

ความผิดอาญฐานการครอบครองสื่อลามกอนาจาร
ที่ถูกถ่ายโอนยินยอมกับกฎหมายอาญา

ธีรยุทธ พบหิรัญ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

พ.ศ. 2562

The offense of non-consensually taken pornography possession

Teerayuth Pobhirun

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2019



ใบรับรองวิทยานิพนธ์

คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

หัวข้อวิทยานิพนธ์ ความผิดอาญาฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอมกับ

กฎหมายอาญา

เสนอโดย

นายธีรยุทธ พบหิรัญ

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

หมวดวิชา

กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กรรภิรมย์ โกมลารชุน

ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว

.....ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ)

.....กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กรรภิรมย์ โกมลารชุน)

.....กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.รณกรณ์ บุญมี)

.....กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ อัจฉริยา ชูตินันท์)

คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ รับรองแล้ว

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล)
วันที่ ๒๓ เดือน กันยายน พ.ศ. ๒๕๖๒

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ความผิดอาญาฐานการครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอม กับกฎหมายอาญา
ชื่อผู้เขียน	ธีรยุทธ พบหิรัญ
อาจารย์ที่ปรึกษา	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กรรณิรมย์ โกมลารชุน
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2562

บทคัดย่อ

เนื่องจากการผลิตสื่อลามกอนาจารที่ปราศจากความยินยอมของผู้ปรากฏในสื่อ ถือเป็นการล่วงละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว อันเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักรัฐธรรมนูญ อีกทั้งการครอบครองสื่อลามกอนาจารประเภทนี้ แม้จะเป็นการครอบครองเพื่อรับชมอยู่ในขอบเขตของความเป็นส่วนตัวที่ดี แต่ก็ยังทำให้นักแสดงจำป็นต้องตกเป็นเหยื่อของการล่วงละเมิดทางเพศอยู่ทุกครั้งที่มีการรับชม นอกจากนี้ ความต้องการในการครอบครองสื่อลามกอนาจารประเภทนี้ ยังเป็นปัจจัยสำคัญในการกระตุ้นให้มีการผลิต จำหน่าย หรือเผยแพร่สื่อลามกอนาจารต่อไปอย่างไม่สิ้นสุด และจากการศึกษาพบว่า ยังไม่มีกฎหมายใดบัญญัติให้การครอบครองสื่อลามกอนาจารเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย หากมิได้ครอบครองไว้เพื่อประโยชน์ทางการค้า ซึ่งเท่ากับว่ากฎหมายเปิดโอกาสให้มีการครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอมได้โดยปริยายเช่นเดียวกัน ดังนั้น เพื่อเป็นการรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และเพื่อคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของสมาชิกในสังคม จึงเห็นควรให้มีการกำหนดความผิดอาญาแก่การครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอม ไม่ว่าจะเป็นการครอบครองไว้เพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้า หรือครอบครองไว้โดยลำพังอย่างส่วนตัวก็ตาม

สาเหตุที่ประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติกฎหมายใดแยกความผิดอาชญาฐานการครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ปรากฏในสื่อไม่ยินยอม ออกจากสื่อลามกอนาจารโดยทั่วไปที่เกิดจากความสมัครใจของผู้แสดงอย่างชัดเจน เนื่องจากแนวคิดในการกำหนดความรับผิดชอบเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารที่เกิดจากความยินยอมของผู้แสดงนั้น ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการคุ้มครองศีลธรรมอันดีงามของสังคมโดยรวม ส่วนแนวคิดในการกำหนดความรับผิดชอบเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอม ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของสมาชิกในสังคม ทั้งนี้ มีเพียงมาตรา 287 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเท่านั้นที่กำหนดความผิดอาญาแก่การครอบครองสื่อลามกอนาจารโดยมีวัตถุประสงค์ทางการค้า ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องแยกบทบัญญัติที่กำหนดความผิดอาญาในการกระทำเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอม ออกจากสื่อลามกอนาจารทั่วไปที่เกิดจากความสมัครใจของผู้แสดง เพื่อให้ความคุ้มครองหนี้อจากการถูกถ่ายโดยไม่สมัครใจ ซึ่งถือเป็นอาชญากรรมอย่างหนึ่งได้อย่างแท้จริง

การกำหนดให้การครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอมเป็นความผิดนั้น มีเรื่องที่ต้องพิจารณาว่ารัฐผู้มีอำนาจในการออกกฎหมายจะสามารถจำกัดขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการครอบครองสื่อดังกล่าวได้มากน้อยเพียงใด ดังนั้น จึงจำเป็นต้องศึกษาถึงรายละเอียดที่เหมาะสมของบทบัญญัติ โดยเฉพาะโทษที่ต้องกำหนดไว้โดยพิเศษ เพื่อให้สามารถนำมาบังคับใช้กับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นกับสถานการณ์สังคมไทยในปัจจุบันได้อย่างถูกต้องเหมาะสม

Thesis Title	The offense of non-consensually taken pornography possession
Author	Teerayuth Pobhirun
Thesis Advisor	Asst.Prof.Dr.Kanpirom Komalajun
Department	Law
Academic Year	2019

ABSTRACT

Since the non-consensually taken pornography performed is caused by the production process that will be subject to the right to privacy abuse of victim did not consent, considered as an illegal constitution action, hence the possession of pornographies, even as the simple possession for personal use, causes the person who are victims of such sexual harassment to have repetitive senses of being abused every time the pornography performed by them is viewed. The demand for the possession of pornographies is also a key factor including the production, sale or distribution of pornographies with the victim sexual abuse and with the deviation of thoughts of people in the society because they shall lead to a belief that voyeur is normal and acceptable no existence of any laws applicable to the criminal liability of possession of non-consensually taken pornographies allows people to process the results of illegal actions, violate the right to privacy, and impact on the people's public order and good morals as well as an impact on the public interest according to the law. In order to protect person and maintain the people's public order and good morals as well as the public interest, there by criminalization should be enacted for possessing of non-consensually taken

pornographies whether it is possessed for commercial, publishing or distributing purpose, or is solely as a personal possession.

Thailand has set the current provisions regarding non-consensually taken pornographies without isolating a provision specifying the criminalization for any actions related to pornographies performed by common. Thus, this causes the limitation in assigning a criminal offense for those who possess the pornographies. Due to the fact that the concept of determining the criminal liability regarding the non-consensually taken pornographies is based on the consideration to protect and defend right to privacy. Currently, only an Article 287 of Act Amending Penal Code imposes the criminal liability for possession of pornographic materials for commercial, distributing or exhibiting purposes, thus to be able to fully protect victim from different disadvantages caused by pornographies performed consent by actor, and the possession of non-consensually taken pornographies should be deemed as a criminal actually.

It is an issue needed to be continuously determined if the government has an authority to enact a law resulting in the restriction of such rights of those who possesses non-consensually taken pornographies in order to protect people from disadvantages caused by the non-consensually taken pornography, and how much their authority is. Thus, it is required to study thoroughly on the appropriate provisions that will impose on the non-consensually taken pornography possessors for their criminal commitments, the prohibited conditions of the non-consensually taken pornography, or criminal penalties, in order to suit the specifications and natures of the common pornography and to be enforceable to the current events properly.

กิตติกรรมประกาศ

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณคณะนิติศาสตร์ปริติ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต เป็นอย่างสูง ที่ได้สนับสนุนทุนการศึกษาแก่ผู้เขียนตลอดมา ผลจากการได้รับโอกาสทางการศึกษาดังกล่าว ผู้เขียนสามารถนำทักษะที่ได้ไปใช้ประโยชน์ในการพัฒนาองค์ความรู้ทางด้านกฎหมายอาญา และกระบวนการยุติธรรมทางอาญา อันเป็นแนวทางนำไปสู่การแก้ไขปัญหาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

ผู้เขียนขอขอบพระคุณในความเมตตาของผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กรรภิรมย์ โกมลารชุน อาจารย์ที่ปรึกษาที่กรุณาตลอดเวลาอันมีค่าจากภาระงานบริหารที่มีอยู่มากมาย มากอดดูแลช่วยเหลือให้คำปรึกษาตลอดจนให้คำชี้แนะต่างๆ ที่มีค่าและเป็นประโยชน์แก่ผู้เขียนเสมอมา ผู้เขียนจึงน้อมระลึกถึงพระคุณท่านอยู่เสมอ

นอกจากนี้ผู้เขียนขอขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านกฎหมายอาญา ที่กรุณาเป็นประธานสอบวิทยานิพนธ์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.รณกรณ์ บุญมี และรองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชุตินันท์ ที่กรุณาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ โดยอาจารย์ทั้งสามท่านได้เมตตาตามอบให้ทั้งแง่คิดและข้อสังเกตในแต่ละประเด็นอันทรงคุณค่า เพื่อให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้อย่างถูกต้องสมบูรณ์ตามหลักวิชาการ และก่อให้เกิดคุณประโยชน์แก่สังคม

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดา พระในบ้านผู้มีพระคุณสูงสุดของผู้เขียน ที่ท่านทั้งสองได้มอบพลังกายและพลังใจคอยช่วยเหลือและสนับสนุนผู้เขียนเสมอมา ขอขอบคุณนางสาวกุลนิษฐ์ มุ่งธัญญา กัลยาณมิตรผู้ร่วมศึกษาอันเป็นที่รัก ที่คอยดูแลช่วยเหลืออยู่เคียงข้างและมอบกำลังใจให้เป็นอย่างดี นอกจากนี้ ผู้เขียนยังขอขอบพระคุณเจ้าหน้าที่หลักสูตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ ที่คอยให้คำแนะนำ แก้ไขปัญหา ระหว่างการศึกษาในทุกๆ เรื่อง

ทั้งนี้ หากเนื้อหาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับและขออภัยไว้ ณ ที่นี้

ธีรยุทธ พบศิริบุญ

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	๘
กิตติกรรมประกาศ.....	๑
สารบัญตาราง.....	๗
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	5
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	5
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	6
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	7
2. การครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอมในสถานการณ์ปัจจุบัน	8
2.1 ความหมายของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว	8
2.2 ความหมายของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น	15
2.3 สิทธิที่จะไม่ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้ยินยอมและคุณธรรมทางกฎหมาย	19
2.4 ความหมายและลักษณะของสื่อและสิ่งลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอม.....	31
2.5 ความหมายและลักษณะของการครอบครอง	46
2.6 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอม	51
2.7 ผลกระทบของการครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอม	55
3. แนวคิดและทฤษฎีในการคุ้มครองผู้ที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจาร	57
3.1 ความหมายและลักษณะของสื่อโป๊และสื่อลามกอนาจาร	57
3.2 แนวความคิดในการกำหนดความผิดทางอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจาร.....	63

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
3.3 แนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว	77
4. มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอมในต่างประเทศ	80
4.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา	80
4.2 ประเทศอังกฤษ	88
4.3 ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส.....	101
4.4 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	105
5. แนวทางการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการครอบครอง	
สื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอม	110
5.1 เหตุผลและความจำเป็นในการกำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้ครอบครอง	
สื่อลามกอนาจาร	110
5.2 การเปรียบเทียบเหตุผลและความจำเป็นในการกำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้ครอบครอง	
สื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอมกับเหตุผลและความจำเป็นในการกำหนดโทษ	
ทางอาญาแก่ผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก	116
5.3 แนวทางการกำหนดความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอม	118
5.4 ตารางสรุปผลการวิเคราะห์.....	123
6. สรุปผลการศึกษาและข้อเสนอแนะ	125
6.1 บทสรุป	125
6.2 ข้อเสนอแนะ	125
บรรณานุกรม.....	126
ประวัติผู้เขียน.....	134

สารบัญตาราง

ตารางที่	หน้า
5.1 ตารางสรุปผลการวิเคราะห์.....	123



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

เป็นที่ทราบกันดีว่าเทคโนโลยีของโลกกำลังถูกพัฒนาให้มีความก้าวหน้าเพื่ออำนวยความสะดวกของมนุษย์ในศตวรรษหน้าอย่างรวดเร็วชนิดที่น่าทึ่ง แต่ในขณะเดียวกันความก้าวหน้าของวิทยาการชนิดนี้ก็กลับยิ่งทำให้คดีอาชญากรรมทางเพศที่เกิดจากการใช้กล้องถ่ายภาพเดิโตเพิ่มมากขึ้นตามไปด้วย ไม่ว่าจะเป็นการถ่ายได้กระโปรง หรือการติดตั้งกล้องในห้องลองเสื้อผ้าตามห้างสรรพสินค้า ห้องน้ำสาธารณะ หรือในห้องเปลี่ยนชุดกีฬาของศูนย์ให้บริการออกกำลังกายอย่างฟิตเนสหรือสระว่ายน้ำ เป็นต้น ในสมัยก่อนวิธีการถ่ายต้องใช้กล้องวิดีโอขนาดใหญ่ซึ่งง่ายต่อการสังเกตเห็นและถูกจับกุมได้ง่าย จำนวนผู้กระทำความผิดด้วยวิธีการนี้จึงยังมีไม่มาก แต่ปัจจุบันอุปกรณ์การถ่ายภาพและบันทึกวิดีโอถูกย่อส่วนจนมีขนาดเล็กมาก² ไม่ว่าจะเป็นรูปแบบของ กระจก แว่นตานาฬิกา กุญแจรถ หรือแม้แต่เนคไท³ ซึ่งสามารถอำพรางสายตาของบุคคลได้อย่างแนบเนียนแม้จะมีการใช้ความระมัดระวังอย่างดีที่สุดแล้วก็ตาม

ในปี ค.ศ. 2016 ประเทศเกาหลีใต้ซึ่งเป็นผู้บุกเบิกทางด้านเทคโนโลยีสมาร์ทโฟนในทวีปเอเชียมีผู้เสียหายร้องเรียนไปยังคณะกรรมการสื่อสารโทรคมนาคมเกาหลีให้ลบคลิปวิดีโอออกจากเครือข่ายออนไลน์ ซึ่งมีทั้งที่ตนเองตั้งใจถ่ายหรือถูกแอบถ่ายแล้วนำไปเผยแพร่โดยไม่ได้รับอนุญาตเป็น

¹ MGR Online, “เตือนภัยสตรี! แม้แต่รัฐมนตรีหญิงอินเดียก็เจอแอบถ่ายตอนลงเสื้อ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 11 พฤษภาคม 2562, จาก <https://mgronline.com/around/detail/9580000038896>

² วันชัย จงราช, “วิวัฒนาการของกล้องถ่ายภาพ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 11 พฤษภาคม 2562, จาก <http://ect3503.wanchai.blogspot.com/>

³ ไทยโพสต์, “เกาหลีใต้จำคุก 10 เดือน หญิงแอบถ่ายนายแบบเปลือย,” สืบค้นเมื่อวันที่ 11 พฤษภาคม 2562, จาก <https://today.line.me/th/pc/article/>

จำนวนถึง 7,325 คน ซึ่งเป็นตัวเลขที่เพิ่มขึ้นถึง 7 เท่าภายในระยะเวลาเพียง 4 ปี⁴ โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ยึดกล้องที่ใช้ในการกระทำความผิดได้ถึง 2,254 ตัว⁵ ซึ่งนับว่ามีจำนวนเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ โดยส่วนใหญ่คลิปวิดีโอในเครือข่ายออนไลน์เกิดจากอดีตคนรักเก่าที่เลิกหรือคนรู้จักที่มีความสัมพันธ์ต่อกันในทางที่ไม่หวังดีนำไปโพสต์ หากหญิงหรือชายใดปรากฏอยู่ในคลิปวิดีโอลามกอนาจารในเครือข่ายสังคมออนไลน์ บางกรณีอาจถึงขั้นต้องลาออกจากงาน ตัดขาดการติดต่อกับบุคคลในครอบครัว แม้ว่าประเทศเกาหลีใต้จะมีบทบัญญัติกฎหมายเพื่อลงโทษผู้ถ่ายคลิปลามกอนาจารอยู่เช่นกัน แต่ข้อมูลจากสมาคมทนายความสตรีเกาหลีใต้ระบุว่า มีผู้ถูกตัดสินว่ามีความผิดฐานโพสต์คลิปลามกอนาจารเพียงร้อยละ 6 เท่านั้นที่ถูกศาลพิพากษาคัดสินให้จำคุก ขณะที่อีกประมาณร้อยละ 65 ได้รับเพียงแค่โทษปรับ⁷ จึงยังคงมีเว็บไซต์ที่ทำนายอันตรายรัฐอัปโหลดคลิปลามกอนาจารผิดกฎหมายออกมาอย่างต่อเนื่อง เนื่องจากผลตอบแทนจากค่าโฆษณาที่ได้รับนั้นทำกำไรสูงมากเมื่อเทียบกับค่าปรับที่ต้องจ่ายเมื่อถูกทางการจับได้เพียงเล็กน้อยเท่านั้น

ปัญหาเว็บไซต์ผิดกฎหมายเหล่านี้มิได้มีแต่เฉพาะประเทศเกาหลีใต้เท่านั้น เพราะทางฝั่งสหราชอาณาจักรสำนักข่าว BBC ก็ได้เปิดเผยรายงานผลการสำรวจของ Optenet ซึ่งเป็นบริษัทเอกชนที่มีวัตถุประสงค์เกี่ยวข้องกับการดูแลความปลอดภัยเทคโนโลยีสารสนเทศว่า จนถึงเดือนมิถุนายน ปี 2010 เว็บไซต์ลามกอนาจารที่มีอยู่ทั่วโลก คิดเป็นจำนวนได้ถึงร้อยละ 37 ของเว็บไซต์ที่มีทั้งหมด⁸ และทาง BBC ได้ตั้งข้อสังเกตว่าจำนวนของเว็บไซต์ลามกอนาจารตามรายงานนี้ยังไม่เป็นข้อมูลล่าสุด

⁴ ข่าวคำมิตินิใหม่ทั่วไทย, “วิเคราะห์สถานการณ์ต่างประเทศ: ปัญหาแอบถ่ายภาพลามกเกาหลีใต้,” 3 พฤศจิกายน 2560.

⁵ เพิ่งอ้าง.

⁶ การุณพร เชษพยัคฆ์, “เปิดเผยอาชญากรรมแอบถ่าย และค้าประเวณีใน K-Pop ปลั่งสื่อเกาหลีใต้ ในการขูดคู้ และสืบสวน,” สืบค้นเมื่อวันที่ 11 พฤษภาคม 2562, จาก <https://thematter.co/pulse/skorea-news-mediapower/73008>

⁷ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5.

⁸ จอมพล พัทธกัญสันตโยธิน, “สื่อโป๊: การแสดงความคิดเห็นต้องห้ามและประชาธิปไตย,” นิติสังคมศาสตร์, เล่มที่ 1, ปีที่ 7 น.199(มกราคม – มิถุนายน 2557).

ซึ่งหากทำการสำรวจ ณ ปัจจุบันอาจพบว่าการเพิ่มขึ้นของเว็บไซต์ที่มีเนื้อหาทางเพศในลักษณะที่เป็นสื่อลามกอนาจารมากกว่าสถิติเมื่อ 7 ปีที่แล้วอีกหลายเท่าตัว⁹

แม้เว็บไซต์ออนไลน์เหล่านี้จะมีอยู่มากมายเพียงใด แต่หากประเทศนั้นๆ มีมาตรการควบคุมที่เข้มข้นคอยตรวจตราผู้ดูแลเว็บไซต์อยู่เสมอแล้ว คลิปวิดีโอลามกอนาจารเหล่านี้ย่อมไม่มีพื้นที่ให้ปรากฏสู่สายตาสาธารณชนได้ เว้นเสียแต่จะมีการส่งต่อเผยแพร่ในระบบคอมพิวเตอร์รวมทั้งโทรศัพท์มือถือจากเครื่องสู่เครื่อง แต่เมื่อมีการจับกุมตัวผู้กระทำความผิดฐานแอบถ่ายหรือจำหน่ายเผยแพร่สื่อลามกอนาจาร สื่อลามกอนาจารดังกล่าวย่อมถูกเจ้าหน้าที่รัฐยึดไว้เป็นของกลางในการดำเนินคดีต่อไป และเมื่อเสร็จสิ้นขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมแล้ว สื่อลามกอนาจารนั้นย่อมถูกลบทิ้งหรือถูกทำลายไปในที่สุด หากแต่สื่อลามกอนาจารที่ถูกแพร่กระจายออกไปก่อนหน้านี้ยังคงมีอยู่ โดยรัฐไม่สามารถควบคุมได้

ประมวลกฎหมายอาญาไทยกำหนดให้ความผิดเกี่ยวกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารเป็นความผิดเฉพาะการมีไว้ในครอบครองเพื่อการค้า เพื่อการแจกจ่าย หรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน ทำ ผลิต มีไว้ นำเข้าหรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกไปนอกราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไป หรือทำให้แพร่หลายโดยประการใดๆ ประกอบการค้า หรือมีส่วนหรือเข้าไปเกี่ยวข้องในการค้า โดยไม่ได้แยกประเภทของสื่อลามกอนาจารทั่วไปที่เกิดจากความยินยอมพร้อมใจของผู้แสดงกับสื่อลามกอนาจารที่ไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ปรากฏในสื่อ เป็นกรณีของการถูกแอบถ่ายไว้เป็นการเฉพาะ ผู้เสียหายและสังคมจึงยังไม่ได้ได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายอย่างเต็มที่ ช่องโหว่ดังกล่าวนี้จึงเป็นสาเหตุให้ผู้กระทำความผิดในชั้นต้นคือผู้แอบถ่ายไม่เกิดความเกรงขามต่อกฎหมาย อีกทั้ง ยังไม่สามารถยับยั้งการได้รับการถูกส่งต่อจากผู้ครอบครองที่อยู่ปลายทางได้ ทำให้สื่อลามกอนาจารดังกล่าวแพร่ขยายออกไปอย่างกว้างขวางด้วยระยะเวลาอันรวดเร็ว โดยไม่มีมาตรการควบคุมทางกฎหมายที่ดีพอ ผู้เสียหายและสังคมจึงตกอยู่ในสภาวะหวาดผวามั่นคงต่อการดำรงชีวิตอย่างเป็นปกติสุขได้

⁹ เพิ่งอ้าง, น.199.

ทั้งนี้ การครอบครองสื่อลามกอนาจารโดยทั่วไปถือเป็นสิทธิส่วนบุคคลที่สามารถกระทำได้ แต่ไม่รวมถึงการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก ส่วนการครอบครองสื่อลามกอนาจารที่เป็นการถ่ายโดยที่ผู้ปรากฏในสื่อไม่ยินยอมนั้น ถือเป็นสื่อลามกอนาจารที่ได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย¹⁰ เพราะเป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิของความเป็นอยู่ส่วนตัวตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560¹¹ กล่าวคือ การปรากฏตัวที่เกิดในสื่อมิใช่เกิดจากการแสดงออกในรสนิยมทางเพศอย่างเต็มใจ ทั้งยังกระทบกระเทือนต่อเสรีภาพในการดำเนินชีวิตในพื้นที่ส่วนบุคคล ดังนั้น การมีไว้ในครอบครองจึงมีลักษณะแตกต่างจากการครอบครองสื่อลามกอนาจารโดยทั่วไป นอกจากนี้การครอบครองสื่อลามกอนาจารประเภทดังกล่าว ยังอาจเป็นปัจจัยหนึ่งซึ่งก่อให้เกิดแนวโน้มของการล่วงละเมิดทางเพศในสังคมมากยิ่งขึ้น¹² จึงสมควรที่จะกำหนดให้เป็นความผิดแยกต่างหากจากลักษณะความผิดเกี่ยวกับเพศ¹³ เพื่อไม่ให้เกิดความสับสนในการบังคับใช้กฎหมายระหว่างการครอบครองสื่อลามกอนาจารโดยทั่วไปกับสื่อลามกอนาจารที่เกิดจากการแอบถ่าย เพราะสื่อลามกอนาจารประเภทนี้ไม่ใช่การแสดงความคิดเห็นโดยวิธีเสรีประชาธิปไตยโดยชอบ หากแต่เป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลและความเป็นปกติสุขของสังคมโดยรวมเสียมากกว่า การคุ้มครองคุณค่าของสิทธิระหว่างเสรีภาพในการครอบครองทรัพย์สินตามรัฐธรรมนูญในลักษณะการกระทำ

¹⁰ จักรวาล สำเหล่ง, “‘มูฮัมหมัด-นักร้องประจักษ์’... ระวังติดคุกไม่รู้ตัว,” <https://www.posttoday.com/politic/report/360016> (สืบค้นเมื่อวันที่ 11 พฤษภาคม 2562).

¹¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 32 “บุคคลย่อมมีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เสรีภาพ การแสดงความคิดเห็น และการประกอบอาชีพ”

การกระทำอันเป็นการละเมิดหรือกระทบต่อสิทธิของบุคคลตามวรรคหนึ่ง หรือการนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้ประโยชน์ไม่ว่าในทางใดๆ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อยุติการที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ”.

¹² เกรียงศักดิ์ เจริญวงศ์ศักดิ์, “การล่วงละเมิดทางเพศในอินเดีย สัญญาณเตือนภัยประเทศไทย,” <http://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/579724> (สืบค้นเมื่อวันที่ 11 พฤษภาคม 2562).

¹³ สำนักงานกิจการยุติธรรม, คู่มือและแนวทางการดำเนินการเตรียมความพร้อมในการบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 24 พ.ศ.2558 (ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก), (2558), น.5.

ดังกล่าวนี้จึงต้องมีการชั่งน้ำหนักความเสียหายที่เกิดขึ้นอีกครั้งโดยการใช้มาตรการทางกฎหมายอาญาเข้ามาควบคุม

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาถึงความหมาย แนวคิด ทฤษฎี หลักกฎหมาย และเจตนารมณ์ของกฎหมาย หรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองในการมีสื่อลามกอนาจารไว้ในครอบครอง ตลอดจนมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องในการครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ไม่ได้เกิดจากความยินยอมของผู้ที่ปรากฏในสื่อตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศไทย
2. เพื่อศึกษาถึงปัญหาและวิเคราะห์หลักเกณฑ์ในการกำหนดความรับผิดชอบอาญากรณีการครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ที่ปรากฏในสื่อถูกถ่ายโดยไม่ยินยอมตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศไทย
3. เพื่อเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาสำหรับความผิดฐานมีไว้ในครอบครองซึ่งสื่อลามกอนาจาร เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายจากกรณีศึกษาในความผิดฐานนี้ เป็นไปในทิศทางที่ถูกต้องเป็นธรรม และตรงตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย สอดคล้องกับโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา และหลักการตีความตามระบบกฎหมาย

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

ในระบบกฎหมายไทยปัจจุบัน ไม่มีกฎหมายใดบัญญัติคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ถูกรบกวนความเป็นอยู่ส่วนตัว จากการปรากฏในสื่อลามกอนาจารโดยไม่ยินยอมไว้เป็นการเฉพาะ อีกทั้งยังไม่มีกรอบประเภทสื่อลามกอนาจารดังกล่าวออกจากสื่อลามกอนาจารโดยทั่วไป สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวยังคงถูกคุ้มครองกระจัดกระจายอยู่ตามกฎหมายลักษณะต่างๆ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายแพ่ง

และพาณิชย์ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 อย่างไรก็ตาม การคุ้มครองตามระบบกฎหมายไทยนั้นมีปัญหาอยู่หลายประการ ทั้งในแง่ขอบเขตและองค์ประกอบ ทำให้ไม่สามารถนำมาใช้เพื่อจำกัดการครอบครองสื่อลามกอนาจารไม่ให้มีการแพร่ขยายออกไปสู่วงกว้างได้ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวจากการปรากฏในสื่อลามกอนาจารโดยไม่ยินยอมได้อย่างครอบคลุมและเหมาะสม

ทั้งนี้ ผู้วิจัยเห็นควรต้องพิจารณาถึงเหตุผลที่อยู่เบื้องหลังกฎหมายหรือคุณธรรมทางกฎหมาย เพื่อให้สามารถปรับใช้กับกรณีเฉพาะที่เกิดขึ้นได้อย่างถูกต้องและเป็นธรรมโดยคำนึงถึงโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา และหลักการตีความตามระบบกฎหมายที่เป็นอยู่ด้วย โดยนำแนวคิดและหลักการของกฎหมายต่างประเทศมาปรับใช้ เพื่อให้สามารถแก้ไขปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในประเทศไทยได้อย่างเหมาะสม ดังนั้น การแยกบทบัญญัติความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอมออกจากสื่อลามกอนาจารทั่วไป จึงเป็นสิ่งที่จะทำให้สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ถูกถ่ายได้รับความคุ้มครอง โดยไม่กระทบต่อเสรีภาพในการรับฟังการแสดงความคิดเห็นผ่านทางสื่อลามกอนาจารทั่วไป และการกำหนดให้การครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอมเป็นความผิดอาญา แม้ว่าการครอบครองนั้นจะเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนตัวหรือวัตถุประสงค์ทางการค้าก็ตาม ย่อมเป็นไปเพื่อไม่ให้สื่อลามกอนาจารดังกล่าวยากแก่การลบล้างทำลาย ด้วยเหตุเพราะมีผู้ครอบครองไว้ในสังคมเป็นวงกว้าง

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาถึงความเป็นมา แนวคิด หลักกฎหมาย และเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือวัตถุประสงค์ในการกำหนดความรับผิดในการมีไว้ในครอบครองซึ่งสื่อลามกอนาจาร ตลอดจนมาตรการอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องในการควบคุมการมีสื่อลามกอนาจารไว้ในครอบครอง หลักการและเหตุผลในการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กรณีที่ผู้ที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารถูกแอบถ่ายโดยไม่ยินยอม

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

การกระทำโดยอาศัยการค้นคว้าวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) เป็นหลัก โดยการศึกษาหนังสือ ตำรากฎหมาย และบทความทางวิชาการทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ตลอดจนคำพิพากษาของศาลและความเห็นของนักกฎหมาย อันเป็นการรวบรวมข้อมูลเพื่อนำมาประกอบการวิเคราะห์ สรุปปัญหา และหาแนวทางในการแก้ปัญหาหรือข้อเสนอแนะต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงความหมาย แนวคิด ทฤษฎี หลักกฎหมาย และเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือสิ่งทีกฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองในการมีสื่อลามกอนาจารไว้ในครอบครอง ตลอดจนมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องในการครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ไม่ได้เกิดจากความยินยอมของผู้ที่ปรากฏในสื่อตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศไทย
2. ทำให้ทราบถึงปัญหาและสามารถกำหนดหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบอาญากรณีการครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ที่ปรากฏในสื่อถูกถ่ายโดยไม่ยินยอมได้ โดยเปรียบเทียบจากกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศไทย
3. ทำให้ทราบถึงแนวทางการแก้ไขปัญหามีสื่อลามกอนาจารไว้ในครอบครอง กรณีสื่อลามกอนาจารที่ผู้ที่ปรากฏในสื่อถูกถ่ายโดยไม่ยินยอมเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายจากกรณีศึกษานี้ เป็นไปในทิศทางที่ถูกต้อง เป็นธรรม และตรงตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย สอดคล้องกับโครงสร้างความรับผิดชอบอาญา และหลักการตีความตามระบบกฎหมาย

บทที่ 2

การครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอมในสถานการณ์ปัจจุบัน

ในบทนี้จะได้กล่าวถึงสถานการณ์ปัจจุบันของการครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอม โดยจะกล่าวถึงความหมายของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ความหมายและลักษณะของสื่อและสิ่งลามกอนาจารแอบถ่ายโดยพิจารณาทั้งจากตัวอักษรจากบทบัญญัติของกฎหมายไทยและต่างประเทศ แนวบรรทัดฐานคำพิพากษาศาลฎีกาและความเห็นของนักกฎหมาย ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอม โดยปรากฏรายละเอียด ดังนี้

2.1 ความหมายของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว

การศึกษาถึงความหมายของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวนั้น เป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการกำหนดลักษณะของสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครอง เพื่อการตกผลึกเป็นคุณธรรมทางกฎหมาย เมื่อถึงเวลาที่เหมาะสมเนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีคำค้นคว้าในเรื่องของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวเหมือนดังเช่นในต่างประเทศ จึงยังไม่มีกฏหมายนิยามความหมายของคำนี้ไว้เป็นการเฉพาะอย่างชัดเจน ดังนั้น เพื่อเป็นการศึกษาถึงลักษณะของสื่อลามกอนาจารที่ผู้ปรากฏในสื่อถูกละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวจึงต้องพิจารณาความหมายของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวตามความหมายที่ปรากฏอยู่ทั่วไป ดังนี้

2.1.1 พิจารณาตามตัวอักษร

หากอ้างอิงตามหลักภาษาไทย พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้มีการนิยามความหมายของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวไว้ โดยสรุปได้ดังต่อไปนี้

คำว่า “สิทธิ” หากเป็นคำนามทั่วไป หมายถึงอำนาจอันชอบธรรมโดยพื้นฐาน แต่ถ้าเป็นคำนามเฉพาะในทางกฎหมายแล้ว สิทธินั้นหมายถึงอำนาจที่กฎหมายรับรองให้กระทำการใดๆ โดยสุจริตได้อย่างอิสระ แต่ต้องไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของบุคคลอื่น¹⁴

คำว่า “ความเป็นอยู่” เป็นคำวิเศษณ์ซึ่งเป็นคำที่ทำหน้าที่ขยายคำนาม คำสรรพนาม คำกริยา หรือคำวิเศษณ์ด้วยกันเพื่อให้ได้ความชัดเจนยิ่งขึ้น ในที่นี้หมายถึงสภาพความเป็นไปตามความเป็นจริง¹⁵

คำว่า “ความเป็นส่วนตัว” เป็นคำวิเศษณ์ หมายถึง สภาพเฉพาะตัวหรือเฉพาะบุคคล เช่น เรื่องส่วนตัวหรือของใช้ส่วนตัว เป็นต้น¹⁶

ดังนั้น เมื่อพิจารณาความหมายของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวตามตัวอักษรแล้ว ย่อมหมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองให้กระทำการใดๆ เพื่อความเป็นไปในการใช้ชีวิต โดยมีขอบเขตพื้นที่เฉพาะตัวแตกต่างหากจากบุคคลอื่น¹⁷ แต่ถึงอย่างไรก็ยังคงไม่ใช่นิยามความหมายที่ชัดเจนแน่นอน เป็นแต่เพียงข้อสันนิษฐานเมื่อพิจารณาตามตัวอักษรของหลักภาษาไทยเท่านั้น ดังนั้น เพื่อเป็นการศึกษาถึงความหมายของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวอย่างละเอียดลึกซึ้ง จึงต้องพิจารณาประกอบหลักกฎหมายต่อไป

2.1.2 พิจารณาตามบทบัญญัติกฎหมายตามแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาศาลฎีกาและความเห็นของนักกฎหมาย

¹⁴ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, (กรุงเทพมหานคร: ราชบัณฑิตยสถาน, 2556), อ้างคำว่า “สิทธิ.”

¹⁵ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, อ้างคำว่า “ความเป็นอยู่.”

¹⁶ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, อ้างคำว่า “ส่วนตัว.”

¹⁷ คลาธิป ทองรวีวงศ์, “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว: ศึกษาเปรียบเทียบการเฝ้าติดตามคุกคาม (Stalking) กับการถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอม,” กระบวนกรยุติธรรม, เล่มที่ 3, ปีที่ 2, น.90(กรกฎาคม-กันยายน 2552).

เนื่องจากสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวเป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองคุ้มครองโดยความหมายของมาตรฐานระหว่างประเทศ ตามที่ปรากฏในสนธิสัญญาระดับต่างๆ ที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีสมาชิกโดยการลงนามหรือภาคยานุวัติ จึงมีผลผูกพันให้ประเทศไทยต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาโดยการตรากฎหมายเพื่อบังคับใช้ภายในประเทศเพื่อคุ้มครองสิทธิดังกล่าว จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาถึงความหมายของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวตามบทบัญญัติของกฎหมายไทย ตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอันเป็นกฎหมายสูงสุดที่รับรองคุ้มครองให้ และกฎหมายในชั้นแม่บทที่สำคัญอย่างประมวลกฎหมายอาญา ดังนี้

2.1.2.1 พิจารณาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้ให้ความคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของปัจเจกบุคคล โดยมีการบัญญัติไว้ในมาตรา 32 อย่างชัดเจนว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เกียรติยศ ชื่อเสียง และครอบครัว

การกระทำอันเป็นการละเมิดหรือกระทบต่อสิทธิของบุคคลตามวรรคหนึ่ง หรือการนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้ประโยชน์ไม่ว่าในทางใดๆ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อประโยชน์สาธารณะ”

โดยเฉพาะวรรคสองซึ่งเป็นสาระสำคัญและเป็นหลักประกันว่า รัฐจะต้องมีมาตรการพิเศษเพื่อดำเนินการได้ไปซึ่งข้อมูลในความเป็นส่วนตัวโดยไม่มีอำนาจทั้งทางตรงและทางอ้อม สิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวไม่ใช่เพียงสิทธิที่จะไม่ถูกล่วงละเมิดหรือแทรกแซงโดยรัฐตามอำเภอใจ หากแต่ผู้ทรงสิทธิสามารถแสดงและปกป้องสิทธิดังกล่าวไม่ให้ถูกล่วงละเมิดจากบุคคลธรรมดาอื่นๆ ด้วย เพื่อให้ความคุ้มครองแก่บุคคลที่ถูกล่วงละเมิดหรือถูกกระทบสิทธิอย่างไม่เป็นธรรมโดยปราศจากความรับรู้และยินยอม ในฐานะที่บุคคลผู้เป็นเจ้าของสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของตนเอง ย่อมสามารถเลือกได้ว่าจะเปิดเผยร่างกายส่วนใดต่อการรับรู้ของใครและในระดับใด ดังนั้น การแอบถ่าย ส่งต่อ และหรือ

ครอบครองไว้ซึ่งภาพโป๊ของผู้ถูกแอบถ่าย จึงเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายต่อการใช้ชีวิตในสังคมของผู้ถูกล่วงละเมิดอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้¹⁸

2.1.2.2 พิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญามีได้กำหนดมาตรการตอบโต้พฤติกรรมซึ่งถือเป็นการล่วงล้ำสิทธิส่วนบุคคลไว้เป็นความผิดเกี่ยวกับสิทธิความเป็นส่วนตัวโดยเฉพาะ แต่ได้มีการบัญญัติไว้ในความผิดเกี่ยวกับเพศด้วยการเทียบเคียงปรับบทลงโทษในความผิดฐานกระทำความผิด¹⁹ ตามมาตรา 278²⁰ มาตรา 388²¹ และมาตรา 397²² ซึ่งเป็นความผิดหลุโทษไว้

ด้วยเหตุเพราะไม่มีบทบัญญัติกฎหมายคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวไว้โดยตรงศาลจึงต้องตีความกฎหมายอาญาขยายออกไปเพื่อให้รัฐสามารถนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้ เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้เสียหาย อีกทั้งเป็นการระงับยับยั้งไม่ให้ผู้คนในสังคมถือเอาช่องว่างทางกฎหมายนี้เป็นการ

¹⁸ รณกรณ์ บุญมี, “การแอบมองหรือการแอบถ่ายภาพในทางเพศกับกฎหมายอาญา,” รพี 2560, (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), น.24-25.

¹⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 12983/2558 (<https://deka.in.th/view-590210.html>).

²⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 “ผู้ใดกระทำความผิดที่เกี่ยวกับความผิดเกี่ยวกับเพศโดยการใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

²¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา มาตรา 388 “ผู้ใดกระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล โดยเปลือยหรือเปิดเผยร่างกาย หรือกระทำการลามกอย่างอื่น ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท”

²² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา มาตรา 397 “ผู้ใดกระทำความผิดที่เกี่ยวกับความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก ข่มเหง ลุกคาม หรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัลหรือเป็นการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสองเป็นการกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจเหนือผู้ถูกกระทำอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือผู้มีอำนาจเหนือประการอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน และปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท”

ข้อยกเว้นในการไม่ต้องรับผิดชอบจากการกระทำดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตามการตีความคำว่า “กระทำอนาจาร” ตามหลักวิชาการแล้วจะต้องมีการกระทำต่อเนื้อตัวของบุคคลโดยตรงด้วย ดังนั้น พฤติกรรมการเปิดของลับให้ผู้เสียหายดู การกล่าวถ้อยคำลามกให้ฟัง การวาดภาพลามกให้ดู การแอบมองของลับของผู้เสียหายด้วยสายตา หรือวิธีการใช้กล้องบันทึกภาพตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคำพิพากษาศาลฎีกาก็ยังไม่ถือเป็นการกระทำอนาจาร²³

2.1.3 การคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวในต่างประเทศ

การคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวในต่างประเทศนั้นมีการศึกษาเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวอยู่มากมาย เช่น กรณีเจ้าชายวิลเลียมพระโอรสเจ้าฟ้าชายชาร์ลส์มกุฎราชกุมารอังกฤษได้ส่งคำร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการรับเรื่องร้องทุกข์ของสื่อมวลชน ซึ่งเป็นหน่วยงานควบคุมการทำงานในวิชาชีพหนังสือพิมพ์ ว่าถูกละเมิดในเรื่องส่วนตัวมากเกินไปหรือกรณีเจ้าหญิงไดอาน่าอดีตพระชายาเจ้าฟ้าชายชาร์ลส์ประสบอุบัติเหตุเพราะหลบหลีกการทำข่าวของเหล่าปาปาราซซี่ ภายหลังการสิ้นพระชนม์ญาติพี่น้องได้มีการร้องเรียนไปยังคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรปว่ารัฐบาลอังกฤษปล่อยปละละเลยให้มีการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวของพระองค์มากเกินไป และในกรณีสุดท้ายดัชเชสแห่งซอร์ค (เฟอริก) ลูกปาปาราซซี่แอบถ่ายขณะอยู่ในที่ส่วนตัวกับเศรษฐีชาวอเมริกันแล้วนำมาลงในนิตยสารสตีชชาตีฝรั่งเศส²⁴ จึงได้ยื่นฟ้องนิตยสารฉบับดังกล่าวต่อศาลฝรั่งเศส ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสจึงได้แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งรับรองสิทธิในความเป็นส่วนตัวไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน²⁵ มีข้อสังเกตว่าในทุกประเทศทางตะวันตกกำลังตระหนักถึงผลเสียของการคุกคามความเป็นอยู่ส่วนตัวแล้ว แม้จะยังไม่ได้กล่าวถึงการครอบครองสื่อที่เกิดจากการคุกคามนั้นก็ตาม

²³ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 18, น.24-25.

²⁴ คณาธิป ทองรวีวงศ์, “การนำกฎหมายลักษณะละเมิดความเป็นอยู่ส่วนตัว (Privacy Tort) กรณีการเปิดเผยเรื่องราวส่วนตัวต่อสาธารณะ (Public given to private life) มาปรับใช้เพื่อคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ถูกเผยแพร่ข้อมูลทางเว็บไซต์เครือข่ายสังคม,” บทบัณฑิตย, เล่มที่ 2, ปีที่ 69, น.95(มิถุนายน 2556).

²⁵ กุลพล พลวัน, “สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวกับการคุ้มครองตามกฎหมายไทย,” ข่าวนิติบัณฑิตยสภา, เล่มที่ 295, ปีที่ 18, น.5(ตุลาคม 2548).

สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวมีพัฒนาการมาจากความพยายามที่จะผลักดันให้เกิดความเคารพในเรื่องศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ด้วยความเสมอภาคอย่างมีเสรีภาพ จึงมีการต่อสู้เพื่อเรียกร้องสิทธิดังกล่าวจากการถูกคุกคามโดยเสรีภาพที่ไม่มีข้อจำกัดในดินแดนต่างๆ ทั่วโลก ผู้นำประเทศและนักกฎหมายต่างมีบทบาทในการส่งเสริมแนวคิดนี้จึงร่างขึ้นเป็นบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองป้องกันสิทธิพลเมืองในดินแดนซึ่งอยู่ในความดูแลของตน สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวซึ่งเป็นสิทธิที่ติดตัวมาโดยธรรมชาตินี้ต่อมาจึงถูกรับรองให้เป็นสิทธิทางกฎหมาย²⁶ สะท้อนให้เห็นถึงการใช้อำนาจอรัฐในการคุ้มครองดูแลประชาชนโดยการตราไว้ในรัฐธรรมนูญเพื่อเป็นประจักษ์พยาน ทว่า สิทธิดังกล่าวยังคงไม่มีความเป็นสากลจนกระทั่งต่อมาเมื่อประเทศต่างๆ ในทวีปยุโรปและอเมริกาเหนือเห็นพ้องต้องกัน จึงก่อกำเนิดเกิดเป็นปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights 1948) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights 1966) ในเวลาต่อมา

2.1.3.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

บรรดาประเทศสมาชิกองค์การสหประชาชาติได้ร่วมกันรับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเมื่อ ค.ศ. 1948 (Universal Declaration of Human Rights 1948) หรือ UDHR เพื่อให้ยึดถือไว้เป็นมาตรฐานของมวลมนุษย์ในการปฏิบัติต่อกัน ถึงแม้ว่าปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และของพลเมืองจะมีได้มีผลบังคับทางกฎหมายเช่นเดียวกันกับสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศ แต่ปฏิญญาสากลฉบับนี้นับว่าเป็นพลังสำคัญในการพัฒนาศีลธรรมและจริยธรรมทางการเมือง อีกทั้งยังถือเป็นหลักเกณฑ์สำคัญในการคุ้มครองสิทธิที่บรรดาประเทศทั่วทุกภูมิภาคของโลกยอมรับและบังคับใช้จริงในทางปฏิบัติ

โดยการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนั้น ข้อ 12 ได้ระบุว่า “บุคคลย่อมไม่ถูกแทรกแซงโดยพลการในความเป็นอยู่ส่วนตัวในครอบครัว ในเคหสถาน หรือในการสื่อสาร หรือไม่อาจถูกลบล้างในเกียรติยศ ชื่อเสียง บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะ

²⁶ เพิ่งอ้าง, น.6.

ได้รับการปกป้องคุ้มครองโดยกฎหมายต่อการแทรกแซงในสิทธิเช่นนั้น”²⁷ และข้อ 19 ที่ระบุว่า “ทุกคนมีสิทธิในอิสรภาพแห่งความเห็นและการแสดงออก ทั้งนี้ สิทธินี้รวมถึงอิสรภาพที่จะถือเอาความเห็นโดยปราศจากการแทรกแซงและที่จะแสวงหา รับและส่งข้อมูลข่าวสารและข้อคิดผ่านสื่อใดและไม่คำนึงถึงพรมแดน”²⁸

ต่อมาหลักการของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้มีการแปลเจตนาและขยายข้อความให้ละเอียดยิ่งขึ้นด้วยการร่างเป็นกติการะหว่างประเทศที่มีผลบังคับทางกฎหมาย คือกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

2.1.3.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

บรรดาประเทศสมาชิกองค์การสหประชาชาติได้ร่วมกันรับรองกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองเมื่อ ค.ศ.1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966) หรือ ICCPR ถือเป็นสนธิสัญญาพหุภาคี โดยส่วนหนึ่งของ "ร่างกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ" ร่วมกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights หรือ UDHR) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights หรือ ICESCR) สนธิสัญญานี้ให้คำมั่นสัญญาว่า ภาตีกจะเคารพสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองของบุคคล ซึ่งรวมถึงสิทธิในชีวิต เสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นในส่วนของการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลในรัฐภาตินั้น โดยปรากฏอยู่ในข้อ 17 สรุปความได้ว่า “บุคคลจะถูกแทรกแซงในความเป็นอยู่ส่วนตัว ครอบครัว

²⁷ Universal Declaration of Human Rights 1948Article 12. “No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.”

²⁸ Universal Declaration of Human Rights 1948Article 19. “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.”

เล่ห์สถาน หรือการติดต่อสื่อสารโดยพลการหรือโดยมิชอบด้วยกฎหมายหาได้ไม่ และบุคคลย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายจากการแทรกแซงเช่นนั้น”²⁹

2.2 ความหมายของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

การศึกษาถึงความหมายของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนั้น เป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการกำหนดลักษณะของสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองในกรณีที่มีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวมีการถูกนำมาใช้อย่างกว้างขวางจนกระทบความมีเสรีภาพของประชาชนพลเมืองโดยส่วนรวม เนื่องจากประเทศไทยมีการเรียกร้องเรื่องเสรีภาพและประชาธิปไตยมาเป็นเวลายาวนานนับแต่มีรัฐธรรมนูญ ดังนั้น เพื่อเป็นการศึกษาถึงลักษณะของสื่อลามกอนาจารที่ผู้ปรากฏในสื่อถูกแอบถ่าย จึงต้องพิจารณาความหมายของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามความหมายที่ปรากฏอยู่ทั่วไป ดังนี้

2.2.1 พิจารณาตามตัวอักษร

หากอ้างอิงตามหลักภาษาไทย พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้มีการนิยามความหมายของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นไว้ โดยสรุปได้ดังต่อไปนี้

คำว่า “เสรีภาพ” เป็นคำนามทั่วไปหมายถึงความสามารถที่จะกระทำการใดๆ ได้ตามที่ตนปรารถนาโดยไม่มีอุปสรรคขัดขวาง เช่น เสรีภาพในการพูด เสรีภาพในการนับถือศาสนา ความมีสิทธิที่จะทำอะไรก็ได้โดยไม่ละเมิดสิทธิของผู้อื่น³⁰

คำว่า “แสดง” เป็นคำกริยาซึ่งในที่นี้หมายถึง ชี้แจงอธิบายบอกข้อความให้รู้ เช่น แสดงธรรม หรือทำให้ปรากฏออกมา เช่น แสดงตัว³¹ ส่วนคำว่า “คิดเห็น” นั้นเป็นคำกริยาหมายความว่า เข้าใจ³²

²⁹ International Covenant on Civil and Political Rights 1966 Article 17 “1. No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation.

2. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.”

³⁰ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, อ้างคำว่า “เสรีภาพ.”

ดังนั้น เมื่อพิจารณาความหมายของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามตัวอักษรแล้ว ย่อมหมายถึง การที่พลเมืองสามารถแสดงออกหรือสื่อสารความรู้สึกนึกคิดหรือความเห็น ด้วยการพูด การแสดงท่าทาง ผ่านอักษรทั้งบนหน้ากระดาษหรือหน้าสื่อออนไลน์ ตลอดจนผ่านเสียงเพลง ภาพถ่าย ภาพกราฟิกหรือภาพเคลื่อนไหว รวมถึงสิทธิในการเข้าถึงหรือได้รับข้อมูล ความคิดเห็นที่มีการสื่อสาร และเผยแพร่ด้วย

แต่ถึงอย่างไรก็ยังคงไม่ใช่นิยามความหมายที่ชัดเจนแน่นอน เป็นแต่เพียงข้อสันนิษฐาน เมื่อพิจารณาตามตัวอักษรของหลักภาษาไทยเท่านั้น ดังนั้น เพื่อเป็นการศึกษาถึงความหมายของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นอย่างละเอียดลึกซึ้ง จึงต้องพิจารณาประกอบหลักกฎหมายต่อไป

2.2.2 พิจารณาตามบทบัญญัติกฎหมายตามแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาศาลฎีกาและความเห็นของนักกฎหมาย

เนื่องจากเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเป็นสิ่งที่ได้รับการรับรองคุ้มครอง โดยความหมายของมาตรฐานระหว่างประเทศ ตามที่ปรากฏในสนธิสัญญาฉบับต่างๆ ที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีสมาชิกโดยการลงนามหรือภาคยานุวัติ จึงมีผลผูกพันให้ประเทศไทยต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาโดยการตรากฎหมายเพื่อบังคับใช้ภายในประเทศเพื่อคุ้มครองเสรีภาพดังกล่าว จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาถึงความหมายของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามบทบัญญัติของกฎหมายไทย ตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอันเป็นกฎหมายสูงสุดที่รับรองคุ้มครองให้และกฎหมายในชั้นแม่บทที่สำคัญอย่างประมวลกฎหมายอาญา ดังนี้

2.2.2.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้ให้ความคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของปัจเจกบุคคล โดยมีการบัญญัติไว้ในมาตรา 34 อย่างชัดเจนว่า

“บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตาม

³¹ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, อ้างคำว่า “แสดง.”

³² ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, อ้างคำว่า “คิดเห็น.”

บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐเพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน

เสรีภาพทางวิชาการย่อมได้รับความคุ้มครอง แต่การใช้เสรีภาพนั้นต้องไม่ขัดต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และต้องเคารพและไม่ปิดกั้นความเห็นต่างของบุคคลอื่น”

โดยเฉพาะวรรคแรกซึ่งมีสาระสำคัญเป็นหลักประกันว่า รัฐจะต้องเปิดโอกาสให้ประชาชนมีอิสระทางความคิดเสรีภาพขั้นพื้นฐานดังกล่าวไม่เพียงแต่มุ่งคุ้มครองประโยชน์ของผู้ดำรงนึกคิดอย่างเดียวนั้น แต่ยังเปิดโอกาสให้บุคคลอื่นๆ ในสังคมได้ไตร่ตรองตรึกตาม ภายหลังที่ได้มีการแสดงออกทางความเห็นของนักคิดนั้นแล้วอีกด้วย

2.2.2 การคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นในต่างประเทศ

เสรีภาพของประชาชนและสื่อสารมวลชน (freedom of press) ในการวิพากษ์วิจารณ์และเข้าถึงข้อมูลต่างๆ เป็นสิทธิพื้นฐาน (fundamental rights) ที่แสดงถึงความเป็นมนุษย์ที่สมบูรณ์ในขณะเดียวกันเสรีภาพนี้เป็นสิ่งบ่งชี้ว่าประเทศนั้นให้ความสำคัญในการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่จะต้องยอมรับฟังความเห็นที่แตกต่าง

2.2.3.1 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

กติกาสากล ICCPR ค.ศ. 1996 ได้กำหนดหลักประกันเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (freedom of expression) ไว้ตามมาตรา 19(2) กล่าวคือ บุคคลย่อมมีสิทธิในการแสดงความคิดเห็นรวมถึงสิทธิในการแสวงหาและได้รับข้อมูลโดยปราศจากการปิดกั้น โดยอาจแสดงความคิดเห็นผ่านการเขียน ตีพิมพ์ หรือรูปแบบอื่นๆ ทางศิลปะ ซึ่งอาจกระทำผ่านวิธีการใดๆ หรือโดยผ่านสื่อมวลชนโดยเสรี อย่างไรก็ตาม การแสดงออกซึ่งความคิดเห็นดังกล่าว ตาม (2) จะต้องดำเนินการด้วยความรับผิดชอบและหน้าที่ในการเคารพสิทธิของบุคคลอื่นๆ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 19(3) ดังนั้นรัฐจึงอาจจะกำหนดข้อจำกัดในการแสดงความคิดเห็นได้โดยจะต้องบัญญัติเป็นกฎหมายเท่าที่จำเป็น

โดยกฎหมายนั้นจะต้องตราขึ้นเพื่อรักษาชื่อเสียงของบุคคลอื่นหรือเพื่อปกป้องความมั่นคงปลอดภัยของรัฐ หรือความสงบเรียบร้อยหรือการสาธารณสุขหรือศีลธรรมอันดีเท่านั้น

นอกจากนี้ ICCPR ยังมีหลักการที่สำคัญในการอนุญาตให้จำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นได้โดยอาศัยเหตุผลแห่งความจำเป็นเพื่อการรักษาศีลธรรมอันดี ซึ่งองค์การสหประชาชาติได้ตระหนักถึงปัญหานี้ เพราะแต่ละสังคมจะมีมาตรฐานแห่งศีลธรรมที่แตกต่างกันไป จึงกำหนดว่าการอ้างหลักการนี้จะต้องเป็นหลักการแห่งศีลธรรมสากลที่มนุษยชาติยอมรับ (in the light of universality of human rights) และภายใต้หลักการห้ามเลือกปฏิบัติ (principle of non-discrimination) ห้ามมิให้รัฐใดรัฐหนึ่งถือว่ามาตรฐานทางศีลธรรมของตนเองเป็นสำคัญเหนือกว่าในการตรากฎหมายนั้น สำหรับการอ้างเหตุผลว่าจะต้องรักษาความสงบเรียบร้อย หรือ public order นั้น จะต้องไม่ใช่เพียงการอ้างว่า “เพื่อความสงบเรียบร้อย” ตามอำเภอใจของผู้ปกครอง เนื่องจากอำนาจของรัฐ (public power) จะต้องใช้อย่างชอบธรรม เพื่อประโยชน์อย่างยิ่งยวดต่อสาธารณะที่ชอบด้วยกฎหมายอย่างแท้จริง ไม่ใช่เพียงความหมายของการควบคุมกิจกรรมทั่วไปของประชาชนเพื่อ “ความสงบสุข” ตามที่ผู้ปกครองปรารถนา ดังนั้นการตรากฎหมายในกรณีนี้จึงต้องตรวจสอบอย่างเข้มข้นตามหลักเหตุผลความจำเป็นอันยิ่งยวดและหลักสัดส่วนที่รุนแรงน้อยที่สุด และยังมีทางเลือกแก่สังคมในการแสดงความคิดเห็น โดยองค์การสหประชาชาติได้กำหนดแนวทางในการตรากฎหมายตามหลัก “จำเป็น (necessary) และหลักสัดส่วน (principle of proportionality)”³³ ไว้ว่า มาตรการที่ตราขึ้นเพื่อจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นจะต้องสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่รัฐมุ่งปกป้องอย่างแท้จริง³³

2.3 สิทธิที่จะไม่ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้ยินยอมและคุณธรรมทางกฎหมาย

สิทธิในการที่จะไม่ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอม (right not to be taken photograph without knowledge and consent) จัดเป็นสิทธิที่แตกย่อยมาจากสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว William L.

³³ ศิริพล กุศลศิลป์ภูธร, “สิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น: ความแตกต่างในการวิพากษ์วิจารณ์ตามหลักกฎหมายของสหรัฐอเมริกาและประเทศไทย,” วารสารนิติสังคมศาสตร์, เล่มที่ 2, น.156(กรกฎาคม-ธันวาคม).

Prosser เห็นว่า การถ่ายภาพที่ไม่ได้รับอนุญาตจากบุคคลซึ่งอาศัยอยู่ภายในบ้านของเขานั้น ถือเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคล เพราะการกระทำละเมิดดังกล่าวเป็นสาเหตุทำให้บุคคลที่ถูกถ่ายภูมุนั้นเกิดความทุกข์ทวงใจได้ แต่หากเป็นการถ่ายภาพบุคคลในสถานที่สาธารณะ ผู้ที่ถูกถ่ายภาพย่อมไม่มีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว กรณีดังกล่าวจึงไม่ถือเป็นการล่วงล้ำสิทธิส่วนบุคคล เนื่องจากเทียบเคียงได้เท่ากับการจดบันทึกเท่านั้น และไม่แตกต่างไปจากการพรรณนาสิ่งทีรับรู้อ่านสายตาในสถานที่สาธารณะลงในกระดาษเพื่อยื่นเตือนความทรงจำซึ่งเป็นกรณีที่บุคคลทั่วไปที่อยู่ในสถานที่สาธารณะแห่งนั้นย่อมมีอิสระและเสรีภาพที่สามารถจะกระทำได้³⁴

ถึงกระนั้น มิใช่ว่าในสถานที่สาธารณะจะถ่ายภาพผู้อื่นได้ในทุกกรณีไป เพราะต้องพิจารณาจากพฤติกรรมของผู้ที่ถูกถ่ายภาพในพื้นที่สาธารณะด้วยว่ามีความพยายามที่จะปกปิดตัวเองหรือไม่ เช่น กรณีบุคคลที่มีชื่อเสียงแต่งตัวออกจากที่พัคดีวดยเสื้อคอลึกหรือกระโปรงผ่าข้างขาสูงไปงานแฟชั่น แม้รู้ว่าจะต้องพบกับบรรดาช่างภาพและสื่อมวลชนจำนวนมากแต่ก็ยินดีและเต็มใจ หรือกรณีบุคคลทั่วไปสวมใส่กระโปรงทรงสุภาพออกมาเดินเล่นพักผ่อนในสวนสาธารณะ แล้วถูกลมหมุนถูร้อนพัดกระโปรงเปิดในขณะที่มีผู้ถ่ายภาพทิวทัศน์อยู่ในบริเวณนั้นถ่ายติดภาพเหตุการณ์ดังกล่าวได้พอดี กรณีนี้บุคคลผู้สวมใส่กระโปรงทรงสุภาพจึงไม่อาจคาดคิดมาก่อนว่าจะมีลมหมุนพัดรุนแรงมากระทบจนกระโปรงเปิด และก็ไม่รู้ตัวด้วยว่าขณะนั้นภาพคนที่กระโปรงเปิดมีผู้บันทึกไว้ได้ ผู้ถ่ายภาพเองก็ไม่มีเจตนาที่จะถ่ายภาพชุดชั้นในของผู้ใดมาตั้งแต่ต้น แต่เหตุการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้นเป็นเพราะความบังเอิญพอดี ทั้งสองกรณีนี้ถือเป็นตัวอย่างที่แสดงถึงการละความคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวโดยตั้งใจและไม่ตั้งใจ แต่กรณีที่สองต้องขึ้นอยู่กับเจตนาของผู้ถ่ายภาพด้วยเป็นสำคัญ

หากข้อเท็จจริงเปลี่ยนไปว่าช่างภาพนั้นตั้งกล้องถ่ายภาพทิวทัศน์บริเวณใกล้กับห้องน้ำหญิงภายในสวนสาธารณะเพราะรู้ว่ามียุภาพสตรีมาเปลี่ยนชุดออกกำลังกายอยู่เสมอ และในช่วงที่สวนสาธารณะใกล้เวลาปิดผู้คนใช้ห้องน้ำเยอะมาก จึงมักจะมีหญิงสาวบางส่วนเลือกที่จะเปลี่ยนชุดหลังพุ่มไม้อยู่บ่อยๆ โดยช่างภาพเองก็สามารถจับภาพการเปลี่ยนชุดของหญิงสาวเหล่านั้นได้อยู่เสมอ กรณีนี้แม้หลังพุ่มไม้จะเป็นพื้นที่สาธารณะแต่ผู้มาเปลี่ยนเสื้อผ้าก็ยังไม่มีความตั้งใจที่จะละความคุ้มครอง

³⁴ Prosser, William L., "Privacy," *California Law Review*, Issue 3, Volume 48, p.392(1960).

สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว หากไม่แล้วก็จะเปลี่ยนชุดบริเวณข้างทางวิ่งออกกำลังกายได้โดยไม่ต้องใช้บริการห้องน้ำสาธารณะเพื่อปกปิดร่างกาย ดังนั้นช่วงภาพที่ตั้งกล้องบริเวณใกล้กับห้องน้ำหญิงนั้น ย่อมเล็งเห็นแล้วว่า จะถ่ายภาพของหญิงสาวที่มาเปลี่ยนชุดบริเวณนั้นได้ แม้ไม่ได้โฟกัสกล้องถ่ายภาพเข้าไปในห้องน้ำก็ตาม แต่การกระทำของช่างภาพจึงถือเป็นการล่วงล้ำสิทธิส่วนบุคคลของหญิงที่มาเปลี่ยนชุดหลังพุ่มไม้แล้ว แม้หญิงนั้นจะรู้ตัวหรือไม่ก็ตาม ความเสียหายย่อมเกิดแก่ความรู้สึกไม่ปลอดภัยของผู้มาใช้บริการห้องน้ำสาธารณะแถบนั้นอยู่นั่นเอง

ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรป (European Court of Human Rights-ECtHR) ได้วางขอบเขตกำหนดการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลในสถานที่สาธารณะกับสถานที่ส่วนบุคคลไว้ว่า หากเป็นการถ่ายภาพในสถานที่สาธารณะต้องพิจารณาจากพฤติกรรมของบุคคลผู้ที่ถูกถ่ายว่า เป็นกิจกรรมที่เป็นส่วนตัวโดยแท้ (a pure private nature) หรือไม่ หากพิจารณาแล้วว่าเป็นกิจกรรมอันเป็นส่วนตัวโดยแท้แล้วบุคคลที่ถูกถ่ายย่อมได้รับความคุ้มครอง³⁵

2.3.1 ความหมายของความรับรู้และยินยอม

คำว่า “ความรู้” หมายถึง การยืนยันหรือยอมรับว่ารู้สึกตัว เช่น การเห็นภาพที่มากกระทบดวงตา หรือการได้ยินคลื่นเสียงที่มากกระทบหู เป็นต้น โดยการรับรู้นี้ได้เป็นเพียงแค่สัญญาณประสาทสัมผัสผ่านอวัยวะเพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่ยังหมายถึงอิทธิพลจากการเรียนรู้ข้อเท็จจริงจนกลายเป็นความทรงจำในอดีตและรวมถึงความคาดหวังในอนาคตของบุคคลด้วย³⁶

คำว่า “ความยินยอม” หมายถึง การที่บุคคลหนึ่งอนุญาตหรือยอมให้อีกบุคคลกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด โดยผู้อนุญาตพร้อมรับในความเสี่ยงภัยที่อาจเกิดขึ้นได้จากการกระทำนั้น³⁷ หรืออาจ

³⁵ อิชซ์กันต์ เจริญวานิชย์, “การคุ้มครองสิทธิผู้ได้รับความเสียหายจากภาพถ่าย,” บัณฑิตศึกษานิติศาสตร์, เล่มที่ 1, ปีที่ 3, น.56(พฤษภาคม 2552).

อิชซ์กันต์ เจริญวานิชย์, “การคุ้มครองสิทธิผู้ได้รับความเสียหายจากภาพถ่าย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), น.27.

³⁶ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, อ้างคำว่า “ความรู้.”

³⁷ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, อ้างคำว่า “ความยินยอม.”

อธิบายได้ว่า ความยินยอม หมายถึง การที่บุคคลใดสมัครใจให้ผู้อื่นกระทำประทุษร้าย โดยยอมรับผล หรือความเสี่ยงภัยที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำนั้นๆ ได้ ซึ่งไม่ใช่กรณีที่มีการกระทำผิดกฎหมายเกิดขึ้น แล้ว ผู้เสียหายประนีประนอมยอมความให้ผู้กระทำความผิดในภายหลัง

ในเรื่องของความยินยอมนี้มักมีตัวอย่างปรากฏให้เห็นอยู่บ่อยๆ ในคำพิพากษาศาลฎีกา เช่น การกระทำโดยปราศจากเหตุอันสมควร พราบดีกอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ตามประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ มาตรา 317 วรรคสาม ซึ่งมีสาระสำคัญว่า ขณะเกิดเหตุผู้เสียหายที่ 2 ซึ่งเป็นเด็กยังอยู่ในอำนาจปกครองของผู้เสียหายที่ 1 การที่ จำเลยนัดแนะ หรือแยกผู้เสียหายที่ 2 ไปยังที่ต่างๆ ในโรงเรียน จำเลยได้รับความยินยอมจากผู้เสียหาย ที่ 1 หรือไม่ และมีเหตุผลอันสมควรหรือไม่ โดยบทกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องของความยินยอมดังกล่าว ประสงค์ที่จะลงโทษผู้ที่ละเมิดอำนาจปกครองดูแลเด็กของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล อันเป็นการคุ้มครองเด็กมิให้ถูกล่อลวงไปในทางเสียหยา³⁸ เป็นต้น

ศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ กล่าวว่า “ความยินยอมซึ่งเป็นเหตุยกเว้น ความผิด” นี้ มีฐานะคู่เคียงกับเรื่อง “ป้องกัน” ข้อแตกต่างอยู่ตรงที่ว่าเรื่องป้องกันนั้นมีกฎหมายบัญญัติ ไว้โดยตรงในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68 ส่วนความยินยอมไม่มีบทบัญญัติไว้โดยตรงเช่นนั้น ซึ่งต่างกับประมวลกฎหมายอาญาของบางประเทศ เช่น ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งมี บทบัญญัติยกเว้นความผิดต่อร่างกายไว้โดยตรง³⁹

ดังนั้น เมื่อมีการให้ความยินยอมแล้ว แม้ข้อเท็จจริงจะมีการกระทำครบองค์ประกอบความผิด กรณีก็ยังไม่ถือว่าเป็นความเสียหาย และเมื่อไม่มีความเสียหายผู้ให้ความยินยอมย่อมไม่มีสิทธิเรียกร้อง ใดๆ ในความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงได้ ตามหลัก “ความยินยอมไม่ถือว่าเป็นความเสียหาย” (volenti non fit

³⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 489/2561.

³⁹ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, “ความยินยอมในกฎหมายอาญา: ข้อพิจารณาในส่วนของการกระทำที่ไม่ขัดต่อ ความสำนึกในศีลธรรมอันดี,” รวมบทความวิชาการ เนื่องในโอกาส 65 ปี อาจารย์เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, (กรุงเทพมหานคร: เดือนตุลา, 2557), น.77.

injuria)⁴⁰ การให้ความยินยอมนั้นโดยปกติแล้วไม่มีผลใดๆ ในทางอาญา เพราะการกระทำความผิดอาญานั้นสร้างความเสียหายต่อส่วนรวมอันเป็นลักษณะเฉพาะของกฎหมายมหาชน บุคคลใดบุคคลหนึ่งจึงไม่อาจให้ความยินยอมได้⁴¹ โดยในต่างประเทศหลักการนี้ถูกนำมาประยุกต์ โดยแบ่งลักษณะการใช้ออกเป็น 3 แนวทาง คือ

แนวทางแรก เมื่อผู้เสียหายให้ความยินยอมในการทำละเมิดซึ่งเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายแล้ว การกระทำที่เกิดจากความยินยอมจึงเป็นการกระทำที่ไม่ผิดกฎหมายแต่ต้องคำนึงถึงความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย⁴² โดยแนวทางแรกนี้เป็นไปตามคำอธิบายของกฎหมายประเทศสหพันธรัฐเยอรมนี

แนวทางที่สอง เมื่อผู้เสียหายให้ความยินยอมแล้วถือว่าผู้เสียหายประสงค์ให้ความเสียหายเกิดขึ้นแก่ตน และเมื่อผู้เสียหายต้องการเช่นนั้นจะถือว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นมิได้ซึ่งผู้ที่ได้รับความเสียหายอันจะใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนมีแต่เฉพาะตัวผู้ให้ความยินยอมเท่านั้นประชาชนหรือสังคมไม่อาจใช้สิทธิดังกล่าวได้จึงไม่ต้องนำเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนมาพิจารณา⁴³ โดยแนวทางที่สองนี้เป็นไปตามคำอธิบายของกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

แนวทางที่สาม ถ้าผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมแล้วจำเลยสามารถอ้างความยินยอมของผู้เสียหายขึ้นปฏิเสธความรับผิดชอบของตนได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเพราะถือว่าเป็นความต้องการของผู้เสียหายเอง⁴⁴ โดยแนวทางสุดท้ายเป็นไปตามคำอธิบาย

⁴⁰ พินิจ ทิพย์มณี, “ความยินยอมของผู้เสียหายไม่เป็นละเมิด,” คุณภาพชีวิตกับกฎหมาย, เล่มที่ 1, ปีที่ 4, น.1 (กรกฎาคม – ธันวาคม 2551).

⁴¹ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 16 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2558), น.165.

⁴² อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 40, น.2.

⁴³ เพิ่งอ้าง, น.3.

⁴⁴ เพิ่งอ้าง, น.3.

ของกฎหมายประเทศอังกฤษและศาลนำมาใช้ในการตัดสินคดี⁴⁵ เหตุผลที่กฎหมายประเทศเหล่านี้ยอมรับว่าความยินยอมของผู้เสียหายทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด หรือทำให้ผู้กระทำได้รับการยกเว้นโทษนั้น เป็นเพราะในกรณีเช่นนี้มีการกระทำที่ไม่ถึงขนาดสร้างความเสียหายให้แก่สังคมจนถึงระดับที่ได้รับความเดือดร้อน จนเป็นเหตุให้รัฐต้องเข้ามาจัดการป้องกันโดยใช้กฎหมายอาญา⁴⁶ แต่ด้วยความที่กฎหมายอาญาของไทยไม่มีบทบัญญัติใดที่บัญญัติให้ความยินยอมของผู้เสียหายเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ นักกฎหมายไทยจึงยอมรับให้มีการใช้หลักทั่วไปในเรื่องความยินยอมไม่ถือว่ามีความเสียหายเสมอมา⁴⁷

ศาสตราจารย์จิติ ดิงศกัทธิ์ ให้ความเห็นว่า การจงใจปล่อยให้เกิดการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นโดยไม่ขัดขวางทั้งที่สามารถขัดขวางได้ซึ่งจะต้องเป็นการแสดงความประสงค์ที่จะให้เกิดเหตุการณ์เช่นนั้นขึ้น โดยแสดงออกด้วยการกระทำอย่างหนึ่งโดยตนเองหรือโดยให้ผู้อื่นกระทำแทนตน อันเป็นการแสดงความประสงค์ต่อผู้กระทำเหตุการณ์นั้นให้เข้าใจว่าตนอนุญาตให้ทำ ยกเว้นแต่ในกรณีพิเศษอย่างยิ่งเท่านั้นที่การนิ่งไม่ขัดขวาง อาจถือได้ว่าเป็นความยินยอม เพราะเป็นที่เข้าใจกันโดยปกติทั่วไปว่าการนิ่งเช่นนั้นเป็นการยินยอม และการแสดงออกซึ่งความประสงค์อันถือได้ว่าเป็นความยินยอมนั้นอาจแสดงออกโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้⁴⁸

2.3.1.1 ความรับรู้และยินยอมโดยชัดแจ้ง

ความยินยอมที่แสดงออกโดยชัดแจ้ง หมายถึง เจตนาแสดงออกซึ่งความประสงค์โดยแจ่มชัด เพื่อให้บุคคลอื่นเข้าใจว่าได้มีการอนุญาตให้มีการกระทำเช่นนั้นแก่ตนได้ ไม่ว่าจะเป็นโดยกิริยา โดยวาจา โดยลายลักษณ์อักษร หรือการแสดงออกโดยวิธีอื่นใด และต้องการให้การแสดงออกซึ่ง

⁴⁵ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดชอบทางละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2546), น.55.

⁴⁶ อักษราทร จุฬารัตน์, “ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา,” วารสารนิติศาสตร์, เล่มที่ 1, ปีที่ 9, น. 62 (2520).

⁴⁷ คลนิต ณ นคร, กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), น.274.

⁴⁸ จิติ ดิงศกัทธิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), น .682.

ความประสงค์นั้นปรากฏขึ้นเป็นเหตุการณ์จริง เช่น หญิงสาวเจตนาเปลี่ยนผ้าเพื่อให้นักศึกษาในชั้นเรียนได้ใช้สระของเธอเป็นแบบในการปั้นงานศิลปะเป็นต้น⁴⁹

2.3.1.2 ความรับรู้และยินยอมโดยปริยาย

อาจารย์เพ็ง เพ็งนิตี ให้ความหมายของความรับรู้และยินยอมโดยปริยายไว้ว่า เป็นเรื่องที่ผู้เสียหายยินยอมให้กระทำการประทุษร้ายโดยสมัครใจหรือยอมเข้าสู่อันตรายไม่ว่าจะเป็นการทำอันตรายต่อร่างกายทรัพย์สินหรือสิทธิอื่นใดการนิ่งเฉยไม่ขัดขึ้นหรือไม่ขัดขวางคัดค้านต่อการกระทำที่เป็นการประทุษร้ายหรือพฤติกรรมนั้นควรจะขัดขวางห้ามปรามหรือคัดค้าน แต่ไม่ขัดขวางไม่ห้ามปรามหรือไม่คัดค้าน ถือเป็นความยินยอมโดยปริยาย⁵⁰

ความรับรู้และยินยอมโดยปริยาย จึงหมายถึง เจตนาแสดงออกซึ่งความประสงค์โดยการปล่อยให้เหตุการณ์ใดๆ ผ่านเลยไปโดยไม่ขัดขวาง ทั้งที่พฤติกรรมนั้นผู้ถูกระทำสามารถแสดงอาการขัดขึ้นได้ หรือแม้แต่ในกรณีที่ผู้ถูกระทำไม่ขัดขวางเพราะไม่ได้อยู่ในเหตุการณ์ แต่ก็พอจะอนุมานหรือพึงสันนิษฐานได้ตามพฤติกรรมว่าหากเขาอยู่ในเหตุการณ์ก็คงจะไม่ขัดขึ้น เช่น การเข้าไปทำความสะอาดห้องน้ำชายของแม่บ้าน แม้ว่าจะมีสุภาพบุรุษกำลังใช้ห้องน้ำอยู่หรือไม่ก็ตาม หรือในกรณีที่นักท่องเที่ยวเปลือยกายอาบแดดริมชายหาด แต่เห็นแล้วว่าการรายงานข่าวอยู่ในบริเวณนั้น ถือได้ว่าเป็นการยอมรับแล้วว่าการเปลือยกายของตนอาจถูกบันทึกคิดไปเป็นภาพในรายการข่าวนั้นด้วย⁵¹

หัวใจสำคัญของการให้ความยินยอมไม่ว่าจะโดยแจ้งชัดหรือโดยปริยายคือ ความยินยอมนั้นต้องมีอยู่ตลอดการกระทำนั้น ซึ่งโดยทั่วไปความยินยอมจะต้องมีอยู่ขณะกระทำไม่ว่าจะเป็นความยินยอมที่ผู้เสียหายแสดงออกในขณะที่มีการกระทำหรือจะแสดงออกขณะที่มีการกระทำไปแล้ว

⁴⁹ กมลชัย รัตนสกววงศ์, “ความยินยอมในกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), น.25.

⁵⁰ เพ็ง เพ็งนิตี, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2543, (กรุงเทพมหานคร: อทตยา, 2543), น.106.

⁵¹ เพ็งฮ้าง, น.26.

จนกระทั่งการกระทำนั้นสิ้นสุดลงโดยมิได้มีการบอกถอนกลางคัน⁵² ส่วนการยินยอมภายหลังที่การกระทำสิ้นสุดลงแล้วย่อมไม่มีผลย้อนหลังให้การกระทำผิดในขณะที่ไม่ยินยอมก่อนหน้านั้นกลับมาถูกต้องชอบธรรมได้⁵³ หากแต่เป็นเรื่องของการให้อภัยหรือการประนีประนอมกันเสียมากกว่า โดย Wayne R. LaFave ได้กล่าวไว้ว่า การยกโทษหรือการให้อภัยนี้เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นภายหลังข้อเท็จจริงคือความยินยอมของผู้เสียหายได้ผ่านพ้นไปแล้ว ดังนั้นการยอมความจึงไม่มีผลอะไรต่อการกระทำ ความผิดอาญา⁵⁴ ด้วยเหตุว่ากระบวนการพิจารณาคดีอาญาเป็นเรื่องทางมหาชนในการรักษาความมั่นคงของรัฐ และในขณะเดียวกันก็มีความสำคัญและจำเป็นต่อปัจเจกบุคคลภายในรัฐด้วย ดังนั้น การที่บุคคลภายในรัฐให้อภัยกัน การดำเนินคดีของรัฐก็ยังคงต้องดำเนินต่อไป จึงเป็นเรื่องของผลประโยชน์คนละส่วนกันมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องกันแต่อย่างใด

2.3.2 ความหมายของของความรู้และไม่รับรู้และยินยอม

คำว่า “ความรู้” หมายถึง การไม่กล้ายืนยันหรือยอมรับว่ารู้ ด้วยเหตุเพราะไม่เคยได้เห็นหรือได้ยินเรื่องราวใดๆ มาก่อน เช่น ความไม่รู้เรื่องราวใดๆ ในขณะที่ตนอยู่ในอาการมึนเมาขาดสติ ทั้งนี้ การรับรู้นี้มิได้เป็นเพียงแค่สัญญาณประสาทสัมผัสผ่านอวัยวะเพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่ยังหมายรวมถึงอิทธิพลจากการที่ไม่ได้รับการเรียนรู้ จึงไม่มีความทรงจำเรื่องนั้นๆ ได้ในอดีตและตลอดรวมถึงความไม่มีคาดหวังในอนาคตของบุคคลจึงไม่สามารถจินตนาการภาพได้อีกด้วย⁵⁵

คำว่า “ความไม่ยินยอม” หมายถึง การที่บุคคลหนึ่งไม่อนุญาตหรือยอมให้อีกบุคคลกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ด้วยเหตุผลว่าผู้ไม่อนุญาตนั้นยังไม่พร้อมรับในความเสี่ยงภัยที่อาจเกิดขึ้นได้จากการกระทำนั้น⁵⁶ หรืออาจอธิบายได้ว่า ความไม่ยินยอม หมายถึง การที่บุคคลใดไม่สมัครใจให้ผู้อื่นกระทำประทุษร้าย โดยไม่ยอมรับผลหรือความเสี่ยงภัยใดๆ ที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำนั้นได้

⁵² อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 41, น.165.

⁵³ เพิ่งอ้าง น.75.

⁵⁴ อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 41, น.165.

⁵⁵ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, อ้างคำว่า “ความรู้”

⁵⁶ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, อ้างคำว่า “ความไม่ยินยอม.”

2.3.2.1 ความไม่รับรู้และยินยอมโดยชัดแจ้ง

ความไม่ยินยอมที่แสดงออกโดยชัดแจ้ง หมายถึง เจตนาแสดงออกซึ่งความประสงค์โดยแจ่มชัด เพื่อให้บุคคลอื่นเข้าใจว่าไม่มีการอนุญาตให้มีการกระทำเช่นนั้นแก่ตนได้ ไม่ว่าจะเป็นโดยกิริยา โดยวาจา โดยลายลักษณ์อักษร หรือการแสดงออกโดยวิธีอื่นใด และต้องการให้การแสดงออกซึ่งความประสงค์นั้นปรากฏขึ้นเป็นเหตุการณ์จริง เช่น ป้ายแจ้งเตือนห้ามถ่ายภาพบริเวณห้องแต่งตัวศิลปิน เป็นต้น

2.3.2.2 ความไม่รับรู้และยินยอมโดยปริยาย

ความไม่ยินยอมโดยปริยาย หมายถึง เจตนาแสดงออกซึ่งความประสงค์โดยไม่ยอมปล่อยให้เหตุการณ์ใดๆ ผ่านเลยไปโดยไม่มีขัดขวาง หรือแม้แต่ในกรณีที่ผู้ถูกกระทำไม่ขัดขวางเพราะไม่ได้อยู่ในเหตุการณ์ แต่ก็พอจะอนุมานหรือพึงสันนิษฐานได้ตามพฤติการณ์ว่าหากเขาอยู่ในเหตุการณ์ก็คงจะขัดขึ้น เช่น การถ่ายภาพตนลงสื่อโซเชียลในชุดว่ายน้ำโดยไม่มีข้อความระบุว่าห้ามดาวน์โหลดบันทึกภาพไปใช้ แต่ก็ไม่ได้หมายความว่ายินยอมให้ดาวน์โหลดบันทึกภาพของตนไปลบชุดว่ายน้ำที่ใส่ออกให้กลายเป็นภาพเปล่าเปลือยได้ เป็นต้น

อาการนิ่งไม่ขัดขวางนั้นคนทั่วไปมักเข้าใจคือการยินยอมโดยปริยาย⁵⁷ แต่ในอีกด้านหนึ่งก็อาจถือได้ว่าเป็นการไม่ยินยอมโดยปริยายได้เช่นกันยกตัวอย่างเช่นในกรณีฐานข่มขืนกระทำชำเรา แม้จำเลยไม่มีการใช้คำพูดหรือใช้อาวุธข่มขู่ผู้เสียหาย แต่ถ้าในพฤติการณ์นั้นผู้เสียหายเกิดความหวาดกลัวจำเลยจนไม่กล้าขัดขึ้นจึงต้องอยู่ในอำนาจบังคับของจำเลย ก็จะถือว่าผู้เสียหายนั้นยินยอมไม่ได้ เพราะการตกอยู่ในสภาพภาวะที่ต้องจำยอมจึงเลือกที่จะนิ่งไม่ขัดขึ้นนั้น ย่อมเป็นคนละความหมายกับการไม่ขัดขึ้นเพราะสมัครใจยินยอม⁵⁸

ดังนั้นจึงสามารถสรุปได้ว่า ความยินยอมและความไม่ยินยอมของผู้เสียหายในทางอาญานั้นมีอยู่ด้วยกัน 2 ลักษณะ คือ 1) กรณีความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดมีอำนาจกระทำได้ ผลคือการกระทำนั้นผู้กระทำย่อมไม่มีความผิดกฎหมาย แม้ต่อมาในภายหลังผู้ให้ความยินยอมในตอน

⁵⁷ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 48, น.682.

⁵⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2759/2532.

แรกจะแสดงออกโดยชัดแจ้งว่าไม่อาจให้ความยินยอมได้แล้วก็ตาม เช่น กรณีของคาราเชอด้งที่ยินยอมเปลี่ยนถ่ายภาพยนตร์ ต่อมาหลังจากที่ภาพยนตร์ถูกนำออกฉายแล้วมีผู้ชมบันทึกภาพนั้นไปใช้ในทางหมิ่นประมาท คารานั้นจะอ้างว่าตนไม่ยินยอมให้ผู้ผลิตภาพยนตร์เผยแพร่ภาพจากเปลือยไม่ได้ เพราะตนได้ยินยอมไปตั้งแต่ต้นแล้ว จึงเป็นกรณีที่ต่างกับการไม่ให้ความยินยอมมาตั้งแต่ต้นแล้ว ต่อมาภายหลังได้รับความพึงพอใจจากการชดเชยค่าเสียหายของผู้กระทำจึงยินยอมยกโทษให้ไม่คิดใจเอาความซึ่งเป็นสิ่งที่สามารถทำได้⁵⁹ 2) กรณีความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นส่วนหนึ่งของข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิด ผลคือการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ มีตัวอย่างที่เห็นได้ชัดจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่ได้รับความยินยอมจากผู้เสียหายเป็นต้นสรุปก็คือเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายหากไม่ให้มาตั้งแต่ต้นแล้ว ผู้กระทำย่อมไม่อาจมีอำนาจกล่าวอ้างความเป็นส่วนตัวของผู้เสียหายได้เลย

2.3.3 ความรับรู้และยินยอมของผู้เสียหายจะต้องไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดีของประชาชน

ศาลฎีกาไทยได้นำหลักความยินยอมของผู้เสียหายเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้มาระบุไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508 ความว่า “ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดีและมีอยู่ในขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดแล้ว ความยินยอมนั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้กระทำการเป็นความผิดได้”

ความรับรู้และยินยอมต้องไม่ฝ่าฝืนสำนึกในศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้นต้องพิจารณาที่จุดมุ่งหมายของหลักการความรู้สึกรับได้และสำนึกในความถูกต้องของสมาชิกทุกคนในสังคมเป็นสำคัญ ดังนั้น การจะนำหลักความยินยอมมาใช้เพื่อยกเว้นการกระทำที่ผิดกฎหมายให้กลับกลายเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น จึงต้องพิจารณาก่อนว่ากฎหมายอาญาเรื่องดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิ่งใดและขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ เพราะหากกฎหมายมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการคุ้มครองเฉพาะเนื้อตัวร่างกายผู้เสียหาย ผู้เสียหายก็ย่อมให้ความยินยอมต่อการกระทำนั้นได้ แต่ถ้าวัตถุประสงค์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองนั้นขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดีของประชาชน

⁵⁹ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 41, น.165.

แล้ว ย่อมไม่สามารถนำความยินยอมของผู้เสียหายมาทำให้การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมายในสายตาของประชาชนขึ้นมาได้เลย จึงไม่อาจใช้หลักความยินยอมดังกล่าวกับการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนได้แต่อย่างใด⁶⁰

อย่างไรก็ดี ความรับรู้และยินยอมต่อพฤติกรรมอย่างหนึ่งอาจไม่รวมถึงความรับรู้และยินยอมต่อพฤติกรรมอีกอย่างหนึ่งที่มีข้อเท็จจริงเพิ่มเติมเข้ามาจนทำให้มีความแตกต่างไปจากพฤติกรรมเดิม⁶¹ ดังนั้น การรับรู้และยินยอมของดารานางแบบนู้ด (nude) ผู้รับจ้างให้เป็นแบบถ่ายภาพริมชายหาดส่วนตัวแห่งหนึ่งซึ่งเป็นพื้นที่สตูดิโอของผู้ว่าจ้างจึงเป็นความรับรู้และยินยอมเปิดเผยเนื้อตัวร่างกายภายใต้สัญญาจ้างทำของที่กำหนดโดยผู้ว่าจ้างเท่านั้น⁶² มิได้ต้องการให้บุคคลอื่นที่ไม่ใช่ทีมงานของผู้ว่าจ้างเห็นหรือถ่ายภาพไป แม้พื้นที่สตูดิโอส่วนบุคคลนั้นจะเป็นพื้นที่เปิดโล่งและสามารถมองเห็นหรือถ่ายภาพได้จากผู้ที่มาท่องเที่ยวหรือพักอาศัยอยู่บริเวณนั้นก็ตาม แม้การเปลือยกายให้อับอายขายหน้าต่อธารกำนัลนั้นจะขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดีของประชาชนและตัวนางแบบเองก็ยาก

⁶⁰ ไพศาล กุมลชัยวิสัย, ฎีกาวิเคราะห์ “ความยินยอมในการกระทำอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดหากไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีเป็นเหตุยกเว้นความผิดได้”, *จุลพาหะ*, (2511), น.137-144. ประมวลกฎหมายอาญาภาคทั่วไปมิได้ถือว่าความยินยอมของผู้เสียหายเป็นเหตุยกเว้นความผิดอาญา ยกเว้นโทษก็เฉพาะความผิดบางประเภทในภาค 2 เท่านั้น เช่น มาตรา 277, 279, 318 วรรคแรก เป็นต้น ฉะนั้นการที่ศาลฎีกานำเหตุผลเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายในลักษณะดังกล่าว เรียกว่า หลักทั่วไปในเหตุยกเว้นความผิดอาญา มาปรับแก้คดีนี้จะเป็นการชอบด้วยกฎหมายอาญาหรือไม่เป็นที่น่าสงสัยอยู่ จึงเห็นว่าจะนำหลักกฎหมายทั่วไปนั้นมาใช้บังคับไม่ได้ ในเมื่อประมวลกฎหมายไม่ได้บัญญัติถึง ก่อนหน้านั้นเคยถือกันว่าการแปลกฎหมายอาญาจะต้องตีความโดยเคร่งครัด หากนำหลักที่ไม่มีบัญญัติไว้ในกฎหมายมาบังคับจะเป็นการตีความเคร่งครัดได้อย่างไร ประมวลกฎหมายอาญาได้ยอมรับนับถือหลักความยินยอมอยู่บ้าง แต่ก็ยอมรับโดยจำกัด ดังตัวอย่างข้างต้น จึงมีความเห็นว่าแม้หลักกฎหมายของต่างประเทศจะมีอิทธิพลต่อกฎหมายไทยอยู่เป็นอันมากก็ตาม แต่ในเรื่องนี้เมื่อประมวลกฎหมายอาญาไทยรับรู้เพียงเท่าที่ระบุไว้นั้นแล้ว ก็ต้องถือว่านอกจากนั้นกฎหมายอาญาไทยไม่ยอมรับ” ต่อมาในปี 2516 จึงได้มีผู้โต้แย้งความเห็นดังกล่าว โปรดดู ไพจิตร ปุญญพันธ์, “ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหาย” *จุลพาหะ*, เล่มที่ 1, ปีที่ 20, น.18-58(มกราคม-กุมภาพันธ์).

⁶¹ *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 41*, น.165.

⁶² *เพิ่งอ้าง*, น.74.

ที่จะห้ามการมองจากสายตาของบุคคลภายนอกได้ กรณีนี้จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องมีกฎหมายคุ้มครองในเรื่องการถ่ายภาพเพื่อไม่ให้เกิดการยินยอมของนางแบบขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดีของประชาชน นอกจากนี้เพื่อป้องกันสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของนางแบบเป็นสำคัญแล้ว ยังไม่ให้ถือว่านางแบบได้กระทำการอันขายหน้าต่อหน้าธารกำนัลคือบุคคลภายนอกด้วย⁶³

2.3.4 คุณธรรมทางกฎหมาย

ความยินยอมของผู้เสียหายเกี่ยวข้องโดยตรงกับการละเมิดค่าบางประการที่กฎหมายอาญายอมรับและบรรจุเอาไว้ในแต่ละบทบัญญัติมาตรา โดยให้คำนึงว่าคุณค่านั้นในทางนามธรรมว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” อันเป็นคุณค่าที่กฎหมายรับรองคุ้มครองไว้เพื่อประโยชน์สุขในการอยู่ร่วมกันของสังคมมนุษย์ คุณธรรมทางกฎหมายนี้ทำให้มีการแบ่งแยกลักษณะของฐานความผิดทางอาญาออกจากกัน เพื่อป้องกันความผิดพลาดที่อาจจะเกิดขึ้นได้จากการตีความกฎหมายโดยไร้ซึ่งการหยั่งถึงเจตนารมณ์⁶⁴

คุณธรรมทางกฎหมาย แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ คุณธรรมทางกฎหมายส่วนบุคคล (individual rechtsgut) ซึ่งผู้เป็นเจ้าของสามารถละเมิดความคุ้มครองที่มีตามกฎหมายได้ เช่น ความปลอดภัยในเนื้อตัวร่างกาย สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวรวมอยู่ในคุณธรรมทางกฎหมายประเภทนี้ด้วย และคุณธรรมทางกฎหมายส่วนรวม (universal rechtsgut) ซึ่งถือเป็นความสงบเรียบร้อยของสังคมในภาพรวม สมาชิกทุกคนในสังคมล้วนเป็นเจ้าของความคุ้มครองดังกล่าวนี้ การละเมิดความคุ้มครองโดยบุคคลหนึ่งบุคคลใดเพื่อขอรับผิดชอบในความเสียหายทั้งหมดจึงไม่อาจกระทำได้ ด้วยเพราะบุคคลดังกล่าวไม่ใช่เจ้าของคุณธรรมทางกฎหมายประเภทนี้⁶⁵

การแสดงเจตจำนงของผู้เสียหายไม่ว่าจะเป็นการแสดงความรู้และยินยอมโดยตรงหรือโดยปริยาย จึงต้องมีการแสดงเจตจำนงโดยวิธีการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้ประชาชนได้รับรู้ ฉะนั้น

⁶³ กมลชัย รัตนสากววงศ์, “ความยินยอมในกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), น.26.

⁶⁴ อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 47, น.160.

⁶⁵ เพิ่งอ้าง, น.162.

การแสดงเจตนาโดยการนิ่งข่มไม่ถือว่าเป็นการละคุณธรรมทางกฎหมายแต่อย่างใด ในทางกฎหมายอาญาจึงมีความรับรู้และยินยอมละคุณธรรมทางกฎหมายอยู่ 2 ลักษณะ คือ

(1) ความรับรู้และยินยอมละคุณธรรมทางกฎหมายของผู้เสียหายที่เป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดอำนาจกระทำได้

(2) ความรับรู้และยินยอมละคุณธรรมทางกฎหมายของผู้เสียหายที่เป็นส่วนหนึ่งของข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบของความผิด

ความรับรู้และยินยอมละคุณธรรมทางกฎหมายของผู้เสียหายทั้งสองลักษณะนี้ ทำให้เกิดผลทางกฎหมายที่แตกต่างกัน กล่าวคือ การที่ผู้เสียหายเปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดอำนาจกระทำได้ไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ในกรณีของการติดตั้งกล้องวงจรปิดเพื่อถ่ายทอดสดเหตุการณ์ในชีวิตประจำวันภายในบ้านของเหล่าดาราส่งผลการกิจการกุศลในรายการเกมโชว์รายการหนึ่ง หากกฎหมายบัญญัติว่าความยินยอมของผู้เสียหายเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดอำนาจกระทำได้ ผลก็คือการกระทำของผู้ผลิตรายการย่อมครบองค์ประกอบของความผิดฐานทำให้ได้รับความเดือดร้อนรำคาญในความหมายของความผิดหลุโทษประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 แต่ไม่เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ในทางกลับกันถ้าหากกฎหมายบัญญัติให้ความยินยอมของผู้เสียหายไม่เป็เหตุให้ผู้กระทำความผิดอำนาจกระทำได้ กรณีเช่นนี้จึงถือได้ว่าการกระทำของผู้ผลิตรายการไม่เป็นการทำให้ได้รับความเดือดร้อนรำคาญเพราะการถ่ายภาพนั้นมีใช้การคุกคามผู้ถูกกระทำให้อยู่ในสภาพที่ไม่สามารถขจัดขึ้นได้ แต่การบันทึกภาพติดตามชีวิตประจำวันดังกล่าวมีจุดประสงค์เพื่อเป็นการสร้างกระแสมานิยมดารา และการร่วมบริจาคเงินเป็นสำคัญ แม้จะมีภาพการเปลี่ยนเสื้อผ้าในบริเวณบ้านที่ไม่ใช่ห้องส่วนตัวปรากฏออกมาซึ่งตัวดาราส่งผลการกิจการกุศลเองย่อมรู้มกกล้องวงจรปิดที่รายการติดตั้งในบ้านของตนเป็นอย่างดี การกระทำของผู้ผลิตรายการจึงเป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบของความผิดฐานทำให้ได้รับความเดือดร้อนรำคาญหรืออับอาย ด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้การกระทำที่ผู้เสียหายได้สร้างเหตุอันเป็นส่วนหนึ่งของข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิด จึงถือว่าเป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบความผิดที่กฎหมายบัญญัติ⁶⁶

⁶⁶ เพิ่งอ้าง, น.274-275.

2.4 ความหมายและลักษณะของสื่อและสิ่งลามกอนาจารที่ถูกถ่ายไม่ยินยอม

การศึกษาถึงความหมายและลักษณะของสื่อและสิ่งลามกอนาจารแอบถ่ายในทุกมิติเพื่อประโยชน์ในการกำหนดถึงรูปแบบลักษณะของสื่อลามกอนาจารที่กฎหมายรับรองอนุญาตให้ครอบครอง แยกต่างหากจากสื่อและสิ่งลามกอนาจารอีกประเภทที่กฎหมายไม่ยินยอมให้บุคคลครอบครอง ดังเช่น “สื่อลามกอนาจารเด็ก” ในประเทศไทยหากผู้ใดฝ่าฝืนครอบครองไว้จะกลายเป็นความผิดและต้องรับโทษทางอาญาเพื่อให้เหมาะสมกับสภาพของการกระทำและความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงในปัจจุบัน

เนื่องจากประเทศไทยเป็นสังคมที่มีศาสนาเป็นหนึ่งในสถาบันศูนย์รวมจิตใจโดยคำนึงถึงความสำคัญของศีลธรรมอันดีงาม จึงมีความอ่อนไหวอยู่มากหากจะกล่าวถึงเรื่องสื่อลามกอนาจารอย่างเปิดเผย แต่ในปัจจุบันได้มีการนิยามความหมายของคำว่าสื่อลามกอนาจารเด็กไว้ในประมวลกฎหมายอาญาแล้ว ดังนั้น เพื่อเป็นการศึกษาถึงลักษณะของสื่อและสิ่งลามกอนาจารที่ผู้ปรากฏในสื่อถูกละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวโดยการถูกแอบถ่ายจึงต้องพิจารณาความหมายโดยเทียบกับลักษณะของสื่อลามกอนาจารเด็กและสื่อและสิ่งลามกอนาจารโดยทั่วไป ดังนี้

2.4.1 พิจารณาตามตัวอักษร

หากอ้างอิงตามหลักภาษาไทย พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้มีการนิยามความหมายของสื่อลามกอนาจารไว้โดยสรุปได้ดังต่อไปนี้

คำว่า “สื่อ” หากเป็นคำกริยา จะแสดงออกถึงการกระทำในรูปลักษณะของการติดต่อให้ถึงกัน ยกตัวอย่างเช่น การสื่อความหมายหรือการชักนำให้รู้จักกัน คำว่า “สื่อ” หากเป็นคำนามจะเป็นการนิยามให้เห็นภาพในเชิงของความหมาย ยกตัวอย่างเช่น กุหลาบแดงเป็นสื่อที่แสดงออกถึงความรักหรือในกรณีของคำใช้เรียกแทนผู้ที่ทำหน้าที่ชักนำหญิงชายให้มีจิตประติพัทธ์สนิทสนมรักใคร่กันว่า พ่อสื่อหรือแม่สื่อ คำว่า “สื่อ” หากเป็นคำนามที่แสดงให้เห็นถึงคุณค่าในทางศิลปะ ยกตัวอย่างเช่น สื่อผสม ซึ่งเป็นการนำเอาวัสดุต่างๆ มาสร้างสรรค์เป็นผลงานศิลปกรรม ให้มีความหมายตามแนวคิดซึ่ง

ศิลปินประสงค์แสดงออกเช่นนั้น เป็นต้น⁶⁷ ส่วนคำว่า “สิ่ง” เป็นคำนามที่หมายถึงของต่างๆ โดยไม่จำกัดว่ามีชีวิตหรือไม่มีชีวิต หรืออีกความหมายหนึ่งที่หมายถึงภาวะความมีความเป็น⁶⁸ นอกจากนี้ยังมีคำว่า “ลักษณะ” ซึ่งหมายถึงสมบัติเฉพาะตัว เช่น ภาพโป๊ปมีลักษณะเป็นสิ่งลามกนอกจากนี้ลักษณะยังอาจหมายความว่าประเภทก็ได้ เช่น สื่อลามกอนาจารมี 2 ลักษณะ คือสื่อลามกเด็กและสื่อลามกผู้ใหญ่ เป็นต้น

คำว่า “ลามก” เป็นคำวิเศษณ์ จะมีความหมายในทางหยาบช้าเลวทราม สกปรก หยาบโลน อันมีลักษณะเป็นที่น่ารังเกียจของคนดีมีศีลธรรม เช่น หนังสือลามก หรือชายนั้นเป็นบุคคลลามก เป็นต้น⁶⁹

คำว่า “อนาจาร” หากเป็นคำนามทั่วไป หมายถึงความประพฤติชั่วหรือความประพฤติที่น่าอับอาย หากเป็นคำนามในทางกฎหมาย อนาจารหมายถึงฐานความผิดอาญาฐานหนึ่ง ซึ่งมีผู้กระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัลโดยเปลือยหรือเปิดเผยร่างกาย หากเป็นคำวิเศษณ์ อนาจารจะมีความหมายว่าลามกน่าบัดสี ทำให้เป็นที่อับอายหรือน่ารังเกียจแก่ผู้อื่นในด้านความดีงาม⁷⁰

นอกจากนี้ยังมีคำที่มีความหมายใกล้เคียงกันกับคำว่าลามกหรืออนาจารอีกอย่างเช่น คำว่า “โป๊” ซึ่งเป็นคำวิเศษณ์มีความหมายว่าเปลือยหรือค่อนข้างเปลือย เช่น รูปโป๊ หรือการมีเจตนาเปิดเผยอวัยวะบางส่วนที่ควรปกปิด เช่น แต่งตัวโป๊อีกด้วย⁷¹

ดังนั้น เมื่อพิจารณาความหมายของคำว่าสื่อลามกอนาจารตามตัวอักษรแล้ว หมายถึงการแสดงออกทางความคิดผ่านผลงานที่ปราศจากการสร้างสรรค์คุณค่าทางศิลปกรรม อันมีลักษณะเป็นที่น่ารังเกียจหรือน่าอับอาย โดยการเปลือยหรือเปิดเผยร่างกายนักแสดงเพื่อจุดมุ่งหมายในการกระตุ้นความต้องการทางเพศ ซึ่งเป็นทางเสื่อมเสียต่อจารีตประเพณีและขนบธรรมเนียมที่ดีงามของไทย แต่ถึง

⁶⁷ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, อ้างคำว่า “สื่อ.”

⁶⁸ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, อ้างคำว่า “สิ่ง.”

⁶⁹ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, อ้างคำว่า “ลามก.”

⁷⁰ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, อ้างคำว่า “อนาจาร.”

⁷¹ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, อ้างคำว่า “โป๊.”

อย่างไรคำว่า “ตามก” คำว่า “อนาจาร” และคำว่า “โป้” ยังคงมีความหมายที่คล้ายคลึงหรือใกล้เคียงกันอยู่มาก จึงมีการใช้อย่างสับสนปะปนกันอยู่ในปัจจุบัน ดังนั้น จึงจำเป็นต้องศึกษาความหมายเพื่อแบ่งแยกความแตกต่างของสื่อลามกอนาจารที่ผู้ปรากฏในสื่อถูกแอบถ่ายต่อไป

คำว่า “แอบ” เป็นคำกริยาที่สื่อความหมายถึงการทำโดยไม่ให้ผู้อื่นรู้เห็นโดยอาการต่างๆ เช่น แอบดู⁷² ส่วนคำว่า “ถ่าย” นั้นมีได้ทั้งคำกริยาที่เป็นลักษณะของการถ่ายรูป คือการบันทึกภาพโดยวิธีให้แสงจากสิ่งที่จะถ่ายไปลงบนแผ่นวัสดุเช่นฟิล์ม⁷³ หรือถ่ายภาพยนตร์ คือบันทึกภาพให้ต่อเนื่องกันบนฟิล์มแถบยาวๆ เมื่อฉายด้วยเครื่องฉายไปบนจอ จะมองเห็นภาพนั้นเคลื่อนไหวได้เหมือนจริง⁷⁴ เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีคำที่มีความหมายใกล้เคียงกันกับคำว่าแอบถ่ายอีก เช่นคำว่า “ถ้ามอง” ซึ่งเป็นคำกริยาที่มีความหมายว่าการแอบดูตามรูหรือตามช่อง เพื่อดูว่าผู้อื่นทำกิจธุระส่วนตัวอะไร โดยมักเรียกผู้ที่มีพฤติกรรมเช่นนี้ว่าพวกถ้ามองอีกด้วย⁷⁵ ดังนั้น “ผู้ถูกแอบถ่าย” จึงหมายถึง ผู้ที่ถูกแอบดูและถูกบันทึกภาพที่แอบดูได้นั้นไปโดยผู้ที่ไม่ประสงค์ดี ในขณะที่ผู้ที่ถูกแอบดูและถูกแอบถ่ายนั้นไม่รู้ตัว

2.4.2 พิจารณาตามบทบัญญัติกฎหมาย ตามแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาศาลฎีกา และความเห็นของนักกฎหมาย

เพื่อให้ทราบถึงความหมายของสื่อลามกอนาจารที่ผู้ปรากฏในสื่อถูกแอบถ่ายโดยไม่ยินยอม จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาถึงความหมายของสื่อลามกอนาจารดังกล่าวโดยเทียบเคียงกับความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็กตามบทบัญญัติกฎหมายไทย ประกอบกับแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาศาลฎีกาและความคิดเห็นของนักกฎหมาย

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 มาตรา 3 ให้เพิ่มคำว่า “สื่อลามกอนาจารเด็ก” เป็นอนุมาตรา 17 ของมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายอาญาโดยให้นิยามหมายความว่า “วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุ

⁷² ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, อ้างคำว่า “แอบ.”

⁷³ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, อ้างคำว่า “ถ่ายรูป.”

⁷⁴ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, อ้างคำว่า “ถ่ายภาพยนตร์.”

⁷⁵ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, อ้างคำว่า “ถ้ามอง.”

หรือภาพหญิงเปลือยตลอดร่างซึ่งพอเห็นอวัยวะเพศได้บ้าง ถือได้ว่าเป็นภาพอันลามก ไม่ใช่ภาพศิลปะ ที่แสดงถึงส่วนดีความสมบูรณ์ของร่างกาย (ฎ.3510/2531)⁷⁸

อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 ในชั้นสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ซึ่งประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิ หลายท่านไม่ว่าจะเป็นศาสตราจารย์พิเศษเกียรติจิร วัจนะสวัสดิ์ ศาสตราจารย์พิเศษจรูญ ภักดีธนากุล หรือ ดร.สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ เป็นต้น ได้อภิปรายให้ความเห็นไว้ว่ากรณีที่เป็นเพียงข้อความไม่ได้ เป็นเรื่องราวที่แสดงถึงการกระทำทางเพศ ยังไม่ถือเป็นสื่อลามกอนาจารกรณีนวนิยาย นิยาย วรรณกรรม วรรณคดี หรือเรื่องราวที่มีเจตนาเผยแพร่เพียงเพื่อความบันเทิง เช่น ขุนช้างขุนแผนในบท อัจฉรย์⁷⁹ กรณีนี้ไม่ถือเป็นสื่อลามกอนาจารเพราะมีการใช้ชั้นเชิงทางหลักภาษา บรรยายถ่ายทอด เรื่องราวออกมาให้เกิดอรรถรสที่สร้างสรรค์ทางศิลปะ เพื่อให้ผู้อ่านสามารถจินตนาการเห็นภาพเรื่อง เพศเป็นเรื่องของการเปรียบเทียบอุปมากับสิ่งใกล้เคียงได้อย่างไม่รู้สึกถึงความน่ารังเกียจแตกต่างกับ หนังสือปกขาวของไทยในอดีตซึ่งถือเป็นสื่อลามกอนาจารเนื่องจากเป็นหนังสือที่นำเสนอเรื่องราวการ ร่วมเพศอย่างโจ่งแจ้งชัดเจน โดยใช้คำเรียกพฤติกรรมและอวัยวะในการเสพสมด้วยถ้อยคำ ตรงไปตรงมา ซึ่งถูกมองจากสังคมว่าเป็นสิ่งหยาบโลนและลามกเกิดกำหนดในทางเพศและรวมถึงกรณี การ์ตูนลามกหรือภาพเคลื่อนไหว (animation) แม้ผู้ที่ปรากฏในสื่อจะไม่ใช่มนุษย์จริงคงเป็นแต่เพียง ภาพเสมือนจริงเท่านั้น แต่เมื่อมีเจตนาจะสื่อให้เห็นถึงการกระทำทางเพศเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย ฉบับนี้จึงถือว่าวัตถุหรือสิ่งนั้นเป็นสื่อลามกอนาจารด้วย⁸⁰

⁷⁸ สำนักงานกิจการยุติธรรม, คู่มือและแนวทางการดำเนินการเตรียมความพร้อมในการบังคับใช้ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 24 พ.ศ.2558 (ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก), (2558), น.6-7.

⁷⁹ บทร้อยกรองตามธรรมเนียมนิยมในวรรณคดีไทยที่พรรณนาเพศสัมพันธ์ หรืออาการโห่โลมปฏิโลมของ ตัวละครพระนางโดยใช้กลวิธีการเปรียบเทียบหรือใช้ธรรมชาติเป็นสัญลักษณ์แทน โปรดดู ถาวร สิกขโกศล, เสภา เรื่องขุนช้างขุนแผน ฉบับสมบูรณ์สามภาคและฉบับต่างสำนวน เล่ม ..., (กรุงเทพฯ: ตลาด, 2558), น.12.

⁸⁰ เพิ่งอ้าง, น.7.

ขณะที่รองศาสตราจารย์ณรงค์ ใจหาญ ได้อธิบายความหมายของคำว่า “สิ่งลามก” ไว้โดยสอดคล้องกับคำว่า “สื่อลามก” ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ทั้งสองคำนิยามมีความประสงค์อธิบายให้เห็นถึงความรู้สึกว่าสิ่งใดน่ารังเกียจเป็นของต่ำและนำไปสู่การชั่วร้ายให้เกิดความใคร่ ไม่ว่าจะปรากฏมาในภาพเนื้อหนังของมนุษย์ที่ไร้เสื้อผ้าปกปิด ภาพอวัยวะเพศ ตลอดจนถึงการมีเพศสัมพันธ์ จุดสำคัญคือทั้งสื่อและสิ่งลามกล้วนแล้วแต่ขาดความเป็นศิลปะนั่นคือขาดการปรุงแต่งให้มีความละเอียดประณีตหรือโน้มน้าวใจผู้รับชมให้ห่างไกลจากความรู้สึกกำหนดได้ตั้งแต่ครั้งแรกที่พบเห็นสื่อหรือสิ่งเหล่านั้น⁸¹

2.4.2.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 34 ได้ให้หลักประกันว่า รัฐต้องให้ความคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นผ่านสื่อในรูปแบบต่างๆ แต่ในกรณีที่สื่อ นั้นอาจขัดต่อศีลธรรมพื้นฐานของสังคมอยู่บ้างเช่น การแสดงความคิดเห็นในรสนิยมทางเพศ ผู้กำกับ การแสดงย่อมมีการถ่ายทอดความคิดเห็นผ่านบทบาทของตัวละครและผ่านการแสดงออกทาง ความรู้สึกของนักแสดง เป็นต้นถึงอย่างไรแม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะบัญญัติข้อยกเว้นให้มีการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวได้ โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐเพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น แต่ในกฎหมาย เกี่ยวกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารก็มีเพียงมาตรา 287/1-287/2 ในประมวลกฎหมายอาญาเท่านั้น ที่คุ้มครองเด็กจากการถูกล่วงละเมิดในแสดงเสรีภาพทางความคิดเห็น แต่หาได้มีบทบัญญัติที่คุ้มครอง สิทธิของผู้ถูกละเมิดจากการถูกแอบถ่ายในกฎหมายอื่นแต่อย่างใด

2.4.2.2 ประมวลกฎหมายอาญา

ก่อนความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารจะมาปรากฏเป็นบทบัญญัติในประมวลกฎหมาย อาญาในปี พ.ศ. 2500 นั้น ก่อนหน้านี้ความผิดดังกล่าวได้ปรากฏมีมาตั้งแต่ครั้งกฎหมายลักษณะอาญา ในปี ร.ศ. 127 แล้ว ในส่วนที่ 6 ที่ว่าด้วยความผิดที่กระทำอนาจาร หมวดที่ 1 ความผิดฐานกระทำ

⁸¹ ณรงค์ ใจหาญ, “ความหมายของ “สิ่งลามก” ในกฎหมาย,” วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 2, ปีที่ 16, น. 126(เมษายน 2531).

อนาจารอันเกี่ยวแก่สาธารณชน มาตรา 240 “ผู้ใดเอารูปภาพ หรือสมุด หรือสิ่งใดใดอันมีลักษณะเป็นของลามกอนาจารออกขายหรือทอดตลาดก็ดี หรือเอาของลามกอนาจารที่ว่ามานั้นแสดงโดยเปิดเผยแก่สาธารณชนก็ดี ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษานุโทษเป็นสมฐานคือ ฐานหนึ่งให้จำคุกไม่เกินกว่าหกเดือน ฐานหนึ่งให้ปรับไม่เกินกว่าห้าร้อยบาท ฐานหนึ่งให้ลงโทษทั้งจำทั้งปรับเช่นว่ามาแล้วด้วยกัน”

ต่อมา เนื่องจากประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีในข้อตกลงระหว่างประเทศจึงได้มีการตราพระราชบัญญัติปรมการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุลามก พ.ศ. 2471⁸² แม้ว่าปัจจุบันพระราชบัญญัตินี้คงล้าสมัยได้ถูกยกเลิกไปตั้งแต่ พ.ศ. 2546 เนื่องจากเหตุผลที่ว่าในอดีตที่ผ่านมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2457 ถึง พ.ศ. 2510 มีการประกาศใช้บังคับกฎหมายเป็นจำนวนมาก และไม่มีกรยกเลิกอย่างเป็นระบบ เพื่อมิให้เกิดการสับสนในการใช้กฎหมาย จึงสมควรให้มีการยกเลิกพระราชบัญญัติปรมการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุลามก พ.ศ. 2471 ตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติยกเลิกกฎหมายบางฉบับที่ไม่เหมาะสมกับกาลปัจจุบัน พ.ศ. 2546⁸³ แต่ถึงกระนั้นพระราชบัญญัติที่ถูกลบไปดังกล่าวก็มีความสอดคล้องเกี่ยวข้องกับกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 อยู่หลายส่วนที่ต้องหยิบยกนำมาศึกษา กล่าวคือ

มาตรา 3 บัญญัติว่า “ผู้ใดเพื่อประโยชน์หรือในทางค้าขาย จำเอนหรือแสดงอวดแก่สาธารณชน บังอาจทำ ทำให้มีขึ้น มีไว้ในครอบครอง นำหรือตั้งเข้ามาจากต่างประเทศ ส่งออกไปนอกประเทศ พาไป ทำให้แพร่หลาย ให้ยืม หรือยังผู้อื่น ให้นำหรือตั้งเข้ามาจากต่างประเทศ ส่งออกไปนอกประเทศหรือพาไปซึ่งหนังสืออันบุคคลแต่งขึ้น ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ขึ้น รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ที่ลามกหรือวัตถุอันลามกอย่างอื่นก็ดี หรือประกอบกิจกรรม

⁸² พระราชบัญญัติปรมการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุลามก พ.ศ. 2471, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 45(29 กรกฎาคม 2471), น.114-116.

⁸³ พระราชบัญญัติยกเลิกกฎหมายบางฉบับที่ไม่เหมาะสมกับกาลปัจจุบัน พ.ศ. 2546, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 120 ตอนที่ 109 ก(4 พฤศจิกายน 2546).

หรือมีส่วนในกิจกรรมเกี่ยวกับวัตถุหรือสิ่งอันลามกดังกล่าวแล้วในทางสาธารณะหรือในส่วนเอกชนที่ดี ท่านว่ามีความผิดต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 240 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา”

มาตรา 4 บัญญัติว่า “ผู้ใดเพื่อจะช่วยให้แพร่หลายหรือช่วยในการค้าวัตถุอันลามก ดังระบุไว้ในมาตราก่อน บังอาจประกาศโฆษณาหรือทำให้ทราบทั่วกันไปว่ามีบุคคลทำให้แพร่หลาย หรือทำการค้าขายวัตถุซึ่งวัตถุเช่นนี้ก็ดี หรือประกาศโฆษณาหรือทำให้ทราบกันไปโดยตรงหรือโดย ทางอ้อมก็ดีว่าบุคคลอาจหาวัตถุอันลามกดังกล่าวนั้นได้โดยวิธีใด ฉะนั้นท่านว่ามีความผิดต้องระวาง โทษตามที่บัญญัติไว้ในมาตราก่อน”

เมื่อมีการร่างประมวลกฎหมายอาญาในช่วงก่อนหน้า พ.ศ. 2500 คณะอนุกรรมการตรวจ พิจารณาร่างแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาได้มีมตินำพระราชบัญญัติปรามการทำให้แพร่หลาย และการค้าวัตถุลามก พ.ศ. 2471 ซึ่งมี 2 มาตรามาร่างรวมไว้ด้วยกันกับมาตรา 240 แห่งกฎหมายลักษณะ อาญา ร.ศ. 127 ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น⁸⁴ จึงทำให้บทบัญญัติเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารในปัจจุบัน ตามประมวลกฎหมายอาญาลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ มาตรา 287 โดยมีสาระสำคัญเกี่ยวกับการ กระทำที่ต้องห้ามดังนี้คือ

1. ห้ามมิให้ผู้ใดทำ ผลิต มีไว้ นำเข้าหรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ ส่งออกไปนอกราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไปหรือทำให้แพร่หลายโดยประการใดๆ ซึ่งสิ่งอันใด อันลามก ไม่ว่าจะเป็นเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่ายภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง หรือแถบบันทึกภาพ

2. ห้ามมิให้ผู้ใดประกอบการค้า หรือมีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้าเกี่ยวกับวัตถุสิ่งของ ลามก ตลอดจนถึงห้ามขายแจกหรือแสดงออกแก่ประชาชน หรือให้เช่าวัตถุหรือสิ่งของลามกนั้น

⁸⁴ คณะกรรมการกฤษฎีกา, “รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา” ในรายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 46, 147/2482 วันอังคารที่ 31 ตุลาคม 2482, น.2-8.

3. ห้ามมิให้ผู้ใดโฆษณาหรือโฆษณาโดยประการใดๆ ว่ามีบุคคลกระทำความผิดดังกล่าว หรือโฆษณาหรือโฆษณาโดยประการใดๆ ว่าสิ่งของลามกนั้นจะหาได้จากบุคคลใด เพื่อจะช่วยให้แพร่หลาย⁸⁵

โดยประมวลกฎหมายอาญากำหนดความผิดไว้หากผู้ใดฝ่าฝืนกระทำความผิดระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558 ได้เพิ่มบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองเด็กจากอันตรายที่จะเกิดขึ้นจากสื่อลามกอนาจาร ไว้ในมาตรา 287/1 และมาตรา 287/2 ของลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ แห่งประมวลกฎหมายอาญา⁸⁶ ด้วย ดังนี้

มาตรา 287/1 “ผู้ใดครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศ สำหรับตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

⁸⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 “ผู้ใด

(1) เพื่อความประสงค์แห่งการค้า หรือโดยการค้า เพื่อการแจกจ่ายหรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน ทำผลิต มีไว้ นำเข้าหรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกไปนอกราชอาณาจักร พาไป หรือยังให้พาไปหรือทำให้แพร่หลายโดยประการใด ๆ ซึ่งเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพหรือสิ่งอื่นใดอันลามก

(2) ประกอบการค้า หรือมีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้าเกี่ยวกับวัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้ว จำหน่ายหรือแสดงอวดแก่ประชาชน หรือให้เช่าวัตถุหรือสิ่งของเช่นนั้น

(3) เพื่อจะช่วยให้แพร่หลาย หรือการค้าวัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้ว โฆษณาหรือโฆษณาโดยประการใด ๆ ว่ามีบุคคลกระทำการอันเป็นความผิดตามมาตรานี้ หรือโฆษณาหรือโฆษณาว่าวัตถุ หรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้วจะหาได้จากบุคคลใด หรือโดยวิธีใด

ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”.

⁸⁶ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 132 ตอนที่ 86 ก (8 กันยายน 2558), น.84-86.

ถ้าผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งส่งต่อซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กแก่ผู้อื่น ต้องระวางโทษ จำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

มาตรา 287/2 “ผู้ใด

(1) เพื่อความประสงค์แห่งการค้า หรือโดยการค้า เพื่อการแจกจ่ายหรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน ทำ ผลิต มีไว้ นำเข้าหรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกไปนอกราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไปหรือทำให้แพร่หลายโดยประการใดๆ ซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็ก

(2) ประกอบการค้า หรือมีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้าเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก แจกจ่ายหรือแสดงอวดแก่ประชาชนหรือให้เข้าสื่อลามกอนาจารเด็ก

(3) เพื่อจะช่วยให้แพร่หลาย หรือการค้าสื่อลามกอนาจารเด็กแล้ว โฆษณาหรือโฆษณาโดยประการใดๆ ว่ามีบุคคลกระทำการอันเป็นความผิดตามมาตรา 287 หรือโฆษณาหรือโฆษณาว่าสื่อลามกอนาจารเด็กดังกล่าวแล้วจะหาได้จากบุคคลใด หรือโดยวิธีใด

ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงสองแสนบาท”

ทั้งยังกำหนดบทนิยามความหมายของคำว่า “สื่อลามกอนาจาร” ไว้ในมาตรา 1 อนุมาตรา 17 ให้หมายความถึง “วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้รู้หรือเห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปี โดยรูป เรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางลามกอนาจาร ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพ หรือรูปแบบอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน และให้หมายความรวมถึงวัตถุหรือสิ่งต่างๆ ข้างต้นที่จัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้” อีกด้วย

กล่าวโดยสรุป บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287 นี้มีความมุ่งประสงค์ที่จะกำหนดความรับผิดอาญาสำหรับผู้ใดที่มีวัตถุประสงค์ทางการค้า แจกจ่าย หรือโฆษณาซึ่งสื่อลามกอนาจารนั้น ดังนั้น การครอบครองไว้โดยสงบอย่างเป็นส่วนตัวย่อมไม่มีความผิดแต่อย่างใด เว้นเสียแต่ว่าสื่อลามกอนาจารที่ครอบครองนั้นมีเด็กเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องด้วยจึงจะกลายเป็นความผิด เหตุผลที่เป็นเช่นนี้เพราะบทบัญญัติความผิดมาตรา 287 มีวัตถุประสงค์สำคัญในการคุ้มครองศีลธรรมอันดีของ

ประชาชนในสังคมเมืองพุทธ ไม่ให้ตกไปเป็นทาสของวัตถุมอมเมากิเลสของคนในสังคมอย่างเสรี โดยที่รัฐปล่อยผ่านไม่เข้ามามีบทบาทในการควบคุมใดๆ รัฐจึงทำได้ดีที่สุดคือการออกกฎหมายสกัดกั้น ไม่ให้มีการผลิตได้โดยง่าย แม้หากผลิตได้สำเร็จแล้วการครอบครองไว้ก็ย่อมไม่มีความผิดฐานมีไว้ในครอบครองซึ่งสื่อลามกอนาจารแต่อย่างใด เพราะรัฐถือว่าการครอบครองดังกล่าวมีผลกระทบต่อ เรื่องศีลธรรมในทางส่วนตัวผู้ครอบครองซึ่งเป็นจุดเล็กๆ ของสังคมเท่านั้น⁸⁷ อดีตจนถึงปัจจุบันการมีสื่อลามกอนาจารไว้ในครัวเรือนรัฐจึงไม่ถือเป็นความผิดกฎหมายแต่อย่างใด แต่เมื่อรัฐมีการกำหนด บทบัญญัติความคิดเกี่ยวกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพิ่มขึ้นมาจึงมีประเด็นที่น่าพิจารณาว่า การครอบครองสื่อลามกอนาจารประเภทแอบถ่ายแม้มีไว้เป็นการส่วนตัว แต่ผู้ปรากฏในสื่อมิได้รับรู้ยินยอมและยังคงได้รับความเสียหายอยู่ตราบใดที่สื่อลามกอนาจารดังกล่าวยังไม่ได้ถูกทำลายไป ประมวลกฎหมายอาญาก็สมควรที่จะเพิ่มบทบัญญัติเพื่อกำหนดความผิดอาญาแก่การครอบครองสื่อลามกอนาจารแอบถ่ายโดยส่วนตัวไว้เช่นเดียวกัน

2.4.2.3 พระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมสื่อลามกอนาจาร

ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเองได้มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมสื่อลามกอนาจารไว้ ดังนี้

1) พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560

ปัจจุบันการกระทำความผิดเกี่ยวกับการเผยแพร่สื่อลามกอนาจารผ่านระบบคอมพิวเตอร์ มีความสะดวกรวดเร็วเป็นวงกว้าง โดยอาศัยรูปแบบระบบเทคโนโลยีที่สลับซับซ้อนการป้องกัน และปราบปรามโดยเจ้าหน้าที่รัฐจึงกระทำได้ยากยิ่งขึ้น ด้วยเหตุเพราะพัฒนาการทางเทคโนโลยีนั้นมีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วและเมื่อมีการจัดตั้งกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคมซึ่งมีภารกิจ ในการกำหนดมาตรฐานและมาตรการในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ รวมทั้งการเฝ้าระวัง และติดตามสถานการณ์ด้านความมั่นคงปลอดภัยของเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารของ

⁸⁷ คณะกรรมการกฤษฎีกา, “รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา” ในรายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 47, 150/2482 วันเสาร์ที่ 4 พฤศจิกายน 2482, น.2.

ประเทศ การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 จึงมีโอกาที่จะสามารถกระทำได้ให้เป็นไปอย่างเป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้น การตีความว่าการครอบครองสื่อลามกอนาจารแอบถ่ายไว้อย่างเป็นส่วนตัวมีความผิดอาญาตามพระราชบัญญัตินี้หรือไม่นั้นจำเป็นต้องพิจารณาจากมาตรา 14 อนุมาตรา 4 กล่าวคือ ผู้ใดนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้⁸⁸

การนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามก โดยคำว่าลามกในที่นี้อาจเทียบเคียงได้กับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว⁸⁹ ส่วนคำว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ องค์กรประกอบในความผิดฐานนี้จะยังคงไม่มีความผิดจนกว่าลักษณะการนำเข้านั้นประชาชนทั่วไปจะสามารถเข้าถึงได้ เช่น การจัดทำเว็บไซต์เพื่อเผยแพร่ภาพหรือคลิปวิดีโอที่ได้มาจากการแอบถ่ายโดยเฉพาะ⁹⁰ จึงจะถือว่าผู้กระทำความผิดฐานนี้เป็นต้น

2) พระราชบัญญัติจัดแจ้งการพิมพ์ พ.ศ. 2550

สืบเนื่องจากก่อนหน้านี้มีพระราชบัญญัติการพิมพ์ พ.ศ. 2484 ประกาศใช้มาก่อนแล้วต่อมาจึงมีคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 5 ลงวันที่ 5 ตุลาคม พ.ศ. 2519 และคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 36 ลงวันที่ 21 ตุลาคม พ.ศ. 2519 ซึ่งถือเป็นการตรึงเสรีภาพการแสดงความคิดเห็นและการรับรู้ข่าวสารของประชาชนอย่างยิ่ง เพราะใจความสำคัญของคำสั่งทั้งสองมีการกำหนดให้หนังสือพิมพ์รายวัน และสิ่งตีพิมพ์ต่อประชาชนอื่นๆ ที่เสนอข่าวและข้อเขียน

⁸⁸ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 มาตรา 14 “ผู้ใดกระทำความผิดที่ระบุไว้ดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(4) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใดๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้”.

⁸⁹ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 28.

⁹⁰ สำนักเลขาธิการคณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ, แนวทางการจัดทำกฎหมายอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์, (กรุงเทพมหานคร: NECTEC, 2546), น.33.

แสดงความคิดเห็นทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศหยุดทำการ จนกว่าคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินจะมีคำสั่งเป็นอื่น

ด้วยกาลสมัยที่เปลี่ยนแปลงไปพระราชบัญญัติจัดการพิมพ์ พ.ศ. 2550 ซึ่งเป็นฉบับที่บังคับอยู่ในปัจจุบันจึงจัดทำขึ้นเพื่อวางหลักเกณฑ์ในการรับจดทะเบียนการพิมพ์เป็นหลักฐานให้ทราบว่าผู้ใดเป็นผู้พิมพ์ผู้โฆษณา บรรณาธิการหรือเจ้าของกิจการหนังสือพิมพ์เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบของประชาชนผู้ที่ได้รับความเสียหายในการฟ้องร้องดำเนินคดีในกรณีที่บุคคลดังกล่าวกระทำความผิดกฎหมายอันเนื่องมาจากการเป็นผู้พิมพ์ผู้โฆษณา บรรณาธิการ หรือเจ้าของกิจการหนังสือพิมพ์ แม้พระราชบัญญัตินี้จะมีได้มีบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองสื่อลามกอนาจารที่เกิดจากการล่วงละเมิดแอบถ่ายไว้โดยเฉพาะ แต่ก็ได้บัญญัติควบคุมสื่อสิ่งพิมพ์ที่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนไว้ในมาตรา 10⁹¹ แต่ถึงกระนั้น มาตราดังกล่าวก็หาได้บัญญัติถึงสื่อลามกอนาจารไว้โดยตรงจึงอาจตีความได้ว่าความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนได้ค่อนข้างกว้าง

3) พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551

วัตถุประสงค์ที่สำคัญของพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 คือเพื่อควบคุมการฉายภาพยนตร์ที่ในบางเรื่องมีฉากที่แสดงถึงการชู้ชวนหรือส่งเสริมสนับสนุนให้มีการละเมิดศีลธรรม หรือฉากที่มีการอธิบายถึงการกระทำในทางเพศอย่างชัดแจ้ง อันเป็นการขัดต่อความสงบ

⁹¹ พระราชบัญญัติจัดการพิมพ์ พ.ศ. 2550 มาตรา 10 “ให้ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติมีอำนาจออกคำสั่งโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษาห้ามส่งเข้าหรือนำเข้าเพื่อเผยแพร่ในราชอาณาจักร ซึ่งสิ่งพิมพ์ใดๆ ที่เป็นการหมิ่นประมาท ดูหมิ่นหรือแสดงอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาทหรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ หรือจะกระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หรือความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยจะกำหนดเวลาห้ามไว้ในคำสั่งดังกล่าวด้วยก็ได้

การออกคำสั่งตามวรรคหนึ่ง ห้ามมิให้นำข้อความที่มีลักษณะที่เป็นการหมิ่นประมาท ดูหมิ่นหรือแสดงอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาทหรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์หรือข้อความที่กระทบต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนมาแสดงไว้ด้วย

สิ่งพิมพ์ที่เป็นการฝ่าฝืนวรรคหนึ่ง ให้ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติมีอำนาจจับและทำลาย”.

เรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ด้วยวิทยาการสมัยใหม่ทำให้เกิดวัสดุที่สามารถบันทึกได้ทั้งภาพและเสียงในลักษณะต่อเนื่องกัน เช่นซีดีรอม (CD Rom) เป็นต้น ทำให้เกิดธุรกิจบริการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายวัสดุเหล่านี้พระราชบัญญัตินี้จึงควบคุมความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจากวัสดุที่มีเนื้อหาที่อาจกระทบต่อความมั่นคงไว้ในมาตรา 23⁹² และได้กำหนดโทษแก่ผู้ฝ่าฝืนไว้ในมาตรา 77⁹³ แต่ถึงอย่างไรบทบัญญัติทั้งสองมาตรานี้ก็มีได้บัญญัติอธิบายลักษณะเนื้อหา ลามกอนาจารไว้ ให้มีความแตกต่างไปจากความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การพิจารณาว่าผู้สร้างภาพยนตร์ดำเนินการสร้างโดยมีเนื้อหาที่สื่อเจตนาไปทางลามกอนาจารหรือไม่ จึงต้องตีความว่าเนื้อหานั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่แต่เพียงอย่างเดียว

4) ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามสิ่งชั่วร้ายพฤติกรรมอันตราย พ.ศ.

เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาไม่สามารถบังคับใช้กับการควบคุมสื่อลามกอนาจารได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่าที่ควร ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามสิ่งชั่วร้ายพฤติกรรมอันตราย พ.ศ. จึงกำหนดขั้นตอนของการป้องกันและปราบปรามรายละเอียด เช่น สื่อลามกอนาจารที่มีการกระทำวิปริตทางเพศการแอบถ่ายโดยผู้ถูกแอบถ่ายมิได้รับรู้และยินยอมด้วย ย่อมถือเป็นการข่มขืนใจอยู่ในตัวโดยการตีความ แม้ผู้แอบถ่ายจะมีได้ใช้กำลังบังคับขู่เข็ญทางกายภาพก็ตามที่⁹⁴ ดังนั้นสิ่งที่ได้จาก

⁹² พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 “ผู้สร้างภาพยนตร์ต้องดำเนินการสร้างภาพยนตร์ในลักษณะที่ไม่เป็นการบ่อนทำลาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรืออาจกระทบกระเทือนต่อความมั่นคง และเกียรติภูมิของประเทศไทย”

⁹³ พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 “ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 23 วรรคหนึ่ง หรือนำภาพยนตร์ตามมาตรา 26 (7) ออกเผยแพร่ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁹⁴ ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามสิ่งชั่วร้ายพฤติกรรมอันตราย พ.ศ. มาตรา 3 “ในพระราชบัญญัตินี้

“การกระทำวิปริตทางเพศ” หมายความว่า ความสัมพันธ์หรือการกระทำทางเพศในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(3) โดยการบังคับขู่เข็ญหรือข่มขืนใจ”

การแอบถ่ายแม้ภายหลังจะปรากฏในรูปลักษณะของเอกสาร ภาพ สิ่งพิมพ์ เครื่องหมาย หรือรูปรอยใดๆ ย่อมเป็นการกระดุนส่งเสริมหรือช่วยเหลือผู้รับชมมีแบบอย่างในการกระทำที่มีลักษณะวิปริตทางเพศต่อไปได้⁹⁵

ทั้งนี้ ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้บัญญัติความผิดจากการทำ ผิด หรือมีไว้ในครอบครอง ซึ่งสิ่งช่วยพฤติกรรมอันตราย ซึ่งรวมถึงสื่อลามกอนาจารการที่ปรากฏลักษณะกระทำวิปริตในทางเพศ โดยผู้กระทำความผิดจะต้องมีเจตนาเพื่อการแจกจ่าย เพื่อการแสดงอวด หรือเพื่อเผยแพร่แก่ประชาชน ด้วยตามมาตรา 18 วรรคแรก⁹⁶ ดังนั้นการมีไว้เพื่อประโยชน์ของทางราชการ หรือเพื่อประโยชน์ทางการศึกษาจึงไม่ถือเป็นความผิดตามมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัตินี้⁹⁷

นอกจากนี้ ร่างพระราชบัญญัตินี้ได้บัญญัติถึงความผิดของผู้ให้บริการคอมพิวเตอร์ อย่างเช่นร้านอินเทอร์เน็ตคาเฟ่ที่เด็กเยาวชนและประชาชนทั่วไปสามารถเข้าถึงได้ หากรู้ว่ามีสิ่งช่วยพฤติกรรมอันตรายและมีได้กำจัดออกเสียจากคอมพิวเตอร์ในความควบคุมดูแลของตนย่อมมีความผิดด้วยเช่นกันตามมาตรา 22 แต่ถ้าเป็นกรณีที่ผู้ให้บริการครอบครองไว้ในเครื่องคอมพิวเตอร์ส่วนตัวที่

⁹⁵ ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามสิ่งช่วยพฤติกรรมอันตราย พ.ศ. มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

“สิ่งช่วยพฤติกรรมอันตราย” หมายความว่า เอกสาร ภาพ สิ่งพิมพ์ รูป รอย เครื่องหมาย รูปถ่ายภาพยนตร์ เสียงหรือถ้อยคำ ข้อความ ข้อมูล หรือสิ่งใด ๆ ที่กระดุน ส่งเสริมหรือช่วยเหลือ โดยประการที่น่าจะก่อให้เกิด...

(1) การกระทำวิปริตทางเพศ”

⁹⁶ ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามสิ่งช่วยพฤติกรรมอันตราย พ.ศ. มาตรา 18 วรรคแรก“ผู้ใดทำ ผิด หรือมีไว้ในครอบครอง ซึ่งสิ่งช่วยพฤติกรรมอันตรายเพื่อการแจกจ่าย เพื่อการแสดงอวด หรือเพื่อเผยแพร่แก่ประชาชน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงห้าปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงห้าแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁹⁷ ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามสิ่งช่วยพฤติกรรมอันตราย พ.ศ. มาตรา 18 วรรคท้าย “ถ้าการกระทำตามมาตรานี้เป็นไปเพื่อการศึกษา การแพทย์ หรือการวิจัยทางวิทยาศาสตร์ รวมถึงการกระทำที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ของทางราชการ ไม่ถือว่าเป็นความผิดตามพระราชบัญญัตินี้”

บุคคลทั่วไปไม่สามารถเข้าถึงได้ และไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อการแจกจ่าย แสดงอวด หรือเผยแพร่ที่ย่อมไม่มีความผิดตามพระราชบัญญัตินี้

2.5 ความหมายของการครอบครองและลักษณะของการครอบครอง

การกำหนดความผิดอาญาในการครอบครองสื่อลามกอนาจารนั้น มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาถึงความหมายและลักษณะของการครอบครอง เพื่อให้ทราบถึงขอบเขตที่เหมาะสมในการกำหนดความผิดอาญาแก่การครอบครองสื่อลามกอนาจารโดยที่ผู้ปรากฏในสื่อถูกแอบถ่ายโดยไม่ยินยอม ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมจึงจำเป็นต้องมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองและจำกัดสิทธิครอบครองในทรัพย์สินส่วนบุคคลขึ้น ประเทศไทยมีบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดสิทธิครอบครองในทรัพย์สินปรากฏอยู่ในกฎหมายหลายฉบับทั้งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายอาญา และในพระราชบัญญัติต่างๆ ซึ่งอาจใช้ถ้อยคำแตกต่างกันออกไป ดังนั้น เพื่อให้ทราบถึงความหมายและลักษณะของการครอบครองที่เหมาะสมจะนำมาใช้ในการกำหนดความผิดอาญาแก่การครอบครองสื่อลามกอนาจารโดยที่ผู้ปรากฏในสื่อถูกแอบถ่ายโดยไม่ยินยอม จึงต้องพิจารณาถึงความหมายและลักษณะของการครอบครองดังต่อไปนี้

2.5.1 ความหมายของการครอบครองพิจารณาตามตัวอักษร

คำว่า “ครอบครอง” ในภาษาไทย หมายถึง การยึดถือไว้หรือการมีสิทธิปกครองโดยเจตนาจะยึดถือเพื่อตน ทั้งนี้จะยึดถือไว้เองหรือบุคคลอื่นยึดถือไว้แทนก็ได้⁹⁸ สามารถเทียบเคียงได้กับคำว่า “Possession” ในภาษาอังกฤษตาม Oxford Dictionary ซึ่งหมายถึง อำนาจอย่างชัดแจ้งหรือการควบคุมเหนือสิ่งหนึ่งสิ่งใดซึ่งแตกต่างไปจากกรรมสิทธิ์ตามกฎหมาย⁹⁹ ความหมายของการครอบครอง

⁹⁸ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, อ้างคำว่า “ความยินยอม.”

⁹⁹ Visible power or control over something, as distinct from lawful ownership; holding or occupancy as distinct from ownership.

เมื่อพิจารณาตามตัวอักษรภาษาอังกฤษและภาษาไทยแล้วจึงสรุปความได้ว่า การควบคุมยี่ห้อหนึ่งไว้ด้วย
กายภาพหรืออุดมคติอย่างเป็นเจ้าของตามสภาพความเป็นจริง

2.5.2 ความหมายของการครอบครองพิจารณาตามตัวบทกฎหมายและตามแนวคำพิพากษาของ ศาลฎีกา

เนื่องจากกฎหมายไทยมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการครอบครองปรากฏอยู่ทั้งในประมวล
กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายอาญา และในแนวคำพิพากษาศาลฎีกา ดังนั้น ในการ
พิจารณาถึงความหมายของการครอบครองโดยพิจารณาตามตัวบทกฎหมายและแนวทางของ
คำพิพากษาศาลฎีกาจึงต้องแยกแยะวัตถุประสงค์ของการครอบครองในทางแพ่งกับการครอบครอง
ในทางอาญาออกจากกัน ดังนี้

2.5.2.1 แนวคิดการครอบครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้นิยามความหมายของคำว่าครอบครองไว้ คงมี
เพียงแต่มาตรา 1367 บัญญัติว่า “บุคคลใดยึดถือทรัพย์สินโดยเจตนาจะยึดถือเพื่อตน ท่านว่าบุคคลนั้น
ได้ซึ่งสิทธิครอบครอง” โดยหลักกฎหมายดังกล่าวมีสาระสำคัญ 2 ประการ คือความมีเจตนาและการ
ยึดถือ โดยเจตนาจะยึดถือเพื่อตนนั้นเป็นเจตนาตั้งต้นก่อนการได้มาซึ่งทรัพย์สิน ซึ่งกลายเป็นเจตนา
ครอบครองเมื่อได้ทรัพย์สินแล้วในเวลาต่อมา โดยตลอดเวลาของการมีเจตนาครอบครองก็จะมีเจตนา
เป็นเจ้าของคอยหวงกันทรัพย์สินแต่เพียงผู้เดียวเพิ่มเข้ามาอีกเจตนาหนึ่งด้วย¹⁰⁰ ทั้งนี้ แม้ผู้มีสิทธิ
ครอบครองจะไม่ได้ครอบครองทรัพย์สินด้วยเจตนาเป็นเจ้าของ หรือมีผู้อื่นคอยยึดถือทรัพย์สินดังกล่าว
ไว้แทนแล้วก็ตาม แต่ถ้าหากบุคคลมีเจตนาจะยึดถือทรัพย์สินนั้นไว้เพื่อตนเมื่อใด เขาก็ย่อมมีสิทธิ
ครอบครองในทรัพย์สินดังกล่าวแล้วเมื่อนั้นโดยปราศจากข้อสงสัย¹⁰¹

¹⁰⁰ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สิน, (พระนคร:
โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2520), น.493. อ้างถึงใน ทรรศนีย์ มีทองคำ, “แนวคิดเรื่อง
การครอบครองในทางอาญาและทางแพ่งตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหาร
การศึกษานิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), น.8.

¹⁰¹ ไพจิตร บุญญพันธุ์, “สิทธิครอบครอง,” วารสารนิติศาสตร์, เล่มที่ 1, ปีที่ 4, น.7 (มิถุนายน 2515).

2.5.2.2 แนวคิดการครอบครองตามประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญาก็มิได้นิยามความหมายของคำว่า “การครอบครอง” ไว้เช่นเดียวกันกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คงมีแต่เพียงบทบัญญัติที่คุ้มครองกรรมสิทธิ์ในความผิดฐานลักทรัพย์ มาตรา 352 และบทบัญญัติที่คุ้มครองทั้งกรรมสิทธิ์และการครอบครองทรัพย์ในความผิดฐานลักทรัพย์ มาตรา 334 แต่ถึงกระนั้นการครอบครองตามประมวลกฎหมายอาญาก็หาได้มีความหมายเช่นเดียวกันกับการครอบครองตามกฎหมายแพ่งไม่ ด้วยเพราะการครอบครองนั้นหมายถึงการมีอำนาจเหนือทรัพย์ตามความเป็นจริง ฉะนั้น จึงไม่ใช่การครอบครองตามความหมายเดียวกันกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะผู้ครอบครองตามกฎหมายแพ่งไม่จำเป็นต้องยึดถือทรัพย์นั้นไว้ด้วยตนเองก็ได้ ดังนั้นผู้ครอบครองทรัพย์แทนผู้อื่นก็เป็นผู้ครอบครองทรัพย์แทนผู้อื่นก็เป็นผู้ครอบครองทรัพย์ตามกฎหมายอาญาได้ด้วยเช่นกัน¹⁰²

แต่นักนิติศาสตร์รุ่นเก่าอย่างหลวงวชิรธรรมเนติกรกลับมีความเห็นว่าการครอบครองตามประมวลกฎหมายอาญานั้นมีความหมายเช่นเดียวกันกับการครอบครองตามกฎหมายแพ่ง แม้ความเห็นดังกล่าวจะไม่ได้ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายเหมือนความคิดเห็นแรก แต่ก็มีการอธิบายเหตุผลไว้อย่างน่าสนใจว่า การครอบครองในทางอาญานั้นต้องอาศัยการครอบครองตามกฎหมายแพ่งเป็นหลักเกณฑ์ โดยการครอบครองนั้นอาจเกิดขึ้นได้ใน 3 ลักษณะ คือ

(1) เจ้าของทรัพย์เป็นผู้ครอบครองทรัพย์นั้นเอง กล่าวคือ นอกจากกรณีที่เจ้าของทรัพย์เป็นผู้ครอบครองทรัพย์นั้นด้วยตนเองตามความหมายตรงตัวแล้ว ยังรวมถึงในกรณีที่ทรัพย์ดังกล่าวหลุดพ้นจากการครอบครองของเจ้าของเป็นการชั่วคราวแต่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์ของเจ้าของยังไม่หลุดพ้นไปด้วย หรือแม้เพียงแต่ในกรณีที่เจ้าของทรัพย์ให้ช่วยดูแลทรัพย์เป็นการชั่วคราวโดยยังมิได้สละการครอบครองให้ ก็ต้องถือว่าการครอบครองยังคงอยู่กับเจ้าของทรัพย์นั้น

(2) ครอบครองโดยได้รับมอบอำนาจจากเจ้าของหรือตัวแทน กล่าวคือ กรณีของผู้รับฝาก ผู้รับจำนำ ผู้เช่า หรือผู้ยืม โดยบุคคลเหล่านั้นย่อมมีการครอบครองทรัพย์โดยการมอบหมายจากเจ้าของหรือตัวแทน

¹⁰² อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 71, น.299.

(3) ครอบครองโดยปริยาย กล่าวคือ กรณีที่บุรุษไปรษณีย์นำหนังสือสำคัญหรือจดหมายมาใส่ไว้ในกล่องที่เจ้าของบ้านติดตั้งไว้หน้าบ้าน เจ้าของบ้านย่อมเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้นโดยปริยายในทันที หรือแม้แต่ในกรณีที่ดอกผลของต้นไม้ตกลงในบริเวณบ้านข้างเคียง ความเป็นเจ้าของของผลไม้ย่อมตกเป็นของเจ้าของบ้านข้างเคียงในทันทีเช่นกัน¹⁰³

2.5.2.3 การครอบครองตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาและความเห็นของนักกฎหมาย

ด้วยความที่กฎหมายไทยมิได้บัญญัตินิยามความหมายของคำว่าครอบครองไว้โดยเฉพาะเจาะจงทั้งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และในประมวลกฎหมายอาญา ดังนั้นการพิจารณาถึงความหมายของการครอบครองจากการให้เหตุผลตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาจึงอาจเป็นอีกช่องทางหนึ่งในการช่วยสร้างความกระจ่างในทางปฏิบัติ

ศาสตราจารย์จิติ ดิงศักดิ์ย์ ได้ให้ความเห็นไว้ในบันทึกท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2069/2527 อย่างน่าสนใจว่า การครอบครองเป็นสิทธิในตัวเองโดยผลของกริยายึดถือด้วยเจตนายึดถือเพื่อตนตามมาตรา 1367 ไม่ต้องอาศัยอำนาจโดยกฎหมายอื่นใดอีก แม้ผู้ที่ยึดถือหรือผู้บุกรุกก็เป็นการครอบครอง และได้สิทธิครอบครองโดยสมบูรณ์ จะมีการครอบครองโดยไม่มีสิทธิครอบครองไม่ได้ ใครจะเอาคืนได้อย่างไรก็ต้องอาศัยสิทธิที่ดีกว่า หากผู้ยึดถือเพื่อตนที่ครอบครองในปัจจุบันไม่มีสิทธิครอบครองมิได้¹⁰⁴ นอกจากนี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1367 ใช้คำว่าสิทธิครอบครอง ส่วนมาตรา 1380 ใช้คำว่าครอบครอง สิทธิครอบครองกับการครอบครองเป็นอันเดียวกัน เพียงแต่ว่าเมื่อกล่าวในแง่สิทธิของผู้ครอบครองเรียกว่าสิทธิครอบครองหาใช่ว่าสิทธิครอบครองทางแพ่งต่างกับการครอบครองทางอาญาแต่ประการใดไม่¹⁰⁵

¹⁰³ หลวงวุฒิชัยธรรมเนติกร, ประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2, (2502), น.44-48.อ้างถึงใน มินฉวี ฉัตรจินดา, “ความรับผิดชอบของผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขากฎหมายอาญา, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), น.45.

¹⁰⁴ จิติ ดิงศักดิ์ย์, รวมหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกา: กฎหมายอาญา, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), น.215.

¹⁰⁵ อั้งแล้ว เจริญรถที่ 74, น.542.

2.5.3 ลักษณะของการครอบครองที่ต้องห้ามตามกฎหมาย

การครอบครองที่ต้องห้ามตามกฎหมายนั้น แบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะการครอบครอง ลักษณะแรกคือการครอบครองไว้เพื่อประโยชน์ส่วนตัวโดยมิได้มีมูลเหตุจูงใจเพื่อแจกจ่ายหรือมีวัตถุประสงค์ในทางการค้าแต่อย่างใดแต่ถึงกระนั้นการครอบครองไว้ก็ยังคงเป็นสิ่งที่ต้องห้ามด้วยกฎหมาย เนื่องจากถือได้ว่าเป็นการยอมรับสนับสนุนให้มีการทำหรือผลิตสิ่งผิดกฎหมายนั้นออกมามากยิ่งขึ้น ทั้งนี้ ผู้ครอบครองจะต้องรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าทรัพย์สินที่ครอบครองนั้นเป็นทรัพย์สินที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดหากมีการครอบครองด้วย ได้แก่ ความผิดฐานมิไว้ใจในครอบครองซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็ก ตามมาตรา 287/1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เพื่อป้องกันการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก อันเป็นปัจจัยที่ก่อให้เกิดการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กและส่งผลกระทบต่อสวัสดิภาพของเด็ก ความผิดฐานมิไว้ใจในครอบครองซึ่งสัตว์ป่าสงวนและสัตว์ป่าคุ้มครองรวมทั้งซากของสัตว์นั้น ตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535 ด้วยเหตุผลคือสัตว์ป่าต้องมีการขยายพันธุ์ไปพร้อมกันกับการสงวนและคุ้มครอง หากบุคคลภายนอกยังคงยอมรับที่จะครอบครองซึ่งสัตว์ป่าที่ใกล้สูญพันธุ์ไว้ พรานป่าก็จะต้องออกล่าสัตว์คุ้มครองดังกล่าวต่อไป เนื่องจากได้รับการยอมรับสนับสนุนจากภายนอก เป็นต้น

ลักษณะต่อมาคือการครอบครองไว้โดยมีเจตนาพิเศษอย่างหนึ่งอย่างใดไม่ว่าจะเป็นการอวดอ้างแก่ประชาชนว่าตนมี หรือจำหน่ายแจกไปโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ทางการค้า เช่นประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287 กรณีสื่อลามกอนาจารทั่วไป หรือมาตรา 287/2 กรณีสื่อลามกอนาจารเด็ก ในกรณีที่ผู้ใดเพื่อความประสงค์แห่งการค้า หรือโดยการค้า เพื่อการแจกจ่ายหรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน ทำ ผลิต มิไว้ใจ หรือทำให้แพร่หลายโดยประการใดๆ ซึ่งเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพหรือสิ่งอื่นใดอันลามก เป็นต้น

สำหรับการครอบครองในบริบทของอินเทอร์เน็ตและคอมพิวเตอร์นั้น หมายถึงการมีไฟล์สื่อลามกเก็บไว้ในฮาร์ดดิสก์ของเครื่องคอมพิวเตอร์ และรวมถึงไฟล์ที่เก็บไว้ในแผ่น CD/ DVD หรือ

handy drive ด้วย¹⁰⁶ ดังนั้น หากการครอบครองสิ่งใดไม่เข้าลักษณะของการครอบครองต้องห้ามตามกฎหมาย แม้วัตถุลามกอนาจารนั้นจะเป็นสิ่งที่เสื่อมเสียต่อวัฒนธรรมไทยหรือศีลธรรมอันดีงามก็ตาม กฎหมายก็ยังคงเปิดโอกาสให้มีไว้ในครอบครองได้ตราบใดที่ผู้ครอบครองมิได้มีเจตนาพิเศษอย่างหนึ่งอย่างใดดังที่กล่าวมา

2.6 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอม

ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการสื่อลามกอนาจารประเภทแอบถ่ายไว้โดยเฉพาะ แต่ในระยะหลังนักวิชาการได้มีการแสดงทัศนะผ่านบทความวิชาการในหลายบทความเพื่อเสนอให้ฝ่ายนิติบัญญัติแก้ไขกฎหมายให้การกระทำใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการแอบถ่ายเป็นฐานความผิดอาญาไว้โดยเฉพาะและมีโทษที่สูงกว่าการกระทำที่เกี่ยวข้องกับสื่อลามกอนาจารโดยทั่วไป จึงมีประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายประเด็นที่ต้องถูกตั้งคำถาม ซึ่งประเด็นปัญหากฎหมายดังกล่าวมีความสำคัญต่อประชาชนทั่วไปโดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ใช้อินเทอร์เน็ตซึ่งมีความเสี่ยงต่อการเข้าถึงสื่อลามกอนาจารได้ค่อนข้างง่าย จึงอาจมีการดาวน์โหลดเนื้อหาสื่อลามกอนาจารเข้ามาในระบบคอมพิวเตอร์ได้โดยไม่รู้ตัวยิ่งไปกว่านั้นจุดมุ่งหมายสำคัญในการศึกษาประเด็นปัญหานี้คือความต้องการที่จะคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของผู้ที่ถูกแอบถ่ายโดยไม่ยินยอม และสื่อลามกอนาจารเหล่านั้นได้ถูกนำไปเผยแพร่ส่งต่อทางออนไลน์หรือมีการทำสำเนาใดๆ ก็ตาม ซึ่งเป็นสิ่งที่สังคมไทยต้องร่วมกันศึกษาและแสวงหาทางออกในการแก้ไขปัญหานี้ เพื่อไม่ให้ภาพถ่ายหรือภาพเคลื่อนไหวลามกอนาจารถูกส่งต่อเผยแพร่ออกไปอย่างไม่มีขอบเขตจำกัด อันเป็นการสร้างความอับอายให้กับผู้ที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารโดยไม่ยินยอมอย่างไม่มีวันสิ้นสุด ผู้ที่มีไว้ในครอบครองซึ่งสื่อลามกประเภทดังกล่าวจึงควรเร่งลบทิ้งทำลายเสีย หากการศึกษาประเด็นปัญหานี้มีเหตุผลในทางวิชาการเพียงพอที่จะสนับสนุนให้ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายโดยการบัญญัติให้การครอบครองสื่อลามกอนาจารแอบถ่ายไว้เป็นความผิดแล้วนั่นเอง

¹⁰⁶ จอมพล พิชัย สันตโยธิน, “เรื่องที่ต้องคิดให้สุด เพื่อป้องกันสื่อลามกเด็ก,” สืบค้นเมื่อวันที่ 28 กันยายน

เนื่องจากปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกเด็กโดยเฉพาะแยกต่างหากจากกฎหมายสื่อลามกผู้ใหญ่ที่บรรลุนิติภาวะแล้วซึ่งแนวคิดในการควบคุมสื่อลามกทั้งสองประเภทนี้มีเหตุผลที่แตกต่างกัน โดยเหตุผลหลักในการกำหนดโทษอาญากับการกระทำที่เกี่ยวกับสื่อลามกเด็กนั้นตั้งอยู่บนแนวคิดเรื่องการคุ้มครองป้องกันสวัสดิภาพของเด็กที่มีภาวะอนามัยเจริญพันธุ์ยังไม่สมบูรณ์เพียงพอ ประกอบกับการขาดรู้ซึ่งวุฒิภาวะในการตัดสินใจในการแสดงออกซึ่งการกระทำทางเพศ ส่วนเหตุผลหลักในการกำหนดโทษอาญากับการกระทำที่เกี่ยวกับสื่อลามกผู้ใหญ่ที่บรรลุนิติภาวะแล้ว ตั้งอยู่บนแนวคิดเรื่องการปกป้องศีลธรรมโดยรวมของสังคม โดยเฉพาะในสังคมศาสนา กล่าวคือ รัฐมีความเชื่อที่ว่าหากปล่อยปละละเลยให้มีการผลิต จำหน่าย หรือเผยแพร่สื่อลามกผู้ใหญ่ออกไปอย่างเสรีอาจก่อให้เกิดความเสื่อมทรามเสื่อมเสียต่อศีลธรรมทางเพศของคนในสังคมได้ แต่ถึงกระนั้นการกระทำที่เกี่ยวกับสื่อลามกผู้ใหญ่ในลักษณะของการครอบครองไว้ก็ยังคงไม่ถึงเป็นความผิดหรือมีโทษทางอาญา เนื่องจากรัฐยังมีการะที่จะต้องคำนึงถึงเสรีภาพของประชาชนอยู่ไม่น้อย เช่นเดียวกันด้วยเหตุเพราะไม่มีการแยกประเภทของสื่อลามกอนาจารผู้ใหญ่ซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้วด้วยกันนี้เอง การละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวจึงเป็นการเหยียบย่ำซ้ำเติมสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ปรากฏในสื่อลามกอนาจารประเภทแอบถ่ายโดยไม่ยินยอมอย่างไม่มีวันสิ้นสุด

การกำหนดโทษอาญาเพื่อควบคุมและปราบปรามสื่อลามกอนาจารประเภทแอบถ่ายมีเหตุผลพื้นฐานที่ต่างออกไป กล่าวคือ เพื่อปกป้องคุ้มครองบุคคลจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศ เพราะการผลิตสื่อลามกประเภทแอบถ่าย (โดยเฉพาะผู้ปรากฏในภาพเป็นบุคคลจริงๆ และไม่ใช่เป็นบทบาทการแสดง) เป็นรูปแบบหนึ่งของการล่วงละเมิดทางเพศในด้านการละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวโดยผู้ที่ปรากฏในสื่อยังไม่อาจรับรู้และยินยอม เนื่องจากผู้ถูกระทำหรือเหยื่อไม่มีโอกาสได้ขัดขืนในการล่วงละเมิดดังกล่าว และเมื่อภาพเหล่านั้นถูกส่งต่อเผยแพร่ออกไปแล้วย่อมเป็นการยากที่จะติดตามไปยับยั้งทำลายได้ การแอบบันทึกภาพทางเพศในที่อยู่อันเป็นส่วนตัวต่างๆ ถือได้ว่าเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายต่อจิตใจของบุคคลด้วยวิธีอื่นใดเพราะเมื่อเหยื่อทราบในภายหลังว่าภาพการกระทำที่ไม่เหมาะสมของตนปรากฏต่อความรับรู้และสายตาสาธารณชน ก็อาจก่อให้เกิดความอับอายขายหน้าต่อธารกำนัลได้

นอกจากนี้ ยังมีอีกหลายกรณีที่บุคคลเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศโดยไม่สมัครใจหรือเกิดจากการล่อลวง บังคับข่มขู่ หรือความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นการแสวงหาประโยชน์อันมิชอบจากความไว้นื้อเชื่อใจของคนที่ตนรัก จึงทำให้ขาดความระมัดระวังหรือขาดความยับยั้งชั่งใจเกี่ยวกับความเหมาะสมในการแสดงออกทางเพศ ยิ่งไปกว่านั้นในกรณีของสื่อลามกอนาจารประเภทแอบถ่ายที่เผยแพร่บนอินเทอร์เน็ต ผลกระทบต่อตัวผู้ปรากฏในสื่อลามกอนาจารอาจขยายเป็นวงกว้างและร้ายแรงกว่า กล่าวคือ ภาพหรือคลิปวิดีโอบันทึกการกระทำทางเพศของบุคคลดังกล่าวจะถูกส่งผ่านต่อกันไปและหมุนเวียนอยู่ในโลกไซเบอร์ไม่มีวันสิ้นสุด สิ่งเหล่านี้ยังสร้างบาดแผลทางจิตใจให้กับบุคคลผู้ปรากฏในสื่อลามกอนาจารและญาติมิตรคนใกล้ชิด อย่างไม่มีทางเยียวยาหรือลบเลือนออกไปจากชีวิตได้

2.6.1 การขาดนิยามความหมายของคำว่า “ลักษณะลามก”

ประเด็นปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายการครอบครองสื่อลามกอนาจารประเภทแอบถ่าย ประเด็นแรกคือยังไม่มีข้อกำหนดนิยามความหมายของคำว่า “ลักษณะลามก” ไว้ในประมวลกฎหมายอาญาตั้งแต่ต้น จึงทำให้เกิดปัญหาว่าอย่างไรจึงจะถือว่ามัลักษณะลามกหรืออนาจารหากจะให้ถือตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาในเรื่องสื่อลามกตามมาตรา 287 ประมวลกฎหมายอาญาจะต้องเป็นภาพไร้ซึ่งคุณค่าทางศิลปะ แสดงให้เห็นถึงสตรีระหึงขวยที่เปลือยเปล่าไร้อาภรณ์ มีลักษณะกริยาน่าบัดสี อุจาดตา หรือขู่ให้ผู้ชมภาพเกิดกามารมณ์ หรือจะเป็น “ลักษณะลามก” ในกรณีสื่อลามกประเภทแอบถ่ายควรจะต้องมีการตีความให้แตกต่างออกไป เช่น ภาพของบุคคลที่แต่งกายไม่มีดิดชิดเมื่อเกิดลมพัดแรงเสื้อผ้าจึงปลิวเปิด ปรากฏให้เห็นถึงอวัยวะที่ควรปกปิดในที่สาธารณะ กับภาพของบุคคลที่เปลือยเพียงชุดชั้นในขณะที่กำลังเปลี่ยนเสื้อผ้าในห้องลงชุดของห้างสรรพสินค้า และภาพของบุคคลขณะที่กำลังมีเพศสัมพันธ์กัน จะมีความเป็นลักษณะลามกเช่นเดียวกันหรือไม่ จึงทำให้เป็นการยากที่จะกำหนดว่าลักษณะลามกแบบใดที่ผู้มิไว้ในครอบครองจะกระทบต่อสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ปรากฏในสื่อ

แม้ปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญา กำหนดนิยามความหมายของคำว่า “สื่อลามกอนาจารเด็ก” ไว้ในบทนิยามศัพท์แล้วแต่อาจดูเหมือนว่ายังสามารณนำมาเทียบเคียงกับคำว่า “ลักษณะลามก”

ได้ เพราะความหมายของสื่อลามกอนาจารเด็กที่กล่าวถึง “วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศของเด็กหรือกับเด็กซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปี” นั้นยังคงเป็นนิยามความหมายเฉพาะที่ดีความได้อย่างแคบๆ และไม่ครอบคลุมเพียงพอกับความหมายของคำว่าลักษณะลามกโดยทั่วไปได้

2.6.2 การขาคินยามความหมายของคำว่า “แอบถ่าย”

ประเด็นต่อมาคือประมวลกฎหมายอาญายังไม่มีกำหนดนิยามของคำว่า “แอบถ่าย” ไว้ว่าจะต้องมีพฤติการณ์อย่างไร หากชายหญิงถ่ายภาพหรือคลิปวิดีโอด้วยอุปกรณ์ทางเพศเก็บไว้โดยการตั้งกล้องในมุมอับเพื่อให้มีลักษณะดูเหมือนการแอบถ่ายจะถือเป็น “สื่อลามกอนาจารประเภทแอบถ่าย” หรือไม่ และหากผู้มีไว้ในครอบครองซึ่งสื่อดังกล่าวมีความผิด ดังนี้ จะถือว่ากฎหมายได้ถูกใช้ตามเจตนารมณ์ที่แท้จริงเพื่อคุ้มครองการล่วงละเมิดทางเพศโดยการแอบถ่ายกับบุคคลในสังคมได้หรือไม่ และการถ่ายภาพนั้นมีเสรีภาพหรือมีขอบเขตมากน้อยแค่ไหน เพราะในส่วนของขอบเขตนั้นกฎหมายอาญาเพียงแค่นิยามความหมายของ “สาธารณะสถาน” ไว้ว่าสถานที่ใดๆ ซึ่งประชาชนมีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้ และ “เคหสถาน” หมายถึง สถานที่ซึ่งใช้เป็นที่อยู่อาศัยและให้หมายความรวมถึงบริเวณของที่ซึ่งใช้เป็นที่อยู่อาศัยนั้นด้วยปัญหาอาจเกิดขึ้นอีกในกรณีของการถ่ายภาพจากพื้นที่สาธารณะเข้าไปในที่เคหสถาน

2.6.3 ภาพที่เกิดจากคอมพิวเตอร์กราฟิก

ประเด็นสุดท้ายอาจมีผู้สร้างภาพลามกแอบถ่ายที่เป็นคอมพิวเตอร์กราฟิก หรือตัดต่อเอาภาพใบหน้าบุคคลจริงมาแทนที่ลงบนภาพร่างเปลือยที่สร้างสมมติขึ้น หรือทำภาพการ์ตูนลามกแอบถ่ายกรณีเหล่านี้ไม่ใช่ภาพที่ได้จากการล่วงละเมิดทางเพศบุคคลจริงๆ จึงไม่มีความเสียหายหรืออันตรายเกิดขึ้นกับบุคคล เว้นแต่จะทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียงในกรณีที่มีการตัดต่อใบหน้า คำถามคือภาพเสมือนจริงเหล่านี้ถือเป็นสื่อลามกประเภทแอบถ่ายด้วยหรือไม่

2.6.4 การขาคกฎหมายลงโทษการครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกแอบถ่ายไม่ยินยอม

จากผลเสียในด้านต่างๆ ที่ได้กล่าวมา จึงสรุปได้ว่าปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ถูกแอบถ่ายโดยไม่ยินยอม เป็นปัญหาที่จะต้องได้รับการแก้ไขโดยมีความ

จำเป็นเร่งด่วนที่จะต้องมีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดความผิดและบทลงโทษเกี่ยวกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารแอบถ่าย แม้โดยหลักสากลจะมองว่าเป็นเสรีภาพที่สามารถกระทำได้ แต่ถึงอย่างไร รัฐก็ควรจะมีบทบัญญัติกฎหมาย เพื่อคุ้มครองผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของกระบวนการผลิตสื่อลามกอนาจาร โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ปรากฏในสื่อด้วย เนื่องจากกฎหมายไทยในปัจจุบันยังไม่สามารถเอาผิดกับผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารโดยมิใช่เพื่อการส่วนตัวได้

2.7 ผลกระทบของการครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอม

เนื่องจากสื่อลามกอนาจารที่ผู้ปรากฏในสื่อถูกแอบถ่ายโดยไม่ยินยอม นี้ มีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับการดำเนินชีวิตประจำวันของปัจเจกบุคคลในสถานที่ส่วนบุคคลและสถานที่สาธารณะ อันเป็นสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวพื้นฐานตามที่ได้รับรองคุ้มครองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

2.7.1 ผลกระทบต่อผู้ถูกแอบถ่าย

จากหลักกฎหมายตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองจากรัฐเป็นกรณีพิเศษ เพื่อไม่ให้เกิดการครอบครองสื่อลามกอนาจารประเภทแอบถ่ายซึ่งเป็นเสรีภาพอย่างหนึ่งนั้น สร้างความเสียหายแก่บุคคลผู้ปรากฏในภาพโดยที่ไม่ได้รับรู้และยินยอมให้ถ่ายภาพหรือบันทึกวิดีโอ เนื่องจากความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อตัวผู้ปรากฏในสื่อลามกอนาจารนั้น คือการทำลายคุณภาพในการใช้ชีวิตอย่างไม่มีวันหวนกลับ เพราะการดำรงชีวิตในสังคมมนุษย์เป็นการยากที่จะหลีกเลี่ยงที่จะพบปะกับผู้คนได้ การเป็นที่รู้จักของคนในสังคมนั้นเป็นเรื่องที่น่ายินดีหากเป็นชื่อเสียงในทางส่งเสริมการใช้ชีวิต แต่ในทางกลับกันหากชื่อเสียงนั้นเป็นที่โจษจันกล่าวขานในทางที่ไม่ดีแล้ว บุคคลนั้นแทบจะไร้ที่ยืนในสังคมในทันที การปรากฏในสื่อด้วยสภาพที่ตนเองไม่พร้อมจะปรากฏก็เช่นกันความอับอายจะเกิดขึ้นทุกครั้งที่รู้ว่ามีใครดูหรือชมสื่อชิ้นนั้น และความหวาดระแวงยังคงมีตราบนานเท่านานที่ยังคงอยู่ ซึ่งเป็นการยากที่จะติดตามลบทำลายได้เสียทั้งหมด การปลีกตัวออกจากสังคมด้วยวิธีการลาออกจากงาน การหายตัวไปจากการติดต่อของกลุ่มเพื่อนหรือครอบครัว ร้ายแรงที่สุดคือการฆ่าตัวตายเมื่อไม่มีวิถีทางอื่นที่ดีกว่า

2.7.2 ผลกระทบต่อสังคม

นอกจากการครอบครองสื่อลามกอนาจารแอบถ่ายจะมีผลกระทบต่อสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารแล้ว ยังส่งผลกระทบต่อสังคมในแง่ของความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนอีกด้วย เนื่องจากการอนุญาตให้บุคคลครอบครองสื่อลามกอนาจารประเภทแอบถ่ายได้นั้น ถือเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ผลิตมีช่องทางในการทำมาหากินเพื่อเผยแพร่หรือจำหน่ายได้ จึงเป็นการส่งเสริมให้มีการแอบถ่ายในสังคมเพิ่มขึ้นอีกในทางอ้อม ผู้คนในสังคมยอมใช้ชีวิตอย่างหวาดระแวงไม่เป็นปกติสุข เนื่องจากไม่มีมาตรการลงโทษหรือบทบัญญัติกฎหมาย ที่เป็นการเฉพาะในกรณีแอบถ่ายและการครอบครองสื่อลามกอนาจารแอบถ่ายนั่นเอง



บทที่ 3

แนวคิดและทฤษฎีในการคุ้มครองผู้ที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจาร

ในบทนี้จะได้กล่าวถึงแนวคิดในการคุ้มครองผู้ที่ปรากฏในสื่อลามกอนาจารโดยไม่ยินยอม โดยจะกล่าวถึงความหมายและลักษณะของสื่อโป๊และสื่อลามกอนาจารประเภทและลักษณะของสื่อลามกอนาจารที่ผู้ปรากฏในสื่อถูกแอบถ่าย ซึ่งมีทั้งสื่อลามกอนาจารแอบถ่ายตามความจริงและสื่อลามกอนาจารแอบถ่ายแบบจัดฉากที่มีบุคคลเป็นผู้แสดงและไม่มีบุคคลเป็นผู้แสดง สิทธิที่จะไม่ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอมของผู้เสียหายและคุณธรรมทางกฎหมายความหมายและลักษณะของการครอบครองแนวความคิดในการกำหนดความผิดทางอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารและแนวคิดทฤษฎีทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในความเป็นส่วนตัวโดยปรากฏรายละเอียด ดังนี้

3.1 ความหมายและลักษณะของสื่อโป๊และสื่อลามกอนาจาร

3.1.1 ลักษณะสื่อโป๊

คำว่า “สื่อโป๊” ในภาษาไทยเทียบเคียงได้กับคำว่า “Pornography” ในภาษาอังกฤษตาม Oxford Dictionary ซึ่งหมายถึง “สิ่งพิมพ์หรือสื่อโสตทัศนูปกรณ์ที่มีการพรรณนาหรือแสดงให้เห็นภาพอวัยวะเพศหรือกิจกรรมทางเพศอย่างโจ่งแจ้งโดยมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดความตื้นตันทางเพศ”¹⁰⁷ โดยคำว่า “Pornography” นี้มีรากศัพท์มาจากคำว่า “*πορνο*”(Porno) หมายถึง โสเภณีเช่นเดียวกับหญิงทาสเพราะโสเภณีในสมัยกรีกโบราณโดยทั่วไปมักซื้อมาจากทาสประกอบกับคำว่า “*γραφος*”(Graphy) หมายถึงการเขียน ซึ่งทั้งสองคำนี้เป็นคำภาษากรีกเมื่อรวมกันแล้วหมายถึงการเขียนบอกเล่าเรื่องราวของโสเภณีที่แสดงถึงความเป็นทาสทางเพศของหญิง โดยในระยะแรกเริ่มนั้นศัพท์นี้คือนิยาม

¹⁰⁷ Printed or visual material containing the explicit description or display of sexual organs or activity, intended to stimulate sexual excitement.

ความหมายของผลงานศิลปะหรือวรรณกรรมใดๆ ที่ได้วาดหรือบรรยายถึงชีวิตของบรรดาโสเภณี¹⁰⁸ นอกจากนี้ยังอาจเทียบเคียงได้กับคำว่า “Pornographic”¹⁰⁹ ตาม BLACK’S LAW DICTIONARY ซึ่งหมายถึง “สิ่งที่เกี่ยวข้องกับวรรณกรรมลามก สื่อลามก ความมกมากในกามคุณของหมู่ชนดังปรากฏในคดี Complaint of Savery v. Gotham Book Mart”¹¹⁰

3.1.2 ลักษณะสื่อลามกอนาจาร

คำว่า “สื่อลามก” ในภาษาไทยเทียบเคียงได้กับคำว่า “Obscene” ในภาษาอังกฤษตาม Oxford Dictionary ซึ่งหมายถึง “ภาพวาดหรือการพรรณนาในสภาพที่เกี่ยวข้องกับเรื่องเพศอันน่ารังเกียจ หรือน่าขยะแขยง ขาดการยอมรับโดยพื้นฐานทางศีลธรรมและความประพฤติดังที่ถูกต้องคล่องธรรม”¹¹¹ และอาจเทียบเคียงได้กับคำว่า “Obscenity”¹¹² ตาม BLACK’S LAW DICTIONARY ซึ่งหมายถึง “คุณลักษณะเฉพาะหรือคุณสมบัติของสื่อลามก ความประพฤดิที่จะนำไปสู่ความเสื่อมทรามทางศีลธรรม โดยความอนาจารหรือกามตันทด้งปรากฏในคดี State v. Pfenninger”¹¹³

คำว่า “อนาจาร” ในภาษาไทยเทียบเคียงได้กับคำว่า “Indecent” ในภาษาอังกฤษตาม Oxford Dictionary ซึ่งหมายถึงไม่เป็นไปตามมาตรฐานพฤติกรรมที่ยอมรับได้โดยพื้นฐานทั่วไป โดยเฉพาะ

¹⁰⁸ Tomo, Shibata, ““Pornography”: sexual objectification and sexual violence in Japan and in the World,” Working Paper, 27,p.3 (2008).

¹⁰⁹ BLACK, HENRY CAMPBELL,M.A., BLACK’S LAW DICTIONARY, 4thed. (WEST PUBLISHING CO., 1964), S.V. “PORNOGRAPHIC.”

¹¹⁰ “That which is of or pertainingto obscene literature; obscene; licentious. Peopleon Complaint of Savery v. Gotham Book Mart,158 Misc. 240, 285 N.Y.S.563, 567”.

¹¹¹ (of the portrayal or description of sexual matters) offensive or disgusting by accepted standards of morality and decency.

¹¹² BLACK, HENRY CAMPBELL,M.A., BLACK’S LAW DICTIONARY, 4thed. (WEST PUBLISHING CO., 1964), S.V. “OBSCENITY.”

¹¹³ “The character or quality of beingobscene; conduct tending to corrupt the publicmorals by its indecency or lewdness. State v.Pfenninger, 76 Mo.App. 313; U. S. v. Males, D.C.Ind., 51 Fed.41”.

อย่างยิ่งเรื่องที่เกี่ยวข้องในทางเพศ¹¹⁴ และอาจเทียบเคียงได้กับคำว่า “Lewd”¹¹⁵ ตาม BLACK’S LAW DICTIONARY ซึ่งหมายถึง ส่อลามก ซึ่งเป็นสิ่งที่ประชาชนทั่วไปตำหนิติเตียนในคดี Sumner v. Dial Press. และหมายถึงความมกมากในโลกีย์วิสัย ความอนาจาร ความเสื่อมเสียทางเพศ ความมีกิเลสตัณหา ในคดี City of Shreveport v. Wilson คำศัพท์ที่ถูกนำมาใช้โดยมีความมุ่งหมายถึงความเสื่อมเสียในทางเพศความหมายของมันมาจากการผิดทำนองคลองธรรมในสิ่งที่มีความเกี่ยวข้องกับความไม่บริสุทธิ์ของศีลธรรมในคดี United States v. Barlow หรือขยายความไปสู่หญิงที่มีลักษณะกิริยาท่าทางซ้ำของในเรื่องทางเพศ ในคดี State v. Barnes และคดี Rebhuhn v. Cahill ที่แสดงถึงตัณหาและพฤติกรรมที่เสื่อมเสียในทางเพศของภรรยาที่ให้อำนาจในการหย่าร้างอันเป็นการจัดการพิสูจน์ถึงความไม่บริสุทธิ์ของภรรยา ในคดี Blackburn v. Blackburn¹¹⁶

กล่าวโดยสรุป “สื่อโป๊” เป็นเรื่องการนำเสนอร่างกายของมนุษย์ที่เปลือยเปล่า ไร้ซึ่งการปกปิดใดๆ ในขณะที่ “สื่อลามกอนาจาร” ก็เป็นการนำเสนอร่างกายของมนุษย์ที่อันเปลือยเปล่า เช่นเดียวกัน แต่เป็นการนำเสนอไปในลักษณะที่น่าอูจาดบัดสีและไม่เป็นที่ยอมรับโดยพื้นฐานทางศีลธรรมของสังคม

สื่อโป๊และสื่อลามกอนาจาร จึงมีความหมายที่แตกต่างกันอย่างเห็นได้ชัดแต่ไม่ใช่อย่างสิ้นเชิง เพราะความหมายบางอย่างของคำทั้งสองคำยังคงถูกซ้อนทับกันอยู่ กล่าวคือ สื่อลามกอนาจารต้องเป็นสื่อโป๊เสมอ แต่สื่อโป๊จะเป็นสื่อลามกอนาจารได้ก็ต่อเมื่อเข้าตามบรรทัดฐาน

¹¹⁴ Not conforming with generally accepted standards of behaviour, especially in relation to sexual matters.

¹¹⁵ BLACK, HENRY CAMPBELL, M.A., BLACK’S LAW DICTIONARY, 4th ed. (WEST PUBLISHING CO., 1964), S.V. “LEWD.”

¹¹⁶ “Obscene. People on Complaint of Sumner, v. Dial Press, Mag.Ct., 48 N.Y.S.2d 480, 481. Lustful, indecent, lascivious, lecherous. City of Shreveport v. Wilson, 145 La. 906, 83 So.186, 188. The term imports a lascivious intent. It signifies that form of immorality which has relation to moral impurity. United States v. Barlow, D.C. Utah, 56 F.Supp. 795, 796, 797, or that carried on in a wanton manner. State v. Barnes, Mo.App., 256 S.W. 496, 498; Rebhuhn v. Cahill, D.C.N.Y., 31 F.Supp. 47, 49. Lewd and lascivious behavior of wife to authorize a divorce must be such conduct as proves the wife unchaste. Blackburn v. Blackburn, 294 Ky. 312, 171 S.W.2d 457”.

สื่อลามกอนาจาร (obscenity standard) แล้วเท่านั้น โดยในประเทศไทยศาลฎีกาเป็นผู้วางบรรทัดฐานดังกล่าวไว้ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2492 ดังเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1856/2492¹¹⁷ เป็นตัวอย่างในการใช้และตีความกฎหมาย โดยมีข้อสังเกตว่าการจะเป็นสื่อลามกได้นั้นจะต้องเป็นภาพที่เปิดเผยอวัยวะเพศอย่างโจ่งแจ้ง กล่าวคือ ภาพมนุษย์ซึ่งเปลือยเปลื้องนั้นจะต้องปรากฏหัวถันของหญิงหรืออวัยวะเพศของชายหรือหญิงให้เห็นเป็นประจักษ์ แต่ถ้าเป็นกรณีของภาพที่ไม่เห็นอวัยวะเพศอย่างโจ่งแจ้ง แต่มีเจตนาเพื่อกระตุ้นให้เกิดความรู้สึกทางกามารมณ์ กรณีดังกล่าวนี้ก็อาจเป็นสื่อลามกตามบรรทัดฐานสื่อลามกอนาจารของศาลฎีกาได้เช่นเดียวกัน¹¹⁸

3.1.3 ประเภทและลักษณะของสื่อลามกอนาจารแอบถ่าย

ก่อนที่จะกำหนดประเภทและลักษณะต้องมีการพิจารณาที่ตัวผู้กระทำก่อนว่า การแอบถ่ายนั้นผู้กระทำมีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าโดยได้รับค่าตอบแทนจากการขายภาพนั้นให้สื่อมวลชนหรือบุคคลอื่นหรือไม่ ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้พบมากในผู้กระทำที่เป็นปาปาราสซี่ (paparazzi) โดยเป้าหมายของพวกเขาคือบุคคลที่มีชื่อเสียง ส่วนผู้กระทำซึ่งเป็นบุคคลทั่วไปที่มีกล้องถ่ายภาพ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ที่มีสมาร์ตโฟนนั้น อาจมีเป้าหมายคือค่านิยมในการถ่ายภาพทั่วไป ข้อควรพิจารณาต่อมาคือตัวผู้ถูกระทำในกรณีของ Angelina Jolie หรือ Jennifer Aniston ซึ่งเป็นบุคคลสาธารณะที่มีชื่อเสียง (celebrity) ในประเทศสหรัฐอเมริกา ย่อมได้รับการจับตามองจากบรรดาสื่อมวลชนสำนักต่างๆ รวมถึงบุคคลผู้ไม่หวังดี ส่วนผู้ถูกระทำที่เป็นบุคคลธรรมดา ก็อาจถูกกล่าวถึงในสังคมได้จากการถูกแอบถ่ายภาพด้วยเช่นกัน ข้อพิจารณาสุดท้ายคือลักษณะของภาพที่ถ่าย โดยผู้ที่ชอบดูอวัยวะซ่อนเร้นของผู้อื่นหรือพวกถ้ำมอง (voyeur หรือ peeping tom) ในกรณีของนักศึกษามหาวิทยาลัยเพนซิลวาเนีย ถูกแอบถ่ายขณะมีเพศสัมพันธ์ในห้องพัก โดยไม่ได้ปิดม่านหน้าต่าง ซึ่งภาพการกระทำของบุคคลที่ถูก

¹¹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1856/2492 “ภาพหญิงเปลือยกายในทางต่างๆ ที่ไม่เปิดเผยให้เห็นของลับอวัยวะเป็นแต่แสดงให้เห็นความงามของทรวดทรงอวัยวะภายนอกและแสดงฝีมือในการถ่ายและวาดภาพ ไม่แสดงไปในทางเลวทรามต่ำช้าแล้ว ไม่เป็นของลามกอนาจาร”.

¹¹⁸ จอมพล พัทธกัญสันตโยธิน, “สื่อโป๊: การแสดงความคิดเห็นต้องห้ามและประชาธิปไตย,” นิติสังคมศาสตร์, เล่มที่ 1, ปีที่ 7, น.211-212(มกราคม – มิถุนายน 2557).

แอบถ่ายในลักษณะดังกล่าวนี้ ไม่ว่าผู้กระทำจะมีวัตถุประสงค์ใด หรือผู้ถูกกระทำจะเป็นบุคคลที่มีชื่อเสียงหรือไม่ ย่อมถือได้ว่าเป็นภาพลามกอนาจาร¹¹⁹

3.1.3.1 สื่อลามกอนาจารแอบถ่ายตามความจริง

สื่อลามกอนาจารแอบถ่ายตามความเป็นจริง หมายถึง การติดตั้งอุปกรณ์การถ่ายภาพขนาดเล็กเพื่ออำพรางสายตาของบุคคลไว้กับอุปกรณ์ต่างๆ ในสภาพแวดล้อมรอบตัวผู้ถูกแอบถ่ายที่ยากจะสังเกตเห็น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการแอบถ่ายพฤติกรรมที่เกี่ยวข้องกับเรื่องทางเพศในชีวิตประจำวันของบุคคลอื่น ไม่ว่าจะเป็นภาพนิ่งหรือคลิปวิดีโอ เช่น การแอบถ่ายภาพได้กระโปรงของหญิงสาวที่ใช้ทางสาธารณะหรือสะพานลอย หรือการแอบถ่ายภาพการเปลี่ยนเสื้อผ้าในห้องลงชุดตามห้างสรรพสินค้า ห้องเปลี่ยนชุดกีฬาหรือห้องน้ำสาธารณะของศูนย์ให้บริการออกกำลังกายอย่างฟิตเนสหรือสระว่ายน้ำ เป็นต้น ซึ่งภาพที่ปรากฏเป็นภาพจริงไม่มีการตัดต่อใดๆ บุคคลที่เห็นในภาพก็เป็นบุคคลจริงๆ ไม่ใช่บุคคลอื่นที่แสดงแทนแต่อย่างใดสื่อลามกอนาจารลักษณะดังกล่าวนี้แสดงให้เห็นถึงการกระทบต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัวอย่างชัดเจน เนื่องจากผู้ปรากฏในสื่อย่อมอยู่ในสภาพยังไม่พร้อมที่จะระมัดระวังตัว จึงอาจเปิดเผยให้เห็นถึงอวัยวะได้รุ่มผ้าที่ควรปกปิดโดยตนเองไม่รู้ตัว แม้ความไม่รู้ตัวนี้อาจดูเหมือนไม่เกิดความเสียหาย แต่การแอบถ่ายดังกล่าวนี้เป็นการสร้างความหวาดระแวงให้กับบุคคลอื่นๆ ในสังคมได้

3.1.3.2 สื่อลามกอนาจารแอบถ่ายแบบจัดฉาก

สื่อลามกอนาจารแอบถ่ายแบบจัดฉาก หมายถึง การจำลองสถานการณ์การแอบถ่ายซึ่งผู้ถ่ายภาพจะติดตั้งกล้องไว้ตามจุดต่างๆ ของฉากที่ถูกจัดเตรียมขึ้น โดยผู้ที่ปรากฏในภาพนั้นสามารถรับรู้และยินยอมให้มีการดำเนินการถ่ายภาพจนเสร็จสิ้นโดยสมัครใจสื่อลามกอนาจารลักษณะดังกล่าวนี้เป็นการแสดงออกทางความคิดเห็นของผู้กำกับกับการถ่ายภาพ การผลิตและการครอบครองดังกล่าวนี้หากครอบครองไว้อย่างสงบและเป็นส่วนตัวโดยไม่ได้มีการเผยแพร่ออกไปแต่อย่างใดแล้วย่อมไม่มีความผิดต่อกฎหมาย อย่างไรก็ตาม การแสดงความคิดเห็นผ่านสื่อลามกอนาจารในประเทศไทยก็ยังคง

¹¹⁹ ภาณุรักษ์ ทองรวีวงศ์, “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอม,” บทบัญญัติ, เล่มที่ 4, ปีที่ 64, น.12-14(ธันวาคม 2551).

เป็นสิ่งที่ไม่ได้รับการรับรองโดยพื้นฐานทางศีลธรรมของสังคม เหตุเพราะสื่อดังกล่าวมีลักษณะเป็นการมอมเมาและช่วยพฤติกรรมที่เลื่อมเสียในทางเพศ การครอบครองไว้เพียงลำพังย่อมไม่เปิดโอกาสให้สังคมได้รับผลกระทบเป็นวงกว้างได้ โดยสื่อลามกอนาจารแอบถ่ายแบบจัดฉากนี้สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท

1) สื่อลามกอนาจารที่มีบุคคลเป็นผู้แสดง

สื่อลามกอนาจารที่มีบุคคลเป็นผู้แสดง หมายถึง สื่อลามกอนาจารที่ผู้ปรากฏในสื่อเป็นมนุษย์มีชีวิตจิตใจ แสดงบทบาทในอาภักภิกขิยาของการถูกแอบถ่ายภาพโดยรู้ตัว สื่อดังกล่าวนี้สภาพพฤติกรรมที่ปรากฏเป็นการถูกล่วงละเมิดทางเพศในลักษณะต่างๆ เช่น การถูกแอบถ่ายได้กระโปรง การถูกกระทำอนาจาร หรือการถูกข่มขืนกระทำชำเรา เป็นต้น ทั้งนี้ โดยมีการบันทึกภาพการกระทำดังกล่าวตลอดเวลาที่มีการล่วงละเมิด ไม่ว่าจะเป็นภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวก็ตาม¹²⁰

2) สื่อลามกอนาจารที่ไม่มีบุคคลเป็นผู้แสดง

สื่อลามกอนาจารที่ไม่มีบุคคลเป็นผู้แสดง หมายถึง สื่อที่ถูกผลิตขึ้นโดยไม่มีการล่วงละเมิดทางเพศกันเกิดขึ้นจริง แต่อาจปรากฏเป็นภาพการ์ตูนลายเส้นหรือภาพการ์ตูนสามมิติ (animation 3D) โดยใช้เทคโนโลยีทางคอมพิวเตอร์กราฟฟิคที่ทันสมัย เพื่อจำลองสถานการณ์การถูกแอบถ่ายขึ้นอย่างเสมือนจริงโดยไม่จำเป็นต้องใช้บุคคลเป็นผู้แสดงแต่อย่างใด¹²¹ แต่สื่อดังกล่าวนี้มีวัตถุประสงค์ในการสร้างขึ้นเพื่อกระตุ้นปลูกเร้าอารมณ์ผู้ที่มิรสนิยมในการแอบดูพฤติกรรมในสถานที่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เมื่อรับชมแล้วทำให้เกิดความต้องการที่จะแอบถ่ายเพื่อให้ได้ภาพความเป็นส่วนตัวมาจากบุคคลจริงๆ

3.2 แนวความคิดในการกำหนดความผิดทางอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจาร

ลักษณะของการกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารทั่วโลกโดยส่วนใหญ่พบว่า มีเพียงความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็กเท่านั้นที่มีการแยกประเภทออกจากความผิดเกี่ยวกับสื่อ

¹²⁰ อิชซ์กันต์ เจริญวานิชย์, “การคุ้มครองสิทธิผู้ได้รับความเสียหายจากภาพถ่าย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), น.9.

¹²¹ เพิ่งอ้าง, น.10.

ลามกอนาจารผู้ใหญ่ เนื่องจากเด็กมีข้อจำกัดทางด้านร่างกายและวุฒิ อีกทั้งยังมีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child) คຸ້ມครองไว้เป็นหลักประกันอีกชั้นหนึ่งด้วย แต่ถึงอย่างไร การกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกประเภทแอบถ่ายนั้น ในหลายประเทศมีการกำหนดให้เป็นความผิดในการล่วงละเมิดความเป็นอยู่ส่วนตัว (offenses against privacy) แล้ว ทั้งนี้ การที่กฎหมายจะกำหนดให้การครอบครองสื่อลามกอนาจารใดๆ เป็นความผิดได้นั้น ต้องแลกมาด้วยการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินและเสรีภาพในการแสดงออกอย่างมากมาย ดังนั้น การกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารจึงจำเป็นต้องศึกษาถึงกรอบและขอบเขตของสิทธิเสรีภาพ ตลอดจนการชน้ำหนักเมื่อสิทธิหนึ่งกระทบกันเข้ากับอีกสิทธิหนึ่ง เพื่อหาแนวทางกำหนดความผิดอาญาในการครอบครองสื่อลามกอนาจาร โดยผู้ที่ปรากฏในสื่อไม่ยินยอมต่อไป

3.2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของมนุษย์ปรากฏขึ้นครั้งแรกในยุคกรีก โดยนักปรัชญาเมธีอริสโตเติลกล่าวว่า “มนุษย์เป็นสัตว์มีเหตุผลย่อมมีเสรีภาพในการเลือก และด้วยเหตุผลที่ถูกต้องย่อมช่วยให้เขาเข้าถึงธรรมชาติได้ และ ณ จุดนี้เองคือเสรีภาพที่ยิ่งใหญ่ของมนุษย์” ด้วยเหตุนี้เอง มนุษย์จึงมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำการใดๆ ได้ ครอบเท่าที่การใช้สิทธิหรือเสรีภาพนั้นไม่กระทบหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่นใดอันมีหลักฐานบันทึกไว้ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย¹²² อาจกล่าวได้ว่าบุคคลทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพเท่าเทียมกันโดยไม่มีใครมีอำนาจเหนือไปกว่าใคร หากสิทธิและเสรีภาพนั้นเกิดการกระทบกระเทือนกันขึ้น ย่อมต้องมีการจำกัดขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพโดยผู้ปกครองที่ทำหน้าที่รักษากฎเกณฑ์เพื่อไม่ให้ผู้เข้มแข็งใช้เสรีภาพข่มเหง

¹²² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 25 วรรคแรก บัญญัติว่า “สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย นอกจากที่บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญแล้ว การใดที่มีได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายอื่น บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำเช่นนั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ครอบเท่าที่การใช้สิทธิหรือเสรีภาพเช่นนั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิ หรือเสรีภาพของบุคคลอื่น”

รังแกผู้ที่อ่อนแอกว่า การคุ้มครองสิทธิจึงต้องมีจุดกำเนิดควบคู่กันกับการจำกัดขอบเขตของเสรีภาพเสมอมา¹²³

3.2.1.1 สิทธิและเสรีภาพของบุคคลและการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

ความคิดทางอาญาเกิดจากทฤษฎีสัญญาประชาคม (Social Contract) โดยประชาชนในสังคมมีพันธะผูกพันร่วมกันที่จะไม่ขัดขึ้นต่อคำสั่งหรือข้อบังคับจากบุคคลที่พวกเขายอมรับให้เป็นผู้ใช้อำนาจในนามแห่งองค์อธิปัตย์ (sovereign) เพื่อควบคุมและคุ้มครองสังคมให้รอดพ้นจากการกระทำที่เป็น “ภัยอันตรายต่อผู้อื่น” (harm to others) ด้วยวิธีการออกกฎหมายโดยมีเงื่อนไขว่าหากผู้ใดฝ่าฝืนจะต้องถูกลงโทษทางอาญา บังเอิญชนจึงจำต้องยินยอมจำกัดสิทธิเสรีภาพของตนบางประการเพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคมโดยรวม¹²⁴

มนุษย์ไม่อาจไว้วางใจได้หากมีสิทธิและเสรีภาพ แต่สิ่งที่เรามองข้ามไปคือเมื่อใดที่พยายามพรากสิทธิและเสรีภาพไปจากพวกเขา เมื่อนั้นมนุษย์จะลุกขึ้นต่อสู้เพื่อปกป้องและเรียกร้องสิทธิและเสรีภาพนั้นกลับคืนมาจึงปรากฏเกิดเป็นสงครามต่างๆ¹²⁵ ซึ่งเป็นสิ่งที่ให้บทเรียนอย่างมากแก่มวลมนุษยชาติคำถามคือทำอย่างไรจึงจะทำให้มนุษย์ยอมสละเสรีภาพของตนเองโดยสมัครใจเพื่อแลกมาซึ่งความมั่นคงปลอดภัยของตัวเอง ที่ผ่านมาการเผชิญหน้ากันระหว่างผู้ใช้อำนาจรัฐกับนักต่อสู้เพื่อเสรีภาพปรากฏให้เห็นในทุกช่วงสมัยของประวัติศาสตร์โลก เนื่องจากอำนาจนั้นเปรียบเสมือนดาบสองคม คมหนึ่งของอำนาจคือเอกสิทธิ์เด็ดขาดเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการปกครอง อีกคมหนึ่งคือความเป็นอันตรายที่อาจเกิดขึ้นได้หากอำนาจเดียวกันนั้นถูกใช้จนเกินพอดี ผลจึงอาจกลายเป็นการกดขี่ข่มเหงรังแกประชาชน เพื่อป้องกันสมาชิกในสังคมจากผลร้ายที่อาจจะเกิดขึ้นนั้น ผู้แสวงหาเสรีภาพ

¹²³ พงษ์พิสัย วรรณราช, “สิทธิ และ เสรีภาพ แท้จริงแล้วเหมือนกันอย่างไร,” สืบค้นเมื่อวันที่ 5 พฤศจิกายน 2560, จากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, <http://web.krisdika.go.th/activityDetail.jsp?actType=I&actCode=83&head=4&item=n5>.

¹²⁴ ณัฐวิวัฒน์ สุทธิโยธิน, “ทฤษฎีความรับผิดชอบทางอาญา,” สืบค้นเมื่อวันที่ 4 พฤศจิกายน 2560, จาก http://www.stou.ac.th/Schools/Slw/up load/41716_2.pdf.

¹²⁵ ศุภชัย ศุภผล, “การศึกษาเปรียบเทียบระดับของการอธิบายในการสร้างทฤษฎีสัญญาประชาคมของจอห์น ล็อก และฌอง ฌาคส์ รูสโซ,” สังคมศาสตร์, เล่มที่ 1, ปีที่ 44, น.28-29 (มกราคม-มิถุนายน 2557).

จึงคิดค้นวิธีการแบ่งออกได้เป็น 2 วิธี วิธีการแรกคือการยอมรับภูมิคุ้มกันบางอย่างที่เรียกว่าสิทธิเสรีภาพทางการเมือง หากผู้ปกครองหรือผู้ให้ภูมิคุ้มกันฝ่าฝืนกระทำการละเมิดสิทธิเสรีภาพดังกล่าว ผู้ได้ปกครองหรือผู้รับภูมิคุ้มกันย่อมสามารถต่อต้านเพื่อเรียกร้องสิทธิและเสรีภาพนั้นกลับคืนมาได้ โดยมีวิธีการชุมนุมอย่างสงบโดยปราศจากอาวุธ เป็นต้น และวิธีการที่สองคือการตรวจสอบทางรัฐธรรมนูญที่สมมติให้ความยินยอมของผู้ได้ปกครองเป็นตัวแทนของผลประโยชน์ และถือเป็นเงื่อนไขสำคัญในการใช้อำนาจของผู้ปกครองสำหรับวิธีการแรก ประเทศส่วนใหญ่ในภาคพื้นยุโรปผู้ใช้อำนาจปกครองต้องถูกบังคับให้จำยอมด้วยวิธีการนี้ก็มีอยู่มีใช้น้อย ส่วนวิธีการที่สองนั้นผลกลับกลายเป็นไปในทางตรงกันข้ามเพราะการนำมาซึ่งกฎเกณฑ์ดังกล่าวกลับกลายเป็นเป้าหมายหลักของตัวแทนนักต่อสู้เพื่อเสรีภาพ トラบดีที่ผู้ได้ปกครองยังคงพอใจให้มีตัวแทนลุกขึ้นสู้กับอำนาจรัฐแทนตน ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าความพึงพอใจนั้นคือความยินยอมให้ตัวแทนของพวกเขาเป็นหลักประกันในการคุ้มครองดูแลตนจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง การแสดงออกในลักษณะเช่นนี้มีให้ความต้องการให้ผู้ปกครองถูกถอดถอนเมื่อพวกเขาไม่ได้รับความไว้วางใจจากรายรฐเท่านั้น แต่ยังเป็นการทำให้ผู้ได้ปกครองเกิดความมั่นใจได้อย่างเต็มที่ว่าอำนาจต่างๆ ที่รัฐมีจะไม่ถูกนำมาใช้ในทางที่ผิดโดยผู้ปกครองที่ไม่มีความเป็นธรรม¹²⁶

หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนี้สามารถกระทำได้โดยอาศัยอำนาจแห่งรัฐธรรมนูญซึ่งมีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกันกับระบอบประชาธิปไตย กล่าวคือ บทบัญญัติกฎหมายใดที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ บทบัญญัติกฎหมายนั้นต้องมาจากความเห็นชอบของตัวแทนประชาชนตามหลักประชาธิปไตย อันเป็นคุณสมบัติที่สำคัญของนิติรัฐโดยการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้นถือว่าเป็นสาระสำคัญที่องค์กรนิติบัญญัติจะต้องพิจารณากำหนดเองเท่านั้น มีข้อพิจารณาอยู่ว่ามาตรการใดที่จะเป็นการแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลหรือไม่นั้น ในเบื้องต้นจะต้องกำหนดดินแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพให้ได้เสียก่อน เมื่อมีการกระทำล่วงล้ำเข้าไปในดินแดนดังกล่าวแล้วเมื่อไหร่ เมื่อนั้นจึงจะถือได้ว่าเป็นการแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพแล้ว โดยการแทรกแซงนั้น

¹²⁶ จอห์น สจ๊วต มิลล์, ความเรียงว่าด้วยเสรีภาพ, แปลโดย ภัทรพร สิริกาญจน, ลำดับที่ 100, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ (วช.), 2530), น.7-8.

อาจเกิดขึ้นเฉพาะรายเป็นไปในลักษณะของคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ สิทธิและเสรีภาพอาจถูกจำกัดเมื่อเข้าเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ หรืออาจเป็นกฎหมายที่มีลักษณะของการแทรกแซงในลักษณะทั่วไป กล่าวคือ สิทธิและเสรีภาพอาจถูกจำกัดโดยอาศัยกฎหมายธรรมดา¹²⁷ แต่ถึงอย่างไร การที่จะตรวจพบบัญญัติของกฎหมายที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ไม่ใช่เรื่องที่จะกระทำกันได้ง่าย แต่จะต้องคำนึงถึงขอบเขตและเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นที่สุด¹²⁸

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ได้นำหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลมาบัญญัติไว้เป็นครั้งแรก โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 14 ว่า “ภายในบังคับแห่งกฎหมาย บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในร่างกาย เคหสถาน ทรัพย์สิน การพูด การเขียน ...” ซึ่งเป็นการวางหลักไว้อย่างกว้างๆ เพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติมานับแต่นั้น สิทธิและเสรีภาพจึงถือเป็นเรื่องของเกียรติยศและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ในการบ่งชี้ว่าสังคมไทยมีความเป็นระบอบประชาธิปไตยในระดับมากน้อยแค่ไหนเพียงไร

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้นิยามความหมายของคำว่า “สิทธิ” ไว้ว่า “อำนาจที่กฎหมายรับรองให้กระทำการใดๆ โดยสุจริตได้อย่างอิสระ แต่ต้องไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของคนอื่น” ส่วนคำว่า “เสรีภาพ” นั้นหมายถึง “ความสามารถที่จะกระทำการใดๆ ได้ตามที่ตนปรารถนาโดยไม่มีอุปสรรคขัดขวาง” อาจกล่าวสรุปความได้ว่า สิทธิคือประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ ผู้เป็นเจ้าของสิทธิสามารถใช้อำนาจที่ได้รับจากกฎหมายปกป้องตนเองจากการถูก

¹²⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, สิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ, (พิมพ์ครั้งที่ 2 ปรับปรุงใหม่), (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2547), น.257-260.

¹²⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 26 บัญญัติว่า “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุและจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุนเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง”

กระทำละเมิดได้ อีกทั้งยังสามารถบังคับผู้ทำละเมิดให้ชดเชยความเสียหายจากการกระทบกระเทือนซึ่งสิทธิอื่นๆ ได้อีกด้วย ส่วนเสรีภาพนั้นแม้นิยามความหมายตามพจนานุกรมจะให้อำนาจปัจเจกชนไว้อย่างกว้างขวาง แต่ความเป็นอิสระนั้นย่อมต้องไม่ขัดต่อศีลธรรมความเป็นพลเมืองดีและไม่ฝ่าฝืนหน้าที่ที่ต้องเคารพกฎหมายบ้านเมืองด้วย โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ก็ได้นำเอาหลักการจำกัดเสรีภาพของบุคคลดังกล่าวมาบัญญัติไว้เป็นครั้งแรกในมาตรา 13 ด้วยเช่นกัน¹²⁹

3.2.1.2 สิทธิและเสรีภาพและการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความผิดอาญาแก่ผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ปรากฏในสื่อถูกถ่ายโดยไม่ยินยอม

การกำหนดให้การครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ปรากฏในสื่อถูกถ่ายโดยไม่ยินยอมเป็นความผิดอาญานี้ เป็นการบัญญัติกฎหมายเพื่อวัตถุประสงค์ในการห้ามไม่ให้บุคคลมีสื่อลามกอนาจารประเภทดังกล่าวไว้ในครอบครอง แม้การครอบครองนั้นจะมีได้เป็นการครอบครองไว้เพื่อการจำหน่ายหรือเผยแพร่ก็ตาม ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องศึกษาว่าการจำกัดสิทธิของประชาชนในเรื่องดังกล่าวนี้จะสามารถทำได้หรือไม่เพียงไร

1) สิทธิส่วนตัวของผู้ใหญ่และการจำกัดสิทธิส่วนตัวของผู้ใหญ่

ความผิดทางอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจาร หากพิจารณาที่เนื้อหาโดยมุมมองสังคมศาสตร์ กลุ่มประเทศตะวันตกออกแล้ว ย่อมมีความเป็นความผิดอาญาในตัวของมันเอง (*mala in se*) ทั้งในแง่ของศีลธรรมและวัฒนธรรม การผลิต มีไว้ นำเข้ามาในราชอาณาจักรไทยหรือส่งออกไปยังต่างประเทศ จึงต้องมีมาตรการทางกฎหมายเข้ามาควบคุมเพื่อไม่ให้กระทำการกันได้อย่างเสรี แต่ถ้าหากจะมีไว้ใน

¹²⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 มาตรา 13 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนาหรือลัทธิใดๆ และมีเสรีภาพในการปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือของตน เมื่อไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมืองและไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมของประชาชน”

ครอบครองโดยลำพังอย่างสงบแล้ว กฎหมายก็ไม่ได้หวงห้ามแต่อย่างใดยังคงปล่อยให้มีการครอบครองได้ด้วยเงื่อนไขความเป็นผู้ใหญ่ที่ครอบครองไว้อย่างส่วนตัว (adult & alone)¹³⁰

หลักการสำคัญที่ว่าเป็นคือหลัก “adult and alone” กล่าวคือ หากผู้ครอบครองคือลามกอนาจารมีวุฒิภาวะ (adult) และมีไว้ในความเป็นส่วนตัว (alone) แล้วย่อมไม่มีความผิดทั้งนี้ ความมีวุฒิภาวะ (adult) หมายถึง การมีพัฒนาการที่สมบูรณ์ทั้งทางด้านร่างกายและความคิดโดยช่วงชีวิตที่มีความพร้อมมูลนี้ถูกนิยามด้วยคำว่า “ผู้ใหญ่” สามารถอธิบายได้โดยใช้ทฤษฎีพัฒนาการตามวัยของโรเบิร์ต เจ.ฮาวิกเฮิร์ส (Havighurst’s theory of development task) กล่าวคือตัวแปรที่สำคัญในพัฒนาการชีวิตมีอยู่ด้วยกัน 3 ประการ คือ วุฒิภาวะทางร่างกายความมุ่งหวังของสังคมและค่านิยมแรงจูงใจของแต่ละบุคคล¹³¹

วุฒิภาวะทางร่างกายหรือการเข้าสู่วัยผู้ใหญ่เกิดขึ้นได้ 2 ปัจจัยด้วยกัน ปัจจัยแรกคือความพร้อมที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ (natural readiness approach) โดยมีความเห็นว่าความพร้อมของบุคคลเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นได้เองเมื่อถึงเวลาที่เหมาะสมที่จะทำกิจกรรมอย่างหนึ่งอย่างใดดังนั้น จึงเห็นว่าการทำอะไรก็ตามไม่ควรเป็นการเร่ง เพราะอาจทำให้เกิดผลเสียคือความผิดพลาดที่เกิดจากความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ได้ สำหรับปัจจัยในการเข้าสู่วัยผู้ใหญ่ต่อมาคือความพร้อมที่เกิดจากการกระตุ้น (guided experience approach) สำหรับปัจจัยที่สองนี้มีความเห็นตรงข้ามกับกลุ่มแรก กล่าวคือความพร้อมนั้นสามารถเร่งให้เกิดขึ้นได้โดยการแนะนำจากประสบการณ์ของผู้ที่ผ่านกิจกรรมนั้นๆ มาก่อน อันจะก่อให้เกิดเป็นความพร้อมได้โดยตรง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงวัยเด็กซึ่งเป็นวัยของการเรียนรู้และการปรับตัวเป็นอย่างมากส่วนแรงจูงใจ (motivation) ของแต่ละบุคคลนั้นอาจแยกพิจารณาออกได้เป็น 2 กลุ่ม คือกลุ่มความต้องการพื้นฐานด้านปัจจัยสี่ (innate หรือ primary needs) และกลุ่ม

¹³⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2549), น.134.

¹³¹ Uhlenhorff, Uwe, “The Concept of Developmental-Tasks and its Significance for Education and Social Work,” Social Work & Society2, pp.55-56 (2004).

ความต้องการที่เกิดจากการเรียนรู้ (acquired หรือ secondary needs) โดยขึ้นอยู่กับประสบการณ์การของแต่ละบุคคลซึ่งมีความแตกต่างกันออกไป

ความเป็นส่วนตัว (alone) หมายถึง สิทธิที่จะมีอิสระในการดำรงชีวิตไม่ว่าจะเป็นความอิสระในการเลือกเพศที่ตรงกับตัวตนหรือความคลั่งไคล้ในรสนิยมทางเพศต่างๆ ได้โดยไม่ถูกรบกวนหรือติดตามตราบไต่การกระทำดังกล่าวไม่ได้ขัดต่อกฎหมายความสงบเรียบร้อยหรือสำนึกในศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่เป็นการล่วงละเมิดสิทธิของผู้อื่น โดยขอบเขตของความเป็นส่วนตัวนี้ขึ้นอยู่กับสภาพของสังคม วัฒนธรรม และความต้องการส่วนตัวของบุคคลนั้นๆ ประกอบกัน ซึ่ง Harold M. Proshansky พบว่าการมีอาณาเขตครอบครองโดยการควบคุมพื้นที่หรือสภาพแวดล้อมได้จะเป็นการเพิ่มโอกาสในการกำหนดภาวะความเป็นส่วนตัวตามที่ต้องการ ดังนั้น การมีอาณาเขตครอบครองจึงเป็นกลไกสำคัญในการเพิ่มเสรีภาพในการควบคุมให้เกิดภาวะส่วนตัว

ความผิดอาญาอาญาฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ปรากฏในสื่อถูกแอบถ่ายโดยไม่ยินยอมจึงทำให้ต้องศึกษาถึงแนวคิดในการจำกัดสิทธิส่วนตัวของผู้ใหญ่ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้เสียหายที่ไม่ได้ยินยอมพร้อมใจที่จะแสดงให้เห็นเนื้อตัวร่างกายของตนอย่างแท้จริง การอ้างสิทธิ adult and alone ของผู้คู่สมจึงไม่สามารถกระทำอีกต่อไปได้ เนื่องจากการครอบครองไว้ด้วยความมีวุฒิภาวะอย่างเป็นส่วนตัวนี้ เป็นการล่วงละเมิดสิทธิของผู้อื่นเสียแล้ว

2) เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

ผู้คนส่วนใหญ่อาจสงสัยว่าสื่อโป๊จะถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการแสดงความคิดเห็นได้อย่างไร ในเรื่องนี้ Richard Posner ผู้พิพากษาวอชิงตันได้ตอบคำถามนี้ไว้ว่า การนำเสนอภาพทางกามารมณ์ (erotic representations) นั้น ไม่ได้ทำหน้าที่เพียงแค่กระตุ้นความตื้นตันทางเพศเท่านั้น แต่ยังเป็นสิ่งที่สื่อสารข้อมูลบางอย่างออกมาพร้อมกันอีกด้วยเช่นเดียวกันกับความเห็นของ John Sopinka ผู้พิพากษาวแคนาดาในคดี R v. Butler ที่กล่าวว่า การที่ผู้สร้างภาพยนตร์ (ลามกอนาจาร) จงใจบันทึกกิจกรรมทางเพศลงบนม้วนฟิล์มและมีการจัดเรียงลำดับภาพอย่างตั้งใจเพื่อที่จะสร้างผลงานออกมาในรูปแบบของภาพยนตร์นั้น แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าผู้สร้างภาพยนตร์นั้นมีความตั้งใจที่จะสื่อสาร

อะไรบางอย่างออกมา ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าสื่อลามกอนาจารเป็นรูปแบบหนึ่งของการแสดงความคิดเห็น¹³²

สื่อโป๊สื่อสารข้อความหรือความคิดเห็นออกมาได้ 2 รูปแบบด้วยกันรูปแบบแรกคือความคิดเห็นเชิงข้อมูลเกี่ยวกับเรื่องเพศ (information ideas about sex) ซึ่งเป็นการแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับเรื่องทางเพศโดยตรงอย่างเต็มที่ โดย Linda Williams นักวิชาการชาวอเมริกันกล่าวว่า สื่อลามกอนาจารคือความสัมพันธ์ทางเพศที่เล่าเรื่องได้ด้วยตัวของมันเอง (speaking sex) ไม่ว่าจะผ่านภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวและรูปแบบที่สองคือความคิดเห็นเชิงทัศนคติเกี่ยวกับเรื่องเพศ (attitudinal ideas about sex) เป็นความคิดเห็นที่ไม่ได้ถูกสื่อออกมาตรงๆ เหมือนความคิดเห็นรูปแบบแรก แต่ต้องอาศัยการตีความจากความหมายหรือความคิดเห็นที่ซ่อนอยู่ภายใต้ภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวเหล่านั้น ซึ่งอาจมีหลากหลายความหมายขึ้นอยู่กับมุมมองของผู้ชมแต่ละคน อาจเป็นแนวคิดที่สนุกสนานน่าตื่นตาก็ได้ หรืออาจจะเป็นแนวคิดความมีอำนาจเหนือของเพศชาย (male supremacy) หรือแนวคิดความลดทอนความเป็นมนุษย์ของเพศหญิง (sexual objectification of women) ซึ่งความคิดเห็นเหล่านี้อาจมองได้ว่าเป็นข้อมูลที่แสดงถึงการใช้ความรุนแรงที่อาจไม่ปลอดภัยในกิจกรรมทางเพศ หรือความไม่เท่าเทียมกันทางเพศในสังคม โดย Thomas Scanlon นักปรัชญาชาวอเมริกัน เรียกความคิดเห็นเช่นนี้ว่า “ความเห็นทางการเมืองอย่างไม่เป็นทางการ” (informal political message) เพราะความเห็นทางการเมืองนั้นไม่ได้มีข้อจำกัดว่าต้องเรื่องเฉพาะทางการเมืองโดยแท้เท่านั้น แต่ยังมีความหมายครอบคลุมถึงประเด็นทางสังคมต่างๆ เช่น ความไม่เท่าเทียมกันทางเพศ การเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นต้น ซึ่งความคิดเห็นเหล่านี้แม้ไม่ใช่ประเด็นทางการเมืองโดยตรง แต่ก็เกี่ยวข้องกันนโยบายของรัฐในบางมิติและที่สำคัญไปกว่านั้นยังเกี่ยวเนื่องกับความเป็นอยู่โดยรวมของผู้คนในสังคมด้วย โดย Jack Lively นิยามว่า ประชาธิปไตยคือรูปแบบของการปกครองที่อำนาจการปกครองสูงสุดเป็นของประชาชนทั้งหมด ไม่ใช่ของกลุ่มบุคคลหรือนักเลาใดบุคคลหนึ่ง ทั้งนี้ Frederick Schauer ได้เสริมว่า ประชาธิปไตยเป็นการปกครองของประชาชนทั้งหมด ซึ่งประชาชนเป็นผู้กำหนดทิศทางทางการเมืองของการปกครองและการเมืองด้วยเจตจำนงของตนเอง (self-government) จึงจำเป็นต้องมีสิ่งทีเรียกว่า

¹³² อังแล้ว เจริญรอดที่ 97, น.202-203

“เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น” (freedom of expression หรือ free speech) กอปรกับความเห็นของ Alexander Meiklejohn ที่ว่า การที่ปัจเจกชนแต่ละคนที่รวมกันเข้าเป็นประชาชนทั้งมวลนั้น จะสามารถตัดสินใจเลือกและกำหนดทิศทางการดำเนินไปทั้งทางการเมืองและสังคมตามเจตจำนงของตนเองได้ จำต้องสามารถเข้าถึงและนำเสนอข้อมูลข่าวสารความคิดเห็นต่างๆ ได้อย่างเสรี โดยไร้ซึ่งการปิดกั้นใดๆ หรือที่เรียกว่าการเซนเซอร์ (censorship) และนอกจากนี้ยังจำเป็นที่จะต้องให้ประชาชนสามารถนำประเด็นต่างๆ ที่ได้จากข้อมูลข่าวสารหรือความคิดเห็นเหล่านั้นมาอภิปรายถกเถียงกันได้อย่างเสรีอีกด้วย หากปราศจากสิ่งเหล่านี้ประชาชนก็ไม่อาจที่จะเลือกตัดสินใจในการกำหนดทิศทางตามเจตจำนงได้อย่างชาญฉลาดมีเหตุผลด้วยเหตุนี้ Thomas Scanlon จึงมีความเห็นว่าสื่อลามกอนาจารคือรูปแบบหนึ่งของการแสดงความคิดเห็นทางการเมืองในรูปแบบไม่เป็นทางการ¹³³

แนวคิดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นจึงตั้งอยู่บนพื้นฐานของ 2 ทฤษฎีสำคัญ ทฤษฎีแรกคือ Argument from Truth โดย John Stuart Mill เห็นว่า “การให้ความคิดเห็นไม่ว่าดีหรือเลว ถูกหรือผิด หากมีการต่อสู้ถกเถียงกันในสนามอภิปรายจนตกผลึกแล้ว ความจริงแท้ (truth) ในเรื่องนั้นๆ ก็จะปรากฏขึ้นมาได้เองในที่สุด” และทฤษฎีที่สองคือ Marketplace of Ideas โดย Oliver W. Holmes ซึ่งเห็นว่า “สังคมควรปล่อยให้ความคิดเห็นต่างๆ ได้ดำรงอยู่อย่างเป็นอิสระโดยไม่ควรที่จะเข้าไปแทรกแซงหรือปิดกั้น แต่ต้องเปิดโอกาสให้มีการถกเถียงอภิปรายกันได้อย่างอิสระ แล้วผู้คนในสังคมจะเป็นผู้เลือกความคิดเห็นที่ตนคิดว่าถูกต้องและดีที่สุดเอง เสมือนกับกลไกทางตลาดที่สินค้าที่ดีที่สุดจะได้รับความนิยมมากที่สุดนั่นเอง”¹³⁴

เมื่อความคิดเห็นทางการเมืองไม่ว่าจะมีลักษณะเป็นทางการหรือไม่เป็นทางการ ล้วนแล้วแต่เป็นกลไกพื้นฐานที่จะทำให้ผู้คนในสังคมประชาธิปไตยขับเคลื่อนไปได้ด้วยเจตจำนงของตนเอง ไม่ว่าข้อมูลข่าวสารจะดีหรือเลวตามบรรทัดฐานทางศีลธรรมของสังคมนั้นๆ หรือไม่ จะถูกหรือผิดตามความรู้ของคนในสังคมที่มีอยู่ในขณะนั้นมากน้อยแค่ไหนเพียงไรข้อความหรือความคิดเห็นที่ผ่านสื่อลามกอนาจารในรูปแบบของความคิดเห็นทางการเมืองอย่างไม่เป็นทางการนี้ก็สมควรที่จะ

¹³³ เพิ่งอ้าง, น.203-205.

¹³⁴ เพิ่งอ้าง, น.207.

ถูกรัฐหรือใครก็ตามปิดกั้น แต่ควรปล่อยให้มีการแสดงออกเพื่อการนำเสนอต่อไปโดยเปิดโอกาสให้มีการอภิปรายถกเถียงกันได้อย่างเสรี เพื่อที่ในท้ายที่สุดนี้สังคมจะได้เกิดการตกผลึกทางความคิดในเรื่องเพศอย่างแท้จริง และเป็นการเปิดโอกาสให้สังคมได้เลือกกว่าความคิดใดเป็นความคิดที่ดีที่สุดในเรื่องเพศอย่างแท้จริง และเป็นการเปิดโอกาสให้สังคมได้เลือกกว่าความคิดใดเป็นความคิดที่ดีที่สุดในเรื่องเพศอย่างแท้จริง และเป็นการเปิดโอกาสให้สังคมได้เลือกกว่าความคิดใดเป็นความคิดที่ดีที่สุดในเรื่องเพศอย่างแท้จริง และเป็นรองเพศชายในเรื่องทางเพศแล้ว แม้ความคิดเห็นนี้จะไม่ฟังปรารภของสมาชิกหลายคนในสังคม การปิดกั้นความคิดเห็นประเภทนี้อาจไม่ช่วยให้ความไม่เท่าเทียมและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเพศหญิงดีขึ้นมานั้น สังคมควรปล่อยให้ความคิดเห็นประเภทนี้ดำรงอยู่ ส่วนผู้ที่มีความคิดเห็นแตกต่างออกไป เช่น เห็นว่าสังคมควรมีความเท่าเทียมกันในเรื่องทางเพศ หรือกิจกรรมทางเพศจะต้องเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และต้องดำเนินไปอย่างปลอดภัย ก็สามารถผลิตสื่อหรือแสดงความคิดเห็นในรูปแบบอื่นๆ เพื่อที่จะได้แย้งความคิดเห็นตรงข้ามกับความเห็นของตนดังกล่าว เพื่อให้ความคิดเห็นทั้งสองฝ่ายปะทะกันในเวทีสังคมประชาธิปไตยที่เปิดกว้าง และผู้คนในสังคมได้เลือกความเห็นที่คิดว่าดีที่สุด กระบวนการเช่นนี้เท่านั้นที่จะสอดคล้องกับแนวคิดเรื่องประชาธิปไตย¹³⁵

James Weinstein เห็นว่า เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นคือความท้าทายบรรทัดฐานทางเพศดั้งเดิม เพื่อชักจูงให้คนอื่นเห็นคล้อยตามความคิดเห็นทางเพศใหม่ที่น่าเสนอหรือการกระตุ้นเรียกร้องให้ผู้ที่ยึดกับบรรทัดฐานทางเพศดั้งเดิมขึ้นมาอภิปรายปะทะทางความคิดว่าบรรทัดฐานทางเพศในสังคมนั้นจะเปลี่ยนแปลงไปในทิศทางใด สิ่งเหล่านี้ล้วนเป็นต้นทางของพลวัตการเปลี่ยนแปลงไปของสังคมประชาธิปไตยทั้งสิ้น อย่างไรก็ตาม ข้อจำกัดการให้พื้นที่สื่อไปอย่างเสรีของสังคมก็ยังคงมีอยู่ กล่าวคือ เด็กและเยาวชนจะเข้าถึงสื่อลามกอนาจารไม่ได้เนื่องจากเด็กและเยาวชนยังไม่มีวุฒิและวิจารณญาณเพียงพอที่จะสามารถรับรู้ได้อย่างเข้าใจการตีความความหมายของความคิดเห็นที่สื่อลามกอนาจารแสดงออกมา และการใช้วิจารณญาณว่าสิ่งที่สื่อออกมานั้นดีหรือไม่ดีเหมาะสมกับตนเองหรือไม่อย่างไร ดังนั้น มาตรการป้องกันไม่ให้เด็กและเยาวชนที่อายุยังไม่ถึงเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดเข้าถึงสื่อลามกอนาจารยังคงมีความจำเป็นอยู่ไม่ว่าสังคมนั้นจะเป็นเสรีประชาธิปไตยเท่าใดก็ตาม และข้อจำกัดต่อมาคือสื่อลามกอนาจารเด็กแม้จะถือได้ว่าเป็นการแสดงความคิดเห็นรูปแบบหนึ่ง แต่

¹³⁵ เพิ่งอ้าง, น.208-209.

ค่าใช้จ่ายที่มีมูลค่าเป็นตัวเงิน และสิทธิเสรีภาพที่จะต้องสูญเสียไปจากการดำเนินการตามขั้นตอนต่างๆ ของกระบวนการยุติธรรมตามกฎหมาย ซึ่งกระทบต่อมูลค่าทางจิตใจที่ไม่สามารถประมาณการเป็นตัวเงินได้ ในทางทฤษฎีรัฐจึงไม่ควรบังคับใช้กฎหมายอาญาอย่างพร่ำเพรื่อ แต่ควรใช้เมื่อมีความจำเป็น หรือไม่มีทางเลือกอื่นใดแล้วเท่านั้นซึ่งหลักการดังกล่าวนี้เรียกว่า *Ultima Ratio*¹³⁷

3.2.2.1 หลัก Harm Principle

ทฤษฎีการกระทำที่สร้างความเสียหาย (The Harm Principle) หรือ Harm to others นี้ มีหลักการว่าการกระทำที่ก่อความเสียหายแก่สิทธิหรือคุณค่าของผู้อื่น (setback of interests) เท่านั้นที่จะสามารถกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาได้ และแม้การกระทำนั้นยังไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย แต่มีแนวโน้มความเสียหายที่จะก่อให้เกิดอันตรายได้ ย่อมสามารถกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาได้ เช่นกัน เว้นเสียแต่ว่าการกระทำดังกล่าวนั้นจะไม่สามารถก่อให้เกิดอันตรายหรือสร้างความเสียหายใดๆ แก่สิทธิหรือคุณค่าของผู้อื่นได้โดยการกระทำนั้นไม่อาจถูกกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาได้ ไม่ว่าจะด้วยกรณีใด¹³⁸

John Stuart Mill ได้เสนอทฤษฎีไว้ว่าเสรีภาพคือสิ่งที่ทรงคุณค่ามากที่สุดของชีวิตมนุษย์ชีวิตหนึ่งที่จะพึงมี ฉะนั้นการจำกัดเสรีภาพจึงเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง แต่ถ้าหากมีความจำเป็นต้องจำกัดเสรีภาพของบุคคลหนึ่งเพื่อป้องกันผลร้าย (harm) ที่จะเกิดขึ้นแก่อีกบุคคลหนึ่งซึ่งอยู่ร่วมกันในสังคมแล้ว การจำกัดเสรีภาพบุคคลผู้ก่อเหตุร้ายนั้นก็ย่อมสามารถที่จะกระทำได้ ถ้าผลร้ายนั้นไม่ได้เกิดแก่ตัวเขาเองเพียงคนเดียว ที่เป็นเช่นนี้เพราะกฎหมายไม่ได้มีบทบาทในการเข้าไปจำกัดเสรีภาพในการกระทำของบุคคลใดที่ไม่ได้สร้างความเดือดร้อนเสียหายแก่บุคคลอื่นแต่อย่างใด ดังนั้นเงื่อนไขในการบัญญัติกฎหมายควบคุมการใช้เสรีภาพของบุคคล จึงต้องพิจารณาจนบรรลุผลอย่างถ่องแท้ถึงที่สุดแล้วว่า ลักษณะการใช้เสรีภาพนั้นๆ จะต้องสร้างความเสียหายแก่บุคคลอื่นอย่างแน่นอน

ผู้ก่อเหตุร้ายในลักษณะความผิดการครอบครองสื่อลามกอนาจารนี้ทั้งหมดล้วนเป็นผู้บริโภคที่มีรสนิยมอยากรู้อยากเห็น ชื่นชอบความท้าทายน่าตื่นเต้นเพื่อให้ได้มาซึ่งการรู้เห็นในสิ่งที่

¹³⁷ รัชณรงค์ บุญมี, “การแอบมองหรือการแอบถ่ายภาพในทางเพศกับกฎหมายอาญา,” รฟ 2560, น.25.

¹³⁸ เพ็งอ้าง, น.3.

ผู้อื่นปกปิดสงวนไว้ เป็นความผิดปกติทางอารมณ์ชนิดหนึ่งที่ไม่สามารถจัดเป็นสัญชาตญาณได้ เพราะขาดคุณสมบัติของแบบอย่างพฤติกรรมที่มีแบบแผนแน่นอน (fixed action pattern หรือ FAP)¹³⁹ เมื่อความอยากรู้อยากเห็นนี้มีการบ่มเพาะสะสมมาเป็นเวลานานจนเกิดพฤติกรรมการเสพติด จึงต้องมีการแสวงหาสิ่งช่อดื่นใหม่ๆ เพื่อมาตอบสนองความต้องการอยากรู้อยากเห็นนั้นต่อไปเรื่อยๆ ไม่ว่าจะเป็นการไปแอบถ่ายบุคคลอื่นด้วยตนเอง รับซื้อหรือแบ่งปันจากบุคคลอื่นที่ไปแอบถ่ายมา ท้ายที่สุดเมื่อไม่สามารถหาสื่อใหม่มาบริโภคได้ ผู้บริโภคเหล่านั้นก็มักหาทางสนองคั่นหาตนเองโดยการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่สามารถใช้งานได้ง่ายเพื่อคัดต่อภาพบุคคลอื่นที่ชื่นชอบเป็นการส่วนตัวขึ้นมาทดแทนเอง หรือทำเป็นภาพในลักษณะของการ์ตูนแอนิเมชันต่างๆ แทน

การแอบถ่ายผู้อื่นทั้งในลักษณะที่ผู้ถูกแอบถ่ายรู้ตัวและไม่รู้ตัวนี้ ไม่ว่าจะแอบถ่ายแล้วนำมาเก็บไว้รับชมเองหรือนำไปเผยแพร่ส่งต่อในกลุ่มผู้มีความชื่นชอบเดียวกัน รวมถึงภาพที่มีการคัดต่อสร้างขึ้นโดยสับเปลี่ยนใบหน้า หรือภาพการ์ตูนแอนิเมชันที่สร้างขึ้นมาโดยมิได้เป็นการแอบถ่ายภาพของบุคคลจริงๆ จึงเป็นสิ่งที่ต้องพิจารณาว่าการกระทำที่กล่าวมานี้มีลักษณะเป็นภัยอันตรายที่รัฐจะเข้ามาจำกัดเสรีภาพผู้กระทำโดยใช้กฎหมายอาญาหรือไม่

3.2.2.2 หลัก Offence Principle

ทฤษฎีการกระทำที่ก้าวร้าว (The Offence Principle) หรือ Offence to others นี้มีหลักการว่าการกระทำที่มีลักษณะก้าวร้าวต่อต้านความสงบเรียบร้อยของสังคม แม้จะไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิหรือคุณค่าของผู้อื่นผู้ใดโดยตรง หรือแม้ไม่เป็นการสร้างความเสี่ยงภัยเพื่อนำไปสู่ภัยอันตรายที่อาจเกิดขึ้นได้ ก็สมควรที่จะกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาด้วย¹⁴⁰

Joel Feinberg ได้เสนอทฤษฎีไว้ว่า การกำหนดว่าการกระทำใดจะเป็นความผิดได้ การกระทำนั้นจะต้องเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความรู้สึกล่วงเกินแก่บุคคลทั่วไป แม้การกระทำนั้น

¹³⁹ อากรณี รัชไช, “พฤติกรรมสัตว์ (Animal Behavior),” สืบค้นเมื่อวันที่ 11 พฤษภาคม 2562, จาก <https://www.scimath.org/lesson-biology/item/7042-animal-behavior>.

¹⁴⁰ อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 137, น.3.

จะไม่เป็นการก่อกวนอันตรายใดๆ เลยก็ตาม และต้องพิจารณาด้วยว่าการกระทำนั้นเป็นสิ่งที่บุคคลทั่วไปในสังคมจะสามารถหลีกเลี่ยงได้หรือไม่¹⁴¹

ข้อเท็จจริงที่ปรากฏว่ามีการตั้งกล้องขนาดเล็กไว้ตามจุดลับต่างๆ ที่ยากแก่การตรวจจับ หากผู้คนที่ดำเนินชีวิตในชุมชนบริเวณนั้นไม่ทราบมาก่อนว่ามีการลักลอบแอบติดตั้งไว้ ย่อมไม่สามารถคาดหมายได้ถึงก่อกวนอันตรายใดๆ ที่เกิดขึ้นได้จากการแอบถ่าย แต่ถ้าภายหลังปรากฏข้อเท็จจริงว่าภาพแอบถ่ายนั้นได้ถูกเผยแพร่ออกไปทำให้ประชาชนที่พักอาศัยอยู่ในบริเวณนั้นเกิดความหวาดระแวงในการใช้ชีวิตประจำวัน¹⁴² อันเป็นไปในลักษณะของการก่อกวนเดือดร้อนรำคาญในชุมชน แต่บุคคลอื่นๆ ในสังคมที่ไม่ได้อาศัยอยู่ในบริเวณนั้นย่อมสามารถหลีกเลี่ยงที่จะสัญจรไปในบริเวณชุมชนที่มีการติดตั้งกล้องแอบถ่ายได้ แต่ถ้าการติดตั้งกล้องดังกล่าวเกิดขึ้นในบริเวณกว้างความสงบเรียบร้อยของสังคมย่อมได้รับความกระทบกระเทือนได้ และอาจเกิดความเสี่ยงภัยที่จะก่อให้เกิดอาชญากรรมอื่นๆ ตามมา

3.2.2.3 หลัก Legal Moralism

ทฤษฎีการกระทำที่เป็นการละเมิดศีลธรรม (Legal Moralism) หรือ Harmless Wrongdoing นี้ มีหลักการว่าการกระทำที่เป็นการกระทบกระเทือนต่อศีลธรรมจรรยา แม้มิได้เป็นการก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิหรือคุณค่าของผู้หนึ่งผู้ใดโดยตรงหรือการกระทำไม่มีลักษณะก้าวร้าว แต่ถ้าปล่อยไว้ไม่ควบคุมก็อาจทำให้บรรทัดฐานทางศีลธรรมจรรยาในสังคมเสื่อมทรามลงได้ จึงมีความจำเป็นต้องกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา¹⁴³

3.2.2.4 หลัก Legal Paternalism

ทฤษฎีการกระทำที่ทำร้ายตนเอง (Legal Paternalism) หรือ Harm to Self นี้มีหลักการว่า ผู้ใช้อำนาจปกครองคือผู้ซึ่งถูกเลือกแล้วว่าเป็นผู้มีวิสัยทัศน์ ย่อมมีความรู้ความสามารถ

¹⁴¹ Brubaker C., Stanley, "Offense to other. By Joel Feinberg," constitutional commentary, Vol.3, No.608, New York: Oxford University Press, p.608 (1985).

¹⁴² ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, มุมมองใหม่ในกฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552), น.149.

¹⁴³ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 137, น.3.

และประสบการณ์ที่เหนือกว่าผู้อยู่ใต้อำนาจปกครอง เปรียบประหนึ่งบิดา “ผู้อบอุ่นน้ำร้อนมาก่อน” ดังสุภาษิต ราษฎรซึ่งมีประสบการณ์น้อยกว่าจึงเปรียบได้เสมือนบุตรที่ต้องเชื่อฟังคำสั่งของบิดา ผู้หวังดี เพื่อเป็นการป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่ตัวราษฎรเอง ดังนั้นการกระทำใดแม้จะไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิหรือคุณค่าของผู้หนึ่งผู้ใดโดยตรง ไม่มีลักษณะก้าวร้าวต่อต้านความสงบเรียบร้อยของสังคมหรือกระทบกระเทือนต่อศีลธรรมจรรยาแต่ถ้าการกระทำนั้นเป็นการสร้างความเสียหายแก่ตัวผู้กระทำเองแล้ว รัฐก็สมควรที่จะกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญาด้วยเพื่อป้องกันความเสียหาย¹⁴⁴

3.3 แนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว

การศึกษาถึงความหมายของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวนั้น เป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการกำหนดลักษณะของสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครอง เพื่อให้เกิดการตกผลึกเป็นคุณธรรมทางกฎหมายเมื่อถึงเวลาที่เหมาะสมซึ่งการพิจารณาถึงความหมายและลักษณะของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวนั้นอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้¹⁴⁵

3.3.1 สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวมีลักษณะเป็นพลวัต

สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวคือสิทธิที่มีลักษณะเป็นพลวัต (dynamic) กล่าวคือ สิทธินี้สามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามบริบทของสังคมและวัฒนธรรม ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการดำเนินชีวิต และกำหนดความเป็นตัวตนของตนเอง (self-determination) เช่น การเปลี่ยนเสื้อผ้าในห้องแต่งตัวของสระว่ายนํ้า หากผู้ให้บริการเป็นคนไทยมักจะปกปิดร่างกายด้วยผ้าขนหนูขณะเปลี่ยนชุด หรือเลือกที่จะเข้าไปเปลี่ยนชุดในห้องน้ำเสียเลยเพราะไม่ต้องการให้บุคคลอื่นเห็นสัดส่วนของร่างกาย ทั้งที่ในยุคโบราณวัฒนธรรมการแต่งกายของไทยตามประวัติศาสตร์ครั้งเมื่อสมัยยังเป็นอาณาจักรนั้นชายและหญิง

¹⁴⁴ อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 137, น.3.

¹⁴⁵ คณาธิป ทองรวีวงศ์, “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว : ศึกษากรณีการรบกวนสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวจากการใช้เว็บไซต์เครือข่ายสังคม,” วารสารวิชาการสมาคมสถาบันอุดมศึกษาเอกชนแห่งประเทศไทย, เล่มที่ 2, ปีที่ 18, น.42-43 (พฤษภาคม 2555).

ยังคงใช้เพียงผ้าผืนเดียวเพื่อปกปิดส่วนล่างของร่างกายเพื่อไม่ให้เกิดความอับอายเท่านั้นเช่นเดียวกันกับในเรื่องของการทำความสะอาดร่างกายอย่างการอาบน้ำหรือการขี้ถ่าย ซึ่งในปัจจุบันจำเป็นต้องมีห้องน้ำที่ปกปิดมิดชิดจากสายตาของบุคคลภายนอก ทั้งที่ในสมัยก่อนวิถีชีวิตคนไทยซึ่งเป็นสังคมเกษตรกรรมมีความผูกพันอยู่กับทุ่งนาและทำน้าอย่างใกล้ชิด เป็นต้น ถึงอย่างไรความเปลี่ยนแปลงของสังคมที่เกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องโดยไม่มีกำหนดหยุดพักนี้ยังคงต้องดำเนินต่อไปอย่างเป็นพลวัต สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวก็เช่นเดียวกัน แต่ความเปลี่ยนแปลงจะเกิดขึ้นเร็วหรือช้าขึ้นขึ้นอยู่กับเหตุปัจจัยต่างๆ ที่เข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น ระดับการศึกษาของผู้คนในสังคม ความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีหรือความเป็นศูนย์รวมจิตใจของศาสนา ซึ่งสามารถเป็นตัวกำหนดได้ทั้งสิ้น

3.3.2 สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวมีลักษณะเชิงสัมบูรณ์

สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวคือสิทธิสากลสัมบูรณ์นิยม (universality) ตามกระแสหลักแรกกล่าวคือ มีความชอบธรรมสมบูรณ์อยู่ทั่วโลกอันมีลักษณะเป็นนามธรรมที่ไม่สามารถอ้างความคงตัวอยู่ได้เฉพาะสังคมใดสังคมหนึ่ง ความเป็นสากลซึ่งเป็นพื้นฐานอันแข็งแกร่งนี้แม้ปรับแต่งเพียงเล็กน้อยให้สอดคล้องกับวัฒนธรรมแต่ละที่ (dias) ในลักษณะของ “The Universal Recognition of Pluralism and Differences” กล่าวคือ การเคารพในความแตกต่างทางศาสนา จารีตประเพณี วิถีชีวิตและอุดมการณ์ ครอบคลุมถึงความแตกต่างนั้นยังคงแสดงถึงศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์แล้ว สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวอันเป็นคุณสมบัติติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่กำเนิดโดยธรรมชาตินี้ ย่อมอยู่เหนือกว่าสิทธิทุกสิ่งในสากลโลกที่มีลักษณะเชิงสัมพัทธ์¹⁴⁶

3.3.3 สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวมีลักษณะเชิงสัมพัทธ์

สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวยังเป็นสิทธิที่มีมีลักษณะเชิงสัมพัทธ์นิยม (relativity) ตามกระแสหลักที่สองอีกด้วย เนื่องจากการเกิดขึ้นและคงอยู่ของสิทธิดังกล่าวนี้อยู่ในบริบทเชิงขอบเขตระหว่างความเป็นส่วนตัวและความเป็นสาธารณะ Hillel Steiner จึงได้เสนอให้มีการนำทฤษฎีอสมมาตร (Asymmetry thesis) หรือทฤษฎีความไม่เท่ากันของข้อมูลอันเป็นทฤษฎีที่มีการศึกษา

¹⁴⁶ พิเศษฐ เมฆานนท์, “สิทธิมนุษยชน & ค่านิยมวัฒนธรรม (Human Rights & Cultural Values),” อัยการ, น.5(พฤศจิกายน 2540).

โดยนักวิชาการมาแล้วหลายแขนง ซึ่งทฤษฎีนี้มีหลักการที่สำคัญคือความไม่สมมาตรของข้อมูลเป็นสิ่งที่ไม่สามารถกำจัดหรือจัดทิ้งไปได้เพราะความไม่สมมาตรของข้อมูลนั้นทำให้เกิดรายการข้อมูลระหว่างกันได้ เพื่อประกอบการอธิบายในเรื่องสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวบุคคลจะมีสิทธิในความเป็นส่วนตัวได้ก็ต่อเมื่อเขาอยู่ในขอบเขตของความเป็นส่วนตัว(private sphere) เท่านั้นแต่ถ้าหากเป็นขอบเขตของความเป็นสาธารณะ (public sphere) อันเป็นสถานที่ที่บุคคลในสังคมสามารถมีชีวิตอยู่ร่วมกันแล้ว สิทธิในความเป็นส่วนตัวดังกล่าวจะต้องถูกจำกัดลง¹⁴⁷ เนื่องจากสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวตามกระแสหลักหลังนี้ไม่ใช่สิทธิสากลเพราะถูกตั้งขึ้นบนฐานวัฒนธรรมเดียวจากทั้งหมดของทุกฐานของวัฒนธรรมซึ่งมีระดับที่แตกต่างกัน โดยเห็นได้ชัดในยุคล่าอาณานิคมซึ่งประเทศผู้ล่ามีการบังคับให้ประเทศผู้ถูกล่าต้องเปลี่ยนแปลงวัฒนธรรมให้เหมือนกับประเทศตนเพื่อประโยชน์ในการปกครอง เช่น วัฒนธรรมทางด้านการใช้ภาษา การนับถือศาสนา สิทธิในความเป็นส่วนตัวลักษณะเชิงสัมพัทธ์นี้จึงต้องคำนึงถึงการคุ้มครองประโยชน์จากผู้ที่เข้มแข็งกว่า¹⁴⁸

¹⁴⁷ เพิ่งอ้าง, น.5.

¹⁴⁸ เพิ่งอ้าง, น.6.

บทที่ 4

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอม ในต่างประเทศ

ในบทนี้จะได้กล่าวถึงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิในความเป็นส่วนตัวกับการถูกถ่ายภาพลามกอนาจารโดยไม่ยินยอม โดยจะกล่าวถึงมาตรการในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว และมาตรการทางกฎหมายและโทษเกี่ยวกับการถ่ายภาพและการครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอมในต่างประเทศ ตามลำดับดังนี้

4.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ดินแดนที่เป็นต้นแบบของแนวคิดความมีอิสระและเสรีภาพของปัจเจกชนตามระบอบประชาธิปไตยในสหรัฐอเมริกาชนทุกชั้นต้องเสมอภาคอย่างเท่าเทียมกันด้วยอำนาจแห่งสิทธิบางประการที่ติดตัวมาตั้งแต่วันแรกที่มีชีวิตอยู่จนกระทั่งวาระสุดท้ายของชีวิต ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในร่างกายหรือทรัพย์สินซึ่งสิทธิต่างๆ เหล่านี้เป็นสิทธิที่จะล่วงละเมิดกันมิได้ หลักประกันที่สำคัญคือรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนของการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล (Bill of Rights) ประกอบกับคำพิพากษาของศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกา (U.S. Supreme court) ซึ่งมีบทบาทอย่างมากในการสร้างหลักกฎหมายของประเทศนี้โดยมีบทบัญญัติของกฎหมายที่รับรองและคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลทั่วไปไว้ในบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับต่างๆ อยู่หลายฉบับด้วยกัน เช่น บทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับที่ 4 (Fourth Amendment) ที่กล่าวไว้ว่ารัฐสภาจะบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามประกอบพิธีกรรมทางศาสนา หรือละเมิดสิทธิเสรีภาพในการพูดหรือการโฆษณาหรือสิทธิที่ประชาชนจะชุมนุมกันโดยสงบมิได้หรือบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับที่ 4 ที่กล่าวถึงสิทธิของ

ประชาชนที่จะมีความปลอดภัยในร่างกาย เหนือสถานและทรัพย์สินจากการถูกตรวจค้นหรือยึดไว้โดยไม่
มีเหตุอันชอบด้วยกฎหมาย และจะออกกฎหมายเพื่อกระทำการเช่นนั้นมิได้เช่นเดียวกัน¹⁵⁰

จากบทความเรื่อง “The Right to Privacy” โดย Samuel Warren และ Louis Brandeis¹⁵¹
ได้กล่าวถึงเครื่องมือทันสมัยที่สามารถก่อให้เกิดโอกาสในการละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของ
บุคคลอื่น โดยที่บุคคลนั้นมีได้รู้ตัว เช่น เทคโนโลยีการถ่ายภาพ อาจทำให้บุคคลหนึ่งถูกถ่ายภาพได้
โดยที่บุคคลนั้นมีได้รู้สึกตัวหรือตั้งใจในการถ่ายภาพนั้นแต่อย่างใด¹⁵² บุคคลทุกคนจึงต้องได้รับความ
คุ้มครองโดยบริบูรณ์ทั้งในร่างกายและทรัพย์สิน แต่ถึงอย่างไรสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวก็ยังคงมี
ข้อจำกัดอยู่หลายประการ เช่น สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวต้องไม่เป็นอุปสรรคต่อการเผยแพร่ข้อมูล
อันเกี่ยวเนื่องกับประโยชน์สาธารณะ และสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวย่อมระงับไปเมื่อผู้เป็นเจ้าของ
สิทธิแสดงความยินยอมที่จะละเมิดสิทธิดังกล่าว กล่าวคือ แม้ผู้เผยแพร่ข้อมูลจะอ้างว่าเป็นภาพและเสียง
จริงไม่มีการดัดแปลงแก้ไขใดๆ แต่หากผู้เป็นเจ้าของสิทธิไม่ได้รับรู้และยินยอมด้วยแล้ว ย่อมถือว่าการ
กระทำได้กล่าวเป็นการละเมิดสิทธิที่ก่อให้เกิดความเสียหายแล้วโดยไม่มีข้อแก้ตัว¹⁵³ การชั่งน้ำหนัก
ระหว่างสิทธิความเป็นส่วนตัวกับเสรีภาพในการแสดงออกจึงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องใช้รูปแบบ
(model) กฎหมายของประเทศนี้เพื่อประกอบการศึกษา

4.1.1 การคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวตามกฎหมายระดับสหรัฐ

¹⁵⁰ สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, “รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง ปัญหาและมาตรการทาง
กฎหมายในการรับรองและคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว,” (2558), น.49-50.

¹⁵¹ Warren, Samuel D. & Brandeis, Louis D., “The Right to Privacy,” *Harvard Law Review*. Vol.4, No.5,
pp.193-220(Dec 15, 1890).

¹⁵² คณาธิป ทองรวีวงศ์, “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และ
ยินยอม,” *บทบัญญัติ*, เล่มที่ 4, ปีที่ 64, น.20(ธันวาคม 2551).

¹⁵³ สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, “รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง ปัญหาและมาตรการทาง
กฎหมายในการรับรองและคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว,” น.50-51(2558).

จากกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองผู้ที่ถูกถ่ายภาพในขณะที่เปลือยกายหรือสวมใส่แต่ชุดชั้นในในที่อันควรคาดหมายได้ว่าเป็นพื้นที่ส่วนตัว คือกฎหมายป้องกันการแอบดูบันทึกภาพเคลื่อนไหว (Video Voyeurism Prevention Act) มาตรา 1801a ได้บัญญัติว่า “ผู้ใดภายในเขตทะเลพิเศษและภายในอาณาเขตของสหรัฐอเมริกา มีเจตนาถ่ายภาพในพื้นที่ส่วนตัวของบุคคลโดยปราศจากความยินยอมและกระทำภายใต้สถานการณ์ที่รู้ถึงการคาดหมายถึงความเป็นส่วนตัวของบุคคล ต้องระวางโทษปรับหรือจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ”¹⁵⁴

4.1.2 การคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวตามกฎหมายระดับมลรัฐ

ประเทศสหรัฐอเมริกาประกอบด้วยรัฐต่างๆ กว่า 50 มลรัฐ แต่ละมลรัฐมีอำนาจปกครองแยกต่างหากจากรัฐบาลกลาง (Federal government) การออกกฎหมายถือเป็นอำนาจหนึ่งที่รัฐบาลมลรัฐ (State government) สามารถกระทำเพื่อบังคับใช้กับประชาชนภายในมลรัฐของตนได้ ทั้งนี้ มลรัฐส่วนใหญ่ล้วนให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวของพลเมืองตนแทบทุกมลรัฐ โดยกำหนดเป็นฐานความผิดกฎหมายที่มีโทษทางอาญาแตกต่างกันออกไป ความมั่นคงปลอดภัยของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวแต่ละมลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกานี้จึงมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการหยิบยกนำมาศึกษาในเรื่องมาตรการทางกฎหมายและโทษเกี่ยวกับสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวกับการถูกแอบถ่ายและการครอบครองสื่อลามกอนาจาร

4.1.2.1 กฎหมายของมลรัฐเพนซิลเวเนีย

จากกฎหมายสิทธิพลเมืองนิวยอร์ก (New York Civil Rights Law 1921) ซึ่งเป็นกฎหมายที่รับรองถึงสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวในมลรัฐฉบับแรกของประเทศสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับความเป็นอยู่ส่วนตัวไว้ในมาตรา 50 ในกรณีที่ผู้ใดมีวัตถุประสงค์ทางการค้าใช้ภาพถ่าย

¹⁵⁴ Video Voyeurism Prevention Act 18 U.S. Code § 1801 Video voyeurism “(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.”

ส่วนบุคคลของบุคคลอื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมถือเป็นความผิดทางอาญา¹⁵⁵ซึ่งเป็นการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวในกรณีทั่วไป

เมื่อเทียบกับกฎหมายของมลรัฐเพนซิลเวเนียที่ได้กำหนดไว้ในหัวข้อที่ 18 ของรัฐธรรมนูญซึ่งว่าด้วยเรื่องของอาชญากรรมและฐานความผิด หมวดที่ 5 ฐานความผิดอื่นๆ โดยมีมาตรา 7507.1 ก็ฐานความผิดบุกรุกในความเป็นอยู่ส่วนตัวในกรณีที่ผู้ใดมีวัตถุประสงค์เพื่อกระตุ้นหรือทำให้พอใจในความต้องการทางเพศของบุคคลใดๆ โดยเจตนาจะกระทำการใดๆอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

(1) การดู ถ่ายภาพ บันทึกวิดีโอเทป ด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ วาดภาพ ภาพยนตร์ หรือบันทึกบุคคลอื่นอย่างหนึ่งอย่างใด¹⁵⁶โดยปราศจากความรับรู้และยินยอมของบุคคลนั้นในขณะที่บุคคลนั้นอยู่ในสภาพเปลือยกายทั้งหมดหรือบางส่วนและอยู่ในสถานที่ที่บุคคลนั้นมีความคาดหวังได้ในความเป็นส่วนตัว

(2) การดู ถ่ายภาพ บันทึกวิดีโอเทป ด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ วาดภาพ ภาพยนตร์ หรือบันทึกบุคคลอื่นอย่างหนึ่งอย่างใดในมุมมองส่วนตัวที่ไม่ได้ปกปิดด้วยเสื้อผ้าโดยปราศจากความรับรู้และยินยอมของบุคคลนั้นและบุคคลนั้นไม่ได้ตั้งใจจะให้สังเกตเห็นได้จากบุคคลภายนอก

(3) ส่งต่อหรือเป็นสื่อผ่านในการส่งต่อภาพถ่ายลงละเมิดตามวรรค (1) หรือ (2) โดยถ่ายทอดสดหรือบันทึกเป็นข้อความโทรศัพท์หรือบันทึกไว้จดหมายอิเล็กทรอนิกส์หรืออินเทอร์เน็ตหรือโดยการถ่ายโอนข้อมูลกลางจากสื่ออื่นๆ ที่จัดเก็บภาพไว้

...

¹⁵⁵ New York Civil Rights Law 1921 Section 50 Right of privacy. "A person, firm or corporation that uses for advertising purposes, or for the purposes of trade, the name, portrait or picture of any living person without having first obtained the written consent of such person, or if a minor of his or her parent or guardian, is guilty of a misdemeanor."

¹⁵⁶ คณาธิป ทองรวีวงศ์, "การนำกฎหมายเกี่ยวกับการดักฟังมาปรับใช้เพื่อคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ถูกถ่ายและเผยแพร่วีดิทัศน์ทางเว็บไซต์เครือข่ายสังคม," บทบัญญัติ, เล่มที่ 1, ปีที่ 69, น.59 (มีนาคม 2556).

(ข) การบุกรุกความเป็นส่วนตัวเป็นความผิดทางอาญาในระดับที่สอง ถ้าเป็นการละเมิดมากกว่าหนึ่งข้อจะยกระดับเป็นความผิดทางอาญาในระดับที่สาม¹⁵⁷

ทั้งยังได้มีการกำหนดนิยามคำศัพท์เฉพาะของคำว่า “เปลือยกายทั้งหมดหรือแต่เพียงบางส่วน” “อวัยวะบริเวณส่วนลับ” “สถานที่ที่บุคคลมีความคาดหวังในการเป็นส่วนตัวได้” แม้กระทั่งความหมายของคำว่า การดู (views) ซึ่งเป็นคำศัพท์พื้นฐาน แต่กฎหมายของมลรัฐเพนซิลเวเนียก็ได้นิยามความหมายไว้ให้ครอบคลุมถึงการมองส่องไปที่บุคคลอื่นโดยใช้อุปกรณ์ใดๆ ที่ถูกออกแบบมาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อปรับปรุงภาพให้มีความคมชัดมากขึ้นไว้ในมาตราเดียวกันอีกด้วย¹⁵⁸

¹⁵⁷ Title 18 CRIMES AND OFFENSES § 7507.1. Invasion of privacy.

(a) Offense defined.--Except as set forth in subsection (d), a person commits the offense of invasion of privacy if he, for the purpose of arousing or gratifying the sexual desire of any person, knowingly does any of the following:

(1) Views, photographs, videotapes, electronically depicts, films or otherwise records another person without that person's knowledge and consent while that person is in a state of full or partial nudity and is in a place where that person would have a reasonable expectation of privacy.

(2) Photographs, videotapes, electronically depicts, films or otherwise records or personally views the intimate parts, whether or not covered by clothing, of another person without that person's knowledge and consent and which intimate parts that person does not intend to be visible by normal public observation.

(3) Transfers or transmits an image obtained in violation of paragraph (1) or (2) by live or recorded telephone message, electronic mail or the Internet or by any other transfer of the medium on which the image is stored.

...

(b) Grading.--Invasion of privacy is a misdemeanor of the second degree if there is more than one violation. Otherwise, a violation of this section is a misdemeanor of the third degree.

¹⁵⁸ Title 18 CRIMES AND OFFENSES § 7507.1. Invasion of privacy.

4.1.2.1 กฎหมายของมลรัฐวอชิงตัน

ประมวลกฎหมายฉบับบทบทวนแก้ไขแห่งวอชิงตัน Revised Code of Washington (RCW) ได้รวบรวมกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับในแต่ละช่วงสมัยการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งมลรัฐ ซึ่งได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับการ “ล้ามอง” (voyeurism) ไว้ในความผิดเกี่ยวกับเพศ (sex offenses) ประมวลกฎหมายอาญาวอชิงตัน (Washington Criminal Code) หัวข้อ 9A หมวด 44 มาตราที่ 115 มีรายละเอียดดังนี้

(1) ตามที่ใช้ในมาตรานี้:

(ก) "พื้นที่ความเป็นส่วนตัว" หมายถึงส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายหรือชุดชั้นในของบุคคลที่ปกคลุมด้วยเสื้อผ้าซึ่งมีเจตนาป้องกันไม่ให้มองเห็นได้โดยสาธารณะ

(ข) "ภาพถ่าย" หรือ "ฟิล์มภาพยนตร์" หมายถึงการสร้างภาพถ่าย ภาพ เคลื่อนไหว วิดีโอ เทป ภาพดิจิทัล หรือการบันทึกอื่นๆ หรือการถ่ายโอนภาพบุคคล

(ค) "สถานที่ที่เขาหรือเธอจะคาดหวังได้ถึงความเป็นส่วนตัว" หมายถึง

"Full or partial nudity." Display of all or any part of the human genitals or pubic area or buttocks, or any part of the nipple of the breast of any female person, with less than a fully opaque covering.

"Intimate part." Any part of:

- (1) the human genitals, pubic area or buttocks; and
- (2) the nipple of a female breast.

"Photographs" or "films." Making any photograph, motion picture film, videotape or any other recording or transmission of the image of a person.

"Place where a person would have a reasonable expectation of privacy." A location where a reasonable person would believe that he could disrobe in privacy without being concerned that his undressing was being viewed, photographed or filmed by another.

"Views." Looking upon another person with the unaided eye or with any device designed or intended to improve visual acuity.

(i) สถานที่ที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าเขาหรือเธอจะสามารถปลี่ยนเสื้อผ้าได้อย่างเป็นส่วนตัวได้โดยปราศจากข้อกังวลว่าจะถูกถ่ายภาพหรือบันทึกภาพเคลื่อนไหวโดยคนอื่น หรือ

(ii) สถานที่ที่มีเหตุอันควรคาดได้ว่าจะปลอดภัยจากการถูกล้วงล้ำหรือมุ่งประสงค์ร้าย

(ง) "การเฝ้าระวัง" หมายถึงการสังเกตการณ์อย่างลับๆ เกี่ยวกับกิจกรรมของบุคคลอื่นเพื่อสอดแนมและบุกรุกความเป็นส่วนตัวของบุคคลนั้น

(จ) "การมอง" หมายถึงการจงใจจ้องมองบุคคลอื่นในช่วงเวลาสั้นๆ นอกจากความบังเอิญหรือมองแบบผ่านไป โดยไม่ได้ตั้งใจหรือโดยใช้อุปกรณ์ที่ได้รับการออกแบบมาเพื่อปรับปรุงภาพให้มีความคมชัด

(2)(ก) บุคคลใดกระทำความผิดทางอาญาเกี่ยวกับการเสด็จการถ้ามอง ในชั้นต้น ถ้าหากต้องการกระตุ้นหรือทำให้พอใจในความต้องการทางเพศของบุคคลใดบุคคลหนึ่งบุคคลนั้นเห็นภาพหรือภาพเคลื่อนไหวอย่างชัดแจ้ง:

(i) บุคคลอื่นที่ปราศจากความรับรู้และยินยอมของบุคคลนั้นในขณะที่บุคคลที่ถูกถ่ายภาพหรือบันทึกภาพเคลื่อนไหวอยู่ในสถานที่ที่เขาหรือเธอจะมีความคาดหมายได้ถึงความเป็นส่วนตัว หรือ

(ii) พื้นที่ความเป็นส่วนตัว โดยปราศจากความรับรู้และยินยอมของบุคคลนั้นและภายใต้สถานการณ์ที่บุคคลนั้นมีความคาดหมายได้ว่าจะเป็นพื้นที่สาธารณะหรือพื้นที่ส่วนตัว

(ข) การเสด็จการถ้ามองในชั้นต้นเป็นความผิดทางอาญาระดับมหันตโทษ

(3)(ก) บุคคลใดกระทำความผิดทางอาญาเกี่ยวกับการถ้ามอง ในชั้นที่สองหากบุคคลนั้นตั้งใจถ่ายภาพหรือถ่ายภาพเคลื่อนไหวบุคคลอื่นในพื้นที่ความเป็นส่วนตัวนั้นโดยมีเจตนาที่จะแจกจ่ายหรือเผยแพร่ภาพถ่ายหรือภาพยนตร์โดยปราศจากความรับรู้และยินยอมของบุคคลนั้น และภายใต้สถานการณ์ที่บุคคลนั้นมีความคาดหมายได้ว่าจะเป็นพื้นที่สาธารณะหรือพื้นที่ส่วนตัว

(ข) การเสด็จการถ้ามองในระดับที่สองเป็นความผิดมหันตโทษ

(ค) การเสียดสีการถ่มองในระดับที่สองไม่ใช่ความผิดทางเพศ โดยมีจุดประสงค์เพื่อลงโทษหรือบันทึกประวัติผู้กระทำความผิดทางเพศภายใต้บทนี้

(4) มาตรการนี้ไม่นำมาใช้ในการถ่ายภาพ หรือถ่ายภาพเคลื่อนไหว โดยเจ้าหน้าที่ของกรมราชทัณฑ์หรือเรือนจำในท้องถิ่นหรือสถานที่ที่เจ้าพนักงานเพื่อความมั่นคงหรือในระหว่างการตรวจสอบการประพฤติผิดที่ถูกกล่าวหาโดยบุคคลที่อยู่ในความดูแลของกรมราชทัณฑ์ หรือสถานที่คุมขังในท้องถิ่นหรือสถานที่ราชทัณฑ์

(5) ถ้าบุคคลใดถูกตัดสินว่ากระทำความผิดตามมาตรานี้ศาลอาจสั่งให้ทำลายภาพถ่าย ภาพเคลื่อนไหว ภาพดิจิทัล เทปบันทึกภาพ หรือการบันทึกอื่นๆ ของภาพที่บุคคลนั้นกระทำโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรานี้¹⁵⁹

¹⁵⁹ RCW 9A.44.115 "Voyeurism.

(1) As used in this section:

(a) "Intimate areas" means any portion of a person's body or undergarments that is covered by clothing and intended to be protected from public view;

(b) "Photographs" or "films" means the making of a photograph, motion picture film, videotape, digital image, or any other recording or transmission of the image of a person;

(c) "Place where he or she would have a reasonable expectation of privacy" means:

(i) 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; or

(ii) A place where one may reasonably expect to be safe from casual or hostile intrusion or surveillance;

(d) "Surveillance" means secret observation of the activities of another person for the purpose of spying upon and invading the privacy of the person;

(e) "Views" means the intentional looking upon of another person for more than a brief period of time, in other than a casual or cursory manner, with the unaided eye or with a device designed or intended to improve visual acuity.

(2)(a) A person commits the crime of voyeurism in the first degree if, for the purpose of arousing or gratifying the sexual desire of any person, he or she knowingly views, photographs, or films:

4.2 ประเทศอังกฤษ

ในกลุ่มประเทศสหราชอาณาจักรมีกฎหมายควบคุมสื่อลามกอยู่มากมายหลายฉบับ เนื่องจากกลุ่มประเทศนี้มีการให้คุณค่าหลักเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นแตกต่างไปจากประเทศสหรัฐอเมริกา เห็นได้จากการที่ประเทศอังกฤษบัญญัติหลักเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นไว้ในกฎหมายลำดับรองเช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ค.ศ. 2012 (Protection of Freedoms Act 2012) ขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกามีบัญญัติหลักดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญตั้งแต่ฉบับแรก (First Amendment) เป็นต้น ซึ่งข้อแตกต่างนี้เองที่แสดงให้เห็นถึงความเข้มข้นในการควบคุมวัตถุลามกที่ประเทศอังกฤษมีมากกว่าประเทศสหรัฐอเมริกา และเป็นสิ่งน่าสนใจที่จะทำการศึกษา

(i) Another person without that person's knowledge and consent while the person being viewed, photographed, or filmed is in a place where he or she would have a reasonable expectation of privacy; or

(ii) The intimate areas of another person without that person's knowledge and consent and under circumstances where the person has a reasonable expectation of privacy, whether in a public or private place.

(b) Voyeurism in the first degree is a class C felony.”

(3)(a) A person commits the crime of voyeurism in the second degree if he or she intentionally photographs or films another person for the purpose of photographing or filming the intimate areas of that person with the intent to distribute or disseminate the photograph or film, without that person's knowledge and consent, and under circumstances where the person has a reasonable expectation of privacy, whether in a public or private place.

(b) Voyeurism in the second degree is a gross misdemeanor.

(c) Voyeurism in the second degree is not a sex offense for the purposes of sentencing or sex offender registration requirements under this chapter.

(4) This section does not apply to viewing, photographing, or filming by personnel of the department of corrections or of a local jail or correctional facility for security purposes or during investigation of alleged misconduct by a person in the custody of the department of corrections or the local jail or correctional facility.

(5) If a person is convicted of a violation of this section, the court may order the destruction of any photograph, motion picture film, digital image, videotape, or any other recording of an image that was made by the person in violation of this section.

พระราชบัญญัติความผิดฐานแอบดู ค.ศ. 2019 ซึ่งได้ถูกตราขึ้นโดยอาศัยพระราชอำนาจแห่งองครักษ์นี้ และด้วยคำแนะนำและยินยอมของสภานางฝ่ายศาสนจักรและฝ่ายอาณาจักรดังต่อไปนี้

การแอบดู: ความผิดเพิ่มเติม (Voyeurism: additional offences)

(1) พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 ได้รับการแก้ไขตามที่กำหนดไว้ในส่วนย่อย (2) ถึง (4)¹⁶⁰

(2) มาตรา 67 (แอบดู) เพิ่มเติมส่วนท้าย

“67A การแอบดู: ความผิดเพิ่มเติม

(1) บุคคล (A) ถ้าได้กระทำผิด

(a) อุบัติการณ์ที่ทำงานภายใต้เสื้อผ้าของบุคคลอื่น (B)

(b) ได้กระทำไปโดยมีเจตนาที่ให้อำนาจ A หรือบุคคลอื่น (C) เพื่อจุดประสงค์ที่ระบุไว้ในส่วนย่อย

(c) A ทำเช่นนั้น

(i) โดยไม่ได้รับความยินยอมจาก B และ

(ii) โดยไม่อาจเชื่อได้ว่า B จะยินยอม

(2) บุคคล (A) ทำผิดถ้า -

(a) A บันทึกภาพใต้เสื้อผ้าของบุคคลอื่น (B)

(b) ภาพมีลักษณะ -

(i) อวัยวะเพศหรือก้นของ B (ไม่ว่าจะเปิดเผยให้เห็นอวัยวะเช่นว่า หรือปกปิดไว้ด้วยชุดชั้นใน) หรือ

(ii) ชุดชั้นในที่ปกปิดอวัยวะเพศหรือก้นของ B ในสถานการณ์ที่ไม่อาจเห็นอวัยวะเพศ หรือก้นได้

(c) A ทำเช่นนั้นด้วยความตั้งใจว่า A หรือบุคคลอื่น (C) จะดูที่ภาพเพื่อวัตถุประสงค์ที่

กล่าวถึงในส่วนย่อย (3) และ

¹⁶⁰ (1) The Sexual Offences Act 2003 is amended as set out in subsections (2) to (4).

(d) A ทำเช่นนั้น

(i) โดยไม่ได้รับความยินยอมจาก B และ

(ii) โดยไม่อาจเชื่อได้ว่า B จะยินยอม

(3) วัตถุประสงค์ที่อ้างถึงในส่วนย่อย (1) และ (2) คือ

(a) การได้รับความพึงพอใจทางเพศ (ไม่ว่าจะเป็น A หรือ C)

(b) ความเห็นแก่ประโยชน์ สร้างความเดือดร้อนรำคาญหรือก่อสภาพความเป็นอันตราย B

(4) ผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้ต้องรับผิดชอบ

(a) โทษจำคุกทั่วไปไม่เกิน 12 เดือนปรับหรือทั้งจำทั้งปรับ

(b) หากตัดสินว่ามีการกระทำความผิดตามข้อกล่าวหา โทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี

(5) ในส่วนที่เกี่ยวกับความผิดที่ได้กระทำการก่อนที่จะมีผลใช้บังคับในมาตรา 154 (1) ของพระราชบัญญัติความยุติธรรมทางอาญาปี 2003 (เพิ่มขึ้นในระยะเวลาที่สูงที่สุดที่อาจกำหนดไว้ในการพิสูจน์สาระสำคัญของการกระทำความผิดทั้งสองวิธี) (4) (a) ถึง 12 เดือนจะต้องอ่านเป็นข้อมูลอ้างอิงถึง 6 เดือน”¹⁶¹

¹⁶¹ (2) After section 67 (voyeurism) insert—

“67A Voyeurism: additional offences

(1) A person (A) commits an offence if—

(a) A operates equipment beneath the clothing of another person (B),

(b) A does so with the intention of enabling A or another person (C), for a purpose mentioned in subsection (3), to observe—

(i) B's genitals or buttocks (whether exposed or covered with underwear), or

(ii) the underwear covering B's genitals or buttocks, in circumstances where the genitals, buttocks or underwear would not otherwise be visible, and

(c) A does so—

(i) without B's consent, and

(ii) without reasonably believing that B consents.

(3) ในมาตรา 68 (การแอบดู: การอธิบาย) หลังจากส่วนย่อย (1) แทรก

“(1A) สำหรับวัตถุประสงค์ของส่วนที่ 67 และ 67A อุปกรณ์ปฏิบัติการนั้นรวมถึงการให้อำนาจหรือการเปิดใช้งานการรักษาความปลอดภัยโดยบุคคลอื่นซึ่งปราศจากความรับรู้ของบุคคลนั้น”¹⁶²

(4) ในตารางที่ 3 (ความผิดทางเพศสำหรับวัตถุประสงค์ของประกาศข้อกำหนดกฎหมาย) หลังจากการแทรกวรรค 34

“34A (1) ความผิดตามมาตรา 67A ของพระราชบัญญัตินี้ (การแอบดู: ความผิดเพิ่มเติม)

(a) ความผิดได้กระทำเพื่อจุดประสงค์ที่ระบุไว้ในมาตรา 67A (3) (a) (ความพึงพอใจทางเพศ) และ

(b) ตรงตามเงื่อนไขที่เกี่ยวข้อง

(2) ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดอายุต่ำกว่า 18 ปีมีเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องคือผู้กระทำความผิดถูกพิพากษาว่ากระทำผิดจริงต้องโทษจำคุกเป็นเวลาอย่างน้อย 12 เดือน

(2) A person (A) commits an offence if—

(a) A records an image beneath the clothing of another person (B),

(b) the image is of—

(i) B's genitals or buttocks (whether exposed or covered with underwear), or

(ii) the underwear covering B's genitals or buttocks, in circumstances where the genitals, buttocks or underwear would not otherwise be visible,

(c) A does so with the intention that A or another person (C) will look at the image for a purpose mentioned in subsection (3), and

(d) A does so—

(i) without B's consent, and

(ii) without reasonably believing that B consents.

¹⁶² (3) In section 68 (voyeurism: interpretation), after subsection (1) insert—

“(1A) For the purposes of sections 67 and 67A, operating equipment includes enabling or securing its activation by another person without that person's knowledge.

(3) ในกรณีอื่นเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องคือ

(a)เหยื่ออายุต่ำกว่า 18 ปีหรือ

(b) ผู้กระทำความผิดในส่วนที่เกี่ยวกับความผิดหรือคำวินิจฉัยนั้นเป็นหรือเคยเป็น

(i) พิกายาให้จำคุกเป็นระยะ

(ii) ถูกควบคุมตัวในโรงพยาบาลหรือ

(iii) ทำให้อยู่ในอำนาจของชุมชนเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 12 เดือน”¹⁶³

(5) ในตารางที่ 1 พระราชบัญญัติเด็กและคนหนุ่มสาวปี 1933 (ความผิดต่อเด็กและคนหนุ่มสาวที่เกี่ยวข้องกับข้อกำหนดพิเศษของกฎหมายที่ใช้บังคับ) สำหรับ “และ 67 ของพระราชบัญญัติความผิดทางเพศปี 2003” แทน “67 และ 67A ของ พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดทางเพศปี 2003”¹⁶⁴

¹⁶³ (4) In Schedule 3 (sexual offences for purposes of notification requirements), after paragraph 34 insert—

“34A

(1) An offence under section 67A of this Act (voyeurism: additional offences), if—

(a) the offence was committed for the purpose mentioned in section 67A(3)(a) (sexual gratification), and

(b) the relevant condition is met.

(2) Where the offender was under 18, the relevant condition is that the offender is or has been sentenced in respect of the offence to imprisonment for a term of at least 12 months.

(3) In any other case, the relevant condition is that—

(a) the victim was under 18, or

(b) the offender, in respect of the offence or finding, is or has been—

(i) sentenced to a term of imprisonment,

(ii) detained in a hospital, or

(iii) made the subject of a community sentence of at least 12 months.”

¹⁶⁴ (5) In Schedule 1 to the Children and Young Persons Act 1933 (offences against children and young persons with respect to which special provisions of Act apply), for “and 67 of the Sexual Offences Act 2003” substitute “, 67 and 67A of the Sexual Offences Act 2003 ”.

(6) ในวรรค 10 ของตาราง 34A ต่อพระราชบัญญัติความยุติธรรมทางอาญาปี 2003 (ความผิดทางเพศเด็กเพื่อจุดประสงค์ของมาตรา 327A) สำหรับ "หรือ 67" ตัวแทน "67 หรือ 67A"¹⁶⁵

(7) ในวรรคที่ 33 ของตารางที่ 4 ถึงพระราชบัญญัติทาสยุคใหม่ปี 2015 (ความผิดที่ใช้กล่าวอ้างในมาตรา 45 ไม่สามารถใช้ได้) ในวรรค 33 (ความผิดตามพระราชบัญญัติความผิดทางเพศปี 2003) หลังจากการบันทึกสำหรับส่วนแทรก 67

“มาตรา 67A (การแอบดู: ความผิดเพิ่มเติม)”

ขอบเขตการเริ่มและหัวเรื่องสั้นๆ

(1) พระราชบัญญัตินี้ครอบคลุมถึงอังกฤษและเวลส์เท่านั้น

(2) พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับเมื่อสิ้นสุดระยะเวลาสองเดือนนับจากวันที่พระราชบัญญัตินี้ผ่าน
ไป

(3) พระราชบัญญัตินี้อาจอ้างได้ว่าเป็นพระราชบัญญัติแอบดู (ความผิด) 2019¹⁶⁶

โดยพระราชบัญญัติที่กำลังจะมีผลบังคับใช้กลางปี ค.ศ. 2019 นี้ มีผู้ผลักดันอยู่เบื้องหลังที่สำคัญคือ ศาสตราจารย์ Clare McGlynn จากสำนักกฎหมายแห่งมหาวิทยาลัยเดอแรม (Durham university) ผู้เชี่ยวชาญเรื่องการใช้ความรุนแรงทางเพศ สื่อลามกอนาจาร และการล่วงละเมิดทางเพศ โดยใช้สื่อทุกรูปแบบ รวมถึงสิ่งที่เรียกว่าการแอบถ่ายใต้กระโปรง (upskirt) และการแก้แค้นด้วยสื่อ

¹⁶⁵ (6) In paragraph 10 of Schedule 34A to the Criminal Justice Act 2003 (child sex offences for the purposes of section 327A), for “or 67” substitute “, 67 or 67A ”.

¹⁶⁶ (7) In paragraph 33 of Schedule 4 to the Modern Slavery Act 2015 (offences to which defence in section 45 does not apply), in paragraph 33 (offences under Sexual Offences Act 2003), after the entry for section 67 insert— “ section 67A (voyeurism: additional offences) ”.

Extent, commencement and short title

(1) This Act extends to England and Wales only.

(2) This Act comes into force at the end of the period of two months beginning with the day on which this Act is passed.

(3) This Act may be cited as the Voyeurism (Offences) Act 2019.

ลามก (revenge porn)¹⁶⁷ โดยเริ่มศึกษาตั้งแต่ปี ค.ศ. 2015 ได้เสนอแนะให้มีการปฏิรูปกฎหมายโดยอาศัยคำตอบจากงานวิจัยร่วมกันกับ Erika Rackley ถึงวิธีการทางกฎหมายที่ครอบคลุมกว่า และยืนยันว่าการแอบถ่ายได้กระโปรงเป็นรูปแบบหนึ่งของการล่วงละเมิดทางเพศทางภาพซึ่งมีความคล้ายคลึงกับการละเมิดวิธีอื่นๆ เช่น การแก้แค้นด้วยสื่อลามกและการบีบบังคับทางเพศ¹⁶⁸ โดย Clare McGlynn ได้เสนอหลักฐานข้อค้นพบดังกล่าวนี้ต่อสภาสตรี เพื่อสรรหาคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนสหประชาชาติในการยกร่างแก้ไขกฎหมายดังกล่าว

นอกจากศาสตราจารย์ Clare McGlynn ที่มีความต้องการแก้ไขปัญหาการล่วงละเมิดทางเพศผ่านภาพทุกรูปแบบแล้วยังมีการรณรงค์ที่ได้รับความสนใจจากประชาชนเป็นอย่างมากโดย Gina Martin และ Bill Member ซึ่งได้จุดประกายให้เห็นถึงสภาพปัญหาความไม่เพียงพอของกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันและเหยื่อทั้งหมดนั้นยังไม่ได้รับการคุ้มครองเท่าที่ควรการรณรงค์นี้จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนางานที่ดำเนินการในช่วงไม่กี่ปีที่ผ่านมา รวมถึงงานขององค์กรพันธมิตรยุติความรุนแรงต่อสตรี (EVAW) ในปี ค.ศ. 2012 ซึ่งได้หยิบยกข้อกังวลเกี่ยวกับการแอบถ่ายได้กระโปรงมาเพื่อแสวงหาวิธีการแก้ไขปัญหาร่วมกัน¹⁶⁹

พระราชบัญญัติเอบดูนี่ถือเป็นก้าวแรกที่น่ายินดีของการมีกฎหมายคุ้มครองสิทธิเสรีภาพที่ครอบคลุมมากยิ่งขึ้นโดยมีความจำเป็นที่จะต้องปิดช่องว่างเพื่อแก้ไขความไม่สอดคล้อง และปรับปรุงกฎหมายให้ครอบคลุมภาพการทารุณกรรมทางเพศทุกรูปแบบอย่างเท่าทันต่อกาลสมัยที่เปลี่ยนแปลงไป โดยสรุปใจความได้ดังนี้คือ

¹⁶⁷ ITV News, 23 April 2015, 'Crackdown urged on 'revenge porn' and upskirting craze', Retrieved April 23, 2019 <http://www.itv.com/news/2015-04-23/revenge-porn-laws-omit-cruel-upskirting-craze/>.

¹⁶⁸ McGlynn, Clare, Rackley, Erika and Houghton, Ruth, 'Beyond 'revenge porn': the continuum of image-based sexual abuse' (2017) *Feminist Legal Studies* 25-46, Retrieved April 23, 2019 <https://link.springer.com/article/10.1007/s10691-017-9343-2>

¹⁶⁹ Batty, David, 30 November 2012, 'Women's groups call on Government to act on Leveson', Retrieved April 23, 2019 <https://www.theguardian.com/media/2012/nov/30/womens-groups-leveson-report>

ข้อที่หนึ่ง เสนอแนะให้มีการถอดถอนข้อกำหนดแห่งกฎหมายในเรื่องมูลเหตุจูงใจซึ่งถือเป็นข้อจำกัดของพระราชบัญญัตินี้เนื่องจากพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดว่าอาชญากรรมการใช้ภาพแอบถ่ายได้กระโปรงจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อผู้กระทำผิดทำเช่นนั้นมิว่าดลุประสงค์ในการได้รับความพึงพอใจทางเพศสำหรับตนเองหรือบุคคลอื่น หรือก่อสภาพอันตรายให้เหยื่อเดือดร้อนรำคาญเท่านั้น จึงยังไม่ครอบคลุมมูลเหตุจูงใจทางการค้า¹⁷⁰ ยกตัวอย่างเช่นการจำหน่ายภาพให้กับสื่อมวลชนกรณีที่เป็นภาพแอบถ่ายได้กระโปรงคนดังจะครอบคลุมการกระทำดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อสามารถพิสูจน์ได้ว่าภาพเหล่านั้นขายไปเพื่อให้บุคคลอื่นได้รับความพึงพอใจทางเพศ ในกรณีที่ช่างภาพนั้นไม่ได้มีไว้เพื่อตนเอง เป็นต้น ส่วนกรณีของการรับชมในกลุ่มเพื่อความบันเทิงสนุกสนาน พระราชบัญญัตินี้ยังไม่ครอบคลุมมูลเหตุจูงใจในการถ่ายภาพซึ่งมีแนวโน้มเพื่อการแบ่งปันในกลุ่มเพื่อน ในลักษณะของการผูกมัดกลุ่มเช่นผ่าน Whats App หรือกลุ่ม Facebook¹⁷¹

David Ormerod กรรมการธิการร่างกฎหมายนี้ได้กล่าวไว้ว่าเฉพาะกรณีพิเศษเท่านั้นที่มีการระบุมูลเหตุจูงใจไว้ในความผิดอาญา เพราะโดยทั่วไปแล้วความผิดอาญาเกิดขึ้นได้โดยอาศัยเจตนาของแต่ละบุคคลที่แตกต่างกันไปในแต่ละฐานความผิด เช่น การทำร้ายหรือการฆ่ามูลเหตุจูงใจจึงมีความเกี่ยวข้องในแง่ของหลักฐานและการพิจารณาคดี แต่ไม่เกี่ยวข้องกับองค์ประกอบความผิดของการ

¹⁷⁰ As suggested by Minister Lucy Frazer in the Second Reading Committee: [https://hansard.parliament.uk/Commons/2018-07-02/debates/89cdb328-e4a0-4cd6-8fa4-e5e00c38e7ef/Voyeurism\(Offences\)\(No2\)Bill](https://hansard.parliament.uk/Commons/2018-07-02/debates/89cdb328-e4a0-4cd6-8fa4-e5e00c38e7ef/Voyeurism(Offences)(No2)Bill)

¹⁷¹ Taylor, Rebecca, "Teens using 'bait out' groups to share revenge porn," Retrieved April 23, 2019 from <https://news.sky.com/story/teens-using-bait-out-groups-to-share-revenge-porn-11158653>.

Speck, Emilee, "Lawsuit: UCF frat brothers posting 'sexual conquests' to 'Dog Pound' Facebook group," Retrieved April 23, 2019 from <https://www.clickorlando.com/news/lawsuit-ucf-frat-brothers-posting-sexual-conquests-to-secret-dog-pound-facebook-group>

Esposito, Brad, "Revenge Porn Facebook Page Returns As Private Facebook Group Chat," Retrieved April 23, 2019 from <https://www.buzzfeed.com/bradesposito/mms-iii>

ประกอบอาชญากรรม¹⁷² จากตัวอย่างเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติความผิดทางเพศในปี 2003 ความผิดประมาณสามในสี่ไม่ต้องการมูลเหตุจงใจเฉพาะที่เป็นเจตนากระทำผิด สิ่งนี้ตอกย้ำว่าการกระทำที่ละเมียดนั้นเป็นความผิดทางเพศ เนื่องจากลักษณะของการกระทำไม่ใช่มูลเหตุจงใจเฉพาะ

สำหรับการดำเนินการพิสูจน์เจตนาในการถ่ายภาพทางเพศโดยปราศจากความยินยอม ในแง่ของการแอบถ่ายได้กระโปรงที่มีความรู้สึกผิดต้องได้รับการพิสูจน์ให้เห็นจริงแล้วในเจตนาที่จะถ่ายภาพหรือวิดีโอโดยไม่ได้รับความยินยอมจากบุคคล การลบข้อกำหนดแห่งกฎหมายในเรื่องมูลเหตุจงใจไม่ได้เป็นการย้อนกลับภาระการพิสูจน์ เพราะภาระการพิสูจน์ยังคงอยู่ในการดำเนินการพิสูจน์เจตนาที่จะถ่ายภาพโดยไม่ได้รับความยินยอม เห็นได้จากตัวอย่างของไอร์แลนด์และนิวเซาท์เวลส์ ที่ครอบคลุมทุกรูปแบบของการแอบถ่ายได้กระโปรงและการจงใจบันทึกภาพส่วนตัวของบุคคลอื่น (a) โดยไม่ได้รับความยินยอมจากบุคคลและ (b) รู้ว่าบุคคลนั้นจะไม่ยินยอมให้มีการบันทึกภาพหรือจะล่าใจคิดว่าบุคคลนั้นจะยินยอมให้บันทึกภาพได้¹⁷³ ในเรื่องนี้คณะกรรมการร่างกฎหมายไอร์แลนด์ได้เสนอความผิดที่คล้ายกัน โดยมีบทลงโทษที่สูงขึ้นซึ่งมีเจตนาที่จะทำให้เกิดสภาพอันตราย ในขณะที่สิทธิพิเศษนี้มีมูลเหตุจงใจอย่างหนึ่ง แม้จะมีผลกระทบต่อผู้ที่ตกเป็นเหยื่อที่คล้ายกัน อย่างน้อยก็ทำให้มั่นใจได้ว่ามีความผิดทางอาญาที่ครอบคลุมทุกรูปแบบของการแอบถ่ายได้กระโปรง¹⁷⁴

ข้อที่สองเสนอแนะให้มีการแก้ไขเพื่อป้องกันการกระจายของภาพถ่ายหรือวิดีโอที่มีลักษณะเป็นการแอบถ่ายได้กระโปรงเนื่องจากพระราชบัญญัติปัจจุบันไม่ครอบคลุมการแบ่งปันภาพการแอบถ่ายได้กระโปรงที่ไม่ได้รับอนุญาตทั้งการกระทำที่ตั้งใจและไม่ตั้งใจ การแพร่ภาพดังกล่าว

¹⁷² Ormerod, David, Smith and Hogan's Criminal Law, (Oxford University Press, 2011, 13th ed), at 117. Ormerod gives the example of racially motivated offences as being one such 'exception'. See also: 'generally motive is irrelevant to liability' in the criminal law (Michael Allen, Textbook on Criminal Law, 11th ed, 2011).

¹⁷³ Crimes Amendment (Intimate Images) Act 2017 No 2, Retrieved April 23, 2019 from <https://legislation.nsw.gov.au/#!/view/act/2017/29/full>

¹⁷⁴ Irish Law Commission, Report on Harmful Communications and Digital Safety (2016), Retrieved April 23, 2019 from http://www.lawreform.ie/_fileupload/Reports/Full%20Colour%20Cover%20Report%20on%20Harmful%20Communications%20and%20Digital%20Safety.pdf

จะขยายความเป็นอันตรายดั้งเดิมและบ่อยครั้งมักขยายออกไปสู่การก่อวินาศกรรมและการล่วงละเมิดเพิ่มเติม ภาพมักจะจบลงที่เว็บไซต์ลามกอนาจารและยากที่จะถูกทำลาย

หากผู้กระทำความผิดแบ่งปันภาพการแอบถ่ายได้กระโปรงหรือภาพการแอบดูโดยไม่ได้รับอนุญาตอาจมีความผิดตามมาตรา 33 ของพระราชบัญญัติความยุติธรรมทางอาญาและศาลปี ค.ศ. 2015 ซึ่งรู้จักกันในชื่อกฎหมายการแก้แค้นด้วยสื่อลามก อย่างไรก็ตามกฎหมายการแก้แค้นด้วยสื่อลามกจะถูกนำมาใช้เฉพาะในกรณีที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าการแบ่งปันภาพนั้นกระทำโดยเจตนาโดยตรงเพื่อทำให้เกิดสภาพอันตรายต่อเหยื่อ¹⁷⁵ แต่จะไม่ครอบคลุมถึงการเผยแพร่โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าเพื่อความสนุกสนานในกลุ่มเพื่อนหรือเพื่อความพึงพอใจทางเพศ¹⁷⁶ เพราะกฎหมายแอบถ่ายได้กระโปรงจะถูกนำมาใช้เมื่อผู้กระทำมีจุดประสงค์ในการสร้างความพึงพอใจในทางเพศและเพื่อเป็นการป้องกันการแอบดูใหม่ที่จะเกิดขึ้น แต่ถ้าใช้มูลเหตุจูงใจเดียวกันนี้ในเรื่องการเผยแพร่ส่งต่อ จะไม่มีความผิดทางอาญาเกี่ยวกับการเผยแพร่ใดๆ นี่คือการไม่สอดคล้องกันซึ่งทำให้กฎหมายสร้างความสับสนกับผู้ที่ตกเป็นผู้เสียหายตำรวจและพนักงานอัยการ กฎหมายแอบถ่ายได้กระโปรงและกฎหมายการแก้แค้นด้วยสื่อลามกจึงยังไม่รับรู้ถึงอันตรายของการเผยแพร่อย่างเพียงพอเพราะอะไรก็ตามที่เป็นมูลเหตุจูงใจธรรมชาติของการแอบถ่ายได้กระโปรงหมายความว่ามันเป็นไปได้เสมอที่จะแสดงเจตนาที่จะทำให้เกิดสภาพอันตราย ไม่ต้องกังวลถึงเรื่องผลกระทบของเหยื่อรายนั้น

ข้อที่สาม เสนอแนะให้มีการขยายข้อกำหนดกฎหมาย โดยมีความต้องการให้ครอบคลุมมูลเหตุจูงใจทั้งหมด เพราะแท้จริงแล้วการล่วงละเมิดทางเพศไม่ได้เกี่ยวข้องกับความพึงพอใจทางเพศเพียงอย่างเดียวเท่านั้นแต่เนื่องจากความผิดเกี่ยวกับเพศนั้นถูกตีตราว่าเป็นรูปแบบของการกระทำทางชั่วทางเพศไปแล้วเนื่องจากที่ผ่านมาสภาพอันตรายนั้นอาจเกิดขึ้นได้จากการละเมิดสิทธิความเป็นอิสระ

¹⁷⁵ McGlynn, Clare and Rackley, Erika The Conversation 16 February 2016, 'The revenge porn law is welcome but no guarantee of success' Retrieved April 23, 2019 <https://theconversation.com/the-new-law-against-revenge-porn-is-welcome-but-no-guarantee-of-success-37598> ; McGlynn, Clare and Rackley, Erika and Houghton, Ruth, 'Beyond 'revenge porn': the continuum of image-based sexual abuse' (2017) Feminist Legal Studies 25-46 Retrieved April 23, 2019 <https://link.springer.com/article/10.1007/s10691-017-9343-2>

ในทางเพศความมั่นคง และการแสดงออก แทนที่จะเป็นมูลเหตุจูงใจ ความผิดทางเพศนั้นจึงมีทั้งความเกี่ยวข้องทั้งการใช้อำนาจการควบคุมการลงโทษ การให้สิทธิทางเพศความบันเทิงรวมถึงความพึงพอใจทางเพศ สภาพอันตรายจึงอาจเกิดขึ้นได้เสมอไม่ว่าจะเป็นกรณีใดๆ

การแอบถ่ายได้กระโปรงกับเหตุจูงใจที่จะทำให้เกิดการรบกวนนั้นเป็นความผิดทางเพศ ข้อสันนิษฐานดังกล่าวหากดูผิวเผินจะเหมือนกับว่าการแอบถ่ายได้กระโปรงกับมูลเหตุจูงใจที่จะทำให้ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อจากการถูกรบกวนไม่ได้มีความเป็นอันตราย แต่การแอบถ่ายได้กระโปรงเป็นการกระทำที่ไม่ได้รับความยินยอมตามพระราชบัญญัติเกี่ยวกับเพศนั้น มีประสบการณ์ว่าเป็นความผิดทางเพศ¹⁷⁷ เช่นเดียวกับการรณรงค์ของ Gina Martin ผลลัพธ์ของการก่อวินาศกรรมและการล่วงละเมิดมักเป็นเรื่องเพศโดยปกติพื้นฐาน มันเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานในการมีอิสระทางเพศและความมั่นคง จึงเป็นส่วนหนึ่งของรูปแบบการล่วงละเมิดทางเพศและการใช้ความรุนแรงทางเพศ¹⁷⁸

ข้อที่สี่เสนอแนะให้มีการสร้างความเข้มงวดในการกระทำผิดกฎหมายฐานแอบดูที่มีอยู่ เพื่อให้ครอบคลุมมูลเหตุจูงใจทั้งหมดและเพื่อขจัดความไม่สอดคล้องต่างๆกฎหมายปัจจุบันเกี่ยวกับการแอบดู มาตรา 67 พระราชบัญญัติความผิดทางเพศ 2003 จะมีผลเฉพาะกรณีที่ผู้กระทำความผิดกระทำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้รับความพึงพอใจทางเพศสำหรับตัวเองหรือผู้อื่น การกระทำดังกล่าวเป็นการจำกัดขอบเขตของการกระทำความผิดที่ไม่เหมาะสมเนื่องจากไม่ได้ใช้ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดโดยมีวัตถุประสงค์ทางการค้าหรือก่อให้เกิดการรบกวนผู้เสียหายตัวเลือกสำหรับการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายจึงมีสามตัวเลือก คือ a) ขยายความกฎหมายแอบดูในปัจจุบันเพื่อให้สอดคล้องกับความผิดแอบถ่ายได้กระโปรงหรือ b) แก้ไขกฎหมายแอบดูในปัจจุบันเพื่อให้หมายความรวมถึงมูลเหตุจูงใจทั้งหมด

¹⁷⁷ McGlynn, Clare and Rackley, Erika, 'Why upskirting needs to be made a sex crime' The Conversation (15 August 2017), Retrieved April 23, 2019 <https://theconversation.com/why-upskirting-needs-to-be-made-a-sex-crime-82357>

¹⁷⁸ McGlynn, Clare and Rackley, Erika and Houghton, Ruth, 'Beyond 'revenge porn': the continuum of image-based sexual abuse' (2017) Feminist Legal Studies 25-46 Retrieved April 23, 2019 <https://link.springer.com/article/10.1007/s10691-017-9343-2>

หรือ c) แทนที่กฎหมายแอบดูในปัจจุบันและข้อเสนอแอบถ่ายได้กระโปรงด้วยกฎหมายใหม่เพื่อครอบคลุมการถ่ายภาพที่ไม่เกี่ยวข้องทั้งหมด (รวมถึงภาพแอบถ่ายได้กระโปรง)

จากตัวเลือก a) การขยายกฎหมายแอบดูปัจจุบันเพื่อให้สอดคล้องกับความผิดการแอบถ่ายได้กระโปรงใหม่ อย่างน้อยที่สุดหากความผิดแอบถ่ายได้กระโปรงยังคงเป็นร่างในปัจจุบันด้วยมูลเหตุจูงใจที่เป็นความพึงพอใจทางเพศความผิดแอบดูที่มีอยู่ควรจะรวมมูลเหตุจูงใจในการก่อให้เกิดการรบกวนเพื่อให้แน่ใจว่ามีความสอดคล้องระหว่างความผิด มิฉะนั้นจะมีความไม่สอดคล้องระหว่างการกระทำของผู้ที่ตกเป็นเหยื่อ ซึ่งขึ้นอยู่กับว่าการกระทำนั้นเกิดขึ้นในภาคเอกชน (มีความจำกัดมากขึ้น) หรือสาธารณะ

จากตัวเลือก b) แก้ไขกฎหมายแอบดูในปัจจุบันให้หมายความรวมถึงมูลเหตุจูงใจทั้งหมดแนวทางที่ดีกว่านี้เป็นที่เข้าใจว่าความผิดแอบถ่ายได้กระโปรงใหม่คือการนำไปสู่การให้ความคุ้มครองการแอบดู การเฝ้าสังเกต บันทึกภาพใครบางคนโดยไม่ยินยอมถึงกระนั้นก็ตามมูลเหตุจูงใจของผู้กระทำผิด การกระทำผิดกฎหมายเป็นการดำเนินการตรวจสอบ บันทึกภาพโดยไม่ยินยอม การแก้ไขดังกล่าวสามารถรับประกันได้ว่าเน้นหนักไปที่ความเป็นอันตรายต่อผู้ที่ตกเป็นเหยื่อมากกว่าการถูกจำกัดเฉพาะมูลเหตุจูงใจที่เฉพาะเจาะจง

จากตัวเลือก c) การแทนที่กฎหมายแอบดูปัจจุบันด้วยพระราชบัญญัติใหม่เพื่อให้ครอบคลุมภาพที่ไม่ได้รับความยินยอมทั้งหมด รวมถึงการแอบถ่ายได้กระโปรงด้วยซึ่งเป็นตัวเลือกที่พิเศษกว่าเนื่องจากมีความครอบคลุมและจะช่วยให้การพิสูจน์ในอนาคตของกฎหมายนี้น่าจะไม่ถูกจำกัดด้วยมูลเหตุจูงใจของข้อกำหนดกฎหมาย หรือข้อมูลเฉพาะเกี่ยวกับตำแหน่งหรือแบบการถ่ายภาพควรมุ่งเน้นที่การไม่ได้รับความยินยอม ตัวอย่างเช่นบทบัญญัติการแอบถ่ายได้กระโปรงปัจจุบันซึ่งระบุวิธีการถ่ายภาพที่จะต้องดำเนินการภายใต้ร่มผ้า ในขณะที่ความผิดฐานแอบดูที่มีอยู่ในปัจจุบันให้ความสำคัญในเรื่องของสถานที่

กฎหมายการแอบดูในปัจจุบันได้ถูกประกาศใช้ในเวลาที่มีข้อก้ำกวมในการให้เหตุผลสำหรับวิธีการที่ครอบคลุมเกี่ยวกับ (a) ความประพฤติดังเกิดขึ้นในสถานที่ส่วนตัวอย่างเฉพาะเจาะจง เช่น ห้องสุขา และ (b) มูลเหตุจูงใจซึ่งเป็นรูปแบบหนึ่งของการนำไปใช้เกี่ยวกับเพศในทางที่ผิดในขณะที่

สังคมและเทคโนโลยีมีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงไป ดังนั้นการกระทำความผิดจึงมุ่งไปที่ที่ตั้งทางภูมิศาสตร์อย่างเฉพาะเจาะจง โดยไม่ได้ให้ความคุ้มครองที่เพียงพอสำหรับผู้ตกเป็นเหยื่อซึ่งอาจได้รับอันตรายในพื้นที่สาธารณะ ประการที่สองการกระทำของผู้กระทำความผิดที่เอาไปหรือแบ่งปันภาพทางเพศที่ไม่ได้รับความยินยอมไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะผู้ที่มีความผิดปกติทางเพศ แต่เป็นส่วนหนึ่งของรูปแบบการทารุณกรรมและการล่วงละเมิดโดยทั่วไปอย่างเด่นชัด

ข้อที่ห้าข้อกำหนดกฎหมายนี้ไม่ต้องการให้หนุ่มสาวเป็นอาชญากรโดยไม่จำเป็น การฟ้องร้องบุคคลดังกล่าวต้องถูกใช้ในสถานการณ์เฉพาะที่มีความร้ายแรงเท่าอย่างยี่งั้น อย่างไรก็ตามตัวอย่างล่าสุดของการแอบถ่ายได้กระโปรงในโรงเรียนแสดงให้เห็นถึงอันตรายที่อาจเกิดขึ้นเมื่อผู้กระทำความผิดอายุต่ำกว่า 18 ปี ดังนั้นจึงเป็นเรื่องสำคัญที่จะต้องทราบว่าในบางกรณีการกระทำผิดกฎหมายโดยผู้มีอายุต่ำกว่า 18 ปี มีความร้ายแรงพอที่จะกำหนดโทษจำคุกหรือไม่

ข้อที่หกเสนอแนะกฎหมายที่ครอบคลุมการทารุณกรรมทางเพศด้วยภาพทุกรูปแบบกฎหมายในอังกฤษและเวลส์นั้นล้ำหลังกว่าเขตอำนาจศาลอื่นๆ อย่างสก๊อตแลนด์และรัฐในออสเตรเลียและสหรัฐอเมริกาหลายๆ รัฐตัวอย่างเช่นกฎหมายไม่ครอบคลุมภาพที่มีการแก้ไขหรือสื่อลามกตัดต่อไบหน้า¹⁷⁹ ซึ่งเป็นปัญหาที่เพิ่มขึ้นและไม่ครอบคลุมการคุกคามการถ่ายภาพหรือการแจกจ่ายภาพกฎหมายว่าด้วยการเผยแพร่แจกจ่ายนั้น มีความจำกัดเฉพาะกรณีที่สามารถแสดงเจตนาโดยตรงที่จะทำให้เกิดการรบกวนซึ่งไม่รวมถึงการล่วงละเมิดหลายกรณี กฎหมายมีการประติดประต่อกันของ

¹⁷⁹ Sabbagh and Ankel, 'Call for upskirting bill to include deepfake pornography ban' TheGuardian, Retrieved April 23, 2019 <https://www.theguardian.com/world/2018/jun/21/call-for-upskirting-bill-to-include-deep-fake-pornography-ban>.

Burgess, Matt, 'The law is nowhere near ready for the rise of AI generated fakeporn', Wired, (27 January 2018), Retrieved April 23, 2019 <http://www.wired.co.uk/article/deepfake-app-ai-porn-fake-reddit>.

บทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกัน¹⁸⁰ บทบัญญัติอื่นๆ อาจครอบคลุมบางสถานการณ์แต่ข้อกำหนดแตกต่างกันไปและมักจะไม่ใช่ชัดเจน โดยเฉพาะกับผู้ตกเป็นเหยื่อ

การวิจัยของศาสตราจารย์ Clare McGlynn กับ Erika Rackley เสนอแนะวิธีการที่ครอบคลุมในการแก้ไขกฎหมายซึ่งครอบคลุมการถ่ายภาพและหรือการแบ่งปันภาพความเป็นส่วนตัวทางเพศที่ไม่ได้รับความยินยอมรวมถึงการคุกคามด้วยภาพที่ถูกดัดแปลง วิธีการที่ครอบคลุมจะช่วยให้ผู้เสียหายได้มีโอกาสและปรับปรุงกฎหมายให้ทันสมัยปิดช่องว่างในปัจจุบันที่ให้ความคุ้มครองซึ่งไม่สอดคล้องกันและสร้างลำดับขั้นของการคุ้มครองระหว่างผู้ตกเป็นเหยื่อ¹⁸¹

ข้อที่เจ็ดเสนอแนะให้การแก้แค้นด้วยสื่อลามกเป็นความผิดทางเพศ โดยไม่ควรระบุชื่อผู้แจ้งความร้องทุกข์

4.3 ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

สาธารณรัฐฝรั่งเศสคือแม่แบบของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายและเป็นรากฐานของระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศไทย ทั้งยังเป็นหนึ่งในประเทศที่ให้สัตยาบันในอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน บุคคลทุกคนในรัฐมีสิทธิที่จะได้รับการเคารพซึ่งชีวิตส่วนตัว (Everyone has the right to respect for his private life) อันเป็นไปตามมาตรา 9 บรรพ 1 ว่าด้วยบุคคล (*des personnes*) ตามประมวลกฎหมายแพ่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งบัญญัติรับรองสิทธิในชีวิตส่วนตัวของบุคคลไว้อย่างชัดเจนทำให้เกิดหลักการต้องห้ามต่างๆ มากมาย อาทิ หลักการต้องห้ามกระทำละเมิดสิทธิในชีวิตส่วนตัวเกี่ยวกับที่พักอาศัยอันเป็นสถานที่ส่วนบุคคล (*un*

¹⁸⁰ McGlynn, Clare and Rackley, Erika, 'The law must protect all victims of image-based sexual abuse, not just upskirting' Huffington Post (3 March 2018), Retrieved April 23, 2019 https://www.huffingtonpost.co.uk/entry/not-only-upskirting-law-must-protect-allvictims_uk_5aa105e8e4b0ef2aafi7048e

¹⁸¹ McGlynn, Clare and Rackley, Erika, 'Image-Based Sexual Abuse' (2017) Oxford Journal of Legal Studies 534–561, Retrieved April 23, 2019 <https://academic.oup.com/ojls/article/37/3/534/2965256?guestAccessKey=349e7a45-7633-4b34-8e69-9d39aef546ab>.

principe de l'inviolabilité du domicile) และในส่วนความรับผิดชอบทางละเมิด มาตรา 1382 สิทธิในชีวิตส่วนตัวถือเป็นสิทธิส่วนบุคคล (*droit subjectif*) หรือสิทธิเกี่ยวกับตัวบุคคล (*droit de la personnalité*) กล่าวคือ บุคคลทุกคนต้องได้รับความคุ้มครองคุณค่าทางจิตใจ (*la protection des intérêts patrimoniaux et moraux*) ซึ่งเป็นประเด็นที่น่าสนใจให้ทำการศึกษา

สาธารณรัฐฝรั่งเศสไม่มีการแบ่งแยกกระตักการให้ความคุ้มครองในสถานที่ส่วนตัวกับสถานที่สาธารณะ ไม่มีการแบ่งขอบเขตการคุ้มครองว่าบุคคลที่ถูกถ่ายภาพเป็นบุคคลทั่วไปหรือบุคคลสาธารณะ และอนุญาตให้บุคคลสามารถมีสิทธิในภาพถ่ายได้ เว้นเสียแต่การถ่ายภาพและการเผยแพร่ภาพนั้นเกิดขึ้นโดยมิได้รับความยินยอมจากผู้ถูกถ่ายภาพ กรณีก็อาจกลายเรื่องของการละเมิดความเป็นอยู่ส่วนตัวหากบุคคลใดฝ่าฝืนนำภาพดังกล่าวออกเผยแพร่ โดยมิได้รับความยินยอมจากผู้ถูกถ่ายภาพแล้ว ผู้ปรากฏในภาพจะได้รับการคุ้มครองสองกรณีแรกคือการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลและกรณีที่สองคือการให้สิทธิบุคคลในภาพถ่ายหากกันมิให้ภาพนั้นแก่ผู้อื่นในการนำออกเผยแพร่ โดยการพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลนั้น บางคดีมีการตีความว่าบุคคลดังกล่าวย่อมมีสิทธิส่วนบุคคล (*right to privacy*) หรือบางคดีตีความว่าบุคคลดังกล่าวย่อมมีสิทธิในภาพถ่าย (*droit a l'image*) ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ได้ตรารขึ้นเพื่อบุคคลของกฎหมายสิทธิส่วนบุคคล ในกรณีที่มีการถ่ายภาพผู้ได้รับความเสียหายในสถานที่สาธารณะ¹⁸²

กิจกรรมที่เป็นส่วนตัวโดยแท้ (*a pure private nature*) แบ่งออกได้เป็น 2 กรณี กรณีแรกเป็นสถานการณ์ที่ผู้ถูกถ่ายภาพจะกระทำได้อีกต่อเมื่อบุคคลนั้นอยู่ในสถานที่ส่วนตัวและไม่สามารถกระทำได้เลยในสถานที่สาธารณะ แต่กิจกรรมหรือเหตุการณ์ดังกล่าวนั้นได้เกิดขึ้นในสถานที่สาธารณะ เช่น มีลมพัดแรงจนกระโปรงเปิดแล้วถูกถ่ายภาพเหตุการณ์นั้นได้พอดี กรณีที่สองเป็นกิจกรรมที่ไม่ได้

¹⁸² อิชซกันต์ เจริญวานิชย์, “การคุ้มครองสิทธิผู้ได้รับความเสียหายจากภาพถ่าย,” *บัณฑิตศึกษานิติศาสตร์*, เล่มที่ 1, ปีที่ 3, น.58-59 (พฤษภาคม 2552).

อิชซกันต์ เจริญวานิชย์, “การคุ้มครองสิทธิผู้ได้รับความเสียหายจากภาพถ่าย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), น.49-50.

เกี่ยวข้องกับหน้าที่การงานของบุคคลดังกล่าว แต่ได้กระทำในสถานที่สาธารณะ เช่น ภาพถ่ายของนางแบบขณะนอนอาบแดดริมทะเลกับคนรักในวันหยุดพักผ่อนเป็นต้น¹⁸³

ถึงอย่างไรข้อจำกัดแห่งสิทธิเพื่อให้เกิดดุลยภาพกับเสรีภาพในการแสดงออกนั้นมิอยู่หลายประการ ประการแรกหากผู้ที่ถูกถ่ายภาพได้ให้ความยินยอมไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย หรือเกิดจากความประพฤติกที่ไม่อาจหิบบกสิทธิดังกล่าวขึ้นกล่าวอ้างได้ เช่น นักแสดงหญิงที่อยากมีชื่อเสียงจึงใส่เสื้อคอตีกลีเพื่อต้องการนำเสนอความเป็นตัวตน ย่อมไม่ได้รับความคุ้มครอง¹⁸⁴

ประการที่สองภาพถ่ายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น ตำรวจมีอำนาจถ่ายภาพผู้ต้องหาเพื่อใช้ในการสอบสวนคดี¹⁸⁵

ประการที่สามภาพถ่ายนั้นมีคุณค่าของความเป็นข่าว (newsworthiness) โดยเมื่อใดก็ตามที่มีการเผยแพร่ภาพข่าวอันเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ภาพเหตุการณ์นั้นย่อมมีคุณค่าของข่าว แต่การเผยแพร่ดังกล่าวย่อมไม่อาจใช้ได้กับบุคคลทั่วไป (ordinary) เพราะเป็นการแทรกแซงกิจการความเป็นส่วนตัว (intrusion) เช่น การนำเสนอภาพถ่ายดารานางแบบเฉพาะการทำงานเพื่อมอบความบันเทิงแก่สาธารณชน¹⁸⁶

ประการที่สี่ภาพของบุคคลสาธารณะ กล่าวคือ เมื่อบุคคลใดได้อยู่ในสถานะเป็นบุคคลสาธารณะ (public figure) แล้ว ย่อมถือได้ว่าบุคคลนั้นได้สละสิทธิในชีวิตส่วนบุคคลของตน โดยยอมให้มีการสอดส่องและสืบสวนตามสมควรในเรื่องที่เกี่ยวข้องเฉพาะกับงานที่บุคคลนั้น ทำกับเป็นการตรวจสอบว่าสิทธิของสาธารณชนนั้นยังคงปลอดภัยอยู่ ดังนั้น การถ่ายภาพของบุคคลสาธารณะในขณะที่ทำงานอยู่ และได้กระทำไปเพื่อสาธารณประโยชน์จึงไม่เป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคล¹⁸⁷

¹⁸³ เพิ่งอ้าง, น.60.

¹⁸⁴ เพิ่งอ้าง, น.61.

¹⁸⁵ เพิ่งอ้าง, น.61.

¹⁸⁶ เพิ่งอ้าง, น.61-62.

¹⁸⁷ เพิ่งอ้าง, น.61-62.

ประการที่ห้าภาพถ่ายที่ได้นำเอาเผยแพร่ หากภาพถ่ายนั้นไม่สามารถเฉพาะเจาะจงว่าผู้ที่อยู่ในภาพถ่ายเป็นบุคคลใด บุคคลที่อยู่ในภาพถ่ายย่อมไม่ได้รับความคุ้มครอง¹⁸⁸

ประการที่หกการเผยแพร่ภาพถ่ายของบุคคลทั่วไป (ordinary) เพื่อนำเสนอข่าวสารให้แก่สาธารณชนได้รับทราบความเป็นไปในสังคม หากเป็นกรณีที่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ที่ถูกถ่ายภาพหรือญาติของบุคคลนั้น เช่น การนำเสนอภาพข่าวอุบัติเหตุหรืออาชญากรรมในสังคม การถ่ายภาพหรือการเผยแพร่ภาพถ่ายบุคคลนั้น ย่อมส่งผลกระทบต่อความรู้สึกของบรรดาญาติผู้ตายหรือตัวบุคคลที่ถูกถ่ายภาพ ดังนั้น หากจะมีการนำภาพถ่ายออกเผยแพร่ ช่างภาพจะต้องดำเนินการใช้สิ่งปิดบังใบหน้าหรือใส่หน้ากากในภาพถ่ายให้กับผู้ที่ถูกถ่ายภาพ จึงจะสามารถนำภาพถ่ายดังกล่าวออกเผยแพร่สู่สายตาสาธารณชนได้¹⁸⁹

ประการสุดท้ายภาพถ่ายที่ได้มีการออกเผยแพร่ ต้องพิจารณาแรงจูงใจในการพิมพ์เผยแพร่ด้วยว่า หากจุดประสงค์ในการตีพิมพ์เผยแพร่เพื่อเป็นการใช้ข้อมูลในกิจกรรม ผู้ถ่ายภาพและผู้ถูกถ่ายภาพอยู่ในกิจกรรมที่เข้าทำร่วมกันนั้น บุคคลนั้นย่อมไม่มีสิทธิในภาพถ่าย เช่น การถ่ายภาพสมาชิกของครอบครัว การถ่ายภาพระหว่างเพื่อนฝูงหรือกิจกรรมในที่ทำงาน เป็นต้น¹⁹⁰

ในประมวลกฎหมายอาญาสาธารณรัฐฝรั่งเศส (*le Code pénal*) ก็ได้กำหนดบทลงโทษทางอาญาไว้สำหรับการกระทำอันเป็นความผิดต่อสิทธิในชีวิตส่วนตัวไว้ในหลายๆ กรณีด้วยเช่นกันไม่ว่าจะเป็นความผิดในการก่อให้เกิดผลกระทบต่อความลับส่วนตัวหรือของบุคคลอื่นโดยเจตนา (*l'atteinte portée volontairement à l'intimité de la vie privée d'autrui*) ในมาตรา 226-1 ซึ่งกำหนดบทลงโทษจำคุก 1 ปีและปรับถึง 45,000 ยูโร สำหรับการกระทำโดยจงใจให้เกิดการล่วงละเมิดซึ่งความเป็นอยู่ส่วนตัวของชีวิตส่วนตัวของผู้อื่น โดยวิธีการใดๆ ดังต่อไปนี้ 1) ขัดขวาง บันทึก หรือถ่ายทอดซึ่งคำพูดที่ถูกเปล่งออกมาในเหตุการณ์ที่เป็นความลับ หรือมีความเป็นส่วนตัวโดยปราศจากความยินยอมของผู้พูด 2) ถ่ายภาพ บันทึกภาพ หรือถ่ายทอดรูปภาพของบุคคล ผู้ซึ่งอยู่ในสถานที่ส่วนบุคคลโดย

¹⁸⁸ เพิ่งอ้าง, น.62.

¹⁸⁹ เพิ่งอ้าง, น.62.

¹⁹⁰ เพิ่งอ้าง, น.62.

ปราศจากความยินยอมของบุคคลผู้นั้น¹⁹¹ และในมาตรา 226-2 ก็ได้บัญญัติโทษเช่นเดียวกันกับมาตรา 226-1 แต่จะนำมาใช้กับกรณีไว้ นําพา หรือเป็นเหตุให้มีการนำสิ่งที่ได้บันทึกไว้ตามมาตรา 226-1 ไปสู่การรับรู้ของสาธารณะชน¹⁹²

4.4 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีคือแม่แบบของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายและเป็นรากฐานของระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศไทย สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี คือส่วนหนึ่งของสิทธิขั้นพื้นฐานในการคุ้มครองประชาชนตามรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (basic law or *Grundgesetz*) เพื่อป้องกันมิให้รัฐกระทำการละเมิดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนเยอรมัน โดยมาตรา 1 และมาตรา 2 ได้บัญญัติคุ้มครองรับรองถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นพื้นฐาน กล่าวคือ สิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ทั้งมวลโดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในการพัฒนา

¹⁹¹ Code Penal Article 226-1 “A penalty of one year's imprisonment and a fine of €45,000 is incurred for any wilful violation of the intimacy of the private life of other persons by resorting to any means of:

1° intercepting, recording or transmitting words uttered in confidential or private circumstances, without the consent of their speaker;

2° taking, recording or transmitting the picture of a person who is within a private place, without the consent of the person concerned.

Where the offences referred to by the present article were performed in the sight and with the knowledge of the persons concerned without their objection, although they were in a position to do so, their consent is presumed.”

¹⁹² Code Penal Article 226-2 “The same penalties apply to the keeping, bringing or causing to be brought to the knowledge of the public or of a third party, or the use in whatever manner, of any recording or document obtained through any of the actions set out under article 226-1.

Where the misdemeanour under the previous paragraph is committed through the press or by broadcasting, the specific legal provisions governing those matters are applicable to define the persons who are responsible.”

ตนเองได้อย่างเสรีรัฐจะต้องให้ความเคารพมาตราทั้งสองของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและนอกจากนี้รัฐยังคงต้องมีหน้าที่ในการรับรองสถานะความมีตัวตนของบุคคลภายในรัฐอีกด้วยโดยภายใต้สิทธินี้พลเมืองมีอำนาจในการพัฒนาและแสวงหาประโยชน์ได้ภายในขอบเขตของความเป็นอยู่ส่วนตัวรวมถึงสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองความลับในข้อมูลส่วนบุคคลอีกด้วย¹⁹³ จึงมีประเด็นให้ต้องทำการศึกษา

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้แบ่งแยกสิทธิในความมีตัวตนของบุคคลในรัฐออกเป็น 2 ประเภท¹⁹⁴ คือสิทธิในความเป็นส่วนตัว และสิทธิในการใช้ประโยชน์ในชื่อเสียง (สิทธิความมีตัวตนในสังคม) ซึ่งสิทธิประเภทที่สองนี้ถือเป็นสิทธิที่มีความสำคัญในการกระทำการพิสูจน์สถานะบุคลิกภาพของบุคคลโดยรัฐ และเป็นสิ่งที่ช่วยจำแนกความแตกต่างในการแสดงออกของบุคคลได้อีกด้วย บุคคลจึงย่อมมีสิทธิในภาพที่สื่อถึงการแสดงออกของตนโดยมีสิทธิที่จะมิให้ผู้ใดถ่ายภาพหรือจำลองภาพไปเพื่อใช้เป็นงานของตน ไม่ว่าจะเป็นภาพนิ่งหรือภาพเคลื่อนไหวก็ตามด้วยเพราะกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกำหนดไว้ว่าการกระทำได้กล่าวถือเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว นอกจากนี้สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวยังได้รับความคุ้มครองตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (German Civil Code, *BGB*) โดยนิยามสิทธินี้ในคำศัพท์กว้างๆ ตามมาตรา 823 (1)¹⁹⁵ เพื่อการรับรองและคุ้มครองสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิในการพัฒนาบุคลิกภาพ ความมีตัวตนของบุคคลในภาพ รวมถึงสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลและข้อมูลพื้นฐานของบุคคลตามมาตรา 826¹⁹⁶

¹⁹³ สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, “รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง ปัญหาและมาตรการทางกฎหมายในการรับรองและคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว,” (2558), น.44.

¹⁹⁴ โปรดคู คดี *BVerfGE* 13, 334 (1954).

¹⁹⁵ German Civil Code BGB Section 823 Liability in damages “(1) A person who, intentionally or negligently, unlawfully injures the life, body, health, freedom, property or another right of another person is liable to make compensation to the other party for the damage arising from this.”

¹⁹⁶ German Civil Code BGB Section 826 Intentional damage contrary to public policy “A person who, in a manner contrary to public policy, intentionally inflicts damage on another person is liable to the other person to make compensation for the damage.”

ประมวลกฎหมายฉบับเดียวกัน ซึ่งกล่าวไว้ว่าบุคคลใดจงใจทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหายโดยการกระทำละเมิดซึ่งศีลธรรมอันดี จะต้องชดเชยค่าเสียหายด้วยเหตุเพราะกระทำการดังกล่าวนอกจากนี้ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียังมีกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ได้แก่ Federal Data Protection Act ซึ่งบัญญัติถึงหลักความยินยอมของผู้ทรงสิทธิไว้ในมาตรา 4a มาตรา 1 ก็ความยินยอมต้องเกิดจากผู้ทรงสิทธิซึ่งมีอิสระในการตัดสินใจ โดยก่อนที่จะมีการตัดสินใจผู้ทรงสิทธิสามารถขอทราบถึงวัตถุประสงค์แห่งการใช้ได้ และความยินยอมจะต้องกระทำเป็นหนังสือ เว้นแต่ในสถานการณ์พิเศษอาจทำเป็นรูปแบบอื่นที่เหมาะสมก็ได้¹⁹⁷

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (German Criminal Code) ก็ได้บัญญัติไว้เช่นเดียวกันใน มาตรา 201a ในความผิดต่อความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลด้วยการถ่ายภาพ

(1) ผู้ใดสร้างหรือส่งภาพของบุคคลอื่นใดที่กำลังอยู่ในที่พักอาศัยหรือห้องพัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งพื้นที่ที่มีการป้องกันจากการมองเห็น และด้วยเหตุนั้นเป็นการกระทำความผิดต่อความเป็นอยู่ส่วนตัว ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับ

(2) ผู้ใด ใช้หรือจัดหาให้บุคคลที่สามสร้างภาพโดยการกระทำความผิดตามอนุมาตรา (1) ข้างต้นจะต้องรับโทษเช่นเดียวกัน

(3) ผู้ใด กระทำผิดกฎหมายและรู้ถึงการทำให้แพร่หลายในการสร้างภาพของบุคคลที่สามด้วยความยินยอมของบุคคลอื่นในที่พักอาศัยหรือห้องพัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งพื้นที่ที่มีการป้องกันจากการมองเห็น และด้วยเหตุนั้นเป็นการกระทำความผิดต่อความเป็นอยู่ส่วนตัว ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับ

¹⁹⁷ Federal Data Protection Act Section 4a Consent “(1) Consent shall be effective only when based on the data subject's free decision. Data subjects shall be informed of the purpose of collection, processing or use and, in so far as the circumstances of the individual case dictate or upon request, of the consequences of withholding consent. Consent shall be given in writing unless special circumstances warrant any other form. If consent is to be given together with other written declarations, it shall be made distinguishable in its appearance.”

(4) สื่อโสตทัศนส์และอุปกรณ์บันทึกภาพและเสียงหรืออุปกรณ์ทางเทคนิคอื่นๆ เป็นช่องทางหลักหรือลำดับรองลงมาหรือผู้มีส่วนร่วมใช้อาจอยู่ภายใต้คำสั่งให้ถอดถอน ให้นำมาตรา 74a มาใช้บังคับ¹⁹⁸

กล่าวโดยสรุป รูปแบบการละเมิดเกี่ยวกับบุคคลของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีถูกแบ่งออกเป็น 5 กรณี คือ

- (1) การล่วงล้ำเข้าไปในความเป็นส่วนตัวของบุคคล (intrusion into private sphere)
- (2) การเผยแพร่ข้อมูลส่วนตัวของบุคคล (the publication of personal information)
- (3) การกระทำให้บุคคลเสื่อมเสียชื่อเสียง (defamation) กรณีนี้ตามกฎหมายไทยถือว่าเป็นกรณีหมิ่นประมาท
- (4) การไขข่าวแพร่หลายด้วยข้อความอันเป็นเท็จ (false light) เช่น การใช้ภาพบุคคลประกอบการแสดงความคิดเห็นซึ่งขัดแย้งกับข้อเท็จจริง
- (5) การหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากสิทธิเกี่ยวกับบุคคล (appropriation of personality) เช่น การนำภาพบุคคลที่มีชื่อเสียงไปใช้ประกอบการนำเสนอสินค้า¹⁹⁹

¹⁹⁸ German Criminal Code Section 201a Violation of intimate privacy by taking photographs

(1) Whosoever unlawfully creates or transmits pictures of another person located in a dwelling or a room especially protected from view and thereby violates their intimate privacy shall be liable to imprisonment not exceeding one year or a fine.

(2) Whosoever uses or makes available to a third party a picture created by an offence under subsection (1) above shall incur the same penalty.

(3) Whosoever unlawfully and knowingly makes available to third parties a picture that was created with the consent of another person located in a dwelling or a room especially protected from view and thereby violates his intimate privacy shall be liable to imprisonment not exceeding one year or a fine.

(4) The visual media and the visual recording devices or other technical means that the principal or secondary or participant used may be subject to a deprivation order. Section 74a shall apply.



¹⁹⁹ สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, “รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง ปัญหาและมาตรการทางกฎหมายในการรับรองและคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว,” (2558), น.45.

บทที่ 5

แนวทางการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการครอบครองสื่อลามกอนาจาร ที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอม

ในบทนี้จะได้กล่าวถึงการวิเคราะห์แนวทางการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาเกี่ยวกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอม โดยจะกล่าวถึงเหตุผลและความจำเป็นในการกำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารทั่วไป กับการกำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก และสรุปผลการวิเคราะห์เป็นตารางตามลำดับดังนี้

5.1 เหตุผลและความจำเป็นในการกำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจาร

สื่อลามกอนาจารนั้นถือเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่ง ซึ่งโดยหลักการแล้วกฎหมายอนุญาตให้ครอบครองได้ แตกต่างจากยาเสพติดบางประเภทที่กฎหมายกำหนดให้ไม่สามารถมีไว้ในครอบครองได้เลยไม่ว่าจะเป็นกรณีใด แม้ยาเสพติดชนิดนั้นจะมีสรรพคุณในด้านการรักษาโรคก็ตาม สื่อลามกอนาจารซึ่งเปรียบเสมือนกับสิ่งเสพติดทางจิตวิญญาณนี้ จึงได้รับการยกเว้นให้มีการครอบครองได้เพื่อประโยชน์สำหรับบุคคลได้ใช้บำบัดความต้องการทางเพศในขอบเขตที่กฎหมายเห็นสมควร กล่าวคือ ผู้บริโภคต้องเป็นผู้บรรลุนิติภาวะแล้วและได้ใช้โดยลำพังส่วนตัว ทั้งแพทย์ยังได้ศึกษาแล้วว่าผู้ที่บริโภคสื่อลามกอนาจารจะมีความกระตือรือร้นและมีการตัดสินใจได้ดีกว่าคนทั่วไป²⁰⁰

5.1.1 การจำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารของผู้ถูกถ่ายอย่างเหมาะสมและได้สัดส่วน

²⁰⁰ Prause, Nicole, “Data do not support sex as addictive,” สืบค้นเมื่อวันที่ 15 มกราคม 2562, จาก

https://www.researchgate.net/publication/320735048_Data_do_not_support_sex_as_addictive.

ประชาชนในรัฐเสรีประชาธิปไตยย่อมมีสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญที่รับรองให้สามารถครอบครองสื่อลามกอนาจารได้ ตราบใดที่สื่อลามกอนาจารเหล่านั้นไม่ได้มีไว้เพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้า ผู้ครอบครองทรัพย์สินประเภทนี้จึงมีภาระหน้าที่ต่อสังคมที่จะต้องไม่ทำให้การครอบครองของตนกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย ด้วยเหตุนี้สิทธิและเสรีภาพในการครอบครองตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นสิทธิแบบสัมพัทธ์ กล่าวคือ ทรัพย์สินที่ได้มาครอบครองนั้นจะต้องได้มาโดยสุจริตด้วยจึงจะเป็นการครอบครองทรัพย์สินที่บริสุทธิ์ ดังนั้น การมีไว้ซึ่งสื่อลามกอนาจารที่มีลักษณะขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังเช่นสื่อประเภทถ่ายบุคคลที่ไม่ยินยอมอันเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว รัฐย่อมมีอำนาจที่จะกำหนดบทบัญญัติกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพในทรัพย์สินของบุคคล เพื่อเป็นหลักประกันการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานแก่ประชาชนโดยทั่วไป ตามแนวคิดว่าการยินยอมให้บุคคลใช้สิทธิครอบครองในทรัพย์สินของตนเกินขอบเขตศีลธรรมอันดีนั้น อาจทำให้สังคมไม่สามารถอยู่ร่วมกันได้โดยปกติสุขได้ รัฐจึงมีความจำเป็นต้องเข้ามาแทรกแซงโดยการออกกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิในการครอบครองทรัพย์สินส่วนบุคคลไว้²⁰¹

แม้สื่อลามกอนาจารไม่ใช่สิ่งให้โทษอย่างยาเสพติดหรือเป็นวัตถุอันตรายอย่างอาวุธปืน แต่ถ้าหากมีการครอบครองสื่อลามกอนาจารไว้ใช้ประโยชน์จนเกินความเหมาะสม กล่าวคือ มีการครอบครองโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการค้า เพื่อการแจกจ่าย หรือเพื่อการแสดงอวดอ้างแก่ประชาชนส่งออกไปนอกราชอาณาจักร พาไป หรือทำให้แพร่หลายโดยประการใดๆ ต่างๆ เหล่านี้ล้วนแล้วแต่จะทำให้สังคมถึงจุดตกต่ำทางศีลธรรมตามหลัก Legal Moralism²⁰² ไม่ใช่การใช้สิทธิและเสรีภาพของตนตามที่กฎหมายรับรองอีกต่อไป เนื่องจากสื่อลามกอนาจารนั้นมีอยู่มากมายหลากหลายประเภททั้งการแสดงออกที่เป็นไปตามวิถีปกติธรรมดาและที่แสดงออกไปในทางกามวิตถารผิดปกติธรรมดา โดยอย่างที่สองนี้เป็นอันตรายต่อศีลธรรมและจริยธรรมของประชาชนในสังคมตะวันออกซึ่งมีขนบธรรมเนียมประเพณีที่ยึดถือแบบอย่างมาจากพระพุทธศาสนา อาจทำให้พุทธศาสนิกชนเข้าใจผิดดังภาษิตที่ว่า “เห็นกงจักรเป็นดอกบัว” ได้ กฎหมายอาญาจึงต้องเข้ามามีบทบาทในการกำหนด

²⁰¹ อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 123.

²⁰² อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 137, น.3.

กฎเกณฑ์ในการครอบครองสื่อลามกอนาจาร เพื่อจำกัดให้อยู่ในวงที่แคบมากที่สุดเท่าที่จะมากได้ด้วยวิธีการกำหนดโทษทางอาญา สำหรับผู้ที่กระทำการลักลอบทำให้แพร่หลายอยู่ หากไม่มีกฎหมายเข้ามาควบคุมดูแลในเรื่องนี้เลย ศีลธรรมอันดีและความสงบเรียบร้อยของสังคมก็อาจถูกความกระທးທးທးທးທးได้ จึงต้องวิเคราะห์ถึงผลดีผลเสียของการครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ส่งผลกระทบต่อสังคมในด้านต่างๆ เพื่อการกำหนดแนวทางในการจำกัดสิทธิการครอบครองสื่อลามกอนาจารที่มีได้เกิดจากความยินยอมของผู้แสดง โดยเฉพาะกรณีของการถ่ายภาพต่อไป

โดยหลักการแล้วเมื่อบุคคลบรรลุนิติภาวะตามกฎหมาย มีประสบการณ์ชีวิตที่มากพอสำหรับการควบคุมอารมณ์และจิตใจ แยกแยะความถูกต้องดีงามและความเลวทรามชั่วร้ายออกจากกันได้โดยไม่ต้องมีผู้ใดคอยแนะนำอย่างใกล้ชิดอีกต่อไป บุคคลนั้นย่อมมีสภาพของความเป็นผู้ใหญ่มีอำนาจสามารถตัดสินใจได้ในทุกๆ เรื่องได้โดยลำพังเฉพาะตัว²⁰³ เมื่อบุคคลข้ามผ่านข้อจำกัดช่วงวัยเด็กและเยาวชนมาแล้ว การที่กฎหมายจะไปกำหนดว่าเขาไม่มีวิจาร์ณญาณเพียงพอที่จะสามารถรับรู้เข้าใจและตีความความหมายที่สื่อลามกอนาจารแสดงออกมาได้หรือน่าจะตีความได้ไม่เหมาะสมดีพอโดยกำหนดมาตรการป้องกันไม่ให้บุคคลเหล่านั้นเข้าถึงสื่อลามกอนาจารนั้นย่อมไม่สามารถทำได้ อีกต่อไป เปรียบดังของที่สุกแล้วจะให้กลับไปดิบอีกย่อมเป็นไปไม่ได้ การจำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารที่เป็นผู้ใหญ่ก็เช่นเดียวกัน เมื่อกฎหมายไม่สามารถป้องกันได้อย่างเต็มรูปแบบเหมือนอย่างที่เคยทำกับเด็กและเยาวชนได้แล้วก็ควรจะต้องลดขนาดสัดส่วนการควบคุมอาชญากรรมของบทบัญญัติกฎหมายอาญาลงมาให้เหมาะสมกับสังคมประชาธิปไตยในยุคสมัยนั้นๆ อย่างเป็นพลวัต กล่าวคือ หากในสังคมประชาธิปไตยยุคสมัยใดเรียกร้องในเรื่องสิทธิเสรีภาพที่ค่อนข้างมาก ยุคนั้นก็อาจจะต้องบรรจุความรู้ในเรื่องทางเพศเข้าไปในระบบการศึกษาขั้นพื้นฐานเพื่อการเรียนรู้ของเยาวชนที่มากขึ้นและละเอียดยิ่งขึ้นกว่าเดิม เพราะโดยจิตวิทยาของมนุษย์แล้วสิ่งใดที่เข้าถึงหรือพบเห็นได้ยาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากถูกปกปิดไว้เป็นความลับแน่นอนว่า สิ่งนั้นย่อมเป็นสิ่งที่ต้องยิ่งแสวงหาและกระตุ้นต่อความสงสัยใคร่รู้ของบุคคลในสังคม เพราะฉะนั้นการนำมาเปิดเผยเพื่อการศึกษาจึงยังอยู่ในวิสัยของความเกี่ยวเนื่องในการควบคุมดูแล แม้บุคคลจะบรรลุนิติภาวะแล้วแต่

²⁰³ *supra* note 131, pp.55-56.

โดยทั่วไปยังคงอยู่ในช่วงของการเรียนรู้ระดับอุดมศึกษาที่ยังสามารถอบรมบ่มนิสัยได้อยู่ ซึ่งหนุ่มสาวที่เปรียบเสมือนดอกไม้ที่กำลังบานสะพรั่งในช่วงวัยสุดท้ายของการศึกษานี้ มีเสรีภาพในการแสดงออกทางความคิดอย่างเต็มที่ ประกอบกับพละกำลังทางกายภาพที่อยู่ในช่วงสมบูรณ์ที่สุดของชีวิตเข้าด้วยแล้ว การกำหนดความผิดอาญาในการครอบครองสื่อลามกอนาจารที่เกิดจากการถ่ายผู้อื่นโดยไม่ยินยอม นั้น ดูเหมือนจะสามารถกระทำได้อีกต่อเมื่อสิทธิดังกล่าวจะต้องถูกบัญญัติไว้อย่างสัมพัทธ์²⁰⁴ โดยกฎหมายสูงสุดอย่างรัฐธรรมนูญเพื่อเปิดโอกาสให้กฎหมายแม่บทในชั้นพระราชบัญญัติอย่างประมวลกฎหมายอาญาสามารถจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นได้ กล่าวคือ การจะอ้างความบรรลุนิติภาวะเป็นผู้ใหญ่ในการครอบครองสื่อลามกอนาจารด้วยความเป็นส่วนตัวแต่เพียงลำพังไม่เผยแพร่ออกไปได้นั้น สื่อลามกอนาจารนั้นจะต้องไม่ทำให้ผู้อื่นเสียหายหรือสังคมได้รับความเดือดร้อนด้วย จากการศึกษาในบทที่สองพบว่า สิทธิส่วนตัวของผู้ใหญ่และเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นยังอาจถูกจำกัดได้ ด้วยเงื่อนไขความสัมพันธ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 ดังต่อไปนี้

สิทธิส่วนตัวของผู้ใหญ่และเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นล้วนเป็นสิ่งที่ได้รับการคุ้มครองตามบทบัญญัติมาตรา 4 แต่การใช้สิทธิและเสรีภาพที่กฎหมายคุ้มครองจะต้องไม่ไปละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่นตามบทบัญญัติมาตรา 25 บรรทัดแรกด้วย โดยสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ถูกถ่ายโดยไม่ยินยอมเองก็ถือเป็นสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองประการหนึ่งตามมาตรา 4 ทั้งยังเป็นสิทธิที่ไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่นด้วย อีกทั้งสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวยังเป็นสิทธิที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนตามบทบัญญัติมาตรา 32 การละเมิดสิทธิหรือกระทบต่อสิทธิจะกระทำมิได้ หากเป็นกรณีผู้ถูกถ่ายอยู่ในเคหสถานแม้การถ่ายภาพนั้นไม่มีการบุกรุกเข้าไปทางกายภาพแต่เป็นการใช้เลนส์ซูมกล้องระยะไกลก็ตาม การกระทำดังกล่าวย่อมถือเป็นการรบกวนเสรีภาพในเคหสถานคล้ายคลึงกันกับการเข้าไปในเคหสถานโดยปราศจากความยินยอมของผู้ครอบครองตามมาตรา 33 แล้ว แม้บุคคลธรรมดาจะมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น หรือบุคคลซึ่ง

²⁰⁴ อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 146, น.5.

ประกอบวิชาชีพสื่อมวลชนจะใช้ข้ออ้างเสรีภาพในการเสนอข่าวตามบทบัญญัติมาตรา 34 ประกอบมาตรา 35 ก็ตามที่ แต่ทั้งนี้สิทธิดังกล่าวก็ถูกจำกัดโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวตามมาตรา 32 อีกเช่นเดียวกัน

ดังนั้น สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวจึงเป็นสิทธิสากลสัมบูรณ์นิยมตามกระแสหลักแรกกล่าวคือ มีความชอบธรรมสมบูรณ์อยู่ทั่วโลก ถือเป็นธรรมชาติที่ไม่สามารถอ้างความคงอยู่ได้เฉพาะสังคมใดสังคมหนึ่ง ความเป็นสากลซึ่งเป็นพื้นฐานอันแข็งแกร่งนี้แม้ปรับแต่งเพียงเล็กน้อยให้สอดคล้องกับวัฒนธรรมแต่ละศาสนา จารีตประเพณี วิถีชีวิต และอุดมการณ์ ตราบใดที่ความแตกต่างนั้นยังคงแสดงถึงศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์แล้วสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว สิทธิซึ่งเป็นคุณสมบัติติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่กำเนิดโดยธรรมชาตินี้ย่อมอยู่เหนือกว่าสิทธิทุกสิ่งในสากลโลก เป็นสิ่งที่กระแสหลักหลังอย่างสัมพัทธ์นิยมต้องโอนอ่อนผ่อนตาม ดังนั้นการคุ้มครองสิทธิ และเสรีภาพอื่นๆ ตามรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะเป็นสิทธิส่วนตัวของผู้ใหญ่และเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น รัฐจึงมีอำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 ที่จะบัญญัติกฎหมายที่มีความผิดทางอาญาแก่ผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารที่มีผู้ถูกแอบถ่ายโดยไม่ยินยอมได้ แม้ว่าบทบัญญัตินี้จะมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิส่วนตัวของผู้ใหญ่และเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นก็ตาม แต่ก็ต้องเคารพต่อบทบัญญัติมาตรา 26 กล่าวคือ การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุและจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย ที่สำคัญกฎหมายนั้นต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจงด้วย

สุดท้ายแล้วปัญหาในเรื่องกฎหมายควบคุมวัตถุลามกอนาจารนั้น จึงมีจุดสำคัญที่ต้องพิจารณาตรงที่ว่า จะทำอย่างไรให้เสรีภาพของผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารมีความเหมาะสมและได้สัดส่วนกันกับการถูกระทบกระเทือนสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ปรากฏในสื่อลามกอนาจารโดยไม่รับรู้และยินยอม จึงเป็นเรื่องที่ต้องชั่งน้ำหนักกันระหว่างคุณค่าของประโยชน์สาธารณะกับสิทธิ

เสรีภาพของปัจเจกชน แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะมีได้มีการบัญญัติถึงหลักของความได้สัดส่วนไว้อย่างชัดเจนก็ตาม แต่ในกรณีปัญหานี้จะเห็นได้ว่าเมื่อการครอบครองวัตถุลามกอนาจารที่ได้มาโดยการละเมิดสิทธิของผู้อื่น รัฐก็จำเป็นต้องบัญญัติบทกฎหมายห้ามมิให้ประชาชนมีไว้ในครอบครองซึ่งวัตถุลามกอนาจารเหล่านี้ได้อย่างเสรี การบังคับใช้กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนี้หากวิเคราะห์บนพื้นฐานของหลักความได้สัดส่วนแล้ว จะมีผลทำให้มาตรการบังคับใช้กฎหมายเป็นมาตรการที่เหมาะสม และส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพในการครอบครองของประชาชนน้อยที่สุด เป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชนมากกว่าที่จะสร้างความเสียหายให้แก่เอกชนหรือสังคมส่วนรวมและไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ

5.1.2 ความจำเป็นในการแยกบทบัญญัติที่กำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารที่ถูกต้อง ไม่ยินยอมกับความผิดอาญาเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารที่เกิดจากความยินยอมของผู้ถูกถ่าย

เนื่องจากการกำหนดให้การกระทำความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารทั่วไปกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารที่มีผู้ถูกถ่ายโดยไม่สมัครใจนั้นมีแนวคิดที่แตกต่างกัน กล่าวคือการครอบครองสื่อลามกอนาจารทั่วไปหรือสื่อลามกอนาจารที่เกิดจากความยินยอมของผู้ปรากฏในสื่อเป็นเสรีภาพที่ประชาชนสามารถครอบครองได้ตราบเท่าที่ไม่มีการจำหน่ายหรือเผยแพร่ โดยมีพื้นฐานมาจากศีลธรรมทั่วไปของสังคมซึ่งรัฐไม่สามารถเข้ามาจำกัดสิทธิในความเป็นผู้ใหญ่ซึ่งมีไว้อย่างส่วนตัวได้ เนื่องจากไม่ได้ส่งผลกระทบต่อสังคมหรือบุคคลใดโดยเฉพาะ ส่วนการครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ปรากฏในสื่อถูกถ่ายโดยไม่ยินยอมนั้น มีความหมายเท่ากับการละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลนั้นโดยตรง ดังนั้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการออกกฎหมายเพื่อกำหนดความผิดอาญาสำหรับการครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ปรากฏในสื่อถูกถ่ายโดยไม่ยินยอม

5.2 การเปรียบเทียบเหตุผลและความจำเป็นในการกำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอมกับเหตุผลและความจำเป็นในการกำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก

ปัจจุบันประเทศไทยมีบทบัญญัติห้ามครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กแล้วตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287/1 จึงควรนำความผิดฐานดังกล่าวมาวิเคราะห์หาวิธีการที่เหมาะสมในการกำหนดความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารโดยที่ผู้ปรากฏในสื่อถูกถ่ายโดยไม่ยินยอม โดยการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และเป็นปัจจัยที่ก่อให้เกิดการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กและส่งผลกระทบต่อสวัสดิภาพของเด็ก ประกอบกับสื่อลามกอนาจารไม่ได้แยกประเภทระหว่างสื่อลามกอนาจารที่มีผู้ใหญ่เป็นผู้แสดง กับสื่อลามกอนาจารที่มีเด็กเป็นผู้แสดงไว้ทั้งที่ผู้แสดงได้รับผลกระทบทางจิตใจและทางกายภาพแตกต่างกัน ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องกำหนดความผิดในการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กขึ้น

เมื่อนำความจำเป็นในการกำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กมาเทียบเคียงกับกรณีสื่อลามกอนาจารโดยที่ผู้ปรากฏในสื่อถูกถ่ายโดยไม่ยินยอมแล้ว จึงควรกำหนดให้การครอบครองสื่อลามกอนาจารนี้เป็นความผิดทางอาญาด้วย แม้บุคคลในภาพจะเป็นผู้ใหญ่ และผู้ครอบครองได้ครอบครองไว้อย่างเป็นส่วนตัวก็ตาม แต่หากไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ปรากฏในภาพแล้วก็ย่อมเป็นความผิดอาญาได้เช่นเดียวกัน ทั้งนี้ เมื่อเทียบเคียงกับสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กซึ่งเป็นสิทธิสมบูรณ์แล้ว สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวและเสรีภาพในการแสดงออกของพลเมืองก็เป็นสิทธิและเสรีภาพที่มีความสมบูรณ์เช่นเดียวกัน²⁰⁵ และการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่มีลักษณะเฉพาะดังกล่าวก็เป็นสิ่งที่ไม่สามารถทำได้ ดังนั้นบุคคลผู้เป็นเจ้าของสิทธิจึงมีอำนาจที่จะเลือกปกปิดหรือเปิดเผยอวัยวะส่วนใดๆ ในเนื้อตัวร่างกายของตนได้ ในสถานที่ที่ตนได้เลือกแล้วด้วยเชื่อว่าเป็นที่อันเป็นส่วนตัวโดยแท้ ถึงแม้ในบางครั้งสถานที่นั้นจะคาบเกี่ยวอยู่กับสถานที่สาธารณะด้วยก็ตาม ด้วยเหตุนี้กฎหมายจึงต้องเข้าไปกำหนดการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลภายนอกที่เข้ามาล่วงล้ำสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวแทน

เนื่องจากผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารทั้งหมดล้วนแล้วแต่เป็นผู้บริโภคที่มีรสนิยมอยากดู อยากเห็น และชื่นชอบความท้าทายน่าตื่นเต้นเพื่อให้ได้มาซึ่งการรู้เห็นในสิ่งที่ผู้อื่นปกปิดสงวนไว้ ไม่ว่าจะเป็นการไปถ่ายบุคคลอื่นด้วยตนเอง รับซื้อหรือแบ่งปันจากบุคคลอื่นที่ไปถ่ายมา ทำยที่สุดเมื่อ

²⁰⁵ อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 146, น.5.

ไม่สามารถหาสื่อใหม่มาบริโภคได้ ผู้บริโภคเหล่านั้นก็มักหาทางออกโดยการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่สามารถใช้งานได้ง่ายเพื่อตัดต่อภาพบุคคลอื่นที่ชื่นชอบเป็นการส่วนตัวขึ้นมาเอง หรือหากมีความรู้ทางโปรแกรมคอมพิวเตอร์ขั้นสูงอีกระดับก็จะทำเป็นสื่อรูปแบบการ์ตูนแอนิเมชัน เพื่อทดแทนความต้องการนั้น สื่อที่สร้างขึ้นเองนี้แม้ไม่มีการกระทบสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวหรือเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคลจริงๆ แต่ก็เป็นการกระตุ้นปลุกกำหนดของผู้รับชมให้อาจไปล่วงละเมิดทางเพศเสมือนการใช้กล้องถ่ายบุคคลจริงๆ ได้เช่นเดียวกัน การกระทำได้กล่าวจึงสามารถก่อให้เกิดอันตรายขึ้นในสังคมได้ ทั้งนี้เป็นไปตามหลักทฤษฎี Harm Principle

หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าการถ่ายนั้นผู้กระทำได้ตั้งกล้องขนาดเล็กไว้ตามจุดลับต่างๆ ในมุมเงยขึ้นจากพื้นดินซึ่งแตกต่างจากจุดการติดตั้งกล้องโทรทัศน์วงจรปิดโดยทั่วไปที่ง่ายแก่การพบเห็น และผู้ที่ดำเนินชีวิตในชุมชนบริเวณนั้นไม่ทราบหรือรู้ตัวมาก่อนว่ามีการลักลอบแอบติดกล้องดังกล่าวไว้ จริงอยู่ว่าการแอบถ่ายนี้ย่อมไม่สามารถคาดหมายถึงอันตรายใดๆ ที่จะเกิดขึ้นได้ แต่ถ้าต่อมาภายหลังปรากฏว่าภาพการแอบถ่ายต่างๆ เหล่านั้นได้ถูกเผยแพร่ออกไปจนทำให้ประชาชนที่พักอาศัยอยู่ในบริเวณนั้นรู้ตัวว่าตนกำลังตกเป็นเป้าสายตาของบุคคลที่มองไม่เห็น ชาวชุมชนนั้นก็ย่อมเกิดความหวาดระแวงในการใช้ชีวิตประจำวันได้ แม้การแอบถ่ายลักษณะนี้อาจดูเหมือนเป็นการสร้างความเคียดแค้นรำคาญทั่วไปในชุมชน แต่แท้จริงแล้วเสรีภาพในการแสดงออกต่างๆ ของบุคคลที่ได้รับผลกระทบนั้นสูญสิ้นไปแล้วนับจากที่ตนเองได้รู้ว่ามีกล้องแอบถ่ายเกิดขึ้น แต่ถึงอย่างไรก็ดีบุคคลอื่นๆ ในสังคมที่ไม่ได้อาศัยอยู่ในบริเวณนั้นย่อมสามารถหลีกเลี่ยงที่จะสัญจรผ่านไปมาในบริเวณที่มีการติดตั้งกล้องแอบถ่ายได้ แต่ถ้าการติดตั้งกล้องแอบถ่ายดังกล่าวเกิดขึ้นในพื้นที่บริเวณกว้าง ความสงบเรียบร้อยของสังคมย่อมได้รับความกระทบกระเทือนได้ และอาจเกิดความเสี่ยงภัยที่จะก่อให้เกิดอาชญากรรมอื่นๆ ตามมา ทั้งนี้ข้อเท็จจริงก็อาจเป็นไปตามหลักทฤษฎี Offence Principle

นอกจากนี้ ความเสียหายจากอันตรายที่เกิดขึ้นตามที่ได้กล่าวมาแล้วในหลักทฤษฎี Harm Principle และหลักทฤษฎี Offence Principle หากผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารมิไว้เพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้า แจกจ่าย หรือแสดงอวดอ้างแก่ประชาชน หรือทำให้แพร่หลายด้วยประการใดๆ สิ่งเหล่านี้ล้วนแล้วแต่จะทำให้สังคมถึงจุดตกต่ำทางศีลธรรมตามหลัก Legal Moralism ได้ และด้วยหลักทฤษฎี

นี้เอง จึงเป็นเบื้องหลังของการกำหนดความผิดอาญฐานการห้ามครอบครองสื่อลามกอนาจาร เพื่อการค้า ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 287 ด้วยเหตุเพราะการหมกมุ่นอยู่กับสื่อลามกอนาจาร อันเป็นสิ่งมอมเมาทางโลกีย์วิสัยย่อมเปรียบได้กับการเสพสุขจากสุราเมรัยซึ่งยากที่จะหยั่งหาถึงความพอดีได้ กฎหมายจึงอนุญาตให้ประชาชนมีเสรีภาพในการดื่มสุราได้หากไม่ไปขับขี่ยานพาหนะ ทั้งนี้ เพราะรัฐมีความมุ่งหวังดีที่จะคุ้มครองสวัสดิภาพและความสามารถในการครองสติของผู้ดื่มสุรา ตามหลัก Legal Paternalism²⁰⁶ แต่ถึงอย่างไรก็ดี การตั้งวงดื่มสุราโดยเชื้อเชิญผู้อื่นมาร่วมดื่มด้วยนั้น ยังคงแตกต่างจากการชวนผู้อื่นมาเสพสื่อลามกอนาจารที่บ้าน ด้วยเหตุที่ผู้เชิญผู้อื่นมาดื่มสุรา จะไม่มีความผิดใดๆ ที่เกิดจากการแสดงอวดอ้าง ซึ่งต่างจากการเชิญชวนบุคคลอื่นมารับชมสื่อลามกอนาจารที่บ้าน ซึ่งเข้าลักษณะของการแสดงอวดอ้างแก่ประชาชนอันเป็นความผิดต่อศีลธรรมแล้ว

5.3 แนวทางการกำหนดความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอม

มีความจำเป็นเร่งด่วนอย่างยิ่งว่าเห็นควรให้มีการแบ่งแยกบทบัญญัติสื่อลามกอนาจารทั่วไป ออกจากสื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอม และกำหนดให้การครอบครองสื่อลามกอนาจาร อย่างหลังนั้นแม้จะครอบครองอย่างส่วนตัวก็ยังคงมีความผิดอาญา ดังนั้น เพื่อการกำหนดโครงสร้าง บทบัญญัติสื่อลามกอนาจารใหม่ที่เหมาะสม จึงจำเป็นต้องศึกษาถึงแนวทางดังต่อไปนี้

5.3.1 กฎหมายที่ใช้บัญญัติความผิด

เนื่องจากกฎหมายไทยไม่ได้มีการกำหนดความผิดอาญาเกี่ยวกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารกรณีผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอมไว้โดยเฉพาะ คงมีแต่เพียงบทบัญญัติการครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก ส่วนสื่อลามกอนาจารทั่วไปนั้นก็ยังไม่ได้มีการกำหนดนิยามความหมายแบ่งแยกออกเป็นประเภทต่างๆ แต่อย่างใด กฎหมายควบคุมสื่อลามกอนาจารก็ยังคงกระจัดกระจายอยู่ตามประมวลกฎหมายอาญาและพระราชบัญญัติฉบับต่างๆ มีพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 เป็นต้น จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศพบว่า กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา อาทิ กฎหมายของมลรัฐเพนซิลวาเนีย กฎหมายของมลรัฐวอชิงตัน กฎหมายของประเทศอังกฤษ กฎหมาย

²⁰⁶ อังแล้ว เจริญธรรมที่ 137, น.3.

ของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส และกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีล้วนแล้วแต่มีบทบัญญัติกำหนดความผิดฐานแอบถ่ายไว้เป็นความผิดอาญาของรัฐบังคับใช้เป็นการทั่วไป เพื่อคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว แต่ในเรื่องความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารนั้นคงมีการกำหนดความรับผิดสำหรับผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเท่านั้น ส่วนสื่อลามกอนาจารที่มีผู้ใหญ่เป็นผู้แสดงซึ่งไม่ใช่การถ่ายโดยปราศจากความรับรู้และยินยอมของผู้แสดง ยังคงสามารถครอบครองได้โดยไม่มีความผิดแต่อย่างใด

5.3.2 ผู้เสียหายที่ได้รับความคุ้มครอง

ผู้เสียหายที่เหมาะสมที่จะได้รับความคุ้มครองจากการกำหนดความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอมนั้น เนื่องจากกฎหมายไทยไม่ได้มีการกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องสื่อลามกอนาจารแอบถ่ายไว้โดยเฉพาะ จึงจำเป็นต้องนำหลักเกณฑ์การคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวจากการถูกแอบถ่ายจากกฎหมายต่างประเทศมาใช้ประกอบการพิจารณา ซึ่งอาจสรุปได้ว่าผู้ที่ได้รับการคุ้มครองต้องถูกระทบสิทธิในกิจกรรมที่เป็นส่วนตัวโดยแท้ในสถานที่ส่วนตัวหรือสถานที่สาธารณะ

5.3.3 นิยามสื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอม

เนื่องจากบทบัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมสื่อลามกอนาจารในประเทศไทยได้ให้คำนิยามสื่อลามกอนาจารเด็กเอาไว้แล้วในประมวลกฎหมายอาญา แต่สื่อลามกอนาจารประเภททั่วไปนั้นยังไม่มีคำจำกัดความตามกฎหมายไว้เป็นการเฉพาะ ทั้งนี้ เพื่อวัตถุประสงค์ในการปรับเปลี่ยนรูปแบบการตีความกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วได้ แต่ถึงอย่างไรข้อเสียที่ตามมาก็คือการไม่สามารถระบุได้ว่าสื่อลามกอนาจารนั้นแท้จริงแล้วมีลักษณะอย่างไร ดังนั้น เพื่อให้การครอบครองสื่อลามกอนาจารมีการแบ่งประเภทการครอบครองต้องห้ามที่แน่ชัด จึงมีความจำเป็นต้องกำหนดนิยามความหมายของสื่อลามกอนาจารที่ผู้ปรากฏในสื่อถูกถ่ายโดยไม่ยินยอมให้ปรากฏไว้อย่างชัดเจน เพื่อประโยชน์ในการแบ่งแยกประเภทการจำกัดการครอบครอง

5.3.3.1 ลักษณะสื่อลามกอนาจาร

ลักษณะของสื่อลามกอนาจารที่ถูกถ่ายโดยไม่ยินยอมควรมีการกำหนดว่า ขณะนั้นผู้ปรากฏในสื่อประกอบกิจกรรมใดที่แสดงถึงการใช้สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว โดยภาพถ่ายกิจกรรมส่วนตัวนั้นผู้ถูกถ่ายภาพจะต้องไม่ได้รับรู้และยินยอมให้กระทำ ซึ่งอาจเกิดจากความประมาทหรือพลั้งเผลอของผู้ถ่ายภาพเองก็ได้ประกอบกับภาพกิจกรรมส่วนตัวนี้ได้แสดงให้เห็นถึงอวัยวะเพศซึ่งควรปกปิดหรือมีลักษณะของกิจกรรมทางเพศที่น่าอับอายหากต้องปรากฏสู่สาธารณะหรือไม่ หรืออาจเป็นเพียงภาพวาวหวิวให้เกิดความตื้นเต้นในทางเพศเท่านั้น เช่น ภาพต้นขาอ่อนของหญิงสาว เป็นต้น อย่างไรก็ตามผู้ที่ปรากฏในภาพไม่จำเป็นจะต้องเป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้น แต่ให้หมายรวมถึงภาพการ์ตูนคอมพิวเตอร์ด้วย

5.3.3.2 ชนิดของสื่อที่ห้ามมีไว้ในครอบครอง

ชนิดของสื่อลามกอนาจารนั้นมีได้หลายรูปแบบ จึงควรกำหนดรูปแบบของสื่อให้ชัดเจนเพื่อความถูกต้อง โดยยึดแบบอย่างจากสื่อลามกอนาจารเด็กเป็นหลัก ดังนั้น สื่อที่ควรจะได้รับการคุ้มครองคือ สิ่งพิมพ์รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกภาพ หรือรูปแบบอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน ทั้งนี้โดยไม่รวมแถบบันทึกเสียงเหมือนดังเช่นสื่อลามกอนาจารเด็กเนื่องจากพิสูจน์ได้ยาก และสื่อลามกอนาจารแอบถ่ายมุ่งเน้นคุ้มครองที่รูปพรรณสัณฐานโดยเฉพาะภาพใบหน้าของผู้ปรากฏในสื่อเป็นสำคัญ

5.3.4 ลักษณะการครอบครอง

การกำหนดความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารประเภทแอบถ่ายนั้น เป็นการบัญญัติกฎหมายเพื่อมุ่งเอาผิดกับผู้ที่มีสื่อลามกอนาจารแอบถ่ายไว้ในครอบครอง แม้จะเป็นการครอบครองโดยส่วนตัวด้วยอัตราโทษอย่างบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้วก็ตาม ซึ่งลักษณะของการครอบครองที่เป็นความผิดได้นั้นจะมีลักษณะเช่นใด จำต้องพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายไทยที่กำหนดโทษในกรณีที่บุคคลมีไว้ในครอบครองซึ่งทรัพย์ที่ต้องห้ามตามกฎหมายบางอย่าง เช่น การมียาเสพติดให้โทษ หรือการมีสัตว์ป่าสงวนไว้ในครอบครอง เป็นต้น

จากการศึกษาบทบัญญัติเกี่ยวกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารแอบถ่ายในต่างประเทศพบว่าไม่ได้มีการให้คำนิยามถึงการครอบครองไว้ว่าหมายถึงการกระทำใด แต่บุคคลที่ต้องรับผิดชอบ

กฎหมายส่วนใหญ่จะเป็นผู้ที่ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กไว้โดยจงใจหรือโดยรู้ถึงการครอบครอง และรู้ถึงลักษณะธรรมชาติของสื่อ นั้น โดยผู้ครอบครองจะต้องรับโทษหนักขึ้นหากเป็นการครอบครอง โดยมีเจตนาพิเศษเพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้าเท่านั้น การครอบครองสื่อลามกแอบถ่ายจึงยังคงเป็น เสรีภาพที่ปัจเจกบุคคลสามารถครอบครองได้ เนื่องจากกฎหมายยังไม่มีการแยกประเภทของสื่อลามก อนาจารแอบถ่ายออกจากสื่อลามกอนาจารโดยทั่วไป แต่ถึงกระนั้น การต้องห้ามครอบครองสื่อลามก อนาจารเด็กก็สามารถนำมาเปรียบเทียบกับ การกำหนดความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูก ถ่ายไม่ยินยอมในประเทศไทยได้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ปรากฏใน สื่อโดยไม่รับรู้และยินยอมเป็นสำคัญ

5.3.4.1 การยึดถือ

จากการศึกษาพบว่า การกำหนดความผิดอาญาสำหรับผู้ครอบครองทรัพย์สินที่ต้องห้าม ตามกฎหมาย กฎหมายมุ่งจะเอาผิดกับผู้ที่ยึดถือทรัพย์สินที่ต้องห้ามนั้นไว้ตามความเป็นจริง

5.3.4.2 เจตนายึดถือ

จากการศึกษาพบว่า การกำหนดความผิดอาญาสำหรับผู้ครอบครองทรัพย์สินที่ต้องห้าม ตามกฎหมาย บุคคลผู้นั้นจะต้องรู้ว่าทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินต้องห้าม ไม่ว่าผู้ที่ยึดถือทรัพย์สินนั้นจะยึดถือ ทรัพย์สินโดยเจตนายึดถือเพื่อตนหรือเป็นเพียงการยึดถือทรัพย์สินไว้แทนบุคคลอื่นก็เป็นความผิดได้ หากได้รู้หรือมีเหตุอันสมควรรู้ได้ว่าสื่อ นั้นเป็นสื่อลามกอนาจารต้องห้าม

ส่วนการพิสูจน์เจตนาในการครอบครองนั้น ต้องยอมรับว่าเป็นการยากที่เจ้าหน้าที่ที่บังคับ ใช้อกฎหมายจะเข้าตรวจค้นหรือจับกุม หากผู้ครอบครองยังคงมีไว้เป็นส่วนตัวไม่นำออกเปิดเผย เว้นแต่ในกรณีที่ผู้ครอบครองมีไว้รอดอ้างเพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้า แต่ก็สันนิษฐานได้ยากยิ่งว่า การกล่าวอ้างของผู้ครอบครองด้วยเหตุไม่ต้องการรับโทษหนักขึ้นจะพิสูจน์ได้อย่างไร จึงควรมีการ กำหนดข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับเจตนาในการครอบครองสื่อลามกอนาจาร โดยมีวัตถุประสงค์ทางการค้า เพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดี ดังเช่นในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการกำหนดข้อสันนิษฐานของ ผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กไว้

5.3.5 ข้อยกเว้นโทษ

จากการศึกษาบทบัญญัติที่กำหนดความผิดอาญาแก่ผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ปรากฏในสื่อถูกถ่ายโดยไม่ยินยอมในแต่ละประเทศพบว่า ไม่ได้มีการกำหนดข้อยกเว้นเกี่ยวกับการครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ปรากฏในสื่อถูกถ่ายโดยไม่ยินยอมเอาไว้เลย แม้ว่าจะเป็นสื่อลามกอนาจารโดยทั่วไปก็ตาม

สำหรับแนวทางในการกำหนดข้อยกเว้นของการครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ปรากฏในสื่อถูกถ่ายโดยไม่ยินยอมในประเทศไทยมีความเห็นว่าควรกำหนดข้อยกเว้นโทษของการกระทำความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารไว้ เนื่องจากบุคคลที่มีสื่อลามกอนาจารไว้ในครอบครองอาจเป็นสมาชิกกลุ่มออนไลน์ที่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ตั้งขึ้นเพื่อเผยแพร่สื่อลามกอนาจารมาตั้งแต่แรก แต่เมื่อมีการโพสต์สื่อลามกอนาจารโดยสมาชิกคนอื่นๆ สื่อลามกอนาจารดังกล่าวก็จะไปปรากฏบนหน้าจอคอมพิวเตอร์หรือโทรศัพท์มือถือของผู้ใช้ทันทีที่มีการเข้าไปอ่านข้อความ หรืออาจเป็นกรณีที่ผู้ครอบครองได้ครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้แอบถ่ายโดยไม่ยินยอมไว้เพื่อวัตถุประสงค์อื่นที่ไม่ใช่เพื่อประโยชน์ในทางเพศ เช่น การครอบครองไว้เพื่อเป็นพยานหลักฐาน หรือเพื่อยึดเป็นของกลางเพื่อประกอบการทำลาย เป็นต้น การกำหนดให้การครอบครองโดยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าสื่อชิ้นนั้นเป็นสื่อลามกอนาจารที่เกิดจากการถ่ายโดยไม่ยินยอมเป็นความผิดเสียทีเดียว ข่มขู่ปราศจากเจตนาในการใช้สื่อลามกอนาจารเพื่อวัตถุประสงค์ในทางเพศ ดังนั้น จึงควรกำหนดให้การครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายโดยไม่ยินยอมไว้โดยรู้หรือควรรู้ถึงลักษณะสื่อลามกอนาจารดังกล่าว ประกอบกับมีเจตนาพิเศษเพื่อสนองความใคร่ของตนเองหรือผู้อื่น โดยผู้ครอบครองจะต้องรับโทษหนักขึ้น หากเป็นการครอบครองโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ทางการค้า

5.4 ตารางสรุปผลการวิเคราะห์

จากการศึกษาข้างต้นสามารถสรุปแนวทางในการกำหนดความผิดอาญาในการครอบครองสื่อลามกอนาจารโดยผู้ปรากฏในสื่อถูกถ่ายโดยไม่ยินยอมได้ ดังนี้

ตารางที่ 5.1 ตารางสรุปผลการวิเคราะห์

บทบัญญัติ	ประมวลกฎหมายอาญา
ฐานความผิด	มาตรา 287/3 ความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอม 1. ครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอมไว้เพื่อสนองความใคร่ของตนเองหรือผู้อื่น 2. ครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอมไว้เพื่อความสะดวกแห่งการค้า หรือเพื่อการแจกจ่าย หรือแสดงอวดอ้างแก่ประชาชน
นิยามของการถ่าย	การบันทึกภาพโดยผู้ปรากฏในภาพไม่ยินยอม
สื่อที่ถูกควบคุม	เอกสาร สิ่งพิมพ์ ภาพถ่าย แถบบันทึกภาพ ภาพยนตร์ โดยหมายรวมถึงสิ่งที่ได้จากการสำเนาของสิ่งนั้นด้วย
ลักษณะลามกอนาจารของสื่อ	วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศ หรือนำเสนออวัยวะเพศของบุคคล โดยรูป เรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางน่าอับอาย เช่น ภาพการมีเพศสัมพันธ์ การสำเริงความใคร่ด้วยตนเอง การเปิดเผยอวัยวะเพศ รวมถึงภาพบุคคลจำลองที่ถูกสร้างขึ้นโดยใช้คอมพิวเตอร์
อัตราโทษ	1. ครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอมเพื่อสนองความใคร่ของตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ 2. ครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอมไว้เพื่อความสะดวกแห่งการค้า หรือเพื่อการแจกจ่าย หรือแสดงอวดอ้างแก่ประชาชนต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ
ข้อยกเว้น	บทบัญญัติมาตรานี้ไม่ให้นำมาใช้บังคับกับผู้อยู่ในกลุ่มของระบบคอมพิวเตอร์ที่มีการโพสต์สื่อลามกอนาจารลงในกลุ่มโดยผู้ใช้นั้นยังไม่ได้เปิดดู

บทที่ 6

สรุปผลการศึกษาและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

เนื่องจากสื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอมส่งผลกระทบต่อสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวเป็นอย่างมาก รัฐจึงควรกำหนดบทบัญญัติความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอมโดยไม่ขัดต่อเสรีภาพในการแสดงออกแต่อย่างใด เนื่องจากสื่อดังกล่าวไม่ได้เกิดจากการรับรู้และยินยอมของผู้ที่ปรากฏในสื่อ ซึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อยและสำนักอันดีของประชาชน

จากการศึกษาพบว่า การครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอม แม้จะเป็นการครอบครองโดยมีไว้อย่างส่วนตัวก็เป็นความผิด เพราะทุกครั้งที่เปิดดูหรืออาจจะมีการเปิดดู ผู้เสียหายย่อมวิตกกังวลประหนึ่งว่าได้ถูกล่วงละเมิดทางเพศอยู่ตลอดเวลาโดยไม่มีวันจบสิ้น การที่รัฐอนุญาตให้มีการครอบครองได้จึงเปรียบเสมือนการยอมรับในการกระทำดังกล่าว

กฎหมายหลักในมาตรา 287 ประมวลกฎหมายอาญา ด้วยแนวคิดการไม่ก่อความเสียหายแก่สังคมส่วนรวมก็ยังคงไม่ครอบคลุมเพียงพอที่จะจะคุ้มครองผู้เสียหายจากการถูกแอบถ่ายได้ คราใดที่ยังไม่ได้แยกประเภทของสื่อแอบถ่ายลามกอนาจารออกจากสื่อลามกอนาจารโดยทั่วไป สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ถูกแอบถ่ายก็ยังคงไม่ได้รับความคุ้มครอง

6.2 ข้อเสนอแนะ

ตามบทสรุปที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ขอเสนอแนะแนวทางในการกำหนดความผิดอาญาในการครอบครองสื่อแอบถ่ายลามกอนาจาร ดังนี้

1. ควรมีการแยกบทบัญญัติความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอมออกจากสื่อลามกอนาจารโดยทั่วไป เพื่อให้สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวได้รับความคุ้มครอง โดยไม่

กระทบต่อเสรีภาพในการรับฟังการแสดงความคิดเห็นผ่านสื่อลามกอนาจารทั่วไปตามวิถีเสรีประชาธิปไตย

2. ควรกำหนดให้การครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอมเป็นความผิดอาญา แม้ว่าการครอบครองนั้นจะเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนตัวหรือวัตถุประสงค์ทางการค้าก็ตาม

จึงขอเสนอให้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานครอบครองสื่อลามกอนาจารไว้ในมาตรา 287 แห่งประมวลกฎหมาย เพื่อความสมบูรณ์ให้เพิ่มเติมเป็นมาตรา 287/3 โดยกำหนดความผิดเฉพาะไว้แก่ผู้ครอบครองใดๆ ในสื่อลามกอนาจารดังนี้

มาตรา 287/3 “ผู้ใดครอบครองสื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอมเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งมีไว้เพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้าหรือเพื่อการแจกจ่ายหรือแสดงอวดอ้างแก่ประชาชน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ทั้งนี้ โดยเห็นสมควรให้มีการกำหนดนิยามความหมายของคำว่า “สื่อลามกอนาจารที่ผู้ถูกถ่ายไม่ยินยอม” ไว้ในมาตรา 1 อนุมาตรา 18 ความว่า

“วัตถุหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำทางเพศ หรือนำเสนออวัยวะเพศของบุคคล โดยรูป เรื่อง หรือลักษณะสามารถสื่อไปในทางน่าอับอาย ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของเอกสาร สิ่งพิมพ์ ภาพถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกภาพ หรือรูปแบบอื่นใด ในลักษณะทำนองเดียวกัน และให้หมายความรวมถึงวัตถุหรือสิ่งต่างๆ ข้างต้นที่จัดเก็บในระบบคอมพิวเตอร์ หรือในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถแสดงผลให้เข้าใจความหมายได้ โดยที่ผู้ถูกถ่ายนั้นไม่ยินยอม”

บรรณานุกรม



บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

คณิต ฌ นคร. กฎหมายอาญา ภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2553.

คณิต ฌ นคร. กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 6 กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560.

จิตติ ดิงสภักดิ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537.

จิตติ ดิงสภักดิ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอนที่ 2 และภาค 3. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2545.

จิตติ ดิงสภักดิ์. รวมหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกา: กฎหมายอาญา. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 16 แก้ไขเพิ่มเติม กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2558.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2549.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. มุมมองใหม่ในกฎหมายอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552.

บรรเจิด สิงคะเนติ. สิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 2 ปรับปรุงใหม่. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2547.

เพ็ง เพ็งนิตติ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่. พ.ศ. 2543. กรุงเทพมหานคร: อจตยา, 2543.

รณกรณ์ บุญมี. ร่างหนังสือ “คำอธิบายทฤษฎีกฎหมายอาญาเบื้องต้น”. 2559.

ศักดิ์ สอนงชาติ. คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดทางละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขเพิ่มเติม กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2546.

สำนักงานกิจการยุติธรรม. คู่มือและแนวทางการดำเนินการเตรียมความพร้อมในการบังคับใช้พระราชบัญญัติ แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 24 พ.ศ. 2558 (ความผิดเกี่ยวกับสื่อลามกอนาจารเด็ก). 2558.

สำนักเลขาธิการคณะกรรมการการอุดมศึกษา ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ. แนวทางการจัดทำกฎหมายอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์. กรุงเทพมหานคร: NECTEC, 2546.

หนังสือแปล

จอห์น สจ๊วต มิลล์. ความเรียงว่าด้วยเสรีภาพ. แปลโดย ภัทรพร สิริกาญจน. ลำดับที่ 100. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ (วช.), 2530.

บทความวารสาร

กุลพล พลวัน. “สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวกับการคุ้มครองตามกฎหมายไทย.” ข่าวเนติบัณฑิตยสภา 4 . เล่มที่ 295. ปีที่ 18. (ตุลาคม 2548): 5.

คณาธิป ทองรวีวงศ์. “การนำกฎหมายเกี่ยวกับการดักฟังมาใช้เพื่อคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ถูกถ่ายและเผยแพร่วีดิทัศน์ทางเว็บไซต์เครือข่ายสังคม.” บทบัณฑิตย 37. เล่มที่ 69. ตอน 1. (มีนาคม 2556): 59.

คณาธิป ทองรวีวงศ์. “การนำกฎหมายลักษณะละเมิดความเป็นอยู่ส่วนตัว (Privacy Tort) กรณีการเปิดเผยเรื่องราวส่วนตัวต่อสาธารณะ (Public given to private life) มาปรับใช้เพื่อคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ถูกเผยแพร่ข้อมูลทางเว็บไซต์เครือข่ายสังคม.” บทบัณฑิตย 90. เล่ม 69. ตอน 2. (มิถุนายน 2556): 95.

คณาธิป ทองรวีวงศ์. “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว : ศึกษากรณีการรบกวนสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวจากการใช้เว็บไซต์เครือข่ายสังคม.” วารสารวิชาการสมาคมสถาบันอุดมศึกษาเอกชนแห่งประเทศไทย 39. เล่มที่ 2. ปีที่ 18. (พฤษภาคม 2555): 42-43.

คณาธิป ทองรวีวงศ์. “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอม.” บทบัณฑิตย 11. เล่มที่ 4. ปีที่ 64. (ธันวาคม 2551): 16.

คณาธิป ทองรวีวงศ์. “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว : ศึกษาเปรียบเทียบการเฝ้าติดตามคุกคาม (Stalking) กับการถ่ายภาพโดยมิได้รับรู้และยินยอม.” กระบวนกรายุติธรรม 83. เล่มที่ 3. ปีที่ 2. (กรกฎาคม-กันยายน 2552): 90.

- จอมพล พัทธภัยตันโตโยชิน. “สื่อโป๊: การแสดงความคิดเห็นต้องห้ามและประชาธิปไตย.” นิติสังคมศาสตร์ 196. เล่มที่ 1. ปีที่ 7. (มกราคม – มิถุนายน 2557): 199-203.
- ณรงค์ ใจหาญ. “ความหมายของ “สิ่งลามก” ในกฎหมาย.” วารสารนิติศาสตร์, เล่มที่ 2, ปีที่ 16, (เมษายน 2531): 127.
- ไพจิตร ปุญญพันธ์. “ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหาย.” จุลพาหะ 18. เล่มที่ 1, ปีที่ 20. (มกราคม-กุมภาพันธ์): 18-58.
- ไพจิตร ปุญญพันธ์. “สิทธิครอบครอง.” วารสารนิติศาสตร์ 7. เล่มที่ 1. ปีที่ 4. (มิถุนายน 2515): 7.
- พิเชษฐ เมลาณนท์. “สิทธิมนุษยชน & ค่านิยมวัฒนธรรม (Human Rights & Cultural Values).” อัยการ 3. เล่มที่ 237. ปีที่ 3. (พฤศจิกายน 2540): 5.
- พินิจ ทิพย์มณี. “ความยินยอมของผู้เสียหายไม่เป็นละเมิด.” คุณภาพชีวิตกับกฎหมาย 1. เล่มที่ 1. ปีที่ 4. (กรกฎาคม – ธันวาคม 2551): 1.
- รณกรณ์ บุญมี. “การแอบมองหรือการแอบถ่ายภาพในทางเพศกับกฎหมายอาญา.” รพี 2560. (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560): 25.
- ศุภชัย สุภผล. “การศึกษาเปรียบเทียบระดับของการอธิบายในการสร้างทฤษฎีสัญญาประชาคมของจอห์น ล็อก และฌอง ฌาคส์ รูสโซ.” สังคมศาสตร์ 23. เล่มที่ 1. ปีที่ 44. (มกราคม-มิถุนายน 2557): 28-29.
- สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. “ความยินยอมในกฎหมายอาญา: ข้อพิจารณาในส่วนของการกระทำที่ไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี.” รวมบทความวิชาการ เนื่องในโอกาส 65 ปี อาจารย์เกียรติจิตร วัจนะสวัสดิ์. (กรุงเทพมหานคร: เดือนตุลา, 2557): 77.
- อัคราทร จุฬารัตน์. “ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา.” วารสารนิติศาสตร์. เล่มที่ 1. ปีที่ 9. (2520): 62.
- อิษซกันต์ เจริญวานิชย์. “การคุ้มครองสิทธิผู้ได้รับความเสียหายจากภาพถ่าย.” บัณฑิตศึกษานิติศาสตร์ 54. เล่มที่ 1, ปีที่ 3. (พฤษภาคม 2552): 56.

รายงานการวิจัย

- สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. “ปัญหาและมาตรการทางกฎหมายในการรับรองและคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (รายงานผลการวิจัย).” กรุงเทพมหานคร: ดอกเบญจ. 2558.

กฎหมาย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1856/2492.

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ.2558, มาตรา 3, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 132 ตอนที่ 86 ก (8 กันยายน 2558).

พระราชบัญญัติจัดการพิมพ์ พ.ศ. 2550, มาตรา 10, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 124 ตอนที่ 93 ก (18 ธันวาคม 2550).

พระราชบัญญัติปรามการทำให้แพร่หลายและการค้าวัตถุลามก พ.ศ. 2471, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 45 (29 กรกฎาคม 2471).

พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 125 ตอนที่ 42 ก (4 มีนาคม 2551).

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560, มาตรา 14, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนที่ 10 ก (24 มกราคม 2560).

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามสิ่งชั่วพหุคูณอันตราย พ.ศ.

วิทยานิพนธ์

กมลชัย รัตนสกววงศ์. “ความยินยอมในกฎหมายอาญา”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523. สืบค้นจาก <http://tdc.thailis.or.th/tdc>.

มินฉวี ฉัตรจินดา. “ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็ก”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556. สืบค้นจาก <http://tdc.thailis.or.th/tdc>.

ทรรศนีย์ มีทองคำ. “แนวคิดเรื่องการครอบครองในทางอาญาและทางแพ่งตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาไทย”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558. สืบค้นจาก <http://tdc.thailis.or.th/tdc>.

อิษซกันต์ เจริญวานิชย์. “การคุ้มครองสิทธิผู้ได้รับความเสียหายจากภาพถ่าย”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554. สืบค้นจาก <http://tdc.thailis.or.th/tdc>.

เอกสารอิเล็กทรอนิกส์

- เกรียงศักดิ์ เจริญวงศ์ศักดิ์. “การล่องละเมิดทางเพศในอินเดีย สัญญาณเตือนภัยประเทศไทย.” <http://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/579724>. 11 พฤษภาคม 2562.
- การุญพร เชษย์พันธ์. “เปิดเผยอาชญากรรมแอบถ่าย และค้าประเวณีใน K-Pop พลังสื่อเกาหลีได้ ในการขุดคุ้ยและสืบสวน.” จาก <https://thematter.co/pulse/skorea-news-mediapower/73008>. 11 พฤษภาคม 2562.
- “คู่มือหลักสิทธิมนุษยชนสากลในกระบวนการยุติธรรมที่พนักงานสอบสวนควรรู้.” http://chonburi.police.go.th/images/file_main/2557_12_007/2557_12_007_001.pdf. 19 พฤศจิกายน 2560.
- จักรวาล สำเหล้ง. “‘มนุษย์กล้อง-นักรายประจาน’... ระวังติดคุกไม่รู้ตัว.” <https://www.posttoday.com/politic/report/360016>. 11 พฤษภาคม 2562.
- จอมพล พิทักษ์สันตโยธิน. “เรื่องที่ต้องคิดให้สุด เพื่อป้องกันสื่อลามกเด็ก.” <http://cclickthailand.com>. 28 กันยายน 2561.
- ณัฐฐวัฒน์ สุทธิโยธิน. “ทฤษฎีความรับผิดชอบทางอาญา.” http://www.stou.ac.th/Schools/Slw/upload/41716_2.pdf. 4 พฤศจิกายน 2560.
- ทินกร อุ่นจิตติ. “การวิเคราะห์บทบาทและข้อบังคับของนโยบายความเป็นส่วนตัวบนสื่อสังคมออนไลน์ที่ส่งผลต่อการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลในประเทศไทย.” http://www.mediaartsdesign.org/project_detail.php?project_id=479. 7 ธันวาคม 2560.
- ไทยโพสต์. “เกาหลีได้จำคุก 10 เดือน หญิงแอบถ่ายนายแบบเปลือย.” <https://today.line.me/th/pc/article/>. 11 พฤษภาคม 2562
- พงษ์พิลัย วรรณราช. “สิทธิ และ เสรีภาพ แท้จริงแล้วเหมือนหรือต่างกันอย่างไร.” สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. <http://web.krisdika.go.th/activityDetail.jsp?actType=I&actCode=83&head=4&item=n5>. 5 พฤศจิกายน 2560.
- วันชัย จงราช. “วิวัฒนาการของกล้องถ่ายภาพ.” <http://ect3503.wanchai.blogspot.com/>. 11 พฤษภาคม 2562
- ศรีประภา ชัยสินธพ. “สภาพจิตใจของวัยรุ่นใหญ่.” คณะแพทยศาสตร์โรงพยาบาลรามาธิบดี มหาวิทยาลัยมหิดล. <https://med.mahidol.ac.th/ramamental/generalknowledge/general/06272014-1009>. 4 ธันวาคม 2560.
- อาภรณ์ รัช. “พฤติกรรมสัตว์ (Animal Behavior).” จาก <https://www.scimath.org/lesson-biology/item/7042-animal-behavior>. 11 พฤษภาคม 2562.

MGR Online. “เตือนภัยสตรี! แม่แต่รัฐมนตรีหญิงอินเดียก็เจอแอบถ่ายตอนลงส้วม.” <https://mgronline.com/around/detail/9580000038896>. 11 พฤษภาคม 2562.

Rinda Rindu. “ทฤษฎีพัฒนาการตามวัยของโรเบิร์ต เจ. ฮาวิกเฮิร์ส (Havighurst’s Theory of Development task).” จิตวิทยาสำหรับครู. <http://studenttyru.blogspot.com/2015/10/blog-post.html>. 4 ธันวาคม 2560.

อื่นๆ

ข่าวคำมิตินิเทศไทย. “วิเคราะห์สถานการณ์ต่างประเทศ: ปัญหาแอบถ่ายภาพลามกเกาหลีใต้.” 3 พฤศจิกายน 2560.

คณะกรรมการกฤษฎีกา. “รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา” ในรายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 46, 147/2482 วันอังคารที่ 31 ตุลาคม 2482.

คณะกรรมการกฤษฎีกา. “รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา” ในรายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 47, 150/2482 วันเสาร์ที่ 4 พฤศจิกายน 2482: 2.

สำนักงานกฤษฎีกา 3. รายงานของคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ. ... สภานิติบัญญัติแห่งชาติ.

หนังสืออ้างอิง

กองบรรณาธิการวารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 40 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. รวมข้อบทความทางกฎหมาย ตั้งแต่ปี พ.ศ.2531 ถึง พ.ศ.2553. นิติศาสตร์ ฉบับพิเศษ. 2554.

บัณฑิตศึกษา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. รายชื่อวิทยานิพนธ์และสารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิตและนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต (พิมพ์ครั้งที่ 8). 2558.

ราชบัณฑิตยสถาน. พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554. กรุงเทพมหานคร: ราชบัณฑิตยสถาน. 2556.

ภาษาอังกฤษ

Articles

- Brubaker, Stanley C.. "Offense to other. By Joel Feinberg." constitutional commentary. No.608. Vol.3. (1985): 608.
- Prause, Nicole & Pfaus, James. "Viewing Sexual Stimuli Associated with Greater Sexual Responsiveness, Not Erectile Dysfunction." Sexual Medicine. No.2. Vol.3. (June 2015): 219-221.
- Prosser, William L. "Privacy." California Law Review, No.3. Vol.48. (1960): 392.
- Warren, Samuel D. & Brandeis, Louis D.. "The Right to Privacy." Harvard Law Review. No.5. Vol.4. (Dec.) 15, 1890): 220.
- Tomo, Shibata. "'Pornography': sexual objectification and sexual violence in Japan and in the World." Working Paper. Vol.27. (2008): 3.
- Uhlendorff, Uwe. "The Concept of Developmental-Tasks and its Significance for Education and Social Work," Social Work & Society. Vol.2. (2004): 55-56.

Convention Code Act

- Code Penal
- European Convention on Human Rights.
- Federal Data Protection Act
- German Civil Code BGB
- GERMAN CRIMINAL CODE
- International Covenant on Civil and Political Rights
- New York Civil Rights Law 1921
- Universal Declaration of Human Rights.

Video Voyeurism Prevention Act 18 U.S. Code

Electronic Documentary

Department of International Organizations. "ICCPR." <http://humanrights.mfa.go.th/th/humanrights/obligation/international-human-rights-mechanism/ICCPR.php> (accessed Nov. 24, 2018).

Prause, Nicole. "Data do not support sex as addictive." https://www.researchgate.net/publication/320735048_Data_do_not_support_sex_as_addictive. (accessed Jan. 15, 2019).

Other Materials

BLACK, HENRY CAMPBELL. M.A., BLACK'S LAW DICTIONARY, 4th ed. (WEST PUBLISHING CO., 1964).

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นายธีรยุทธ พบหิรัญ
วันเดือนปีเกิด	23 สิงหาคม 2535
ประวัติการศึกษา	ปีการศึกษา 2557: นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์
ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน	นักวิชาการวัฒนธรรมปฏิบัติการ กลุ่มพิธีการศพที่ได้รับพระราชทาน สำนักงานวัฒนธรรมจังหวัดสมุทรสงคราม