อให้ได้มาซึ่งขอบเขตความรับผิดทางอาญาของผู้กระทำความผิดมีความละเอียดซับซ้อน และจากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายและคำพิพากษาศาลระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกากับประเทศแคนาดาพบว่า ศาลของประเทศแคนาดา

ตีความกฎหมายและกำหนดขอบเขตอันสมควรคาดหมายความเป็นส่วนตัวในสถานที่สาธารณะกว้างกว่าของประเทศสหรัฐอเมริกา¹¹⁷ ซึ่งมุมมองการคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวแต่ละประเทศล้วนมีข้อดีและข้อเสีย หากผู้อ่านสนใจสามารถศึกษาเพิ่มเติมจากวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน¹¹⁸

¹¹⁷ ดู คำพิพากษาศาลประเทศแคนาดา คดี *R v. Rudiger* (2011) คดี *R v. Rudiger* (2011) BCSC 1397 (CanLII), para.76 (CanLII, 19 ตุลาคม 2554) <<https://canlii.ca/t/fnhr0>> สืบค้นเมื่อ 23 มีนาคม 2565; เปรียบเทียบ คดี *R v. Jarvis* (2019) (เชิงอรรถ 22); เปรียบเทียบ คำพิพากษาศาลประเทศสหรัฐอเมริกา คดี *District of Columbia v. Cleveland* (2014) คดี *District of Columbia v. Cleveland* No. 18 (2014) DVM 1341; Alanna Vagianos, ‘Upskirt Photos Don’t Violate A Woman’s Privacy, Rules D.C. Judge’ (HUFFPOST, 10 ตุลาคม 2557) <https://www.huffpost.com/entry/upskirt-photos-legal-dc_n_5966406> สืบค้นเมื่อ 16 มีนาคม 2565.

¹¹⁸ ญัฐณิชา ปันชัย, ‘ขอบเขตอันสมควรคาดหมายความเป็นส่วนตัวในสถานที่สาธารณะ : ศึกษาความผิดอาญาฐานบันทึกภาพไม่เหมาะสมทางเพศของผู้อื่นโดยไม่ยินยอม’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2565).