

ปัญหาทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิของผูถูกบันทึกภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอม

คณาธิป ทองรวีวงศ์¹

■ บทนำ

ความแพร่หลายของการใช้อุปกรณ์ในการบันทึกภาพลักษณะต่าง ๆ ประกอบกับการพัฒนาของเทคโนโลยีสารสนเทศในปัจจุบันนำไปสู่การเพิ่มขึ้นของการถ่ายภาพทั้งในเชิงปริมาณและคุณภาพ ส่งผลให้บุคคลอาจถูกถ่ายภาพโดยปราศจากการยินยอม (Consent) ยิ่งไปกว่านั้น ในหลายกรณีบุคคลอาจถูกถ่ายภาพโดยไม่มีแม้แต่โอกาสที่จะรับรู้ (knowledge) ว่าตนเองนั้นถูกถ่ายภาพไปแล้ว ดังนั้น บทความนี้จึงมุ่งชี้ให้เห็นว่า ปัจจุบันบุคคลแต่ละคนย่อมมีสิทธิในอันที่จะไม่ถูกถ่ายภาพโดยปราศจากการรับรู้และยินยอม ซึ่งสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิพื้นฐานของมนุษย์ประการหนึ่งอันสามารถจัดเป็นส่วนย่อยของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (Right to Privacy) ซึ่งได้รับการรับรองทั้งในกฎหมายระดับระหว่างประเทศและกฎหมายของหลายประเทศ รวมทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยด้วย อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาถึงการคุ้มครองสิทธิดังกล่าวในระบบกฎหมายไทยปัจจุบันจะพบว่า ปัญหาประการสำคัญคือยังไม่มีกฎหมายฉบับใดหรือมาตราใดที่รับรองและคุ้มครองสิทธิดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะ เนื่องจากกฎหมายที่สามารถนำมาปรับใช้กับกรณีดังกล่าวมีลักษณะกระจัดกระจายอยู่ตามกฎหมายหลายฉบับ ยิ่งไปกว่านั้นกฎหมายที่เป็นอยู่ยังไม่สามารถคุ้มครองสิทธิดังกล่าวได้อย่างครอบคลุมและเหมาะสม การปรับใช้ประมวลกฎหมายอาญาและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือกฎหมายเฉพาะดังเช่นพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดบางประการเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ กับกรณียังมีปัญหาอยู่หลายประการ ซึ่งหลังจากวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศแล้วบทความนี้ได้นำเสนอข้อเสนอนะในการปรับปรุงเพิ่มเติมบทบัญญัติให้เหมาะสมต่อไป

¹ - ผู้ช่วยคณบดีฝ่ายวิชาการ และอาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเซนต์จอห์น
 - นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
 - เนติบัณฑิตไทย สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา
 - นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายระหว่างประเทศ (วิทยานิพนธ์ดีมาก) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
 - LL.M. (International Economic and Business Law), Kyushu University, Japan

พัฒนาการของเทคโนโลยีสารสนเทศในปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงลักษณะและพฤติกรรมในการติดต่อสื่อสารของมนุษย์เป็นอย่างมาก การติดต่อสื่อสารสามารถเกิดขึ้นได้อย่างรวดเร็วและกว้างขวางในขณะเดียวกันอุปกรณ์เกี่ยวกับการถ่ายภาพได้รับการพัฒนาให้สามารถเชื่อมโยงข้อมูลที่เป็นภาพถ่ายเข้าไปยังระบบการสื่อสารสารสนเทศ ทำให้การแพร่หลายของภาพถ่ายเป็นไปได้อย่างรวดเร็วและกว้างขวางตามไปด้วย นอกจากนี้ การพัฒนาอุปกรณ์ถ่ายภาพให้มีขนาดเล็กลงอีกทั้งยังประกอบรวมเข้าไปกับอุปกรณ์สื่อสารชนิดอื่น ๆ เช่น โทรศัพท์เคลื่อนที่ ทำให้ความนิยมถ่ายภาพยิ่งขยายตัวออกไปทั้งปริมาณและความถี่ ในอีกด้านหนึ่งของการพัฒนานี้ ปัจจุบันบุคคลแต่ละคนในสังคมกำลังถูกล่วงล้ำเข้าไปในอาณาเขตของความเป็นส่วนตัวมากขึ้น ในเมื่อการถ่ายภาพสามารถเกิดขึ้นได้แทบจะทุกที่และทุกเวลา บุคคลอาจถูกถ่ายภาพโดยไม่มีแม้แต่โอกาสที่จะรับรู้ หรือสอบถามความยินยอมก่อน ดังนั้นผู้เขียนจึงทำการศึกษาดังกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิดังกล่าว โดยจะเริ่มจากการพิจารณาว่า สิทธิที่จะไม่ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอมนั้นจัดเป็นสิทธิชนิดใด ทั้งนี้จะศึกษาแนวคิดของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (Right to Privacy) ซึ่งเห็นว่าสามารถแปลความออกมารวมถึงสิทธิในการไม่ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอมนี้ด้วย หลังจากนั้นจะศึกษาว่ามีกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิดังกล่าวเพียงใดโดยพิจารณากฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องต่อไป

■ สิทธิที่จะไม่ถูกบันทึกภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอมกับสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (Right to privacy)

ในส่วนนี้จะทำการพิจารณาการพิจารณาการแนวความคิดของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว ซึ่งเป็นสิทธิรากฐานอันนำไปสู่การขยายตัวของสิทธิในการที่จะไม่ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอม ในสมัยโรมันนั้นมีแนวคิดที่ยอมรับว่า บุคคลแต่ละคนมีเขตแดนของตนเอง ซึ่งในเขตแดนดังกล่าวเปรียบได้ดังที่พำนักอันไม่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางสังคมภายนอกในเขตแดนดังกล่าวนั้นถือเป็นเขตเฉพาะตัวของปัจเจกบุคคลแต่ละคนซึ่งปราศจากการสอดเข้ามาเกี่ยวข้องกับบุคคลอื่น ๆ ในสังคมนั้น² สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (Right to privacy) มีความใกล้เคียงกับสิทธิส่วนบุคคล (personal right) ซึ่งต่างก็มุ่งเน้นถึงความสำคัญของความเป็นตัวตนในฐานะเป็นสาระสำคัญของความเป็นตัวตนของมนุษย์³

² Raymond Wacks, *Personal Information: Privacy and the Law* (Oxford Clarendon Press, 1989), p.7.

³ Ellen Alderman and Caroline Kennedy, *The Right to Privacy* (New York: Alfred A. Knopf, 1995), p.xiv.

ในมุมมองทางศาสนานั้น สิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลคือสิทธิที่เกี่ยวกับเนื้อตัวร่างกาย เช่น การนำใบไม้มาประดิษฐ์เป็นที่ปิดบังส่วนของร่างกายที่ไม่ต้องการให้คนอื่นได้เห็น⁴ อย่างไรก็ตามสิทธิในความเป็นส่วนตัวถูกขยายความออกไปจากที่จำกัดอยู่เฉพาะเนื้อตัวร่างกายของบุคคลไปรวมถึงครอบครัว ทรัพย์สิน โดยในระยะแรกของการพัฒนาแนวคิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวนี้มีขึ้นเพื่ออ้างยันต่อรัฐว่าปัจเจกชนมีสิทธิที่สามารถป้องกันมิให้รัฐหรือบุคคลใดล่วงล้ำขอบเขตความเป็นส่วนตัวของปัจเจกชน มีการเรียกร้องให้รัฐรับรองสิทธิในทางทรัพย์สิน เพื่อการแบ่งแยกทรัพย์สินส่วนบุคคลออกจากทรัพย์สินสาธารณะ

แนวคิดของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวจัดเป็นแนวคิดแบบปัจเจกนิยม (individualism) มาจากสำนักความคิดสโตอิก (Stoic) ที่เชื่อว่ามนุษย์ในสภาวะธรรมชาติสมบูรณ์จะดำรงชีวิตอย่างมีเหตุผลเนื่องจากในโลกเป็นระบบที่มีระเบียบใหญ่ทั้งจักรวาลซึ่งมีแก่นสาร (Substance) สำคัญคือเหตุผล โดยความเป็นเหตุผลของมนุษย์ย่อมไม่ถูกจำกัดด้วยเชื้อชาติหรือเผ่าพันธุ์จึงก่อให้เกิดระบบที่เป็นสากลอันเป็นพื้นฐานของกฎหมายธรรมชาติและความยุติธรรม ดังนั้นปัจเจกชนจึงมีสิทธิตามธรรมชาติ (Natural rights) ในฐานะที่เกิดเป็นมนุษย์ นักกฎหมายโรมันได้พัฒนาหลักกฎหมายธรรมชาติ โดยเชื่อว่าหลักกฎหมายธรรมชาติ (Jus Naturale) เป็นกฎเกณฑ์ที่มีเหตุผลสอดคล้องกับธรรมชาติ มีผลบังคับทั่วไป

ครอบคลุมทุกชาติทุกภาษา ดังจะเห็นได้จากคำกล่าวของซีเซโรที่ว่า “กฎหมายที่แท้จริงคือเหตุผลที่ถูกต้องสอดคล้องกับธรรมชาติ..กฎหมายนี้ไม่เป็นอย่างหนึ่งที่กรุงโรมและเป็นอีกอย่างหนึ่งที่กรุงเอเธนส์.. ยังคงเป็นกฎหมายอันหนึ่งอันเดียวไม่เปลี่ยนแปลงโดยอนันตกาล...” แนวคิดทางกฎหมายโรมันจึงเป็นกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลและการคลี่คลายตัวของกฎหมายธรรมชาติ⁵ ซึ่งแนวคิดดังกล่าวส่งผลให้เกิดหลักแนวปฏิบัติหรือกฎหมายบ้านเมือง ต้องไม่ขัดต่อกฎหมายธรรมชาติ เมื่อสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวเป็นสิทธิที่ติดตัวคนมาตั้งแต่กำเนิด จึงมีลักษณะเช่นเดียวกับสิทธิมนุษยชน ที่เป็นสิทธิที่มีอยู่ในทุกคนอันเนื่องมาจากการที่เขาเป็นมนุษย์ไม่ต้องทำอะไรทั้งสิ้นเพื่อให้ได้มา ขอเพียงได้เกิดเป็นมนุษย์ย่อมมีสิทธิมนุษยชน⁶ และมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ดังจะเห็นได้จากการรับรองถึงสิทธิดังกล่าวในระดับของกฎหมายระหว่างประเทศ เช่นปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ (UN's Universal Declaration of Human Rights 1948) ข้อ 12 ที่กำหนดว่า “บุคคลย่อมไม่ถูกแทรกแซงโดยผลการในความเป็นอยู่ส่วนตัว ในครอบครัวในเคหสถาน หรือในการสื่อสาร หรือไม่อาจถูกลบลู่ในเกียรติยศ ชื่อเสียงบุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองโดยกฎหมาย ต่อการแทรกแซงในสิทธิเช่นนั้น” ซึ่งต่อมาได้มีการจัดทำกติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและการเมือง

⁴ Judith Wagner DeCew, *In Pursuit of Privacy: Law Ethics and The Rise of Technology* (Cornell University Press, 1997), pp. 10-12.

⁵ ปรีดี เกษมทรัพย์, *นิติปรัชญา*, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กาม: มิตรรการพิมพ์, 2531), หน้า 110-118

ของสหประชาชาติ (International Covenant on Civil and Political Rights 1966) ซึ่งกล่าวไว้ในบทนำว่า “..สิทธิมนุษยชนได้มาจากศักดิ์ศรี อันสืบสายติดตัวมาของบุคคล...” (...Recognizing that these rights derive from the inherent dignity of the human person...) และในข้อ 17 ของกติกาดังกล่าวได้กำหนดว่า “บุคคลจะถูกแทรกแซงในความเป็นส่วนตัว (privacy) ครอบครัว เคหสถาน หรือการติดต่อสื่อสารโดยพลการหรือโดยมิชอบด้วยกฎหมาย หาได้ไม่...บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายจากการแทรกแซงเช่นว่านั้น”

สิทธิในความเป็นส่วนตัว (Right to privacy) อาจแตกย่อยออกมาเป็นสิทธิต่าง ๆ ได้อีกหลายประการ เช่น สิทธิในการดำเนินชีวิต และกำหนดความเป็นตัวตนของตนเอง (Self-determination) สิทธิในการติดต่อสื่อสารกับผู้อื่น สิทธิที่จะสมรสหรือสร้างครอบครัว สิทธิที่จะทำแท้ง สิทธิในการมีชีวิต สิทธิที่จะเลือกศาสนาและการเมือง เป็นต้น⁷ การถ่ายภาพบุคคลที่มีได้รับรู้และยินยอมนั้นจัดเป็นรูปแบบหนึ่งของการแทรกแซงความเป็นส่วนตัว ในเมื่อปัจเจกบุคคลแต่ละคนเมื่อเกิดมาแล้วมีสิทธิที่จะไม่ถูกแทรกแซงดังกล่าว สิทธิที่จะไม่ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอมย่อมจึงเป็นสิทธิที่แตกย่อยออกมาของสิทธิในความเป็นส่วนตัวนั่นเอง

แนวคิดของสิทธิในความเป็นส่วนตัวนั้นเกิดขึ้นมาเพื่อแบ่งแยกความเป็นส่วนตัวของปัจเจกชนที่บุคคลอื่น ๆ ในสังคมไม่อาจเข้ามายุ่งเกี่ยวได้ ดังนั้นแนวคิดดังกล่าวจึงจำต้องพิจารณาไปพร้อมกับแนวคิดของความเป็นสาธารณะ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ บุคคลจะมีสิทธิในความเป็นส่วนตัว (Private Sphere) แต่ในขอบเขตของความเป็นสาธารณะ (Public Sphere) อันเป็นขอบเขตที่บุคคลในสังคมสามารถมีชีวิตอยู่ร่วมกันนั้น สิทธิในความเป็นส่วนตัวดังกล่าวจะถูกจำกัดลง⁸

ขอบเขตของความเป็นส่วนตัวนี้ยังอาจพิจารณาได้ในสามแง่มุม⁹ กล่าวคือ

- 1) ความเป็นส่วนตัวที่จะอยู่อย่างสันโดษ (solitude) โดยมุ่งเน้นในเชิงกายภาพ กล่าวคือ การจำกัดการเข้าถึงโดยบุคคลอื่น ๆ
- 2) ความเป็นส่วนตัวในเชิงความลับ (Secrecy) ในแง่มุมนี้ขอบเขตของความเป็นส่วนตัวนั้นจะมุ่งเน้นถึงการจำกัดการเข้ามาล่วงรู้ถึงข้อมูลหรือข้อเท็จจริงเฉพาะตัวบุคคลนั้น ๆ
- 3) ความเป็นส่วนตัวในเชิงการมีอิสระเหนือกิจกรรมต่าง ๆ ของตน (Autonomy) ในแง่มุมนี้บุคคลมีความสามารถในการคิดและตัดสินใจเกี่ยวกับกิจกรรมต่าง ๆ ของตนว่าจะกระทำหรือไม่กระทำการใดอันเป็นเรื่องส่วนตัวของบุคคลนั้น

⁶ Jack Donnelly, “Human Rights and Human Dignity”, *The American Law Review*, 76 , No.2 (1982) : P. 303 — 316.

⁷ Hendricks, Hayden and Novic, *Your Right to Privacy*, p.xi.

⁸ Patrick Birkinshaw, *Citizenship and Privacy: Right of Citizenship*(Mansell Publishing, 1993), p. 31

⁹ David H. Flaherty, *Privacy Edition, Privacy and Data Protection: An International Bibliography* (Knowledge Industry Publication Inc, 1984), p.14

ขอบเขตของความเป็นส่วนตัวจัดเป็นเรื่องอัตวิสัยขึ้นอยู่กับความเชื่อและทัศนคติของคนในสังคมนั้น ๆ ซึ่งขอบเขตของความเป็นส่วนตัวย่อมเปลี่ยนแปลงได้หากว่าในอนาคตทัศนคติและความเชื่อของคนในสังคมเปลี่ยนแปลงไป¹⁰ ดังนั้น ขอบเขตของความเป็นส่วนตัวอาจมีการปรับเปลี่ยนไปตามบริบทของวัฒนธรรมได้ ทั้งนี้ เนื่องจากเรื่องใดเรื่องหนึ่งอาจอยู่ในขอบเขตความเป็นส่วนตัวของสังคมหนึ่ง แต่อาจไม่ใช่เรื่องส่วนตัวในอีกสังคมหนึ่ง กล่าวคืออาจเป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตสาธารณะก็เป็นได้ เช่น แนวความคิด “A room of one’s own” (การมีห้องนอนส่วนตัว) ของ Virginia Woolf¹¹ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงแนวคิดรากฐานของความเป็นส่วนตัวในบริบทเชิงวัฒนธรรมของตะวันตกที่ว่า บุคคลแต่ละคนต่างมีสิทธิในความเป็นส่วนตัว ดังนั้น จึงควรจะมีขอบเขตหนึ่งซึ่งบุคคลนั้นสามารถทำกิจกรรมใด ๆ อันบุคคลภายนอกไม่อาจสอดเข้าเกี่ยวข้องได้ ซึ่งแนวคิดของการมีห้องนอนส่วนตัวนี้ยังอาจขยายความออกไปได้ เช่น การจะเข้าไปในพื้นที่ส่วนตัวของบุคคลอื่นจะต้องมีการขออนุญาตก่อน เป็นต้น อย่างไรก็ตามหากเปรียบเทียบกับวัฒนธรรมดั้งเดิมของสังคมทางตะวันออกซึ่งมีพื้นฐานจากครอบครัวขยายและการอยู่ร่วมกันอย่างใกล้ชิดแล้ว แนวคิดของห้องนอนส่วนตัวดังกล่าวอาจแตกต่างออกไปอย่างไรก็ตามหากกล่าวอย่างกว้าง ๆ แล้ว เรื่องในกลุ่มต่อไปนี้อาจจัดอยู่ในขอบเขตของความเป็นส่วนตัวได้

1) เรื่องเกี่ยวกับเนื้อตัวร่างกาย การประกอบกิจกรรมส่วนตัวเช่น การแต่งกาย การขับถ่าย การประกอบอาชีพ การมีเพศสัมพันธ์

2) เรื่องเกี่ยวกับการติดต่อสื่อสารเฉพาะตัว เช่น สิทธิในการสนทนาทางโทรศัพท์ โดยปราศจากการดักฟังจากบุคคลอื่น สิทธิในการติดต่อสื่อสารทางอีเมลโดยปราศจากการเข้าถึงจากบุคคลอื่น

3) เรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สินของบุคคล เช่น การมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของตน

4) เรื่องเกี่ยวกับทัศนคติและความเชื่อ เช่น สิทธิในการเลือกนับถือศาสนา หรือแนวคิดทางการเมือง รวมถึงรสนิยมการดำเนินชีวิตในเรื่องต่าง ๆ

โดยทั่วไปแล้วเรื่องเหล่านี้จัดว่าอยู่ในขอบเขตของความเป็นส่วนตัวซึ่งปัจเจกบุคคลย่อมสามารถเลือกกำหนดและตัดสินใจ โดยปราศจากการสอดเข้าเกี่ยวข้องจากรัฐหรือบุคคลภายนอกได้อย่างไรก็ตามในบางกรณีรัฐอาจเข้ามาแทรกแซงด้วยเหตุผลของประโยชน์สาธารณะ เช่น การจำกัดสิทธิในทางทรัพย์สิน เป็นต้น

ในเมื่อสิทธิในความเป็นส่วนตัว อาจแตกย่อยออกเป็นสิทธิต่าง ๆ ได้ดังกล่าวข้างต้น และสิทธิในความเป็นส่วนตัวนั้นยังมีลักษณะที่อาจปรับเปลี่ยนไปตามสังคมและยุคสมัยได้ ดังนั้น เมื่อสังคมเปลี่ยนแปลงไปย่อมเกิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวชนิดใหม่ ๆ ขึ้นมาได้ ดังเช่นในสังคมที่มีการพัฒนาความก้าวหน้าทางการสื่อสารโดยใช้เทคโนโลยีสารสนเทศอันอาจนำมาซึ่งการละเมิดความเป็นส่วนตัวลักษณะใหม่ ๆ

¹⁰ อุดม รัฐอมฤต นพนิติ สุริยะ บรรณเจด สิงคะนติ, การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, (กรุงเทพมหานคร : นานาลิงทิพย์, 2544), น.16

¹¹ Judith Wagner DeCew, *In Pursuit of Privacy: Law, Ethics and The Rise of Technology* (Cornell University Press, 1997), pp. 10-12.

เช่น การถ่ายภาพบุคคลอื่นโดยใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์โดยไม่ได้รับความยินยอมผู้ถูกถ่ายภาพก่อนหรือแม้แต่ผู้ถูกถ่ายภาพมิได้รับรู้ถึงการถูกถ่ายภาพแต่อย่างใดเลย ดังนั้น สิทธิที่จะไม่ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอมนั้น อาจจัดเป็นสิทธิพื้นฐานประการหนึ่งของมนุษย์ในปัจจุบัน ซึ่งบุคคลแต่ละคนควรจะสามารถมีสิทธิในการกำหนดและตัดสินใจในการที่รูปลักษณะของตนจะไปปรากฏเป็นภาพถ่าย เมื่อได้พิจารณาแนวคิดพื้นฐานของสิทธิดังกล่าวแล้ว ในส่วนต่อไปจะกล่าวถึงการคุ้มครองตามกฎหมายของต่างประเทศและของไทยไปโดยลำดับ

■ การคุ้มครองสิทธิที่จะไม่ถูกบันทึกภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอม ตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา

ในส่วนนี้ผู้เขียนจะทำการศึกษาศึกษาถึงแนวคิดและพัฒนาการของการคุ้มครองสิทธิที่จะไม่ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอมตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกาเพื่อนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายไทยแต่เดิมนั้นในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอื่น ๆ ที่ใช้กฎหมายระบบคอมมอนลอว์ไม่มีหลักกฎหมายทั่วไปในการรับรองสิทธิในความเป็นส่วนตัว¹² บทความที่มีชื่อเสียงและจัดว่าเป็นการวางรากฐานของสิทธิในความเป็นส่วนตัวของระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา นั่นก็คือ บทความเรื่อง สิทธิในความเป็นส่วนตัว

(The right to Privacy) โดย Samuel D. Warren , Louis D. Brandies ซึ่งได้อธิบายความหมายของสิทธิในความเป็นส่วนตัวว่า หมายถึง สิทธิที่จะอยู่ตามลำพัง หรือ “right to be let alone” โดยปราศจากการแทรกแซงจากสังคม โดยบทความนี้พยายามชี้ว่าในขณะที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองบุคคลจากการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวที่เกิดจากการกระทำของรัฐ ซึ่งบุคคลควรจะได้รับคุ้มครองสิทธิดังกล่าวที่เกิดจากการกระทำของเอกชนคนอื่น ๆ ด้วย ในปี 1890 ซึ่งบทความนี้ได้เผยแพร่แม้ว่าจะยังไม่มี การแพร่หลายของเทคโนโลยีสารสนเทศและการถ่ายภาพด้วยสื่ออิเล็กทรอนิกส์ดังเช่นในปัจจุบัน แต่ Samuel D. Warren , Louis D. Brandies ก็ได้มีการเล็งเห็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวในกรณีของการถ่ายภาพไว้แล้ว ซึ่งทั้งสองท่านได้กล่าวไว้ในบทความว่า “...เครื่องมือที่ทันสมัยสามารถก่อให้เกิดโอกาสในการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลอื่นโดยที่บุคคลนั้นมิได้รู้ตัว เช่น เทคโนโลยีของการถ่ายภาพอาจทำให้บุคคลหนึ่งถูกถ่ายภาพได้โดยที่บุคคลนั้นมิได้รู้สึกตัวหรือตั้งใจในการถ่ายภาพนั้นแต่อย่างใด...”¹³ หลังจากบทความนี้เป็นต้นมา สิทธิดังกล่าวได้รับการพัฒนามาเป็นลำดับศาลของมลรัฐต่างๆ ได้มีการนำหลักการดังกล่าวไปใช้ในการตัดสินคดีหลายคดี เช่น คดี Pavesich V New England Life Insurance ศาลมลรัฐ Georgia ได้พิจารณาว่า สิทธิในความเป็นส่วนตัวนั้นแม้ว่าไม่มีมาก่อน

¹² Mark Littman and Peter Carter-Ruck, *Privacy and the Law* (Steven & Sons Limited, 1970), p.8

¹³ Warren D Samuel , Brandies D., *The Right to Privacy*, Harvard Law Review, Vol IV December 15, 1890, available at <http://www.lawrence.edu/fast/boardmaw> <http://www.lawrence.edu/fast/boardmaw>

ในระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณีแต่ก็ตัดสินได้ โดยอาศัยกฎหมายธรรมชาติ¹⁴ สิทธิในความเป็นส่วนตัวได้รับการพัฒนาต่อเนืองมา โดย William L. Prosser ได้ขยายความการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวออกไป โดยแบ่งออกเป็น 4 ประเภทดังนี้¹⁵

(1) การใช้ภาพหรือชื่อของบุคคลเพื่อแสวงหาผลประโยชน์โดยไม่ได้รับความยินยอม (Appropriation) ถือเป็นรูปแบบแรกของการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลที่ศาลนำมาใช้ประกอบการพิจารณาดูอย่างคดีที่สำคัญได้แก่ คดีระหว่าง Rochester และ Roberson ซึ่งผลจากบทบัญญัติแห่งมลรัฐนิวยอร์ก ศาลได้มีคำตัดสินให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายให้กับโจทก์ด้วยเหตุที่โจทก์นั้นถูกละเมิดด้วยการถูกนำภาพไปใช้เพื่อประโยชน์ในการโฆษณาสินค้าของจำเลย หรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่นใดในทางที่เป็นการส่งเสริมการขายของจำเลยโดยไม่ได้รับอนุญาตจากโจทก์ผู้เป็นเจ้าของภาพดังกล่าว

(2) การรบกวนแทรกแซงความสันโดษหรือกิจกรรมส่วนตัว (Intrusion) หรือการก้าวล่วงสิทธิในความเป็นส่วนตัวที่จะมีความสันโดษ (Solitude)¹⁶ ได้แก่การบุกรุกทางกายภาพซึ่งสภาวะความสันโดษของผู้อื่น เช่นการบุกรุกเข้าไปในสถานที่ของผู้อื่น การเข้าค้นดูสินค้าของผู้อื่นโดยมิชอบในห้างสรรพสินค้า โดยการกระทำลักษณะดังกล่าวต้องเป็นการกระทำที่มีลักษณะทางกายภาพ นอกจากนี้การบุกรุกยังขยายรวมถึง

การดักฟังบทสนทนาส่วนตัวของผู้อื่นทั้งโดยวิธีการสอดสายโทรศัพท์เพื่อดักฟังการสนทนาการใช้ไมโครโฟนขยายเสียงและรวมถึงการลอบมองผ่านเข้าไปในหน้าต่างบ้านของผู้อื่น การโทรศัพท์ก่อกวน โดยการกระทำดังกล่าวข้างต้นต้องเป็นการกระทำต่อทรัพย์สินส่วนบุคคล การกระทำใดๆ ดังกล่าวข้างต้นในที่สาธารณะก็ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดซึ่งสิทธิส่วนตัว แต่มีบางกรณีที่ไม่โจทก์จะอยู่ในสถานที่สาธารณะแต่เมื่อมีการก้าวล่วงซึ่งสิทธิส่วนตัวของโจทก์ก็ถือเป็นความผิดฐานละเมิดได้ ตัวอย่างเช่น กรณีที่ผู้หญิงถูกบันทึกภาพขณะที่กระโปรงของเธอถูกลมพัดเปิดขึ้น กรณีนี้โจทก์มีสิทธิร้องทุกข์ต่อศาลได้ (คดี Daily Times Democrat v. Graham 1964)¹⁷

(3) การเปิดเผยเรื่องราวส่วนตัวต่อสาธารณะ (Public Disclosure of Private Facts) เป็นการกระทำผิดโดยการนำข้อมูลส่วนตัวของผู้อื่นมาเผยแพร่ ในเรื่องที่สาธารณะไม่มีความเกี่ยวข้องซึ่งคดีเหล่านี้มักจะต้องมีการชี้หน้าหนักระหว่างประโยชน์ส่วนตัวกับประโยชน์สาธารณะที่จะได้ทราบข้อมูลด้วย นอกจากนั้นแล้วสาระสำคัญที่เปิดเผยจะต้องเป็นเรื่องที่น่ารังเกียจน่าอัปอาย เช่นคดี Brents V. Morgan ข้อเท็จจริงคือจำเลยนำหนังสือแจ้งเตือนการชำระหนี้ไปติดที่หน้าต่างโรงรถของโจทก์ประกาศให้บุคคลภายนอกได้ทราบว่าจำเลยให้โจทก์ยืมเงินและโจทก์ไม่ยอมคืนเงิน แม้จะเป็นเรื่องจริงก็เป็น การละเมิดสิทธิส่วนตัวของโจทก์

¹⁴ <http://historyofprivacy.net/home7.htm> <http://historyofprivacy.net/home7.htm>

¹⁵ William L. Prosser, *Handbook of the law of torts*, 4ed. (London: St. Paul, Minn. West Publishing Co, 1971), pp.804 — 814.

¹⁶ Steven Emanuel, *Torts; Emanuel Law Outlines*, 2nd. Ed., (USA: Steven Emmanuel Co., 1985) p. 358.

¹⁷ www.nslaw.nova.edu/faculty/documents/graham.PDF www.nslaw.nova.edu/faculty/documents/graham.PDF

(4) การโฆษณาให้แพร่หลายในเรื่องไม่เป็นความจริง (False light in the public eye) ได้แก่ การทำให้โจทก์เสื่อมเสียในสายตาของประชาชน โดยการใช้อ้างอิงหรือภาพแสดงถึงโจทก์ในเรื่องที่โจทก์เองก็ไม่ได้เกี่ยวข้องด้วย เช่น การนำภาพของโจทก์ซึ่งเป็นผู้บริสุทธิ์และมิได้เกี่ยวข้องกับบทความที่จำเลยเขียนแสดงถึงคนชั่วร้ายที่ซึ่งชอบหลอกลวง เรื่องไม่จริง เช่นนี้เป็นการละเมิดต่อโจทก์ (คดี Peay V Curtis Pub. Co., 1948)

หลักการทั้ง 4 ข้อนี้ได้รับการพัฒนาจนมาบัญญัติเป็นกฎหมายลักษณะละเมิด (Restatement of Tort) ในมาตรา 652A – 652D¹⁶ ของประเทศสหรัฐอเมริกาในปัจจุบัน นอกจากการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวตามกฎหมายลักษณะละเมิดแล้ว ในปัจจุบันสหรัฐอเมริกายังมีกฎหมายในรูปของรัฐบัญญัติที่มีเนื้อหาควบคุมการถ่ายภาพบุคคลอื่นซึ่งมิได้รับรู้และยินยอมออกมาใช้บังคับโดยเฉพาะ ทั้งในระดับของสหรัฐและในระดับของมลรัฐ

สำหรับกฎหมายสหรัฐ (Federal Law) นั้น สหรัฐอเมริกามีรัฐบัญญัติเกี่ยวกับการถ่ายภาพโดยมิชอบคือ Video Voyeurism Prevention Act of 2003 ซึ่งมีจุดประสงค์คุ้มครองบุคคลที่ถูกถ่ายภาพในลักษณะที่ไม่เหมาะสม เช่น ในขณะที่เปลือยกายหรืออยู่ในชุดชั้นใน โดยในมาตรา 1801 วางหลักไว้ว่า¹⁶ ผู้ใดก็ตาม... มีเจตนาถ่ายภาพที่ไม่เหมาะสมของผู้อื่นและผู้อื่นนั้นอยู่ในสภาพ

เปลือยหรือสวมใส่เพียงชุดชั้นใน...ภายใต้สภาพแวดล้อมซึ่งผู้อื่นนั้นมีเหตุอันควรคาดหมายได้ว่าเป็นที่ส่วนตัว...” รัฐบัญญัติฉบับนี้ยังเป็นกฎหมายต้นแบบซึ่งมลรัฐต่างๆ นำไปใช้ในการร่างกฎหมายในระดับมลรัฐเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับความยินยอม

กฎหมายมลรัฐ (State law) ต่างๆ ของสหรัฐอเมริกา นั้น บัญญัติความผิดเกี่ยวกับการถ่ายภาพผู้อื่นโดยปราศจากการรับรู้และยินยอมไว้ในกฎหมายความผิดลักษณะต่างๆ กัน เช่น มลรัฐ Missouri กำหนดอยู่ในหมวดความผิดเกี่ยวกับบุคคล (Offenses against person), มลรัฐ Wisconsin, Pennsylvania บัญญัติเป็นความผิดเกี่ยวกับความเป็นอยู่ส่วนตัว (Invasion of Privacy), มลรัฐ Washington, Kentucky, Ohio บัญญัติไว้ในความผิดเกี่ยวกับการกระตุ้นทางเพศ (Voyeurism), มลรัฐ Virginia กำหนดให้การบันทึกภาพโดยมิชอบเป็นฐานความผิดต่างหาก (Unlawful filming, videotaping or photographing of another) อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะแต่ละรัฐจะกำหนดให้การบันทึกภาพโดยปราศจากการรับรู้และยินยอมเป็นฐานความผิดในหมวดต่างๆ กัน อย่างไรก็ตามผู้เขียนได้สรุปองค์ประกอบร่วมกันของกฎหมายมลรัฐต่างๆ ได้สี่ประการที่สำคัญคือ

¹⁶ www.theorator.com/bills108/hr2405.html

(1) องค์ประกอบในแง่ความยินยอมกฎหมายของมลรัฐต่าง ๆ ล้วนแต่กำหนดคุ้มครองบุคคลที่ถูกถ่ายภาพ โดยปราศจากความยินยอมแม้ว่าจะใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันไปบ้าง เช่น มลรัฐ Missouri, Pennsylvania, Arizona ใช้คำว่า โดยปราศจากการรับรู้และยินยอม (without the person's knowledge and consent) มลรัฐ Texas ใช้คำว่า โดยปราศจากความยินยอมของบุคคลอื่น (ที่ถูกถ่ายภาพ) (without the other person's consent), มลรัฐ Virginia ใช้คำว่า บุคคลซึ่งไม่ยินยอม (Non-consenting person)

(2) องค์ประกอบในแง่สถานที่กฎหมายของหลายมลรัฐมุ่งคุ้มครองบุคคลที่ถูกถ่ายภาพ โดยปราศจากความยินยอมก็แต่เฉพาะเมื่อการถ่ายภาพนั้นเกิดในสถานที่ซึ่งบุคคลนั้นคาดหวังได้ว่าจะมีความเป็นส่วนตัว (where the person has a reasonable expectation of privacy) เช่น มลรัฐ Arizona, Missouri, Pennsylvania, Washington, New York เป็นต้น ข้อควรพิจารณาก็คือ ในการกำหนดถึงสถานที่ที่คาดหวังความเป็นส่วนตัว กฎหมายของบางมลรัฐก็ยังคงคำนึงถึงความเชื่อมโยงกับการถ่ายภาพเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ เช่น กฎหมายมลรัฐ Washington นิยามสถานที่ที่บุคคลคาดหวังความเป็นส่วนตัวว่า สถานที่ซึ่งบุคคลควรเชื่อว่าเขาสามารถถอดเสื้อผ้าออกได้อย่างเป็นส่วนตัว โดยไม่ต้องกังวลว่าจะถูกถ่ายภาพโดยบุคคลอื่น (A place where a reasonable person would believe that he or she could disrobe in privacy, without being concerned that his or her undressing was being photographed or filmed by another) สถานที่ดังกล่าวก็เช่น ห้องน้ำ

ห้องเปลี่ยนเสื้อผ้า ห้องพักในโรงแรม เป็นต้น ปัญหาคือบุคคลที่ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้หรือให้ความยินยอม จะมิได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายดังกล่าวหากเกิดกรณีการถ่ายภาพในสถานที่ซึ่งบุคคลนั้นมีอาจคาดหมายถึงความเป็นส่วนตัวได้ หรือในกรณีสาธารณะสถานนั้นเอง

(3) องค์ประกอบเกี่ยวกับพฤติกรรมของผู้ถูกถ่ายภาพ กฎหมายหลายมลรัฐกำหนดองค์ประกอบความผิดของการถ่ายภาพบุคคลอื่นโดยปราศจากความยินยอมว่า จะต้องเป็นการถ่ายภาพในขณะที่บุคคลนั้นกระทำพฤติกรรมบางอย่าง เช่น กฎหมายมลรัฐ Arizona กำหนดว่าภาพนั้นต้องถ่ายขณะที่ผู้อื่นกำลังขับถ่าย แต่งตัว กระทำการเกี่ยวกับทางเพศ (While the person is urinating, defecating, dressing, undressing, nude or involved in sexual intercourse or sexual contact) กฎหมายมลรัฐ Missouri, Pennsylvania กำหนดว่าการถ่ายภาพอันจะเป็นความผิดต้องเป็นการถ่ายขณะที่ผู้อื่นนั้นเปลือยทั้งหมดหรือบางส่วน (while the person being photographed or filmed is in a state of full or partial nudity) กฎหมายมลรัฐ Virginia กำหนดว่าบุคคลที่ถูกถ่ายภาพต้องอยู่ในลักษณะเปลือยทั้งหมด หรืออยู่ในชุดชั้นใน (person is totally nude, clad in undergarment) กฎหมายมลรัฐ Kentucky กำหนดว่า การบันทึกภาพที่จะผิดกฎหมายจะต้องบันทึกภาพบุคคลอื่นในลักษณะที่กระทำกิจกรรมทางเพศ หรือเป็นภาพที่เกี่ยวกับหน้าอกของผู้หญิง (the sexual conduct or nipple of the female breast) ปัญหาที่ควรพิจารณาก็คือ กรณีบุคคลที่ถ่ายภาพบุคคลอื่นซึ่งกระทำพฤติกรรมที่ไม่เกี่ยวกับการแต่งตัว ขับถ่าย หรือมีลักษณะที่มีใช้

เกี่ยวกับทางเพศ จะไม่ถือเป็นความผิดกฎหมาย ดังกล่าว ซึ่งทำให้การคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของผู้ถูกถ่ายภาพโดยปราศจากคามยินยอมถูกจำกัดขอบเขตลงไปเฉพาะกรณีภาพถ่ายที่เกี่ยวกับอวัยวะเพศหรือกิจกรรมทางเพศเท่านั้น

(4) องค์ประกอบในแง่วัตถุประสงค์หรือมูลเหตุจูงใจของการถ่ายภาพ บางมลรัฐนำเอาวัตถุประสงค์ของการถ่ายภาพมาเป็นองค์ประกอบความผิดด้วย เช่น มลรัฐ Pennsylvania, Washington, Texas วางเงื่อนไขว่าการถ่ายภาพที่จะเป็นความผิดต้องเป็นการถ่ายภาพเพื่อการกระตุ้นความต้องการทางเพศ (Making any photograph... for the purpose of arousing or gratifying he sexual desire of any person)

■ การคุ้มครองสิทธิที่จะไม่ถูกบันทึกภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอม ตามกฎหมายไทย

ในระบบกฎหมายไทยปัจจุบันนั้น แม้ว่าไม่มีการบัญญัติรับรองถึง “สิทธิของบุคคลในอันที่จะไม่ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอม” เอาไว้โดยเฉพาะหรืออย่างชัดแจ้ง แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่าสิทธิดังกล่าวไม่ได้มีอยู่แต่ประการใด หากพิจารณาว่าสิทธิดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของ “สิทธิในความเป็นส่วนตัว” (Right to Privacy) แล้วจะพบว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้รับรองสิทธิดังกล่าวมาอย่างต่อเนื่อง นับแต่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2538 มาตรา 47 บัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นส่วนตัว ย่อมได้รับ

ความคุ้มครอง” รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 34 บัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวย่อมได้รับความคุ้มครอง” รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 35 บัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวย่อมได้รับความคุ้มครอง” ซึ่งจะเห็นได้ว่ามีความสอดคล้องกับบทพิจารณาว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองข้อ 17 ดังกล่าวในส่วนแรก เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแล้วจะเห็นได้ว่า แม้รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเจาะจงลงไปอย่างชัดเจนว่า สิทธิในความเป็นส่วนตัวนั้น จะหมายรวมถึงสิทธิใดบ้างแต่การถ่ายภาพบุคคลอื่นโดยปราศจากการรับรู้และยินยอมของผู้ถูกถ่ายภาพนั้น ย่อมเป็นการกระทบกระเทือนถึง ความเป็นอยู่ส่วนตัวที่จะอยู่โดยปราศจากการสอดแทรกหรือรุกราน บุคคลย่อมมีสิทธิพื้นฐานในฐานะความเป็นมนุษย์ที่จะคิดและตัดสินใจได้ด้วยตนเอง (Self-determination) ในการควบคุมข้อมูลของตนเอง รวมถึงตลอดถึงการกำหนดตัดสินใจว่าตนเองจะปรากฏอยู่ในภาพหรือไม่ ดังนั้นสิทธิของผู้ถูกถ่ายภาพโดยปราศจากการรับรู้และยินยอมนั้นสามารถจัดเป็น สิทธิในความเป็นส่วนตัวตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันมาตรา 35 ได้ อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาระบบกฎหมายไทยที่เป็นอยู่ปัจจุบันนั้นจะพบว่ากฎหมายลำดับรองที่บัญญัติคุ้มครองสิทธิดังกล่าวนั้นยังไม่มีเป็นกฎหมายเฉพาะ กล่าวคือ การคุ้มครองสิทธิที่จะไม่ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอมนั้นมีอยู่อย่างกระจัดกระจายในกฎหมายหลายฉบับ ซึ่งบทความนี้จะทำการศึกษาปัญหาในการปรับใช้กฎหมายดังกล่าวเพื่อคุ้มครองสิทธินี้ต่อไป

■ ปัญหาการปรับใช้ประมวลกฎหมายอาญา ในการคุ้มครองสิทธิผู้ถูกบันทึกภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอม

การบันทึกภาพบุคคลอื่นโดยที่ผู้ถูกบันทึกภาพไม่ได้ให้ความยินยอมนั้น หากพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญาจะพบว่า ไม่มีฐานความผิดที่บัญญัติถึงกรณีดังกล่าวไว้โดยตรง แต่มีฐานความผิดที่พอจะนำมาปรับได้หลายมาตรา เช่น ความผิดเกี่ยวกับร่างกาย ความผิดฐานบุกรุก ความผิดลหุโทษเช่นมาตรา 397 ความผิดฐานหมิ่นประมาท โดยในส่วนนี้ผู้เขียนจะวิเคราะห์ปัญหาการปรับใช้กฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมการถ่ายภาพดังกล่าวต่อไป

(1) การปรับใช้กฎหมายอาญาเกี่ยวกับความผิดต่อร่างกาย

เมื่อพิจารณาการบันทึกภาพบุคคลอื่นโดยปราศจากความยินยอมโดยเปรียบเทียบกับกฎหมายของสหรัฐอเมริกาบางมลรัฐเช่น Missouri ได้กำหนดการถ่ายภาพโดยมิได้รับความยินยอมอยู่ในความผิดต่อบุคคลอื่น (offense against the person) เมื่อพิจารณาฐานความผิดในประมวลกฎหมายอาญาของไทยในหมวดของความผิดต่อร่างกายจะพบมาตรา 295 ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดทำร้ายผู้อื่น จนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่น ต้องระวางโทษ...”

ปัญหาประการแรกในการปรับใช้มาตรา 295 กับการบันทึกภาพบุคคลอื่นก็คือ การบันทึกภาพนั้นเป็นการ “ทำร้ายผู้อื่น” หรือไม่ สำหรับองค์ประกอบภายในของมาตรา 295 คือเจตนาที่จะให้ผู้อื่นได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ซึ่งอาศัยหลักกรรมเป็นเครื่องชี้เจตนา โดยตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา มักจะพิจารณาจากบาดแผล

ของผู้เสียหาย ตำแหน่งของบาดแผล อาวุธที่ใช้ในการทำร้าย และพฤติการณ์อื่น ๆ ประกอบสำหรับการกระทำที่ถึงกับเป็นอันตรายแก่กาย อันจะเป็นการทำร้ายผู้อื่นตามมาตรา 295 ตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาเช่น ถูกตีกระดูกซี่โครงราวสองซี่ แต่ทำงานได้ปกติผิดมาตรา 295 (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3862/2508) ถูกตีด้วยไม้มีผลฟกช้ำที่อกและหลังหลายแห่ง เป็นบาดเจ็บตามมาตรา 295 (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 778/2476) ดังที่กล่าวมาแล้วว่า การทำร้ายผู้อื่นตามมาตรา 295 มีลักษณะที่กว้าง ดังนั้นจึงเกิดปัญหาว่า การใช้กล้องถ่ายภาพบันทึกภาพบุคคลอื่นโดยมิได้รับความยินยอมนั้นจะสามารถจัดเข้าเป็นพฤติกรรมการทำร้ายอย่างหนึ่งได้หรือไม่ ดังนี้จะเห็นได้ว่าตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกานั้น แม้ว่าการกระทำจะมีขอบเขตที่กว้าง แต่ล้วนแต่ต้องแสดงถึงเจตนาที่จะทำให้เกิดอันตรายแก่กายหรือใจของบุคคลอื่น ดังนี้ ลำพังเพียงแค่การบันทึกภาพโดยมิได้ขอความยินยอมนั้นเป็นการยากเช่นกันที่จะถือได้ว่าผู้กระทำมีเจตนาทำให้เกิดผลกระทบกระเทือนถึงร่างกายของผู้ถูกถ่ายภาพ อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณากรณีศาลฎีกาวางแนวว่า ไม่ถึงขั้นเป็นอันตรายแก่กายตามมาตรา 295 คงมีความผิดตามมาตรา 391 เช่น ใช้เล็บข่วนจมูกเป็นแผล (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1867/2527) ผลลอกที่ข้อมือห้าวันหาย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2546/2519) ตะและตบฟกช้ำที่ข้อมือรักษาห้าวันหาย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 703/2506) บาดแผลเป็นรอยถลอกไม่มีโลหิตไหล ซึ่งอาจหายเป็นปกติเร็วกว่าห้าวัน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 440/2530) ถูกจับกระชากไหล่ไปด้านหลังทำให้เส้นเอ็นที่หัวไหล่อักเสบรักษา 15 วันไม่เป็นบาดเจ็บตามมาตรา 295 (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 370/2536) ดังนั้น เมื่อพิจารณาความ

ผิดลหุโทษตามมาตรา 391 ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดใช้กำลังทำร้ายผู้อื่นโดยไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจต้องระวางโทษ...” โดยเทียบเคียงกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกา ดังกล่าวมาแล้วเห็นได้ว่าเป็นการยากที่จะถือว่าการใช้กล้องถ่ายภาพบันทึกภาพผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมนั้น เป็นการใช้กำลังทำร้าย อันจะปรับด้วยมาตรา 391 ได้

ปัญหาประการต่อไปก็คือ ในเมื่อการทำร้ายผู้อื่นตามมาตรา 295 อาจจะเป็นได้ทั้งกรณีเกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่น ดังนั้นจะถือได้หรือไม่ว่า การบันทึกภาพบุคคลอื่นโดยปราศจากความยินยอมนั้น แม้ว่าไม่เป็นอันตรายแก่ร่างกายของผู้ถูกถ่ายภาพ แต่อาจจะเป็นอันตรายแก่จิตใจของบุคคลที่ถูกถ่ายภาพโดยไม่ได้ให้ความยินยอมได้หรือไม่ เพราะบุคคลที่ถูกบันทึกภาพ อาจเกิดความวิตกกังวลว่าภาพที่ถูกบันทึกไปดังกล่าว จะถูกนำไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์ใด หรือจะถูกนำไปเผยแพร่โดยช่องทางใดหรือไม่ ทั้งนี้เนื่องจากเทคโนโลยีสารสนเทศในปัจจุบัน เอื้ออำนวยให้การเผยแพร่ภาพเป็นไปได้อย่างง่ายดายและกว้างขวางอย่างยิ่ง แต่เมื่อพิจารณาจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาแล้วจะเห็นได้ว่าอันตรายแก่จิตใจ คือการมีอาการผิดปกติทางจิตใจ เช่น ทำให้มีอาการประสาทเสีย หรือถึงขนาดมีผลต่อการสั่งการของสมอง เช่น เอาไปไม่เบื่อเมานอนในอาหารให้กิน ทำให้วิ่งเวียนไม่ได้สติ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 626/2493) หรือการใช้ยากดประสาทผสมในกาแฟให้ดื่ม (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3269/2531) ล้ำพั้งแค่การกระทบกระเทือนต่ออารมณ์มิได้อยู่ในความหมายของอันตรายแก่จิตใจ ดังที่ศาลฎีกาเคยตัดสินว่าการใช้เท้าเขี่ยจะถีบ ไม่เป็นอันตรายแก่จิตใจ ซึ่งต้องเป็นผลจากการทำร้าย เพียงมีความรู้สึก

ว่าถูกเหยียดหยาม เจ็บใจ แค้นใจ เหล่านี้เป็นอารมณ์ไม่ใช่อันตรายต่อจิตใจ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 273/2509) การที่พนักงานสอบสวนเอาใช้ล่ามผู้ต้องหาไปคุมขังไว้ที่สถานีตำรวจแต่ผู้เดียว โกลหลุโกลตาผู้ต้องหาด้วยกันยังไม่เป็นอันตรายแก่จิตใจ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1399/2508) ดังนั้นจึงเป็นการยากที่ผู้ถูกถ่ายภาพโดยไม่ได้ให้ความยินยอมจะอ้างว่าตนเองถูกทำร้ายร่างกายจนได้รับอันตรายแก่จิตใจ ทั้งนี้เนื่องจากอารมณ์ความรู้สึก วิตกกังวล แค้นใจ เหล่านี้ศาลยังไม่ถือว่าเป็นอันตรายแก่จิตใจตามความหมายของมาตรา 295

(2) การปรับใช้ฐานความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา

แม้ว่าในประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 อาจมีความผิดที่เกี่ยวข้องกับการบันทึกภาพโดยปราศจากความยินยอมอยู่บ้างดังที่กล่าวมาแล้ว แต่ก็ล้วนแต่มีปัญหาข้อจำกัดในการปรับใช้กับการลงโทษผู้ที่ทำการถ่ายภาพบุคคลอื่นอยู่หลายกรณี อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณากฎหมายอาญาภาคสาม ความผิดลหุโทษ ก็พบว่ามีความหมายที่พอจะนำมาปรับใช้ได้เช่น มาตรา 392 มาตรา 397 โดยในส่วนนี้จะทำการวิเคราะห์ปัญหาการปรับใช้มาตราดังกล่าวกับกรณีการบันทึกภาพต่อไป

(1) การปรับใช้มาตรา 392 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดทำให้ผู้อื่นเกิดความหวาดกลัว หรือความตกใจโดยการขู่เข็ญต้องระวางโทษ...” กับกรณีการถ่ายภาพผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมว่าถือว่าเป็นการทำให้ผู้อื่นเกิดความหวาดกลัวหรือตกใจได้หรือไม่ เมื่อพิจารณาองค์ประกอบมาตรา 392 จะพบว่าต้องมีการ ขู่เข็ญ คือแสดงว่าจะทำให้เกิดภัยแก่เขา ซึ่งต้อง

เกิดผลคือกลัวหรือตกใจ ซึ่งตามคำพิพากษา ศาลฎีกาที่ตัดสินตามมาตรา 392 ล้วน แต่เป็นการอยู่เฉยในลักษณะที่จะทำให้ เกิดอันตรายแก่กาย เช่น ถือปืนอยู่เฉยทำท่า ฎีกาที่ 337/2517) ใช้อาวุธปืนยิงเพื่ออยู่เฉย ให้ผู้เสียหายกับพวกตกใจกลัวจนหนีไป เป็นความผิดมาตรา 392 (คำพิพากษา ฎีกาที่ 1972/2531) ดังนั้นจึงมีปัญหาว่า การชักล่องถ่ายรูปทำการบันทึกภาพบุคคลอื่น ซึ่งทำให้ผู้อื่นตกใจ¹⁹ และหวาดกลัวว่า ผู้บันทึกภาพจะนำภาพของตนไปใช้เพื่อ วัตถุประสงค์ใด หรือเผยแพร่ในช่องทาง ใดนั้น อาจไม่เข้าลักษณะเป็นการอยู่เฉยที่จะ ทำให้เกิดภัยหรืออันตรายในลักษณะทำร้าย ร่างกาย ซึ่งทำให้ไม่สามารถปรับมาตรา 392 มาลงโทษผู้กระทำการบันทึกภาพได้

(2) การปรับใช้มาตรา 397 ซึ่งบัญญัติ ว่า “ผู้ใดในที่สาธารณะสถาน หรือต่อหน้า ธารกำนัลกระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็น การรังแก หรือข่มเหงผู้อื่น หรือกระทำให้ ผู้อื่นได้รับความอับอาย หรือเดือดร้อน รำคาญ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน หนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” เมื่อพิจารณาการถ่าย ภาพบุคคลอื่นที่ไม่ได้ยินยอมด้วยนั้นอาจมี ลักษณะรังแกข่มเหงได้ และถือได้ว่าเป็น การก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญได้เช่น เดียวกัน อย่างไรก็ตามองค์ประกอบร่วมกัน ของทั้งสองความผิดก็คือ การกระทำนั้น

ต้องเกิดในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้า ธารกำนัล โดยคำว่าสาธารณะสถานนั้นตาม ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1(3) หมายถึง สถานที่ใดๆ ซึ่งประชาชนมีความชอบธรรม ที่จะเข้าไปได้ สำหรับคำว่าต่อหน้า ธารกำนัล หมายความว่าในที่ที่ประชาชน อาจเห็นได้²⁰ เมื่อนำมาตรา 397 มาปรับกับ กรณีการถ่ายภาพบุคคลอื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมนั้น จะเห็นได้ว่าหากเป็นกรณี ที่เกิดการถ่ายภาพในสาธารณะสถานหรือ ในที่ที่คนทั่วไปอาจเห็นการถ่ายภาพ เช่นนั้นได้ ย่อมสามารถปรับเข้าเป็นความผิด ตามมาตรา 397 ได้ ดังเช่นกรณีที่ นาย ก บันทึกภาพนาย ข ขณะนั่งรับประทาน อาหารอยู่ในร้านอาหาร ซึ่งนาย ข ไม่ต้องการ ให้ตนเองตกเป็นภาพในขณะนั้น อันเป็น การก่อความเดือดร้อนรำคาญ และเกิดขึ้น ในสถานที่ที่ประชาชนทั่วไปมีความชอบธรรม ที่จะเข้าไปได้ นอกจากนั้นผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายมาตรา 397 ของไทยนั้นมีขอบเขต ที่กว้างกว่าของกฎหมายหลายมลรัฐของ สหรัฐอเมริกาที่ประสงค์จะลงโทษการ บันทึกภาพผู้อื่น เนื่องจากกฎหมายหลาย มลรัฐนำลักษณะของบุคคลผู้ถูกถ่ายภาพ ว่าจะต้องอยู่ในลักษณะเปลือย ไม่ว่าทั้งหมด หรือบางส่วนมาเป็นองค์ประกอบความผิด ด้วย แต่มาตรา 397 ของไทยนั้นมิได้นำ ลักษณะของผู้ถูกถ่ายภาพว่าจะต้องอยู่ใน ลักษณะใด เพียงแต่การกระทำนั้นอาจทำ

¹⁹ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญามาตรา 2 ตอน 2 และภาค 3, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, หน้า 316.

²⁰ เรื่องเดิม, หน้า 382.

ให้ผู้ถูกถ่ายภาพเดือดร้อนรำคาญก็สามารถปรับเข้าองค์ประกอบมาตรา 397 ได้ ดังนั้นมาตรา 397 นี้ก็น่าจะสามารถนำมาปรับใช้ในการคุ้มครองสิทธิผู้ถูกถ่ายภาพโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมได้ค่อนข้างกว้าง ดังนั้นจึงสามารถนำมาปรับใช้เพื่อคุ้มครองสิทธิบุคคลดังเช่น นาย ข ที่ถูกถ่ายภาพขณะนั่งรับประทานอาหารอยู่ริมทางเท้าสาธารณะ หรือ นาย ค ที่ถูกถ่ายภาพขณะวิ่งออกกำลังกายอยู่ในสวนสาธารณะ อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าปัญหาที่สำคัญของการปรับใช้มาตรา 397 เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกถ่ายภาพโดยไม่ได้ให้ความยินยอมนั้นจะเกิดขึ้นในกรณีการบันทึกภาพถ่ายในที่สาธารณะ ซึ่งเจ้าของแสดงเจตนาหวังกันมิให้บุคคลนอกเข้าไป เช่น นาย ก ทำการบันทึกภาพ นาง ข ขณะใส่ชุดชั้นในและนอนอยู่ริมสระว่ายน้ำหลังบ้านของ นาง ข เอง โดยนาย ก มิได้ขอความยินยอมก่อนการบันทึกภาพดังกล่าว ดังนั้นจะเห็นได้ว่าขาดองค์ประกอบในแง่สถานที่ที่การกระทำ ความผิดนั้นเกิดขึ้น ทำให้ไม่อาจนำมาตรา 397 มาปรับใช้ลงโทษนาย ก ได้ ซึ่งในกรณีตามอุทธรณ์นี้ หากนำไปเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศ แล้วจะพบว่ากรณีดังกล่าวจัดเป็นความผิดตามกฎหมายของหลายมลรัฐในสหรัฐอเมริกา ตัวอย่างเช่น หากพิจารณาตามกฎหมายมลรัฐ Arizona จะเห็นได้ว่าตามมาตรา 13-3019 นั้น พฤติกรรมของ นาย ก เป็นการบันทึกภาพนาง ข โดยปราศจากความยินยอม (without that person's consent) และเป็นการถ่ายภาพในสถานที่ซึ่งนาง ข คาดหมายถึงความเป็นส่วนตัวได้

(where the person has a reasonable expectation of privacy) และนาง ข อยู่ในลักษณะใส่เพียงชุดชั้นในกรณีเดียวกันนี้หากพิจารณาตามกฎหมายมลรัฐ Missouri มาตรา 565.253.1 จะเห็นได้ว่าพฤติกรรมของ นาย ก เป็นการบันทึกภาพโดยปราศจากความยินยอมของนาง ข และนาง ข อยู่ในสภาพของการเปลือยแม้แต่เพียงบางส่วน (full or partial nudity) ในสถานที่ที่นาง ข คาดหมายว่าจะมีความเป็นส่วนตัว และถ้า นาย ก นำภาพที่ได้นี้ไปเผยแพร่ต่อไป จะมีโทษหนักขึ้นตามมาตรา 565.252.1 นอกจากนี้หากพิจารณากฎหมายมลรัฐ Virginia มาตรา 18.2-386.1 การกระทำของ นาย ก ก็เข้าองค์ประกอบความผิด เพราะเป็นการบันทึกภาพผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม ในกรณีบุคคลนั้นอยู่ในชุดชั้นในและในสถานที่ที่ นาง ข คาดหมายความเป็นส่วนตัวได้ หรือในกรณีที่ นาย ก ใช้กล้องถ่ายภาพซึ่งมีเลนส์ซูมระยะไกลบันทึกภาพ นาง ข ขณะนอนเปลือยกายอยู่ในบ้านของ นาง ข เอง ดังนี้ หากพิจารณาตามกฎหมายหลายมลรัฐของสหรัฐอเมริกา จะพบว่าการกระทำของ นาย ก เป็นความผิดตามกฎหมายได้ แต่หากพิจารณาตามมาตรา 397 ของไทยแล้วจะพบว่ามิใช่ข้อจำกัดโดยเจตนาในองค์ประกอบความผิดในแง่ของสถานที่ เนื่องจาก นาง ข ถูกบันทึกภาพขณะอยู่ในที่สาธารณะ จึงไม่เข้าองค์ประกอบของมาตรา 397 ดังนั้นการคุ้มครองสิทธิผู้ถูกถ่ายภาพโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมซึ่งเกิดขึ้นในสถานที่ส่วนบุคคลนั้นจำเป็นต้องพิจารณากฎหมายอื่น เช่น กฎหมายอาญาในความผิดฐานบุกรุก เป็นต้น

(3) ปัญหาการปรับใช้ฐานความผิดบุกรุกตามประมวลกฎหมายอาญา

การบันทึกภาพบุคคลอื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมนั้น หากเกิดในสาธารณสถานอาจนำมาตรา 397 ในความผิดฐานลหุโทษมาปรับใช้ได้ แต่อย่างไรก็ตามหากเกิดการบันทึกภาพในที่รโหฐานแล้ว ย่อมไม่อาจปรับใช้มาตรา 397 ดังนั้น จึงต้องพิจารณาความผิดฐานบุกรุกซึ่งอยู่ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 362 ถึงมาตรา 365

(1) การปรับใช้ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 362 โดยมาตรา 362 บัญญัติว่า “ผู้ใดเข้าไปในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่น เพื่อถือการครอบครองอสังหาริมทรัพย์นั้นทั้งหมดหรือบางส่วน หรือเข้าไปกระทำการใด ๆ อันเป็นการรบกวนการครอบครองอสังหาริมทรัพย์ของเขาโดยปกติสุข ต้องระวางโทษ...” ซึ่งความผิดฐานบุกรุกนี้ ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยในที่ประชุมใหญ่ (1355/2504) ว่า ความผิดฐานบุกรุกตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 362 มีความหมายเป็นสองตอน ตอนแรกรบกวนกรรมสิทธิ์ และตอนที่สองรบกวนการครอบครอง ดังนั้น ผู้เข้าก็เป็นผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์ที่เข้าและเป็นผู้เสียหายตามความผิดฐานนี้ได้ ความผิดตามมาตรานี้สำเร็จเมื่อได้เข้าไปส่วนการที่เข้าไปแล้วจะครอบครองที่ดินต่อไปหรือไม่นั้นเป็นผลของการบุกรุก (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2253/2531) เมื่อพิจารณาการถ่ายภาพบุคคลอื่นตามมาตรา 362 ในส่วนแรกแล้วจะเห็นได้ว่า ลำพังเพียงเข้าไป

ถ่ายภาพนั้น อาจถือไม่ได้ว่าเป็นการเข้าไปโดยมีเจตนาพิเศษเพื่อถือการครอบครองอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่น แต่หากพิจารณาในส่วนเจตนาพิเศษในการรบกวนการครอบครองอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่นตามมาตรา 362 นั้น จะพบค่าว่าการเข้าไปกระทำการใด ๆ ซึ่งมีความหมายกว้างดังกล่าวข้างต้น ดังนั้นการเข้าไปถ่ายภาพย่อมจัดเป็นการเข้าไปกระทำการใด ๆ อันเป็นการรบกวนการครอบครองอสังหาริมทรัพย์ของเขาแล้ว ดังนั้นถ้ามีการเข้าไปกระทำการถ่ายภาพในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่น แม้ว่าจะไม่ได้ลงมือกระทำการถ่ายภาพก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว อย่างไรก็ตามไม่ว่าจะเป็นการรบกวนกรรมสิทธิ์หรือรบกวนการครอบครอง ก็มีองค์ประกอบที่เหมือนกันคือการ “เข้าไป” ดังกล่าวมาแล้วซึ่งพฤติกรรมการเข้าไปอาจมีได้หลายลักษณะ เช่น การเดินเข้าไป การขยับยานพาหนะเข้าไป ซึ่งอาจมีการผ่านเครื่องกีดขวางหรือไม่ก็ได้ การตัดหรือยกัญแจออกและเข้าไปอาศัยก็เป็นความผิดฐานบุกรุก (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 363/2518) นอกจากนั้นแล้ว การเข้าไปในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่นก็ไม่จำเป็นต้องเข้าไปทั้งตัวด้วย แม้เพียงส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายเช่น มือ เท้าหรือนิ้ว ล้วงล้ำเข้าไปก็เป็นการบุกรุกได้²¹ เช่น จำเลยกระชากลากตัวผู้เสียหายออกมาจากบริเวณที่ผู้เสียหายยืนอยู่ใต้ชายคาบ้านของผู้เสียหาย แม้จำเลยยืนอยู่นอกบริเวณบ้านผู้เสียหาย แต่ก็จะต้องเอื้อมมือเข้าไป

²¹ เรื่องเดิม, หน้า 3020.

ภายในบริเวณบ้านของผู้เสียหายเพื่อจับและจุดประกายผู้เสียหายออกไป ถือได้ว่าจำเลยเข้าไปกระทำการใด ๆ อันเป็นการรบกวนการครอบครองอสังหาริมทรัพย์ของผู้เสียหายโดยปกติสุข (2768/2540) ดังนั้นการที่บุคคลอื่นบางส่วนของอุปกรณ์ถ่ายภาพเข้าไปในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่นก็จัดเป็นความผิดฐานบุกรุกได้ อย่างไรก็ตามปัญหาสำคัญประการหนึ่งของการถ่ายภาพบุคคลอื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมคือ การใช้กล้องถ่ายภาพที่มีเลนส์ซูมระยะไกลทำให้ผู้ที่ทำการถ่ายภาพไม่ต้องมีการกระทำการเข้าไปโดยทางกายภาพยังอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่น ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยไว้ว่าการที่จำเลยใช้ไม้กระดานตีขวางทับประตูห้องพิพาทที่โจทก์ครอบครองในขณะที่โจทก์ไม่อยู่และปิดห้องไว้ ทำให้โจทก์เข้าห้องไม่ได้เป็นการล่วงล้ำเข้าไปกระทำการรบกวนการครอบครองของโจทก์ ตามมาตรา 362 แล้ว (คำพิพากษาฎีกาที่ 1/2512) การใส่กุญแจห้องไม่ให้โจทก์ร่วมเข้าห้องพิพาท ถือได้ว่าเป็นการรบกวนการครอบครองอสังหาริมทรัพย์ของโจทก์ร่วมโดยปกติสุข ผิดฐานบุกรุก (คำพิพากษาฎีกาที่ 1980/2514) การใส่กุญแจตึกพิพาทเป็นเหตุให้โจทก์ไม่สามารถเข้าไปใช้ตึกได้อีกเป็นการรบกวนการครอบครองอสังหาริมทรัพย์ (คำพิพากษาฎีกาที่ 21/2531) จากคำพิพากษาฎีกาเหล่านี้แสดงให้เห็นว่าแม้ไม่มีการกระทำการเข้าไป

เพียงแค่อุปกรณ์มีให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์นั้นได้เข้าไปยังอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวก็เป็นความผิดฐานบุกรุกแล้วจึงมีปัญหว่า การใช้กล้องซูมเข้าไปถ่ายภาพบุคคลอื่นในอสังหาริมทรัพย์ของบุคคลอื่นนั้น จะถือเป็นการรบกวนการครอบครองอสังหาริมทรัพย์ผู้อื่นโดยเทียบเคียงกับคำพิพากษาฎีกาดังกล่าวได้หรือไม่กรณีการรบกวนโดยมิได้มีการเข้าไปทางกายภาพดังกล่าว ท่านศาสตราจารย์จิติตติงศภัทย์ ได้ให้ความเห็นคำพิพากษาฎีกาที่ 1/2512 ไว้ว่าการกระทำของจำเลยเป็นการรบกวนการครอบครองของโจทก์โดยไม่มีปัญหา แต่กฎหมายมิได้บัญญัติองค์ความผิดเฉพาะการรบกวนการครอบครองเท่านั้น หากต้องเข้าไปกระทำการด้วยเพียงแต่จำเลยอยู่นอกห้องแล้วเอาไม้ตอกตะปูปิดห้องจะเป็นการเข้าไปได้อย่างไร²² อย่างไรก็ตาม ในคดีที่ศาลตัดสินว่าเป็นการบุกรุกแม้เพียงใช้อุปกรณ์ปิดกั้นไม่ให้ผู้ครอบครองได้เข้าไปในอสังหาริมทรัพย์ อันเป็นการรบกวนการครอบครองนั้น จะเห็นได้ว่าแม้ผู้ปิดกั้นไม่ได้ล่วงล้ำเข้าไปในอสังหาริมทรัพย์ แต่ก็มีพฤติกรรมการทำให้เจ้าของหรือผู้ครอบครอง ไม่อาจใช้ทรัพย์สินได้ แต่ในกรณีที่เพียงใช้กล้องซูมเข้าไปนั้น มีลักษณะแตกต่างจากการปิดกั้น กล่าวคือ เจ้าของหรือผู้ครอบครองยังคงเข้าไปใช้อสังหาริมทรัพย์ได้อยู่ เพียงแต่การใช้นั้น

²² เรื่องเดิม, หน้า 3021

อาจไม่ได้เกิดโดยปกติสุขนักเพราะต้องหวาดระแวงถึงการถูกบันทึกภาพจากระยะไกล จึงมีความเป็นไปได้ที่จะถือว่าเป็นการรบกวนการครอบครองในลักษณะหนึ่ง

(2) การปรับใช้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 364 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดโดยไม่มีเหตุอันควร เข้าไปหรือซ่อนตัวอยู่ในเคหสถาน อาคารเก็บรักษาทรัพย์หรือสำนักงานในความครอบครองของผู้อื่น หรือไม่ยอมออกไปจากสถานที่เช่นนั้นเมื่อผู้มีสิทธิที่จะห้ามมิให้เข้าไปได้ไล่ให้ออกต้องระวางโทษ...” การเข้าไปบันทึกภาพในเคหสถานของผู้อื่นโดยขอความยินยอมของเจ้าของหรือผู้ครอบครองแล้ว ย่อมไม่ถือว่าเข้าไปโดยไม่มีเหตุอันควร อย่างไรก็ตาม ปัญหาในการปรับใช้มาตรา 364 ในการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกถ่ายภาพโดยไม่ได้ให้ความยินยอมนั้นมีเช่น กรณีที่ นาย ก เข้าไปในบริเวณบ้านก่อนถึงตัวอาคารที่นาง ข อาศัยอยู่เพื่อทำการถ่ายภาพนาง ข จะไม่เป็นความผิดตามมาตรา 364 เพราะยังไม่ได้เข้าไปในเคหสถาน (เทียบเคียงกับคำพิพากษาฎีกาที่ 161/2523 เข้าไปในที่ดินของ ก โดยข้ามสะพานไม้ข้ามบ่อเลี้ยงปลาทางเดินออกถนน ถือไม่ได้ว่าเข้าไปในเคหสถานของ ก) นอกจากนี้ก็ยังมีปัญหาในส่วนของลักษณะการกระทำเช่นเดียวกับมาตรา 362 คือการเข้าไป ซึ่งหากเป็นกรณีการถ่ายภาพโดยการซูมเข้าไปยังเคหสถานหรือสำนักงานของผู้อื่นจากระยะไกลโดยไม่ได้มีการเข้าไปทางกายภาพแล้ว จะเป็นความผิดตามมาตรา 364 ได้หรือไม่ในส่วนของกรณีก่อการ “ซ่อนตัวอยู่” และการ “ไม่ยอมออกไป” นั้นไม่น่าจะปรับเข้ากับ

กรณีการซูมถ่ายภาพได้ คงเหลือแต่การกระทำ “เข้าไป” เท่านั้น ซึ่งหากเทียบเคียงกับแนวคำพิพากษาที่ตัดสินตามมาตรา 362 จะเห็นว่าอาจเป็นการรบกวนการครอบครองได้ อย่างไรก็ตาม มาตรา 364 ไม่มีเงื่อนไขเกี่ยวกับการรบกวนการครอบครอง ดังเช่นมาตรา 362 จึงมีปัญหาในการนำคำพิพากษาฎีกาที่ตัดสินถึงการ “เข้าไป” ตามมาตรา 362 ดังกล่าวข้างต้นมาเทียบเคียงในกรณีตามมาตรา 364

(4) ปัญหาการปรับใช้ฐานความผิดหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา

การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชื่อเสียงของบุคคลอื่นโดยใช้ภาพถ่ายนั้น สามารถปรับใช้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สามโดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท” และหากมีการกระทำในลักษณะโฆษณา ก็อาจปรับเข้ากับมาตรา 328 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าความผิดฐานหมิ่นประมาทได้กระทำโดยการโฆษณาด้วยเอกสาร ภาพวาด ภาพระบายสี ภาพยนตร์ ภาพหรือตัวอักษรที่ทำให้ปรากฏไม่ว่าด้วยวิธีใด ๆ แผ่นเสียงหรือสิ่งบันทึกเสียง บันทึกภาพหรือบันทึกอักษร กระทำโดยการกระจายเสียงหรือกระจายภาพ หรือโดยการกระทำการป่าวร้องด้วยวิธีอื่น ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษ...” เนื่องจากมาตรา 326 มิได้จำกัดวิธีการของการกระทำที่อาจจัดเป็นการหมิ่นประมาทไว้ว่าต้องทำด้วยวาจาเท่านั้น ดังนั้น การกระทำการใส่ความด้วยภาพถ่าย ภาพวาด หรือภาพที่สร้างขึ้นโดยวิธีทางอิเล็กทรอนิกส์ ก็อาจจัดเป็นการกระทำที่ถือว่า

เป็นการหมิ่นประมาทได้เช่นกัน ดังนั้น เมื่อมีการเผยแพร่ภาพของบุคคลอื่นที่ทำการบันทึกมาโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมอาจเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทได้ แต่ต้องเข้าองค์ประกอบว่าเป็นการใส่ความผู้หนึ่งในประการที่ผู้นั้นอาจเสียชื่อเสียง ดังนั้น กรณีเช่น นาย ก ใช้กล้องซูมเข้าไปบันทึกภาพ นาง ข ขณะเปลือยอยู่ในบ้านของตน และนำมาเผยแพร่ในระบบอินเทอร์เน็ต ดังนี้ แม้ว่าไม่อาจปรับใช้มาตรา 397 เพราะมิได้กระทำในสาธารณสถาน แต่ก็อาจปรับใช้มาตรา 326 หรือ 328 หากการเผยแพร่ในอินเทอร์เน็ตนั้นมีลักษณะที่ทำให้บุคคลทั่วไปเข้าถึงได้ นอกจากนี้ยังอาจผิดตามพระราชบัญญัติการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ดังกล่าวต่อไปอีกด้วย อย่างไรก็ตาม ปัญหาสำคัญของการปรับใช้ความผิดฐานหมิ่นประมาทในการคุ้มครองผู้ถูกถ่ายภาพโดยมิได้ให้ความยินยอมก็คือ ความผิดฐานหมิ่นประมาทด้วยภาพถ่ายนั้นจะนำมาปรับใช้ได้ต่อเมื่อมีการเผยแพร่ไปยัง “บุคคลที่สาม” ในลักษณะของการใส่ความแล้วเท่านั้น หากผู้กระทำการถ่ายภาพยังคงเก็บภาพที่ถ่ายนั้นไว้โดยมิได้ทำการส่งไปยังบุคคลที่สามก็ไม่สามารถนำมาตรา 326 หรือ 328 มาปรับใช้ได้เลย

■ ปัญหาการปรับใช้กฎหมายแพ่ง ลักษณะละเมิด ในการคุ้มครองสิทธิผู้ถูกบันทึกภาพโดยมิได้ยินยอม

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว จะพบว่าบุคคลที่ถูกถ่ายภาพโดยปราศจากการรับรู้และยินยอมนั้น ไม่อาจเรียกร้องในทางสัญญาใดๆ กับผู้ถ่ายภาพโดยมิได้ขอความยินยอมได้ เนื่องจากมิได้มีการตกลงทำสัญญากัน จึงได้แต่อาศัยกฎหมายลักษณะละเมิดตามมาตรา 420 ซึ่งบัญญัติว่าผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายอนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น จึงเห็นได้ว่าปัญหาของการปรับใช้มาตรา 420 นี้อยู่ที่ว่าสิทธิของบุคคลที่จะไม่ถูกถ่ายภาพโดยปราศจากการรับรู้และยินยอม นั้นจัดเป็นสิทธิอย่างไรในความหมายของมาตรา 420 เนื่องจากการถูกถ่ายภาพนั้น ไม่อาจจะถือว่าเป็นการเสียหายแก่ชีวิต สำหรับการเสียหายต่อร่างกายนั้นก็เป็นการยากที่ล่าพังเพียงการถูกถ่ายภาพจะถือเป็น การเสียหายต่อร่างกายได้ดังที่ได้วิเคราะห์ไว้ในส่วนของความผิดอาชญาฐานทำร้ายร่างกายสำหรับความเสียหายแก่นามันมีผู้อธิบายว่า “ความสงบสุขทางใจย่อมประกอบเป็นความสุขสบายของร่างกายด้วย ผู้ใดทำให้เดือดร้อนแก่ผู้อื่นที่จะอยู่อย่างสงบสุขจะเป็นด้วยทำให้มีกลิ่นเสียง ควัน จนทำให้เสียความสุขทางใจหรือทาง

กายก็เป็นความเดือดร้อนรำคาญเป็นละเมิดได้”²³ หากพิจารณาในแง่หนึ่ง การถ่ายภาพผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมในลักษณะติดตามรบกวนจนไม่มีความเป็นอยู่ส่วนตัวได้ อาจจะทำให้เกิดความเสียหายแก่นามยี่ห้อ นอกจากนี้ สิทธิของบุคคลที่จะไม่ถูกถ่ายภาพโดยปราศจากการรับรู้และยินยอม นั้นจะตีความว่าเป็นสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 420 หรือไม่ เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายลักษณะละเมิดของสหรัฐ (Restatement of Tort) ในมาตรา 625B จะเห็นได้ว่าการแทรกแซงในความสันโดษหรือความเป็นส่วนตัวของบุคคลอื่น (Intrusion upon seclusion) นั้นได้รับการคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะ อย่างไรก็ตามแม้ว่าสิทธิของบุคคลในอันที่จะไม่ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอม จะจัดเป็นสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดตามมาตรา 420 หรืออาจจัดว่าการถ่ายภาพนั้นทำให้เสียหายแก่นามยี่ห้อดี แต่ปัญหาประการต่อไปก็คือ ภาระพิสูจน์ถึงความเสียหายของผู้ถูกถ่ายภาพซึ่งมักจะมีลักษณะเป็นนามธรรมอันเป็นการยากที่ผู้เสียหายจะพิสูจน์ว่าตนเสียหายอย่างไรในการที่มีบุคคลอื่นถ่ายภาพของตนโดยมิได้รับความยินยอม

ปัญหาการปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ในการคุ้มครองสิทธิผู้ถูกบันทึกภาพโดยมิได้รับรู้ และยินยอม

การส่งภาพของบุคคลอื่นที่ถ่ายมาโดยไม่ได้รับความยินยอมเข้าสู่ระบบอินเทอร์เน็ต ได้เพิ่มขึ้นทั้งในแง่ของปริมาณ และความถี่ถึงการเข้าถึงเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเป็นไปโดยง่ายและแพร่หลายเท่าใด การกระทำดังกล่าวก็ยิ่งเพิ่มขึ้นเท่านั้น ทำให้ความเสียหายของผู้เสียหายขยายวงกว้างออกไปจนไร้พรมแดน ภาพดังกล่าวอาจเข้าสู่ระบบอินเทอร์เน็ตได้ในหลายลักษณะ เช่น ใช้ภาพประกอบการเขียนข้อความในระบบกระดานข่าวของเว็บไซต์ หรืออาจแนบติดไปกับแฟ้มข้อมูลพร้อมกับจดหมายอิเล็กทรอนิกส์หรืออีเมล ซึ่งอาจเป็นการแพร่หลายอย่างกว้างได้ถ้ามีการส่งอีเมลแบบสุ่มหรือส่งต่อไปยังผู้รับจำนวนมากๆ แบบต่อเนื่อง การสนทนาออนไลน์ระหว่างบุคคลหรือกลุ่มบุคคลก็เป็นช่องทางการสื่อสารซึ่งได้รับความนิยมกันอย่างกว้างขวาง ทั้งยังสามารถส่งแฟ้มข้อมูลที่เป็นรูปภาพประกอบการสนทนาไปพร้อมกันได้ ก่อนเดือนกรกฎาคม พ.ศ. 2550 เมื่อมีกรณีต้องพิจารณาถึงปัญหาความรับผิดตามกฎหมายของผู้กระทำการดังกล่าว ก็มีเพียงประมวลกฎหมายอาญาในความผิดฐานหมิ่นประมาทที่จะนำมาปรับใช้ได้ ต่อมาในปัจจุบันพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิด

²³ พจนี ปุชปาตม, ละเมิด, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, กรุงเทพมหานครพิมพ์, 2530, หน้า 182

เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ซึ่งร่างขึ้นมาบนพื้นฐานของสังคมในยุคที่เกิดปัญหาการกระทำผิดหลากหลายประการเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ได้มีผลใช้บังคับแล้ว อย่างไรก็ตามหากวิเคราะห์ถึงขอบเขตและการบังคับใช้กฎหมายฉบับดังกล่าว อาจเกิดข้อสงสัย อันนำไปสู่การตั้งคำถามในเชิงวิชาการว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มีปัญหาอย่างไรหรือไม่ในการปรับใช้ลงโทษผู้กระทำการเผยแพร่ภาพของบุคคลที่ถ่ายมาโดยไม่ได้รับความยินยอมทางอินเทอร์เน็ต ซึ่งในส่วนของพระราชบัญญัติดังกล่าวเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเผยแพร่ภาพถ่ายของบุคคลอื่น

(1) กรณี มาตรา ๒ ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์แก่บุคคลอื่นโดยปกปิดหรือปลอมแปลงแหล่งที่มาของการส่งข้อมูลดังกล่าว อันเป็นการรบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ของบุคคลอื่นโดยปกติสุข ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท” ลักษณะของการกระทำที่จัดเป็นความผิดตามมาตรา ๒ เช่น การส่ง email จำนวนมากจนเกิดการรบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ของบุคคลอื่น หรือที่เรียกว่า spamming เป็นต้น องค์ประกอบสำคัญของการเป็นความผิดตามมาตรา ๒ ก็คือ จะต้องมีการส่งข้อมูลโดยการปกปิดหรือปลอมแปลงแหล่งที่มาของการส่งข้อมูล กล่าวคือ การกระทำใดๆ ที่ทำให้ไม่สามารถตรวจสอบแหล่งที่มาของการส่งข้อมูลและส่งผลให้

ไม่อาจตรวจสอบได้ทางระบบข้อมูลการจราจรทางคอมพิวเตอร์ มิใช่การปกปิดหรือปลอมแปลง โดยการไม่ใช่ชื่อจริงหรือใช้นามแฝง²⁴ ปัญหาของมาตรานี้ในการปรับใช้กับการกระทำการส่งภาพบุคคลอื่นทางอินเทอร์เน็ต อาจจำแนกได้ดังต่อไปนี้

การส่งข้อมูลที่เป็นรูปภาพของบุคคลอื่นโดยปกปิดแหล่งที่มาของการส่งข้อมูลและเป็นการรบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นด้วย ย่อมมีความผิดตามมาตรา ๒ แต่หากมีการส่งภาพโดยมิได้ก่อให้เกิดการรบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ผู้อื่นแล้ว ย่อมไม่ครบองค์ประกอบตามมาตรานี้ เช่น นาย ก ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ โดยวิธีการที่ทำให้ผู้อื่นไม่สามารถทราบแหล่งที่มาของการส่งจดหมายนั้น โดยจดหมายดังกล่าว มีภาพของนาง ข ที่นาย ก แอบถ่ายมาโดยไม่ได้รับความยินยอมของ นาง ข มาก่อนภาพดังกล่าวส่งไปยังผู้รับห้าสิบคน โดยส่งจดหมายดังกล่าวให้ผู้รับเพียงคนละฉบับดังนี้ ไม่เป็นอาจถือว่าเป็นการรบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ของผู้รับจดหมายดังกล่าว ย่อมไม่อาจปรับใช้มาตรา ๒ ได้นอกจากนั้น ในกรณี การส่งภาพของบุคคลอื่นที่ถ่ายมาโดยไม่ได้รับความยินยอม โดยไม่ปกปิดแหล่งที่มาของการส่งข้อมูลนั้น ไม่อยู่ในขอบเขตของมาตรานี้เลย ไม่ว่าผู้ส่งข้อมูลนั้นจะก่อให้เกิดการรบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นหรือไม่ก็ตาม เช่น นาย ก ส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ โดยไม่มีการปิดบังแหล่งที่มา กล่าวคือ สามารถ

²⁴ พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบาย พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์, เอกสารประกอบการสัมมนา การบังคับใช้กฎหมาย: พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 วันศุกร์ที่ 13 กรกฎาคม 2550 โรงแรมปรินซ์พาเลซ, กรุงเทพฯ. หน้า 16

ตรวจสอบได้ว่าข้อมูลนั้นส่งมาจากเครื่องคอมพิวเตอร์เครื่องใดในจดหมายที่ส่งให้ผู้รับหลายคนนั้นมีภาพของ นาง ข ที่นาย ก แอบถ่ายมา แม้ว่า นาย ก ส่งจดหมายดังกล่าวไปในปริมาณมากทำให้ระบบคอมพิวเตอร์ของ นาย ค ขัดข้องใช้การไม่ได้ไประยะหนึ่ง ดังนี้ ก็ไม่สามารถลงโทษนาย ก ตามมาตรานี้ได้ เนื่องจากขาดองค์ประกอบของการปกปิดแหล่งที่มาในการส่งข้อมูลจึงอาจกล่าวได้ว่า มาตรา 11 นั้นมิได้มุ่งประสงค์ที่จะลงโทษการส่งภาพอันเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลอื่นโดยตรง เพราะมุ่งที่จะลงโทษการกระทำ spamming มากกว่า

(2) กรณีมาตรา 14 (1) ซึ่งมาตรา 14 นี้ นับว่ามีความเกี่ยวข้องในการนำมาปรับใช้กับการส่ง ข้อมูลคอมพิวเตอร์ในลักษณะของภาพอันเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลอื่น หากพิจารณามาตรา 14(1) ที่กำหนดว่า “นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ปลอมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน” นั้นจะพบว่าปัญหาที่จะเกิดขึ้นในการปรับใช้ก็คือ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 14 (1) ของพระราชบัญญัตินี้ได้ นั้น จะต้องเป็นข้อมูลปลอมหรือเท็จเท่านั้น แต่หากมีใช่ข้อมูลปลอมหรือเท็จ แม้ว่าอาจก่อความเสียหายแก่ชื่อเสียงบุคคลอื่น ก็ไม่เข้าข่ายความผิดตามมาตรา 14(1) ดังนั้นจะเห็นได้ว่าข้อมูลที่อาจเป็นความผิดกฎหมายอาญามาตรา 326 มีความหมายกว้างกว่ามาตรา 14(1) กล่าวคือ ข้อมูลที่ไม่ได้ปลอม และมีใช่ข้อมูลเท็จ แต่เป็นข้อมูลถูกต้องแท้จริงซึ่งอาจทำให้ผู้อื่นเสื่อมเสียชื่อเสียงได้ ก็อาจเข้าข่ายความผิดฐานหมิ่นประมาทตามมาตรา 326 อย่างไร

ก็ตามข้อมูลลักษณะนี้จะไม่อยู่ในขอบเขตของ มาตรา 14(1) ดังนั้น ในกรณีเช่น นาย ก นำภาพที่แอบถ่ายขณะที่นาง ข ซึ่งเป็นภริยาของ นาย ค กำลังนั่งรถเข้าไปในโรงแรมมารูดแห่งหนึ่งพร้อมกับ นาย ง และนำภาพดังกล่าวมาลงเผยแพร่ในเว็บไซต์ ข้อมูลในลักษณะของภาพที่ นาย ก ถ่ายมาโดยมิได้ผ่านกระบวนการทางเทคนิคอย่างใดเช่นนี้เป็นข้อมูลจริงมิใช่เท็จหรือปลอม แม้ว่าข้อมูลดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชื่อเสียงของ นาง ข ตามองค์ประกอบความผิดฐานหมิ่นประมาทได้ แต่เมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัตินี้แล้วไม่อยู่ในขอบข่ายของมาตรา 14 เนื่องจากมาตรา 14 จำกัดการกระทำอันเป็นความผิดไว้เฉพาะกรณี ข้อมูลปลอม หรือข้อมูลเท็จเท่านั้น นอกจากนั้น หากพิจารณามาตรา 14 (4) ซึ่งจะกล่าวต่อไป ก็จะพบว่าเพียงภาพที่ นาง ข กำลังเข้าโรงแรมกับนาย ง ดังกล่าวไม่ถึงขั้นเป็นข้อมูลลามกอนาจารด้วย จึงไม่อาจปรับใช้มาตรา 14 (4) แก่กรณีได้เช่นเดียวกัน

(3) ในส่วนของมาตรา 14(4) ของพระราชบัญญัติที่กำหนดความผิดสำหรับการ “นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้” ในกรณีของข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เป็นภาพนั้น การพิจารณาปัญหาว่าภาพลักษณะอย่างไรจัดเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์อันลามก ตามพระราชบัญญัติการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์มาตรา 14 (4) นั้น กฎหมายฉบับนี้มิได้บัญญัตินิยามคำว่าลามกไว้ และยังไม่มีความพิพากษาศาลฎีกาตัดสินตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว แต่ก็สามารถศึกษาเปรียบเทียบจากแนววินิจฉัยของศาลฎีกาที่ตัดสินตามประมวลกฎหมายอาญาในความผิดฐานเผยแพร่วัตถุลามก

อนาจาร เช่น ภาพพิมพ์ของกลางเป็นภาพหญิงสาว ซึ่งมีบางภาพเปิดเผยเต้านมอย่างโจ่งแจ้ง ส่วนที่มีอวัยวะเพศแม้จะมีผ้าอาภรณ์ปกปิดไว้ แต่ก็ปกปิดไว้อย่างหมิ่นเหม่เป็นภาพลามก (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 630/2533) ภาพหญิงเปลือยกายมีแหล่คลุมตัวมีขางหนึ่งกุ่มนมอีกขางหนึ่งกุ่มอวัยวะเพศ ภาพดังกล่าวแม้ไม่เห็นอวัยวะเพศชัดเจน แต่ก็มีลักษณะส่อไปในด้านยั่วยุกามารมณ์เป็นภาพลามก (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3510/2531) ดังนั้น การนำภาพของผู้อื่นอันมีลักษณะลามกอนาจารเข้าสู่เว็บไซต์ซึ่งประชาชนทั่วไปเข้าถึงนั้น จะเห็นได้ว่าเป็นกรณีที่เข้าองค์ประกอบความผิดของการหมิ่นประมาทโดยการโฆษณาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 328 นอกจากนั้นหากการเผยแพร่ภาพดังกล่าวมีเจตนาพิเศษเพื่อประสงค์แห่งการค้าแล้ว ยังอาจมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287 อีกด้วย และการกระทำดังกล่าวนี้ยังเข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 14(4) ของพระราชบัญญัติการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์เช่นกัน เนื่องจากเป็นการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลอันมีลักษณะลามก และข้อมูลนั้นบุคคลทั่วไปสามารถเข้าถึงได้อย่างไร้กีดกัน มาตรา 14(4) ก็ยังมีข้อจำกัดอยู่อีกหลายประการ จะเห็นได้ว่ากรณีจะต้องครบองค์ประกอบทั้งลามก และประชาชนทั่วไปเข้าถึงได้หากขาดเสียซึ่งองค์ประกอบใดองค์ประกอบหนึ่ง ก็ไม่อยู่ในขอบเขตของมาตรา 14(4) ดังนั้น จึงมีหลายกรณีซึ่งภาพซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของผู้อื่น ซึ่งอาจเป็นความผิดฐานหมิ่นประมาทตามกฎหมายอาญาได้นั้น ไม่อาจถือว่าเป็นความผิดตามมาตรา 14 นี้ เช่น นาย ก นำภาพถ่ายขณะ นาย ข มีเพศสัมพันธ์กับนาง ง มาลงไว้ในเว็บไซต์ที่เป็นบันทึกประจำวัน

ของนาย ก แม้ว่าลักษณะของภาพอาจจัดเป็นการลามกอนาจารได้ตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาก็ตาม แต่หากนาย ก ได้เข้ารหัสข้อมูลไว้ โดยอนุญาตให้เฉพาะผู้ที่มีรหัสผ่านจึงจะเข้ามาดูเว็บไซต์บันทึกประจำวันของ นาย ก หรือในกรณีที่ นาย ก นำภาพลามกอนาจารมาใส่ไว้ในเว็บไซต์ his.com และตั้งค่าไว้ว่าบุคคลที่จะเข้ามาดูเว็บไซต์ส่วนของ นาย ก จะต้องได้รับการอนุญาตจาก นาย ก เป็นรายบุคคลไป ดังนี้จึงขาดองค์ประกอบ “ประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้” ทำให้การกระทำของนาย ก ไม่จัดเป็นความผิดตามมาตรา 14(4) ซึ่งในกรณีนี้ นาย ข และ นาง ง ซึ่งถูกละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวและปรากฏเป็นภาพอยู่ในระบบอินเทอร์เน็ตนี้ อาจไม่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติดังกล่าว นอกจากนั้นแม้ว่ามาตรา 14(4) ไม่มีองค์ประกอบ “โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน” และ “ข้อมูลเท็จหรือปลอม” ทำให้ดูเหมือนว่าจะมีขอบเขตที่กว้างกว่าในมาตรา 14(1) 14(2) อย่างไรก็ตาม องค์ประกอบสำคัญก็คือ “ลักษณะลามก” ดังนั้น หากภาพของบุคคลอื่นที่ถ่ายมาโดยไม่ได้รับความยินยอมนั้น มิได้มีลักษณะถึงขั้นลามกอนาจาร ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาแล้ว ก็ไม่อาจปรับใช้มาตรา 14(4) ได้ แม้ว่าภาพนั้นจะละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลอื่นก็ตาม เช่น นาย ก แอบถ่ายภาพของนางสาว ข ที่เดินอยู่ริมถนนสาธารณะ โดยนาง ข มิได้รับรู้และยินยอมมาลงประกอบใน his.com ของตน โดยประชาชนทั่วไปเข้าถึงได้ แต่ภาพนั้นมิได้มีลักษณะลามกอนาจาร ดังนี้ มาตรา 14 ไม่อาจนำมาใช้เพื่อคุ้มครองสิทธิของ นางสาว ข ได้เลย

(4) กรณีตามมาตรา 16 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ได้นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ที่ประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ปรากฏเป็นภาพของผู้อื่น และภาพนั้นเป็นภาพที่เกิดจากการสร้างขึ้น ตัดต่อเติม หรือดัดแปลงด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือวิธีการอื่นใด ทั้งนี้ โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น ถูกเกลียดชัง หรือได้รับความอับอาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” เมื่อพิจารณา มาตรา 16 นี้เปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 326 แล้วจะพบว่ากฎหมายทั้งสองมุ่งประสงค์คุ้มครองชื่อเสียงของบุคคล เช่นเดียวกัน และมีองค์ประกอบความผิด “โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น ถูกเกลียดชัง” เช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม การหมิ่นประมาทผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญานั้นมีขอบเขตกว้างกว่ามาตรา 14(4) กล่าวคือ อาจทำได้โดยใช้ข้อความ หรือภาพ สำหรับมาตรา 16 นี้จำกัดอยู่เฉพาะกรณีภาพเท่านั้น และจะต้องเป็นภาพที่เกิดจากการสร้างขึ้นหรือตัดต่อด้วย ด้วยเหตุนี้ หากภาพนั้นมีลักษณะสร้างขึ้น ตัดต่อ ดัดแปลง โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ย่อมมีความผิดทั้งตามกฎหมายอาญามาตรา 326 และ มาตรา 16 ของพระราชบัญญัตินี้ เช่น นาย ก นำภาพหน้าของ นางสาว ข มาตัดต่อใส่ลงไปเป็นภาพผู้หญิงคนหนึ่งซึ่งกำลังนอนกอดกันอยู่กับ นาย ค ดังนี้แม้ว่าลักษณะพฤติกรรมของ นางสาว ข ดังนั้น ยังไม่ถึงขั้นเป็นการลามกอนาจาร แต่ก็อาจทำให้นางสาว ข ได้รับความเสียหายแก่ชื่อเสียงตามกฎหมายอาญามาตรา 326 และเป็นความผิดตามมาตรา 16 นี้ด้วย อย่างไรก็ตามการนำภาพของบุคคลอื่นที่เป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัว

กรณีซึ่งอาจเป็นความผิดตามกฎหมายอาญา แต่ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 16 เช่น นาย ก นำภาพของ นางสาว ข ซึ่งเป็นภริยาของนาย ค ขณะนั่งกอดจูบกับ นาย ง ในสวนสาธารณะแห่งหนึ่งมาเผยแพร่ในระบบอินเทอร์เน็ต โดยภาพนั้นมิได้ผ่านการตัดต่อมาแต่อย่างใด และไม่ถึงขั้นเป็นภาพลามกอนาจารตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา ดังนี้ นางสาว ข อาจกล่าวอ้างว่า ตนได้รับความเสียหายต่อชื่อเสียง และแม้เป็นภาพจริงก็อาจเป็นการหมิ่นประมาทตามกฎหมายอาญามาตรา 326 แต่ ไม่อาจจัดเข้าเป็นความผิดในขอบข่ายของมาตรา 16 ได้เพราะมิได้มีการตัดต่อ ดัดแปลงแต่ประการใด และกรณีก็ไม่เข้าองค์ประกอบของมาตรา 14(1) ดังกล่าวมาแล้วด้วยทำให้ไม่อาจปรับใช้พระราชบัญญัตินี้ลงโทษผู้กระทำการเผยแพร่ภาพได้ นางสาว ข ที่ถูกถ่ายภาพโดยมิได้ให้ความยินยอมนั้น ไม่ได้รับการคุ้มครองจากพระราชบัญญัตินี้แต่อย่างใด จึงต้องพิจารณาแต่เพียงกฎหมายอาญาลักษณะหมิ่นประมาทว่าเป็นประการที่น่าจะทำให้นาง ข เสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชังหรือไม่ ซึ่งปัญหาสำคัญอีกประการหนึ่งที่ติดตามมาก็คือ กฎหมายอาญามาตรา 326 มิได้บัญญัติถึงกรณี “น่าจะทำให้ อับอาย” ด้วย ซึ่งเมื่อเทียบกับมาตรา 16 ของพระราชบัญญัตินี้จะพบว่าในส่วนขององค์ประกอบที่เกี่ยวกับ ความเสื่อมเสียต่อชื่อเสียงนั้น มาตรา 16 กว้างกว่ามาตรา 326 กฎหมายอาญา เพราะมีคำว่า “น่าจะทำให้ อับอาย” ซึ่งกว้างกว่ากฎหมายอาญาที่บัญญัติเพียงว่า “โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง” ดังนั้น ภาพที่นาง ข ใส่ชุดว่ายน้ำ และนอนอาบแดดดังกล่าว หากพิจารณาตาม มาตรา 326 ของประมวลกฎหมายอาญา อาจจะไม่เป็นการหมิ่นประมาทเพราะไม่ถึงขั้นทำให้นาง ข ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง

ปัญหาประการต่อไปก็คือ ภาพของผู้อื่นที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 16 จะต้องเป็นภาพที่เกิดจากการสร้างขึ้น ตัดต่อ เติม หรือดัดแปลง แต่ไม่จำเป็นต้องเป็นภาพลามกอนาจาร ดังนั้น ภาพของผู้อื่น เช่น นาย ก ถ่ายภาพของ นาง ข ซึ่งเป็นประชาชนทั่วไปขณะเดินอยู่ริมทางเท้าสาธารณะแล้ว นำภาพนั้นมาตัดต่อเพิ่มเติมด้วยโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้ดูน่ารังเกียจ ดังนั้นหากพิจารณาตามมาตรา 16 ภาพดังกล่าวเกิดจากการตัดต่อด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยประการที่ทำให้นาง ข อับอาย เข้าองค์ประกอบความผิดได้ แต่กรณีนี้ไม่เข้าองค์ประกอบมาตรา 14(4) โดยนัยนี้จะเห็นได้ว่า มาตรา 16 มีขอบเขตกว้างกว่ามาตรา 14(4) ในแง่ที่ว่าภาพซึ่งมิใช่ภาพลามก แต่อาจก่อให้เกิดความอับอายแก่ผู้อื่น อาจผิดตามมาตรา 16 ได้ อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าปัญหาสำคัญอีกประการหนึ่งก็คือ กรณีที่ไม่ใช่ภาพลามกและมีได้ตัดต่อ แม้ว่าอาจทำให้บุคคลอื่นได้รับความอับอายก็ไม่เข้ามาตรา 16 เช่น นาย ก ถ่ายภาพนาง ข ขณะใส่ชุดว่ายน้ำนอนอาบแดดอยู่ริมสระว่ายน้ำมาลงในเว็บไซต์ กรณีนี้มีใช่ข้อมูลเท็จหรือปลอมไม่อาจลงโทษมาตรา 14(1) การที่นาง ข ใส่ชุดว่ายน้ำที่ไม่ถึงขนาดเป็นลามกอนาจารตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวก็ไม่เข้าองค์ประกอบมาตรา 14(4) และไม่เข้ามาตรา 16 ด้วยเพราะมิใช่มีการตัดต่อดัดแปลง ดังนั้นกรณีนี้ไม่อาจปรับใช้พระราชบัญญัติดังกล่าวได้เลย

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 นั้น มีข้อจำกัดในการนำมาปรับใช้กับการคุ้มครองบุคคลที่ถูกถ่ายภาพโดยไม่ได้ให้ความยินยอมอยู่หลายประการซึ่งอาจสรุปได้ดังนี้

(1) หากมีการส่งภาพโดยมิได้ก่อให้เกิดการรบกวนการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ผู้อื่นแล้ว ย่อมไม่ครบองค์ประกอบตามมาตรา 11

(2) กรณีภาพซึ่งไม่ได้ปลอมหรือเท็จ แม้ว่า จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชื่อเสียงบุคคลอื่น ก็จะไม่อยู่ในขอบเขตของมาตรา 14(1)

(3) กรณีมาตรา 14(4) มีปัญหาว่าภาพของบุคคลอื่นที่ถ่ายมาโดยมิได้รับความยินยอมไม่อาจถือว่าเป็นความผิดตามมาตรา 14(4) ถ้าไม่เข้าองค์ประกอบ “ประชาชนทั่วไปเข้าถึงได้” นอกจากนั้น หากภาพของบุคคลอื่นที่ถ่ายมาโดยมิได้รับความยินยอมนั้น มิได้มีลักษณะถึงขั้นลามกอนาจารตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาแล้วก็ไม่อาจปรับใช้มาตรา 14(4) ได้ แม้ว่าภาพนั้นจะละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลอื่นก็ตาม

(4) ภาพของบุคคลอื่นที่ถ่ายมาโดยมิได้รับความยินยอมแต่มิได้ผ่านกระบวนการตัดต่อดัดแปลงใดๆ ไม่เข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 16

(5) คุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัว ถูกจำกัดให้แคบลงเพียงเฉพาะกรณีที่ดัดแปลงภาพเท่านั้น

นอกจากนี้แล้วผู้เขียนยังเห็นว่าประเด็นปัญหาสำคัญของพระราชบัญญัติดังกล่าวในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลผู้ถูกถ่ายภาพโดยไม่ได้ให้ความยินยอมอีกประการหนึ่งก็คือพระราชบัญญัตินี้ อาจนำมาปรับใช้กับกรณีที่ล่วงเลยชั้นของการถ่ายภาพมาแล้ว กล่าวคือจะนำมาปรับใช้ได้ต่อเมื่อภาพถูกเผยแพร่แล้ว และยังคงเป็นการเผยแพร่ทางระบบคอมพิวเตอร์ด้วย ดังนั้นพระราชบัญญัตินี้ไม่อาจปรับใช้ในส่วนที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งถูกถ่ายภาพโดยไม่ได้ให้ความยินยอมได้ อีกนัยหนึ่งก็คือหากมีการถ่ายภาพบุคคลโดยไม่ได้ได้รับความยินยอม แต่ผู้ถ่ายภาพเก็บภาพนั้นไว้โดยยังมีได้ทำการเผยแพร่ก็ไม่อาจปรับใช้มาตราต่างๆ ของพระราชบัญญัตินี้ที่กล่าวมาได้เลย ดังนั้นในขั้นตอนขณะที่ถ่ายภาพโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมนั้นกล่าวได้ว่ายังไม่มีความหมายเฉพาะมารองรับ จึงต้องย้อนกลับไปพิจารณากฎหมายฉบับอื่นๆ ที่ใช้บังคับอยู่ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด ประมวลกฎหมายอาญาลักษณะบุกรุก และความผิดลหุโทษตามมาตรา 397 ดังที่ได้กล่าวไปแล้ว

■ **สรุปและข้อเสนอแนะ**

สิทธิของบุคคลที่จะไม่ถูกถ่ายภาพโดยปราศจากความยินยอมนั้น เป็นสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวประการหนึ่งที่สำคัญในสังคมปัจจุบันที่การถ่ายภาพและการเผยแพร่ภาพด้วยเทคโนโลยีสารสนเทศได้พัฒนาก้าวหน้าไปมาก ปริมาณและความถี่ของการที่ปัจเจกชนแต่ละคนอาจถูกถ่ายภาพโดยไม่ได้ให้ความยินยอมหรือแม้แต่มิรู้ตัวได้เพิ่มขึ้นอย่างมาก เมื่อพิจารณาในระบบกฎหมายไทยที่เป็นอยู่นั้นจะพบว่าการถ่ายภาพผู้

อื่นโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมนั้นมิกฎหมายที่เกี่ยวข้องอันสามารถนำมาปรับใช้แก่กรณีได้ เช่น ประมวลกฎหมายอาญาความผิดฐานบุกรุก ซึ่งมีปัญหาในการปรับใช้เช่น การถ่ายภาพที่ไม่ได้อาศัยการเข้าไปทางกายภาพว่าจะเป็นความผิดฐานบุกรุกได้หรือไม่ สำหรับประมวลกฎหมายอาญารัฐธรรมนูญร่างกายก็มีปัญหาคือ เป็นการยากที่จะถือได้ว่าการถ่ายภาพบุคคลอื่นโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมนั้นเป็นการทำร้ายร่างกายผู้อื่นในการปรับใช้ความผิดลหุโทษ เช่น มาตรา 397 ก็มีปัญหาสำคัญที่ว่า หากการถ่ายภาพโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมนั้นได้เกิดขึ้นในสถานที่ซึ่งมิใช่สาธารณสถาน ย่อมไม่อาจปรับใช้มาตรา 397 ได้

สำหรับการปรับใช้กฎหมายอาญารัฐธรรมนูญนั้น ประมวลกฎหมายเฉพาะ เช่น พระราชบัญญัติการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์นั้น นอกจากปัญหาการปรับใช้มาตราต่างๆ ของพระราชบัญญัตินั้นแล้ว ยังมีปัญหาที่สำคัญก็คือ กฎหมายดังกล่าวจะนำมาปรับใช้ได้ต่อเมื่อผ่านขั้นตอนของการถ่ายภาพโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมมาแล้ว กล่าวคือภาพที่ถ่ายโดยมิได้รับความยินยอมนั้น จะต้องล่วงเลยมาถึงขั้นที่ภาพดังกล่าวถูกนำมาเผยแพร่และยังต้องเข้าองค์ประกอบของความผิดฐานหมิ่นประมาทและฐานความผิดตามมาตราต่างๆ ที่เกี่ยวข้องของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว อันเป็นขั้นตอนปลายเหตุแล้ว เนื่องจากผู้ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอมนั้นถูกล่วงละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวถึงสองขั้นตอน คือ ขั้นตอนขณะที่ถ่ายภาพ และขั้นตอนของการเผยแพร่ภาพ แต่กฎหมายลักษณะหมิ่นประมาทและพระราชบัญญัติดังกล่าวสามารถนำมาปรับใช้ได้เพียงขั้นตอนที่สองของการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวนี้เท่านั้น

จากปัญหาดังกล่าวผู้เขียนมีข้อเสนอแนะคือ การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาโดยเพิ่มฐานความผิดใหม่ ทั้งนี้โดยนำปัญหาของกฎหมายอาญาที่อาจนำมาปรับใช้กับการถ่ายภาพในปัจจุบันมาพิจารณา อีกทั้งพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศ โดยอาจกำหนดองค์ประกอบความผิดสำหรับฐานความผิดใหม่ขึ้นอย่างไรก็ตามผู้เขียนมีข้อควรพิจารณาในการร่างฐานความผิดใหม่นี้ในเบื้องต้นสี่ประการ ก็คือ

(1) การนำลักษณะของภาพมาเป็นองค์ประกอบความผิดจะเป็นการจำกัดขอบเขตสิทธิในความเป็นส่วนตัวให้แคบลงกว่าที่ควรจะเป็น ทั้งนี้เนื่องจาก เมื่อพิจารณาองค์ประกอบความผิดของกฎหมายหลายมลรัฐของสหรัฐอเมริกา จะเห็นว่า มีปัญหาข้อจำกัดที่สำคัญประการหนึ่งคือ ภาพที่ถ่ายจะต้องเกี่ยวกับผู้ถูกถ่ายภาพที่มีลักษณะเปลือยไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ซึ่งในสังคมปัจจุบันนั้น ภาพของผู้อื่นที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชื่อเสียงหรือความอับอายได้นั้น ไม่ได้จำกัดอยู่แต่เพียงภาพที่มีลักษณะเปลือยดังกล่าวเท่านั้น ดังนั้น การนำองค์ประกอบเกี่ยวกับภาพซึ่งต้องมีลักษณะเปลือยจึงเป็นความผิดตามกฎหมายได้นั้นเป็นการจำกัดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของปัจเจกชน ซึ่งย่อมมีสิทธิพื้นฐานในการเลือกที่จะถูกบันทึกภาพหรือไม่ให้แคบลงไปมาก กล่าวคือบุคคลจะมีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวและเลือกที่จะถูกถ่ายภาพได้ต่อเมื่อเป็นกรณีที่ภาพนั้นมีลักษณะเปลือยหรือเป็นการสร้างแรงกระตุ้นทางเพศเท่านั้น

(2) การรับรู้ (knowledge) และการยินยอม (consent) ของผู้ถูกบันทึกภาพควรได้รับการนำมาบัญญัติเป็นองค์ประกอบความผิดในลักษณะเดียวกับกฎหมายของต่างประเทศ

(3) องค์ประกอบความผิดในแง่สถานที่นั้น ควรเป็นความผิดเมื่อมีการถ่ายภาพในสถานที่อันควรจะคาดได้ว่าเป็นสถานที่ส่วนบุคคล ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายมลรัฐต่าง ๆ ของสหรัฐแล้วจะเห็นได้ว่าสถานที่ดังกล่าวนี้มีการนิยามในกฎหมายว่า เป็นสถานที่ซึ่งบุคคลเชื่อว่าจะสามารถถอดเสื้อผ้าได้อย่างเป็นส่วนตัวโดยปราศจากความกังวลว่าจะถูกถ่ายภาพ (reasonable person would believe that he or she could disrobe in privacy) แต่การถ่ายภาพในสถานที่เช่นนี้ ก็ไม่ควรจำกัดเฉพาะภาพที่เกี่ยวกับการเปลือยหรือเปิดเผยให้เห็นอวัยวะเพศดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

สำหรับการถ่ายภาพผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมที่เกิดขึ้นในสาธารณสถานนั้น ผู้เขียนเห็นความเป็นไปได้อยู่สองกรณี กล่าวคือ ในกรณีแรกใช้ฐานความผิดที่บัญญัติขึ้นใหม่สำหรับการถ่ายภาพในที่สาธารณะ และปรับใช้มาตรา 397 สำหรับกรณีถ่ายภาพในสาธารณสถาน หรือในกรณีที่สองบัญญัติฐานความผิดใหม่ โดยแยกออกเป็นสองมาตราให้ชัดเจน กล่าวคือมาตราหนึ่งมุ่งเน้นลงโทษการถ่ายภาพในที่สาธารณะ และอีกมาตราหนึ่งใช้กับการถ่ายภาพในที่สาธารณสถาน

(4) ควรแยกการเผยแพร่ภาพออกจากรับขั้นตอนการถ่ายภาพอย่างชัดเจน ดังเช่น กฎหมายของมลรัฐ Missouri นั้นได้แบ่งแยกการถ่ายภาพโดยที่ผู้ถูกถ่ายไม่รับรู้และไม่ยินยอมออกเป็นความผิดต่อความเป็นอยู่ส่วนตัวในระดับขั้นที่สอง (invasion of privacy in the second degree) แต่ถ้การกระทำดังกล่าวมีการกระทำในขั้นตอนต่อไปคือการส่งต่อหรือเผยแพร่ภาพแล้ว ก็จะเป็นต่อความเป็นอยู่ส่วนตัวในระดับขั้นแรก

Patrick Birkinshaw, *Citizenship and Privacy: Right of Citizenship* (Mansell Publishing, 1993).

Raymond Wacks, *Personal Information: Privacy and the Law* (Oxford Clarendon Press, 1989)

Rosa Julia-Barcelo, "liability for On-line Intermediaries : A European Perspective", available from "<http://www.droit.fundpageac.be/textes/online.pdf>" <http://www.droit.fundpageac.be/textes/online.pdf>).

Steven Emanuel, *Torts; Emanuel Law Outlines*, 2nd. Ed., (USA:Steven Emmanuel Co., 1985)

Warren D Samuel , Brandies D., *The Right to Privacy*, *Harvard Law Review*, Vol IV December 15, 1890, available from "<http://www.lawrence.edu/fast/boardmaw>" <http://www.lawrence.edu/fast/boardmaw>

William L. Prosser, *Handbook of the law of torts*, 4ed. (London:St.Paul, Minn. West Publishing Co, 1971).

Yaman Akdeniz, Clive Walker and David Wall, *The Internet Law and Society*, (Henry Ling Ltd, Dorset Press, Great Britain)

